

ปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญา

นายณภัทร์ นิยมแยม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2554
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย
The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

LEGAL PROBLEMS IN RELATION TO THE ASSIGNMENT OF CONTRACT

Mr. Napat Niyomyam

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2011

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

โดย

สาขาวิชา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญา

นายณภัทร์ นิยมแยม

นิติศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วยุภาพ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ ไกรกาญจน์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทโชติ)

ณภัทร์ นิยมแย้ม : ปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญา. (LEGAL PROBLEMS IN RELATION TO THE ASSIGNMENT OF CONTRACT) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รศ.ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, 154หน้า.

หลักการโอนสัญญา คือ การโอนฐานะความเป็นคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนไปยังบุคคลภายนอก ซึ่งส่งผลให้ความสัมพันธ์ทางสัญญาในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่เคยเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเดิมกับผู้โอน ได้โอนจากคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนไปยังบุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกจะเข้ามาแทนฐานะคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้โอน ทั้งนี้ หลักการโอนสัญญาไม่ได้ถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะที่เป็นหลักการทั่วไป จึงพบปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญาหลายประการ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญา โดยเฉพาะการศึกษาถึงปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่กับการโอนสัญญา พร้อมทั้งปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา พบว่าหลักกฎหมายทั้งสองดังกล่าวไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับการโอนสัญญา เนื่องจากการโอนสัญญาเป็นการโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน ส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นเพียงการโอนเพียงสิทธิเท่านั้น ส่วนการแปลงหนี้เป็นวิธีการหนึ่งในการระงับหนี้และก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้น และยังได้ศึกษาและเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐอิตาลีและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส พบว่าบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญาถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีไว้อย่างชัดเจน และแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ยอมรับหลักการโอนสัญญาไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน จึงพบปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญา ไม่ว่าจะเป็นปัญหาความหมาย วิธีการโอน วัตถุประสงค์การโอน เนื้อหาแห่งการโอน แบบแห่งการโอน และผลของการโอน

ดังนั้น ผู้เขียนเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหา 2 แนวทาง คือ ให้เพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือคู่สัญญาสามารถตกลงทำสัญญาโอนได้ โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....
ปีการศึกษา.....2554..... ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5285969834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : assignment of contract / assignment of claims / novation

Napat Niyomyam : LEGAL PROBLEMS IN RELATION TO THE ASSIGNMENT OF CONTRACT. ADVISOR : ASSOC.PROF. SANUNKORN SOTTHIBANDHU DR. JUR., 154 pp.

The principle of the assignment of contract means transferring the status of the parties arising from a reciprocal contract to a third person. As a result, the contractual relationship as a creditor and a debtor occurring from the original contract will transfer from an assignor to a third person. The effect of this action is that such third person will enter into such agreement and taking the assignor's place. However, the principle of the assignment of contract is not stipulated as a general principle in the Civil and Commercial code. Thus, it is found having many legal problems in many aspects.

This thesis is aimed to study legal problems in relation to the assignment of contract. In particular, to study problems of implementations concerning provision of assignment of claims, the provision of novation and transferring of contracts including the implementation of such provisions by the court. It is found that the provision of assignment of claims and the provision of novation are not suitable to apply to such circumstances owing to the fact that the assignment of contract is transferring rights and duties of a reciprocal contract to third person. The assignment of claims is transferring merely rights to a third person. The novation is one of methods to extinguish of obligation and create new obligation. Moreover, studying in comparison with international law, the Italian law and the French law, it is found that the provision of the assignment of contract is legislated in the Italian civil code clearly as well as accepted by the supreme court judgments of France. This leads to many legal problems such as definition, assignment procedure, assignment object, assignment content, assignment former and assignment result.

Therefore, the author offers two solutions. First, It is suggested to amend the provision of the assignment of contract in the civil and commercial code. Another solution is to make the party of a contract consent and sign on the base of the freedom of contract.

Filed of Study :LAWS..... Student's Signature

Academic Year :2011..... Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วายุภาพ ที่รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้กรุณาให้คำแนะนำ รวมทั้ง ข้อคิดเห็นเพื่อให้ผู้เขียนใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้มีความถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้เขียนกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ ไกรกาญจน์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทโชติ ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และได้ให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็นเพื่อปรับปรุงวิทยานิพนธ์เช่นเดียวกัน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อรองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ท่านได้ให้คำชี้แนะประเด็นปัญหา ข้อคิดเห็นทางกฎหมาย พร้อมทั้งให้คำปรึกษาในเรื่องต่าง ๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งถึงความกรุณาของท่านเป็นอย่างยิ่ง

ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้อำนวยการ หัวหน้าแผนก และเพื่อนร่วมงานทุกคน ของสำนักกฎหมาย สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม ในขณะที่ผู้เขียนทำงานอยู่ ณ ที่แห่งนี้ ที่เป็น กำลังใจ ให้ความช่วยเหลือ ส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จ

ขอขอบพระคุณนางสาววีรวัลย์ วรรณฤณ และนางสาวบงกชมาศ หงษ์ทอง ที่ให้ความช่วยเหลือและคำแนะนำในการค้นคว้าหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นอย่างดี

ท้ายสุดนี้ ขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ พี่ชายของผู้เขียนที่ให้การสนับสนุน ในการศึกษา ให้ความรัก ความห่วงใย และให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมาจนสำเร็จการศึกษาได้ด้วยดี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช

บทที่

1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	2
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา.....	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	2
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	3
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	3
2. การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี.....	4
2.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง.....	4
2.1.1 ประเภทของสิทธิเรียกร้องที่โอนกันได้.....	5
2.1.2 วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	6
2.1.3 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	6
2.2 การแปลงหนี้ใหม่.....	9
2.2.1 ประเภทของการแปลงหนี้ใหม่.....	9
2.2.2 การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้.....	10
2.2.3 วิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้.....	12
2.2.4 ผลของการแปลงหนี้ใหม่.....	12
2.3 การโอนสัญญา.....	13
2.3.1 ความหมายของการโอนสัญญา.....	14
2.3.2 วิธีการโอนสัญญา.....	14
2.3.3 วัตถุประสงค์แห่งการโอนสัญญา.....	15
2.3.4 เนื้อหาแห่งการโอนสัญญา.....	16
2.3.4.1 การโอนสัญญาทั้งหมด.....	16
2.3.4.2 การโอนสัญญาบางส่วน.....	16

บทที่	หน้า
2.3.5	แบบแห่งการโอนสัญญา..... 17
2.3.6	ผลของการโอนสัญญา..... 17
3.	การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส..... 20
3.1	การโอนสิทธิเรียกร้อง..... 20
3.1.1	ประเภทของสิทธิเรียกร้องที่โอนกันได้..... 21
3.1.2	วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง..... 22
3.1.3	ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง..... 23
3.2	การแปลงหนี้ใหม่..... 26
3.2.1	ประเภทของการแปลงหนี้ใหม่..... 26
3.2.2	การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้..... 27
3.2.3	การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้และการมอบหมาย การปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation)..... 28
3.2.4	ผลของการแปลงหนี้ใหม่..... 30
3.3	แนวคิดและคำพิพากษาศาลสูงเกี่ยวกับการโอนสัญญา..... 31
3.3.1	แนวคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับการโอนสัญญา..... 32
3.3.1.1	ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการโอนสัญญา..... 32
	(1) แนวคิดที่ว่าสัญญาเป็นสิ่งที่ประกอบกันขึ้นจากหนี้ และสิทธิเรียกร้อง..... 33
	(2) แนวคิดที่ว่าสัญญาเป็นหน่วยหนึ่งที่สมบูรณ์ในตัวเอง.. 34
3.3.1.2	แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญา..... 35
	(1) การโอนสัญญาเป็นหลักการที่มีแนวคิดเป็นของ ตัวเองโดยอิสระไม่ต้องนำหลักการอื่นมาใช้ประกอบ 36
	(2) หลักความเป็นอิสระของหลักการโอนสัญญาเริ่ม ก่อให้เกิดความสงสัยในหลักการโดยนำหลัก กฎหมายอื่นมาใช้..... 38
3.3.2	วิธีการในการโอนสัญญา..... 41
3.3.2.1	ความจำเป็นในการให้ความยินยอม..... 41
3.3.2.2	วิธีการในการแสดงความยินยอม..... 44

บทที่	หน้า
4. การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศไทย.....	46
4.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์.....	46
4.2 การโอนสิทธิเรียกร้อง.....	49
4.2.1 ความหมายและลักษณะทั่วไปของการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	50
4.2.2 ประเภทของการโอนสิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้.....	51
4.2.3 แบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	53
4.2.4 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	57
4.2.5 การโอนสิทธิบางส่วน.....	58
4.3 การแปลงหนี้ใหม่.....	59
4.3.1 ความหมายและลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่.....	59
4.3.2 หลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่.....	60
4.3.3 วิธีการแปลงหนี้ใหม่.....	68
4.3.4 ผลของการแปลงหนี้ใหม่.....	72
4.3.4.1 ผลที่เกิดกับหนี้ประธาน.....	73
4.3.4.2 ผลที่เกิดกับประกันแห่งหนี้ทั้งหลาย.....	74
4.4 การโอนหนี้.....	75
4.4.1 ความหมายของการโอนหนี้ตามแนวทฤษฎี.....	75
4.4.2 การโอนหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ. 2466.....	77
4.4.3 ความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับการโอนหนี้.....	80
4.5 การโอนสัญญา.....	82
4.5.1 ความหมายของการโอนสัญญา.....	82
4.5.2 วัตถุประสงค์การโอนสัญญา.....	82
4.5.3 การโอนสัญญาโดยกฎหมาย.....	84
4.5.3.1 การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	84
4.5.3.2 การโอนสัญญาตามกฎหมายเฉพาะ.....	86
4.5.3.3 ลักษณะของสัญญาที่คล้ายการโอนสัญญา.....	89
4.5.4 การโอนสัญญาด้วยเจตนาของคู่สัญญา.....	93
4.5.5 เปรียบเทียบการโอนสัญญากับสัญญาเพื่อประโยชน์ของ บุคคล ภายนอก.....	97
4.5.6 คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการโอนสัญญา.....	100

บทที่	หน้า
5. บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาการโอนสัญญาตามกฎหมายไทยและ กฎหมายต่างประเทศ.....	107
5.1 ปัญหาความหมายของการโอนสัญญา.....	107
5.2 ปัญหาวิธีการโอนสัญญา.....	110
5.3 ปัญหาวัตถุประสงค์แห่งการโอนสัญญา.....	117
5.4 ปัญหาเนื้อหาแห่งการโอนสัญญา.....	119
5.5 ปัญหาแบบแห่งการโอนสัญญา.....	121
5.6 ปัญหาผลของการโอนสัญญา.....	123
6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	128
6.1 บทสรุป.....	128
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	132
รายการอ้างอิง.....	136
ภาคผนวก.....	141
ภาคผนวก ก.....	142
ภาคผนวก ข.....	147
ภาคผนวก ค.....	152
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	154

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายเริ่มแรกตั้งแต่สมัยโรมัน ยังไม่มีการยอมรับหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง เนื่องจากเห็นว่าเป็นการขัดต่อหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญาด้วยเหตุผลที่ว่า สัญญาก่อให้เกิดความผูกพันกันเป็นส่วนตัวระหว่างบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่อาจอ้างว่ามีสิทธิตามสัญญาดังกล่าวนั้นได้

ต่อมาเมื่อสภาพสังคมมีความเจริญขึ้น การค้าและการพาณิชย์เริ่มมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กฎหมายทั้งระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ต่างเริ่มมีการยอมรับหลักการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นมาอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เช่น ระบบคอมมอนลอว์เกิดหลักอควิตียอมให้โอนสิทธิเรียกร้องกันอย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น หรือระบบซีวิลลอว์ก็มีการบัญญัติรับรองให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันได้เป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เยอรมัน รวมทั้งประเทศไทยด้วย

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติยอมรับการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ในมาตรา 303 ว่า "สิทธิเรียกร้องนั้น ท่านว่าจะพึงโอนกันได้..." และกล่าวถึงหลักเกณฑ์การโอนสิทธิเรียกร้องว่า สิทธิเรียกร้องใดโอนไม่ได้ วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง และผลของการโอนสิทธิเรียกร้องรวมทั้งสิ้น 11 มาตรา ซึ่งถูกจัดไว้ในบรรพ 2 นี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 4 จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ในขณะนี้ยอมรับหลักการโอนสิทธิเรียกร้องที่สามารถโอนให้กันได้อย่างกว้างขวาง

อย่างไรก็ดี ได้พบปัญหาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยไว้ว่า ในสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะโอนเฉพาะสิทธิในการได้รับชำระหนี้ไปยังบุคคลภายนอกโดยไม่โอนหนี้ไม่ได้ เพราะถือว่าในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญามีความสัมพันธ์เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน จึงจะโอนเฉพาะสิทธิตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ ต้องโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ โดยการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว จะมีผลทำให้สัญญาต่างตอบแทนทุกสัญญา หากจะโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่โดยการแปลงหนี้ใหม่นั้นก็จะทำให้สัญญาต่างตอบแทนเดิมนั้นระงับไป เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่เป็นหลักกฎหมายในเรื่องความระงับแห่งหนี้ อันจะก่อให้เกิดความยุ่งยากและไม่เป็นผลดีทั้งต่อคู่สัญญาเดิม และบุคคลภายนอกผู้รับโอนสัญญานั้น

ทั้งนี้ ยังพบคำพิพากษาที่ตัดสินให้นำเอาหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้แก่การโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาความไม่เหมาะสมของหลักการโอนสิทธิเรียกร้องที่จะนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา เนื่องจากหลักการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นลักษณะกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์แห่งการโอนเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องเท่านั้น แต่การโอนสัญญาถือเป็นการโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญา ประกอบกับปัญหาวิธีการโอนของหลักการโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ก็ได้ ย่อมมีผลต่อการโอนสัญญาที่คู่สัญญาต่างมีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกันดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

เมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาวิจัยถึงหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิและหน้าที่ หรือการโอนสัญญาในประเด็นที่ว่า คู่สัญญาจะสามารถโอนสัญญาไปยังบุคคลภายนอกได้หรือไม่ หรือโอนสัญญาได้ด้วยหลักการใดที่จะก่อให้เกิดความสะดวกและประโยชน์ต่อคู่สัญญามากที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงหลักพื้นฐานของหลักการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่ และหลักการโอนสัญญาตามกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายของต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาถึงปัญหาของการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน พร้อมทั้งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทย รวมทั้งแนวคำพิพากษาศาลของต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาถึงข้อจำกัดของการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนตามหลักกฎหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งแนวทางแก้ไขด้วยหลักการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

คู่สัญญาสามารถโอนสัญญาไปยังบุคคลภายนอกได้

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะได้ทำการศึกษาทฤษฎีกฎหมายในส่วนหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง การแปลงหนี้ใหม่ และหลักการโอนสัญญา รวมทั้งคำพิพากษาศาลฎีกา และจะได้ทำการศึกษาถึงหลักกฎหมายต่างประเทศและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยใช้วิธีการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย ทั้งนี้ ผู้เขียนประสงค์ที่จะศึกษากฎหมายของประเทศสาธารณรัฐอิตาลีและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีขอบเขตของการศึกษาประเด็นปัญหาเฉพาะการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน ไม่ได้ศึกษาถึงประเด็นปัญหาเรื่องการโอนเฉพาะสิทธิในสัญญาและการโอนเฉพาะหน้าที่ในสัญญาด้วย และการศึกษาหลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ ผู้เขียนมีขอบเขตที่จะศึกษาการแปลงหนี้ใหม่เฉพาะการเปลี่ยนตัวบุคคล กล่าวคือเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้เท่านั้น ไม่ได้ศึกษาถึงการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้ เนื่องจาก การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้ ไม่ได้เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาว่าด้วยการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การดำเนินการศึกษาเพื่อเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยการรวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย ค้นคว้าจากบทความเอกสาร วิทยานิพนธ์ หนังสือ แนวคำพิพากษาศาลฎีกา แหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต ทั้งของไทยและกฎหมายของต่างประเทศเพื่อเรียบเรียงศึกษาวิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขให้เหมาะสม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

1. ทำให้ทราบถึงปัญหาของการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยว่าเป็นอย่างไร
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาของหลักการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเมื่อนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา
3. ทำให้ทราบถึงทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาตามหลักกฎหมายของต่างประเทศว่ามีหลักการเป็นอย่างไร
4. เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาและตัวบทกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย อันนำมาซึ่งข้อสรุปของปัญหาและข้อเสนอแนะทางในการแก้ไขปัญหา

บทที่ 2

การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

เมื่อได้ทราบความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา ในบทนี้ผู้เขียนจำเป็นที่จะต้องศึกษา กฎหมายต่างประเทศเพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศไทย ว่ามีปัญหาเช่นเดียวกันหรือไม่ และเพื่อให้ทราบถึงหลักกฎหมายต่างประเทศนั้น ๆ ทั้งระบบ และนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมาย อันอาจนำมาสู่ความเข้าใจในการปรับใช้ระบบกฎหมายไทยมากยิ่งขึ้น รวมทั้งอาจนำมาสู่วิธีการในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ สำหรับหลักกฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาศึกษาในบทนี้ ผู้เขียนเลือกที่จะศึกษาหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศ สาธารณรัฐอิตาลี เนื่องจากประเทศสาธารณรัฐอิตาลีเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law หรือระบบ ประมวลกฎหมาย เช่นเดียวกับประเทศไทย และหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศ สาธารณรัฐอิตาลียังมีหลักกฎหมายในเรื่องการโอนสัญญาที่สามารถใช้ในการแก้ไขปัญหาการโอนสิทธิ และหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนได้ อันจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

โดยบทนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐ อิตาลีในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง บทบัญญัติว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ และบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญาที่ถือว่าเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษที่นำมาปรับใช้ กับกรณีของการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนได้โดยตรง ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้ศึกษาหลัก กฎหมายดังกล่าวเรียงกันไป โดยเริ่มจากหลักกฎหมายลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้อง การแปลงหนี้ ใหม่ และการโอนสัญญา ดังต่อไปนี้

2.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง

หลักกฎหมายลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้องถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศ สาธารณรัฐอิตาลี¹ ในบรรพ 4 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไปว่าด้วยหนี้ หมวด 5 การโอนสิทธิ เรียกร้อง ตั้งแต่มาตรา 1260 ถึง มาตรา 1267* รวมทั้งสิ้น 8 มาตราด้วยกัน โดยผู้เขียนจะแบ่ง หัวข้อในการศึกษาหลักการดังกล่าวเป็น 5 หัวข้อ ได้แก่ (1) ประเภทของสิทธิเรียกร้องที่โอนกันได้ (2) วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง (3) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อผู้โอนกับผู้รับโอน (4) ผลของการโอน สิทธิเรียกร้องที่มีต่อลูกหนี้ (5) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อบุคคลภายนอก

¹ Mario Beltramo, Giovanni E. Longo, and John Henry Merryman, *The Italian Civil Code* (Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, INC., 1969), pp. 330-332.

* โปรดดูภาคผนวก ก.

2.1.1 ประเภทของสิทธิเรียกร้องที่โอนกันได้

การโอนสิทธิเรียกร้อง เป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และบุคคลอื่นในการโอนสิทธิเรียกร้องแห่งหนึ่งให้แก่กัน โดยเจ้าหนี้เดิมนั้นถือว่าเป็นผู้โอน และบุคคลอื่นเป็นผู้รับโอน ซึ่งข้อตกลงเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องถือเป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง และถูกใช้ในการแลกเปลี่ยนทางธุรกิจการค้าอย่างสม่ำเสมอ²

หลักกฎหมายลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี มาตรา 1260 ได้กำหนดลักษณะโดยทั่วไปของการโอนสิทธิเรียกร้องว่า เจ้าหนี้สามารถโอนสิทธิเรียกร้องของตนเองให้แก่บุคคลอื่นได้เสมอ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ ทั้งนี้ แม้การโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่เป็นการให้โดยเสน่หา หรือเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีค่าตอบแทนใด ๆ เลย ก็ยังสามารถโอนกันได้³

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นสิทธิเรียกร้องไว้อยู่ 4 ประการที่เจ้าหนี้ไม่สามารถโอนสิทธิเรียกร้องไปให้แก่บุคคลอื่นได้ ได้แก่ (1) สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นเรื่องเฉพาะตัวของคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น หรือเรียกว่าสิทธิเรียกร้องดังกล่าวไม่เปิดช่องให้โอนกันได้โดยสภาพแล้ว⁴ (2) คู่สัญญาห้ามโอนกันเอาไว้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลต่อผู้รับโอน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าผู้รับโอนทราบข้อตกลงดังกล่าวแล้วในขณะที่รับโอน⁵ (3) สิทธิเรียกร้องที่ห้ามโอนโดยกฎหมาย⁶ และ (4) ห้ามศาล อัยการ ทนายความ ที่ปรึกษากฎหมายรับโอนสิทธิที่เกิดจากคดีที่ฟ้องร้องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน⁷

² Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*(Routledge-Cavendish, 2007), p. 208.

³ Article 1260 A creditor can assign his claim, gratuitously or non-gratuitously, even without the consent of the debtor, provided that the claim does not have a strictly personal character or that the transfer is not forbidden by law.

The parties can exclude the assignability of the claim; but the agreement is not effective against the assignee unless it is proved that he knew of it at the time of the assignment.

⁴ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 208.

⁵ Article 1260 para 2 The parties can exclude the assignability of the claim; but the agreement is not effective against the assignee unless it is proved that he knew of it at the time of the assignment.

⁶ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 208.

⁷ Article 1261 Judges and public prosecutors of the judiciary, clerks of the courts and of the public prosecutor officers, process servers, advocates, prosecutors, counsellors, attorneys, pleaders, and notaries cannot, subject to nullity and liability for damages, become assignees, even through an intermediary, of rights as to which litigation has arisen in the court to which they belong or within whose jurisdiction they exercise their functions.

2.1.2 วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง

แม้ว่าการโอนสิทธิเรียกร้องสามารถเกิดขึ้นได้จากความยินยอมของผู้โอนและผู้รับโอน โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากลูกหนี้ก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี มาตรา 1264⁸ ก็ยังกำหนดวิธีการในการโอนสิทธิเรียกร้องว่าข้อตกลงโอนดังกล่าวจะมีผลต่อลูกหนี้ได้ เมื่อผู้โอนหรือผู้รับโอนได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้ได้ตกลงยินยอมด้วยการโอนนั้น

หากไม่ได้มีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้อย่างถูกต้อง หรือลูกหนี้ยังไม่ได้ยินยอมด้วยกันการโอนไว้แล้ว ในสายตาของลูกหนี้ ผู้โอนยังคงเป็นเจ้าของอยู่ ลูกหนี้จึงยังต้องชำระหนี้ให้ผู้โอน และเมื่อชำระหนี้แล้ว หนี้นอกระงับ อย่างไรก็ตาม หากพิสูจน์ได้ว่าก่อนการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้อย่างถูกต้อง ลูกหนี้ได้ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนแล้ว ลูกหนี้ย่อมไม่หลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้โอน แม้ว่าลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ให้แก่ผู้โอนไปแล้วก็ตาม ตามความในวรรค 2 ของมาตรา 1264 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

ทั้งนี้ กฎหมายยังกำหนดหน้าที่ของผู้โอนต่อผู้รับโอนว่า ผู้โอนจะต้องส่งเอกสารอันเป็นหลักฐานของสิทธิเรียกร้องเท่าที่มีอยู่กับตนให้แก่ผู้รับโอนด้วย และหากเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องเพียงบางส่วน ผู้โอนก็ต้องส่งมอบสำเนาเอกสารที่เป็นหลักฐานของสิทธิเรียกร้องดังกล่าวให้แก่ผู้รับโอนด้วย ตามมาตรา 1262 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี⁹

2.1.3 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอนได้ตกลงกันที่จะโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องที่โอนกันได้ และได้ตกลงทำการโอนสิทธิดังกล่าวอย่างถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีจึงได้กำหนดผลของการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าว โดยแบ่งได้เป็น 3 หัวข้อดังนี้ (1) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน (2) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อลูกหนี้ และ (3) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อบุคคลภายนอก โดยจะได้กล่าวเรียงลำดับกันดังต่อไปนี้

⁸ Article 1264 With respect to the assigned debtor, the assignment is effective when he has accepted it or when he has been notified of it

However, even before such notice, a debtor who pays the assignor is not discharged if the assignee proves that the debtor had knowledge that the assignment had taken place.

⁹ Article 1262 The assignor shall deliver to the assignee the documents evidencing the claim that are in his possession

If only a portion of the claim was assigned, the assignor is bound to give the assignee an authenticated copy of the documents.

(1) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ข้อตกลงว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นย่อมเกิดขึ้นได้ด้วยความยินยอมของผู้โอนและผู้รับโอนก็เพียงพอแล้ว ซึ่งย่อมมีผลทำให้สิทธิเรียกร้องที่ผู้โอนมีต่อลูกหนี้ย่อมโอนไปยังผู้รับโอน ทั้งนี้ การโอนสิทธิเรียกร้องยังมีผลทำให้ผู้รับโอนได้สิทธิอุปกรณ์ที่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องดังกล่าวไปด้วยตาม มาตรา 1263 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี¹⁰

เมื่อผู้โอนตกลงโอนสิทธิเรียกร้องไปยังผู้รับโอนแล้ว ผู้โอนจะต้องมีหน้าที่รับผิดชอบผู้รับโอนตามกฎหมายด้วยกัน 2 ประการ กล่าวคือ

(1.1) ประกันถึงการมีอยู่ของสิทธิเรียกร้อง กล่าวคือ หากการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ใช่เป็นการให้โดยเสน่หาแล้ว ผู้โอนจะถูกผูกพันที่จะต้องรับประกันถึงความมีอยู่ของสิทธิเรียกร้องในขณะที่โอน และผู้โอนยังต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ตนได้ทำไป ในกรณีที่ผู้โอนและผู้รับโอนตกลงกันไม่ให้ผู้โอนต้องรับประกันถึงความมีอยู่ของสิทธิเรียกร้องก็ตาม ตามมาตรา 1266 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี¹¹

(1.2) ประกันถึงความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ กล่าวคือ โดยปกติแล้วผู้โอนไม่ได้มีหน้าที่ที่จะต้องรับประกันถึงความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ เว้นแต่ผู้โอนจะได้ตกลงรับประกันเรื่องดังกล่าวเอาไว้ ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้โอนต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้รับโอนตามมาตรา 1267 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี¹²

¹⁰ Article 1263 By effect of the assignment, the claim is transferred to the assignee with any privileges, real or personal guarantees, and other accessories.

¹¹ Article 1266 When the assignment is a non-gratuitous transaction, the assignor is bound to guarantee the existence of the claim at the time of the assignment. Such guarantee can be excluded by agreement, but the assignor always remains liable for his own act.

¹² Article 1267 The assignor does not answer for the solvency of the debtor, unless he has undertaken to guarantee it. In this case the assignor is liable within the limits of what he has received; he shall furthermore pay the interest, reimburse the expenses of the assignment and those borne by the assignee in the exercise of his rights against the debtor, and compensate him for damage. Any agreement directed toward increasing the liability of the assignor is without effect.

When the assignor has guaranteed the solvency of the debtor, the guarantee ceases, if the non-satisfaction of the claim through in initiating or prosecuting his actions against the said debtor.

(2) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อลูกหนี้

ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนจะมีผลต่อเมื่อลูกหนี้ได้รับการบอกกล่าวการโอนหรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมไว้¹³ ซึ่งจะมีผลต่อลูกหนี้ดังต่อไปนี้

(2.1) การโอนสิทธิเรียกร้องจะมีผลทำให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้แก่ผู้รับโอน ถ้าหากไปชำระหนี้ให้แก่ผู้โอนหลังจากได้รับการบอกกล่าวหรือได้ให้ความยินยอมแล้ว การชำระหนี้ดังกล่าวนั้นย่อมไม่มีผล

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าก่อนการบอกกล่าวการโอน ข้อตกลงว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมไม่มีผลต่อลูกหนี้ อันจะทำให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ต่อผู้รับโอนก็ตาม แต่หากพิสูจน์ได้ว่าก่อนการบอกกล่าวการโอน ลูกหนี้ได้ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนแล้ว หากลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาให้แก่ผู้โอน ลูกหนี้ย่อมไม่หลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอนอีก ตามมาตรา 1264 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี¹⁴

(2.2) การโอนสิทธิเรียกร้องเดียวกัน แต่ต่างรายกันนั้น โอนรายใดได้มีการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ก่อน หรือลูกหนี้ตกลงยินยอมการโอนรายใดก่อน โอนรายนั้นย่อมมีสิทธิดีกว่า ตามมาตรา 1265 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี¹⁵ จึงมีผลให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ที่เป็นผู้รับโอนรายที่มีสิทธิดีกว่าเท่านั้น

(3) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อบุคคลภายนอก

การโอนสิทธิเรียกร้องจะมีผลไปถึงบุคคลภายนอกต่อเมื่อได้มีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมด้วยกับการโอนนั้น

หากยังไม่ได้มีการบอกกล่าวการโอนหรือก่อนที่ลูกหนี้จะให้ความยินยอมกับการโอนสิทธิเรียกร้อง ในสายตาของบุคคลภายนอก ยังถือว่าผู้โอนยังคงเป็นเจ้าหนี้ในสิทธิเรียกร้องอยู่ ไม่ใช่ผู้รับโอน¹⁶

¹³ Article 1264 With respect to the assigned debtor, the assignment is effective when he has accepted it or when he has been notified of it.

However, even before such notice, a debtor who pays the assignor is not discharged if the assignee proves that the debtor has knowledge that the assignment had taken place.

¹⁴ Article 1264 para 2

¹⁵ Article 1265 If the same claim has been the subject of more than one assignment to different persons, the first assignment of which the debtor has been notified or that which has first been accepted by him, by an instrument having a certain date, prevails, even if it is of a later date.

¹⁶ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 208.

2.2 การแปลงหนี้ใหม่

หลักกฎหมายลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ ถือว่าเป็นหนึ่งในวิธีการของการระงับแห่งหนี้ นอกจากการชำระหนี้ซึ่งเป็นวิธีหลักของการระงับหนี้ เหมือนกับวิธีการในการระงับหนี้วิธีการอื่น ๆ เช่น การหักกลบลบหนี้ การปลดหนี้ หรือหนี้เคลื่อนกลืนกัน¹⁷ โดยถือว่าการแปลงหนี้ใหม่ หรือ Novation มีนัยในความหมายว่าเป็นการเปลี่ยนใหม่หรือทำขึ้นใหม่ หรือ renewal¹⁸ ดังนั้น การแปลงหนี้ใหม่จึงเหมือนการก่อให้เกิดหนี้ใหม่โดยการระงับหนี้เดิมด้วยการเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้ หรือด้วยการแทนที่ลูกหนี้คนเดิม ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้คนใหม่ ซึ่งวิธีการหลังนี้มีลักษณะที่ถูกเรียกว่าเป็นการโอนการชำระหนี้หรือมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ให้ผู้อื่น เรียกว่า Delegation of debt¹⁹

การแปลงหนี้ใหม่มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี²⁰ บรรพ 4 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไปว่าด้วยหนี้ หมวด 4 การระงับหนี้จากการชำระหนี้ ส่วนที่ 1 การแปลงหนี้ใหม่ ตั้งแต่มาตรา 1230 ถึง 1235* รวมทั้งสิ้น 6 มาตรา ซึ่งผู้เขียนมีความสนใจที่จะศึกษาหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ เนื่องจากหลักการแปลงหนี้ใหม่ของประเทศสาธารณรัฐอิตาลีมีลักษณะที่แตกต่างจากหลักการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป โดยผู้เขียนได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 3 หัวข้อด้วยกัน คือ (1) ประเภทของการแปลงหนี้ใหม่ (2) การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และ (3) ผลของการแปลงหนี้ใหม่

2.2.1 ประเภทของการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ที่จะถือว่าเป็นการระงับหนี้เดิม โดยก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีได้กำหนดประเภทของการแปลงหนี้ใหม่เพียง 2 ประเภท คือ (1) การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้²¹ และ (2) การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายรายละเอียดเฉพาะการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เท่านั้น เนื่องจากหลักการดังกล่าวเกี่ยวข้องกับปัญหาเรื่องการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และเป็น การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

¹⁷ Ibid., p. 26.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid., pp. 26-27.

²⁰ Mario Beltramo, Giovanni E. Longo, and John Henry Merryman, *The Italian Civil Code*, pp. 324-325.

* โปรดดูภาคผนวก ก.

²¹ Article 1230 The obligation is extinguished when the parties substitute a new obligation having a different object or a different source for the old obligation.

2.2.2 การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เป็นหนึ่งในประเภทของการแปลงหนี้ใหม่ โดยถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1235 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี²² ซึ่งการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ หมายความว่า เป็นการเข้าแทนที่โดยบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็นลูกหนี้คนใหม่แทนลูกหนี้คนเดิม อันมีผลทำให้ลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้น และกฎหมายยังได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าคู่สัญญาที่ทำการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะต้องมีเจตนาที่จะระงับหนี้เดิมอย่างชัดแจ้งเท่านั้นถึงจะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้²³

ทั้งนี้ มาตรา 1235 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลียังกำหนดให้นำบทบัญญัติหมวด 6 ว่าด้วยการมอบหมายให้ปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation, Expromission, And Assumption of Debt)²⁴ ในหมวดนี้มาใช้บังคับกับการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

การมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติการชำระหนี้แทน ถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี บรรพ 4 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 6 ตั้งแต่มาตรา 1268 ถึง มาตรา 1276 รวมทั้งสิ้น 9 มาตรา ซึ่งลักษณะทั่วไปของหลักการดังกล่าว หมายความว่า เป็นลักษณะที่ลูกหนี้ได้มอบหมายลูกหนี้คนใหม่ให้แก่เจ้าหนี้ของตน โดยลูกหนี้คนใหม่ยินยอมผูกพันตนเองในหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้ ซึ่งมีผลให้ลูกหนี้คนเดิมไม่หลุดพ้นจากหนี้ดังกล่าว เว้นแต่เจ้าหนี้จะแสดงออกอย่างชัดแจ้งว่าให้ลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้นไป ตามความในมาตรา 1268 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี²⁵ ซึ่งหากเจ้าหนี้ได้ยินยอมที่จะปลดให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นไป ในทางกฎหมายเรียกการมอบหมายให้ปฏิบัติการชำระหนี้แทนแบบนี้ว่า เป็นการเข้าแทนที่ หรือ ภาษาอังกฤษเรียกว่า “substitutive” แต่หากเจ้าหนี้ไม่ได้ยินยอมให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้น ลูกหนี้เดิมก็ยังคงถือว่าเป็นบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบในหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้เช่นเดียวกับลูกหนี้คนใหม่ที่ได้รับมอบหมายจนกว่าจะได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้เสร็จสิ้น ซึ่งในทางกฎหมายเรียกการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้แทนแบบนี้ว่า เป็นการสะสมเพิ่มขึ้น หรือเป็นการเพิ่มตัวลูกหนี้เข้ามาให้เจ้าหนี้ หรือภาษาอังกฤษเรียกว่า “cumulative”²⁶

²² Article 1235 When a new debtor is substituted for the original one who is released, the rules contained in chapter VI of this title apply (1268).

