

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่



นางสาว ณิชฎกรณี ธารสุวรรณ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2546

ISBN 974-17-4680-6

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LEGAL PROBLEMS CONCERNING NOVATION



Miss Nattaporn Trasuwan

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic year 2003

ISBN 974-17-4680-6

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่

โดย

นางสาวณัฐภรณ์ ธารสุวรรณ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา

รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้
เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิดาพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์จรูญ ภัคดีธนากุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา

(รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์)

..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์รัชชัย สุภผลศิริ)

..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธุ์พัฒนา)

..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุ่มป่า)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ฉัตรภรณ์ ธารสุวรรณ : ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่ (LEGAL PROBLEMS CONCERNING NOVATION) อาจารย์ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์, 227 หน้า. ISBN 974-17-4680-6

กฎหมายเรื่องแปลงหนี้ใหม่ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังคงไม่มีการศึกษาอย่างชัดเจนและละเอียดถี่พอ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ โดยเฉพาะเมื่อการแปลงหนี้ใหม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาต่างตอบแทน สัญญาประนีประนอมยอมความ และสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ดังนั้นจึงควรมีการศึกษาวิจัยเพื่อให้เกิดความกระจ่างชัด และนำไปเป็นแนวทางในการตีความหรือบังคับใช้กฎหมายต่อไป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นอันมีความเกี่ยวพันระหว่างการแปลงหนี้ใหม่และบทบัญญัติในเรื่องสัญญาต่างตอบแทน สัญญาประนีประนอมยอมความ และสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ จากการศึกษาและวิเคราะห์ตามแนวความคิดของนักกฎหมายและแนวทางจากคำพิพากษาศาลฎีกาทำให้ผู้เขียนพบว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวพันกับการแปลงหนี้ใหม่นั้นไม่ได้เกิดจากตัวบทบัญญัติของเรื่องแปลงหนี้ใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่มีลักษณะที่สร้างความยืดหยุ่นเพื่อเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญแห่งหนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ให้บังคับกันตามสัญญาได้อย่างสะดวกยิ่งขึ้น อันเป็นการระงับปัญหาข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นแก่ศาลได้ นอกจากนั้น แม้จะมีแนวความเห็นที่คลาดเคลื่อนกันในเรื่องของหลักประกัน แต่เมื่อได้ศึกษาถึงบทบัญญัติและแนวความคิดพื้นฐานของเรื่องหลักประกันแล้ว การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เป็นกรณีที่จะนำมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในส่วนของกร โอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ ในขณะที่การแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่นๆ จะต้องนำมาตรา 352 เป็นหลักเกณฑ์ในพิธีการเกี่ยวกับเรื่องหลักประกัน

ในตอนท้ายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้สรุปและวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาที่มีความเกี่ยวพันกับการแปลงหนี้ใหม่ รวมทั้งปัญหาในเรื่องวิธีการแปลงหนี้ใหม่ และเรื่องหลักประกันที่ยังคงมีข้อถกเถียงกันอยู่ เพื่อแสดงแนวทางในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายแปลงหนี้ใหม่อันจะสามารถนำไปพิจารณาแก้ปัญหาต่อไป

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....

ลายมือชื่อนิติศต

ปีการศึกษา.....2546.....

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา

4486068434 : MAJOR LAWS

KEY WORD : NOVATION / DEBT / CONTRACT

NATTAPORN TRASUWAN : LEGAL PROBLEMS CONCERNING
NOVATION. THESIS ADVISOR : ASSOC.PROF.PAITOON
KONGSOMBOON, 227 pp. ISBN 974-17-4680-6.

Never have been deeply studied in recent legal problems concerning the novation causes, there are many problems in practice, specially the bilateral Contract, The compromise and debt restructuring Contract. Therefore, the provision of the novation should be made to be substantially transparency in order to make its purpose before being imposed on the law.

This thesis is aimed to study legal problems concerning novation and provision of bilateral Contract, The compromise and debt restructuring Contract. Studying and analysis of lawyer's concept and judgments, the novation's provision is not the cause of the problem, the novation's provision is more flexible enough to change the essential elements of the obligation between creditor and debtor more easily, which finally would be deduced the dispute between creditor and debtor in the court. Somehow, the security concepts might have cause controversy in some cases. After study the basic of the security concepts, the Article 305, transfer of claim, should be implied to the novation by change of an creditor. In the meantime, the other categories should be enforced by provision of security in the Article 352.

In the summary, the status of novation's problem in practice and the security in controversy have been disputes in order to reach the obligations of the novation.

Field of Study	Law.....	Student's signature
Academic year	2003.....	Advisor's signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รศ.ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งได้ให้คำแนะนำ และแนะแนวทางที่ถูกต้องทางด้านวิชาการ ตลอดจนความเมตตาที่ท่านมีต่อผู้เขียนในฐานะศิษย์ และความเอาใจใส่ดูแลตลอดระยะเวลาที่ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงลงได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศ.จรัญ ภัคศิษนากุล ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านมาเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้ให้คำแนะนำและความคิดเห็นทางวิชาการ ทำให้ผู้เขียนได้เข้าใจหลักกฎหมายต่างๆ ได้ดียิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณรศ.มานิตย์ จุมปา ที่ได้ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนอย่างมาก ขอขอบพระคุณ รศ.รัชชัย สุภผลศิริ และ รศ.อรพรรณ พันสพัฒนา ที่กรุณาเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งกรุณาสละเวลาอันมีค่าให้คำปรึกษา และคำแนะนำที่สำคัญ และเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อและคุณแม่ที่ช่วยหาข้อมูลและเป็นกำลังใจ รวมทั้งสนับสนุนผู้เขียนในด้านต่างๆ มาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบคุณคุณคุณวราวรร ศรีตุลยโชติ ที่กรุณาช่วยตรวจทานการแปลภาษาต่างประเทศและตรวจพิสูจน์อักษร ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ ทุกคนที่หน้ากระดานนี้ไม่อาจเขียนรายชื่อได้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ณัฐกรณ์ ธารสุวรรณ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมุติฐานในการวิจัย.....	8
1.3 วัตถุประสงค์ของการทำวิทยานิพนธ์.....	8
1.4 ขอบเขตการทำวิทยานิพนธ์.....	8
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการทำวิทยานิพนธ์.....	8
1.6 วิธีการศึกษาวิจัย.....	9
บทที่ 2 ความหมายและหลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่	
2.1 ความหมายของการแปลงหนี้ใหม่.....	11
2.2 ลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่.....	12
2.3 หลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่.....	14
2.3.1 คู่สัญญาจะต้องมีหนี้เดิมต่อกัน.....	15
2.3.2 คู่สัญญาทำสัญญาแปลงหนี้เดิมเป็นหนี้ใหม่.....	18
2.3.3 คู่สัญญาทำการเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้เดิม.....	20
(1) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับตัวหนี้.....	21
(2) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับตัวลูกหนี้.....	25
(3) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับเจ้าหนี้.....	26
(4) สิ่งอันมิใช่สาระสำคัญแห่งหนี้.....	29
2.3.4 คู่สัญญาที่ใช้นี้ใหม่บังคับแทนหนี้เดิม.....	30
2.3.5 คู่สัญญาต้องมีความสามารถที่จะจำหน่ายสิทธินั้นได้.....	34
2.3.6 วิธีการแปลงหนี้ใหม่.....	34

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.4 ผลของการแปลงหนี้ใหม่.....	40
2.4.1 ผลที่เกิดกับหนี้ประธาน.....	41
2.4.2 ผลที่เกิดกับหนี้อุปกรณ์และประกันทั้งหลาย.....	42
2.5 บทเปรียบเทียบกับ การแปลงหนี้ใหม่กับหลักเกณฑ์เรื่องอื่นๆ ที่มีลักษณะใกล้เคียง.....	46
2.5.1 การเปรียบเทียบกับบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่ กับการรับสภาพหนี้.....	47
2.5.2 การเปรียบเทียบกับบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่ กับการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก.....	53
2.5.3 การเปรียบเทียบกับบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่ กับการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	56
2.5.4 การเปรียบเทียบกับบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่ กับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น.....	60
บทที่ 3 การแปลงหนี้ใหม่ตามหลักกฎหมายต่างประเทศ	
3.1 หลักกฎหมายแปลงหนี้ใหม่ของโรมัน.....	63
3.2 หลักกฎหมายแปลงหนี้ใหม่ของประเทศญี่ปุ่น.....	66
3.3 หลักกฎหมายแปลงหนี้ใหม่ของประเทศฝรั่งเศส.....	70
3.4 หลักกฎหมายแปลงหนี้ใหม่ของประเทศเยอรมัน.....	75
บทที่ 4 ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการแปลงหนี้	
4.1 ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน.....	84
4.1.1 ลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน.....	84
4.1.2 ปัญหาความสมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน.....	90
4.1.2.1 ความไม่สมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน เนื่องจากการเกิดของสัญญา.....	99
4.1.2.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน เนื่องจากความเป็นโมฆะ.....	114

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

(ก) เกิดจากการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ไม่ได้ ทำตามแบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	114
(ข) เกิดจากการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่ไม่ได้ ทำตามแบบที่กำหนดเอาไว้.....	126
4.1.3 ผลต่อสัญญาอุปกรณ์ในกรณีความไม่สมบูรณ์ในบางส่วนของ การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน.....	135
4.1.3.1 ผลต่อสัญญาอุปกรณ์ในกรณีที่เกิดความไม่สมบูรณ์ของการ แปลงหนี้ใหม่โดยสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากการเกิดของสัญญา.....	139
4.1.3.2 ผลต่อสัญญาอุปกรณ์ในกรณีที่เกิดความไม่สมบูรณ์ของการ แปลงหนี้ใหม่โดยสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากความเป็นโมฆะ.....	142
4.2 ปัญหาของลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะ สัญญาประนีประนอมยอมความ.....	146
4.2.1 หลักเกณฑ์และลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความ.....	146
4.2.2 สภาพปัญหาของความเกี่ยวพันระหว่างสัญญาประนีประนอมยอมความ กับการแปลงหนี้ใหม่.....	147
4.3 ปัญหาการแปลงหนี้ใหม่ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้.....	163
4.3.1 ลักษณะของสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้.....	164
4.3.2 ปัญหาการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้.....	170
4.3.2.1 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยการขยายเวลาชำระหนี้.....	171
4.3.2.2 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยการปรับลดอัตราดอกเบี้ย.....	174
4.3.2.3 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยให้ระยะเวลาปลอดหนี้เงินต้น หรือดอกเบี้ย.....	175
4.3.2.4 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยการปรับลดเงินต้น.....	177
4.3.2.5 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่เจ้าหนี้รับโอนทรัพย์สินที่ เป็นหลักประกันและมีได้เป็นหลักประกัน.....	189
4.3.2.6 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่เจ้าหนี้โอนทรัพย์สิน โดยให้สิทธิลูกหนี้ซื้อกลับคืน.....	197

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป.....	212
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	221
รายการอ้างอิง.....	222
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	227



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสมัยที่มนุษย์ยังแยกกันอยู่มิได้รวมกันเป็นสังคม เพียงแต่มีปัจจัย 4 อันได้แก่ อาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม และยารักษาโรค มนุษย์ก็ดำรงชีพอยู่ได้แล้ว และหากปัจจัย 4 ยังมีอยู่มากมาย อาจหาได้โดยง่าย เราอาจแยกกันอยู่โดยไม่ต้องพึ่งพาอาศัยกันได้ แต่เมื่อปัจจัย 4 ขาดแคลนลง มนุษย์เรามีจำนวนมากขึ้นจึงต้องพึ่งพาอาศัยกัน ต้องรวมตัวกันอยู่เพื่อความปลอดภัย ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างกันและกันก็เพิ่มมากขึ้น ยิ่งมนุษย์มีความเจริญขึ้น สิ่งจำเป็นเพื่อความสะดวกสบายในการดำรงชีพก็เพิ่มขึ้น ความต้องการในสิ่งต่างๆนอกเหนือไปจากปัจจัย 4 ก็เพิ่มขึ้นด้วย ความสัมพันธ์ของมนุษย์ยิ่งเพิ่มขึ้นอีกทั้งในด้านที่เกี่ยวกับบุคคลและด้านที่เกี่ยวกับปัจจัย 4 และวัตถุต่างๆ มนุษย์ที่รวมกันเป็นหมู่เหล่าก็ต้องมีขนบธรรมเนียมประเพณี หรือกฎเกณฑ์ของหมู่คณะเกี่ยวกับความสัมพันธ์ต่างๆเหล่านั้น เมื่อหมู่คณะเจริญขึ้น เกิดเป็นสังคมมีระบบระเบียบ เป็นรัฐขึ้นมาที่ย่อมต้องมีกฎหมายขึ้นมาแทนขนบธรรมเนียมประเพณีหรือกฎเกณฑ์เหล่านั้น

ความสัมพันธ์ของมนุษย์ในขั้นแรกพอจะแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความสัมพันธ์ในด้านที่เกี่ยวกับปัจจัย 4 และวัตถุสิ่งของต่างๆอันเป็นความสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สิน ส่วนความสัมพันธ์อีกประเภทหนึ่งได้แก่ ความสัมพันธ์ทางด้านบุคคลซึ่งไม่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สินก่อเกิดปัญหาว่าใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินชิ้นใด เจ้าของทรัพย์สินมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นเพียงใด มีสิทธิหวงกันหรือห้ามมิให้ผู้อื่นเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนได้เพียงใด มีสิทธิจำหน่ายโอนทรัพย์สินได้อย่างไร และเมื่อเจ้าของทรัพย์สินตายลง ทรัพย์สินใดจะเป็นมรดกตกทอดไปยังผู้ใดได้บ้าง เป็นต้น ส่วนความสัมพันธ์ทางด้านบุคคลก็จะก่อให้เกิดปัญหาว่าบุคคลจะพึงเคารพในทรัพย์สินเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นตลอดจนถึงสมาชิกในครอบครัวของผู้อื่นอย่างไร หากมีการล่วงละเมิดเกิดขึ้นจะต้องมีการเยียวยาหรือชดใช้ทดแทนกันอย่างไร การชดใช้หรือทดแทนเมื่อมีการล่วงละเมิดเกิดขึ้นนี้ ในระยะต้นๆกฎหมายของสังคมยังมิได้แยกการชดใช้ออกเป็นทางอาญาและทางแพ่ง เพราะแนวความคิดในด้านมหาชนและเอกชนในระยะนั้นยังไม่อาจแยกออกจากกันได้ การชดใช้จึงมีลักษณะทั้งทางอาญาและแพ่งปะปนกัน คือเป็นทางการลงโทษแก่เนื้อตัวร่างกายของผู้ล่วงละเมิดและการชดใช้ความเสียหายด้วยทรัพย์สิน แต่เมื่อสังคมเจริญขึ้น จึงมีการแยกกฎหมายในเรื่องนี้ออก

เป็นมาตรการแก้ไขทางอาญาและทางแพ่งแยกออกจากกัน ความสัมพันธ์ของเอกชนที่ไม่เกี่ยวกับรัฐ จึงแยกออกมาเป็นเรื่องของกฎหมายแพ่ง เมื่อกฎหมายแพ่งได้พัฒนาขึ้น

กฎหมายส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สิน ก็กลายเป็นกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน กฎหมายส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางด้านบุคคลก็กลายเป็นกฎหมายว่าด้วยหนี้¹

สิทธิของบุคคลอาจแบ่งได้หลายชนิดหลายวิธี เพื่อความสะดวกแก่การเข้าใจสิทธิเกี่ยวกับหนี้จึงขอแบ่งสิทธิต่างๆออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ สิทธิทางการเมือง (political rights) และ สิทธิที่ไม่เกี่ยวกับการเมือง (civil rights) สิทธิทางการเมืองได้แก่สิทธิเกี่ยวกับการสมัครรับเลือกเป็นผู้แทนราษฎร เป็นต้น ส่วนสิทธิที่ไม่เกี่ยวกับการเมืองที่เรียกว่า civil rights นั้น เป็นสิทธิที่บุคคลมีฐานะเป็นพลเมือง ซึ่งอาจเป็นสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ สิทธิตามกฎหมายมหาชนหรือตามกฎหมายแพ่งโดยทั่วไปอันเป็นการนอกเหนือจากสิทธิทางการเมือง สิทธิจำพวกนี้จึงอาจแบ่งเป็น

(1) สิทธิตามกฎหมายมหาชน (public rights) และ (2) สิทธิตามกฎหมายแพ่ง

สิทธิตามกฎหมายแพ่งโดยทั่วไป อาจแบ่งได้ดังนี้

1. สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน ได้แก่

(1) ทรัพย์สิน (real right) อันประกอบด้วย สิทธิทางทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิทธิที่ผู้ทรงใช้เหนือตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่จับต้องได้ เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน ภาระจำยอม จำน่า จำนอง เป็นต้น ประเภทหนึ่ง กับทรัพย์สินซึ่งวัตถุแห่งนั้นมีใช้วัตถุที่จับต้องได้ หากแต่เป็นตัวสิทธิเอง อันได้แก่ สิทธิทางทรัพย์สินอุตสาหกรรม หรือ ทรัพย์สินทางปัญญา ต่างๆ เช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

(2) สิทธิทางหนี้ (obligatory right) เป็นสิทธิที่จะเรียกร้องให้บุคคลโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการบางอย่างได้ ส่วนใหญ่จะเป็นสิทธิที่เกิดจากสัญญา และละเมิด แต่อาจเกิดขึ้นจากลาภมิควรได้ จัดการงานนอกสั่ง หรือเกิดขึ้นตามบทบัญญัติพิเศษของกฎหมายก็ได้ สิทธิประเภทนี้เรียกรวมๆกันว่าเป็นสิทธิเรียกร้อง (claim) แม้จะไม่ใช่ทรัพย์สิน

¹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บท
เบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 1 – 2.

สิทธิ แต่ก็อาจมีราคาและโอนกันได้อย่างสิทธิทางทรัพย์สิน จึงอาจจัดอยู่ในประเภทสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ได้

2. สิทธิเกี่ยวกับครอบครัว เป็นสิทธิที่กฎหมายให้แก่บุคคลในครอบครัว ในฐานะเป็นสามี ภรรยา หรือบุตร เช่น อำนาจปกครองของบิดามารดา สิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดู เป็นต้น สิทธิประเภทนี้ไม่มีค่าทางเศรษฐกิจ เพราะไม่อาจโอนขายได้อย่างสิทธิทางทรัพย์สิน แต่สิทธิบางอย่างก็เกี่ยวกับเงินทองและเกี่ยวกับเรื่องหนี้เช่นกัน ดังกรณีของสิทธิที่บุตรจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดา เป็นต้น

3. สิทธิเกี่ยวกับตัวบุคคล เป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนมีอยู่ในฐานะเป็นบุคคล เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง เกียรติยศ สิทธิทางบุคลิกภาพ (right of personality) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (right of privacy) เป็นต้น สิทธิประเภทนี้คล้ายกับสิทธิตามกฎหมายมหาชน เพียงแต่เป็นส่วนที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแพ่งเมื่อเกิดมีการละเมิดสิทธิขึ้น ผู้ทรงสิทธิจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายกลายเป็นสิทธิทางหนี้ขึ้นมา

คำว่า “หนี้” นั้น อธิบายได้ว่าเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ต้องกระทำการนั้นเรียกว่า ลูกหนี้ ส่วนฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำนั้น เรียกว่า เจ้าหนี้ ส่วนการกระทำนั้นแยกออกไปเป็น 3 ชนิด คือ

1. การกระทำการ
2. การกระทำโดยละเว้นการกระทำ
3. การกระทำการอินเทอร์เน็ต

หนี้ หรือ สิทธิเรียกร้อง หรือบุคคลสิทธินี้ เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจมีราคาได้ และยึดถือเอาได้ และรวมเข้าในกองทรัพย์สินของบุคคลแต่ละบุคคล กล่าวคือ อยู่ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในอันที่จะต้องกระทำตามหนี้นั้น และอยู่ในกองทรัพย์สินของเจ้าหนี้ในอันที่จะได้รับผลของหนี้นั้น เมื่อบุคคลใดตายกองทรัพย์สินนี้ หรือที่เรียกว่า กองมรดก ดังที่มาตรา 1600 กล่าวและอธิบายไว้ว่า ได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งตามกฎหมายหรือโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวโดยแท้ นอกจากนั้นย่อมตกทอดไปยังทายาท²

² จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดย รศ.ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2540), หน้า 15.

หน้านั้นมีบ่อเกิดที่มาได้จากเหตุ 2 ประการ คือ

1. นิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติว่า“นิติกรรม หมายความว่า การใดๆอันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติ สัมพันธขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” ด้วบทกฎหมาย ได้บัญญัติไว้ค่อนข้างยาวแต่ความหมายของนิติกรรมนั้นก็ชัดเจนปราศจากปัญหา หากกล่าวโดยย่อ นิติกรรมก็คือการกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมาย และมุ่งประสงค์จะให้เกิดผลในกฎหมาย ผูกพันกันในการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ การก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระงับสิทธิ นั้น อาจรวมเรียกว่าการเคลื่อนไหวในสิทธิ นิติกรรมเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้สิทธิเกิดการ เคลื่อนไหวตามความประสงค์ของบุคคล เริ่มแต่ก่อสิทธิไปจนกระทั่งระงับสิทธิ ความในตัวของอาจ ชวนให้สงสัยที่กล่าวถึงแต่สิทธิ โดยไม่กล่าวถึงหน้าที่ ดูคล้ายกับว่านิติกรรมไม่ได้ก่อหน้าที่ด้วย แต่ ความจริงสิทธิและหน้าที่นั้นเป็นของคู่กัน เมื่อบุคคลใดมีสิทธิย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีในอันที่ จะต้องปฏิบัติตามสิทธินั้น หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิเรียกร้องของฝ่ายที่มีสิทธิก็คือ หนี้ สิทธิ เคลื่อนไหวไปอย่างไรหน้าที่ที่ย่อมจะเคลื่อนไหวตามไปด้วย

2. นิติเหตุ ในความหมายอย่างกว้าง นิติเหตุ หมายความว่ารวมถึงนิติกรรมด้วย หรืออาจ กล่าวได้ว่านิติกรรม ก็คือ นิติเหตุอย่างหนึ่ง แต่นิติเหตุไม่จำเป็นต้องเป็นนิติกรรมเสมอไป ในความ หมายอย่างแคบ อาจแบ่งแยกนิติเหตุกับนิติกรรม ออกเป็นคนละอย่างต่างกัน โดยถือว่านิติเหตุและ นิติกรรมต่างเป็นเหตุในกฎหมายหรือเหตุการณ์ในกฎหมาย³

ท่านศาสตราจารย์ สักดิ์ สนองชาติ ได้กล่าวไว้ว่า

“เหตุในกฎหมายหรือเหตุการณ์ในกฎหมายก็
คือนิติเหตุนั่นเอง เมื่อเหตุในกฎหมายหรือเหตุการณ์ในกฎหมาย
หมายความว่ารวมถึงนิติกรรมด้วย นิติเหตุก็ย่อมหมายความว่ารวมถึง
นิติกรรมด้วยคู่กัน”⁴

³ สักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วย นิติกรรมสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ, 2536), หน้า 2.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

เมื่อมีการเกิดขึ้นของหนี้ไม่ว่าจะด้วยจากเหตุใดๆก็ตาม อันก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่างกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง การที่บุคคลใดๆมีหน้าที่ที่ต้องชำระหนี้หรือกระทำการใดๆอันเป็นการชำระหนี้แล้ว หนี้นั้นย่อมระงับสิ้นไป บุคคลที่ได้เกี่ยวข้องกับหนี้นั้นก็อาจหมดสิ้นในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างกัน ซึ่งการที่หนี้จะระงับสิ้นไปนั้นเป็นไปได้หลายวิธี ดังนี้

1. การชำระหนี้
2. การปลดหนี้
3. การหักกลบลบหนี้
4. การแปลงหนี้ใหม่
5. หนี้เคลื่อนกลิ้งกัน

จะเห็นได้ว่าการแปลงหนี้ใหม่นั้นเป็นวิธีการหนึ่งในการที่จะทำให้หนี้ของคู่กรณีที่มีอยู่ระงับสิ้นไปเดิมในสมัยโรมันนั้นบุคคลภายนอกจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาได้เฉพาะกรณีที่เป็น การแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ หากเป็นด้านของเจ้าหนี้ก็ต้องทำเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และหากเป็นด้านของลูกหนี้ก็ต้องทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ในสมัยนั้นการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่จึงมีความสำคัญมาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเราก็มีแนวความคิดในเรื่องของการแปลงหนี้ใหม่ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับในสมัยโรมัน⁵

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเรา ได้บัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ไว้ใน หมวด 5 เรื่องความระงับหนี้ ในส่วนที่ 4 ของบรรพ 2 มีอยู่ทั้งสิ้น 4 มาตรา คือ มาตรา 349 ถึง มาตรา 352 การแปลงหนี้ใหม่นี้ เป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 349 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ท่านว่า หนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่” อย่างไรก็ตามสาระสำคัญแห่งหนี้ข้างนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรค 2 ระบุเพียงว่า “ถ้าทำหนี้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดีเปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านถือว่าเป็นอันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้”

การเปลี่ยนเงื่อนไขแห่งหนี้ กรมร่างกฎหมาย ได้ยกตัวอย่างไว้ดังนี้

ตัวอย่าง (ก) ก. เป็นหนี้ ข. 100 บาท ซึ่งต้องใช้คืน ถ้าเรียกไฟฟ้า “ลาออส” มาถึงกรุงเทพฯ ในวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2468 ถ้าภายหลังตกลงกันว่า ก. จะใช้เงิน 100 บาท ให้แก่ ข.

⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บท เบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สหมิตรออฟเซ็ท, 2534), หน้า 467.

ในวันที่ 1 กรกฎาคม โดยปราศจากเงื่อนไข ทั้งนี้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ (ข) ก. เป็นหนี้ ข. 100 บาท ซึ่งต้องใช้คืนในวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2468 ภายหลังตกลงกันว่า ก. จะใช้คืน ถ้าเรือกลไฟ “ลาออส” มาถึงกรุงเทพฯ ในวันนั้น ได้ทำหนี้รายแรกให้มียกเงินไป จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่า เงื่อนไขของหนี้เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ แต่มิได้บัญญัติว่า สาระสำคัญแห่งหนี้นอกจากเงื่อนไขแล้วยังมีสิ่งอื่น ที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้อีกหรือไม่ นักกฎหมายหลายท่านต่างก็เห็นว่า สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้นอกจากเงื่อนไขแล้วก็ยังมี

1. การเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ คำว่า วัตถุแห่งหนี้ ถ้ากล่าวอย่างง่ายก็คือ “ตัวหนี้” นั่นคือ หากมองด้านเจ้าหนี้ วัตถุแห่งหนี้ก็คือ “สิ่งที่เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระ” หากมองด้านของลูกหนี้ก็คือ “สิ่งที่ลูกหนี้ต้องปฏิบัติชำระหนี้” ซึ่งวัตถุแห่งหนี้ อาจแบ่งได้เป็น 4 ชนิด อันได้แก่ กระทำการ , ละเว้นกระทำการ , ส่งมอบทรัพย์สิน และทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้⁶

2. เปลี่ยนมูลหนี้ คำว่ามูลหนี้ หมายถึงมูลกรณีที่เกิดหนี้ขึ้น ซึ่งมูลหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ สัญญา ละเมิด ลากมิกควรได้ และจัดการงานนอกสั่ง การที่ลูกหนี้รับผิดชอบตามมูลหนี้หนึ่ง หากว่าเจ้าหนี้ ลูกหนี้ ได้ตกลงกันให้ลูกหนี้รับผิดชอบอีกมูลหนี้หนึ่ง ก็ถือเป็นการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้

3. เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ตัวเจ้าหนี้ ถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ เมื่อมีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรค 3 บัญญัติให้นำบทบัญญัติว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับ ซึ่งศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร ได้ให้สาเหตุของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ กฎหมายให้นำบทบัญญัติ เรื่อง โอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับกับการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ว่า

“เพราะการแปลงหนี้ใหม่กรณีนี้ทำให้เจ้าหนี้คนใหม่เข้ามามีสิทธิ เรียกร้องแทนเจ้าหนี้คนเดิม ทำนองเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง ผลสำคัญในเรื่องนี้ก็คือ ทำให้ต้องนำบทบัญญัติของมาตรา 306 และ 308 มาใช้บังคับด้วยเพราะเป็นหนี้ซึ่งต้อง

⁶ ทวีศักดิ์ นคนันท์, การแปลงหนี้ใหม่ : ศึกษาเฉพาะปัญหาของการก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้, (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 4.

ชำระแก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง การแปลงหนี้ใหม่ ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องทำเป็นหนังสือ และต้องบอกกล่าวแก่ ลูกหนี้ หรือลูกหนี้ยินยอมด้วยหนังสือ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 แต่เนื่องจากการแปลงหนี้ในกรณีนี้ต้องทำเป็นสัญญาระหว่าง เจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่และลูกหนี้ทั้ง 3 ฝ่ายด้วยกันอยู่แล้ว จึงถือได้ว่า ลูกหนี้ให้ความยินยอมแล้ว มีผลให้ลูกหนี้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่มี อยู่ต่อเจ้าหนี้เดิมมาใช้กับเจ้าหนี้ใหม่ได้... ”⁷

4. การเปลี่ยนตัวลูกหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้นิยมใช้กันมาตั้งแต่ สมัยโรมัน ซึ่งเรียกกันว่า deligatio เป็นกรณีที่ลูกหนี้มอบหมายให้ผู้อื่นไปชำระหนี้แทนตน โดยเจ้า หนี้ตกลงยอมรับผู้ที่ได้รับมอบหมายนั้นเป็นลูกหนี้ใหม่แทนลูกหนี้เดิม แปลงหนี้ใหม่กรณีนี้จะเกิด ขึ้นไม่ได้ถ้าเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ไม่ยินยอมด้วย เพราะลูกหนี้เดิมยอมไปบังคับเจ้าหนี้และลูกหนี้ ใหม่ไม่ได้ ทั้งกรณีนี้มักจะเกิดขึ้นโดยลูกหนี้เดิมเป็นผู้เสนอขอทำสัญญากับเจ้าหนี้

ตามกฎหมายโรมันยังมีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ อีกกรณีหนึ่งเรียกว่า expromissio ซึ่งบุคคลที่สามเสนอตัวต่อเจ้าหนี้ขอชำระหนี้แทนลูกหนี้ และเจ้าหนี้ตกลงรับบุคคลที่ สามเข้าเป็นลูกหนี้ใหม่แทนลูกหนี้เดิม กรณีนี้เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่อาจตกลงกันโดยลำพัง โดยลูก หนี้เดิมไม่ได้ตกลงด้วยก็ได้ เพราะเป็นที่สันนิษฐานได้ว่าลูกหนี้เดิมก็คงไม่ขัดข้อง ทั้งสอดคล้องกับ หลักที่ว่าบุคคลภายนอกก็อาจชำระหนี้แทนลูกหนี้ได้⁸

เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ของประเทศไทยนั้นได้บัญญัติรายละเอียดไว้ไม่ถี่ถ้วน ซึ่งลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่นั้นก็มีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายอื่นๆ อยู่มาก อันเป็นเหตุให้เมื่อมีคดีข้อพิพาทเกิดขึ้นการวินิจฉัยคดีที่จะใช้บทบัญญัติหรือหลักกฎหมาย ในเรื่องใดมาปรับใช้นั้นมีความยุ่งยากและความเห็นที่ขัดแย้งกันไปตามมุมมองของนักกฎหมายแต่ละท่าน เป็นผลให้คำวินิจฉัยก็จะแตกต่างกันออกไป ซึ่งเป็นสาเหตุให้ผลที่เกิดขึ้นต่างกันไป เนื่องจากเหตุของการใช้หลักกฎหมายที่แตกต่างกัน จึงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่ในสภาพปัจจุบัน วิทยา

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บท เบ็ดเสร็จทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 516.

นิพนธ์ฉบับนี้จึงขอเสนอปัญหาในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ เพื่ออาจนำไปเป็นหลักเกณฑ์ในการวิเคราะห์ปัญหาที่จะเกิดขึ้นต่อไป

1.2 สมมุติฐานในการวิจัย

กฎหมายเรื่องแปลงหนี้ใหม่ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังคงไม่มีการศึกษาอย่างชัดเจนและละเอียดถี่พอ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ โดยเฉพาะเมื่อการแปลงหนี้ใหม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาต่างตอบแทน สัญญาประนีประนอมยอมความ และสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ดังนั้นจึงควรมีการศึกษาวิจัยเพื่อให้เกิดความกระจ่างชัด และนำไปเป็นแนวทางในการตีความหรือบังคับใช้กฎหมายต่อไป

1.3 วัตถุประสงค์ของการทำวิทยานิพนธ์

เพื่อนำผลของการศึกษาในหลักกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ มาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้และสัญญาประนีประนอมยอมความ โดยนำความคิดเห็นของนักวิชาการและแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกามาเปรียบเทียบ แยกแยะจึงทำให้เห็นถึงลักษณะของสัญญาแปลงหนี้ใหม่ที่ชัดเจนยิ่งขึ้นและสามารถเป็นแนวทางในการศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไขข้อได้เปรียบหรือเสียเปรียบระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้และบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ดียิ่งขึ้น รวมทั้งการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องของลักษณะแบบการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนที่ขาดความสมบูรณ์ในบางส่วน เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องแบบและผลของการแปลงหนี้ใหม่ที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างละเอียดหรือโดยตรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.4 ขอบเขตการทำวิทยานิพนธ์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาในเรื่องหลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งเมื่อเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาต่างตอบแทน สัญญาประนีประนอมยอมความ และสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้แล้ว ได้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการทำวิทยานิพนธ์

1. ได้ทราบถึงหลักการของการแปลงหนี้ใหม่ในกฎหมายประเทศต่างๆที่ประเทศไทยได้นำมาเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายอันว่าด้วยลักษณะการแปลงหนี้ใหม่
2. ได้ทราบถึงลักษณะ ตัวบทกฎหมาย และหลักเกณฑ์ต่างๆของการแปลงหนี้ใหม่ในประเทศไทย รวมทั้งคำพิพากษาในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายอื่นๆที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน
3. ได้ทราบถึงปัญหาที่เกิดกับการวางหลักการใช้กฎหมายในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งยังคงมีลักษณะที่คลุมเครือใกล้เคียงกับบทกฎหมายอื่นเป็นอย่างมาก อันเป็นสาเหตุให้เกิดความสับสนในการเข้าใจถึงสาระสำคัญของการแปลงหนี้ใหม่

1.6 วิธีการศึกษาวิจัย

การดำเนินการวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยเอกสารด้วยการค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้รวบรวม ค้นคว้ามาจาก หนังสือ บทความ วารสาร และทางอินเทอร์เน็ต โดยข้อมูลเหล่านี้ได้มาจากห้องสมุดต่างๆ เช่น คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ห้องสมุดสถาบันวิทยบริการ, ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ห้องสมุดกลาง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นต้น

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ความหมายและหลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่

ตามแนวคิดสมัยโบราณ หนี้เป็นเรื่องความผูกพันเฉพาะตัวบุคคล กล่าวคือ บุคคลอื่นจะก้าวล่วงเข้าไปในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้ไม่ได้ เจ้าหนี้และลูกหนี้ที่ผูกพันกันในหนี้เท่านั้นที่จะมีสิทธิเรียกร้องหรือชำระหนี้ต่อกันได้ ทั้งนี้เป็นเพราะสมัยก่อนเจ้าหนี้สามารถบังคับเอาร่างกายของลูกหนี้ได้หากลูกหนี้ไม่ทำการชำระหนี้ วิธีบังคับหนี้ก็ขึ้นอยู่กับตัวเจ้าหนี้เอง บ้างทรมานโดยการตากแดด บ้างใช้วิธีมัดทั้งนี้ลูกหนี้จะถูกบังคับหนี้หนักเบาขนาดไหน ก็ขึ้นอยู่กับเจ้าหนี้ที่ตนเองเข้าผูกพันนิติสัมพันธ์ด้วย จนกระทั่งถึงยุคทอง ในสมัยโรมัน ความหมายของคำว่าหนี้ในแง่กายภาพ เช่นนั้นก็หมดไป กลายมาเป็นความผูกพันทางด้านกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่าหนี้ ในแง่ทางด้านของลูกหนี้แล้วนั้นก็คือ หน้าที่อย่างหนึ่งที่ตนต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือละเว้นการกระทำบางอย่างตามกฎหมายหรือตามหน้าที่ที่ตนต้องปฏิบัติ โดยจัดระเบียบได้ให้คำนิยามหนี้ที่มีชื่อเสียงโด่งดังว่า “obligation est iuris vinculum guo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrac civitatis iura” ซึ่งหมายความว่า หนี้เป็นนิติสัมพันธ์อันทำให้เราต้องปฏิบัติหน้าที่บางอย่าง ตามกฎหมายของนคร หรือรัฐของเรา โดยคำนิยามนี้จัดระเบียบทรงได้มาจาก Papinianus (Zimmermann 1990 : 1 , n.3)¹

เมื่อหนี้ได้เกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย บุคคลเหล่านั้นไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเจ้าหนี้หรือฝ่ายลูกหนี้คงมิได้ต้องการให้หนี้ซึ่งมีระหว่างกันคงอยู่เช่นนั้นตลอดไป หากแต่เจ้าหนี้มักมีความประสงค์ให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสิทธิของตน ส่วนลูกหนี้ก็ควรจะชำระหนี้ตามหน้าที่ของตนให้เสร็จสิ้น อันเป็นการระงับนิติสัมพันธ์ทางด้านหนี้ระหว่าง 2 ฝ่ายไป การระงับหนี้ที่เกิดขึ้นนั้นมีได้หลายวิธีดังกล่าวไปแล้วข้างต้น การแปลงหนี้ใหม่ก็เป็นวิธีหนึ่งในการระงับหนี้ แต่หากจะกล่าวไปแล้ว ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ในเรื่องการระงับแห่งหนี้ แปลงหนี้ใหม่ก็น่าจะมีลักษณะที่แตกต่างจากวิธีการระงับหนี้ด้วยวิธีอื่น ๆ เนื่องจากการแปลงหนี้เป็นการระงับหนี้ที่ไม่ได้ทำให้ นิติสัมพันธ์ของทั้งเจ้าหนี้ และลูกหนี้สิ้นสุดลง แต่กลับเป็นการระงับหนี้เดิมเพื่อที่จะบังคับกันตามหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่ โดยผูกพันกันตามข้อสัญญาการแปลงหนี้ใหม่

¹ ประชุม โฉมฉาย, “หนี้ในกฎหมายโรมัน : I”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 27 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2540), หน้า 383.

2.1 ความหมายของการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้บัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยเรื่องหนี้ โดยการแปลงหนี้ใหม่เป็นวิธีการหนึ่งของเหตุแห่งการระงับหนี้ กล่าวคือการแปลงหนี้ใหม่นั้นเป็นสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างคู่กรณี 2 ฝ่าย โดยคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายนี้มีหนี้เดิมระหว่างกันอยู่ และได้เข้ามาตกลงทำสัญญาต่อกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะระงับหนี้เดิมที่มีอยู่ระหว่างกัน และผูกพันกันตามหนี้ใหม่ที่ได้ตกลงกันไว้ตามสัญญา และโดยเจตนาของคู่สัญญาที่มีความประสงค์ในการระงับหนี้เดิมที่มีอยู่เดิม นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้ จึงได้จัดการแปลงหนี้ใหม่เข้าไปรวมอยู่ในจำพวกเหตุในการระงับแห่งหนี้ ตัวอย่างของการแปลงหนี้ใหม่ก็เช่น

ตัวอย่าง ก. เป็นลูกหนี้ ข. ในอันที่จะส่งมอบขาม้าให้ ข. แต่หาม้ามาขายให้ไม่ได้ ก. กับ ข. จึงได้ตกลงทำสัญญาระงับหนี้เก่าที่จะส่งม้า เปลี่ยนให้เป็นหนี้ใหม่ที่จะต้องหาวัวมาส่งมอบขาม้าให้ หรือจะทำการชูดินให้ หรือจะงดเว้นการอันใดก็ตาม หนี้เก่าที่เป็นเรื่องการส่งมอบม้าก็เป็นอันได้ระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ จะรู้หรือป็นขึ้นว่ากล่าวเอาม้านั้นอีกไม่ได้ ได้แต่จะกล่าวว่กันไปตามหนี้ใหม่ที่ได้ก่อขึ้น หรือเช่น ก. เป็นลูกหนี้ ข. ในจำนวนเงิน 100 บาท ข. ต้องการจะให้ ก. ได้เข้ามาเป็นเจ้าหนี้ของ ก. จึงได้ทำสัญญาระงับความที่ตนเป็นเจ้าหนี้ ก. อยู่ และให้ ข. เข้ามาเป็นเจ้าหนี้ใหม่ เหมือนกับว่าได้ก่อหนี้กันใหม่ หรือตามตัวอย่างข้างต้นที่ ก. เป็นลูกหนี้ ข. อยู่ ง. ประสงค์จะเข้ามารับเป็นลูกหนี้ ข. ง. กับ ข. จึงตกลงทำสัญญากันระงับหนี้เก่าที่ ก. เป็นลูกหนี้ ข. และก่อหนี้ใหม่ขึ้น โดยให้ ง. เป็นลูกหนี้ ข. การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้เช่นนี้ ก็นับอยู่ในลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ ทำให้หนี้เก่าระงับไปได้เหมือนกัน²

เมื่อพิจารณาตามตัวอย่างดังกล่าวมาแล้วการแปลงหนี้ใหม่ก็คือการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เดิม หากคู่สัญญามิได้ทำสัญญาที่มีการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ตามที่บัญญัติมาตรา 349 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ หนี้เดิมที่มีอยู่ต่อกันนั้นก็ได้เปลี่ยนแปลงไป จึงมีผลบังคับกันตามหนี้เดิมที่มีอยู่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1298 / 2503)

² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1538.

2.2 ลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ไม่ใช่เป็นการชำระหนี้ในมูลหนี้เก่าที่ยังคงไม่ได้ชำระ แล้วก็ตามทำสัญญาต่อกันให้ระงับสิ้นไป ดังนั้นการแปลงหนี้จึงมีลักษณะที่แตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 321 ที่บัญญัติว่า

“ ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ ท่านว่าหนี้นั้นก็ระงับสิ้นไป

ถ้าเพื่อที่จะทำให้พอใจแก่เจ้าหนี้นั้น ลูกหนี้รับภาระเป็นหนี้เป็นอย่างใดอย่างหนึ่งต่อเจ้าหนี้ไซ้ร เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านมิให้สันนิษฐานว่าลูกหนี้ได้ก่อหนี้ขึ้นแทนการชำระหนี้

ถ้าชำระหนี้ด้วยออก – ด้วยโอน - หรือด้วยสลักหลังตัวเงินหรือประทวนสินค้าท่านว่าหนี้จะระงับสิ้นไปต่อเมื่อตัวเงินหรือประทวนสินค้านั้นได้ใช้เงินแล้ว”

ซึ่งตามมาตรา 321 นี้จะมีลักษณะที่นอกเหนือจากการชำระด้วยหลักเกณฑ์การชำระหนี้ทั่ว ๆ ไปที่ว่า ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้ผิดจากเดิมที่เป็นหนี้กันไม่ได้โดยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 321 ลูกหนี้จะสามารถชำระหนี้ให้แตกต่างไปจากหนี้เดิมได้ 3 วิธีการด้วยกันคือ

1. ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ตกลงกันไว้
2. ลูกหนี้รับภาระเป็นหนี้ใหม่
3. ชำระหนี้ด้วยตัวเงิน หรือประทวนสินค้า

โดยปกติแล้วหากมองลักษณะเช่นนี้ จะทำให้ดูเหมือนว่าการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ตกลงกันไว้มีลักษณะเป็นเช่นเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่ เพราะการที่คู่กรณีตกลงกันให้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นได้แทนนั้นไม่ได้หมายถึง เพียงการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้เท่านั้น หากแต่หมายรวมถึง การชำระหนี้โดยการกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ด้วย โดยหลักแล้วเมื่อมีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เช่นนี้แล้วย่อมเข้าลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ เพียงแต่ในกรณีนี้ขึ้นอยู่กับว่าคู่กรณีมีความประสงค์ที่จะให้ผลการชำระหนี้ออกมาเพื่อให้หนี้ที่มีอยู่เดิมระงับลงหรือไม่ หากคู่กรณีมีเจตนารมณ์ที่จะให้หนี้ที่มีอยู่เดิมระงับสิ้นไป ย่อมมีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่อย่างชัดเจน หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการเจตนาของคู่สัญญาย่อมส่งผลให้สัญญาหรือหนี้ที่ระงับไปตามการตกลง หากคู่กรณีจะทำการเรียกร้องบังคับชำระหนี้ ก็ต้องไปบังคับตามสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นตามข้อตกลงใหม่ แต่ในกรณีของมาตรา 321 นั้นเป็นกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลง หรือตกลงกันอย่างไม่ชัดเจนว่าจะให้หนี้เก่าระงับไปหรือไม่ รวมทั้งลักษณะของมาตรา 321

วรรค 2 ที่ได้บัญญัติในเรื่องกรณีที่ลูกหนี้จะรับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนหนี้เดิม ซึ่งส่วนใหญ่มักจะ เป็นข้อตกลงที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของลูกหนี้ เพื่อเป็นการผ่อนผันหรือขยายเวลาชำระหนี้ให้แก่ ลูกหนี้ เจ้าหนี้มักจะไม่ได้รับประโยชน์จากการรับภาระหนี้ของลูกหนี้ ดังนั้นหากพฤติการณ์ยังคง ไม่ชัดเจนว่าลูกหนี้ได้รับภาระหนี้ใหม่เพื่อแทนหนี้เดิมอย่างแท้จริงแล้วจึงไม่ควรตีความให้เป็นผล ร้ายแก่เจ้าหนี้ ซึ่งหมายความว่าภาระหนี้ของลูกหนี้นั้นไม่เป็นเหตุทำให้หนี้เดิมระงับไป เจ้าหนี้ จะยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้ตามเดิมอยู่³

คำพิพากษาฎีกาที่ 867/2523 จำเลยที่ 1 นำตัวเงินมาขายลดให้โจทก์ ภายหลังจาก ปรากฏว่าโจทก์เรียกเก็บเงินไม่ได้ จำเลยที่ 1 และ ที่ 2 จึงได้ร่วมกันสั่งจ่ายเช็ค 10 ฉบับ ชำระ หนี้เงินที่โจทก์เรียกเก็บไม่ได้ จึงเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระเป็นเงิน หาใช่เป็นการ แปรลงหนี้ใหม่ เมื่อเช็คขึ้นเงินไม่ได้ หนี้เงินจึงยังไม่ระงับ

ดังนั้นการแปรลงหนี้จึงมีลักษณะที่แตกต่างกับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนเพราะการ แปรลงหนี้มีวัตถุประสงค์เฉพาะที่จะระงับหนี้เก่า และก่อหนี้ใหม่ขึ้นผูกพันต่อไป อาจเพราะการมีที่ มาจากคู่สัญญาที่มีความผูกพันภาระหนี้ไว้ต่อกัน แต่ในท้ายที่สุดก็ไม่สามารถที่จะบังคับชำระหนี้ ตามที่ตกลงกันไว้ได้ โดยถ้าเจ้าหนี้จะปลดหนี้ให้เลยก็คงเป็นไปได้อย่างยากยิ่ง แต่กรณีจะบังคับ ตามหนี้เก่าก็ไม่สามารถที่จะทำได้ จึงแก้ไขโดยการเปลี่ยนแปลงหนี้เป็นหนี้ใหม่ขึ้นมาใหม่ และ ยอมให้หนี้เก่านั้นระงับไปเสีย⁴ อย่างการกู้ยืมเงินกันนั้น ผู้กู้อาจยอมรับเอาสิ่งของ หรือทรัพย์สิน อื่นแทนจำนวนเงินหรืออาจนำหนี้สินอย่างอื่นมาแปลงเป็นหนี้เงินกู้ก็ได้ หากจำเป็นต้องมีการรับเงินกัน เสมอไปไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2820/2515)

คำพิพากษาฎีกาที่ 4574/2536 โจทก์และจำเลยเป็นผู้ค้าประกันหนี้รายเดียวกันของ น. จึงเป็นลูกหนี้ร่วมตาม ป.พ.พ. มาตรา 682 วรรคสอง เมื่อโจทก์ชำระหนี้แทน น. ลูกหนี้ไปแล้ว โจทก์ยอมรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ไล่เบี้ยเอาแก่จำเลยได้กึ่งหนึ่งตาม ป.พ.พ. มาตรา 229 (3) และ มาตรา 296 และมีสิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ น. เพื่อชำระหนี้ทั้งหมดได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 693 วรรคแรก เมื่อต่อมาโจทก์กับ น. ตกลงทำสัญญากู้เงินไว้ว่า น. เป็นหนี้เงินกู้โจทก์ถือว่าหนี้ใหม่เกิดขึ้นแล้ว

³ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บท เบ็ดเสร็จทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 446.

⁴ เสนีย์ ปราโมช ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1540.

เป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนึ่ง จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่ มีผลทำให้หนี้ตามสิทธิไล่เบี่ยนั้นระงับไป โจทก์ชอบที่จะบังคับตามมูลหนี้ใหม่ในสัญญาเงินกู้ ความรับผิดชอบของจำเลยในฐานะผู้ค้ำประกันหนี้เดิมของ น. และในฐานะลูกหนี้ร่วมกับโจทก์ ย่อมระงับไปด้วย โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องไล่เบี่ยเอาแก่จำเลยได้อีก

ตามตัวบทเกี่ยวกับลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 4 มาตรา ตั้งแต่ มาตรา 349 ถึง มาตรา 352 ซึ่งลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ที่ได้มีการบัญญัติไว้นี้ สามารถจำแนกได้ ถึงวิธีการแปลงหนี้ตามมาตราต่างๆดังนี้

มาตรา 349 วรรคแรก เป็นลักษณะการแปลงหนี้ใหม่โดยวิธีการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนึ่ง

มาตรา 349 วรรค 3 เป็นลักษณะการแปลงหนี้ใหม่โดยวิธีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

มาตรา 350 เป็นลักษณะการแปลงหนี้ใหม่โดยวิธีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

จึงเห็นได้ว่าลักษณะสำคัญของการแปลงหนี้ใหม่คือ การเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนึ่งเดิม ซึ่งจะส่งผลให้หนี้เก่าที่ผูกพันกันอยู่ระงับสิ้นไป เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2044 / 2515 จำเลยที่ 1 ใ้กู้เงินโจทก์ และค้ำชำระดอกเบี้ยต่อมาโจทก์และจำเลยที่ 1 ตกลงทำสัญญาขายฝากที่ดิน โดยถือเอาหนี้เงินกู้เป็นราคาที่ขายฝากเช่นนี้ เป็นการแปลงหนี้ใหม่ เพราะเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนึ่ง กล่าวคือเปลี่ยนจากหนี้เงินกู้มาเป็นหนี้ตามสัญญาขายฝาก หนี้เงินกู้จึงระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 แต่ถ้าหนี้ตามสัญญาขายฝากมิได้เกิดขึ้นด้วยประการใด ๆ หนี้เงินกู้ก็ยังไม่ ทั้งนี้ตามมาตรา 351 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยรายละเอียดของวิธีการแปลงหนี้ใหม่จะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

2.3 หลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่

หากจะกล่าวถึงเหตุแห่งการระงับหนี้ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ก็จะแยกได้หลายเหตุ ทั้งการปลดหนี้ การหักกลบลบหนี้ หรือการชำระหนี้โดยการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนก็ล้วนทำให้หนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ระงับลงไปแล้วทั้งสิ้น แต่นอกจากเหตุแห่งการระงับหนี้ที่ยกตัวอย่างข้างต้นแล้ว ยังมีเหตุแห่งการระงับหนี้อีกหนึ่งเหตุหนึ่ง ซึ่งแตกต่างไปจากเหตุแห่งการระงับหนี้อื่น ๆ

คือ เหตุแห่งการระงับหนี้โดยการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งเหตุแห่งการระงับหนี้นี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีมูลหนี้ใหม่เกิดขึ้นแทนมูลหนี้เก่า

หลักเกณฑ์พื้นฐานของการแปลงหนี้ใหม่นั้น ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 349 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติไว้ว่า

“เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่

ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง”

ตามความหมายที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 349 สรุปได้ถึงถึงการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ทั้งนั้น แต่ถึงกระนั้นก็ตาม แม้มีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้แล้ว ก็มิใช่ว่าจะเกิดการแปลงหนี้ใหม่ไปเสียทั้งหมด การพิจารณาหลักเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่ ไม่เพียงพิจารณาจากมาตรา 349 เป็นหลักหากแต่ต้องพิจารณาควบคู่ไปกับมาตรา 351 ด้วย⁵ เพราะการแปลงหนี้ใหม่อาจจะเกิดขึ้นไม่ได้หากหนี้ต้นจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนี้ใหม่นั้นมิได้เกิดขึ้น หรือได้ยกเลิกไปเสียเพราะมูลแห่งหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีรูถึงคู่กรณี ตามความที่กล่าวมาแล้วการแปลงหนี้ใหม่ก็ไม่สามารถที่จะเกิดขึ้นได้ ดังนั้นคู่กรณีจะต้องนำหนี้เดิมกลับมาบังคับใช้กันต่อไป ดังที่เคยเป็นมา

แม้หลักเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่จะได้บัญญัติไว้เพียง 4 มาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 แต่ในความเป็นจริงหลักเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่มีรายละเอียดที่จะต้องตีความ เพื่อนำไปบังคับใช้อย่างมากมาย โดยในส่วนนี้จะได้อธิบายถึงรายละเอียดหลักเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่ ดังต่อไปนี้

2.3.1 คู่สัญญาจะต้องมีหนี้เดิมต่อกัน

ลักษณะพื้นฐานของการแปลงหนี้ คือ คู่สัญญาจะต้องมีมูลหนี้เดิมต่อกันอยู่แล้ว และหนี้เดิมที่มีผลผูกพันคู่สัญญาอยู่นั้น ก็ต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ มิใช่หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่เป็นโมฆะ หรือเป็นหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามอย่างชัดแจ้ง หรือเป็นหนี้ที่เป็นการพ้นวิสัย

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1542.

หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหากสัญญาเดิมที่มีอยู่มีลักษณะที่จะทำให้ผลของสัญญาเป็นโมฆะแล้ว ก็เท่ากับว่าหนี้เดิมนั้นไม่เคยมีอยู่ การแปลงหนี้ใหม่ก็จะมีไม่ได้ เพราะบทบัญญัติในเรื่องของการแปลงหนี้ใหม่เป็นส่วนของการระงับแห่งหนี้ หากหนี้เก่ามิได้มีอยู่แล้ว แม้คู่สัญญาจะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ต่อกัน ก็ไม่สามารถที่จะกระทำได้ เพราะไม่มีมูลหนี้ที่จะระงับ และมาบังคับกันตามหนี้ใหม่ได้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1826 / 2529

คำพิพากษาฎีกาที่ 1826 / 2529 โจทก์ให้คนงานยืมเงินไปชำระให้แก่บุตรจำเลย เป็นค่าสมัครไปทำงานต่างประเทศ คนงานจ่ายเงินให้บุตรจำเลยแล้วไม่ได้ไปทำงาน จึงมีการเรียกเงินคืนกัน จำเลยตกลงจะชำระเงินให้แก่โจทก์แทนบุตรของตน โดยจำเลยทำสัญญากู้ให้โจทก์ไว้ ดังนี้ผู้เป็นลูกหนี้โจทก์ที่แท้จริงก็คือคนงาน หากบุตรของจำเลยไม่ ทั้งคนงานผู้เป็นเจ้าหนี้นับบุตรจำเลยก็มีได้โอนสิทธิเรียกร้องให้โจทก์ ดังนั้น จึงไม่มีหนี้ที่จำเลยจะต้องชำระให้โจทก์แทนบุตร การที่จำเลยทำสัญญากู้ให้โจทก์ไว้ จึงไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โจทก์จะบังคับให้จำเลยรับผิดชอบตามสัญญากู้หาได้ไม่

เหตุที่โจทก์บังคับให้จำเลยชำระหนี้เงินกู้ไม่ได้ หากใช้เพราะจำเลยไม่ได้รับเงินกู้ หรือไม่มีหนี้กันตามสัญญาแต่อย่างใด หากแต่เพราะไม่มีหนี้ระหว่างโจทก์และบุตรของจำเลย บุตรของจำเลยไม่ต้องชำระหนี้ให้โจทก์อยู่ก่อนแล้ว แม้จำเลยจะรับเข้ามาใช้หนี้แทนบุตรก็คงไม่มีหนี้อะไรที่จำเลยจะต้องชำระอยู่เช่นเดิม หากมีหนี้เดิมอยู่แล้วบุคคลภายนอกเข้ามาใช้หนี้แทนลูกหนี้ โดยทำสัญญากู้ให้เจ้าหนี้ไว้ แม้ผู้เข้ามาชำระหนี้หรือลูกหนี้คนใหม่จะไม่ได้รับเงินตามสัญญา ก็อาจต้องรับผิดชอบ เพราะเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 432 / 2500 จำเลยกู้เงินโจทก์หลายครั้ง ครั้งหลังทำหนังสือรวมเป็นหนี้โจทก์ไว้เป็นเงินจำนวนหนึ่ง ครั้นถึงกำหนดตามสัญญา จำเลยได้ทำสัญญาให้โจทก์ไว้อีกฉบับหนึ่ง คิดรวมจำนวนเงิน และดอกเบี้ยค้างชำระ และมีข้อตกลงกันไว้ระหว่างโจทก์จำเลยว่า จำเลยไม่มีเงินใช้หนี้ จึงยกที่นาและบ้านใช้แทน ดังนี้ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หนี้เดิมระงับแล้ว โจทก์จะฟ้องเรียกหนี้เดิมไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 405/2498 การกู้เงิน 50 บาทโดยไม่มีสัญญาเป็นหนังสือนั้น หนี้ดังกล่าวมีอยู่แล้วเพียงแต่ฟ้องร้องไม่ได้เท่านั้น เมื่อลูกหนี้จะทำสัญญาขายฝากเท่ากับจำนวนหนี้ที่ค้างอยู่ ก็ย่อมเป็นแปลงหนี้ใหม่

อีกประการหนึ่งของเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ก็คือ แม้คู่สัญญาจะมีหนี้เดิมต่อกัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหนี้ประเภทนั้นจะนำมาแปลงหนี้ได้ เช่นปัญหาที่ว่าถ้าหนี้เดิมเป็นเรื่องหนี้ธรรมดา หรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม หนี้ประเภทนี้จะสามารถนำมาแปลงหนี้ใหม่ได้หรือไม่ ในเรื่องนี้มีความเห็นแตกต่างของนักกฎหมายอยู่ 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายที่ 1 เห็นว่าหนี้ธรรมดาหรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมนี้ สามารถที่จะแปลงหนี้ใหม่ได้ เพราะเมื่อหนี้ประเภทนี้สามารถที่จะชำระหนี้กันได้อย่างสมบูรณ์แล้ว เหตุใดจึงจะมีการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ แต่การแปลงหนี้ชนิดนี้ต้องมีได้กระทำไปโดยเชื่อว่าหนี้เก่านั้นเป็นหนี้สามัญ⁶

ฝ่ายที่ 2 มีความเห็นว่า การทำสัญญารับใช้หนี้ในธรรม ก็เป็นแต่สัญญารับใช้หนี้ นั่น เหมือนกับว่าได้มีสัญญากันเป็นครั้งแรกเมื่อสร้างโลก ไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่ หนี้ในธรรมไม่ใช่หนี้ในกฎหมายที่รวมอยู่ในบทบัญญัติ ว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่อันเกี่ยวกับการระงับหนี้ในกฎหมาย⁷

หนี้อีกประการหนึ่งที่จะทำให้มีปัญหาได้ว่าจะสามารถนำมาแปลงหนี้ใหม่ได้หรือไม่ นั่นคือหนี้ที่อยู่ในสภาพตกเป็นโมฆียะ ลักษณะของโมฆียกรรม คือมีความสมบูรณ์จนกระทั่งได้บอกล้าง ดังนั้นหนี้ที่เป็นโมฆียกรรมก็คงเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ ตราบเท่าที่ไม่ได้มีการบอกล้างในหนี้ นั้น ก็จะสามารถทำการแปลงหนี้ใหม่ได้ ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ในหนี้ที่ตกเป็นโมฆียกรรมนั้น ก็ได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนไว้ในมาตรา 180 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่า “ภายหลังเวลาอันพึงให้สตัยบันได้ตามมาตรา 179 ถ้ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้นเกี่ยวกับโมฆียกรรมโดยการกระทำของบุคคลซึ่งมีสิทธิบอกล้างโมฆียกรรมตามมาตรา 175 ถ้ามิได้สงวนสิทธิไว้แจ้งชัดแก่ประการใดให้ถือว่าเป็นการให้สตัยบัน

- (1) ได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้วทั้งหมด หรือแต่บางส่วน
- (2) ได้มีการเรียกให้ชำระหนี้แล้ว

⁶ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 312.

⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1543.

- (3) ได้มีการแปลงหนี้ใหม่
- (4) ได้มีการให้ประกันเพื่อหนี้นั้น
- (5) ได้มีการโอนสิทธิ หรือความรับผิดชอบทั้งหมด หรือแต่บางส่วน
- (6) ได้มีการกระทำอย่างอื่นอันแสดงได้ว่าเป็นการให้สัตยาบัน ”

ดังนั้นเมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่อย่างถูกต้อง หนี้เดิมที่เคยเป็นโมฆียกรรม ก็กลับมาเป็นหนี้ที่สมบูรณ์เพราะการให้สัตยาบันโดยการแปลงหนี้ใหม่ คู่กรณีจะไม่สามารถบอกล้างหนี้อันเป็นโมฆียกรรมนั้นได้อีก

2.3.2 คู่สัญญาทำสัญญาแปลงหนี้เดิมเป็นหนี้ใหม่

แปลงหนี้ใหม่เป็นผลที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายได้มาตกลงกันเพื่อที่จะได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข ในลักษณะแห่งหนี้เดิม แล้วมาผูกพันกันตามนิติสัมพันธ์ของหนี้ใหม่

มาตรา 349 บัญญัติว่า “คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้” แปลงหนี้ใหม่จึงไม่อาจเกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวอย่างปลดหนี้ หรือหักกลบลบหนี้ การที่ลูกหนี้ฝ่ายเดียวทำสัญญายอมใช้หนี้แก่เจ้าหนี้อาจเป็นการรับสภาพหนี้ แต่หาเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ หรือการที่บุคคลภายนอกเสนอขอชำระหนี้โดยไม่มีการตอบสนองจากเจ้าหนี้ก็จะถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้

การแปลงหนี้ใหม่ถึงแม้หนี้เดิมจะมีความสมบูรณ์ถูกต้องแล้ว แต่ใช้ว่าการแปลงหนี้ใหม่จะสมบูรณ์เสมอไปเพราะ การที่เจ้าหนี้จะยอมแปลงหนี้ใหม่นั้นย่อมหมายถึงว่าเจ้าหนี้มีเจตนาที่จะบังคับเอาหนี้สัญญาที่เกิดขึ้นมาใหม่ โดยยอมละทิ้งสัญญาเดิมไป ดังนั้นแม้หนี้เดิมจะมีความสมบูรณ์ แต่เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่แล้วหนี้ใหม่ไม่สมบูรณ์ด้วยประการใด ๆ หนี้เก่าก็ยังคงอยู่ไม่ระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ เจ้าหนี้ยังคงเรียกร้องตามสิทธิที่มีอยู่ในหนี้เก่าได้ ซึ่งในส่วนนี้ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 351 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาฎีกาที่ 1092 / 2509 การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จำเป็นต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ เพียงแต่บุคคลภายนอกยื่นหนังสือรับรองชำระหนี้แทนจำเลยต่อโจทก์ แต่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้จำเลยมิได้สั่งการอย่างไร เจียบบหายไป สัญญาแปลงหนี้ใหม่

ยังไม่เกิดขึ้น แม้ต่อมาอีกเกือบ 4 ปี โจทก์จะได้ทวงหนี้ของโจทก์ ที่มีต่อจำเลยเอาถ่านบุคคลภายนอกนั้น ก็ไม่ถือว่าโจทก์ได้ยอมรับเอาบุคคลภายนอกนั้นเข้าเป็นลูกหนี้แทนจำเลย เพราะคำเสนอของบุคคลภายนอกต่อโจทก์สิ้นความผูกพันเพราะล่วงเลยเวลาอันควร คาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 หนังสือทวงหนี้ของโจทก์เป็นแต่คำเสนอใหม่เท่านั้น เมื่อหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นเดิมของจำเลยก็ไม่ระงับไปตามมาตรา 351

การทำนิติกรรมสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้น สิ่งที่ใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาชนิดใดก็คือ เจตนาของคู่สัญญานั้นเอง การแปลงหนี้ใหม่ก็เช่นกัน การแปลงหนี้ใหม่จะสมบูรณ์ใช้ได้เมื่อคู่สัญญาเจตนาที่จะแปลงหนี้ใหม่กันอย่างแท้จริง กล่าวคือ คู่สัญญาจะต้องมีความต้องการทำให้หนี้เดิมที่มีอยู่ระงับลงไป พร้อมกับยอมรับในหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น และยินยอมที่จะบังคับต่อกันด้วยหนี้ใหม่ ฉะนั้นหากคู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาแปลงหนี้ใหม่เพียงแต่การยอมรับสภาพหนี้ หรือนำหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่มาสนับสนุนคำจนเจ้าหนี้เก่า นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา คือ ทั้งเจ้าหนี้-ลูกหนี้ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่อย่างไรจึงจะถือว่ามีเจตนาแปลงหนี้ใหม่ เรื่องนี้คงต้องนำหลักการแปลงเจตนามาพิจารณาด้วย ทั้งนี้คงต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ของคู่สัญญา ว่าต้องการทำให้หนี้เก่าระงับลงและต้องการบังคับตามหนี้ใหม่อย่างแท้จริง จึงจะถือว่ามีเจตนาแปลงหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นการแปลงหนี้ใหม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 550/2470 ข้อเท็จจริงได้ความว่า จำเลยไปทำสัญญาค้ำประกันห้างหุ้นส่วนสามัญที่เป็นลูกหนี้โจทก์ ภายหลังห้างหุ้นส่วนนั้นได้จดทะเบียนเป็นบริษัท ปัญหาที่ว่าจำเลยจะหลุดพ้นจากความรับผิด เพราะ โจทก์ได้แปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนเอาตัวบริษัทเป็นลูกหนี้ใหม่แทนห้างหุ้นส่วนที่เป็นลูกหนี้เก่าหรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาอย่างใด ทั้งโจทก์ก็ไม่ได้ทำสัญญารับเอาบริษัทเป็นลูกหนี้ใหม่ คดีมิได้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ จำเลยผู้ค้ำประกันหาได้หลุดพ้นไปไม่ คำพิพากษาฎีกาที่ 332/2479 มีหลักวินิจฉัยเป็นทำนองเดียวกัน⁸

ในกระบวนการแปลงหนี้ใหม่นั้น คู่สัญญาสามารถทำได้หลายวิธี ทั้งการเปลี่ยนสิ่งที่เป็นสาระสำคัญในหนี้คือการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากระบวนการแปลงหนี้ใหม่นั้นมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องหลายฝ่าย ทั้งตัวเจ้าหนี้-ลูกหนี้เดิม และบุคคลภายนอก

⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว.ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า1550.

ได้แก่เจ้าหนี้ใหม่กรณีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ หรือลูกหนี้ใหม่กรณีเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ทั้งนี้ขั้นตอนในการแปลงหนี้ใหม่สิ่งที่จะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือวิธีการดำเนินการให้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ที่ต้องสมบูรณ์นั้น ก็ต้องขึ้นอยู่กับวิธีการในการแปลงหนี้กรณีแรกการแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญในหนี้อันได้แก่ วัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่เกี่ยวข้องก็ยังคงเป็นเจ้าหนี้-ลูกหนี้ในมูลหนี้เดิมนั่นเอง กรณีที่สอง การแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ มาตรา 349 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง” ดังนั้นเมื่อกฎหมายกำหนดให้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ใช้วิธีการเช่นเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งเป็นการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และผู้รับโอนเท่านั้น ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้สัญญาการโอนสิทธิเรียกร้องก็มีผลสมบูรณ์ จึงน่าที่จะนำหลักเกณฑ์เดียวกันนี้ มาบังคับกับการแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ เจ้าหนี้เก่าและเจ้าหนี้ใหม่ต้องทำสัญญาในการแปลงหนี้ใหม่เป็นหนังสือต่อกัน โดยลูกหนี้ไม่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญา แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 306 แห่งการโอนสิทธิเรียกร้องมีบัญญัติให้เจ้าหนี้บอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้โดยทำเป็นหนังสือเช่นกัน ทั้งนี้เมื่อนำมาใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้แล้วไซ้ จึงอนุมานได้ว่าเจ้าหนี้เก่าหรือ เจ้าหนี้ใหม่ต้องมีการทำหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ถึงการแปลงหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น แต่ทั้งนี้ความยินยอมของลูกหนี้ไม่เพียงพอประกอบในความสมบูรณ์ของการแปลงหนี้ระหว่างเจ้าหนี้เก่าและเจ้าหนี้ใหม่แต่อย่างใด กรณีสุดท้าย การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ มีบทบัญญัติชัดเจน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 350 อันมีสาระสำคัญว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องต้องทำสัญญาต่อกัน ในกรณีนี้คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ โดยไม่ต้องให้ลูกหนี้เดิมเข้ามามีนิติสัมพันธ์ด้วยแต่ทั้งนี้การแปลงหนี้ใหม่นี้จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เก่าหาได้ไม่

2.3.3 คู่สัญญาทำการเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้เดิม

การแปลงหนี้ใหม่นั้นจะมีผลบังคับเมื่อ คู่สัญญามีเจตนาเปลี่ยนสาระสำคัญในมูลหนี้เดิม อันเป็นลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ ส่วนสาระสำคัญที่จะต้องทำการเปลี่ยนนั้น จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงจากลักษณะของหนี้เดิมเป็นหนี้ใหม่ หากหนี้เดิมและหนี้ใหม่ไม่มีลักษณะที่ต่างกัน อาจเท่ากับเป็นการรับสภาพหนี้ในหนี้เดิมนั้นก็ได้ ด้วยบทบัญญัติมาตรา 349 ที่มีเจตนาให้มีการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้หากคู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะทำการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้น แม้ว่าคู่สัญญาจะมีเจตนาในการแปลงหนี้ใหม่ แต่สัญญาที่ได้ทำนั้นมิได้เป็นการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ก็จะจัดว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้เช่นเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1298 / 2503 ลูกหนี้กู้เงินโจทก์ไปโดยทำหลักฐานเป็นหนังสือให้ไว้ หลังจากนั้นลูกหนี้คนนั้นออกเช็คเพื่อชำระหนี้ให้โจทก์ แล้วขอรับหลักฐานการกู้เงินคืนไป เช่นนี้มิใช่เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้แต่ประการใด จึงมิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ ฉะนั้นเมื่อปรากฏต่อมาว่าลูกหนี้ตาย เช็คของลูกหนี้ที่ยังขึ้นเงินไม่ได้ หนี้จึงยังหาระงับไปไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 522 / 2505 หนี้เงินกู้ ซึ่งทำหนังสือกู้กันใหม่ โดยรวมจำนวนเงินกู้ครั้งหลังเข้าไว้ด้วยนั้น มิใช่เป็นเรื่องแปลงหนี้ใหม่ เพราะไม่มีการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้แต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 548 / 2517 โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยชำระเงินที่กู้ยืมไป จำเลยให้การถึงมูลเหตุที่มาของการทำสัญญาว่า บุตรจำเลยไปสู่ขอบุตรสาวโจทก์เป็นภรรยา โจทก์เรียกเงินตกทอด และเงินค่าเลี้ยงดูแก่ในวันสมรสจากจำเลย ซึ่งจำเลยตกลงเช่นนี้ข้อตกลงของจำเลยดังกล่าวเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ส่วนที่โจทก์ให้จำเลยทำเป็นสัญญาให้ไว้แก่โจทก์นั้นก็เพราะโจทก์ไม่ไว้ใจเกรงว่าจำเลยจะปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ สัญญาจึงเป็นแต่เพียงหลักประกันเพื่อให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น หาใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่

ตามบทบัญญัติ มาตรา 349 และมาตรา 350 เป็นหลักเกณฑ์ ส่วนรายละเอียดที่กล่าวถึงว่าสิ่งใดเป็นสาระสำคัญในมูลหนี้ หากเมื่อมีการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ตามที่บัญญัติไว้แล้ว ย่อมถือว่าได้มีการแปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้น และเมื่อนำบทบัญญัติที่กำหนดไว้มาพิจารณา สิ่งที่ เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้จะมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับตัวหนี้

ตามที่มาตรา 349 วรรคแรก และวรรค 2 ได้บัญญัติไว้ว่า

“เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ให้หรือ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่ถ้าทำนั้นมีเงื่อนไขให้เป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติม เงื่อนไขเข้าไปในหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านถือว่าเป็นอันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้” หากได้มีการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญในมูลหนี้แล้ว ถือได้ว่ามี

การแปลงหนี้ใหม่ มูลหนี้ที่มีอยู่เดิมถือว่าระงับสิ้นไป และคู่สัญญาที่มาบังคับกันหรือผูกพันตามมูลหนี้ในที่ตกลงกัน

จากบทบัญญัติมาตรา 349 วรรคแรก การเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญอาจพิจารณาได้ดังนี้

(1.1) การแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้

หากลูกหนี้และเจ้าหนี้ได้มีการตกลงกันให้เปลี่ยนทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้เดิม มาเป็นทรัพย์สินอีกอันหนึ่ง ถือได้ว่าคู่กรณีได้ตกลงให้มีการเปลี่ยนในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ซึ่งเมื่อได้มีการตกลงแปลงหนี้ใหม่กันแล้ว ลูกหนี้ก็ไม่จำเป็นต้องนำทรัพย์สินอย่างเดิมมาชำระหนี้ ส่วนเจ้าหนี้ก็ไม่สามารถที่จะไปเรียกร้องทรัพย์สินที่ตกลงกันไว้เดิมกับลูกหนี้ได้อีก ทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้จะมีสิทธิและหน้าที่ในทรัพย์สินที่ได้ตกลงผูกพันกันใหม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1008 / 2496 จำเลยตกลงกับโจทก์เอาเรือนของจำเลยตีใช้หนี้เงินกู้ให้โจทก์เป็นราคา 9,500 บาท โดยให้โจทก์เรือเอาเรือนไปใน 5 วันนั้น หากจำเลยต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 ไม่ ข้อตกลงดังกล่าวเป็นการแปลงหนี้ตามมาตรา 349 โดยคู่กรณีได้ตกลงเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ คือ เอาเรือนของจำเลยชำระหนี้แทนที่จะต้องนำเงินมาชำระตามสัญญาจะหนี้เงินกู้ระหว่างโจทก์จำเลยจึงเป็นอันระงับไป

(1.2) การแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้

การเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ในประการนี้ เป็นกรณีที่เดิมลูกหนี้มีหนี้ที่ต้องชำระให้เจ้าหนี้อย่างหนึ่ง แล้วคู่กรณีก็ตกลงกันใหม่ให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทน ซึ่งอาจเป็นการกระทำการ หรืองดเว้นการกระทำ หรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ได้ เหล่านี้ถือเป็นสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ที่ถ้าได้มีการตกลงเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากมูลหนี้เดิม ย่อมก่อให้เกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1008 / 2520 จำเลยซื้อเครื่องปรับอากาศไปจากโจทก์ โดยจำเลยชำระเงินให้โจทก์ส่วนหนึ่ง ส่วนที่ค้างชำระตกลงกันว่า หากไม่นำมาชำระให้จำเลยจะทำภาพยนตร์ตัวอย่างเพื่อโฆษณาร้านค้าให้โจทก์ ดังนี้ถือได้ว่าหนี้ค่าเครื่องปรับอากาศที่ค้างชำระดังกล่าว นั้น โจทก์จำเลยได้ตกลงทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งที่จำเลยจะต้องฉายทำภาพยนตร์โฆษณาร้านค้าให้โจทก์เสียแล้ว หนี้ที่จำเลยจะต้องชำระเงินยอมเป็นอันระงับไป ด้วยการแปลงหนี้ใหม่ โจทก์จึงจะฟ้องบังคับให้จำเลยชำระเงินที่ค้างตามสัญญาซื้อขายซึ่งระงับไปแล้วด้วยการแปลงหนี้ใหม่หาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2826 / 2536 จำเลยและพวกได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับโจทก์ ยอมรับผิดใช้หนี้เกี่ยวกับการส่งคนงานไปต่างประเทศให้โจทก์เป็นเงินจำนวนหนึ่งแล้วต่อมาโจทก์จำเลยตกลงกันใหม่ จำเลยรับว่าได้กู้ยืมเงินโจทก์เป็นจำนวนเท่ากับหนี้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ และได้จำนองที่ดินเป็นประกันหนี้เงินกู้ยืมนั้น ดังนี้ถือได้ว่ามีการแปลงหนี้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นหนี้เงินกู้และจำนองแล้ว

(1.3) การแปลงหนี้โดยเปลี่ยนการชำระหนี้โดยไม่มีเงื่อนไขมาเป็นการชำระหนี้โดยมีเงื่อนไข

การแปลงหนี้ที่มีเงื่อนไข ได้มีบทบัญญัติอยู่ในมาตรา 349 วรรค 2 ถ้าหนี้เดิมเป็นหนี้มีเงื่อนไข แต่ว่าได้ก่อหนี้ใหม่ขึ้นแทนโดยตัดเงื่อนไขออก ก็ถือว่าการแปลงหนี้ใหม่ หรือว่าถ้าหนี้เดิมเป็นหนี้อื่นไม่มีเงื่อนไข แต่ว่าหนี้ใหม่ได้เพิ่มเงื่อนไขเข้าไปด้วยถือว่าเป็นแปลงหนี้ใหม่ หรือว่าหนี้เก่าเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขอยู่แล้ว แต่หนี้ใหม่ที่ก่อขึ้นแทนนี้ได้เปลี่ยนเงื่อนไขเสียด้วย ก็ถือว่าการแปลงหนี้ใหม่เหมือนกัน^๑ เช่น แต่เดิม ก. ทำสัญญาจะซื้อรถยนต์ของ ข. โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องให้บุตรของ ก. สอบไล่ได้เสียก่อน ต่อมาบุตร ก. ไม่สมัครสอบ ก. จึงตกลงจะซื้อรถยนต์จาก ข. โดยไม่มีเงื่อนไขก็ดี หรือแต่เดิม ก. จะซื้อรถยนต์จาก ข. โดยไม่มีเงื่อนไขอะไร ได้ตกลงจะซื้อรถยนต์จาก ข. โดยมีเงื่อนไขว่าบุตร ก. จะต้องสอบไล่ได้เสียก่อนก็ดี แต่ต่อมาได้เปลี่ยนกำหนดเหตุการณ์

^๑ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 316.

เป็นว่า ก. จะซื้อรถยนต์คันนั้นต่อเมื่อบุตร ก. ทำการสมรสที่ดี เหล่านี้ท่านให้ถือว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่ง ซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ถือได้ว่าการแปลงหนี้ใหม่¹⁰

หากพิจารณาจากตัวบทแล้วจะเห็นว่า การแปลงหนี้ไม่ได้เป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขซึ่งเป็นสาระสำคัญโดยการเพิ่มเติมเงื่อนไขเท่านั้น แต่ยังสามารถเกิดได้จากการตัดเงื่อนไขที่มีอยู่ออกไปด้วย จะเห็นได้จากตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ค่อนข้างชัดเจน เพื่อไม่ให้เป็นการประเด้นปัญหาว่าเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขอย่างไรจึงถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในเรื่องเงื่อนไขไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขในการเริ่มต้น หรือเงื่อนไขสิ้นสุด การเปลี่ยนแปลงในเรื่องเงื่อนไขไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ เพราะหนี้ยังคงอยู่หรือเกิดขึ้นอยู่แล้วเพียงแต่จะกำหนดเวลาที่จะบังคับแก่กันได้ หรือการรอเวลาซึ่งจะถึงที่สุดไปเท่านั้น ในส่วนของตัวหนี้มิได้มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1676/2540 หลังจากจำเลยที่ 1 ทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์จากโจทก์ ตามสัญญาเช่าซื้อฉบับแรกแล้ว จำเลยที่ 1 ก็ชำระค่าเช่าซื้องวดแรกให้แก่โจทก์ตามกำหนด โดยขณะนั้นรถยนต์ที่เช่าซื้อได้ถูกเจ้าพนักงานตำรวจยึดเอาไว้ เพราะเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติหมิ่นอหิวาแระ พ.ศ.2510 ซึ่งโจทก์รู้ถึงการกระทำความผิดของจำเลยที่ 1 โดยโจทก์ก็สมัครใจทำสัญญาเช่าซื้อฉบับที่ 1 ใหม่ ตามสัญญาเช่าซื้อฉบับที่สอง โดยสัญญาเช่าซื้อฉบับที่สองทำก่อนถึงกำหนดชำระเช่าซื้องวดที่สองตามสัญญาเช่าซื้อฉบับที่สองทำก่อนถึงกำหนดชำระค่าเช่าซื้องวดที่สอง ตามสัญญาเช่าซื้อฉบับแรก และเมื่อพิจารณาถึงข้อความตามสัญญาเช่าซื้อฉบับที่สองมีการเปลี่ยนแปลงยอดเงินที่จะต้องชำระราคาค่าเช่าซื้อทั้งหมดตลอดจนจำนวนเงินที่จำเลยที่ 1 จะต้องผ่อนชำระในแต่ละงวดซึ่งเป็นการเปลี่ยนเงื่อนไขในการชำระหนี้อันเป็นการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ แม้ขณะทำสัญญาเช่าซื้อฉบับที่สอง รถยนต์ที่เช่าซื้อถูกเจ้าพนักงานตำรวจยึดไปแล้ว แต่ก็แสดงถึงความประสงค์ของโจทก์ว่ามีเจตนาเพียงต้องการได้รับค่าเช่าซื้อเท่านั้น จึงได้ทำสัญญาเช่าซื้อฉบับที่สองมีลักษณะเป็นการกำหนดค่าเสียหายให้จำเลยที่ 1 ชำระเงินแต่ละงวดเพื่อระงับหนี้ตามสัญญาเช่าซื้อฉบับแรก โดยให้ใช้สัญญาเช่าซื้อฉบับที่สองแทน จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่ สัญญาเช่าซื้อฉบับแรกเมื่อระงับไปแล้วก็ไม่มีผลใช้บังคับ ทั้งนี้เป็นไปตามข้อตกลงในการทำสัญญาเช่าซื้อฉบับที่สองนั่นเอง โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องตามสัญญาเช่าซื้อฉบับแรกอีก

¹⁰ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1561.

อนึ่งวิธีการที่คู่สัญญาจะปฏิบัติชำระหนี้ต่อกัน ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดหนี้ใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากสิ่งเหล่านี้ไม่ถือเป็นสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ

ตัวอย่าง กำหนดเบี้ยปรับเพิ่มเข้าในสัญญาเดิม หรือว่าผ่อนเวลาให้ หรือว่าถอนหลักประกันอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือว่าเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย หรือว่าเปลี่ยนสถานที่ที่จะต้องการชำระหนี้ เป็นต้น เหล่านี้เรียกว่าไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงสิ่งอันเป็นสาระสำคัญ จึงไม่มีการแปลงหนี้ใหม่ ความผูกพันคงมีอยู่ตามหนี้เดิม

(2) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับตัวลูกหนี้

ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด การแปลงหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นได้เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของมูลหนี้เดิม ทั้งนี้สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งมูลหนี้ นั้นหมายรวมถึงตัวลูกหนี้ด้วย เนื่องจากลูกหนี้เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันในมูลหนี้เดิม เป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่ในการชำระหนี้ให้คู่สัญญาอีกฝ่าย คือ ตัวเจ้าหนี้ ดังนั้น หากมีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ย่อมก่อให้เกิดการแปลงหนี้ ถึงอย่างไรแล้วการที่จะเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น ก็ทำได้ตามความพอใจ ของเจ้าหนี้ จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งตามมาตรา 350 ได้บัญญัติไว้ว่า “แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น จะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่ก็ได้ แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่” หมายความว่า กฎหมายอนุญาตให้เจ้าหนี้ทำการแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้ แต่ต้องทำเป็นหนังสือสัญญาระหว่างตัวเจ้าหนี้กับบุคคลภายนอกที่จะเข้ามารับภาระหน้าที่ในการชำระหนี้แทนลูกหนี้เดิม หรือบุคคลที่เราเรียกว่าลูกหนี้ใหม่นั้นเอง ซึ่งผลของการแปลงหนี้ใหม่ ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นี้ จะทำให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นภาระหน้าที่ในการชำระหนี้มูลหนี้เดิมอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้การแปลงหนี้ใหม่จะสมบูรณ์ใช้ได้หรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับลูกหนี้เดิมด้วย แม้กฎหมายไม่บังคับให้ลูกหนี้เดิมต้องเข้าร่วมในสัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็ตาม แต่ก็ให้สิทธิลูกหนี้เดิมไว้ว่า การทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้น จะต้องไม่เป็นการขึ้นใจลูกหนี้เดิม หากลูกหนี้คัดค้านการแปลงหนี้ดังกล่าว หนี้เดิมจะยังคงอยู่และถือว่าไม่มีการแปลงหนี้ใหม่แต่อย่างใด ซึ่งหลักการนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับเรื่องชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก¹¹

¹¹ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า.314-315.