²³ Article 1230 para 2 The intent to extinguish the preceding obligation must appear in an unequivocal manner.

²⁴ Mario Beltramo, Giovanni E. Longo ,and John Henry Merryman, *The Italian Civil Code*, pp. 332-334.

²⁵ Article 1268 If the debtor assigns to the creditor a new debtor, who binds himself to the creditor, the original debtor is not discharged from his obligation, unless the creditor expressly declares that he discharges him.

²⁶ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 209.

ดังนั้น ความสัมพันธ์ของหลักกฎหมายว่าด้วยการมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติการชำระหนี้แทน จึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 3 คน อันได้แก่ ลูกหนี้คนเดิมหรือผู้มอบหมาย (delegator) ลูกหนี้คนใหม่หรือผู้รับมอบหมาย (delegatee) และเจ้าหนี้

ส่วนผลของการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้จะมีผลต่อคู่สัญญาทุกฝ่าย ซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) การมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้โดยปกติแล้วย่อมมีผลทำให้บุคคลภายนอกเข้ามาร่วมรับผิดชอบในการที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ โดยลูกหนี้คนเดิมไม่ได้หลุดพ้นไปอย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นไว้ว่า เว้นแต่เจ้าหนี้จะได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งให้ลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้นตามความในมาตรา 1268 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

(2) การมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ หากเจ้าหนี้ได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งชัดให้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้คนเดิมจากการปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว ย่อมมีผลตามกฎหมายดังต่อไปนี้

(2.1) เจ้าหนี้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ใด ๆ ต่อลูกหนี้คนเดิม หากบุคคลภายนอกผู้ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติการชำระหนี้กลายเป็นบุคคลล้มละลาย

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นให้เจ้าหนี้อาจยกข้อต่อสู้ได้ ได้แก่ เว้นแต่ลูกหนี้เดิมจะได้รับรองไว้ว่าบุคคลภายนอกผู้ได้รับมอบหมายไม่ใช่บุคคลล้มละลาย หรือเว้นแต่บุคคลภายนอกดังกล่าวจะตกเป็นบุคคลล้มละลายแล้วในขณะที่ตนเองยินยอมเข้าผูกพันในหนี้นั้นต่อเจ้าหนี้ ตามมาตรา 1274 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี²⁷

(2.2) สัญญาอุปกรณ์ ไม่ว่าจะ เป็นค้ำประกัน จำนำ หรือ จำนอง ย่อมระงับสิ้นไปด้วย เว้นแต่บุคคลคู่สัญญาในสัญญาอุปกรณ์ดังกล่าวจะได้ตกลงต่างหากให้สัญญาอุปกรณ์ดังกล่าวยังมีผลใช้บังคับได้อยู่ ตามมาตรา 1275 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี²⁸

(2.3) หากหนี้ที่บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นลูกหนี้คนใหม่กับเจ้าหนี้ได้ตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่า และเจ้าหนี้ได้ปลดลูกหนี้คนเดิมให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้แล้วก็ตาม ก็ยังมีผลทำให้หนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนเดิมกลับมามีความผูกพันขึ้นอีกครั้ง เว้นแต่สัญญา

²⁷ Article 1274 A creditor who, in pursuance of a delegation (1268), has released the original debtor, has no action against him if the delegatee becomes insolvent unless he made a specific reservation of it.

However, if the delegatee was insolvent at the time he assumed the obligation toward the creditor, the original debtor is not discharged.

The same provisions apply with the creditor has adhered to the assumption of the debt stipulated in his favor and the release of the original debtor was an express condition of such stipulation.

²⁸ Article 1275 In all cases in which the creditor releases the original debtor, all guarantees attached to the claim are extinguished, unless the person who furnished them agrees specifically to continue them.

อุปกรณ์ที่มีบุคคลภายนอกเป็นผู้ค้ำประกันไม่อาจฟื้นคืนมาด้วยความผูกพันกันอีกครั้ง ตามมาตรา 1276 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี²⁹

ดังนั้น เมื่อได้ทราบลักษณะทั่วไปของหลักการมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติการชำระหนี้แทน รวมทั้งผลทางกฎหมายทั้งสิ้นแล้ว เมื่อนำมาปรับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามความในมาตรา 1235 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี พบว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่จะถือว่าเป็นการระงับหนี้ตามผลของการแปลงหนี้ใหม่ในหมวด 4 ว่าด้วยการระงับหนี้นอกจากการชำระหนี้ จะต้องเป็นการมอบหมายการปฏิบัติให้บุคคลอื่นชำระหนี้แทนที่เจ้าหนี้ได้ยินยอมปลดลูกหนี้เดิมจากภาระหน้าที่ดังกล่าวด้วย³⁰ จึงจะถือว่าเป็นการระงับหนี้เดิมและก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้น

2.2.3 วิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

เมื่อทราบแล้วว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 1235 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี จะต้องเป็นการแปลงหนี้ตามวิธีการของหลักการมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติการชำระหนี้แทนแล้ว ดังนั้น วิธีการในการแปลงหนี้ใหม่จะต้องเป็นไปตามวิธีการตามมาตรา 1272 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี กล่าวคือ เป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ โดยต้องได้รับความยินยอมหรือได้รับการมอบหมายจากลูกหนี้คนเดิมด้วย

2.2.4 ผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

ผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยหลักแล้วการแปลงหนี้ใหม่ย่อมเป็นการระงับหนี้เดิมลง โดยทำให้ลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ซึ่งจะต้องได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งจากเจ้าหนี้ให้ลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้นจากการชำระหนี้เท่านั้น ตามมาตรา 1235 ประกอบกับมาตรา 1272 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

นอกจากนี้ ยังมีผลตามบทบัญญัติว่าด้วยการมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติการชำระหนี้แทนที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น กล่าวคือ มีผลทำให้สัญญาอุปกรณ์หรือประกันหนี้ทั้งหลาย เช่น จำน่า จำนอง ค้ำประกัน ระงับไปด้วย ตามมาตรา 1275 ทั้งนี้ ผลทางกฎหมายดังกล่าว

²⁹ Article 1276 If the obligation assumed by the new debtor toward the credit is declared void or is annulled, and the creditor had released the original debtor, the obligation of the latter revives, but the creditor cannot avail himself of the guarantees furnished by third persons.

³⁰ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 209.

เหมือนกับมาตรา 1232 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี³¹ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในส่วนของการแปลงหนี้ใหม่อยู่แล้วเช่นเดียวกัน และยังมีผลในเรื่องความรับผิดชอบของลูกหนี้คนเดิมในกรณีที่ลูกหนี้คนใหม่ตกเป็นบุคคลล้มละลายตามมาตรา 1274 และยังมีผลในเรื่องหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนเดิมกลับมามีผลผูกพันอีกครั้ง หากหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่า

จะเห็นได้ว่าหลักการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีมีเฉพาะการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยที่มีทั้งการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้และเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายและเปรียบเทียบในบทที่ 5 ต่อไป

2.3 การโอนสัญญา

การโอนสัญญาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีมีบัญญัติไว้ในบรรพ 4 หนี้ ลักษณะ 2 บทเบ็ดเสร็จทั่วไปว่าด้วยสัญญา หมวด 8 การโอนสัญญา ตั้งแต่มาตรา 1406 ถึง 1410³² รวมทั้งสิ้น 5 มาตรา โดยกำหนดให้คู่สัญญาสามารถที่จะโอนสัญญาที่ตนได้ทำขึ้นไปให้กับบุคคลภายนอก หรือผู้รับโอนได้ ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติที่แตกต่างหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งคู่สัญญาสามารถโอนสัญญาได้โดยหลักการโอนสิทธิเรียกร้องหรือหลักการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เท่านั้น

ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาหลักกฎหมายดังกล่าว เพื่ออาจนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยต่อไป โดยผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาหลักการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ออกเป็น 6 หัวข้อ ดังต่อไปนี้ (1) ความหมายของการโอนสัญญา (2) วิธีการโอนสัญญา (3) วัตถุประสงค์การโอนสัญญา (4) เนื้อหาแห่งการโอน (5) แบบแห่งการโอน (6) ผลของการโอน

³¹ Article 1232 Privileges pledges and mortgages of the original obligation are extinguished if the parties do not expressly agree to preserve them for the new obligation.

³² Mario Beltramo, Giovanni E. Longo, and John Henry Merryman, *The Italian Civil Code*, pp. 359-360.

2.3.1 ความหมายของการโอนสัญญา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี มาตรา 1406³³ การโอนสัญญา คือ การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะโอนความสัมพันธ์ทั้งในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ ไปให้แก่บุคคลภายนอก (ผู้รับโอน) โดยจะต้องยังไม่มี การปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาและ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมให้มีการโอนเช่นนั้นได้

ฉะนั้น การโอนสัญญาจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ สัญญาที่ต้องการจะโอนไปนั้นจะต้องเป็น สัญญาที่มีหนี้ต่างตอบแทน³⁴ หรือกล่าวได้ว่าต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ การโอนสัญญานั้นเป็นหลักการโอนความสัมพันธ์ทั้งความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้รับจ้างทำของได้โอนสัญญาจ้างทำของของตนเองเป็นคู่สัญญาอยู่กับบุคคลภายนอก โดยความยินยอมของผู้ว่าจ้างทำของ ก็จะทำให้บุคคลภายนอกผู้รับโอนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามงานตามสัญญาจ้างทำของดังกล่าว แต่ในขณะเดียวกันก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าจ้างจากผู้ว่าจ้าง ดังนั้น ผู้รับโอนจึงเป็นผู้ทรงทั้งสิทธิเรียกร้องและมีหน้าที่ที่มาจากสัญญาจ้างทำของนั้นทุกประการ รวมทั้งมีสิทธิในการกล่าวอ้างความบกพร่องของสัญญาที่ตนรับโอนมาด้วย

ทั้งนี้ สัญญาที่จะโอนไปต้องยังไม่มี การปฏิบัติชำระหนี้ให้เสร็จสิ้น³⁵ ตัวอย่างเช่น ในเรื่องการซื้อขาย ผู้ซื้อไม่อาจที่จะโอนสัญญาซื้อขายไปยังบุคคลภายนอกได้ หากในขณะนั้นผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อแล้ว ถึงแม้ว่าผู้ซื้อจะยังไม่ได้ชำระราคาค่าสินค้าก็ตาม ผู้ซื้อก็ไม่สามารถที่จะโอนสัญญาไปได้ เพราะถือว่าผู้ขายซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายดังกล่าวได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว

2.3.2 วิธีการโอนสัญญา

การโอนสัญญาจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่สัญญาเดิมด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี มาตรา 1406 เนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นก็มีฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ด้วย ดังนั้น เมื่อมีการโอนสัญญาก็ถือว่าเป็นการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่จะเข้ามาแทนที่ลูกหนี้เดิม ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้ ย่อมที่จะต้องได้รับความยินยอมจากตัวเจ้าหนี้ในการโอนสัญญาดังกล่าวด้วย เพราะถือว่าคุณสมบัติของลูกหนี้นั้นเป็นสาระสำคัญของเจ้าหนี้ว่าจะสามารถปฏิบัติชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ครบถ้วนหรือไม่ โดยความยินยอมดังกล่าวนี้สามารถที่จะให้ไว้ล่วงหน้าก็ได้ เช่น ผู้ว่าจ้างในสัญญาจ้างทำของได้ตกลงให้ความยินยอมให้ผู้รับจ้าง

³³ Article 1406 Each party can substitute for himself a third person in the relationships arising from a contract for mutual counterperformances, if these have not yet taken place, provided that the other party consents thereto.

³⁴ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 226-227.

³⁵ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 226-227.

สามารถที่จะโอนสัญญาจ้างทำของดังกล่าวไปให้บุคคลภายนอกได้ ในกรณีที่ตกลงยินยอมไว้ล่วงหน้า เช่นนี้ ผู้รับจ้างหรือผู้รับโอนจะต้องบอกกล่าวถึงข้อตกลงการโอนระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรับทราบก็เพียงพอแล้ว ตามความในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี มาตรา 1407³⁶

จึงสรุปได้ว่า คู่สัญญาที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการทำการโอนสัญญา มีด้วยกันทั้งสิ้น 3 ฝ่าย ได้แก่ คู่สัญญาฝ่ายผู้โอน บุคคลภายนอกผู้รับโอน และคู่สัญญาเดิม

2.3.3 วัตถุประสงค์การโอนสัญญา

การโอนสัญญามีวัตถุประสงค์การโอน คือ สิทธิและหน้าที่ตามสัญญา โดยบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญานั้น กำหนดให้สัญญาที่จะโอนได้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญานั้น ต้องเป็นสัญญาที่มีหนี้ซึ่งกันและกัน³⁷ เมื่อคู่สัญญาต่างมีหนี้ซึ่งกันและกันแล้ว ย่อมถือได้ว่า คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน กล่าวง่าย ๆ ว่า เป็นสัญญาต่างตอบแทนนั่นเอง เนื่องจากหากเป็นสัญญาที่ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทน หรือที่เรียกว่า สัญญาไม่ต่างตอบแทน คู่สัญญาสามารถที่จะโอนสิทธิไปยังบุคคลภายนอกได้โดยการโอนสิทธิเรียกร้อง และคู่สัญญาสามารถโอนเฉพาะหน้าที่ไปยังบุคคลภายนอกได้ด้วยการแปลงหนี้ใหม่อยู่แล้ว ฉะนั้นหากคู่สัญญาต้องการที่จะโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนไปยังบุคคลภายนอกแล้ว ก็จะต้องใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญา

ทั้งนี้ การโอนสัญญายังแตกต่างจากหลักการโอนสิทธิเรียกร้องใน 2 ประเด็นสำคัญ³⁸ กล่าวคือ

(1) การโอนสัญญาเป็นเรื่องของการได้มาทั้งสิทธิและหน้าที่ เพราะผู้รับโอนสัญญาเข้ามาแทนที่ผู้โอนอย่างสมบูรณ์ ในขณะที่การโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้รับโอนจะเข้ามาแทนที่ผู้โอนเฉพาะความสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิตามสัญญาเท่านั้น

(2) การโอนสัญญา คู่สัญญาเดิมจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการโอนสัญญาด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาเดิมจะต้องให้ความยินยอมในการโอนสัญญาดังกล่าวตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในขณะที่การโอนสิทธิเรียกร้อง คู่สัญญาเดิมไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้โอนก็ย่อมโอนสิทธิเรียกร้องไปให้แก่ผู้รับโอนได้

³⁶ Article 1407 If one party has previously consented that the other substitute a third person for himself in the relationships arising from the contract, the substitution is valid as to him from the time when he was notified of the substitution or accepted it.

³⁷ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 226-227.

³⁸ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 226-227.

2.3.4 เนื้อหาแห่งการโอน

ตามที่ได้กล่าวถึงความหมายของการโอนสัญญามาแล้วว่า เป็นการโอนไปซึ่งสัญญาที่มีหนี้ต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน หรือกล่าวง่าย ๆ ว่าเป็นการโอนไปซึ่งสัญญาต่างตอบแทน อันเป็นการโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาของผู้โอนไปยังผู้รับโอน ฉะนั้น วัตถุประสงค์ของการโอนสัญญาย่อมเป็นไปในลักษณะที่จะต้องเป็นการโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาไปยังผู้รับโอน ไม่อาจที่จะโอนเฉพาะสิทธิหรือหน้าที่ เพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งไปยังผู้รับโอนได้

ส่วนเนื้อหาของการโอนสัญญาที่เป็นการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ไปยังบุคคลภายนอกนั้น จะต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ (1) การโอนสัญญาทั้งหมด และ (2) การโอนสัญญาบางส่วน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.3.4.1 การโอนสัญญาทั้งหมด

ตามนิยามของการโอนสัญญาในมาตรา 1406 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะโอนความสัมพันธ์ทั้งในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ไปให้แก่บุคคลภายนอกหรือผู้รับโอนได้ ดังนั้น การโอนสัญญาจึงต้องเป็นการโอนไปทั้งสัญญา กล่าวคือ ต้องโอนข้อตกลงที่มีอยู่ในสัญญาทั้งหมดไปยังผู้รับโอน เพราะหากเป็นการโอนเพียงข้อตกลงเพียงบางส่วนในสัญญาเดิมไปให้ผู้รับโอนแล้ว ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการโอนสัญญา

อีกทั้ง ผลของการโอนสัญญาที่จะกล่าวต่อไปนี้* มีผลทำให้ผู้โอนหลุดพ้นจากการหนี้ที่ตนมีต่อคู่สัญญาเดิมและหมดสิทธิที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาเดิมปฏิบัติตามภาระหนี้แก่ตนอีกด้วย ในขณะที่ผู้รับโอนเข้ามาแทนที่ผู้โอน อันมีผลทำให้ผู้รับโอนมีทั้งสิทธิและหน้าที่ต่อคู่สัญญาเดิมในสัญญาดังกล่าว จึงย่อมเป็นการยืนยันว่าคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนย่อมสามารถที่จะโอนสัญญาทั้งหมดที่ตนได้ทำขึ้น ไปยังบุคคลภายนอกหรือผู้รับโอนได้

2.3.4.2 การโอนสัญญาบางส่วน

การโอนสัญญาเพียงบางส่วน คือ การโอนเพียงข้อตกลงข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อที่กำหนดอยู่ในสัญญา ไปยังบุคคลฝ่ายผู้รับโอนนั่นเอง ซึ่งหลักการโอนสัญญาไม่ได้รองรับการโอนสัญญาเพียงบางส่วนดังกล่าวไว้ เพราะจะถือว่าเป็นการทำสัญญารับช่วง³⁹ (sub-contract) ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญารับช่วงเป็นสัญญาที่คู่สัญญายินยอมแบ่งแยกสัญญาเดิมของตนให้กับบุคคลฝ่ายที่สาม โดยการโอนสัญญาเดิมของตนทั้งหมด หรือเพียงข้อตกลงบางส่วนที่อยู่ใน

* โปรดดู หัวข้อ 2.3.6 ผลของการโอน

³⁹ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 226-227.

สัญญาเดิม เช่น ผู้เช่าทรัพย์สินของให้บุคคลอื่นเช่าช่วงทรัพย์สินที่ตนเช่ามานั้นต่ออีกทอดหนึ่ง และผลของสัญญารับช่วงต้องขึ้นอยู่กับสัญญาเดิมหรือสัญญาหลัก ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการเลิกสัญญา ความเสียหายของสัญญา หรือความเป็นโมฆะของสัญญาหลัก ย่อมมีผลถึงสัญญารับช่วงดังกล่าวด้วยทั้งสิ้น

ในขณะที่การโอนสัญญา ไม่ได้มีการแบ่งแยกการสัญญาเพื่อโอนให้แก่บุคคลภายนอกแต่อย่างใด ฉะนั้น ผู้รับโอนย่อมรับโอนไปซึ่งสัญญาเดิมนั้นทั้งหมด

ดังนั้น การโอนสัญญาตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี จึงไม่อาจที่จะโอนสัญญาเพียงบางส่วนให้แก่บุคคลฝ่ายผู้รับโอนได้ มิฉะนั้น จะเป็นเรื่องของการทำสัญญารับช่วงตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.3.5 แบบแห่งการโอน

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้โอนกับผู้รับโอนแสดงความตกลงกัน ที่จะโอนความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วยหลักการโอนสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายดั้งเดิมยินยอมให้มีการโอนสัญญาดังกล่าวแล้ว การโอนสัญญาดังกล่าวก็ถือว่าสมบูรณ์มีผลใช้บังคับได้ คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ หรือต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แต่อย่างใด

2.3.6 ผลของการโอนสัญญา

เมื่อคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนได้มีการโอนสัญญาที่ตนมีทั้งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าวไปให้บุคคลภายนอกหรือผู้รับโอนแล้ว ก็จะก่อให้เกิดผลต่อคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการโอนสัญญาดังกล่าวทั้งสิ้น โดยแบ่งผลของการโอนได้เป็น 3 ประเภท คือ

1.) ผลระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเดิม

คู่สัญญาฝ่ายที่โอนสัญญาไปให้บุคคลภายนอก หรือเรียกว่าผู้โอนนั้น เป็นอันหลุดพ้นจากหน้าที่ที่ตนเองมีต่อคู่สัญญาเดิม และไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ สำหรับการไม่ชำระหนี้ที่เกิดจากผู้รับโอนด้วย⁴⁰ เนื่องจากเป็นผลตามปกติของการโอน⁴¹ กล่าวคือ เมื่อการโอนได้ทำขึ้น ผู้โอนย่อมไม่มีหน้าที่ใด ๆ ต่อคู่สัญญาเดิมอีก เพราะหน้าที่ต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิต่าง ๆ ได้โอนไปยังบุคคลฝ่ายที่เรียกว่าผู้รับโอนแล้ว

⁴⁰ Article 1408 para.1 The assignor is released from his obligations to the other contracting party from the time when the substitution becomes effective as to the latter (1407).

⁴¹ Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick, *Italian Private Law*, p. 226-227.

อย่างไรก็ตาม ผู้โอนยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิด หากคู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้อย่างชัดแจ้งว่า ไม่ประสงค์ที่จะปลดปล่อยให้ผู้โอนหลุดพ้นจากความรับผิดดังกล่าว เช่นนี้ ก็จะมีผลทำให้ผู้โอนยังคงต้องรับผิดชอบอยู่ หากผู้รับโอนไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาที่รับโอนไป⁴²

2.) ผลระหว่างคู่สัญญาเดิมกับผู้รับโอน

คู่สัญญาเดิมมีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ใด ๆ ที่ตนมีอยู่ตามข้อสัญญาขึ้นกล่าวอ้างผู้รับโอนได้ เว้นแต่ ข้อต่อสู้นั้นจะเป็นข้อต่อสู้ที่เกิดจากความสัมพันธ์เฉพาะตัวที่คู่สัญญาเดิมมีต่อผู้โอน อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้มีข้อยกเว้นของข้อยกเว้นว่า หากคู่สัญญาเดิมได้สงวนสิทธิในข้อต่อสู้ต่าง ๆ เหล่านั้นเอาไว้ในขณะที่มีการยินยอมให้มีการโอนสัญญา ย่อมยกขึ้นกล่าวอ้างผู้รับโอนได้ แม้ว่าจะเป็นข้อต่อสู้ที่เกิดจากความสัมพันธ์กับผู้โอนก็ตาม⁴³

3.) ผลระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน

เมื่อผู้โอนได้โอนสัญญาไปให้กับบุคคลภายนอกหรือผู้รับโอนแล้ว ผู้โอนจะถูกผูกพันที่จะต้องประกันถึงความมีอยู่ของสัญญาที่โอนให้แก่ผู้รับโอน⁴⁴ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าจะต้องรับประกันว่าหากผู้รับโอนยอมรับโอนสัญญา อันมีผลทำให้ผู้รับโอนเข้ามาสวมฐานะทั้งความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาที่รับโอนมาแล้ว ผู้รับโอนย่อมที่จะได้ทั้งสิทธิและหน้าที่อย่างเดียวกับผู้โอนที่มีอยู่ตามสัญญานั้น และสัญญานั้นจะยังต้องมีผลใช้บังคับได้อยู่

ตามที่ได้ศึกษาถึงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิและหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี เป็นกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่แตกต่างจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีมีบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญาที่กำหนดเกี่ยวกับการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญา ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยจะมีหลักกฎหมาย

⁴² Article 1408 para.2 However, if the other contracting party has declared that he does not release the assignor, he can sue the assignor whenever the assignee fails to perform the obligation assumed.

⁴³ Article 1409 The original contracting party can raise against the assignee all defenses arising out of the contract, but not those based on other relationships with the assignor, unless he expressly reserved a right hereto when he consented to the substitution.

⁴⁴ Article 1410 The assignor is bound to guarantee the validity of the contract.

ที่ปรับใช้กับเรื่องดังกล่าวเฉพาะหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่เท่านั้น ฉะนั้น ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และเปรียบเทียบเกี่ยวกับหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีกับหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยในบทที่ 5 ต่อไป

บทที่ 3

การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในบทนี้ผู้เขียนมีความประสงค์ที่จะศึกษาหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law หรือระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทยและประเทศสาธารณรัฐอิตาลี เพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศไทยว่ามีปัญหาทางกฎหมายในเรื่องการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนหรือการโอนสัญญาหรือไม่ และมีแนวทางแก้ไขปัญหายังไร

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง และการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญา ซึ่งต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีที่มีหลักกฎหมายดังกล่าว แต่ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำหลักกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับปัญหาเรื่องการโอนสัญญา ดังจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป

ดังนั้น บทนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง บทบัญญัติว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ และแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกี่ยวกับปัญหาเรื่องการโอนสัญญา โดยผู้เขียนจะได้ศึกษาหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลสูงดังกล่าวเรียงลำดับกันไป โดยเริ่มจากหลักกฎหมายว่าด้วยลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้อง การแปลงหนี้ใหม่ และแนวคิดและคำพิพากษาเกี่ยวกับการโอนสัญญา ดังต่อไปนี้

3.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1804¹ บัญญัติอยู่ในส่วนของบรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ลักษณะ 6 ว่าด้วยการซื้อขาย หมวด 8 การโอนสิทธิ ตั้งแต่มาตรา 1689 ถึง 1701 รวมทั้งหมด 13 มาตรา* โดยนักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าสิทธิเรียกร้องนั้นถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่สามารถซื้อขายกันได้ ถือว่าผู้โอนเป็นผู้ขายสิทธิเรียกร้อง และผู้รับโอนเป็นผู้ซื้อสิทธิเรียกร้อง ดังนั้น นิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้องจึงเป็น

¹ Georges Rouhette and Anne Rouhette-Berton, The French Civil Code[Online], 2006. Available from http://www.lexinter.net/ENGLISH/civil_code.htm

* โปรดดูภาคผนวก ข.

อันหนึ่งอันเดียวกับสัญญาซื้อขาย อันเป็นนิติกรรมที่ผู้โอนกับผู้รับโอนตกลงโอนสิทธิเรียกร้องให้กัน อย่างไรก็ตาม การโอนสิทธิเรียกร้องอาจไม่ได้มีมูลเหตุมาจากสัญญาซื้อขายเท่านั้น แต่อาจมาจากสัญญาอื่น เช่น สัญญาให้โดยเสนหาหรือเพื่อแทนการชำระหนี้ก็ได้ หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้ย่อมจะต้องแตกต่างกันออกไปตามนิติกรรมอันเป็นมูลเหตุของการโอนสิทธิเรียกร้องบ้าง แต่หลักการโอนสิทธิเรียกร้องตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาซื้อขายโดยเฉพาะวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อให้สามารถยกการโอนขึ้นใช้ต่อสู้กับบุคคลภายนอกได้ ย่อมสามารถนำมาใช้บังคับได้เสมอ ไม่ว่าจะ เป็นนิติกรรมใด² ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยที่กำหนดหลักกฎหมายดังกล่าวไว้ในบรรพ 2 ลักษณะนี้ ที่ถือเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่นำไปใช้ได้กับทุกนิติกรรมสัญญา

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงมีความประสงค์ที่จะศึกษาหลักการโอนสิทธิเรียกร้องที่อยู่ในส่วนว่าด้วยซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เนื่องจากสัญญาซื้อขายนั้นถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนประเภทหนึ่ง การที่ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดหลักการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ในเรื่องดังกล่าว ย่อมเป็นการยอมรับให้สัญญาต่างตอบแทนสามารถที่จะมีการโอนสิทธิไปยังบุคคลภายนอกได้อยู่ในตัว ซึ่งผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาหลักการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 ออกเป็น 3 หัวข้อ ดังต่อไปนี้ (1) ประเภทของสิทธิเรียกร้องที่โอนกันได้ (2) วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง (3) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง

3.1.1 ประเภทของสิทธิเรียกร้องที่โอนกันได้

โดยทั่วไปสิทธิเรียกร้องย่อมโอนให้กันได้เสมอไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้เงินหรือไม่ก็ตาม³ เว้นแต่คู่กรณีห้ามโอนไว้⁴ เช่น สิทธิเรียกร้องในสัญญาเช่าทรัพย์สินที่ผู้ให้เช่ามีต่อผู้เช่า และที่ผู้เช่ามีต่อผู้ให้เช่า ในอันที่จะได้ใช้สอยหรือรับประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งจากทรัพย์สินที่ให้เช่านั้น เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ยังมีสิทธิเรียกร้องบางประเภทที่ไม่อาจโอนให้กันได้ เช่น สิทธิในเงินบำนาญข้าราชการ หรือสิทธิในเงินค่าชดเชยความเสียหายจากสงคราม เป็นต้น⁵

² Konrad Zweigert and Heins Kotz, *Introduction to Comparative Law*(Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 477.

³ Ibid., p. 892.

⁴ The Law Form of Semion Mouquet Borde & Associates, *Doing Business in France Volume 1*(New York: Matthew Bender, 1989), pp. 6-49.

⁵ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*(Lousiana, 1959), footnote 14, p. 892.

3.1.2 วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องมีวิธีการโอนแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ

(1) ความตกลงระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน

การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ได้โดยอาศัยการแสดงเจตนาต้องตรงกันของผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้น ไม่ต้องทำตามแบบแต่อย่างใด แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1689⁶ จะบัญญัติให้สิทธิเรียกร้องโอนผ่านมือเมื่อมีการส่งมอบเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งสิทธิเรียกร้องแล้ว แต่ศาลประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวไว้ว่า สิทธิเรียกร้องอาจโอนผ่านมือได้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบเอกสารดังกล่าว หากคู่กรณีตกลงกันเช่นนั้น⁷ อันที่จริงการส่งมอบเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งสิทธิเรียกร้องไม่ใช่การส่งมอบสิทธิเรียกร้อง เพราะสิทธิเรียกร้องเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง⁸

ความตกลงระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนทำให้สิทธิเรียกร้องโอนผ่านมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอน แต่จะใช้ยืนยันกันได้ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้น และจะใช้ยืนยันบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อได้บอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ หรือลูกหนี้ยินยอมแก่การโอนตามวิธีการที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1690 แล้ว

(2) การบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ หรือลูกหนี้ยินยอมด้วยการโอน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1690⁹ การโอนสิทธิเรียกร้องจะบริบูรณ์ใช้ยืนยันบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อ ได้มีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้หรือลูกหนี้ยินยอมด้วยการโอนอย่างใดอย่างหนึ่ง การบอกกล่าวการโอนจะต้องทำเป็นเอกสารโดยเจ้าหน้าที่ศาล (the sheriff) เป็นผู้จัดทำเท่านั้น จะทำด้วยวาจาหรือเป็นเอกสารอย่างอื่นไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติการโอนสิทธิเรียกร้องอาจไม่ได้ทำเป็นเอกสาร เนื่องจากศาลฝรั่งเศสได้พิพากษาว่า หากผู้โอนหรือผู้รับโอนได้มีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้โดยผ่านทางหน่วยงานราชการ หรือโดยทางศาล หรือเอกสารที่รับรองโดยโนตารีพับลิก (notaire) ก็มีผลใช้ยืนยันลูกหนี้และบุคคลภายนอกได้¹⁰

⁶ Article 1689 In case of assignment of a claim, or of a right or of an action against a third party, delivery takes place between the assignor and the assignee by handing over the instrument of title.

⁷ Konrad Zweigert and Heins Kotz, *Introduction to Comparative Law*, footnote 13, p. 478.

⁸ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2*, part 1, footnote 14, p. 892.

⁹ Article 1690 An assignee is vested with regard to third parties only by notice of the assignment served upon the debtor. Nevertheless, the assignee may likewise be vested by acceptance of the assignment given by the debtor in an authentic act.

¹⁰ Konrad Zweigert and Heins Kotz, *Introduction to Comparative Law*, pp. 448-449.

โดยทั่วไปเมื่อลูกหนี้รู้ถึงการโอนแล้วย่อมเพียงพอแก่การผูกพันให้ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้ผู้รับโอนแล้ว การที่กฎหมายกำหนดให้มีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ก็โดยมีความมุ่งหมายเพื่อจะตัดปัญหาในการพิสูจน์ว่าลูกหนี้รู้ถึงการโอนแล้วหรือไม่ อันเป็นข้อเท็จจริงที่นำสืบได้ยาก ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายจึงเห็นว่า ควรจะเพิ่มเติมเรื่องที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมด้วยการโอนไว้ด้วย เพราะสามารถแสดงให้เห็นว่าลูกหนี้รู้ถึงการโอนแล้วเช่นกัน โดยกำหนดให้มีหลักฐานเป็นเอกสารซึ่งเจ้าพนักงานโนตารีพับลิก (notaire) เป็นผู้จัดทำ¹¹

หากไม่ได้มีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้อย่างถูกต้อง หรือลูกหนี้ยังไม่ได้ยินยอมด้วยการโอนไว้แล้ว ในสายตาของลูกหนี้ ผู้โอนยังคงเป็นเจ้าของอยู่ ลูกหนี้จึงยังต้องชำระหนี้ให้ผู้โอน และเมื่อชำระหนี้แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1691¹² หนี้ย่อมระงับ แต่หากลูกหนี้ไปชำระหนี้ให้ผู้รับโอนแทน ย่อมไม่อาจยกเอาการชำระหนี้ขึ้นชี้แจงผู้โอนได้ โดยอ้างว่าได้รับรู้ถึงการโอนจากทางอื่นแล้ว

3.1.3 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง

(1) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อผู้โอนกับผู้รับโอน

ผู้โอนมีหน้าที่รับรองความมีอยู่ของสิทธิเรียกร้องที่โอนให้กัน เฉพาะในกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องมีมูลเหตุมาจากสัญญาซื้อขาย โดยผู้โอนจะต้องรับรองว่าสิทธิเรียกร้องที่โอนให้กันมีอยู่จริง ตามความในมาตรา 1693¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ไม่ถึงกับต้องรับรองว่าลูกหนี้ไม่ได้เป็นบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวในขณะโอน เว้นแต่ผู้โอนจะรับรองไว้เช่นนั้นโดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ความรับผิดของผู้โอนจะจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนค่าตอบแทนที่ผู้โอนได้รับจากการขายสิทธิเรียกร้องนั้น อย่างไรก็ตาม ผู้โอนจะรับรองว่า ลูกหนี้จะไม่ใช่บุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวในเวลาต่อมาก็ได้¹⁴ แต่หากการโอนสิทธิเรียกร้องมีมูลเหตุมาจากสัญญาให้โดยเสน่หาแล้ว ผู้โอนไม่มีหน้าที่ต้องรับรองความมีอยู่ของสิทธิเรียกร้องที่โอนให้กันแต่อย่างใด เว้นแต่ผู้โอนทำถ้อยแถลงหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง¹⁵

¹¹ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*, footnote 14, p. 894.

¹² Article 1691 Where, before the debtor has been given notice by the assignor or the assignee, the debtor has paid the assignor, he is lawfully discharged.

¹³ Article 1693 A person who sells a claim or any other incorporeal right must warrant its existence at the time of the assignment, even though it is made without warranty.

¹⁴ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*, footnote 14, p. 904.

¹⁵ Ibid.

(2) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อลูกหนี้

การโอนสิทธิเรียกร้องมีผลต่อลูกหนี้ด้วยกัน 3 ประการ คือ

(1) ผู้รับโอนจะมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แทนผู้โอน มาตรา 1691 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส บัญญัติว่า " หากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ผู้โอน ก่อนที่จะได้รับการบอกกล่าวการโอนจากผู้โอนหรือผู้รับโอน ลูกหนี้นั้นเป็นอันหลุดพ้นจากหนี้ " เนื่องจากในสายตาของลูกหนี้ ผู้โอนยังมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ จนกว่าจะได้มีการบอกกล่าวการโอนแก่ ลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้ความยินยอมด้วยการโอนตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว โดยทั่วไป ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้ผู้โอนเท่านั้น จึงจะหลุดพ้นจากหนี้ ถ้าการบอกกล่าวหรือการให้ความยินยอม ไม่ได้กระทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ ลูกหนี้จะอ้างว่าตนได้รู้ถึงการโอนจากทางอื่นไม่ได้ อย่งไรก็ตาม ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางหลักเพื่อจำกัดขอบเขตการบังคับใช้มาตรา ดังกล่าวไว้หลายประการ¹⁶ ได้แก่

(1.1) ผู้รับโอนอาจสามารถฟ้องร้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้ได้ แม้จะยังไม่มีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ในสายตาของลูกหนี้ ศาลฝรั่งเศสถือว่าคำฟ้องที่ผู้รับโอนแสดงให้เห็น อย่างชัดเจนว่าโจทก์ฟ้องร้องในฐานะผู้รับโอน เป็นการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ตามวิธีการที่กฎหมาย กำหนดไว้แล้ว¹⁷ แต่การฟ้องร้องลูกหนี้จะต้องไม่รบกวนขัดสิทธิของบุคคลภายนอกที่มีอยู่ก่อนยื่น คำฟ้อง

(1.2) การให้ความยินยอมด้วยการโอนของลูกหนี้ อาจทำโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ การที่ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1690 วรรคสอง บัญญัติว่า " การให้ความยินยอมแก่การโอนของลูกหนี้จะต้องมีหลักฐานเป็นเอกสาร ซึ่งเจ้าพนักงานโนตารีพับลิกเป็นผู้จัดทำขึ้น " นั้น ก็เพื่อประโยชน์แก่การยกเอาการโอนขึ้นใช้ยัน บุคคลภายนอกได้เท่านั้น ไม่รวมถึงลูกหนี้ด้วย เมื่อลูกหนี้ให้ความยินยอมแก่การโอนไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แล้ว ย่อมผูกพันให้ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอน โดยจะอ้างว่าไม่มีการโอนไม่ได้ เนื่องจาก กฎหมายยอมรับว่าสัญญาามีผลผูกพันคู่สัญญาได้เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันเท่านั้น ดังนั้น เมื่อลูกหนี้ให้ความยินยอมด้วยการโอนแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมผูกพันลูกหนี้ให้จะต้อง ชำระหนี้แก่ผู้รับโอน¹⁸

(1.3) การที่ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ผู้โอนไปก่อนที่จะได้รับการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอมด้วยการโอน ในบางกรณีลูกหนี้ อาจถูกผู้รับโอนฟ้องบังคับให้ ชำระหนี้อีกครั้งหนึ่งก็ได้ ถ้าในขณะที่ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ผู้โอน ลูกหนี้รู้ถึงการโอนและการชำระหนี้

¹⁶ Konrad Zweigert and Heins Kotz, *Introduction to Comparative Law*, footnote 13, pp. 478-479.

¹⁷ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*, footnote 14, p. 899.

¹⁸ *Ibid.*, footnote 14, p.894. ; Konrad Zweigert, and Heins Kotz, 1992: footnote 13, p. 478.

เกิดจากการคบคิดกันกับผู้โอนเพื่อฉ้อฉลผู้รับโอน ในบางคดีศาลฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าคบคิดกันเพื่อฉ้อฉลแล้ว แม้ข้อเท็จจริงจะมีแต่เพียงว่าลูกหนี้รู้ถึงการโอนแล้วเท่านั้น¹⁹

(2) ลูกหนี้สามารถยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอน ขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้ หากลูกหนี้มีข้อต่อสู้ใดๆ ใดๆ อยู่ต่อผู้รับโอนในเวลาก่อนได้รับการบอกกล่าวการโอนหรือให้ความยินยอมด้วยการโอนแล้ว ลูกหนี้อาจยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้เช่นกัน เช่น ข้อต่อสู้ว่าตนมีสิทธิเรียกร้องอย่างไร ใดๆ จากผู้โอน อันก่อให้เกิดสิทธิขอหักกลบลบหนี้กับสิทธิเรียกร้องที่ถูกโอนไป หรือข้อต่อสู้ว่าตนได้ทำการอย่างไร ใดๆ อันมีผลเหมือนกับการชำระหนี้ให้ผู้โอนแล้ว ทำให้สิทธิที่ถูกโอนไปนั้นเป็นอันระงับ²⁰ เป็นต้น ข้อต่อสู้ใดๆ ใดๆ ที่ลูกหนี้มีต่อผู้โอนภายหลังจากที่ลูกหนี้ได้รับการบอกกล่าวการโอน หรือให้ความยินยอมด้วยการโอนแล้ว ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ผู้รับโอนไม่ได้ โดยทั่วไปผลของการบอกกล่าวและการให้ความยินยอมนั้นเหมือนกัน เว้นแต่เมื่อลูกหนี้ให้ความยินยอมด้วยการโอนแล้ว ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ว่าตนมีสิทธิเรียกร้องอย่างไร ใดๆ จากผู้โอนเพื่อขอหักกลบลบหนี้กับสิทธิเรียกร้องที่ถูกโอนไปไม่ได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1295 เนื่องจากการให้ความยินยอมด้วยการโอนถือเท่ากับว่าลูกหนี้ยอมผูกพันตนกับผู้รับโอนโดยตรง และสละข้อต่อสู้ในเรื่องการขอหักกลบลบหนี้แล้ว เว้นแต่ลูกหนี้จะได้สงวนข้อต่อสู้ดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง

มีข้อต่อสู้อีกประการหนึ่งที่ลูกหนี้อาจยกขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้เสมอไม่ว่าข้อต่อสู้จะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้ความยินยอมด้วยการโอน และไม่ว่าลูกหนี้จะสงวนข้อต่อสู้ดังกล่าวไว้หรือไม่ก็ตาม อันได้แก่ ข้อต่อสู้ในเนื้อหาอันเป็นสิทธิเรียกร้องนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีผู้เช่าได้โอนสิทธิเรียกร้องในค่าเช่าให้แก่โจทก์โดยได้รับความยินยอมจากผู้เช่า ซึ่งไม่ได้สงวนข้อต่อสู้เพื่อจะขอหักกลบลบหนี้เอาไว้ แล้วต่อมาผู้เช่าซึ่งเป็นจำเลยสามารถแสดงได้ว่าสถานที่เช่านั้นไม่เหมาะสมแก่การอยู่อาศัยตามที่กำหนดไว้ในสัญญา จำเลยมีสิทธิที่จะนำเงินที่ตนได้จ่ายไปในการซ่อมแซมที่อยู่อาศัยนั้นให้มีสภาพที่ดี มาหักกลบลบหนี้กับเงินค่าเช่าที่ตนเองจะต้องจ่ายให้โจทก์ได้²¹

(3) ผู้รับโอนได้สิทธิอุปกรรมไปด้วย ตามมาตรา 1692²² ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้รับโอนจะได้รับสิทธิอุปกรรมทุกประเภทที่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องไปด้วย เช่น สิทธิอันเกิดจากการค้าประกัน สิทธิยึดหน่วง หรือสิทธิจำนอง

¹⁹ Konrad Zweigert and Heins Kotz, *Introduction to Comparative Law*, p. 479.

²⁰ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*, footnote 14, p. 900.

²¹ Konrad Zweigert and Heins Kotz, *Introduction to Comparative Law*, p. 479.

²² Article 1692 The sale or assignment of a claim includes the accessories of the claim, such as security, prior charges and mortgages.

(3) ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อบุคคลภายนอก

การโอนสิทธิเรียกร้องจะมีผลไปถึงบุคคลภายนอกต่อเมื่อได้มีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมด้วยกับการโอนนั้น

หากยังไม่ได้มีการบอกกล่าวการโอนหรือก่อนที่ลูกหนี้จะให้ความยินยอมกับการโอนสิทธิเรียกร้อง ในสายตาของบุคคลภายนอก ยังถือว่าผู้โอนยังคงเป็นเจ้าของหนี้ในสิทธิเรียกร้องอยู่ ไม่ใช่ผู้รับโอน ดังนั้น เจ้าหนี้ทั้งหลายของผู้โอนจึงอาจจะอายัดสิทธิเรียกร้องที่ถูกโอนไปได้ โดยยังถือว่าสิทธิเรียกร้องยังเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินของผู้โอนซึ่งเป็นลูกหนี้ของตน ซึ่งเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้²³

3.2 การแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1804²⁴ บัญญัติอยู่ในส่วนของบรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ลักษณะ 3 บทเบ็ดเสร็จทั่วไปว่าด้วยหนี้และสัญญา หมวด 5 ว่าด้วยความระงับแห่งหนี้ ตั้งแต่มาตรา 1271 ถึง 1281 รวมทั้งหมด 11 มาตรา* ซึ่งผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ออกเป็น 4 หัวข้อ ดังต่อไปนี้ (1) ประเภทของการแปลงหนี้ใหม่ (2) การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ (3) การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ (4) ผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ ดังนี้

3.2.1 ประเภทของการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแบ่งการแปลงหนี้ใหม่ออกเป็น 3 ประเภทได้แก่ 1.แปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้

²³ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law* Volume 2, part 1, footnote 14, p. 900.

²⁴ Georges Rouhette and Anne Rouhette-Berton, *The French Civil Code*[Online], 2006. Available from http://www.lexinter.net/ENGLISH/civil_code.htm

* โปรดดูภาคผนวก ข.

2. แปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และ 3. แปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ตามความในมาตรา 1271 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส²⁵

ทั้งนี้ การแปลงหนี้ใหม่ไม่ว่าจะเป็นประเภทใดก็ตาม จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการแปลงหนี้ใหม่ จะต้องมีความสามารถในการที่จะทำสัญญา ตามมาตรา 1272 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส²⁶ และการแปลงหนี้ใหม่จะต้องมีการแสดงออกอย่างแจ่มชัดว่าต้องการที่จะแปลงหนี้ เพราะหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นได้ด้วยเจตนาที่จะให้หนี้ใหม่เกิดขึ้นและให้หนี้เก่าระงับไป²⁷ ซึ่งหากเกิดกรณีเป็นที่สงสัยว่าคู่สัญญามีเจตนาแปลงหนี้ใหม่หรือไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1273 ได้บัญญัติห้ามมิให้มีข้อสันนิษฐานใด ๆ ว่ามีเจตนาแปลงหนี้ใหม่²⁸ ดังนั้น หากคู่สัญญาไม่มีเจตนาที่ชัดแจ้งที่จะแปลงหนี้ใหม่แล้ว กฎหมายย่อมถือว่าไม่มีการแปลงหนี้เกิดขึ้น หนี้เก่าจึงไม่ระงับ²⁹ โดยเจตนาในการแปลงหนี้ใหม่ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะเจตนาในการแปลงหนี้สามารถรู้ได้จากสัญญาเดิมของคู่สัญญา หรือพฤติการณ์ที่แสดงออกของคู่สัญญาก็ได้³⁰ ดังนั้น การแปลงหนี้ใหม่จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ³¹

3.2.2 การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ คือ กรณีที่เจ้าหนี้ในสัญญาต้องการที่จะให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้มีสิทธิตามสัญญาที่จะเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติชำระหนี้แทนตน โดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวการเปลี่ยนเจ้าหนี้ให้ลูกหนี้ทราบ³²

ส่วนวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ด้วย³³ เนื่องจากลูกหนี้นั้นจะต้องผูกพันตนเข้ามาในสัญญาใหม่ที่มีเจ้าหนี้คนใหม่ นั่นเอง

²⁵ Article 1271 Novation is brought about in three ways:

1. Where a debtor contracts towards his creditor a new debt which is substituted for the old one, which is extinguished;
2. Where a new debtor is substituted for the old one who is discharged by the creditor;
3. Where, by the effect of a new undertaking, a new creditor is substituted for the old one, towards whom the debtor is discharged.

²⁶ Article 1272 Novation may be brought about only between persons capable of contracting.

²⁷ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*, p. 302.

²⁸ Article 1273 Novation may not be presumed; the wish to bring it about must clearly result from the instrument.

²⁹ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*, p. 302.

³⁰ *Ibid.*, p. 303.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 300.

ด้วยความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ในการแปลงหนี้เช่นนี้ เจ้าหนี้คนเดิมและเจ้าหนี้คนใหม่จึงไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือแต่อย่างใด

ดังนั้น วิธีการของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงแตกต่างจากบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องใน 2 ประเด็นด้วยกัน กล่าวคือ ประเด็นแรก การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ ในขณะที่การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นเรื่องที่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากตัวลูกหนี้ และประเด็นที่สอง การแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวการแปลงหนี้ดังกล่าวให้ลูกหนี้ทราบ ฉะนั้น เรื่องแบบแห่งการบอกกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องใช้ในการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ซึ่งต่างจากหลักการโอนสิทธิเรียกร้องที่จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ การโอนสิทธิเรียกร้องจึงจะถือว่า มีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้กับลูกหนี้

นอกจากนี้ กรณีที่ลูกหนี้เพียงระบุถึงตัวบุคคลที่จะทำการชำระหนี้ หรือกรณีที่เจ้าหนี้ระบุตัวผู้รับชำระหนี้แทนตนนั้น ไม่ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ตามมาตรา 1277 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส³⁴

3.2.3 การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้และการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ คือ กรณีที่ลูกหนี้เดิมในสัญญาร้องขอให้เจ้าหนี้ในสัญญายินยอมรับบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นลูกหนี้คนใหม่แทนตนเอง ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าเจ้าหนี้จะต้องแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งที่จะปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้คนเดิม เพราะถ้าเจ้าหนี้ไม่แสดงเจตนาปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้เดิมเช่นนั้นแล้วย่อมไม่ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ตามความในมาตรา 1275 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส³⁵ ย่อมแสดงให้เห็นว่าวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนลูกหนี้ นั่นคือ จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการแสดงออกหรือความยินยอมของเจ้าหนี้จะต้องทำเป็นหนังสือหรือไม่ ในทางกลับกัน

³³ Ibid.

³⁴ Article 1277 A mere indication, made by a debtor, of a person who is to pay in his stead, does not bring about a novation.

It shall be likewise as to a mere indication made by a creditor, of a person who is to receive for him.

³⁵ Article 1275 A delegation by which a debtor gives a creditor another debtor who binds himself towards the creditor, does not bring about a novation, unless the creditor has expressly declared that he intended to discharge his debtor who made the delegation.

การแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เดิม ตามความในมาตรา 1274³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะต้องเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ยินยอมที่จะปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้คนเดิมอย่างแท้จริง มิเช่นนั้นแล้ว การที่มีลูกหนี้คนใหม่เข้ามาผูกพันรับผิดชอบในหนี้ดังกล่าวโดยเจ้าหนี้ไม่ได้ปลดหนี้ให้กับลูกหนี้คนเดิมแล้ว จะเป็นเรื่องของหลักกฎหมายว่าด้วยการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ หรือ Delegation ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

การมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) หมายถึง การกระทำซึ่งบุคคลหนึ่งได้ขอให้อีกบุคคลหนึ่งยอมรับบุคคลภายนอกเป็นลูกหนี้ โดยที่บุคคลภายนอกนั้นยินยอมที่จะผูกพันตนกับเขา³⁷ โดยผู้ที่เริ่มกระบวนการหรือเป็นผู้มอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ให้บุคคลภายนอกนั้น เรียกว่า delegator ส่วนบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้จะเรียกว่า delegatee ส่วนบุคคลภายนอกผู้ได้รับมอบหมาย โดยความยินยอมของตนเข้ามาเป็นลูกหนี้ เรียกว่า delegated³⁸

ดังนั้น วิธีการในการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ในอันที่จะยอมรับบุคคลภายนอกให้เข้ามาเป็นลูกหนี้ของตนด้วย ทั้งจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลภายนอกผู้ได้รับมอบหมายให้เข้ามาปฏิบัติการชำระหนี้ด้วย

ส่วนความสำคัญของการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ จะเป็นกรณีที่ผู้มอบหมายผู้เป็นลูกหนี้ ซึ่งจะทำการมอบหมายให้บุคคลภายนอกเข้ามาปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้แทนตนนั้น ส่วนมากจะเป็นเจ้าหนี้อีกบุคคลภายนอกผู้รับมอบหมายนั้น ดังนั้น ผู้มอบหมายจึงชอบจะสั่งให้บุคคลภายนอกผู้รับมอบหมายที่เป็นลูกหนี้ของตนเองเข้าชำระหนี้แทนที่ ซึ่งหากผลของการมอบหมายนั้นสำเร็จจนกระทั่งผู้ได้รับมอบหมายได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนเสร็จสิ้นแล้ว หนี้ทั้ง 2 ส่วนก็จะระงับลง กล่าวคือ หนี้ระหว่างผู้มอบหมายกับเจ้าหนี้ และหนี้ระหว่างผู้มอบหมายกับบุคคลภายนอกผู้รับมอบหมายจะระงับไป และความสำคัญของการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ยังมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจ เพราะทำให้ทำธุรกรรมได้ง่ายขึ้น และทำได้ง่ายโดยการกระทำเพียงครั้งเดียว แต่ผลทางกฎหมายเสมือนกับทำธุรกรรม 2 อย่างต่อเนื่องกัน³⁹

ส่วนประเภทของการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ นั้น ยังแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การมอบหมายให้ปฏิบัติการชำระหนี้ที่สมบูรณ์ (Perfect Delegation) และการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่สมบูรณ์ (Imperfect Delegation) ซึ่งประเภทแรกเป็น

³⁶ Article 1274 Novation by substitution of a new debtor may be brought about without the assistance of the first debtor.

³⁷ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*, p. 306.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., pp. 306-307.

กรณีที่เจ้าหนี้ยอมรับลูกหนี้ใหม่ที่เข้ามาแทนที่ลูกหนี้เดิมของตน โดยการที่ลูกหนี้เดิมได้มอบหมายให้บุคคลภายนอกหรือลูกหนี้คนใหม่เข้ามาปฏิบัติการชำระหนี้แทน โดยเจ้าหนี้ยินยอมให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากหนี้หนี้ ทั้งนี้ ผลของการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ที่สมบูรณ์จะมีผลเสมือน “การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้” ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นการมอบหมายประเภทนี้ จะไม่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ เนื่องจากการมอบหมายประเภทนี้ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์กับเจ้าหนี้ เพราะเจ้าหนี้จะเหลือลูกหนี้คนใหม่เพียงคนเดียวที่ตนจะเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้⁴⁰

ส่วนการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ประเภทที่สอง คือ การมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่สมบูรณ์เป็นกรณีที่เจ้าหนี้ไม่ได้มีเจตนาให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากหนี้หนี้ด้วย ลูกหนี้เดิมยังคงรับผิดชอบในหนี้หนี้พร้อมกับลูกหนี้คนใหม่ด้วย เสมือนมีลูกหนี้คนใหม่เพิ่มเข้ามาอีกคนหนึ่ง ซึ่งการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ประเภทนี้ไม่ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ตามความในบทบัญญัติมาตรา 1275 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴¹ โดยมาตราดังกล่าวกำหนดว่า “การมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ได้มีผลเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้แสดงออกโดยชัดแจ้งโดยปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้”

3.2.4 ผลของการแปลงหนี้ใหม่

เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ จะมีผลทำให้หนี้เดิมระงับลง และเกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาแทนที่⁴² ฉะนั้น เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้แล้ว เจ้าหนี้เดิมจึงไม่อาจเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ต่อตนเองได้ และหากเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ลูกหนี้เดิมย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้⁴³ เสมือนว่าได้มีการชำระหนี้หนี้แล้ว⁴⁴ ทั้งนี้ กรณีที่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ในกรณีที่เจ้าหนี้ได้ทำการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้คนหนึ่งคนใด จะมีผลให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 1281 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴⁵

⁴⁰ Ibid., p. 308.

⁴¹ Article 1275 A delegation by which a debtor gives a creditor another debtor who binds himself towards the creditor, does not bring about a novation, unless the creditor has expressly declared that he intended to discharge his debtor who made the delegation.

⁴² Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1*, p. 304.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Article 1281 Co-debtors are released by a novation made between a creditor and one of the joint and several debtors

A novation brought about with respect to a principal debtor discharges the sureties Nevertheless, where a creditor in the first case, has required adhesion of the co-debtors or, in the second case, that of the sureties, the former claim subsists, where the co-debtors or the sureties refuse to agree to the new arrangement.

ส่วนผลต่อประกันหนี้ที่มีก่อนหน้านี้ และสิทธิจำนองในหนี้เดิมนั้นระงับไป เว้นแต่เจ้าหนี้จะได้สงวนสิทธิดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดแจ้ง ตามมาตรา 1278 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴⁶ หรือถ้าหากบุคคลภายนอกเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่นำมาประกันเอาไว้ ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลภายนอกดังกล่าวด้วย ตามมาตรา 1279 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴⁷

ส่วนหากเป็นกรณีการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ให้บุคคลภายนอกเข้ามาชำระหนี้แทนลูกหนี้ (Delegation) เมื่อไม่ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่แล้วตามมาตรา 1275 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น หนี้เดิมนั้นจึงยังไม่ระงับ และลูกหนี้เดิมนั้นก็ไม่หลุดพ้นจากภาระหนี้ด้วย

3.3 แนวคิดและคำพิพากษาศาลสูงเกี่ยวกับการโอนสัญญา⁴⁸

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีเฉพาะหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่ แต่ไม่ปรากฏหลักการโอนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหลักการทั่วไป อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีหลักการโอนสัญญาปรากฏ แต่ประเด็นเรื่องการโอนสัญญาก็มีข้อโต้เถียงในหมู่นักกฎหมายฝรั่งเศสเกิดขึ้น โดยเป็นประเด็นข้อโต้เถียงว่า สามารถโอนกันได้หรือไม่ เฉพาะในกรณีของการโอนสัญญาที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนเท่านั้น เนื่องจากหากเป็นกรณีสัญญาฝ่ายเดียวหรือกรณีสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการชำระหนี้ฝ่ายของตนเรียบร้อยแล้วนั้น กรณีนี้การโอนสัญญาจะเป็นเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องไป

แต่สำหรับการโอนสัญญาที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนนั้น การโอนสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งถือเป็นการโอนไปทั้งหนี้และสิทธิเรียกร้องในเวลาเดียวกัน จึงทำให้ดูเผินๆ เหมือนว่าการโอนลักษณะดังกล่าวเป็นกรณีของการผสมระหว่างหลักการโอนสิทธิเรียกร้องและการโอนหนี้ใหม่เข้าด้วยกัน

⁴⁶ Article 1278 Prior charges and mortgages of a former claim do not pass to the one which is substituted to it, unless the creditor has expressly reserved them.

⁴⁷ Article 1279 Where novation is brought about by substitution of a new debtor, the original prior charges and mortgages of the claim do not pass on the property of the new debtor. The original prior charges and mortgages of the claim may be reserved with the consent of the owners of the encumbered property, for the guarantee of the performance of the undertaking of the new debtor.

⁴⁸ Juris Pedia, La cession de contrat en droit français: mécanisme translatif de droit ou créateur de droit?[Online], 2007. Available from http://fr.jurispedia.org/index.php/La_cession_de_contrat_en_droit_fran%C3%A7ais:_m%C3%A9canisme_translatif_de_droit_ou_cr%C3%A9ateur_de_droit%3F

ซึ่งประเด็นว่าเป็นหลักอะไรกันแน่ นั้นมีนักกฎหมายหลายคนได้ออกมาให้ความเห็นโต้เถียงกันมาก แต่ปัญหาส่วนมากจะโยงอยู่กับประเด็นเรื่องความยินยอมของคู่สัญญาเดิมที่ถูกโอน เนื่องจากคู่สัญญาเดิมส่วนมากไม่อยากจะยอมรับให้มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญากันขึ้น ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ดังนั้น ในบทนี้ ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงแนวคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับการโอนสัญญาในหมู่นักกฎหมายและผู้พิพากษาประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสก่อนเป็นอันดับแรก เพื่อให้เห็นถึงความเป็นมา เป็นไป และพัฒนาการของแนวคิดเรื่องการโอนสัญญาว่าเป็นเช่นไร แล้วจึงจะกล่าวถึงวิธีการของการโอนสัญญาตามแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่าเป็นอย่างไรต่อไป

3.3.1 แนวคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับการโอนสัญญา

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ประเด็นปัญหาเรื่องการโอนสัญญาในสัญญาต่างตอบแทน นั้น เป็นข้อโต้เถียงในหมู่นักกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่าสามารถที่จะทำการโอนกันได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งจากแนวคิดของผู้พิพากษาประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีแนวคิดที่พัฒนาจากการมองว่าสัญญาที่จะทำการโอนกันนั้น เป็นส่วนผสมของเรื่องสิทธิเรียกร้องที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีต่อกัน กับเรื่องหนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติภาระหนี้ต่อกันด้วย หรือควรจะมองว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาที่มองเป็นหน่วยหนึ่งที่สมบูรณ์ในตัวเอง ไม่ได้มองแยกว่าเป็นสิ่งที่ประกอบขึ้นด้วยสิทธิเรียกร้องและหนี้ และแนวคิดที่พัฒนาต่อมาก็คือแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสัญญาว่าควรที่จะมีหลักการโอนสัญญาเป็นของตนเอง หรือจะต้องนำหลักกฎหมายอื่นที่มีอยู่มาปรับใช้กับการโอนสัญญานี้

ดังนั้น ผู้เขียนจะขอแบ่งหัวข้อออกเป็น 2 หัวข้อ กล่าวคือ หัวข้อแรกจะกล่าวถึงข้อโต้เถียงเกี่ยวกับการโอนสัญญา ซึ่งจะเป็นแนวคิดเกี่ยวกับการมองสัญญาซึ่งจะมีผลต่อการโอนสัญญา และหัวข้อที่สองจะเป็นแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญา ดังนี้

3.3.1.1 ข้อโต้เถียงเกี่ยวกับการโอนสัญญา

แนวคิดของผู้พิพากษาประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสต่อเรื่องการโอนสัญญาโดยผ่านการทำสัญญานั้น เดิมทีผู้พิพากษามักมองว่า “สัญญา” คือหน่วยผสมของสิทธิเรียกร้องและหนี้ แต่ต่อมาพวกเขา กลับมอง “สัญญา” ว่าเป็นหน่วยหน่วยหนึ่งที่ไม่อาจแยกจากกันได้

(1) แนวคิดว่าสัญญาเป็นสิ่งที่ประกอบกันขึ้นจากหนี้และสิทธิเรียกร้อง

คำตัดสินของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในปี 1946 มีอยู่ว่า “การโอนให้แก่บุคคลที่สามซึ่งหนี้ที่ตนต้องชำระและหนี้ที่ตนมีสิทธิได้รับชำระอันเกิดจากสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งโอนกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ใหม่นั้น จะผูกพันคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เฉพาะเมื่อคู่สัญญาดังกล่าวได้ยินยอมด้วยในการโอน”

กรณีนี้ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่ได้กล่าวถึงหลักการโอนสัญญาโดยตรง แต่กลับกล่าวถึงการโอนหนี้ที่ตนต้องชำระและหนี้ที่ตนมีสิทธิได้รับชำระอันเกิดเนื่องมาจากสัญญา จึงทำให้ดูเหมือนว่าศาลสูงเห็นด้วยกับหลักทฤษฎีที่แบ่งแยกสัญญาออกเป็นหนี้และสิทธิเรียกร้อง กล่าวคือ ศาลมิได้ตัดสินให้มีการโอนสัญญากัน แต่กลับตัดสินให้โอนกันซึ่งส่วนประกอบที่ประกอบขึ้นเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือ สิทธิเรียกร้องและหนี้ ทั้งนี้หลักการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นไม่ค่อยมีปัญหาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเพราะมาตรา 1689 ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสอนุญาตและวางหลักไว้ แต่การโอนหนี้ต่างหากที่มีปัญหาโต้เถียงกันมากมาย เนื่องจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นยึดถือในทฤษฎีที่ว่า “หนี้หนี้ถือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองบุคคล ซึ่งได้ตกลงกันว่าหนี้เป็นภาระรับผิดชอบเฉพาะตัวของบุคคลที่เป็นลูกหนี้แต่ละคน และเป็นสิ่งที่ผูกพันเฉพาะกับบุคคลดังกล่าว ดังนั้นหนี้จึงไม่สามารถโอนไปยังบุคคลอื่นได้เว้นแต่จะทำได้ทำการเปลี่ยนแปลงใหม่” อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะไม่ได้ยอมรับบทบัญญัติว่าด้วยการโอนหนี้ไว้ แต่ตามแนวคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการโอนหนี้ที่เกิดขึ้นได้ โดยอยู่ภายใต้หลักเรื่องความอิสระของสัญญาและต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งวิธีการที่จะทำให้การโอนหนี้สมบูรณ์และทำให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ด้วย⁴⁹ ซึ่งคำพิพากษาของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสข้างต้นได้ระบุไว้ว่า “หากไม่มีการระบุไว้เป็นการเฉพาะซึ่งความยินยอมโดยชัดแจ้งของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ตัวบุคคลที่เป็นลูกหนี้หนี้ถือเป็นสาระสำคัญในสายตาของเจ้าหนี้” ดังนั้น หนี้จึงไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิม

ทั้งนี้ ทฤษฎีการแยกส่วนประกอบดังกล่าวไม่อนุญาตให้โอนความสัมพันธ์ทั้งหมดของคู่สัญญาไปพร้อมกัน ดังนั้น จึงมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการโอนสัญญานั้น ประกอบขึ้นด้วย 2 ส่วน คือ 1.เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่ตนมีสิทธิเรียกให้บุคคลอื่นชำระแก่ตน 2.เป็นเรื่องของการมอบหมายให้บุคคลอื่นชำระหนี้แทนตน (Delegation)

ในการนี้ ผู้สนับสนุนทฤษฎีดังกล่าวได้นำเสนอเหตุผลเพื่อสนับสนุนทฤษฎีการแยกส่วนนี้ไว้หลายความเห็น ดังนี้ 1. เป็นเหตุผลทางด้านจิตใจ กล่าวคือ เป็นกรณีที่เราชำระหนี้หลักการที่เป็นที่รู้จักกันมาแล้วมาใช้ จึงทำให้เป็นที่น่าเชื่อถือมากกว่าการคิดหลักการใหม่ขึ้นมาใช้กันเอง 2. เห็นว่าแนวคิดที่ว่าสัญญาประกอบขึ้นจากหนี้และสิทธิเรียกร้องนั้น เป็นแนวคิดที่สามารถ

⁴⁹ Francois Terre, Philippe Simler, and Yves Lequette, *Droit civil: Les obligations*(Paris: Dalloz, 2009), pp. 1089-1093.