อุทธรณ์กรมร่าง วรรค 1 ก. เป็นลูกหนี้ ข. 1,000 บาท ต่อมา ก. ไม่มีเงินชำระให้ ข. ข. กับ ค. จึงตกลงกันว่า ค. จะเป็นผู้ชำระเงินรายนี้แทน ก. ดังนี้ ถ้า ก. ลูกหนี้เดิมไม่คัดค้าน ก็เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

คำพิพากษาฎีกา 3453 / 2529 จำเลยเข้าทำสัญญากู้กับโจทก์ ยอมรับใช้หนี้ของ ค. บิดาจำเลยเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ทำให้หนี้เดิมระงับ และ ค. ลูกหนี้คนเก่าหลุดพ้นจากหนี้ไป การแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ป.พ.พ. มาตรา 350 ห้ามแต่เพียงว่าจะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้เท่านั้น เมื่อ ค. ลูกหนี้เดิมตายไปแล้ว กรณีที่จะถือว่าเป็นการขึ้นใจลูกหนี้เดิมก็ไม่มี หนี้ตามคำพิพากษาจึงเป็นหนี้ของจำเลยแต่ผู้เดียว ผู้ร้องและจำเลยในฐานะทายาทโดยธรรมของ ค. ย่อมมีสิทธิรับมรดกบ้านที่ถูกยึดคนละส่วน ผู้ร้องจึงมีสิทธิขอคืนส่วนเงินที่ขายบ้านที่ถูกยึดได้

คำพิพากษาฎีกา 355 / 2521 โจทก์ได้รับเช็ครถนาครไทยพาณิชย์จากคนอื่นไว้เป็นการชำระราคาค่าธรรมเนียมที่ส่งขายให้แก่จำเลยไว้เดิม โดยบวกค่าทนาย ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่าย หากต้องฟ้องร้องบังคับคดี แสดงชัดอยู่ว่าโจทก์ยอมรับเอาบุคคลอื่นเข้าเป็นลูกหนี้แทนที่จำเลยลูกหนี้เดิมแล้ว จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 350 จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้เงินตามเช็คพิพาทแก่โจทก์อีก เพราะไม่มีลูกหนี้ที่จะเรียกร้องคืนได้ต่อไปแล้ว

คำพิพากษาฎีกา 2947 / 2525 ส. ชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 ผู้กู้ ก่อนวันที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างโจทก์กับส. ถือไม่ได้ว่าโจทก์ให้สัตยาบันรับเข้าเป็นคู่สัญญากับ ส. แม้สัญญาดังกล่าวจะมีข้อความเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ก็ไม่ผูกพันโจทก์ เพราะกรรมการผู้มีอำนาจลงชื่อแทนบริษัทโจทก์ลงชื่อไม่ครบจำนวนตามที่จดทะเบียนไว้ จำเลยที่ 2 จึงไม่มีความรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกัน

(3) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้

การแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น กฎหมายได้บัญญัติถึงกระบวนการไว้ค่อนข้างที่จะยุ่งยากมากกว่ารูปแบบการแปลงหนี้ชนิดอื่น ๆ เนื่องจากมีบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย และต่างต้องมีนิติสัมพันธ์ความผูกพันที่เกี่ยวข้องต่อกัน เพื่อมิให้การแปลงหนี้ที่จะเกิดขึ้นต้องกระทบ

กระเทือนต่อสิทธิหรือหน้าที่ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากเกินไปจนอาจเกิดความไม่เป็นธรรม จึงมีขั้นตอนให้ทุกฝ่ายร่วมกันรับรู้คือการแปลงหนี้ที่จะเกิดขึ้น กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้นั้นจะต้องให้บุคคลทั้ง 3 ฝ่ายรับรู้และยินยอม คือ ทั้งตัวเจ้าหนี้เดิม ลูกหนี้และเจ้าหนี้ใหม่ การที่ให้บุคคลทั้ง 3 ฝ่ายยินยอม เนื่องจากพิจารณาได้ว่า หากมีการแปลงหนี้เกิดขึ้นเจ้าหนี้เดิมจะเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบมาก เพราะคนจะต้องสิ้นสิทธิการเรียกร้องบังคับหนี้กับลูกหนี้ ขณะเดียวกันลูกหนี้ก็จะต้องผูกพันและรับผิดชอบตามมูลหนี้ใหม่ที่จะเกิดขึ้น และไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่ตนมีต่อเจ้าหนี้เดิมขึ้นมาแย้งเจ้าหนี้ใหม่ได้

ดังนั้น ความสำคัญของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จึงไม่ใช่เป็นแค่การที่เจ้าหนี้ตั้งตัวแทนไปชำระหนี้ แต่หากถึงกับต้องได้เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กันใหม่ เพราะตัวแทนก็เพียงแต่เป็นผู้รับมอบอำนาจจากเจ้าหนี้เพื่อให้มาทำหน้าที่แทนเท่านั้น¹² การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้นั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับการโอนสิทธิเรียกร้อง เพียงแต่จะแตกต่างตรงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาที่การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นการทำเพื่อสงวนไว้ซึ่งหนี้เก่า มิใช่เพื่อระงับหนี้เก่าดังกล่าว เช่นการแปลงหนี้ใหม่

ในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ มาตรา 349 วรรค 3 ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วย โอนสิทธิเรียกร้อง” ซึ่งทำให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีแบบที่จะต้องปฏิบัติตามในส่วนของการทำสัญญา เพราะบทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง มาตรา 306 วรรคแรก ได้บัญญัติไว้ว่า “การโอนหนี้อันละทิ้งต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ” บทบัญญัติมาตรา 306 ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงมีผลบังคับกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เนื่องด้วยมาตรา 349 วรรค 3 ดังนั้น คู่สัญญาที่ต้องการจะทำการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องทำสัญญาโดยทำเป็นหนังสือ มิฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นก็จะมีผลตกเป็นโมฆะไม่สามารถที่จะบังคับต่อกันได้

¹² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1555.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2331/2522 จำเลยที่ 1 ตกกลับจำเลยที่ 2 ให้จำเลยที่ 2 ชำระเงินแก่ผู้เช่าและรับโอนสิทธิแทนโดยจำเลยที่ 1 จะชำระเงินและโอนสิทธิคืนจากจำเลยที่ 2 ดังนี้ จำเลยที่ 1 เป็นทั้งเจ้าหนี้ลูกหนี้ จำเลยที่ 2 ตกกลับโจทก์ให้โจทก์ชำระหนี้แก่จำเลยที่ 2 และโอนสิทธิการเช่าแก่โจทก์ เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องจำเลยที่ 2 กับโจทก์ตกลงกันด้วยวาจา ไม่ได้ทำเป็นหนังสือไม่สมบูรณ์

คำพิพากษาฎีกาที่ 485/2524 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินแก่ ห. ชำระราคาแล้ว ห. ทำสัญญาจะขายต่อแก่ ผ. ทำสัญญาจะขายต่อแก่โจทก์ โจทก์กับจำเลยทำสัญญาจะซื้อขายกันอีก ระบุว่าโจทก์ชำระราคาแล้ว ดังนี้ สัญญาจะซื้อขายตั้งแต่ ห. เป็นลำดับถึงโจทก์เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตาม ป.พ.พ มาตรา 349 วรรค 3 ซึ่งให้บังคับตามมาตรา 306 ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องจำเลยทำสัญญากับโจทก์เป็นการยินยอมในการแปลงหนี้ใหม่ เกิดเป็นหนี้ระหว่างโจทก์จำเลย จำเลยระบุว่ารับชำระราคาแล้ว โจทก์บังคับให้จำเลยโอนขายตามสัญญาได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 5324/2542 จำเลยเป็นหนี้บริษัท ข ต่อมาบริษัท ข ควบรวมกับบริษัทอื่นเป็นบริษัทโจทก์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1243 มีผลให้บริษัทใหม่ได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบกรณีอยู่กับบริษัทเดิมอันได้มาควบเข้ากัน มิใช่เป็นเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ โจทก์จึงหาจำต้องทำหนังสือหรือสัญญาใด ๆ ตาม ป.พ.พ มาตรา 349 และมาตรา 306 อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 451/2512 แม่ พ. จะเป็นภรรยาเจ้าหนี้ แต่หนี้ที่ลูกหนี้มีต่อ พ. กับหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้เป็นหนี้ต่างรายกัน และเป็นเจ้าหนี้คนละคน ฉะนั้น การนำเอาหนี้ที่มีต่อ พ. มาแปลงเป็นหนี้ของเจ้าหนี้ จึงเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ซึ่งต้องบังคับตามบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 349 วรรคท้าย แต่ฎีกาได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ฉะนั้นการแปลงหนี้ตามเช็คในส่วนของ พ. มาเป็นหนี้เงินกู้ของเจ้าหนี้จึงไม่สมบูรณ์ เจ้าหนี้จะนำเอาหนี้จำนวนนี้มารวมกับหนี้ของเจ้าหนี้เพื่อขอรับชำระหนี้ด้วยไม่ได้

(4) สิ่งอันมิใช่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้

การแปลงหนี้ใหม่มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอยู่ในมาตรา 349 วรรคแรก คือ การแปลงหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นไม่ได้หากไม่มีการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ การแก้ไขตกแต่งหนี้เก่าอันเป็นส่วนปลีกย่อยหรือการเปลี่ยนแปลงบางประการ ก็มีสามรถถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ โดยหลักแล้วสิ่งซึ่งไม่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้จะถูกวางบรรทัดฐานไว้โดยคำพิพากษาฎีกา ดังนั้นการศึกษาในส่วนนี้จึงพิจารณาจากเกณฑ์บรรทัดฐานของศาลฎีกาเป็นหลัก

การเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันมิได้เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ นั้น พิจารณาจากตัวหนี้เป็นหลัก หากเป็นการตกแต่งสัญญาเล็กน้อย ๆ โดยการเปลี่ยนแปลงเพียงถ้อยคำเพื่อให้รัดกุมขึ้น อันไม่กระทบถึงเนื้อหาแห่งตัวหนี้ก็มิใช่การเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ คู่สัญญาที่ทำสัญญากันหากได้มีการตกลงกันเพื่อเปลี่ยนสถานที่ในการชำระหนี้ วิธีการที่จะชำระหนี้ วันและเวลาที่จะถึงกำหนดการชำระหนี้ หรือตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงในเรื่องจำนวนดอกเบี้ยไม่ว่าจะเป็นลดหรือเพิ่มอัตราดอกเบี้ย การตกลงกันในการเพิ่มหลักประกันแก่หนี้ที่ไม่มีประกัน การถอนหลักประกันดอกเบี้ยหรือการเพิ่มวงเงินจำนวน การให้ผ่อนเวลาชำระหนี้ได้ เหล่านี้ถือว่าเป็นเพียงแค่การแก้ไขเพิ่มเติม แม้เปลี่ยนแปลงหรือการเพิ่มวงเงินจำนวน การให้ผ่อนเวลาชำระหนี้ได้ เหล่านี้ถือว่าเป็นเพียงแค่การแก้ไขเพิ่มเติม แม้เปลี่ยนแปลงไปก็ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้¹³

คำพิพากษาฎีกาที่ 3953 / 2533 ผู้เช่าซื้อทำหนังสือยอมรับว่าค้างชำระหนี้โจทก์และขอผ่อนชำระหนี้แก่โจทก์ หากผิดสัญญายินยอมให้ฟ้องร้องชำระหนี้ที่ค้างทั้งหมดได้ทันทีและยอมเสียดอกเบี้ยรวมทั้งค่าฤชาธรรมเนียม ค่าทนายความ และค่าเสียหายแก่โจทก์ เอกสารดังกล่าวเป็นความตกลงในการชำระหนี้โดยการเปลี่ยนแปลงกำหนดเวลาชำระหนี้ และจำนวนเงินที่จะชำระแก่กันเป็นงวด ๆ เท่านั้น เมื่อหนี้ยังไม่ได้ชำระสิ้นเชิงแล้ว หนี้ตามหนังสือสัญญาเช่าซื้อยังไม่ระงับ สัญญาค้ำประกันค่าเช่าซื้อดังกล่าวยังไม่สิ้นสุด ผู้ค้ำประกันจึงหาเหตุผลพ้นความรับผิดชอบ

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1553-1554.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1938/2540 จำเลยที่ 1 ได้กู้ยืมเงินไปจากโจทก์จำนวน 1,000,000 บาท ขอมเสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 12 ต่อปี โดยจำเลยที่ 4 ได้ทำสัญญากู้เงินฉบับดังกล่าว และจำเลยที่ 1 ตกเป็นผู้ผิดนัดแล้วจำเลยที่ 4 ยังไม่เคยชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกันให้แก่โจทก์ การที่โจทก์กับจำเลยที่ 1 ตกลงเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยกันหลายครั้ง มิใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ตามสัญญากู้เงินระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จึงมิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ หนี้ตามสัญญากู้เงินระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จึงไม่ระงับสิ้นไป และจำเลยที่ 4 ในฐานะผู้ค้ำประกันจึงยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ

การพิจารณาในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ ไม่เพียงแต่จะพิจารณาแต่มีการเปลี่ยนแปลงสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เท่านั้น แต่สิ่งที่จะต้องพิจารณาควบคู่ไปด้วย จนเรียกได้ว่าเกือบจะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับเรื่องการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ก็คือเรื่องเจตนาของคู่สัญญา เพราะถ้าคู่สัญญาแม้ได้ทำสัญญาที่ได้มีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้แล้วก็ตาม แต่ขาดซึ่งเจตนาในการแปลงหนี้ เช่นนี้ก็ไม่สามารถที่จะถือได้ว่าเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ เช่น ก. เป็นลูกหนี้กู้เงิน ข. ไป 100 บาท ก. เขียนเช็คสั่งจ่ายเงิน 100 บาทให้ ข. ข.รับเอาไว้ ตัวลูกหนี้ผู้ที่จะใช้หนี้เงินนั้นให้ ข. ก็ได้เปลี่ยนไปแล้วโดยสำคัญ เพราะแทนที่ ก. ลูกหนี้เดิมจะเป็นผู้ใช้ให้ กลายเป็นธนาคารที่ ก. ออกเช็คสั่งจ่ายจะเป็นผู้ใช้ พฤติการณ์เช่นนี้เป็นแต่ความสะดวกในการชำระหนี้เก่า เจ้าหนี้รับเอาตัวเงินเป็นการชำระหนี้เก่า มิได้มีเจตนาจะแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ จะถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้

2.3.4 คู่สัญญาใช้หนี้ใหม่บังคับแทนหนี้เดิม

ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้วว่าการแปลงหนี้ใหม่นั้นนอกจากจะมีการทำสัญญาให้เปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้แล้ว ยังต้องประกอบด้วยเจตนาในการแปลงหนี้ใหม่อีกด้วย มูลฐานอันสำคัญของการแปลงหนี้ใหม่ก็มีเพื่อระงับหนี้ที่มีอยู่เดิมระหว่างคู่สัญญา เพียงแต่หนี้นั้นหาได้ระงับสิ้นไปดังเช่น การระงับหนี้ด้วยวิธีอื่น ๆ และกลับมีหนี้ใหม่ขึ้นมาทดแทนหนี้เดิมตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน ดังนั้นเจตนาที่สำคัญของการแปลงหนี้ใหม่ก็คือ การที่คู่สัญญาต้องการที่จะเปลี่ยนมาบังคับตามหนี้ใหม่ที่ได้ตกลงกันขึ้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 432/2500 จำเลยกู้เงินโจทก์หลายครั้ง ครั้งหลังทำหนังสือรวมเป็นหนี้โจทก์ไว้เป็นเงินจำนวนหนึ่ง ครั้นถึงกำหนดตามสัญญาจำเลยได้ทำสัญญาให้โจทก์ไว้อีกฉบับ

หนึ่ง คิดรวมจำนวนเงินและดอกเบี้ยค้างชำระ และมีข้อตกลงกันว่า โจทก์-จำเลย ว่า จำเลย ไม่มีเงินใช้หนี้จึงยกที่นาและบ้านใช้แทน ดังนี้ ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หนี้เดิมระงับแล้ว โจทก์ จะฟ้องเรียกหนี้เดิมไม่ได้¹⁴

เช่นนี้เดิมจำเลยได้มีสัญญากู้เงินกับ โจทก์เป็นหนี้เดิมที่มีนิติสัมพันธ์กันที่ใช้บังคับ ระหว่างจำเลยและโจทก์ โดยจำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องชำระเงินกู้ให้แก่โจทก์ ตามบทบัญญัติมาตรา 194 ที่ได้บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการ ชำระหนี้ด้วยดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้” แต่เนื่องจากจำเลยไม่มีเงินใช้หนี้จึงได้ยกที่นาและ บ้านใช้แทน การกระทำของจำเลยถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนลักษณะที่เป็นสาระสำคัญของตัวหนี้อัน ถือเป็นการหนึ่งในการแปลงหนี้ใหม่ โดยจำเลยมีเจตนาที่จะให้หนี้เงินกู้นั้นระงับไป แล้วมา บังคับเอากับหนี้ใหม่ซึ่งมิใช่เป็นการชำระด้วยเงินแต่เป็นการยกที่นาและบ้านใช้แทน ดังนั้นโจทก์จึง ไม่สามารถที่จะฟ้องบังคับตามสัญญาเงินกู้ที่จำเลยได้ทำไว้แก่โจทก์ได้ เพราะหนี้เดิมนั้นได้ระงับไป แล้วแต่โจทก์สามารถมาบังคับตามหนี้ที่จะยกที่นาและบ้านให้แทนได้ ซึ่งเป็นการบังคับตามหนี้ ใหม่ที่โจทก์และจำเลยได้ตกลงทำการแปลงหนี้กันขึ้นมา

คำพิพากษาฎีกาที่ 3475 / 2529 จำเลยทำสัญญากู้เงินโจทก์ แล้วตกลงเปลี่ยนสัญญา กู้เป็นสัญญาขายฝากเรือนเป็นการทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ทำให้หนี้เงินกู้ เป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่ โจทก์จะร้องเรียกเงินกู้จากจำเลยหาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1872 / 2531 การที่คู่สัญญาทำสัญญากู้ยืมเงินขึ้นใหม่แทนหนังสือ สัญญากู้ยืมเงินฉบับเก่า แสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาว่าได้ตกลงระงับหนี้ตามสัญญาเก่าแล้วให้ใช้ สัญญาใหม่แทนสัญญาเก่า เมื่อระงับไปแล้วก็ไม่มีผลบังคับใช้ ทั้งนี้เป็นไปตามข้อตกลงในการทำ สัญญาใหม่นั้นเอง โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องตามสัญญาฉบับเก่าอีก กรณีนี้เป็นเรื่องตกลงระงับหนี้ มิใช่การชำระหนี้ จึงไม่จำเป็นต้องมีใบเสร็จ หรือเวนคืนเอกสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์มาตรา 326

การที่คู่สัญญาจะใช้หนี้ใหม่มาเพื่อบังคับแทนหนี้เดิมได้นั้น นอกเหนือจากจะมีการ แปลงหนี้ใหม่ เพื่อให้หนี้เดิมระงับไปแล้ว หนี้ที่เกิดขึ้นมาใหม่ก็ต้องเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ด้วย ซึ่ง

¹⁴ คณะกรรมการจัดพิมพ์หนังสือสหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม จำกัด, ย่อชื่อ กฎหมายจากคำพิพากษาฎีกาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ตอน 1 หนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม), หน้า 300.

หลักเกณฑ์ข้อนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 351 “ถ้าหนีอันจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนีใหม่นั้นมิได้เกิดมีขึ้นก็ดี ได้ยกเลิกเสียเพราะมูลแห่งหนีไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิรู้ถึงคู่กรณีก็ดี ท่านว่าหนีเดิมนั้นก็ยั้งหาระงับสิ้นไปไม่”

เมื่อมีการแปลงหนีใหม่แล้ว โดยหลักหนีที่มีบังคับอยู่เดิมจะต้องระงับสิ้นไป แต่หากว่าหนีที่คู่สัญญาตกลงกันใหม่ไม่สมบูรณ์หรือไม่ได้เกิดขึ้นก็ดี มาตรา 351 จึงบัญญัติให้คู่สัญญาสามารถที่จะไปบังคับกันตามหนีเดิมที่มีอยู่ได้ เหตุที่คู่กรณีจะต้องกลับไปบังคับกันตามสัญญาเดิมในมาตรา 351 บัญญัติไว้ สามารถแบ่งแยกได้เป็น 3 กรณี

2.3.4.1 หนีใหม่มิได้เกิดมีขึ้น

การที่หนีใหม่จะไม่เกิดนั้นอาจจะมีสาเหตุด้วยกันอยู่หลายประการเช่น เมื่อคู่สัญญาตกลงกันทำสัญญาในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบแต่คู่สัญญาก็มิได้กระทำตาม หรือในกรณีของนิติบุคคล บุคคลที่จะเข้าทำนิติกรรมใด ๆ อันมีผลที่จะผูกพันนิติบุคคลนั้น ๆ บุคคลนั้นจะต้องมีอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจให้กระทำได้ หากมิฉะนั้นนิติกรรมหรือสัญญาที่ได้ทำขึ้นนอกเหนือจากขอบอำนาจของบุคคลนั้น ๆ ย่อมไม่มีผลผูกพันต่อกฎหมาย อีกประการหนึ่งที่จะทำให้นี้มีอาจเกิดมีขึ้นได้ คือ เรื่องของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยได้มีการแสดงเจตนาที่บกพร่อง เป็นต้น

2.3.4.2 หนีใหม่ได้ยกเลิกเสียเพราะมูลหนีไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” ดังนั้นหากหนีใหม่ที่ได้มีขึ้นขัดกับวัตถุประสงค์ตามมาตรา 150 แล้ว หนีนั้นก็มีสามารถบังคับได้ เพราะมีผลตกเป็นโมฆะ คู่กรณีจึงต้องกลับไปบังคับกันตามหนีที่มีอยู่เดิม

2.3.4.3 เหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิรู้ถึงคู่กรณี

เป็นกรณีที่อาจเกิดขึ้นได้โดยขณะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้น คู่กรณีไม่ทราบได้ถึงว่าการชำระหนี้นั้นจะเป็นการฟื้นวิสัยมาแต่ต้นแล้ว¹⁵ เช่น คู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาซื้อขายบ้านกัน โดยขณะที่ทำสัญญาซื้อขายบ้านนั้นทั้ง 2 ฝ่ายก็มิได้รู้ว่าบ้านอันเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งที่ได้ตกลงซื้อขายกันอยู่ขณะนั้นตกเป็นอันพ้นวิสัยไปเนื่องจากขณะที่ทำสัญญา ไปได้ใหม่บ้านไปจนหมดสิ้นแล้ว ดังนั้น ถ้าการทำสัญญาซื้อขายกันนั้นเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เมื่อสัญญาซื้อขายนี้บังคับใช้กันไม่ได้ก็ต้องกลับไปบังคับกันตามสัญญาเก่า

คำพิพากษาฎีกาที่ 366/2506 การขายฝากมีบัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญา โดยเฉพาะแต่นิติกรรมจะซื้อจะขายฝากมิได้มีบัญญัติไว้ในที่ใดให้มีได้ สัญญาจะซื้อจะขายฝากจึงมีขึ้นไม่ได้ ตามกฎหมาย

จำเลยกู้ยืมเงินโจทก์ไป แล้วโจทก์จำเลยตกลงกันว่าจำเลยจะขายฝากที่ดินและห้องแถวให้แก่โจทก์ ให้ถือหนี้ตามสัญญาภู่นั้นเป็นเงินชำระหนี้บางส่วนตามสัญญาขายฝาก แต่ครั้นเมื่อจำเลยยื่นคำขอแบ่งแยกที่ดินเพื่อขายฝากให้โจทก์และเจ้าพนักงานได้บันทึกถ้อยคำโจทก์จำเลยไว้เท่านั้น โจทก์จำเลยก็เกี่ยวข้องกันเรื่องราคา จึงมิได้ทำสัญญาขายฝากกันเป็นหนังสือและจดทะเบียน ดังนี้ เมื่อสัญญาจะซื้อจะขายฝากมีขึ้นไม่ได้ตามกฎหมายแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าการกระทำของโจทก์จำเลยดังกล่าวนี้จะเข้าลักษณะเป็นสัญญาจะซื้อจะขายฝากแล้วหรือไม่ และย่อมถือว่ายังไม่มีหนี้อันใดเกิดขึ้นใหม่อันจะเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เดิมซึ่งจะทำให้หนี้กู้ยืม เดิมต้องระงับสิ้นไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ โจทก์จึงคงมีสิทธินำสัญญากู้ยืมมาฟ้องบังคับจำเลยได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1271/2533 โจทก์และจำเลยที่ 1 ตกลงทำสัญญาขายฝากที่ดินของจำเลยที่ 1 ให้ไว้แก่โจทก์ โดยเอาจำนวนเงินที่จำเลยที่ 1 เป็นหนี้โจทก์ตามสัญญากู้ยืมมารวมเป็นราคาขายฝาก และได้ทำสัญญาขายฝากเป็นหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายมีผลใช้บังคับกันได้แล้ว การกระทำความดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 มีผลทำให้หนี้ตามสัญญากู้ยืมเป็นอันระงับไป แต่ต่อมาจะเกิดปัญหาโต้แย้งขึ้นหลังจากจดทะเบียนไถ่ถอนการขายฝาก ก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายหลังหาเป็นเหตุที่จะทำให้หนี้ตามสัญญาขายฝากมิได้เกิดขึ้นหรือได้ยกเลิกเสียเพราะมูลแห่งหนี้ไม่ชอบ

¹⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542), หน้า 387.

ด้วยกฎหมายหรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิได้รู้ถึงคู่กรณีไม่ กรณีไม่อยู่ในเหตุที่จะทำให้หนี้ ตามสัญญาคู่สมไม่ระงับดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 351 โจทก์จะนำเอาสัญญาคู่สมซึ่งหนี้ระงับไปแล้ว มาฟ้องจำเลยที่ 1 ไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4424/2533 หนังสือโอนสัญญาเช่าซื้อระหว่างจำเลยที่ 1 ผู้เช่าซื้อ เดิมกับ อ. ผู้เช่าซื้อไม่เงื่อนไขบังคับก่อนว่าสัญญาโอนนี้ยังไม่มีผลใช้บังคับจนกว่าโจทก์ผู้ให้เช่า ซื้อจะอนุมัติและส่งมอบสัญญาเช่าซื้อฉบับใหม่ให้แก่ผู้รับโอน เมื่อโจทก์มีหนังสือแล้วไปยังจำเลย ที่ 1 และ อ. ว่าโจทก์ไม่ยอมรับการโอนสิทธิตามสัญญา หนังสือโอนสัญญาเช่าซื้อดังกล่าวจึงไม่มีผลตามกฎหมายและสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ยังไม่เกิด จำเลยที่ 1 และที่ 2 จึง ยังต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

2.3.5 คู่สัญญาต้องมีความสามารถที่จะจำหน่ายสินค้านั้นได้

ตามมาตรา 149 บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใดใดอันทำลงโดยชอบด้วย กฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยน แปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” ดังนั้นเมื่อการแปลงหนี้ใหม่มีจุดประสงค์หลักคือการระงับ นิติสัมพันธ์ในมูลหนี้เดิมที่คู่สัญญามีต่อกัน เพื่อที่จะผูกนิติสัมพันธ์ใหม่ในมูลหนี้ที่เกิดขึ้นแทน และ บังคับตามมูลหนี้ใหม่นั้นก็จะเห็นว่าการแปลงหนี้ใหม่นั้นจัดเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งองค์ประกอบ สำคัญในการทำนิติกรรมนั้น คือ ความสามารถของบุคคลผู้ทำนิติกรรม¹⁶ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ใน หลักความสามารถในการทำนิติกรรมเนื่องจากสัญญาจะไม่สมบูรณ์ โดยอาจตกอยู่ภายใต้โมฆะ กรรมหรือโมฆียกรรม หากคู่สัญญาไม่มีความสามารถตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น การแปลงหนี้ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้

2.3.6 วิธีการแปลงหนี้ใหม่

หลักเกณฑ์สำคัญของวิธีการแปลงหนี้ใหม่ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 349 วรรคแรกที่ บัญญัติว่า “เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ให้ชัด ท่านว่าหนี้ นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่” ตามที่มาตรา 349 วรรคแรกบัญญัติไว้ว่าการแปลงหนี้

¹⁶ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรม และหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 317.

ใหม่จะต้องทำสัญญาระหว่างคู่กรณี ซึ่งก็หมายความว่าแปลงหนี้ใหม่จะต้องอยู่ในบังคับกฎเกณฑ์ของหลักการในเรื่องนิติกรรมสัญญาด้วย อีกประการหนึ่ง มาตรา 349 ได้บัญญัติให้การแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาซึ่งมีความแตกต่างกับเหตุระงับหนี้อื่น ๆ ด้วยเพราะการปลดหนี้หรือหักกลบลบหนี้ เป็นการระงับหนี้โดยมีการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวก็เพียงพอ เมื่อกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของวิธีการแปลงหนี้ใหม่อาจแบ่งได้จากประเภทการแปลงหนี้ใหม่ ดังนี้

2.3.6.1 การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสาระสำคัญของตัวหนี้

การเปลี่ยนสาระสำคัญของตัวหนี้ หมายความว่า การเปลี่ยนวัตถุประสงค์แห่งหนี้ การเปลี่ยนทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ การเปลี่ยนไปซึ่งมูลหนี้ การเปลี่ยนหนี้ที่มีเงื่อนไขให้เป็นหนี้ที่ไม่มีเงื่อนไข หรือ เปลี่ยนหนี้ที่ไม่มีเงื่อนไขให้กลับกลายมาเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไข เป็นต้น ในกรณีนี้จะไม่รวมถึงการเปลี่ยนตัวลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ด้วย

โดยหลักทั่วไปการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสาระสำคัญของตัวหนี้ มาตรา 349 มิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะถึงแบบของสัญญาว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำเป็นหนังสือแต่อย่างไร ฉะนั้นหากคู่กรณีมีเจตนาที่จะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ก็สามารถที่จะนำวิธีการทำสัญญาโดยทั่วไปมาใช้บังคับ คือ ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้โดยที่มีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน รวมทั้งการแสดงเจตนาที่ไม่บกพร่องอันจะก่อให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญา คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่ประเภทนี้ก็คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้เดิมซึ่งตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทางวาจาก็ได้ แต่ถ้ามูลหนี้เดิมเป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานในการฟ้องร้องเป็นหนังสือ ในประเด็นนี้ยังมีข้อวินิจฉัยของนักกฎหมายแต่ละท่านที่แตกต่างกัน

ตามความคิดเห็นที่ 1 เห็นว่า “ถ้ามูลหนี้เดิมเป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานในการฟ้องร้องเป็นหนังสือ ถ้ามีการแปลงหนี้ใหม่ในส่วนอื่นที่มีใช้เป็นการเปลี่ยนมูลหนี้เป็นอย่างอื่นก็น่าจะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะหากไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือเมื่อเป็นคดีพิพาทกันถึงศาลย่อมต้องห้ามนำสืบแก้ไข เพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงเอกสารอันเป็นหลักฐานตามหนี้เดิมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94 ส่วนการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนแปลงมูลหนี้เดิมมาเป็นผูกพันกันตามหนี้ใหม่ ถ้าหนี้ใหม่ที่ต้องการผูกพันนั้นเป็นสัญญาที่กฎหมาย

กำหนดแบบไว้ให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในการฟ้องร้อง การแปลงหนี้ใหม่ก็ต้องทำตามแบบหรือมีหลักฐานดังกล่าวด้วย”¹⁷

ตามความคิดเห็นที่ 2 ซึ่งเห็นแตกต่างไปว่า “ในการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่มีข้อสงสัยเพราะมาตรา 349 วรรค 3 บัญญัติไว้ชัดเจนให้บังคับตามบทบัญญัติในลักษณะโอนสิทธิเรียกร้องฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือตามแบบที่บังคับไว้ในมาตรา 306 แม้ทั้งที่หนี้เดิมจะไม่ได้ทำไว้เป็นหนังสือก็ตาม แต่นอกเหนือไปจากมาตรา 349 วรรค 3 แล้ว ก็มีได้มีบทบัญญัติในลักษณะแปลงหนี้ใหม่ข้อใดที่บังคับให้ทำตามแบบไม่เหมือนกับเรื่องปลดหนี้ที่บังคับไว้โดยเฉพาะในมาตรา 340 วรรค 2 เพียงแต่มีคำพิพากษาฎีกาที่ 626/2470 ที่เข้าใจผิดกันอยู่มาก หลักวินิจฉัยในคำพิพากษาเรื่องนี้ดูเผิน ๆ ทำให้เข้าใจว่า ถ้าหนี้เดิมเป็นหนังสือ การแปลงหนี้ใหม่จะต้องทำเป็นหนังสือด้วย ทั้งนี้ดู ๆ ก็ถูกต้องตามตรรกวิทยาดี และบางที่จะเอาหลักในวิธีพิจารณาช่วยสนับสนุนว่า เมื่อสัญญาได้ทำกันไว้เป็นหนังสือแล้ว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างใดในสัญญานั้นจะต้องทำเป็นหนังสือด้วย แต่หลักดังนี้ถ้าหากเป็นจริงก็ต้องรับว่าได้คิดประดิษฐ์ขึ้นนอกบทบัญญัติในประมวลแพ่งและพาณิชย์ลักษณะแปลงหนี้ใหม่ เพราะไม่มีที่ไหนว่าไว้เลย หากจะพิจารณาว่าการแปลงหนี้ใหม่จะต้องทำเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ต้องพิจารณาว่าเมื่อแปลงหนี้ใหม่กันแล้วสัญญาได้เปลี่ยนไปเป็นสัญญาอะไร ถ้าเปลี่ยนไปเป็นสัญญาที่จะต้องมีแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือ สัญญาแปลงหนี้ใหม่จึงจะต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ถ้าเปลี่ยนไปเป็นสัญญาที่ไม่ต้องมีแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็หาจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือไม่ การจะนำหลักในวิธีพิจารณาเรื่องเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญามาใช้ก็ไม่ถูกเพราะการแปลงหนี้ใหม่มิใช่เป็นเรื่องเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา การแปลงหนี้ใหม่เป็นเรื่องระงับสัญญาซึ่งเกิดมาจากสัญญาเดิม ฉะนั้นถ้าเขาจะอ้างว่าได้มีการแปลงหนี้ใหม่ ย่อมเป็นการกล่าวอ้างขอเอาสิทธิสัญญาเก่าไม่ใช่อ้างขอเอาสิทธิเปลี่ยนแปลงแก้ไข ตามหลักในวิธีพิจารณาก็ต้องยอมให้เขานำพยานบุคคลมานำสิทธิสัญญาได้”¹⁸

¹⁷ ไพโรจน์ วายุภาพ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542), หน้า 388.

¹⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1576-1577.

นอกเหนือจากแบบของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนสาระสำคัญของตัวหนี้ที่มีได้รับ บทบัญญัติโดยเฉพาะในส่วน of แบบของสัญญาแปลงหนี้ใหม่แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่ยังได้บัญญัติถึงวิธีการแปลงหนี้ใหม่ไว้อีก 2 ประเภท คือ

1. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

วิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 349 วรรค 3 ว่าให้บังคับด้วยบทบัญญัติในลักษณะโอนสิทธิเรียกร้อง โดยหลักเกณฑ์วิธีการของการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 306 “การโอนหนี้อื่นจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น ถ้าบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นนี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ” ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จะต้องทำเป็นหนังสือและได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมด้วยในการโอน โดยทำเป็นหนังสือเช่นเดียวกัน ซึ่งลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีลักษณะแตกต่างกับวิธีการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่นคือไม่สามารถทำสัญญากันด้วยวาจาได้และบทบัญญัติตอนท้ายของมาตรา 306 วรรค 1 ที่ให้ลูกหนี้ให้ความยินยอม หรือต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ให้รู้ถึงการแปลงหนี้ใหม่นี้แล้วย่อมหมายถึงว่าหากลูกหนี้ไม่ยินยอมการแปลงหนี้ใหม่การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก็ยังคงสมบูรณ์ เพียงแต่ลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ประเภทนี้อยู่ภายใต้แบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง ฉะนั้นหากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ได้รับแต่คำบอกกล่าว แต่มิได้ให้ความยินยอมในการทำสัญญาแปลงหนี้ ลูกหนี้น้อมมีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ทุกอย่างอันมีต่อเจ้าหนี้เดิมมาใช้ต่อสู้เจ้าหนี้ใหม่ได้¹⁹ ตามบทบัญญัติในมาตรา 308 ว่าด้วยเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยการโอนสิทธิเรียกร้องมีตัวอย่างดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2331 / 2522 การที่จำเลยที่ 1 ตกลงให้จำเลยที่ 2 ชำระเงินแก่ผู้เช่าและรับโอนสิทธิการเช่าแทน โดยจำเลยที่ 1 จะชำระเงินและโอนสิทธิการเช่าคืนจากจำเลยที่ 2 นั้น จำเลยที่ 1 เป็นทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ เมื่อจำเลยที่ 2 ตกลงกับโจทก์ให้โจทก์ชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 แก่จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 2 โอนสิทธิการเช่าแก่โจทก์ จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ และเมื่อสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

¹⁹ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2503), หน้า 144.

จึงต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้น เมื่อจำเลยที่ 2 กับโจทก์ตกลงกันด้วยวาจาโดยมิได้ทำเป็นหนังสือจึงไม่สมบูรณ์ไม่มีผลใช้บังคับ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4837 / 2540 จำเลยที่ 1 เข้าซื้อรถยนต์จากบริษัท ง. โดยมีจำเลยที่ 2 เป็นผู้ค้าประกันบริษัท ง. จึงเป็นลูกหนี้มีหน้าที่ส่งมอบรถยนต์ให้แก่จำเลยทั้งสอง และเป็นเจ้าหนี้ในข้อที่จะได้รับเงินค่าเช่าซื้อนั้น เมื่อมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการรับชำระค่าเช่าซื้อบริษัท ง. ย่อมเป็นเจ้าหนี้ในการจะได้รับชำระค่าเช่าซื้อจากจำเลยทั้งสอง ทั้งเป็นเจ้าหนี้ในการเรียกให้จำเลยทั้งสองส่งมอบรถยนต์คืนพร้อมค่าขาดประโยชน์ และค่าเสียหาย สิทธิการเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท ง. มิใช่สิทธิเฉพาะตัว ย่อมโอนให้แก่โจทก์ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 303 วรรคแรก เมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องได้ทำเป็นหนังสือถูกต้องตามมาตรา 306 วรรคแรก โจทก์ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องย่อมบอกกล่าวการโอนไปยังจำเลยทั้งสองผู้เป็นลูกหนี้ได้ และกรณีเช่นนี้มิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349

2. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

วิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 350 “แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ จะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่” ตามมาตรา 350 ถึงแม้ได้กล่าวถึงวิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไว้ แต่หลักเกณฑ์สำคัญของแปลงหนี้ใหม่ก็ยังคงอยู่ในมาตรา 349 อันเป็นใจความหลักที่ต้องพิจารณาถึง ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงไม่ใช่วิธีที่จะพิจารณาให้แยกแตกต่างดังเช่นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ได้มีบทบัญญัติให้ใช้ตามหลักเกณฑ์เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องได้ เมื่อการแปลงหนี้ใหม่ประเภทนี้ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามมาตรา 349 วรรคแรกเป็นสำคัญ จึงทำให้พิจารณาได้ว่าหากต้องการมีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องจะต้องทำสัญญากัน ในประเด็นนี้ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องก็น่าจะหมายถึงเจ้าหนี้ และลูกหนี้ใหม่ เพราะเจ้าหนี้กับลูกหนี้เดิมจะตกลงกันโดยลำพัง ให้คนอื่นเข้ามาเป็นลูกหนี้ใหม่โดยที่เขามิได้รู้เห็นยินยอมด้วยไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 550 / 2470)²⁰ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 350 ที่ว่าจะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ น่าจะหมายถึงว่าการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้นี้เพียงเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ ตกลงทำสัญญาต่อกันก็เพียงพอ ไม่จำเป็นต้องให้ลูก

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1569.

หนี้เดิมมาร่วมทำสัญญาด้วยก็ได้ เหตุที่ไม่ถือว่าลูกหนี้เดิมเป็นคู่กรณีที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 349 เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่มีผลให้หนี้เดิมระงับ และบังคับกันตามหนี้ใหม่ เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่ ทำให้หนี้ที่มีผลอยู่ในปัจจุบันคือหนี้ใหม่ ดังนั้นคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนี้ใหม่ก็คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่นั้นเอง แต่ตามมาตรา 350 ก็มีได้ห้ามที่จะไม่ให้ลูกหนี้เดิมเข้าร่วมทำสัญญาด้วย เพราะการที่ลูกหนี้เดิมเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยย่อมเป็นผลดีที่ลูกหนี้เดิมจะไม่สามารถอ้างได้ว่าการแปลงหนี้นั้นกระทำไปโดยฉ้อฉล อันเป็นข้อห้ามที่มาตรา 350 บัญญัติไว้

สิ่งที่สำคัญประการหนึ่งที่มาตรา 350 บัญญัติไว้คือการตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่โดยเป็นการขึ้นใจลูกหนี้เดิม เนื่องจากว่าการมาขอระงับหนี้เก่าซึ่งลูกหนี้เดิมเป็นหนี้อยู่นั้น ผลไม่ใช่แต่จะปลดเปลื้องภาระให้ลูกหนี้เดิมเท่านั้น อาจปลดเอาประโยชน์ที่เขาควรมีควรถูกได้ แม้ผู้ที่มาเป็นลูกหนี้ใหม่จะเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็ตาม มาตรา 350 ก็มีได้ยกเว้น เหตุที่บทบัญญัติมาตรา 350 บัญญัติมิให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้กระทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิม เพราะการแปลงหนี้ใหม่ย่อมมีผลให้หนี้อันเป็นประธานระงับสิ้นไป ดังนั้นโดยลักษณะของการทำสัญญาส่วนใหญ่มักเป็นสัญญาต่างตอบแทน คือ ลูกหนี้ก็มีใช่เป็นเพียงลูกหนี้แต่ยังคงมีอีกสถานะหนึ่ง คือ เจ้าหนี้ที่จะมีสิทธิบังคับเรียกร้องเอากับลูกหนี้ของตนด้วย ฉะนั้นเมื่อสัญญาประธานระงับลงไปแล้ว สถานะทั้ง 2 สถานะก็ต้องระงับสิ้นไปด้วย เช่นตกลงทำสัญญาขายบ้านกัน ก.มีสถานะเป็นผู้ซื้อ ซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องชำระราคาให้แก่ ข. ซึ่งมีสถานะเป็นผู้ขายแต่ในอีกแห่งหนึ่ง ข.ก็มีสถานะเป็นลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบบ้านเพื่อชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายบ้านให้กับ ก.เช่นกัน ดังนั้นหาก ค.มีความประสงค์ต้องการขายบ้านเช่นเดียวกันไปทำสัญญาตกลงแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยน ค.มาเป็นลูกหนี้ที่จะชำระหนี้เดิม ข.ซึ่งมีหน้าที่ส่งมอบบ้านก็ต้องระงับสิ้นไปด้วยผลของการแปลงหนี้ใหม่ระหว่าง ก.และ ค.แต่ในอีกแห่งหนึ่ง ข.แม้ระงับไปซึ่งหน้าที่แล้วแต่ในด้านสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก็ย่อมสูญสิ้นไปด้วย ข.จึงไม่มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เช่นเดียวกัน ดังนั้นหาก ข.มีเต็มใจที่จะให้ ก.กับ ค.ตกลงแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ของ ก.และ ค.ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เพราะการกระทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3453/2529 เดิมบิดาจำเลยเป็นหนี้โจทก์โดยเอาบ้านพิพาทค้ำประกันไว้ เมื่อบิดาจำเลยตาย จำเลยได้รับชำระหนี้บางส่วนแทนผู้ตายแก่โจทก์ ส่วนที่เหลือทำสัญญากู้ไว้จำเลยไม่ชำระหนี้และคำพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้ให้แก่โจทก์ โดยยึดบ้านและที่ค้ำประกันเพื่อขายทอดตลาด การที่จำเลยเข้าทำสัญญากับโจทก์ยอมรับใช้หนี้ของบิดานั้นเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยจำเลยเข้ารับภาระหนี้แทนบิดา ทำให้หนี้เดิมระงับและ

บิดาจำเลยลูกหนี้คนเก่าหลุดพ้นจากหนี้ไป การแปลงหนี้ดังกล่าวโจทก์จำเลยจะทำสัญญากันโดยลำพังไม่ต้องให้บิดาจำเลยลูกหนี้คนเก่าเข้ามาเกี่ยวข้องทำสัญญาด้วยก็ได้ เพราะการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 350 ห้ามแต่เพียงว่าจะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้เท่านั้น เมื่อบิดาจำเลยลูกหนี้คนเดิมตายไปแล้ว กรณีที่จะถือว่าเป็นการขึ้นใจลูกหนี้เดิมก็ไม่มี หนี้ตามคำพิพากษาจึงเป็นหนี้ของจำเลยแต่เพียงผู้เดียว ผู้ร้องทั้งหกและจำเลยในฐานะทายาทโดยธรรมของผู้ตามยอมมีสิทธิรับมรดกบ้านที่ถูกยึดคนละส่วน ผู้ร้องทั้งหมดจึงมีสิทธิขอถอนเงินขายบ้านที่ถูกยึดคนละส่วนรวม 6 ส่วน

คำพิพากษาฎีกาที่ 339/2538 ธนาคารโจทก์มีหนังสือถึง บ.แจ้งว่าโจทก์ยอมรับการขอผ่อนชำระหนี้ต่าง ๆ ของ ก.ที่มีต่อโจทก์เป็นรายเดือนตามที่ บ.เสนอขอผ่อนชำระหนี้แทนมา มิใช่เป็นการทำสัญญาระหว่างโจทก์ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้กับ บ.ลูกหนี้คนใหม่ทั้งหนังสือดังกล่าวก็ไม่ได้พูดถึงหนี้ของจำเลยที่มีต่อโจทก์เลย กรณีจึงไม่ใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนลูกหนี้ หนี้ที่จำเลยมีต่อโจทก์จึงยังคงอยู่เช่นเดิมไม่ระงับสิ้นไป หนังสือรับสภาพหนี้ของ ท.ที่ทำไว้แก่โจทก์ เป็นเพียงหนังสือที่ ท.ทำขึ้นฝ่ายเดียว ท.ยอมตนเข้าเป็นลูกหนี้ของโจทก์เพื่อชำระหนี้ตามเช็คที่ ท.เป็นผู้สั่งจ่ายซึ่ง ก.และจำเลยนำมาทำสัญญาขายลดไว้แก่โจทก์โดยโจทก์กับ ท.มิได้มีการทำสัญญากันเพื่อให้หนี้ของจำเลยที่มีต่อโจทก์ตามสัญญาขายลดเช็คระงับสิ้นไปและมาบังคับตามหนี้ดังที่ระบุไว้ในหนังสือดังกล่าว กรณีจึงไม่ใช่เป็นการแปลงหนี้ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จากจำเลยมาเป็น ท.หนี้ตามสัญญาขายลดเช็คของจำเลยจึงไม่ระงับสิ้นไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 6744/2538 ข้อตกลงในสัญญาซื้อขายที่ดินระบุว่าจำเลยให้สิทธิแก่โจทก์ที่จะนำบุคคลอื่นมาซื้อแทนได้หรือร่วมซื้อโจทก์ได้เป็นข้อตกลงที่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับตามกฎหมายจำเลยต้องปฏิบัติตามสัญญา มิใช่เป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนตัวผู้ซื้อรายใหม่หรือเป็นกรณีแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

2.4 ผลของการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่จะมีผลทำให้หนี้เก่าระงับลงไปอย่างสิ้นเชิง อันเป็นเหตุให้สิ่งที่มีความเกี่ยวพันกับมูลหนี้เดิมเป็นอันระงับหลุดพ้นตามไปด้วย คู่สัญญาไม่สามารถที่จะเรียกร้องหรือบังคับกันไปตามหนี้เดิมอีก แต่จะบังคับกันได้ตามหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นเท่านั้น เว้นเสียแต่การแปลงหนี้ใหม่นั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่เกิดขึ้นเลย อาจจะเป็นด้วยเหตุโมฆะกรรมก็ตาม คู่สัญญาจำต้องกลับสู่

สถานะเหมือนก่อนการแปลงหนี้และกลับไปบังคับกันตามหนี้เดิม โดยบทบัญญัติแห่งมาตรา 351²¹ ดังนั้นผลของการแปลงหนี้ใหม่จึงมีดังนี้

2.4.1 ผลที่เกิดกับหนี้ประธาน

เมื่อเกิดการแปลงหนี้ใหม่ มูลหนี้ที่มีอยู่เดิมจะระงับลงเสมือนหนึ่งลูกหนี้ได้ทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้วเพียงแต่ในความเป็นจริง ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้หาระงับลงด้วยไม่ เนื่องจากเจ้าหนี้และลูกหนี้จะต้องมีนิติสัมพันธ์กันต่อไปในมูลหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นแทนมูลหนี้ที่ระงับ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ามูลหนี้เก่าจะระงับลงได้ก็ต่อเมื่อมีมูลหนี้ใหม่เกิดขึ้นมาแทน ฉะนั้นตราบใดที่มูลหนี้ใหม่ยังไม่เกิด มูลหนี้เดิมก็ยังคงไม่ระงับ²² เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 405/2498 กู้เงินเกินกว่า 50 บาท โดยไม่มีสัญญาเป็นหนังสือนั้น หนี้เงินกู้มีอยู่จริงแต่ฟ้องร้องไม่ได้เท่านั้น ถ้าลูกหนี้ทำสัญญาจะขายฝากเท่ากับจำนวนหนี้ที่ค้างชำระยอมเป็นการแปลงหนี้ใหม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 355/2521 จำเลยออกเช็คพิพาทชำระราคาสินค้าที่ตกลงซื้อจากโจทก์ เมื่อเช็คถึงกำหนดธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินตามเช็คนั้น ต่อมาฝ่ายจำเลยติดต่อขายสินค้านั้นต่อให้แก่ พ. และโจทก์ยอมรับเช็คจาก พ. ไว้เป็นการชำระราคาสินค้าที่ส่งขายให้แก่จำเลยไว้เดิม เช่นนี้แสดงว่าโจทก์ยอมรับเอา พ. เข้าเป็นลูกหนี้แทนที่จำเลยลูกหนี้เดิมแล้ว ย่อมเป็นการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 350 จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้เงินตามเช็คพิพาทแก่โจทก์อีก เพราะไม่มีมูลหนี้ที่จะเรียกร้องกันได้ต่อไปแล้ว²³

ผลในทางที่ระงับหนี้ด้วยการแปลงหนี้ใหม่อาจกระทบถึงลูกหนี้ร่วมได้ด้วยเช่น ก. ข. ค. เป็นลูกหนี้ร่วมกู้เงิน ง. ไป 300 บาท ถ้ามีการแปลงหนี้ใหม่โดยตกลงให้ ก. คนเดียวทำสัญญา

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1578.

²² โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สหมิตรออฟเซต, 2534), หน้า 528.

²³ คณะกรรมการจัดพิมพ์หนังสือสหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม จำกัด, ย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาฎีกาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ตอน 1 หนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม), หน้า 308.

ว่าจะรับใช้การงานให้ ง. หนี้เดิมย่อมระงับไป ก. ข. ค. เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้เก่าที่จะต้องใช้เงิน 300 บาท คงมีแต่ ก. คนเดียวผูกพันตามหนี้ใหม่ที่จะต้องรับใช้การงานให้ ง. ทั้งนี้หาใช้การส่วนตัว ตามมาตรา 295 ไม่ เป็นเรื่องกระทบถึงความผูกพันในหนี้หนี้ทั้งหมด ทำให้หนี้เดิมระงับสิ้นไปทีเดียว จึงพลอยให้ลูกหนี้ร่วมกันได้หลุดพ้นไปด้วย เมื่อหนี้เก่าได้ระงับไปแล้ว จะไปฝันเอากลับมาว่ากล่าวกันอีกไม่ได้²⁴

ในกรณีที่คู่กรณีมีหนี้ผูกพันตามหนี้เดิมอยู่หลายหนี้ การแปลงหนี้ใหม่ในส่วนของหนี้อันใดอันหนึ่งย่อมทำให้เฉพาะหนี้หนี้ระงับไป ส่วนหนี้อันอื่นอันหนึ่งมิได้ระงับไปด้วย²⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 999 / 532 จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกจ้างจงใจละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดย ขาดสินค้ำเงินเชื่อให้แก่ลูกค้ำของ โจทก์ผู้เป็นนายจ้างเกินวงเงินที่โจทก์อนุญาต และเกินวงเงินที่ ธนาคารมีหนังสือค้ำประกัน เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย แม้ต่อมากจะมีการแปลงหนี้จาก หนี้ที่ลูกค้ำซื้อสินค้ำเชื่อมาเป็นหนี้เงินกู้ตามจำนวนเดิมแทนทำให้หนี้ค้ำซื้อสินค้ำระงับไปก็หาทำให้ มูลหนี้ที่จำเลยที่ 1 จงใจละเว้นปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาจ้างทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายหมดสิ้นไปไม่ เพราะเป็นคนละเรื่องกัน โจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยที่ 1 รับผิดชอบมูลหนี้ตาม สัญญาจ้างได้

2.4.2 ผลที่เกิดกับหนี้อุปกรณ์และประกันทั้งหลาย

โดยหลักแล้ว หนี้อุปกรณ์และประกันจะเกิดได้ ก็ต้องมีหนี้หลักหรือที่เราเรียกกันว่า หนี้ประธานเสียก่อน หากหนี้ประธานระงับลง หนี้อุปกรณ์และประกันทั้งหลายย่อมระงับลงด้วย เช่นกัน โดยหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักการทั่วไปของเรื่องหนี้ อุปกรณ์ไม่ว่าจะเป็นค้ำประกัน จำนำ หรือจำนองก็ตาม ในส่วนของการค้ำประกันตามบทบัญญัติมาตรา 698 บัญญัติว่า “อันผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเมื่อหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะ

²⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1579.

²⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542), หน้า 398.

เหตุใด ๆ” ตามที่มาตรา 698 บัญญัติไว้ สัญญาค้ำประกันจึงระงับลงด้วยการแปลงหนี้ใหม่ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ในส่วนระงับแห่งหนี้ได้บัญญัติวิธีการระงับหนี้ไว้ด้วยกัน 5 ประการ ซึ่งหนึ่งใน 5 ประการของการระงับหนี้คือการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้นผู้ค้ำประกันจึงหลุดพ้นจากภาระการค้ำประกันโดยการแปลงหนี้ใหม่

ในส่วนของสัญญาอุปการณซึ่งเป็นสัญญาจำนองนั้น ก็ได้มีบัญญัติในเรื่องการระงับสิ้นไปของจำนองในมาตรา 744 ที่บัญญัติว่า “อันจำนองย่อมระงับสิ้นไป

- (1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่อายุความ
- (2) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ
- (3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น
- (4) เมื่อถอนจำนอง
- (5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง
- (6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด ”

ฉะนั้นเมื่อสัญญาประจักษ์ได้ระงับสิ้นไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ตาม มาตรา 744 (1) สัญญาจำนองก็ระงับสิ้นไปตามสัญญาประจักษ์ด้วย เว้นแต่ผู้จำนองตกลงให้หนี้ที่จำนองเป็นประกันหนี้รายใหม่²⁶

คำพิพากษาฎีกาที่ 1749 / 2516 จำเลยจำนองที่ดินและสิ่งปลูกสร้างของตนต่อโจทก์เป็นประกันหนี้เบิกเงินเกินบัญชีของ อ. เป็นเงิน 150,000 บาท ปรากฏว่า อ. ค้างชำระหนี้เพียงวันที่ 30 มิถุนายน 2510 เป็นเงิน 230,000 บาท วันที่ 15 กรกฎาคม 2510 จำเลยทำหนังสือรับสภาพหนี้ยอมรับชำระหนี้แทน อ. ทั้งหมด ต่อมาจำเลยไม่ชำระหนี้ โจทก์จึงฟ้องบังคับให้จำเลยชำระหนี้ตามหนังสือรับสภาพหนี้และบังคับจำนอง จำเลยต่อสู้ประการหนึ่งว่าได้มีการแปลงหนี้ใหม่แล้ว คือแปลงหนี้จากหนี้ของ อ. เป็นหนี้ตามหนังสือรับสภาพหนี้โดยจำเลยเป็นลูกหนี้ หนี้เดิมต้องระงับไป จำนองซึ่งเป็นประกันหนี้ก็ย่อมต้องระงับไปด้วย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าโดยปกติการแปลงหนี้ใหม่ย่อมทำให้หนี้เดิมระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 ส่วนประกันของหนี้เดิมอันเป็นอุปการณแห่งหนี้ เช่นจำนองในคดีนี้ ถ้าคู่กรณีตกลงในเรื่องของการ

²⁶ ปิตักุล จิระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร :บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2545), หน้า 193.

ประกันหนี้เดิมก็ต้องบังคับตามมาตรา 352 ปรากฏว่าโจทก์และจำเลยตกลงกันว่าให้ถือว่าจำเลย ในฐานะผู้จำนองที่ดิน และสิ่งปลูกสร้างที่จำนองประกันหนี้ของ อ. มีผลผูกพันตามหนังสือรับ สภาพหนี้ฉบับนี้ด้วย และจำเลยยอมให้โจทก์ใช้หนังสือนี้เป็นหลักฐานในการฟ้องบังคับจำนองกับ จำเลยได้ทันที ฉะนั้น จำเลยจะอ้างว่าสัญญาจำนองไม่มีผลผูกพันจำเลย หรือสัญญาจำนองระงับ สิ้นไปตามมาตรา 744 ไม่ได้ เพราะข้อตกลงดังกล่าวเป็นเรื่องจำเลยยอมให้โอนสิทธิจำนองของ จำเลยที่ประกันหนี้เดิมของ อ. มาประกันหนี้ที่แปลงหนี้ใหม่โดยจำเลยเป็นลูกหนี้คนใหม่ตาม มาตรา 352 โดยตรงและมาตรา 352 ก็มีได้บังคับว่าคู่กรณีจะต้องจดทะเบียนจำนองซ้ำอีกครั้งหนึ่ง โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องบังคับจำนองจำเลยได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1949/2516 การแปลงหนี้ใหม่ยอมทำให้หนี้เดิมระงับสิ้นไปส่วน ประกันของหนี้เดิมอันเป็นอุปกรณ์ของหนี้ เช่น จำนอง ถ้าคู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่มิได้ตกลง เป็นอย่างอื่น ก็ยอมระงับไปด้วยเช่นกัน

ในส่วนของสัญญาจำนำ ตามมาตรา 747 สัญญาจำนองคือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็น ประกันการชำระหนี้ โดยผู้ที่จำนำนั้นอาจจะเป็นตัวลูกหนี้จำนำประกันหนี้ตนเอง หรือเป็นการที่ บุคคลภายนอกจำนำประกันหนี้ที่บุคคลอื่นต้องชำระก็ได้ สัญญาจำนำเป็นอีกส่วนหนึ่งของหนี้ อุปกรณ์²⁷ ดังนั้น เมื่อหนี้ประธานมีอันเปลี่ยนแปลงไปย่อมต้องกระทบถึงหนี้อุปกรณ์ด้วย มาตรา 769 ได้บัญญัติถึงการระงับสิ้นไปของจำนำว่า “อันจำนำยอมระงับสิ้นไป

- (1) เมื่อหนี้ซึ่งจำนำเป็นประกันอยู่นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุประการอื่นมิใช่อายุ ความ หรือ
- (2) เมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับไปสู่ครอบครองของผู้จำนำ”

ฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่จึงเป็นอีกเหตุหนึ่งที่ทำให้จำนำระงับสิ้นไปด้วยเหตุที่หนี้ซึ่ง จำนำอยู่ในระงับไป

ดังนั้น ในการแปลงหนี้ใหม่หากหนี้เดิม ซึ่งเป็นหนี้ประธานระงับลง หนี้จำนำ จำนอง หรือค้ำประกัน อันเป็นหนี้อุปกรณ์ก็ต้องหลุดพ้นด้วยและหนี้อุปกรณ์ และประกันทั้งหลายก็ ไม่อาจโอนตามหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นได้ อย่างไรก็ดี เนื่องจากประกันทั้งหมดแห่งหนี้เดิมเป็นอันสูญไป

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 208.

พร้อมกับหนี้เก่ามาตรา 352 จึงได้มีทางแก้ไข โดยได้บัญญัติว่า “ คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำ หรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมนั้น ไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้เท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม แต่หลักประกันเช่นว่านี้ ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซ้ คาดว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วย จึงโอนได้ ” เพราะฉะนั้นหากต้องการให้ประกันแห่งหนี้เดิมโอนไปกับหนี้ใหม่ด้วย ก็ต้องทำการตกลงระหว่างกัน²⁸ เพราะหลักประกันที่มีอยู่แต่หนี้เดิมมิได้โอนไปโดยผลของกฎหมาย เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่อย่างที่หลาย ๆ คนเข้าใจ มาตรา 352 ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าหลักประกันนั้นหากมิใช่เป็นหลักประกันที่บุคคลภายนอกได้ให้ไว้ ก็ให้คู่กรณีตกลงยินยอมโอนหลักประกันกันตัวเอง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใด แต่หากเป็นหลักประกันที่บุคคลอื่นได้ให้ไว้ บุคคลภายนอกผู้นั้นย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง เพราะหากหนี้ที่มีอยู่ระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ บุคคลภายนอกผู้ซึ่งอาจรับประกัน หรือให้ทรัพย์สินเพื่อประกันหนี้ไว้ย่อมได้ประโยชน์แห่งการระงับไปซึ่งสัญญาอุปการณ์ ดังนั้นมาตรา 352 จึงบัญญัติไว้ให้บุคคลภายนอกจะต้องให้ความยินยอมในการโอนหลักประกันไปยังหนี้ใหม่ ตัวอย่างเช่น

อุทธรณ์ ก. เป็นลูกหนี้ ข. 1,000 บาท โดยเอาแหวนเพชรมาจำนำไว้ 1 วง สมมติว่า ก. ข. ตกลงกันแปลงหนี้ใหม่โดย ก. จะเอามา 1 ตัวมาใช้แทนดังนี้ ก. และ ข. อาจตกลงกันโอนสิทธิจำนำไปด้วยกับหนี้ใหม่ แต่ถ้าว่า ค. บุคคลภายนอกเป็นผู้จำนำแหวนนั้นเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ 1,000 บาทที่ ก. ยืม ข. ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่ ก. แล ข. จะต้องได้รับความยินยอมจาก ค. ก่อนจึงจะโอนสิทธิการจำนำไปด้วยได้

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งของมาตรา 352 คือ การที่มาตรา 352 ได้บัญญัติคำว่า “ เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิมในส่วนนี้ ท่านอาจารย์ มรว.เสนีย์ ปราโมทย์ ได้อธิบายโดยยกตัวอย่างไว้ว่าหนี้เดิมมีอยู่ 100 บาท มีแหวนจำนำไว้เป็นประกันหนี้ทั้ง 100 บาท ถ้าแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนไปเป็นจำนวนเงิน 200 บาท และโอนประกันหนี้ไปด้วยผลย่อมได้เป็นไปประกันหนี้ใหม่เพียง 100 บาทเพียงเท่าที่เป็นประกันหนี้เก่าเท่านั้น หากได้โอนไปเป็นประกันหนี้ใหม่ทั้งจำนวน 200 บาทไม่ ฉะนั้น ถ้าจะบังคับจำนำเอาใช้หนี้ใหม่ ขายแหวนที่จำนำนั้นได้ราคา

²⁸ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 318.

300 บาท จะเอาใช้หนี้ใหม่ในฐานะที่เป็นประกันเพียง 100 บาทเท่านั้น เหลืออีก 200 บาท ถ้าเป็นของที่บุคคลภายนอกหรือลูกหนี้เดิมนำมาไว้เป็นประกันก็ต้องคืนเงิน 200 บาทนั้นให้เขาไป”

แต่ตามกรณีที่กล่าวมานี้ต้องยกเว้นในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนเจ้าหนี้ มาตรา 349 วรรค 3 เพราะแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องใช้บทบัญญัติของเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของการโอนสิทธิเรียกร้องในส่วนของเรื่องสัญญาประกันมาตรา 305 ได้บัญญัติว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไปสิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี สิทธิอันเกิดขึ้นจากการค้ำประกันที่ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี ย่อมตกไปเป็นแก่ผู้รับโอนด้วย” ดังนั้น หากมีการประกันไว้ในสัญญาเดิมแล้วคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ประกันที่มีอยู่ย่อมโอนไปเป็นประกันหนี้ใหม่ทุกส่วนทั้งจำนวนทีเดียว

จึงเห็นได้ว่าหากคู่สัญญาเดิมต้องการที่จะให้จำนำ หรือจำนองของหนี้เดิมโอนมาเป็นหลักประกันแก่หนี้ใหม่ คู่สัญญาจะต้องทำการตกลงโอนหลักประกันนั้นๆมา เพราะการโอนหลักประกันตามวิธีการแปลงหนี้ใหม่นั้นไม่เหมือนกับ การโอนหลักประกันโดยวิธีโอนสิทธิเรียกร้องหรือรับช่วงสิทธิที่หลักประกันของลูกหนี้จะโอนไปเป็นประกันตามผลของกฎหมายได้เอง ในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ถ้าได้มีการตกลงให้โอนหลักประกันมาด้วยเท่านั้นก็เกิดผลแล้ว แม้เป็นกรณีของจำนองก็หาต้องไปจดทะเบียนจำนองกันใหม่แต่อย่างใดไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1949/2516)

2.5 บทเปรียบเทียบการแปลงหนี้ใหม่กับหลักเกณฑ์เรื่องอื่น ๆ ที่มีลักษณะใกล้เคียง

ลักษณะของบทบัญญัติในแต่ละเรื่องของกฎหมายอาจมีบางสิ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน อันจะทำให้เกิดความสับสนแก่ผู้ศึกษา และเป็นข้อถกเถียงของนักวิชาการ การนำลักษณะของบทกฎหมายที่มีลักษณะใกล้เคียงกันมาเปรียบเทียบย่อมนำมาพิจารณาถึงความแตกต่างของแต่ละลักษณะบทกฎหมายได้ดียิ่งขึ้น

บทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ มีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญได้หลายวิธี ประการแรก คือ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งตัวหนี้ ประการต่อมา คือ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ในลักษณะอันเป็นส่วนหลัก ๆ ของการแปลงหนี้ใหม่ในประการท้ายสุด คือ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ 3 วิธีการใหญ่ในการแปลง

หนี้ใหม่มีลักษณะรวมกัน คือการเปลี่ยนในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ซึ่งจะมีลักษณะของบทบัญญัติบางประเภทที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับ 1 ใน 3 วิธีการนี้ เพียงแต่กระบวนการของบทบัญญัติอื่นนั้นย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ อันจะทำให้หนี้ที่มีอยู่เดิมระงับไปได้ แต่ในปัจจุบันก็ยังคงมีการอ้างถึงลักษณะของบทบัญญัติที่คล้ายคลึงเหล่านี้ มาต่อสู้ในคดีความว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้นผู้เขียนจึงได้นำมารวบรวม และเปรียบเทียบอันจะเป็นประโยชน์แก่การศึกษาต่อไป

2.5.1 การเปรียบเทียบบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่กับการรับสภาพหนี้

(Acknowledgment of debt)

ก่อนการพิจารณาแยกแยะข้อแตกต่างระหว่างการแปลงหนี้ใหม่กับการรับสภาพหนี้ จะต้องทำการศึกษาเนื้อหาของการรับสภาพหนี้ เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับการแปลงหนี้ใหม่ได้อย่างถูกต้อง

การรับสภาพหนี้อยู่ในส่วนเนื้อหาของสาเหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลง

(Interruption) โดยเหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงนั้น ประกอบด้วย 2 สาเหตุ คือ

1. ลูกหนี้ได้กระทำการรับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้
2. เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิเรียกร้องของตน

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงสาเหตุแห่งการที่อายุความสะดุดหยุดลงโดยการรับสภาพหนี้เพียงประการเดียว

โดยปกติแล้วอายุความเมื่อเริ่มนับแล้วก็จะดำเนินการต่อไปเรื่อยโดยไม่หยุดจนครบกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ซึ่งหากเจ้าหนี้อภัยให้อายุความขาดไป เจ้าหนี้อ่อนสิบลสิทธิในการฟ้องร้อง แต่หากว่าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้จะขาดอายุความ ลูกหนี้ได้กระทำการอันเป็นเหตุให้อายุความสะดุดหยุดลงซึ่งการกระทำของลูกหนี้นั้นเรียกว่า “ การรับสภาพหนี้ ” ตามบทบัญญัติมาตรา 193 / 14 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการรับสภาพหนี้ “อายุความย่อมสะดุดหยุดลงในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ลูกหนี้รับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้ตามสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ให้ ชำระหนี้ให้บางส่วนชำระดอกเบี้ย ให้ประกันหรือกระทำการใด ๆ อันปราศจากข้อสงสัย แสดงให้เห็นเป็นปริยายว่ายอมรับสภาพหนี้ตามสิทธิเรียกร้อง...” ฉะนั้นโดยหลักทั่วไปของการรับ

สภาพหนี้จึงเป็นการแสดงเจตนาของลูกหนี้ที่รับรองหนี้เดิมว่ามีอยู่จริงและผูกพันตนว่าจะชำระหนี้ให้ เป็นลักษณะนิติกรรมประเภทสวางนไว้ซึ่งสิทธิเรียกร้องอันมีอยู่ในผลหนี้เดิมให้คงอยู่ต่อไป โดยเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่กระทำโดยลูกหนี้หรือตัวแทนของลูกหนี้ จึงไม่จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงว่าเจ้าหนี้จะตกลงยินยอมด้วยหรือไม่

การรับสภาพหนี้นั้นลูกหนี้อาจเข้ารับสภาพหนี้ได้นับตั้งแต่เจ้าหนี้อาจบังคับตามสิทธิเรียกร้องของตนได้จนกระทั่งระยะเวลาสิ้นสุดลงเมื่อผลหนี้นั้นขาดอายุความแล้วก็มีสมารถที่จะรับสภาพหนี้ต่อกันได้เพราะย่อมไม่มีผลบังคับใด ๆ เมื่ออายุความขาดลง²⁹ เนื่องจากเจตจำนงของการรับสภาพหนี้คือเพื่อผลแห่งอายุความ วิธีการตามที่มาตรา 193/14 ได้บัญญัติไว้เรื่องการรับสภาพหนี้ นั้น การกระทำอันเป็นเหตุให้อายุความสะดุดหยุดลงมีวิธีการ 5 ประการ คือ

1. ลูกหนี้ได้ทำหนังสือรับสภาพหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไว้ โดยนิติกรรมการรับสภาพหนี้นี้ ลูกหนี้ได้กระทำเพียงฝ่ายเดียวก็ได้ การรับสภาพหนี้จึงมิใช่สัญญาระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ อันจะต้องรอการสนองรับจากเจ้าหนี้ไม่ ดังนั้นการที่ลูกหนี้ลงลายมือชื่อของลูกหนี้เพียงฝ่ายเดียวก็คือว่าเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ได้

2. ได้ชำระเงินให้บางส่วนแก่เจ้าหนี้โดยมิได้มีการจำกัดในเงื่อนไขว่าจะต้องชำระหนี้เป็นจำนวนมากหรือน้อยเพียงใด

3. ลูกหนี้ได้นำเงินดอกเบี้ยจากเงินต้นที่ลูกหนี้เป็นหนี้นั้นไปชำระคืนแก่เจ้าหนี้

4. การที่ลูกหนี้ได้หาหลักประกันมาให้แก่เจ้าหนี้ อาจเป็นการประกันด้วยตัวบุคคล ซึ่งเป็นการค้ำประกัน หรือเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นการจำนอง หรือจำนำก็ตาม

5. ลูกหนี้ได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันปราศจากการเคลือบแคลงสงสัยว่าเป็นการยอมรับตามสิทธิเรียกร้องนั้น กรณีนี้กินความหมายกว้างมากกว่าประการอื่น ๆ ซึ่งอาจครอบคลุมถึงลักษณะแห่งการกระทำของลูกหนี้อื่นเป็นการรับสภาพหนี้ทั้งหมด อาจสรุปได้ว่าการ

²⁹ ดวงตา กล้ายไม้ ณ อรุณา, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับสภาพหนี้, (วิทยานิพนธ์ หลักสูตรปริญญาตรีศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 30.

กระทำอันใดนั้นน่าจะหมายถึงการกระทำไม่ใช่พูดด้วยวาจา ซึ่งการกระทำนั้น ๆ อยู่นอกเหนือจากที่กล่าวมาข้างต้น 4 ประการ รวมทั้งต้องพิจารณาประกอบกับการแสดงเจตนาของลูกหนี้ที่ยอมผูกพันในอันที่จะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ เช่นการที่จำเลยยอมโจทก์ เข้าใช้สิทธิเก็บกินในที่ดินจำเลย ตั้งแต่วันทำสัญญาประนีประนอมยอมความตลอดมา ถือว่าจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสิทธิได้ทำการอันปราศจากเคลือบแคลงสงสัย ตระหนักเป็นปริยายว่ายอมรับสภาพตามสิทธิเรียกร้องของโจทก์จึงสะดวกหยุดลง และเมื่อเหตุอายุความสะดวกหยุดลงนั้นยังไม่สุดสิ้นอายุความก็ยังไม่เริ่มนับ (คำพิพากษาฎีกาที่ 679/2514 ประชุมใหญ่)³⁰

ความแตกต่างระหว่างการแปลงหนี้ใหม่และการรับสภาพหนี้ประการแรก คือความแตกต่างทางด้านเจตนาของคู่กรณี ในการแปลงหนี้ใหม่คู่กรณียอมมีเจตนาที่จะระงับหนี้เดิมให้จบสิ้นไป เพื่อไปบังคับกันตามหนี้ที่ได้ตกลงกันขึ้นมาใหม่ แต่การรับสภาพหนี้นั้นเมื่อพิจารณาจากผลของการรับสภาพหนี้ซึ่งจะทำให้อายุความสะดวกหยุดลงแล้ว แสดงว่าเจตนาของการรับสภาพหนี้ก็เพื่อรองรับหนี้อันเดิมและคงไว้ซึ่งประโยชน์แก่หนี้อันเดิม การรับสภาพหนี้จึงมิได้แสดงออกถึงการระงับไปแห่งหนี้เดิมและเพื่อการเกิดขึ้นของหนี้ใหม่แต่อย่างใด และเมื่อมาพิจารณาถึงพิธีการการทำสัญญาแล้วจะพบว่า การแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 ได้บัญญัติไว้ให้ทำสัญญาระหว่างคู่กรณี ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่ย่อมจะเกิดขึ้นจากการตกลงของคู่สัญญาหรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องจึงไม่สามารถจะทำเช่นอย่างนิติกรรมฝ่ายเดียวเหมือนการรับสภาพหนี้ได้ เพราะการรับสภาพหนี้นั้นเพียงแต่ลูกหนี้กระทำการใดอันแสดงถึงการรับรองสภาพหนี้เดิมหรือทำสัญญาลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียวสัญญารับสภาพหนี้ก็สมบูรณ์ สามารถใช้บังคับได้ รวมทั้งแม้บุคคลภายนอกเข้ามารับรองของรับสภาพหนี้แทนก็มีอาจทำได้ แต่หากไปบังคับกันตามการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้หรือเข้าหลักเกณฑ์การชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก ฉะนั้น การรับสภาพหนี้จะต้องกระทำโดยลูกหนี้หรือตัวแทนของลูกหนี้ที่มีอำนาจหน้าที่กระทำแทนได้เท่านั้น³¹

³⁰ ดวงตา กล้ายไม้ ณ อุทธยา, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับสภาพหนี้, (วิทยานิพนธ์ หลักสูตรปริญญาตรีศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 46 ; ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 793.

³¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 254.

ประการที่สองในเรื่องความแตกต่างระหว่างการแปลงหนี้ใหม่และการรับสภาพหนี้ คือความแตกต่างเรื่องการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ การแปลงหนี้ใหม่ต้องมีการเปลี่ยน สิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้อันต้องกระทบหรือเปลี่ยนแปลงในตัวหนี้ มิใช่เป็นเพียงแต่ต่อเติมแก้ไขในตัวเนื้อหาเล็กน้อยอันมิเข้าลักษณะของแปลงหนี้ได้ เช่นการรับสภาพหนี้ การรับสภาพหนี้ ได้กระทำการใด ๆ อันแสดงถึงการยอมรับตามสภาพสิทธิเรียกร้องนั้น ๆ ของเจ้าหนี้ โดยมิได้มีการ เปลี่ยนสาระสำคัญหรือเงื่อนไขของการชำระหนี้ เช่น หนังสือสัญญาฉบับใช้เงิน มีข้อความแสดงอยู่ ชัดแจ้งว่าจำเลยยอมรับว่าเป็นหนี้ค่าซื้อสินค้าโจทก์อยู่จริง และรับว่าคงค้างชำระอยู่ 2 จำนวน คือ 19,436.61 บาท และ 8,043 บาท ขอผลัดชำระไป 6 เดือนไม่มีข้อความตอนใดแสดงให้เห็นว่าจะ ให้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในหนี้เดิมแต่อย่างใด จึงเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ มิใช่แปลงหนี้ ใหม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1451/2509)

ประการที่สามในส่วนของกรการค้ำประกันด้วยบุคคล แม้บทบัญญัติของเรื่องแปลงหนี้ ใหม่จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในส่วนนี้เช่นเดียวกับการจำนำ จำนอง แต่ตามความคิดเห็นของท่าน อาจารย์เสนีย์ ปราโมทย์ เห็นว่าไม่น่าจะมีความเสียหายหรือแตกต่างอะไรกับการจำนำ จำนอง จึง น่าจะเป็นไปได้ที่การแปลงหนี้ใหม่จะมีการรับประกันด้วยบุคคล เมื่ออิงตามเห็นความคิดเห็นเช่นนี้ แล้ว หลักปฏิบัติในการค้ำประกันจึงควรเข้าลักษณะทำนองเดียวกันกับจำนำ และ จำนอง คือ การ ค้ำประกันย่อมระงับสิ้นไปเมื่อหนี้อันเป็นหนี้ประธานระงับไปตามแปลงหนี้ใหม่ ยกเว้นตามมาตรา 352 ที่ให้โอนสิทธิจำนำหรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมไปประกันกับหนี้ใหม่ได้ และใน กรณีการค้ำประกันย่อมต้องเป็นบุคคลภายนอกทำการค้ำประกันลูกหนี้ ดังนั้นหากมีความประสงค์ ที่จะให้ผู้ค้ำประกันนั้น ค้ำประกันในหนี้ใหม่ด้วย มาตรา 352 ให้ต้องรับความยินยอมของบุคคล ภายนอกนั้นด้วย ดังนั้น ผลของการแปลงหนี้ใหม่ถือได้ว่ามีส่วนกระทบกระเทือนในเรื่องสัญญา อุปกรณ์อยู่ไม่น้อย และในลักษณะนี้จึงเป็นส่วนที่แตกต่างกับการรับสภาพหนี้นั้นไม่เป็นเหตุให้ กระทบถึงหลักประกันที่บุคคลภายนอกได้นำมาวางไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ เว้น เสียแต่ว่าการรับสภาพหนี้ของลูกหนี้มีลักษณะที่เจ้าหนี้ยอมผ่อนผันเวลาการชำระหนี้โดยที่ผู้ค้ำ ประกันมิได้ตกลงยินยอมด้วย ผู้ค้ำประกันย่อมพ้นจากความรับผิดชอบตามที่ มาตรา 700 บัญญัติไว้ดังนี้

“ถ้าผู้ค้ำประกันอื่นจะต้องชำระ ณ เวลาที่กำหนดแน่นอน และเจ้าหนี้ยอมผ่อน เวลาให้แก่ลูกหนี้ไซ้ ท่านว่าผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ

แต่ถ้าผู้ค้ำประกันได้ตกลงช่วยในการผ่อนเวลา ท่านว่าผู้ค้ำประกันหาหลุดพ้นความ รับผิดชอบไม่”

ประการสุดท้าย ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ มิได้มีส่วนใดที่ระบุห้ามไว้ว่ากระทำมิได้ หากหนี้นั้นได้ขาดอายุความไปแล้ว ตามความเห็นของผู้เขียนแม้หนี้นั้นจะเป็นหนี้ที่ขาดอายุความไปแล้ว แต่หากลูกหนี้มาตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ระหว่างกัน ก็น่าจะเข้าลักษณะที่ว่าลูกหนี้ก็ยอมรับถึงสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้นี้มีต่อตน และทั้งเจ้าหนี้ – ลูกหนี้ก็มิได้มีเจตนาที่จะบังคับกันตามหนี้เดิมอีกแล้ว อันเป็นเจตนาจะทิ้งสิทธิในเรื่องอายุความของลูกหนี้ ดังนั้นเมื่อหนี้เดิมที่ขาดอายุความได้ระงับไป แล้วมีหนี้ใหม่เกิดขึ้น สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้นี้ก็ควรที่จะเป็นสิทธิเรียกร้องในมูลหนี้อันใหม่ ซึ่งหากถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ก็ผิดนัดการชำระหนี้ เจ้าหนี้นี้ก็น่าจะมีสิทธิตามอายุความในมูลหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่ แต่ในแง่ของการรับสภาพหนี้ซึ่งมีจุดประสงค์สำคัญในเรื่องอายุความ โดยเฉพาะ การรับสภาพหนี้โดยที่หนี้นั้นขาดอายุความไปแล้ว ก็น่าจะมีประโยชน์ใด ๆ เกิดขึ้น เพราะตามหลักเกณฑ์การรับสภาพหนี้จะต้องกระทำก่อนที่หนี้นั้นจะขาดอายุความ เพื่อเป็นประโยชน์ที่เจ้าหนี้นี้จะใช้สิทธิในการฟ้องร้องต่อไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2725/2519 จำเลยทำสัญญากู้เงินโจทก์ไป ต่อมาจำเลยได้ทำหนังสือให้แก่โจทก์โดยในหนังสือนั้นมีข้อความว่า “จำเลยได้ค้างเงินค่าดอกเบี้ยโจทก์อยู่เป็นเงิน 60,000 บาท เงินจำนวนนี้จำเลยจะผ่อนส่งให้โจทก์เดือนละ 10,000 บาท ตลอดไปทุก ๆ เดือนจนหมดเงินที่ค้างค้าง หากเดือนใดไม่ชำระให้ จำเลยยอมให้โจทก์คิดดอกเบี้ยในเงินที่จะส่งในเดือนนั้นในอัตราร้อยละ 1.25 ตลอดไปจนกว่าจะชำระเสร็จ” นับแต่วันทำหนังสือฉบับนี้จำเลยไม่เคยชำระเงินดังกล่าวและดอกเบี้ยแก่โจทก์เลย โจทก์จึงฟ้องเป็นคดีต่อศาล จำเลยให้การว่าฟ้องของโจทก์ขาดอายุความเพราะโจทก์มิได้ฟ้องเรียกหนี้ดังกล่าวซึ่งเป็นหนี้ค่าดอกเบี้ยที่ค้างภายในกำหนด 5 ปี นับแต่วันที่จำเลยทำหนังสือรับสภาพหนี้ คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าฟ้องโจทก์ไม่ขาดอายุความเพราะหนี้นั้นได้มีการรับสภาพหนี้เท่ากับรับรองว่าเป็นหนี้เงินต้นกันขึ้นใหม่จากมูลหนี้ดอกเบี้ยที่ค้างชำระเดิมจึงมีอายุความ 10 ปี พิพากษาให้จำเลยชำระหนี้แก่โจทก์ จำเลยอุทธรณ์ว่าฟ้องโจทก์ขาดอายุความ ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยให้ยกฟ้องโจทก์เพราะเห็นว่าโจทก์ฟ้องคดีเมื่อขาดอายุความ โดยให้เหตุผลว่าหนังสือที่จำเลยทำให้แก่โจทก์นั้นเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ และหนี้ที่รับสภาพนั้นคือหนี้เงินค่าดอกเบี้ยที่ค้างชำระจึงต้องถือว่าอายุความ 5 ปีตามมูลหนี้เดิม รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ทำความเข้าใจว่าฟ้องโจทก์ไม่ขาดอายุความเพราะหนังสือที่จำเลยทำนั้นถือได้ว่าเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างโจทก์กับจำเลยสิทธิเรียกร้องของโจทก์ในคดีนี้จึงมีอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 โจทก์ฎีกาศาลฎีกาเห็นว่าหนังสือดังกล่าวเป็นหนังสือรับสภาพหนี้เงินดอกเบี้ยที่ค้างจำนวน 60,000 บาทตามที่ระบุไว้โดยชัดแจ้งในหนังสือนั้นแล้ว เมื่อโจทก์ฟ้องเรียกเงินโดยอ้างว่าลูกหนี้ทำหนังสือรับสภาพ

หนี้ คดีจึงไม่มีประเด็นให้วินิจฉัยว่าหนังสือนี้จะเข้าลักษณะสัญญาประนีประนอมยอมความด้วยหรือไม่ เมื่อเป็นหนังสือรับสภาพหนี้สภาพหนี้ดอกเบี้ยที่ค้าง โจทก์ฟ้องคดีเกินกว่า 5 ปีนับแต่วันที่จำเลยทำหนังสือรับสภาพหนี้ให้โจทก์ คดีของโจทก์จึงขาดอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 166

ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ ได้ให้ข้อสังเกตโดยชี้ให้เห็นถึงหลักกฎหมายไว้ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง โดยท่านได้ทำหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาไว้ว่า

“รับสภาพหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172 เป็นการรับสภาพโดยแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่เพราะไม่ใช่สัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 หนี้เดิมไม่ระงับ อายุความจึงเป็นไปตามกำหนดเดิม เช่น เรื่องนี้เป็นหนี้ค้างชำระดอกเบี้ยก็ยังคงมีอายุความตามกำหนดเดิมคือ 5 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/33 อยู่... อาจมีปัญหาต่อไปว่าแปลงหนี้ใหม่นั้นเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้เดิมอย่างไร อาจเป็นเจ้าหนี้ ตัวลูกหนี้หรือสภาพแห่งหนี้ ตลอดจนข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งก็ได้ เหตุนี้จึงอาจมีการแปลงหนี้ใหม่โดยทำสัญญาขึ้นใหม่ การเปลี่ยนสัญญาก็เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสภาพแห่งหนี้ได้แม้หนี้เดิมกับหนี้ใหม่เป็นลักษณะเดียวกัน เช่น ทำสัญญากู้ใหม่แทนสัญญาเดิม เป็นต้น หรือยอมความใช้หนี้จำนอง ก็เป็นการแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความแต่คงสภาพหนี้จำนองไว้ตามเดิมก็ได้ เรื่องนี้แม้จะทำการเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็อาจคงสภาพหนี้ดอกเบี้ยไว้ต่อไปก็ได้ เมื่อคงสภาพดอกเบี้ยอยู่ก็เป็นหนี้ดอกเบี้ย มีอายุความดอกเบี้ยต่อไปเช่นกำหนดเดิม”³²

³² หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2725/2519

2.5.2 การเปรียบเทียบบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่กับการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก

การชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกจะมีส่วนคล้ายคลึงกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งเป็นสิ่งที่ค่อนข้างสร้างความสับสนในส่วนลักษณะที่คล้ายคลึงกัน จึงนำ 2 บทบัญญัตินี้มาวิเคราะห์เพื่อเทียบเคียงหาความแตกต่างดังต่อไปนี้

ลักษณะของการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกเป็นส่วนหนึ่งของเหตุแห่งการระงับหนี้ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 314 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังนี้

“อันการชำระหนี้นั้น ท่านว่าบุคคลภายนอกจะเป็นผู้ชำระก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกชำระ หรือจะขัดกับเจตนาอันคู่กรณีได้แสดงไว้

บุคคลผู้ไม่มีส่วนได้เสียด้วยการชำระหนี้ นั้น จะเข้าชำระหนี้โดยจิตใจลูกหนี้หาได้ไม่”

หากสภาพแห่งหนี้หรือเจตนาของคู่กรณีไม่ขัดต่อการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกก็ย่อมที่จะเข้ามาชำระหนี้ได้เสมอ รวมทั้งในการชำระหนี้นั้น ลูกหนี้ไม่ได้ขัดข้องหรือจิตใจอันใด เจ้าหนี้ก็จำเป็นต้องรับการชำระหนี้จากบุคคลภายนอกโดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ เพราะหากเจ้าหนี้อุปสรรคการรับชำระหนี้จากบุคคลภายนอก เจ้าหนี้อาจจะตกอยู่ในฐานะผู้ผิดนัดได้ เมื่อบุคคลภายนอกได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้แล้ว หนี้ที่ลูกหนี้มีความผูกพันในหน้าที่อันจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้ก็ระงับสิ้นไป

ในมาตรา 314 วรรค 2 ได้บัญญัติเพิ่มเติมในเรื่องของผู้มีส่วนได้เสียด้วยการชำระหนี้ นั้น ในกรณีข้อมความว่า ถึงแม้การชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกผู้ที่มีส่วนได้เสียกับการชำระหนี้ของลูกหนี้ ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยลูกหนี้มิได้ยินยอม บุคคลภายนอกก็ย่อมมีสิทธิที่จะเข้าชำระหนี้ได้

ในเรื่องการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกและการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็มีส่วนคล้ายคลึงกันในบทบัญญัติ มาตรา 314 ในเรื่องกรณีที่บุคคลภายนอกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้และตามมาตรา 350 ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ คู่สัญญาที่ทำสัญญาต่อกันมิจำเป็นต้องมีลูกหนี้เดิมเข้าร่วมทำสัญญาด้วย ดังนั้น

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้สามารถกระทำได้โดยเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ตกลงกันก็เพียงพอถึงแม้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้กับการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก ไม่จำเป็นต้องนำเอาลูกหนี้ (ในกรณีการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก) หรือลูกหนี้เดิม (ในกรณีการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้) มาให้ความยินยอมด้วย แต่การกระทำที่บุคคลภายนอกและลูกหนี้ใหม่ เพื่อการชำระหนี้แทนหรือเข้าเป็นลูกหนี้แทนก็กระทำโดยขึ้นใจลูกหนี้หรือลูกหนี้เดิมมิได้ ซึ่งในส่วนนี้เป็นการแตกต่างของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกประการแรก คือ

ตามมาตรา 314 วรรค 2 ได้บัญญัติถึงผู้ที่สามารถชำระหนี้ อันเป็นการกระทำโดยขึ้นใจลูกหนี้ นั้น จำต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการชำระหนี้ เช่น ลูกหนี้ร่วม ผู้ค้ำประกัน เป็นต้น การชำระหนี้โดยขึ้นใจลูกหนี้ตามมาตรา 314 วรรค 2 จึงมีข้อยกเว้นสำหรับผู้มีส่วนร่วมได้เสีย ผิดกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่ตามมาตรา 350 ได้บัญญัติไว้ว่าจะกระทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่ จึงสังเกตได้ว่าตามมาตรา 350 นั้นมิได้ยกเว้นบุคคลใดไว้เฉพาะเช่นมาตรา 314 วรรค 2 ฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่ว่าบุคคลใดๆ ก็ไม่สามารถกระทำโดยเป็นขึ้นใจลูกหนี้เดิมได้เลย³³

แต่ในความเห็นนี้ก็มีข้อคิดเห็นที่ขัดแย้งกันออกไปว่า หากบุคคลภายนอกจะชำระหนี้โดยการที่บุคคลภายนอกนั้นมิใช่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการชำระหนี้ การชำระหนี้ที่ควรถือว่าเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เพราะสิ่งที่มาตรา 314 วรรค 2 ค้ำครองลูกหนี้ก็ใช้ว่าจะกระทำโดยชัดไปซึ่งผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ได้ ดังนี้หากลูกหนี้ยินยอมให้ผู้ไม่มีส่วนได้เสียชำระหนี้แทนตน แม้เจ้าหนี้จะยินยอม ลูกหนี้ก็ไม่น่าที่จะกระทำได้ตามอำนาจของมาตรา 314 วรรค 2 เช่นนี้เมื่อบุคคลภายนอกได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ไป โดยที่เจ้าหนี้ก็ยินยอมที่จะรับชำระหนี้จากบุคคลนั้นแทนลูกหนี้ของตน หนี้ที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ก็น่าจะมีผลระงับสิ้นไปเช่นกัน³⁴

ประการที่สอง การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้นแม้ถือเป็นการระงับหนี้ แต่ก็เป็นการระงับหนี้เพื่อบังคับกันตามข้อผูกพัน ในประการนี้คือ การระงับหน้าที่ของลูกหนี้คนเดิมโดยให้ลูกหนี้คนใหม่รับหน้าที่แทน ซึ่งมีได้หมายความว่า เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่แล้วลูก

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1571.

³⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 432.

หนี้คนใหม่จะต้องชำระหนี้โดยฉบับพดลกันหาไม่ เพียงแต่มีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้กันต่อไป ซึ่งต่างกับการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกที่จะต้องชำระหนี้ให้เสร็จสิ้นกันไปในตัว

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำสัญญากู้เงินจาก นาย ข. เป็นเงินจำนวน 10,000 บาท ต่อมา นาย ค. ซึ่งเป็นญาติกับ นาย ก. เห็นว่า นาย ก. คงไม่สามารถที่จะชำระหนี้ นาย ข. ได้แน่ นาย ค. จึงไปขอทำสัญญากับ นาย ข. ว่าตนจะรับชดใช้เงินให้ ขอให้ นาย ข. ไม่ต้องไปเรียกร้องเงินจาก นาย ก. อีก ดังนี้เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดย นาย ค. เป็นลูกหนี้คนใหม่รับที่จะชดใช้เงินให้แก่ นาย ข. แต่มิได้หมายความว่า นาย ค. ต้องชำระเงินคืนเลยในขณะนั้น

แต่ถ้าในประเด็นเดียวกัน นาย ค. ได้นำเงิน 10,000 บาท มาชำระให้แก่ นาย ข. เช่นนี้ถือว่าเป็นการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่ลูกหนี้ หนี้นั้นระงับสิ้นไปในทันที

ประการที่สาม มาตรา 314 วรรคแรกได้บัญญัติข้อยกเว้นในการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกไว้ คือ หากกรณีสภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกชำระ รวมทั้งถ้าเป็นการขัดกับเจตนาของคู่กรณีที่ได้แสดงไว้ บุคคลภายนอกก็ชำระหนี้แทนมิได้ ในส่วนนี้มาตรา 350 มิได้กล่าวเอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาแล้วถึงการแปลงหนี้ใหม่จะเห็นได้ว่า การแปลงหนี้ใหม่คือการระงับในส่วนหนี้เดิมทิ้งไปเสีย โดยคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในสัญญาแปลงหนี้ใหม่ โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ ก็ย่อมหมายความว่าเจ้าหนี้จำเป็นต้องยินยอมรับชำระหนี้จากลูกหนี้คนใหม่แทนลูกหนี้คนเดิม และเมื่อแปลงหนี้แล้วก็ต้องบังคับกันตามหนี้ใหม่ ซึ่งไม่น่าที่มีปัญหาในกรณีของสภาพหนี้ไม่เปิดช่องเนื่องจากความตกลงกันนั้น เป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมาใหม่ มิใช่ความสัมพันธ์เดิม

ตัวอย่างเช่น นาย ก. จ้างนาย ข. ให้มาร้องเพลงในงานเลี้ยงสังสรรค์ประจำปีของตน ถ้าเป็นกรณีของการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก ก็จะไม่มีการร้องเพลงแทน นาย ข. ได้ เนื่องจากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องที่จะให้ทำแทนกันได้ แต่หากเป็นการแปลงหนี้ใหม่ โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นาย ก. และนาย ค. อาจตกลงกันให้นาย ค. มาเป็นลูกหนี้คนใหม่สำหรับการร้องเพลงแทนนาย ข. ก็ได้ และหนี้ระหว่างนาย ก. กับนาย ข. ก็ระงับสิ้นไป เป็นต้น

ในส่วนของมาตรา 314 กรณีที่บุคคลภายนอกไม่สามารถที่จะชำระหนี้แทนลูกหนี้ได้หากขัดกับเจตนาที่คู่กรณีได้แสดงไว้ในกรณีของการแสดงเจตนาอาจทำให้เกิดข้อแตกต่างระหว่างการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้กับการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกได้หากคู่กรณีได้แสดงเจตนากันว่าไม่ต้องการให้บุคคลภายนอกทำการชำระหนี้แทน ประการนี้ก็ห้ามได้แต่เฉพาะบุคคลภายนอกเท่านั้น แต่ถ้าเจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่จะทำการตกลงแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ การแสดงเจตนานี้ก็ไม่น่าจะขยายผลบังคับมาใช้ในการแปลงหนี้ใหม่แต่อย่างใด แต่ถ้าการแสดงเจตนาที่บ่งชี้ว่ามีให้มีการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เช่นนี้แสดงถึงเจตนาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เดิมว่ามีต้องการให้มีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ หากฝ่าฝืนการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวนั้นก็ต้องห้ามตามมาตรา 350 เพราะเหตุแห่งการแปลงหนี้ใหม่นั้นกระทำโดยจิตใจลูกหนี้

จึงเห็นได้ว่ามาตรา 350 ที่ว่าด้วยเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้คู่กรณีไม่จำเป็นต้องระบุถึงเจตนากรณีในการที่จะให้บุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาหรือการแปลงหนี้ใหม่ก็ได้ เพราะมาตรา 350 ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นแห่งการแปลงหนี้ใหม่โดยจิตใจลูกหนี้เดิม อันจะทำให้หนี้เดิมไม่อาจจะบังคับได้ แต่ในกรณีของมาตรา 314 คู่สัญญาจำต้องระบุห้ามบุคคลภายนอกเข้ามาชำระหนี้แทนลูกหนี้ ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนก็จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 314 เนื่องจากขัดกับเจตนาอันคู่กรณีได้แสดงไว้

2.5.3 การเปรียบเทียบบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่กับโอนสิทธิเรียกร้อง

สัญญาการโอนสิทธิเรียกร้อง คือ ข้อตกลงซึ่งเจ้าหนี้ยินยอมที่โอนสิทธิของตนซึ่งมีต่อลูกหนี้ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทน ตามลักษณะของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้ที่ทำการโอนสิทธิของตน ตามสัญญาจะเรียกว่า ผู้โอน และผู้ที่ได้รับสิทธินั้นเรียกว่า ผู้รับโอน การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเจ้าหนี้และบุคคลภายนอกที่รับโอนสิทธิเท่านั้นที่ทำการตกลงในสัญญา โดยลูกหนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องให้ความยินยอม เพียงแต่มาตรา 306 ได้บัญญัติให้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้โดยทำเป็นหนังสือเพื่อที่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้

หลักเกณฑ์โดยทั่ว ๆ ไปของการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 303 โดยการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นต้องปฏิบัติตามหลักนิติกรรมสัญญาด้วย ซึ่งหมายความว่า ผู้ที่จะทำการโอนหรือรับโอนย่อมต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการทำนิติกรรมได้ การโอนสิทธิเรียกร้อง

ร้องจึงจะสมบูรณ์ หากจะกล่าวถึงสิทธิที่สามารถโอนได้มาตรา 303 ได้บัญญัติว่า “ สิทธิเรียกร้อง นั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้...” ดังนั้นวัตถุประสงค์แห่งการโอนก็คือ สิทธิเรียกร้องทุกอย่าง ไม่ว่าจะ เป็น สิทธิในสัญญาเช่า สิทธิตามสัญญาเงินกู้ก็สามารถโอนกันได้ ฉะนั้น การโอนสิทธิเรียกร้องจึงต่าง จากการโอนทรัพย์สิน เนื่องจากการโอนทรัพย์สินเป็นการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ เป็นกรณีใน ส่วนของทรัพย์สินที่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะในเรื่องระบบพิธีการโอน เช่น การซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน³⁵

เมื่อพิจารณาลักษณะคร่าว ๆ ของการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่จะ เห็นถึงลักษณะที่คล้ายคลึงกันเป็นอย่างยิ่งของทั้ง 2 บทบัญญัตินี้ อันเป็นส่วนที่ก่อให้เกิดความสับสนในทางปฏิบัติ และแนวความคิดของนักวิชาการที่มีความเห็นแตกต่างกันไป ด้วยเหตุจาก ลักษณะที่ใกล้เคียงรวมทั้งตามบทบัญญัติมาตรา 349 วรรค 3 ยังให้การแปลงหนี้ใหม่ไปใช้แบบ พิธีในส่วนของการโอนสิทธิเรียกร้องอย่างอนุโลม เหล่านี้เป็นการเพิ่มปัญหาในการแยกแยะของ 2 บทบัญญัตินี้ออกจากกัน เพราะถึงแม้ลักษณะที่ดำเนินมาแต่ต้นจะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน แต่ผลใน ท้ายที่สุดมีความแตกต่างกัน ดังนั้นหากมีการพิจารณาแยกแยะ 2 บทบัญญัตินี้ผิดพลาดย่อมก่อให้เกิด ผลที่ต่างกัน อันจะเป็นผลเสียต่อความยุติธรรมได้ ด้วยเหตุนี้วิเคราะห์ในความแตกต่างของโอน สิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. รากฐานเบื้องต้นของการแปลงหนี้ใหม่คือเจตนาแห่งคู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะ ให้หนี้เดิมระงับสิ้นไป คู่สัญญาในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ อาจเป็นเพียงเจ้า หนี้เดิม และบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาสวมสิทธิหรือในกรณีที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมลูกหนี้อาจจะ เข้าร่วมเป็นบุคคลหนึ่งในสัญญาแปลงหนี้ใหม่ได้ คู่สัญญาทั้งหมดหากมีความประสงค์ที่จะระงับ ไปในส่วนของหนี้เดิมนั้นสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ แต่หากคู่สัญญาไม่ได้มีความ ประสงค์ที่จะระงับไปซึ่งหนี้เดิม เพียงแต่มีเจตนาที่จะโอนสิทธิจากบุคคลหนึ่งไปยังบุคคลหนึ่ง ตามนี้ย่อมเป็นสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง

2. เหตุที่จะเกิดสัญญาการแปลงหนี้ใหม่ได้จะต้องมีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญ แห่งหนี้เดิม ดังนั้นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อมถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ประเภทนี้อันจะทำให้ หนี้เดิมระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ ต่างกับการโอนสิทธิเรียกร้องที่เป็นการโอนไปซึ่งสิทธิตาม

³⁵ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, (กรุงเทพมหานคร : สำนัก พิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 181.

เป็นอยู่ในสภาพเดิม แม้ลักษณะที่เห็นภายนอกจะเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เช่นเดียวกัน แต่กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดให้ถือเอาเป็นผลให้ระงับสิ้นไป ด้วยมีการคงสภาพแห่งหนี้เช่นเดิมไว้มิได้มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสิทธิแต่ประการใด

3. โดยลักษณะทั่วไปของการแปลงหนี้ใหม่จะต้องได้รับความยินยอมทำสัญญากับลูกหนี้ เช่นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ก็ต้องมีการทำสัญญากันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ หรือการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ แม้ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ เจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่ก็ต้องตกลงทำสัญญากันโดยที่ไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม จะมีผิดแปลกอันเป็นลักษณะพิเศษอยู่ประการเดียว คือการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่มาตรา 349 วรรค 3 ได้บัญญัติให้ใช้บังคับด้วยลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นย่อมมีลักษณะเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง คือ ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องยินยอมในการทำสัญญาด้วย³⁶

4. เนื่องจากผลของบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง หนี้อุปกรณ์ได้ตกตามไปด้วย ตามที่มาตรา 305 ได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวพันกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี ย่อมตกไปได้แก่ผู้รับโอนด้วย” การโอนไปของสัญญาอุปกรณ์เป็นไปตามผลของมาตรา 305 วรรค 1 คือไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงระหว่าง ผู้จำนอง จำนำ หรือผู้ค้ำประกันกับผู้รับโอน³⁷

แต่ในกรณีการแปลงหนี้ใหม่ ผลของการแปลงหนี้ใหม่เป็นเหตุให้หนี้เดิมระงับสิ้นไป เมื่อหนี้เดิมระงับสิ้นไปอุปกรณ์และประกันทั้งหลายย่อมหลุดพ้นระงับไปด้วย เว้นแต่จะได้สงวนสิทธิกันไว้ตามความในมาตรา 352

5. ในเรื่องแบบของการแปลงหนี้ใหม่ มาตรา 349 วรรค 1 ได้บัญญัติให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทำสัญญาเปลี่ยนในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ส่วนในกรณีของการโอนสิทธิเรียกร้อง

³⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1566-1567.

³⁷ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดย นายจิตติ ดิงศักดิ์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 517.

ในหนึ่อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะจะงั้นตามมาตรา 306 ทั้ง 2 ประการนี้จะต้องบังคับโดยหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องนิติกรรมและสัญญา ทั้งในเรื่องของคำเสนอและคำสนอง หรือไม่ว่าจะเป็นเรื่องหลักในการแสดงเจตนา การทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่จะต้องไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ในเรื่องเหล่านี้ด้วย อีกประการหนึ่งที่สัญญาแปลงหนี้ใหม่และสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องมีลักษณะที่เหมือนกันคือ ตามวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่คู่กรณีผู้ที่เกี่ยวข้องย่อมเป็นผู้ที่มาตกลงทำสัญญากันในการแปลงหนี้ใหม่ การโอนสิทธิเรียกร้องก็อาจจะเรียกได้ว่าเป็นลักษณะเดียวกัน เพราะการตัดสินใจตกลงทำสัญญาเกิดขึ้นจากผู้ที่เป็นคู่กรณีในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง คือ เจ้าหนี้ผู้โอนสิทธิ และบุคคลภายนอกผู้รับโอนสิทธิ

แม้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะให้บังคับไปตามบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องแต่บรรทัดฐานของแบบการแปลงหนี้ใหม่ยังคงยึดหลักตามมาตรา 349 วรรค 1 ซึ่งมีได้มีการบัญญัติให้ต้องทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่กันเป็นหนังสือแต่อย่างใด อันผิดจากการโอนสิทธิเรียกร้องที่หากไม่ทำสัญญาเป็นหนังสือแล้วการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ ฉะนั้น การโอนสิทธิเรียกร้องมีแบบที่จะต้องทำเป็นหนังสือในการโอนสิทธิ แต่การแปลงหนี้ใหม่นั้นแม้หนี้เดิมจะเป็นหนี้ที่เป็นสัญญาต้องสมบูรณ์ด้วยการทำเป็นหนังสือ แต่หากมีการแปลงหนี้ใหม่แล้ว หนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นเป็นลักษณะสัญญาที่ไม่มีแบบกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ คู่สัญญาก็อาจจะต้องทำเป็นหนังสือไม่ อันเป็นข้อแตกต่างระหว่างการแปลงหนี้ใหม่และการโอนสิทธิเรียกร้อง

คำพิพากษาฎีกาที่ 1053 / 2475 ถ้าเป็นการระงับสัญญาเก่า และทำสัญญากันขึ้นใหม่แล้ว แม้สัญญาเก่าจะเป็นหนังสือและที่ทำกันขึ้นใหม่ได้ทำกันไว้ปากเปล่า ก็อาจพิสูจน์กันได้เพียงแต่ด้วยพยานบุคคลเพราะเป็นการขอนำสืบหักล้างทำลายสัญญาเก่า ไม่ใช่การขอนำสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิ่มเติม

คำพิพากษาฎีกาที่ 2331 / 2522 จำเลยที่ 1 ตกลงกับจำเลยที่ 2 ให้จำเลยที่ 2 ชำระเงินแก่ผู้เช่าและรับโอนสิทธิแทน โดยจำเลยที่ 1 จะชำระเงินและโอนสิทธิคืนจากจำเลยที่ 2 ทั้งนี้จำเลยที่ 1 เป็นทั้งเจ้าหนี้ลูกหนี้ จำเลยที่ 2 ตกลงกับโจทก์ให้โจทก์ชำระหนี้แก่จำเลยที่ 2 และโอนสิทธิการเช่าแก่โจทก์ เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่อง โอนสิทธิเรียกร้อง จำเลยที่ 2 กับโจทก์ตกลงกันด้วยวาจา ไม่ได้ทำเป็นหนังสือไม่สมบูรณ์

2.5.4 การเปรียบเทียบบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่กับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 321 วรรค 1)

โดยทั่วไปแล้วเมื่อถึงกำหนดในการชำระหนี้ลูกหนี้ย่อมจะต้องทำการชำระหนี้ตามที่ได้ตกลงกับเจ้าหนี้ไว้ โดยการชำระหนี้นั้นมาตรา 320 ได้บัญญัติว่า “อันจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน หรือให้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้นั้น ท่านว่าหาอาจจะบังคับได้ไม่” การขอปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้จะต้องมีการปฏิบัติอย่างถูกต้อง และครบถ้วนเมื่อเป็นหนี้กันอย่างไร ก็ต้องชำระหนี้กันอย่างนั้น จะบ่ายเบี่ยงขอชำระหนี้เป็นอย่างอื่นไม่ได้ เช่นหากเป็นหนี้เงินก็ต้องชำระหนี้ด้วยเงินให้ครบตามจำนวนหนี้ที่ตกลงกันไว้ หรือถ้าเป็นหนี้ที่ต้องส่งมอบสิ่งของก็ต้องส่งมอบสิ่งของตามที่ตกลงกันในสัญญา เป็นต้น

แต่กระนั้นก็ตามมาตรา 321 วรรค 1 ได้บัญญัติว่า “ถ้าหน้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ ท่านว่าหนี้นั้นก็เป็นอันระงับสิ้นไป” การที่เจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ย่อมถือว่าการที่ลูกหนี้เสนอการชำระหนี้ที่ผิดไปจากข้อตกลงเป็นความสมประโยชน์สมประสงค์ของเจ้าหนี้ แต่หากเป็นกรณีกลับกันที่เจ้าหนี้เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ผิดจากที่ตกลงในสัญญาโดยที่ลูกหนี้ไม่ยินยอมยอมเป็นไปไม่ได้

การชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 321 วรรค 1 นั้นค่อนข้างเป็นความยืดหยุ่นเพื่อการชำระหนี้ของลูกหนี้อย่างเช่น หากเป็นหนี้กันตามสัญญาเงินกู้ และไม่สามารถหาเงินมารับชำระหนี้ได้ ลูกหนี้อาจขอชำระหนี้เป็นที่ดินแทนถ้าเจ้าหนี้ยินยอมเห็นชอบหนี้นั้นก็ต้องระงับไปโดยการชำระหนี้ การชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนั้นนอกจากจะใช้ทรัพย์สินหรือสิ่งของมาชำระหนี้แทนกันได้แล้ว ก็อาจชำระหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือ โอนสิทธิอย่างอื่นชำระหนี้ให้ก็ได้³⁸

คำพิพากษาฎีกาที่ 2965/2531 จำเลยทำสัญญากู้ยืมเงินโจทก์ไป 200,000 บาท จำเลยจะนำสืบการใช้เงินได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ให้ยืมมาแสดงหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้นได้เวนคืนแล้ว หรือได้แทงเพิกถอนลงในเอกสารนั้นแล้ว การที่จำเลยโอนเงินค่าโทรเลขเข้าบัญชีของโจทก์ไม่เข้าบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

³⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สหมิตรออฟเซ็ท, 2534), หน้า 410.

มาตรา 653 แต่เป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นซึ่งโจทก์ในฐานะเจ้าหนี้ได้ยอมรับ จึงเป็นการชำระหนี้เงินกู้ให้แก่โจทก์แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกา 5590/2540 หนังสือสัญญากู้เงินพิพาททั้งสองฉบับเป็นเอกสารที่แท้จริง และจำเลยได้ชำระหนี้รายพิพาทแก่โจทก์แล้วเป็นเงิน 323,500 บาท โดยใช้วิธีส่งเงินทางไปรษณีย์แนบฉีกไปให้โจทก์และโจทก์ได้รับแล้ว ถือได้ว่าโจทก์ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ อันเป็นผลให้หนี้ระงับไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 321 วรรค 1 กรณีมิใช่เป็นการนำสืบการใช้เงินโดยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อโจทก์มาแสดงซึ่งต้องห้ามมิให้นำสืบตามมาตรา 653 วรรค 2

การแปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ วัตถุแห่งหนี้ก็เป็นสิ่งหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ดังนั้นการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ก็ย่อมเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ในส่วนนี้อาจสร้างความสับสนในลักษณะที่ว่า ถ้าเช่นนั้นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นก็ต้องถือเป็นการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ด้วย เพราะถ้าเดิมเป็นหนี้เงินกู้ ต่อมาลูกหนี้ไม่มีเงินจะชำระหนี้จึงส่งมอบวัว 1 ตัว มาชำระหนี้แทนหนี้เงิน จากตัวอย่างนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีการเปลี่ยนแปลงจากชำระหนี้ด้วยเงินมาเป็นการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินสิ่งอื่นในที่นี้ก็คือ วัว 1 ตัว หากเป็นเช่นนี้แล้วการชำระหนี้ครั้งนี้ ย่อมถือได้ว่ามีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ เพราะมีการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้นั่นเอง

ประการที่สอง การแปลงหนี้ใหม่เป็นผลให้หนี้ระงับสิ้นไป ส่วนการชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่น ก็เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในส่วนของระงับหนี้เช่นเดียวกัน ดังนั้นเมื่อมีการชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่นหนี้จึงระงับตามหลักเกณฑ์ในส่วนของชำระหนี้ เช่นเดียวกัน

แต่หากพิจารณาลงไปในรายละเอียดแล้ว 2 บทบัญญัตินี้มีลักษณะที่แตกต่างอันสามารถแยกแยะออกจากกันได้เพราะการแปลงหนี้ใหม่ถึงแม้จะมีบทบัญญัติอยู่ในส่วนเดียวกันกับการชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่น คือ ส่วนของความระงับหนี้ แต่การแปลงหนี้ใหม่หากได้ทำการศึกษาแล้วจะเห็นได้ถึงข้อแตกต่างจากการระงับด้วยวิธีอื่น เพราะการระงับหนี้ด้วยวิธีอื่น ๆ หนี้จะระงับจบสิ้นไปในทันที แต่การแปลงหนี้ใหม่ หนี้ที่ระงับไปเป็นเพียงส่วนของหนี้เดิม ซึ่งก็หมายถึงว่าหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นจากการแปลงหนี้ใหม่ยังคงมีผลผูกพันอยู่จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ครบถ้วนและถูกต้อง ความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จึงจะระงับไป เช่นเดียวกับวิธีการระงับหนี้แบบอื่น ๆ

แต่ในส่วนของการชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่นตามมาตรา 321 วรรค 1 นี้ ได้บัญญัติอยู่ในเรื่องความระงับแห่งหนี้โดยการชำระหนี้ หนี้นั้นจะต้องระงับไปในทีเดียว เพราะถ้าว่าการชำระหนี้ (performance) แสดงออกถึงลักษณะที่ต้องเข้าใจว่าเป็นการชำระให้ตกถึงมือเจ้าหนี้ เมื่อนั้นก็พร้อมที่จะทำให้หนี้ระงับสิ้นไปในทันที จะไม่มีความผูกพันอันใหม่เกิดขึ้นอย่างการแปลงหนี้ใหม่ เช่นไม่สามารถหารถมาชำระหนี้ได้ เลยทำหนังสือสัญญากู้เงินให้กันไว้เท่าราคาเสียหายที่ส่งมอบมาให้ไม่ได้ ดังนี้ จัดอยู่ในลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ เพราะยังต้องผูกพันเป็นหนี้กันใหม่ ในอันที่จะปฏิบัติชำระเงินให้กันต่อไปในภายหน้า ความผูกพันหาสิ้นสุดยุติลงไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 700/2471) แต่กระนั้นก็ตามหากลูกหนี้เพียงแค่เสนอที่จะหาของอื่นมาทำการชำระหนี้แทน และเจ้าหนี้ก็ยินยอมเห็นชอบด้วย และเตรียมที่จะระงับของอื่นที่ลูกหนี้จะหามาให้แทนการชำระหนี้นั้น โดยยังไม่ได้ตกลงกันปลดเปลื้องจากหนี้เดิม ดังนี้อาจเป็นแต่เพียงการเตรียมการชำระหนี้ด้วยของอื่นตามมาตรา 321 หาใช่แปลงหนี้ใหม่ไม่ แม้จะยังไม่มีการชำระหนี้ตกถึงมือเจ้าหนี้ก็ตาม³⁹

โดยสรุปแล้วทั้ง 2 บทบัญญัตินี้จึงแตกต่างกันตรงที่นิติสัมพันธ์ที่ผูกต่อเนื่องกันต่อไป ของแปลงหนี้ใหม่จนกว่าที่ลูกหนี้จะทำการชำระหนี้ แต่ในกรณีของการชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่นนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ระงับสิ้นลงไปในทันทีที่ลูกหนี้ได้ทำการชำระหนี้ แม้การชำระหนี้นั้นจะชำระด้วยสิ่งของอย่างอื่นแทนที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาก็ตาม

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1039.

การแปลงหนี้ใหม่ตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

การแปลงหนี้ใหม่ นี้ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายในหลายๆประเทศได้เขียนไว้เช่นกัน โดยแต่ละประเทศก็มีบทบัญญัติที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะจารีต และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ แต่โดยหลักการแล้วเนื้อหาหรือรูปแบบของหลักเกณฑ์หรือรูปแบบของหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติจะมีลักษณะที่คล้ายกันในประเทศที่มีระบบกฎหมายเหมือนกัน ระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ซึ่งจะใช้ประมวลกฎหมายอ้างอิงเป็นหลัก ดังนั้น รากฐานของระบบกฎหมายไทยจึงมีที่มาจากประเทศที่มีระบบกฎหมายเป็นแบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกัน เมื่อพิจารณาตามคำอ้างของกรมร่างกฎหมายที่อ้างถึงที่มีของแต่ละมาตราในประมวลกฎหมายของไทย จะเห็นได้ว่าประเทศอันเป็นหลักใหญ่ ๆ ที่ไทยได้นำเอาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศนั้น ๆ มาประยุกต์ใช้ในประมวลกฎหมายของไทย คือ ประเทศเยอรมัน, ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ได้นำบทบัญญัติกฎหมายของ 3 ประเทศเหล่านี้เข้ามาปรับปรุงร่างเป็นกฎหมายการแปลงหนี้ใหม่ของไทย โดยจะมีบทบัญญัติกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ด้วยเล็กน้อย

ดังนั้นเพื่อให้การศึกษาเป็นไปอย่างชัดเจน จึงควรทำการศึกษาของแต่ละประเทศเพื่อให้เห็นถึงเจตนารมณ์ และที่มาของกฎหมายที่ประเทศไทยได้นำมาเป็นแนวทางในการร่างกฎหมาย ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ โดยการทำการศึกษถึงการแปลงหนี้ตามหลักกฎหมายโรมัน และเนื้อหากฎหมายประเทศต่างๆ อันได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น หลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และหลักกฎหมายของประเทศเยอรมัน

3.1 หลักกฎหมายแปลงหนี้ใหม่ของโรมัน

หากจะกล่าวถึงระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายในแต่ละประเทศก็คงไม่สามารถที่จะกล่าวถึงระบบกฎหมายของประเทศใด ๆ ได้ นอกจากระบบกฎหมายของโรมัน แม้ในปัจจุบันแต่ละประเทศจะมีลักษณะบทบัญญัติกฎหมายเป็นของตนเองแล้วก็ตาม หากแต่ถ้าพิจารณารากแก่นของบทบัญญัตินั้น อาจพบได้ว่านำมาจากแนวคิดของระบบกฎหมายโรมัน ระบบ

กฎหมายโรมันจึงมีอิทธิพลต่อกฎหมายและความคิดในด้านนิติศาสตร์ของโลกในปัจจุบันมิใช่น้อย กฎหมายไทยก็มีได้เป็นข้อยกเว้นจากข้อสังเกตกว้าง ๆ เช่นนั้นด้วย

การที่กฎหมายโรมันสามารถนำไปใช้ได้แพร่หลายเช่นนี้ เพราะกฎหมายโรมันสามารถย่อยเป็นชิ้นส่วนซึ่งสมบูรณ์ในตัวเอง (Self-contained and self-referential Blocks) การที่แต่ละประเทศดึงลักษณะกฎหมายของโรมันมาใช้จึงเป็นลักษณะที่ดึงมาเป็นส่วน ๆ เสียมากกว่าที่จะนำกฎเกณฑ์แต่ละอย่างแยกออกมา ชิ้นส่วนเหล่านี้แยกออกจากวิธีพิจารณาความโดยเด็ดขาด และแต่ละชิ้นก็แยกออกจากกันได้อย่างชัดเจนและไม่มีแนวโน้มที่จะนำไปปะปนกัน

ตามแนวความคิดกฎหมายโรมันที่มีความเห็นว่า หนี้มีอยู่อย่างไร ใครจะมาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญไม่ได้ จะทำได้ก็ต่อเมื่อได้ระงับหนี้เก่าเสียก่อน (expromissio) เมื่อหนี้เก่าได้ระงับสิ้นไปแล้ว จึงจะไม่มีอะไรขัดขวางมิให้เปลี่ยนแปลงทำกันใหม่ ความสำคัญเกิดแต่การขัดข้องขวางกันมิให้โอนสิทธิในหนี้กันได้ แนวความคิดในวงวิชากฎหมายสมัยนั้นโน้มนำไปทางที่ว่าหนี้เป็นความผูกพันกันส่วนตัว แต่ก็ห้ามความต้องการของคนที่ต้องการ โอนสิทธิกันไม่ได้ การแปลงหนี้ใหม่จึงเป็นเครื่องมือสำคัญให้โอนสิทธิได้ในสมัยนั้น¹ ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่จึงเป็นวิธีหนึ่งซึ่งจะช่วยให้บุคคลที่สามมีสิทธิหรือหน้าที่ ตามสัญญาในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ตามแนวความคิดของกฎหมายโรมันนั้นก็ยังมีลักษณะคล้ายแนวความคิดในปัจจุบันเพราะกฎหมายโรมันเห็นว่าการแปลงหนี้ใหม่เป็นวิธีการหนึ่งในการระงับหนี้โดยการที่คู่สัญญาตกลงให้นำหนี้ใหม่เข้ามาบังคับใช้แทนหนี้เดิม และผลจากการที่คู่สัญญาตกลงเปลี่ยนเงื่อนไขแห่งหนี้เดิมนั้นทำให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ขึ้น โดยส่วนใหญ่แล้วโรมันจะมีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้และการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มากกว่าการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่น ๆ ซึ่งหลักการการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็เหมือนเช่น ในการแปลงหนี้ใหม่ปัจจุบัน คือ ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ใหม่ก็จะเข้ามามีสิทธิและหน้าที่เหมือนเช่น ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้เดิม และการที่คู่สัญญาจะตกลงทำการแปลงหนี้ใหม่กันได้นั้นคู่สัญญาจะต้องมีหนี้เดิม (idem debitum) ต่อกันอยู่แล้ว แล้วจึงนำหนี้ที่มีอยู่เดิมนั้นมาทำการเปลี่ยนซึ่งอันเป็นสาระสำคัญ (aliquid novi) ในหนี้นั้น ๆ ใหม่ เช่นตามกฎหมายโรมันถือได้ว่าหากมีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ใหม่ย่อมถือว่ามี การเปลี่ยนไปซึ่งสาระสำคัญแห่งหนี้เดิมจึงถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ แม้การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะถูกถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่ในความเป็นจริงในบทบัญญัติของกฎหมายโรมันนั้นมิได้มีการบัญญัติหรือกำหนด

¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1540.

เงื่อนไขในการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้เดิม เนื่องจากในส่วนของกำหนดหรือจัดการกับเงื่อนไขแห่งหนี้เดิมนั้น คู่สัญญาจะต้องเข้ามาตกลงทำนิติสัมพันธ์ต่อกันเอง หลังจากที่คู่สัญญาได้ตกลงเปลี่ยนแปลงในหนี้ที่มีอยู่เดิมแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายจึงจะมีผลบังคับใช้ขึ้นไปตามความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญา ซึ่งความสัมพันธ์ประเภทนี้ จัสติเนียน (Justinian) ได้เรียกว่า “Spes debitum iri” ดังนั้นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ที่ได้มีการตกลงและทำสัญญากันขึ้นอย่างถูกต้องก็จะมีผลบังคับใช้ไปตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงระหว่างคู่สัญญา และยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายโรมันยังมีมุมมองในเรื่องสัญญาอุปกรณ์ในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ที่ว่า การแปลงหนี้ใหม่นั้น หากต้องการที่จะทำการประกันเพื่อความมั่นคงในมูลหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ ลูกหนี้ก็สามารถที่จะนำทรัพย์สินมาจำนำไว้เป็นประกันแห่งหนี้นั้นได้

ตามหลักเกณฑ์บัญญัติในปัจจุบันการแปลงหนี้ใหม่ก็มีลักษณะวิธีการที่แตกต่างกันไป แม้กฎหมายโรมันจะไม่ได้ระบุถึงรายละเอียดในการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ แต่ก็ได้กล่าวถึงพิธีการในการแปลงหนี้ใหม่ โดยการแปลงหนี้ใหม่นั้นกฎหมายโรมันให้ความสำคัญกับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา คือคู่สัญญาจะต้องยินยอมในสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นและมีเจตนาที่จะโอนย้ายสิทธิในการครอบครองทรัพย์สินจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลหนึ่ง โดยเจ้าหนี้เดิมมีอำนาจที่จะโอนย้ายสิทธิของตนไปยังบุคคลภายนอก (Delegatio obligandi) อันมีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ในพิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เจ้าหนี้เดิมจะมีคำถามถามกับเจ้าหนี้ใหม่ว่า “mihi dari spondesne?” และเมื่อเสร็จพิธีการระหว่างเจ้าหนี้เดิมและเจ้าหนี้ใหม่แล้ว การโอนไปซึ่งสิทธิในการครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้เดิมจะสมบูรณ์ได้โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ ด้วยคำตอบที่ว่า “spondeo” เมื่อลูกหนี้ตกลงให้ความยินยอม ย่อมถือว่าหนี้เดิมระงับสิ้นไปและมีหนี้ใหม่เกิดขึ้นมา ซึ่งหนี้ที่เกิดขึ้นมาใหม่นี้จะต้องมีลักษณะในมูลหนี้เหมือนเช่นหนี้เดิมทุกประการ เพียงแต่มีการเปลี่ยนแปลงสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ คือตัวเจ้าหนี้เท่านั้น ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ขึ้นมา² ฉะนั้นตามกฎหมายโรมันจึงมีแปลงหนี้ใหม่อยู่ 3 ชนิด คือ (1) แปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ (2) แปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และ (3) แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนหนี้ที่มีอยู่แล้วเป็นหนี้ในรูปแบบใหม่ ซึ่งถ้าหนี้ในรูปแบบใหม่มีเงื่อนไข แปลงหนี้ใหม่จะยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าเงื่อนไขจะสำเร็จ ถ้าเงื่อนไขไม่สำเร็จหนี้เดิมก็ยังคงอยู่หาระงับไปไม่ ในสมัยของพระเจ้าจัสติเนียน ได้บัญญัติว่าการแปลงหนี้ใหม่จะมีผลต่อเมื่อคู่สัญญามีเจตนาที่จะแปลงหนี้ใหม่ (animus novandi) และหากมีสัญญา

² Reinhard Zimmermann, The law of obligations Roman foundation of the civilian, (Republic of South Africa : The Rustica Press (PTY) Ltd., 1992), pp.60-61.

ใหม่เกิดขึ้น โดยไม่ได้มีเจตนาขัดแย้งของคู่สัญญา ก็ไม่ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่อีกทั้งยังถือว่าทั้งหนี้เดิมและหนี้ใหม่ต่างก็มีผลใช้บังคับ³

3.2 หลักกฎหมายแปลงหนี้ใหม่ของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นอาจถือได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยอย่างยิ่ง โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ได้นำเอาเนื้อหาของบทบัญญัติในประมวลแพ่งของประเทศญี่ปุ่นมาประยุกต์ใช้ในกฎหมายของไทยอยู่มากมาย ดังนั้นกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นจึงเหมือนเป็นต้นกำเนิดในบางบทบัญญัติของประเทศไทย การที่จะทำความเข้าใจในกฎหมายของไทยเอง บางครั้งอาจต้องย้อนกลับไปดูถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ และระบบกฎหมายของประเทศที่เรานำมาใช้ เพื่อเป็นประโยชน์ในการวิเคราะห์ทำความเข้าใจในบทบัญญัตินั้นๆ ได้อย่างชัดเจนและแน่นอนยิ่งขึ้น

เมื่อกล่าวถึงการแปลงหนี้ใหม่ตามความหมายของกฎหมายประเทศญี่ปุ่น การแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาหนึ่งที่จะเป็นเหตุให้หนี้ระหว่างคู่สัญญาระงับและมีความผูกพันกันขึ้นมาใหม่ตามข้อตกลงในภายหลังอันเป็นการบังคับใช้แทนที่สัญญาเดิม แต่กระนั้นก็ตามการแปลงหนี้ใหม่ก็ยังถูกนำมารวมเข้าอยู่ในเหตุแห่งการระงับหนี้ การแปลงหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นได้เมื่อคู่สัญญาได้ทำการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ เช่น การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และวัตถุแห่งหนี้ อาจเป็นเพราะเมื่อมีการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่แล้วลักษณะของหนี้เดิมจะมีความแตกต่างกับหนี้ใหม่อยู่ค่อนข้างมาก ทำให้เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่แล้วหนี้เดิมจึงจำต้องระงับลงไป ตัวอย่างของการแปลงหนี้ใหม่ เช่น แต่เดิมคู่สัญญาได้ทำสัญญาตกลงให้ส่งมอบข้าวเพื่อการชำระหนี้ หากภายหลังคู่สัญญาได้มาตกลงกันใหม่โดยมีการตกลงให้ส่งมอบแป้งแทน หรือแม้แต่การเพิ่มปริมาณ หรือการลดปริมาณลงก็ถือได้ว่าการแปลงหนี้ใหม่ อีกทั้งถ้าสัญญาที่มีนิติสัมพันธ์กันอยู่แต่เดิมเป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขภายหลังมาตกลงทำสัญญากันใหม่ให้ไม่มีเงื่อนไข หรือเดิมสัญญาเป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขแต่ได้มาตกลงเปลี่ยนแปลงในส่วนของเงื่อนไขในภายหลัง ก็ถือได้ว่าการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ อันเป็นการแปลงหนี้ใหม่ แม้การแปลงหนี้ใหม่จะต้องเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในส่วนที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับสาระสำคัญของหนี้ แต่การแปลงหนี้ใหม่ก็ทำให้สิ่ง

³ ทวีศักดิ์ นคนันท์, “การแปลงหนี้ : ศึกษาเฉพาะปัญหาของการก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้”, (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 13.

เดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องมีความแตกต่างกับการแปลงหนี้ใหม่ คือ การแปลงหนี้ใหม่เป็นเหตุให้หนี้ที่มีอยู่เดิมระงับจบลึกลงไปในขณะที่การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นการโอนไปซึ่งสิทธิเรียกร้องโดยที่ไม่ได้ทำให้หนี้เดิมที่ได้โอนไปต้องระงับไปด้วย การบังคับตามสิทธิที่ได้รับโอนไปจึงเป็นการบังคับในสิทธิตามหนี้เดิมที่มีอยู่แต่ต้น

สัญญาแปลงหนี้ใหม่จึงเป็นสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญในหนี้เดิมที่ได้ทำการเปลี่ยนแปลงไป เพราะเมื่อมีการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้เมื่อโดยอ้อมเกิดการแปลงหนี้ใหม่ที่จะทำให้หนี้เดิมระงับไป และคู่สัญญาจะต้องนำหนี้ใหม่ที่ตกลงกันภายหลังมาบังคับใช้ระหว่างกัน แทนหนี้เดิม โดยการที่จะเกิดการแปลงหนี้ใหม่นั้น การเปลี่ยนแปลงจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้อย่างแท้จริง ดังนั้นแล้วการที่จะเพิ่มหรือลดในส่วนของอัตราดอกเบี้ยหรือมาตกลงทำสัญญากันใหม่ในเรื่องวิธีการชำระหนี้เพื่อเพิ่มเติมลงไปสัญญาเดิม เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นได้มีการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ที่จะทำให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ขึ้นมาได้ (Ditto , 26 th April , 1901) หรือเดิมมีข้อตกลงว่าจะต้องทำการชำระหนี้เป็นจำนวน 100 เยน แต่ต่อมาคู่สัญญาได้มาตกลงเปลี่ยนการชำระหนี้เป็น 200 เยน การทำสัญญาเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เพราะการตกลงนั้นถือได้ว่าได้มีการเปลี่ยนไปซึ่งวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ (Ditto , 8 th April , 1915)⁴

อนึ่ง ประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ไว้ 6 มาตรา โดยมีรายละเอียดของแต่ละมาตราดังต่อไปนี้

Article 513 หากคู่สัญญาเข้าทำสัญญากันโดยเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของหนี้ จะทำให้หนี้นั้นระงับโดยการแปลงหนี้

Article 514 การแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้อาจจะทำได้โดยการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ แต่อย่างไรก็ดี จะต้องไม่เป็นการฝืนใจลูกหนี้

Article 515 การแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกได้ ยกเว้นแต่มีการจัดทำเอกสารตาม notarial act (kakutei-hizuke)

⁴ J.E. de becker, *The principles and practice of The civil code of Japan* , (London : butterworth & co., 1921), pp. 342-345.

Article 516 บทบัญญัติใน Article 468 paragraph 1 ให้นำมาอนุโลมบังคับใช้ในการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

Article 517 หากหนี้ที่เกิดขึ้นโดยการแปลงหนี้ใหม่มิสามารถบังคับใช้กัน ได้ หรือได้ถูกระงับเนื่องด้วยเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุใดๆก็ตามอันมีผู้ถึงคู่กรณี หนี้เดิมนั้นหารงับไม่

Article 518 คู่กรณีอาจทำการตกลงโอนสิทธิจำนำ หรือจำนองจากหนี้เดิมเพื่อมาเป็นประกันในหนี้ใหม่ เพียงเท่าที่เป็นประกันในวัตถุแห่งหนี้เดิม อย่างไรก็ตามหากบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้หลักประกันนั้นไว้ การโอนสิทธิในหลักประกันนั้นจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลภายนอกเสียก่อน

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยเป็นอย่างมาก ซึ่งเริ่มต้นจาก Article 513 ที่ได้บัญญัติในเรื่องของการแปลงหนี้ใหม่อันเป็นผลให้หนี้เดิมที่อยู่ระงับไปนั้น การเปลี่ยนแปลงหนี้ใหม่ได้จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขของค้ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของหนี้เดิม ซึ่งตามบทบัญญัติของประเทศญี่ปุ่นก็มีการเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้ 3 กรณี คือ (1) การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ (2) การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ (3) การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนสาระสำคัญของตัวหนี้ โดยวิธีการแปลงหนี้ใหม่อาจกระทำได้โดยคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายมาแสดงเจตนาลงในสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการตกลงเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้ที่มีอยู่เดิม และคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวพันในหนี้นั้น

ในส่วนของ Article ที่ 514 ได้บัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไว้เป็นรูปแบบพิธีการที่เจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่จะต้องทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ระหว่างกัน ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้มักจะมีการทำสัญญาทั้งลูกหนี้เดิม ลูกหนี้ใหม่และเจ้าหนี้ในเวลาเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็มีผลบังคับใช้ได้แม้สัญญาที่ได้ทำขึ้นจะมีเพียงการตกลงแก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เดิม เพียงแต่สัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นจะต้องไม่กระทำโดยเป็นการขึ้นใจลูกหนี้เดิม Article ที่ 515 และ 516 ของประมวลกฎหมายประเทศญี่ปุ่นนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกันกับมาตรา 349 ประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ของไทย คือได้กล่าวถึงการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ Article ที่ 515 ได้บัญญัติให้การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ โดยการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ใหม่และเจ้าหนี้เดิมจะต้องเข้ามาเป็นคู่สัญญาในการแปลงหนี้ใหม่ต่อกัน นอกจากนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะสมบูรณ์ได้โดยต้องมีเอกสารที่บัพัญญัติของ notarial act (kakutei – hizuke) และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก็สามารถใช้บังคับตาม Article 468 paragraph 1 ได้โดยอนุโลม เนื่องด้วยลักษณะที่คล้ายคลึงของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นบัพัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงมีการอนุโลมให้บังคับใช้ในลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องเช่นเดียวกับของประเทศไทย ตามหลักเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ถึงแม้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ แต่ถ้าหากลูกหนี้ได้ทำหนังสือยินยอมเห็นชอบในการแปลงหนี้ใหม่นี้โดยไม่สงวนสิทธิใดๆไว้ ลูกหนี้ก็จะไม่สามารถอ้างข้อโต้แย้งที่มีอยู่กับเจ้าหนี้เดิมมาใช้ยันกับเจ้าหนี้ใหม่ได้ (Article 516)⁵

ในส่วนของการนำบัพัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้นั้นได้มีบัพัญญัติที่คุ้มครองบุคคลภายนอกผู้รับโอนสิทธิไว้จากความล่อลวงของกลุ่มสัญญาเดิม โดย Article 467 , 2 ได้มีเจตนารมณ์ที่จะป้องกันการล่อลวงจากการกระทำโดยเกิดจากการสมรู้ร่วมคิดระหว่างเจ้าหนี้เดิมและลูกหนี้ ในการที่จะทำการล่อลวงบุคคลภายนอกผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง โดยทำการบอกกล่าวหาหนี้ที่ได้รับโอนไปนั้นระงับสิ้นไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ เพราะได้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญแห่งหนี้คือได้มีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ การล่อลวงเช่นนี้ไม่สามารถนำมาอ้างยันต่อผู้รับโอนได้ เว้นแต่ได้มีการระบุไว้ในสัญญาอย่างชัดเจน

ด้วยลักษณะของสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ผลที่ตามมาหลังจากคู่สัญญาได้ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ย่อมประกอบไปด้วยการระงับไปซึ่งหนี้เดิมและการเกิดของหนี้ใหม่ที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันกันต่อไป องค์ประกอบของทั้ง 2 ประการซึ่งเป็นผลจากการแปลงหนี้ใหม่เป็นองค์ประกอบที่สัมพันธ์กันอันไม่สามารถที่จะแยกออกจากกันเป็นเอกเทศได้ เพราะถ้าหากหนี้เดิมที่มีอยู่ไม่ได้ระงับจบสิ้นไปหนี้ใหม่ที่จะเกิดขึ้นตามข้อตกลงใหม่ก็จะไม่สามารถเกิดขึ้นมาได้ ดังนั้นถ้าหนี้เดิมที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์อยู่ควรที่จะระงับไป แต่หนี้ใหม่นี้ก็ไม่ได้ระงับด้วยเหตุแห่งการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ในเรื่องนี้มีบัพัญญัติอยู่ในส่วนของ Article 517 ที่ได้กล่าวถึงเหตุแห่งมูลหนี้เดิมซึ่งมีระงับไปเนื่องจากสาเหตุต่างๆ โดยArticle นี้สามารถเทียบเคียงได้กับมาตรา 351 ประมวล

⁵ Ibid., p. 346.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เนื่องจากเหตุที่ไม่ก่อให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันคือ ถ้าสัญญาที่แปลงหนี้ใหม่ได้ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือขัดต่อความสงบและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาอันที่กระทำขึ้นด้วยเหตุอันเป็นการมิชอบนี้ก็จะไม่สามารถบังคับใช้ระหว่างคู่สัญญาได้ นอกจากนั้นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ที่ได้ทำขึ้นเพื่อการเปลี่ยนแปลงหนี้เดิมอันเป็นหนี้ที่ผิดกฎหมาย สัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นก็ย่อมตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาไม่สามารถบังคับใช้ตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาประเภทนี้เลย

เมื่อได้มีการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ขึ้นเพื่อจุดประสงค์ที่จะให้หนี้เดิมที่บังคับใช้กันอยู่ระหว่างคู่สัญญาระงับสิ้นไป และกลับมาบังคับกันตามหนี้ใหม่ต่อกันแทน ในส่วนของเรื่องหลักทรัพย์อันเป็นประกันที่คู่สัญญาได้ทำไว้เพื่อเป็นหลักประกันแก่หนี้เดิม ก็จะระงับตามไปกับหนี้เดิมนั้น ซึ่งก็ไม่ได้มีการบอกอ้างเหตุผลในส่วนที่ว่าเหตุใดหลักทรัพย์จึงไม่โอนไปเป็นประกันแก่หนี้ใหม่ด้วย อย่างไรก็ตามหากคู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้หลักทรัพย์นั้นมาเป็นประกันในหนี้ใหม่ด้วย คู่สัญญาจะต้องมีการแสดงเจตนาโอนหลักทรัพย์นั้น ด้วยเพราะเหตุที่หลักประกันไม่อาจโอนไปด้วยผลของกฎหมายการแปลงหนี้ใหม่ และหากหลักทรัพย์นั้นได้ให้ไว้โดยบุคคลภายนอก การที่โอนหลักทรัพย์ค้ำประกันมาเป็นประกันในหนี้ใหม่ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลภายนอกด้วย กรณีจึงเป็นเช่นเดียวกับการค้ำประกันด้วยบุคคลซึ่งไม่มีข้อแตกต่างที่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ค้ำประกันก่อน ในกรณีที่มีความประสงค์ให้บุคคลนั้นทำการค้ำประกันในหนี้ใหม่ต่อไป โดยหลักเกณฑ์ในเรื่องการประกันจะถูกบัญญัติไว้ใน Article ที่ 518 ที่มีลักษณะเหมือนกับมาตรา 352 อันว่าด้วยการโอนสิทธิจำนำ จำนอง ไปยังหนี้ใหม่ ทั้ง 2 มาตรานี้เป็นส่วนหนึ่งของที่มาของกฎหมายการแปลงหนี้ใหม่ตามการอ้างถึงของกรมร่าง⁶

3.3 หลักกฎหมายการแปลงหนี้ใหม่ของประเทศฝรั่งเศส

ขอบเขตของกฎหมายลักษณะหนี้ตามร่างกฎหมายของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้ถูกจัดทำใหม่ในส่วนของหนี้ โดยอ้างอิงจากระบบทฤษฎีของโรมัน ลักษณะตามที่กล่าวมาจะถูกพบในกฎหมายฝรั่งเศสระหว่างศตวรรษ 17 และ 18 โดยการร่างกฎหมายจะให้ความสำคัญที่มุ่งเน้นไปที่มูลเหตุจูงใจและทฤษฎีความสัมพันธ์ของมูลเหตุจูงใจที่ถูกพัฒนาขึ้นมา อย่างไรก็ตามในขณะที่

⁶ Under Authorization of the ministry of justice & the codes of translation committee, The civil code of Japan, (Tokyo, Japan : Eibun-horeisha, Inc., 1966), p.85.

เดียวกันการร่างกฎหมายก็ได้รับอิทธิพลจากความคิดพื้นฐานภายในประเทศที่มีลักษณะเฉพาะตัวในช่วงเวลานั้นๆด้วย

กฎหมายลักษณะหนี้ที่เกิดขึ้นได้ด้วยความต้องการของลูกหนี้ เนื่องจากลูกหนี้ได้กระทำขึ้นมาด้วยความสมัครใจและความยินยอม ซึ่งแนวคิดเช่นนี้เองที่เป็นการปฏิเสธหลักปฏิบัติอย่างเคร่งครัดตามแบบพิธีของสัญญาในกฎหมายโรมัน โดยให้ถือว่าข้อตกลงทุกประการที่กระทำขึ้นด้วยใจสมัครมีผลผูกพันตามกฎหมาย รวมทั้งความผูกพันนั้นจะต้องประกอบไปด้วยความยินยอมระหว่างคู่สัญญา หลังจากนั้นคู่สัญญายังมีความสามารถที่จะแก้ไข เปลี่ยนแปลง และระงับไปซึ่งหนี้นั้นได้ ดังนั้นสิ่งที่สำคัญที่สุดในเรื่องหนี้คือ เสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคล เป็นเหตุให้ผู้ร่างกฎหมายปฏิเสธที่จะเขียนกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยไม่จำเป็น อย่างไรก็ตาม เมื่อมนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคมย่อมจะต้องมีกฎระเบียบเพื่อความเรียบร้อยภายในสังคม กฎหมายลักษณะหนี้ไม่ว่าจะเป็นหนี้ที่มีการตกลงทั่วไปและหนี้ที่มีการตกลงเป็นพิเศษล้วนถูกจำกัดในขอบเขตหน้าที่ภายใต้ประมวลกฎหมาย เพื่อให้สามารถพิเคราะห์ถึงเจตนาของคู่สัญญาได้อย่างชัดเจนหรือใช้เป็นข้อสันนิษฐานในเบื้องต้นถึงผลของการกระทำที่กำลังจะกระทำ ซึ่งข้อสันนิษฐานนี้มีความจำเป็นในกรณีที่มีหน้าที่ที่เป็นพิเศษเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นถึงแม้คู่สัญญาจะมีอิสระในการทำสัญญาแต่ก็ใช่ว่าจะไม่มีขอบเขตในการทำสัญญาอยู่เลย เพราะคู่สัญญาจะต้องถูกจำกัดในเรื่องความเหมาะสมทางศีลธรรมและแนวทางการปฏิบัติในระดับวิญญูชนพึงจะกระทำ

นอกจากแนวทฤษฎีของโรมันที่ได้นำมาประยุกต์ใช้ในกฎหมายฝรั่งเศส บทบัญญัติของประเทศฝรั่งเศสก็ยังคงถูกเพิ่มเติมด้วยทฤษฎีการตีความในศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะทฤษฎี “Larombiere” (ทฤษฎีและหลักปฏิบัติทางหนี้) และ “Baudry – Lacantinerie and Barde” ในระยะก่อนสิ้นสุดศตวรรษที่ 19 ได้มีการตีความจุดมุ่งหมายของบทบัญญัติของประมวลกฎหมายในแนวทางที่เปลี่ยนไป คือ ได้มีการพิจารณาว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญาไม่ได้เป็นสิ่งสำคัญในการที่จะนำไปสู่ความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญา รวมทั้งแนวทางในการก่อความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างคู่ค้าด้วย นอกจากนี้ยังมีแนวคิดที่ถูกพัฒนาขึ้นจากศาล เช่น แนวความคิดในเรื่องการใช้สิทธิที่ไม่ถูกต้องที่จะให้อำนาจสถานะนิติบัญญัติเข้าแทรกแซงเพื่อการคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนบุคคล ซึ่งแนวความคิดนี้ในบางครั้งก็มีการบังคับให้บุคคลทำสัญญาขึ้น โดยขัดกับเจตนาของตนเอง ในส่วนความรับผิดชอบทางสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เป็นพิเศษ ก็ถูกนำมาขยายมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะสัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อผูกพันเสมือนหนึ่งได้ทำสัญญาต่อกันไว้และการกระทำละเมิด ในท้ายที่สุดการพัฒนาแนวความคิดทางด้านศาลก็ถูกตรวจสอบโดยงานวิจัยในเรื่องความแตกต่าง

ทฤษฎีของ Domogue และ Gaudemet (ทฤษฎีทั่วไปแห่งหนี้) รวมทั้งจากงานเขียนของ Capitant , Ripert and Savatier⁷

เมื่อพิจารณาในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่เป็นอีกหนึ่งวิธีการในการระงับหนี้ตาม Civil Code ของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ตั้งแต่มาตรา 1271 – 1281 ซึ่งอยู่ในส่วนที่ 3 ของบทที่ 5 ว่าด้วยเรื่องการระงับแห่งหนี้ โดยเริ่มจากมาตรา 1271⁸ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

Article 1271 การแปลงหนี้ใหม่ทำได้ 3 วิธี

- 1 เมื่อลูกหนี้ทำสัญญาโดยตรงกับเจ้าหนี้ในหนี้ใหม่แทนหนี้เดิมที่มีอยู่
- 2 เมื่อมีลูกหนี้ใหม่เข้ามาแทนลูกหนี้เดิม โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าหนี้
- 3 โดยผลของข้อผูกพันใหม่ เมื่อเจ้าหนี้ใหม่เข้ามาแทนเจ้าหนี้เดิมซึ่งลูกหนี้ยินยอม

Article 1272 การแปลงหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นได้เมื่อสัญญาถูกทำขึ้นระหว่างบุคคลที่มีความสามารถเท่านั้น

Article 1273 การแปลงหนี้ต้องทำเป็นหลักฐาน เป็นเอกสารชัดเจน

Article 1274 การแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้อาจทำโดยปราศจากการตกลงของลูกหนี้เดิม

Article 1275 การโอนสิทธิความเป็นลูกหนี้ไม่ถือเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หากเจ้าหนี้ไม่แสดงเจตนาชัดเจนถึงการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้เดิม

⁷ F.H Lawson , A.E Anton, L. Neville Brown p, Introduction to French law, (Oxford : Clarendon press, 1963), pp. 137-138.

⁸ Jonh H.Crb ,THE FRENCE CIVIL CODE, (South Hackensack, New Jersey : Fred B.Rothman & Co., 1976), pp. 238-239.

- Article 1276 เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิไล่เบี้ยลูกหนี้เดิม กรณีที่ลูกหนี้ใหม่เป็นบุคคลล้มละลาย หากไม่มีเอกสารเป็นหลักฐานชัดเจนถึงการสงวนสิทธิ หรือผู้รับโอนเป็นบุคคลล้มละลายอยู่แล้ว หรือเป็นบุคคลล้มละลายขณะที่ทำการโอนสิทธิ
- Article 1277 การแปลงหนี้ใหม่ไม่สามารถเกิดขึ้นเพียงเพราะลูกหนี้กระบุถึงตัวบุคคลที่ทำการชำระหนี้ เช่นเดียวกับการที่เจ้าหนี้ระบุถึงผู้รับชำระหนี้แทนตนก็ไม่ถือเป็นการแปลงหนี้
- Article 1278 เจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้จำนองในหนี้เดิม ไม่สามารถเข้าสวมสิทธิได้หากเจ้าหนี้ไม่แสดงเจตนาชัดเจนถึงการให้สิทธิแก่บุคคลเหล่านั้น
- Article 1279 เมื่อเกิดการแปลงหนี้โดยการเข้าแทนที่ของลูกหนี้คนใหม่ เจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้จำนองในหนี้เดิม ไม่มีสิทธิในทรัพย์สินของลูกหนี้ใหม่ Law no. 71-579, 16 July 1971, Art. 46 and 51 สิทธิของเจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้จำนองอาจมีอยู่ได้ โดยความยินยอมของบุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองเพื่อใช้เป็นหลักประกันแก่ลูกหนี้ใหม่
- Article 1280 การแปลงหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งคนใด เจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้จำนองในหนี้เดิมจะมีสิทธิเพียงทรัพย์สินที่ตนทำสัญญาไว้ในหนี้ใหม่
- Article 1281 การแปลงหนี้ที่ทำขึ้นระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งคนใด ลูกหนี้ร่วมคนอื่นจะหลุดพ้นจากหนี้้นั้น การแปลงหนี้ใหม่มีผลทำให้ผู้ค้ำประกันของลูกหนี้หลักหลุดพ้น อย่างไรก็ดี ลูกหนี้ร่วมในวรรคแรก หรือผู้ค้ำประกันในหนี้เดิมจะยังคงไม่หลุดพ้น หากลูกหนี้ร่วม หรือผู้ค้ำประกันปฏิเสธข้อตกลงที่ทำขึ้นใหม่
- เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่แล้วสามารถแบ่งวิธีการแปลงหนี้ใหม่ได้ 3 วิธี คือ
1. การที่ลูกหนี้ได้ทำสัญญากับเจ้าหนี้ เพื่อเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งตัวมูลหนี้
 2. ได้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ใหม่
 3. ได้มีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ใหม่

การที่จะแปลงหนี้ใหม่ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น จะต้องมีการแสดงเจตนาอย่างชัดเจน ในการแปลงหนี้ลงในหนังสือ โดยที่ผู้ทำการแปลงหนี้ นั้นจะต้องเป็นคู่สัญญาที่มีความสามารถในการทำสัญญา โดยคู่สัญญาตกลงทำสัญญากันในมูลหนี้ นั้น ๆ ว่าต้องการที่จะเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เดิม และเมื่อมีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาแล้วผลจากการแปลงหนี้ใหม่ย่อมทำให้หนี้เดิมที่มีอยู่ระงับไปและคู่สัญญาก็จะบังคับกันตามที่ได้ทำสัญญาตกลงกันใหม่

ในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็ได้มีการบัญญัติไว้ใน Article 1274 – 1277 โดยมีข้อแตกต่างกับการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ของไทยที่ว่าหากเจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ต่อกันจะต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เดิมด้วย ซึ่งตามกฎหมายไทยระบุไว้แต่เพียงไม่เป็นการจับใจลูกหนี้เดิมก็เพียงพอ นอกจากนั้นยังมีรายละเอียดปลีกย่อยของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยถ้าเจ้าหนี้ไม่แสดงเจตนาอย่างชัดเจนถึงการปลดหนี้ให้กับลูกหนี้เดิมย่อมไม่ถือได้ว่าเกิดการแปลงหนี้ใหม่ เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่กันอย่างสมบูรณ์แล้วหากลูกหนี้ใหม่ตกเป็นบุคคลล้มละลายในเวลาถัดมาเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิกลับมาไล่เบี้ยลูกหนี้เดิมได้ เว้นแต่มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างชัดเจนที่ได้ระบุถึงการสงวนสิทธิ หรือได้ระบุว่าผู้รับโอนเป็นบุคคลล้มละลายอยู่แล้ว หรือเป็นบุคคลล้มละลายในขณะที่ทำการแปลงหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น บุริมสิทธิและการจำนำ จำนองที่มีอยู่ในหนี้เดิมก็จะระงับไปเมื่อมีหนี้ใหม่เกิดขึ้น เว้นเสียแต่ว่าเจ้าหนี้ได้แสดงเจตนาโดยชัดเจนให้บุริมสิทธิ และหลักประกันในการจำนำ จำนอง ในหนี้เดิมนั้นตกติดตามไปกับหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นด้วย

นอกจากนั้นเมื่อมีการแปลงหนี้โดยให้ลูกหนี้คนใหม่เข้ารับหน้าที่แทน เจ้าหนี้บุริมสิทธิและเจ้าหนี้จำนองของหนี้เดิมนั้น จะไม่มีสิทธิที่จะบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ใหม่ เว้นเสียแต่ว่า เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่ที่เกิดระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง เจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้จำนองในหนี้เดิมอาจมีสิทธิในทรัพย์สินในหนี้ใหม่เพียงเท่าที่ตนได้ทำสัญญาร่วมไว้ด้วย

การแปลงหนี้ใหม่ระหว่างเจ้าหนี้กับบุคคลซึ่งเป็นลูกหนี้ร่วม ย่อมเป็นการทำให้มูลหนี้ของลูกหนี้ร่วมคนอื่นๆระงับสิ้นไป อันจะเกิดหนี้ใหม่กับลูกหนี้ร่วมผู้ได้ทำการแปลงหนี้ใหม่กับเจ้าหนี้เท่านั้น รวมทั้งการแปลงหนี้ใหม่ย่อมทำให้ผู้ค้ำประกันของลูกหนี้หลักหลุดพ้นจากควมรับผิดชอบ

ในสภาวะปัจจุบัน แนวความคิดในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ในประเทศฝรั่งเศสไม่ค่อยได้รับความนิยมและให้ความสำคัญมากนัก เพราะนักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเห็นว่าตามกฎหมายก็ได้มีการอนุญาตให้คู่สัญญามีอิสระที่จะทำการโอนหนี้กันได้อย่างเสรีอยู่แล้วจึงไม่เห็นจำเป็นที่จะต้องใช้รูปแบบการแปลงหนี้ใหม่แต่อย่างใด ผิดกับแนวความคิดของโรมันที่หากต้องการโอนสิทธิหรือหน้าที่กันจำเป็นต้องใช้วิธีแปลงหนี้ใหม่เป็นหลัก⁹

3.4 หลักกฎหมายแปลงหนี้ใหม่ของประเทศเยอรมัน

กฎหมายของประเทศเยอรมันเกิดขึ้นจากความผสมกลมกลืนระหว่างจารีตประเพณีของเยอรมันเองและหลักกฎหมายของโรมัน ในช่วงยุคสมัยกลางศตวรรษที่ 19 และบางส่วนของกฎหมายเยอรมันก็ยังได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศส แต่หลังเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 กฎหมายของประเทศเยอรมันส่วนใหญ่ก็มีการเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากการปรับโครงสร้างของประเทศระบบกฎหมายของเยอรมันเป็นระบบกฎหมายในตระกูลยุโรป กล่าวอย่างกว้างได้ว่าระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันเป็นระบบที่ยึดหลักแบบ Civil Law ซึ่งจะมีลักษณะทฤษฎีทางกฎหมายและหลักการทางทฤษฎีนิติศาสตร์เข้มงวดกว่าระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ถึงแม้ว่าระบบกฎหมายประเภท Civil Law จะไม่ได้มีประโยชน์มากนัก แต่ก็มีการใช้กันอย่างแพร่หลายในหลายๆประเทศหนึ่งในลักษณะโดยรวมของประเทศที่รับเอาระบบกฎหมายของ Civil Law มาใช้คือ จะต้องยึดหลักกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้เป็นแบบประมวลกฎหมาย 5 ประเภท ซึ่งจะมีประมวลกฎหมายที่เป็นคำนิยามของกฎหมายโรมัน , ประมวลกฎหมายอาญา , ประมวลกฎหมายแพ่ง , ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง , ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งก็เป็นระบบเช่นเดียวกับที่กฎหมายของประเทศเยอรมันมีบัญญัติไว้ใช้ในประเทศ แต่ประเทศเยอรมันก็ยังคงมีบทบัญญัติอื่นๆที่กำหนดขึ้นเพื่อการบังคับใช้ด้วย นอกจากนี้เยอรมันจะมีระบบกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้ตามลักษณะจารีตประเพณีของประเทศตนเอง แต่ก็ยังคงมีการผสมผสานในส่วนของกฎหมายออสเตรเลีย และสวีเดน เซอร์แลนด์รวมเข้าอยู่ด้วยกัน ซึ่งทั้งหมดเป็นระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลมากในประเทศตุรกี , กรีซ , ญี่ปุ่น และบราซิล

⁹ F.H Lawson, A.E. Anton,L, Neville Brown, Introduction to French law, (Oxford : Clarendon press, 1963), p.145.

กฎหมายของประเทศเยอรมันก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่ประเทศไทยได้ใช้แนวทบทบัญญัติกฎหมายมาเป็นตัวอย่างในการบัญญัติกฎหมายประเทศไทย แต่เนื่องจากกฎหมายเยอรมันไม่มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยตรง เพราะกฎหมายเยอรมันไม่ได้รับหลัก Novatio ของโรมันมาใช้ด้วย ด้วยสาเหตุจากกฎหมายเยอรมัน สืบทอดพัฒนามาจากจารีตประเพณีของเยอรมัน (Germanic traditions) อย่างไรก็ตามประเทศเยอรมันก็ได้นำกฎหมายโรมันมาดัดแปลงจนกลายเป็นเรื่อง “การโอนสิทธิเรียกร้อง” และ “การเข้ารับเอาภาระหนี้” ซึ่งภาษาเยอรมันเรียกว่า “Schulduebernahme”

(1) การโอนสิทธิเรียกร้อง

แม้กฎหมายของประเทศเยอรมันจะพัฒนาสืบทอดมาจากจารีตประเพณีของประเทศของตนเอง แต่ในหลักเกณฑ์เรื่องการโอนไปซึ่งสิทธิให้แก่บุคคลภายนอกนั้นมีแนวความคิดที่คล้ายคลึงกันกับกฎหมายของโรมันมาก ซึ่งตามหลักทั่วไปในเรื่องการโอนสิทธิจะไม่สามารถที่จะกระทำระหว่างกันได้ แต่ในท้ายที่สุดด้วยระบบข้อยกเว้นที่มากมายจึงทำให้หลักเกณฑ์ในทบทบัญญัติพื้นฐานทั่วไปไปแตกสาขาออกเป็นส่วนตัวอย่างค่อยเป็นค่อยไป และเมื่อได้มีการปฏิบัติกันต่อมาเรื่อย ๆ หลักเกณฑ์เหล่านั้นก็กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักพื้นฐานไป

แม้ประเทศไทยจะไม่ได้นำเอาหลักเกณฑ์การโอนสิทธิเรียกร้องของเยอรมันมาประยุกต์ใช้ในบทบัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ แต่เพื่อประโยชน์ในการเปรียบเทียบกับการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ อันเป็นลักษณะที่ทำการโอนไปซึ่งสิทธิให้แก่บุคคลภายนอก ผู้เขียนจึงขอนำรายละเอียดในตัวบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยมีการบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 398 ถึง 413 ซึ่งมีใจความดังนี้

Article 398 สิทธิเรียกร้องอาจถูกโอนไปโดยเจ้าหนี้ให้แก่ผู้รับโอน โดยผลของสัญญาผู้รับโอนจะเข้าสวมสิทธิของผู้โอน

Article 399 สิทธิเรียกร้องจะไม่โอนไป หากการโอนสิทธินั้นไม่สามารถทำให้เกิดคุณประโยชน์แก่บุคคลอื่นที่นอกเหนือจากเจ้าหนี้เดิม โดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสาระสำคัญของหนี้ หรือหากการโอนนั้นถูกขจัดออกโดยสัญญาที่ทำกับลูกหนี้

- Article 400 สิทธิเรียกร้องจะไม่สามารถโอนไปได้ หากไม่มีการอายุค้ำประกัน
- Article 401 (1) การ โอนสิทธิเรียกร้องในการจำนอง การจำนองเรือ หรือจำนำ จะ โอนไปยังผู้รับโอนเช่นเดียวกับสิทธิจากการค้ำประกัน
- (2) ผู้รับโอนอาจบังคับบุริมสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเรียกร้อง โดยรูปแบบของการบังคับตามสัญญา หรือตามหลักเกณฑ์เรื่องล้มละลาย
- Article 402 ผู้โอนมีหน้าที่ให้ข้อมูลที่อยู่ภายในครอบครองของตนเองซึ่งมีความสำคัญในการบังคับสิทธิเรียกร้องนั้นให้แก่ผู้รับโอน และนำเสนอเอกสารทุกอย่างซึ่งเป็นหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเรียกร้องนั้น
- Article 403 หากผู้โอนต้องการเอกสารการโอน (Publicly certified document) ผู้รับโอนจะต้องดำเนินการออกเอกสารพร้อมทราดรองจ่ายค่าใช้จ่ายไปก่อน
- Article 404 ลูกหนี้สามารถยกข้อต่อสู้ทั้งหมดที่ตนมีอยู่กับผู้โอนขึ้นอ้างกับผู้รับโอนได้
- Article 405 การที่ลูกหนี้ออกเอกสารรับสภาพหนี้ก็ดี การโอนที่ทำเป็นหนังสือก็ดี เจ้าหนี้จะอ้างกับผู้รับโอนไม่ได้ว่าตนไม่รู้ หรือการโอนนั้นทำโดยปราศจากการตกลงกับผู้โอน นอกเสียจากผู้รับโอนรู้ข้อเท็จจริงนั้นขณะที่โอน
- Article 406 ลูกหนี้สามารถยกข้อต่อสู้ที่ตนมีอยู่เดิมกับผู้โอนต่อผู้รับโอนได้ นอกเสียจากลูกหนี้รู้ถึงการโอนก่อนการได้มาซึ่งสิทธิเรียกร้องนั้น หรือนอกจากสิทธิเรียกร้องนั้นถึงกำหนดหลังจากการรู้ และหลังที่หนี้ประธานถึงกำหนด
- Article 407 (1) ผู้รับโอนต้องเชื่อถือในการกระทำที่เจ้าหนี้ปฏิบัติต่อผู้โอนหลังการโอน หรือกิจการใดๆที่มีส่วนร่วมระหว่างลูกหนี้และผู้โอน โดยคำนึงถึงหนี้ประธานหลังการโอน นอกเสียจากลูกหนี้รู้ถึงการโอนขณะที่กระทำการ หรือมีส่วนร่วมในกิจการนั้นๆ
- (2) ในกรณีที่การกระทำระหว่างลูกหนี้และผู้โอนเกิดหลังการโอน คำตัดสินที่มีต่อสิทธิเรียกร้องนั้นจะโอนตามไปด้วย ผู้รับโอนจะต้องผูกพันตามคำตัดสินนั้น นอกเสียจากลูกหนี้รู้ถึงการโอนในวันแรกที่กระทำการนั้นๆ

Article 408 (1) หากผู้รับโอนได้โอนหนี้ประชนต่อให้บุคคลภายนอก และลูกหนี้ได้รับชำระหนี้ ให้สมประโยชน์แก่บุคคลภายนอกนั้น หรือหากการโอนตามกฎหมายได้ถูกฟ้อง ร้องขึ้นเป็นคดีความ หรือการฟ้องร้องได้มีขึ้นระหว่างลูกหนี้ และบุคคลภายนอก ข้อกำหนดตามมาตรา 407 ให้ลูกหนี้อ้างข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้รับโอนเดิมได้โดยอนุโลม

(2) หากการโอนสิทธิเรียกร้องได้ถูกโอนต่อไปให้บุคคลภายนอกโดยคำสั่งศาล หรือ หากผู้โอนทำหนังสือให้แก่บุคคลภายนอกว่า การโอนสิทธิเรียกร้องจะโอนไปยัง บุคคลภายนอกโดยผลของกฎหมาย

Article 409 (1) การที่เจ้าหนี้แจ้งลูกหนี้ถึงการโอนหนี้ประชน การโอนนั้นจะนำมาเป็นข้อต่อสู้ ที่ลูกหนี้สามารถอ้างกับเจ้าหนี้ได้ แม้ว่าจะยังไม่มี การโอนเกิดขึ้น หรือการโอนยังไม่ มีผล ซึ่งมีผลเท่ากับหนังสือบอกกล่าว หากเจ้าหนี้ส่งเอกสารการโอนไปยังผู้ รับโอน และส่งไปยังลูกหนี้ลำดับต่อไป

(2) หนังสือบอกกล่าวอาจเพิกถอนได้ด้วยความยินยอมของผู้รับโอนเท่านั้น

Article 410 (1) ลูกหนี้มีภาระผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอนเท่าที่มีหลักฐานตาม เอกสารที่มาจากผู้โอน หนังสือบอกกล่าวทวงถามที่ทำโดยผู้รับโอนไม่มีผล บังคับใช้ได้ หากหนังสือนั้นขาดไปซึ่งเอกสารทางกฎหมายที่สร้างขึ้นเป็นหนังสือ และลูกหนี้ได้ทำการปฏิเสธหนังสือทวงถามนั้นตามเวลาที่กำหนด

(2) ข้อกำหนดเหล่านั้นไม่ให้นำมาใช้บังคับ หากผู้โอนได้ทำการบอกกล่าวเป็น หนังสือในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้

Article 411 หากบุคคลผู้นั้นเป็นทหาร ข้าราชการ พระ หรือครูของโรงเรียนรัฐบาลได้ทำการโอน บางส่วนของเงินเดือน หรือครึ่งหนึ่งของเงินเดือน หรือเบี้ยบำนาญ หน่วยงานที่ทำ การจ่ายเงินจะต้องแจ้งการโอนโดยแสดงเอกสารใบรับรองทางราชการว่า การโอน เสร็จสิ้นแล้วโดยผู้โอน เมื่อได้จัดส่งเอกสารบอกกล่าวแล้ว หน่วยงานนั้นจึงจะถึงได้ ว่าสิ้นสุดหน้าที่ในส่วนการโอนสิทธินั้น

Article 412 บทบัญญัติมาตรา 399-404 , 406-410 อนุโลมให้หนี้ประชนโอนได้ด้วยผลของ กฎหมาย

Article 413 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องอนุโลมให้ใช้ได้กับการโอนสิทธิ
อื่นๆ เว้นแต่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ถึงแม้กฎหมายเยอรมันยอมรับเรื่องการโอนสิทธิระหว่างบุคคลแต่ก็ยังมีข้อยกเว้น
ของสิทธิบางประการที่ไม่สามารถโอนกันได้ ตามบทบัญญัติของกฎหมายเยอรมัน มีสิทธิ 3
ประเภทที่ไม่สามารถโอนกันได้คือ

1. สิทธิที่ได้รับยกเว้นจากการอายัดทรัพย์โดยคำพิพากษา
2. สิทธิที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันขณะทำสัญญาโดยแสดงเจตนาห้ามโอนไว้
3. สิทธิทางหนี้ที่สามารถจะถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยการใช้สิทธิจากบุคคลภายนอก
ซึ่งไม่ใช่เจ้าหนี้

ถ้าจะกล่าวถึงการโอนสิทธิตามกฎหมายอังกฤษจะพบว่าคู่สัญญาจะต้องมีการทำ
สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นส่วนที่แตกต่างกับกฎหมายของเยอรมัน เพราะโดยลักษณะทั่วไป
การโอนสิทธิไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เว้นแต่การโอนนั้นเป็นการโอนไปซึ่งหนี้ในส่วน
ของการจำนอง แม้กฎหมายเยอรมันจะให้การโอนสิทธิเป็นไปได้อย่างเสรีไม่ต้องมีลายลักษณ์
อักษร แต่ผู้โอนก็ยังคงส่งรายละเอียดในส่วนคำร้องและราคาที่ได้โอนไปยังผู้รับโอนเป็นหนังสือ
แจ้งไปยังส่วนราชการที่กำกับดูแลภายหลังการโอนเพื่อให้ทำการรับรองในการโอนนั้น ๆ

เมื่อคู่สัญญามีเจตนาที่จะทำการโอนไปซึ่งสิทธิระหว่างกันสัญญาการโอนสิทธิจะ
สมบูรณ์เมื่อผู้โอนและผู้รับโอนทำสัญญากันอย่างเรียบร้อย และเมื่อทำสัญญาโอนแล้วเจ้าหนี้จะ
ต้องทำหนังสือบอกกล่าวแจ้งการโอนไปยังลูกหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้ผู้ที่ได้ทำหนังสือบอกกล่าวนี้จะไม่
สามารถปฏิเสธสัญญาการโอนสิทธินี้ได้ รวมทั้งไม่สามารถที่จะบอกเลิกในเรื่องของหนังสือแจ้ง
การบอกกล่าวที่ส่งไปยังลูกหนี้ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้รับโอน

ในขณะเวลาที่ทำการโอน ลูกหนี้สามารถใช้สิทธิคัดค้านการโอนได้เพื่อเป็นการ
สงวนไว้ซึ่งสิทธิในข้อต่อสู้ที่ตนมีอยู่ แต่หากการคัดค้านนั้นได้กระทำหลังจากลูกหนี้ได้รับหนังสือ
แจ้งการโอนแล้ว หรือพ้นกำหนดเวลาหลังจากที่ได้รับหนังสือแล้วการโอนหรือครบกำหนดชำระ
หนี้ในหนี้ที่ได้โอนไป ลูกหนี้จะไม่สามารถยกข้อต่อสู้มาใช้ยันกับผู้รับโอนได้

หากผู้โอนนั้นได้โอนสิทธิอันมีหลักประกันแห่งหนึ่งหรือบุริมสิทธิทั้งหลายอยู่ด้วย หลักประกันเหล่านั้นย่อมโอนตกติดไปกับสิทธิที่ได้โอนไปด้วย เว้นแต่หลักประกันนั้นไม่รวมอยู่ในสิทธิที่โอนไปอย่างชัดเจน เช่นในการโอนหนี้จำนองหลักประกันทั้งหลายย่อมโอนไปด้วยอำนาจแห่งการโอนหนี้¹⁰

(2) การเข้ารับเอาภาระหนี้

กฎหมายของเยอรมันปัจจุบันได้มีการแบ่งแยกการโอนสิทธิกับการโอนหน้าที่อย่างชัดเจนซึ่งการโอนหน้าที่จะต้องกระทำด้วยวิธีการเช่นเดียวกับการโอนไปซึ่งสิทธิเนื่องจากเป็นประเพณีที่ประเทศเยอรมันปฏิบัติยึดถือกันต่อมา การโอนหน้าที่ หรือภาระทางหนี้ ลูกหนี้ผู้โอนจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ให้ความเห็นชอบแล้วลูกหนี้ใหม่จะเข้ามารับหน้าที่แทนลูกหนี้เดิมในมูลหนี้เดิม โดยกระบวนการนี้จะเรียกว่า การเข้ารับเอาภาระหนี้ (assumption of an obligation) ซึ่งประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมันได้ทำการบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 414 ถึงมาตรา 419 อันมีรายละเอียดดังนี้

Article 414 หนี้อาจถูกเข้ารับแทนได้โดยบุคคลภายนอก ด้วยวิธีการเข้าทำสัญญากับเจ้าหนี้โดยมีลักษณะที่บุคคลภายนอกนั้นเข้ามาแทนที่ลูกหนี้เดิม

Article 415 (1) หากการเข้ารับเอาภาระหนี้เกิดจากการตกลงระหว่างบุคคลภายนอกและลูกหนี้ การโอนภาระหนี้จะมีผลต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้ให้สัตยาบันแล้ว

- (2) หากการให้สัตยาบันถูกปฏิเสธ การเข้ารับภาระหนี้จะไม่มีผลขึ้นได้ ถ้าเจ้าหนี้และบุคคลภายนอกได้เรียกร้องให้เจ้าหนี้แจ้งการให้สัตยาบันในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ การให้สัตยาบันจะต้องทำการให้ก่อนสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้ ถ้าการให้สัตยาบันไม่มีการแจ้งตามกำหนด การเข้ารับเอาภาระหนี้จะถือว่าได้ถูกปฏิเสธ
- (3) หากเจ้าหนี้ยังไม่ได้ทำการให้สัตยาบัน ผู้เข้ารับภาระหนี้จะถูกจำกัดสิทธิในการยกข้อต่อสู้แก่เจ้าหนี้ หลักเกณฑ์ในข้อนี้ให้นำมาใช้กับกรณีที่เจ้าหนี้ปฏิเสธการให้สัตยาบันเช่นเดียวกัน

¹⁰ Ernest J. Schuster, The principles of German civil law, (oxford : Clarendon press, 1907), pp.

- Article 416 (1) หากผู้ซื้อตกลงกับผู้ขายที่จะซื้อที่ดินบางส่วน ให้สันนิษฐานว่าผู้ซื้อจะเข้ารับเอาภาระหนี้ที่นำที่ดินไปจำนอง เจ้าหนี้จำเป็นต้องให้สัตยาบันในการเข้ารับเอาหนี้ที่นั่นเท่าที่ผู้ขายได้แจ้งไว้แก่เจ้าหนี้ หากเวลาได้พ้น 6 เดือนที่ได้มีการตกลงไว้ ถือได้ว่ามีการให้สัตยาบันแล้ว เว้นเสียแต่เจ้าหนี้จะได้ปฏิเสธไปยังผู้ขายในเวลาที่กำหนด
- (2) ผู้ขายไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวจนกระทั่งผู้ซื้อได้ทำการจดทะเบียนในฐานะเจ้าของที่ดินที่ Land Register การบอกกล่าวจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และได้มีการระบุถึงข้อเท็จจริงที่บุคคลได้เข้ารับเอาภาระหนี้โดยการเข้าแทนที่ลูกหนี้คนก่อน นอกเสียจากเจ้าหนี้ได้ทำการปฏิเสธภายใน 6 เดือน
- (3) โดยการทวงถามจากผู้ซื้อ ผู้ขายจะต้องแจ้งถึงการเข้ารับเอาภาระหนี้ไปยังเจ้าหนี้ไม่ว่าจะได้มีการให้สัตยาบันในการเข้ารับเอาภาระหนี้หรือไม่ ผู้ขายจะต้องทำการบอกกล่าวไปยังผู้ซื้อ

- Article 417 (1) ผู้เข้ารับเอาภาระหนี้จะสามารถยกข้อต่อสู้ทุกประการที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้เดิม
- (2) บุคคลผู้เข้ารับเอาภาระหนี้ไม่สามารถที่จะยกข้อต่อสู้ที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ระหว่างตนเอง และลูกหนี้เดิมเพื่อใช้อ้างแก่ลูกหนี้ได้

- Article 418 (1) ผลที่เกิดจากการเข้ารับเอาภาระหนี้ การค้ำประกัน และการจำนำที่ได้ให้ไว้จะระงับสิ้นไป หากมีการจำนอง หรือจำนองเรือในสิทธิเรียกร้องนั้น ผลจะเป็นเช่นเดียวกับการที่เจ้าหนี้ได้ทำการจำนอง หรือการจำนองเรือ ข้อกำหนดนี้มีให้นำมาใช้กับผู้ค้ำประกัน หรือบุคคลภายนอกผู้ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่นำมาจำนำในขณะที่ได้มีการเข้ารับเอาภาระหนี้ หรือมีการยินยอมในการเข้ารับเอาภาระหนี้
- (2) บุริมสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเรียกร้อง ในกรณีที่เกิดการล้มละลายขึ้นจะไม่ต้องถูกบังคับให้เป็นไปตามกระบวนการล้มละลาย

- Article 419 (1) หากตามสัญญาบุคคลผู้ที่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินทั้งหมดซึ่งก็คือ เจ้าหนี้คนหลังสุด ไม่ได้ทำการแย้งสิทธิในการรับผิดชอบของลูกหนี้เดิม เมื่อมีการบังคับตามสิทธินั้น ผู้เข้ารับเอาภาระหนี้อาจยกข้อต่อสู้แก่คู่สัญญาผู้นั้นได้
- (2) ความรับผิดชอบของผู้ที่เข้าครอบครองทรัพย์สิน จะจำกัดตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกโอนไป และในสัญญา หากคู่สัญญาได้รับช่วงสิทธิที่ได้มีการจำกัดความรับผิดชอบ

ของตน ข้อกำหนดตามมาตรา 1991 สามารถนำมาบังคับใช้กับความรับผิดชอบ
ทายาทได้โดยอนุโลม

- (3) ความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่เข้าครอบครองจะต้องไม่รวม หรือถูกจำกัดโดยสัญญา
ระหว่างตนเอง และลูกหนี้เดิม

โดยหลักของกฎหมายเยอรมันที่ได้บัญญัติไว้ว่าการที่จะเข้ารับเอาภาระหนี้นั้น เจ้า
หนี้จะต้องทำสัญญากับบุคคลที่ 3 ในลักษณะที่บุคคลที่ 3 ตกลงยินยอมจะรับเอาหนี้เดิมไป และมี
หลักเกณฑ์ที่จะต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้

1. ถ้าสัญญาการเข้ารับเอาภาระหนี้ทำขึ้นโดยลูกหนี้ใหม่และเจ้าหนี้ สัญญานั้นมีผล
ใช้บังคับได้ทันที
2. ถ้าสัญญาการเข้ารับเอาภาระหนี้ทำขึ้นโดยลูกหนี้เดิมกับลูกหนี้ใหม่ สัญญานั้นจะ
ต้องให้เจ้าหนี้ทำการให้สัตยาบันเสียก่อนถึงจะมีผลใช้บังคับ
3. หลังจากที่ทำสัญญาการเข้ารับเอาภาระหนี้แล้วลูกหนี้ใหม่จะมีสิทธิในข้อต่อสู้ เช่น
เดียวกับที่ลูกหนี้เดิมมี แต่ลูกหนี้ใหม่จะไม่สามารถที่จะเรียกร้องในสิทธิเรื่องการหักกลบลบหนี้ที่
ลูกหนี้เดิมมีได้
4. การโอนหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่มีผลทำให้หนี้อุปกรณ์ทั้งหลาย
เช่น จำน่า จำนอง บุริมสิทธิระงับลง เว้นแต่หนี้อุปกรณ์นั้น บุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้เป็นประกัน
เช่น ค้ำประกัน จำน่า จำนอง ที่บุคคลภายนอกให้ไว้เป็นประกันหนี้ซึ่งจะระงับในกรณีที่มีการโอน
หนี้ เว้นแต่บุคคลภายนอกตกลงยินยอมให้โอนไปด้วย
5. คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ได้รับช่วงสิทธิในทรัพย์สินทั้งหมดของคู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องรับ
ผิดร่วมกับผู้โอนทรัพย์สินนั้นในส่วนของหนี้ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินในภายหลัง
6. กรณีที่ธุรกิจการค้าที่ถูกรับช่วงไปได้ดำเนินการต่อภายใต้ชื่อบริษัทเดิม เจ้าของ
คนใหม่ที่ได้ครอบครองธุรกิจนั้นจะต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานซึ่งเกี่ยวกับธุรกิจ
นั้น โดยเจ้าของคนเดิม¹¹

เนื่องจากกฎหมายของประเทศเยอรมันไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดย
ตรง ดังนั้นประเทศไทยจึงได้ดึงบางส่วนของบทบัญญัติซึ่งอยู่ในลักษณะต่าง ๆ ของกฎหมาย
เยอรมัน เข้ามาประยุกต์ใช้ในกฎหมายแปลงหนี้ใหม่ของไทย ตามการอ้างของกรมร่างฯ เช่น

¹¹ Ibid., pp.201-203.

Article ที่ 414 ได้กล่าวถึงการโอนหนี้ที่เป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และบุคคลภายนอก มาตกลงกันทำสัญญาเพื่อให้บุคคลภายนอกเข้ามาสวมหน้าที่แทนลูกหนี้เดิม

Article ที่ 1278 เป็นเรื่องของสิทธิในการจำนำ โดย Article ที่ 1278 ได้บัญญัติให้นำ Article ที่ 1253 มาบังคับใช้อย่างอนุโลม ในกรณีที่ทรัพย์สินที่จำนำไปกลับคืนสู่การครอบครองของผู้จำนำยอมทำให้การจำนำนั้นระงับสิ้นไป¹² เป็นต้น



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹² Ian S. Forrester, Simon L. Goren and Hans-Michael Ilgen, The German Civil Code,(Amsterdam : North – Holland Publishing Company,1975), p. 204.

ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่

หลักการแปลงหนี้ใหม่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ แม้จะดูสมบูรณ์ ครอบคลุมเนื้อหา และไม่ได้มีความสำคัญอันใดมาก เนื่องจากเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการระงับแห่งหนี้ รวมทั้งบุคคลส่วนใหญ่ที่ได้ทำสัญญากันนั้น มักจะไม่ค่อยรู้จักสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ในเวลาที่คู่สัญญาจะทำสัญญากันนั้นจึงมักจะใช้เป็นชื่อสัญญาอื่นๆมากกว่าสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ทำให้ในความเป็นจริงแล้วสัญญานั้นอาจจะไม่สามารถที่จะบังคับตัวคู่สัญญาได้ตามประเภทของสัญญาที่คู่สัญญาได้เขียนไว้ แต่จะต้องมาบังคับกันตามหลักการแปลงหนี้ใหม่ ทำให้เกิดความแตกต่างกันในเรื่องผลของสัญญาอย่างมาก จนทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจจะต้องเสียเปรียบด้วยความไม่รู้นั่นเอง

เมื่อได้ทำการศึกษาในเรื่องกฎหมายของการแปลงหนี้ใหม่แล้ว ถึงด้วยทกฎหมายจะมีเนื้อหาบัญญัติเอาไว้ น้อยกว่าบทบัญญัติอื่นๆ แต่ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการแปลงหนี้ใหม่นั้นกลับเกิดขึ้นเป็นจำนวนไม่น้อย และบางปัญหาก็ยังคงเป็นประเด็นที่ยังมีการถกเถียงกันของนักวิชาการ ผู้พิพากษา และผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายทั้งหลาย ผู้เขียนจึงได้นำเอาปัญหากฎหมายของการแปลงหนี้ใหม่เหล่านี้มาวิเคราะห์เพื่อที่จะเป็นแนวทางในการแก้ไขต่อไปในอนาคต

4.1 ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน

4.1.1 ลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน

สัญญาเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรม โดยที่สัญญาจะเกิดขึ้นได้จากบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ซึ่งได้แสดงเจตนาให้มีคำเสนอ และมีคำสนองถูกต้องตรงกัน ทำให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมาย โดยเกิดจากเจตนาการทำสัญญาของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายนั่นเอง นอกจากการทำสัญญาจะต้องมีคำเสนอ และคำสนองที่ถูกต้องตรงกันแล้ว คู่สัญญาจะต้องมีความสามารถตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ รวมทั้งการแสดงเจตนาในการทำสัญญานั้นจะต้องไม่ถูกกลั่นแกล้ง ข่มขู่ หรือได้กระทำสัญญาไปโดยสำคัญผิด สัญญาบางสัญญานั้นจะต้องทำตามแบบ เช่นทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน

ได้แก่ ตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรค 1 ที่บัญญัติไว้ว่า

“ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไซ้ร้ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพ และสัตว์พาหนะด้วย” สัญญาประเภทที่ต้องทำตามแบบนี้ หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามอย่างถูกต้องสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำก็จะตกเป็นโมฆะ คือถือได้ว่ามีความเสียเปล่าตั้งแต่ต้น จึงไม่สามารถที่จะนำสัญญานั้นมาใช้บังคับกันได้

เมื่อทำการศึกษาในเรื่องของสัญญานั้นแล้ว เราอาจจะแยกประเภทของสัญญานั้นได้เป็น

1. สัญญาฝ่ายเดียว (Contrats unilateraux) ซึ่งสัญญาฝ่ายเดียวนี้ก็จะเป็นไปตามหลักของสัญญาทั่วไป ก็ต้องมีบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปก่อให้เกิดสัญญาขึ้น เพียงแต่ว่าสัญญาประเภทนี้จะมีเพียงคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวเท่านั้นที่จะต้องทำการชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย โดยคู่สัญญาฝ่ายนั้น ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้เป็นการตอบแทน ซึ่งสัญญานี้เป็นส่วนที่แตกต่างกับสัญญาต่างตอบแทน

2. สัญญาต่างตอบแทน (Contrats synallagmatiques) ลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนนั้น เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่าย ซึ่งสถานะของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายนั้นก็ต่างเป็นเจ้าหนี้ และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน หมายถึง ปกติแล้วการทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจมีฐานะเป็นเพียงเจ้าหนี้เท่านั้น และอีกฝ่ายก็มีฐานะเป็นลูกหนี้เท่านั้น ซึ่งหากเป็นสัญญาต่างตอบแทนแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งกันและกัน¹

ตัวอย่างเช่น นาย ก.ต้องการที่จะซื้อรถยนต์จากนาย ข. จึงได้เข้าไปทำการตกลงซื้อขายกับนาย ข. โดยสัญญาที่นาย ก.ทำกับนาย ข. นั้นย่อมเป็นสัญญาต่างตอบแทน เนื่องจากนาย ก.จะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ ในด้านที่จะเรียกร้องให้นาย ข.ส่งมอบรถยนต์ที่ตนได้ซื้อไว้ แต่ในอีกด้านหนึ่งนาย ก.ก็เป็นลูกหนี้นาย ข. ในเรื่องที่จะต้องมีหนี้ที่จะต้องรับผิดชอบชำระราคาค่าซื้อรถยนต์แก่นาย ข. ส่วนนาย ข. ก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้นาย ก.ชำระหนี้รถยนต์ให้แก่ตน ซึ่งนาย ข. จะถือเป็น

¹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 237.