เป็นไปได้ ต่างกับแนวคิดที่ว่าสัญญาเป็นหน่วย ๆ หนึ่งสมบูรณ์ในตัวเอง ซึ่งเห็นว่าดูไม่เหมาะสมดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

อย่างไรก็ตามดูเหมือนว่าแนวคิดดังกล่าวนี้ไม่สามารถตอบปัญหาที่เกิดขึ้นได้เท่าที่ควร เนื่องจากเราไม่สามารถมอง “สัญญา” ว่าเป็นเพียงแค่การผสมระหว่างหนี้และสิทธิเรียกร้องธรรมดาได้ จึงเริ่มก่อให้เกิดแนวคิดที่มองสัญญาว่าเป็นหน่วยหนึ่งที่สมบูรณ์ในตัวเอง

(2) แนวคิดว่าสัญญาเป็นหน่วยหนึ่งที่สมบูรณ์ในตัวเอง

ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส Chambre civile 1 วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1982 ได้ตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่า “การโอนสัญญาที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนนั้นอนุญาตให้คู่สัญญาเดิมสามารถเรียกร้องโดยตรงกับคู่สัญญาฝ่ายใหม่ที่เข้ามาเนื่องด้วยสัญญาการโอนสัญญาเพื่อให้เขาปฏิบัติภาระหนี้แก่ตนได้” กรณีนี้เท่ากับว่าศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ยืนยันอย่างชัดเจนยอมรับหลักการการโอนสัญญาแล้ว ดังนั้นจึงไม่ถือว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องผสมกับการโอนหนี้ต่อไปแต่ถือว่าเป็นการโอนตัวสัญญาไปทั้งหมดทั้งมวล

นอกจากนี้ยังมีแนวคิดของนักกฎหมายหลายๆท่านเสนอว่าให้มองการโอนสัญญาเป็นมากกว่าแค่หลักที่เกิดจากการผสมระหว่างหนี้และสิทธิเรียกร้อง แต่ให้มองว่าเป็นหลักการเรื่องการโอนความเป็นคู่สัญญา กล่าวคือเป็นโอนไปทั้งหมด สิทธิเรียกร้อง อภิสทธิต่าง ๆ ทั้งที่มีเงื่อนไขหรือเป็นเรื่องในอนาคต และโอนไปซึ่งสิทธิดำเนินการทางศาล

ผู้เขียนขอนำคำพิพากษาของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.1982⁵⁰ ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่กล่าวถึงการมองสัญญาเป็นหน่วยหนึ่งที่สมบูรณ์ในตัวเอง โดยไม่ได้มองว่าสัญญาเป็นการผสมระหว่างสิทธิและหนี้ โดยขอสรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษา ดังนี้

ในวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1971 นาย X (ผู้ได้รับประโยชน์จากค้ำประกันว่าจะขายที่ดินจากบุคคลอื่น) ได้โอนสิทธิต่างๆเกี่ยวกับค้ำประกันดังกล่าวให้แก่ บริษัท L'ARCHE ซึ่งบริษัท L'ARCHE จะนำที่ดินดังกล่าวไปใช้เป็นสถานที่ก่อสร้างห้างสรรพสินค้า

ในวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1971 ทั้งนาย X และบริษัท L'ARCHE ได้ตกลงทำสัญญากัน โดยตกลงกันว่า บริษัท L'ARCHE มีหน้าที่จะต้องชำระเงินจำนวน 280,000 ฟรังก์ ให้แก่นาย X ในกรณีที่บริษัท L'ARCHE ได้ทำการซื้อที่ดินตามสิทธิในค้ำประกันที่ขายที่ดินดังกล่าวแล้ว ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นสัญญาต่างตอบแทนระหว่างนาย X กับบริษัท L'ARCHE ว่านาย X มีหน้าที่หรือหน้าที่ที่จะต้องให้สิทธิในการซื้อที่ดินตามค้ำประกันแก่บริษัท L'ARCHE ในขณะที่เดียวกันก็มีสิทธิได้รับเงิน

⁵⁰ Cour de Cassation, Cour de Cassation Chambre civile 1 du 14 décembre 1982[Online], 1982. Available from <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Cour-de-Cassation-Chambre-civile-1-du-14-decem-bre-1982-81-15-455-Publie-au-bulletin/C25737/>

จากบริษัท L'ARCHE ส่วนบริษัท L'ARCHE มีหน้าที่ชำระเงินเมื่อตนได้ซื้อที่ดินตามสิทธิของค้ำประกันที่จะขายที่ดินแล้วแก่นาย x ในขณะที่เดียวกันก็มีสิทธิที่จะได้ซื้อที่ดินตามค้ำประกันดังกล่าว

ต่อมาบริษัท L'ARCHE ได้ตกลงโอนผลประโยชน์ที่จะได้ซื้อที่ดินตามค้ำประกันตามที่ตกลงกับนาย x ให้แก่บริษัท Acofra ซึ่งต่อมาบริษัท Acofra ได้เป็นเจ้าของที่ดินและเป็นผู้ก่อสร้างห้างสรรพสินค้าในที่ดินดังกล่าว

ต่อมา นาย x ได้เรียกร้องให้บริษัท Acofra ชำระหนี้เป็นเงิน 280,000 ฟรังก์ให้แก่ตน โดยศาลแพ่งชั้นต้นได้อนุญาตตามคำเรียกร้องของนาย x

ต่อมาศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า ในกรณีของค้ำประกันขายที่ดินที่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 1 (นาย x) โอนให้แก่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 2 (บริษัท L'ARCHE) ผู้ซึ่งถูกผูกพันที่จะจ่ายเงินจำนวนหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าวแก่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 1 (นาย x) และหลังจากนั้นผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 2 (บริษัท L'ARCHE) ก็ได้โอนค้ำประกันดังกล่าวอีกครั้งให้แก่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 3 (บริษัท Acofra) ผู้ซึ่งในที่สุดได้รับที่ดินเป็นของตน ซึ่งศาลอุทธรณ์ตัดสินว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 2 (บริษัท L'ARCHE) ได้โอนให้แก่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 3 (บริษัท Acofra) ซึ่งหนี้และสิทธิเรียกร้องทั้งหมดที่เกิดจากสัญญาที่เกี่ยวข้องกับผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 1 (นาย x) ดังนั้น ศาลอุทธรณ์จึงได้ตัดสินให้ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 3 (บริษัท Acofra) จ่ายเงินแก่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 1 (นาย x) จำนวนเท่าที่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 2 (บริษัท L'ARCHE) มีภาระจะต้องจ่ายให้แก่ผู้รับประกันประโยชน์คนที่ 1 (นาย x)

ต่อมาบริษัท Acofra อุทธรณ์คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ไปยังศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยโต้แย้งคำตัดสินในส่วนที่ตัดสินไว้ว่า ขณะที่บริษัท L'ARCHE โอนสิทธิต่าง ๆ เกี่ยวกับค้ำประกันจะขายที่ดินให้แก่บริษัท Acofra ถือว่าได้โอนไปพร้อมกันแล้วซึ่งสิทธิเรียกร้องและหนี้ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่มีต่อ นาย x โดยโต้แย้งว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ปรากฏว่ามีหลักเรื่องการโอนหนี้ จึงอุทธรณ์ว่าศาลอุทธรณ์ได้สร้างระบบกลไกทางกฎหมายขึ้นใหม่ที่ไม่เคยปรากฏขึ้นมาก่อน

ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสตัดสินว่า การโอนสัญญาที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนนั้น อนุญาตให้ผู้สัญญาเดิมสามารถเรียกร้องโดยตรงกับผู้สัญญาฝ่ายใหม่หรือผู้รับโอนที่เข้ามาเนื่องด้วยสัญญาการโอนสัญญา เพื่อให้เขาปฏิบัติการชำระหนี้แก่ตนได้ ดังนั้น ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงเห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ตัดสินว่าบริษัท L'ARCHE ได้โอนไปพร้อมกันแล้วทั้งสิทธิเรียกร้องและหนี้ที่เกิดขึ้นในวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1971 ให้แก่บริษัท Acofra ซึ่งมีผลผูกพันกับนาย x

3.3.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญา

แนวคิดที่พัฒนาต่อมาจากแนวคิดเกี่ยวกับการโอนสัญญาตามที่กล่าวมาข้างต้น ในส่วนนี้เป็นแนวคิดที่พิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสัญญาว่า ควรที่จะเป็นหลักการ

เกี่ยวกับการโอนสัญญาโดยอิสระ หรือว่าควรที่จะนำหลักกฎหมายอื่นมาปรับใช้กับการโอนสัญญา โดยมีจุดแบ่งของแนวคิดในวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ.2001 เนื่องจากเป็นช่วงเวลาที่มีความพิพาททางศาลสูง ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสตัดสินคดีที่ทำให้แนวคิดเริ่มเปลี่ยนไป

(1) *กรณีทำสัญญาโอนสัญญาก่อนวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ.2001* : การโอนสัญญาเป็นหลักการที่มีแนวคิดเป็นของตัวเองโดยอิสระไม่ต้องนำหลักการอื่นมาใช้ประกอบ

แนวคิดเรื่องหลักการอิสระของการโอนสัญญานั้นมีมากขึ้น นับตั้งแต่มีผู้เห็นด้วยในแนวคิดที่มองสัญญาว่าเป็นการผสมกันขึ้นระหว่างหนี้และสิทธิเรียกร้องน้อยลง คือ เมื่อเวลาผ่านไปก็มีหลักความสัมพันธ์ในทางสังคมเกิดมากขึ้น ดังนั้น สัญญาจึงถูกมองใหม่ว่ามิได้เป็นเพียงแค่สิทธิเรียกร้องและหนี้เท่านั้น แต่กลับถูกพิจารณาว่าเป็นหน่วยหนึ่งที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ การโอนสัญญาจึงกลายเป็นสิ่งที่มีประโยชน์และสามารถทำได้ จึงเริ่มเห็นกันว่าการโอนสัญญานั้นมีประโยชน์มากขึ้น ซึ่งสรุปประโยชน์ของการโอนสัญญาได้ ดังต่อไปนี้

1. การทำสัญญาโอนสัญญานั้นก่อให้เกิดการแทนที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วยบุคคลที่สามโดยที่ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของตัวสัญญาเดิม ต่างกับกรณีของหลักการต่าง ๆ ที่ได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นกลับเสนอให้มีการทำสัญญากันใหม่ขึ้น

2. การทำสัญญาโอนสัญญานั้นมีประโยชน์ในด้านที่ว่า ช้อยกเว้นตามสัญญาที่มีอยู่ระหว่างคู่สัญญาเดิมนั้น ตัวคู่สัญญาที่เข้ามาใหม่ก็สามารถอ้างช้อยกเว้นดังกล่าวกับคู่สัญญาฝ่ายเดิมได้

3. การโอนสัญญาก่อให้เกิดการโอนความสัมพันธ์ของคู่สัญญา ซึ่งเมื่อความสัมพันธ์สามารถถูกโอนไปได้ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องร่นววยทำการแก้ไขเงื่อนไขความสัมพันธ์ตามสัญญา และไม่จำเป็นต้องมีการทำสัญญากันใหม่ขึ้นอีก

4. การโอนสัญญาที่ไม่มีผลกระทบต่อระยะเวลาต่าง ๆ ที่ถูกกำหนดไว้แล้วในสัญญาเดิม

5. ท้ายที่สุดในเรื่องของกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญานั้น หากเราเห็นว่าหลักการโอนสัญญานั้นก่อให้เกิดการทำสัญญาตัวใหม่ขึ้นระหว่างคู่สัญญาเดิมกับคู่สัญญาฝ่ายผู้รับโอน กรณีนี้กฎหมายที่ใช้กับสัญญาใหม่ดังกล่าวต้องเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในระหว่างที่สัญญาใหม่ทำขึ้น แต่หากเรามองว่าการโอนสัญญาไม่ทำให้สัญญาเปลี่ยนแปลง แต่เป็นกรณีที่สัญญาเดิมมีผลบังคับใช้ต่อไป กรณีนี้กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นกฎหมายที่ใช้ในช่วงเวลาที่มีการทำสัญญานั้น ๆ ไม่ใช่ตอนทำสัญญาโอน

ต่อมา เมื่อองค์กรศาลเริ่มยอมรับเรื่องหลักการโอนสัญญามากขึ้น จึงเริ่มมีการกำหนดเงื่อนไขวิธีการในการโอนสัญญา กล่าวคือ เมื่อหลักการทำสัญญาโอนเป็นที่รู้จักและ

ยอมรับโดยองค์กรศาลภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิมด้วย ซึ่งจะเป็นที่มาขอแนวคิดว่าหลักการโอนสัญญาเป็นหลักเฉพาะของตัวเอง ไม่ต้องนำหลักกฎหมายอื่นมาปรับใช้

เหตุที่ทำให้ศาลจำเป็นต้องตั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับการได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิม เพราะจุดประสงค์ในการทำสัญญาโอนนี้ ก็เพื่อเชื่อมทรัพย์สินและตัวบุคคลของคู่สัญญาฝ่ายใหม่เข้ากับทรัพย์สินและตัวบุคคลของคู่สัญญาฝ่ายเดิม กล่าวคือ ในขณะที่เกิดการสัญญาโอนนั้น คู่สัญญาเดิมจำต้องถือว่าคู่สัญญาฝ่ายใหม่นั้นกลายมาเป็นทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ของตน แต่ทั้งนี้ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเดิมมีความผูกพันตามกฎหมายกับคู่สัญญาฝ่ายใหม่ได้นั้น คู่สัญญาฝ่ายเดิมจำต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับในการทำสัญญาโอนสัญญาด้วย แม้ว่าจะเข้ามาภายหลังก็ตาม เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเดิมที่ลูกหนี้โอนนั้นเป็นทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ในเวลาเดียวกัน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองแก่เขาและต้องให้ออกาสเขาในการที่จะคัดค้านต่อการทำสัญญาโอนสัญญาด้วย เหตุนี้จึงทำให้เกิดสมมติฐานขึ้น 2 สมมติฐานด้วยกัน ซึ่งเป็นสมมติฐานที่กล่าวถึงความสมบูรณ์ของการโอนสัญญาและความยินยอมของคู่สัญญาเดิม คือ

สมมติฐานแรก คู่สัญญาฝ่ายเดิมต้องเข้าร่วมอย่างเต็มตัวในการทำสัญญาโอนสัญญา ซึ่งจะทำให้การโอนสัญญานั้นเกิดขึ้นสำเร็จสมบูรณ์ และทำให้ตัวคู่สัญญาฝ่ายผู้รับโอนกลายเป็นคู่สัญญาใหม่ ซึ่งมีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายเดิมแต่เพียงผู้เดียว ทั้งนี้เมื่อสัญญาการโอนสัญญาจะมีผลใช้บังคับได้แล้ว ย่อมส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนหลุดพ้นจากหน้าที่ตนผูกพันต้องชำระตามสัญญาเดิม

สมมติฐานที่สอง คู่สัญญาฝ่ายเดิมไม่ต้องเข้ามาในการทำสัญญาโอนสัญญา ตามสมมติฐานนี้ การโอนสัญญาถือว่าไม่ได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ เนื่องจากผลของการทำสัญญาโอนเกิดขึ้นเฉพาะระหว่างตัวคู่สัญญาฝ่ายผู้โอน กับ คู่สัญญาฝ่ายใหม่ผู้รับโอนเท่านั้น แต่ไม่มีผลผูกพันไปยังคู่สัญญาฝ่ายเดิมด้วย หากว่าคู่สัญญาฝ่ายเดิมยังไม่ยอมรับให้มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา กรณีนี้ตัวคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนยังคงต้องผูกพันอยู่ ส่วนคู่สัญญาฝ่ายใหม่ผู้รับโอนนั้นก็ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ทุกอย่างที่ได้รับโอนมาด้วย แต่คู่สัญญาฝ่ายเดิมในด้านที่เขาเป็นลูกหนี้ตามสัญญา ก็ยังคงต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญานี้ด้วย แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายใหม่ผู้รับโอนจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ก็ตาม กรณีนี้สัญญาการโอนสัญญานั้นมีผลใช้บังคับได้ แต่ความมันยังไม่ก่อให้เกิดการโอนโดยสมบูรณ์เพราะตัวคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนยังคงผูกพันต้องชำระหนี้ตามสัญญาเดิมอยู่

จะเห็นได้ว่าทั้ง 2 สมมติฐานนั้น การเข้ามาแทนที่ซึ่งตัวคู่สัญญาจะเกิดขึ้นสมบูรณ์ไม่ได้ หากว่าไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิม แต่ทั้งสองกรณีนั้น สัญญาการโอนสัญญาก็ยังคงมีผลบังคับใช้ได้ คงมีแต่เพียงปัญหาในเรื่องผลความผูกพันของสัญญาโอนของตัวคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนเท่านั้น แต่สำหรับเรื่องผลที่เกิดจากความสัมพันธ์ตามสัญญานั้น จากรูปแบบของการโอนสัญญาเป็นกรณีที่มีการโอนไปทั้งหมดซึ่งสิทธิ หน้าที่ และสิทธิพิเศษต่าง ๆ ทั้งหมด ทั้งนี้ ตัวเชื่อมทางกฎหมายที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ของตัวคู่สัญญาฝ่ายใหม่ผู้รับโอนกับคู่สัญญาฝ่ายเดิมนั้นจะต้องมีความสอดคล้องกันกับตัวเชื่อมความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเดิมกับคู่สัญญาฝ่ายผู้โอน

จากสมมติฐานทั้งสองกรณีนี้ การทำสัญญาการโอนสัญญานั้นจึงถูกมองว่าเป็นหลักที่มีหลักการอิสระเป็นของตัวเอง และมีการทำกันอย่างกว้างขวางในทางปฏิบัติ แต่ต่อมาเมื่อมีคำพิพากษาของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ.2001 ออกมา แนวคิดก็เริ่มเปลี่ยนไป

(2) การทำสัญญาการโอนสัญญาหลังวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ.2001 : หลักความเป็นอิสระของหลักการการโอนสัญญาเริ่มก่อให้เกิดความสงสัยในหลักการ โดยเห็นว่าให้นำหลักการเรื่อง การมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) มาปรับใช้

คำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ.2001⁵¹ ได้นำหลักการในเรื่องการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องของการแปลงหนี้ใหม่มาใช้กับกรณีที่มีการโอนสัญญา ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวก่อให้เกิดความสับสนขึ้นในแนวคิดทางกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยผู้เขียนขอสรุปคำพิพากษาดังกล่าวดังต่อไปนี้

เมื่อปี ค.ศ.1986 บริษัท SCF ได้ทำสัญญาจ้าง Miranda, Saada และ Lanteri ซึ่งเป็นสถาปนิก โดยจ้างเพื่อให้รับผิดชอบในโครงการก่อสร้างตึกจำนวนหนึ่ง โดยในสัญญาจ้างดังกล่าวมีข้อตกลงให้สิทธิบริษัท SCF ที่จะโอนความเป็นคู่สัญญาให้แก่บุคคลที่สาม

ต่อมาบริษัท SCF ได้โอนสัญญาดังกล่าวให้แก่บริษัท SCI โดยบริษัท SCI เห็นว่าโครงการดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นได้ จึงได้ยกเลิกการก่อสร้างโครงการนั้น สถาปนิกทั้งสามคนจึงได้เรียกร้องให้บริษัท SCI จ่ายค่าธรรมเนียมตามสัญญาแก่ตน

ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาคัดสินว่า บริษัท SCF ได้ถูกแทนที่ด้วยบริษัท SCI ในสัญญาจ้างดังกล่าวแล้ว ดังนั้น บริษัท SCI จึงต้องปฏิบัติตามสัญญาจ้างสถาปนิกดังกล่าวตามข้อตกลงที่ว่าให้มีการโอนความเป็นคู่สัญญากันได้ และยังตัดสินอีกว่า ข้อตกลงที่สถาปนิกทั้งสามคนตกลงล่วงหน้าว่าให้มีการโอนสัญญาได้นั้น มีผลบังคับใช้ได้ จึงมีผลให้การโอนสัญญาสมบูรณ์ กล่าวคือ เมื่อมีการโอนสัญญาเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายผู้โอน (บริษัท SCF) ย่อมหลุดพ้นจากหนี้เดิมตามสัญญาที่โอนไปนั้น

ต่อมาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสพิพากษาคัดสินว่า เมื่อพิจารณาตามมาตรา 1275 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส อันมีหลักว่า ในกรณีที่ลูกหนี้เดิมตั้งบุคคลคนหนึ่งให้เข้ามาผูกพันชำระหนี้แทนตนกับเจ้าหนี้ (Delegation)

⁵¹ Cour de Cassation, Cour de Cassation Chambre civile 3 mercredi 12 décembre 2001 [Online], 2001. Available from <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/publies-1/1254224-cour-de-cassation-chambre-civile-3-du-12-decembre-2001-00-15-627-publie-au-bulletin>

จะไม่ก่อให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ ถ้าหากว่าเจ้าหนี้ผู้ได้รับผลประโยชน์ไม่ได้ประกาศอย่างชัดเจนว่าเขาตกลงที่จะปลดภาระลูกหนี้เดิมของตน ซึ่งกรณีของข้อเท็จจริง เมื่อมีการทำสัญญาโอนโดยฝ่ายผู้โอน (บริษัท SCF) ซึ่งถือเป็นลูกหนี้หนี้ แม่เจ้าหนี้ (สถาปนิกทั้งสามคน) จะยอมรับให้มีการแทนที่ด้วยลูกหนี้คนใหม่ (บริษัท SCI) ก็ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหนี้ตกลงที่จะปลดภาระลูกหนี้เดิมของตนจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเดิม เว้นแต่เจ้าหนี้ได้ประกาศโดยชัดเจนแล้วว่า จะปลดภาระลูกหนี้เดิมของตน จึงเห็นว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ดังกล่าวขัดต่อมาตรา 1275 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

จากคำพิพากษาข้างต้นเห็นได้ว่า ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำหลักการเรื่อง delegation หรือหลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ ตามมาตรา 1275 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาใช้บังคับกับกรณีการโอนสัญญาด้วย

ทั้งนี้ แนวคิดดังกล่าวมิใช่แนวคิดที่เพิ่งเกิดขึ้น ทว่าศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เคยตัดสินทำนองนี้มาแล้วในคำพิพากษาปี ค.ศ.1946 ในคดีเกี่ยวกับการโอนไปซึ่งสิทธิเรียกร้องและหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน แต่ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังไม่เห็นถึงความแตกต่างระหว่างหลักการโอนสัญญากับหลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) ซึ่งคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ.2001 จึงก่อให้เกิดผลกระทบต่อแนวคิดเรื่องหลักการการโอนสัญญา ทำให้เกิดข้อโต้แย้งกันขึ้น

ในส่วนของความเห็นของนักกฎหมายหลายคนเห็นด้วยกับเรื่องการนำหลักเรื่อง การมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) มาใช้กับเรื่องการโอนสัญญานั้น โดยเห็นว่า “นับตั้งแต่ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางหลักว่าความตกลงของคู่สัญญาเดิมที่ถูกโอนเป็นองค์ประกอบหนึ่งในขั้นตอนการทำการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่เกิดการกระทำทางกฎหมายกับบุคคลทั้งสามคน ซึ่งการวางหลักดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดความชอบธรรมและมีเหตุผลต่อการนำเรื่องการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (delegation) มาใช้” นักกฎหมายเหล่านี้จึงเห็นชอบด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าว เนื่องจากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ผลของหลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้หนี้ไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่ เว้นแต่ว่าจะระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าให้ปลดหนี้แก่ลูกหนี้เดิม ด้วยเหตุนี้จึงไม่ทำให้ลูกหนี้เดิมของตนหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ในหนี้หนี้ นอกจากนี้ศาลยังได้ยอมรับให้เจ้าหนี้ปลดภาระลูกหนี้เดิมของตนโดยผ่านสัญญาได้หากเจ้าหนี้ประสงค์ ซึ่งกรณีนี้สัญญาการโอนสัญญายังมีผลบังคับใช้ได้ แต่ไม่มีผลผูกพันกับตัวคู่สัญญาเดิม กล่าวคือ ยังเป็นการโอนไปอย่างไม่สมบูรณ์ นักกฎหมายที่สนับสนุนความคิดเห็นเห็นว่าการมองว่าหลักการโอนสัญญากับหลักเรื่องการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้เหมือน ๆ กันนั้นไม่กระทบต่อสิ่งใด เนื่องจากมันยังคงรักษาไว้ได้ซึ่งผลประโยชน์ของคู่สัญญาแรกเริ่ม กล่าวคือ คู่สัญญาเดิมได้รับประโยชน์ทั้งจากตัวคู่สัญญาเดิมของตน (ผู้โอน) และตัวคู่สัญญาที่เข้ามาใหม่จากการโอนสัญญา (ผู้รับโอน) นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนสัญญามีสิทธิที่จะถูกแทนที่ด้วยคู่สัญญาฝ่ายผู้รับโอนได้ หากเขาไม่ต้องการที่จะปฏิบัติการตามสัญญาต่อไป

ถึงกระนั้นแล้ว ยังมีนักกฎหมายบางท่านไม่เห็นด้วยกับการนำหลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) มาปรับใช้ โดยเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงหลักการโอนสัญญาไปโดยสิ้นเชิง แม้ว่าคำตัดสินดังกล่าวจะตัดสินออกมาเป็นธรรมก็ตาม แต่ในส่วนของเหตุผลประกอบคำตัดสินนั้นต่างหากที่ก่อให้เกิดปัญหา เนื่องจากหลักเรื่องการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) นั้น ไม่จำเป็นต้องนำมาเกี่ยวข้องกับหลักการโอนสัญญาเลย อันที่จริงหลักเรื่องการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) นั้นก่อให้เกิดผลเป็นการสร้างหนี้สองตัวซ้อนกัน (ในกรณีที่ก่อให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ กรณีที่เจ้าหนี้ไม่ได้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้คนเดิม ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องแปลงหนี้ใหม่) หรือไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์หรือหนี้ใหม่ขึ้น (หากเป็นกรณีการแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ กรณีที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้คนเดิม) ส่วนการโอนสัญญาก็เป็นกรณีที่มีการโอนความสัมพันธ์ตามสัญญาของบุคคลหนึ่งไปสู่อีกคนหนึ่งซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในตัวสัญญา ไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้ทับซ้อนกันหรือก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นแต่อย่างใด

ดังนั้น นักกฎหมายกลุ่มที่ไม่เห็นด้วย จึงเห็นว่าศาลไม่จำเป็นต้องนำหลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) ดังกล่าว มาใช้กับการโอนสัญญา เพราะหลักการทั้งสองเป็นคนละเรื่อง ไม่เข้ากัน นอกจากนี้ศาลยังสามารถนำวิธีการอื่น กล่าวคือ หลักเรื่องความยินยอมของคู่สัญญาเดิมที่ผูกโอนในการปลดภาระคู่สัญญาเดิมของตนมาใช้เพื่อให้เกิดผลเป็นธรรมเช่นเดียวกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องนำหลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) มาใช้ด้วย กล่าวคือ แค้ใช้หลักการพื้นฐานในเรื่องที่ว่า เราไม่สามารถปลดความเป็นลูกหนี้ได้ หากเจ้าหนี้ของเขาไม่ได้ยินยอมด้วย ซึ่งเป็นผลที่เกิดขึ้นต่อเนื่องจากมาตรา 1134⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็เป็นการเพียงพอแล้ว

เช่นนี้ ปัญหาเรื่องหลักการการโอนสัญญาจึงกลับมาเป็นที่โต้เถียงกันอีกครั้ง แต่เป็นเพียงการโต้เถียงทางทฤษฎีเท่านั้น แต่ที่จะเถียงกันมากในทางปฏิบัตินั้นจะเป็นเรื่องของการมีส่วนร่วมในการทำการโอนสัญญาของคู่สัญญาเดิมมากกว่า ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวไว้ในวิธีการในการโอนสัญญาที่ว่าเป็นการโต้เถียงของนักกฎหมายและแนวคำพิพากษาว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิมในการโอนสัญญาระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนหรือไม่

⁵² Article 1134 Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them.

They may be revoked only by mutual consent, or for causes authorized by law.
They must be performed in good faith.

3.3.2 วิธีการในการโอนสัญญา

(3.3.2.1) ความจำเป็นในการให้ความยินยอม

การที่ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส วางหลักว่า การโอนสัญญาต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขความยินยอมของคู่สัญญาเดิมนั้น ส่งผลให้ข้อโต้เถียงที่มีอยู่เดิมว่าต้องการความยินยอมของคู่สัญญาเดิมหรือไม่นั้นหมดไป

อันที่จริง ก่อนอื่นเราควรย้อนกลับไปดูคำพิพากษาของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ 7 มกราคม ค.ศ.1992 ในเรื่องที่ศาลได้ตัดสินไว้ว่า ข้อเท็จจริงที่ว่า แม้สัญญาหนึ่งๆจะได้ตกลงทำขึ้นภายใต้การพิจารณาและตัดสินใจของตัวบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาก็ตาม แต่สิ่งนั้นก็ไม่ใช่เป็นอุปสรรคต่อการที่สิทธิและหนี้ของบุคคลดังกล่าวจะถูกโอนไปยังบุคคลที่สาม หากว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ตกลงยินยอมด้วย เนื่องจากว่าสัญญาต่าง ๆ ที่ถือตัวคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญนั้น การให้ความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมนั้นถือเป็นสิ่งที่จำเป็น แต่หากคิดถึงเหตุผลในทางกลับกัน เราจะสรุปได้ใหม่ว่าหากสัญญาใดไม่ถือตัวคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญแล้วนั้นก็ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากตัวคู่สัญญาเดิม คำตอบในประเด็นดังกล่าวนี้จึงยังไม่ชัดเจน

ต่อมาในคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส วันที่ 7 มกราคม ค.ศ.1993 ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้รับรองคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่ตัดสินไว้ว่า ให้นำมาตรา 1690 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (หลักกฎหมายในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง) มาใช้กับเรื่องการคัดค้านการโอนสัญญาด้วย จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่าศาลมองว่าหลักการโอนสัญญากับหลักเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องนั้นใกล้เคียงกัน

และท้ายที่สุด ในวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ.1994 ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินให้เรื่องการโอนสัญญาในสัญญาที่ถือตัวคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญนั้นให้ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการส่งโนติสไปยังคู่สัญญาเดิมผู้ถูกโอน

และคำพิพากษาฉบับวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1997 ที่ออกมา จึงทำให้เกิดความชัดเจนขึ้นโดยการเรียกร้องให้ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมในทุกกรณี แนวคิดดังกล่าวเกิดขึ้นจากแนวคิดความเป็นอัตวิสัยของสัญญา ทั้งนี้เราต้องรู้ก่อนว่ามีแนวคิดอยู่สองแนวด้วยกันกล่าวคือ แนวคิดอัตวิสัย และแนวคิดภาวะวิสัย ซึ่งผู้ที่เห็นด้วยกับแนวคิดภาวะวิสัยของสัญญานั้น พวกเขาให้ความสำคัญกับตัวบุคคลผู้ทำสัญญาน้อยกว่ากิจการทางด้านเศรษฐกิจที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นตอนทำสัญญากัน ซึ่งนั่นหมายความว่าในขณะที่สัญญามีผลใช้บังคับ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (คู่สัญญาเดิมที่ประสงค์จะโอนสัญญาหรือผู้โอน) ต้องการปลดตัวเองออกจากความสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากสัญญาไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายใหม่ผู้รับโอนสามารถเข้ามาแทนที่ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงตัวคู่สัญญาฝ่ายเดิม และกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่คู่สัญญาฝ่ายใหม่ผู้รับโอนต้องผูกพันในอันที่จะปฏิบัติตามก็ไม่ได้ถูกแก้ไขไปด้วย อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวก็ยอมรับ

ว่าต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิมด้วย หากว่าสัญญาเดิมนั้นยึดถือตัวคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ต้องผ่านการพิจารณาของคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วย เนื่องจากบุคคลดังกล่าวนั้นได้ถูกรวมกลืนไปกับวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว ในขณะที่ผู้ที่จะเห็นด้วยกับแนวคิดความเป็นอัตวิสัยของสัญญานั้น พวกเขาเห็นว่าความยินยอมของคู่สัญญาเดิมนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นในทุก ๆ กรณีไม่ว่าสัญญานั้น ๆ จะยึดถือตัวคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญหรือไม่ก็ตาม

แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็ได้วางหลักที่ชัดเจนไว้แล้ว โดยการวางพื้นฐานไว้กับมาตรา 1134 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เนื่องจากมาตราดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่าการเพิกถอนสัญญาฝ่ายเดียวนั้นทำไม่ได้ นอกจากนี้การโอนตำแหน่งความเป็นคู่สัญญานั้นเท่ากับเป็นการเพิกถอนความสัมพันธ์ตามสัญญาฝ่ายเดียวด้วยเหตุนี้ความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเดิมผู้ถูกโอนจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น จึงเห็นได้ว่าคำพิพากษานี้ได้ให้ความสำคัญอย่างเด่นชัดต่อบทบาทของคู่สัญญาเดิม ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอคำพิพากษาฉบับวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1997⁵³ สรุปสาระสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

เดิมบริษัท CVS ได้ทำสัญญาขายเครื่องมือต่าง ๆ กับบริษัท Rougeot และต่อมาบริษัท CVS ได้ตกลงทำการโอนสัญญาเกี่ยวกับสัญญาขายเครื่องมือต่าง ๆ กับบริษัท Rougeot ให้แก่บริษัท GSM โดยให้สิทธิแก่บริษัท GSM ในการซื้อขายสินค้าทุกตัวที่เกิดจากการผลิตของตน จึงถือว่าบริษัท CVS เป็นผู้โอน บริษัท GSM เป็นผู้รับโอน และบริษัท Rougeot เป็นคู่สัญญาเดิม

ต่อมาบริษัท GSM ได้เรียกให้บริษัท Rougeot ชำระค่าเครื่องมือต่าง ๆ ที่บริษัท Rougeot สั่งซื้อจากบริษัท CVS ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาตัดสินให้บริษัท Rougeot จ่ายเงินให้แก่บริษัท GSM

ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสพิพากษาตัดสินว่า การที่ศาลอุทธรณ์ไม่ตรวจสอบก่อนว่าบริษัท Rougeot ได้ให้ความยินยอมในการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาไปแล้วหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการให้ไว้ในสัญญาเดิม (ที่ทำระหว่างบริษัท CVS กับ บริษัท Rougeot) หรือในภายหลังก็ตามนั้น การที่ศาลอุทธรณ์ไม่ตรวจสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวและตัดสินไปเช่นนั้นถือได้ว่าเป็นการตัดสินโดยไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานหลักการทางกฎหมาย และศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กล่าวถึงประเด็นเรื่อง การทำสัญญาโอนสัญญาที่สร้างขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนกับคู่สัญญาคนใหม่ฝ่ายผู้รับโอนนั้น จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิมหรือไม่ ซึ่งศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตัดสินไปตามหลักมาตรา 1134 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เรื่องการเพิกถอนสัญญาฝ่ายเดียวนั้นทำไม่ได้ ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิมด้วย จึงมีคำพิพากษาให้ยกเลิกและเพิกถอนคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ โดยศาลสูงประเทศ

⁵³ Cour de Cassation, Cour de Cassation 6 mai 1997[Online], 1997. Available from http://www.droit.univ-nantes.fr/plaidoiries/page_contrats.html#element2

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้ความเห็นไว้ว่า ความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายเดิมเป็นสิ่งจำเป็นในการทำสัญญาการโอนสัญญา

คำพิพากษานี้ได้แสดงให้เห็นว่า หลักเรื่องการโอนสัญญานั้นต้องตกอยู่ภายใต้ความยินยอมของคู่สัญญาเดิม และยังกำหนดถึงวิธีการแสดงความยินยอมไว้อีกด้วย

นอกจากนี้ในวันเดียวกัน ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังได้มีคำตัดสินในทำนองเดียวกันในคดีอีกคดีหนึ่งซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกันด้วย นั่นก็คือ คำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส วันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1997⁵⁴ สรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

บริษัท Gobet และ บริษัท Trindel ได้ทำสัญญาให้บริการปรับปรุงดูแลกันขึ้น ทั้งนี้ ในสัญญาดังกล่าวมีข้อตกลงให้สิทธิแก่คู่สัญญาว่า “มีอิสระในการโอนสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเนื่องจากสัญญาฉบับนี้ หรือมีสิทธิที่จะเลือกให้บริษัทอื่นเข้ามาแทนที่ในการเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาและในการปฏิบัติตามสัญญา” ซึ่งต่อมาบริษัท Pro-Telcom ได้เข้ามาแทนที่ในการปฏิบัติตามสัญญาแทนบริษัท Trindel หรือเป็นผู้รับโอนสัญญาให้บริการปรับปรุงดูแลจากบริษัท Trindel นั้นเอง และข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท Gobet ปฏิเสธที่จะจ่ายค่าบริการแก่บริษัท Pro-Telcom

บริษัท Gobet ได้ยื่นคำคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ว่า การแทนที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโดยบุคคลที่สามนั้น จำต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมก่อน และจะผูกพันคู่สัญญาเดิมก็เฉพาะเมื่อเขาได้รับแจ้งถึงการโอนสัญญา หรือเมื่อเขาได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในการทำ การโอนสัญญาด้วย และการที่ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าการแทนที่ในการปฏิบัติตามสัญญาแทนบริษัท Trindel ของบริษัท Pro-Telcom มีผลผูกพันบริษัท Gobet ด้วยนั้น จึงเป็นการตัดสินไปโดยไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายตามมาตรา1134 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถรับ

ต่อมาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสพิพากษาตัดสินว่า การแทนที่คู่สัญญาด้วยวิธีการที่ระบุไว้ในสัญญาให้บริการดังกล่าว ถือว่าบริษัท Gobet ได้ยินยอมด้วยการโอนนั้นแล้ว และโดยที่สัญญาบริการดังกล่าวไม่มีระบุถึงเรื่องการแจ้งให้บริษัท Gobet ทราบหรือไม่ได้ระบุถึงความยินยอมจากบริษัท Gobet ดังกล่าวที่จะต้องเข้ามาร่วมทำสัญญาการโอนด้วยนั้น คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์จึงชอบแล้ว โดยตัดสินให้บริษัท Gobet จ่ายค่าบริการแก่บริษัท Pro-Telcom

⁵⁴ Cour de Cassation, Cour de Cassation 6 mai 1997[Online], 1997. Available from http://www.uniparisouest.fr/servelet/com.univ.collaboratif.utilis.LectureFichier?CODE_FICHER =1287 33 0659602&ID_FICHE=12714

(3.3.2.2) วิธีการในการแสดงความยินยอม

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า วิธีการในการโอนสัญญาตามแนวคำพิพากษาของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นเห็นว่า จำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมในการโอนสัญญาด้วย มิเช่นนั้นไม่ถือว่าการโอนสัญญาดังกล่าวเป็นอันสมบูรณ์ ทั้งนี้ ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้วางหลักไว้แล้วว่าการให้ความยินยอมของคู่สัญญาเดิมนั้น อาจทำได้ 2 วิธีการด้วยกัน คือ วิธีแรกเป็นการให้ความยินยอมในขณะที่ทำการสัญญาโอน และวิธีที่ 2 เป็นการให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าก็ได้ ดังนี้