เจ้าหนี้ นาย ก. ส่วนในด้านลูกหนี้ นาย ข. ก็มีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินของตนให้แก่ นาย ก. ต่างฝ่ายจึงต่างเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน เป็นต้น

ลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนอีกประการหนึ่ง คือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องก่อให้เกิดหนี้ ซึ่งเป็นหนี้ที่ก่อขึ้น โดยที่จะต้องขึ้นอยู่กับกันและกัน ถ้าหนี้ของอีกฝ่ายไม่เกิด หนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายก็ไม่เกิดเช่นกัน เช่น หนี้ที่เกิดขึ้นจากวัตถุประสงค์ของสัญญาที่พ้นวิสัย เช่น สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งวัตถุ หรือทรัพย์ขายกันนั้น ได้พ้นวิสัยไปแล้ว โดยทรัพย์นั้นอาจจะสูญหายหรือเสียหายก็ได้ ก่อนที่คู่สัญญาจะมาทำสัญญาต่อกัน เมื่อทรัพย์ที่จะทำการซื้อขายตกเป็นทรัพย์ที่พ้นวิสัยไปก่อนทำสัญญา เมื่อขณะทำสัญญา หนี้ของอีกฝ่ายหนึ่งจึงไม่เกิด เพราะหากผู้ซื้อ ไม่ได้ทรัพย์นั้นมาก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ราคาทรัพย์นั้นเช่นกัน

การที่สัญญาต่างตอบแทนมีหนี้ของแต่ละฝ่ายเป็นมูลฐานแห่งการชำระหนี้ซึ่งกันและกัน จึงทำให้

1. ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 ได้บัญญัติว่า “ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้เกินกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด” ตามบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ขอปฏิบัติชำระหนี้ ตามข้อสัญญาที่ตน ได้ตกลงไว้แล้วนั้น คู่สัญญาฝ่ายนี้ไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกเรียกร้องให้ชำระหนี้ก็อาจยกข้อต่อสู้ได้ว่า ฝ่ายที่เรียกร้องยังหาชำระหนี้ไม่ (exceptio non adimpleti contractus)

2. ถ้าการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นพ้นวิสัยไป จะเป็นโดยความผิดของฝ่ายนั้นหรือไม่ก็ตาม ภัยพิบัตินั้นก็ตกเป็นบาปเคราะห์ของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้นั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ตอบแทน เว้นแต่ในบางกรณีซึ่งมีเหตุผลเป็นอย่างอื่น เช่น เป็นกรณีตามมาตรา 370 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า

“ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์เฉพาะสิ่ง และทรัพย์นั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้มิได้ไซ้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้

ถ้าไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้บังคับ แต่เวลาที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195 วรรค 2 นั้นไป”

ซึ่งหมายความว่า ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำการชำระหนี้ของตนไปแล้ว แต่หนี้ที่ฝ่ายแรกจะต้องชำระตกเป็นพันวิสัยไปดังกล่าวข้างต้น อีกฝ่ายก็สามารถเรียกคืนสิ่งที่ตนได้ชำระไปแล้วนั้น ตามหลักเกณฑ์ของเรื่องลาภมิควรได้ในมาตรา 406²

เมื่อเห็นถึงลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนคร่าวๆแล้ว เราจึงสามารถวิเคราะห์ได้ว่า สัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็จะมีทั้งหน้าที่และสิทธิเรียกร้องอยู่ในคนๆเดียวกัน ซึ่งลักษณะนี้ของสัญญาต่างตอบแทนเป็นเหตุให้มาในเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน ที่ได้มีการถกเถียงปัญหานี้กันมา จนในปัจจุบันก็ยังคงหาข้อสรุปไม่ได้ เพื่อที่จะได้เข้าใจถึงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนนี้ ผู้เขียนจึงขอยกคำพิพากษาฎีกาที่ 1490/2538 เป็นตัวอย่าง ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1490/2538 โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่บังคับให้จำเลยที่ 1 ร่วมกับจำเลยที่ 3 จดทะเบียนแบ่งที่ดิน และโอนที่ดินให้แก่โจทก์ สภากแห่งหนึ่ง ไม่เปิดช่องให้จำเลยที่ 1 จดทะเบียนร่วมกับจำเลยที่ 3 ได้ เพราะจำเลยที่ 1 คงมีเพียงสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจะซื้อจะขายระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 3 เท่านั้น และสิทธิของจำเลยที่ 1 ก็โอนไปยังโจทก์แล้ว ตามสัญญาจะซื้อจะขายลงวันที่ 9 กันยายน 2532 ส่วนจำเลยที่ 3 มิได้ผิดสัญญานั้น เห็นว่าตามสัญญาจะซื้อจะขายระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 3 เป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้จะซื้อเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ ผู้จะซื้อจะโอนสิทธิของตนตามบทบัญญัติของการโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาหาได้ไม่ต้องทำเป็นแปลงหนี้ใหม่ มีผู้จะขายเข้ามาเป็นคู่สัญญากับผู้โอนด้วย ผู้รับโอนจึงจะมีสิทธิฟ้องบังคับผู้จะขายได้ เมื่อไม่มีการแปลงหนี้ใหม่ โจทก์ผู้รับโอนก็ไม่อาจฟ้องบังคับจำเลยที่ 3 ผู้จะขายได้เพราะไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน”

นอกจากคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้แล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนก็ยังคงไม่ได้รับการยอมรับจากคำพิพากษาฎีกาที่วางแนวไว้แต่เดิม

² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2503), หน้า 306-307.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1731/2521 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า “ตามสัญญาฉบับลงวันที่ 8 ธันวาคม 2513 ซึ่งจำเลยที่ 3 ได้ทำสัญญาผูกพันไว้กับจำเลยที่ 1 ตัวโจทก์เองเบิกความว่าสัญญา ระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 นี้เป็นการซื้อขายสิทธิกัน ดังนี้ย่อมเห็นได้ว่าสัญญาจะซื้อขายระหว่าง โจทก์กับจำเลยที่ 2 หาใช่เป็นการซื้อขายที่ดินพิพาทกัน โดยตรงไม่ แท้จริงเป็นการ โอนสิทธิทาง สัญญากันอันมีลักษณะเป็นการ โอนสิทธิเรียกร้อง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง โดยเหตุที่จำเลยที่ 2 เป็นลูกหนี้ของจำเลยที่ 1 อยู่ตามสัญญาจะซื้อ จะขายหมาย ล.2 ดังกล่าว จำเลยที่ 2 ย่อมจะ โอนสิทธิเรียกร้องของตนให้บุคคลอื่นต่อไปโดยใช้วิธี การโอนแบบโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 ไม่ได้ ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2472-2474/2519 ศาลฎีกาเห็นว่า กรณีเป็นเรื่องแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยน ตัวลูกหนี้ซึ่งจะต้องมีการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ คือจำเลยที่ 1 กับลูกหนี้คนใหม่ คือโจทก์จึงมีผล ผูกพันเจ้าหนี้”

แนวคำพิพากษาฎีกาได้วางหลักไว้ในเรื่องสัญญาต่างตอบแทนที่จะทำให้คู่สัญญาไม่ สามารถที่จะ โอนไปแต่สิทธิได้เพียงอย่างเดียว และยังคงเหลือแต่เพียงหน้าที่ไว้ที่ตนอย่างเดิม การ โอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนจึงเกิดขึ้นไม่ได้ในความเห็นของศาล หากแต่คู่สัญญานั้น จะต้องทำการ โอนสิทธิและหน้าที่ของตนไปตามหลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งความคิดเห็น เช่นนี้ทำให้เกิดการโต้แย้งซึ่งพบได้จากหมายเหตุคำพิพากษาอยู่เสมอ อย่างเช่น หมายเหตุท้ายคำ พิพากษาฎีกาที่ 2472-2474/2419 ซึ่งเขียนโดยท่านอาจารย์จิติ ดิงศรัทธี ความว่า

“ปัญหาการ โอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนนั้น ถ้าถือตามคำพิพากษานี้ก็ทำไม่ได้ ได้แต่จะแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งเป็นคนละเรื่องกัน การ โอนสิทธิเรียกร้องเป็นการเข้าแทนที่ในหนี้เดิม แต่การแปลงหนี้ใหม่เป็นการระงับหนี้เดิม มีหนี้ใหม่ขึ้นแทน ตามบทบัญญัติในเรื่องการ โอนสิทธิเรียกร้องตั้งแต่ มาตรา 303 เป็นต้นไป หาได้มีข้อขัดข้องที่จะโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนไม่ได้แต่ประการใดไม่ ถ้าไม่เช่นนั้นเฉพาะตัวเจ้าหนี้ที่สภาพไม่เปิดช่องให้โอนแล้ว ก็ไม่เห็นมีอะไรห้าม เหตุนี้ที่จะตั้งหลักว่าสัญญาต่างตอบแทนโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ นั้น เห็นจะเกินไปจาก มาตรา 303”³

³ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2472-2474/2419

จนถึงขณะนี้ศาลฎีกาก็ยังคงยึดถือตามหลักบรรทัดฐานเดิมที่ว่า การโอนสิทธิเรียกร้องจะทำได้ในสัญญาต่างตอบแทน และคู่สัญญานั้นต้องทำสัญญาตามลักษณะของแปลงใหม่ถึงจะโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนได้ ซึ่งหลักแนวความคิดเช่นนี้น่าจะขัดต่อการแสดงเจตนาในเรื่องของการทำสัญญา เพราะหลักทั่วไปของการทำสัญญานั้นคือ บุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการทำสัญญาตามเจนาหรือความประสงค์ของผู้ทำสัญญา ซึ่งเป็นหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา โดยหลักนี้มาจากภษิตที่ว่า “สิ่งใดที่ไม่ห้ามย่อมหมายความว่าทำได้” และจากหลักในเรื่องนี้จึงทำให้เกิดผลติดตามมาดังนี้

1. บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาใดๆ ที่มีได้ถูกจำกัดไว้โดยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการทำสัญญาตราบเท่าที่จะไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะหากคู่สัญญาได้แสดงเจตนาทำสัญญาอันขัดต่อบทบัญญัติและหลักการในเรื่องความสงบเรียบร้อยแล้ว สัญญาที่ทำขึ้นนั้นย่อมจะตกเป็นโมฆะไม่สามารถที่จะนำมาใช้ได้นั่นเอง

2. บุคคลมีสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา รวมถึงการที่จะเลือกบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศใดๆ มาบังคับหรือระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในสัญญาของตน

3. การแสดงเจตนาของบุคคลในการทำสัญญา จะอยู่ในหลักที่ว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

4. ผลแห่งสัญญา คือผลซึ่งคู่สัญญามุ่งประสงค์ จึงไม่สามารถที่จะไปค้นหาผลอย่างอื่นที่ผิดแปลกไปจากเจตนาของคู่สัญญาได้⁴

และถึงแม้บุคคลจะมีสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างมาก แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะมากเกินไปกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้ได้ไม่ เพราะในบางเรื่องบุคคลก็มีสิทธิจำกัดตามกฎหมายเช่นเดียวกัน อย่างในเรื่องแบบของสัญญา และเรื่องความสามารถของบุคคลเป็นต้น

⁴ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 218.

สัญญาบางประเภทกฎหมายได้กำหนดแบบไว้ให้ปฏิบัติตาม การทำสัญญา การทำสัญญาของคู่สัญญานั้นก็ต้องถูกบังคับให้เป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือในเรื่องความสามารถของบุคคลซึ่งกฎหมายจำต้องให้ความคุ้มครองกับบุคคลที่เป็นผู้ไร้ความสามารถ บุคคลเหล่านี้จึงไม่สามารถที่จะแสดงเจตนาทำสัญญาได้อย่างสมบูรณ์เช่นบุคคลทั่วไป

บรรทัดฐานของคำพิพากษาฎีกาในประเด็นนี้ก็ยังคงเป็นไปตามแนวคำพิพากษาที่เคยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า หากเป็นสัญญาต่างตอบแทนแล้ว ก็ไม่อาจที่จะโอนสิทธิเรียกร้องกันได้ แต่จะต้องทำการโอนสิทธิและหน้าที่ ด้วยวิธีการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งยึดตามแนวคำพิพากษาฎีกาแล้วนั้นว่า สัญญาต่างตอบแทนจะต้องทำเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ก็ให้จะสามารถแก้ไขเรื่องปัญหาต่างๆ ในกรณีที่บุคคลที่รับโอนจะรับไปเพียงแต่สิทธิโดยจะทิ้งในส่วนที่เป็นหน้าที่ไว้ให้แก่ผู้โอนได้ เป็นเหตุที่ก่อให้เกิดปัญหาที่ต่อเนื่องขึ้นมา ดังต่อไปนี้

4.1.2 ปัญหาความสมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน

ตามลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนที่ได้กล่าวมาไว้แล้วข้างต้นนั้น สัญญาต่างตอบแทนจะเป็นสัญญาที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสถานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ในบุคคลคนเดียวกัน ส่วนการแปลงหนี้ใหม่นั้นเป็นหนึ่งในวิธีการที่จะให้หนี้ที่มีอยู่เดิมเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสาระสำคัญของตัวหนี้ นั้น อันจะเป็นเหตุให้หนี้ที่มีอยู่เดิมระงับ เมื่อนำทั้งเรื่องสัญญาต่างตอบแทนและการแปลงหนี้ใหม่มาเชื่อมโยงกัน ก็จะสามารถพิจารณาได้เป็น 2 วิธีการ คือ

1. การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนในด้านเจ้าหนี้ ซึ่งการแปลงหนี้ใหม่ในส่วนเจ้าหนี้ ก็ต้องพิจารณาดูก่อนว่าเป็นหนี้ของฝ่ายใดที่มีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กันขึ้น เมื่อได้มีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กันแล้ว หลักของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ได้ถูกบังคับให้เป็นไปตามการ โอนสิทธิเรียกร้องที่จะต้องทำเป็นหนังสือการแปลงหนี้ระหว่างเจ้าหนี้คนเก่าและเจ้าหนี้คนใหม่ รวมถึงการได้ทำคำบอกกล่าวหรือรับความยินยอมจากลูกหนี้ด้วย

เมื่อทำการพิจารณาลงไปในส่วนของเรื่องกระบวนการของลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว ตามมาตรา 306 ได้บัญญัติในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงทำเป็นหนังสือว่า “..... ท่านว่าไม่สมบูรณ์” ในประเด็นคำว่าไม่สมบูรณ์นี้ มีการตีความของนักกฎหมายที่แตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง

แนวทางแรกมีความเห็นว่า วิธีการที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ทำเป็นหนังสือนั้น ถือได้ว่าเป็นแบบซึ่งหากคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตาม สัญญาที่ได้ทำขึ้นย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 ผลคือ คู่สัญญาย่อมกลับไปสู่สถานะเดิมก่อนทำสัญญา ตามแนวความคิดนี้ ท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เคยให้ความเห็นว่า

“ความที่บัญญัติไว้ดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ชัดว่าเป็นเรื่องแบบ ซึ่งถ้าไม่ทำตามจะไม่สมบูรณ์ หรือตกเป็นโมฆะตามหลักในมาตรา 152 หาใช่แต่เพียงต้องการหลักฐานแห่งการฟ้องร้องเท่านั้นไม่”⁵ และ

“ทั้งนี้คงถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ ไม่ต่างอะไรกันกับเรื่องอื่นๆ เช่น สัญญาเช่าซื้อ ตามมาตรา 572 และถ้าการโอนในชั้นต้นระหว่าง เจ้าหนี้กับผู้รับโอนไม่สมบูรณ์ เพราะไม่ได้ทำเป็นหนังสือเสียแล้ว แม้ภายหลังจะไปบอกกล่าวกับลูกหนี้เป็นหนังสือ หรือให้ลูกหนี้อินยอมด้วยเป็นหนังสือ ก็ไม่มีผลเป็นการโอนขึ้นได้”⁶

นอกจากนี้ยังมีความเห็นของ กุศล บุญยืน ที่มีความเห็นว่า

“การโอนสิทธิเรียกร้องมีคู่กรณี 3 ฝ่าย คือ ผู้โอน ผู้รับโอน และลูกหนี้ ที่กฎหมายบัญญัติว่า ผู้โอน กับผู้รับโอนต้องทำเป็นหนังสือ อันเป็นเรื่องแบบตามหลักในมาตรา 152 ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือย่อมผิดแบบตกเป็นโมฆะ เจ้าหนี้เดิมมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้”

ความเห็นในมุมมองที่ให้พิธีการของการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นแบบทางนิติกรรม ที่หากไม่ปฏิบัติตามจะมีผลทำให้สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะ ยังมีคำพิพากษาฎีกาสนับสนุน คือ

⁵ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1248.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1249.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1802/2518 จำเลยเป็นหนี้ค่าสินค้าโจทก์อยู่ 99,035 บาท จริ่งตั้งฟ้อง ต่อมาโจทก์มีหนังสือแจ้งให้จำเลยทราบ ว่า บริษัท อ. ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนจำหน่าย โอชาโซลออฟเซท พรินต์ติ้งเพลท แต่ผู้เดียว โจทก์ขอให้จำเลยยืนยันยอดหนี้ดังกล่าว พร้อมกับยินยอมให้โอนหนี้ไปให้แก่ บริษัท อ. เป็นเจ้าหนี้ต่อไป และโจทก์ขอยืนยันว่า หลังจากการโอนหนี้ดังกล่าวแล้ว โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกหนี้รายนี้กับจำเลยอีก ในประเด็นนี้ ศาลฎีกามีความเห็นว่าการโอนหนี้รายนี้จากโจทก์ไปยังบริษัท อ. ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ การโอนหนี้จึงไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย หนี้รายนี้ยังไม่ได้โอนจากโจทก์ไปยัง บริษัท อ. โจทก์ยังเป็นเจ้าหนี้จำเลยอยู่ และมีอำนาจฟ้องเรียกหนี้รายนี้จากจำเลยได้ บริษัท อ. จึงยังไม่ได้เป็นลูกหนี้รายนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2331/2522 จำเลยที่ 1 ตกลงให้จำเลยที่ 2 ไปปรับโอนสิทธิการเช่ามาจากผู้ให้เช่า โดยมีข้อสัญญากันว่าจำเลยที่ 1 ต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งให้แก่จำเลยที่ 2 แล้วจำเลยที่ 2 จะโอนสิทธิการเช่าให้แก่จำเลยที่ 1 ต่อมาจำเลยที่ 2 ไปตกลงกับโจทก์ว่า ถ้าโจทก์ชำระเงินให้จำเลยที่ 2 แทนจำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 2 จะโอนสิทธิการเช่าให้แก่โจทก์ ดังนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อตกลงระหว่างจำเลยที่ 2 และโจทก์เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จากจำเลยที่ 1 มาเป็นโจทก์ ต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ เมื่อมิได้ทำเป็นหนังสือก็ไม่ผลบังคับ

แนวทางที่สอง นักวิชาการบางท่านก็ได้มีความเห็นในเรื่อง ความไม่สมบูรณ์ของการไม่ทำตามแบบในเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องว่า ความไม่สมบูรณ์นั้นไม่ถึงกับตกเป็นโมฆะเพียงแต่ความไม่สมบูรณ์ที่เกิดขึ้นนั้น มักจะเป็นสิทธิที่ผู้รับโอนจะนำมาใช้เรียกร้องกับลูกหนี้ ดังนั้นหากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องโดยทำเป็นหนังสือแล้ว อาจเกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้นตามแนวความเห็นของนักวิชาการแต่ละท่าน โดยความเห็นของท่านอาจารย์โสภณ รัตนกร มีความเห็นว่า

“บทบัญญัติของมาตรา 306 นี้ เราเอามาจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีที่มาจาก ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันอีกต่อหนึ่ง แต่ในกฎหมายญี่ปุ่น และเยอรมัน หากได้กำหนดว่าการโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็นหนังสือไม่ ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศเยอรมัน มาตรา 403 บัญญัติว่า เมื่อผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้โอนต้องทำเอกสารอันเป็นหลักฐานการโอนให้แก่ผู้รับโอน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้เอาบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมา แต่ที่กำหนดไว้ใน

มาตรา 306 ว่าการโอนต้องทำเป็นหนังสือ ก็คงจะเป็นแนวความคิดเดียวกัน คือ ต้องการให้มีหลักฐานเพื่อผู้รับ โอนจะแสดงแก่ลูกหนี้ ให้ลูกหนี้นั่นใจได้ว่า มีการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว ทั้งจะเป็นการป้องกันไม่ให้เจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องนั้นให้กับผู้อื่นอีก”⁷

นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการบางท่านเสนอความเห็นในประเด็นนี้ว่า “ระหว่างผู้โอนและผู้รับ โอน ต้องทำเป็นหนังสือ ถ้าไม่ได้ทำเป็นหนังสือย่อมไม่สมบูรณ์ ใช้บังคับกันไม่ได้ (มาตรา 306 วรรคแรก) ใช้บังคับเฉพาะผู้โอน (เจ้าหนี้เดิม) กับผู้รับ โอน(เจ้าหนี้ใหม่)เท่านั้น ไม่เกี่ยวกับลูกหนี้ ดังนั้นในการพิจารณาจะต้องดูว่าการโอนนั้นในชั้นต้นผู้โอนกับผู้รับโอนทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ถ้าทำไม่ถูกต้อง ผลก็ไม่สมบูรณ์ แม้อต่อมาลูกหนี้จะให้คำยินยอม หรือมีการบอกกล่าวกันเป็นหนังสือก็ไม่มีผลเป็นการโอนขึ้นได้”

ในเรื่องพิธีการในการ โอนสิทธิเรียกร้อง ศาสตราจารย์ เสริม วินิจฉัยกุล ได้เขียนในเรื่อง ผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบของมาตรา 306 ไว้ในส่วนของกรณีที่คู่สัญญาจะอ้างสิทธิที่ได้โอนเป็นข้อต่อสู้แก่ลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกว่า

“ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือแล้ว การบอกกล่าว หรือการยินยอม
ดังกล่าวมานี้ก็ไม่สมบูรณ์ ไม่มีผลในกฎหมายอย่างใด”⁸

แบบของการ โอนสิทธิเรียกร้อง ในกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องแบบของการโอนไว้ในมาตรา 403 ซึ่งวางหลักให้ผู้โอนต้องจัดทำเอกสารการโอน ซึ่งได้มีการรับรองของรัฐ (a publicly certified) เพื่อประโยชน์ของผู้รับ โอน โดยผู้รับ โอนเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย และเงินตรอง และมาตรา 410 กล่าวถึงความผูกพันของลูกหนี้ในการชำระหนี้แก่ผู้รับโอนเฉพาะกรณีที่มีหลักฐานการ โอนเป็นหนังสือซึ่งผู้โอนทำขึ้น หนังสือบอกกล่าวหรือหนังสือเตือนของผู้รับ โอนก็ไม่มีผล หากไม่มีการทำหลักฐานการ โอนเป็นหนังสือของผู้โอน ลูกหนี้นี้อาจกล่าวอ้างเหตุไม่สมบูรณ์

⁷ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บท
เปิดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สหมิตรออฟเซต, 2534), หน้า 379.

⁸ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรม
และหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 234.

นี้ขึ้นได้ แต่มาตรานี้ไม่ใช้กับกรณีที่ผู้โอนบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ แต่ในกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้แบ่งแยกเรื่องแบบการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นในหนี้อันต้องชำระโดยเฉพาะเจาะจงหรือในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง ดังเช่นกฎหมายแพ่งของไทยและของญี่ปุ่น แต่ก็มีหลักในการทำเป็นหนังสือ และการบอกกล่าวแก่ลูกหนี้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ใช้วิธีที่ต่างกัน

ในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นมีบัญญัติเรื่องแบบการโอนไว้เช่นกัน กล่าวคือ มาตรา 1690 วางหลักว่า ผู้รับโอนจะเข้าถือสิทธิที่ได้โอนมายังเขาโดยทางเลือก 2 ทาง คือ โดยเอกสารที่แสดงการโอนสำหรับลูกหนี้ หรือ ความยินยอมของลูกหนี้เป็นหนังสืออันเป็นการรับรองตามแบบของกฎหมาย หรือความยินยอมโดยการชำระหนี้แก่ผู้รับโอนบางส่วนเอกสารที่แสดงการโอนสิทธินั้นมิใช่ทำเป็นเพียงหนังสือ หรือคำบอกกล่าว แต่เป็นเอกสารของทางราชการ และมีผลใช้ยันบุคคลภายนอกได้ เอกสารดังกล่าวจัดทำโดยนายอำเภอเป็นส่วนบุคคลหรือที่ภูมิลำเนาของลูกหนี้ ในมาตรา 1670 ได้ยอมรับอนุญาตเอกสารแสดงการโอนด้วยวาจา แต่สิทธินั้นต้องเป็นสิทธิที่หนักแน่น แต่สำหรับการโอนสิทธิเรียกร้องโดยการให้หนี้ต้องทำเป็นหนังสืออย่างเดียวกัน

ตามความเห็นของผู้เขียน การโอนสิทธิเรียกร้องของคู่สัญญา ถือได้ว่าเป็นนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง เมื่อสัญญาที่ทำขึ้นมีลักษณะเป็นนิติกรรมย่อมควรที่จะต้องนำบทบัญญัติในเรื่องของนิติกรรมมาเพื่อปรับใช้ในสัญญานั้นๆ ดังนั้นเมื่อสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องเป็นลักษณะหนึ่งของนิติกรรม แบบของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง จึงควรพิจารณาไปในทางเดียวกันกับแบบของนิติกรรม โดยในเรื่องของแบบที่ใช้บังคับแก่นิติกรรม อาจมีหลายประเภทด้วยกัน คือ

1. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
2. แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
3. แบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน
4. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ

ตามลักษณะของแบบทางนิติกรรม ทั้ง 4 ประเภท การโอนสิทธิเรียกร้องอยู่ในกรณีของแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ให้ต้องทำเป็นหนังสือ ตามมาตรา 306 ดังนั้นการที่คู่สัญญาจะทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง คู่สัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือจึงจะทำให้สัญญาที่ทำขึ้นสมบูรณ์ และใช้บังคับได้ กล่าวคือ แม้ผู้ทำนิติกรรมจะได้แสดงเจตนาออกมาแล้วก็ตาม หากมิได้ทำเป็นหนังสือ นิติ

กรรมนั้นย่อมเป็นโมฆะ ตัวอย่างนิติกรรมที่ต้องเป็นหนังสือจึงจะสมบูรณ์ คือ 1. การโอนหนี้อันต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (มาตรา 306) 2. สัญญาซื้อขาย (มาตรา 572 วรรค 2) 3. การตกลงเอาดอกเบี้ยค้างชำระทบเข้ากับเงินต้น (มาตรา 655) 4. การบอกกล่าวการบังคับจำนอง (มาตรา 728)⁹ เป็นต้น

เหตุที่บังคับให้นิติกรรมข้างต้นต้องทำเป็นหนังสือ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายเห็นว่านิติกรรมเหล่านี้มีความสำคัญกว่านิติกรรม ธรรมดาทั่วไป จึงควรทำเป็นหนังสือ ซึ่งสามารถบันทึกข้อตกลงไว้อย่างแน่นอน ไม่เลือนลอยเหมือนการตกลงด้วยวาจา ดังนี้ เมื่อบังคับให้ทำเป็นหนังสือจึงเป็นประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดี

ตามที่กล่าวมา เมื่อกฎหมายกำหนดแบบให้คู่สัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้นหากคู่สัญญามิได้ปฏิบัติตาม ผลของสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 อันเป็นหลักเกณฑ์โดยทั่วไปของลักษณะนิติกรรม ฉะนั้น การที่กฎหมายบัญญัติให้การโอนสิทธิเรียกร้อง ตามมาตรา 306 จะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอน และผู้รับโอน รวมทั้งจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ หรือให้ลูกหนี้ทำการยินยอมเป็นหนังสือ ความไม่สมบูรณ์ที่ได้บัญญัติไว้จึงควรหมายถึง การเป็นโมฆะที่ไม่สามารถจะบังคับต่อกันได้ แม้คู่สัญญาได้ทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องต่อกันก็ตาม ดังนี้ คู่สัญญาทุกฝ่ายจึงกลับสู่สถานะเดิมเช่นเดียวกับก่อนได้มีการทำสัญญาเกิดขึ้น ทุกฝ่ายจึงไม่มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่ได้ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากการไม่ทำตามแบบ

2. เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องแปลงหนี้ใหม่แล้วแบบของสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะไม่เป็นปัญหามากที่สุด เพราะการแปลงหนี้ตามมาตรา 349 วรรค 3 ได้ถูกบัญญัติไว้ให้เป็นไปตามแบบของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องได้ ซึ่งมีการบัญญัติถึงเรื่องแบบเอาไว้ในมาตรา 306 โดยกล่าวถึงการโอนสิทธิว่าจะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้ มิฉะนั้นสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะไม่สมบูรณ์ ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องนั้นถือว่าเป็นโมฆะ เพราะไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ดังที่มาตรา 152 ได้บัญญัติไว้ว่า “การใดที่มีได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็นโมฆะ” จึงแสดงว่าถึงเจ้าหนี้เก่ากับเจ้าหนี้ใหม่ตกลงที่จะทำการแปลงหนี้ใหม่กันก็ไม่ได้หมายความว่าผลบังคับได้เสมอไป เพราะหากไม่ทำตาม

⁹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดยนาย จิตติ ดิงศภัทย์, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 35-36.

แบบที่กฎหมายกำหนดโดยต้องทำเป็นหนังสือแล้วนั้น การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก็ต้องตกเป็นโมฆะ ทำให้เสียเปล่าอยู่นั่นเอง

การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนในด้านลูกหนี้ การบังคับในด้านการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะต้องทำตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 350 ก็จะต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้นี้จะกระทำโดยฝืนใจลูกหนี้เก่าหาได้ไม่เพียงแต่ลูกหนี้เดิมไม่คัดค้านการแปลงหนี้ใหม่ก็ถือได้ว่าเพียงพอในส่วนที่ไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม ภาระหนี้ของลูกหนี้เดิมก็หมดสิ้นไปตามการระงับของหนี้ด้วยสัญญาแปลงหนี้ใหม่ แต่ถ้าลูกหนี้เดิมคัดค้าน ไม่ยินยอม หนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เดิมก็ไม่ระงับจึงไม่ถือว่ามีเปลี่ยนแปลงหนี้ใหม่แต่อย่างใด¹⁰

การแปลงหนี้ใหม่ในประเภทอื่นๆ เช่น การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ไม่ได้มีบัญญัติไว้อย่างแน่ชัด ถึงแม้ว่ามาตรา 349 วรรค 1 จะได้บัญญัติให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทำสัญญาไว้แก่กันก็ตาม นั่นก็ไม่ใช่อุปสรรคในการทำสัญญาจะต้องมีแบบที่หากไม่ได้ทำตามแล้วนั้น ผลของการแปลงหนี้จะตกเป็นโมฆะ แต่ก็เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ว่าหากหนี้เดิมเป็นหนี้ที่ทำกันเป็นหนังสือ การแปลงหนี้ใหม่ก็ต้องแปลงเป็นหนังสือด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 626/2470)

ในส่วนที่ท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“เมื่อเอาหลักในวิธีพิจารณาช่วยสนับสนุนว่า เมื่อสัญญาได้ทำกันไว้เป็นหนังสือแล้ว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างใดในสัญญานั้นจะต้องทำเป็นหนังสือด้วย แต่หลักดังนี้ ถ้าหากเป็นจริง ก็จะต้องรับได้ว่าคิดประดิษฐ์ขึ้นนอกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะแปลงหนี้ใหม่ เพราะไม่มีที่หน่วไว้เลย จะคิดเอาเองไม่ได้”¹¹

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 314-315.

¹¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1575.

ดังนั้นตามความเห็นของท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช จึงไม่เห็นควรที่จะยึดหลักตามแนวคำพิพากษานี้มาใช้ได้ เพราะดูจะเป็นการตีความที่ขยายขอบเขตจนมากเกินไป หลักเกณฑ์ที่ว่าถ้าหนี้เดิมที่ทำกันเป็นหนังสือ และหากมีการแปลงหนี้ใหม่ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วยดูจะไม่ถูกต้องเมื่อพิจารณาตามตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่าง นาย ก. ได้ทำสัญญากู้ยืมเงินเป็นจำนวน 60 บาทมาจากนาย ข. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 653 ได้บัญญัติไว้ว่า“การกู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่” แปลว่าการกู้ยืมเงินระหว่างนาย ก.และนาย ข. จะต้องทำเป็นหนังสือสัญญากู้ยืม แต่ต่อมานาย ก.ไม่สามารถนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ นาย ข. ได้ จึงได้ทำการตกลงกับนาย ข.ว่าจะแปลงหนี้ใหม่จากหนี้กู้ยืมเงินที่จะต้องนำเงินมาชำระคืน มาเป็นว่านาย ก.จะยอมทำโต๊ะทำงานให้นาย ข. ชดใช้แทนหนี้เงินกู้ ดังนั้นสัญญาใหม่ที่เกิดขึ้นระหว่างนาย ก.กับนาย ข. เป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งไม่มีแบบที่จะต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด จะตกลงกันด้วยปากเปล่าก็ได้ ดังนั้นจะให้ถือตามหลักเกณฑ์ ถ้าหนี้เก่าทำเป็นหนังสือแล้ว หนี้ใหม่จะต้องทำเป็นหนังสือด้วย ดูจะไม่สมควรนัก หากจะพิจารณาควรต้องดูว่าแม้หนี้เดิมจะต้องทำเป็นหนังสือแล้ว แต่หนี้ใหม่ไม่จำเป็นจะต้องตกลงกันทำเป็นหนังสือ อย่างเช่นสัญญาจ้างแรงงาน จ้างทำของ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานทำเป็นหนังสือ ส่วนในเรื่องที่เอาวิธีพิจารณาเรื่องเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญามาใช้กับเรื่องแปลงหนี้ใหม่นั้นก็ไม่ควรจะถูกต้อง เพราะการแปลงหนี้ใหม่เป็นการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้หนี้ระงับ แล้วบังคับกันตามสัญญาใหม่ที่เกิดขึ้นในภายหลัง จึงไม่ใช่เป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเอกสารที่จะนำเอาหลักการตามวิธีพิจารณามาใช้ได้¹²

เมื่อสัญญาต่างตอบแทนเป็นสัญญาที่แต่ละฝ่ายเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ในบุคคลคนเดียวกัน ฉะนั้น การแปลงหนี้ใหม่จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไปพร้อมๆกัน จึงอาจเกิดปัญหาในส่วนความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแปลงหนี้ใหม่ส่วนใดส่วนหนึ่งได้

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาต่างตอบแทนสถานะของคู่สัญญาต่างตอบแทน ย่อมมีทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้อยู่ในคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ทำให้การ

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า1576.

แปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนคู่ซับซ้อนกว่าการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาธรรมดา เพราะการแปลงหนี้ใหม่ในกรณีนี้จะต้องนำเอาทั้งแบบพิธีของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ มาพิจารณาตามสถานะของแต่ละฝ่ายที่ได้ทำการโอนสิทธิ หรือหน้าที่ไป

การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ถือเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรค 3 ซึ่งได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องนี้ การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อมทำให้หนี้เดิมระงับลงไป เจ้าหนี้คนเดิมก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องใดๆต่อลูกหนี้ของตนอีก ในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ มาตรา 349 วรรค 3 ได้บัญญัติไว้ให้นำเรื่องบทบัญญัติของการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ เพราะสัญญาทั้งสองนี้มีลักษณะของการโอนสิทธิให้เจ้าหนี้คนใหม่เหมือนกัน ทำให้วิธีการของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้แตกต่างไปจากการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่นๆ เพราะเจ้าหนี้ใหม่และเจ้าหนี้เก่าต้องโอนหนี้กัน โดยทำเป็นหนังสือ รวมทั้งต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้หรือให้ลูกหนี้ยินยอมอีกด้วยตามลักษณะที่บัญญัติไว้ใน การโอนสิทธิเรียกร้อง มาตรา 306

ในสัญญาฝ่ายเดียวเมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิใดๆกับลูกหนี้ เจ้าหนี้ย่อมสามารถแสดงเจตนาทำสัญญาโอนสิทธิของตนนั้นให้แก่ผู้อื่นตามหลักการในเรื่องของการแปลงหนี้ใหม่ เมื่อสัญญาในการแปลงหนี้ใหม่เสร็จสมบูรณ์ เจ้าหนี้ผู้นั้นย่อมที่จะหมดภาระใดๆด้วยเหตุแห่งการระงับของหนี้ ผิดกับการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนเพราะถึงแม้เจ้าหนี้จะได้โอนสิทธิของตนให้กับบุคคลอื่นแล้ว แต่ก็ยังคงเหลือภาระหน้าที่แห่งความเป็นลูกหนี้ตามหลักของสัญญาต่างตอบแทนไว้

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ทำการโอนสิทธิของตนไปให้บุคคลอื่นแล้ว จึงคงเหลือเพียงภาระหน้าที่ที่ต้องทำการชำระหนี้ให้กับคู่สัญญาเดิมของตน ซึ่งสถานะจะกลับกลายเป็นเจ้าหนี้แทน ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาที่ได้เป็นผู้โอนสิทธิไปให้แก่บุคคลอื่น ต้องการที่จะให้หนี้ทั้งหมดระงับลงไม่ผูกพันกับตนเอง ก็สามารถจะโอนภาระหน้าที่นี้ไปให้ผู้รับโอนได้เช่นเดียวกับสิทธิ โดยการโอนภาระหน้าที่นี้ไม่สามารถที่จะทำได้ตามหลักเกณฑ์ของการโอนสิทธิเรียกร้อง หากแต่ต้องทำตามบทบัญญัติมาตรา 350 ที่บัญญัติว่า “แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น จะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ได้ แต่จะทำได้โดยจิตใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่” ซึ่งลูกหนี้ใหม่ก็ต้องไปทำสัญญากับเจ้าหนี้เพื่อตกลงยินยอมที่จะเข้ารับเอาภาระหนี้แทนลูกหนี้เก่า ยิ่งหากลูกหนี้เก่าและลูกหนี้ใหม่ได้ทำสัญญาที่จะเข้ารับเอาหนี้แทนไป ยิ่งทำให้ลูกหนี้เก่าไม่สามารถที่จะยกข้ออ้างเรื่องกระทำโดย

ขึ้นใจลูกหนี้ได้ไม่ ส่วนการทำสัญญาระหว่างลูกหนี้ใหม่กับเจ้าหนี้จะต้องมีแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ จะวิเคราะห์ในประเด็นต่อไป

4.1.2.1 ความไม่สมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากการเกิดของสัญญา

ผู้เขียนได้นำกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาเป็นตัวอย่างในการวิเคราะห์เรื่องปัญหาการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน โดยในกรณีพิพาทนี้เกิดขึ้นจากสัญญาประกันภัยสัญญาประกันภัยนั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งก็หมายความว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเจ้าของหนี้ลูกหนี้ตอบแทนกัน เพราะทางฝ่ายผู้เอาประกันภัยก็ต้องมีหน้าที่ส่งเบี้ยประกันภัยให้บริษัทประกันภัย ส่วนฝ่ายผู้รับประกันภัยก็มีฐานะเป็นลูกหนี้ในด้านที่จะต้องรับความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นแก่ผู้เอาประกันภัยตามที่ตนได้ตกลงไว้ในสัญญาประกันภัย โดยอาจจะต้องชดใช้เป็นค่าสินไหมทดแทน¹³ หรือใช้เงินตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ซึ่งตามหลักข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมิใช่เป็นกรณีของการทำสัญญาประกันภัยต่อ (Reinsurance) ซึ่งเห็นได้จากถ้าเป็นการประกันภัยต่อ นั้น บริษัทประกันภัยรับประกันภัยให้กับผู้เอาประกันนั้นมิเจตนาที่จะกระจายความเสี่ยงของตนที่รับจากผู้เอาประกันภัย โดยนำไปประกันต่อบางส่วน หรือทั้งหมดไว้กับบริษัทประกันภัยอื่น แต่สัญญาประกันภัยต่อ นั้นเป็นสัญญาระหว่างบริษัทประกันภัย และบริษัทประกันภัยต่อเท่านั้น ทำให้ผู้เอาประกันภัยไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัยโดยตรงกับบริษัทที่รับประกันภัยต่อ ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหายตามสัญญาประกันภัยขึ้น ผู้เอาประกันภัยจะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกันภัยที่ตนทำประกันไว้เท่านั้น จึงเห็นได้ว่าการทำประกันภัยต่อ นั้นมีลักษณะแตกต่างกับการแปลงหนี้ใหม่ ถึงแม้ว่าบริษัทประกันภัยจะโอนความเสี่ยงทั้งหมดเพื่อไปให้แก่บริษัทประกันภัยต่อ แต่ว่าตนก็ยังต้องรับผิดชอบตามสัญญาประกันภัยที่มีอยู่แก่ผู้เอาประกันภัยอย่างเดิม¹⁴ หนี้ที่ตนมีอยู่เดิมจึงไม่ระงับตามสัญญาประกันภัยต่อ

¹³ จิตติ ดิงสภักดิ์, คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. 2498 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2522 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยประกันภัย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 10.

¹⁴ มุกดา ไควหกุล, การประกันภัย, (ปทุมธานี : RANGSIT UNIVERSITY PRESS), หน้า 261.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1603/2527 ข้อเท็จจริงได้ความว่า บริษัท ฮ อินชัวร์รันส์ จำกัด สาขาประเทศไทย ได้ออกกฎหมายกรรมกรรมประกันภัยคุ้มครองตัวอาคารตลอดจนเครื่องตกแต่ง ลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และของใช้ต่างๆของจำเลยเป็นเงิน 10,000,000 บาท และ 25,000,000 บาท โจทก์รับโอนบรรดากิจการ ทรัพย์สิน และหนี้สินทั้งหลายจาก บริษัท ฮ มาดำเนินการต่อ โจทก์ได้แจ้งให้ผู้เอาประกันภัยทราบถึงการโอนสิทธิ และหน้าที่ทั้งหลายจาก บริษัท ฮ ตามนี้ คู่สัญญามีหน้าที่ต้องชำระหนี้ซึ่งกันและกันหรือต่างก็เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ การโอนและรับโอนบรรดากิจการ ทรัพย์สิน และหนี้สินทั้งหลายระหว่างบริษัท ฮ. สาขาประเทศไทย และโจทก์หาได้โอนสิทธิเรียกร้องแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ได้โอนความเป็นลูกหนี้อันอาจเกิดขึ้นตามสัญญาประกันภัยให้แก่โจทก์ด้วย จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งจะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำได้โดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่ การแจ้งให้จำเลยผู้เอาประกันภัยทราบถึงการโอนไม่ใช่สัญญา การที่จำเลยไม่ได้แย้งเมื่อรับทราบถึงการโอน หรือเมื่อโจทก์ทวงถามให้ชำระเงินค่าเบี้ยประกันจะถือว่าจำเลยยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องอันเป็นเหตุให้โจทก์มีอำนาจฟ้องหาได้ไม่ เพราะมิใช่การโอนสิทธิเรียกร้อง หากเป็นการแปลงหนี้ใหม่ซึ่งต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ เมื่อไม่ได้ทำสัญญากัน จำเลยไม่มีนิติสัมพันธ์กับโจทก์ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง อีกทั้งในสัญญาบางประเภทได้ให้ความสำคัญกับลักษณะเฉพาะของคู่สัญญาอันเกิดจากความเชื่อถือเฉพาะด้านของคู่สัญญานั้นๆ ลักษณะของสัญญาประกันภัยหรือสัญญาการก่อสร้างก็เช่นเดียวกันที่คู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นผู้ทำประกันภัย หรือผู้ว่าจ้างในการก่อสร้างจะต้องมีความเชื่อถือและความไว้วางใจในคู่สัญญาที่ตนในเข้าทำสัญญาด้วย อันเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะที่จะมีการโอนเปลี่ยนแปลงให้บุคคลอื่นรับช่วงทำหน้าที่ต่อไปได้อย่างเช่นสัญญาปกติทั่ว ๆ ไป

โดยใช้ข้อเท็จจริงตามข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาวิเคราะห์ดูสถานะของบริษัทประกันภัย ฮ. บริษัทนี้ย่อมมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ เนื่องจากมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเบี้ยประกันภัยจากลูกหนี้ (ผู้เอาประกันภัย) ได้ บริษัท ฮ. จึงเป็นเจ้าของสิทธิในเบี้ยประกันภัยนั้น โดยมี จำเลย เป็นลูกหนี้ แต่ต่อมาบริษัท ฮ. ได้โอนสิทธินี้ให้กับโจทก์ มารับสิทธิในการรับค่าเบี้ยประกันภัยแทนตนโดยทั้ง 2 ฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนั้นสถานะของบริษัท ฮ. ก็จะเปลี่ยนมาเป็นเจ้าหนี้เก่า ซึ่งมีโจทก์ เข้ามาสวมสิทธิแทนมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่ระหว่างบริษัท ฮ. และโจทก์ได้ทำถูกต้องตามแบบการแปลงหนี้ใหม่ โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เพราะเจ้าหนี้เก่าและเจ้าหนี้ใหม่ได้ทำหนังสือสัญญาแปลงหนี้ใหม่ตามแบบของโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นมา รวมทั้งยังได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ถึงการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นหนังสืออีกด้วย แบบการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้พิจารณาแล้วจึงมีความสมบูรณ์ถูกต้อง เพราะทำตามหลักเกณฑ์ทุกประการ

แต่ตามที่กล่าวมาแล้วนั้น ในสัญญาต่างตอบแทนคู่สัญญาย่อมมีสถานะเป็นทั้งเจ้าหนี้ และลูกหนี้ ดังนั้นเมื่อบริษัทประกันภัย ฮ. มีสถานะเป็นเจ้าหนี้ค่าเบี้ยประกันภัย บริษัท ฮ. ย่อมมีสถานะเป็นลูกหนี้ในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเมื่อเกิดความเสียหาย ฉะนั้นการโอนกรรมสิทธิ์ของ บริษัท ฮ. จึงได้โอนฐานะลูกหนี้ค่าสินไหมทดแทนไปให้แก่โจทก์ ด้วยเช่นกัน เป็นผลให้บริษัท โจทก์ มีทั้งสิทธิและหน้าที่ต่อลูกค้า คือ จำเลยนั่นเอง การโอนหน้าที่ในด้านนี้เป็นการโอนสถานะ ความเป็นลูกหนี้ของบริษัท ฮ. ดังนั้น การโอนจึงต้องเป็นการเปลี่ยนลูกหนี้จากคนเก่ามาเป็นคนใหม่ ด้วยวิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เจ้าหนี้ซึ่งในที่นี้ก็คือ จำเลย จะต้องทำสัญญาตกลงกันให้โจทก์เข้ามารับภาระหนี้นี้ต่อจากบริษัทฮ. โดยที่การทำสัญญานี้จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ ขัดใจลูกหนี้เดิม แต่ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ลูกหนี้เดิม (บริษัท ฮ.) ได้เข้าทำสัญญากับลูกหนี้ใหม่ (โจทก์) เป็นหนังสือในกระบวนการโอนสิทธิและหน้าที่ทั้งนี้เจ้าหนี้ (จำเลย) ได้เข้ามาเกี่ยวข้องรับรู้ เพียงแค่ลูกหนี้ใหม่ทำการบอกกล่าวไปให้รับรู้ถึงการ โอนสิทธิและหน้าที่เท่านั้น การกระทำเช่นนี้ จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่ไม่สมบูรณ์ เนื่องจากลูกหนี้ใหม่ไม่ได้เข้าไปทำ การตกลงใดๆกับตัวเจ้าหนี้เลย แค่เพียงแจ้งเรื่องการ โอนสิทธิให้รับรู้เท่านั้น เพราะถึงแม้ว่าหลักการ แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 350 ว่าเจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่จะทำ เป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ระหว่างกันได้ จึงทำให้ดูเหมือนว่าเจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่ไม่จำเป็นต้องทำสัญญา แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็ได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วหลักสำคัญของการแปลงหนี้ ใหม่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 349 คือจะต้องทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง การเปลี่ยนตัวลูก หนี้ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสำคัญกับสัญญาแปลงหนี้ การที่บัญญัติไว้ในมาตรา 350 ว่าจะทำเป็น สัญญากับเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ก็น่าแปลความหมายได้ว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัว ลูกหนี้ นั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องเอาลูกหนี้เดิมเข้ามาเป็นคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องด้วย จะทำเป็นสัญญา ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่โดยลำพังก็เพียงพอ แต่มาตรา 350 ก็ไม่ได้ห้ามที่จะให้ลูกหนี้เดิมเข้า มาเป็นคู่สัญญาด้วย หากลูกหนี้เดิมเข้ามาเป็นคู่สัญญาพร้อมด้วยก็น่าจะเป็นผลดียิ่งกว่า เพราะลูกหนี้ เดิมจะได้เถียงว่าการแปลงหนี้ใหม่นั้นทำไปโดยฉันทนเองไม่ได้¹⁵

สรุปได้ว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ผู้เกี่ยวข้องในสัญญานี้ที่ต้องมา ตกลงร่วมกันก็คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ แต่ตามข้อเท็จจริงในปัญหาที่เกิดขึ้น เจ้าหนี้ (จำเลย) ได้รับ เพียงคำบอกกล่าวจากลูกหนี้ใหม่ (โจทก์) การบอกกล่าวจากลูกหนี้โดยหนังสือบอกกล่าวนั้นมีได้

¹⁵ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1569.

แสดงถึงเจตนาของลูกหนี้ที่จะเสนอเข้าทำสัญญาด้วยกับเจ้าหนี้ เพราะคำเสนอที่แท้จริงนั้นต้องมาจากเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่สูงไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยประสงค์ที่จะเสนอเข้าทำสัญญา ระหว่าง 2 ฝ่าย¹⁶ ความประสงค์ที่จะเสนอเข้าทำสัญญานั้นย่อมหมายความว่า เมื่อใดที่มีคำสนองแล้วสัญญาจะต้องเกิดขึ้นทันที

ดังนั้น การบอกกล่าวของโจทก์ จึงเป็นเพื่อแจ้งถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเรื่องการเปลี่ยนแปลงผู้รับผิดชอบในความเสียหายของผู้เอาประกันภัย กับการเปลี่ยนบุคคลที่เข้ามารับประกันแทน เมื่อไม่มีคำเสนอ การที่ จำเลยไม่ได้โต้แย้งเมื่อได้รับทราบถึงการ โอนดังกล่าวก็ดี ไม่ได้โต้แย้งเมื่อโจทก์ทวงถามให้ชำระเงินค่าเบี้ยประกันภัยก็ดี จึงไม่น่าที่จะเป็นคำสนอง เพราะคำสนองย่อมต้องเกิดจากการที่บุคคลผู้ที่ได้รับคำเสนอนั้น แสดงเจตนาตอบรับเข้าทำสัญญาตามที่ผู้เสนอได้เสนอมา จึงเห็นได้ว่าผู้รับคำเสนอจะต้องมีความเข้าใจถึงว่าตนจะได้เข้าทำสัญญากับผู้ที่ทำคำเสนอมามีใช่เป็นเพียงแค่มีการแจ้งบอกกล่าวมาก็ปฏิบัติตามหนังสือแจ้งเท่านั้น

เมื่อขาดคำเสนอและไม่มีคำสนอง สัญญาจึงไม่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ อันเป็นคู่กรณีที่เกี่ยวข้อในสัญญาตามมาตรา 349 จึงเกิดประเด็นปัญหาในส่วนที่ว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะมีผลเป็นเช่นไร หากมิได้มีการทำตามแบบที่กำหนดไว้

ฉะนั้นเมื่อพิจารณาตามข้อกฎหมายแล้ว โดยใช้ข้อเท็จจริงเพื่อให้เห็นปัญหาได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ตามตัวอย่างในเรื่องการโอนกรรมกรรมประกันภัย ถึงแม้สัญญาแต่เดิมที่เจ้าหนี้ (จำเลย) ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือกับลูกหนี้เดิม (บริษัทฯ) ก็ไม่ได้มีความจำเป็นเมื่อเกิดการแปลงหนี้ใหม่แล้ว เจ้าหนี้จะต้องทำสัญญาเป็นหนังสือกับลูกหนี้คนใหม่ (โจทก์) ตามแนวความคิดเห็นของท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เพียงแต่เราต้องมาพิจารณาเหตุในสัญญาที่ได้แปลงหนี้ขึ้นมาใหม่ว่า สัญญานั้นจำเป็นที่จะต้องทำกันเป็นหนังสือตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ตามมาตรา 867 วรรค 1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “อันสัญญาประกันภัยนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่” ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้จะเห็นได้ว่า กฎหมายไม่ได้บังคับว่าสัญญาประกันภัยจะต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นแต่ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือแล้วจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้เท่านั้น ฉะนั้นสัญญาประกันภัยจึงเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นด้วยการตกลงระหว่างคู่กรณี เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันแม้ไม่ได้มีหลักฐานเป็นหนังสือ สัญญาประ

¹⁶ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 371.

กันภัยก็เกิดขึ้นได้อย่างสมบูรณ์¹⁷ เช่นนี้ การทำสัญญาประกันภัยระหว่างเจ้าหนี้ยกับลูกหนี้ยใหม่ก็ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนด เพียงแต่ว่าในนิติสัมพันธ์ของเจ้าหนี้ยกับลูกหนี้ยใหม่ไม่ได้เกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์ของสัญญาแล้วหรือไม่ เพราะไม่ได้มีการทำคำเสนอและคำสนองขึ้นมา ถ้าหากสัญญาไม่ได้เกิดขึ้นจากการแปลงหนี้ยใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ยเพราะไม่ได้ทำสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องนั้นแล้ว การแปลงหนี้ยใหม่ที่มีความสมบูรณ์เพียงส่วนเดียวเช่นในกรณีตามตัวอย่างที่ยกขึ้น คือ มีความสมบูรณ์เพียงแต่การแปลงหนี้ยใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย จะทำให้การแปลงหนี้ยใหม่หรือสัญญาทั้งหมดที่คู่กรณีได้ตกลงกันมีผลเป็นอย่างไร

ในสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากแต่ละฝ่ายมีสถานะ 2 สถานะ เมื่อเกิดการแปลงหนี้ยใหม่ขึ้นจึงควรพิจารณาทั้งหลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ยใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ยและการแปลงหนี้ยใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ยซึ่งการแปลงหนี้ยใหม่ทั้งสองอย่างนั้นย่อมมีลักษณะที่แตกต่างกัน ถ้าคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องได้ทำตามสัญญาและแบบของสัญญาอย่างถูกต้องปัญหา ก็คงไม่เกิดขึ้น แต่หากการแปลงหนี้ยใหม่ส่วนใดส่วนหนึ่งไม่ว่าจะเป็นส่วนเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ยหรือส่วนเปลี่ยนตัวลูกหนี้ยมีความไม่สมบูรณ์ขึ้นมา สัญญาแปลงหนี้ยใหม่ที่ทำขึ้นผลจะออกมาเป็นอย่างไร เช่น หากคู่กรณีทำการแปลงหนี้ยใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ยแต่ไม่ได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้ตามการโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ยอื่นพึงต้องชำระโดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 306 ได้ บัญญัติไว้ ถ้าไม่ทำตามการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นก็จะไม่สมบูรณ์ หรือการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แบบที่ได้บัญญัติให้ปฏิบัติในเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ไม่ใช่เป็นเพียงเพื่อหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี แต่เป็นแบบที่กฎหมายกำหนดให้ทำ เพราะฉะนั้นการไม่ปฏิบัติตามแบบสัญญานั้นย่อมจะตกเป็นโมฆะโดยผลของกฎหมาย ทั้งนี้การโอนสิทธิเรียกร้อง นอกจากจะต้องทำตามแบบ คือ ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้ยเก่าและเจ้าหนี้ยใหม่แล้ว การบอกกล่าวหรือการให้ความยินยอมจากลูกหนี้ยก็จะต้องทำเป็นหนังสือเช่นเดียวกัน

¹⁷ จิตติ ดิงศักดิ์, คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. 2498 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2522 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยประกันภัย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 55.

หากคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดเป็นผลให้ส่วนหนึ่งตกเป็นโมฆะ การแปลงหนี้ใหม่นี้จะได้รับผลกระทบอย่างไร ซึ่งเรื่องของการตกเป็นโมฆะบางส่วนของ การแปลงหนี้ใหม่จะทำการวิเคราะห์ในส่วนต่อไป

ในหัวข้อนี้จะพิจารณาเกี่ยวกับกรณีที่สัญญาแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ตกเป็นโมฆะในบาง ส่วนเพียงแต่ว่าการทำสัญญาของกลุ่มนี้อาจไม่ได้เกิดขึ้น ซึ่งในประเด็นนี้จะเป็นไปได้เพียงแต่การ เปลี่ยนตัวลูกหนี้ในสัญญาที่ไม่ต้องมีแบบที่ทำเป็นหนังสือเท่านั้น สัญญาการแปลงหนี้ใหม่ถึงแม้ได้ แปลงหนี้ในส่วนเจ้าหนี้สมบูรณ์แล้ว แต่ปัญหาของสัญญาต่างตอบแทนที่เข้ามาเกี่ยวพันจึงทำให้ ต้องพิจารณาการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วย ตามตัวอย่างที่ยกขึ้นมาแต่ต้นแม้เจ้าหนี้เดิม (บริษัท) ได้ทำหนังสือสัญญาแปลงหนี้ใหม่ในส่วนเจ้าหนี้กับเจ้าหนี้ใหม่ (โจทก์) ได้อย่างถูกต้อง รวมทั้งบอกกล่าวการโอนสิทธินี้ไปยังลูกหนี้ด้วยหนังสือแล้ว จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยน ตัวเจ้าหนี้อย่างสมบูรณ์ มีผลบังคับตามกฎหมายได้ แต่เนื่องจากสัญญานี้เป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อพิจารณาทางด้านแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้แล้ว การกระทำที่เกิดขึ้นไม่ได้เข้าตาม ลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เนื่องจากขาดการทำสัญญาระหว่างคู่กรณีที่ เกี่ยวข้อง คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ ดังนั้นการทำสัญญาโอนภาระหนี้ระหว่างลูกหนี้เก่ากับลูกหนี้ ใหม่ก็ไม่น่าที่จะทำให้สัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เกิดขึ้นมาได้ เพราะเพียงแค่การ บอกกล่าวแจ้งเป็นหนังสือส่งให้เจ้าหนี้ในภายหลังก็ไม่น่าจะเพียงพอที่จะเกิดสัญญาขึ้นมา เมื่อการ แปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่เกิดสัญญาขึ้นมา ทำให้มีเพียงแต่ความสมบูรณ์ของการ แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนจึงมีบางส่วนที่ ไม่สมบูรณ์ และความไม่สมบูรณ์นี้จะทำให้สัญญาการแปลงหนี้ใหม่ทั้งหมดบังคับใช้ได้หรือไม่

ตามบทบัญญัติมาตรา 351 ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าหนี้อันจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนี้ ใหม่ นั้นมิได้เกิดขึ้นก็ดี ได้ยกเลิกเสียเพราะมูลแห่งหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุอย่างใด อย่างหนึ่งอันมิรู้ถึงคู่กรณีก็ดี ท่านว่าหนี้เดิมนั้นก็ยังหาระงับสิ้นไปไม่” การแปลงหนี้ใหม่คือการที่ นำหนี้ใหม่มาบังคับแทนหนี้เดิม แต่ถ้าหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นนั้นไม่สมบูรณ์จากเหตุอันใดก็ตามหรือหนี้ ใหม่เกิดขึ้นแล้วแต่ถูกยกเลิกเพราะเหตุใดๆหนี้เก่าก็ยังคงไม่ระงับ ลูกหนี้เก่าก็ยังคงมีหน้าที่ในการ ชำระหนี้อยู่ตามเดิม¹⁸ ฉะนั้น การที่แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้แล้วสัญญาไม่ได้เกิดขึ้น

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2503), หน้า 247 ; เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบาย

นั่นก็น่าจะตีความได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ไม่มีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน เมื่อเกิดความไม่สมบูรณ์เช่นนี้ลูกหนี้เก่า (บริษัท ฮ.) ก็น่าจะยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้ค่าชดใช้สินไหมทดแทนให้แก่ลูกหนี้ ส่วนของลูกหนี้ใหม่กับเจ้าหนี้จึงไม่มีนิติสัมพันธ์ในการที่ลูกหนี้ใหม่จะต้องรับผิดชอบในภาระหนี้ที่รับโอนมาของตน ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็เคยมีคำวินิจฉัยจากคำพิพากษาฎีกาที่ 2472 ถึง 2474/2419 หนี้ที่เกิดจากสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอื่นต่อไปนั้น จะใช้วิธีการแบบโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 หาได้ไม่ กรณีเป็นเรื่องแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ต้องบังคับตาม ป.พ.พ. มาตรา 350 ก็จะต้องทำสัญญาต่อกัน ฉะนั้นแม้โจทก์จะได้รับโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจะซื้อขายที่ดินระหว่างบุคคลภายนอกกับจำเลยและได้แจ้งการโอนให้จำเลยทราบแล้วก็ตาม หากโจทก์จำเลยมิได้ทำสัญญากันใหม่ โจทก์ก็ไม่มีนิติสัมพันธ์กับจำเลยแต่อย่างใด

แต่เนื่องจากว่าการแปลงหนี้ใหม่เป็นเจตนาที่คู่กรณีประสงค์ที่จะระงับหนี้เดิมที่มีอยู่ ดังนั้นเมื่อภาระหนี้ต้องย้อนกลับไปยังลูกหนี้คนเดิมการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วนั้น จึงย่อมเหมือนการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนซึ่งแนวบรรทัดฐานศาลฎีกาไม่ได้เห็นชอบที่สัญญาต่างตอบแทนจะโอนไปได้เพียงแก่สิทธิและยังคงในส่วนภาระหนี้ไว้ตามเดิม ถ้าพิจารณาตามแนวคำพิพากษาฎีกาแล้วนั้นคู่สัญญาก็จะไม่สามารถที่จะบังคับอะไรกันได้เลย เมื่อสัญญาเดิมเป็นสัญญาต่างตอบแทน การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโอนสิทธิให้บุคคลภายนอกจึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่(คำพิพากษาฎีกาที่ 3533/2525) หนี้ที่เกิดจากสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วย การโอนสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอื่นต่อไปนั้น จะใช้วิธีแบบการโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 หาได้ไม่

หากยึดการพิจารณาตามแนวคำพิพากษาฎีกาโดยท้ายที่สุดและสัญญาที่ทำกันทั้งหมด ก็ไม่สามารถที่จะใช้บังคับได้ตามกฎหมายคู่สัญญาจึงกลับสู่สภาพเดิมก่อนการทำสัญญา อันไม่เป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญา ดังนั้นแนวความคิดของคำพิพากษาฎีกาจึงได้ถูกโต้แย้งจากหมายเหตุท้ายคำพิพากษาอยู่เสมอ ตามความเห็นที่ได้แย้งนั้นได้เสนอการวินิจฉัยสถานะของคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนให้แยกออกจากกัน คือแม้คู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนจะมีทั้งสิทธิและหน้าที่ในบุคคล

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 313.

คนเดียวกัน การที่คู่สัญญาจะโอนสิทธิหรือหน้าที่ไปนั้นก็ควรพิจารณาเป็นคนละส่วนแยกต่างหากจากกันได้ หากคู่สัญญาจะตกลงทำสัญญากัน โอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 ก็มีได้ยกเว้นมิให้โอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน ยกเว้นเสียแต่ในกรณีที่สภาพแห่งสิทธิไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ ในความเป็นจริงแล้วอาจมีกรณีที่ผู้ซื้อจะโอนสิทธิของเขาไปเพียงอย่างเดียว แต่หากคำพิพากษาได้วางแนวบังคับให้จะต้องมีการแปลงหนี้ใหม่ไปเสียทั้งหมดย่อมจะเป็นการตัดสิทธิของเขา เพราะผู้ซื้อจะทำตามเจตนาของเขาไม่ได้ ทั้งที่กฎหมายก็เปิดช่องให้ผู้ขายสามารถบังคับชำระราคาเอาจากผู้ซื้อได้อยู่ดังเดิมรวมทั้งยังมีผู้รับโอนสิทธิที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ของตนเอง อาจเข้าทำการชำระราคาตามมาตรา 314 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ เพราะตามลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้¹⁹ ทุกฝ่ายจึงย่อมต้องรักษาผลประโยชน์ของตนอันเป็นเรื่องธรรมดา

ท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า

“สำหรับสิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่สัญญาต่างตอบแทนซึ่งยังไม่ได้ปฏิบัติต่อกันนั้น คงไม่มีประโยชน์อะไรที่จะโอนกัน เพราะสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ เมื่อจะโอนได้แต่สิทธิ หน้าที่โอนไม่ได้ การที่จะโอนสิทธิเรียกร้องไป ก็เท่ากับตัดทางได้ประโยชน์ของตนเอง คงไว้แต่หน้าที่ความรับผิดชอบไม่มีใครจะทำดังนั้น แต่ถ้าจะต้องการโอนสิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่สัญญาต่างตอบแทน โดยไม่ยอมเป็นฝ่ายรับผิดชอบต่อไป ก็อาจทำได้ โดยการทำการโอนสิทธิพร้อมทั้งแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350 แต่การทั้งนี้จะสำเร็จได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ยินยอมทำสัญญาด้วยจะโอนหน้าที่ความรับผิดชอบไปโดยลำพัง”²⁰

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3533/2525

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1241-1242.

ในความเห็นของท่านอาจารย์ จิตติ ดิงสภักดิ์ ก็ได้หมายเหตุในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนในท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1603/2527 ว่า

“ในปัญหาทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาและหนี้ที่โอนกันนั้นเห็นจะต้องทำความเข้าใจกันเริ่มตั้งแต่ความแตกต่างระหว่างสภาพของสัญญากับสภาพของหนี้ ซึ่งเข้าใจว่าตรงนี้ความเข้าใจไม่ตรงกัน เป็นมูลให้ความเห็นในกฎหมายแตกต่างไม่สามารถเข้าใจตรงกันได้ ที่ต้องทำความเข้าใจในที่นี้คือสัญญากับหนี้นั้นไม่ใช่อันหนึ่งอันเดียวกันแต่เกี่ยวข้องกัน โดยสัญญาเป็นแต่เพียงมูลแห่งหนี้ไม่ใช่ตัวหนี้เอง หนี้เป็นผลที่เกิดจากสัญญาแต่ไม่ใช่ตัวสัญญาเอง เพียงแต่คู่กรณีมีหนี้ต้องชำระกันอย่างไรบ้าง ก็ดูจากสัญญาว่าก่อให้เกิดความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้กันเป็นวัตถุแห่งหนี้อย่างไรบ้าง ซึ่งเจ้าหนี้เรียกเอาได้โดยอาศัยมูลหนี้แห่งหนี้ สัญญาในเรื่องมีอันเดียว แต่เป็นมูลให้เกิดหนี้หลายอย่าง เช่น โอนหนี้ มีทั้งโอนสิทธิเรียกร้อง โอนความรับผิดที่ต้องชำระหนี้ โอนทรัพย์สินที่ไม่ใช่หนี้ แต่ต้องโอนกรรมสิทธิในอาคาร เครื่องตกแต่งของใช้อื่นๆ ให้แก่กัน ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่ใช่บุคคลสิทธิ แต่เป็นทรัพย์สินโดยแท้ ด้วยเหตุนี้จึงจะมองแต่เพียงว่าการโอนกิจการมีการโอนความรับผิด เลยก้อเอาว่าอย่างนี้เป็นการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ต้องทำเป็นสัญญากับลูกหนี้คนใหม่ ตาม มาตรา 349 , 350 เห็นจะถูกแต่เพียงในส่วนที่เป็นการโอนความรับผิดเท่านั้น แต่ในส่วนที่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องและโอนทรัพย์สินอื่นๆ คงจะว่าถูกไม่ได้”²¹

ฉะนั้นจะพิจารณาแค่การเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่ได้ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่ การโอนกิจการโดยสัญญาเลยใช้ไม่ได้ไปทั้งหมด จึงเห็นได้ว่าเป็นคนละเรื่องเอามาวินิจฉัยเป็นเรื่องเดียวกันไม่ได้ แปลงหนี้ใหม่เป็นเรื่องระงับหนี้คือชำระเบีย้ประกันภัย เป็นคนละเรื่องกับมูลแห่งหนี้ คือสัญญาประกันภัย การเปลี่ยนตัวผู้ชำระเบีย้ประกันภัยไม่มีผลให้สัญญาประกันภัยเปลี่ยนแปลงไป ที่เอามาวินิจฉัยเป็นเรื่องเดียวกันก็เห็นจะเป็นเพราะเข้าใจคำว่าสัญญากับหนี้เป็นอัน

²¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1241-1242.

เดียวกันนั่นเอง ทั้งที่สัญญาที่คือมูลแห่งหนี้ สัญญาอันหนึ่งเป็นมูลให้เกิดหนี้หลายอันก็ได้ เช่นในเรื่องนี้ สัญญาโอนกิจการทำให้เกิดหนี้หลายอัน เป็นต้นว่าหนี้ที่ต้องเสียรับประกันภัย คือ ชำระค่าสินไหมทดแทนถ้าหากเกิดวินาศภัยขึ้น โจทก์เข้าเป็นลูกหนี้แทนบริษัทเดิม หนี้ชำระเบี้ยประกันภัยจำเลยเป็นลูกหนี้ โจทก์รับ โอนสิทธิเรียกร้องเข้าแทนที่บริษัทเดิมซึ่งเป็นเจ้าหนี้ และคงมีหนี้อื่นๆของบริษัทเดิมอีกเป็นอันมากซึ่งไม่เกี่ยวกับจำเลย รวมทั้งต้องโอนทรัพย์สินซึ่งอาจต้องจดทะเบียนเพื่อความบริบูรณ์ตาม มาตรา 1299 ด้วย เหตุนี้จึงเอาเหตุที่มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จากบริษัทผู้โอนมาเป็นโจทก์ในหนี้รายที่จำเลยเป็นเจ้าหนี้มาเป็นเหตุอ้างว่ากรณีทั้งหมดเป็นการแปลงหนี้ใหม่ จึงถูกแต่เพียงส่วนหนึ่งของสัญญาโอนกิจการ คือเฉพาะหนี้ที่จำเลยเป็นเจ้าหนี้ถ้าหากมีกรณีเช่นนี้อยู่ด้วยเท่านั้น คือหนี้ที่จะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนเมื่อเกิดวินาศภัยขึ้น ซึ่งในข้อนี้ก็ปัญหาตามมาตรา 875 ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป และในที่สุดก็คงเป็นที่แน่ชัดว่ากรณีนี้ไม่มีวินาศภัยเกิดขึ้นแล้ว

โดยเฉพาะที่โจทก์ฟ้องนี้เป็นหนี้ค่าเบี้ยประกันภัยค้างส่ง เป็นสิทธิเรียกร้องที่โจทก์รับ โอนมาในฐานะเป็นเจ้าหนี้เปลี่ยนจากบริษัทผู้รับประกันภัยเดิมมาเป็นโจทก์เป็นเจ้าหนี้คนใหม่ จำเลยเป็นลูกหนี้ที่อยู่ตามเดิม เมื่อสัญญาโอนกิจการต้องพิจารณาเฉพาะหนี้เป็นรายๆแล้ว ในส่วนที่โจทก์ฟ้องให้ชำระเบี้ยประกันภัยนี้ก็ไม่ใช่เรื่องโอนความรับผิด แต่เป็นเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งแม้ในสัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็ต้องทำตามลักษณะโอนสิทธิเรียกร้อง คือทำเป็นหนังสือและแจ้งการโอนเป็นหนังสือแล้ว โจทก์ฟ้องให้จำเลยชำระหนี้ส่วนนี้ก็ไม่น่าจะจะมีข้อขัดข้องไม่เกี่ยวกับโอนความรับผิดคือหนี้ที่ต้องชำระค่าสินไหมทดแทนเมื่อเกิดวินาศภัยอย่างไร ส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาต่างตอบแทนนั้น ถ้าโจทก์ไม่ชำระหนี้ที่โจทก์ต้องชำระในฐานะที่เป็นลูกหนี้หากจะมีหนี้ที่ต้องชำระ จำเลยก็ยกขึ้นต่อสู้ไม่ชำระหนี้ของจำเลยได้ไม่เป็นเหตุที่จะอ้างเลยไปว่าไม่มีการโอนสิทธิเรียกร้อง ตัวอย่างง่ายๆเช่นซื้อขายที่ดินเป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้ซื้อ โอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้รับโอน โดยทำการโอนที่ดินถูกต้องตามมาตรา 306 ผู้รับโอนก็ควรต้องได้สิทธิของผู้ซื้อและใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายโอนที่ดินได้โดยที่หนี้เดิมไม่ระงับ เพราะไม่ใช่แปลงหนี้ใหม่ แม้จะต้องชำระราคาค่าซื้อ นั่นก็เป็นหนี้อีกอันหนึ่งซึ่งผู้ซื้อกลับเป็นลูกหนี้ ถ้าจะต้องชำระราคาตอบแทนตาม มาตรา 369 หากผู้รับโอนไม่ชำระราคาซึ่งผู้ซื้อต้องชำระ ผู้ขายก็ยกขึ้นต่อสู้ไม่โอนที่ดินให้ผู้ซื้อและผู้รับโอนได้ แต่ถ้าการชำระจะทำได้ภายหลัง เช่น ขายเชื่อ ยังไม่ถึงเวลาที่ผู้ซื้อต้องชำระราคา ผู้ขายก็ยกขึ้นต่อสู้ไม่ได้ตามมาตรา 369 นั่นเอง กรณีเช่นนี้ผู้ขายจะอ้างความเสียหายอย่างไรไม่ได้ เพราะการที่ผู้ขายตกลงให้ผู้ซื้อชำระราคาได้ภายหลังการโอนผู้ขายต้องคิดถึงฐานะของผู้ซื้อคืออยู่แล้วว่าพอที่จะขายเชื่อให้ได้ แม้ผู้ซื้อจะโอนสิทธิเรียกร้องแก่ผู้รับโอนไป ความรับผิดหรือหนี้ที่ต้องชำระราคาก็มิได้โอนตามไปด้วย ผู้ซื้อเดิมถ้าไม่ทำให้ถูกตามเรื่องเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่จะต้องชำระราคา ผู้ซื้อก็ยังเป็นลูกหนี้อยู่

เพราะไม่เข้าลักษณะที่หนี้เดิมระงับไป เพราะแปลงหนี้ใหม่ ถ้าผู้ซื้อยังไม่ชำระราคาผู้ขายจะยึดหลักทรัพย์สินที่ขายไว้ได้ตาม มาตรา 468 ก็ต่อเมื่อไม่ได้กำหนดเวลาชำระราคาไว้ก่อนเท่านั้น

กรณีตามตัวอย่างเรื่องซื้อขายอันเป็นสัญญาต่างตอบแทนนี้ ศาลวินิจฉัยในตอนหลัง เปลี่ยนไปจากที่เคยวินิจฉัยว่าโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ ได้แค่แปลงหนี้ใหม่ ปัญหาที่กล่าวมาคงไม่เกิดขึ้น แต่ผลก็คือตัดเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลไป ผู้ซื้ออาจประสงค์โอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่ต้องอาศัยความตกลงยินยอมของผู้ขายเพราะผู้รับโอนรับภาระในการชำระราคาได้อยู่แล้ว

ปัญหาเรื่องแปลงหนี้ใหม่ตามที่กล่าวมาแล้วคงเข้าใจได้ว่าสัญญาอันหนึ่งเป็นมูลแห่งหนี้ก่อให้เกิดหนี้ได้หลายประการ ซึ่งในสัญญาต่างตอบแทนก็เป็นที่ชัดเจนอยู่ว่ามีหนี้หลายรายที่คู่สัญญาต่างกลับกันเป็นเจ้าของหนี้คนละฐานะ การแปลงหนี้ใหม่ เช่นเปลี่ยนตัวลูกหนี้ จำเป็นต้องทำก็ต่อเมื่อต้องการให้ลูกหนี้เดิม เช่นจะต้องใช้ราคาหลุดพ้นความรับผิดไป ถ้าไม่ต้องการถึงกับให้ลูกหนี้เดิมคือผู้ซื้อหลุดพ้นความรับผิดไปเพียงแต่ผู้รับโอนเข้าใช้หนี้แทนผู้ซื้อเดิมตามมาตรา 314 ก็ทำได้ และในกรณีที่ต้องการให้ผู้ซื้อเดิมพ้นความรับผิดไป โดยผู้รับโอนเข้าเป็นลูกหนี้แทนก็เป็น การแปลงหนี้ใหม่เฉพาะหนี้ที่ต้องชำระราคาซื้อเท่านั้นหนี้ที่ต้องชำระราคาจะระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยเกิดหนี้ใหม่คือผู้รับโอนเปลี่ยนตัวเข้ามาเป็นลูกหนี้แทนผู้ซื้อเดิมหนี้ส่วนอื่นๆ เช่นที่ผู้ซื้อเป็นเจ้าของหนี้ในการเรียกให้ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ในฐานะลูกหนี้ก็คงมีอยู่ตามเดิม ไม่จำเป็นอย่างไรที่จะต้องแปลงหนี้ใหม่หมดทั้งสัญญาซื้อขาย รวมไปถึงหนี้ที่ไม่ต้องการจะเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมด้วย ผู้ซื้อโอนสิทธิตามสัญญาซื้อขายไป หนี้เดิมในการที่จะเรียกให้โอนทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย จะยังอยู่ตามเดิมก็ได้ หากต้องการเปลี่ยนเฉพาะตัวผู้ชำระราคาเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องให้สัญญาซื้อระงับไปทั้งหมดเพราะการแปลงหนี้ใหม่ด้วย ซึ่งอาจมีผลเช่นอายุความคงอยู่ตามหนี้เดิม ไม่ต้องนับกันใหม่ถ้าหากมีการแปลงหนี้ใหม่ ถ้ามีการค้ำประกันผู้ขายในความรับผิดของผู้ขาย การค้ำประกันก็คงอยู่ตามหนี้เดิม ไม่ระงับไปเพราะแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ผู้ชำระราคาเช่นเดียวกัน

จากความเห็นของหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาและความคิดเห็นของท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ทำให้ทราบว่าแม้สัญญาต่างตอบแทนจะมีลักษณะเสมือนหนึ่งเป็นสัญญาเดียว แต่ด้วยคุณลักษณะของสิทธิและหน้าที่ที่อยู่ร่วมกันภายใต้สัญญาอันเดียวกันนี้ ก็ใ้จะนำมาแยกสิทธิและหน้าที่ออกจากกันได้ ดังนั้นหากคู่สัญญามีเจตนาที่จะทำการ โอนสิทธิเรียกร้องเพียงประการเดียว หรือจะทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องและแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไปใน

เวลาพร้อมกันก็ควรที่จะทำได้ เพียงแต่ในประการเช่นนี้ท่านอาจารย์ จุฑา กุลบุศย์ เคยให้สัมภาษณ์ไว้ว่า

“การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่างตอบแทน นั้นกระทำได้ แต่ควรพิจารณาให้ดีว่า บางกรณีที่ใช้คำว่า โอนสิทธินั้นด้วยความมุ่งหมายเป็นการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ไปทั้งหมด ดังนี้ย่อมมีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ และ กรณีการโอนสิทธิกับโอนหน้าที่ นั้นมีลักษณะใกล้เคียงกันมาก ย่อมต้องคู่กรณีและเจตนาของคู่กรณีเป็นหลัก”²²

ในปัจจุบันธุรกรรมต่าง ๆ ต้องกระทำอย่างรวดเร็ว ปัจจัยหนึ่งของการดำเนินธุรกรรมคือ ความสะดวก คล่องตัวในการโอนย้ายไม่ว่าจะเป็นเงินหรือทรัพย์สิน เพื่อให้ตามทันสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน จึงมีแนวทางปฏิบัติลูกหนี้ของธนาคารที่มักจะทำการโอนสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างรับเหมาก่อสร้างให้แก่ธนาคารเป็นการชำระหนี้ มิฉะนั้นธนาคารอาจจะปฏิเสธการให้กู้ยืมในครั้งต่อไปได้ กรณีนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าลูกหนี้โอนสิทธิเรียกร้องได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวก็เป็นสิทธิตามสัญญาต่างตอบแทน²³

ตามแนวความคิดเห็นของท่านอาจารย์และนักวิชาการทำให้สามารถวิเคราะห์ได้ว่า แม้การโอนสิทธิและการโอนหน้าที่จะเป็นสิ่งที่พึงกระทำในบุคคลคนเดียวกันแต่ในความเป็นจริงแล้วเป็นส่วนที่สามารถแยกต่างหากออกจากกันได้ ไม่จำเป็นที่จะต้องยึดทั้ง 2 ส่วนติดกันดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่จะต้องการให้ผู้โอนตามสัญญาต่างตอบแทนโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ไปในคราวเดียวด้วยวิธีการแปลงหนี้ใหม่ แม้วิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องกระทำตามลักษณะการโอนแบบโอนสิทธิเรียกร้อง ทั้ง 2 บทบัญญัตินี้ก็หาใช้สิ่งเดียวกันไม่ เหมือนที่ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เคยให้ความเห็นว่า

²² ไกรวัล ชุ่มวัฒนะ, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง, (วิทยานิพนธ์ของการศึกษาลัทธิศาสตรปริชญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 133.

²³ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 374.

“จะเอาการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 ใน
สัญญาต่างตอบแทนมาเป็นการแปลงหนี้ตามมาตรา 349,
350 กลายเป็นเอาเหตุไปเป็นผล เอาผลไปเป็นเหตุ”²⁴

แม้ 2 บทบัญญัติจะต้องดำเนินไปในวิธีการที่เหมือนกัน แต่ลักษณะของทั้ง 2 บทบัญญัติก็ยังคงมีความแตกต่างตั้งแต่เจตนาเริ่มต้นของคู่สัญญาเพราะหากคู่สัญญาเลือกที่จะใช้วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง นั้นอาจตีความได้ว่าคู่สัญญายังคงมีเจตนาที่จะรักษาสภาพหนี้เดิมไว้มิให้ระงับหมดไป เมื่อทำการโอนไปให้แก่ผู้รับโอนแล้ว แต่หากคู่สัญญาเลือกที่จะทำการโอนสิทธิแบบการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ คู่สัญญาอาจมีเจตนาที่จะระงับหนี้ที่มีอยู่เดิมก็เป็นได้ ทั้งนี้ไม่ว่าการแปลงหนี้ใหม่หรือการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมต้องขึ้นอยู่กับหลักการอย่างเดียวกันในเบื้องต้นคือหลักเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนา ซึ่งเป็นเสรีภาพในการทำสัญญา คือ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือสัญญาต่าง ๆ ได้ เพียงแต่การแสดงเจตนาทำนิติกรรมจะต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อบุคคลมีสิทธิเสรีภาพที่จะทำสัญญาภายใต้กรอบของกฎหมาย การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนเพียงอย่างเดียวก็ควรที่จะสามารถกระทำได้นอกจากนั้นถ้าจะพิจารณาในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ตามแนวความคิดของกฎหมายโรมันในยุคสมัยกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนซึ่งเป็นยุคทองของกฎหมายโรมันอันเป็นรากฐานต่อมาของระบบกฎหมาย Civil law การแปลงหนี้ใหม่ก็ไม่ได้พิจารณาเพียงแค่มิมีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของหนี้เดิมนั้น หากแต่ยังต้องประกอบไปด้วยการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งของผู้ที่จะทำการแปลงหนี้ใหม่ว่าตนมีความประสงค์ที่จะทำการแปลงหนี้ใหม่ ทำให้เห็นว่าการพิจารณาเจตนาเป็นสิ่งสำคัญมาตั้งแต่สมัยโรมัน ดังนั้นตามประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น ในกรณีที่คู่สัญญาได้ทำการโอนสิทธิและหน้าที่ไปให้แก่ผู้รับโอนโดยที่การโอนสิทธิได้กระทำถูกต้องตามแบบพิธีการ แต่การโอนหนี้ซึ่งตามกฎหมายจะต้องทำสัญญาในวิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่เกิดขึ้น แม้การโอนจะกระทำเป็นสัญญาในครั้งเดียวกัน ก็น่าที่จะสามารถแยกการโอนสิทธิและการโอนหนี้ออกจากกันได้

ฉะนั้นเมื่อสัญญาในการโอนสิทธิมีความสมบูรณ์ถูกต้องตามแบบพิธีการมาตรา 306 คู่สัญญาจึงควรที่จะใช้บังคับตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องได้ตามที่แสดงเจตนาไว้ แม้สัญญานั้นจะเป็นสัญญาที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนก็ตาม และหากคู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะโอนหนี้จากลูกหนี้เดิมไปยังลูกหนี้ใหม่ ประการนี้ลูกหนี้ใหม่อันเป็นผู้เกี่ยวข้องตามสัญญาที่จะเกิดขึ้นใหม่จะต้อง

²⁴ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 3533/2525

ไปทำความเข้าใจกับเจ้าหนี้ที่จะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งอาจทำให้เกิดความสับสนยิ่งขึ้นเพราะแต่เดิมนั้นลูกหนี้เดิมก็มีความประสงค์ที่จะโอนหนี้ไปพร้อมสิทธิของตนอยู่แล้ว หากลูกหนี้ใหม่ทำการตกลงกับเจ้าหนี้ได้ ก็คงจะไม่มีปัญหาในส่วนของแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ที่กระทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมเป็นแน่แท้ แต่หากลูกหนี้ใหม่ไม่สามารถตกลงที่จะทำการแปลงหนี้ใหม่กับเจ้าหนี้ได้ ตามมาตรา 369 อันเป็นลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ 3 แม้มีเพียงสิทธิเรียกร้องที่ได้รับโอนมาก็สามารถเข้าชำระหนี้แทนผู้โอนสิทธิมาได้ตามมาตรา 314 อันเป็นการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก นอกจากนั้นบุคคลผู้เข้าชำระหนี้แทนนี้ แม้เป็นบุคคลภายนอกแต่ก็ถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียเพราะหากตนไม่ชำระหนี้ไป ก็จะไม่สามารถบังคับตามสิทธิที่ได้โอนมาโดยการโอนสิทธิเรียกร้อง การปฏิบัติการชำระหนี้เช่นนี้จึงทำให้เกิดความสมบูรณ์ในลักษณะสัญญาต่างตอบแทน คือเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้และลูกหนี้ก็สามารถบังคับตามสิทธิของตนได้ในสถานะเจ้าหนี้เช่นเดียวกัน ซึ่งการพิจารณาเช่นนี้เป็นลักษณะเดียวกับความเห็นของศาลสูงของรัฐมิชิแกน ประเทศสหรัฐอเมริกา ระหว่าง โจทก์ คือ Glennie I. Epland และ Dale L. Epland ซึ่งทำการฟ้องจำเลย บริษัทตัวแทนประกันภัย Meade, บริษัทประกันภัย Lumbermens Mutual Casualty, บริษัทประกันภัย Reserve Life และบริษัทประกันภัย National Financial ดังข้อเท็จจริงต่อไปนี้ Glennie และ Bernie Epland ได้ซื้อกรมธรรม์ประกันสุขภาพกับบริษัท Lumbermens Mutual Casualty ซึ่งลักษณะของจะเป็นสัญญาต่อเนื่องจนกว่าจะมีการบอกเลิกสัญญา ทั้งนี้ตามสัญญาอาจมีการเปลี่ยนแปลงค่าเบี้ยประกันภัยได้ ในปี 1987 กรมธรรม์นี้ก็ถูกโอนให้แก่บริษัทประกันภัย Reserve Life ซึ่งสัญญาการโอนนี้ได้มีการทำเป็นหนังสือสัญญาระหว่างบริษัท Lumbermens Mutual Casualty กับบริษัทประกันภัย Reserve Life ผู้รับ โอน โดยบริษัท Reserve Life ได้ส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้เอาประกัน เพื่อบอกกล่าวการโอนกรมธรรม์กับ Glennie และ Bernie โดยหนังสือบอกกล่าวได้แจ้งถึงความคุ้มครองที่ยังคงตามสัญญาเดิมไว้ และการส่งค่าเบี้ยประกันภัยมายัง บริษัทประกันภัย Reserve Life แทนบริษัทเดิม ซึ่งต่อมา Eplands ก็ได้ส่งค่าเบี้ยประกันภัยให้แก่ บริษัทประกันภัย Reserve Life

ในปี 1990 กรมธรรม์ของ Eplands ได้ถูกโอนอีกครั้งจากบริษัทประกันภัย Reserve Life ไปยังบริษัทประกันภัย National Financial ผู้รับ โอน โดยผู้รับ โอนได้ทำหนังสือบอกกล่าวไปยัง Eplands ผู้เอาประกัน ดังเช่นที่บริษัท Reserve ได้เคยทำ แต่ครั้งนี้ Eplands ตัดสินใจที่จะหาบริษัทประกันภัยอื่น โดยการให้บริษัท National Financial เสนอชื่อตัวแทนประกันภัยให้แก่ตน บริษัท National Financial ได้เสนอชื่อของ William D. Meade และโดยการกระทำผ่าน Meade นั้นเอง Eplands ได้หาบริษัทประกันภัยใหม่และยินยอมที่จะให้การ โอนสัญญากรมธรรม์ระหว่างบริษัท

ประกันภัย Reserve Life และบริษัทประกันภัย National Financial ตกไปโดยการไม่จ่ายค่าเบี้ยประกันภัย ข้อพิพาทที่เกิด คือ บริษัท Lumbermens Mutual Casualty ซึ่งเป็นบริษัทแรกนั้นฟื้นความรับผิดชอบในการเรียกร้องค่าเสียหายตามกรมธรรม์ประกันภัยหรือไม่²⁵ โดยศาลมีความเห็นว่า

“ตามหลักทั่วไปแล้วคู่สัญญาสามารถที่จะโอนสิทธิของตนทั้งหมดให้แก่บุคคลอื่นได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หากเป็นการโอนในภาระหนี้ภายใต้สัญญาแล้วคู่สัญญาไม่สามารถที่จะโอนไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ การยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายในการโอนหนี้ให้บุคคลอื่นย่อมถือได้ว่าเข้าอยู่ในลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งการแปลงหนี้ใหม่เช่นสัญญานี้จะต้องให้คู่สัญญาทุกฝ่ายเข้าร่วมตกลงยินยอม และความยินยอมที่จะระงับไปซึ่งหน้าที่ของคู่สัญญาที่เป็นผู้โอนนั้นจะเป็นความยินยอมอย่างแท้จริงจากการแสดงเจตนาในสัญญา ดังนั้นตามความคิดเห็นของผู้เขียน ไม่ว่าคู่สัญญาจะทำสัญญาโอนหนี้หรือโอนสิทธิก่อนก็หน้าที่จะสามารถทำได้ เพราะธุรกรรมในปัจจุบันต้องการความสะดวกคล่องตัวในการดำเนินไปอย่างเท่าทันสถานะเศรษฐกิจโลก หากมาบังคับที่จะต้องทำนิติกรรม 2 แบบในคราวเดียวกันอาจเป็นความยุ่งยาก เพราะการจะทำการโอนสิทธิหรือหนี้ในคราวเดียวกัน ไม่ว่าจะทำการโอนสิทธิไปด้วยวิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก็ตาม รวมทั้งการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้แบบพิธีการเหล่านี้จะต้องมีคู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่ายมาตกลงทำสัญญากันทั้งหมดในคราวเดียวกัน ซึ่งก็ได้หมายความว่าคู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่ายจะต้องเป็นบุคคลเพียงแค่ 3 คนที่ทำการตกลง เพราะคู่สัญญาอาจหมายถึงกรรมการบริษัทที่จะสามารถลงนามการตัดสินใจในข้อสัญญานั้นได้ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจึงอาจเป็นกลุ่มคนที่ต้องมาร่วมกันตกลงพิจารณาในข้อสัญญานั้น ๆ กระบวนการนี้จึงสร้างความซับซ้อนและล่าช้าในการดำเนินธุรกรรมทางพาณิชย์เป็นอย่างยิ่ง อันเป็นการไม่สมควรที่จะนำมาบังคับใช้ในสภาพสังคมและเศรษฐกิจของปัจจุบันอีกต่อไป

อนึ่ง ตามที่ท่านอาจารย์ จุฑา กุลบุศย์ ได้ให้ความเห็นในส่วนที่ว่าหากคู่สัญญาทำการโอนทั้งสิทธิและหนี้ไปในคราวเดียวกันน่าที่จะเป็นวิธีการแปลงหนี้ใหม่ไปเสียทั้งหมด²⁶

ตามความเห็นนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ท่านอาจารย์ให้ความเห็นไปในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่เนื่องจากพิจารณาว่าการที่คู่สัญญาได้ทำการโอนทั้งสิทธิและหนี้ไปในคราวเดียวกันนั้นย่อมแสดงถึงเจตนาที่คู่สัญญาต้องการมีความผูกพันในส่วนหนึ่งนั้นอีก ด้วยเจตนาของคู่สัญญา

²⁵ <http://www.findlaw.com>.

²⁶ ไกรวัล ชุ่มวัฒนะ, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง, (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 133.

เช่นนี้ก็ น่าจะตีความได้ว่าคู่สัญญาต้องการระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ทุกด้านที่เกี่ยวข้องในหนี้ นั้น เมื่อเจตนาของคู่สัญญาเป็นไปในทางระงับแห่งสิทธิและหน้าที่ คู่สัญญาก็ควรที่จะทำสัญญากันอย่างชัดแจ้ง เพื่อป้องกันเจตนาโดยวิธีการแปลงหนี้ใหม่ทั้งเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่ก็น่าจะหมายความว่ารวมถึงการที่ต้องทำสัญญาในคราวเดียวกัน ดังนั้น แม้คู่สัญญาจะมีเจตนาทำสัญญาเป็นการแปลงหนี้ใหม่ทั้งหมดแล้ว ก็ควรที่จะสามารถแบ่งแยกการทำสัญญาทั้งหมด ที่ได้คนละคราว เช่นเดียวกับการ โอนสิทธิเรียกร้องเช่นกัน

4.1.2.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากความเป็นโมฆะ

กรณีที่จะก่อให้เกิดผลที่เป็น โมฆะของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนมีด้วยกัน 2 ทาง คือ

ก) เกิดจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ไม่ได้ทำตามแบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง

ตามมาตรา 306 การโอนสิทธิเรียกร้องเจ้าหนี้เก่าและเจ้าหนี้ใหม่จะต้องทำหนังสือตกลงกันในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่ถึงแม้ว่าผู้โอนกับผู้รับโอนจะได้ทำหนังสือกันอย่างถูกต้องแล้ว ก็หาใช่ว่าผู้รับโอนจะนำเพียงหนังสือที่ทำกันนั้น ไปยื่นกับบุคคลภายนอก หรือลูกหนี้ได้ แต่ผู้รับโอนจะต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวหรือให้ลูกหนี้ยินยอมเป็นหนังสือถึงจะใช้อ้างกับลูกหนี้และบุคคลภายนอกได้ เพราะเจตนาของกฎหมายต้องการให้บุคคลภายนอกที่นอกเหนือจากเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ร่วมรับรู้ เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องประเภทนี้เป็นการโอนสิทธิในหนี้อื่นที่จะพึงชำระต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง จึงเป็นไปได้ยากที่บุคคลภายนอกจะได้ล่วงรู้ถึงนิติสัมพันธ์นี้

แต่หากจะกล่าวถึงการ โอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน เนื่องจากประเทศเยอรมันไม่มีหลักในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เมื่อต้องการที่จะทำการโอนสิทธิของตนไปคู่สัญญาจึงต้องทำตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ในส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องในประเทศเยอรมันโดยทั่วไปแล้วสัญญาไม่ต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร เว้นแต่เป็นการโอนไปซึ่งหนี้ในส่วนในเรื่องจำนองเท่านั้น ถึงแม้คู่สัญญาที่ทำการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างกัน แต่ก็ยังคงต้องแจ้งการโอนไปยังลูกหนี้เพื่อให้ลูกหนี้ได้รับรู้ว่าผู้ถือสิทธิได้มีการ

เปลี่ยนแปลงแล้ว แต่ลูกหนี้ก็ไม่ได้มีสิทธิที่จะคัดค้านการ โอนสิทธิเรียกร้องนั้นเช่นเดียวกับลักษณะของกฎหมายไทย ผลจากการ โอนสิทธิไปของคู่สัญญาไม่ทำให้หนี้เดิมระงับ จึงทำให้หลักประกันต่างๆ โอนไปเป็นประกันในหนี้ใหม่ด้วย

ตามลักษณะกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกัน คือ การแปลงหนี้ใหม่ไม่จำเป็นต้องมีการทำเป็นหนังสือ เพียงแต่กฎหมายฝรั่งเศสมีความเข้มงวดกว่าประเทศเยอรมัน ในส่วนของ การทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือที่ได้บ่งบอกการ แสดงเจตนาแปลงหนี้ใหม่ระหว่างคู่สัญญาอย่างชัดแจ้งไว้ในสัญญา เพื่อที่จะบังคับใช้ในข้อตกลง ตามสัญญาใหม่ที่ได้ทำการแปลงหนี้ใหม่จากสัญญาเดิมอันเป็นผลให้หนี้ในสัญญาเดิมระงับไป

อย่างไรก็ตามเมื่อกฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดแบบไว้การทำนิติกรรมนั้นย่อมต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ฉะนั้นหากการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดคือ ตามแบบของการ โอนสิทธิเรียกร้อง การแปลงหนี้ใหม่นั้นย่อมตกเป็น โฆษะ ซึ่งถือว่าเสียเปล่ามาแต่ต้น คู่กรณีของนิติกรรมที่เป็น โฆษะจะคงอยู่ในฐานะเดิมเหมือนอย่างว่ามีได้ เข้ากระทำการที่เดียว และหากคู่กรณีได้ปฏิบัติและรับการปฏิบัติตามนิติกรรมที่เป็น โฆษะกันต่อไป ก็เรียกว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ คู่กรณีจึงมีสิทธิเรียกร้องเอา คืบตามหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้²⁷

เมื่อสัญญาแปลงหนี้ใหม่ในส่วนตัวเจ้าหนี้ตกเป็น โฆษะเพราะมิได้ทำตามแบบการ โอนสิทธิเรียกร้องแต่หากการแปลงหนี้ใหม่ในส่วนลูกหนี้สมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องของ สัญญาแล้ว สัญญาแปลงหนี้ใหม่จะต้องมีผลตกเป็น โฆษะทั้งหมดหรือไม่เนื่องจากมาตรา 173 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็น โฆษะนิติกรรมนั้นย่อมตกเป็น โฆษะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณี เจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็น โฆษะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็น โฆษะได้”

²⁷ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไข เพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดย นายจิตติ ดิงศักดิ์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 177.

ตามหลักแล้วถ้าส่วนหนึ่งของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมทั้งอันก็จะเป็นโมฆะไปด้วย เพราะในกรณีเป็นที่สงสัยต้องถือว่าคู่กรณีได้ถือว่าข้อความทั้งหมดของนิติกรรมเป็นเอกภาพ คือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน จึงแยกออกจากกันไม่ได้เมื่อส่วนหนึ่งเป็นโมฆะ นิติกรรมทั้งอันจึงเป็นโมฆะด้วย²⁸

ตัวอย่างเช่น ก. และ ข. ทำสัญญาร่วมกันเช่ารถยนต์จาก ค. โดย ข. คนเดียวสำคัญผิดไปว่า ค. ให้ข. ครอบครองโดยไม่คิดค่าเช่า สัญญาเช่ารถยนต์นี้จะเป็นโมฆะเพราะ ข. สำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม ถึงแม้ ก. จะไม่ได้สำคัญผิดและประสงค์จะเช่ารถยนต์จาก ข.

แต่หลักนี้ก็ยังมีข้อยกเว้นว่า หากคู่กรณีมีเจตนาจะให้ส่วนที่สมบูรณ์แยกออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์แล้วส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมคงเป็นโมฆะเพียงส่วนนั้นเท่านั้น ข้อสันนิษฐานนี้จึงเป็นไปตามหลัก “อิสระแห่งสัญญา” หรือหลัก “ความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา” คือกฎหมายจะต้องเคารพต่อเจตนาของคู่กรณี ซึ่งหมายความว่าถ้าเขาต้องการให้ส่วนของนิติกรรมที่ไม่เป็นโมฆะผูกมัดเขาอย่างใด ก็ต้องเป็นไปอย่างนั้น เพราะกฎหมายไม่มีเหตุผลขัดขวางส่วนของนิติกรรมที่สมบูรณ์ การที่กฎหมายวางหลักให้นิติกรรมทั้งหมดเป็นโมฆะในเมื่อส่วนใดส่วนหนึ่งของนิติกรรมไม่สมบูรณ์นั้น เพราะผู้ร่างถือว่านิติกรรมที่สร้างขึ้นแต่ละรายย่อมรวมกันเป็นหน่วย ๆ คือ มี เอกภาพ (unite) และคู่กรณีแห่งนิติกรรมได้เจรจาต่อรองผ่อนสั้นผ่อนยาวรวมกันเป็นเอกภาพนั้น ดังนี้ หากบางส่วนแห่งเอกภาพหรือนิติกรรมใช้บังคับไม่ได้เพราะเป็นนิติกรรมทั้งหมดก็ควรถือว่าไม่สมบูรณ์ นอกจากจะสันนิษฐานได้ว่าคู่กรณีตกลงยินยอมให้แยกนิติกรรมส่วนที่สมบูรณ์ออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์²⁹

ข้อสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีว่ามีเจตนาที่จะให้ส่วนที่สมบูรณ์นั้นแยกออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์หรือไม่นั้น จะเห็นได้จากพฤติการณ์ต่าง ๆ ในระหว่างคู่กรณี และเป็นเรื่องการตีความการแสดงเจตนา

²⁸ หยุค แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 153.

²⁹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดย นายจิตติ ติงศภัทย์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 184.

นอกจากนี้การแยกนิติกรรมส่วนที่เป็น โฆษะและส่วนที่สมบูรณ์ออกจากกันได้ โดยไม่ต้องอาศัยการตีความจากการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาที่แต่โดยการทำคู่กรณีได้ทำการตกลงกันไว้ล่วงหน้าอย่างชัดแจ้งในการทำนิติกรรมนั้นเองว่ามีเจตนาจะให้แยกส่วนที่ไม่เป็น โฆษะออกจากส่วนที่เป็น โฆษะ แต่ทั้งนี้นิติกรรมนั้นจะต้องสามารถแยกส่วนที่ไม่เป็น โฆษะออกจากส่วนที่เป็น โฆษะได้ด้วย ถ้าไม่สามารถแยกออกได้ แม้จะตกลงกันไว้ให้แยกส่วนที่เป็น โฆษะออกจากส่วนที่ไม่เป็น โฆษะ เมื่อไม่สามารถแยกได้ การที่แสดงเจตนาตกลงกันไว้ย่อมไม่มีผล

ตามประเด็นปัญหานี้ เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาได้เข้าตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยหลักการแล้วอย่างที่ว่า เจ้าหนี้ใหม่และเจ้าหนี้เดิมจะต้องทำสัญญากันโดยไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ อันเป็นสัญญาที่มีแบบกำหนดให้ทำเป็นหนังสือตามลักษณะของการ โอนสิทธิเรียกร้องที่มาตรา 349 วรรค 3 ให้นำมาบังคับใช้ เมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้ในกรณีนี้ คู่สัญญาไม่สามารถที่จะตกลงเป็นอย่างอื่นได้ เพราะผลจากการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ จะทำให้สัญญาที่ได้ทำขึ้นนั้นเป็น โฆษะ แต่กระนั้นก็ตามในสัญญาต่างตอบแทนมิได้มีเพียงการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เท่านั้น แต่ยังคงมีอีกนิติกรรมหนึ่งที่รวมอยู่ในนิติกรรมแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน คือการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งไม่มีแบบกำหนดโดยเฉพาะที่หากคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตามแล้ว สัญญาจะต้องตกเป็น โฆษะ ยกเว้นเสียแต่ว่าลักษณะสัญญาได้เปลี่ยนไปที่จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด อันเป็นข้อบังคับของประเภทสัญญานั้น ๆ ซึ่งในส่วนนี้จะกล่าวในหัวข้อต่อไป

ปัญหาที่เกิดขึ้นโดยส่วนใหญ่จะเป็นปัญหาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการจะ โอนสิทธิและหน้าที่ของตนให้แก่ผู้รับโอน โดยทำการโอนในลักษณะของการ โอนสิทธิเรียกร้อง โดยที่คู่สัญญามีได้มีความเข้าใจในส่วนที่แยกสิทธิและหน้าที่ออกจากกัน อันไม่สามารถที่จะให้การ โอนสิทธิเรียกร้องไปครอบคลุมลักษณะทั้ง 2 ประการนั้นได้ คู่สัญญาพึงที่จะต้องทำสัญญาการ โอนสิทธิเรียกร้องหรือการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้แม้ลักษณะแบบปฏิบัติข้อบังคับทุกประการของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และการ โอนสิทธิเรียกร้องจะเป็นเช่นเดียวกันทุกประการ การใช้เจตนาแยกแยะทั้ง 2 บทบัญญัติจึงเป็นส่วนสำคัญ อันได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้ว แต่ในส่วนหัวข้อนี้การที่คู่สัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และการทำการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ย่อมแสดงถึงเจตนาอย่างชัดแจ้งว่า คู่สัญญามีต้องการที่จะผูกพันทั้งสิทธิและหน้าที่ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต่อไป การที่คู่สัญญามีเจตนาที่จะระงับนิติสัมพันธ์ทั้งสิ้นนี้ จึงเข้าลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้นตามกระบวนการ

ที่จะระงับนิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เมื่อประเด็นที่เกิดขึ้นประกอบด้วยสัญญา 2 แบบและเจตนาเพียงเจตนาเดียว การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนนี้จะสามารถแยกส่วนได้หรือไม่ เพื่อที่สัญญาที่เกิดขึ้นจะมีตกเป็น โฆษะไปทั้งสิ้น ในเบื้องต้นจำต้องพิจารณาในเรื่องของเจตนาเป็นพื้นฐาน เพราะเจตนาของบุคคลเป็นหลักสำคัญซึ่งส่งผลต่อการแสดงออกทางการกระทำนิติกรรมต่าง ๆ ดังนั้นกระบวนการแปลงหนี้ใหม่ไม่ว่าโดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ย่อมเป็นผลที่เกิดจากเจตนาเป็นหลักทั้งสิ้น เพราะถ้าการกระทำใดกระทำไปโดยขาดซึ่งเจตนาแล้วการกระทำนั้นอาจมีผลทำให้นิติกรรมที่นำไปนั้นตกเป็น โฆษะหรือไม่เป็นผลตามหลักเกณฑ์การเกิดของสัญญาย่อมเกิดจากการแสดงของเจตนาของบุคคลเพื่อก่อสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยมีการแสดงเจตนาผ่านทางคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย และเมื่อคำเสนอกับคำสนองถูกต้องตรงกัน อันแสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาที่ยอมรับผูกพันตามสัญญาที่ตกลงกัน เมื่อเจตนาเป็นหลักการอันสำคัญในการเกิดของสัญญา การที่บุคคลทั้ง 3 ฝ่ายเข้าทำนิติกรรมรวมกันโดยมีเจตนาที่จะระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลคนนั้น เป็นเพียงเจตนาเดียวหรือ 2 เจตนาแยกกันซึ่งอาจทำให้นิติกรรมย่อยนั้นแยกออกจากกันได้

นิติกรรมเป็นเรื่องที่จะทำให้เกิดผลในกฎหมายตามเจตนา ดังนั้นประการแรกของการทำนิติกรรมผู้ทำสัญญาจะต้องมีเจตนามุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เมื่อถึงคราวที่จะต้องใช้กฎหมายบังคับกันระหว่างคู่สัญญา กฎหมายนั้นจึงควรที่จะบังคับให้เป็นไปตามเจตนาความตั้งใจอันแท้จริงของเขา เพราะถ้าบังคับไปตามรูปแบบภายนอก อาจทำให้เกิดผลในสิ่งที่เขาไม่ได้ทำไว้ ไม่ตรงกับเจตนาความตั้งใจอันชัดต่อเสรีภาพความ และศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาในการทำนิติกรรม ในเรื่องการพิจารณาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญานั้น นานาประเทศก็มีลัทธิแนวความคิดที่แตกต่างกันออกไป

แนวความคิดแรก เห็นว่าในการพิสูจน์เจตนาแท้จริงนั้น ไม่มีอะไรจะพิสูจน์ได้นอกจากกรรมภายนอกซึ่งเป็นเครื่องแสดงเจตนา เพราะตามธรรมชาติกริยาวาจาเป็นผลของเจตนากริยาวาจาที่แสดงออกจึงเป็นเครื่องพิสูจน์เจตนาได้ดีกว่าอย่างอื่น

แนวความคิดที่ 2 เห็นว่า เมื่อจะต้องหาเจตนาที่แท้จริงแล้ว จะค้นหาได้ด้วยเครื่องพิสูจน์อย่างไรไม่สำคัญ ไม่จำกัดว่าจะต้องใช้กรรมภายนอกเป็นเครื่องมือสำหรับตรวจเจตนาเท่านั้น เครื่องพิสูจน์ค้นหาอย่างอื่นมีอย่างไรโดยวิธีใด ๆ ก็ตาม เอามาใช้ได้ทั้งสิ้น ขอแต่ให้ได้เจตนา

ที่แท้จริงก็แล้วกัน เพราะถ้าจำกัดลงไปเฉพาะแต่กรรมภายนอกเป็นเครื่องพิสูจน์อย่างเดียว อาจส่องไม่เห็นเจตนาที่แท้จริงก็ได้ จะจำกัดให้มีวิธีพิสูจน์อย่างหนึ่งอย่างใดแต่อย่างเดียวเช่นนั้นจึงไม่ถูก

การพิจารณาในเรื่องการตีความเจตนาของประเทศไทยก็ได้มีหลักเกณฑ์วางไว้ใน มาตรา 171 “ในการตีความการแสดงเจตนาอัน ให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวน หรือตัวอักษร” ตามบทบัญญัติมาตรา 171 แสดงให้เห็นว่าเมื่อเกิดปัญหาในการตีความเจตนาของคู่ สัญญา ท่านให้ฟังถึงถ้อยคำเจตนาแท้จริง ไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นเจตนาแท้จริงเท่าที่พิสูจน์เห็น ได้จากถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร เพราะกฎหมายมิได้มีจุดประสงค์ให้ถ้อยคำเจตนาเด็ดขาดตามสิ่งที่คู่ สัญญาได้แสดงออกมาทางกริยาวาจา หรือลายลักษณ์อักษรภายนอก ดังนั้นเจตนาอาจเป็นเรื่องที่จะต้อง พิเคราะห์ดูพฤติการณ์แห่งกรณีรวมทั้งปกติประเพณีต่อกันรอบข้าง เพื่อหยั่งรู้เจตนาที่แท้จริง นั้น

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4450/2542 การตีความในสัญญาจะต้องพิจารณาถึง เจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาประกอบกับถ้อยคำสำนวนในสัญญาด้วย แม้ตามสัญญาระบุว่า เป็น สัญญาซื้อขายเครื่องชุมสายโทรศัพท์และอุปกรณ์พร้อมทั้งการติดตั้ง แต่ในสัญญามิได้ระบุค่า เครื่องชุมสายโทรศัพท์และอุปกรณ์ประกอบแยกออกจากจากราคาค่าแรงงานติดตั้ง และให้ถือ ว่าภาคผนวกแนบท้ายสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และได้กำหนดรายละเอียดราคาไว้ในภาค ผนวกแล้ว แสดงว่าคู่สัญญาซื้อขายมีเจตนาที่จะแยกค่าเครื่องชุมสายโทรศัพท์ที่ออกจากจากราคา ค่าแรงงานติดตั้ง และค่าฝึกอบรมตั้งแต่การกำหนดราคาและการชำระราคา

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับซอฟต์แวร์เป็นคนละประเภทกับกรรมสิทธิใน เครื่องชุมสายโทรศัพท์ กรรมสิทธิในเครื่องชุมสายโทรศัพท์เป็นทรัพย์สินซึ่งมีวัตถุแห่งสิทธิเป็น ตัวทรัพย์สิน ส่วนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาวัตถุแห่งสิทธิเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้สร้างสรรค์ที่จะหวง กันมิให้ผู้อื่นเข้าใช้สิทธิที่เจ้าของงานสร้างสรรค์ หรือเจ้าของสิทธิมีอยู่แต่เพียงผู้เดียว ดังนั้นผู้เป็น เจ้าของกรรมสิทธิในเครื่องชุมสายโทรศัพท์กับซอฟต์แวร์ซึ่งเป็นชุดคำสั่งที่ใช้กับเครื่องชุมสาย โทรศัพท์เพื่อให้เครื่องชุมสายโทรศัพท์สามารถทำงานได้ตามโปรแกรมที่กำหนดไว้เป็นคนละคน กันก็ได้ การที่คู่สัญญาได้แยกจากราคาเครื่องชุมสายโทรศัพท์ที่ออกจากจากราคาค่าแรงงานติดตั้งและค่า ฝึกอบรมอย่างชัดเจน แสดงว่าเจตนาทำสัญญาซื้อขายเครื่องชุมสายโทรศัพท์และอุปกรณ์ประกอบ กับสัญญาจ้างทำของคือติดตั้งเครื่องชุมสายโทรศัพท์แยกต่างหากจากกันเป็นสองลักษณะสัญญาใน

ฉบับเดียวกัน เมื่อโจทก์ได้รับชำระภาษีการค้าในส่วนของสัญญาจ้างทำของ จำเลยจึงไม่มีอำนาจ
 แจ้งให้โจทก์เสียภาษีการค้าอีก

อนึ่ง การทำนิติกรรมนั้นอาจเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นจากบุคคลหลายฝ่ายมาร่วมมีนิติ
 สัมพันธ์ต่อกัน การตีความนิติกรรมหลายฝ่ายนอกจากจะถือว่าเจตนาารมณ์ของคู่กรณีเป็นสำคัญแล้ว
 ก็จะต้องพิจารณาด้วยว่า นิติกรรมหลายฝ่ายหรือสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง
 โดยกฎหมาย หรือเป็นการฝ่าฝืน หรือขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของ
 ประชาชนหรือไม่ เพราะหากนิติกรรมที่บุคคลทำขึ้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดี
 ของประชาชน นิติกรรมนั้นย่อมต้องตกเป็นโมฆะ ไม่สามารถบังคับใช้ได้ แม้คู่สัญญาจะมีเจตนา
 ที่จะทำสัญญาขึ้นมาเพื่อบังคับใช้ระหว่างกันก็ตาม ถึงแม้เจตนาของคู่สัญญาจะเป็นส่วนที่สำคัญแต่
 การทำสัญญานั้นย่อมมีขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม

การตีความเจตนาของคู่สัญญาจะนำมาพิจารณาเพียงประการเดียวไม่ได้ ยังต้อง
 ประกอบการพิจารณาในบทบัญญัติอื่นเพื่อจะได้นำหลักเกณฑ์มาวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่าง
 ถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของสัญญา มาตรา 368 ได้บัญญัติถึงการตีความสัญญาไว้ว่า
 “สัญญานั้นทำให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”
 ตามมาตรา 368 เป็นหลักเกณฑ์การตีความที่กำหนดไว้ในเรื่องของสัญญาโดยเฉพาะ เนื่องจากใน
 ส่วนมาตรา 171 อาจเป็นการทำนิติกรรมฝ่ายเดียว เจตนาจึงเกิดจากบุคคลเพียงคนเดียวที่เข้าทำนิติ
 กรรมนั้น ๆ แต่การตีความสัญญาจะต้องคำนึงถึงความประสงค์หรือเจตนาอันมีร่วมกันของคู่สัญญา
 ซึ่งเป็นเจตนาที่คาดหมายในทางสุจริต และต้องคำนึงถึงประเพณีปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาเอง
 หรือประเพณีในทางการค้าด้วย³⁰ ดังนั้นไม่ว่าคู่สัญญาจะประกอบด้วยหลายฝ่าย ก็ต้องตีความตาม
 เจตนาของทั้ง 2 ฝ่ายที่ได้มาร่วมกัน

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1951/2540 ข้อความที่ระบุไว้ในสัญญาเช่าที่ดินว่า
 เมื่อสิ้นอายุสัญญาเช่าแล้วผู้เช่าต้องรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างใดๆก็ตามที่มีอยู่ออกจากที่ดินของผู้ให้เช่า
 ทันที โดยไม่เรียกค่ารื้อถอนหรือค่าเสียหายใดจากผู้ให้เช่า ส่วนสิ่งที่ได้ปลูกสร้างลงไว้ในที่ดิน
 ของผู้ให้เช่า ผู้เช่ายอมยกให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้เช่าทั้งสิ้นนั้น เป็นข้อความที่ระบุถึงสิ่งก่อสร้าง

³⁰ จำปี โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมาย นิติกรรม-สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 3,
 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540), หน้า 276.

ไว้เป็นสองตอน ตอนแรกระบุให้ ผู้เช่าต้องรื้อเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลง ตอนหลังระบุถึงสิ่งที่ผู้เช่าปลูกสร้างว่าผู้เช่าต้องยกให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้เช่า ข้อความทั้งสองตอนมีความหมายที่แตกต่างกัน คือข้อความตอนแรกไม่ได้กล่าวถึงการปลูกสร้างแต่กล่าวถึงการรื้อถอนเลย แสดงว่าขณะทำสัญญาเช่าที่ดินในที่พิพาทมีสิ่งปลูกสร้างของผู้เช่าอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งก็คือบ้านพิพาทเลขที่ 354 และ 356 ของจำเลยเพราะบ้านทั้งสองหลังดังกล่าวจำเลยปลูกสร้างก่อนทำสัญญาเช่าที่ดินสำหรับข้อความในตอนหลังคู่สัญญาน่าจะหมายถึงสิ่งที่จะปลูกสร้างหลังจากทำสัญญาเช่าที่ดินแล้ว ดังนั้นบ้านพิพาททั้งสองหลังจึงยังไม่เป็นของโจทก์ตามสัญญาเช่าที่ดิน โจทก์จึงไม่มีสิทธิที่จะหารายได้จากบ้านพิพาทดังกล่าวได้

เมื่อได้นำหลักในการตีความเจตนาและการตีความสัญญามาพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาที่ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนแล้วจะทราบว่า คู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่ายมีสถานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้กัน โดยแต่เดิมสัญญาก่อนมีการแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งจะมีคู่สัญญา 2 ฝ่าย และทั้ง 2 ฝ่ายก็มีสิทธิและหน้าที่เกิดขึ้นพร้อม ๆ กันในขณะทำสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขาย เช่าทรัพย์สิน เป็นต้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 3059/2538 สัญญาซื้อขายซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทน ผู้ซื้อชอบที่จะปฏิเสธไม่ชำระราคาจนกว่า ผู้ขายจะยอมจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้ผู้ซื้อได้ ไม่ถือว่าผู้ซื้อผิดสัญญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 4841/2538 สัญญาจะซื้อจะขายระหว่างโจทก์จำเลยเป็นสัญญาต่างตอบแทนโดยจำเลยตกลงว่าจะชำระเงินตามที่ตกลงกัน ส่วนโจทก์ตกลงจะขายที่ดินตามสัญญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 4611/2540 โจทก์จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน โดยแต่ละฝ่ายยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งรับโอนมรดกตามส่วนที่ตกลงแบ่งกัน จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทน

จากลักษณะสัญญาต่างตอบแทนที่เกิดขึ้นจึงเห็นได้ว่าการทำสัญญาเพียงครั้งเดียวได้เกิดลักษณะ 2 ประการของสิทธิและหน้าที่ขึ้นมาอันมิได้แยกออกจากกันเป็นคนละสัญญา และเจตนาของคู่สัญญาก็ไม่ได้มุ่งไปที่ว่าตนจะเกิดทั้งสิทธิและหน้าที่ขึ้นมาพร้อมกัน เพียงแต่คู่สัญญาจะรับรู้ในส่วนสิทธิและหน้าที่ของตนอันเกิดจากผลของสัญญาที่ได้กระทำขึ้น การทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่นี้ก็น่าจะมีคล้ายกันในส่วนการเกิดของสัญญานี้ เนื่องจากคู่สัญญาผู้โอนสิทธิและหน้าที่ยอม

มีเจตนาที่จะระงับไปซึ่งสัญญาเดิมที่ตนได้เคยมีนิติสัมพันธ์ไว้ ในส่วนของผู้รับโอนก็มีเจตนาที่จะรับโอนสิทธิทุกอย่างรวมทั้งรับรู้ในหน้าที่อันจะเกิดขึ้นแก่ตน ในท้ายสุดบุคคลอีกฝ่ายสุดท้ายก็จะเป็นผู้รับรู้และยินยอมตามที่ตนได้ทำสัญญาไว้กับคู่สัญญาคนใหม่ตามเจตนาของ 3 คน ซึ่งพิจารณาตามลักษณะการทำสัญญาจึงควรจะเป็นเจตนาเดียวที่ควรให้บุคคลภายนอกผูกพัน และระงับนิติสัมพันธ์กับบุคคลอันเป็นคู่สัญญาเดิมที่มีความประสงค์จะโอนสิทธิ และหน้าที่ของตนไป แม้เจตนาที่เกิดขึ้นเป็นเจตนาเดียว แต่แบบพิธีการที่ต้องประกอบด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้อันเป็นแบบของ 2 ลักษณะสัญญา ถ้าถือเอาหลักการตีความเจตนาหรือหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาเป็นที่ตั้งย่อมมองจากเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก อันเป็นเจตนาเดียวที่เกิดขึ้นในการทำสัญญานั้น ๆ เมื่อเปรียบเทียบกับ คำพิพากษาฎีกาที่ 4450/2542 ที่ศาลฎีกาได้ตีเจตนาของคู่สัญญาไว้ว่า “การที่คู่สัญญาได้แยกราคาเครื่องผสมสายโทรศัพท์ออกจากราคาค่าแรงงานติดตั้งและค่าฝึกอบรมอย่างชัดเจน แสดงว่าเจตนาทำสัญญาซื้อขายเครื่องผสมสายโทรศัพท์และอุปกรณ์ประกอบกับสัญญาจ้างทำของ คือ ติดตั้งเครื่องผสมสายโทรศัพท์แยกต่างหากจากกันเป็นสองลักษณะในฉบับเดียวกัน” ตามคำพิพากษาฎีกานี้ แม้สัญญาจะทำในฉบับเดียวกัน แต่เนื่องจากเจตนาของคู่สัญญามีความประสงค์ให้แยกต่างหากออกจากจึงยึดที่เจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก มากกว่าที่จะคำนึงถึงรูปแบบที่ได้ทำสัญญาขึ้นมา

ฉะนั้นเมื่อรูปแบบของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนประกอบขึ้นมาด้วยเจตนาเพียงเจตนาเดียว แม้จะต้องเปลี่ยนทั้งสิทธิและหน้าที่ ก็ควรที่จะพิจารณาเป็นสัญญาเดียวที่เกิดขึ้นตามการแสดงเจตนาเป็นหลัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่คู่สัญญาได้ร่วมกันทำสัญญาพร้อมกันภายในครั้งเดียว ย่อมแสดงถึงเจตนาอันชัดแจ้งที่จะรวมสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นเป็นสัญญาเดียวกัน เมื่อสัญญาแปลงหนี้ใหม่ที่ทำขึ้นเป็นสัญญาเดียวกันแต่การทำสัญญานั้นแม้เจตนาจะมีความศักดิ์สิทธิ์และกฎหมายได้ให้เสรีภาพเพียงใดก็ตาม ก็เชื่อว่าไม่มีขอบเขตจำกัด การที่คู่สัญญาแสดงเจตนาทำสัญญาต่อกัน แม้สัญญานั้นจะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม แต่สัญญาบางประเภทยังประกอบด้วยแบบของสัญญาที่ต้องปฏิบัติตาม เมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จะต้องปฏิบัติตามแบบพิธีของโอนสิทธิเรียกร้อง การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องทำเป็นหนังสือ และได้รับความยินยอมหรือบอกกล่าวลูกหนี้โดยทำเป็นหนังสือเช่นเดียวกันเหล่านี้เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับการ โอนสิทธิจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งมากกว่าการโอนหน้าที่ด้วยประการนี้ ถึงสัญญาแปลงหนี้ใหม่ตามสัญญาต่างตอบแทนจะได้กระทำขึ้นด้วยเจตนาเดียว อันถือว่าคู่สัญญาได้ทำสัญญาขึ้นเป็นสัญญาเดียว ก็ยังต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แบบพิธีการของกฎหมายอันว่าด้วยแบบของการ โอนสิทธิเรียกร้อง

เมื่อเป็นเช่นนี้หากคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามแบบโอนสิทธิเรียกร้องผลของสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็นโมฆะ” เมื่อส่วนของแบบแปลงนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหน้าที่ตกเป็นโมฆะ แต่หากคู่สัญญาได้ทำสัญญาแปลงนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้อย่างถูกต้องตามที่มาตรา 349 ได้บัญญัติไว้วินิจฉัยกรรมนี้จึงเป็นนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วน ในกรณีที่นิติกรรมได้ตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วนตามบทบัญญัติมาตรา 173 ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะนิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้” ซึ่งหมายความว่าโดยทั่วไปแล้วหากนิติกรรมนั้น ๆ ตกเป็นโมฆะไม่ว่าเพียงส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมนั้นย่อมทำให้ส่วนที่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะไปด้วย อันกลายเป็นว่านิติกรรมนั้นไม่มีผลบังคับไปเสียทั้งหมด แต่กฎหมายก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นเพราะเป็นการที่กฎหมายยอมเคารพซึ่งเจตนาของบุคคล การที่คู่สัญญาได้กระทำไปแม้จะตกเป็นโมฆะ ถ้าพอจะหาช่องทางให้เกิดความสมบูรณ์ขึ้นมาได้ กฎหมายก็ไม่บังคับให้เสียไปทั้งหมด ส่วนที่ดียอมรับบังคับบัญชาให้ตามเจตนาของคู่สัญญา ส่วนไหนที่ตกเป็นโมฆะก็ไม่ยอมรับบังคับให้³¹

แต่ข้อสังเกตบางประการในเรื่องของการที่นิติกรรมมีผลอันตกเป็นโมฆะกรรมบางส่วนนั้น มักจะเป็นนิติกรรมที่ทำขึ้นอันหนึ่งโดยเกิดจากการแสดงเจตนาหลาย ๆ การแสดงเจตนาด้วยกัน และนิติกรรมที่แยกบังคับได้จากส่วนที่เป็นโมฆะจะต้องเป็นนิติกรรมที่อยู่ในลักษณะแยกกัน ได้เป็นสัดส่วนแน่นอน ยกเว้นเสียแต่ว่าจะสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้

ตัวอย่าง คำพิพากษาฎีกาที่ 346/2507 พันัยกรรมที่คู่สมรสของผู้รับทรัพย์ตามพันัยกรรมลงชื่อเป็นพยาน ย่อมเป็นโมฆะเฉพาะส่วนของผู้ทำพันัยกรรมผู้นั้นเท่านั้นส่วนข้อกำหนดในพันัยกรรมที่ให้ทรัพย์แก่ผู้รับพันัยกรรมคนอื่นยังสมบูรณ์

คำพิพากษาฎีกาที่ 1887/2541 ข้อกำหนดในสัญญาการรับทุนไปศึกษาและกลับมาทำงานสำหรับผู้รับทุนไปศึกษาต่างประเทศ ข้อ 12 ที่ห้ามไม่ให้จำเลยที่ 1 ผู้รับทุนสมรสตลอดระยะเวลาการศึกษาชั้นปริญญาเอก เมื่อไม่มีความสัมพันธ์กับข้อกำหนดในสัญญาข้ออื่นเพียงแต่

³¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 190.

เป็นข้อกำหนดข้อหนึ่งในสัญญาซึ่งหากจำเลยที่ 1 ผิดสัญญา โจทก์มีสิทธิเรียกเงินประเภทต่าง ๆ ที่จำเลยที่ 1 ผู้รับทุนไปเพื่อการศึกษาคืนเป็นจำนวน 4 เท่าในทันที แต่เมื่อปรากฏว่าโจทก์มิได้ใช้สิทธิตามสัญญาข้อดังกล่าว จึงถือว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 มีเจตนาแยกข้อกำหนดในสัญญาข้อนี้ ออกจากข้อสัญญาอื่นๆ เป็นการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ออกจากส่วนสมบูรณ์ ดังนั้น หนังสือสัญญาการรับทุนไปศึกษาข้ออื่น ๆ นอกจากข้อห้ามในข้อ 12 จึงสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1510/2542 การที่จำเลยผู้จ้างและโจทก์ผู้รับจ้างเองได้ทำหนังสือมอบอำนาจโดยจำเลยยอมโอนที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างซึ่งเป็นทรัพย์สินของให้แก่โจทก์เมื่อจำเลยผิคนัดไม่ชำระหนี้ อันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 711 นั้น ย่อมมีผลเพียงทำให้ข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์โดยโจทก์จะบังคับหรือปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้เท่านั้น หากมีผลทำให้นิติกรรมการจดทะเบียนจ้างระหว่างโจทก์กับจำเลยในส่วนอื่นที่กระทำโดยชอบต้องเสียไปหรือไม่สมบูรณ์แต่อย่างใด เมื่อปรากฏว่าจำเลยยังมีได้ชำระหนี้และจดทะเบียนไถ่ถอนจ้าง สัญญาจ้างระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงยังมีผลใช้บังคับได้ โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องจำเลย

คำพิพากษาฎีกาที่ 779/2497 กู้เงินโดยมีสัญญากันว่าถ้าไม่ใช้เงินกู้คืนผู้กู้ยอมโอนกรรมสิทธิ์ที่นาให้ ข้อตกลงนี้เป็นโมฆะตามมาตรา 656 วรรคสอง และวรรคสาม แต่เป็นโมฆะเฉพาะเรื่องที่ทำให้คิดราคาทรัพย์สินที่ใช้แทนเงินกู้ ไม่ทำให้สัญญากู้ทั้งฉบับตกเป็นโมฆะ สามารถแยกการกู้เงินออกจากข้อตกลงที่ผู้กู้ยอมโอนกรรมสิทธิ์ที่นาให้แทนเงินกู้ได้ ผู้ให้กู้สามารถฟ้องผู้กู้เรียกเงินกู้ตามสัญญาคืนได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1319/2512 ผู้เยาว์ทายาทคนหนึ่งทำสัญญาประนีประนอมยอมความแบ่งมรดกกับทายาทอื่น ๆ โดยผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ ให้ความยินยอมให้ผู้เยาว์ทำ แต่ไม่ได้ขออนุญาตจากศาล ซึ่งการทำสัญญาประนีประนอมยอมความของผู้เยาว์จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงจะทำได้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อผู้เยาว์ทำสัญญาประนีประนอมยอมความโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว ในส่วนข้อตกลงของผู้เยาว์กับทายาทคนอื่น ๆ นั้นตกเป็นโมฆะสำหรับข้อตกลงของทายาทคนอื่น ๆ ก็ปรากฏว่าจำนวนทายาท หรือจำนวนทรัพย์มรดกที่จะได้รับส่วนแบ่งนั้นสิ่งที่เกี่ยวข้องกัน ไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ เมื่อนิติกรรมที่ผู้เยาว์ว่าจะได้อะไรจากการแบ่งมรดกนี้ตกเป็นโมฆะ นิติกรรมทั้งหมดเป็นเรื่องของการแบ่งมรดกระหว่างทายาททั้งหมดนั้นก็ตกเป็นโมฆะด้วยกันทั้งสิ้น

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาทำให้เห็นได้ว่าการที่จะเป็น โฆษณบางส่วนอาจเกิดขึ้นได้ จากสัญญาเพียงฉบับเดียวที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น โดยที่สัญญานั้นสามารถแบ่งออกเป็นสัดส่วนได้อย่าง ชัดเจน และเมื่อแบ่งข้อสัญญาย่อย ๆ ออกมาแล้ว ข้อสัญญาเหล่านี้จะมีลักษณะที่ค่อนข้างเป็นเอก เทศในเรื่อง ๆ นั้น จนอาจเรียกได้ว่ามิได้เกี่ยวข้องกับส่วนอื่น เพียงแต่อยู่ในสัญญาฉบับ เดียวกันและรวมเข้าเป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาฉบับนั้นเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้การพิจารณาถึง สัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนแม้เป็นสัญญาเพียงสัญญาเดียวตามที่วิเคราะห์ไว้ข้างต้น แต่สัญญาก็ประกอบด้วยข้อตกลง 2 ประการนี้ คือ การโอนสิทธิและการโอนหน้าที่ ข้อตกลงของ การโอนสิทธิต้องกระทำตามแบบวิธีการ โอนสิทธิเรียกร้อง โดยมีบุคคลผู้รับโอนและบุคคลผู้โอนซึ่ง ตามสัญญาข้อมถือว่าเป็นเจ้าหนี้เก่า และเจ้าหนี้ใหม่มาเป็นผู้ตัดสินใจแสดงเจตนาในการ โอนสิทธิ ดังนั้นบุคคล 2 ฝ่ายนี้จึงมีความสำคัญในส่วนของการโอนสิทธิอย่างยิ่ง ในอีกแห่งหนึ่ง ส่วนของ การโอนหน้าที่ต้องทำตามการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้บุคคลที่เข้ามามีความสำคัญใน นิติกรรมนี้ คือ บุคคลภายนอกอันเรียกตามสัญญาแปลงหนี้ใหม่ได้ว่าลูกหนี้ใหม่ กับเจ้าหนี้ 2 ลักษณะนิติกรรมที่เกิดขึ้นในสัญญาฉบับเดียว ถ้ากล่าวคือ จุดประสงค์แล้วข้อมมีความแตกต่างกัน อย่างเห็นได้ชัดเพราะส่วนหนึ่งเป็นเรื่องของสิทธิเรียกร้อง แต่อีกส่วนหนึ่งเป็นเรื่องของหน้าที่ ดัง นั้นความสัมพันธ์ของ 2 ส่วนนี้จึงควรที่จะสามารถแยกออกเป็นสัดส่วนได้อย่างชัดเจน และบังคับ กันไปตามแนวลักษณะของตน แต่อีกประการหนึ่งนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ของนิติกรรมแล้ว คู่ สัญญาอาจเป็นส่วนหนึ่งที่เป็นส่วนสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่าง 2 สัญญานี้ เมื่อได้ทำการ วิเคราะห์จะพบว่า บุคคลที่มีความสำคัญของทั้ง 2 ลักษณะไม่ว่าจะเป็นทางด้านสิทธิหรือทางด้าน หน้าที่ข้อมเป็นบุคคลภายนอกที่เข้ามาเกี่ยวพันในสัญญานี้ บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นเจ้าหนี้ และลูก หนี้ใหม่ในสัญญาแปลงหนี้ใหม่ อันเป็นตัวเชื่อมของนิติกรรมทั้ง 2 ลักษณะเพียงแต่ว่าการเชื่อมใน บุคคลคนเดียวนั้น บุคคลนั้นทำหน้าที่หนึ่ง ๆ ต่อลักษณะสัญญาหนึ่ง ๆ อันหมายความว่าเมื่อ สัญญานั้นเป็นสัญญาเพื่อการโอนสิทธิเรียกร้อง บุคคลภายนอกผู้นั้นจะทำหน้าที่เป็นเจ้าหนี้ใหม่ผู้ รับโอนสิทธิเรียกร้อง ในส่วนของการโอนหนี้ บุคคลภายนอกก็จะทำหน้าที่เป็นลูกหนี้ใหม่โดยจะ เป็นคู่สัญญากับเจ้าหนี้คนเดิม ดังนั้นสถานะ 2 สถานะของบุคคลภายนอกแม้เป็นบุคคลคนเดียวกัน ก็จะต้องดำรงสถานะในลักษณะนิติกรรมที่แตกต่างกัน มิได้เชื่อมต่อหรือคลุมทั้ง 2 สถานะภายในนิติ กรรมเดียว จึงทำให้สัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนสามารถแยกเป็นสัดส่วนได้อย่าง ชัดเจน

แต่กระนั้นก็ตามถึงสัญญาแปลงหนี้ทั้ง 2 ลักษณะจะแบ่งแยกออกได้อย่างชัดเจน แต่ ตามการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแล้วจะพบว่า คู่สัญญาทั้งหมดได้เข้าตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่

ระหว่างกันอันได้แก่ แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งที่จะระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอน รวมทั้งยังแสดงถึงเจตนาที่ต้องการจะระงับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอน การที่คู่สัญญาตกลงทำการแปลงหนี้ใหม่จึงหมายความว่าไม่ต้องการที่จะผูกพันในมูลหนี้ตามสัญญานั้นอีกต่อไป ซึ่งมาตรา 171 ก็ให้ตีความถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา เมื่อคู่สัญญามีเจตนาที่จะระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดของผู้โอนภายในครั้งเดียวของการทำสัญญาจึงไม่สามารถทำการพิจารณาได้ว่าคู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้ตามมาตรา 173 รวมทั้งไม่อาจตีความอันจะทำให้เกิดผลบังคับในส่วนที่สมบูรณ์ได้ เพราะสัญญาเช่นนี้ไม่สามารถตีความได้หลายนัยตามมาตรา 10 และยิ่งไปกว่านั้นตามมาตรา 174 ได้บัญญัติว่า “การใดเป็นโมฆะแต่เข้าเป็นลักษณะนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะให้ถือตามนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ถ้าสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า หากคู่กรณีได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้ว ก็คงได้ตั้งใจมาตั้งแต่แรกที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น” ตามกรณีที่เกิดขึ้นนี้คงไม่สามารถตีความไปได้ว่าคู่สัญญาต้องการเพียงการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะคู่สัญญาได้ตั้งใจกระทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่อันเป็นเจตนาที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่ต้องการจะให้หนี้ระงับไป นอกจากจะพิจารณาให้เข้าในลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องสัญญาที่สร้างขึ้นก็ตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน เพราะแบบของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องมีลักษณะเช่นเดียวกัน จึงไม่สามารถที่จะตีความไปตามมาตรา 174 เพื่อบังคับตามลักษณะอื่นที่ไม่เป็นโมฆะได้ ฉะนั้นเมื่อยึดถือในส่วนเจตนาเป็นหลักการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน เช่นนี้จึงต้องตกเป็นโมฆะไปทั้งสิ้น มาตรา 351 ซึ่งได้บัญญัติว่า “ถ้าหนี้อันจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนี้ใหม่นั้นมิได้เกิดขึ้นก็ดี ได้ยกเลิกเพราะมูลแห่งหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิรู้ถึงคู่กรณีก็ดี ท่านว่าหนี้เดิมนั้นก็ยังหาระงับสิ้นไป” ผลจากมาตรา 351 ทำให้คู่สัญญาเดิม คือ ผู้โอนจะดำรงอยู่ถึงสิทธิและหน้าที่ที่ตนมีเจตนาที่จะโอนไปเช่นเดิม และบุคคลภายนอกก็มิได้รับทั้งสิทธิและหน้าที่ที่ได้ทำการโอนไปตามสัญญาแปลงหนี้ใหม่เนื่องจากความเป็นโมฆะของสัญญา โดยสรุปแล้วคู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่ายจึงกลับเข้าสู่สถานะเดิมก่อนได้มีการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ต่อกัน

ข) เกิดจากการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่มีได้ทำตามแบบที่กำหนดเอาไว้

ดังที่เคยกล่าวมาแล้วว่า แนวคิดในเรื่องแบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ มีความคิดแตกต่างกัน 2 แนวทาง

แนวความเห็นแรก คือ แนวของคำพิพากษาศาลฎีกา ที่มีความเห็นในทางที่ว่าหากเดิม การสัญญาที่คู่กรณีได้ทำกันเป็นสัญญาที่กฎหมายได้กำหนดแบบที่จะต้องปฏิบัติ โดยคู่สัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ ฉะนั้นเมื่อคู่สัญญาได้ทำการแปลงหนี้ใหม่การแปลงหนี้ใหม่นั้นจำเป็นต้องให้คู่สัญญาทำเป็นหนังสือ เช่นเดียวกับสัญญาเดิมที่เคยได้ทำมาก่อนการแปลงหนี้ใหม่

แนวความเห็นที่ 2 โดยท่านอาจารย์ เสนีย์ ปราโมช ให้ความเห็นว่า

“ถ้าหนี้เดิมเป็นหนังสือ การแปลงหนี้ใหม่จะต้องทำเป็นหนังสือด้วย ทั้งนี้ก็ถูกต้องตามตรรกวิทยาดี และบางทีจะเอาหลักในวิธีพิจารณาช่วยสนับสนุนว่า เมื่อสัญญาได้ทำกันไว้เป็นหนังสือแล้ว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างใดในสัญญานั้นจะต้องทำเป็นหนังสือด้วย แต่หลักดังนี้ หากเป็นจริง ก็จะต้องรับว่าได้คิดประดุษฎี ขึ้นนอกบทบัญญัติในประมวลแพ่งและพาณิชย์ลักษณะแปลงหนี้ใหม่ เพราะไม่มีที่ไหนว่าไว้เลย จะคิดเอาเองไม่ได้”³²

การเกิดของสัญญานั้น นอกจากคำเสนอที่ผู้เสนอทำสัญญาได้มีเจตนาส่งไปให้อีกฝ่ายหนึ่งตกลงทำสัญญาด้วยยังคงต้องมีเจตนาถูกต้องตรงกันกับคำสนองที่ส่งมาจากผู้รับคำเสนอ เพื่อสนองตอบการเสนอของบุคคลฝ่ายที่ส่งมา³³ แต่ในสัญญาบางประเภทนั้นกฎหมายได้บังคับที่จะต้องมีการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด โดยแบบของนิติกรรมนี้มี 3 ชนิด คือ

1. ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น สัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น
2. ทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณี เป็นการที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาของตนลงในหนังสือฉบับเดียวกัน เพียงแค่มีเจตนาตอบโต้กันไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าได้กระทำให้ถูกต้องตามแบบของสัญญา
3. ทำตามแบบพิเศษที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษเฉพาะนิติกรรมนั้นๆ เช่น

³² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1575.

³³ อักษราทร จุฬารัตน, คำอธิบาย วิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรนราการพิมพ์, 2531), หน้า 116.

ตัวแลกเงิน, ตัวสัญญาใช้เงิน เป็นต้น³⁴

ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่ แม้หนี้เดิมจะเป็นเช่นไร แต่เมื่อคู่สัญญาทำการแปลงหนี้กันแล้วสัญญาใหม่ก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ หรือแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ มิฉะนั้นสัญญาใหม่ก็อาจจะเป็นโมฆะได้ ในกรณีของการแปลงหนี้ใหม่แล้วถ้าสัญญาที่ทำขึ้นมาใหม่จะต้องเป็นสัญญาที่มีแบบตามที่กฎหมายบังคับไว้ แล้วคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามแบบการแปลงหนี้ใหม่นั้น ผลก็คือจะตกเป็นโมฆะ เสียเปล่าตั้งแต่ต้น สัญญาที่เป็นโมฆะย่อมไม่เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่อย่างใดๆ ในทางกฎหมาย ทุกอย่างก็ยังคงอยู่ในสภาพเช่นเดียวกับสภาพก่อนทำนิติกรรม ซึ่งจะหมายความว่าคู่สัญญาที่ต้องไปบังคับกันตามสัญญาเดิมที่เคยได้ทำมา

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ขับรถยนต์ด้วยความเร็วสูงจึงไม่สามารถหยุดรถได้ทัน นาย ก. จึงได้ขับรถไปชนกับวัวของนาย ข. ที่นาย ข. กำลังจูงข้ามถนน ทำให้วัวของนาย ข. ได้รับบาดเจ็บ ดังนั้นนาย ก. มีความผิดฐานละเมิดทำให้ทรัพย์สินของนาย ข. เสียหาย นาย ข. จึงมีสิทธิเรียกให้นาย ก. ชำระค่าสินไหมทดแทนได้ ต่อมานาย ก. กับนาย ข. ตกลงกัน เปลี่ยนจากการเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดมาเป็นทำสัญญาซื้อขายวัวตัวที่ได้รับบาดเจ็บแทน การกระทำของนาย ก. และนาย ข. ได้เปลี่ยนหนี้อันเป็นมูลหนี้ละเมิดมาเป็นมูลหนี้ตามสัญญาซื้อขาย โดยการซื้อขายโคหรือกระบือนี้ต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ตามมาตรา 456 ที่บัญญัติไว้ว่า “การซื้อขอยอสังหาริมทรัพย์ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไซ้ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงการซื้อขายเรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือรถยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย” การซื้อขายวัวระหว่างนาย ก. และนาย ข. ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน ถ้าการซื้อขายนี้ไม่ได้ทำตามที่กำหนดไว้ ผลก็คือสัญญาเป็นโมฆะ นาย ก. ไม่สามารถบังคับนาย ข. ให้ส่งมอบ วัวให้ตนได้ นาย ข. ไม่สามารถที่จะบังคับนาย ก. ให้ชำระหนี้ค่าซื้อขายวัวได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นนาย ก. และนาย ข. ก็ต้องไปบังคับตามมูลละเมิดที่นาย ก. ได้ก่อขึ้นไว้ตามเดิม

ตามตัวอย่างนี้มูลหนี้ละเมิดไม่ใช่สัญญา และไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือระหว่างกัน แต่เมื่อทำการแปลงหนี้ใหม่แล้วกลายเป็นสัญญาซื้อขายที่มีบทบัญญัติบังคับให้เป็นไปตามแบบ

³⁴ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 130.

สัญญานั้นก็ต้องเป็นไปตามแบบ ไม่ควรที่จะมายึดติดกับหลักที่ว่า ถ้าเดิมสัญญาเป็นหนังสือแปลงหนี้ก็ต้องทำเป็นหนังสือ เช่นในกรณีนี้หนี้เดิมไม่ต้องทำเป็นหนังสือ ไม่มีแบบบังคับ จะยึดติดว่าเมื่อแปลงหนี้แล้วก็ทำตามแบบมูลหนี้ก่อน คือ ซื่อขายไม่ต้องทำเป็นหนังสือก็เห็นว่าน่าจะสมควรเป็นเช่นนั้น

ในอีกแง่มุมหนึ่ง ถ้าสัญญาที่มีไว้แต่เดิมเป็นสัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสือ เช่นสัญญากู้ยืมเงินเกินกว่า 50 บาทแล้วต่อมาแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือเช่น สัญญาจ้างแรงงาน ก็ไม่เห็นว่าจะควรจะต้องทำเป็นหนังสืออีก เพราะสัญญาจ้างแรงงานก็สามารถบังคับกันได้ตามกฎหมาย และผูกพันคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย การทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือก็ไม่น่าจะได้ประโยชน์อย่างใดเพิ่มขึ้นมา นอกเหนือจากมีหลักฐานผูกมัดแน่นหนาขึ้น

เมื่อพิจารณาได้เช่นนี้ เรื่องแบบของการแปลงหนี้ใหม่จึงไม่ควรยึดติดอยู่กับสัญญาเดิมที่มีขึ้นอยู่ก่อนการแปลงหนี้

แปลงหนี้ใหม่เป็นส่วนหนึ่งของการระงับหนี้เพียงแต่แปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ระงับหนี้จบสิ้นกันไป แต่เมื่อมีการแปลงหนี้แล้วก็จะมีการหนี้ใหม่เกิดขึ้น โดยเกิดจากการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญของหนี้ไม่ว่าตัวหนี้ เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ ดังนั้นเมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่แล้วย่อมหมายถึงเจตนาที่ต้องการระงับไปซึ่งสิทธิเดิมหรือหน้าที่ที่ตนมีอยู่เดิมแล้วให้ไปบังคับกันตามมูลหนี้ใหม่หรือบุคคลใหม่ที่รับโอนสิทธิและหน้าที่จากการแปลงหนี้ไป ปัญหาในกรณีนี้อาจจะไม่เกิดหากเป็นสัญญาแปลงหนี้ธรรมดาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้และอีกฝ่ายเป็นลูกหนี้ แต่ปัญหาโมฆะบางส่วนของสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ อาจเกิดได้ในการแปลงหนี้ใหม่ตามสัญญาต่างตอบแทน

ตัวอย่าง เดิม นาย ก. ได้ทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์จาก นาย ข. ต่อมา นาย ก. ไม่ต้องการที่จะใช้รถยนต์ที่เช่าซื้อมาจาก นาย ข. อีก นาย ก. จึงได้บอกกล่าวกับ นาย ข. ว่าตนจะโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาเช่าซื้อรถยนต์นี้ให้แก่ นาย ค. ให้นาย ข. เข้ามาร่วมตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่พร้อมกัน ในวันทำสัญญานาย ก. นาย ข. และนาย ค. ได้เข้ามาตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ เพื่อให้ นาย ค. รับผิดชอบไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของ นาย ก. แต่ด้วยเพราะไม่ได้คำนึงถึงสัญญาเช่าซื้อที่จะต้องทำเป็นหนังสือ นาย ข. และนาย ค. ทำสัญญากันตามแบบของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เท่านั้น

ดังตัวอย่างนี้เป็นสัญญาเช่าซื้อรถยนต์อันเป็นลักษณะหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทนที่ได้มีการแปลงหนี้ใหม่ทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ เพียงแต่การทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 349 และมาตรา 350 ถึงแม้คู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่ายจะทำสัญญาต่อกันอันเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่อย่างถูกต้องตามบทบัญญัติในส่วนแปลงหนี้ใหม่ แต่สัญญาอันเป็นสัญญาเบื้องต้นก่อนการแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาเช่าซื้อ ซึ่งตามสัญญาเช่าซื้อ มาตรา 572 ได้บัญญัติว่า

“อันว่าเช่าซื้อนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่า และให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้เงินเป็นจำนวนเท่านั้น เท่านั้นคราว

สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ”

จากบทบัญญัติของมาตรา 572 นี้ การทำสัญญาเช่าซื้อจะต้องทำเป็นหนังสือเสมอไม่ว่าทรัพย์สินที่เช่าซื้อจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ตาม โดยเฉพาะสังหาริมทรัพย์นั้นการเช่าซื้อที่ทำเพียงเป็นหนังสือก็เพียงพอไม่ต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แม้ว่าจะเป็นการเช่าซื้อสังหาริมทรัพย์ ที่มีระยะเวลาเกินกว่า 3 ปีขึ้นไปก็ตาม ในทางปฏิบัติเป็นที่เข้าใจว่าหนังสือของสัญญาเช่าซื้อจะต้องมีข้อความแสดงให้เห็นว่า ได้มีการทำสัญญาเช่าซื้อ คือมีรายละเอียดครบตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 572 โดยมีคู่สัญญา 2 ฝ่าย และมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายด้วย³⁵

คำพิพากษาฎีกาที่ 1800/2511 ตาม ป.พ.พ. มาตรา 572 ที่ว่าสัญญาเช่าซื้อ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือเป็นโมฆะนั้นหมายความว่า คู่สัญญาต้องลงลายมือชื่อในสัญญาทั้งสองฝ่าย ถ้าฝ่ายใดมิได้ลงลายมือชื่อในสัญญาจะถือว่าฝ่ายนั้นทำหนังสือสัญญาด้วยมิได้ ดังนั้นหากว่าผู้เช่าซื้อลงลายมือชื่อในสัญญาแต่ฝ่ายเดียว สัญญาเช่าซื้อย่อมเป็นโมฆะ ผู้ให้เช่าซื้อจะฟ้องให้ผู้เช่าซื้อปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 953/2520 สัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 หมายความว่าเจ้าของทรัพย์สินและผู้เช่าซื้อจะต้องลงชื่อในสัญญาเช่าซื้อด้วยกันทั้งสองฝ่าย

³⁵ ไพทชิต เอกจริยากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540), หน้า 252.

เช่าซื้อรถยนต์ต้องทำเป็นหนังสือ บริษัทจำกดผู้ให้เช่าซื้อที่มีข้อบังคับว่า กรรมการ 2 คนร่วมกันลงลายมือชื่อประทับตราของบริษัทจึงผูกพันบริษัท เมื่อกรรมการนายเด็ยลงลายมือชื่อ จึงเท่ากับผู้ให้เช่าซื้อไม่ได้ลงชื่อในสัญญา สัญญาเช่าซื้อเป็นโมฆะ บริษัทฟ้องเรียกรถยนต์คืนหรือ ใ้ราคาและค่าเสียหายไม่ได้

เมื่อสัญญาเช่าซื้อที่มีได้ทำเป็นหนังสือนั้นตกเป็น โมฆะ ผลแห่งสัญญาเช่าซื้อที่ตก เป็นโมฆะ คือ สัญญาเช่าซื้อเป็นอันเสียเปล่า ไม่เกิดผลในกฎหมายแต่อย่างใด คือเสมือนว่าคู่กรณี ไม่ได้ทำสัญญากันเลย ฉะนั้นถ้าฝ่ายใดส่งมอบสิ่งใดให้แก่กันไป ก็ย่อมเรียกคืนได้ในฐานะลามิ ควรได้

ตามประเด็นปัญหานี้จะพบว่าเกิดแบบของสัญญาขึ้น 2 แบบ คือสัญญาแปลงหนี้ ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้กับสัญญาเช่าซื้อ สัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เป็น สัญญาที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามมาตรา 350 คือเจ้าหนี้ต้องทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่กับลูกหนี้ใหม่ โดยเป็นการไม่ขึ้นใจ ลูกหนี้เดิม การทำสัญญานี้อิงตามหลักมาตรา 349 คือทำสัญญาระหว่างคู่ กรณีสที่เกี่ยวข้องการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่มีแบบทางกฎหมายที่มากำหนด ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำเป็นหนังสือ แต่กระนั้นก็ตามถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะมีอิสระในการ ทำสัญญา แต่ก็มีได้หมายความว่าคู่สัญญาจะทำสัญญาได้โดยไม่มีขอบเขตของกฎหมาย เพราะ ประการสำคัญเบื้องต้นในการทำสัญญา คือสัญญานั้นจะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 150 จึงเห็นได้ว่าแม้คู่สัญญาจะมี เสรีภาพในการทำสัญญาเพียงใดก็ต้องไม่เกินไปกว่ากรอบที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นสัญญาจึงต้อง ปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะตามมาตรา 152 ได้บัญญัติให้นิติกรรมที่มีได้ทำขึ้นโดย ถูกต้องตามแบบของสัญญานั้น นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ ในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัว ลูกหนี้ มาตรา 350 ได้แสดงเจตนารมณ์ที่ให้ความสำคัญต่อสัญญาที่จะบังคับระหว่างลูกหนี้ใหม่ กับเจ้าหนี้มากกว่าสัญญาเดิมโดยการบัญญัติให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในสัญญาที่จะต้องมิตินิติสัมพันธ์ร่วมกัน คือลูกหนี้คนใหม่กับเจ้าหนี้ ด้วยการต่อมาบุคคลที่จะมีบทบาทในสัญญาที่จะมีสิทธิและอำนาจหน้าที่ ในการบังคับระหว่างกันและกันคือ คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายนี้ โดยใ้การแปลงหนี้ใหม่เป็นเครื่องมือ ในการเปลี่ยนสิทธิและหน้าที่จากการบุคคลหนึ่งมาเป็นอีกบุคคลหนึ่งเท่านั้น สัญญาแปลงหนี้ใหม่ จึงเป็นเครื่องมือเชื่อมต่อเพื่อส่งให้คู่สัญญาคู่ใหม่ได้ปฏิบัติตามกันตามสัญญาที่โอนไป อาจกล่าวได้ ว่าในท้ายที่สุดแล้ว สัญญาที่มีบทบาทสำคัญระหว่างคู่สัญญาคู่ใหม่ ก็คือ สัญญาเดิมที่ได้โอนมา นั้นเอง จากที่ยกตัวอย่างในสัญญาเช่าซื้อมา เมื่อสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่เกิด

การตัดขาดเนื่องจากคู่สัญญาได้ปฏิบัติถูกต้องตามแบบของการแปลงหนี้ใหม่แล้ว คู่สัญญาก็ยังต้องได้รับผลจากการที่มีได้ทำสัญญาเป็นหนังสือ คือสัญญาเช่าซื้อนั้นตกเป็นโมฆะเมื่อสัญญาเช่าซื้อตกเป็นโมฆะแล้ว ก็ไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ คู่สัญญาจึงเหมือนไม่มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเช่นก่อนทำสัญญา เมื่อสัญญาที่เกิดจากการแปลงหนี้ใหม่ใช้บังคับไม่ได้ คู่สัญญาจึงกลับเข้าสู่สถานะเดิมคือบุคคลภายนอกก็มีได้เป็นลูกหนี้ใหม่ตามสัญญาเช่าซื้อ และเจ้าหนี้ก็ยังคงเป็นเจ้าหนี้ สัญญาเช่าซื้อมิได้โอนหน้าที่ตามสัญญาเช่าซื้อไป ทำให้สัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนมีความสมบูรณ์ในลักษณะเดียวกันคือ ลักษณะแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

ในเรื่องแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนนี้ ไพโรจน์ วายุภาพ ได้ให้ความเห็นว่า

“สำหรับสัญญาต่างตอบแทนนั้นเจ้าหนี้ลูกหนี้ต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกันเท่ากับมีหนี้สองราย ในมูลหนี้เดียวกันจึงต้องแยกพิจารณาว่าเป็นการโอนหนี้รายใดหรือเป็นแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ของหนี้รายใด ส่วนหนี้อีกรายหนึ่งต้องว่ากันต่างหาก โดยยังคงถือหลักสัญญาต่างตอบแทนที่ว่าอีกฝ่ายจะไม่ชำระหนี้ตอบแทนได้ อยู่เพียงแต่ลูกหนี้กับเจ้าหนี้มีใช้คนเดียวกันอีกต่อไป ดังนั้นถ้าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ในส่วนของความเป็นเจ้าหนี้ในหนี้แต่ละรายก็ต้องทำเป็นสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้ในฐานะที่ตนเป็นเจ้าหนี้ในหนี้รายใดการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ในหนี้รายนั้นก็ต้องทำเป็นสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องเช่นกัน

แต่ถ้าจะแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ของหนี้รายใดเท่ากับเป็นการโอนความรับผิดชอบไปให้ลูกหนี้คนใหม่ก็ต้องทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ของหนี้รายนั้นกับลูกหนี้คนใหม่ ถ้าจะโอนทั้งความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ของหนี้แต่ละรายก็ต้องทำทั้งสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องและสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วยทำพร้อมกัน ในสัญญาฉบับเดียวกันก็ได้ แต่การจะต้องทำสัญญาอย่างไรต้อง

พิจารณาด้วยว่า คดีนั้นเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้ใดในหนี้อันใด”³⁶

การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนจึงเหมือนนิติกรรมอันหนึ่งที่ครอบสัญญาสองสัญญาเอาไว้และเมื่อหนึ่งในสองสัญญานั้นตกเป็นโมฆะไปนิติกรรมนี้จึงไม่สมบูรณ์ในบางส่วน เมื่อเปรียบไปแล้วก็คล้ายกับการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน เพราะในกรณีนั้นเจ้าหนี้โอนไปแต่สิทธิของตน แต่ภาระหนี้ก็ยังอยู่คงเดิม ส่วนในกรณีนี้เป็นการที่ผู้โอนโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของตนเพียงแต่เกิดความไม่สมบูรณ์เนื่องจากแบบของสัญญา ทำให้โอนไปได้แต่ส่วนของสิทธิ แต่การโอนภาระหนี้ได้ตกเป็นโมฆะไป ถ้าจะเปรียบกับการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน เช่นสัญญาจะซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทนผู้ซื้อเป็นทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ ผู้ซื้อจะโอนสิทธิของตนตามบทบัญญัติของการโอนสิทธิเรียกร้องหาได้ไม่ต้องทำเป็นแปลงหนี้ใหม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1731/2521) แนววินิจฉัยของศาลฎีกาคือ จะต้องทำการโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ไม่สามารถที่จะแยกออกมาเป็นแต่ละส่วนได้ เวลาที่จะโอนจึงต้องโอนไปทั้งหมด

ส่วนแนวความคิดเห็นอีกแนวโดยมีท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ได้หมายเหตุไว้ท้ายฎีกา ท่านมีแนวความคิดว่า

“การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นการที่เจ้าหนี้เข้าแทนที่หนี้เดิม แต่การแปลงหนี้ใหม่เป็นการระงับหนี้เดิมและมีหนี้ใหม่เกิดขึ้น บทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมิได้มีข้อขัดข้องที่จะโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน ในกรณีของสัญญาต่างตอบแทนนั้นการโอนสิทธิเรียกร้องก็ต้องว่ากันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 ส่วนการโอนหนี้จึงเป็นเรื่องของการแปลงหนี้ตามมาตรา 350 สิทธิเรียกร้องของผู้ซื้ออาจโอนกันได้ เพราะไม่ใช่กรณีที่สภาพแห่งสิทธิไม่เปิดช่อง ผู้รับโอนก็สามารถชำระหนี้แทนผู้ซื้อได้เพราะมีส่วนได้ส่วนเสียตาม มาตรา 314 ถ้าผู้รับโอนไม่ชำระราคาผู้ขายก็ไม่ต้องชำระหนี้ตอบแทนโดยการโอน

³⁶ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542), หน้า 391.

และส่งมอบที่ดินให้ตาม มาตรา 369 และมาตรา 468 และผู้ขายก็ยังคงบังคับให้ผู้ซื้อชำระราคาตามหนี้เดิมได้อีกด้วย³⁷

นอกจากนั้น ยังมีมุมมองอีกว่าการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนเป็นนิติกรรมเดียวทั้งหมดหรือสองนิติกรรมมารวมกัน ทำให้เกิดประเด็นในส่วนที่ว่า หากการแปลงหนี้ใหม่ตกเป็นโมฆะในบางส่วน การแปลงหนี้ใหม่นั้นจะต้องมีผลตกเป็นโมฆะทั้งหมดหรือเพียงแค่ตกเป็นโมฆะในส่วนที่เสียเปล่าไป แต่ในส่วนที่สมบูรณ์ก็ยังคงบังคับกันได้ต่อไป ในประเด็นปัญหานี้ตามความเห็นของผู้เขียน การโอนสิทธิเรียกร้องหรือโอนเฉพาะภาระหนี้ให้แก่บุคคลอื่น ควรที่จะทำได้แม้เป็นสัญญาต่างตอบแทนกัน ถึงสัญญาต่างตอบแทนจะทำให้บุคคลแต่ละฝ่ายมีสองสถานะ แต่ความจริงแล้วแต่ละสถานะก็มีส่วนความเป็นอยู่ในตัวของมันเอง การที่จะโอนไปเพียงแก่สถานะใดสถานะหนึ่งจึงไม่น่าที่จะทำไม่ได้ รวมทั้งกฎหมายเองก็ได้บัญญัติห้ามไว้ ฉะนั้นในสัญญาต่างตอบแทนคู่สัญญาจึงสามารถที่จะ โอนเพียงสิทธิหรือหน้าที่ไปให้บุคคลอื่นได้โดยปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์พิธีการในเรื่องนั้นๆ ตามที่ได้วิเคราะห์มาในหัวข้อที่แล้ว แต่ในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ไปพร้อมๆกัน แต่ขาดความสมบูรณ์เนื่องจากการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด ก็จะมีลักษณะดังเช่นการแปลงหนี้ใหม่ในส่วนเจ้าหนี้ที่มีได้ทำตามแบบของโอนสิทธิเรียกร้องจึงตกเป็นโมฆะไปทั้งหมดของสัญญา เนื่องจากลักษณะของเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงออกในการทำสัญญาบ่งบอกถึงเจตนาเดียวที่ต้องการให้ครอบคลุมในสัญญาที่ตนได้กระทำขึ้นทั้งหมด จึงไม่สามารถที่จะพิจารณาให้ 2 แบบสัญญาที่ได้กระทำขึ้นมานั้นบังคับใช้ โดยแยกส่วนออกจากกันได้ เมื่อไม่มีเจตนาหรือพฤติการณ์ใดที่จะบ่งบอกการบังคับใช้บางส่วนของนิติกรรมที่กระทำขึ้น ตามมาตรา 173 นิติกรรมนั้นจึงต้องตกเป็นโมฆะไปทั้งสิ้น ดังนั้นตามกรณีเช่นนี้เมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้ตกเป็นโมฆะไปโดยการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเป็นผลให้ในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตกเป็นโมฆะไปด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากไม่อาจจะแยกแบบของนิติกรรมออกได้ด้วยเหตุที่เจตนาของคู่สัญญายังคงไว้ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนที่ได้ทำขึ้นทั้งหมดจึงตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น คู่สัญญาจึงกลับเข้าสู่สถานะเดิมตามที่ตนเคยเป็นอยู่ โดยการนี้ก็จะต้องกลับเข้าหลักเกณฑ์ของมาตรา 351 เพราะการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้เกิดขึ้น บุคคลภายนอกผู้รับโอนจึงไม่มีทั้งสิทธิและหน้าที่ใดๆ ในสัญญาที่ได้กระทำขึ้น ด้วยเหตุที่ทั้งสิทธิและหน้าที่นั้นยังคงอยู่ที่ผู้รับโอนเพราะหนี้เดิมไม่ได้ระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ คู่สัญญาเดิมจึงผูกพันกันตามมูลหนี้เดิมเช่นที่เคยเป็นมา

³⁷ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3533/2525

4.1.3 ผลต่อสัญญาอุปกรณ์ในกรณีความไม่สมบูรณ์ในบางส่วนของ การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน

เรื่องการแปลงหนี้ใหม่ทำให้สัญญาประธานระงับยอมทำให้สัญญาอุปกรณ์หรือหนี้ อุปกรณ์ระงับตามไปด้วย ในส่วนนี้ของการแปลงหนี้ใหม่จึงเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างการแปลงหนี้ใหม่กับการโอนสิทธิเรียกร้องและการรับช่วงสิทธิ ในเรื่องของการโอนหลักประกันหนี้ ตามมาตรา 352 ได้บัญญัติไว้ว่า “คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำหรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้รายใหม่ได้ เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม แต่หลักประกันเช่นว่านี้ ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซ้ ท่านว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงโอนได้” ตามที่มาตรา 352 ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ได้กล่าวถึงเพียงแต่สิทธิในเรื่องจำนำ จำนองเท่านั้น เพราะการโอนไปซึ่งทรัพย์สินน่าจะเป็นไปได้ง่ายกว่า การค้าประกันด้วยบุคคล ดังที่ท่านอาจารย์ เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“มาตรา 352 พูดยุไว้แต่เฉพาะสิทธิจำนำจำนอง ก็คง เพราะเป็นสิทธิในทรัพย์สินพอที่จะพูดได้เต็มปากถึงการโอน แต่การค้าประกันเป็นเรื่องประกันด้วยบุคคลจะว่าการโอนไปอย่างสิทธิในทรัพย์สินไม่ถนัดนัก แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้ค้าประกันยอมตกลงการค้าประกันหนี้ใหม่ที่ได้แปลงไปนั้นก็คงไม่มีข้อขัดข้องอย่างไร อาจทำกันได้โดยนัยอย่างเดียว กับมาตรา 352”³⁸

ดังนั้นการค้าประกันด้วยบุคคลจึงสามารถทำได้ในสัญญาแปลงหนี้ใหม่และเมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่แล้ว ถ้าผู้ค้าประกันยินยอมก็อาจโอนการค้าประกันนั้นไปยังหนี้ใหม่ได้ตามหลักของมาตรา 352

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตบางประการในเรื่องผลของหลักประกันที่จะมาโอนไปตามมาตรา 352 เนื่องจากในเรื่องหลักประกันของการแปลงหนี้ใหม่นั้นจะต้องมีการบังคับกันตาม

³⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1585.

มาตรา 352 เพราะหากมีจะนั้นแล้ว เมื่อนี้อันเป็นประธานได้ระงับจบสิ้นไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ หนี้อันเป็นหนี้อุปกรณจึงต้องระงับไปด้วยตามหลักเกณฑ์ในเรื่องของการจำนำ จำนอง และค้ำประกัน ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานโดยทั่วไป แต่กระนั้นก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 352 ก็ยังทำให้เกิดข้อสังเกตในความแตกต่างระหว่างการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และตัวหนี้ เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ได้มีบทบัญญัติมาตรา 349 วรรค 3 บัญญัติให้ใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยตามตัวบทกฎหมายได้ใช้คำว่า “ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง” ด้วยเหตุนี้ลักษณะที่เกิดขึ้นจะมีความขัดแย้งกับหลักพื้นฐานของการแปลงหนี้ใหม่ในส่วนที่กระทบต่อหนี้ประธาน เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ก่อให้เกิดผลให้หนี้ประธานระงับรวมทั้งในเรื่องของหลักประกัน ก็ยังคงโอนตามโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 305 แต่หลักในการแปลงหนี้ใหม่ หนี้ที่ได้ทำการแปลงหนี้ใหม่ จะต้องระงับจบสิ้นไปอันเป็นเหตุให้หนี้อุปกรณต้องระงับไปด้วย ในส่วนนี้จึงอาจมีผู้แสดงความคิดเห็นว่าตามมาตรา 352 ที่ได้บัญญัติไว้ในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่ เป็นหลักที่จะนำมาใช้บังคับกับการแปลงหนี้ใหม่ทุกประเภทโดยไม่มีข้อยกเว้น แม้แต่ส่วนการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในเรื่องของการระงับไปแห่งหนี้ ทั้งนี้ แม้คู่สัญญาได้ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ หลักประกันต่างๆก็จะระงับไปตามหนี้ประธาน แต่หากคู่สัญญาที่มีความต้องการที่จะค้ำประกันในหนี้นั้นต่อไป คู่สัญญาก็อาจตกลงกันโอนหลักประกันนั้นตามมาตรา 352 เพื่อมาค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้รายใหม่ได้ในประเด็นปัญหาส่วนนี้ได้มีการให้ความเห็นไว้ โดยท่าน ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ว่า

“ที่จะต้องสังเกตข้อแตกต่างก็คือ ในเรื่องแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ กรณีแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ตามมาตรา 349 วรรค 3 ให้บังคับตามลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้อง ฉะนั้น เมื่อเกี่ยวข้องกับประกันแห่งหนี้ จะต้องบังคับไปตามมาตรา 305 กล่าวคือ ประกันได้โอนไปด้วยอำนาจกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันในระหว่างคู่กรณี แม้ประกันแห่งหนี้จะเป็นประกันที่บุคคลภายนอกให้ไว้ ก็เห็นจะต้องบังคับไปตามมาตรา 349 วรรค 3 และ 305 จะเอา มาตรา 352 มาลบล้างไม่ได้ กรณีแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงเป็นพิเศษอยู่ต่างหาก”³⁹

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1582.

ตามความเห็นของท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช จึงเห็นว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงเป็นลักษณะที่พิเศษ แยกออกจากหลักเกณฑ์ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ตามปกติ จึงต้องใช้บทบัญญัติที่ว่าด้วยการ โอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 305 มาประกอบใช้ในส่วนในเรื่อง สัญญาอุปกรรมด้วย ซึ่งตามความเห็นในแนวทางนี้ ท่านอาจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ได้ให้ความเห็นว่า

“ที่การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ให้ บังคับใช้ในเรื่องหลักเกณฑ์การ โอนสิทธิเรียกร้อง รวมถึงการ โอนหลักประกันไปค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ใหม่ด้วยนั้น ก็คงมี เจตนาธรรมเพื่อมิให้เกิดความเสียเปรียบแก่เจ้าหนี้ใหม่ผู้รับโอน สิทธินั้นมา รวมทั้งการค้ำประกันก็ยังเป็นการประกันในตัวลูก หนี้คนเดิม หาได้มีการเปลี่ยนแปลงใดไม่ ซึ่งผิดจากการเปลี่ยน ตัวลูกหนี้ที่ให้บังคับตามมาตรา 352 เนื่องจากการเปลี่ยนตัวลูก หนี้มีการเปลี่ยนจากบุคคลหนึ่งไปสู่บุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งผู้ที่เข้า ค้ำประกันอาจจะมีความเชื่อถือ หรืออาจจะไม่ไว้วางใจพอที่ตน จะเข้าค้ำประกันอีกก็ได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้ผู้ค้ำประกันไม่ ต้องผูกพันที่จะรับประกันบุคคลอื่นต่อไปเมื่อหนี้ระงับลง แต่ก็มี ทางเลือกที่จะให้ผู้ค้ำประกันยินยอมที่จะเข้าค้ำประกันบุคคล อื่นๆนั้นต่อไปตามหลักเกณฑ์มาตรา 352”

ในเรื่องผลที่เกิดแก่สัญญาอุปกรรมในการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ นี้ ยังมี แนวคำพิพากษาฎีกาวางแนวทางไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1949/2516

โจทก์ฟ้องว่านาย จ. กรรมการผู้จัดการใหญ่ของโจทก์ ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากโจทก์ ให้แต่งตั้งผู้รับมอบอำนาจช่วงได้ด้วย ได้ทำหนังสือมอบอำนาจช่วงให้นาย ข. มีอำนาจดำเนินคดี ฟ้องร้องได้ เดิมจำเลยจำนองที่ดินตามโฉนดตราจองที่ 940 พร้อมด้วยสิ่งปลูกสร้างเป็นประกันการ ชำระหนี้ตามสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีของนาย อ. เป็นเงินไม่เกิน 150,000 บาท ดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี ทบตันตามประเพณีของธนาคาร ถ้าบังคับจำนองได้เงินไม่พอ จำเลยยอมชดเชยเงินที่ขาดจน ครบ นาย อ. ค้างชำระหนี้เพียงวันที่ 30 มิถุนายน 2510 เป็นเงิน 234,186.06 บาท วันที่ 15 กรกฎาคม 2510 จำเลยจึงทำหนังสือรับสภาพหนี้ ชำระหนี้แทนนาย อ. ให้แก่โจทก์ต่อไปจนสิ้นเชิง โดยจะ ชำระต้นเงิน และดอกเบี้ยร้อยละ 14 ต่อปีโดยวิธีทบต้นเป็นรายเดือน ให้เสร็จสิ้นภายใน 5 ปี นับแต่ วันทำสัญญารับสภาพหนี้ โดยผ่อนชำระเป็นรายปีภายในเดือนธันวาคมของทุกปี ปีละไม่น้อยกว่า

50,000 บาท และจำเลยยินยอมรับว่าจำเลยได้จำนองที่ดินดังกล่าวให้มีผลผูกพันหนังสือรับสภาพหนี้ด้วย ศาลฎีกามีความเห็นว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ยอมทำให้หนี้เป็นอุปสรรคของหนี้ เช่น จำนอง ถ้าคู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่มิได้ตกลงเป็นอย่างอื่น ก็ย่อมระงับไปด้วยเช่นเดียวกัน

มาตรา 352 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้ใช้บังคับเฉพาะกรณีแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เท่านั้น การที่โจทก์ และจำเลยตกลงกันให้โอนสิทธิตามสัญญาจำนองซึ่งจำเลยทำค้ำประกันหนี้ของผู้ยื่นต่อโจทก์ มาเป็นประกันหนี้ที่แปลงใหม่ ซึ่งจำเลยเป็นลูกหนี้แทน มิใช่ได้ไม่ต้องจดทะเบียนจำนองซ้ำอีก

หนี้เดิมเป็นหนี้เงินกู้เบิกเงินเกินบัญชี หรือบัญชีเดินสะพัด ซึ่งคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ เมื่อหนี้เดิมระงับไปเพราะการแปลงหนี้ใหม่ การคิดดอกเบี้ยทบต้นเป็นรายเดือนก็ต้องระงับไปตั้งแต่วันทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่

ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จึงมีลักษณะเฉพาะที่จะเป็นข้อยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 352 เช่น การแปลงหนี้ใหม่อื่นๆ ตามความเห็นของผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติ มาตรา 349 วรรค 3 ได้บัญญัติในส่วนของกรณีแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไว้ว่า ให้นำบทบัญญัติทั้งหลายที่ว่าด้วยเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ จึงอาจทำให้เห็นเจตนารมณ์ของการร่างกฎหมายได้ว่าคงมิได้มีความต้องการนำมาใช้เพียงเรื่องพิธีการเช่นเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้องเพียงเท่านั้น แต่ควรนำลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับทั้งในเรื่องของผลต่อสัญญาอุปสรรคด้วย ซึ่งหากตีความเช่นนี้ก็จะเป็นประโยชน์แก่ผู้รับโอน เนื่องจากการรับโอนสิทธิไม่ว่าด้วยเจตนารมณ์ที่จะต้องการแปลงหนี้ใหม่ก็ตาม ผู้รับโอนอาจไม่ทราบถึงเรื่องผลกระทบต่อสัญญาหลักประกันที่จะทำให้ตนเสียเปรียบได้หากมีการอ้างเรื่องการแปลงหนี้ใหม่แล้วมีผลทำให้หนี้ระงับลง ทั้งๆที่ลูกหนี้ก็ยังเป็นลูกหนี้คนเดิม และหนี้ก็ยังเป็นหนี้ลักษณะเดิม ดังนั้นหากการค้ำประกันตั้งอยู่บนพื้นฐานเรื่องความเชื่อถือในตัวบุคคลที่จะเข้าไปค้ำประกันแล้ว ก็คงไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆเกิดขึ้นกับเรื่องความเชื่อถือในตัวลูกหนี้ อันจะทำให้ผู้ที่ค้ำประกันไม่ยินยอมที่จะค้ำประกันต่อไป ดังนั้น หากการตีความไปพิจารณาตามมาตรา 352 แล้ว ก็อาจทำให้ลูกหนี้ยกข้ออ้างเรื่องการแปลงหนี้ใหม่มาเป็นข้อต่อสู้แก่เจ้าหนี้ใหม่ได้ ซึ่งทำให้เกิดความเสียเปรียบจากการไม่รู้ของเจ้าหนี้ผู้รับโอนได้ ตามลักษณะนี้ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับโอนหนี้ไปอย่างชัดเจนโดยที่ลูกหนี้ และผู้ค้ำประกันมิได้รับผลเสียแต่อย่างใด แต่ใช้ช่องว่างของกฎหมายเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองจนเกินควร ดังนี้ การบังคับใช้ในเรื่องผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยน

ตัวเจ้าหน้าที่ จึงควรที่จะนำหลักเกณฑ์ในมาตรา 305 ว่าด้วยเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง มาบังคับใช้ อันเป็นข้อยกเว้นพิเศษ แตกต่างจากลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่น

การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนที่มีความสมบูรณ์อาจมีการตกลงให้หนี้อุปกรณ์โอนไปเป็นประกันหนี้ใหม่ได้ แต่ถ้าเดิมได้มีการประกันในสัญญาของหนี้เดิมไว้แล้วมีการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน หากการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนเกิดความไม่สมบูรณ์ จึงอาจส่งผลกระทบต่อสัญญาประกันด้วย โดยแยกพิจารณาเป็น

4.1.3.1 ผลต่อสัญญาอุปกรณ์ในกรณีที่เกิดความไม่สมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากการเกิดของสัญญา

ความไม่สมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่ในกรณีนี้ไม่ได้มีผลทำให้สัญญาเกิดเป็นโมฆะเพียงแต่คู่กรณีไม่ได้ทำสัญญากันตามหลักของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ผลที่เกิดกับสัญญาประธานก็คือ การโอนสิทธิไม่ว่าจะเป็นด้วยวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือด้วยการแปลงหนี้ใหม่ส่วนใดสมบูรณ์ก็น่าจะบังคับกันไปเฉพาะส่วนนั้น

ตัวอย่าง นาย ก. จ้าง นาย ค. ให้ทำโต๊ะไม้ให้ 3 ตัว ภายในเวลา 3 อาทิตย์ ต่อมา นาย ก. ไม่อยากได้โต๊ะไม้แล้ว แต่ นาย ค. ก็ได้เริ่มทำงานไปแล้ว นาย ก. จึงได้ทำหนังสือแปลงหนี้ใหม่โดยมีใจความว่าตกลงกับนาย ข. ให้ นาย ข. เป็นผู้รับโต๊ะไม้นั้นไปแทนตน จากนั้น นาย ข. ก็ได้ทำหนังสือไปบอกกล่าวแก่ นาย ค. ว่าสิทธิได้โอนมาที่ตนแล้วให้ นาย ค. นำโต๊ะมาส่งให้ตน เมื่อนาย ค. ได้ทำโต๊ะไม้สำเร็จแล้ว

ตามกรณีที่เกิดขึ้น การที่คู่สัญญาทางฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอนได้ทำสัญญากัน หากพิจารณาตามความเห็นของท่านอาจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ก็สามารถที่จะพิจารณาแยกเป็นสิทธิและหน้าที่ได้ ดังนั้นการจะตีความเจตนาของคู่สัญญาโดยรวมทั้งสิทธิและหน้าที่ไปก็อาจจะเป็นการไม่ควร เพราะคู่สัญญาอาจจะต้องการโอนไปเพียงแต่สิทธิเท่านั้น โดยที่หน้าที่ยังอยู่กับตนเช่นเดิม ตามกรณีนี้การโอนสิทธิอาจตีความได้ด้วย 2 วิธีการ คือ การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหน้าที่ และการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่เพื่อเป็นความสมบูรณ์ก็จะทำการในการวิเคราะห์เรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหน้าที่ ดังต่อไปนี้

ตามตัวอย่างการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ทำตามแบบโอนสิทธิเรียกร้องอย่างสมบูรณ์ คือเปลี่ยนจากเจ้าหนี้เดิมคือ นาย ก. มาเป็นเจ้าหนี้ใหม่ คือ นาย ข. แต่ในส่วนของ การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นาย ข. ไม่ได้เข้าตกลงทำสัญญากับนาย ค. อันเป็นเจ้าหนี้ใน ส่วนที่จะได้รับชำระหนี้ สัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงไม่เกิดเพราะ นาย ข. กับนาย ค. ไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆต่อกันที่จะบังคับกันตามสัญญาได้ ความสมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่ใน สัญญาต่างตอบแทนจึงมีเพียงแค่ส่วนของการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ดังนั้นถ้าเกิดสัญญาขึ้นมาอีกสัญญา หนึ่งอันเป็นสัญญาอุปกรณ์เพื่อมาประกันหนี้ที่เกิดขึ้น เช่น ตามตัวอย่างเดิม ถ้าการตกลงใน สัญญาจ้างทำของระหว่างนาย ก. กับนาย ค. มีนาย ง. มาเป็นผู้ค้ำประกันนาย ค.ว่าจะทำงานที่ตกลง ไว้ให้เสร็จภายในเวลาที่กำหนดเพื่อไม่ให้ นาย ก.เสียหาย เมื่อสัญญาประธานบังคับได้เพียงบางส่วน สัญญาค้ำประกันจะเป็นเช่นไร

อันว่าสัญญาค้ำประกันนั้นมาตรา 680 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คน หนึ่ง เพื่อชำระหนี้ ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้” ค้ำประกัน เป็นสัญญาอุปกรณ์จึงขึ้นอยู่กับสัญญา ประธาน หากไม่มีหนี้ประธานอยู่ก่อนแล้ว หนี้ตามสัญญาค้ำประกันก็ไม่อาจเกิดขึ้นมาได้ ดังนั้นหนี้ ที่เป็นประธานจะต้องเป็นหนี้ที่มีความสมบูรณ์ ตามที่มาตรา 681 วรรค 1 ได้บัญญัติไว้ว่า “อันค้ำ ประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์” การทำสัญญาค้ำประกันนั้นจึงเป็นสัญญาระหว่าง เจ้าหนี้กับบุคคลภายนอกผู้ค้ำประกัน ลูกหนี้ไม่ต้องรู้เห็นยินยอมด้วย สัญญาค้ำประกันก็มีผล สมบูรณ์ โดยที่ผู้ค้ำประกันจะยกเอาการที่ลูกหนี้ไม่ยินยอมนี้เป็นข้อต่อสู้ไม่ได้⁴⁰

การที่หนี้ค้ำประกันระงับเพราะหนี้ประธานระงับ แต่หนี้ค้ำประกันจะระงับได้ต่อ เมื่อหนี้ประธานระงับหมดไปอย่างสิ้นเชิง หากหนี้ประธานระงับลงเพียงบางส่วน เช่นมีการชำระ หนี้บางส่วน หรือปลดหนี้ให้บางส่วน เช่นนี้ไม่ทำให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไปทั้งหมด สัญญาค้ำประกันยังไม่ระงับ ผู้ค้ำประกันได้แต่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้เรื่องหนี้ระงับไปบางส่วนขึ้น ต่อสู้เจ้าหนี้ได้เท่านั้น ดังนั้นถ้าพิจารณาการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนเป็นนิติกรรมที่มี ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวแล้วหนี้ค้ำประกัน จำนำ จำนอง จึงยอมไม่ระงับไปตามหนี้ประธานที่ขาด ความสมบูรณ์ในบางส่วน หากแต่พิจารณาแยกส่วนของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน แล้ว หนี้ที่ได้ทำประกันไว้ย่อมระงับโดยการแปลงหนี้ใหม่

⁴⁰ สุคา (วัชรวัฒนากุล) วิสฤตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า ด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540), หน้า 17.

ตามตัวอย่างมีแต่เพียงการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่มีความสมบูรณ์ สิทธิของนาย ก.จึงโอนไปยังนาย ข. ส่วนนาย ก.เหลือแต่ภาระหนี้ที่ต้องรับไว้เพียงเท่านั้น และการแปลงหนี้ใหม่มีผลให้หนี้ระดับดั่งนั้นการสัญญาค้ำประกันผู้ค้ำประกันจะต้องทำสัญญากับเจ้าหนี้ ซึ่งหมายความว่านาย ง.ทำสัญญากับนาย ก. ที่จะค้ำประกันนาย ค. เมื่อสิทธิแห่งความเป็นเจ้าหนี้ของนาย ก.ได้โอนไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ซึ่งเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ แม้แปลงหนี้จะเป็นเหตุให้หนี้ประชนาระดับ แต่การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่นเพราะจะนำเอามาตรา 352 มาบังคับใช้ไม่ได้ ลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ถูกบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติของการโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งนอกเหนือจากจะต้องทำตามแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องบังคับตามมาตรา 305 ในส่วนของหนี้อุปกรณ์ด้วย⁴¹ โดยมาตรา 305 ได้บัญญัติว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนอง หรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี สิทธิที่เกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ไว้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี ย่อมตกไปได้แก่ผู้รับโอนด้วย” ดังนั้น สัญญาค้ำประกันของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงโอนไปตามผลของกฎหมายไม่ต้องทำสัญญา หรือจดทะเบียนในส่วนของประกันเหล่านั้นใหม่ และไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้ค้ำประกันทราบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 531/2537 เดิม ช. ทำสัญญาเช่าซื้อที่ดินกับจำเลยที่ 2 ต่อมา ช. ได้โอนสิทธิตามสัญญาเช่าซื้อที่ดินดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้ได้ชำระค่าเช่าซื้อให้จำเลยที่ 2 จนครบถ้วนแล้ว แต่ยังไม่ทันได้โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินที่เช่าซื้อจำเลยที่ 2 ก็ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ดังนี้หนี้ที่ขอรับชำระจึงเป็นหนี้ที่มีมูลมาจากการเช่าซื้อที่ดิน ซึ่งเจ้าหนี้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องมาจาก ช. ผู้เช่าซื้อเดิม อันเป็นหนี้ที่มีมูลแห่งหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์จึงเป็นหนี้ที่ขอรับชำระได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 94 และเจ้าหนี้เป็นผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเช่าซื้อนี้มาโดยชอบตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการโอนสิทธิเรียกร้องก็ทำโดยถูกต้องสมบูรณ์ตามมาตรา 306 โดย ช. ผู้โอนได้บันทึกการโอนสิทธิเป็นหนังสือ และจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นลูกหนี้แห่งสิทธินั้นได้บันทึกยินยอมไว้เป็นหนังสือในสัญญาเช่าซื้อโดยแจ้งชัด เจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้จึงมีสิทธิสมบูรณ์ในฐานะเป็นผู้รับโอน

⁴¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1582.

สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อโดยชอบ และกรณีไม่จำเป็นต้องมีการทำหนังสือสัญญาเช่าซื้อกันใหม่ระหว่างเจ้าหนี้ผู้รับโอนกับจำเลยที่ 2 ผู้ให้เช่าซื้ออีก

ฉะนั้นเมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้สมบูรณ์หนี้ตามสัญญาได้ถูกโอนไปยังเจ้าหนี้ใหม่ สัญญาค้ำประกัน จำนำ จำนอง จึงโอนไปตามผลของกฎหมายมาตรา 305 สัญญาค้ำประกันที่ได้มีขึ้นจึงไม่ระงับแม้เจ้าหนี้ใหม่จะไม่ได้มีนิติสัมพันธ์โดยตรงกับลูกหนี้ในอีกสถานะด้านหนึ่งของสัญญาต่างตอบแทน หากได้ทำการพิจารณาแบบแยกส่วนกันของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน

4.1.3.2 ผลต่อสัญญาอุปกรณ์ในกรณีที่เกิดความไม่สมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนเนื่องจากความเป็นโมฆะ

ความเป็นโมฆะของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนอาจเกิดขึ้นได้จากใน ส่วนการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ไม่ได้ทำตามแบบของการ โอนสิทธิเรียกร้องหรือแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่ไม่ได้มีการทำสัญญาให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดตาม ลักษณะสัญญานั้น ๆ แต่กระนั้นก็ตามเมื่อได้ทำการวิเคราะห์สัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนแล้ว ทำให้ทราบว่าหากคู่สัญญาได้มีเจตนาในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้และแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไปพร้อม ๆ กัน ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนานิติกรรมนั้นก็ถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันตามเจตนาของคู่สัญญาที่ต้องการให้เป็นไป เมื่อการแปลงหนี้ใหม่ตามสัญญาต่างตอบแทนเป็นนิติกรรมที่นับรวมเป็นสิ่งเดียวกันแล้ว การที่นิติกรรมหรือสัญญาหนึ่ง ๆ จะบังคับใช้ต่อคู่สัญญาได้นั้นสัญญานั้นจะต้องมีความสมบูรณ์ทั้งหลักการแสดงเจตนาและแบบพิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ หากคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตามให้ครบถ้วนสัญญาที่ทำขึ้นนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะก็เป็นได้ ในกรณีที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นแม้เจตนาของคู่สัญญาจะสมบูรณ์ถูกต้อง อันเป็นรากฐานให้เกิดสัญญาขึ้นมา แต่เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีแบบพิธีการที่ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับการ โอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นเมื่อกฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาต้องทำสัญญาโดยทำเป็นหนังสือ เมื่อคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตาม สัญญานั้นจึงตกเป็นโมฆะตามผลของกฎหมาย ในกรณีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็เช่นเดียวกัน ถึงแม้ตามลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะไม่มีแบบที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติแต่การทำสัญญายังต้องคำนึงถึงลักษณะสัญญาที่คู่สัญญาที่มีความประสงค์จะทำขึ้นเมื่อสัญญานั้นเป็น

สัญญาที่ต้องการแบบตามที่กฎหมายกำหนด คู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามเพื่อผลแห่งการบังคับตามสัญญาจะสมบูรณ์ตามเจตนาของตน

การที่สัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนมีผลเป็น โฆษะไปทั้งหมด ถึงแม้สัญญาแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนจะสามารถแยกจากกันได้เป็นสัดส่วนก็ตามแต่ด้วยเจตนาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นเป็นเจตนาที่ต้องการจะระงับทั้งสิทธิและหน้าที่ไปอย่างพร้อมกัน จึงไม่สามารถที่จะพิจารณาแยกแบบนิติกรรมออกได้ เนื่องจากความสำคัญของการทำสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับเจตจำนงของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ดังนั้นการพิจารณาลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนประเภทนี้จึงต้องพิจารณารวมกันเป็นนิติกรรมหนึ่งเดียว เมื่อการแปลงหนี้ใหม่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ ตามการวิเคราะห์ในหัวข้อที่ผ่านมาการแปลงหนี้ใหม่ เช่นนี้จึงต้องตกเป็น โฆษะทั้งสิ้น การตกเป็น โฆษะของสัญญาประธานจึงย่อมทำให้สัญญาอุปกรณ์กระทบด้วยผลจากการนั้น จึงทำการวิเคราะห์ในส่วนของสัญญาอุปกรณ์ในกรณีที่การแปลงหนี้ใหม่ตกเป็น โฆษะทั้งสิ้น โดยแยกเป็นหัวข้อดังนี้

1. กรณีที่ส่วนการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตกเป็น โฆษะ

กรณีนี้เป็นกรณีที่การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่ได้ทำตามแบบของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องจึงทำให้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตกเป็น โฆษะ คู่สัญญาจึงคืนสู่สถานะเดิมก่อนได้มีการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งหมายความว่าหากสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีความสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้สัญญาอุปกรณ์อันได้แก่ จำนอง จำน่า คำประกัน จำต้องโอนไปแก่ผู้รับโอนสิทธิตามมาตรา 305 ของบทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่เมื่อสัญญาแปลงหนี้ใหม่นี้ตกเป็น โฆษะสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ จึงกลับสู่สถานะเดิมก่อนสัญญา และเนื่องจากสัญญาอุปกรณ์เป็นสัญญาที่ต้องอยู่โดยสัญญาประธานเมื่อสัญญาประธานไม่มีด้วยเหตุจากการเป็น โฆษะสัญญาอุปกรณ์จึงไม่สามารถดำรงอยู่ได้ เช่น มาตรา 681 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “อันคำประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์” หนี้ประธานนั้นจะสมบูรณ์หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ประธานว่ามีการแสดงเจตนาถูกต้องหรือไม่ วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องห้ามตามกฎหมายหรือสัญญาได้กระทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด

หรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาตามบทกฎหมายในบรรพ 1 ซึ่งเป็นบททั่วไปรวมทั้งยังต้องพิจารณาถึง บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทเฉพาะของสัญญาแต่ละชนิดด้วย⁴²

คำพิพากษาฎีกาที่ 1800/2511 สัญญาเช่าซื้อต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่ สัญญาทั้งสองฝ่าย ถ้าหากทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้เช่าซื้อฝ่ายเดียวย่อมเป็น โฆษณาเจ้าของทรัพย์สินที่ให้เช่าซื้อจะฟ้องผู้เช่าซื้อให้รับผิดชอบตามสัญญาหาได้ไม่ ผู้ค้าประกันสัญญาเช่าซื้อดังกล่าวไม่ ต้องรับผิดชอบ เพราะการค้ำประกันจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนีอันสมบูรณ์

คำพิพากษาฎีกาที่ 119/2519 โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยที่ 1 ผู้เช่าชำระค่าเช่าและ ค่าเสียหาย ถ้าไม่ชำระขอให้บังคับจำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันชำระแทน ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ พิพากษาให้โจทก์ชนะคดี จำเลยที่ 2 ฎีกา จำเลยที่ 1 ทำสัญญาเช่าโดยถูกโจทก์ฉ้อฉล จำเลยที่ 2 มีสิทธิยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ตามมาตรา 694 และมีสิทธิบอกล้างสัญญาเช่าได้ เมื่อบอกล้างแล้วสัญญาเช่าเป็นโมฆะด้วย จำเลยที่ 2 จึงหลุดพ้นความรับผิด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าผู้ที่มีสิทธิบอกล้างโมฆีย กรรมจะต้องเป็นบุคคลตามมาตรา 175 จำเลยที่ 2 ไม่ใช่ผู้แสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉลจึงไม่มีสิทธิ บอกล้าง

ดังนั้นหากสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีผลตกเป็นโมฆะไปสิ้นแล้ว สัญญาอุปกรณ์จึงระงับไปด้วย แต่มาตรา 351 ได้บัญญัติให้หนี้ที่เกิดจากการแปลงหนี้ใหม่ถ้ามิได้ เกิดขึ้นแล้ว หนี้เดิมก็ยังหาระงับสิ้นไปไม่ เมื่อหนี้เดิมไม่ระงับไปตามแปลงหนี้ใหม่ ค้ำประกัน (มาตรา 698) จำนอง (มาตรา 744 วรรค 1) และจำนำ (มาตรา 769 (1)) จึงไม่ระงับไปเนื่อง ด้วยหนี้ประธานยังคงอยู่ สัญญาอุปกรณ์จึงยังคงเป็นประกันแก่เจ้าหนี้ผู้โอนที่ผลการแปลงหนี้ใหม่ โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ตกเป็น โฆษณาสิ้นไป

2. กรณีส่วนการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตกเป็น โฆษณา

โดยปกติแล้วสัญญาอุปกรณ์มักจะเกิดจากการทำเพื่อเป็นประกันแก่ลูกหนี้เพียงฝ่าย เดียวแม้เป็นสัญญาต่างตอบแทนก็มักจะไม่มีการประกันไว้ทั้ง 2 ฝ่าย

⁴² ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายว่าด้วย ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา, 2544), หน้า 75.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 817/2521 จำเลยที่ 1 กู้เงินบริษัทโจทก์ที่ 1 โดยจำเลยที่ 1 และที่ 2 จำนวนที่ดินเป็นประกัน แต่แทนที่ผู้รับจำนองจะเป็นโจทก์ที่ 1 กลับเป็นโจทก์ที่ 2 ซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการบริษัทโจทก์ที่ 1 ต่อมาจำเลยทั้งสองไม่ชำระหนี้ โจทก์ทั้งสองจึงฟ้องจำเลยทั้งสอง ปัญหาว่าจำเลยที่ 2 จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาตามมาตรา 702 และมาตรา 709 แล้ว ผู้รับจำนองจะต้องเป็นเจ้าของในมูลหนี้จำนองเป็นประกัน ส่วนผู้จำนองจะเป็นลูกหนี้หรือบุคคลอื่นใดก็ได้ เมื่อโจทก์ที่ 2 ไม่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้ สัญญาจำนองจึงไม่มีหนี้ที่จำเลยที่ 1 ผู้กู้และจำเลยที่ 2 ผู้จำนองต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ที่ 2 ดังนั้น โจทก์ที่ 2 จึงบังคับจำนองแก่จำเลยที่ 1 และที่ 2 ไม่ได้ จำเลยที่ 2 ไม่ต้องรับผิดชอบ ส่วนจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้กู้ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ที่ 1 ผู้ให้กู้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2003/2519 จำเลยค้ำชำระค่าที่ดินประมาณสองล้านบาท จึงจดทะเบียนจำนองที่ดินเป็นหลักประกันการชำระหนี้ แสดงว่าหนี้สินตามสัญญาจำนองมีมูลหนี้ต่อกัน ต่อมาได้มีการเปลี่ยนหนี้จากค่าที่ดินที่ค้ำชำระมาเป็นหนี้เงินกู้ โดยเอาที่ดินที่จำนองเป็นประกันเงินกู้ด้วย ทั้งตามสัญญาจำนองก็ระบุไว้ชัดเจนแจ้งว่าจำเลยได้กู้ยืมเงินจากโจทก์และให้ถือว่าสัญญาจำนองเป็นหลักฐานในการกู้ยืมเงินด้วย ศาลฎีกาเห็นว่า การจำนองนั้นเป็นสัญญาเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นการประกันหนี้ โดยมีหนี้ที่จะพึงต้องชำระแก่กันอันเป็นหนี้ประจักษ์ และจำนองอันเป็นอุปกรณ์ของหนี้นั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าอาจแยกหนี้ซึ่งจะต้องชำระแก่กันและการจำนองออกเป็นคนละส่วนต่างหากจากกันได้

ในหัวข้อนี้จึงขอทำการวิเคราะห์ในส่วนของการทำสัญญาเป็นประกันใน กรณีที่สัญญาต่างตอบแทนนั้นอาจมีการประกันในส่วนหนี้เดิมของลูกหนี้เก่าที่ได้โอนหน้าที่ไปพร้อมกับสิทธิให้แก่ผู้รับโอน ตามปกติแล้วในสัญญาการแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามมาตรา 349 วรรค 1 คือ คู่สัญญาผู้เกี่ยวข้องต้องมาตกลงทำสัญญากัน เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้นแล้ว ผลจากการแปลงหนี้ใหม่นี้อาจทำให้หนี้เดิมเป็นหนี้ประจักษ์ระงับไป เมื่อหนี้ประจักษ์ระงับไปหนี้ตามสัญญาอุปกรณ์จึงระงับไปตามหนี้ประจักษ์ด้วยทั้งจำนอง จำนำ ค่าประกัน ดังที่กล่าวไปแล้ว แต่คู่สัญญาที่อาจจะตกลงโอนสิทธิจำนำหรือจำนองให้ไว้เป็นประกันหนี้ใหม่ได้ หรือถ้าหลักประกันนั้นบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้และผู้ให้หลักประกันนั้นยินยอมที่จะโอนหลักประกันในหนี้เดิมเพื่อไปประกันหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น มาตรา 352 ก็ให้อำนาจไว้ให้ทำได้แต่การโอนหลักประกันนี้เกิดขึ้นเมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่สมบูรณ์ แต่หากการ

เปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้ตกเป็นโมฆะเนื่องจากแบบของสัญญา ย่อมจะเป็นผลกระทบต่อหลักประกันที่โอนไปเช่นเดียวกับการเป็นโมฆะในสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ แม้ได้มีการทำข้อตกลงเพื่อการโอนไปซึ่งหลักประกันต่าง ๆ แต่เมื่อสัญญาที่เกิดขึ้นตกเป็นโมฆะ อันเป็นผลให้คู่สัญญากลับสู่สถานะเดิมก่อนได้มีการทำสัญญา ซึ่งสถานะเดิมก่อนได้มีการทำสัญญา มาตรา 351 บัญญัติให้เมื่อแปลงหนี้ใหม่ ไม่ได้เกิดขึ้นคู่สัญญาก็ต้องบังคับกันตามหนี้ที่มีอยู่เดิม ดังนั้น หนี้อุปสรรคที่ได้ให้ไว้เป็นประกันในหนี้ประธานก็ต้องไปเป็นหลักประกันในหนี้อันเป็นประธานของลูกหนี้เดิมอันมีลักษณะเช่นเดียวกับลักษณะก่อนมีการแปลงหนี้ใหม่

4.2 ปัญหาของลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะสัญญาประนีประนอมยอมความ

โดยทั่วไปแล้วการตกลงประนีประนอมยอมความจะกระทำขึ้นเมื่อข้อพิพาทได้เกิดขึ้นมาแล้วเพื่อไม่ให้ข้อพิพาทต้องเสียเวลาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาต่างฝ่ายจึงมาตกลงเพื่อที่จะยอมผ่อนผันให้แก่กัน หรือคู่สัญญาอาจทำสัญญาผ่อนผันให้แก่กันไว้ก่อน ในกรณีนี้อาจเกิดข้อพิพาทขึ้นในภายหลัง

4.2.1 หลักเกณฑ์และลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความ

สัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ได้บัญญัติไว้ในบรรพ 3 ว่าด้วยเรื่อง เอกเทศสัญญา โดยได้มีบัญญัติไว้ 3 มาตรา คือตั้งแต่มาตรา 850-852 โดยมาตรา 850 ได้ให้คำนิยามของสัญญาประนีประนอมยอมความว่า “อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน” โดยสัญญาประนีประนอมมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. ลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความ (มาตรา 850)

- (1) ต้องมีคู่สัญญา 2 ฝ่าย
- (2) เป็นสัญญาที่ระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่ง ซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นให้เสร็จสิ้นไป
- (3) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน

2. สัญญาประนีประนอมยอมความต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ หรือลายมือชื่อตัวแทนฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ (มาตรา 851)

3. ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความทำให้เกิดผลสองอย่าง (มาตรา 852)

(1) ทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้น ระวังสิ้นไป หมายความว่าสิทธิตามมูลหนี้เดิมนั้นได้ระวังสิ้นไป ฉะนั้นจะเอาหลักฐานเดิมมาบังคับไม่ได้

(2) ทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามแสดงในสัญญาว่าเป็นของตน

4. ประเภทของสัญญาประนีประนอมยอมความ

(1) สัญญาประนีประนอมยอมความที่ทำในศาล (ป.ว.พ. มาตรา 138) หมายความว่า เป็นกรณีมีการฟ้องร้องคดีกันสู่ศาลแล้ว จึงขอให้ศาลพิพากษาตามยอม ผลหากฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตาม ศาลจะบังคับตามยอมได้ โดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นมาอีก

(2) สัญญาประนีประนอมยอมความนอกศาล หมายถึงการตกลงที่ไม่ได้กระทำต่อศาล เช่นยังไม่มีมีการฟ้องร้องคดีกัน คู่กรณีได้ทำสัญญาระงับข้อพิพาทกันนอกศาล ถ้าหากฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความอีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับทันทีไม่ได้ต้องฟ้องขอให้ศาลบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น⁴³

4.2.2 สภาพปัญหาของความเกี่ยวพันระหว่างสัญญาประนีประนอมยอมความกับการแปลงหนี้ใหม่

เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของสัญญาประนีประนอมยอมความในหลาย ๆ ส่วนอาจเห็นว่ามิลักษณะที่คล้ายคลึงกับการแปลงหนี้ใหม่อุ้ม่มาก เพราะสัญญาประนีประนอมยอมความได้มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทจากสัญญาเดิม ทำให้หนี้เดิมที่คู่สัญญาเคยมีอยู่ต้องระงับสิ้นไป ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกันได้อีก ในส่วนนี้เห็นได้ว่าไม่มีความแตกต่างไปจากแปลงหนี้ใหม่เลย เพราะแปลงหนี้ใหม่ก็มีขึ้นเพื่อระงับมูลหนี้เดิมแต่ก็ยังคงต้องไปบังคับกันตามสัญญาใหม่ที่ทำกัน คู่สัญญาจึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องตามสิทธิของตนในสัญญาเดิมได้อีก และลักษณะอีกประการของความคล้ายคลึงระหว่างคู่สัญญาประนีประนอมยอมความกับสัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็คือ ประนีประนอมยอมความจะต้องมีการผ่อนผันให้กันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งหากพิจารณาแล้วการผ่อนผันนั้นอาจถือได้ว่าเกิดการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ก็ได้ ฉะนั้นการผ่อนผันนี้จึงอาจเป็นไปตามสัญญาแปลงหนี้

⁴³ พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, ยิ้ม ผักทรวีย์ เก็บของในคลังสินค้า ประนีประนอมยอมความ การพนันและขันต่อ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2535), หน้า 119-120.

ใหม่ได้ ลักษณะที่ใกล้เคียงกันของบทบัญญัติกฎหมายนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาขึ้นระหว่างการแปลงหนี้ใหม่หรือการประนีประนอมยอมความ เช่น

คำพิพากษาฎีกา 2325/2521 จำเลยทำสัญญาค้ำประกันการที่ ข. ทำงานกับโจทก์ ต่อมา ข. ได้ทุจริตยักยอกเงินของสถานธนาถบาลของโจทก์ เป็นจำนวนเงิน 556,784 บาท พนักงานอัยการจึงได้ทำการฟ้อง ข. ในความผิดฐานยักยอกทรัพย์ ในระหว่างการพิจารณาของศาล โจทก์กับ ข. ได้ตกลงประนีประนอมยอมความโดย ข. ยอมชำระเงินให้โจทก์ 380,000 บาท ชำระในวันทำสัญญา 30,000 บาท ที่เหลืออีก 350,000 บาท ผ่อนชำระเป็นงวด ๆ ประมาณ 11 งวด โดยมีนาง น.น้องสาว และ นาง ว.ภรรยาของ ข. เป็นผู้ออกเช็คล่วงหน้าฉบับละ 50,000 บาท และ 30,000 บาท

ในคดีนี้ศาลได้ตั้งข้อวินิจฉัยว่า หนี้อันเกิดจากการที่นาย ข. ทำละเมิดยักยอกเงินของโจทก์ไป ซึ่งจำเลยทำสัญญาค้ำประกันไว้ในวันนั้น จะระงับไปหรือไม่ ด้วยเหตุที่นาย ข. ทำสัญญาประนีประนอมยอมความใช้เงินให้โจทก์ จำนวน 380,000 บาท และเพิ่มนาง น. และนาง ว.เป็นผู้ค้ำประกัน เมื่อศาลได้ทำการพิเคราะห์แล้ว เห็นว่ามูลคดีเรื่องนี้เป็นเรื่องที่โจทก์ เป็นเจ้าหนี้ นาย ข. แต่ฝ่ายเดียว การทำสัญญาโดยโจทก์ลดหนี้ให้ นาย ข. รับผิดใช้นั้นน้อยลง เมื่อยังไม่ได้ใช้หนี้ที่ลดลงแล้วนั้นหาทำให้หนี้เดิมระงับลงไปไม่ และด้วยเหตุที่นาย ข. หาได้มีสิทธิเรียกร้องใดๆต่อโจทก์ นาย ข. จึงไม่มีสิทธิที่จะสละได้ ทั้งไม่ได้สิทธิอะไรจากสัญญานั้น กรณีจึงไม่ได้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 852 เหตุนี้หนี้เดิมจึงยังคงมีอยู่ จำเลยผู้ค้ำประกันจึงต้องรับผิดชอบโจทก์ตามฟ้อง

ตามคำพิพากษานี้ ศาลได้พิจารณาจากส่วนเบื้องต้นอันมาจากเจตนาของผู้สัญญาที่ไม่ได้มีความต้องการที่จะให้มีการเปลี่ยนแปลงในสิ่งใดๆในหนี้เดิมที่เคยเป็นกันมาก่อนได้มีการทำสัญญาลดหนี้ลง รวมทั้งโจทก์เป็นผู้มีสิทธิอยู่ฝ่ายเดียวที่จะยอมผ่อนปรนให้แก่จำเลย หรือนาย ข. ได้ เมื่อจำเลย และนาย ข. ไม่มีสิทธิใดๆอันจะต่อรองกับโจทก์ การทำสัญญานี้จึงไม่อาจเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความได้ รวมทั้งเจตนาซึ่งผู้สัญญาต้องการที่จะคงไว้ซึ่งหนี้เดิมที่มีอยู่ การเปลี่ยนแปลงในจำนวนหนี้เงินต้นประเภทนี้จึงมีอาจมีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นเมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญาแล้ว จะพบว่าเจตนา และองค์ประกอบของสัญญาที่รวมขึ้นมามีลักษณะตามหลักเกณฑ์ปลดหนี้ ซึ่งมาตรา 340 วรรคแรก ได้บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ ท่านว่าหนี้นั้นก็อันระงับสิ้นไป” ซึ่งการปลดหนี้นี้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เจ้าหนี้ได้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ ลูกหนี้จึงไม่จำเป็นต้องมีสิทธิใดๆเพื่อมาผ่อนปรนต่อ

กัน รวมทั้งการปลดหนี้ก็อาจจะกระทำโดยปลดหนี้ทั้งหมด หรือบางส่วนก็ได้ หากเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ในบางส่วน ส่วนที่เจ้าหนี้ปลดให้ก็เป็นอันระงับไป ลูกหนี้จำต้องใช้ตามจำนวนหนี้ที่เหลืออยู่ต่อไป ดังนี้ ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจึงมีความคาบเกี่ยวกับลักษณะแปลงหนี้ใหม่ ประนีประนอมยอมความ และปลดหนี้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับรายละเอียด และความเห็นของผู้พิจารณาแต่ละท่าน ซึ่งในคำพิพากษาฎีกานี้มีความเห็นของท่านอาจารย์จิติ ดิงศกัณฑ์ ได้หมายเหตุไว้ท้ายฎีกาว่า

“หนี้ระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ และแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนลูกหนี้ก็ทำได้ตามมาตรา 350 การประนีประนอมยอมความระงับหนี้เดิมโดยลดจำนวนลง และมีผู้อื่นเข้ามาเป็นลูกหนี้ด้วยก็ไม่น่าจะขัดข้องอะไร เป็นการยอมผ่อนผันให้แก่กัน มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันใหม่ได้”⁴⁴

จึงเห็นได้ว่าข้อขัดข้องว่าหนี้นั้นได้ระงับไปแล้วหรือไม่ด้วยเหตุที่เจ้าหนี้ทำการลดจำนวนหนี้ลงเพื่อให้ลูกหนี้สามารถที่จะชำระหนี้ได้ถือเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้หรือไม่ หากการลดจำนวนหนี้ลงทำให้เกิดหนี้จำนวนใหม่ขึ้นเป็นการเปลี่ยนในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ การทำสัญญานี้ย่อมเป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้เช่นเดียวกัน ในประเด็นของเรื่องกรณีที่เจ้าหนี้ตกลงจะให้ลูกหนี้ทำการผ่อนชำระหนี้จากเดิมที่ต้องชำระในคราวเดียวเปลี่ยนมาเป็นผ่อนชำระเป็นงวด ๆ คงไม่เป็นปัญหานักเพราะการให้มีการชำระหนี้ในคราวเดียวหรือการผ่อนชำระเป็นเพียงวิธีการชำระหนี้ อย่างหนึ่งเท่านั้น ซึ่งการเปลี่ยนวิธีการชำระหนี้นี้ไม่ถือว่าได้มีการเปลี่ยนในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งตัวหนี้อันจะเกิดการแปลงหนี้ใหม่ขึ้นมาได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1888/2517 จำเลยทำสัญญาซื้อรถยนต์ไปจากโจทก์ด้วยวิธีผ่อนชำระราคา จำเลยชำระราคารถยนต์ให้โจทก์ส่วนหนึ่งแล้วไม่ชำระส่วนที่เหลือ ต่อมาจำเลยยอมคืนรถยนต์พิพาทให้แก่โจทก์ตามสภาพที่เป็นอยู่และจำเลยยอมชำระเงินที่ค้างอีกส่วนหนึ่งให้แก่โจทก์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ข้อตกลงดังกล่าวเป็นการแปลงหนี้ระหว่างโจทก์จำเลย มิใช่สัญญาประนีประนอมยอมความ เพราะมิใช่สัญญาระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน

⁴⁴ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2325/2521

ตามคำพิพากษาฎีกาทำให้เห็นว่าลักษณะของการแปลงใหม่รวมถึงผลที่เกิดแทบจะ
ไม่มีความแตกต่างจากสัญญาประนีประนอมยอมความเลยจึงทำให้เกิดปัญหาข้อถกเถียงอยู่อย่างมาก
ซึ่งในประเด็นความแตกต่างระหว่างสัญญาแปลงหนี้ใหม่และสัญญาประนีประนอมยอมก็มีผู้ให้
ความเห็นหลายท่าน ดังนี้

ตามความเห็นของ เดือน จิตรกร จากหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1888/2517
เห็นว่า

“กรณีประนีประนอมยอมความกับแปลงหนี้ใหม่
คาบเกี่ยวใกล้ชิดกันอยู่มาก ถ้ามองเผิน ๆ แล้วข้อตกลง
ระหว่างโจทก์กับจำเลยก็ดูน่าจะเป็นสัญญาประนีประนอม
ยอมความ เพราะโจทก์มิได้บังคับเอากับจำเลย เมื่อจำเลยผิด
นัด แต่โจทก์ยอมรับเอารถที่มีสภาพชำรุดทรุดโทรมกลับคืน
และยอมให้จำเลยชำระเงินค่ารถยนต์ที่ค้างภายในระยะเวลาที่
กำหนด ซึ่งจำเลยก็ตกลงตามนั้น จึงมีลักษณะคล้ายกับ
โจทก์จำเลยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กันเพื่อระงับข้อพิพาท แต่
เมื่อพิเคราะห์ให้ลึกซึ้งลงไปแล้วจะเห็นได้ว่าตามข้อตกลง
ระหว่างโจทก์จำเลยนั้น โจทก์มิได้ยอมผ่อนผันให้แก่จำเลย
แต่อย่างใดเลย คงบังคับเอาชำระหนี้จากจำเลยจนครบ
จำเลยฝ่ายเดียวเป็นฝ่ายที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่โจทก์ โดย
การเอารถยนต์คืนให้โจทก์เป็นการชำระหนี้ส่วนหนึ่ง ส่วน
ที่ค้างชำระจำเลยตกลงจะชำระให้โจทก์ภายในเวลาที่กำหนด
วิธีการชำระหนี้ของจำเลยซึ่งจะต้องชำระเงินที่ค้างอยู่โดยเอา
รถที่ซื้อมาใช้หนี้โจทก์ไปส่วนหนึ่ง และยอมชำระราคา
ที่เหลืออยู่ให้แก่โจทก์ในระยะเวลาที่กำหนดกันขึ้นไว้ใหม่เป็น
การเปลี่ยนแปลงวิธีการชำระหนี้ของจำเลยที่ตกลงกันไว้แต่
เดิม ข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยจึงเป็นข้อตกลงที่เปลี่ยนแปลง
สาระสำคัญแห่งหนี้ ลักษณะแห่งข้อตกลงระหว่าง
โจทก์จำเลยจึงมีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามที่ บัญญัติ

ไว้ใน ป.พ.พ มาตรา 349 มิใช่เป็น สัญญาประนีประนอม
ความตามมาตรา 850⁴⁵

ท่านอาจารย์จัตติ ดิงค์ภักย์ ได้ให้ความเห็นในข้อแตกต่างอีกประการระหว่างสัญญา
แปลงหนี้ใหม่ และสัญญาประนีประนอมว่า

“ สัญญาประนีประนอมยอมความทำให้มีการแปลง
หนี้ใหม่ระงับหนี้เดิมหรือไม่ถ้าสัญญาใหม่ให้บังคับตาม
สัญญาเดิม แม้จะมีสัญญาขึ้นมาใหม่จะเรียกว่าสัญญา
ประนีประนอมยอมความหรือไม่ก็ตาม อาจไม่เป็นการ
แปลงหนี้ใหม่ไม่ทำให้หนี้เดิมระงับไปก็ได้ ดังเช่นจำเลยทำ
ยอมให้หนี้ ไม่ทำให้จำนองระงับไปก็ได้ สัญญา
ประนีประนอมยอมความอาจยอมโดยให้หนี้เดิมมีผลบังคับ
ต่อไปทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย
หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างไร”⁴⁶

ตามข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาฯ นายประภาศน์ อวยชัย เคยแสดงความ
เห็นไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1008/2520 ว่า

“แปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 บัญญัติว่า เมื่อคู่
กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ
แห่งหนี้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้
ใหม่ เห็นได้ว่าหนี้เดิมนั้นระงับ มีหนี้ใหม่เกิดขึ้นผูกพันคู่
กรณี เราอาจแยกองค์ประกอบของการแปลงหนี้ตามตัวบท
ได้เป็นสองประการคือ ต้องมีสัญญาและต้องเปลี่ยนสิ่งซึ่ง
เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ นั่นคือนี้ ถ้าข้อเท็จจริงฟังได้ว่า คู่
กรณีตกลงกันเปลี่ยนจากการชำระหนี้เป็นเงินมาเป็นการทำ
หนังสือฉบับใหม่เป็นแปลงหนี้ใหม่ เพราะเป็นการเปลี่ยนสิ่ง
สาระสำคัญแห่งหนี้ แต่ถ้าฟังได้ว่าโจทก์ให้จำเลยเลิกชำระ

⁴⁵ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1888/2517

⁴⁶ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 137/2522

หนีโดยทำหนังสือโฆษณาไว้ได้ เช่นหนีหนีเดิมไม่ระงับ เป็นเรื่อง
เลือกได้ไม่ใช่แปลงหนีใหม่⁴⁷

ในเรื่องข้อแตกต่างของการแปลงหนีใหม่กับสัญญาประนีประนอมยอมความ โสภณ
รัตนกร ได้เขียนเป็นหนังสือไว้ว่า ทั้งแปลงหนีใหม่และประนีประนอมยอมความต่างก็เป็นสัญญา
ที่คู่กรณีตกลงเปลี่ยนแปลงความรับผิดชอบตามหนีเดิมด้วยกัน ซึ่งมีผลให้หนีเดิมระงับและคู่กรณีผูกพัน
กันตามข้อตกลงใหม่เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีกรณีจะเป็นการแปลงหนีใหม่ได้นั้นจะต้องมีการเปลี่ยน
แปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ส่วนประนีประนอมยอมความเน้นความสำคัญที่จะต้องมีการ
ผ่อนปรนซึ่งกันและกัน⁴⁸

และ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ยังได้กล่าวถึงสัญญายอมความไว้ดังนี้
“การยอมความกันนั้น โดยมากเป็นเรื่องที่ฝ่ายหนึ่ง
ไม่ตั้งใจผู้ความตามหนี้เก่าที่เขานำมาฟ้อง ทั้งสองฝ่ายไม่
ต้องการว่ากล่าวเป็นความกันต่อไป และมีการตกลงกันให้
ปฏิบัติชำระหนี้ตามหนี้เก่าเป็นเรื่องยอมแพ้ ไม่ใช่ยอมตกลง
แก้ไขเปลี่ยนแปลงหนี เมื่อเป็นเช่นนี้จะว่าได้มีการแปลงหนี
ใหม่เสมอไปไม่ได้เพราะ ไม่มีเจตนาจะระงับหนี้เก่าและก่อ
อะไรขึ้นผูกพันกันใหม่⁴⁹

นอกจากนี้ตามความเห็นของ จิต เศรษฐบุตร ซึ่งมีความเห็นว่า
“เมื่อมีการแปลงหนีใหม่ขึ้นแล้วหนีเดิมก็ระงับสิ้น
ไป หมายถึงหนีอันเป็นประธานตลอดจนบรรดาหนีอันเป็น
อุปกรณ์และประกันทั้งหลายด้วย เช่น จำเลยค้ำประกันหนี้ที่

⁴⁷ ประภาศน์ อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปี ตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, (กรุงเทพมหานคร : สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย,
2535), หน้า 1509.

⁴⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บท
เปิดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สหมิตรออฟเซ็ท, 2534), หน้า 530.

⁴⁹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้,
เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1551.

ก. กู้เงิน โจทก์ โจทก์ฟ้อง ก. ตามสัญญากู้ โจทก์ กับ ก. ยอม ความศาลพิพากษาตามยอม โจทก์บังคับคดีได้เงินไม่ครบ โจทก์ฟ้องจำเลยตามสัญญาค่าประกัน ดังนี้การยอมความใน คดีระหว่าง โจทก์กับ ก. ไม่ทำให้หนี้ตามสัญญาที่จำเลยค่า ประกันสิ้นไปและไม่เป็นการผ่อนเวลาที่จำเลยจะหลุดพ้น ความรับผิดชอบ (ฎีกาที่ 1007/2517 2517 ฎ. 2211) การที่ ทำ สัญญาประนีประนอมยอมความนั้นเป็นสัญญาแน่ แต่อาจคง สภาพหนี้เดิมไว้ก็ได้ ไม่หมายความว่าหนี้เดิมจะระงับไม่มี อะไรเหลือเลยเสมอไป⁵⁰

ในกรณีของลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ตามกฎหมายต่างประเทศ ในระบบกฎหมาย ของทั้งประเทศญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน ก็บัญญัติให้การแปลงหนี้ใหม่เป็นเหตุในการ ระงับแห่งหนี้ ซึ่งการระงับหนี้ด้วยวิธีการแปลงหนี้ใหม่นั้นไม่ได้ระงับสิ้นไปในทันทีที่ได้มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา เพียงแต่หนี้ที่ระงับไปนั้นเป็นเพียงหนี้เดิมที่คู่สัญญามีอยู่ระหว่างกันเท่านั้น ดังที่ Article 513 ของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติว่าผลของการแปลงหนี้ใหม่คือการที่คู่สัญญาตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญในหนี้เดิมที่มีอยู่ระหว่างกัน อันเป็นเหตุให้หนี้เดิม ที่มีอยู่ระงับสิ้นไป ส่วนการประนีประนอมยอมความนั้นตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน สัญญา ประนีประนอมยอมความที่ได้ทำขึ้นจะต้องถูกกระทำตามบทบัญญัติของกฎหมาย เพราะมีฉะนั้น แล้วผู้สละประโยชน์ (Waiver) ในข้อเรียกร้องสามารถเรียกสิทธิของตนคืนได้ตามหลักกฎหมายได้ การทำสัญญาประนีประนอมยอมความของประเทศเยอรมันจึงดำเนินไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องของ การให้ โดยคู่สัญญาจะต้องสละผลประโยชน์ที่ตนมีระหว่างกันเพื่อที่จะระงับไปซึ่งข้อพิพาท และ นอกจากกระบวนการทำสัญญาแล้วคู่สัญญายังคงต้องไม่มีความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่จะเป็นเหตุ ให้เกิดสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นๆ เพราะมีฉะนั้นแล้วสัญญาประนีประนอมยอมความที่ ทำขึ้นก็จะไม่สามารถบังคับใช้ได้⁵¹

⁵⁰ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไข เพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดย นายจิตติ ดิงศัททีย์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 576.

⁵¹ Ernest J. Schuster, The principles of German civil law, (oxford : Clarendon press, 1907), pp.182-183.

เมื่อทำการวิเคราะห์แล้วจะพบว่าสัญญาแปลงหนี้ใหม่กับสัญญาประนีประนอมยอมความมีลักษณะแตกต่างกัน ดังนี้

ประการแรก อันเป็นการเกิดของสัญญาทั้งสอง สัญญาประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทที่มีอยู่หรืออาจจะมีขึ้นต่อไปในภายหน้า แต่สัญญาแปลงหนี้ไม่ได้มีการเกิดของสัญญาเพื่อระงับข้อพิพาท แต่จุดประสงค์ของการแปลงหนี้ใหม่มีขึ้นเพราะคู่สัญญาที่มีความพึงพอใจ จึงสมัครใจที่จะเปลี่ยนสัญญาในรูปแบบเดิมมาเป็นสัญญาแบบใหม่ที่อาจอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญาได้มากกว่า

ประการที่สอง ตามมาตรา 851 ได้บัญญัติว่า “อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิด หรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” ซึ่งหมายความว่า หากคู่สัญญาตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความแก่กันคู่สัญญาต้องทำสัญญาโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิด ส่วนสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นคู่สัญญาทำสัญญาตกลงกันตามมาตรา 349 วรรค 1 โดยไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ยกเว้นแต่แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ถูกบังคับในแบบพิธีของการโอนสิทธิเรียกร้องอันจะต้องทำเป็นหนังสือ มิฉะนั้นสัญญาแปลงหนี้ใหม่นี้ก็จะมีผลตกเป็นโมฆะ

ประการที่สาม ถ้าจะกล่าวถึงความแตกต่างของการแปลงหนี้ใหม่กับประนีประนอมยอมความต่างกันตรงที่ลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่จะต้องมีการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ ส่วนการประนีประนอมยอมความจะเน้นการผ่อนปรนที่อาจเกิดข้อโต้แย้งได้ว่าจุดแบ่งแยกของการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้และการผ่อนปรนอยู่ที่ใด การผ่อนปรนแค่ไหนจึงเรียกว่าการผ่อนปรนมิใช่การเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้หากพิจารณาตามนี้อาจเกิดความไม่แน่นอน เนื่องจากความเห็นที่แตกต่างกันได้ แต่หากแยกสัญญาแปลงหนี้ใหม่กับสัญญาประนีประนอมยอมความด้วยการพิจารณาถึงว่าประนีประนอมยอมความมีเจตนารมณ์ที่จะคงสภาพหนี้เดิมไว้ ไม่ได้หมายถึงว่าเมื่อทำสัญญาประนีประนอมยอมความแล้วหนี้เดิมจะระงับสิ้นไปหมดอย่างแปลงหนี้ใหม่อาจชี้ชัดในความแตกต่างระหว่างการแปลงหนี้ใหม่กับประนีประนอมยอมความได้ดีกว่า ตามการวิเคราะห์นี้ เจตนาจึงเป็นส่วนสำคัญในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาประนีประนอมยอมความกับสัญญาแปลงหนี้ใหม่

ประการที่สี่ เป็นอีกประเด็นที่เป็นปัญหาเนื่องจากสัญญาประนีประนอมบางประการไม่ทำให้หนี้ระงับอันเป็นข้อแตกต่างอย่างยิ่งกับสัญญาแปลงหนี้ใหม่เพราะผลจากสัญญาแปลงหนี้ใหม่คือการระงับไปซึ่งหนี้เป็นสำคัญ ดังตัวอย่างปัญหาที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1007/2517 โจทก์ฟ้อง ถ. ให้ชำระหนี้เงินกู้แล้วทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน ศาลพิพากษาตามยอมแล้ว โจทก์บังคับคดีได้เงินไม่พอชำระหนี้ โจทก์มีสิทธิฟ้องให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันหนี้เงินกู้อย่างนี้ชำระหนี้ส่วนที่ยังไม่ได้รับชำระได้ การที่โจทก์กับ ถ. ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันและศาลพิพากษาตามยอมนั้น เป็นเรื่องโจทก์ฟ้องบังคับตามสัญญาผู้ ไม่ทำให้หนี้ตามสัญญาผู้ระงับ และไม่ใช่เป็นการผ่อนเวลาให้ลูกหนี้ อันจะทำให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2325/2521 จำเลยค้ำประกัน ช. ทำงานกับโจทก์ 100,000 บาท ช. ยักยอกทรัพย์สินของโจทก์ โจทก์และ ช. ยอมความ โจทก์ลดจำนวนเงินลงเหลือ 380,000 บาท ช. ยอมใช้เงินส่วนหนึ่งในวันนั้น ทั้งนี้ในส่วนที่เหลือที่นาง น. น้องสาว และ นาง ว.ภริยาของ นาย ช. ได้ออกเช็คลงวันล่วงหน้า พร้อมกับทำสัญญาค้ำประกันให้ด้วย โจทก์ถอนคำร้องทุกข์ศาลจำหน่ายคดีที่ ช. ถูกฟ้อง ต่อมาเมื่อเช็คของ น. และ ว. รับเงินไม่ได้ โจทก์จึงฟ้องจำเลยตามสัญญาค้ำประกันได้ แม้สัญญาค้ำประกันไม่ปิดอากรแสตมป์ แต่จำเลยรับในคำให้การ จึงไม่ต้องใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่ง การที่โจทก์ ลดหนี้ให้ ช. และ ช. ยังไม่ได้ใช้หนี้ หนี้เดิมยังไม่ระงับ

คำพิพากษาฎีกาที่ 957/2523 โจทก์ผู้ให้กู้ฟ้องผู้กู้ตามสัญญาผู้ แล้วทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันศาลพิพากษาตามยอมเสร็จเด็ดขาดไปแล้ว แต่ผู้กู้ยังไม่ชำระหนี้ หนี้ นั้นยังไม่ระงับ ความรับผิดชอบของจำเลยในฐานะผู้ค้ำประกันยังมีอยู่ โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องจำเลยตามสัญญาค้ำประกันอีกได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 212/2473 คดีระหว่างนายแดงเป็นโจทก์ และ นายทอง จำเลย ในคดีนั้นโจทก์จำเลยทำสัญญายอมกันต่ออำเภอ ใจความว่าให้จำเลย เอาช้างพัง “หนูน” กับลูกช้าง พังนั้นมาทำสัญญาให้โจทก์มีส่วนได้ในราคาช้างนั้นครั้งหนึ่ง จำเลยจะนำช้างนั้นมาทำสัญญายัง อำเภอ จนวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2470 บัดนี้จำเลยผิดสัญญาโจทก์จึงฟ้องเรียกเงินราคาช้างจาก จำเลย ศาลฎีกาตัดสินว่า สัญญายอมนี้ใช้ได้ตามมาตรา 850, 854, 852 และสัญญาประนีประนอม

จะทำขณะที่ใดก็ได้ แต่ให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ คดีนั้นโจทก์จำเลยทำยอมกันถูกต้องแล้ว โจทก์ยอมมีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายในฐานะที่จำเลยผิดสัญญาได้ทีเดียว โดยไม่ต้องฟ้องขอให้บังคับ จำเลยทำตามสัญญายอมจึงให้จำเลยใช้ ค่าเสียหายแก่โจทก์ 1,500 บาท

ตามตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาจึงเห็นได้ว่า แม้โจทก์และจำเลยได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความ รวมทั้งศาลก็ได้มีการพิพากษาไปตามสัญญายอมแล้วก็ตาม ก็หาทำให้หนี้เดิมระหว่างคู่สัญญาระงับไปด้วยสัญญายอมไม่ เมื่อหนี้เดิมไม่ระงับไปตามสัญญายอม ย่อมเกิดผลกระทบต่อหนี้อุปกรณ์อันเป็นหลักประกันที่ให้ไว้ เพราะเมื่อหนี้ซึ่งเป็นหนี้ประธานไม่ระงับไป หนี้อุปกรณ์ก็ยังคงจะต้องอยู่เป็นประกันแก่หนี้ประธานต่อไป ดังนั้นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องจึงยังสามารถที่จะบังคับเอากับสัญญาอุปกรณ์ได้ โดยมีแนวคำพิพากษาวางหลักไว้ตามนี้ คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1242/2508 โจทก์ฟ้องจำเลยขอให้ชำระเงินกู้ ถ้าจำเลยไม่ชำระ ก็ให้ยึดที่ดินจำนองขายทอดตลาดใช้หนี้โจทก์ การทำสัญญาประนีประนอมยอมความ ปรากฏแต่เพียงว่า ให้จำเลยใช้หนี้เงินกู้และค่าเสียหายแก่โจทก์ โจทก์ยอมตกลงตามนั้นและว่าให้คดีเป็นอันเลิกกัน เป็นการสละสิทธิเรียกร้องของโจทก์ที่ยอมสละการบังคับจำนอง เพราะระงับสิ้นไป และทำให้โจทก์ได้สิทธิตามที่แสดงไว้ในสัญญาประนีประนอมยอมความว่าเป็นของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 850, 852 แต่สัญญาประนีประนอมยอมความที่โจทก์จำเลยทำไว้ต่อศาล หามีข้อความว่าโจทก์ปลดจำนองให้แก่จำเลยไม่ แม้จะมีข้อความว่า “และให้คดีเป็นอันเลิกกัน” ก็หมายความว่ายังไม่ขอบังคับตามสัญญาจำนองซึ่งประกันหนี้การกู้ยืมรายนี้เท่านั้น หาใช่การปลดจำนองตามมาตรา 744 (2) ไม่ จึงไม่เป็นการสละสิทธิเรียกร้องการบังคับจำนองระงับสิ้นไปตามมาตรา 852 ป.พ.พ.

นอกจากคำพิพากษาฎีกานี้ยังมีข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาฯ ในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่า เดิมโจทก์ฟ้องขอบังคับจำนองแล้วโจทก์จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันต่อหน้าศาล ศาลได้ทำสัญญาประนีประนอมว่า “จำเลยยอมชำระหนี้จำนองรวมทั้งสิ้น 8,500 บาท โดยผ่อนชำระเป็นรายเดือน ๆ ละ 1,000 บาท ภายในวันที่ 1 ของทุกเดือนจนกว่าจะครบหนี้ ตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม 2508 เป็นต้นไป โจทก์ยินยอม นอกจากนี้แล้วต่างจะไม่คิดใจเรียกร้องต่อ

กันอีก “ศาลพิพากษาตามยอมและบันทึกเป็นคำบังคับต่อท้ายคำพิพากษาว่า “บังคับตามยอม มิฉะนั้นจะต้องถูกยึดทรัพย์หรือถูกจำขัง ถิ่นค่าธรรมเนียมตามระเบียบหักค่ายอมไว้”⁵²

โดยการประชุมครั้งใหญ่ศาลฎีกาครั้งนี้ก็ได้มีการหยิบยกในเรื่องของผลจากสัญญาประนีประนอมมาวินิจฉัยโดยใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในเบื้องต้นมาเป็นฐานในการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาในลักษณะของผลกระทบต่อสัญญาอุปกรณ์จากการที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความ โดยในการประชุมใหญ่ศาลฎีกาครั้งนี้ได้มีการวิพากษ์ถึงผลของสัญญาประนีประนอมยอมความที่มีต่อสัญญาจ้างงอที่ได้ทำประกันไว้ในหนี้เดิม ดังนี้

นายสอาด นาวิเจริญ “การจ้างงออันเป็นมูลฟ้องของโจทก์หลุดไปหรือเปล่า ในเมื่อโจทก์และจำเลยทำสัญญาประนีประนอมกัน”

นายมนี ชุตินวงศ์ “การจ้างงอไม่หลุด”

นายสอาด นาวิเจริญ “ดังนั้นเมื่อจำเลยผิดนัด โจทก์ก็บังคับจ้างงอได้และจะบังคับอย่างไร จะให้โจทก์บังคับตามจำนวนที่ผิดนัดเท่านั้นหรือ”

นายจิตติ ติงศภัทย์ “เมื่อจำเลยผิดนัดก็ต้องบังคับตามสัญญายอม หนี้ตามสัญญายอมก็คือ หนี้ 8,000 บาท”

ในเรื่องของเหตุที่สัญญาอุปกรณ์ไม่ระงับไปตามหนี้ประธาน สมภพพิสิษฐ สุขพิสิษฐ ให้ความเห็นไว้ว่า

“หนี้เงินกู้ หนี้ตามสัญญาผู้เบิกเงินเกินบัญชี หรือ หนี้ที่เป็นเจ้าหนี้แต่ฝ่ายเดียว แม้จะมีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความและศาลพิพากษาตามยอม ก็ไม่ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตามความหมาย มาตรา 850 เนื่องจากฝ่ายคู่หนี้ไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ

⁵² ประภาศน์ อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เล่ม 1, (กรุงเทพฯ : สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย, 2535), หน้า 966.

ต่อเจ้าหนี้ และไม่มีสิทธิที่จะสละ ทั้งไม่ได้สิทธิอะไรจาก
สัญญาหนี้ ดังนั้น ผู้ค้าประกันจึงยังคงต้องรับผิดชอบ⁵³

ตามลักษณะข้อแตกต่างระหว่างสัญญาแปลงหนี้ใหม่และสัญญาประนีประนอมยอมความตามที่กล่าวมาแล้วนั้นส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาหลายฝ่าย เนื่องจากหากพิจารณาตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ยกตัวอย่างมาทำให้เห็นว่า หากลูกหนี้ยังไม่ได้ทำการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความจะเป็นผลให้หนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนที่ทำสัญญาประนีประนอมยอมความไม่ระงับไป รวมทั้งในส่วนของสัญญาหรือหนี้อุปกรณ์ แม้ได้มีการชำระหนี้ไปบางส่วนแล้ว หนี้อุปกรณ์อันเป็นหลักประกันแห่งหนี้เดิมยังคงต้องเป็นหลักประกันอันสามารถเรียกร้องได้ แม้มีการตกลงกันตามสัญญายอมแล้วก็ตาม ดังนั้น การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่หรือเป็นสัญญาประนีประนอมจึงมีความสำคัญ เพื่อหาหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยได้ชัดเจนยิ่งขึ้น อันจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีทุกฝ่าย

ลักษณะประการหนึ่งที่ทำให้สัญญาแปลงหนี้ใหม่กับสัญญาประนีประนอมมีความใกล้เคียงกัน จนแยกแยะได้อย่างยากยิ่งคือการผ่อนปรนหรือการเปลี่ยนแปลงสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ การกระทำอย่างใดจะเรียกเป็นการผ่อนปรน หรือถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เมื่อได้ทำการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาฎีกาจะพบว่า โดยส่วนใหญ่ สัญญาที่จะเข้าลักษณะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความจะเป็นสัญญาในลักษณะของการผ่อนชำระหนี้ หรือพักชำระหนี้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า การผ่อนชำระหนี้หรือการพักชำระหนี้ไม่อาจถือได้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ กล่าวในอีกนัยหนึ่งก็คือ การเปลี่ยนแปลงใด ๆ ที่ไม่ได้กระทบกระเทือนในตัวหนี้ หรือส่วนสำคัญในหนี้ที่มีอยู่นั้น ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่ก็มีข้อสังเกตบางประการ ดังนี้

ตัวอย่าง คำพิพากษาฎีกาที่ 601/2507 เป็นกรณีที่ลูกจ้างทำสัญญาประนีประนอมยอมความ โดยผู้เสียหายยอมรับค่าเสียหายในมูลละเมิดที่เกิดขึ้นแล้ว ผลแห่งสัญญาประนีประนอมยอมความนี้ ย่อมทำให้สิทธิของผู้เสียหายที่จะเรียกร้องให้ลูกจ้างชดเชยค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิดเป็นระงับสิ้นไป และความรับผิดชอบของนายจ้างก็ย่อมระงับสิ้นไปด้วย เพราะไม่มีมูลหนี้ในมูล

⁵³ สมภพพิสิษฐ สุขพิสิษฐ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะเก็บของในคลังสินค้า ประนีประนอมยอมความ การพนันและขันต่อ บัญชีเดินสะพัด (เอกเทศสัญญา 3), (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2543), หน้า 145.

ละเมิดระหว่างผู้เสียหายกับลูกจ้างกันที่นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบ ตามคำพิพากษาฎีกานี้ ท่านอาจารย์ มร.ว.เสนีย์ ปราโมช ก็เคยให้ความเห็นว่า

“ถ้าแต่ผิด ๆ แล้ว เมื่อเดิมเป็นหนี้ในการซื้อขาย มาเปลี่ยนลักษณะของสัญญาให้กลายเป็นสัญญา ประนีประนอมยอมความไป และโดยลักษณะอันสำคัญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 852 เป็นทำนองว่าหนี้เก่าระงับไป ต้องผูกพันตามหนี้ใหม่ในสัญญาประนีประนอมยอมความ ดังนี้ชวนให้น่าวินิจฉัยว่า เมื่อใดมีการทำสัญญา ประนีประนอมยอมความเมื่อئ้นจะต้องมีการแปลงหนี้ใหม่ เสมอไป”⁵⁴

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 601/2507 คู่กรณีได้ทำการเปลี่ยนจากที่คู่สัญญาจะต้องมาบังคับกันตามมูลหนี้ละเมิดก็มาบังคับต่อกันตามมูลหนี้ในสัญญาประนีประนอมยอมความ ส่วนนี้ท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช มีความเห็นว่า

“ในเรื่องที่คู่กรณีผูกพันกันอยู่ตามหนี้เก่ามาทำ สัญญาประนีประนอมยอมความกัน ซึ่งโดยบทบัญญัติแห่ง มาตรา 852 เป็นผลให้มีการเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ รูปเรื่องตามพฤติการณ์บางอย่างเป็นแต่เพียงการรับรองหนี้เก่าหาได้มีเจตนาแปลงหนี้ใหม่ไม่จะถือว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยผลที่จะให้หนี้เก่าระงับไปไม่ได้ ดังนี้จึงจำเป็นที่จะต้องแยกศึกษาต่างหากจากกัน เงื่อนไขเกี่ยวกับเจตนาแปลงหนี้อยู่ในส่วนเหตุ (objective) เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ความมุ่งหมายในการที่ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ แต่การเปลี่ยนสาระสำคัญอยู่ในส่วนผล (subjective) คู่กรณีที่มีความประสงค์มุ่งหมายเช่นนั้นได้ทำการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไปแล้วหรือไม่ ซึ่งถึงแม้ว่าจะมีเจตนาแปลงหนี้ใหม่ แต่สัญญาที่ได้ทำขึ้นมิได้เปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระ

⁵⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1551.

สำคัญแห่งหนึ่งอย่างใด จะจัดว่า ได้มีการแปลงหนี้ใหม่ตาม
มาตรา 344 ก็ไม่ได้เหมือนกัน”⁵⁵

ตามความเห็นของผู้เขียนการแปลงหนี้ใหม่มีลักษณะคล้ายคลึงกับประนีประนอม
ยอมความมากจนกระทั่งมีผู้เขียนท่านหนึ่งแสดงความเห็นไว้ในบทความว่า

“ในที่สุดก็ยอมรับว่าการประนีประนอมยอมความนั้นเป็น
การแปลงหนี้ใหม่นั้นเองหากครบถ้วนตามหลักเกณฑ์”⁵⁶

เพียงแต่การแปลงหนี้ใหม่ในบางกรณีก็ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ฟ้องร้องบังคับคดีกันได้
แต่หากเป็นการประนีประนอมยอมความกันแล้วถ้าไม่ได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ที่
ต้องรับผิดชอบแล้ว ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ไม่ ในส่วนนี้จึงอาจเกิดข้อโต้แย้งเปรียบเทียบ
ระหว่างคู่กรณีขึ้นมาได้ รวมทั้งในเรื่องสัญญาอุปกรณ์ด้วย ปัจจุบันคู่สัญญาส่วนใหญ่มักจะทำ
สัญญาประนีประนอมยอมความมากกว่าสัญญาแปลงหนี้ใหม่ เนื่องจากสัญญาประนีประนอมยอม
ความมีความรู้จักแพร่หลายมากกว่า ทั้งที่ในเจตนาจริงของคู่สัญญาแล้วอาจจะไม่ได้ต้องการเพียง
แค่การประนีประนอมยอมความ ดังนั้น จุดสำคัญในการแบ่งสัญญาประนีประนอมยอมความกับ
สัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็คือเจตนาของคู่สัญญาเอง

ตามความเห็นของผู้เขียนนั้นเห็นว่า กรณีจะเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ได้นั้น คู่
สัญญาจะต้องมีเจตนาที่จะตัดหรือกำจัดไปซึ่งความผูกพันในมูลหนี้เดิมอย่างค่อนข้างสิ้นเชิง เรียก
ได้ว่า คู่สัญญาไม่ได้มีความสนใจต่อหนี้เดิมที่ตนมีต่อกันแล้ว และมีเจตนามุ่งหมายกับสิ่งที่เกิดขึ้น
ใหม่ตามการแปลงหนี้ใหม่ที่ได้ตกลงกัน แต่ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะมีเจตนาละทิ้งหนี้เก่าไปเพื่อบังคับ
หนี้ใหม่ การเปลี่ยนแปลงในส่วนนี้หาเปลี่ยนแปลงเพียงแค่เจตนาไม่ได้ เพราะองค์ประกอบสำคัญ
ของการแปลงหนี้ใหม่อีกประการ คือ การเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญของหนี้เก่า เพราะ
หากคู่สัญญาทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ แต่สัญญานั้นหาเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ก็

⁵⁵ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้,
เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1554.

⁵⁶ จิตติ เจริญจำ “การแปลงหนี้ใหม่จากการประนีประนอมยอมความ” วสารอัยการ
ปีที่ 15 ฉบับที่ 171 (พฤษภาคม 2535), หน้า 30.

หาใช้สัญญาแปลงหนี้ใหม่ไม่ ฉะนั้นการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่หรือไม่จะต้องพิจารณาจาก เจตนาของคู่สัญญาและการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญของหนี้เป็นหลัก

ส่วนสัญญาประนีประนอมยอมความ เมื่อกล่าวถึงลักษณะของสัญญาแล้วจะทราบว่ามีการเปลี่ยนแปลงที่น้อยกว่าการแปลงหนี้ใหม่ในเรื่องที่เกี่ยวกับตัวหนี้ระหว่างคู่สัญญา เป็นการเปลี่ยนไปของข้อปลีกย่อยในสัญญาเพื่อที่จะบังคับชำระหนี้แก่กันได้ เพราะหากเจ้าหนี้ยังคงบังคับชำระหนี้ในลักษณะเดิม ก็อาจไม่เป็นประโยชน์สำหรับเจ้าหนี้เองดังนั้นเจ้าหนี้จึงต้องผ่อนผันเพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อย่างน้อยการที่ให้โอกาสลูกหนี้ได้ชำระหนี้บางส่วนบ้าง ก็ดีกว่าจะบีบบังคับเอาทั้งหมดในคราวเดียวซึ่งเจ้าหนี้อาจจะไม่ได้รับการชำระหนี้เลย การเปลี่ยนแปลงเพียงแต่ข้อปลีกย่อยในส่วนนี้จึงเข้าลักษณะของประนีประนอมยอมความกัน

ส่วนในเรื่องเจตนาของสัญญาประนีประนอมยอมความอาจนำเอาคำพิพากษาฎีกา 601/2507 มาวิเคราะห์ เพื่อจะเห็นลักษณะของประนีประนอมยอมความได้ชัดเจนยิ่งขึ้น การประนีประนอมในเรื่องของมูลหนี้ละเมิดมีเกิดขึ้นมากตั้งแต่อดีตมา โดยไม่ได้มีลักษณะเปลี่ยนแปลงเพียงแต่ข้อปลีกย่อยอย่างการประนีประนอมโดยผ่อนชำระหนี้แต่การประนีประนอมในมูลหนี้ละเมิดมักจะเป็นการที่ผู้กระทำละเมิดทำสัญญาประนีประนอมยอมความว่าตนจะชำระค่าเสียหายให้แก่ผู้ถูกกระทำละเมิดตามที่ตกลงกันในสัญญาประนีประนอมยอมความ จากสัญญาประนีประนอมยอมความที่ได้ทำขึ้นระหว่างผู้ทำละเมิดและผู้ถูกทำละเมิด ทำให้ทราบว่าหน้าที่คู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญากันขึ้นเอง จะรองรับตามสภาพหนี้เดิมที่ได้มีมูลหนี้ละเมิดเกิดขึ้น เนื่องจากคู่กรณีมักจะตกลงที่จะชดใช้ค่าเสียหายตามที่ตกลงในสัญญาประนีประนอมยอมความ การชดใช้ค่าเสียหายนั้นก็ไปด้วยสาเหตุจากหนี้ละเมิดนั่นเอง การตกลงประการนี้จึงเป็นการตกลงทำสัญญาที่ต่อเนื่องมาจากมูลหนี้เดิม จึงไม่มีมูลหนี้ใดเกิดขึ้นมาใหม่ เช่นการแปลงหนี้ใหม่เพราะเจตนาของคู่สัญญามีได้ต้องการเช่นนั้น แต่เนื่องจากมาตรา 852 บัญญัติให้ข้อเรียกร้องของแต่ละฝ่ายระงับสิ้นไปโดยผลของสัญญาประนีประนอม ข้อเรียกร้องต่าง ๆ จึงระงับไปตามนั้น มิใช่เป็นการระงับไปของสัญญาหนึ่ง ๆ ตามลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ที่คู่กรณีมีเจตนาที่จะระงับมูลหนี้เดิมที่ตนเคยมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน การระงับของสัญญาประนีประนอมยอมความจึงเป็นเพียงการระงับข้อเรียกร้องระหว่างกันหาใช่ระงับมูลหนี้เดิมที่มีอยู่ระหว่างกัน อันเป็นข้อแตกต่างที่ต้องพิจารณาตามเจตนาของคู่สัญญาแต่ละรายไป

ดังนั้นพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความหรือไม่จะต้องพิจารณาจากการผ่อนปรนระหว่างคู่สัญญาซึ่งข้อตกลงในการผ่อนปรนนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงในข้อปลีกย่อยอันไม่ใช่สาระสำคัญแห่งหนึ่งที่ผูกพันคู่สัญญาอยู่ รวมทั้งต้องทำการพิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาที่ได้แสดงเจตจำนงว่าต้องการที่จะรับสภาพในส่วนหนึ่งเดิมที่มีอยู่ระหว่างคู่สัญญานั้นๆ เป็นหลักใหญ่ของการแสดงเจตนา ซึ่งหากใช้หลักเกณฑ์การแยกลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความและสัญญาแปลงหนี้ใหม่ตามนี้จะสามารถพิจารณาแบ่งแยกสัญญาได้แน่นอนยิ่งขึ้นรวมทั้งยังสามารถบ่งชี้ในส่วนของกรกระทำว่าการกระทำเช่นไรเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความหรือการกระทำเช่นไรเป็นการแปลงหนี้ใหม่ อันจะไม่ทำให้เกิดปัญหาเช่นกรณีคำพิพากษาศาลฎีกา ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 137/2522 คำประกันลูกหนี้ตามคำพิพากษาชั้นอุทธรณ์บังคับคดีระหว่างลูกหนี้อุทธรณ์ โดยนำโฉนดมาวางประกัน ระหว่างฎีกาโจทก์จำเลยยอมความกันแบ่งชำระหนี้เป็น 18 งวด มีผู้อื่นเข้าคำประกันอีกด้วย สัญญาข้อที่ 8 ยอมคืนโฉนดต่อเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้งวดที่ 7 แล้ว ดังนี้ โจทก์ผ่อนผันแก่จำเลยฝ่ายเดียวจำเลยไม่มีสิทธิอันใดสละแก่โจทก์ จึงไม่ปฏิบัติตามมาตรา 850 ผู้คำประกันยังไม่พ้นความรับผิดชอบจนกว่าชำระเงินงวดที่ 7 จึงจะรับโฉนดคืนได้

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ศาลมีความเห็นในเรื่องการผ่อนปรนระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ในสัญญาประนีประนอมยอมทั้ง 2 ฝ่ายว่าควรที่จะต้องทำการลดหย่อนผ่อนปรนด้วยกันและกันทั้งคู่จึงจะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความได้ แต่ในความเห็นของท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ที่ได้หมายเหตุไว้ในท้ายคำพิพากษาศาลฎีกานี้มีความเห็นในเรื่องการผ่อนปรนระหว่างคู่กรณีว่า การที่จำเลยยอมใช้หนี้ก็เป็นการยอมผ่อนผันไม่ต่อสู้อุทธรณ์ฎีกาต่อไป ก็เป็นการสละข้ออ้างชั้นอุทธรณ์ฎีกาเช่นเดียวกัน ส่วน โจทก์ก็ยอมผ่อนผันคือยอมให้ชำระหนี้เป็นงวดๆ ลักษณะสัญญานี้จึงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ

ตามมาตรา 850 ได้บัญญัติถึงสัญญาประนีประนอมยอมความว่าจะต้องมีการผ่อนปรนซึ่งกันและกัน ทำให้ศาลฎีกามีความเห็นไปในทางที่ลูกหนี้ไม่มีสิทธิเรียกร้องใดๆ ที่จะสละให้เจ้าหนี้ได้จึงไม่เป็นการสละข้อเรียกร้องทั้ง 2 ฝ่าย อันไม่ทำให้สัญญาที่ทำกันขึ้นเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่โดยความเห็นของผู้เขียนแล้ว เห็นว่าตามลักษณะปกติที่เห็นได้ชัดแจ้งการที่เกิดข้อพิพาทขึ้นมาก็เนื่องจากลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ เมื่อมีการฟ้องร้องจึงเหมือนกับว่าลูกหนี้ไม่มีสิทธิอะไรนอกเสียจากภาระหนี้ แต่ในความเป็นจริงดังเช่นท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้

ความเห็นไว้ ลูกหนี้คงมีสิทธิในการต่อสู้คดี มีสิทธิยกข้ออ้างในชั้นอุทธรณ์ฎีกาเป็นต้น การที่ลูกหนี้ได้สละสิทธิของตนไปดังนี้ จึงถือเท่ากับเป็นการสละข้อเรียกร้องของตนเองเช่นกัน นอกจากนั้นในส่วนของผู้เจ้าหนี้เป็นการสละสิทธิประโยชน์ของตนอย่างชัดเจนในการขยายเวลาชำระหนี้ โดยแบ่งชำระหนี้ให้กับลูกหนี้เป็นงวดๆ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะภายนอกนี้แล้วย่อมเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 850 คือต่างฝ่ายต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน หากพิจารณาในส่วนเจตนาจะพบว่าคู่กรณีมีเพียงเจตนาที่จะเปิดโอกาสในการชำระหนี้ที่มากยิ่งขึ้น และเพื่อระงับไปซึ่งข้อพิพาทที่มีอยู่ระหว่างกัน อันเป็นลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความทั้งสิ้น แต่กระนั้นก็ตามการพิจารณาเพียงแค่การประนีประนอมยอมความอาจไม่เพียงพอหากคู่สัญญาได้ทำการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เดิมสัญญาที่สร้างขึ้นอาจเข้าลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ซึ่งต้องบังคับกันตามบทบัญญัติในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่ ตามข้อเท็จจริงแล้วคู่พิพาทเพียงแต่ทำการขยายเวลาการชำระหนี้โดยแบ่งการชำระหนี้เป็นงวดๆเท่านั้น แต่หนี้ก็ยังคงเป็นหนี้ตามจำนวนเดิมมิได้มีอะไรเปลี่ยนแปลงจนถึงขั้นกระทบต่อสาระสำคัญแห่งมูลหนี้เดิม การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจึงเป็นเพียงการเปลี่ยนข้อปลีกย่อยในส่วนรายละเอียดแห่งหนี้เท่านั้น จึงถือไม่ได้ว่ามีการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ตามมาตรา 349 บัญญัติไว้ ดังนี้ข้อสัญญาที่สร้างขึ้นจึงเป็นเพียงสัญญาประนีประนอมยอมความเท่านั้น รวมทั้งยังสามารถที่จะพิจารณาได้จากเจตนาของคู่สัญญาอีกด้วยว่า คู่สัญญายังคงมีความต้องการให้บังคับกันตามมูลหนี้เดิมที่เคยมีแก่กันอยู่ก่อนการทำสัญญาขอม นอกจากนั้นการทำสัญญาก็เป็นไปเพื่อออกมาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันเท่านั้น เมื่อเป็นดังนี้สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่พิพาทตามข้อเท็จจริงนี้จึงเป็นเพียงสัญญาประนีประนอมยอมความเท่านั้น หากใช้เข้าลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ไม่

4.3 ปัญหาการแปลงหนี้ใหม่เกี่ยวกับสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้

ในปี 2540 ประเทศไทยได้เผชิญกับวิกฤติเศรษฐกิจอย่างหนัก สภาวะเศรษฐกิจในขณะนั้นส่งผลกระทบต่อการค้าเงินธุรกิจของภาคเอกชนทำให้ธุรกิจต่าง ๆ ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้ตามที่กำหนดไว้ สถานการณ์นี้จึงก่อให้เกิดหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (NPL) ในระบบสถาบันการเงินสูงเป็นประวัติการณ์ ในช่วงหลังของปี 2541 ทั้งฐานการเงิน และการขยายตัวของสินเชื่อจากสถาบันการเงินขยายตัวต่ำกว่าเป้าหมาย เพราะภาวะเศรษฐกิจที่ยังคงตกต่ำอย่างรุนแรง ภายใต้กฎเกณฑ์เรื่องสินเชื่อด้วยคุณภาพที่เข้มงวดมากขึ้นเท่ากับระดับสากลสินเชื่อ NPL ภายในเวลารวดเร็วเพื่อแก้ปัญหา NPL ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกหลักเกณฑ์การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ เพื่อเป็นแนวทางให้สถาบันการเงินปฏิบัติ พร้อมกันนั้น คณะกรรมการพร้อมภาครัฐบาลและเอกชนเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ (กรอ.) ได้มีมติให้จัดตั้งคณะกรรมการเพื่อการส่งเสริมการปรับปรุง โครง

สร้างหนี้ (คปน.) ขึ้น โดยการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ตามกระบวนการ คปน. เป็นการเปิดโอกาสให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้เข้ามาร่วมเจรจาด้วยความสมัครใจ

หลังจากในปี 2540 เป็นต้นมา ลูกหนี้และเจ้าหนี้ต่างได้เร่งเจรจาดำเนินการประนอมหนี้หรือดำเนินการปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยในช่วงปี 2541-2542 ได้มีการลงนามในสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้ไว้แล้วต่อกัน แต่บางรายก็ยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ ยังคงมีลูกหนี้และเจ้าหนี้อีกหลายรายที่ยังต้องดำเนินการเจรจา เพื่อประนอมหนี้ หรือปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้กันต่อไปอีก ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องไปกับธุรกิจหลาย ๆ ประเภท เพราะนอกจากสภาพเศรษฐกิจที่ทรุดตัวลงจนทำให้ภาคธุรกิจหลายประเภทดำเนินการต่อไปไม่ได้และยังส่งผลไปถึงสถาบันการเงิน อันก่อให้เกิดปัญหา NPL (Non - Performing Loan) ซึ่งการที่มีหนี้เสียมาก ๆ ย่อมไม่เป็นผลดีต่อประเทศ เนื่องจากตัวเลขหนี้เสียที่มีสูงมากย่อมเป็นตัวฉุดรั้งการฟื้นตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ

4.3.1 ลักษณะของสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้

สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง มิได้มีกฎหมายระบุไว้เป็นการเฉพาะ หากพิจารณาจะเห็นว่ามิลักษณะถึงการรับสภาพหนี้และการประนีประนอมยอมความ สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้นี้อาจมีคู่สัญญาได้เคยทำกันมาบ้างเพียงแต่มิได้เรียกชื่อว่าเป็นสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ อาจจะเรียกเป็นอย่างอื่นก็ได้ เช่นสัญญาประนีประนอมยอมความ หนังสือรับสภาพหนี้ บันทึกข้อตกลงผ่อนผันในการชำระหนี้ ข้อตกลงในการประนอมหนี้ เป็นต้น

สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้มิได้มีรูปแบบที่ชัดเจนแน่นอน ซึ่งของสัญญาอาจจะไม่ใช่หรือไม่จำเป็นที่จะต้องใช้คำนำหน้าว่าสัญญาและอาจจัดทำสัญญาเป็นสัญญาเดี่ยว หรืออาจแยกการทำสัญญาออกจากกันได้ เช่น แยกเรื่องหนี้และข้อตกลงทั่วไปกับเรื่องหลักประกันออกจากกันเป็นคนละสัญญาก็ได้⁵⁷ แม้สัญญาปรับโครงสร้างหนี้จะไม่มีกฎหมายระบุรูปแบบแต่การปรับโครงสร้างหนี้ก็ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์โดยออกเป็นประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยโดยได้บัญญัติวัตถุประสงค์ของการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ไว้ว่า “การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของสถาบัน

⁵⁷ ท่านอง คาศรี, ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ บทเรียนและประสบการณ์จากวิกฤติเศรษฐกิจไทย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท แปลน โมทิฟ จำกัด, 2544), หน้า 383.

การเงินเป็นการดำเนินการแก้ไขหนี้ทั่วไปและหนี้ที่มีปัญหาเพื่อให้สถาบันการเงินมีโอกาสได้รับชำระหนี้คืนสูงสุด หรือเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ที่สูงสุดในการดำเนินกิจการต่อไปทั้งของลูกค้าหนี้และสถาบันการเงิน โดยเฉพาะลูกค้าหนี้ของสถาบันการเงินที่ประสบปัญหาการชำระหนี้ เนื่องจากผลกระทบจากภาวะเศรษฐกิจ แต่ยังมีแนวโน้มที่จะดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ทั้งนี้สถาบันการเงินจะต้องระมัดระวังมิให้การปรับปรุงโครงสร้างหนี้มีลักษณะเป็นการหลีกเลี่ยงการจัดชั้นลูกหนี้และการกันเงินสำรองหรือหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์การระงับรับรู้ดอกเบี้ยค้างรับเป็นรายได้⁵⁸

การปรับปรุงโครงสร้างหนี้สามารถแยกประเภทได้เป็น

1. การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ทั่วไป ซึ่งหมายถึง การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่ไม่มีส่วนสูญเสีย เช่นลดอัตราดอกเบี้ยหรือตกลงให้มีการพักชำระหนี้
2. การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่มีปัญหา หมายถึง การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่มีส่วนสูญเสียเนื่องจาก
 - 2.1 การลดต้นเงินหรือดอกเบี้ยค้างรับที่บันทึกเป็นรายได้แล้วให้ลูกหนี้
 - 2.2 มีผลขาดทุนจากการรับโอนทรัพย์สินที่มีมูลค่าราคาขายต่ำกว่ายอดหนี้ที่ตัดจำหน่ายไป
 - 2.3 มีการผ่อนปรนเงื่อนไขการชำระหนี้ ซึ่งทำให้มูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดรับต่ำกว่ามูลค่าหนี้ตามบัญชีของลูกค้าหนี้รวมดอกเบี้ยค้างรับที่บันทึกเป็นรายได้แล้ว
 - 2.4 มีส่วนสูญเสียจากการคำนวณโดยใช้ราคาตลาดของลูกค้าหนี้หรือการใช้มูลค่าราคาขายธรรมของหลักทรัพย์ที่เป็นประกัน หรือมีส่วนสูญเสียจากการปรับปรุงโครงสร้างหนี้อันเนื่องมาจากเหตุผลอื่น เช่น การแปลงหนี้เป็นทุน เป็นต้น

การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ไม่เป็นสัญญาที่กฎหมายได้บังคับเจาะจงมาตรการใด ๆ ไว้ เนื่องจากไม่เข้าร่วมอยู่ในบทบัญญัติของลักษณะสัญญาที่ได้บัญญัติไว้ในเอกเทศสัญญา จึงจำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ตามที่ใช้กันในแนวปฏิบัติมาเป็นฐานข้อมูลเพื่อทำการวิเคราะห์ ซึ่งมีเพียงแต่ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยได้บัญญัติถึงการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของสถาบันการเงินไว้เท่านั้น โดยในกรณีที่ลูกหนี้ที่มีขนาดกลางและเล็ก มีเจ้าหนี้เฉพาะสถาบันการเงินของไทย ขึ้นตอน

⁵⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 116 ตอนที่ 447 (3 มิถุนายน 2542), หน้า 35.

การปรับโครงสร้างหนี้ตามแนวทางของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยมีหน่วยงานคณะกรรมการเพื่อส่งเสริมการปรับโครงสร้างหนี้(CDRAC : Corporate Debt Restructuring Advisory Committee) หรือ ค.ป.น เป็นผู้ดูแลระบบ ทำหน้าที่คานอำนาจในแง่ของความโปร่งใส ซึ่งแนวทางของคณะกรรมการเพื่อส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างหนี้มีดังนี้

1. การเริ่มต้นสามารถทำได้ 2 กรณี คือ

1) ทางฝ่ายเจ้าหนี้หรือคณะกรรมการเพื่อส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างหนี้(คป.น.) เป็นผู้เริ่ม เจ้าหนี้ที่เข้าประชุม หรือ คป.น. จะทำหนังสือแจ้งลูกหนี้ถึงกำหนดการประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรกพร้อมแนบสำเนาสัญญาระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้ (DCA) ฉบับที่เจ้าหนี้ลงนามแล้ว หลังจากลูกหนี้ได้รับหนังสือแจ้งกำหนดการประชุมและสำเนาสัญญาระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้แล้ว จะส่งบัญชีรายการสินเชื่อทั้งหมดให้แก่เจ้าหนี้ที่เข้าประชุม พร้อมส่งกลับสำเนาสัญญาฉบับที่ลูกหนี้ได้ลงนามแล้วให้แก่เจ้าหนี้ จากนั้นเจ้าหนี้ที่เป็นผู้ริเริ่มจะทำการแจ้งเจ้าหนี้อื่นๆทุกรายการถึงกำหนดการประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก

2) ทางฝ่ายลูกหนี้เป็นผู้เริ่ม ให้ลูกหนี้แจ้งเจ้าหนี้ทุกรายถึงกำหนดการประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก และแนบสำเนาหนังสือสัญญาระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้

2. การประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการทำงานปรับโครงสร้างหนี้ในการประชุม จัดทำการเลือกสถาบันแกนนำซึ่งเป็นตัวแทนของเจ้าหนี้ทั้งหมดและทำการติดต่อประสานงานระหว่างเจ้าหนี้ในการปรับโครงสร้างหนี้ เช่น การนัดประชุมเจ้าหนี้ และจัดตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้ วางกำหนดการปรับโครงสร้างหนี้กำหนดแผนการปฏิบัติงานและระยะเวลา

3. สถาบันแกนนำหรือลูกหนี้ แจ้งเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และคป.น. ถึงผลการเลือกสถาบันแกนนำ

4. ลูกหนี้ส่งมอบเอกสารข้อมูลพื้นฐาน เช่น รายการสินทรัพย์ เช่น รายการสินทรัพย์ หนี้สิน และภาระผูกพันของลูกหนี้ต่อบุคคลที่สาม ชื่อและที่อยู่ของเจ้าหนี้ทุกคน เป็นต้น ให้กับคณะกรรมการเจ้าหนี้หรือสถาบันแกนนำ และแต่งตั้งผู้สอบบัญชีอิสระและ/หรือ ผู้เชี่ยวชาญ เช่น ผู้เชี่ยวชาญทางการเงินตามคำร้องขอของเจ้าหนี้

5. สถาบันแกนนำส่งแผนปฏิบัติงาน และกรอบเวลาสำหรับกรรมวิธีการปรับโครงสร้างหนี้ให้กับลูกหนี้ เจ้าหนี้ และคปน.

6. เจ้าหนี้ยื่นขอรับชำระหนี้เป็นลายลักษณ์อักษรต่อสถาบันแกนนำและคณะกรรมการเจ้าหนี้

7. ลูกหนี้ส่งแผนธุรกิจซึ่งประกอบไปด้วยการวิเคราะห์ตลาด การแข่งขัน และรายงานที่เกี่ยวข้องกับการตลาดหรือการแข่งขันของลูกหนี้ เป็นต้น ข้อมูลตามสัญญา และข้อมูลเพิ่มเติมตามที่เจ้าหนี้หรือผู้สอบบัญชีอิสระร้องขอ

8. หากแผนการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ไม่เสร็จ คปน.จะแต่งตั้งที่ปรึกษาทางการเงินเพื่อจัดทำแผนปรับโครงสร้างหนี้

9. หากแผนปรับปรุงโครงสร้างหนี้เสร็จ พร้อมทั้งจะให้เจ้าหนี้ลงมติ ลูกหนี้ยื่นแผนการปรับโครงสร้างหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกราย

10. เจ้าหนี้แก้ไขแผนที่น่าเสนอ

11. เจ้าหนี้ลงมติรับแผนที่น่าเสนอ หรือเจ้าหนี้อาจจะยื่นแผนที่น่าเสนอแทน

12. ถ้าการลงมติเพียงพอ คือได้คะแนนเสียงร้อยละ 50 ของเจ้าหนี้ที่ลงมติและ ร้อยละ 75 ของมูลค่าของหนี้ แผนที่ได้ทำมานั้นจะผูกพันเจ้าหนี้ทุกคน หากได้มติดำเนินไม่เพียงพอ จะต้องลงมติรับหรือปฏิเสธแผนเดิมครั้งที่ 2 หรือ ลงมติรับหรือปฏิเสธที่น่าเสนอแทน ถ้าได้จำนวนมติเพียงพอในครั้งที่สองแผนก็จะผูกพันเจ้าหนี้ทุกคนเช่นเดียวกัน

13. ถ้าการลงมติครั้งที่สองมีมติไม่เพียงพอ แต่ได้รับเสียงสนับสนุน ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของสินเชื่อบริการของเจ้าหนี้ที่ลงมติ หรือ ร้อยละ 50 ของจำนวนเจ้าหนี้ที่ลงมติ คณะกรรมการเจ้าหนี้สถาบันแกนนำ หรือเจ้าหนี้รายใด ๆ นำส่งแผนที่มีการลงมติให้ คปน. พร้อมบทสรุปย่อ ซึ่งมีหนังสือแจ้งประเด็นปัญหาพร้อมอยู่ด้วย เพื่อแต่งตั้งผู้ชี้ขาดซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจาก

สมาคมเจ้าหน้าที่ทั้งสามสมาคม คือ สมาคมธนาคารไทย สมาคมบริษัทเงินทุน และสมาคมธนาคารต่างชาติ เป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาปรับหรือไม่ปรับ

ถ้าผลการลงมติไม่เพียงพอ และได้เสียงสนับสนุนไม่เป็นไปตามข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น เจ้าหน้าที่จะร่วมกันยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบังคับชำระหนี้ และ/หรือ ฟิ้นฟูกิจการ และ/หรือ ชำระบัญชีเลิกบริษัทลูกหนี้ ทันททีและยุติกระบวนการในชั้นตอนอื่น ๆ

14. ฅปน. ส่งหนังสือแจ้งประเด็นปัญหาให้เจ้าหน้าที่ทุกราย

15. ฅปน. แต่งตั้งผู้ชี้ขาดและแจ้งชื่อผู้ได้รับแต่งตั้งแก่เจ้าหน้าที่ทั้งหลายทันที

16. เจ้าหน้าที่รายหนึ่งรายใด อาจยื่นคัดค้านผู้ชี้ขาดรายหนึ่งรายใดที่ได้รับแต่งตั้ง ฅปน. หรือสมาคมเสนอชื่อผู้ชี้ขาดเห็นตามคำคัดค้าน หรือผู้ชี้ขาดของตนตัว ฅปน. จะแต่งตั้งผู้ชี้ขาดให้ จากนั้นเจ้าหน้าที่พิจารณาว่าจะเห็นชอบหรือคัดค้าน ถ้าเห็นชอบจึงไปสู่ขั้นตอนต่อไป

17. เจ้าหน้าที่อาจยื่นหนังสือต่อ ฅปน. แสดงจุดยืนของตนต่อประเด็นข้อขัดแย้ง

18. ฅณะผู้ชี้ขาดเริ่มกระบวนการพิจารณาวินิจฉัย โดยเจ้าหน้าที่ให้ข้อเท็จจริงและแสดงความเห็น

19. ฅณะผู้ชี้ขาดให้คำวินิจฉัยชี้ขาดและแจ้งผลต่อ ฅปน. และเจ้าหน้าที่ทั้งหลาย ถ้าเจ้าหน้าที่เห็นชอบต่อแผน แผนจะผูกพันเจ้าหน้าที่ทุกคน หากไม่เห็นชอบต่อแผนครั้งที่ 1 แต่ลูกหนี้หรือเจ้าหน้าที่ที่มีสินเชื่อร่วมกันเกินร้อยละ 26 เสนอแผนฉบับแก้ไข ต่อเจ้าหน้าที่ทั้งหลาย และเริ่มต้นกระบวนการยื่นแผนการปรับโครงสร้างหนี้แก่เจ้าหน้าที่ทุกรายใหม่ตามข้อที่ 10 หากทำตามกระบวนการดังกล่าวแล้ว หากไม่ปรับแผนอีกเป็นครั้งที่ 2 เจ้าหน้าที่ร่วมกันยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อบังคับชำระหนี้ และ/หรือ ฟิ้นฟูกิจการ และ/หรือ ชำระบัญชีเลิกบริษัทลูกหนี้ทันที⁵⁹ ซึ่งในสภาพความเป็นจริงแล้วการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ก็มิได้เกิดขึ้นระหว่างสถาบันการเงินกับองค์กรธุรกิจของเอกชนเท่า

⁵⁹ ประภาภรณ์ เกียรติกุลวัฒนา “หลักการและปัญหาในการปรับโครงสร้างหนี้” ๒1 สารจุฬาลงกรณ์ธุรกิจปริทัศน์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 88 (มิถุนายน 2544), หน้า 70-72.

นั้น แต่การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ก็อาจจะมีได้ระหว่างองค์ธุรกิจของเอกชนด้วยกันก็เป็นได้ ตามสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้จึงมีลักษณะมาตรการที่แตกต่างกันไปตามแต่ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ จะตกลงกัน โดยเบื้องต้นแล้วกรรมวิธีที่มีมักจะนิยมใช้ในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ มีดังนี้

1. การขยายระยะเวลาชำระหนี้ออกไป โดยไม่มีการลดหนี้ให้
2. การขยายระยะเวลาชำระหนี้ออกไปพร้อมเสนอให้ลดหนี้บางส่วน
3. การโอนสิทธิ์เพื่อชำระหนี้ ทางเลือกนี้มักจะใช้กันอย่างแพร่หลายเมื่อเจ้าหนี้ไม่ประสงค์จะลดหนี้ให้เพราะเห็นว่าสินทรัพย์ที่รับโอนมาจากลูกหนี้ จัดว่าเป็นทรัพย์สินที่ดีและมีโอกาสที่จะขายต่อให้กับผู้สนใจทั่วไปในภายหลัง
4. การแปลงหนี้เป็นทุน วิธีการนี้มักจะนำมาใช้เพื่อการลดผลกระทบจากการลดหนี้ หากราคาหุ้นปรับตัวสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญในช่วงการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ราคาที่ใช้ในการแปลงหนี้เป็นทุน โดยทั่วไปมักจะคิดจากราคาตามมูลค่าทางบัญชี (Book value) หรือราคาตลาด
5. การขายทรัพย์สินที่มีใช้สินทรัพย์หลักของลูกหนี้ ประโยชน์ที่จะได้รับ คือ การนำรายได้จากการขายทรัพย์สินดังกล่าวมาลดมูลหนี้ให้ต่ำลง

6. การอัดฉีดเงินลงทุนก้อนใหม่ จากกลุ่มผู้ลงทุนรายใหม่ของบริษัท

7. การยุบควบและรวมกิจการ⁶⁰

ตามที่กล่าวมานี้เป็นมาตรการหลัก ๆ ที่มักจะมีการใช้ในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ แต่ในความเป็นจริงแล้วยังมีวิธีการอีกหลายประการที่ใช้ในกระบวนการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ เช่น การให้ผ่อนชำระหนี้โดยลดอัตราดอกเบี้ยหรือลดดอกเบี้ยทั้งหมดลงให้ เพื่อเป็นการเพิ่มความเป็นไปได้ที่จะได้รับการชำระหนี้ได้มากยิ่งขึ้น ซึ่งในสถานะเศรษฐกิจเช่นนี้ การได้รับชำระหนี้บาง

⁶⁰ ทานอง ดาศรี, ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ บทเรียนและประสบการณ์จากวิกฤติเศรษฐกิจไทย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท แปลน โมทิฟ จำกัด, 2544), หน้า 380.

ส่วนแม้จะเป็นจำนวนที่ไม่ครบตามยอดหนี้จริงย่อมคิดว่าการฟ้องร้องซึ่งในท้ายที่สุดแล้วเจ้าหนี้ก็ไม่สามารถที่จะได้รับชำระหนี้เลย

สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ทำขึ้นเพื่อที่จะมาตกลงกันในเรื่องหนี้ของลูกหนี้ที่ยังคงค้างชำระกันอยู่ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วหนี้เหล่านี้จะเป็นหนี้ที่มีประกันไว้ ไม่ว่าจะเป็นการค้ำประกันหรือจำนำ จำนอง ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทกันขึ้นมาลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันจึงมักจะอ้างว่าตนได้ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่เพื่อให้ตนหลุดพ้นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการประกันหนี้เก่า ส่วนเจ้าหนี้ก็จะอ้างคัดค้านว่าตนไม่ได้ตกลงทำสัญญาแปลงหนี้เพื่อให้หนี้ระงับ มิฉะนั้นเจ้าหนี้ก็อาจเป็นฝ่ายที่สูญเสียสิทธิต่าง ๆ ที่มีอยู่เดิมตามสัญญาอันก่อน เนื่องจากเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันแม้ผ่านพ้นช่วงวิกฤติเศรษฐกิจในปี 2540 ไปแล้วแต่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงนั้นก็ยังคงติดพันมาถึงปัจจุบันนี้ จึงทำให้ธุรกิจจำนวนมากอยู่ในสถานะของกรอบกฎหมายฟื้นฟูกิจการหรือในกรณีประสบปัญหาน้อยก็คงอยู่ในสภาวะของการปรับโครงสร้างหนี้ ซึ่งหากเกิดข้อพิพาทระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้อาจเกิดประเด็นปัญหาที่ว่าสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้จะเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่หรือไม่ โดยจะพิจารณาเป็นตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

4.3.2 ปัญหาการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้

สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยลักษณะแล้วมีการผ่อนปรนระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จึงมีลักษณะคล้ายสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่ตามลักษณะสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น เมื่อตกลงกันแล้ว ข้อเรียกร้องต่าง ๆ ที่ได้ยอมสละไปของแต่ละฝ่ายก็ย่อมระงับไปด้วย ซึ่งแต่เดิมก่อนมีการทำสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ โดยส่วนใหญ่แล้วหนี้ที่เกิดขึ้นมักเป็นหนี้ตามสัญญาเงินกู้ เมื่อลูกหนี้ไม่มีความสามารถชำระหนี้ให้ตรงตามข้อกำหนดได้ สถาบันการเงินก็จะทำการพิจารณาว่าลูกหนี้ยังคงมีความสามารถที่จะชำระหนี้ได้ในบางส่วนหรือในระยะเวลาที่ยาวขึ้น สถาบันการเงินหรือเจ้าหนี้จึงยอมทำสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้กับลูกหนี้นั้น ๆ ดังนั้นจึงเกิดการเปลี่ยนแปลงจากสัญญาเงินกู้เป็นสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ประการนี้จะทำให้สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้เป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ โดยการเปลี่ยนมูลหนี้หรือไม่ เพราะเดิมลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบตามมูลหนี้เงินกู้ แต่ต่อมาตกลงทำสัญญากันลูกหนี้จึงต้องเปลี่ยนมารับผิดตามมูลหนี้ในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ จึงทำให้สิทธิและหน้าที่ต่างๆที่มีในสัญญาเดิมต้องระงับไป

ในเรื่องแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวสัญญาท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช เคยให้ความเห็นว่า

“แม้เปลี่ยนสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาคู่ยังคงเป็นการ
แปลงหนี้ใหม่ได้ เปลี่ยนไปเป็นสัญญาประนีประนอมยอม
ความ ไลน์จะไม่เป็น เพราะเป็นสัญญาใหม่อีกอย่างหนึ่ง
เหมือนกัน ทั้งอาจเถียงได้ด้วยว่า สิทธิและหน้าที่ก็ได้เปลี่ยน
ไปเป็นอื่นด้วย”⁶¹

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวสัญญานั้น ลักษณะคือ สิทธิและหน้าย่อมจะต้อง
แตกต่างไปจากเดิมจึงจะถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่ถ้าเป็นเพียงทำการประนีประนอมยอม
ความกัน โดยบังคับกันตามสิทธิและหน้าที่เดิมก็คงเป็นเพียงแค่สัญญาประนีประนอมยอมความ
เพราะว่าสัญญาทั้ง 2 ประเภทนี้มีความแตกต่างกันในด้านผลที่เกิด เนื่องด้วยสัญญาแปลงหนี้ใหม่จะ
ส่งผลให้หนี้ระงับ เพราะเมื่อหนี้ซึ่งเป็นหนี้ประธานระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่แล้ว สัญญา
อุปกรณ์ก็จะระงับตามไปด้วย อันเป็นข้อแตกต่างกับผลของสัญญาประนีประนอมยอมความที่ถึงแม้
ข้อเรียกร้องที่แต่ละฝ่ายมีระหว่างกันจะระงับตามมาตรา 852 แต่ก็ไม่ได้ทำให้มูลหนี้เดิมระงับไป
ด้วยเพราะสัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาที่เป็นหลักประกันจึงยังคงค้ำประกันในหนี้อัน
เป็นหนี้ประธานอยู่เช่นเดิม คู่สัญญาตามสัญญาประนีประนอมยอมความจึงยังคงบังคับสัญญา
อุปกรณ์ได้เช่นก่อนที่ทำสัญญาระหว่างกัน ดังนั้นจึงต้องทำการวิเคราะห์สัญญาปรับปรุงโครงสร้าง
หนี้ว่าจะมีลักษณะเป็นประเภทใด โดยจะยกตัวอย่างสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ตามกระบวนการ
ของคณะกรรมการเพื่อส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ (คปน.) ซึ่งลักษณะวิธีการจะมีระบุไว้ใน
สัญญาดังต่อไปนี้

4.3.2.1 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยการขยายเวลาชำระหนี้

วิธีการนี้จะใช้กับลูกหนี้ที่เกิดปัญหาขาดสภาพคล่องทางการเงิน ซึ่งลูกหนี้ได้ใช้เงิน
ทุนเกือบทั้งหมดไปกับการพัฒนากิจการของตน ทำให้ลูกหนี้ไม่มีความสามารถที่จะชำระหนี้
จำนวนมากได้ในคราวเดียวจึงต้องจัดให้ลูกหนี้มีการผ่อนชำระเป็นงวด ๆ โดยพิจารณาจากความ
สามารถของลูกหนี้

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 380.