วิธีแรก : การให้ความยินยอมในขณะที่ทำการโอนสัญญา

การให้ความยินยอมในการโอนสัญญานั้นถือเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งของการโอนสัญญา กล่าวคือ ถ้าคู่สัญญาเดิมเห็นว่าตัวบุคคลผู้เป็นคู่สัญญานั้นถือเป็นสาระสำคัญของสัญญา คู่สัญญาเดิมก็มีอิสระในการที่จะไม่ให้ความยินยอม แต่หากว่าคู่สัญญาเดิมน่าจะพิจารณาถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้นมีความสำคัญมากกว่า กรณีนี้เขาก็สามารถให้ความยินยอมในการโอนสัญญาได้ การให้ความยินยอมในขณะที่โอนสัญญานี้ไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงแต่อย่างใด เนื่องจากในตอนนั้นคู่สัญญาเดิมสามารถทำความรู้จักกับคู่สัญญาใหม่ได้ก่อนที่จะตัดสินใจเลือกว่าจะให้ความยินยอมหรือไม่ ทั้งนี้ นอกจากคำนึงถึงเรื่องผลประโยชน์ของคู่สัญญาแล้ว ศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ยังคงคำนึงถึงการปกป้องตำแหน่งความเป็นคู่สัญญาของคู่สัญญาเดิมผู้ถูกโอนด้วย

วิธีที่สอง : การให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้า

การให้ความยินยอมของคู่สัญญาเดิมอาจเกิดขึ้นโดยวิธีการให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าก็ได้ ทั้งนี้ อาจเป็นการให้ความยินยอมโดยการระบุเอาไว้ในสัญญาระหว่างคู่สัญญาเดิมเลย โดยที่คู่สัญญาฝ่ายใหม่ที่จะเข้ามาไม่ได้รับทราบด้วย คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนสัญญามีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าต้องการจะให้มีการโอนสัญญาหรือไม่ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมอีก อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลจะเห็นว่า การให้ความยินยอมสามารถที่จะให้ไว้ก่อนล่วงหน้าได้ แต่การให้ความยินยอมด้วยวิธีการดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ

ในทางทฤษฎี การให้ความยินยอมล่วงหน้านั้นก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อคู่สัญญาฝ่ายเดิมที่ได้เคยให้ความยินยอมไว้แล้วในสัญญาที่จะโอนกันในอนาคต เนื่องจากเป็นการให้ความยินยอมในลักษณะที่ไม่ชัดเจน แต่กลับเป็นการให้ความยินยอมที่เป็นนามธรรม เนื่องจากคู่สัญญาดังกล่าวมีอาจทราบเลยว่าบุคคลที่จะเข้ามาใหม่นั้นคือใคร ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายบางท่านจึงให้ความเห็นว่า คำพิพากษาของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นไม่สมเหตุสมผลเนื่องจากบุคคลที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญานั้นถือเป็นสาระสำคัญ และอีกอย่างการที่ให้ความยินยอมให้โอนสัญญาไปโดยที่

ไม่รู้เลยว่าคู่สัญญาที่เข้ามาใหม่นั้นเป็นใครเป็นเรื่องที่ขัดกับหลักการแนวคิดเรื่องความเป็นอัตวิสัยของสัญญา

ในทางปฏิบัติ การให้ความยินยอมล่วงหน้าทำให้คู่สัญญาเดิมเสี่ยงต่อการไม่ทราบถึงการโอนสัญญา หากว่าในเงื่อนไขการโอนที่ระบุในสัญญานั้นระบุเพียงว่าการโอนสัญญานั้นสามารถทำได้ กรณีนี้ย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายเดิมผูกพันกับคู่สัญญาฝ่ายใหม่หรือฝ่ายผู้รับโอน โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเดิมไม่อาจทราบถึงการโอนเลย ซึ่งอาจส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเดิมในฐานะลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาแก่บุคคลที่ไม่มีสิทธิได้รับชำระ

จึงสรุปได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้ในการโอนสัญญาเพียงหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางแนวทางเรื่องการโอนสัญญาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งต่างจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และเปรียบเทียบในบทที่ 5 ต่อไป

บทที่ 4

การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศไทย

4.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ตามกฎหมายแพ่งโรมัน ในสมัยโรมัน (ius civile) พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาว่าก่อนผลผูกพันเฉพาะระหว่างคู่สัญญาหรือเป็นเรื่องเฉพาะตัวเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่อาจอ้างว่ามีสิทธิหรือถูกบังคับให้ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาได้ โดยกฎหมายโรมันมีหลักว่า “บุคคลภายนอกไม่มีสิทธิตามสัญญา” (alteri stipulari nemo potest)¹ เมื่อคู่สัญญาได้ทำนิติกรรมก่อนนี้จึงเป็นเรื่องเฉพาะตัวระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เท่านั้น ซึ่งถ้าลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจฟ้องร้องบังคับได้เฉพาะตัวลูกหนี้ให้ปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น ดังนั้น ตัวลูกหนี้เท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบการที่ตนไม่ชำระหนี้ตามสัญญา และความรับผิดชอบนั้นส่งผลให้เจ้าหนี้สามารถบังคับบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้ เช่น บังคับมัดตัวจับแช่น้ำ ซึ่งการบังคับแก่นเนื้อตัวร่างกายนี้เองที่เจ้าหนี้บางคนอาจมัดแน่นมัดแรง บางคนอาจมัดเบา การที่ลูกหนี้อยอมเป็นหนี้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งจึงอาจเพราะหวังในความเมตตาของเจ้าหนี้คนนั้นที่ไม่บังคับแก่นเนื้อตัวร่างกายรุนแรงเกินไป ถ้าโอนสิทธิในการเป็นเจ้าหนี้ให้คนอื่น คนใหม่อาจไม่เมตตาปราณีเท่า² ความคิดในสมัยก่อนจึงถือว่าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้โอนกันไม่ได้ ใครเป็นเจ้าหนี้ก็ต้องผูกพันเจ้าหนี้คนนั้นเฉพาะตัว จึงเป็นที่มาแห่งคำกล่าวว่ สิทธิส่วนตัวตายตามตัว³ ซึ่งหมายถึงเมื่อเจ้าหนี้ตาย หนี้ก็ระงับไปด้วย เพราะไม่ยอมให้โอนสิทธิกัน ด้วยเหตุเช่นนี้เจ้าหนี้จึงไม่อาจโอนสิทธิหรือโอนความเป็นเจ้าหนี้ไปให้บุคคลภายนอก เพื่อที่จะให้บุคคลภายนอกเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แทน

ในทางกลับกัน ลูกหนี้ก็ไม่อาจโอนหน้าที่ในการชำระหนี้ของตนไปยังบุคคลภายนอกเพื่อให้บุคคลภายนอกเข้ามาชำระหนี้แทนตนได้ เพราะหนี้และความรับผิดชอบเป็นเรื่องเฉพาะตัว ซึ่งอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียวคือลูกหนี้ และความรับผิดชอบผูกพันกับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้เป็นสำคัญ⁴ ทั้งนี้ ยังถือว่าหนี้ระงับไปพร้อมกับความตายของลูกหนี้⁵ อีกด้วย

¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553), หน้า 426.

² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์)(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2506), หน้า 1232.

³ เรื่องเดียวกัน.

⁴ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 15(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 412.

⁵ จรินทร์ เพียรประดิษฐ์กุล, “ปัญหาการยอมรับกฎหมายว่าด้วยการโอนหนี้,” วารสารนิติศาสตร์ 20, ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2535): 97.

ต่อมา เมื่อสภาพสังคม เศรษฐกิจและการเมืองเปลี่ยนแปลงไป มีการค้าขายที่มากขึ้น และมีความสลับซับซ้อน ต้องติดต่อผู้คนมากขึ้น จึงทำให้คู่สัญญามีหลายฝ่ายและต้องติดต่อกับบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาด้วย ทั้งนี้ ยังมีการยอมรับว่าการชำระหนี้อาจบังคับเหนือกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้⁶ สภาพความผูกพันของคู่สัญญาที่มีลักษณะเฉพาะตัวจึงเริ่มเปลี่ยนไป และแม้ตามกฎหมายแพ่งโรมันจะยังไม่มีการยอมรับการโอนความเป็นเจ้าหนี้หรือโอนสิทธิ และการโอนการชำระหนี้หรือโอนหนี้ แต่นักกฎหมายโรมันเริ่มยอมรับการโอนดังกล่าวว่าสามารถที่จะทำได้ด้วยการแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือเปลี่ยนตัวลูกหนี้⁷ และหากพิจารณาจากกฎหมายลักษณะหนี้ปัจจุบันแล้วพบว่า ลักษณะกฎหมายลักษณะหนี้ในปัจจุบันที่แม่หนี้จะก่อให้เกิดบุคคลสิทธิความผูกพันกันระหว่างบุคคลผู้เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ การบังคับชำระหนี้จะบังคับกันได้ก็แต่ในทางทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น จะบังคับเอาแก่นเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ไม่ได้ ลูกหนี้จึงไม่ต้องกลัวว่าจะต้องถูกบังคับเอาแก่นเนื้อตัวร่างกายของตนเองต่อไป การโอนสิทธิของเจ้าหนี้ไปยังบุคคลอื่นจึงไม่มีผลกระทบต่อฐานะความเป็นอยู่ของลูกหนี้แต่ประการใด เมื่อข้อขัดข้องดังกล่าวสิ้นไปแล้ว จึงไม่มีอะไรขัดขวางมิให้โอนสิทธิของเจ้าหนี้⁸

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย หลักการโอนความเป็นเจ้าหนี้จะปรากฏในหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง ส่วนการโอนการชำระหนี้หรือการโอนหนี้เคยปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยการโอนหน้าที่ชำระหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2468 ที่ใช้จนถึงปัจจุบันนี้กลับปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและหลักการแปลงหนี้ใหม่เท่านั้น ดังจะได้อธิบายประวัติความเป็นมาในแต่ละส่วนต่อไป

ในส่วนของการโอนสิทธิเรียกร้องเริ่มปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ซึ่งบัญญัติยอมรับการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ในภาค 3 โอนหนี้ บรรพ 2 หนี้ รวมทั้งสิ้น 18 มาตรา คือ ตั้งแต่มาตรา 266 ถึง มาตรา 283 โดยแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป โอนสิทธิ และโอนหน้าที่ชำระหนี้⁹ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับดังกล่าว ซึ่งในขณะนั้นมีเพียงบรรพ 1 และบรรพ 2 ให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467 แล้วก็ตาม แต่ต่อมาได้เลื่อนการใช้ออกไปอีก 1 ปี ทั้งนี้ เพราะคณะกรรมการพิเศษตรวจชำระประมวลกฎหมายและกรมร่างกฎหมายเห็นว่า มีข้อบกพร่องอันควรได้รับการแก้ไขมาก เช่น ต้องแก้ไขการใช้ถ้อยคำให้ชัดเจนกว่าเดิม ต้องเพิ่มเติมข้อความมาตราให้รัดกุมกว่าเดิม ต้องจัดหมวดหมู่มาตราให้เป็นระเบียบถูกต้อง คณะกรรมการพิเศษจึงได้ขอ

⁶ ศนันทกรณ (เจ้าปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 412.

⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1233.

⁹ กรมร่างกฎหมาย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระพุทธศักราช 2466 บรรพ 1 และ 2 กับอุทธรณ์ (พระนคร: โรงพิมพ์กองหลวง, 2467), หน้า 206-222, อ้างถึงใน เลิศชาย จิระชาติ, “หลักการโอนสิทธิเรียกร้องอันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง : วิเคราะห์ถึงพัฒนาการแนวความคิดในการโอนสิทธิเรียกร้องตลอดจนกระบวนการและผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 60.

พระราชทานพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวให้เลื่อนการใช้บรรพ 1 และบรรพ 2 ออกไปอีก 1 ปี¹⁰ ต่อเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับดังกล่าวได้ถูกยกเลิก¹¹ และประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2468 ซึ่งใช้สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน กลับบัญญัติการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ในบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 4 โอนสิทธิเรียกร้อง รวมทั้งสิ้น 11 มาตรา คือ มาตรา 303 ถึง มาตรา 313 ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันต่อไป

อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ศาสตราจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ให้เหตุผลของการยกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 เดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ว่า

"...เมื่อได้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ถูกยกเลิกมาเปรียบเทียบกับกฎหมายปัจจุบัน ก็ปรากฏว่า กฎหมายเก่าได้ร่างขึ้นโดยเทียบเคียงจากกฎหมายฝรั่งเศสและสวิตซึ่งใช้หลัก 'สัญญา' เป็นหลักทั่วไป ซึ่งอาจถือได้ว่าลวงพันสมัย ส่วนกฎหมายปัจจุบันนั้นใช้หลัก 'นิติกรรม' เป็นหลักทั่วไป โดยเทียบมาจากกฎหมายเยอรมันและญี่ปุ่น ซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายที่ทันสมัยกว่า เพราะได้บัญญัติขึ้นหลังกฎหมายฝรั่งเศสตั้งเกือบร้อยปี นอกจากนี้ ยังปรากฏว่ามีข้อขัดตกบกพร่องในกฎหมายเก่าอีกมาก แต่ทั้งนี้ ไม่ควรจะถือว่าการทำประมวลกฎหมายฉบับที่ถูกยกเลิกไม่อำนวยประโยชน์เสียเลย เพราะได้ทำให้การทำประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 1 และบรรพ 2 ฉบับปัจจุบัน สำเร็จได้รวดเร็วยิ่งขึ้น"¹²

ส่วนการแปลงหนี้ใหม่ยังไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ตามที่กล่าวมาข้างต้นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ยังมีแค่บทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการโอนหน้าที่ชำระหนี้ที่บรรจุอยู่ในหมวดเดียวกัน ทั้งนี้การแปลงหนี้ใหม่เริ่มปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2468 เนื่องจากคณะกรรมการร่างกฎหมายเห็นว่า หลักกฎหมายในเรื่องแปลงหนี้ใหม่ (novation) นั้นนิยมใช้กันในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เช่น อังกฤษ และฝรั่งเศส เป็นต้น แต่ยังไม่มีการบัญญัติโดยตรงในกฎหมายไทย¹³ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ของหลักการแปลงหนี้ใหม่ต่อไป

¹⁰ กองจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร, "เอกสารกระทรวงยุติธรรมรัชกาลที่ 6 หมายเลข ร 612 1/15 รายงานคณะกรรมการตรวจชำระร่างประมวลกฎหมาย" อ้างใน ทวีศักดิ์ นคนันท์, "การแปลงหนี้ใหม่ : ศึกษาเฉพาะปัญหาของการก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 26.

¹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ประกาศ ณ วันที่ 11 พฤศจิกายน 2468[ออนไลน์], 2551. แหล่งที่มา <http://web.krisdika.go.th/data/law/law4/%bb03/%bb03-2a-2468-001.pdf>

¹² หยุด แสงอุทัย, "การร่างกฎหมายในประเทศไทย," วารสารทนายความ 6(กุมภาพันธ์ 2507): 129.

¹³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ประจำวันที่ 8 มิถุนายน พ.ศ. 2468" อ้างใน ทวีศักดิ์ นคนันท์, "การแปลงหนี้ใหม่ : ศึกษาเฉพาะปัญหาของการก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 26.

ส่วนการโอนหน้าที่ในการชำระหนี้ นั้น แม้จะไม่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่เคยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ.2466 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการโอนหน้าที่ชำระหนี้ นั้นถูกบัญญัติอยู่ในส่วนของภาค 3 โอนหนี้ ทั้งนี้ เป็นที่น่าเสียดายว่าหลักกฎหมายเรื่องดังกล่าวไม่ได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายถึงหลักการของบทบัญญัติที่เคยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่ง ฉบับปี พ.ศ.2466 นี้ต่อไป

4.2 การโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถูกบัญญัติอยู่ในบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 4 ตั้งแต่มาตรา 303 ถึง มาตรา 313 รวมทั้งสิ้น 11 มาตรา

การโอนสิทธิเรียกร้อง คือ การที่เจ้าหนี้ยตกลงยินยอมโอนสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งมีผลทำให้บุคคลผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนเจ้าหนี้เดิม ผู้รับโอนจึงย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เช่นเจ้าหนี้เดิม ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ามีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกับ การโอนสิทธิเรียกร้องด้วยกัน 3 ฝ่าย คือ เจ้าหนี้ที่เรียกว่าผู้โอน บุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็น เจ้าหนี้คนใหม่ที่เรียกว่าผู้รับโอน และลูกหนี้

สิทธิเรียกร้องนั้น แม้จะถือเสมือนว่าเป็นทรัพย์สิน แต่ก็ยังเป็นสิทธิในลักษณะที่เป็นเพียงบุคคล สิทธิเท่านั้น ไม่ใช่ทรัพย์สิน เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้นโดยสัญญาหรือนิติกรรมเท่านั้น ไม่สามารถที่จะเกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายได้¹⁴ และการโอนสิทธิเรียกร้องยังถือได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตัวเจ้าหนี้ เพราะเจ้าหนี้จะต้องตกลงโอนสิทธิเรียกร้องที่ตนมีอยู่ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เป็นการให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทน¹⁵

ในส่วนของ การโอนสิทธิเรียกร้องนี้ ผู้เขียนขอแบ่งเนื้อหาออกเป็น 4 เรื่อง ดังนี้ ความหมาย และลักษณะทั่วไปของการโอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้ แบบของการโอนสิทธิ เรียกร้อง และผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง

¹⁴ จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19(กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2553), หน้า 173.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 172.

4.2.1 ความหมายและลักษณะทั่วไปของการโอนสิทธิเรียกร้อง

สิทธิเรียกร้อง คือ สิทธิของเจ้าหนี้ในหนี้รายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้¹⁶ ดังนั้น เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นเมื่อใด ย่อมมีสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้จะสามารถโอนสิทธิดังกล่าวได้ตั้งแต่นั้น

ทั้งนี้ การโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือตามหลักสากลว่าสิทธิเรียกร้องย่อมโอนกันได้¹⁷ ดังที่มาตรา 303 บัญญัติว่า

“สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองไม่เปิดช่องให้โอนกันได้

ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น การแสดงเจตนาเช่นว่านี้ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”

จึงเห็นได้ว่า มาตรา 303 ได้วางหลักทั่วไปว่าสิทธิเรียกร้องทุกชนิดย่อมโอนกันได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไข เงื่อนไข¹⁸ เช่น ผู้รับจ้างสามารถโอนสิทธิเรียกร้องในเงินค่าจ้างตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง แม้ยังไม่ลงมือทำการก่อสร้าง หรือโอนสิทธิเรียกร้องแม้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ ซึ่งถือว่าเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขเริ่มต้นที่มีสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้นแล้ว เพียงแต่ยังทวงถามเรียกให้ปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ได้ก่อนถึงกำหนดเท่านั้น อีกทั้ง ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสัญญา หรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากละเมิด หรือเหตุอื่นใด ก็ย่อมสามารถโอนกันได้เช่นเดียวกัน และไม่ได้จำกัดว่าสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสัญญาต่างตอบแทนจะโอนกันไม่ได้อีกด้วย¹⁹

ในส่วนนี้มีข้อสังเกตที่ควรพิจารณาว่า หากเป็นกรณีของสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งเป็นสัญญาที่มีผลทำให้คู่สัญญามีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้กัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะโอนเพียงสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนดังกล่าวไปให้แก่บุคคลภายนอกได้หรือไม่ อันจะส่งผลในเรื่องของ

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่ง การชำระหนี้ด้วยตนเองอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้.

¹⁷ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 440.

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1893/2512 การโอนสิทธิเรียกร้องนั้น เพียงทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวก็สมบูรณ์ หากจำต้องลงลายมือชื่อผู้รับโอนด้วยไม่ แต่การโอนนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ยินยอมด้วยในการโอน โดยได้ทำคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเป็นหนังสือ

การโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขนั้น ย่อมโอนกันได้ หากต้องห้ามตามกฎหมายไม่ เพราะสิทธิที่โอนมีอยู่อย่างไรเท่าใด ผู้รับโอนก็รับโอนไปเพียงนั้นเท่านั้น

จำเลยโอนสิทธิที่จะได้รับค่าระวางเรือส่วนลดจากบริษัทเรือให้แก่ธนาคารผู้ร้อง เพื่อที่จำเลยจะได้เบิกเงินเกินบัญชีจากผู้ร้องต่อไปอีกตามข้อตกลงระหว่างผู้ร้องกับจำเลยที่ได้กระทำขึ้นหลังจากที่ผู้ร้องได้แสดงเจตนาจะปิดบัญชีไม่ยอมให้จำเลยเบิก เพราะจำเลยยังเป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีอยู่ถึงหนึ่งล้านบาทเศษ และเกินยอดสูงสุดที่ได้ตกลงกันไว้ก่อน ดังนี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นการโอนโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน.

¹⁹ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 440.

การปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องกับการโอนสัญญา ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

4.2.2 ประเภทของสิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าโดยหลัก สิทธิเรียกร้องทุกชนิดย่อมโอนกันได้ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 303 วรรคท้าย และมาตรา 304 ได้กำหนดสิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้ด้วยกัน 3 ประการ อันได้แก่ กรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ กรณีคู่กรณีได้มีข้อตกลงห้ามโอนกันไว้ และกรณีสิทธิเรียกร้องที่ศาลยึดไม่ได้ อธิบายได้ดังนี้

(1) กรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ หมายความว่า สิทธิเรียกร้องใด โดยสภาพแห่งสิทธินั้นไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ สิทธิเรียกร้องนั้นจะไม่สามารถโอนกันได้ ส่วนการพิจารณาว่าสภาพแห่งสิทธิอย่างไรที่จะถือว่าไม่เปิดช่องให้โอนกันได้นั้นเป็นเรื่องเข้าใจยาก ซึ่งน่าจะหมายถึง เรื่องที่จะทำการชำระหนี้ให้แก่คนอื่นไม่ได้ แต่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เฉพาะตัวเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คงไม่หมายความถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องสมบัติของบุคคลเป็นสำคัญ เช่น ในเรื่องเช่าบ้านอยู่อาศัย แม้คุณสมบัติของผู้เช่าจะเป็นสาระสำคัญ ถ้าผู้ให้เช่ายินยอม ก็ย่อมสามารถที่จะโอนกันได้ ตามมาตรา 544 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁰

ดังนั้น กรณีที่สภาพแห่งสิทธิเรียกร้องไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ จึงน่าจะหมายความว่า แม้ว่าคุณกรณีที่เกี่ยวข้องจะได้ยินยอมให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันได้ แต่ก็ยังไม่สามารถโอนกันได้นั่นเอง เช่น กรณีตามมาตรา 446 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่องเรียกค่าเสียหายกรณีที่ทำให้เข้าเสียหายแก่ร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ ซึ่งผู้ต้องเสียหายมีสิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่ได้เสียไปเป็นเงินทอง เช่น รูปหน้าเสียโฉม หรือค่าที่ต้องตรहनตกใจ ค่าเสียขวัญ หรือกรณีหญิงที่ถูกกระทำชำเรา มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนความที่ต้องเจ็บช้ำระกำใจในการที่จะต้องเสียเนื้อเสียตัวไป จะเห็นได้ว่ากรณีเหล่านี้ตามสภาพเป็นสิทธิส่วนตัวโดยแท้ ทั้งนี้ ความตอนท้ายของมาตรา 446 ยังได้กำหนดไว้ว่าสิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่อาจโอนกันได้ และไม่ตกทอดไปยังทายาทด้วย ขอยกตัวอย่างเพื่อให้เห็นชัดเจน นาง ก. ถูกนาย ข. กระทำชำเรา นาง ก. มีสิทธิที่จะเรียกค่าเจ็บช้ำระกำใจ ถ้าหากนาง ก. จะโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวให้นาง ค. นาง ค. ก็ไม่ได้เป็นผู้ที่ถูกกระทำที่ต้องเจ็บช้ำระกำใจ จะรับโอนสิทธิดังกล่าวไว้เพื่อเรียกร้องเอาจากนาย ข. ไม่ได้²¹

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 943.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 944.

เช่นเดียวกับสิทธิที่จะได้ค่าอุปการะเลี้ยงดูระหว่างสามีภริยา หรือบิดา มารดากับบุตร ตามมาตรา 1598/41 กำหนดว่าจะโอนกันไม่ได้ หรือสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมกรณี หมั้นตามมาตรา 1447 ก็มีลักษณะทำนองเดียวกัน²²

(2) กรณีคู่กรณีได้มีข้อตกลงห้ามโอนกันไว้ หมายความว่า ถ้าคู่สัญญาได้แสดง เจตนากันไว้ว่าไม่ให้โอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิเรียกร้องดังกล่าวก็จะโอนกันไม่ได้ ซึ่งถ้าหากเป็นสิทธิ เรียกร้องที่เกิดจากมูลสัญญาคู่กรณีสามารถตกลงกันได้โดยสัญญาตั้งแต่ขณะทำสัญญา หรือมาตกลง เพิ่มเติมในภายหลังก็ได้ ส่วนสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากมูลหนี้อื่นต้องมีการตกลงกันภายหลังที่เกิด หนี้แล้ว²³

ส่วนกรณีหากมีการตกลงห้ามโอนกันไว้แล้ว หากเจ้าหนี้ได้ฝ่าฝืนโอนสิทธิ เรียกร้องดังกล่าวไป ก็ไม่ทำให้ผู้รับโอนมีสิทธิที่จะบังคับเอาจากลูกหนี้ได้ เว้นแต่ผู้รับโอนจะได้รับ โอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวโดยสุจริต กล่าวคือ แม้ว่าจะมีข้อตกลงของคู่สัญญาห้ามมิให้โอนสิทธิ เรียกร้องกันไว้ก็ตาม และเจ้าหนี้ได้ฝ่าฝืนโอนไป ก็ระงับเอาการแสดงเจตนาขึ้นใช้ในชั้นต่อ บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอน ผู้กระทำการโดยสุจริต ไม่รู้ถึงการแสดงเจตนาห้ามโอนระหว่างคู่กรณี นั้นไม่ได้²⁴ ขอยกตัวอย่างอธิบาย เช่น นาย ก. ให้นาย ข. กู้ยืมเงินไป 20,000 บาท ตกลงกันว่า นาย ก. จะไม่โอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวให้ใคร ต่อมาปรากฏว่านาย ก. โอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าว ให้แก่นาย ค. โดยนาย ค. ไม่รู้ว่ามี การแสดงเจตนาห้ามโอนสิทธิเอาไว้ระหว่างนาย ก. และนาย ข. ดังนั้น นาย ค. จึงได้รับโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเอาไว้ และได้ปฏิบัติเกี่ยวกับการบอกกล่าวการโอน แก่ลูกหนี้ถูกต้องตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นาย ค. ย่อมสามารถที่จะ เรียกให้นาย ข. ชำระหนี้เงินกู้ยืมจำนวน 20,000 บาทแก่ตนได้ ส่วนนาย ข. ได้แต่จะไปเรียกร้องให้ นาย ก. รับผิดชอบในการฝ่าฝืนข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้เท่านั้น

(3) กรณีสิทธิเรียกร้องที่ศาลยึดไม่ได้ หมายความว่า กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติ ไว้ห้ามยึด สิทธิเรียกร้องเช่นนั้นก็จะโอนกันไม่ได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ให้เป็นสิทธิของ เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะ²⁵ อันได้แก่ สิทธิในการถอนการวางทรัพย์ตามมาตรา 335 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือสิทธิประเภทที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบในการบังคับคดี ตาม มาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น เงินเดือน บำเหน็จ บำนาญของ ข้าราชการ เป็นต้น

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าสิทธิเรียกร้องมีข้อจำกัดในการโอน 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก สภาพแห่งสิทธิเรียกร้องนั่นเองไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ ประการที่สอง กรณีคู่สัญญาได้มี

²² ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 8(กรุงเทพฯ: สำนักอบรม กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 292.

²³ เรื่องเดียวกัน.

²⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 944.

²⁵ เรื่องเดียวกัน

ข้อตกลงห้ามโอนกันไว้ และประการสุดท้าย สิทธิเรียกร้องที่กฎหมายกำหนดให้ศาลยึดไม่ได้ สิทธิเรียกร้องที่เข้าข้อจำกัดทั้งหลายเหล่านี้ย่อมโอนให้แก่กันไม่ได้

ในส่วนนี้มีข้อสังเกตที่ควรพิจารณาว่า จากการศึกษาถึงสิทธิเรียกร้องที่กฎหมายบัญญัติห้ามไม่ให้โอนกัน อันมีด้วยกัน 3 ประการ ดังที่กล่าวมาข้างต้น หากเป็นกรณีที่ คู่สัญญาประสงค์จะโอนสัญญาหรือโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนไปยังบุคคลอื่นแล้ว ซึ่งสิทธิเรียกร้องตามสัญญาดังกล่าวไม่ได้มีสภาพที่ไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ และคู่สัญญาก็ไม่ได้แสดงเจตนาห้ามโอนกันไว้ และไม่ได้เป็นสิทธิที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ยึดแล้ว คู่สัญญาก็ย่อมที่จะโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวได้ตามหลักอยู่แล้วหรือไม่ ประกอบกับปัญหาในเรื่องการโอนสัญญานั้น ไม่ใช่เป็นเพียงการโอนเฉพาะสิทธิเรียกร้องเพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นการโอนหนี้หรือหน้าที่ไปด้วย ซึ่งมีข้อที่น่าคิดว่า หนี้หรือหน้าที่ดังกล่าวนี้ หากคู่สัญญาจะโอนโดยใช้วิธีการตามหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง จะต้องใช้ข้อห้ามการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมาแล้วนี้กับหนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญาจะโอนไปด้วยหรือไม่ อย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

4.2.3 แบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ 2 แบบด้วยกัน คือ (1) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปของการโอนสิทธิเรียกร้อง²⁶ (2) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งโดยหนี้ันั้นต้องมีตราสาร ซึ่งถือว่าเป็นหลักที่ใช้บังคับแก่หนี้ที่มีหลักฐานเป็นตราสาร²⁷ อันจะได้อธิบายดังนี้

(1) แบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไป

หลักทั่วไปของการโอนสิทธิเรียกร้องปรากฏในมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดว่า หากปรากฏว่าใครคือเจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ ระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอนว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันแล้ว โดยทั้งสองฝ่ายต่างต้องยินยอม²⁸ หากไม่ทำเป็นหนังสือแล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะไม่สมบูรณ์

ซึ่งอาจแปลความหมายในทางกลับกันได้ว่า หากสิทธิเรียกร้องซึ่งมีเจ้าหนี้แต่ไม่ทราบว่าเป็นใครโดยเฉพาะเจาะจง การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นก็ไม่จำเป็นจะต้องทำเป็นหนังสือ

²⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 180.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 181.

กล่าวคือ การโอนอาจกระทำโดยวาจาหรืออากัปกิริยาอื่นให้เข้าใจว่ามีการโอนก็ได้ เช่น นาย ก. เป็นผู้ถือสลากกินแบ่งของรัฐบาลซึ่งถูกรางวัลที่ 1 เป็นเงิน 2 ล้านบาท หน้าที่กองสลากกินแบ่งของรัฐบาลจะต้องชำระเงินไม่เป็นการเฉพาะเจาะจงแก่ผู้ใด ดังนี้ นาย ก. จึงอาจโอนสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับเงินจากกองสลากให้แก่ นาย ข. ได้ โดยเพียงแต่ส่งมอบสลากกินแบ่งให้แก่ นาย ข. โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือก็ได้

นอกจากนี้ มาตรา 306 วรรค 1 ตอนท้าย ยังกำหนดว่าการโอนสิทธินั้น จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้ได้หรือบุคคลภายนอกได้ เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้ ได้ยินยอมกับการโอนสิทธินั้นไว้แล้ว โดยต้องทำเป็นหนังสือเช่นกัน ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้มีการบอกกล่าว หรือการยินยอมของลูกหนี้ที่ต้องทำเป็นหนังสือนี้ เพื่อให้มีการรับรู้ของลูกหนี้ว่ามีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ การบอกกล่าวถึงการโอนสิทธิเรียกร้องมีผลเพียงว่าหากยังไม่บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ ก็ไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้ต่อลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้เท่านั้น มิได้ทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า กฎหมายกำหนดให้มีการบอกกล่าวการโอนหรือได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากลูกหนี้ ซึ่งหากไม่ได้บอกกล่าวหรือได้รับความยินยอม ก็ไม่ได้ทำให้การโอนไม่สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมกับกรณีลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวการโอนจะมีผลที่แตกต่างกัน ตามมาตรา 308 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

(1) กรณีที่ลูกหนี้ยินยอมให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่ได้ติดเงื่อนไข โดยทำเป็นหนังสือแล้วตามที่กล่าวมาข้างต้น มีผลให้ลูกหนี้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนหรือเจ้าหนี้ เดิมนั้นขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนหรือเจ้าหนี้ใหม่ได้

(2) กรณีที่ลูกหนี้ได้แต่รับคำบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องที่ทำเป็นหนังสือ ย่อมมีผลให้ลูกหนี้มีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ทุกอย่างที่มีต่อเจ้าหนี้เดิม มาใช้ต่อสู้กับเจ้าหนี้คนใหม่ หรือผู้รับโอนได้ เพราะกรณีนี้ลูกหนี้ถือว่าไม่ได้ยินยอมในการโอน ลูกหนี้จึงชอบที่จะปฏิบัติต่อผู้รับโอนเหมือนอย่างเจ้าหนี้เก่าของตนได้ เช่น ต่อสู้ว่าหนี้ขาดอายุความ²⁹

จึงสรุปได้ว่า วิธีการโอนสิทธิเรียกร้องในกรณีทั่วไปนั้นแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอน 1 เพื่อให้การโอนสิทธิเรียกร้องสมบูรณ์จะต้องมีการทำสัญญาเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน และขั้นตอนที่สองเพื่อให้การโอนสิทธิเรียกร้องสามารถยกขึ้นต่อสู้ลูกหนี้และบุคคลภายนอกได้ จึงจะต้องมีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ หรือลูกหนี้

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 184.

ยินยอมด้วยในการโอนดังกล่าวเป็นหนังสือ แต่ขั้นตอนแรกเท่านั้นที่หากเจ้าหนี้เดิมกับผู้รับโอนไม่ได้ทำ การโอนจะไม่สมบูรณ์

ส่วนขั้นตอนที่ 2 หากไม่ได้ทำ มิได้ทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์ มีผลเพียงไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้เท่านั้น

(2) แบบของการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งโดยหนี้ชั้นนี้ต้องมีตราสาร

การโอนสิทธิเรียกร้องอันพึงต้องชำระตามคำสั่งในกรณีนี้ ใช้บังคับแก่หนี้หรือสิทธิเรียกร้องบางชนิด อันได้แก่หนี้ซึ่งต้องมีตราสาร กล่าวคือ หนี้หรือสิทธิเรียกร้องอาจมีหลักฐานแสดงหนี้ได้ และยิ่งไปกว่านั้น หนี้หรือสิทธิเรียกร้องบางชนิดยังต้องทำเป็นตราสารแสดงหนี้อีกด้วย โดยหนี้ที่ต้องมีตราสารนั้นมีอยู่หลายชนิด บางชนิดระบุไว้ในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ตัวเงิน อันได้แก่ ตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน และเช็ค หรือในเรื่องใบตราส่งใบรับของคลังสินค้า ประทวนสินค้า กรมธรรม์ประกันชีวิต หนี้ผู้ถือ ส่วนตามกฎหมายอื่น ตัวอย่างเช่น พันธบัตรของรัฐบาล ตัวสลากกินแบ่ง เป็นต้น³⁰

ทั้งนี้ ข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างหลักฐานแห่งหนี้กับตราสารแห่งหนี้ อยู่ที่หลักฐานแห่งหนี้เป็นเพียงพยานเอกสารที่แสดงว่าได้มีหนี้ขึ้น ส่วนตราสารนั้นนอกจากจะเป็นพยานเอกสารแล้ว ในบางกรณียังเป็นตัวหนี้หรือสิทธิเรียกร้องด้วย³¹

ดังนั้น ตราสารที่บันทึกการโอนหนี้หรือสิทธิเรียกร้องนั้น จะมีอยู่ด้วยกัน 3 ชนิด คือ

(1) ตราสารที่ระบุนามได้ว่า “เปลี่ยนมือไม่ได้” ได้ถูกกล่าวไว้ในเรื่องตัวเงิน³² ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่า ตราสารนี้จะโอนให้กันได้โดยรูปแบบและผลตามการโอนแบบสามัญ กล่าวคือ โอนสิทธิเรียกร้องตามหลักทั่วไปตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

(2) ตราสารที่สลักหลังว่า “ชำระตามคำสั่ง” ตามมาตรา 309 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่า ลูกหนี้รับว่าจะชำระหนี้แก่ผู้ที่เจ้าหนี้สั่งให้ชำระ ซึ่งเมื่อมีการส่งมอบตัวตราสารนั้นให้แก่ผู้รับโอนไปแล้ว ก็ถือว่าการโอนสิทธิเรียกร้องชนิดชำระตามคำสั่งแล้ว³³ ซึ่งมีผลทำให้ตราสารดังกล่าวยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องนั้นและต่อ

³⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 970.

³¹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 185.

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 917 อันตัวแลกเงินทุกฉบับ ถึงแม้ว่าจะมิใช่สั่งจ่ายให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่งก็ตาม ท่านว่ายอมโอนให้กันได้ด้วยสลักหลังและส่งมอบ

เมื่อผู้สั่งจ่ายเขียนลงในด้านหน้าแห่งตัวแลกเงินว่า “เปลี่ยนมือไม่ได้” ดังนี้ก็ดี หรือเขียนคำอื่นอันได้ความเป็นทำนองเช่นเดียวกันนั้นก็ ท่านว่าตัวเงินนั้นยอมจะโอนให้กันได้แต่โดยรูปการและด้วยผลอย่างการโอนสามัญ.

³³ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 186.

บุคคลภายนอกได้

ทั้งนี้ ตามมาตรา 312 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังมีผลอีกว่า ในกรณีการโอนสิทธิเรียกร้องอันพึงต้องชำระตามคำสั่ง ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ที่ตนมีต่อเจ้าหนี้เดิมไม่ได้ ซึ่งหมายความว่าผู้รับโอนอาจมีสิทธิที่ดีกว่าผู้โอนได้ อันถือว่าหลักการนั้นแตกต่างกับการโอนสิทธิในกรณีทั่วไป ที่ถือว่าลูกหนี้อย่อมมีสิทธิยกข้อต่อสู้ต่าง ๆ ที่ตนมีต่อเจ้าหนี้เดิมได้ ซึ่งหมายความว่าผู้รับโอนไม่มีสิทธิที่ดีกว่าผู้โอน

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้น³⁴ ว่าถ้าลูกหนี้มีข้อต่อสู้ชนิดที่ปรากฏในตัวตราสาร หรือที่มีขึ้นเป็นธรรมดาสืบจากลักษณะแห่งตราสาร เช่น การสลักหลังไม่ถูกต้อง คือสลักหลังขาดหายไป หรือมีลายมือชื่อปลอม หรือว่าตัวเงินไม่สมบูรณ์ ลูกหนี้ก็อาจจะยกข้อต่อสู้เหล่านี้ขึ้นใช้ต่อสู้ผู้รับโอนได้

(3) ตราสารที่สลักหลังว่า “ชำระแก่ผู้ถือ” ตามมาตรา 313 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่า ลูกหนี้รับว่าจะชำระหนี้แก่ผู้ถือตราสารนั้น กล่าวคือเป็นตราสารที่ไม่จำเป็นต้องมีการสลักหลังการโอนสิทธิเรียกร้องว่าจะโอนไปให้ใครคนใดอีกต่อไปแล้ว เพียงแต่ใครถือตราสารมาและหนี้ในตราสารถึงกำหนดเวลา ลูกหนี้ก็ต้องชำระให้แก่ผู้นั้นเมื่อผู้ถือตราสารนั้นเรียกร้องให้ชำระ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ตัวตราสารนั้นเป็นตัวหนี้ และผู้ถือตราสารเป็นเจ้าของแห่งสิทธิเรียกร้อง³⁵

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แบบของการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้นไม่น่าที่จะเกี่ยวข้องกับการปรับใช้กับการโอนสัญญา เนื่องจากการโอนสัญญาเป็นเรื่องของการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน ไม่ใช่เรื่องการโอนตราสาร

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตที่ควรพิจารณาในเรื่องแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องว่าการปรับใช้เรื่องแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องกับการโอนสัญญาจะเหมาะสมเพียงไรหรือไม่ และการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องแก่ลูกหนี้ หากนำมาปรับใช้แก่การโอนสัญญาจะเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 312 ในมูลหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้น ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ซึ่งมีต่อเจ้าหนี้เดิมขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับโอนโดยสุจริตนั้นหาได้ไม่ เว้นแต่ที่ปรากฏในตัวตราสารนั่นเองหรือที่มีขึ้นเป็นธรรมดาสืบจากลักษณะแห่งตราสารนั้น.

³⁵ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 188.

4.2.4 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง

เมื่อได้มีการโอนสิทธิเรียกร้อง ไม่ว่าจะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องอันเป็นหลักทั่วไป หรือจะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ย่อมก่อให้เกิดผล 2 ประการด้วยกัน คือ

1.) ผู้รับโอนเป็นเจ้าของหนี้แทนผู้โอน ทำให้ผู้รับโอนกลายเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ ซึ่งสามารถที่จะเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้

ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องในประการแรกนี้ มีข้อคิดที่จะต้องพิจารณา ด้วยว่า ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องนี้สามารถที่จะมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ในหน้าที่อื่น ๆ ที่ไม่ใช่หน้าที่หลักตามสัญญาได้ด้วยหรือไม่ ยกตัวอย่าง กรณีสัญญาซื้อขายตามที่ได้กล่าวเป็น ประเด็นเอาไว้ก่อนหน้านี้แล้วว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ขายเอาไว้ ที่นอกจากหน้าที่หลักตามสัญญาที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายไปให้ผู้ซื้อแล้ว ยังมีหน้าที่อื่นที่จะต้องรับผิดชอบเพราะความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินและการรอนสิทธิด้วย ซึ่งหากผู้ซื้อได้โอน สิทธิตามสัญญาซื้อขายที่จะได้รับสินค้าตามสัญญาซื้อขายไปให้ผู้รับโอนแล้ว เมื่อผู้รับโอนใช้สิทธิ เรียกร้องเอาทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายจากผู้ขาย และผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ตนขายให้แก่ ผู้รับโอนเรียบร้อยแล้ว ผู้รับโอนยังมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ขายรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องและ การรอนสิทธิด้วยหรือไม่ ประเด็นดังกล่าวผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไป

2.) ผู้รับโอนไม่เพียงแต่ได้รับสิทธิเรียกร้องอันเป็นสิทธิประธานมาเท่านั้น แต่ยังได้สิทธิอันเป็นอุปกรณ์มาด้วย³⁶ กล่าวคือ สิทธิอุปกรณ์ทั้งหลายของสิทธิเรียกร้อง ได้แก่ สิทธิจำนำอันเกี่ยวพันกับสิทธิเรียกร้อง สิทธิจำนอง สิทธิอันเกิดขึ้นจากการค้ำประกัน ย่อมโอนไปยัง ผู้รับโอนพร้อมกับสิทธิประธานด้วย ซึ่งเป็นการโอนไปโดยผลของกฎหมายโดยไม่จำเป็นที่จะต้อง มีข้อตกลงระหว่างผู้จำนอง ผู้จำนำ หรือผู้ค้ำประกันกับผู้รับโอนแต่อย่างใด

มีข้อสังเกตที่ควรพิจารณาว่า ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องที่กล่าวมานี้ หากนำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องไปปรับใช้กับการโอนสัญญาจะก่อให้เกิดผลดีกว่าการปรับใช้หลัก กฎหมายอื่น ๆ หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 305 เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวพันกับ สิทธิเรียกร้องนั้นก็ สิทธิอันเกิดขึ้น แต่การค้ำประกันที่ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ ย่อมตกไปให้แก่ผู้รับโอนด้วย.

4.2.5 การโอนสิทธิบางส่วน

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า สิทธิเรียกร้องทุกชนิดย่อมสามารถที่จะโอนกันได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น 3 ประการ คือ เป็นสิทธิเรียกร้องที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ หรือกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันห้ามโอน หรือเป็นสิทธิเรียกร้องที่ศาลยึดไม่ได้ แต่มีอีกประเด็นว่า หากเป็นสิทธิเรียกร้องที่ไม่เข้าข้อยกเว้นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนหรือเจ้าหนี้จะสามารถโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเพียงบางส่วนได้หรือไม่ เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนหรือเจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องที่ตนเองมีอยู่ให้แก่ผู้รับโอนทั้งหมด ก็คงไม่มีปัญหาแต่อย่างใด เนื่องจากสิทธิรวมทั้งประการแห่งหนี้ที่ประกันสิทธิเรียกร้องดังกล่าวก็ย่อมโอนไปด้วย แต่ถ้าเป็นกรณีการโอนสิทธิเรียกร้องเพียงบางส่วน ย่อมจะก่อให้เกิดผลว่า ประกันแห่งหนี้จะโอนไปด้วยหรือไม่ และถ้าหากโอนไปด้วย จะโอนไปแค่ไหน เพียงใด

ในประเด็นเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็น³⁷ ไว้ว่า “ปัญหามีว่าจะโอนสิทธิเรียกร้องแต่เพียงบางส่วนได้หรือไม่ ในเบื้องต้นน่าจะคิดตามเหตุผลธรรมดาว่า ถ้าวัตถุแห่งหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นการอันจะแบ่งแยกมิได้ จะแบ่งแยกโอนสิทธิไม่ได้โดยเอง เพราะฝ่าฝืนต่อลักษณะที่จะไปเรียกให้ใช้แยกสันปันส่วนในสิ่งที่ไม่อาจแยกได้ เช่น ข. ทำสัญญาจะขายม้าให้ ค. 1 ตัว ก. โอนสิทธิให้ ค. ไปเพื่อเรียกเอาท่อนหัว ตัวเองเอาท่อนหาง ดังนี้ย่อมทำไม่ได้”

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า หากสิทธิเรียกร้องเป็นสิทธิเรียกร้องที่อาจแบ่งแยกออกได้แล้ว ก็ย่อมน่าที่จะโอนสิทธิเพียงบางส่วนได้ เพราะกฎหมายในหลักการโอนสิทธิเรียกร้องก็ไม่ได้มีกำหนดห้ามโอนสิทธิบางส่วนไว้

อย่างไรก็ตาม มีบทบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บางมาตราที่กำหนดห้ามการโอนบางส่วนไว้ เช่น หลักกฎหมายในเรื่องตัวแลกเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 922 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “อนึ่ง การสลักหลังโอนแต่บางส่วน ท่านว่าเป็นโมฆะ” อันหมายความว่า โดยปกติแล้วการโอนตัวแลกเงินสามารถทำได้ด้วยการสลักหลัง โดยการสลักหลังนั้นจะต้องปราศจากเงื่อนไขและต้องไม่สลักหลังโดยกำหนดว่าโอนตัวนั้นเพียงบางส่วน หากสลักหลังโอนแต่เพียงบางส่วนแล้ว ย่อมมีผลการสลักหลังนั้นเป็นโมฆะ ผู้รับโอนตัวไม่ถือเป็นผู้ทรงตัว และผู้โอนยังถือว่าเป็นผู้ทรงตัวอยู่ ดังนั้น การโอนตัวไม่ว่าจะเป็นตัวแลกเงินตัวสัญญาใช้เงิน หรือเช็ค หากสลักหลังตัวเพื่อโอนให้แก่บุคคลอื่นแล้ว จะสลักหลังโอนเพียงบางส่วนไม่ได้

มีข้อสังเกตที่ควรพิจารณาว่า การโอนสัญญาที่นำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องไปปรับใช้ จะสามารถโอนเพียงสิทธิและหน้าที่ในสัญญาเพียงบางส่วนได้หรือไม่อย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

³⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1292.

4.3 การแปลงหนี้ใหม่

4.3.1. ความหมายและลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้บัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยเรื่องหนี้ โดยการแปลงหนี้ใหม่เป็นวิธีการหนึ่งของเหตุแห่งการระงับหนี้ กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่ คือ สัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างคู่กรณี 2 ฝ่าย โดยคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายมีหนี้เดิมระหว่างกันอยู่ และได้เข้าตกลงทำสัญญาต่อกันโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะระงับหนี้เดิมที่มีอยู่ระหว่างกัน และผูกพันกันตามหนี้ใหม่ที่ได้ตกลงกันไว้ตามสัญญา โดยคู่สัญญาามีเจตนาที่จะระงับหนี้ที่มีอยู่เดิมนั้น ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้ของประเทศไทย จึงได้จัดการแปลงหนี้ใหม่เข้าไปรวมอยู่ในหนึ่งในวิธีการในการระงับหนี้ เช่นเดียวกับบทบัญญัติว่าด้วยการปลดหนี้หรือหักกลบลบหนี้ที่ถือเป็นวิธีการในการระงับหนี้เช่นเดียวกัน แต่ต่างกันตรงที่การปลดหนี้และการหักกลบลบหนี้เป็นการระงับหนี้โดยไม่มีหนี้ใดมาแทน ส่วนแปลงหนี้ใหม่นั้นมีหนี้ใหม่มาแทน หากไม่มีหนี้ใหม่มาแทน หนี้เก่าก็ยังคงมีอยู่

การแปลงหนี้ใหม่จึงมีลักษณะเป็นการที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ตกลงกันทำให้หนี้เดิมระงับและบังคับกันตามหนี้ที่ตกลงกันใหม่ โดยมีการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้เดิม ซึ่งอาจเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เปลี่ยนตัวลูกหนี้หรือเปลี่ยนวัตถุประสงค์แห่งหนี้ ฉะนั้น การแปลงหนี้ใหม่จึงเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับหนี้สองอย่าง คือ หนี้เดิมและหนี้ใหม่ ซึ่งหนี้เดิมนั้นจะได้ถูกระงับไป

ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นลูกหนี้ นาย ข. ในการที่จะต้องส่งมอบม้าตามสัญญาขายม้าให้แก่ นาย ข. แต่หาม้ามาขายมาได้ นาย ก. กับ นาย ข. จึงได้ตกลงทำสัญญาระงับหนี้เก่าที่จะต้องส่งมอบม้า เปลี่ยนให้เป็นหนี้ใหม่ที่จะต้องหาวัวมาส่งมอบขายให้ หรือจะทำการส่งมอบสัตว์อื่นแทน หรือจะกระทำการอื่นใดให้ก็ตาม หนี้เก่าที่เป็นเรื่องการส่งมอบม้าก็เป็นอันระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ จะเรียกร้องว่ากล่าวเอาม้านั้นอีกไม่ได้ ได้แต่จะกล่าวเรียกร้องว่ากันตามหนี้ใหม่ที่ได้ก่อขึ้น

หรืออีกตัวอย่างหนึ่ง เช่น นาย ก. เป็นลูกหนี้ นาย ข. ในจำนวนเงิน 10,000 บาท นาย ข. ต้องการจะให้นาย ค. ได้เข้ามาเป็นเจ้าหนี้ของนาย ก. จึงได้ทำสัญญาระงับความที่ตนเป็นเจ้าหนี้ นาย ก. อยู่ และให้นาย ค. เข้ามาเป็นเจ้าหนี้ใหม่ เหมือนกับว่าได้ก่อหนี้กันใหม่ หรือในกรณีกลับกัน นาย ก. เป็นลูกหนี้ นาย ข. อยู่ นาย ค. ประสงค์จะเข้ามารับเป็นลูกหนี้ นาย ข. นาย ค. กับ นาย ข. จึงตกลงทำสัญญากันระงับหนี้เก่าที่นาย ก. เป็นลูกหนี้ นาย ข. และก่อหนี้ใหม่ขึ้นโดยให้นาย ค. เป็นลูกหนี้ นาย ข. การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้เช่นนี้ ก็นับอยู่ในลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ ที่ทำให้หนี้เก่าระงับไปได้เหมือนกัน³⁸

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1538.

จากตัวอย่างการแปลงหนี้ใหม่ข้างต้น การแปลงหนี้ใหม่ก็คือ การเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เดิม หากคู่สัญญาได้ทำสัญญาที่มีการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ตามที่มาตรา 349 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้ หนี้เดิมที่มีอยู่ต่อกันนั้นมิได้เปลี่ยนแปลงไป จึงมีผลให้หนี้เดิมยังคงมีอยู่และมีผลบังคับกันตามหนี้เดิมนั้น³⁹

4.3.2 หลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่

หากจะกล่าวถึงเหตุแห่งการระงับหนี้ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ก็จะแยกได้หลายเหตุ ทั้งการปลดหนี้ การหักกลบลบหนี้ หรือการชำระหนี้โดยการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนก็ล้วนทำให้หนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ระงับลงไปทั้งสิ้น แต่นอกจากเหตุแห่งการระงับหนี้ที่กล่าวมาแล้วนี้ ยังมีเหตุแห่งการระงับหนี้อีกหนึ่งเหตุหนึ่ง ซึ่งแตกต่างไปจากเหตุแห่งการระงับหนี้อื่น ๆ คือ เหตุแห่งการระงับหนี้โดยการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งเหตุแห่งการระงับหนี้นี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีมูลหนี้ใหม่เกิดขึ้นแทนมูลหนี้เก่า

หลักเกณฑ์พื้นฐานของการแปลงหนี้ใหม่ ถูกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 349 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁰ บัญญัติว่า

“เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ร่า ทานว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่

ถ้าทำหนี้ที่มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าไปในหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ทานถือว่าเป็นอันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้นั้น”

ตามความหมายของมาตรา 349 ได้กำหนดถึงลักษณะที่สำคัญของการแปลงหนี้ใหม่ที่จะต้องมีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็น

³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1298/2503 “การพิจารณาค่าฟ้องต้องดูทั้งฉบับ เมื่อดูทั้งฉบับแล้วจึงจะเห็นได้ว่าโจทก์ฟ้องอย่างไร แม้โจทก์จะกล่าวในช่องคู่ความข้างต้นกำกวมบ้าง ก็หามีความสำคัญแก่คดีไม่ และไม่ใช้เรื่องที่ศาลจะวินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 24 ด้วย

ลูกหนี้กู้เงินจากโจทก์ไปโดยทำหลักฐานให้ไว้เป็นหนังสือหลังจากนั้นลูกหนี้คนนั้นออกเช็คเพื่อชำระหนี้ให้โจทก์แล้วขอรับหลักฐานการกู้เงินคืนไป เช่นนี้ มิใช่เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้แต่ประการใด เพราะหนี้ที่มีต่อกันนั้น มิได้มีสิ่งใดเปลี่ยนแปลงไป ตามกฎหมายจึงมิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ ฉะนั้น เมื่อปรากฏต่อมาราลูกหนี้ตาย เช็คของลูกหนี้นั้นยังขึ้นเงินไม่ได้ หนี้เดิมจึงยังหารงับไปไม่”

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ร่า ทานว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่

ถ้าทำหนี้ที่มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าไปในหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ทานถือว่าเป็นอันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้นั้น

สาระสำคัญแห่งหนึ่งแล้ว ก็เชื่อว่าเกิดการแปลงหนี้ใหม่ไปเสียทุกครั้ง การพิจารณาหลักเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่ ไม่เพียงแต่จะต้องพิจารณาจากมาตรา 349 เป็นหลักแล้ว ยังต้องพิจารณาควบคู่ไปกับมาตรา 351 ด้วย⁴¹ ซึ่งมาตรา 351 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า

“ ถ้านั้นอันจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนี้ใหม่นั้นมิได้เกิดมีขึ้นก็ดี ได้ยกเลิกเสียเพราะมูลหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีรู้งถึงคุณณีกดี ท่านว่าหนี้เดิมนั้นก็ยังมีหาระงับสิ้นไปไม่ ”

การที่จะต้องพิจารณามาตรา 351 ควบคู่ไปด้วยนั้น เพราะการแปลงหนี้ใหม่อาจเกิดขึ้นไม่ได้ หากหนี้อันจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนี้ใหม่นั้นมิได้เกิดมีขึ้น หรือได้ยกเลิกไปเสียเพราะมูลแห่งหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีรู้งถึงคุณณีกดี ดังตามความที่กล่าวมาแล้วการแปลงหนี้ใหม่ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ดังนั้น คุณณีกจะต้องนำหนี้เดิมกลับมาบังคับใช้กันต่อไป ดังที่เคยเป็นมา

ดังนั้น หลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่มีรายละเอียดที่จะต้องพิจารณาหลายประการด้วยกัน ดังต่อไปนี้

4.3.2.1. คู่สัญญาจะต้องมีหนี้เดิมต่อกัน

ลักษณะพื้นฐานของการแปลงหนี้ คือ คู่สัญญาจะต้องมีมูลหนี้เดิมต่อกันอยู่แล้ว และมูลหนี้เดิมที่มีผลผูกพันคู่สัญญาอยู่นั้นก็ต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ มิใช่เป็นหนี้ที่เป็นโมฆะหรือเป็นหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามอย่างชัดแจ้ง หรือเป็นหนี้ที่เป็นการพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากสัญญาเดิมที่มีอยู่นั้นมีลักษณะที่จะทำให้ผลของสัญญาเป็นโมฆะแล้ว ก็เท่ากับว่าหนี้เดิมนั้นไม่เคยมีอยู่ การแปลงหนี้ใหม่ก็จะมีไม่ได้ เพราะตามที่กล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติของการแปลงหนี้ใหม่เป็นส่วนของการระงับหนี้ หากหนี้เก่ามิได้มีอยู่แล้ว แม้คู่สัญญาจะมาทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ต่อกัน ก็ไม่สามารถที่จะกระทำได้ เพราะไม่มีมูลหนี้ที่จะระงับและมาบังคับกันตามหนี้ใหม่ได้

อีกประการหนึ่งของเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ที่จะต้องพิจารณาคือ แม้คู่สัญญาจะมีหนี้เดิมต่อกัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหนี้ประเภทนั้นจะนำมาแปลงหนี้ใหม่ได้ เช่น ปัญหาที่ว่าถ้าหนี้เดิมเป็นเรื่องหนี้ธรรมดา หรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม หนี้ประเภทนี้จะสามารถนำมาแปลงหนี้ใหม่ได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นแตกต่างของนักกฎหมายอยู่ 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า หนี้ธรรมดาหรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม สามารถที่จะแปลงหนี้ใหม่ได้ เช่น หนี้ที่ขาดอายุความ หนี้ที่ขาดหลักฐาน หรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมหรือตามควรแก่

⁴¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1542.

อัยาศัยในสังคม⁴² เพราะเมื่อหนี้ประเภทนี้สามารถที่จะชำระหนี้กันได้อย่างสมบูรณ์แล้ว เหตุใดจึงจะมีการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ แต่การแปลงหนี้ใหม่ชนิดนี้ต้องมีได้กระทำไปโดยเชื่อว่าหนี้เก่านั้นเป็นหนี้สามัญ⁴³

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า การทำสัญญารับใช้หนี้ในธรรม ก็เป็นแค่สัญญารับใช้หนี้ที่เหมือนกับการได้มีสัญญากันเป็นครั้งแรกเมื่อสร้างโลก ไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่ หนี้ในธรรมไม่ใช่หนี้ในกฎหมายที่รวมอยู่ในบทบัญญัติ ว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่อันเกี่ยวกับการระงับหนี้ในกฎหมาย⁴⁴

ส่วนกรณีคู่สัญญามีความผูกพันบางอย่างที่สมบูรณ์อยู่ แต่อาจเสื่อมเสียไปหรือใช้บังคับไม่ได้นั้น อาจมีการแปลงหนี้ใหม่กันได้⁴⁵ กล่าวคือ ในเรื่องโมฆียกรรม ซึ่งถือว่านิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้นสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะบอกล้าง ดังนั้น ถ้านิติกรรมใดได้ก่อหนี้ขึ้น ตราบใดที่ยังไม่มีการบอกล้างก็ถือว่ายังมีหนี้อันสมบูรณ์ที่จะแปลงหนี้ใหม่ได้ และถ้าหากมีการแปลงหนี้ใหม่ในหนี้ที่เป็นโมฆียกรรม ย่อมมีผลเป็นการให้สัตยาบันแก่โมฆียกรรมนั้น จะกลับไปบอกล้างกันอีกไม่ได้ หนี้ใหม่ซึ่งได้แปลงไปนั้นย่อมเป็นอันสมบูรณ์ ตามมาตรา 180(3)⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อีกเรื่องหนึ่ง คือ เรื่องหนี้ที่ต้องมีหนังสือเป็นหลักฐานในการฟ้องร้อง เช่น การกู้ยืมเงินเกินกว่าสองพันบาท ตามมาตรา 653 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ถึงแม้จะมีได้มีหลักฐานการกู้ยืมเงินเป็นหนังสือ การกู้ยืมเงินก็เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นแล้วโดยสมบูรณ์ หากแต่จะฟ้องร้องบังคับกันไม่ได้เท่านั้น ฉะนั้น จึงอาจมีการแปลงหนี้กันใหม่ในเรื่องเช่นนี้⁴⁷

4.3.2.2. มีหนี้ใหม่มาแทนหนี้เก่า

เมื่อคู่สัญญามีมูลหนี้เดิมต่อกันมาก่อนตามที่กล่าวมานั้น หลักมีหนี้ใหม่แทนนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 349 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่ ” กล่าวคือ หนี้เดิมนั้นเป็นอันระงับไป แต่หนี้เดิมจะระงับไปได้ก็ต่อเมื่อหนี้ใหม่ได้เกิดขึ้น หากหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้น หนี้เดิมก็

⁴² จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 239.

⁴³ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 312.

⁴⁴ เสนีย์ ปราโมชย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 1163.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 180 ภายหลังเวลาอันพึงให้สัตยาบันได้ตามมาตรา 179 ถ้ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้นเกี่ยวกับโมฆียกรรมโดยการกระทำของบุคคลซึ่งมีสิทธิบอกล้างโมฆียกรรมตามมาตรา 175 ถ้ามิได้สงวนสิทธิไว้แจ้งชัดประการใดให้ถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน

(3) ได้มีการแปลงหนี้ใหม่”.

⁴⁷ เสนีย์ ปราโมชย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, หน้า 1164.

ยังคงอยู่ ตามที่ปรากฏในมาตรา 351 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อของหลักเกณฑ์ของการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้น ตราใบที่หนี้ใหม่ไม่มี หรือมีแต่ไม่สมบูรณ์ เช่นนั้นหนี้เดิมก็ยังไม่ระงับสิ้นไป

4.3.2.3. คู่สัญญาต้องมีเจตนาแปลงหนี้ใหม่

หลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการแปลงหนี้ใหม่ก็คือ คู่สัญญาต้องมีเจตนาที่จะแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ คู่กรณีในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ต้องมีเจตนาระงับหนี้เก่าเพื่อผูกพันกันด้วยหนี้ใหม่ที่ก่อให้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องมีเจตนาแปลงหนี้ใหม่ เพราะเนื่องจากการทำนิติกรรมสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้น สิ่งที่ใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาชนิดใดก็คือ เจตนาของคู่สัญญานั้นเอง การแปลงหนี้ใหม่ก็เช่นเดียวกัน การแปลงหนี้ใหม่จะสมบูรณ์ใช้ได้เมื่อคู่สัญญาที่มีเจตนาที่จะแปลงหนี้ใหม่อย่างแท้จริง

ฉะนั้น หากคู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาแปลงหนี้ใหม่ เพียงแค่ยอมรับสภาพหนี้ หรือเพียงแต่นำหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่มาสนับสนุนค้ำจุนหนี้เก่า⁴⁸ ก็ไม่ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ที่จะทำให้หนี้เก่าระงับไป แต่อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เรื่องนี้คงต้องนำหลักการแปลงเจตนา มาพิจารณาด้วย โดยต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ของคู่สัญญาว่าต้องการทำให้หนี้เก่าระงับลงและต้องการบังคับตามหนี้ใหม่อย่างแท้จริง จึงจะถือว่าเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นการแปลงหนี้ใหม่

เช่น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 233/2470 ลูกหนี้ทำสัญญาจะใช้ค่าที่แพงของตนไป โดนเรือเขาเสียหาย โดยทั้งนี้ไม่มีผู้ค้ำประกันด้วย ภายหลังเจ้าหนี้กับลูกหนี้ได้ทำสัญญากันใหม่อีกฉบับหนึ่ง แต่กล่าวหาความว่าให้คงปฏิบัติตามสัญญาเดิม ไม่ได้ลบล้างเพิกถอนสัญญาเก่าแต่อย่างใด เป็นแต่ได้เพิ่มเติมข้อความขึ้นให้ลูกหนี้ต้องใช้ค่าพาหนะและค่าเสียหายอย่างอื่น ๆ ในการที่เจ้าหนี้เอาเรือที่เสียหายนั้นไปเข้าอู่ วินิจฉัยว่าผู้ค้ำประกันยังคงต้องรับผิดชอบ หาได้หลุดพ้นไปไม่ ทั้งนี้จึงเป็นนัยว่ามีได้มีการแปลงหนี้ใหม่ และก็เพราะเจตนาของเขาเห็นได้ว่ายังต้องการให้ปฏิบัติตามสัญญาเดิมนั่นเอง⁴⁹

หรือตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7624/2552 หนังสือชำระหนี้แทนลูกหนี้ของ บ. ที่ทำให้ไว้แก่โจทก์ เป็นกรณีที่ บ. ซึ่งมีได้เป็นลูกหนี้ผูกพันตนเข้าชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 แทนต่อโจทก์ แต่ไม่ปรากฏว่าโจทก์เจ้าหนี้ตกลงให้หนี้ของจำเลยที่ 1 ระงับไป จึงไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ หนี้ของจำเลยที่ 1 จึงไม่ระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาฎีกาข้างต้น ก็วินิจฉัยว่าคู่สัญญาจะต้องมีเจตนาที่จะแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ ต้องมีเจตนาที่จะระงับหนี้เก่า แล้วบังคับกันตามหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น ซึ่งตามข้อเท็จจริงในฎีกานั้น เป็นกรณีที่ บ. ยินยอมเข้าทำหนังสือรับสภาพหนี้แทนลูกหนี้ ซึ่งดูเหมือนว่า บ. จะยอมเข้ามา

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1167.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1168.

ผูกพันตนเองในฐานะเป็นลูกหนี้คนใหม่กับเจ้าหนี้แทนลูกหนี้คนเดิม อันอาจเข้าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็ตาม แต่เนื่องจากเจ้าหนี้ไม่ได้ตกลงให้หนี้ของลูกหนี้ระงับไป จึงไม่ถือว่า คู่สัญญาจะมีเจตนาที่จะแปลงหนี้ใหม่

4.3.2.4. คู่สัญญาทำการเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้

การแปลงหนี้ใหม่นั้นจะมีผลบังคับเมื่อ คู่สัญญาจะมีเจตนาเปลี่ยนสาระสำคัญในมูลหนี้เดิม อันเป็นลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ จะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้ต้องมีการแปลงหนี้เก่าให้ผิดไปในสาระสำคัญ จนถึงกับจะเรียกได้ว่าก่อนใหม่ขึ้น⁵⁰ หากหนี้เดิมและหนี้ใหม่ไม่มีลักษณะที่ต่างกัน อาจเท่ากับเป็นการรับสภาพหนี้ในหนี้เดิมนั้นก็ได้ ดังนั้น แม้คู่สัญญาจะมีเจตนาในการแปลงหนี้ใหม่ แต่สัญญาที่ได้ทำนั้นมิได้เป็นการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญของหนี้ ก็จะไม่จัดว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้เช่นเดียวกัน

เช่น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 522/2505 หนี้เงินกู้ ซึ่งทำหนังสือกู้กันใหม่ โดยรวมจำนวนเงินกู้ครั้งหลังเข้าไว้ด้วยนั้น มิใช่เป็นเรื่องแปลงหนี้ใหม่ เพราะไม่มีการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้แต่อย่างใด⁵¹

ส่วนรายละเอียดว่าสิ่งใดเป็นสาระสำคัญของหนี้ นั้น จะมีหลักเกณฑ์อยู่ในมาตรา 349 และมาตรา 350 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้จะมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับตัวหนี้

ตามมาตรา 349 วรรคแรกและวรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญอาจพิจารณาได้ดังนี้

(1.1) การเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้*

การเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้ในประการนี้ เป็นกรณีที่เดิมลูกหนี้มีหนี้ที่จะต้องชำระให้เจ้าหนี้อย่างหนึ่ง แล้วคู่กรณีก็ตกลงกันใหม่ให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทน ซึ่งอาจเป็นการกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการเปลี่ยนสภาพแห่งมูลหนี้ไป⁵² เหล่านี้ถือเป็นสิ่งอันเป็นสาระสำคัญของหนี้ที่ถ้าได้มีการตกลงเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากมูลหนี้เดิม ย่อมก่อให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ได้

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1170.

⁵¹ ญัตติธรรม ธารสุวรรณ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 21.

* วัตถุแห่งหนี้ คือ สิ่งที่เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระ (จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, 2553, หน้า 240.)

⁵² จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 240.

ยกตัวอย่างเช่น หนี้เดิมเป็นหนี้ขาดใช้ค่าเสียหายทางละเมิด ต่อมาได้เปลี่ยนมาเป็นสัญญาให้ หรือสัญญากู้ หรือประนีประนอมยอมความ⁵³

(1.2) การเปลี่ยนทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้

การเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้ในประการนี้ เป็นกรณีที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้มีการตกลงกันให้เปลี่ยนทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้เดิม มาเป็นทรัพย์สินอีกอันหนึ่ง ถือได้ว่าคู่กรณีได้ตกลงให้มีการเปลี่ยนในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญของหนี้ ดังนั้น เมื่อได้มีการตกลงแปลงหนี้ใหม่กันแล้ว ลูกหนี้ก็ไม่จำเป็นต้องนำทรัพย์สินอย่างเดิมมาชำระหนี้ ในทางกลับกัน เจ้าหนี้ก็ไม่สามารถที่จะไปเรียกร้องทรัพย์สินที่ตกลงกันไว้เดิมกับลูกหนี้ได้อีก เนื่องจากเจ้าหนี้และลูกหนี้จะมีสิทธิและหน้าที่ในทรัพย์สินที่ได้ตกลงผูกพันกันใหม่

ตัวอย่างเช่น หนี้เดิมเป็นหนี้ชำระเงินจำนวนหนึ่ง ได้เปลี่ยนเป็นให้ชำระโดยส่งม้าหนึ่งตัวมาให้แทน

(1.3) การเปลี่ยนการชำระหนี้โดยไม่มีเงื่อนไขมาเป็นการชำระหนี้โดยมีเงื่อนไข

การเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้ในประการนี้ ได้ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 349 วรรคสอง ที่กำหนดว่า ถ้าหนี้เดิมมีเงื่อนไข แต่ว่าได้ก่อหนี้ใหม่ขึ้นแทนโดยตัดเงื่อนไขออก ก็ถือว่าการแปลงหนี้ใหม่ หรือถ้าหนี้เดิมเป็นหนี้อันไม่มีเงื่อนไข แต่หนี้ใหม่ได้เพิ่มเงื่อนไขเข้าไปด้วย ก็ถือว่าเป็นแปลงหนี้ใหม่ หรือถ้าหนี้เก่าเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขอยู่แล้ว แต่หนี้ใหม่ที่ได้ก่อขึ้นแทนนี้ได้เปลี่ยนเงื่อนไขเสีย ก็ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่เช่นเดียวกัน

ยกตัวอย่างเช่น เดิมนาย ก. ทำสัญญาจะซื้อรถยนต์ของนาย ข. โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องให้บุตรของนาย ก. สอบไล่ได้เสียก่อน ต่อมาบุตรนาย ก. ไม่สมัครสอบนาย ก. จึงตกลงจะซื้อรถยนต์จากนาย ข. โดยไม่มีเงื่อนไขก็ดี หรือแต่เดิมนาย ก. จะซื้อรถยนต์จากนาย ข. โดยไม่มีเงื่อนไขอะไร ได้ตกลงจะซื้อรถยนต์จากนาย ข. โดยมีเงื่อนไขว่าบุตรของนาย ก. จะต้องสอบไล่ได้เสียก่อนก็ดี แต่ต่อมาได้เปลี่ยนกำหนดเหตุการณ์เป็นว่า นาย ก. จะซื้อรถยนต์คันนั้นต่อเมื่อบุตรนาย ก. ทำการสมรสก็ดี ทั้งหมดนี้ให้ถือว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้ทั้งสิ้น อันถือได้ว่าได้มีการแปลงหนี้ใหม่⁵⁴

ส่วนกรณีเป็นหนี้ซึ่งไม่มีเงื่อนไขแล้วมีการเปลี่ยนแปลงเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขเริ่มต้น หรือเงื่อนไขสิ้นสุด หรือเป็นหนี้ซึ่งมีเงื่อนไขเริ่มต้นหรือสิ้นสุด แล้วมีการเปลี่ยนเป็นหนี้ที่ไม่มีเงื่อนไข การเปลี่ยนแปลงในเรื่องเงื่อนไขนี้ไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญของหนี้ เพราะหนี้นั้นคงอยู่หรือเกิดขึ้นอยู่แล้ว เพียงแต่จะกำหนดเวลาที่จะบังคับแก่กัน

⁵³ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1561.

หรือจะต้องกำหนดเวลาที่จะมาถึงเท่านั้น ในส่วนของตัวหนี้ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ตัวอย่างเช่น เดิมเจ้าหนี้กำหนดให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามกำหนดเวลา แต่ต่อมากำหนดให้ผ่อนชำระเป็นระยะเวลา ตามที่กำหนด ไม่ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่⁵⁵

ทั้งนี้ วิธีการที่คู่สัญญาจะปฏิบัติชำระหนี้ต่อกัน ก็ไม่อาจ ถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดหนี้ใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากสิ่งเหล่านี้ไม่ถือเป็นสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ ตัวอย่างเช่น กำหนดเบี้ยปรับเพิ่มเข้ามาในสัญญาเดิม หรือว่าผ่อนเวลาให้ หรือว่าถอนหลักประกัน อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย หรือเปลี่ยนสถานที่ที่จะต้องชำระหนี้ เป็นต้น เหล่านี้เรียกว่าไม่ได้มีการเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญ จึงไม่มีการแปลงหนี้ใหม่ คงผูกพันตามหนี้ เดิม⁵⁶

(2) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับตัวลูกหนี้

ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด การแปลงหนี้ใหม่ จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของมูลหนี้เดิม ทั้งนี้ สิ่งซึ่งเป็น สาระสำคัญแห่งมูลหนี้ นั้นหมายรวมถึงตัวลูกหนี้ด้วย เนื่องจากลูกหนี้เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มี นิติสัมพันธ์ต่อกันในมูลหนี้เดิม เป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่ในการชำระหนี้ให้คู่สัญญา อีกฝ่าย คือ เจ้าหนี้นั่นเอง ดังนั้น หากมีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ย่อมก่อให้เกิดการแปลงหนี้

อย่างไรก็ตาม การที่จะเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้นก็ไม่ว่าจะทำได้ ตามความพอใจของเจ้าหนี้ จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 350 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้บัญญัติว่า “แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น จะทำเป็น สัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่ก็ได้ แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่” หมายความว่า กฎหมายอนุญาตให้เจ้าหนี้ทำการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้ แต่ต้องทำเป็นหนังสือสัญญา ระหว่างเจ้าหนี้กับบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็นลูกหนี้ใหม่แทนลูกหนี้เดิม

ทั้งนี้ การที่กฎหมายกำหนดว่า สัญญาดังกล่าวจะทำโดย ขึ้นใจลูกหนี้หาได้ไม่นั้น เพียงแต่ลูกหนี้เดิมอยู่เฉย ๆ มิได้แสดงข้อคัดค้าน ก็จะต้องถือว่าทำสัญญาแปลง หนี้ใหม่ขึ้นใจลูกหนี้ไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น ไม่จำเป็นที่ลูกหนี้ เดิมจะต้องยินยอมด้วย⁵⁷

ตัวอย่างเช่น นาย ก. เข้าทำสัญญากู้กับนาย ข. ยอมรับใช้หนี้ ของนาย ค. บิดาของนาย ก. เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ทำให้หนี้เดิมระหว่าง นาย ข. กับนาย ค. ระงับ และนาย ค. ลูกหนี้คนเก่าหลุดพ้นจากหนี้ไป

⁵⁵ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 243. ; เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1176.

⁵⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1177.

⁵⁷ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 243.

ยังมีตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลฎีกา⁵⁸ เกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาต่างตอบแทนมีว่า สัญญาเช่าซื้อซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ทำสัญญาโอนสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญาให้บุคคลอื่นรับโอนไปนั้น ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าว ไม่ใช่การโอนสิทธิเรียกร้องแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นการโอนความเป็นลูกหนี้ตามสัญญาเช่าซื้อด้วย ดังนั้นเมื่อเจ้าหนี้ตามสัญญาเช่าซื้อไม่ได้ตกลงทำสัญญาเปลี่ยนตัวลูกหนี้คนใหม่กับลูกหนี้คนใหม่ด้วย จึงไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350 หนี้ตามสัญญาเช่าซื้อจึงไม่ระงับ⁵⁹

(3) การเปลี่ยนสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ มีกฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 349 วรรค 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง” ซึ่งทำให้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีแบบที่จะต้องปฏิบัติตามในส่วนของการทำสัญญา เพราะบทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 วรรคแรก กำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องทำเป็นหนังสือ มิฉะนั้นไม่สมบูรณ์ ดังนั้น แบบวิธีการของการโอนสิทธิเรียกร้องจึงต้องนำมาใช้ตามผลของมาตรา 349 วรรค 3 คู่สัญญาที่ต้องการจะทำการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องทำสัญญาโดยทำเป็นหนังสือ ไม่เช่นนั้นการแปลงหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นก็จะมีผลตกเป็นโมฆะ ไม่สามารถที่จะบังคับต่อกันได้

(4) สิ่งซึ่งไม่ใช่สาระสำคัญแห่งหนี้

การแปลงหนี้ใหม่มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอยู่ว่า การแปลงหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นไม่ได้ หากไม่มีการเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ส่วนที่ว่าอะไรเป็นสิ่งซึ่งไม่ใช่สาระสำคัญนั้น จะถูกวางบรรทัดฐานไว้โดยคำพิพากษาศาลฎีกา เนื่องจากไม่ได้มีตัวบทบัญญัติกฎหมายบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเอาไว้ ดังนั้น การศึกษาในส่วนนี้จึงพิจารณาจากเกณฑ์บรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นหลัก

การเปลี่ยนไปซึ่งสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ นั้น พิจารณาจากตัวหนี้เป็นหลัก หากเป็นการตกแต่งสัญญาเล็กน้อย โดยการเปลี่ยนแปลงเพียงถ้อยคำเพื่อให้รัดกุมขึ้น อันไม่กระทบถึงเนื้อหาของตัวหนี้ก็มีใช้การเปลี่ยนสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ คู่สัญญาที่ทำสัญญากัน หากได้มีการตกลงกันเพื่อเปลี่ยนสถานที่ในการชำระหนี้ วิธีการที่จะชำระหนี้ วันและเวลาที่จะถึงกำหนดชำระหนี้ หรือตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงในเรื่องจำนวนดอกเบี้ยไม่ว่าจะเป็นการลดหรือเพิ่มอัตราดอกเบี้ย การตกลงกันในการเพิ่มหลักประกันแก่หนี้ที่ไม่มีประกัน การถอนหลักประกันดอกเบี้ยหรือการเพิ่มวงเงินจำนวน การให้ผ่อนเวลาชำระหนี้ได้ เหล่านี้ถือว่าเป็นเพียงการแก้ไข

⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 703/2535 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2496/2535

⁵⁹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 244.

เพิ่มเติม แม้เปลี่ยนแปลงหรือการเพิ่มวงเงิน การให้ผ่อนชำระหนี้ได้ เหล่านี้ก็ถือว่าเป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติม แม้เปลี่ยนแปลงไปก็ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้⁶⁰

ตัวอย่าง คำพิพากษาฎีกาที่ 3953/2533 ผู้เช่าซื้อทำหนังสือยอมรับว่าค้างชำระหนี้โจทก์และขอผ่อนชำระหนี้แก่โจทก์ หากผิดสัญญายินยอมให้ฟ้องร้องชำระหนี้ที่ค้างทั้งหมดได้ทันที และยอมเสียดอกเบี้ยพร้อมทั้งค่าฤชาธรรมเนียม ค่าทนายความ ค่าเสียหายแก่โจทก์ เอกสารดังกล่าวเป็นความตกลงในการชำระหนี้โดยการเปลี่ยนแปลงกำหนดเวลาชำระหนี้ และจำนวนเงินที่จะชำระแก่กันเป็นงวด ๆ เท่านั้น เมื่อหนี้ยังไม่ชำระสิ้นเชิงแล้วหนี้ตามหนังสือสัญญาเช่าซื้อยังไม่ระงับ สัญญาค้ำประกันค่าเช่าซื้อดังกล่าวยังไม่สิ้นผล ผู้ค้ำประกันจึงหาหลุดพ้นความรับผิดไม่

4.3.3 วิธีการแปลงหนี้ใหม่

หลักเกณฑ์ที่สำคัญของวิธีการแปลงหนี้ใหม่นั้นได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 349 วรรคแรก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “ การแปลงหนี้ใหม่จะต้องทำสัญญาระหว่างคู่กรณี ” ซึ่งก็หมายความว่า การแปลงหนี้ใหม่นั้นถือว่าเป็นนิติกรรมสัญญาอย่างหนึ่ง ฉะนั้นการแปลงหนี้ก็ต้องอยู่ในบังคับของบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาทุกประการ กล่าวคือ คู่สัญญาในการแปลงหนี้ใหม่จะต้องมีค่าเสนอสนองถูกต้องตรงกัน ทั้งจะต้องอยู่ภายใต้หลักการแสดงเจตนาที่ถูกต้องแท้จริงด้วย และยังอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยความสามารถ ซึ่งถ้าผู้เช่าทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ถูกจำกัดความสามารถ เช่น เป็นบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ สัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นอาจถูกบอกล้างตกเป็นโมฆะไป ต้องกลับไปผูกพันกันตามเดิม ไม่เกิดเป็นแปลงหนี้ใหม่

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ของวิธีการแปลงหนี้ใหม่อาจแบ่งได้ตามประเภทของการแปลงหนี้ใหม่ ดังนี้

4.3.3.1. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งตัวหนี้

การเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งตัวหนี้ หมายความว่า การเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ การเปลี่ยนทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ การเปลี่ยนไปซึ่งมูลหนี้ การเปลี่ยนหนี้ที่มีเงื่อนไขให้เป็นหนี้ที่ไม่มีเงื่อนไข หรือเปลี่ยนหนี้ที่ไม่มีเงื่อนไขให้กลับกลายเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไข ตามที่ได้กล่าวมาในเรื่องของการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งในกรณีนี้จะไม่รวมถึงการเปลี่ยนตัวลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ด้วย ดังนั้น คู่กรณีในกรณีการแปลงหนี้ใหม่ประเภทนี้ก็คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้เดิม

⁶⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1553-1554.

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า ตามมาตรา 349 ที่ระบุชัดว่าวิธีการในการแปลงหนี้ใหม่จะต้องทำสัญญากันระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ฉะนั้นวิธีการจึงจะต้องเป็นไปตามหลักนิติกรรมและสัญญาทุกอย่าง กล่าวคือ จะต้องมีการเสนอคำสนองที่ตรงกัน โดยเจตนาที่แท้จริง และต้องอยู่ในบังคับของบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องความสามารถด้วย

อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 มิได้บัญญัติไว้ว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งตัวหนี้จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ อย่างไร ดังนั้น โดยหลักแล้วการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้จึงไม่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม หากการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้เป็นกรณีที่เปลี่ยนรูปแบบของนิติกรรมสัญญา เช่น เปลี่ยนจากสัญญาให้เป็นสัญญาซื้อขาย ซึ่งถ้าเปลี่ยนไปเป็นสัญญาที่ต้องมีแบบหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ เช่น เปลี่ยนเป็นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ หรือสัญญากู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท สัญญาแปลงหนี้ใหม่จึงจะต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ⁶¹ ถ้าหากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการแปลงหนี้ใหม่ ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดกรณีกฎหมายกำหนดให้สัญญาที่จะเปลี่ยนนั้นต้องทำตามแบบ เช่น ต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ย่อมมีผลทำให้สัญญาที่แปลงหนี้นั้นต้องตกเป็นโมฆะตามความในมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันมีหลักว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” แต่ถ้าเปลี่ยนไปเป็นสัญญาที่ไม่ต้องมีแบบหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ เช่น เปลี่ยนเป็นสัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ ฉะนั้น หากคู่กรณีมีเจตนาที่จะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ ก็สามารถที่จะนำวิธีการทำสัญญาโดยทั่วไปมาใช้บังคับ กล่าวคือ เมื่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาเดิมจะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่กันโดยการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งตัวหนี้ ก็จะต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน รวมทั้งต้องไม่มีการแสดงเจตนาที่บกพร่องอันจะก่อให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญา ทั้งนี้ การทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้น จะทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทางวาจาก็ได้

4.3.3.2. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ หมายถึง การที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องตกลงทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้คนใหม่เข้ามาแทนที่เจ้าหนี้เดิม ซึ่งมีผลทำให้ลูกหนี้ต้องมีหนี้ต่อเจ้าหนี้คนใหม่ หนี้เดิมก็ระงับไป และก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมา

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1576.

การแปลงหนี้ใหม่ประเภทนี้ มีวิธีการนอกจากที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า จะต้องทำตามหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาตามความในมาตรา 349 วรรค 1 แล้ว ยังจะต้องทำตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติอยู่ในมาตรา 349 วรรค 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันบัญญัติว่าให้บังคับด้วยบทบัญญัติในลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้อง ทั้งนี้ โดยหลักเกณฑ์ของการโอนสิทธิเรียกร้องตามที่ได้กล่าวมาในบทว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ปรากฏในมาตรา 306 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดว่า การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นต้องทำตามแบบ กล่าวคือ การโอนสิทธิเรียกร้อง หากไม่ทำเป็นหนังสือ การโอนนั้นจะไม่สมบูรณ์ ดังนั้น การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้เดิมและเจ้าหนี้ใหม่ มิเช่นนั้น จะไม่สมบูรณ์ โดยลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องเข้ามาร่วมตกลงด้วย อีกทั้ง มาตรา 306 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังบัญญัติอีกว่า การโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ ต่อเมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น นอกจากการแปลงหนี้ใหม่จะต้องทำเป็นหนังสือแล้ว ยังต้องบอกกล่าวการแปลงหนี้ไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมด้วยในการแปลงหนี้โดยทำเป็นหนังสือเช่นเดียวกัน จึงถือว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 306 คือ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องทำเป็นหนังสือแล้ว ยังต้องบอกกล่าวการแปลงหนี้ใหม่เป็นหนังสืออีกด้วย

ฉะนั้น จะเห็นได้ว่า การแปลงหนี้ใหม่ประเภทนี้จะมีวิธีการที่แตกต่างจากการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่น กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องทำเป็นหนังสือ จึงไม่อาจที่ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่กันด้วยวาจาได้ และยังต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้ความยินยอม ซึ่งการบอกกล่าวการแปลงหนี้ไปยังลูกหนี้นั้น หากลูกหนี้ไม่ได้ยินยอมด้วย ผลก็จะเป็นเช่นเดียวกับในเรื่องของการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งลูกหนี้ไม่ได้ยินยอมด้วยกับการโอนสิทธิเรียกร้อง กล่าวคือ เมื่อมีการบอกกล่าวแล้ว แม้ลูกหนี้จะไม่ได้ยินยอมด้วยกับการแปลงหนี้ใหม่ การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก็ยังคงสมบูรณ์ เพียงแต่ลูกหนี้มีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ใด ๆ ที่มีต่อเจ้าหนี้เดิมมาใช้ต่อสู้เจ้าหนี้ใหม่ได้⁶² ตามบทบัญญัติมาตรา 308 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มีข้อน่าสังเกตว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ สามารถที่จะนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญาได้มากน้อยเพียงใด และการที่กฎหมายกำหนดว่าการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด จะมีผลต่อการโอนสัญญาที่ต้องนำเอาหลักการแปลงหนี้ใหม่มาปรับใช้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไปในบทที่ 5

⁶² จิตติ ติงศรัทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2503), หน้า 144.

4.3.3.3. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ หมายถึง การที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องตกลงทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้คนใหม่เข้ามาแทนที่ลูกหนี้คนเดิม ซึ่งมีผลทำให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากหนี้้นั้นและทำให้หนี้เดิมนั้นระงับสิ้นไปโดยก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาแทน⁶³

ส่วนวิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น ปรากฏในมาตรา 350 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้กำหนดให้ทำเป็นสัญญากันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ เสมือนว่าลูกหนี้เดิมไม่จำเป็นต้องเข้ามาทำสัญญาด้วย แต่ต้องไม่ใช่ถึงขั้นที่ลูกหนี้เดิมยินยอมให้มีการแปลงหนี้ หากเป็นเช่นนั้น การแปลงหนี้จะไม่สามารถทำได้

อย่างไรก็ตาม การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ถือว่าไม่ใช่การโอนหนี้หรือหน้าที่ เพราะการแปลงหนี้ใหม่ตามที่กล่าวมาแล้วว่า เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในส่วนของกระงับไปซึ่งหนี้ จึงถือว่าเป็นการยกเลิกความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนเดิม จึงไม่มีหนี้เหลืออยู่ที่จะถือได้ว่าโอนไปยังลูกหนี้คนใหม่แล้ว ดังนั้น ลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงเป็นการล้มเลิกความผูกพันเก่า แล้วก่อความผูกพันใหม่ขึ้นกับลูกหนี้คนใหม่ ไม่ใช่โอนหนี้หรือหน้าที่ไป⁶⁴

มีข้อน่าสังเกตว่า เมื่อการแปลงหนี้ใหม่ไม่ใช่การโอนหนี้หรือหน้าที่แล้ว หลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะสามารถนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญาได้หรือไม่เพียงไร ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไปในบทที่ 5

4.3.3.4. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ไปพร้อม ๆ กันนั้น ไม่ได้บ่งบัพัญญัติของกฎหมายที่กำหนดวิธีการในการแปลงหนี้ใหม่ในเรื่องดังกล่าวไว้ แต่ถ้ามองในภาพของบทบัญญัติตามกฎหมายที่มีอยู่ในประเภทของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และประเภทของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คงต้องทำการตกลงโดยการแปลงหนี้ใหม่เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก่อน โดยให้เจ้าหนี้ใหม่และเจ้าหนี้เดิมมาตกลงกัน ตามวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ แล้วจึงมีการตกลงเปลี่ยนหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ โดยให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่มาตกลงกัน ตามวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้อีกหนึ่ง

⁶³ ทวีศักดิ์ นคนันท์, “การแปลงหนี้ใหม่: ศึกษาเฉพาะปัญหาของการก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 28.

⁶⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบปริบูรณ์), หน้า 940.

ทั้งนี้ ยังก่อให้เกิดประเด็นที่ควรต้องพิจารณา คือ

1.) วิธีการในการแปลงหนี้ กล่าวคือ การที่คู่สัญญาต้องการที่จะโอน ทั้งสิทธิและหน้าที่ไปให้บุคคลภายนอก โดยข้อจำกัดทางกฎหมายไทยที่ต้องกระทำโดยการแปลงหนี้ใหม่นั้น ก็จะต้องทำการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ ก็จะทำให้เกิดปัญหาว่าในทางปฏิบัติ นั้น จะต้องทำกันอย่างไร เนื่องจากวิธีการในการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่างกัน กล่าวคือ การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้เดิมและเจ้าหนี้คนใหม่ โดยลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องเข้ามาในการตกลงแปลงหนี้ใหม่นั้นด้วย ส่วนการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ทำโดยการทำสัญญา ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ โดยต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม ซึ่งฐานะของคู่สัญญาตามสัญญาต่างตอบแทนนั้นมีฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน วิธีการในทางปฏิบัติของการแปลงหนี้ใหม่จึงอาจมี ข้อจำกัดต่อการโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาต่างตอบแทนได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาต่อไป

2.) ผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้พร้อม ๆ กัน จะมีผลเป็นเช่นไร เพราะตามผลของการแปลงหนี้ใหม่นั้นย่อมที่จะทำให้หนี้เดิมระงับลง และก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้น แต่การโอนสิทธิหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหนี้ซึ่งกันและกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาต่อไป

4.3.4 ผลของการแปลงหนี้ใหม่

ผลของการแปลงหนี้ใหม่ คือ ทำให้หนี้เดิมหรือสัญญาเดิมระงับลง ซึ่งเป็นผลโดยตรงที่มีบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 349 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ แม้ว่าการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องบังคับตามบทบัญญัติในลักษณะโอนสิทธิเรียกร้อง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะต้องมียุทธลักษณะที่เหมือนกันหรือในลักษณะเดียวกันเสียทั้งหมด การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีลักษณะความมุ่งหมายที่ต่างกันอยู่ กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่มีลักษณะและความมุ่งหมายที่จะระงับหนี้ ส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องมีลักษณะและความมุ่งหมายที่จะโอน จำหน่ายหรือขายสิทธิเรียกร้องไป ไม่ได้จะระงับหนี้

เมื่อหนี้เดิมระงับลงเพราะการแปลงหนี้ใหม่แล้ว ก็จะก่อให้เกิดหนี้ใหม่หรือสัญญาใหม่ขึ้นมา ซึ่งมีผลทำให้คู่สัญญาไม่อาจที่จะเรียกร้องหรือบังคับกันตามหนี้เดิมได้อีกต่อไป แต่จะบังคับกันได้ตามหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นเท่านั้น เว้นแต่ว่าการแปลงหนี้ใหม่นั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่เกิดขึ้นเลย โดยผลของการแปลงหนี้ใหม่มีดังนี้

4.3.4.1. ผลที่เกิดกับหนี้ประธาน

เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงที่จะทำการแปลงหนี้ใหม่แล้ว มูลหนี้ที่มีอยู่เดิมจะระงับลงเสมือนหนึ่งลูกหนี้ได้ทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว แต่ในความเป็นจริงความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้หาระงับลงด้วยไม่ เพราะเจ้าหนี้และลูกหนี้ยังคงมีความสัมพันธ์กันต่อไปในมูลหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นแทนมูลหนี้เดิมที่ระงับไป⁶⁵ ในทางกลับกัน หากมูลหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นเนื่องด้วยสาเหตุใดก็ตาม มูลหนี้เก่าก็ไม่ระงับลง คู่สัญญา ยังคงต้องปฏิบัติตามมูลหนี้เดิมอยู่นั่นเอง ตามความในมาตรา 351 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ยกตัวอย่างเช่น เดิมเป็นหนี้กันในมูลเช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งยักค่างค่าเช่ากันอยู่ ต่อมาคู่สัญญาได้แปลงหนี้ใหม่เปลี่ยนเป็นสัญญากู้ยืมเงิน หนี้อันเกิดแต่มูลเช่าอสังหาริมทรัพย์ก็ได้ระงับสิ้นไป รวมตลอดทั้งสิทธิและหน้าที่ทั้งหลายในการเช่าด้วย จะบังคับเรียกร้องกันได้ก็แต่ตามสิทธิและหน้าที่ในเรื่องกู้ยืมเงินเท่านั้น ดังนั้น คู่สัญญาจะมาฟ้องว่ากล่าวให้รับผิดชอบเพื่อการซ่อมแซมบำรุงรักษาอันเป็นหน้าที่ในการเช่าไม่ได้⁶⁶

ผลของการที่หนี้ระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่อาจกระทบถึงลูกหนี้ร่วมได้ด้วยเช่นเดียวกัน เช่น นาย ก. ข. และ ค. เป็นลูกหนี้ร่วมกันกู้เงินจากนาย ง. เป็นจำนวน 1 ล้านบาท ถ้ามีการแปลงหนี้ใหม่โดยตกลงให้นาย ก. คนเดียวทำสัญญาว่าจะรับใช้การงานให้นาย ง. ย่อมมีผลทำให้หนี้เดิมย่อมระงับไป นาย ก. ข. และ ค. ย่อมหลุดพ้นจากหนี้เก่าที่จะต้องใช้จ่ายเงิน 1 ล้านบาท คงมีเพียงแต่นาย ก. เพียงคนเดียวผูกพันตามหนี้ใหม่ที่จะต้องรับใช้การงานให้นาย ง. ทั้งนี้หาใช่เป็นเรื่องคุณหรือเรื่องโทษอันมีผลเฉพาะส่วนตัวลูกหนี้ร่วมคนนั้น ๆ ตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ แต่เป็นเรื่องที่กระทบถึงความผูกพันในหนี้กันทั้งหมด ทำให้หนี้เดิมระงับสิ้นไปทีเดียว จึงพลอยมีผลให้ลูกหนี้ร่วมได้หลุดพ้นไปด้วย⁶⁷

ทั้งนี้ ในกรณีที่คู่กรณีมีหนี้ผูกพันตามหนี้เดิมอยู่ด้วยกันหลายหนี้ การแปลงหนี้ใหม่ในส่วนของหนี้อันหนึ่งอันใดย่อมทำให้เฉพาะหนี้นั้นระงับไป ส่วนหนี้อื่นอันหนึ่งที่ไม่ได้แปลงหนี้ใหม่มิได้ระงับไปด้วย⁶⁸

⁶⁵ ญัฐภรณ์ ธรรมสุวรรณ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 41.

⁶⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1188.

⁶⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, หน้า 1579.

⁶⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 8, หน้า 567.

4.3.4.2. ผลที่เกิดกับประกันแห่งหนึ่งทั้งหลาย

ผลของการที่หนี้ระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่นั้น ยังส่งผลกระทบต่อถึงหนี้ อุปกรณ์หรือประกันแห่งหนึ่งทั้งหลายด้วย กล่าวคือ หากหนี้ประธานที่จะระงับลงด้วยการแปลงหนี้ใหม่ มีหนี้ อุปกรณ์และประกันทั้งหลายอยู่ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการค้ำประกัน การจำนอง หรือจำนำ ก็ตาม เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่ในหนี้ประธานแล้ว ไม่เพียงแต่ส่งผลให้หนี้ประธานระงับไปเท่านั้น ยังส่งผลให้หนี้หนี้ อุปกรณ์ระงับสิ้นไปด้วย ยกเว้นคู่กรณีจะได้ตกลงกันไว้ให้ประกันหนี้เดิมไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ด้วย

บทบัญญัติกฎหมายของการแปลงหนี้ใหม่ได้บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวไว้ โดยเฉพาะในมาตรา 352 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำหรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมนั้นไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้ เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม แต่หลักประกันเช่นว่านี้ ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซ้ ท่านว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงโอนได้ ” จึงเห็นได้ว่า การโอนประกันในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ต้องเป็นไปด้วยความตกลงยินยอมของคู่กรณีผู้เกี่ยวข้อง มิได้โอนไปโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าคู่กรณีไม่ตกลงกันโดยเฉพาะให้ประกันแห่งหนี้โอนไป ประกันแห่งหนี้ก็จะเป็นอันหลุดพ้นระงับตามหนี้ไปด้วย ไม่ตกเป็นประกันของหนี้ใหม่⁶⁹

ทั้งนี้ คู่กรณีที่จะตกลงโอนประกันหนี้เดิมไปเป็นประกันหนี้รายใหม่นั้น ต้องพิจารณาว่าประกันหนี้เป็นของคู่กรณีในสัญญาเดิมเองหรือของบุคคลภายนอก หากประกันแห่งหนี้เป็นประกันที่คู่กรณีให้ไว้ คู่กรณีย่อมตกลงกันได้โดยลำพัง แต่หากประกันหนี้เป็นประกันที่บุคคลอื่นเข้าให้ไว้ ก็จะต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบจากบุคคลดังกล่าวในการที่จะยินยอมให้โอนประกันหนี้เดิมไปเป็นประกันหนี้รายใหม่หรือไม่ เนื่องจากเข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงเกี่ยวกับประกันแห่งหนี้

มีข้อพิงสงสัยกันว่า มาตรา 352 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวถึงประกันแห่งหนี้ไว้เฉพาะการจำนองหรือจำนำเท่านั้นที่คู่กรณีจะต้องตกลงกันให้โอนประกันแห่งหนี้ในหนี้เดิมไปเป็นประกันแห่งหนี้รายใหม่ด้วย ซึ่งไม่ได้กล่าวถึงการค้ำประกันด้วยบุคคลด้วยว่าจะเป็นอย่างใด อยากรู้ก็ตาม ในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการค้ำประกันได้มีบทบัญญัติกำหนดถึงเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 698 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ อันผู้ค้ำประกันยอมหลุดพ้นจากความรับผิดในขณะที่เมื่อหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ ” จึงเห็นได้ว่าผู้ค้ำประกันยอมหลุดพ้นจากภาระการค้ำประกันด้วยการแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่นั้นถือเป็น 1 ใน 5 วิธีการของการระงับหนี้ที่กำหนดไว้ในบรรพ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่ขึ้น สัญญาค้ำประกันแห่งหนี้เดิมที่ถูกแปลงหนี้ใหม่ไปนั้นย่อมระงับลงด้วยผลของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเช่นเดียวกัน

⁶⁹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1190.

ส่วนในเรื่องของสัญญาจำนองซึ่งถือเป็นสัญญาอุปกรณ์หรือประกันแห่งหนึ่ง ก็มีบทบัญญัติในเรื่องของการระงับสิ้นไปของสัญญาจำนองในมาตรา 744 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกัน ซึ่งบัญญัติว่า “ อันจำนองย่อมระงับสิ้นไป

(1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่อายุความ... ”

ส่วนในเรื่องของสัญญาจำนำซึ่งถือเป็นสัญญาอุปกรณ์เช่นเดียวกัน ก็มีบทบัญญัติในเรื่องของการระงับสิ้นไปของสัญญาจำนำในมาตรา 769 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ อันจำนำย่อมระงับสิ้นไป

(1) เมื่อหนี้ซึ่งจำนำเป็นประกันอยู่นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุประการอื่น มิใช่อายุความ... ”

มีข้อน่าสังเกตว่า มาตรา 352 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้กล่าวถึงการโอนประกันจะต้องทำตามแบบอย่างไรหรือไม่ ซึ่งการที่คู่กรณีได้ตกลงกันโอนประกันแห่งหนึ่งรายเดิมไปเป็นประกันหนึ่งรายใหม่แล้ว ก็เท่ากับมีผลเป็นการให้ประกันกันใหม่แล้วหรือไม่ ในประเด็นเรื่องนี้ ท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า หากการให้ประกันหนึ่งรายเดิมนั้นมีแบบบังคับไว้ตามกฎหมาย ข้อตกลงการโอนประกันก็จะต้องทำตามแบบกันใหม่ แต่ถ้าไม่มีกฎหมายบังคับไว้ จะตกลงกันด้วยปากเปล่าก็ได้⁷⁰

4.4 การโอนหนี้

4.4.1 ความหมายของการโอนหนี้ตามแนวทฤษฎี

การโอนหนี้หรือโอนภาระหน้าที่ในการชำระหนี้ หมายถึง สัญญาชนิดหนึ่งซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการโอนภาระหน้าที่หรือหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้ไปยังบุคคลภายนอกที่เรียกว่าผู้รับโอน โดยที่ไม่สูญเสียลักษณะพิเศษเฉพาะตัวของหนี้หรือหน้าที่ทางหนี้⁷¹ เป็นผลให้บุคคลภายนอกผู้รับโอนต้องเข้ามารับภาระการปฏิบัติการชำระหนี้แทนลูกหนี้คนเดิม หรือเรียกว่าเข้ามาเป็นลูกหนี้คนใหม่แทนลูกหนี้เดิมในลักษณะของการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ในหนี้อันเดียวกัน ทั้งนี้ การเปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยทั่วไปสามารถทำได้โดยการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งเป็นคนละเรื่องคนละแนวคิดกับการโอนหนี้⁷² กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่เป็นผลให้หนี้เดิมนั้นระงับลง ด้วยเหตุนี้ข้อต่อสู้ของลูกหนี้เดิมและหลักประกันทั้งหมดของหนี้เดิมต้องถือว่าระงับสิ้นไปตามหนี้เดิมไปด้วยตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ว่า

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1193.

⁷¹ จรินทร์ เพียรประดิษฐ์กุล, “ปัญหาการยอมรับกฎหมายว่าด้วยการโอนหนี้,” *วารสารนิติศาสตร์* 20, ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2535): 94.

⁷² เรื่องเดียวกัน.

ด้วยการแปลงหนี้ใหม่ข้างต้นนั้น แต่การโอนหนี้เป็นสัญญาซึ่งเป็นผลให้เกิดการรับช่วงในหนี้หรือหนี้ที่อันเดียวกัน เป็นเรื่องของการจำหน่ายจ่ายโอนโดยมีวัตถุประสงค์เป็นหนี้หรือหน้าที่ทางหนี้ โดยหลักจึงชอบที่จะยกข้อต่อสู้ทั้งหมดของลูกหนี้เดิมใช้ยื่นต่อเจ้าหนี้ได้ และหลักประกันที่มีอยู่เดิมนั้นภายใต้ข้อยกเว้นบางประการย่อมตกไปได้แก่บุคคลภายนอกผู้รับโอนด้วย อีกทั้งการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้นยังต้องทำเป็นสัญญาสามฝ่าย⁷³ หรือทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ โดยจะขึ้นใจลูกหนี้คนเดิมไม่ได้ตามมาตรา 350 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่การโอนหนี้ โดยทั่วไปนอกจากจะทำได้แก่บุคคลภายนอกผู้รับโอนแล้ว ยังสามารถที่จะทำเป็นสัญญาเฉพาะระหว่างลูกหนี้ผู้โอนและบุคคลภายนอกผู้รับโอนได้อีกด้วย การโอนหนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่สะดวกและมีประสิทธิภาพยิ่งกว่าการแปลงหนี้ใหม่⁷⁴ จึงสอดคล้องกับความต้องการของธุรกิจการค้าปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม แม้การโอนหนี้จะถือว่ามีประโยชน์และสะดวกต่อการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็ตาม แต่ในทางกลับกัน การโอนหนี้หรือโอนภาระย่อมมีผลกระทบต่อเจ้าหนี้มากเช่นเดียวกัน เนื่องจากการโอนหนี้จะทำให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากการเป็นลูกหนี้ไปและบุคคลภายนอกจะเข้ามาเป็นผู้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้แทนลูกหนี้คนเดิมดังกล่าว ซึ่งลูกหนี้คนใหม่นี้อาจไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ได้เหมือนอย่างลูกหนี้คนเดิมก็ได้ ดังนั้น ตามกฎหมายโรมันและคอมมอนลอว์จึงไม่ยอมให้มีการโอนหนี้กัน⁷⁵ เนื่องจากเป็นไปตามหลักที่ว่า ภาระหน้าที่มีอาจโอนไปให้ผู้อื่นได้ แต่หากจะให้ลูกหนี้คนใหม่เข้ามาชำระหนี้แทนลูกหนี้คนเดิม ก็จะต้องให้เจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหมื่อยินยอมพร้อมใจกัน โดยมีสัญญาระหว่างกัน ที่เรียกว่าแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เพราะไม่ถือว่าเป็นการโอนหนี้ แต่เป็นกรณีถือว่าเจ้าหนี้ยอมรับหนี้ใหม่ดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการโอนหนี้ มีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁷⁶ ถือว่าภาระหน้าที่หรือหนี้อาจโอนกันได้เช่นเดียวกับสิทธิเรียกร้อง โดยเจ้าหนี้จะต้องให้ความยินยอมด้วย เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับหลักการโอนหนี้ (Delegation of Debts) ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายเอกรูปทางการพาณิชย์ หรือที่เรียกว่า Uniform Commercial Code

การโอนหนี้ไม่ได้เป็นหลักกฎหมายที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แม้ว่าจะปรากฏคำว่า "โอนหนี้"⁷⁸ อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่หลายมาตราด้วยกัน แต่ก็เป็นการใช้ในความหมายของการโอนสิทธิเรียกร้องทั้งสิ้น ไม่ได้หมายถึงการโอนหนี้ที่ยินยอมให้ลูกหนี้โอนหน้าที่ของตนที่มีต่อเจ้าหนี้ไปให้กับบุคคลภายนอกได้แต่อย่างใด คงมีเพียงหลัก

⁷³ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁵ ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 429.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 414 ถึง มาตรา 419.

⁷⁷ Uniform Commercial Code Art.2-210.

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306, 309, 310, และ312.

กฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้เท่านั้นที่มีลักษณะเหมือนคล้ายโอนหนี้ แต่ก็มีข้อเสียตรงที่การแปลงหนี้ใหม่จะทำให้หนี้เดิมที่มีอยู่ชั้นระงับสิ้นไปด้วย

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบหลักการโอนสิทธิเรียกร้องกับหลักการโอนหนี้ เห็นได้ว่ามีทั้งลักษณะที่เหมือนและต่างกัน กล่าวคือ การโอนสิทธิเรียกร้องและการโอนหนี้ต่างมีลักษณะที่เหมือนกัน คือ เป็นการโอนสิทธิหรือหนี้ไปให้บุคคลภายนอก เพื่อให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้มีสิทธิหรือมีหน้าที่แทนตน หรือมีฐานะความเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้แทนตนเอง ส่วนลักษณะที่ต่างกันคือ การโอนสิทธิเรียกร้องไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม นั่นคือ ลูกหนี้ แต่การโอนหนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ด้วย เนื่องจากการโอนหนี้ถือว่ามีผลกระทบต่อตัวเจ้าหนี้เป็นอย่างมาก จึงต้องการความยินยอมของเจ้าหนี้ถึงจะสามารถโอนหนี้กันได้

4.4.2 การโอนหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ. 2466⁷⁹

ถ้าดูจากภูมิหลังการร่างกฎหมายไทยของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีการประกาศใช้ฉบับแรกในปี พ.ศ.2466 ซึ่งในครั้งนั้นการจัดทำประมวลกฎหมายของไทยได้รับแนวคิดมาจากต่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายที่จะรวบรวมกฎหมายที่กระจัดกระจายให้เป็นระบบเดียวกัน ปรากฏว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 มีบทบัญญัติในเรื่องการโอนหนี้หรือโอนหน้าที่ชำระหนี้ (ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 ใช้คำว่า “โอนหน้าที่ชำระหนี้”) ไว้ในบรรพ 3 ว่าด้วยหนี้ ภาค 3 โอนหนี้* ซึ่งมีบทบัญญัติตั้งแต่ มาตรา 266-283 แบ่งออกได้เป็นสามลักษณะ ดังนี้

ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป	ตั้งแต่ มาตรา 266-270
ลักษณะ 2 โอนสิทธิ	ตั้งแต่ มาตรา 271-279
ลักษณะ 3 โอนหน้าที่ชำระหนี้	ตั้งแต่ มาตรา 280-283

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว พบว่า แม้จะใช้คำว่า “โอนหนี้” แต่บทบัญญัติดังกล่าวที่ไม่ได้กล่าวเพียงเฉพาะแต่การโอนหน้าที่ชำระหนี้เท่านั้น แต่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องและโอนหน้าที่ชำระหนี้ไปพร้อม ๆ กันทีเดียว จะเห็นได้จากลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป ได้กำหนดหลักทั่วไปที่ใช้ได้ทั้งการโอนสิทธิและการโอนหน้าที่ชำระหนี้ด้วย ส่วนลักษณะ 2 และลักษณะ 3 ถึงจะเป็นส่วนเฉพาะที่พูดถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะในการโอนสิทธิและการโอนหน้าที่ชำระหนี้ ตามลำดับ

⁷⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, “ร.6ย/18 เอกสารราชการที่ 6 กระทรวงยุติธรรม,” (กรุงเทพมหานคร, 2515).(เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

* โปรดดูภาคผนวก ค.

ดังนั้น ผู้เขียนขอสรุปหลักการโอนหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 ออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ (1) หลักการโอนหน้าที่ชำระหนี้และข้อยกเว้นการโอน (2) วิธีการโอนหน้าที่ชำระหนี้ และ (3) ผลของการโอนหน้าที่ชำระหนี้ อันจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

(1) หลักการโอนหน้าที่ชำระหนี้และข้อยกเว้นการโอน

การโอนหน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้ ตามมาตรา 266 ได้กำหนดไว้ว่า ลูกหนี้สามารถที่จะโอนหน้าที่ที่ตนจะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปยังบุคคลอื่นได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นในกรณีดังต่อไปนี้

- (1.1) สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ ตามมาตรา 266
- (1.2) การโอนหนี้ต้องห้ามตามกฎหมาย ตามมาตรา 266
- (1.3) คู่สัญญาห้ามโอน แต่จะยกข้อตกลงห้ามโอนขึ้นอ้างกับบุคคลภายนอกได้ ต่อเมื่อบุคคลภายนอกรู้ถึงข้อตกลงนั้นแล้วตั้งแต่วันที่ทำการโอน ตามมาตรา 268
- (1.4) เงินเดือน เงินปี และเบี้ยบำนาญของข้าราชการ ตามมาตรา 269

เมื่อพิจารณาถึงหลักการโอนหน้าที่ชำระหนี้และข้อยกเว้นการโอนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 แล้ว พบข้อที่น่าสังเกตว่า หลักเกณฑ์การโอนหน้าที่ชำระหนี้มีหลักเกณฑ์คล้าย ๆ กับหลักเกณฑ์การโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ผู้สัญญาสามารถที่จะโอนสิทธิหรือหน้าที่ของตนไปยังบุคคลอื่นได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด จึงไม่อาจโอนกันได้ จึงเป็นที่น่าเสียดายที่หลักการโอนหน้าที่ชำระหนี้ได้ถูกตัดออก แล้วคงเหลือไว้แต่เพียงหลักการโอนสิทธิเรียกร้องที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันอย่างที่ทราบกัน

(2) วิธีการโอนหน้าที่ในการชำระหนี้

ตามมาตรา 281 ได้กำหนดวิธีการโอนหน้าที่ในการชำระหนี้ไว้ว่า ผู้รับโอนอาจมีจดหมายบอกกล่าวการโอนไปยังเจ้าหนี้ และกำหนดเวลาพอสมควรในจดหมายดังกล่าว เพื่อให้เจ้าหนี้ตอบว่าจะตกลงให้ทำการโอนได้หรือไม่ ซึ่งถ้าหากเจ้าหนี้ไม่ตอบกลับภายในเวลาตามที่ได้กำหนดไว้ นั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เจ้าหนี้ไม่ตกลงให้มีการโอน

นอกจากนี้ มาตรา 280 ยังได้กำหนดอีกว่า การโอนหน้าที่ชำระหนี้จะยกเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ ต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้ตกลงยินยอมในการโอนนั้นด้วย ฉะนั้น

หากเจ้าหน้าที่ไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย จะมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เฉพาะระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้น ตามมาตรา 270

เมื่อพิจารณาถึงวิธีการในการโอนหน้าที่ชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 มีข้อสังเกตว่า วิธีการในการโอนหน้าที่ชำระหนี้จะมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ วิธีการในการโอนหน้าที่ชำระหนี้ได้กำหนดบังคับว่าผู้รับโอนจะต้องกำหนดระยะเวลาให้เจ้าหน้าที่ตอบตกลงยินยอมเกี่ยวกับการโอนหน้าที่ชำระหนี้ด้วย แต่ในการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้กำหนดว่าผู้รับโอนจะต้องกำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ต้องตอบตกลงยินยอมด้วย เพียงแต่บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ก็เพียงพอแล้ว

(3) ผลของการโอนหน้าที่ชำระหนี้

ผลของการโอนหน้าที่ในการชำระหนี้ แบ่งออกได้เป็น 2 หัวข้อ กล่าวคือ กรณีแรกเป็นผลของการโอนหน้าที่ชำระหนี้ที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ตกลงยินยอม และกรณีที่สองเป็นผลของการโอนหน้าที่ชำระหนี้ที่เจ้าหน้าที่ตกลงยินยอม ดังนี้

(3.1) ผลของการโอนหน้าที่ชำระหนี้ที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ตกลงยินยอม

เมื่อลูกหนี้ได้โอนหน้าที่ในการชำระหนี้ที่ตนมีต่อเจ้าหน้าที่ไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอนแล้ว ผู้รับโอนจะต้องมีเจตนาบอกกล่าวไปยังเจ้าหน้าที่ และหากเจ้าหน้าที่ไม่ตกลงยินยอมด้วย หรือเจ้าหน้าที่ไม่ตอบภายในกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ในเจตนาดังกล่าว ซึ่งกฎหมายให้สันนิษฐานเจ้าหน้าที่ไม่ยอมตกลงยินยอม ดังนั้นจะมีผลทำให้ลูกหนี้และผู้รับโอนไม่อาจยกการโอนหน้าที่ชำระหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหน้าที่และบุคคลภายนอกได้ ตามมาตรา 280 อย่างไรก็ตาม การโอนหน้าที่ชำระหนี้ไม่ได้เสียไป ยังคงมีผลสมบูรณ์ เพียงแต่ใช้บังคับได้ระหว่างลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้โอนกับบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอนเท่านั้น ตามมาตรา 270

(3.2) ผลของการโอนหน้าที่ชำระหนี้ที่เจ้าหน้าที่ตกลงยินยอม

หากเจ้าหน้าที่ได้ตกลงยินยอมตามเจตนาบอกกล่าวของผู้รับโอนแล้ว จะมีผล ดังนี้

(1) ตามมาตรา 282 ได้กำหนดผลของการโอนหน้าที่ชำระหนี้ว่าผู้รับโอนสามารถยกข้อต่อสู้ใด ๆ ที่ผู้โอนมีต่อเจ้าหน้าที่ในเวลาที่เจ้าหน้าที่ตกลงให้โอนได้

(2) ตามมาตรา 283 ได้กำหนดผลของหนี้อุปกรณ์ในส่วนของประกันแห่งหนี้ หรือบุริมสิทธิที่ลูกหนี้เดิมได้ให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่ไม่โอนไปด้วย เว้นแต่ดอกเบี้ยที่ค้างชำระกฎหมายให้สันนิษฐานว่าโอนไปกับการโอนหนี้ด้วย

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ.2466 มีบทบัญญัติเรื่องการโอนหนี้หรือตามตัวบทใช้คำว่าโอนหน้าที่ชำระหนี้ไว้อย่างละเอียด แต่เป็นที่น่าเสียดายเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับดังกล่าวได้เลื่อนเวลาการนำออกมาใช้ไปอีก 1 ปี บทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนหน้าที่ชำระหนี้กลับไม่ปรากฏ คงเหลือเพียงแต่เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง และได้เพิ่มเติมหลักกฎหมายเรื่อง การแปลงหนี้ใหม่เข้ามา⁸⁰

ถือว่าเป็นที่น่าเสียดายว่า หากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันยังคงมีบทบัญญัติเรื่องการโอนหนี้ ปัญหาเรื่องของการโอนสัญญาที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาอยู่นี้ คงอาจจะมีทางออกที่อาจจะไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวก็เป็นได้

4.4.3 ความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับการโอนหนี้

สำหรับการโอนหนี้ตามความเห็นของนักกฎหมายไทย สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังต่อไปนี้

กลุ่มที่ 1 กลุ่มที่ไม่ยอมรับให้มีการโอนหนี้ และเห็นว่าการแปลงหนี้ใหม่ต้องใช้วิธีการในการแปลงหนี้ใหม่เท่านั้น โดยกลุ่มนี้ให้เหตุผลว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักกฎหมายที่ว่าถึงการโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น ไม่มีเรื่องการโอนหน้าที่ในหนี้ด้วย ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นเจ้าหนี้ นาย ค. ในหนี้เงินกู้เป็นจำนวน 2,000 บาท ต่อมา นาย ก. สามารถที่จะโอนสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากนาย ค. ให้แก่นาย ข. ได้ แต่หากนาย ค. จะโอนหน้าที่ให้บุคคลอื่นเข้ามาเป็นลูกหนี้ นาย ก. แทนตนโดยอาศัยบทบัญญัติในลักษณะโอนสิทธิเรียกร้องเช่นนี้ย่อมทำไม่ได้ เพราะอาจเป็นการเสียหายแก่ลูกหนี้ได้ เนื่องจากลูกหนี้อาจโอนหน้าที่ที่ตนจะต้องชำระหนี้ไปให้แก่ผู้ที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้หรืออยู่ในฐานะบุคคลใกล้ล้มละลายก็เป็นได้⁸¹ อย่างไรก็ตาม การที่จะให้ลูกหนี้คนใหม่เข้ามารับภาระที่จะต้องชำระหนี้แทนลูกหนี้คนเดิมก็ยังสามารถทำได้ แต่จะทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ โดยทำเป็นสัญญาระหว่างกันขึ้นมา เรียกว่า การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้⁸² โดยยังถือว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้มีลักษณะที่คล้ายกับการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่แตกต่างกันที่เป็นการเปลี่ยนตัวผู้อื่นให้เข้ามาชำระหนี้แทน⁸³

⁸⁰ วันรพี ชาวสะอาด, “หลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงโอนหนี้(หน้าที่ความรับผิดชอบ)ของลูกหนี้,” (วิทยานพนธ์ปริญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 21.

⁸¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, หน้า 939-940.

⁸² โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 399.

⁸³ กำธร พันธุลาภ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: มิตรนรา การพิมพ์, 2529), หน้า 64 ; เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 246.

กลุ่มที่ 2 กลุ่มที่ไม่ได้มีความเห็นเด็ดขาดว่าไม่ให้มีการโอนหนี้ เพียงแต่จะต้องมีเงื่อนไขบางประการที่เพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ของการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยกล่าวว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยไม่ได้รับถึงการโอนสิทธิเรียกร้องทางด้านลูกหนี้ไว้ เช่นเดียวกับในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็ไม่ได้กล่าวไว้เช่นเดียวกัน แต่นักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นกันว่า การโอนสิทธิเรียกร้องทางด้านลูกหนี้คือ ลูกหนี้ได้ตกลงโอนหนี้ซึ่งตนเป็นลูกหนี้ให้บุคคลภายนอกไม่ได้ นอกจากตัวเจ้าหนี้จะได้อนุญาตด้วย⁸⁴

กลุ่มที่ 3 กลุ่มที่เห็นว่าการที่จะเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นอกจากจะใช้วิธีการแปลงหนี้ใหม่แล้ว ยังสามารถที่จะใช้วิธีการทำนิติกรรมการโอนหนี้ได้ โดยเห็นว่าหนี้้นั้นไม่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์เฉพาะบุคคลสองฝ่ายเท่านั้น และการโอนหนี้ไม่ทำให้เจ้าหนี้ต้องเสียหายเสมอไป เพราะลูกหนี้ไม่ใช่ว่าจะต้องโอนให้แก่บุคคลที่ยากจนกว่าลูกหนี้เสมอไป อาจจะมีหนี้ให้แก่บุคคลที่ร่ำรวยกว่าตนเป็นผู้รับผิดชอบที่จะชำระหนี้ต่อก็ได้ ซึ่งย่อมเป็นผลดีแก่เจ้าหนี้และไม่ให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบ วิธีการในการโอนหนี้จึงต้องเคร่งครัดกว่าการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยมีหลักว่านิติกรรมการโอนหนี้จะสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้ให้ความยินยอม⁸⁵ นอกจากนี้ยังมีความเห็นของนักกฎหมายจากการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาในกรณีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ว่า เมื่อมีกรณีทำสัญญาตกลงโอนหนี้และมีความยินยอมของเจ้าหนี้ในการโอนนี้ด้วยแล้ว จะถือเอาทันทีว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่อย่างเดียวนั้นไม่ได้ กรณีการตีความตามเจตนาของคู่สัญญาว่ามีความประสงค์อย่างไร จึงปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายว่าผลบังคับของสัญญาดังกล่าวจะมีเช่นไร สัญญาโอนหนี้เป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ (The innominate contract) ที่เกิดขึ้นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา⁸⁶

มีข้อสังเกตที่ควรพิจารณาว่า หากการโอนหนี้หรือหน้าที่สามารถที่จะโอนกันได้แล้ว ย่อมที่จะมีผลต่อการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน เพราะการโอนหน้าที่ก็เป็นส่วนหนึ่งของการโอนสัญญาด้วย จึงทำให้การโอนสัญญาสามารถที่จะเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกันหรือไม่ และหากมีการโอนสัญญา การโอนจะต้องมีวิธีการที่เหมือนหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือต้องเหมือนวิธีการของการโอนหนี้ หรือจะต้องใช้วิธีการที่ต้องเคร่งครัดกว่าหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

⁸⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 175.

⁸⁵ จรินทร์ เพียรประดิษฐ์กุล, “ปัญหาการยอมรับกฎหมายว่าด้วยการโอนหนี้,” วารสารนิติศาสตร์ 20: 122.

⁸⁶ ดารารพร ธีระวัฒน์, “ฎีกาวิเคราะห์,” วารสารนิติศาสตร์ 24, (มิถุนายน 2539): 374.

4.5 การโอนสัญญา

4.5.1. ความหมายของการโอนสัญญา

การโอนสัญญา หมายถึง การโอนฐานะความเป็นคู่สัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปยังบุคคลภายนอก ซึ่งส่งผลให้ความสัมพันธ์ทางสัญญาในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่เคยเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเดิมได้โอนจากคู่สัญญาเดิมฝ่ายผู้โอน ไปยังบุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกจะเข้ามาแทนฐานะคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้โอน⁸⁷

ฉะนั้น คู่กรณีในการโอนสัญญาจะแบ่งออกเป็น 3 ฝ่ายด้วยกัน อันได้แก่ ฝ่ายผู้โอนซึ่งเดิมเป็นคู่สัญญาในสัญญาเดิม ฝ่ายผู้รับโอนซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่จะเข้ามามีฐานะแทนที่คู่สัญญาฝ่ายผู้โอน และคู่สัญญาเดิมซึ่งเป็นบุคคลที่จะต้องเข้ามามีนิติสัมพันธ์กับผู้รับโอนต่อไป

4.5.2. วัตถุประสงค์การโอนสัญญา

เมื่อพิจารณาความหมายของการโอนสัญญาที่เป็นการโอนความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาไปยังบุคคลภายนอก ย่อมแสดงให้เห็นว่า การโอนสัญญาจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาประเภทที่เรียกว่า สัญญาต่างตอบแทน เท่านั้น เนื่องจากสัญญาต่างตอบแทน เป็นสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน หรืออย่างที่กฎหมายเรียกกันว่า “ต่างตอบแทนกัน”⁸⁸ กล่าวคือ สัญญาต่างตอบแทนนั้นเป็นสัญญาที่จะก่อให้เกิดมากกว่าหนึ่งชนิด โดยหนึ่งชนิดหนึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้ และก็มีอีกหนึ่งชนิดหนึ่งตอนแทน ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้ในหนึ่งชนิดแรกกลับกลายเป็นลูกหนี้ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นลูกหนี้ในหนึ่งชนิดแรก

ยกตัวอย่างเช่น ในสัญญาเช่าทรัพย์สินซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทน จะก่อให้เกิดบังคับแก่ผู้ให้เช่ามีหนี้ที่จะต้องให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่า และพร้อมกันนี้สัญญาเช่าทรัพย์สินก็ก่อให้เกิดบังคับแก่ผู้เช่าในหนี้ที่จะต้องชำระค่าเช่าให้แก่ผู้ใช้เช่าเพื่อการที่ตนได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่า นั่น หรือในสัญญาซื้อขายอันถือเป็นสัญญาต่างตอบแทน จะก่อให้เกิดบังคับผู้ขายในอันที่จะต้องโอนทรัพย์สินที่ตนขายให้แก่ผู้ซื้อ ในทางกลับกันสัญญาซื้อขายก็จะก่อให้เกิดบังคับแก่ผู้ซื้อที่จะต้องชำระราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย

ทั้งนี้ ผลของสัญญาต่างตอบแทนปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 บัญญัติว่า “ ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่า

⁸⁷ ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 15, หน้า 399.

⁸⁸ จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), หน้า 255.

อีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนดชำระ ” ซึ่งหมายความว่า ในสัญญาต่างตอบแทนที่ก่อหนี้ให้ คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน เมื่อไม่มีการกำหนดเงื่อนไขชำระหนี้ ต่างเวลากันแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิที่จะไม่ยอมชำระหนี้ ในเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระ หนี้ฝ่ายตนหรือไม่เสนอที่จะทำการชำระหนี้⁸⁹

ข้อสังเกตเกี่ยวกับสัญญาต่างตอบแทนเกี่ยวกับผลของสัญญาต่างตอบแทนตาม มาตรา 369 มีอยู่ว่า การไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนที่จะเป็นเหตุให้คู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ฝ่ายตนบ้างนั้น ต้องเป็นหนี้ที่มีความสำคัญขนาดเดียวกัน หรือไม่

ในข้อสังเกตเรื่องนี้ ท่านอาจารย์ ศาสตราจารย์จิตติ ติงศกัทธิย์ ให้ความเห็นว่า การไม่ชำระหนี้อันเป็นเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิไม่ยอมชำระหนี้ฝ่ายตนบ้างนั้น ต้องเป็นหนี้ที่มีความสำคัญขนาดเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง จะชำระหนี้ นั้น หมายความว่าถึงหนี้ที่เป็นข้อสัญญาที่ต้องชำระหนี้ตอบแทนกัน เช่น ในสัญญาเช่า ทรัพย์ เมื่อผู้ให้เช่าไม่ส่งมอบทรัพย์ ให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่า นั้น ผู้เช่าก็ย่อม มีสิทธิไม่ยอมชำระค่าเช่าได้ แต่ถ้าเป็นการไม่ชำระหนี้ที่มีความสำคัญน้อยหรือไม่มีความสำคัญ ขนาดเดียวกันแล้ว เช่น เป็นเพียงผู้ให้เช่า ไม่ได้ซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า ผู้เช่าย่อมไม่มีสิทธิที่จะ ไม่ยอมชำระค่าเช่า เพราะหนี้ตอบแทนการชำระค่าเช่าคือ ให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ใน ทรัพย์สินที่เช่า ซึ่งผู้เช่าก็ได้รับการชำระหนี้จากผู้ให้เช่าตอบแทนแล้ว⁹⁰

ทั้งนี้ สัญญาไม่ต่างตอบแทนหรือสัญญาฝ่ายเดียว เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใน สัญญาเป็นเจ้าของหนี้ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้เพียงเท่านั้น เช่น สัญญาเืม สัญญาฝากทรัพย์ สัญญา ตัวแทน ซึ่งอาจมีกรณีเกิดขึ้นได้ว่า ในระหว่างปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวนั้นได้มีหนี้อันฝ่ายลูกหนี้แห่ง สัญญานั้นกลายเป็นเจ้าหนี้ขึ้นมาบ้าง เช่น ผู้เืมในสัญญาเืมใช้คงรูปได้ออกค่าใช้จ่ายใน การบำรุงรักษาทรัพย์สินนอกเหนือจากปกติ โดยผู้ให้เืมขอร้องมาก็ดี ตามมาตรา 644 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้ผู้เืมมีหน้าที่ต้องสงวนทรัพย์สินที่เืม จึงต้องออกค่าใช้จ่ายใน การสงวนตามปกติ แต่หากออกค่าใช้จ่ายเป็นการบำรุงรักษาเกินกว่านั้นและด้วยความขอร้องของ ผู้ให้เืม ผู้เืมย่อมมีสิทธิเรียกค่าชดใช้จากผู้ให้เืมได้⁹¹ หรือกรณีสัญญาฝากทรัพย์ ผู้รับฝากได้ออก ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาทรัพย์สินที่รับฝากก็ดี ตามมาตรา 668⁹² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ หรือกรณีสัญญาตัวการตัวแทน ที่ตัวแทนต้องใช้จ่ายเงินในการทำกิจการแทนก็ดี ตามมาตรา

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 259.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 262.

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 263.

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 668 ค่าใช้จ่ายใดอันควรแก่การบำรุงรักษาทรัพย์สินซึ่งฝากนั้น ผู้ฝาก จำต้องชดใช้ให้แก่ผู้รับฝาก เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้โดยสัญญาฝากทรัพย์ว่าผู้รับฝากจะต้องออกเงินค่าใช้จ่ายนั้นเอง.

816 วรรคหนึ่ง⁹³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ในสัญญาทั้งหลายเหล่านี้ จำต้องชดใช้เงินเหล่านี้ จึงมีข้อสังเกตอีกกว่าจะมีสิทธิไม่ยอมชำระหนี้ ตามมาตรา 369 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่เพียงไร

ในข้อสังเกตข้างต้นนี้ ท่านอาจารย์ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ให้ความเห็นไว้ว่า เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนหรือสัญญาฝ่ายเดียวจึงไม่เข้ามาตรา 369 เพราะหนี้ที่เกิดภายหลัง ทำให้เจ้าหนี้ตามสัญญากลับเป็นลูกหนี้บ้างนั้น มิได้เกิดขึ้นโดยสัญญาว่าจะชำระตอบแทน ดังนั้น ลูกหนี้เดิมในสัญญาจะไม่ยอมชำระหนี้ในเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้อันเกิดขึ้นภายหลังสัญญาโดยอ้างผลของสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 369 ไม่ได้⁹⁴

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า วัตถุประสงค์การโอนสัญญาจะต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนโดยแท้ กล่าวคือ ต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาต่างมีหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องชำระตอบแทนกันอันมีความสำคัญขนาดเดียวกันเท่านั้น

4.5.3. การโอนสัญญาโดยกฎหมาย

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักการโอนสัญญาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทย ว่าปรากฏอยู่ในส่วนไหนบ้าง เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบัญญัติหลักการโอนสัญญาเอาไว้เป็นบททั่วไปที่จะสามารถนำมาปรับใช้กับนิติกรรมสัญญาได้เป็นการทั่วไป เหมือนเช่นอย่างหลักการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามที่กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักการโอนสัญญานั้นจะไม่ได้บัญญัติเอาไว้ในหมวดทั่วไปในเรื่องนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่ยังมีเรื่องการโอนสัญญานั้นสอดแทรกอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งเป็นเรื่องของบทบัญญัติเฉพาะเป็นเรื่อง ๆ ไป ดังจะได้กล่าวต่อไป

4.5.3.1 การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การโอนสัญญานั้นมีแทรกอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหลายส่วนด้วยกัน ดังต่อไปนี้

⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 816 วรรคหนึ่ง ถ้าในการจัดทำกิจการอันชามอบหมายแก่ตนนั้น ตัวแทนได้ออกเงินตรองหรือออกเงินค่าใช้จ่ายไป ซึ่งพิเคราะห์ตามเหตุควรนับว่าเป็นการจำเป็นได้ไซ้ ท่านว่าตัวแทนจะเรียกเอาเงินชดใช้จากตัวการ รวมทั้งดอกเบี้ยนับแต่วันที่ได้จ่ายเงินไปนั้นด้วยก็ได้.

⁹⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6, หน้า 263.

1.) มาตรา 569 ซึ่งบัญญัติว่า "อันสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมไม่ระงับไปเพราะเหตุโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินซึ่งให้เช่า

ผู้รับโอนย่อมรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนซึ่งมีต่อผู้เช่านั้นด้วย"

บทบัญญัติดังกล่าวปรากฏอยู่ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 4 เช่าทรัพย์ หมวด 4 ความระงับแห่งสัญญาเช่า ซึ่งหมายความว่า หากผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย ย่อมใช้อำนาจกรรมสิทธิ์โอนอสังหาริมทรัพย์นั้นต่อไปได้ และแม้สิทธิหน้าที่ตามสัญญาเช่าของผู้เช่าจะเป็นเพียงบุคคลสิทธิก็ตาม กฎหมายก็กำหนดให้สิทธิหน้าที่ดังกล่าวติดตามไปพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ด้วย ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จึงต้องรับโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าจากผู้ให้เช่าไปด้วย ทำให้ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์เข้าสวมฐานะความเป็นคู่สัญญาเช่าในส่วนของผู้ให้เช่าต่อไปแทนตัวผู้ให้เช่าคนเดิม ซึ่งก็ไม่ได้มีกฎหมายอะไรห้ามไว้ เพราะในสัญญาเช่าทรัพย์สินถือแต่เฉพาะคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ มิใช่ถือคุณสมบัติของผู้ให้เช่า การเปลี่ยนตัวผู้ให้เช่าจึงทำได้เสมอ⁹⁵

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ผู้ให้เช่า ให้นาย ข. ผู้เช่าเช่าที่ดินของตนเพื่ออยู่อาศัย ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเจ้าของและลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ต่อมา นาย ก. ได้ขายที่ดินดังกล่าวให้แก่ นาย ค. ซึ่งเมื่อนาย ค. รับโอนที่ดินมาจากนาย ก. แล้ว นาย ค. ก็กลายเป็นผู้ให้เช่าที่มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์กับนาย ข. ผู้เช่า แทนนาย ก. ด้วยผลของมาตรา 569 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ดี ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ต้องรับโอนสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับสิทธิในการเช่าเท่านั้น ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้ถูกบังคับโดยผลทางกฎหมายที่จะต้องให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวต่อไปตามคำมั่น ในกรณีที่ในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีข้อสัญญาให้คำมั่นว่าจะให้เช่าด้วย ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5558/2533 ได้ตัดสินไว้ว่า จำเลยเช่าที่ดินของ ห. มีกำหนด 10 ปี โดยทำสัญญาเป็นหนังสือแต่ไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงมีผลบังคับกันได้เพียง 3 ปี ที่จำเลยให้การว่ากำหนดเวลาเช่าที่เกินกว่า 3 ปี เป็นคำมั่นซึ่งมีผลบังคับ ห. ได้จึงมีผลบังคับ พ. ผู้รับโอนที่ดินจาก ห. ด้วยนั้น ไม่มีบทกฎหมายรับรองสิทธิให้บังคับตามที่ทำเลยให้การ ศาลขอขบที่จะพิพากษาคดีได้โดยไม่ต้องสืบพยาน

2.) มาตรา 1243 บัญญัติว่า " บริษัทใหม่ย่อมได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบที่มีอยู่แก่บริษัทเดิมอันได้มาควบเข้ากันนั้นทั้งสิ้น"

บทบัญญัติดังกล่าวปรากฏอยู่ในบรรพ 3 ลักษณะ 22 หุ้นส่วนและบริษัท หมวด 4 บริษัทจำกัด ส่วนที่ 9 การควบบริษัทจำกัดเข้ากัน ซึ่งหมายความว่า เมื่อบริษัทตามประมวล

⁹⁵ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 130-131.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปซึ่งต่างก็เป็นนิติบุคคลต่างหากจากกันจะทำการควบบริษัท เข้าเป็นบริษัทเดียวกัน โดยเป็นการรวมทั้งทรัพย์สิน สิทธิ ความรับผิดชอบ และหนี้สินทั้งหมดของทุกบริษัทเข้าด้วยกัน และภายหลังการรวมกิจการแล้ว บริษัทเดิมทั้งหมดจะสิ้นสภาพไป เกิดเป็นบริษัทใหม่ ซึ่งใช้ชื่อใหม่และมีการออกหุ้นใหม่ โดยแต่ละบริษัทจะต้องได้รับมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นให้ควบบริษัทจำกัดเข้าด้วยกัน⁹⁶ เช่น บริษัท ก. จำกัด ควบกิจการเข้ากับบริษัท ข. จำกัด เมื่อทั้ง 2 บริษัทได้ทำการควบเข้าด้วยกันแล้ว ก็จะเกิดเป็นบริษัท ค. จำกัดขึ้นมาใหม่ โดยทั้งบริษัท ก. และบริษัท ข. จำกัดจะเลิกไป

ทั้งนี้ เมื่อจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่แล้ว บริษัทเดิมก็เป็นอันสิ้นสภาพไป และเกิดเป็นบริษัทใหม่ที่ได้จดทะเบียนแล้ว