การขยายเวลาการชำระหนี้เป็นการขยายระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญากู้เงินเดิมออกไปโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงประเภทของสัญญา ทั้งนี้เพื่อให้ลูกหนี้ที่มีปัญหาสภาพคล่องไม่รุนแรงหรือลูกหนี้ที่เคยมีปัญหาสภาพคล่องและได้แก้ไขปัญหามาเข้าสู่ภาวะปกติแล้ว แต่ไม่สามารถชำระหนี้เงินต้นที่ค้างอยู่ได้ด้วยจำนวนเงินเป็นก้อนหรือด้วยวิธีผ่อนชำระส่วนที่ค้างเพิ่มเข้าไปในเงินงวดชำระปกติ ได้มีโอกาสกลับเข้าเป็นลูกหนี้สถานะปกติ โดยการผ่อนชำระตามความสามารถอันแท้จริงของตนได้ โดยจะมีข้อตกลงในสัญญาตามลักษณะดังตัวอย่างสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ต่อไปนี้

“ ข้อ 2. ลูกหนี้ประสงค์ขอให้ธนาคารผ่อนปรนการชำระหนี้คืน ดังนี้

2.1 ในระหว่างการผ่อนชำระหนี้คืนให้ธนาคาร ตั้งแต่วันที่ 15 ธันวาคม 2543 เป็นต้นไป ลูกหนี้อยอมให้ธนาคารคิดดอกเบี้ยของต้นเงินที่ค้างชำระตามข้อ 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 และ 1.5 ในอัตราดอกเบี้ย MLR (ขณะทำสัญญานี้ MLR เท่ากับ 7.75 % ต่อปี) หากภายหลังจากวันทำสัญญานี้ธนาคารได้ประกาศเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวข้างต้นเพิ่มขึ้นหรือลดลงจากที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ ลูกหนี้อยอมให้ธนาคารคิดดอกเบี้ยตามสัญญานี้ได้ในอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารได้ประกาศเปลี่ยนแปลงทุกครั้ง โดยไม่ต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงแก่ลูกหนี้แต่อย่างใด จนกว่าลูกหนี้จะได้อำนาจหนี้ให้แก่ธนาคารจนครบถ้วน และจะชำระดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นใหม่นี้ให้ธนาคารเป็นรายเดือนทุกเดือนภายในวันที่ 30 ของเดือนจนกว่าจะชำระต้นเงินให้แก่ธนาคารครบถ้วน เริ่มชำระตั้งแต่เดือนธันวาคม 2543 เป็นต้นไป ดังนี้

- ตั้งแต่เดือนธันวาคม 2543 เป็นต้นไป ลูกหนี้ตกลงผ่อนชำระดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นใหม่ให้กับธนาคารบางส่วน เดือนละไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 โดยส่วนที่ค้างชำระลูกหนี้ขอให้ธนาคารตั้งพักไว้และจะชำระดอกเบี้ยส่วนที่ตั้งพักนี้ให้ครบถ้วนทุกสิ้นไตรมาส (สามเดือน) เริ่มตั้งแต่เดือนกุมภาพันธ์ 2544 เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระหนี้เสร็จสิ้น

ข้อ 3. หนี้ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี

3.1 ต้นเงินที่ค้างชำระจำนวน 8,585,025.69 บาท ลูกหนี้ขอให้ธนาคารตั้งพักไว้และตกลงผ่อนชำระให้ธนาคารดังนี้

3.1.1 เดือนพฤศจิกายน 2544 ผ่อนชำระไม่น้อยกว่า 2,414,100.00 บาท

3.1.2 เดือนพฤศจิกายน 2545 ผ่อนชำระไม่น้อยกว่า 1,710,000.00 บาท

3.1.3 เดือนธันวาคม 2545 ถึงเดือนพฤศจิกายน 2548 ผ่อนชำระไม่น้อยกว่า 5,600.00 บาท

3.1.4 เดือนธันวาคม 2548 ถึง เดือนพฤศจิกายน 2549 ผ่อนชำระไม่น้อยกว่า 10,300.00 บาท

3.1.5 เดือนธันวาคม 2549 ถึงเดือนพฤศจิกายน 2550 ผ่อนชำระไม่น้อยกว่า 48,000.00 บาท

3.1.6 เดือนธันวาคม 2550 ถึง เดือนตุลาคม 2551 ผ่อนชำระไม่น้อยกว่า 85,000.00 บาท

3.1.7 เดือนพฤศจิกายน 2551 ชำระส่วนที่เหลือให้ครบถ้วน

3.2 ดอกเบี้ยค้างชำระที่มีอยู่กับธนาคารจำนวน 659,049.20 บาท ลูกหนี้ขอให้ธนาคารตั้งพักไว้และตกลงผ่อนชำระให้ธนาคารดังนี้

3.2.1 เดือนมีนาคม 2545 ถึง เดือนมกราคม 2546 ผ่อนชำระไม่น้อยกว่า 41,700.00 บาท

3.2.2 เดือนกุมภาพันธ์ 2546 ชำระส่วนที่เหลือให้ครบถ้วน”

การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยวิธีการนี้ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้ เพราะสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่ทำขึ้นเป็นเพียงแค่การให้ผ่อนการชำระหนี้จึงมิใช่เป็นการเปลี่ยนในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ตามคำพิพากษาฎีกาในเรื่องการผ่อนชำระหนี้ก็มีแนวไว้ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 879/2505 จำเลยทำหนังสือรับสภาพหนี้แล้ว ต่อมาโจทก์ จำเลยตกลงกันใหม่ว่า โจทก์ยอมให้จำเลยผ่อนชำระหนี้ให้โจทก์เดือนละ 500 บาท นับแต่เดือนมกราคม 2507 เป็นต้นไป แต่ทั้งนี้จะไม่ค้างให้เกิน 6 เดือน ส่วนเงิน 5000 บาท ที่จำเลยจะต้องชำระให้ในเดือนพฤศจิกายน 2506 โจทก์ตกลงให้จำเลยผ่อนระยะเวลาไปไม่เกิน 6 เดือน

ตามหลักของบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่ มาตรา 349 บัญญัติให้คู่สัญญาจะต้องทำการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ในกรณีที่เกิดเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับตัวหนี้ เนื่องจากในจำนวนมูลหนี้เดิม ลูกหนี้ไม่สามารถชำระได้ตามระยะเวลาที่สถาบันการเงินได้กำหนดไว้ การขยายระยะเวลาออกไปก็เพื่อให้ลูกหนี้ได้มีโอกาสในการจัดสรรปันส่วนเงินเพื่อมาแบ่งชำระหนี้ที่มีอยู่แต่กระนั้นก็ตามถึงแม้จำนวนหนี้เดิมจะถูกแบ่งออกเป็นส่วนๆ เพื่อเพิ่มโอกาสในการชำระหนี้จนครบ แต่ต้นเงินอันเป็นมูลหนี้ที่แท้จริง ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ระหว่างคู่สัญญา ลูกหนี้ก็ยังคงต้องชำระหนี้ในจำนวนเช่นเดิม ไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆ อันกระทบต่อมูลหนี้เดิม ที่จะทำให้นี้มี

การเปลี่ยนแปลงเป็นหนี้ใหม่ ดังนั้นจึงไม่มีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญซึ่งกรณีนี้ คือ หนี้เงินกู้ไปจากเดิม เมื่อไม่มีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ดังนั้นจึงมิใช่แปลงหนี้ใหม่ การที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ทำสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ด้วยวิธีการเช่นนี้ หนี้เดิมที่มีอยู่รวมทั้งประกันต่าง ๆ ย่อมไม่ระงับไปตามแปลงหนี้ใหม่

4.3.2.2 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยการปรับลดอัตราดอกเบี้ย

ตามสัญญาเงินกู้เดิมระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ มักมีการกำหนดดอกเบี้ยไว้ในอัตราที่สูงมาก (สูงกว่าอัตรา MLR) ทำให้ลูกหนี้มีภาระด้านต้นทุนค่อนข้างสูง และไม่มีความสามารถในการชำระดอกเบี้ยตามที่กำหนดไว้เดิมได้ โดยอัตราดอกเบี้ยที่ปรากฏในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้คือ อัตราเท่ากับหรือต่ำกว่าอัตรา MLR เจ้าหนี้จึงยินยอมให้ลูกหนี้สามารถชำระเป็นเงินสดเพียงบางส่วนในช่วงแรก และชำระเต็มจำนวนในช่วงหลัง หรือชำระเป็นเงินสดเพียงบางส่วนตลอดระยะเวลาของการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ สำหรับส่วนต่างระหว่างอัตรา MLR และที่ชำระจริงผ่อนผันให้ตั้งพักเอาไว้ก่อน เพื่อชำระในภายหลังตามระยะเวลาที่กำหนด

การปรับลดอัตราดอกเบี้ยเช่นนี้ จะไม่มีผลให้ยอดหนี้ลดลง ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของการปรับลดอัตราดอกเบี้ยก็เพื่อที่จะลดภาระของลูกหนี้และช่วยให้ลูกหนี้นำปฏิบัติตามเงื่อนไขในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ได้อย่างราบรื่น หรือการปรับลดดอกเบี้ยที่ธนาคารยังไม่บันทึกเป็นรายได้ตามบัญชี ซึ่งหมายถึง การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ซึ่งมีผลให้ยอดหนี้เดิมเฉพาะส่วนที่เป็นดอกเบี้ยที่ธนาคารยังไม่บันทึกเป็นรายได้ตามบัญชีลดลง เพื่อปรับปรุงภาระหนี้คงเหลือให้เหมาะสมกับความสามารถหรือแหล่งรายได้ในการชำระหนี้คืนของลูกหนี้ที่มีปัญหาสภาพคล่อง หรือเพื่อช่วยให้ลูกหนี้เข้ามาชำระหนี้ โดยลักษณะข้อตกลงในการปรับลดดอกเบี้ยอาจมีข้อตกลงในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ตามตัวอย่างของสัญญาปรับปรุงโครงสร้างระหว่างลูกหนี้และสถาบันการเงินแห่งหนึ่งดังนี้

“5.2.2 ดอกเบี้ยค้างชำระของหนี้ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี จำนวน 1,076,299.26 บาท ลูกหนี้ขอชำระให้ธนาคาร ดังนี้

- ดอกเบี้ยค้างชำระจำนวน 726,299.26 บาท ลูกหนี้ขอชำระให้ธนาคารภายในเดือนสิงหาคม 2546
- ดอกเบี้ยค้างชำระที่เหลืออีกจำนวน 350,000.00 บาทนั้น เมื่อลูกหนี้ได้ชำระ

หนี้และปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาโดยไม่ผิดนัดและผิดเงื่อนไข แล้ว ลูกหนี้ขอให้ธนาคารยกดอกเบี้ยในส่วนนี้ให้กับลูกหนี้”

หลักการในเรื่องการปรับลดอัตราดอกเบี้ยหรือมีการตกลงเปลี่ยนแปลงในเรื่องอัตราดอกเบี้ยยังไม่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เพราะมูลหนี้เดิมก็ยังคงอยู่ คู่สัญญา ยังคงบังคับกันตามหนี้จำนวนเดิมและประเภทเดิม การที่ลดจำนวนดอกเบี้ยลงจึงเป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในส่วนรายละเอียดที่มีได้กระทบถึงหนี้เดิม คือหนี้เก่าและหนี้ใหม่ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันทำสัญญาภายหลังมีลักษณะเช่นเดียวกัน เพียงแต่ลดจำนวนดอกเบี้ยเพื่อประโยชน์ที่จะได้รับชำระหนี้มากขึ้นของเจ้าหนี้เท่านั้น จึงเป็นเพียงการบูรณะ ตกแต่งหนี้เดิม อาจกล่าวได้ว่าในความจริงแล้วคู่สัญญาก็คงมีเจตนามุ่งหมายที่จะบังคับตามหนี้เก่า เพียงแต่เจ้าหนี้ทำการผ่อนปรนเป็นการจงใจให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามจำนวนต้นเงินและดอกเบี้ยในส่วนที่ต้องชำระให้ครบถ้วนตามสัญญา จึงยังมิได้มีการเปลี่ยนแปลงอันใดที่จะทำให้หนี้เดิมระงับไป ดังนั้นไม่ว่าตามข้อตกลงเดิมจะไม่มี การคิดดอกเบี้ย แล้วมาตกลงให้คิดดอกเบี้ยกันก็ตาม การเปลี่ยนแปลงในเรื่องอัตราดอกเบี้ยนี้ แม้มีการเปลี่ยนหลายครั้ง ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้จึงมิใช่การแปลงหนี้ใหม่ อันเป็นเหตุให้หนี้ตามสัญญาเดิมต้องระงับสิ้นไป (คำพิพากษาฎีกาที่ 1938/2540) ลักษณะสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยการลดจำนวนดอกเบี้ยจึงเป็นเพียงการผ่อนปรนมากกว่าการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญของหนี้ สัญญาประเภทนี้จึงเข้าลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความตามที่มาตรา 850 ได้บัญญัติไว้ จึงไม่เป็นการทำหนี้เดิมระงับสิ้นไป คู่สัญญาจึงยังคงผูกพันกันตามหนี้เดิม เพียงแต่สละในส่วนข้อเรียกร้องของตนเท่านั้น

4.3.2.3 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยให้ระยะเวลาปลอดหนี้เงินต้นหรือดอกเบี้ย

เจ้าหนี้อาจตระหนักว่าแม้ลูกหนี้จะมีกระแสเงินสดเพิ่มขึ้นจากแผนงานของฝ่ายบริหาร แต่ลูกหนี้อาจจะยังไม่สามารถชำระเงินต้นหรือดอกเบี้ยสะสมมาบางส่วนได้ บางครั้งเจ้าหนี้ก็ยินยอมเลื่อนการชำระหนี้ให้กับลูกหนี้ดีกว่าที่จะลงบัญชีเป็นหนี้ค้างรับของบริษัท วิธีการนี้คือ การวางแผนกำหนดการชำระคืนสำหรับหนี้บางส่วนที่จะถูกจัดขึ้นกลับไปเป็นหนี้ก่อเกิดรายได้ให้ระยะเวลาการปลอดหนี้ คือ การผ่อนปรนให้ลูกหนี้ไม่ต้องชำระคืนเงินต้น และ/หรือดอกเบี้ยสำหรับช่วงเวลานั้น โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญากู้เงิน ดังนั้นเมื่อกลุ่มเจ้าหนี้ได้พิจารณาข้อเท็จจริงจากกระแสเงินสดสุทธิของลูกหนี้แล้ว ซึ่งส่วนใหญ่จะมีไม่เพียงพอสำหรับจ่ายชำระหนี้ในช่วงแรก ๆ ของการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ จึงจำเป็นต้องมีเงื่อนไขใน

การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ เพื่อให้ลูกหนี้ที่มีปัญหาสภาพคล่อง แต่ยังมีแนวโน้มที่จะกลับมาเป็นลูกหนี้ที่สามารถชำระหนี้ต่อไปได้ในอนาคตได้คงสถานะหรือกลับเข้าสู่สถานะลูกหนี้ปกติต่อไปภายใต้เงื่อนไขการชำระที่เหมาะสมกับความสามารถในการชำระหนี้คืนของลูกหนี้

การให้ระยะเวลาปลอดหนี้อาจทำได้ใน 2 ลักษณะคือ

(1) การให้ระยะเวลาพักหนี้สำหรับหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้ว หมายถึง การพักหรือการเลื่อนกำหนดเวลาชำระ “หนี้ส่วนที่ค้างชำระ” ออกไปโดยแบ่งส่วนออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ก) การอนุญาตให้ผ่อนชำระหนี้ที่ค้าง หมายถึงการนำหนี้ส่วนที่ลูกหนี้ค้างชำระมาจัดกำหนดเวลาชำระใหม่โดยอาจแบ่งชำระเป็นครั้งคราวหรือแบ่งเฉลี่ยเดือนละเท่า ๆ กัน เพิ่มเติมจากเงินงวดปกติที่ชำระในแต่ละเดือน โดยกำหนดระยะเวลาผ่อนชำระได้สูงสุดไว้ 36 เดือน เว้นแต่กรณีมีเหตุจำเป็นอาจให้ผ่อนชำระนานกว่าที่กำหนดไว้

ข) การพักชำระหนี้ที่ค้าง หมายถึง การพักการชำระหนี้ส่วนที่เป็นหนี้ค้างชำระแล้ว ในขณะที่ทำสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ส่วนที่เพิ่มถึงกำหนดชำระภายหลังทำสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ได้ก่อน โดยจะให้พักชำระได้ทั้งหนี้เงินต้นและ/หรือดอกเบี้ย ซึ่งกรณีส่วนที่จะพักการชำระเป็นหนี้ดอกเบี้ยสามารถนำดอกเบี้ยดังกล่าวไปตั้งพักไว้ต่างหากเพื่อให้ลูกหนี้ชำระดอกเบี้ยประจำเดือนและ/หรือเงินต้นได้ก่อน โดยกำหนดเวลาพักการชำระได้ครั้งละไม่เกิน 36 เดือน เว้นแต่กรณีมีเหตุจำเป็นอาจให้พักการชำระได้นานกว่า 36 เดือนได้ และเมื่อครบกำหนดการพักชำระแล้วลูกหนี้สามารถกู้เพิ่มเพื่อชำระดอกเบี้ยที่พักชำระไว้หรือจะขอผ่อนชำระในบัญชีที่ตั้งแยกไว้ต่างหากนั้นก็ได้ในกรณีที่ขอผ่อนชำระในบัญชีที่ตั้งแยกไว้ต่างหาก ให้ผ่อนชำระได้ไม่เกิน 36 เดือนโดยเมื่อรวมระยะเวลาที่พักชำระหนี้กับระยะเวลาที่จะขอผ่อนชำระแล้วต้องไม่เกิน 60 เดือน

(2) การให้ระยะเวลาปลอดหนี้สำหรับหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระ หมายถึง การพักชำระหนี้ส่วนที่ยังไม่เป็นหนี้ค้างชำระในขณะที่ทำสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ แต่จะถึงกำหนดชำระภายในระยะเวลาที่ขอปลอด ลูกหนี้ที่อยู่ในระหว่างพักการชำระหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้วตาม (ข) จะไม่ได้รับการพิจารณาให้ปลอดการชำระหนี้ตามข้อนี้ อีก และการปลอดการชำระหนี้เงินต้น

ให้ทำได้ครั้งละไม่เกิน 24 เดือน ส่วนการปลอดชำระหนี้ดอกเบี้ยให้ปลอดการชำระได้บางส่วน โดยส่วนที่จะชำระแต่ละเดือนต้องมีจำนวนไม่ต่ำกว่ากึ่งหนึ่งของเงินงวดปกติ และให้ปลอดการชำระได้ไม่เกิน 12 เดือน

การที่ให้หยุดพักชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นเงินต้นหรือดอกเบี้ยมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการผ่อนระยะเวลาการชำระหนี้ เพียงแต่ในลักษณะนี้มีได้กำหนดให้ชำระเป็นงวด ๆ แต่ให้หยุดการชำระหนี้ไปช่วงหนึ่งเพื่อให้ลูกหนี้ได้ปรับตัวกับสถานะเศรษฐกิจตกต่ำ และกลับมาชำระหนี้ได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งโดยหลักแล้วการแปลงหนี้ใหม่จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงหนี้เก่านั้นให้มีลักษณะผิดไปในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของหนี้ แต่การให้หยุดพักชำระหนี้ไม่ได้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างใด ๆ ในมูลหนี้เดิม เพียงแต่เป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขบางส่วนของหนี้เก่านั้น และไม่ได้มีลักษณะที่คู่สัญญาจะมีเจตนาที่จะระงับความผูกพันอันเก่าเพื่อมาบังคับตามข้อตกลงใหม่ รวมทั้งสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเมื่อมีข้อตกลงนั้นๆ เพราะคู่สัญญาก็ไม่ได้ตกลงเปลี่ยนในส่วนหนี้เดิมอันถือว่าเป็นสาระสำคัญ คู่สัญญาก็ยังคงบังคับกันตามหนี้เดิมที่คงอยู่ในสัญญาที่ทำไว้แต่ต้น เพียงแต่คู่สัญญาจะมาทำข้อตกลงเพิ่มเติมในส่วนวิธีการชำระหนี้และได้มีการผ่อนผันในเรื่องเวลาในการชำระหนี้ให้พักไว้ชั่วคราว เพราะหนี้นั้นอาจถึงกำหนดชำระแล้วในอันที่เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ได้ ข้อเรียกร้องนี้เองที่เจ้าหนี้ได้ผ่อนผัน ขยายออกไปโดยใช้ระยะเวลาเป็นข้อตกลงในสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทนี้จึงเข้าลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน เมื่อมีการตกลงกันแล้ว ข้อเรียกร้องที่แต่ละฝ่ายมีสิทธิและได้ทำการสละไปแล้วซึ่งสิทธินั้นในขณะที่ทำสัญญา จึงทำให้ข้อเรียกร้องตามสิทธินั้นระงับจบสิ้นไป และต่างฝ่ายจึงต่างได้สิทธิที่ตกลงกันใหม่ตามสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ดังนั้นการผ่อนระยะเวลาชำระหนี้ออกไปจึงไม่ก่อให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ได้

4.3.2.4 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยการปรับลดเงินต้น

ลูกหนี้จะเป็นผู้ได้ประโยชน์อย่างมากตามเงื่อนไขข้อนี้เพราะภาระหนี้ของลูกหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้จะมีจำนวนลดลงส่วนเจ้าหนี้จำเป็นต้องเสียสละอย่างสูง เนื่องจากเจ้าหนี้จะต้องรับภาระในส่วนสูญเสียหรือผลขาดทุนจากการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทนี้มีลักษณะเปลี่ยนแปลงในส่วนจำนวนหนี้เดิมหรือเงินต้น แล้วนำมาบังคับกันตามจำนวนหนี้ที่ได้ทำ

สัญญาขึ้นใหม่ การปรับโครงสร้างหนี้ประเภทนี้ การลดหนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เจ้าหนี้ และลูกหนี้ตกลงกันซึ่งอาจแบ่งเป็น

ก. การลดหนี้แบบมีเงื่อนไข

การลดหนี้แบบมีเงื่อนไข หมายถึง กรณีที่มีการตกลงกันว่า เจ้าหนี้จะลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ แต่การลดหนี้ของเจ้าหนี้นี้ดังกล่าวจะยังไม่มีผลบังคับจนกว่าลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ส่วนที่เจ้าหนี้ไม่ได้ตกลงลดหนี้ให้คืนให้แก่เจ้าหนี้ภายในเวลาที่กำหนดโดยถูกต้องครบถ้วนก่อน นอกจากนี้เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ในส่วนที่เจ้าหนี้ไม่ได้ลดหนี้ให้ถูกต้องสมบูรณ์แล้ว จึงจะถือว่าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ทั้งหมดตามที่ลูกหนี้ได้รับสภาพหนี้ไว้เสร็จสิ้น และเจ้าหนี้จะยกเลิกหรือปลดหนี้สินทุกประเภทที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ ตลอดจนยกเลิกหรือปลดหลักประกันต่าง ๆ ที่ลูกหนี้ให้ไว้ต่อเจ้าหนี้ตามที่ลูกหนี้ได้รับสภาพหนี้ไว้ แต่ถ้าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ส่วนที่เจ้าหนี้ไม่ได้ลดหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนภายในเวลาที่กำหนด เจ้าหนี้อาจมีสิทธิที่จะฟ้องร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามยอดหนี้เดิมทั้งหมดที่ลูกหนี้ตกลงรับสภาพหนี้ไว้ และมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากหลักประกันต่าง ๆ ของลูกหนี้ตามที่ลูกหนี้รับสภาพหนี้ไว้อีกด้วย

ข. การลดหนี้แบบไม่มีเงื่อนไข

การลดหนี้แบบไม่มีเงื่อนไข หมายถึง กรณีที่ได้มีการตกลงกันว่าเจ้าหนี้จะลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ทันทีในวันลงนามทำสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ โดยลูกหนี้คงมีหน้าที่ชำระหนี้ส่วนที่เหลือที่เจ้าหนี้ไม่ได้ลดหนี้ให้เท่านั้น

ตามแนวบรรทัดฐานศาลฎีกาที่มีมาการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยหรือการลดดอกเบี้ยในการชำระหนี้ลงให้แก่ลูกหนี้อย่างไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่ แสดงให้เห็นถึงว่าดอกเบี้ยไม่ใช่ส่วนอันเป็นสาระสำคัญของหนี้ แต่หากจะกล่าวถึงส่วนเงินต้นแล้ว การเปลี่ยนแปลงในส่วนนี้ จะถือว่าคู่สัญญามีเจตนาที่จะระงับหนี้ในเงินต้นเดิมแล้วมาบังคับใช้ตามสัญญาที่ตกลงลดจำนวนหนี้เงินต้นลงไปหรือไม่ ซึ่งในเรื่องการเปลี่ยนแปลงหนี้เงินต้นนี้ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1724/2539 ได้มีการพิพากษาไว้ว่า

“ว. ได้นำเช็คพิพาทซึ่งจำเลยเป็นผู้ส่งจ่ายมาชำระหนี้ให้แก่โจทก์เป็นจำนวนเงิน 1,500,000 บาท เมื่อถึงกำหนดชำระเงิน โจทก์ได้นำเช็คพิพาทไปเข้าบัญชี แต่ธนาคารตามเช็ค

ปฏิเสธการจ่ายเงิน โจทก์จึงนำคดีมาฟ้อง ระหว่างพิจารณา อ. ได้ออกเช็คใหม่ 3 ฉบับ เป็นเงิน 1,630,000 บาท ชำระหนี้ตามเช็คพิพาทให้โจทก์ โดยแบ่งจ่ายเป็น 3 งวด มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญว่า เมื่อ อ. ได้ผ่านเช็คทั้งหมดไปแล้ว ฝ่ายโจทก์จะไปถอนฟ้องคดีให้แก่จำเลยทันที ตามคำพิพากษานี้ศาลได้วินิจฉัยว่า การที่โจทก์ และ อ. ตกลงทำสัญญาชำระหนี้แทน โดย อ. สั่งจ่ายเช็ค 3 ฉบับมอบให้โจทก์เป็นการชำระหนี้แทนเช็คพิพาทในคดีนี้ ถือได้ว่ามีหนี้ใหม่เกิดขึ้นตามเช็คทั้ง 3 ฉบับ อันเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 มีผลให้หนี้ตามเช็คพิพาทซึ่งเป็นหนี้เดิมระงับไป มูลหนี้ที่จำเลยออกเช็คจึงสิ้นผลผูกพัน”

และในคำพิพากษานี้ศาลได้วินิจฉัยว่า “โดยนาย ธ. ได้ทำการยกยอกทรัพย์ของโจทก์ไปเป็นจำนวนเงิน 556, 784 บาท แต่ต่อมาโจทก์กับนาย ธ. ได้ตกลงเป็นประนีประนอมยอมความในทางแพ่ง โดยนาย ธ. ยอมชำระเงินที่ยกยอกไปให้โจทก์ 380,000 บาท โดยชำระในวันทำสัญญา 30,000 บาท ที่เหลืออีก 350,000 บาท ผ่อนชำระเป็นงวด, ประมาณ 11 งวด ในฎีกานี้ศาลได้วินิจฉัยลงไปว่าเป็นการประนีประนอมยอมความ”

แต่มีหมายเหตุท้ายฎีกาที่เขียนโดยท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้กล่าวไว้ดังนี้

“หนี้ระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ การประนีประนอมยอมความระงับหนี้เดิมโดยลดจำนวนลง และมีผู้อื่นเข้ามาเป็นลูกหนี้ด้วยก็ไม่น่าจะขัดข้องอะไร เป็นการยอมผ่อนผันให้แก่กัน มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันใหม่ได้”⁶²

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษานี้ศาลได้วินิจฉัยว่า “คดีโจทก์จำเลยทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินกัน ในราคาเงิน 1,550 บาท ต่อมาโจทก์จำเลยได้ตกลงทำสัญญากันใหม่ โดยขึ้นราคาที่ดินที่จะซื้อขายกันนั้นอีก 200 บาท เป็นราคาที่ดิน 1,750 บาท ดังนี้ถือว่าข้อความในหนังสือสัญญาฉบับใหม่ได้เปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเดิมในสาระสำคัญ และสัญญาฉบับใหม่คงมีข้อความกล่าวถึงสัญญาเดิมแต่เพียงว่าที่ดินที่จะซื้อขายกันนั้น คือ ที่ดินที่กล่าวไว้ตามสัญญาเดิม และจำเลยได้รับเงินมัดจำจากโจทก์แล้ว 100 บาท เท่านั้น ต้องบังคับคดีตามสัญญาฉบับใหม่”

⁶² หมายเหตุท้ายคำพิพากษานี้ศาลได้วินิจฉัยว่า “โดยนาย ธ. ได้ทำการยกยอกทรัพย์ของโจทก์ไปเป็นจำนวนเงิน 556, 784 บาท แต่ต่อมาโจทก์กับนาย ธ. ได้ตกลงเป็นประนีประนอมยอมความในทางแพ่ง โดยนาย ธ. ยอมชำระเงินที่ยกยอกไปให้โจทก์ 380,000 บาท โดยชำระในวันทำสัญญา 30,000 บาท ที่เหลืออีก 350,000 บาท ผ่อนชำระเป็นงวด, ประมาณ 11 งวด ในฎีกานี้ศาลได้วินิจฉัยลงไปว่าเป็นการประนีประนอมยอมความ”

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา 2 เรื่องที่กล่าวมานั้นการเปลี่ยนแปลงในตัวเงินต้นจึงน่าจะเป็นเหตุให้เกิดเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ขึ้นมาได้ แต่ในกรณีนี้ได้มีการเสนอความเห็นจากนักวิชาการท่านหนึ่งในส่วนของการลดหนี้แบบมีเงื่อนไขว่า

“สัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้โดยการลดหนี้แบบมีเงื่อนไขซึ่งมีข้อตกลงว่า เจ้าหนี้ตกลงจะลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ แต่การลดหนี้ดังกล่าวจะมีผลต่อเมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เฉพาะส่วนที่เจ้าหนี้ไม่ได้ตกลงลดหนี้ให้ภายในเวลาที่กำหนดก่อน ถือเป็น การเปลี่ยนแปลงจำนวนหนี้ซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ แต่เจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่ได้มีเจตนาระงับหนี้เดิมเพื่อผูกพันกันตามหนี้ใหม่ เพราะในสัญญาจะมีข้อตกลงกันด้วยว่าหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ส่วนที่เจ้าหนี้ยังไม่ได้ลดหนี้ให้แล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามยอดหนี้เดิมที่คงค้างชำระทั้งหมดตามที่ลูกหนี้รับสภาพหนี้ไว้ รวมทั้งมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันต่าง ๆ ที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้ตั้งแต่เริ่มแรก ข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้จึงไม่ทำให้สัญญาปรับโครงสร้างหนี้โดยการลดหนี้แบบมีเงื่อนไข เป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่จะถือเป็น การปลดหนี้บางส่วนแบบมีเงื่อนไขซึ่งการปลดหนี้ดังกล่าวจะยังไม่มีผลใช้บังคับจนกว่าลูกหนี้จะได้กระทำการตามเงื่อนไขที่ตกลงกันก่อนคือชำระหนี้ส่วนที่เจ้าหนี้ไม่ได้ตกลงลดให้ ให้แก่เจ้าหนี้โดยถูกต้องครบถ้วนภายในเวลาที่กำหนด และเมื่อเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ส่วนที่ไม่ได้ตกลงลดให้แก่ลูกหนี้แล้ว หนี้ในส่วนที่เจ้าหนี้ได้ตกลงลดให้จึงจะระงับสิ้นไป เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิกลับมาฟ้องเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในส่วนที่เจ้าหนี้ลดให้นั้นอีกในภายหลัง”⁶³

⁶³ จิตรศักดิ์ รอดจันทร์ “สัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้โดยการลดหนี้ในช่วงภายหลังปี 2542 กับภาระภาษี” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปี 12 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2543), หน้า 145.

ตามความเห็นของผู้เขียน การที่เราจะพิจารณาว่าเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงในส่วนของ ต้นเงินเมื่อใด ก็จะมีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไปทุกครั้งอาจจะเป็นการไม่ควร เพราะเมื่อทำการ พิจารณาถึงแต่ละข้อเท็จจริงของคำพิพากษาฎีกาที่ยกมาเป็นตัวอย่างข้างต้นแล้ว จะพบว่าตามคำ พิจารณาที่ 1724/2539 ศาลได้วินิจฉัยชี้แจงไปทางแปลงหนี้ใหม่อย่างชัดเจน แต่ก็ไม่ใช่เนื่องมาจากการ เปลี่ยนแปลงในส่วน of ต้นเงินเพียงอย่างเดียว แต่เมื่อพิจารณาถึงหนี้เดิมที่เกิดขึ้นระหว่างจำเลย และ โจทก์ซึ่งเป็นหนี้ที่เกิดจากเช็ค 1 ฉบับที่จำเลยส่งจ่ายเงินเป็นจำนวน 1,500,000 บาทตามที่ได้ ระบุไปกับเช็คนั้น จะพบการเปลี่ยนแปลงตามหนี้ที่เกิดขึ้นมาใหม่ระหว่าง อ. ที่เข้ามาชำระหนี้แทน จำเลย โดยการส่งจ่ายเช็ค 3 ฉบับ โดยมีการตกลงแบ่งจ่ายเป็น 3 งวด และจำนวนเงินในเช็ค 1,630,000 บาทตามหนี้เดิมและหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นในเบื้องต้น เมื่อโจทก์ได้ตกลงกับ อ. ก็แสดงถึง เจตนาที่จะเข้ารับเอาเช็ค 3 ฉบับที่ อ. ได้ส่งจ่ายเป็นจำนวน 1,630,000 บาทไว้แทน โดยมีกรณีที่โจทก์ จะไปถอนฟ้องคดีให้แก่จำเลย ย่อมแสดงว่าโจทก์ไม่ติดใจกับหนี้เดิมตามเช็คที่จำเลยได้ออกให้แต่ อย่างไม่ใด หนี้เดิมจึงควรระงับไปด้วย การเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของหนี้เดิม และเจตนาของคู่ สัญญาที่ต้องการจะบังคับกันตามหนี้ใหม่

นอกจากนั้นตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2325/2521 ที่ได้เคยทำการวิเคราะห์ไว้แล้ว พบว่า การตกลงประนีประนอมยอมความระหว่างนาย ข. และ โจทก์ ที่มีการตกลงเปลี่ยนแปลงหนี้ที่เกิด จากการชักยอกซึ่งเดิมเป็นจำนวนเงิน 556,784 บาท มาเป็น 380,000 บาท การตกลงเปลี่ยนแปลงใน ต้นเงินระหว่างคู่กรณีทั้ง 2 มีการลดจำนวนเงินต้นลงในบางส่วน แต่นาย ข. ก็ยังคงต้องชำระหนี้ที่ เหลือเช่นเดิม ลักษณะที่เกิดขึ้นนี้เป็นการที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาสละสิทธิเรียกร้องในหนี้อันมีต่อลูก หนี้ โดยไม่คิดเอามูลค่าตอบแทน จึงเป็นการทำให้โดยเสนาหา การกระทำเช่นนี้เป็นการปลดหนี้ตาม มาตรา 340 ซึ่งเมื่อเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ หนี้จำนวนนั้นก็ระงับไปในทันที การปลดหนี้ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้เป็นการปลดหนี้ในบางส่วน คือลูกหนี้ไม่ได้พ้นภาระหนี้ไป เต็มจำนวนหนี้ทั้งหมด แต่ยังคงต้องมีภาระที่ต้องชดใช้ในจำนวนที่เจ้าหนี้ไม่ได้ปลดหนี้ให้ นอก จากนั้นการที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ในกรณีนี้ไม่ได้มีการวางเงื่อนไขแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่าหนี้ที่เจ้าหนี้ ปลดหนี้ให้นั้นระงับลงไปทันทีที่เจ้าหนี้ได้แสดงเจตนา แต่ลักษณะตามสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยส่วนใหญ่หากมีการลดหนี้ให้จากสถาบันการเงิน ก็มักจะมีการวางเงื่อนไขไว้ก่อนที่หนี้ ตามเงินต้นนั้นจะถูกระงับไปอย่างสิ้นเชิง ในวิธีการระหว่างสถาบันการเงิน และลูกหนี้ ตาม กระบวนการปรับโครงสร้างประเภทนี้ในเบื้องต้นมีผู้ให้ความเห็นว่า เพื่อเป็นการทำสัญญาให้ลูก หนี้รับสภาพหนี้ และสถาบันการเงินก็จะทำการจงใจลูกหนี้ โดยตั้งเงื่อนไขว่าหากลูกหนี้สามารถ

ปฏิบัติตามข้อสัญญาได้อย่างครบถ้วน และไม่มีการผิดนัดชำระหนี้ทางสถาบันการเงินก็จะลดหนี้ให้ด้วยวิธีการเช่นนี้ นักวิชาการบางท่านจึงเห็นว่า เมื่อสถาบันการเงินจะทำการลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ เพื่อให้ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ในจำนวนที่น้อยลง ลักษณะจึงเข้าอยู่ในรูปแบบการปลดหนี้ เพียงแต่การปลดหนี้เช่นนี้มีความแตกต่างตรงที่สถาบันการเงินจะปลดหนี้ให้ต่อเมื่อลูกหนี้ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตกลงกันก่อน ดังนั้นการปลดหนี้เช่นนี้จึงควรเป็นการปลดหนี้ที่มีเงื่อนไข ตามแนวความเห็นนี้ ท่านร.ศ. ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์มีความเห็นว่า

“ ตามที่มาตรา 340 วรรคแรก ได้บัญญัติไว้ว่า เมื่อเจ้าหนี้ได้แสดงเจตนาว่าจะปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หนี้นั้นก็จะเป็นอันระงับสิ้นไป ตามนี้แล้วแสดงว่า เมื่อใดที่เกิดการปลดหนี้ขึ้น เมื่อนั้นจะต้องเป็นให้หนี้ในส่วนที่ต้องการจะปลดระงับไปในขณะที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาการปลดหนี้ จึงไม่ควรที่เจ้าหนี้จะสามารถวางเงื่อนไขก่อนได้”

ตามความเห็นของผู้เขียน การทำสัญญาปรับ โครงสร้างหนี้ประเภทลดหนี้เงินต้นอย่างมีเงื่อนไข มีขึ้นเพื่อจูงใจให้ลูกหนี้เข้ามาชำระหนี้ รวมทั้งเปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้ครบถ้วนมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการลดหนี้เงินต้นมีลักษณะเข้าแบบของการปลดหนี้ ซึ่งเป็นการลดภาระในการชำระหนี้ของลูกหนี้ในบางส่วนลง แต่การลดหนี้ด้วยวิธีการนี้ก็ใช้ว่าสถาบันการเงินยอมสูญเสียเงินต้นในส่วนที่ได้ตกลงขณะทำสัญญา เพราะลูกหนี้จำต้องดำเนินการตามเงื่อนไขที่ทางสถาบันการเงินกำหนดไว้ รวมทั้งต้องไม่ผิดนัดชำระหนี้ ส่วนการที่สถาบันการเงินยอมยกหนี้ที่เหลืออันเป็นตามจำนวนที่ตกลงไว้เป็นผลที่จะเกิดขึ้นเมื่อเงื่อนไขทั้งหมดได้สำเร็จ โดยลักษณะเช่นนี้จึงไม่ควรที่จะเป็นลักษณะของการปลดหนี้ เพราะตามมาตรา 340 ที่ได้บัญญัติไว้ควรจะมีลักษณะที่เมื่อมีการแสดงเจตนาออกไป หนี้จำนวนที่ปลดให้ก็ระงับลงไปทันที มิใช่ต้องมาปฏิบัติตามเงื่อนไขอื่นๆก่อนแล้วจึงเกิดการปลดหนี้ขึ้น นอกจากนั้นตามพื้นฐานแล้ว การปลดหนี้เป็นการทำให้โดยเสน่หา คือ เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้โดยไม่หวังการตอบแทนอื่นๆ เมื่อปลดหนี้แล้วก็จบกันไป แต่ในกรณีลดหนี้แบบมีเงื่อนไข หากพิจารณาแล้ว เหมือนสถาบันการเงินก็ต้องการให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตนได้กำหนดไว้เป็นการตอบแทน เพราะตามข้อสัญญาหากลูกหนี้ไม่ทำตามก็จะไม่เกิดการลดหนี้ขึ้น จึงเหมือนเป็นการลดหนี้ให้เพื่อการแลกเปลี่ยน เช่น การชำระหนี้ให้ตรงเวลา หรือการชำระหนี้ให้ครบตามจำนวน เป็นต้น ดังนั้น การลดหนี้อย่างมีเงื่อนไขจึงไม่อาจเข้าลักษณะของการปลดหนี้ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ ข้อสัญญาที่ได้มีการทำขึ้นระหว่างสถาบันการเงินกับลูก

หนี้จึงควรบังคับกันตามลักษณะนิติกรรมและสัญญาโดยทั่วไป โดยมีตัวอย่างสัญญาลูกหนี้แบบมีเงื่อนไข ดังนี้

คำร้องขอปรับปรุงโครงสร้างหนี้

ทำที่ธนาคาร A

วันที่ 26 มีนาคม 2546

เรียน ผู้จัดการ ธนาคาร A

ข้าพเจ้า บริษัท B จำกัด มีความประสงค์ขอให้ ธนาคาร A ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ธนาคาร” ดำเนินการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของข้าพเจ้า โดยมีข้อตกลงและเงื่อนไขดังนี้

1. ข้าพเจ้าตกลงยินยอมให้ธนาคารปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของข้าพเจ้า ตามแต่วิธีการที่ธนาคารเห็นสมควรโดยข้าพเจ้าจะให้ความร่วมมือกับธนาคารทุกกรณี เพื่อให้การปรับปรุงโครงสร้างหนี้สำเร็จด้วยดี

2. ข้าพเจ้าตกลงยินยอมปฏิบัติตามข้อตกลงและเงื่อนไขใหม่ที่ธนาคารกำหนด อันเนื่องจากการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของข้าพเจ้า

3. กรณีธนาคารกำหนดเงื่อนไขเบื้องต้น ให้ข้าพเจ้าปฏิบัติก่อนที่ธนาคารจะทำการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ข้าพเจ้าตกลงยินยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขเบื้องต้นที่ธนาคารกำหนดทุกประการ

4. เมื่อธนาคารปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของข้าพเจ้าแล้ว หากข้าพเจ้าไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงและเงื่อนไขการชำระเงินใหม่ ข้าพเจ้ายินยอมให้ธนาคารเรียกหนี้คืนได้ทันที

ข้าพเจ้าตกลงที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงและเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นทุกประการ จึงลงลายมือชื่อและประทับตราสำคัญ (ถ้ามี) ไว้ทำยี่เพื่อเป็นหลักฐาน

ลงชื่อ.....

(บริษัท B จำกัด โดย นาย C)

หลังจากได้ทำคำร้องขอปรับปรุงโครงสร้างหนี้กับสถาบันการเงินแล้วลูกหนี้และสถาบันการเงินอาจทำสัญญาเป็นหนังสือผ่อนผันการชำระหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ โดยในสัญญาจะมีการระบุถึงจำนวนหนี้ที่ลูกหนี้มีต่อสถาบันการเงินนั้น ๆ ในข้อที่ 1 ส่วนข้อตกลงข้อ 2 ในสัญญามักมีรายละเอียด ดังนี้

“ข้อ 2 ลูกหนี้ประสงค์ที่จะขอให้ธนาคารผ่อนปรนการชำระหนี้คืนดังนี้

2.1 ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นใหม่ ของต้นเงิน ตั้งแต่วันที่ 5 มีนาคม 2546 ถึงวันที่ชำระหนี้ให้ธนาคาร คิดอัตรา MLR ต่อปี โดยลูกหนี้ขอให้ธนาคารตั้งพักไว้ก่อน และเมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้และปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญานี้โดยไม่ผิดนัดและผิดเงื่อนไขแล้ว ลูกหนี้ขอให้ธนาคารยกดอกเบี้ยในส่วนนี้ให้แก่ลูกหนี้และผู้ค้ำประกัน

2.2 ต้นเงินค้างชำระ ตามข้อ 1.1 จำนวน -3,498,279.97- บาท ลูกหนี้จะชำระคืนให้ธนาคารทั้งหมดภายใน 30 วัน นับจากวันลงนามในสัญญาฉบับนี้

2.3 ดอกเบี้ยค้างชำระ ตามข้อ 1.1 จำนวน -4,949,324.00- บาท เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้และปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญานี้โดยไม่ผิดนัดและผิดเงื่อนไขแล้ว ลูกหนี้ขอให้ธนาคารยกดอกเบี้ยในส่วนนี้ให้กับลูกหนี้และผู้ค้ำประกัน

2.4 ต้นเงินค้างชำระ ตามข้อ 1.2 จำนวน -25,650,000.00- บาท นั้น ลูกหนี้จะชำระคืนให้ธนาคารจำนวน -18,282,887.53- บาท นับจากวันลงนามในสัญญาฉบับนี้ สำหรับต้นเงินส่วนที่เหลืออีกจำนวน -7,367,112.47- บาท เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้และปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญานี้โดยไม่ผิดนัดและผิดเงื่อนไขแล้วลูกหนี้ขอให้ธนาคารยกต้นเงินในส่วนนี้ให้กับลูกหนี้และผู้ค้ำประกัน

2.5 ดอกเบี้ยค้างชำระ ตามข้อ 1.2 จำนวน -48,724,479.36- บาท นั้น เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้และปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญานี้โดยไม่ผิดนัดและผิดเงื่อนไขแล้วลูกหนี้ขอให้ธนาคารยกดอกเบี้ยในส่วนนี้ให้กับลูกหนี้และผู้ค้ำประกัน

2.6 ค่าฤชาธรรมเนียมศาล จำนวน -213,332.50- บาท ,ค่าทนายความ จำนวน -5,000.00- บาท และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ จำนวน -500.00-บาท ลูกหนี้จะชำระคืนให้ธนาคารภายใน 30 วัน นับจากวันลงนามในสัญญาฉบับนี้

ข้อ 3 หากลูกหนี้ผิดนัดในการผ่อนชำระหรือผิดเงื่อนไขในข้อหนึ่งข้อใดดังกล่าวข้างต้น หรือผิดนัดชำระหนี้สินอื่นที่มีอยู่กับธนาคาร ให้ถือว่าผิดนัดทั้งหมด ลูกหนี้ตกลงยินยอมให้ข้อตกลงนี้เป็นอันยกเลิกและยินยอมให้ธนาคารกลับไปบังคับคดีนี้ตามคำพิพากษาของศาล คดี

หมายเลขแดงที่ 12345/2541 และ 12345/2542 โดยยึดทรัพย์สินอื่น ๆ ของลูกหนี้ออกขายทอดตลาดทันที

ข้อ 4 ลูกหนี้ตกลงให้หนังสือสัญญาผ่อนผันการชำระหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ฉบับนี้ เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ลูกหนี้ได้ลงนามในสัญญาฉบับนี้เป็นต้นไป

ข้อ 5 ลูกหนี้ตกลงว่านับตั้งแต่วันที่หนังสือสัญญาผ่อนผันการชำระหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ ฉบับนี้เริ่มมีผลใช้บังคับ ให้บรรดาข้อตกลงและเงื่อนไขตามหนังสือสัญญาผ่อนผันการชำระหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ฉบับลงวันที่ 21 กันยายน 2542 ซึ่งลูกหนี้ได้ทำให้ไว้ต่อธนาคารสินผลใช้บังคับเฉพาะส่วนที่ขัดหรือแย้งกับข้อตกลง และเงื่อนไขตามหนังสือสัญญาผ่อนผันการชำระหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ ฉบับนี้และให้ใช้ข้อตกลงและเงื่อนไขตามหนังสือสัญญาผ่อนผันการชำระหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ฉบับนี้บังคับแทน”

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของสัญญาแล้วจะพบว่าสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้ (สถาบันการเงิน) กับลูกหนี้เป็นสัญญาที่เป็นรูปแบบโดยการร่างขึ้นจากสถาบันการเงินหรือเจ้าหนี้ นั่นเอง ซึ่งหมายความว่าไม่ว่าจะเป็นลูกหนี้คนใด เมื่อเข้ามาทำการตกลงแล้วย่อมหมายถึงต้องตกลงยินยอมในการทำสัญญาแบบฟอร์มนี้ เพราะหากลูกหนี้ไม่ยินยอมเข้าทำสัญญาเพื่อตกลงในข้อสัญญาให้เป็นที่พอใจแก่เจ้าหนี้ ย่อมหมายถึงการที่จะถูกฟ้องร้องบังคับคดีจนถึงการฟ้องล้มละลาย อันไม่เป็นประโยชน์ แก่ธุรกิจเป็นอย่างยิ่ง เมื่อลูกหนี้ไม่มีทางเลือกที่จะได้เข้าตกลงทำสัญญากับเจ้าหนี้ ลูกหนี้ส่วนใหญ่ก็มักจะไม่วางใจหรือตรงกับเจ้าหนี้ เพราะนี่คือโอกาสที่จะดำเนินการต่อเนื่องเพื่อกิจการของตน ดังนั้นสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เจรจาต่อรองกันเหมือนอย่างการทำสัญญาโดยทั่วไป ดังนั้นสัญญาประเภทนี้จึงเป็นเครื่องมือแสดงออกซึ่งอำนาจทางเศรษฐกิจที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอยู่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยบุคคลซึ่งกุมอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าผู้อื่น อาจนำอำนาจนี้ไปเพื่อแสวงหาประโยชน์แก่ตน ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวโน้มที่จะใช้สัญญาสำเร็จรูปเป็นเครื่องควบคุมและครอบงำกลไกของตลาด ในประเทศเยอรมันจึงมีการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป ทางศาลโดยศาลจะอาศัยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของการตีความสัญญาที่ศาลได้ปรุงแต่งขึ้นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักเกณฑ์ของการตีความสัญญาที่เรียกว่า “Contra proferentem” โดยถ้ามีสาระสำคัญในส่วนข้อกำหนดสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น โดยใช้ถ้อยคำซึ่งมีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน มีความหมายขัดหรือแย้งกันก็ตี ก็ให้ตีความไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ร่างข้อกำหนดของสัญญานั้น ถึงแม้ศาลแทบทุกประเทศจะมีการพิจารณาถึงเรื่องการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา

ของเอกชน แต่กระนั้นก็ตามศาลในประเทศเยอรมันก็ยังใช้ดุลพินิจในการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป โดยใช้หลักเกณฑ์ของการตีความสัญญาเป็นพื้นฐานในการพิจารณา

ในช่วงต้นของการควบคุมสัญญาสำเร็จรูปศาลได้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมาตรา 138 มาวินิจฉัยกรณีพิพาทที่เกิดขึ้น โดยบทบัญญัติตามมาตรา 138 ได้บัญญัติว่า “สัญญาย่อมเป็นโมฆะ (a) สัญญานั้นขัดขวางต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contra Bonos mores) หรืออีกนัยหนึ่ง ขัดต่อความรู้สึกลึกซึ้งของวิญญูชน และ (b) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัยเหตุที่คู่สัญญาของตนมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องทำสัญญานั้นหรือขาดประสบการณ์หรือขาดความสำนึกหรือขาดสติ หรือแสวงหาประโยชน์แก่ตนเองจนเกินขอบเขตที่วิญญูชนทั้งหลายจะพึงกระทำ” ตามบทบัญญัติมาตรา 138 นี้ ศาลเยอรมัน ได้นำเอามาเป็นพื้นฐานในการบังคับใช้เรื่องของสัญญารับขนและเก็บของในคลังสินค้าเนื่องจากผู้รับขนและผู้เป็นเจ้าของคลังสินค้า ได้อาศัยอำนาจครอบงำตลาดของตน⁶⁴

นอกจากที่ศาลเยอรมันต้องใช้ดุลพินิจในเรื่องสัญญาสำเร็จรูปที่มากกว่าสัญญาธรรมดาแล้วนั้น กฎหมายเยอรมันยังได้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาธรรมดาซึ่งคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายมีโอกาสที่จะเจรจาต่อรองกันได้เสมอมา และศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็ยังคงย้ำว่า ข้อกำหนดของสัญญาบางข้อ จะไม่มีผลใช้บังคับได้โดยหากปรากฏอยู่ในสัญญาสำเร็จรูป ถึงแม้ข้อกำหนดของสัญญาอย่างเดียวกันนั้นอาจจะมีผลใช้บังคับเมื่อปรากฏอยู่ในสัญญาธรรมดาโดยทั่วไปก็ตาม ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดของสัญญาสำเร็จรูปความว่า “นายหน้ามีสิทธิที่จะได้รับค่าบำเหน็จเสมอ ทั้งนี้โดยมีพักต้องคำนึงว่าสัญญาซื้อขายได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่อง หรือจัดการหรือไม่” จะตกเป็นโมฆะ ทั้ง ๆ ที่ข้อกำหนดของสัญญาเนื้อความอย่างเดียวกันนี้มีผลใช้บังคับได้ เมื่อปรากฏอยู่ในสัญญาธรรมดาซึ่งคู่สัญญาได้ทำขึ้นภายหลังจากที่ได้เจรจาต่อรองกันแล้ว ; BGH, NJW 1977, 624.⁶⁵

เมื่อกลับมาพิจารณาในเนื้อหาของกรณีการลดหนี้แบบมีเงื่อนไขอีกครั้งหนึ่งอาจทำให้เห็นว่าลูกหนี้ของสถาบันการเงินโดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลย่อมมีอำนาจ

⁶⁴ ทวีศิลป์ รักษศรี, สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป” วารสารนิติศาสตร์ ปี 15 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2528), หน้า 47.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

ต่อรองทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่า ทำให้ไม่สามารถที่จะอ้างหรือกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อความเท่าเทียมกัน ดังนั้นสัญญาที่สถาบันการเงินโดยส่วนใหญ่ ใช้เป็นข้อตกลงกับลูกหนี้จึงมักใช้เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาเล็กน้อยตามรายละเอียดของลูกหนี้แต่ละราย แต่โดยข้อบังคับทั่วไปแล้วมักจะใช้บังคับเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะข้อบังคับในส่วนที่ว่า “หากลูกหนี้ผิดนัดในการผ่อนชำระหรือผิดเงื่อนไขในข้อหนึ่งข้อใดในสัญญานี้ หรือผิดนัดชำระหนี้สินเชื่ออื่นที่มีอยู่กับธนาคาร ให้ถือว่าผิดนัดทั้งหมด ลูกหนี้ตกลงยินยอมให้ข้อตกลงนี้เป็นอันยกเลิกและยินยอมให้ธนาคารกลับไปบังคับคดี ตามคำพิพากษาศาลแพ่ง โดยยึดทรัพย์สินงานของลูกหนี้และ/หรือผู้ค้ำประกัน และทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้และ/หรือผู้ค้ำประกันออกขายทอดตลาดได้ทันที และในข้อที่ว่า “ลูกหนี้และผู้ค้ำประกันตกลงว่า บรรดาหลักประกันที่ดิน และ/หรือสิ่งปลูกสร้าง และ/หรือเครื่องจักร ซึ่งลูกหนี้และ/หรือผู้ค้ำประกันได้จดทะเบียนไว้เป็นประกันนี้กับธนาคาร หรือหลักประกันอื่นใดที่ลูกหนี้และ/หรือผู้ค้ำประกันได้มอบให้ไว้เป็นประกันกับธนาคาร ยังคงให้ถือหลักประกันนั้นเป็นหลักประกันหนี้รายนี้ต่อไปและให้ธนาคารมีสิทธิยึดหน่วงหลักประกันดังกล่าวไว้จนกว่าธนาคารจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วน” ข้อตกลงเหล่านี้เป็นข้อตกลงพื้นฐานที่มีอยู่ในสัญญาปรับโครงสร้างหนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในทุก ๆ ด้าน การที่จะตีความว่าลูกหนี้และผู้ค้ำประกันตกลงยินยอมตามสัญญาเมื่อได้ลงชื่อในสัญญาแล้วจำเป็นต้องยึดถือเจตนาเป็นเช่นนั้นก็เห็นว่าจะไม่ควรเป็นอย่างยิ่ง เพราะเมื่อพิจารณาที่สถานะทางเศรษฐกิจและทางเลือกที่มีอยู่ของลูกหนี้ ก็คงจะไม่สามารถที่จะแก้ไขสถานภาพทางการเงินโดยวิธีอื่นได้ดีกว่าวิธีนี้ซึ่งตามหลักการวินิจฉัยในเรื่องของการตีความสัญญานั้นก็ต้องเข้าใจถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย และตามความเป็นจริงแล้วก็คงไม่มีฝ่ายใดที่ต้องการจะเสียผลประโยชน์ของตน การที่เจ้าหนี้ร่างสัญญาสำเร็จรูปขึ้นมาเช่นนี้ก็ย่อมชี้ชัดแล้วถึงเจตนาที่เจ้าหนี้ได้ให้ทางเลือกหรือโอกาสให้แก่ลูกหนี้เพื่อปฏิบัติตามมิใช่เป็นไปเพื่อการต่อรองเช่นสัญญาอื่น ๆ รวมทั้งการผูกมัดสัญญาอุปกรณ์และผู้ค้ำประกันทั้งหมด ในส่วนเจตนาของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันนี้ทั้งหลายก็คงไม่ได้ต้องการเสียในส่วนผลหรือสิทธิของตนเอง ดังเช่น หลายกรณีที่ผ่านมาตามคำพิพากษาฎีกาที่มีการโต้แย้งระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้อยู่เสมอ โดยเจ้าหนี้มักจะโต้แย้งว่าสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างกันมิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่ในส่วน of ลูกหนี้ก็จะอ้างหลักการแปลงหนี้ใหม่เพื่อต่อสู้เป็นสำคัญ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแสดงถึงวิสัยคนที่จะรักษาสิทธิประโยชน์ของตนไว้ให้ได้มากที่สุด ดังนั้นการที่ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน ยอมปฏิบัติตามสัญญาสำเร็จรูปก็คงเป็นเพียงเพื่อทางออกอย่างหนึ่งในการดำรงไว้ซึ่งธุรกิจของตนให้รอดพ้นจากภาวะเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น ถึงแม้จะถูกผูกมัดด้วยข้อจำกัดหรือข้อตกลงต่าง ๆ ที่เจ้าหนี้กำหนดให้ก็ตาม

เมื่อพิจารณาในส่วนของการลดหนี้แบบมีเงื่อนไขแล้ว การลดหนี้แบบไม่มีเงื่อนไขก็ไม่มีอะไรที่แตกต่างจากกัน โดยในส่วนการลดหนี้แบบไม่มีเงื่อนไข นักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นว่า

“ส่วนสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้โดยการลดหนี้ที่มีข้อตกลงว่า เจ้าหนี้จะลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ซึ่งการลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้นั้น ให้มีผลใช้บังคับได้ทันทีในวันที่ลูกหนี้และเจ้าหนี้ลงนามทำสัญญากัน ลูกหนี้คงมีหน้าที่ชำระหนี้ในส่วนที่เหลือที่เจ้าหนี้ไม่ได้ให้เท่านั้นภายใต้เงื่อนไขใหม่ข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ ถือว่าเป็นการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้บางส่วน ซึ่งจะมีผลทำให้หนี้ของลูกหนี้ในส่วนที่เจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้ระงับสิ้นไป เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในส่วนนั้นอีกไม่ได้ เจ้าหนี้คงเรียกร้องได้แต่เฉพาะหนี้ส่วนที่เหลือจากการปลดหนี้ มีข้อสังเกตว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวจะทำให้สัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยได้หรือไม่ เพราะคู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงจำนวนหนี้ ซึ่งถือเป็นสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ และคู่สัญญาประสงค์จะผูกพันกันตามจำนวนหนี้ใหม่ ภายใต้เงื่อนไขที่ตกลงกันในสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ สัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้ในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการคาบเกี่ยวกันระหว่างการปลดหนี้และการแปลงหนี้ใหม่ได้ กล่าวคือ ได้มีการปลดหนี้ให้ลูกหนี้แล้วบางส่วน ซึ่งทำให้หนี้ส่วนที่เจ้าหนี้ได้ปลด (ลด) หนี้ให้แล้วเป็นอันระงับสิ้นไป เจ้าหนี้จะเรียกร้องหนี้ในส่วนนี้อีกไม่ได้อันเข้าลักษณะเป็นการปลดหนี้ หนี้ส่วนที่เหลือหลังจากปลดหนี้ที่ลูกหนี้ยังมีหน้าที่ต้องชำระ จะเป็นการชำระภายใต้สาระสำคัญและเงื่อนไขที่ตกลงกันใหม่ ไม่ใช่เป็นการชำระหนี้ภายใต้สาระสำคัญหรือเงื่อนไขตามสัญญาเดิม จึงเข้าลักษณะเป็นการแปลงหนี้เพราะคู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ (จำนวนหนี้) โดยประสงค์จะให้หนี้เดิมระงับเพื่อผูกพันกันตามหนี้ใหม่อย่างไรก็ตามการทำสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้ในลักษณะเช่นนี้ คงเกิดขึ้นได้ไม่มากใน

ประเทศไทยในช่วงเวลานี้ เนื่องจากเจ้าหนี้จะเสียเปรียบ เพราะหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ส่วนที่เหลือหลังจาก การปลดหนี้ภายใต้เงื่อนไขใหม่ เจ้าหนี้จะกลับไปฟ้องลูก หนี้ตามมูลหนี้เดิมไม่ได้ เจ้าหนี้คงฟ้องลูกหนี้ได้ตามจำนวน หนี้ใหม่ ซึ่งลดลงจากแต่เดิม”⁶⁶

เมื่อวิเคราะห์ถึงในส่วนการลดหนี้แบบไม่มีเงื่อนไข ซึ่งจะมีผลในทันทีที่เจ้าหนี้ได้ ตกลงกับลูกหนี้ว่าตนจะรับชำระหนี้ในส่วนที่เหลือจากการที่ลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้แล้ว โดยลักษณะ ย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการปลดหนี้ แต่ตามบทความที่กล่าวมาอาจทำให้เกิดความสงสัยได้ว่า หนี้ที่ได้มีการลดไปบางส่วนนั้น ทำให้เกิดการบังคับได้ 2 ลักษณะ โดยในส่วนของหนี้ที่ถูกปลด หรือลดไปก็จะบังคับกันตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น การปลดหนี้ บางส่วนทุกกรณีก็ต้องเข้าลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ด้วย ตามลักษณะของการปลดหนี้ หนี้ที่ ได้ระงับลงไปแล้ว คือ หนี้ที่เจ้าหนี้ได้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้ลูกหนี้ หนี้ที่เกิดจากการปลดหนี้ไม่ได้ ระงับไปทั้งหมดทั้งสิ้น แต่ยังคงอยู่บนพื้นฐานของหนี้เดิมที่ยังคงต้องชำระกันต่อไป ในเรื่องการ ปลดหนี้ นั่น เมื่อวิเคราะห์ถึงในส่วนเจตนาของคู่สัญญาซึ่งโดยหลักแล้วขึ้นอยู่กับเจตนาของเจ้าหนี้ เป็นสำคัญ เนื่องจากการปลดหนี้สามารถกระทำโดยเจ้าหนี้แสดงเจตนาแต่ฝ่ายเดียวก็ได้ ตามนี้การที่ เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้กับลูกหนี้ เจตนาของเจ้าหนี้ไม่น่าที่จะต้องระงับ หรือเปลี่ยนแปลงไปซึ่งหนี้เดิม ทั้งหมด แต่น่าจะมีเจตนาที่จะให้หนี้ในส่วนที่ตนต้องการจะลดให้ระงับไป โดยที่การระงับนั้นไม่มี ความผูกพันใดๆต่อ จึงไม่เข้าลักษณะแปลงหนี้ใหม่อย่างแน่นอน ในส่วนที่เหลือ เจ้าหนี้ที่มีความ ต้องการที่จะได้รับชำระหนี้ก็ควรจะมีสิ่งที่คงไว้ตามเดิม ไม่มีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญใดๆ นอกเสียจากว่าได้มีการตกลงกันใหม่ที่จะเปลี่ยนซึ่งสาระสำคัญของหนี้ หรือมีการเพิ่มเติมเงื่อนไข ใดๆลงไป เช่นนี้ หนี้ที่จะต้องบังคับกันก็ต้องดำเนินไปตามหลักเกณฑ์เรื่องการแปลงหนี้ใหม่

4.3.2.5 การปรับปรุง โครงสร้างหนี้ที่เจ้าหนี้รับ โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและมีได้ เป็นหลักประกัน

⁶⁶ จิรศักดิ์ รอดจันทร์ “สัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้โดยการลดหนี้ในช่วง ภายหลังปี 2542 กับภาระภาษี” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปี 12 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2543), หน้า 145-146.

หมายถึง การรับโอนสินทรัพย์ของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้ตามยอดหนี้เดิมหรือบางส่วน โดยไม่มีการลดเงินต้นและ/หรือดอกเบี้ยที่ธนาคารบันทึกเป็นรายได้ตามบัญชีแล้ว ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ภายในเงื่อนไขการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทอื่นได้ สามารถชำระหนี้ได้ต่อไป หรือสามารถระงับภาระหนี้ที่มีอยู่โดยธนาคารไม่ต้องบังคับชำระหนี้ ด้วยกระบวนการทางศาล สินทรัพย์ที่โอนอาจเป็นสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันหรือไม่ก็ได้ หรือในกรณีเป็นการโอนสินทรัพย์ชำระหนี้บางส่วน ให้ลูกหนี้สามารถผ่อนชำระส่วนที่เหลือได้โดยต้องจัดให้มีหลักประกัน⁶⁷ ตามสมควร

การโอนหลักประกันชำระหนี้ ซึ่งราคาตีโอนอยู่ระหว่างร้อยละ 60-80 ของราคาประเมิน เป็นการแบ่งเบาภาระของลูกหนี้ ทำให้ภาระหนี้ของลูกหนี้ลดลงและลูกหนี้มีภาระในการจ่ายชำระดอกเบี้ยน้อยลง อีกทั้งยังเป็นการช่วยให้ลูกหนี้ประหยัดค่าใช้จ่ายในการบำรุง ดูแลรักษา ทรัพย์สินดังกล่าว ส่วนการโอนทรัพย์สินที่มีได้เป็นหลักประกัน คือ การโอนทรัพย์สินที่ไม่ติดภาระใด ๆ (Freehold Assets) ซึ่งลูกหนี้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์และรับเหมาก่อสร้าง จะมีทรัพย์สินลักษณะดังกล่าว โดยเฉพาะทรัพย์สินถาวรหรือการพัฒนา คงเหลืออยู่กับบริษัทเป็นจำนวนน้อยมาก เนื่องจากทรัพย์สินส่วนใหญ่ของลูกหนี้จะติดภาระจำนำหรือจำนองเพื่อเป็นประกันการกู้ยืมจากสถาบันการเงิน⁶⁸

การโอนทรัพย์สินตีชำระหนี้ก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ โดยในหลายสถาบันการเงินก็ได้นำมาใช้กับลูกหนี้ที่มีทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นหลักประกันอยู่หรือไม่ก็ตาม ตามสัญญาโอนทรัพย์สินตีชำระหนี้นี้ ลูกหนี้หรือผู้โอนอาจเป็นคน ๆ เดียวกันหรือคนละคนก็ได้ ในเบื้องต้นของสัญญาประเภทนี้จะมีการระบุถึงทรัพย์สินที่จะตีโอนชำระหนี้และคำยินยอมของผู้โอนในกรณีที่ทรัพย์สินที่จะใช้ตีโอนนั้นไม่ได้เป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ ตามตัวอย่างสัญญาโอนทรัพย์สินตีชำระหนี้ของสถาบันการเงินหนึ่ง จะมีข้อตกลงอันเป็นหลักใหญ่ที่มักจะคงไว้ไม่ว่าจะเป็นลูกหนี้รายใดหรือและผู้โอน ดังนี้

⁶⁷ การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ วารสารธนาคารอาคารสงเคราะห์ ปีที่ 6 ฉบับที่ 20 (ม.ค-มี.ค 2543), หน้า 24.

⁶⁸ ทำนอง ศาสรี, ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ บทเรียนและประสบการณ์จากวิกฤติเศรษฐกิจไทย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท แปลน โมทิฟ จำกัด, 2544), หน้า 95.

“ข้อ 2 ผู้โอนตกลงโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่โอนเพื่อเป็นการชำระหนี้ของลูกหนี้ ให้แก่ธนาคาร และธนาคารตกลงรับโอนทรัพย์สินที่โอนเพื่อการดังกล่าว และเพื่อประโยชน์ในการโอนทรัพย์สินที่โอนครั้งนี้ ผู้ให้สัญญาและธนาคารได้ตกลงตีราคาทรัพย์สินที่โอนเป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น.....บาท (.....) ซึ่งเป็นราคาในท้องตลาดของทรัพย์สินที่โอนที่ใช้หนี้แก่ธนาคารตามข้อ 3.

ข้อ 3 ผู้โอนต้องดำเนินการจดทะเบียน และ/หรือ กระทำการอื่นใดที่จำเป็นตามกฎหมาย เพื่อโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินที่โอนตลอดจนเอกสารสิทธิ เอกสารสำคัญ เอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่โอนตามวิธีการที่ธนาคารกำหนด ให้แก่ธนาคารให้เสร็จเรียบร้อยภายในวันที่.....

อนึ่งสำหรับค่าธรรมเนียม ค่าอากรแสตมป์ ค่าภาษีอากร เงินเพิ่ม เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายอื่น และเงินจำนวนใด ๆ (ถ้ามี) ที่เกิดขึ้นจากการโอนทรัพย์สินที่โอน และการปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามสัญญานี้ ฝ่ายผู้ให้สัญญาตกลงเป็นผู้รับผิดชอบทั้งสิ้น

ข้อ 4 คู่สัญญาทุกฝ่ายตกลงให้นำค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ตามที่กล่าวในข้อ 3 วรรคสอง หักออกจากราคาทรัพย์สินที่โอนตามจำนวนที่กล่าวใน ข้อ 2 ก่อนแล้วจึงนำส่วนที่เหลือไปชำระหนี้ของลูกหนี้ทั้งหมดตามที่กล่าวในข้อ 1 ในวันโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่โอน โดยเป็นการชำระต้นเงินจำนวนรวมทั้งสิ้น.....บาท (.....) ดอกเบี้ยจำนวน.....บาท (.....) และดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ระบุปรากฏยอดหนี้ไว้ในข้อ 1 จนถึงวันที่โอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่โอนให้แก่ธนาคาร ทั้งนี้ ให้หักชำระหนี้ของลูกหนี้ ในส่วนที่เป็นดอกเบี้ยให้ครบถ้วนทั้งสองรายการก่อนแล้วจึงนำเงินส่วนที่เหลือไปชำระหนี้ต้นเงิน

ในกรณีที่เงินค่าทรัพย์สินที่โอนไม่พอหักชำระหนี้ตามวรรคแรก หนี้ส่วนที่เหลือจากการหักชำระหนี้ซึ่งเป็นต้นเงินจำนวน.....บาท (.....) ดอกเบี้ยจำนวน.....บาท (.....) นั้น ลูกหนี้และ/หรือผู้โอนตกลงชำระให้แก่ธนาคารในวันที่.....พร้อมดอกเบี้ยสูงสุดสำหรับลูกค้าทั่วไปที่ธนาคารประกาศกำหนดภายใต้ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องการกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ย และส่วนลด ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “อัตราสูงสุด” โดยจะชำระดอกเบี้ยเป็นรายเดือนภายในวันที่.....ของทุกเดือนจนกว่าจะชำระหนี้เสร็จ เว้นแต่เมื่อลูกหนี้และ/หรือผู้โอนผิคนัดผิเงินเอนใจชำระดอกเบี้ย และ/หรือผู้โอนยินยอมเสียดอกเบี้ยในอัตราดอกเบี้ยสูงสุดสำหรับลูกค้าที่ปฏิบัติผิเงินเอนใจที่ธนาคารประกาศกำหนด ภายใต้ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยเรื่องการกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ ปฏิบัติ

ในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “อัตราสูงสุดคิดเงินใจ” แทนอัตราสูงสุดดังกล่าวข้างต้น ซึ่งในขณะทำสัญญาอัตราสูงสุดเท่ากับร้อยละต่อไป และอัตราสูงสุดคิดเงินใจเท่ากับร้อยละต่อไป แต่ต่อไปอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามที่ธนาคารจะประกาศกำหนดเป็นคราว ๆ ไป

ข้อ 5 ผู้ให้สัญญารับรองว่า ทรัพย์สินที่โอนตามสัญญานี้มิได้ค้างชำระค่าภาษีอากรต่าง ๆ เช่น ภาษีบำรุงท้องที่ ภาษีโรงเรือน และที่ดิน เป็นต้น อีกทั้งมิได้ติดค้างชำระค่าน้ำประปา ค่าไฟฟ้า ค่าโทรศัพท์ หรือค่าบริการสาธารณูปโภคอื่น ตลอดจนค่าเช่า ค่าใช้จ่าย หรือ ค่าภาระติดพันใด ๆ อยู่ต่อหน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ นิติบุคคลหรือบุคคลใด ๆ ทั้งสิ้น และหากปรากฏว่าธนาคารต้องชำระค่าภาษีอากร ค่าใช้จ่าย หรือค่าภาระติดพันใด ๆ ดังกล่าว อันผู้โอนค้างชำระอยู่ต่อหน่วยงานใดก็ตามผู้ให้สัญญายินยอมชดใช้เงินจำนวนธนาคารต้องชำระไปนั้นให้แก่ธนาคาร พร้อมทั้งดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดคิดเงินใจ นับตั้งแต่วันที่ธนาคารได้ชำระเงินจำนวนนั้น ๆ จนกว่าจะชำระเงินดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารเสร็จสิ้น

ข้อ 6 ผู้ให้สัญญารับรองว่า ทรัพย์สินที่โอนปราศจากสิทธิเรียกร้อง ภาระติดพัน หรือทรัพย์สินใด ๆ และมีได้ให้สิทธิประการใด ๆ ต่อนิติบุคคลหรือบุคคลอื่นใดทั้งสิ้น หากทรัพย์สินที่โอนชำระคบกพร่อง หรือธนาคารถูกรอนสิทธิ หรือได้รับความเสียหายใด ๆ เนื่องจากการรับโอนทรัพย์สินที่โอน ผู้ให้สัญญายินยอมรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ธนาคารทั้งสิ้น

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่โอนเป็นอสังหาริมทรัพย์และปรากฏว่ามีผู้เช่าผู้อยู่อาศัย ผู้บุกรุก รวมทั้งบริวารของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนบุคคลอื่นใดอยู่ในทรัพย์สินที่โอน ผู้ให้สัญญาต้องดำเนินการให้บุคคลดังกล่าวข้าย้ายสัมภาระ และออกไปจากทรัพย์สินที่โอนให้เสร็จสิ้นก่อนทำการโอนตามข้อ 3 โดยผู้ให้สัญญาจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งหมด

ถ้าทรัพย์สินที่โอนเป็นอสังหาริมทรัพย์และปรากฏว่ามีสิ่งปลูกสร้าง ท่อน้ำ ท่อระบายน้ำ เสา หรือสายไฟฟ้าหรือสิ่งอื่นใดอยู่ในทรัพย์สินที่โอน หากธนาคารไม่ต้องการสิ่งเหล่านั้น และแจ้งให้ผู้ให้สัญญาหรือถอน และข้าย้ายสิ่งของดังกล่าวออกไปจากทรัพย์สินที่โอนแล้ว หากผู้ให้สัญญาไม่ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่ธนาคารกำหนด โดยค่าใช้จ่ายของผู้ให้สัญญาเองจนเป็นเหตุให้ธนาคารต้องรื้อถอนและข้าย้ายสิ่งของดังกล่าวออกไปเอง ผู้ให้สัญญาต้องชดใช้ค่ารื้อถอนและข้าย้ายนั้นคืนธนาคารพร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดคิดเงินใจนับแต่วันที่ธนาคารชำระค่ารื้อถอนและข้าย้ายจนกว่าจะชำระเงินเสร็จ

ข้อ 7 ในกรณีที่ผู้ให้สัญญาไม่ว่ารายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญานี้ไม่ว่าข้อหนึ่งใด หรือตกเป็นผู้ผิดคำรับรองตามข้อ 5 และ/หรือ ข้อ 6 ของสัญญานี้ ทั้งนี้ไม่ว่าด้วยเหตุประการใดผู้ให้สัญญาทุกรายยินยอมให้ถือว่าผิดสัญญานี้ และเป็นการผิดนัดในหนี้ทั้งหมดที่ลูกหนี้ และ/หรือ ผู้

โอนยังคงค้างชำระอยู่กับธนาคารด้วย ตลอดจนให้ถือว่าบรรดาหนี้สินทั้งหลายเป็นอันถึงกำหนดชำระทันทีโดยไม่ต้องมีคำบอกกล่าว เรียกร้อง ทวงถามแต่อย่างใด และผู้ให้สัญญาตกลงชำระหนี้สินทั้งหลายที่ยังคงค้างชำระอยู่กับธนาคารทันที รวมทั้งยินยอมเสียดอกเบี้ยในต้นเงินที่ค้างชำระในอัตราสูงสุดผิดเงื่อนไขนับแต่วันที่ผู้ให้สัญญาตกลงชำระหนี้สินทั้งหลายที่ยังคงค้างชำระอยู่กับธนาคารทันที รวมทั้งยินยอมเสียดอกเบี้ยในต้นเงินที่ค้างชำระในอัตราสูงสุดผิดเงื่อนไขนับแต่วันที่ผู้ให้สัญญาตกเป็นผู้ผิดนัดจนกว่าจะชำระหนี้ทั้งหมดเสร็จสิ้นตลอดจนยินยอมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายทั้งหลายในบรรดาที่ธนาคารจะพึงได้รับอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือ ผิดคำรับรองตามข้อ 5 และ/หรือ ข้อ 6 ของสัญญา รวมทั้งตกลงรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในการเตือน เรียกร้อง ทวงถาม ดำเนินคดี และการบังคับชำระหนี้จนเต็มจำนวนทุกประการ

ข้อ 8 เป็นที่เข้าใจถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญาว่าสัญญาโอนทรัพย์สินชำระหนี้ฉบับนี้เป็นแต่เพียงข้อตกลงที่ผู้โอนจะโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่โอนเพื่อชำระหนี้ของลูกหนี้ซึ่งมีอยู่กับธนาคารเท่านั้น หากได้เป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้อันเป็นการแปลงหนี้ใหม่แต่อย่างใดไม่ และคู่สัญญาตกลงให้อือเอาสัญญาฉบับนี้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับชำระหนี้ดังกล่าวในข้อ 1. โดยไม่ต้องใช้ออกสารอื่นใดในการฟ้องร้องอีก

ข้อ 9 ภายในระยะเวลา.....ปี นับแต่วันโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่โอนให้กับธนาคารยังไม่ได้จำหน่าย จ่ายโอน หรือยังมีได้นำทรัพย์สินที่โอนไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ธนาคารตกลงให้ผู้ให้สัญญามีสิทธิขอซื้อทรัพย์สินที่โอนคืนจากธนาคารได้ในราคาค้างนี้

9.1 ราคาที่ธนาคารรับโอนตามข้อ 2. บวกด้วยเงินเพิ่มในอัตราร้อยละ MLR. ต่อปี (อัตรา MINIMUM LOAN RATE (MLR)) หมายถึงอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารเรียกเก็บจากลูกค้าเงินกู้ที่ติดของธนาคารสำหรับเงินกู้แบบมีระยะเวลา ซึ่งขณะทำสัญญานี้เท่ากับร้อยละ.....ต่อปี แต่ต่อไปอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามที่ธนาคารจะประกาศกำหนดเป็นคราวๆ ของจำนวนเงินดังกล่าว นับแต่วันที่โอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่โอนให้แก่ธนาคาร จนถึงวันที่ผู้ให้สัญญาซื้อทรัพย์สินที่โอนคืน และต้องชำระค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาทรัพย์สินที่โอนหรือเงินจำนวนใด ๆ ที่ธนาคารได้จ่ายไป หรือจะต้องจ่ายอันเกี่ยวข้อหรือเกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินที่โอน ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนหรือในขณะที่ทรัพย์สินที่โอนนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของธนาคาร พร้อมด้วยเงินเพิ่มในอัตราเดียวกับที่ระบุไว้ข้างต้นของจำนวนเงินดังกล่าว นับแต่วันที่ธนาคารต้องเสียดอกเบี้ยจ่าย หรือจำนวนเงินใด ๆ ดังกล่าว จนถึงวันที่ซื้อทรัพย์สินที่โอนคืนจากธนาคาร หรือ

9.2 ราคาและเงื่อนไขเช่นเดียวกันกับกรณีนิติบุคคลหรือนิติบุคคลอื่น เสนอขอซื้อทรัพย์สินที่โอนจากธนาคาร ในราคาและเงื่อนไขที่ธนาคารเห็นสมควร ตลอดจนเงื่อนไขอื่นที่ธนาคารพิจารณากำหนด โดยผู้ให้สัญญาจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่โอนให้เสร็จสิ้นภายใน 60 วัน

นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากธนาคาร หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่า ผู้ให้สัญญาหมดสิทธิในการซื้อคืน อีกทั้งหมดสิทธิในการซื้อคืนตามข้อ 9.1 ด้วย และธนาคารสามารถโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่โอนให้แก่บุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่กล่าวข้างต้นได้ทันที

ทั้งนี้การเลือกใช้สิทธิซื้อคืนตามข้อ 9.1 หรือ 9.2 ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังนี้

ก. ผู้ให้สัญญาจะต้องเป็นผู้รับภาระค่าธรรมเนียมการโอน ค่าอากรแสตมป์ ค่าภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย ค่าภาษีธุรกิจเฉพาะ รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการโอนทรัพย์สินที่โอนคืนจากธนาคารแทนธนาคาร

ข. ผู้ให้สัญญาจะต้องไม่ตกเป็นผู้ผิดนัดผิดสัญญาในขณะที่ขอซื้อทรัพย์สินที่โอนคืน”

ข้อตกลงตามตัวอย่างสัญญาในวิธีการปรับปรุงโครงสร้างหนี้โดยการใช้ทรัพย์สินค้ำประกันชำระหนี้ ผู้โอนจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินให้แก่ธนาคารตลอดจนเอกสารสิทธิต่างๆที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ทำการโอนให้ธนาคารนั้นๆด้วย โดยที่ธนาคารจะกำหนดราคาทรัพย์สินนั้นในการชำระหนี้เงินต้นหรือดอกเบี้ยที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ แต่หากทรัพย์สินที่โอนให้แก่ธนาคารยังมีมูลค่าไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้ในจำนวนหนี้ของลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ยังคงต้องชดใช้ในส่วนที่เหลือให้แก่ธนาคารต่อไป การนำเอาทรัพย์สิน โอนชำระหนี้จึงอาจเป็นการชดใช้หนี้เพียงบางส่วนของจำนวนหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้ แต่ถ้าทรัพย์สินของลูกหนี้สามารถตีมูลค่าได้ครอบคลุมในการที่จะชำระหนี้ทั้งหมดได้ ก็อาจกล่าวได้ว่าวิธีการชำระหนี้เช่นนี้ก็เป็นการที่ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ที่แตกต่างไปจากมูลหนี้เดิมมาชำระหนี้แทนหนี้เงิน ลักษณะที่กล่าวถึงนี้อาจมีความคล้ายคลึงกับการชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่น เพียงแต่การชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 320 และมาตรา 321 คือการที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ด้วยสิ่งของอื่นแทนให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งเจ้าหนี้ก็ตกลงยินยอมที่จะรับชำระหนี้ด้วยสิ่งที่ลูกหนี้เสนอมาแทน จึงทำให้หนี้ที่มีอยู่ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ระงับไปในทันทีที่ลูกหนี้ปฏิบัติชำระหนี้ เจ้าหนี้และลูกหนี้จึงหมดไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ในขณะที่เจ้าหนี้รับชำระหนี้จากลูกหนี้โดยที่ไม่ได้มีข้อตกลงใดๆมาก่อน แต่ข้อสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อการตกลงว่าเจ้าหนี้จะยอมรับทรัพย์สินมาเพื่อชดใช้หนี้เงินที่ลูกหนี้มีภาระอยู่ จึงเป็นเพียงแค่ข้อตกลงที่เปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญและทำให้หนี้อันเป็นส่วนหนึ่งของหนี้เดิมระงับ ซึ่งมีได้หมายความว่าถึงการระงับจบไปของนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จนหมดสิ้น แต่หมายความว่าถึงการระงับไปในส่วนหนึ่งของหนี้เดิมนั้น และคู่สัญญาก็ยังคงมีความผูกพันในสิทธิและหน้าที่ตามภาระหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่ตามการตกลงในสัญญา โดยลูกหนี้จะต้องนำเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ได้ตกลงไว้มาผูกพันในการชำระหนี้ต่อไปตามการตกลงในสัญญาแทนหนี้เงิน ซึ่งส่วนนี้ก็เป็นความแตกต่างของการชำระหนี้

โดยนำทรัพย์สินหลักประกันนั้น อันเป็นทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้อามาประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ และหากลูกหนี้ได้มีการผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะฟ้องร้องยึดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาเป็นของตนได้ แต่ในกรณีที่กล่าวถึงมิได้เป็นการฟ้องร้องเพื่อยึดทรัพย์สินที่ได้วางเป็นประกันไว้ แต่เป็นการนำเอาทรัพย์สินมาโอนให้แก่เจ้าหนี้เลยเพื่อเป็นการลดภาระหนี้ในบางส่วนออกไป เช่นเดียวกันกับการโอนทรัพย์สินที่ได้ติดประกันใด ๆ ไว้ เจ้าหนี้ผู้รับโอนได้ทรัพย์สินไปแทนการชำระหนี้เป็นตัวเงิน ซึ่งการโอนทรัพย์สินไปนี้อาจเป็นการตีโอนทรัพย์สินเต็มตามจำนวนหนี้ทั้งหมดที่มีหรือบางส่วน เป็นการกำหนดราคาตีโอนจากเจ้าหนี้ โดยพิจารณาจากตัวหนี้และราคาประเมินทรัพย์สินที่จะตีโอนนั้น หากจะกล่าวไปแล้วการตีโอนทรัพย์สินก็มีลักษณะไม่ต่างจากการนำทรัพย์สินมาชำระหนี้ ซึ่งแต่เดิมที่ลูกหนี้ได้มีสัญญาไว้กับสถาบันการเงินมักจะเป็นหนี้กู้ยืมซึ่งเป็นหนี้เงินเป็นหลัก ดังนั้นการนำทรัพย์สินมาตีราคาชดใช้หนี้ ก็น่าจะเข้าลักษณะเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่ เนื่องจากได้เปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ โดยได้เปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้จากหนี้เงินมาเป็นการชดใช้ด้วยทรัพย์สินแทน ดังได้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการโอนทรัพย์สินแทนการชำระหนี้เงิน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 315/2522 จำเลยกู้เงิน โจทก์ 5,000 บาท ต่อมาจำเลยตกลงโอนที่พิพาทให้แก่โจทก์เป็นการชำระหนี้เงินกู้ โดยทำเป็นหนังสือสัญญาจะซื้อจะขายที่พิพาทเป็นการแปลงหนี้ใหม่จากหนี้กู้ยืมและในสัญญาจะซื้อจะขายได้กำหนดราคาพิพาทไว้แน่นอนว่าเป็นราคา 5,000 บาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1008/2496 จำเลยตกลงกับ โจทก์เอาเรือนของจำเลยตีใช้หนี้เงินกู้ให้โจทก์เป็นราคา 9,500 บาท โดยให้โจทก์รื้อเอาเรือนไปใน 5 วันนั้น หากต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 ไม่ ข้อตกลงดังกล่าวเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 โดยคู่กรณีได้ตกลงเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ คือ เอาเรือนของจำเลยชำระหนี้แทนที่จะต้องนำเงินมาชำระตามสัญญา กะนั้นหนี้เงินกู้ระหว่างโจทก์จำเลยจึงเป็นอันระงับ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 432/2500 จำเลยกู้เงิน โจทก์หลายครั้ง ครั้งหลังทำหนังสือรวมเป็นหนี้โจทก์ไว้เป็นเงินจำนวนหนึ่ง ครั้นถึงกำหนดตามสัญญา จำเลยได้ทำสัญญาให้โจทก์ไว้อีกฉบับหนึ่ง คิดรวมจำนวนเงินและดอกเบี้ยค้างชำระและมีข้อตกลงกันไว้ระหว่างโจทก์จำเลยว่า จำเลยไม่มีเงินใช้หนี้ จึงยกที่นาและบ้านใช้แทน ดังนี้ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หนี้เดิมระงับแล้ว โจทก์จะฟ้องเรียกหนี้เดิมไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2820/2515 การกู้ยืมเงินกันนั้น ผู้กู้อาจยอมรับเอาสิ่งของหรือทรัพย์สินอื่นแทนจำนวนเงิน หรืออาจนำหนี้สินอย่างอื่นมาแปลงเป็นหนี้เงินกู้ก็ได้หาจำต้องมีการรับเงินกันเสมอไปไม่

ตามแนวคำพิพากษาฎีกา สัญญาเดิมระหว่างคู่กรณีมักจะเป็นหนี้เงินกู้ยืมต่อกันมาก่อน แต่เมื่อลูกหนี้ไม่มีความสามารถที่จะชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้โดยชำระเป็นเงินตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาแล้ว การที่ลูกหนี้กับเจ้าหนี้ตกลงที่จะใช้ทรัพย์สินในการชำระหนี้ย่อมดีกว่าในท้ายที่สุดแล้วเจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้ใด ๆ ตอบแทนเลย ดังนั้นเจ้าหนี้ทำสัญญาที่จะยอมรับทรัพย์สินอื่นแทนการชำระหนี้ด้วยเงิน ย่อมหมายความว่า การที่เจ้าหนี้ไม่คิดใจเอาเงิน อันเป็นวัตถุประสงค์ชำระหนี้ และเปลี่ยนเจตนาไปยึดเอาทรัพย์สินตามข้อตกลงใหม่ หนี้ตามสัญญาเดิมที่จะบังคับเอาเงินจึงระงับสิ้นไปด้วยเจตนาของคู่สัญญา อันถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ลักษณะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาฎีกามีได้มีข้อแตกต่างไปจากรูปแบบการตีโอนทรัพย์สินในการชำระหนี้ตามสัญญาแปลงหนี้ใหม่ไม่ เนื่องจาก การรับเอาทรัพย์สินมาชำระหนี้ในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ย่อมทำให้หนี้ระงับไปเพียงแต่ที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับ ย่อมมีผลผูกพันตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา โดยการแสดงเจตนาจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายเป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะฉะนั้นการทำสัญญาเปลี่ยนให้ชำระหนี้โดย การโอนทรัพย์สินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นหลักประกันหรือมิได้เป็นหลักประกันอยู่ ก็ควรที่จะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เจ้าหนี้จึงไม่มีสิทธิที่จะไปบังคับชำระหนี้ตามสัญญาเดิมได้ เมื่อเจ้าหนี้ได้รับ โอนทรัพย์สินที่ได้มีการตีราคาทรัพย์สินที่ตกลงไว้ว่าจะเป็ลลดหนี้จำนวนเท่าใดจึงมีสิทธิเรียกการชำระหนี้คืนในลักษณะตัวเงินได้เพียงในส่วนที่เหลือที่ได้หักการรับ โอนไป แม้ในท้ายที่สุดทรัพย์สินนั้นจะมีค่าไม่เท่ากับราคาที่ได้รับ โอนมาก็ตาม

แต่ข้อสังเกตประการหนึ่งตามข้อตกลงในสัญญาโอนทรัพย์สินชำระหนี้ คือ ตามสัญญาอาจจะมีการระบุไว้ว่าสัญญาโอนทรัพย์สินชำระหนี้นี้เป็นเพียงข้อตกลงที่ผู้โอนจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อการชำระหนี้ของลูกหนี้ที่มีอยู่กับธนาคารสัญญานี้จึงไม่ใช่สัญญาแปลงหนี้ใหม่ เพราะไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ตามข้อตกลงประเภทนี้เป็นข้อตกลงที่อยู่ในสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน ทั้งที่ตามลักษณะการที่เกิดขึ้นการโอนทรัพย์สินเพื่อการชำระหนี้ควรจะเป็นการแปลงหนี้ใหม่อันเป็นผลให้หนี้เดิมระงับสิ้นไปรวมทั้งสัญญา

อุปกรณ์ แต่การกำหนดเช่นนี้จะถือเป็นการเอาเปรียบผู้ซึ่งมีสถานภาพค้ำค้ำกว่าทางเศรษฐกิจหรือไม่ จะทำการวิเคราะห์ในลักษณะข้อสัญญาไม่เป็นธรรมต่อไป

4.3.2.6 การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่เจ้าหนี้โอนทรัพย์สิน โดยให้สิทธิลูกหนี้ซื้อกลับ คืน

การที่ลูกหนี้ขอซื้อคืนทรัพย์สินที่โอนชำระหนี้ ซึ่งราคาที่รับโอนอยู่ระหว่างร้อยละ 60-80 ของราคาประเมินให้แก่เจ้าหนี้ อาจมีสาเหตุจาก ลูกหนี้มีความผูกพันกับทรัพย์สินดังกล่าว หรือลูกหนี้สามารถหาเงินทุนใหม่ได้หรือลูกหนี้สามารถหาผู้ลงทุนที่สนใจซื้อทรัพย์สินดังกล่าวใน ราคาที่สูงกว่าราคาที่ลูกหนี้ซื้อคืนจากเจ้าหนี้ อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้จะกำหนดเงื่อนไขประกอบอื่น ๆ เพิ่มเติม เช่น ระยะเวลาในการซื้อคืนกำหนดราคาในการซื้อคืน หรือยินยอมให้ลูกหนี้เช่าทรัพย์สินที่ โอนเพื่อดำเนินงานต่อไป และให้ลูกหนี้มีสิทธิซื้อคืนก่อนผู้ลงทุนรายอื่น ๆ เป็นต้น⁶⁹

ลักษณะการโอนทรัพย์สินให้เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้ในประเภทนี้ เป็นการโอนที่มี เงื่อนไขมิใช่เป็นการโอนชำระหนี้โดยตราทรัพย์สินลดหนี้ ลักษณะของการโอนทรัพย์สินประเภทนี้มี ลักษณะคล้ายสัญญาลีสซิ่ง โดยการให้เช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่ง หมายความว่า การให้เช่าทรัพย์สินที่ ผู้ให้เช่าจัดมาจากผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย หรือทรัพย์สินซึ่งยึดได้จากผู้เช่ารายอื่น เพื่อให้ผู้เช่าได้ใช้ ประโยชน์ในกิจการอุตสาหกรรม เกษตรกรรม พาณิชยกรรม หรือกิจการบริการอย่างอื่นเป็นการค้า ปกติ โดยผู้เช่ามีหน้าที่ต้องบำรุงรักษาและซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า ทั้งนี้ผู้เช่าจะบอกเลิกสัญญาก่อน ครบกำหนดเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ แต่ผู้เช่ามีสิทธิที่จะซื้อหรือเช่าทรัพย์สินนั้นต่อไปในราคาหรือค่า เช่าที่ได้ตกลงกัน⁷⁰

ในความเป็นจริงแล้วสัญญาลีสซิ่งก็เป็นสัญญาเช่าทรัพย์สินธรรมดา เพียงแต่มีลักษณะ พิเศษตรงที่ราคาค่าเช่าจะคำนวณจากราคาทรัพย์สินและจากการใช้งานได้ของทรัพย์สินนั้น และเมื่อ สัญญาลีสซิ่งสิ้นสุดลงแล้ว ผู้เช่ามีสิทธิที่จะซื้อทรัพย์สินที่เช่าในราคาที่ตกลงกำหนดกันไว้ล่วงหน้า ซึ่งถ้าผู้เช่าไม่ใช้สิทธิก็ต้องคืนทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้ให้เช่า ข้อสัญญาการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ประเภทนี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นธุรกิจเช่นลีสซิ่ง เนื่องจากตามหลักเกณฑ์ของธุรกิจลีสซิ่ง ทรัพย์สินที่

⁶⁹ ทานอง ดาศรี, ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ บทเรียนและประสบการณ์จากวิกฤติ เศรษฐกิจไทย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท แปลน โมทิฟ จำกัด, 2544), หน้า 96.

⁷⁰ ไพทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540), หน้า 315.

จะให้เช่า จะได้แก่ทรัพย์สินซึ่งผู้ให้เช่าซื้อมาเพื่อการให้เช่าทรัพย์สินแบบ리스ซึ่งแก่ผู้เช่า และต้องไม่เป็นทรัพย์สินที่ผ่านการใช้งานแล้ว แต่ไม่รวมถึงทรัพย์สินที่ได้มาจากการผิดสัญญาให้เช่าทรัพย์สินแบบ리스ซึ่ง หรือเป็นทรัพย์สินที่ให้เช่าโดยการต่ออายุสัญญาเช่า⁷¹

ดังนั้น ทรัพย์สินที่ให้เช่าตามธุรกิจลิสซิ่งจึงมักไม่ใช่ทรัพย์สินของผู้ประกอบการที่จะนำมาให้เช่านั่นเอง แต่เป็นทรัพย์สินที่ถูกจัดมาโดยผู้ทำธุรกิจลิสซิ่ง สัญญาปรับโครงสร้างประการนี้จึงไม่เข้าลักษณะของสัญญาลิสซิ่ง แม้ตามนิยามของธุรกิจลิสซิ่ง ผู้ให้เช่าจะเป็นธนาคารตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ รวมทั้ง เมื่อครบกำหนดตามสัญญาเช่าแล้ว ผู้เช่ามีสิทธิซื้อทรัพย์สินที่เช่าคืนในราคาตลาดหรือราคาที่ตกลงกันก็ตาม เมื่อสัญญาปรับโครงสร้างนี้ไม่ใช่ธุรกิจประเภทลิสซิ่งที่ปัจจุบันนิยมนำมาใช้ ก็อาจต้องกลับไปวิเคราะห์ถึงสัญญาเช่าซื้อเพราะมีลักษณะคล้ายคลึงเช่นเดียวกัน โดยลักษณะของสัญญาเช่าซื้อนั้น มาตรา 572 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันว่าเช่าซื้อนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่า และให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านี้คราว” สัญญาเช่าซื้อนั้นสถานะของคู่สัญญาจะมี 2 ฝ่าย คือ ผู้ให้เช่าซื้อ และผู้เช่าซื้อ โดยที่ผู้ให้เช่าซื้อจะต้องเป็นเจ้าของในกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่ให้เช่า และนำทรัพย์สินนั้นออกให้ผู้เช่าซื้อได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ ในทรัพย์สินนั้นดังเช่นสัญญาเช่า แต่สัญญาเช่าซื้อได้ชำระราคาค่าเช่าซื้อครบแล้ว เมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทนี้ ลักษณะที่คล้ายกันก็คือ เจ้าหนี้ได้ให้ทรัพย์สินซึ่งแต่เดิมเป็นของลูกหนี้ โดยที่เจ้าหนี้ได้รับการโอนทรัพย์สินมาเพื่อการชำระหนี้อาจเข้าลักษณะประเภทของสัญญาค้ำประกันทรัพย์สินเช่นในหัวข้อที่แล้ว นอกจากเจ้าหนี้จะได้รับทรัพย์สินที่ค้ำประกันมาจากลูกหนี้แล้ว ก็ยังนำทรัพย์สินที่ค้ำประกันมาจากลูกหนี้แล้วกลับไปให้ลูกหนี้เช่าโดยมีเงื่อนไขให้ลูกหนี้มีสิทธิซื้อคืนก่อนผู้ลงทุนอื่น ๆ สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทนี้นอกจากที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อข้างต้นแล้วว่ามีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่เนื่องจากเจ้าหนี้รับโอนทรัพย์สินแทนการชำระด้วยหนี้เงินแล้ว ยังคงมีการทำสัญญาต่อไปในลักษณะอื่น ๆ โดยเปลี่ยนสถานะจากผู้ให้กู้กับผู้กู้หรือเจ้าหนี้กับลูกหนี้เป็นผู้ให้เช่ากับผู้เช่า และมีการสร้างเงื่อนไขโดยให้คำมั่นว่าจะให้ลูกหนี้ได้ซื้อคืนภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือซื้อคืนก่อนผู้ลงทุนรายอื่นได้

⁷¹ สหส สิงหวิริยะ “ธุรกิจลิสซิ่ง” อุลพาท ปีที่ 41 เล่ม 1 (ม.ค-ก.พ 2537), หน้า37.

นอกเหนือจากสัญญาเช่า และสัญญาเช่าซื้อที่ได้กล่าวมาแล้ว ข้อตกลงในลักษณะสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทนี้ยังมีส่วนในความคล้ายคลึงกับการสัญญาขายฝาก เพราะมาตรา 491 ได้บัญญัติไว้ว่า “อันว่าขายฝากนั้น คือสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้ สัญญาขายฝากจึงเป็นสัญญาซื้อขายที่เพิ่มเติมในส่วนข้อตกลงพิเศษขึ้นมาในส่วนของการที่ผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้ ซึ่งข้อตกลงในส่วนนี้เป็นข้อตกลงที่ผูกมัดเฉพาะในส่วนของผู้ซื้อที่จะต้องให้ผู้ขายมาขอใช้สิทธิไถ่คืนทรัพย์สินที่ขายฝากได้ โดยผู้ซื้อจะต้องยอมขายให้ เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาขายฝากกันแล้วผู้ขายจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ซื้อตามหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขาย ตามบทบัญญัติในมาตรา 491 ในระหว่างที่ทรัพย์สินตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อนั้นก็ถือว่าผู้ซื้อฝากจะไม่สามารถจำหน่ายทรัพย์สินนั้นไปได้ เพียงแต่มาตรา 493 ได้บัญญัติว่า “ในการขายฝากคู่สัญญาจะตกลงกันไม่ให้ผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งขายฝากก็ได้ ถ้าและผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สินนั้นฝ่าฝืนสัญญาไว้ก็ ต้องรับผิดชอบผู้ขายในความเสียหายใดๆอันเกิดแต่การนั้น” การที่มาตรา 493 บัญญัติไว้ก็เพียงแต่ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันห้ามผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สิน โดยข้อห้ามในการจำหน่ายทรัพย์สินนั้นจะมีขึ้นพร้อมกันหรือภายหลังการทำสัญญาขายฝากก็ได้

ตามลักษณะขายฝากที่กล่าวมานี้เมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะของสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทที่สามารถให้ลูกหนี้มีสิทธิซื้อทรัพย์สินคืนได้ก่อนบุคคลอื่นก็มีลักษณะคล้ายกับสัญญาขายฝากเป็นอันมาก ซึ่งหากคู่สัญญาได้ทำสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ด้วยวิธีการนี้จึงควรถือได้ว่าเป็นการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ เพราะนอกเหนือไปจากมูลหนี้เดิมซึ่งเป็นมูลหนี้ในการกู้ยืมถูกเปลี่ยนไปเป็นการขายฝาก หน้าที่ของคู่สัญญายังคงเปลี่ยนเป็นผู้ซื้อและผู้ขาย รวมทั้งยังมีในส่วนของการให้คำมั่นที่จะสามารถให้ลูกหนี้ไถ่ทรัพย์สินของตนที่ทำการขายฝากไว้คืนไปได้ อันเป็นเงื่อนไขที่เกิดขึ้นมาในหนี้ใหม่ที่ได้ตกลงกัน โดยการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจะเห็นถึงความแตกต่างจากมูลหนี้เดิมไปยังมูลหนี้ใหม่ อันไม่ใช่ลักษณะการทำสัญญาเพื่อรองรับในสภาพหนี้เดิมหรือเป็นเพียงแค่สัญญาประนีประนอมยอมความ ฉะนั้นสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทนี้จึงมีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ที่จะต้องบังคับตามบทบัญญัติการแปลงหนี้ใหม่ด้วย

ดังนั้น นอกจากสถานะคู่สัญญาที่เปลี่ยนแปลงไป ลักษณะสัญญาแต่เดิมยังคงเปลี่ยนแปลงไปด้วย รวมทั้งเงื่อนไขที่เกิดขึ้นใหม่ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ย่อมเข้าหลักเกณฑ์ ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ทั้งสิ้น สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทนี้จึงถือได้ว่าเป็นการระงับไปซึ่งหนี้

เดิม และต้องบังคับใช้กันตามหนี้ใหม่ที่ได้ตกลงกัน อันอาจเป็นสัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อหรือ สัญญาขายฝาก เนื่องด้วยผลจากการแปลงหนี้ใหม่

เมื่อพิเคราะห์แล้วสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้จึงอาจเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ได้ เพราะมีลักษณะอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของหนี้ ทำให้หนี้เดิมที่ใช้บังคับกันอยู่ระหว่าง ลูกหนี้และเจ้าหนี้เป็นอันระงับไปซึ่งโดยปกติแล้วสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้จะมีได้มีการระบุว่า เป็นการแปลงหนี้ใหม่เพราะหากมีการระบุว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่แล้วเจ้าหนี้น่อมจะรู้สึกลัวว่าฝ่ายตน เสียเปรียบเพราะถ้าหนี้เดิมระงับไป เจ้าหนี้ก็หมดสิทธิในหนี้เก่านั้น รวมทั้งหนี้อุปกรณ์ไม่ว่าจะเป็น ค่าประกัน จำนอง หรือ จำนากก็ตามเป็นผลให้เจ้าหนี้ได้รับความสูญเสียทางเศรษฐกิจ ดังนั้น สัญญาที่ฝ่ายเจ้าหนี้โดยเฉพาะสถาบันการเงินได้ทำขึ้น บางสัญญาจึงได้มีการระบุว่าสัญญาที่ได้ตกลงกันนี้ไม่ใช่สัญญาแปลงหนี้ใหม่ ตัวอย่างเช่น

ข้อตกลงในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของสถาบันการเงินหนึ่งที่ระบุว่า “ลูกหนี้ขอให้คำรับรองแก่ธนาคารว่า เนื่องจากสัญญาฉบับนี้มิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่เป็นเพียงข้อตกลงผ่อนปรนเงื่อนไขในการชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ อันเป็นการปรับปรุงโครงสร้างเท่านั้น ดังนั้น นอกจากข้อความที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมในสัญญานี้แล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงให้ข้อความและเงื่อนไขในสัญญาเดิมมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ต่อไปทุกประการ และตกลงยินยอมให้ถือว่าสัญญานี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเดิมด้วย นอกจากนี้ บรรดาหลักประกันที่ลูกหนี้ให้ไว้แก่ธนาคารตามสัญญาเดิม ก็ให้ถือเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ตามสัญญานี้ด้วย “

การระบุในสัญญาถ้าจะกล่าวถึงเจตนาของคู่สัญญาตามลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ก็อาจพิจารณาได้ว่าคู่สัญญาไม่ต้องการที่จะให้หนี้เดิมทั้งหมดระงับไปทั้งสิ้น เพียงแต่การทำสัญญานี้ก็เพื่อให้ข้อเรียกร้องแต่ละฝ่ายลดหย่อนผ่อนปรนกันลงระหว่างกันเท่านั้น อันเข้าลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งมีผลแตกต่างจากการแปลงหนี้ใหม่

ด้วยเหตุที่สถาบันการเงินจะต้องมีข้อตกลงนี้ไว้ก็คงเป็นเพราะการบังคับตามข้อตกลงอีกข้อหนึ่งที่ต้องอ้างอิงด้วยเจตนาที่ไม่ใช่เจตนาแปลงหนี้ใหม่ เพราะหากสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่ได้ตกลงกันมาเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ข้อตกลงนี้ก็จะไม่สามารถบังคับใช้ได้เลยนั่นคือ ส่วนข้อตกลงที่ว่า

“ลูกหนี้ยินยอมให้ถือว่า นอกจากลูกหนี้จะตกเป็นผู้ผิดนัดเมื่อเกิดกรณีใดกรณีหนึ่งตามที่ระบุไว้ในสัญญาเดิมแล้ว ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระต้นเงิน ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม หรือเงินจำนวนใด ๆ ตามจำนวนและ/หรือตามกำหนดเวลาที่ระบุไว้ในสัญญานี้ และ/หรือไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติผิดข้อตกลงตามที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ ก็ให้ถือว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดด้วยเช่นกัน

ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดตามความในวรรคก่อน ลูกหนี้ตกลงยินยอมให้ถือว่า ข้อผ่อนปรนเงื่อนไขในการชำระหนี้ทั้งหมดตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเป็นอันยกเลิก โดยให้ถือเสมือนว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่เคยมีการตกลงกันเกี่ยวกับข้อผ่อนปรนดังกล่าว และให้ถือว่าบรรดาหนี้สินทั้งหลายตามสัญญานี้เป็นอันถึงกำหนดชำระทันที โดยไม่จำเป็นต้องมีคำบอกกล่าวเรียกร้อง ทวงถามแต่อย่างใด และลูกหนี้ตกลงชำระหนี้สินทั้งหลายคืนให้แก่ธนาคารทันที รวมทั้งยินยอมเสียดอกเบี้ยในต้นเงินที่ค้างชำระ ในอัตราดอกเบี้ยสูงสุดสำหรับลูกค้าทั่วไปที่ปฏิบัติผิดเงื่อนไขที่ธนาคารประกาศกำหนด ภายใต้ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องการกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ซึ่งในขณะทำสัญญานี้เท่ากับอัตราร้อยละ.....ต่อปี แต่ต่อไปอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามที่ธนาคารจะประกาศกำหนดเป็นคราว ๆ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “อัตราสูงสุดผิดเงื่อนไข” นับตั้งแต่วันที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเดิมจนกว่าจะชำระหนี้ทั้งหมดเสร็จสิ้น นอกจากนั้น ยังตกลงยินยอมชำระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ หรือเงินจำนวนใด ๆ ที่ธนาคารต้องเสียไปอันเนื่องจากการเตือน เรียกร้อง ทวงถาม ดำเนินคดี และการบังคับชำระหนี้ รวมทั้งการที่ธนาคารต้องดำเนินการใด ๆ ตามประกาศคำสั่งของธนาคารแห่งประเทศไทย และ/หรือหน่วยราชการที่เกี่ยวข้อง อันเนื่องจากการผิดนัดของลูกหนี้ เช่นการดำรงเงินกองทุน การดำรงเงินสดสำรอง การสำรวจมูลค่าหลักทรัพย์เพื่อคำนวณเงินสำรองสำหรับการจัดชั้นหนี้ของลูกหนี้ เป็นต้น โดยชำระให้แก่ธนาคารทันทีที่ได้รับแจ้งจากธนาคารจนเต็มจำนวน”

ฉะนั้นเมื่อหนี้เดิมระงับไปแล้วข้อสัญญาประการนี้จึงมีอาจใช้บังคับได้ ตามลักษณะสัญญาที่ได้ทำขึ้นในหลาย ๆ สถาบันการเงินที่กล่าวมา ซึ่งไม่ได้มีการแยกแยะว่าการปรับโครงสร้างหนี้วิธีใดเป็นแปลงหนี้ใหม่หรือไม่ แต่ทุกสัญญาที่มีขึ้นเป็นแบบฟอร์มที่ร่างขึ้นจากสถาบันการเงินนั่นเอง ถึงแม้ลูกหนี้จะทราบว่าลักษณะสัญญาที่ตนได้ทำขึ้นกับสถาบันการเงินนั้นมีลักษณะเป็นแปลงหนี้ใหม่อันจะเป็นหลักเกณฑ์ที่จะรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้มากกว่า แต่หากลูกหนี้ไม่ยินยอมตกลงปฏิบัติตามยอมจะหมายถึง ลูกหนี้ปฏิเสธที่จะประนีประนอมกับเจ้าหนี้ ในกรณีที่เจ้าหนี้ให้โอกาส เจ้าหนี้คงจะทำการฟ้องร้องบังคับคดียึดทรัพย์ หรือฟ้องล้มละลาย ทำให้ลูกหนี้เกิดความสูญเสียต่อธุรกิจมากยิ่งขึ้น อันอาจต่อรองที่เหนือกว่ายอมทำให้ลูกหนี้ต้องลงนาม

ยินยอม หรือไม่สามารถหาทางออกได้ดีกว่าสถานการณ์ที่เป็นอยู่ เช่นนี้จะถือว่าลูกหนี้มีเจตนาที่ ต้องการให้สัญญาฉบับนี้ไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้หรือไม่ เพราะในคดีพิพาทที่เกิดขึ้น โดยส่วนใหญ่ แล้วทางด้านลูกหนี้ก็มักจะอ้างในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่เป็นข้อต่อสู้ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2044 / 2514 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยที่ 1 กู้เงิน โจทก์ไป 31,400 บาท สัญญาให้ดอกเบี้ยตามกฎหมาย คือร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี โดยมีจำเลยที่ 2 เป็นผู้ค้ำประกัน ครั้นถึง กำหนด จำเลยที่ 1 ไม่ชำระเงินต้น คงส่งแต่ดอกเบี้ย ต่อมาจำเลยที่ 1 ได้ทำนิติกรรมขายฝากที่ดิน สวนยางให้โจทก์ในราคา 31,400 บาท เท่ากับจำนวนเงินกู้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการหักกลบลบหนี้ตาม สัญญาเงินกู้ แต่ในวันที่ 25 มิถุนายน 2510 เจ้าหนี้จำเลยที่ 1 ตามสำนวนคดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 36 / 2510 ได้นำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดที่แปลงนี้ไว้ โจทก์ได้ร้องขอทรัพย์ แต่ศาลชั้นต้นและศาล อุทธรณ์พิพากษาว่า ที่ดินสวนยางยังเป็นของจำเลยที่ 1 อยู่ในวันที่เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการยึด ให้ยกคำร้องขอทรัพย์ จึงไม่อาจหักกลบลบหนี้กันได้

จำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันฎีกาว่า โจทก์กับจำเลยที่ 1 ตกลงกันเปลี่ยนสาระสำคัญของ สัญญา จากสัญญาเงินกู้มาเป็นสัญญาขายฝาก หนี้เดิมเป็นอันระงับสิ้นไป จำเลยที่ 2 จึงหลุดพ้นจาก ความรับผิดชอบ ศาลฎีกามีความเห็นว่าการที่โจทก์และจำเลยที่ 1 ตกลงทำสัญญาขายฝากที่ดิน โดยถือ เอาหนี้เงินกู้เป็นราคาขายฝากเช่นนี้ เป็นการแปลงหนี้ใหม่ เพราะเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระ สำคัญแห่งหนี้เพียงแต่ในกรณีนี้หนี้ตามสัญญาขายฝากไม่เกิด เพราะได้มีการนำเจ้าพนักงานบังคับ คดียึดทรัพย์ไว้ก่อนแล้ว หนี้เงินกู้จึงไม่ระงับ

ตามคำพิพากษาฎีกาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่สัญญาที่มีข้อโต้แย้งกันนั้นจะเป็นสัญญาที่ทำ ขึ้นโดยที่ไม่ได้มีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาว่าไม่ให้สัญญาที่ทำนี้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ เหมือนดัง คำพิพากษาฎีกาข้างต้นจึงทำให้เกิดข้อโต้แย้งระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เสมอมา แต่ตามกรณีที่เกิดขึ้น กับแบบสัญญาในสถาบันการเงินต่าง ๆ เป็นแบบสัญญาที่ระบุไว้อย่างชัดเจนไม่ว่าจะเป็นเรื่องการ แปลงหนี้ใหม่หรือเป็นเรื่องสัญญาอุปกรณ์ แต่กระนั้นก็ตามการที่นักกฎหมายจะพิจารณาสัญญาใด ๆ ย่อมต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นหลัก มิใช่พิจารณาเพียงแต่ลายลักษณ์อักษรที่ เกิดขึ้นในตัวสัญญานั้น ๆ ซึ่งในกรณีเป็นที่คาดหมายได้ว่าคงไม่มีบุคคลใดต้องการที่จะเป็นฝ่ายเสีย ประโยชน์ แต่เนื่องจากอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ต่างกัน อาจทำให้ลูกหนี้จำเป็นต้องยอมรับสัญญา ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่สร้างขึ้นโดยเจ้าหนี้ ด้วยเจตนาที่ลูกหนี้มิได้ต้องการทำสัญญายอมรับในข้อ ตกลงทุกประการในสัญญาปรับโครงสร้างนี้ รวมทั้งอำนาจทางเศรษฐกิจในการจัดการกับแบบของ

ข้อกำหนดที่อาจเกิดขึ้นจากเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว ในเรื่องนี้ตามที่เคยอ้างอิง เรื่องสัญญาสำเร็จรูป ตามกฎหมายเยอรมัน สัญญาปรับโครงสร้างหนี้ที่เป็นแบบฟอร์มจากสถาบันการเงินเหล่านี้ก็น่าจะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป เพราะลูกหนี้ก็ไม่มีอำนาจไปต่อรองในเรื่องข้อตกลงใด ๆ กับเจ้าหนี้มากนัก และสัญญาเหล่านี้ยังร่างขึ้นจากผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า ตามความเห็นของกฎหมายเยอรมันสัญญาสำเร็จรูปทั้งหลายล้วนแต่มีลักษณะร่วมที่เหมือนกันอยู่ คือ ข้อกำหนดของสัญญาที่มีเนื้อความผิด แยกแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของสัญญา และด้วยเหตุนี้เองศาลจึงต้องใช้อำนาจควบคุมข้อกำหนดของสัญญาอย่างเคร่งครัด เมื่อมาเปรียบเทียบกับสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่มีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ จะพบว่าข้อกำหนดของสัญญากำหนดให้การบังคับใช้สัญญาแตกต่างไปจากที่บทบัญญัติของกฎหมายว่าไว้ เพราะบางลักษณะของสัญญาควรอยู่ในขอบข่ายของการแปลงหนี้ใหม่ไม่ใช่การประนีประนอมยอมความตามแนวความคิดของกฎหมายเยอรมันค่อนข้างจะปกป้องลูกหนี้มากกว่าเนื่องจากตามกฎหมายเยอรมัน หากข้อกำหนดสัญญาที่มีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน หรือมีความหมายขัดหรือแย้งกัน ก็ให้ศาลตีความไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ร่างข้อกำหนดของสัญญานั้น ๆ หลักเกณฑ์เหล่านี้แสดงออกเพื่อป้องกันการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าทางเศรษฐกิจ แต่ลักษณะแนวความคิดของทางด้านประเทศอื่น ๆ ก็มีได้มีความเห็นไปทางเดียวกับเยอรมัน โดยเฉพาะแนวความคิดของทางสหรัฐอเมริกาได้มีบุคคล เสนอความคิดเห็นในบทความที่ใช้หลักเกณฑ์อ้างอิงจาก US sovereign bankruptcy laws โดย Anne Krueger ซึ่งมีความเห็นว่หลักเกณฑ์ของ Sovereign debt restructuring mechanism (SDRM) การตัดสินใจในการปรับโครงสร้างหนี้จะต้องเกิดขึ้นโดยมติด้านเป็นเสียงข้างมากเมื่อมีการตัดสินใจให้มีการปรับโครงสร้างหนี้แล้ว จะต้องทำให้สถานะการชำระหนี้หยุดนิ่งเพื่อไม่ให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิเรียกร้องของตนได้ผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับในสถานะหยุดนิ่งของลูกหนี้ อาจเกิดได้ใน 2 รูปแบบ คือ 1. ลูกหนี้จะไม่ได้รับอนุญาตให้ตกลงกับเจ้าหนี้สามัญ และ 2. ลูกหนี้จะถูกห้ามที่จะทำข้อตกลงซึ่งอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้

ในขณะที่ลูกหนี้อยู่ในสถานการณ์พักชำระหนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งการดำเนินงานต่อในธุรกิจของลูกหนี้รวมทั้งในเรื่องของความน่าเชื่อถือทางการค้า เจ้าหนี้อาจกำหนดหรือเป็นผู้จัดการในส่วนเงินที่ได้มาใหม่เพื่อการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้⁷² ตามนี้จะพบว่าการปรับโครงสร้างหนี้ของแนวความคิดนี้มีลักษณะเหมือนการฟื้นฟูกิจการของไทย โดยที่เจ้าหนี้เข้ามาแทรกแซงในกิจการของลูกหนี้เกือบทุกประการ และการกระทำใด ๆ ก็ตามของลูกหนี้ก็จะถูกควบคุมจากเจ้าหนี้ แนว

⁷² <http://www.the-financier.com>

ความคิดเช่นนี้ให้สถานะของเจ้าหนี้เป็นใหญ่ในส่วนของ การปรับปรุงโครงสร้างหนี้และธุรกรรมต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้น

แต่ถึงแม้ว่าตามลักษณะสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้จะอิงกับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้มากกว่า แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าในข้อสัญญาที่ตกลงกันขึ้นจะบังคับใช้กันได้ทุกประการที่ลูกหนี้ยินยอมเพราะในประเทศอเมริกาก็มีบทบัญญัติในเรื่องของ Doctrine of Unconscionability อยู่ใน 2-3602 ของ Uniform Commercial Code (U.C.C) ซึ่งมีใจความดังนี้

“(1) หากศาลได้พบว่าสัญญานั้นหรือข้อตกลงใด ๆ ในสัญญามีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาตั้งแต่ในเวลาที่ได้เริ่มทำสัญญาต่อกัน ศาลสามารถที่จะปฏิเสธไม่บังคับตามสัญญานั้น หรืออาจจะ บังคับให้แต่ในส่วนที่นอกเหนือจากข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรม หรืออาจจะจำกัดข้อตกลงที่คู่สัญญาได้กำหนดขึ้นมาในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมเพื่อบังคับใช้ข้อตกลงนั้นในลักษณะที่เป็นธรรมต่อไป

(2) เมื่อได้ปรากฏขึ้นต่อศาลในกรณีที่ข้อตกลงใด ๆ ตามสัญญาอาจจะมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ศาลอาจให้โอกาสคู่สัญญาฝ่ายนั้น โดยการแสดงหลักฐาน โดยต้องบ่งบอกถึงจุดประสงค์ในการทำสัญญาและผลที่เกิดจากข้อสัญญานั้น ๆ เพื่อให้ศาลได้พิจารณาต่อไป”⁷³

ดังนั้นถึงแม้ว่าการปรับปรุงโครงสร้างหนี้จะอิงไปในทางเจ้าหนี้เพียงใดก็ไม่สามารถทำให้บังคับกันตามข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมตามสัญญานั้นได้ เพราะตาม 2-302 (1) ไม่ว่าศาลจะบังคับตามสัญญาหรือไม่บังคับให้ตามสัญญาก็ตาม ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะถูกตัดทิ้งไปเสมอเพื่อความยุติธรรมแก่คู่สัญญา

แนวความคิดของแต่ละประเทศย่อมเป็นไปตามจารีตประเพณีของประเทศของตน ในปัญหาที่เกิดขึ้นจากสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่มีลักษณะเป็นแปลงหนี้ใหม่ แต่ได้มีข้อตกลงในสัญญาให้ลูกหนี้ตกลงว่าสัญญาที่ทำขึ้น ไม่ใช่แปลงหนี้ใหม่เป็นการเอาเปรียบแก่ลูกหนี้หรือไม่ ตามกฎหมายไทยอาจพิจารณาได้จากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนี้

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้มีการให้คำนิยามที่ว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูปในมาตรา 3 โดยบัญญัติว่า “สัญญาสำเร็จรูป หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่ง

⁷³ <http://www.law.cornell.edu>

คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน” ตามคำนิยามที่มาตรา 3 ได้บัญญัติไว้พอจะแยกเป็นลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปได้ว่า

1. สัญญานี้เป็นสัญญาที่ได้จัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร มิใช่ด้วยวาจา และไม่จำเป็นต้องมีลายมือชื่อของคู่สัญญาลงไว้ล่วงหน้ารวมทั้งไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาที่กฎหมายบังคับให้ทำตามแบบซึ่งเป็นหนังสือหรือให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ

2. สัญญานี้ได้กำหนดข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า อาจเป็นสาระสำคัญอันเป็นลักษณะเฉพาะประจำของสัญญาซึ่งจะขาดมิได้ สัญญาที่ได้กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าประเภทนี้ ไม่ยอมให้มีการเจรจาต่อรองกันในข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญ จะเจรจาต่อรองได้เฉพาะข้อสัญญาที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ดังนั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องทำสัญญาจึงไม่มีทางเลือกนอกจากยอมลงลายมือชื่อในสัญญาที่กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้า และแม้จะถูกเอารัดเอาเปรียบมากหรือน้อยเพียงใดก็จำเป็นต้องยอม

3. สัญญาที่กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้านั้น ได้นำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่กำหนดข้อสัญญา

ดังนั้นลักษณะของสัญญาที่ถูกจัดทำขึ้นโดยสถาบันการเงินจึงควรที่จะเข้าตามคำนิยามของสัญญาสำเร็จรูปตามมาตรา 3 นี้ เมื่อสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ก็เชื่อว่าจะบังคับใช้กันไม่ได้เสมอไปเพราะเป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่การที่จะถือว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมที่จะบังคับใช้กันไม่ได้นั้นต้องประกอบด้วยองค์ประกอบอื่น ๆ อีก คือ องค์ประกอบข้อตกลงอันไม่เป็นธรรมตามที่มาตรา 4 ได้บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่
 วิทยุชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง
 เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิก
 สัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญา
 ในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับ
 ภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
- (6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวก
 อัตราดอกเบี้ยกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
- (7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับ
 ภาระสูงกว่าที่ควร
- (8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ
 ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัด หรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้
- (9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกิน

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็น
 การได้เปรียบสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม”

ตามมาตรา 4 (2) ในกรณีข้อตกลงให้ต้องรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนดจะถือ
 ว่าข้อตกลงในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ในส่วนที่หากลูกหนี้ผิดนัดจะสามารถย้อนไปใช้บังคับ
 ตามหนี้เดิมทันที แต่หากไม่มีข้อตกลงนี้สัญญาจะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ลูกหนี้และผู้ค้าประกันไม่
 ต้องกลับไปชำระหนี้ตามจำนวนเดิมก่อนมีการลดหนี้ การที่สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้กำหนดไว้
 เช่นนี้จะถือว่าทำให้ลูกหนี้ต้องรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ตามหลักของการรับภาระ
 ตามกฎหมาย เช่น กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธียเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้น
 ภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้ขึ้น
 ตามมาตรา 219 แต่กลับมีข้อตกลงให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือในกรณีของ

สัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งถ้าทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอันโทษลูกหนี้มิได้ การสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 370 แต่กลับมีข้อตกลงให้ลูกหนี้รับผิดชอบ โดยชำระหนี้ตอบแทน⁷⁴ เช่นนี้เป็นการกำหนดภาระที่มากกว่าที่กฎหมายกำหนด ตามตัวอย่างที่กล่าวมา การกำหนดข้อสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นการกำหนดหน้าที่ที่นอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ จนอาจเรียกได้ว่าเป็นการกำหนดข้อตกลงอันตรงข้ามกับที่เนื้อหากฎหมายกำหนด โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบไม่จำเป็นต้องมีหน้าที่ตามที่ข้อตกลงกำหนดเลย แต่สัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของสถาบันการเงินเป็นการใช้ข้อกำหนดที่ปิดกั้นเพื่อไม่ให้เข้าไปเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ แต่มีเจตนาให้สัญญาที่ทำนั้นเป็นสัญญาอื่นที่ทำให้หนี้เดิมไม่ระงับไป เช่น สัญญาประนีประนอมยอมความ หรือรับสภาพหนี้ เมื่อสัญญาที่ทำขึ้นไม่ได้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามเจตนายินยอมที่ระบุไว้ในลายลักษณ์อักษรในสัญญา ข้อกำหนดที่ให้ลูกหนี้จะต้องย้อนกลับไปชำระหนี้ทั้งหมดเมื่อผิดสัญญาจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญารับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งภาระเดิมที่คู่สัญญามีต่อกันเป็นภาระที่ลูกหนี้จะต้องชดใช้หนี้ให้แก่สถาบันการเงินอยู่แล้ว เพียงแต่เมื่อมาทำสัญญากัน เจ้าหนี้ได้ลดหย่อนหรือเปลี่ยนแปลงวิธีชำระหนี้ให้จำนวนหนี้ที่เป็นอยู่เดิมลดน้อยลง การทำสัญญาปรับโครงสร้างหนี้จึงเพียงทำให้ภาระที่ลูกหนี้มีอยู่ลดลงไปจากเดิม การที่จะกลับไปเรียกหนี้ตามจำนวนเดิม จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าให้ลูกหนี้รับภาระเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เพราะเป็นจำนวนหนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระแต่เดิมอยู่แล้ว แต่หากสถาบันการเงินบังคับให้ชำระหนี้เกินกว่าที่เป็นหนี้จริงเมื่อผิดนัด นี้อาจเข้าเป็นข้อตกลงให้ต้องรับผิดชอบมากกว่าภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญา ตามมาตรา 4 (5) อันอาจตกเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ส่วนในกรณีของเรื่องเจตนาในการที่ลูกหนี้เข้าทำสัญญาปรับโครงสร้างหนี้โดยรู้ว่าตนเองอาจเป็นฝ่ายเสียเปรียบในเรื่องนี้มีหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและทฤษฎีเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม (Laissez - Faire) เห็นว่า

“หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งมักจะถูกกล่าวถึงควบคู่ไปกับหลัก ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Sanctity of Will) ตั้งอยู่บนสมมุติฐานทางเศรษฐศาสตร์แนวคลาสสิกที่ว่าปัจเจกชนเป็นผู้มีความสามารถใช้เหตุผลตัดสินใจได้ (Rational Being) จึงสามารถปกป้องผลประโยชน์ของตนเองได้ (Self - Interest Protection) และจะตัดสินใจกระทำที่ตนเห็นว่าก่อให้เกิดผลประโยชน์สูง

⁷⁴ สักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545), หน้า 671.

สุดแก่ตน (Maximum Benefits) การที่บุคคลเข้าทำสัญญาจึง
แสดงว่าตนเห็นว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนคุ้มค่าจาก
สัญญา จึงไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าสัญญาไม่เป็นธรรม⁷⁵

อาจเป็นข้อเท็จจริงในส่วนที่ว่าบุคคลใดถ้าไม่เห็นประโยชน์จากสิ่งนั้นก็คงไม่เข้าตกลงทำสัญญาด้วย เช่นกรณีลูกหนี้กับสถาบันการเงิน ท้ายที่สุดแล้วลูกหนี้ก็ต้องถูกฟ้องบังคับคดีหรือฟ้องล้มละลาย ถ้าลูกหนี้ไม่เห็นแก่ประโยชน์จากสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่ยังชะลอเวลาและเปิดโอกาสให้ธุรกิจยังอยู่ได้ แม้รู้ว่าการทำสัญญานั้นตนไม่มีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกับสถาบันการเงินจึงอาจมีข้อสัญญาบางประการที่เสียเปรียบ แต่ก็คงเป็นทางเลือกที่ดีกว่าถูกฟ้อง ลูกหนี้จึงตัดสินใจทำสัญญาก็เพื่อรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของตนเองเช่นเดียวกัน

นอกจากนั้นการที่จะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ควรประกอบไปด้วย

1. การไม่เข้าใจข้อสัญญาอันเนื่องมาจากการเขียนข้อสัญญา

ในยุคปัจจุบันสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานเป็นสิ่งจำเป็นในยุคที่มีการผลิตสินค้าหรือบริการเป็นจำนวนมากให้บุคคลทั่วไป (Mass Production) การเจรจาทำสัญญาเป็นรายๆ ไป เพื่อใช้กับลูกค้าแต่ละรายเป็นการไม่สะดวกและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย การโต้แย้งว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมด้วยเหตุผลเพียงว่าเป็นข้อสัญญาที่อยู่ในสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานโดยให้อีกฝ่ายหนึ่งเลือกเพียง “รับหรือไม่รับข้อสัญญา” จึงไม่สมเหตุสมผลควรที่จะต้องมีเหตุผลอื่นประกอบอยู่ด้วยซึ่งก็คือการไม่เข้าใจในข้อสัญญานั้นเอง หากปรากฏว่าผู้ซื้อเข้าใจผลของข้อสัญญาก็ต้องถือเป็นกรณีที่ผู้ซื้อรับเอาข้อสัญญาโดยสมัครใจและเป็นการบรรลุข้อตกลงประโยชน์ของตน จึงจะอ้างว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ได้

2. การไม่รู้ว่ามีข้อสัญญานั้นอยู่ในสัญญา

⁷⁵ พินัย ฒ นคร “กฎหมายว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แนววิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2543), หน้า 550.

การที่คู่สัญญาไม่รู้ว่ามิข้อสัญญานั้น ๆ ซึ่งตนจะต้องเสียเปรียบอยู่ในสัญญาก็แต่โดยผู้ร่างอาจเขียนข้อสัญญานั้นด้วยตัวอักษรขนาดเล็กกว่าปกติหรือเล็กกว่าข้อสัญญาอื่น หรือเขียนข้อสัญญาซ่อนไว้ในที่ซึ่งไม่อาจเห็นได้ง่าย

3. คู่สัญญาไม่มีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา

ในปัจจุบันผู้บริโภคมักอยู่ในสถานะเร่งรีบที่จะมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา เมื่อทำสัญญาระหว่างกันผู้บริโภคอาจเพียงลงนามโดยไม่มีเวลาอ่านข้อสัญญาต่าง ๆ และผู้ประกอบการก็ไม่ได้คาดหวังให้ลูกค้าของตนอ่านข้อสัญญาเหล่านั้นในแต่ละหน้าเนื่องจากการทำธุรกิจต้องอาศัยความรวดเร็ว และผู้ประกอบการก็มีชั่วโมงเพียงลูกค้ารายเดียวที่จะต้องตกลงทำสัญญาด้วยต่างฝ่ายจึงต่างไม่มีเวลาที่จะทำการพิจารณาข้อสัญญานั้น ๆ ในกรณีที่สัญญามีข้อความโยงไปยังเอกสารอื่นแม้ผู้ประกอบการจะจัดเตรียมเอกสารนั้นให้ลูกค้าตรวจสอบได้ แต่ในความเป็นจริงลูกค้าก็ไม่สามารถที่จะกระทำเช่นนั้นได้เลย จึงเข้ารับเอาข้อสัญญาโดยดั่งที่เคยมีการแสดงความคิดเห็นไว้ในการอภิปรายเรื่อง “สภาพปัญหาและข้อเท็จจริงในปัจจุบันเกี่ยวกับการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับความเป็นธรรม” ว่า

“ที่สำคัญต้องดูความสุจริตของคู่กรณีไม่ใช่ว่าฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งแล้วต้องไม่เป็นธรรมเสมอไป ต้องดูก่อนว่าเนื้อหาเอาเปรียบกันมากหรือไม่ ถ้าเอาเปรียบกันมากเวลาจะลดลงแค่ไหนต้องดูความสุจริตของคู่กรณี ถ้าสุจริตด้วยกันก็คงจะไปลดเขาไม่ได้มากนัก คุณถึงอำนาจต่อรอง คุณถึงความรู้ความเข้าใจความคาคหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นและประโยชน์ได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

ประการที่สองจะต้องดูปกติประเพณีของการทำสัญญาชนิดนั้น ประเพณีทางการค้าที่ดี การทำธุรกิจพาณิชย์ในเรื่องนั้น สัญญาแบบนั้นเขาทำกันอย่างไรทั้งนั้น อย่างนั้นก็แสดงให้เห็นว่าเป็นธรรมและพอสมควรเมื่อดูปกติประเพณี

ประการที่สามต้องดูเวลาสถานที่ในการทำสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญาว่ามีกรอบของเวลาและสถานที่มากหรือน้อยเพียงใดควรจะให้อยู่ในกรอบของระยะเวลายาว

นานหรือสถานที่กว้างขวางแค่ไหนจึงจะพอสมควร จากนั้น
 จึงจะดูภาระที่ลึก ความได้เปรียบเสียเปรียบภาระที่หนัก
 หนักแค่ไหน หนักมากเกินไป ดูเจาะจงไปที่ความน่าเห็นอก
 เห็นใจของฝ่ายที่เสียเปรียบมีมากน้อยแค่ไหนควรจะผ่อนผัน
 ผ่อนปรนให้เขาได้มากน้อยแค่ไหน”⁷⁶

เมื่อนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาพิจารณาแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่าลักษณะสัญญาที่มีการระบุข้อตกลงว่าสัญญาที่ทำมิใช่การแปลงหนี้ใหม่ก็ดี หรือสัญญานี้หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถที่จะบังคับตามจำนวนหนี้เดิมได้ก็ดี ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แม้สัญญาที่เกิดขึ้นจะเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานและคู่สัญญาต่างก็มีสถานะทางเศรษฐกิจไม่เท่าเทียมกัน แต่ตามสภาพความเป็นจริงแล้ว ผู้ทำธุรกิจย่อมต้องหวังผลกำไรเป็นธรรมดา หากมิได้ทำธุรกิจเพื่อกำไรแล้วก็คงไม่มีใครที่จะทำ ในส่วนกำไรที่ผู้ทำธุรกิจได้รับนี้จะหาว่าไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายก็คงไม่ได้เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นปกติประเพณีไม่ว่าชนชาติใดก็กระทำเช่นนี้ เพียงแต่ลักษณะต้องไม่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายจนเกินควรสิ่งสำคัญที่จะทำให้สัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือความเหลื่อมล้ำและเสียเปรียบที่มากเกินไปจนทำให้กฎหมายต้องเข้ามาแทรกแซง หลังจากที่แยกเปรียบเทียบลักษณะสัญญาปรับโครงสร้างหนี้กับองค์ประกอบของการที่จะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่จะพบว่า

ประการแรก การที่คู่สัญญาจะกล่าวอ้างว่าตนไม่เข้าใจในภาษาของสัญญา ภาษานั้นมีความวกวนที่จะทำให้คู่สัญญาที่อ่านสับสน หรือการใช้ภาษาให้คู่สัญญาต้องเข้าใจผิดไปในอีกความหมายหนึ่งคงเป็นไปได้ แม้ในสัญญาจะระบุว่า สัญญานี้มิใช่สัญญาแปลงหนี้ใหม่ คู่สัญญาอาจไม่เข้าใจในความหมายของคำว่าแปลงหนี้ใหม่ แต่ในข้อสัญญานั้น ๆ ก็มักจะต่อด้วยประโยคที่ว่าสัญญาที่ทำนี้ไม่ทำให้หนี้เดิมที่มีอยู่ระงับไป ถึงแม้คู่สัญญาจะไม่เข้าใจในเนื้อความทั้งหมด แต่ก็สามารถที่จะรับรู้ในผลที่เกิดขึ้นจากบริบทของสัญญานั้น ๆ ได้ รวมทั้งในข้อตกลงที่ลูกหนี้ผิดนัดแล้วต้องกลับบังคับตามสัญญาเดิมก็เป็นผลอย่างหนึ่งของข้อตกลงที่กล่าวมาที่แล้ว เพราะหากสัญญาไม่เป็นแปลงหนี้ใหม่แล้วการที่คู่สัญญาจะกลับไปบังคับกันตามสัญญาเดิมก็อาจทำได้

⁷⁶ “สรุปผลการสัมมนาเรื่องกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม วันพุธที่ 27 มกราคม 2536 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ” บทบัญญัติ เล่มที่ 49 ตอนที่ 2 (มิถุนายน 2536), หน้า 127.

ประการที่สอง ข้อสัญญาที่เป็นปัญหาเหล่านี้ได้ถูกระบุไว้ในสัญญาปรับโครงสร้างหนี้โดยมีลักษณะเหมือนข้อสัญญาอื่น ๆ ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงตัวอักษรให้เล็กลง หรือแนบท้ายในส่วนที่จะทำให้คู่สัญญามองไม่เห็น เป็นแบบข้อสัญญาปกปิดทั่วไป เช่นข้อสัญญาอื่น ๆ จึงไม่แสดงถึงเจตนาปิดบัง ซ่อนเร้น เพื่อให้คู่สัญญาไม่ทราบในข้อสัญญาเหล่านั้น

ประการที่สาม โดยส่วนใหญ่แล้วสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ไม่ได้มีข้อสัญญาที่มากมายอันจะทำให้ลูกหนี้ต้องใช้เวลานานในการอ่านและทำความเข้าใจ และการทำงานของระบบสถาบันการเงินก็มีความเป็นขั้นตอน รวมถึงสถานที่ที่คู่สัญญาจะเข้าทำการตกลงทำสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ ก็มักจะภายในสถาบันการเงินนั้น ๆ เอง ปัญหาในเรื่องนี้อาจเกิดขึ้นได้น้อย เว้นเสียแต่ลูกหนี้มีความเร่งรีบที่จะไม่อ่านข้อตกลงตามสัญญานั้นเอง

ฉะนั้น การที่สถาบันการเงินสร้างสัญญาสำเร็จรูปขึ้นมาเพื่อความสะดวกในการทำการตกลงกับลูกหนี้จะกล่าวได้ว่าไม่เป็นธรรมด้วยอำนาจทางเศรษฐกิจต่างกันก็คงจะไม่ได้ เพราะสถาบันการเงินก็ได้ผ่อนปรน ไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาชำระหนี้, จำนวนดอกเบี้ย, ลดเงินต้น ไปจนถึงการตีทรัพย์สินโอนเพื่อชำระหนี้แทน ก็นับได้ว่าลดความได้เปรียบทางฝั่งของเจ้าหนี้ลงแล้ว การที่จะให้ลูกหนี้อ้างถึงว่าสัญญาที่ทำเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่อีก ก็อาจกลายเป็นความไม่ยุติธรรมแก่เจ้าหนี้ ด้วยลูกหนี้ก็ตกลงใจทำสัญญานี้เพื่อผลประโยชน์ของตนเองเช่นเดียวกัน ที่จะต้องโดนฟ้องบังคับคดีหรือฟ้องล้มละลาย นับได้ว่าสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ แม้เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ทำจากฝั่งสถาบันการเงินเพียงด้านเดียว แต่ก็สร้างผลประโยชน์กับหลาย ๆ ฝ่ายเพราะแม้เจ้าหนี้หรือสถาบันการเงินจะไม่ได้รับชำระหนี้ตามที่ระบุในสัญญาเดิม แต่ก็ยังเป็นทางออกที่ดีกว่าที่จะไม่ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้เลย ในส่วนของลูกหนี้ก็ได้พักชำระหนี้หรือลดภาระหนี้ของตนลง เพื่อที่จะกลับไปดำเนินธุรกิจของตนต่อไป โดยไม่ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลาย หรืออยู่ในสถานะของการฟื้นฟูกิจการที่อาจทำให้ลูกหนี้มีสถานะที่แย่กว่าตามสัญญาปรับโครงสร้างหนี้เช่นนี้ นอกจากนี้การประนีประนอมนี้ยังช่วยให้เศรษฐกิจดำเนินต่อไปได้จนกระทั่งกลับมาฟื้นตัวเหมือนเช่นเคย ในท้ายที่สุดสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ประเภทนี้ก็ควรต้องบังคับกันตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้ค้นหารายละเอียดเกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่มาทั้งหมด พบว่าโดยส่วนใหญ่ คู่สัญญาไม่มีความรู้ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ จะมีเพียงก็แต่พนักงานขายที่อาจเข้าสู่คดีในภายหลังที่จะมีการอ้างเรื่องแปลงหนี้ใหม่ หรือพบเห็นได้จากข้อตกลงในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่ร่างขึ้นจากสถาบันการเงิน ถึงกระนั้นก็ตามสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่ร่างขึ้นนั้นก็ร่างขึ้นโดยนักกฎหมายเช่นเดียวกัน อันหมายความว่ามีความเป็นไปได้ไม่น้อยอย่างยิ่งที่บุคคลทั่วไปจะรู้จักการแปลงหนี้ใหม่ และสภาพเช่นนี้ก็ไม่ใช่เป็นผลดีแก่คู่สัญญาฝ่ายใดเลยเพราะโดยส่วนใหญ่ธุรกิจการค้าขนาดเล็กถึงขนาดกลางมักทำสัญญาระหว่างกัน โดยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย สัญญาที่สร้างขึ้นจึงอาจเกิดปัญหาเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเพราะถึงแม้เจตนาจะเป็นส่วนหลักแต่ก็มีใช้จะสามารถบังคับตามเจตนาได้ทั้งหมด เช่น ปัญหากรณีการแปลงหนี้ใหม่และสัญญาประนีประนอมยอมความ เนื่องจากสาระสำคัญในการเปลี่ยนแปลงของสัญญาสามารถเป็นตัวกำหนดลักษณะของสัญญาที่สร้างขึ้นได้ ดังนั้นปัญหาการแปลงหนี้ใหม่จึงเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะเป็นสัญญาธรรมดาที่บุคคลทำขึ้นระหว่างกันหรือสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างธุรกิจ การทำความเข้าใจในเรื่องแปลงหนี้ใหม่จึงมีความสำคัญเพราะเป็นหลักกฎหมายที่แทรกอยู่ในลักษณะของสัญญาโดยที่คู่สัญญาไม่ทราบหรือแม้บางครั้งก็ยังเป็นที่ถกเถียงระหว่างนักวิชาการเช่นกัน จากการศึกษาในบทที่ 2 ถึงบทที่ 4 ทำให้ทราบถึงปัญหาต่างๆ ด้านบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ซึ่งสามารถสรุปและเสนอแนะได้ดังนี้

5.1 บทสรุป

(1) ลักษณะการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ถูกบัญญัติขึ้นในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องการระงับแห่งหนี้ แต่การแปลงหนี้ใหม่ก็มีความแตกต่างไปจากเหตุแห่งการระงับหนี้ประเภทอื่นๆ เนื่องจากเมื่อคู่สัญญาได้ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ระหว่างกันแล้ว หนี้ที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์อยู่ หรือบังคับใช้ระหว่างกันนั้นย่อมระงับไป แต่กระนั้นก็ตามการระงับหนี้ด้วยการแปลงหนี้ใหม่ไม่ใช่เป็นการระงับหนี้ไปโดยสิ้นเชิง แต่การระงับสิ้นสุดไปของหนี้เดิมก็เพื่อที่จะก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมา เพื่อจะใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาต่อไป ดังนั้นก็หาใช่ว่าคู่สัญญาจะหมดสิ้นภาระผูก

พันธะระหว่างกันเนื่องจากการระงับหนี้โดยการแปลงหนี้ใหม่ไม่ คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาประเภทนี้จึง ต้องมีความสัมพันธ์ต่อกันตามเงื่อนไข หรือข้อตกลงที่เกิดขึ้นใหม่หลังจากหนี้เดิมได้ระงับจบสิ้นไป แล้ว เว้นเสียแต่ว่าการแปลงหนี้ใหม่นั้นจะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ในส่วนประเภทของการเปลี่ยนตัว เจ้าหนี้ หรือการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เช่นนี้คู่สัญญาที่ได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปโดยบุคคลอื่นเข้ามารับสิทธิ หรือหน้าที่แทน ย่อมหมดภาระความผูกพันที่มีอยู่ต่อหนี้นั้นๆ ไป ดังนี้ลักษณะการแปลงหนี้ใหม่โดย พื้นฐาน คือ การทำการเปลี่ยนไปซึ่งสาระสำคัญแห่งหนี้ อันประกอบไปด้วยตัวหนี้ เจ้าหนี้ และลูก หนี้ โดยคู่สัญญามีเจตนาที่จะระงับไปซึ่งการบังคับตามหนี้เดิมนั้นๆ ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 349-351

นอกจากนี้แล้ว การแปลงหนี้ใหม่ยังส่งผลกระทบต่อหลักประกัน เนื่องจากการระงับ ไปของหนี้ประธานซึ่งเป็นหนี้เดิม ย่อมทำให้หนี้ันเป็นอุปกรรมระงับไปด้วย ตามนี้ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงได้บัญญัติมาตรา 352 เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ว่าด้วย จำน่า จำนอง ซึ่งได้ให้ไว้เป็นหลักประกันอยู่กับหนี้เดิม ว่าคู่สัญญาก็อาจทำการตกลง โอนไปซึ่งหลักทรัพย์ค้ำ ประกันนั้น โดยหากเป็นจำนองก็ไม่จำเป็นต้องทำการจดทะเบียนกันใหม่ตามแนวคำพิพากษา แต่หาก เป็นหลักทรัพย์ที่บุคคลภายนอกได้ให้ไว้เพื่อเป็นประกันแก่หนี้ัน การที่จะโอนหลักประกันตามไป ค้ำประกันแก่หนี้ใหม่ด้วย ย่อมจะต้องขอความยินยอมของบุคคลภายนอกผู้ให้หลักประกันนั้นด้วย

(2) การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน

การแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทน ด้วยมีคำพิพากษาในกรณีที่ว่า หากเป็น สัญญาต่างตอบแทนแล้วคู่สัญญาจำต้องทำสัญญาระหว่างกันเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการ เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ สัญญาจึงจะบังคับใช้กันได้ อาจ ด้วยผู้วินิจฉัยเห็นเจตนาที่ว่า การโอนสิทธิและหน้าที่ควรเกิดขึ้นภายในเจตนาเดียวไม่สามารถแบ่ง แยกออกจากกันได้ เพราะคงไม่มีผู้ใดที่จะต้องการ โอนไปซึ่งสิทธิของตนเองแต่ยังคงไว้อันภาระหนี้ แต่ในสภาพปัจจุบันแล้วระบบของสถาบันการเงินและบริษัทก่อสร้างก็มีการทำสัญญาโอนไปซึ่ง สิทธิในการได้รับค่าจ้างของบริษัทก่อสร้างให้แก่สถาบันการเงิน โดยบริษัทก่อสร้างก็ก่อสร้างตามที่ ตนได้ทำสัญญาไว้ ภาระหน้าที่ในการก่อสร้างจึงยังคงอยู่ที่ตัวของบริษัท ส่วนสิทธิที่จะได้รับค่าจ้าง ในการก่อสร้างกลับอยู่ที่สถาบันการเงิน ดังนั้นการที่ศาลจะตีความเจตนาของคู่สัญญาโดยพิจารณา เพียงด้านเดียวอาจไม่เป็นการสมควรเนื่องด้วยเจตนาของคู่สัญญาอาจเพียงต้องการ โอนไปแต่สิทธิ จริงๆ แต่จะยังคงภาระหนี้ไว้ที่ตน เพราะหากตนโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ เช่นในกรณีบริษัทก่อสร้างและธนาคาร ธนาคารคงไม่สามารถที่จะรับภาระหนี้นี้ได้ อย่างไรก็ตามการ โอนไปซึ่งสิทธิของ

คู่สัญญาเพียงอย่างเดียวก็อาจพิจารณาได้เป็นการโอนแบบการโอนสิทธิเรียกร้องหรือการโอนแบบการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ลักษณะของการโอนทั้ง 2 ประเภทนี้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณีที่จะระงับไปซึ่งสิทธิของตนหรือต้องการที่จะคงสภาพหนี้เดิมไว้ ดังนั้นการตีความของศาลที่อาจพิจารณาในเรื่องมูลหนี้ของสัญญาต่างตอบแทนว่าเป็นสิ่งเดียวกันจึงอาจเป็นความไม่เข้าใจในส่วนของสัญญา เพราะถึงแม้สัญญาที่เกิดขึ้นจะเป็นสัญญาเพียงสัญญาเดียวแต่มูลหนี้ที่นั้นสามารถที่จะแตกต่างหรือมีหลากหลายได้ในหนึ่งสัญญา จึงไม่อาจที่จะรวมมูลหนี้ทั้งหมดมาพิจารณาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้ ยกเว้นเพียงแต่คู่สัญญาแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้ง ซึ่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่เห็นได้อย่างชัดเจนอาจเกิดจากการที่คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญาโอนสิทธิและหน้าที่ไปพร้อมๆกันในสัญญาเดียวกัน โดยมีลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนได้แสดงเจตนาที่จะไม่ต้องการผูกพันต่อสัญญาที่มีอยู่ต่อไป จึงได้ทำการโอนทั้งสิทธิ และหน้าที่ที่ตนมีอยู่ตามสัญญาต่างตอบแทนให้แก่ผู้รับโอนไป เช่นนี้จึงอาจเป็นลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ โอนเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และลูกหนี้ในเวลาเดียวกัน ด้วยเหตุที่คู่สัญญาต้องการระงับสิทธิ และหน้าที่ของฝ่ายผู้โอนไปจนหมดสิ้น และถือได้ว่ามีการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ คือ ผู้รับโอนที่จะเข้ามารับทั้งสิทธิ และหน้าที่ต่อจากผู้โอน ซึ่งตามสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันแล้ว อาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับให้คู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนทำการโอนทั้งสิทธิ และหน้าที่ไปโดยพร้อมกัน เพราะนอกจากเกิดความไม่สะดวกแก่คู่สัญญาแล้ว ปัจจุบันยังมีประเภทของธุรกรรมหลากหลายที่พัฒนาขึ้นมาอย่างมากมายที่ต้องการความคล่องตัวในการดำเนินงาน โดยการเชื่อมโยงงานเข้ากับธุรกิจประเภทอื่นๆ ได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้นการที่จะให้คู่สัญญาทำการแปลงหนี้ใหม่ไปพร้อมๆกันจึงไม่มีความจำเป็น เพราะการที่จะทำสัญญาทั้งทางด้านเปลี่ยนตัวลูกหนี้และเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้พร้อมๆกันเป็นเรื่องที่จะต้องใช้คู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่ายมาตกลงทำสัญญากัน จึงอาจเป็นเรื่องยุ่งยากในระบบธุรกิจปัจจุบัน

(3) วิธีการแปลงหนี้ใหม่

ในอีกประการหนึ่ง เรื่องแบบของการแปลงหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่มีหลักเกณฑ์ส่วนวิธีการอยู่ในมาตรา 349 คือ การทำสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง และที่นอกเหนือไปจากนั้น ยังมีการบ่งลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยเฉพาะ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามแบบพิธีการของการ โอนสิทธิเรียกร้องเพราะหากคู่สัญญาได้ทำการแปลงหนี้ใหม่ด้วยแบบเช่นนี้ ผลที่เกิดแก่สัญญาคือ ความไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 306 ซึ่งความไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 306 ก็ได้มีการแบ่งแยกแนวความคิดออกเป็น 2 ฝ่าย

แนวความเห็นแรก มีความเห็นว่าแบบตามมาตรา 306 จะต้องอิงกับหลักนิติกรรม-สัญญาโดยทั่วไป เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องก็เป็นประเภทหนึ่งของการทำนิติกรรมสัญญา ดังนั้นตามหลักพื้นฐานโดยทั่วไปว่าด้วยเรื่องของสัญญา การที่กฎหมายบังคับให้ผู้สัญญาทำสัญญาเป็นหนังสือย่อมแสดงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้การทำสัญญานั้นมีหลักฐานอย่างชัดเจน รวมถึงการบ่งบอกว่านิติกรรม-สัญญามีความสำคัญ ไม่สามารถทำสัญญาด้วยวิธีการอื่นๆทั่วไปได้ ด้วยประการต่างๆตามนี้ หากผู้สัญญาไม่ได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือตามหลักเกณฑ์มาตรา 306 แล้ว ผลที่เกิดขึ้นกับสัญญาที่ได้ทำย่อมต้องตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ตามหลักของนิติกรรม-สัญญาเช่นเดียวกัน ฉะนั้นหลักของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องพิจารณา มาตรา 349 วรรค 3 และมาตรา 306 ประกอบ เพื่อผู้สัญญาจะปฏิบัติได้อย่างถูกต้อง

แนวความเห็นที่สอง มีความเห็นว่า การไม่ปฏิบัติตามแบบของมาตรา 306 ไม่จำเป็นต้องตกเป็นโมฆะ เพียงแต่ต้องการมีหลักฐานในการยืนยันกับบุคคลภายนอกว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องแล้วเท่านั้น คั้งแนวทางของบทบัญญัติต่างประเทศที่ประเทศไทยได้นำมาประยุกต์ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และความไม่สมบูรณ์เนื่องจากการไม่ทำตามแบบนี้จะสามารถบังคับกันได้เฉพาะระหว่างคู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นมา

ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก็เป็นส่วนหนึ่งของเรื่องนิติกรรม-สัญญา เพียงแต่กฎหมายได้บัญญัติให้นำแบบพิธีการในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ ซึ่งทั้งสองบทบัญญัติ ก็เป็นส่วนหนึ่งของเรื่องนิติกรรม-สัญญาเช่นเดียวกัน ดังนั้นการพิจารณาในเรื่องแบบ จึงควรนำเรื่องนิติกรรม-สัญญามาเป็นพื้นฐานในการพิจารณา ซึ่งตามหลักของนิติกรรม-สัญญาแล้ว หากมีการบัญญัติให้ผู้สัญญาทำสัญญากันเป็นหนังสือ แล้วผู้สัญญาไม่ปฏิบัติตาม สัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152

ในกรณีของส่วนการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ หลักพื้นฐานอยู่ในมาตรา 349 และมาตรา 350 เพียงแค่คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในที่นี้หมายความว่าเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ แต่ในกรณีนี้มีข้อจำกัดอยู่ที่ การแปลงหนี้ใหม่จะต้องไม่กระทำไปโดยเป็นการขึ้นใจลูกหนี้เดิม หากกล่าวถึงแบบพิธีการในการทำสัญญาส่วนนี้ ตามบทบัญญัติของกฎหมายแปลงหนี้ใหม่คงจะไม่เกิดปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาได้ นอกจากการที่มีเจตนาบกร่อง เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้สามารถกระทำได้แม้โดยวาจาก็ตาม แต่ถึงอย่างไรการที่จะพิจารณาโดยใช้เพียง

มาตรา 349 และมาตรา 350 ก็คงไม่เพียงพอ หากแต่สัญญาที่สร้างขึ้นกฎหมายได้มีบทบัญญัติเฉพาะไว้ให้ทำเป็นหนังสือ เช่น การเช่าซื้อ เป็นต้น

เมื่อสัญญาที่กฎหมายบัญญัติให้ทำเป็นหนังสือการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามผลของสัญญาคือ การตกเป็นโมฆะ ตามนี้สัญญาแปลงหนี้ใหม่เองอาจไม่ได้มีผลที่จะทำให้เกิดความเป็นโมฆะแต่การที่ต้องปฏิบัติตามแบบและสัญญาอื่นๆ ส่งผลให้สัญญาแปลงหนี้ใหม่มีผลตกเป็นโมฆะสิ้นไป และหากสัญญาแปลงหนี้ใหม่มีผลตกเป็นโมฆะในบางส่วนเนื่องจากการไม่ได้ปฏิบัติตามแบบ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ที่คู่สัญญาทำขึ้นพร้อมๆ กันจึงตกเป็นโมฆะทั้งสิ้นไปตามมาตรา 173 ที่บัญญัติให้นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะบางส่วน เป็นผลให้นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะสิ้นไปทั้งหมด

(4) ผลที่เกิดแก่หลักประกันเมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่

ประเด็นที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการแปลงหนี้ใหม่ก็คือ ส่วนอันเป็นสัญญาอุปกรณ์ หรือในส่วนของหลักประกัน ในส่วนของสัญญาอุปกรณ์หากดูตามบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่แล้วจะพบมาตรา 352 ที่ได้บัญญัติในเรื่องการโอนจำนำ จำนอง เพื่อไปประกันไว้แก่หนี้ใหม่ ซึ่งแม้มาตรา 352 จะระบุไว้เพียงแค่เรื่องจำนำ จำนอง เท่านั้น แต่โดยหลักทั่วไปของสัญญาอุปกรณ์ก็ยังมีประกันด้วยบุคคล เป็นวิธีการที่สำคัญ และพบได้บ่อยอีกประการหนึ่ง ในส่วนของการประกันด้วยบุคคล หรือการค้ำประกันนี้ก็มิ้นักกฎหมายหลายท่านเห็นว่าเป็นส่วนหนึ่งที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 352 เช่นเดียวกับ จำนำ จำนอง ซึ่งการโอนหลักประกันไม่ว่าจะเป็นการประกันด้วยบุคคล หรือทรัพย์สินก็ตาม คู่สัญญาจะต้องทำการตกลงโอนสัญญาหลักประกันนี้ไปด้วย อาจมีการตกลงโอนไปขณะที่ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ หรือตกลงโอนตามกันไปภายหลังก็สามารถทำได้ ซึ่งการโอนในส่วนของจำนองก็มีแนวคำพิพากษาฎีกาว่ากันว่าไม่จำเป็นต้องนำทรัพย์สินที่ได้จำนองไว้แต่เดิมนั้นไปจดทะเบียนจำนองกันใหม่กล่าวคือเมื่อมีการตกลงก็สามารถโอนกันได้ นอกจากนี้ในส่วนหลักประกันที่บุคคลภายนอกได้เป็นผู้ให้ไว้ การโอนหลักประกันไปจะไม่สามารถตกลงกันได้เพียงแค่ว่าระหว่างคู่สัญญาในการแปลงหนี้ใหม่เท่านั้น แต่การโอนหลักประกันนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลภายนอกผู้ที่ได้ให้ประกันไว้ด้วย

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตบางประการที่ทำให้เกิดการโต้แย้งในส่วนของเรื่องสัญญาอุปกรณ์ เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีความแตกต่างจากการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่นๆ เพราะการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ มีบทบัญญัติตามมาตรา 349 วรรค 3 ให้นำหลักเกณฑ์การโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ และหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องใน

ส่วนของสัญญาอุปกรณ์ก็มีความแตกต่างไปจากมาตรา 352 ที่หากคู่สัญญาไม่ได้ทำการตกลงโอนหลักประกันไปเป็นประกันแก่หนี้ใหม่ สัญญาอุปกรณ์นั้นย่อมระงับไป อันด้วยเหตุของการระงับหนี้ประธาน แต่หากเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องแล้วมาตรา 305 บัญญัติให้การโอนหลักประกันต่างๆ โอนไปด้วยผลทางกฎหมาย เนื่องด้วยการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมิได้ทำให้หนี้เดิมระงับแต่ประการใด เช่นนี้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จึงมีความเห็นของนักกฎหมายแยกออกเป็น 2 แนวทาง คือ

แนวความเห็นที่ 1 มีความเห็นว่าเนื่องจากลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ จะต้องทำให้หนี้เดิมอันเป็นหนี้ประธานระงับสิ้นไป ตามหลักเกณฑ์แล้วเมื่อหนี้ประธานได้ระงับสิ้นไป สัญญาจำนำ จำนอง และค้ำประกันอันเป็นสัญญาอุปกรณ์ก็ต้องระงับไปด้วยตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 769(1), มาตรา 744(1) และมาตรา 698 ตามลำดับ ดังนั้นการบังคับใช้ในเรื่องของสัญญาอุปกรณ์จำต้องใช้มาตรา 352 เป็นหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่นๆ

แนวความเห็นที่ 2 มีความเห็นว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เป็นลักษณะพิเศษที่แยกออกต่างหากจากการแปลงหนี้ใหม่ทั่วไป เพราะการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติมาตรา 349 วรรค 3 ไว้ให้นำหลักเกณฑ์เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องทั้งหลายมาบังคับใช้

ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า หากจะพิจารณาไปแล้วนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และการโอนสิทธิเรียกร้องก็มีความแตกต่างกันเพียงส่วนของเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งตามสภาพความเป็นจริงแล้วเป็นสิ่งที่แยกแยะได้อย่างยากยิ่ง จนมีผู้กล่าวว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก็คือการโอนสิทธิเรียกร้อง และหากให้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มายังบังคับใช้ตามมาตรา 352 ก็อาจจะเป็นการอิงประโยชน์ให้แก่ลูกหนี้ที่จะใช้ช่องว่างของกฎหมายยกการระงับแห่งหนี้ขึ้นอ้างเพื่อปลดภาระหนี้ในส่วนหลักประกันได้ ทั้งๆที่การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้นั้นลูกหนี้ก็ยังคงเป็นบุคคลคนเดิม และหนี้ก็ยังคงเป็นหนี้เดิมอยู่ จะมีก็เพียงแต่เจ้าหนี้เท่านั้นที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้นแม้บุคคลภายนอกจะเป็นผู้ค้ำประกันหรือให้หลักประกันไว้ก็ไม่ควรที่จะอ้างในส่วนของการเปลี่ยนแปลงตัวเจ้าหนี้ได้ เนื่องจากเจตนาธรรมที่สำคัญในการประกันนั้นอยู่ที่ความน่าเชื่อถือของลูกหนี้ว่ามีความสามารถที่จะชำระหนี้ได้มากกว่าที่จะไปพิจารณาในตัวของเจ้าหนี้

(5) ความเกี่ยวพันระหว่างการแปลงหนี้ใหม่และสัญญาประนีประนอมยอมความ

ปัญหาในอีกส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการแปลงหนี้ใหม่คือลักษณะประนีประนอมยอมความ บทบัญญัติของกฎหมายทั้ง 2 ลักษณะนี้มีข้อแตกต่างจากกัน แต่ในความเป็นจริงที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาคำพิพากษาแล้วจะพบว่ากรณีการวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นมีความยุ่งยากในลักษณะความเกี่ยวพันที่เหมือนกัน ประการหนึ่งที่เป็นจุดคล้ายคลึงกันที่สุดของสัญญาประนีประนอมยอมความและสัญญาแปลงหนี้ใหม่คือ การผ่อนปรนและการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญ เพราะการที่คู่สัญญาอาจตกลงกันลดหย่อนผ่อนปรนให้เพื่อที่จะบังคับตามสัญญาต่อไปได้บางครั้งอาจกลายเป็นการแปลงหนี้ใหม่เพราะการผ่อนปรนนั่นได้มีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไปด้วย นอกจากนี้การที่บทบัญญัติมาตรา 852 บัญญัติถึงผลของสัญญาประนีประนอมไว้ซึ่งทำให้มีความเข้าใจในตัวบทบัญญัติสับสนได้เพราะการตีความของผู้ที่ได้อ่านในบทบัญญัตินั้นอาจเข้าใจได้ว่าการที่มีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อกันโดยตามบทบัญญัติได้บัญญัติให้การเรียกร้องแต่ละฝ่ายได้สละหนี้ระงับสิ้นไป อาจทำให้ตีความไปในทางเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่ ด้วยเห็นว่าระงับไปซึ่งหนี้ที่มีต่อกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วอาจนับได้ว่าการประนีประนอมยอมความอาจเป็นแนวทางเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่ คือ มีการเปลี่ยนแปลงบางสิ่งบางอย่างที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือรับเอาข้อบังคับใหม่ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันตามสัญญาครั้งหลังมาใช้แทน เพียงแต่การประนีประนอมยอมความนั้นไม่อาจก้าวไปในส่วนขึ้นของการแปลงหนี้ใหม่เพราะลักษณะการผ่อนปรนของสัญญาประนีประนอมยอมความนั่นเอง ในการผ่อนปรนของสัญญาประนีประนอมยอมความมีจุดประสงค์เพื่อที่จะให้โอกาสแก่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายบังคับชำระหนี้กันต่อไป โดยทั้ง 2 ยอมลดหย่อนให้แก่กันอันไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงจนถึงลักษณะเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้

(6) ความเกี่ยวพันระหว่างการแปลงหนี้ใหม่และสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้

ในธุรกิจปัจจุบันนับตั้งแต่ประเทศไทยประสบกับสภาวะเศรษฐกิจถดถอย ทำให้ธุรกิจหลายธุรกิจประสบภาวะวิกฤติทางการเงิน ดังนั้นจึงมีหลายธุรกิจในช่วงเวลานั้นจวบจนถึงปัจจุบันนี้ยังคงอยู่ภายใต้สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่ได้ทำขึ้นกับสถาบันการเงินต่างๆ สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นมาในช่วงปี พ.ศ.2540 เพื่อรองรับกับสภาพเศรษฐกิจในขณะนั้นอันจะทำให้ธุรกิจต่างๆดำรงอยู่ได้โดยไม่ถูกฟ้องล้มละลายจากทางเจ้าหนี้ ลักษณะของสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ จะมีข้อความเขียนอยู่เพื่อบ่งบอกชื่อของสัญญาว่า “สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้” หรือ “คำร้องขอปรับโครงสร้างหนี้” แต่ในข้อเท็จจริงแล้วเมื่อทำการวิเคราะห์จะพบว่าสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ในบางกรณีอาจเป็นเพียงแค่การรับสภาพหนี้ หรือบางกรณีเป็นสัญญาประนีประนอม

ยอมความ หรือสัญญาปลดหนี้ เช่น การที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงให้มีการพักชำระหนี้ หรือขยายเวลาการชำระหนี้ หรือลดดอกเบี้ย เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นการที่เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องยอมผ่อนปรนให้แก่ลูกหนี้อันเข้าลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความ หรือการลดเงินต้นเพื่อเป็นแรงจูงใจให้ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ เป็นลักษณะของสัญญาปลดหนี้ที่ทางสถาบันการเงินปลดหนี้บางส่วนให้แก่ลูกหนี้ แต่ในบางกรณีสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ก็เข้าลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ เช่น ในกรณีของการตีโอนทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ เช่นนี้ถือได้ว่าการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของหนี้ระหว่างคู่สัญญาอันเป็นผลให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ แต่ความเป็นจริงแล้วในสถานะเจ้าหนี้โดยทั่วไปไม่มีความต้องการให้สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เนื่องจากหนี้เดิมเป็นอันต้องระงับหมดสิ้นไป รวมทั้งหากมีการร่างสัญญาที่ไม่ครอบคลุมเพียงพอ อาจทำให้สัญญาอุปกรณ์ระงับไปด้วย เจ้าหนี้จึงไม่ประสงค์ให้สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่สิ่งที่เจ้าหนี้ต้องการให้ผลเป็นไปตามลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความ หากเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความแล้วหนี้เดิมจะไม่ระงับไปสิ้น รวมทั้งไม่กระทบหลักประกันของเจ้าหนี้ การร่างสัญญาจึงได้กำหนดให้แสดงเจตนาอย่างชัดเจนโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรในข้อหนึ่งของสัญญาที่ว่าสัญญาที่สร้างขึ้นมิใช่การแปลงหนี้ใหม่ เพื่อที่จะได้บังคับตามหลักของข้อสัญญาที่กล่าวถึงเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ในจำนวนหนี้ หรือเงื่อนไขก่อนได้มีการทำสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ระหว่างกัน

ถึงแม้สัญญาปรับโครงสร้างหนี้โดยเงื่อนไขบางประการมีลักษณะเป็นการแปลงหนี้ใหม่เพราะได้มีการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ อันควรเป็นเหตุให้หนี้เดิมระงับสิ้นไป เจ้าหนี้จะไม่มีสิทธิกลับไปบังคับตามหนี้เดิมก่อนที่ได้มีการทำสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ได้ แต่ด้วยข้อตกลงที่แสดงเจตนาอย่างชัดเจนของคู่สัญญาว่าไม่ต้องการที่จะให้สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการแปลงหนี้ใหม่ อันเป็นการตกลงให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย แต่เนื่องจากไม่เป็นข้อตกลงอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และข้อตกลงชนิดนี้มักมีระบุไว้ในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของสถาบันการเงิน โดยทั่วไปอันอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นปกติประเพณี โดยประการนี้ข้อตกลงของสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้จึงสามารถบังคับกันได้ตามการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ในการพิจารณาอีกประการหนึ่งอาจพบว่าคู่สัญญาในสัญญาปรับโครงสร้างหนี้มีสถานะอำนาจทางเศรษฐกิจไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้นการต่อรองด้านผลประโยชน์จึงมีความไม่เท่าเทียมกันด้วย ซึ่งอาจทำให้พิจารณาได้ว่าข้อสัญญาที่สถาบันการเงินร่างขึ้นและโดยส่วนใหญ่ถือได้ว่าเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่ร่างขึ้นมาเพื่อความสะดวกรวดเร็ว ในการทำสัญญา แม้หากมีการเปลี่ยนแปลงก็อาจเป็นเพียงส่วนน้อยของรายละเอียด

ในสัญญา โดยส่วนมากแล้วข้อตกลงมักจะระบุไว้แบบเดียวกัน ไม่ว่าจะใช้กับคู่สัญญาใดๆก็ตาม เมื่อลักษณะของสัญญาปรับโครงสร้างนี้มีความเป็นสัญญาสำเร็จรูป จึงอาจทำการพิจารณาได้ว่า ข้อสัญญาที่ทำขึ้นอันเป็นข้อตกลงระหว่างสถาบันการเงินเจ้าหนี้กับลูกหนี้ที่ไม่ให้สัญญาปรับโครงสร้างนี้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ เพื่อที่ป้องกันการที่ลูกหนี้ผิดนัด สถาบันการเงินจึงจะสามารถกลับไปบังคับตามหนี้เดิมเมื่อก่อนมีการปรับโครงสร้างหนี้ได้ การพิจารณาว่าข้อสัญญาใดที่มีการเอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ตามกฎหมายไทยในปัจจุบันจะทำการพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 โดยมีบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ที่จะกำหนดลักษณะข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายมากเกินไปเกินควรตามที่ได้วิเคราะห์แล้วในบทที่ 4 ลักษณะของสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ในส่วนข้อตกลงเรื่อง การแปลงหนี้ใหม่ ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการรับภาระเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือเป็นข้อตกลงที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องรับภาระเพิ่มมากขึ้นกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา แต่กระนั้นก็ตามการพิจารณาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบเกินกว่าที่ควร จะต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยมาตรา 10 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญานั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ตามแบบปกติของสัญญาปรับโครงสร้างหนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าข้อกำหนดที่ได้ตกลงกันระหว่างคู่สัญญามีความไม่เป็นธรรมเพราะถึงคู่สัญญาจะมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน แต่ข้อตกลงที่เกิดขึ้นในสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้เป็นข้อตกลงที่เจ้าหนี้ยอมผ่อนผันหรือลดหย่อนหน้าที่ให้กับลูกหนี้ ดังนั้นหากลูกหนี้ผิดสัญญาแล้วกลับไปบังคับตามหนี้จำนวนเดิมย่อมถือไม่ได้ว่าลูกหนี้ต้องรับภาระหนักขึ้นกว่าเดิมอันจะเป็นการเอาเปรียบเกินควร เพราะอย่างไรแล้วหนี้ที่มีขึ้นก่อนทำสัญญาปรับโครงสร้างก็เป็นหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องชำระแม้หากไม่มีสัญญาปรับโครงสร้างหนี้ก็ตาม ก็เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องรับผิดชอบตามจำนวนหนี้ นั้น ฉะนั้นเมื่อ

ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และกลับมาบังคับตามหนี้เดิมจึงไม่ได้ทำให้ภาระหนี้ของลูกหนี้เพิ่มปริมาณมากขึ้นกว่าที่เคยเป็นอยู่จนข้อสัญญาดังกล่าวจะตกเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ด้วยประการนี้แล้วการบังคับตามสัญญาปรับโครงสร้างหนี้จึงบังคับตามข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ลงลายมือชื่อยินยอมไว้แก่กันได้ และเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะมีสิทธิบังคับชำระหนี้ตามที่ได้ตกลงไว้ เพราะเป็นผลเนื่องจากการแสดงเจตนาในส่วนที่ไม่ให้สัญญาปรับโครงสร้างหนี้เป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่

5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อได้ทำการพิจารณาในบทบัญญัติของการแปลงหนี้ใหม่แล้ว จึงทำให้ทราบว่าบทบัญญัติในส่วนของ การแปลงหนี้ใหม่ที่มีอยู่มีความสมบูรณ์ ครอบคลุม และเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญา เนื่องจากมีความยืดหยุ่นและให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในการแสดงเจตนา รวมทั้งยังสร้างคุณประโยชน์ระหว่างคู่สัญญาอันอาจเป็นผลที่เกิดจากช่องว่างของกฎหมายได้เป็นอย่างดี ฉะนั้นหากมีการตีความหรือพิจารณาในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ตามแนวทางของเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติในเรื่องนี้แล้ว ก็จะเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาที่มีความเกี่ยวพันกับการแปลงหนี้ใหม่ได้อย่างถูกต้อง

หากจะนำหลักกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ไปใช้เพื่อให้มีผลบังคับกับสัญญาต่างตอบแทนและสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า ข้อตกลงที่คู่กรณีได้ทำขึ้นควรตั้งอยู่บนพื้นฐาน 3 ประการ คือ

(ก) ความเข้าใจอันถูกต้องตามบทบัญญัติที่ว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(ข) ความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญา ตามนัยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

(ค) หลักสุจริตตามมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หากข้อตกลงที่จัดทำขึ้นอยู่บนพื้นฐานของหลัก 3 ประการดังกล่าวนี้แล้วจะทำให้การนำหลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่ไปใช้เกี่ยวเนื่องกับสัญญาต่างตอบแทนและสัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการทำข้อตกลงนั้น

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

“การปรับปรุงโครงสร้างหนี้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์” วารสารธนาคารอาคารสงเคราะห์ ปีที่ 6 ฉบับที่ 20 (มกราคม-มีนาคม 2543)

ไกรวัล ชุ่มวัฒนะ . “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2528)

คณะกรรมการจัดพิมพ์หนังสือสหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม จำกัด . ย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาฎีกาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ตอน 1 หนี้ .
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ .แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดย นายจิตติ ดิงศภัทย์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ .แก้ไขเพิ่มเติมโดย รศ.ดร.ดารารพร ธีระวัฒน์ . พิมพ์ครั้งที่ 10 . กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา , 2540 .

จิตติ เจริญจำ . “การแปลงหนี้ใหม่จากการประนีประนอมยอมความ” วารสารอัยการ ปีที่ 15 ฉบับที่ 171 (พฤษภาคม 2535)

จิตติ ดิงศภัทย์. คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. 2498 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2522 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยประกันภัย. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452 .
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2503

จิรศักดิ์ รอดจันทร์ . “สัญญาปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้โดยการลดหนี้ในช่วงภายหลังปี 2542 กับภาระภาษี” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาชิราช ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2543)

จำปี โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมาย นิติกรรม-สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540

ดวงตา กล้ายไม้ ณ อรุษา . “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับสภาพหนี้” (วิทยานิพนธ์หลัก สูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532)

ทวีศิลป์ รัชศรี, สมชาย รัตนช่อสกุล , อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล . “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ กฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2528)

ทวีศักดิ์ นคนันท์ . “การแปลงหนี้ใหม่ : ศึกษาเฉพาะปัญหาของการก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538)

ทำนอง ดาศรี . ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ บทเรียนและประสบการณ์จากวิกฤติเศรษฐกิจไทย . กรุงเทพมหานคร : บริษัท แพลนโมทิฟ จำกัด, 2544

ปัญญา ถนอมรอด . คำอธิบายว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำน่า . กรุงเทพมหานคร : สำนักฝึก อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา , 2544

ประชุม โฉมฉาย . “หนี้ในกฎหมายโรมัน : I” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 27 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2540)

ประกาศณ์ เกียรติกุลวัฒนา . “หลักการและปัญหาในการปรับโครงสร้างหนี้” วารสารจุฬาลงกรณ์ธุรกิจปริทัศน์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 88 (มิถุนายน 2544)

ประกาศณ์ อวยชัย . ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย, 2535

ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์ . กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำนำ .

กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2545

ไพฑูริศ เอกจริยกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เจ้าทรัพย์-เช่าซื้อ .

กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540

พินัย ณ นคร . “กฎหมายว่าด้วยสัญญาไม่เป็นธรรม แนววิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2543)

พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา. ยืม ฝากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประนีประนอมยอมความ การพินัยและขั้นต่อ . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2535

ไพโรจน์ วายูภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ . กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด ,2542

มุกดา โควทกุล. การประกันภัย . ปทุมธานี : RANGSIT UNIVERSITY PRESS

ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 116 ตอนที่ 447 . (3 มิถุนายน 2542)

ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545), หน้า 671.

ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วย นิติกรรมสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2536

สหัส สิงหวิริยะ. “ธุรกิจลีสซิ่ง” ตุลาการ เล่ม 1 ปีที่ 41 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2537)

“สรุปผลการสัมมนาเรื่องกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม วันพุธที่ 27 มกราคม 2536 ณ สถาบัน พัฒนข้าราชการฝ่ายตุลาการ” บทบัญญัติ เล่ม 49 ตอน 2 (มิถุนายน 2536)

สุดา (วัชรวัฒนากุล) วิสฤตพิชญ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน
จำนอง จำน่า. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2540

เสริญ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้. เล่ม 2 .
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527

เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้.
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515

สมภพพิสิษฐ สุขพิสิษฐ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะเก็บของในคลังสินค้า
ประนีประนอมยอมความ การพนันและขั้นตอน บัญชีเดินสะพัด (เอกเทศสัญญา 3),
กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2543

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป.
พิมพ์ครั้งที่ 5 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543.

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป.
กรุงเทพมหานคร : สหมิตรออฟเซ็ท , 2534 .

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517

อัคราทร จุฬารัตน. คำอธิบาย วิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา.
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรนราการพิมพ์, 2531

อรพรรณ พันธ์พัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,
2544.

ภาษาอังกฤษ

Ernest J. Schuster. The principles of German Civil law . Oxford : Clarendon press, 1907

F.H Lawson , A.E Anton, L. Neville Brown. Introduction to French law . Oxford : Clarendon press, 1963

<http://www.findlaw.com>

<http://www.law.cornell.edu>

<http://www.the-financier.com>

Ian S. Forrester, Simon L. Goren and Hans-Michael Ilgen . The German Civil Code . Amsterdam : North – Holland Publishing Company, 1975

J.E. de becker . The principles and practice of the civil code of Japan . London : butterworth & co. , 1921

Jonh H. Crbb . THE FRENCE CIVIL CODE . South Hackensack, New Jersey : Fred B. Rothman & Co., 1976

Reinhard Zimmermann . The law of obligations Roman foundation of the civilian . The Republic of South Africa : The Rustica press (PTY) Ltd. , 1992

Under Authorization of the ministry of justice & the codes of translation committee. The civil code of Japan . Tokyo, Japan : Eibun-horei-sha,Inc., 1966

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวณัฐภรณ์ ธารสุวรรณ เกิดเมื่อวันที่ 14 มกราคม พ.ศ.2522 สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2543 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2544



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย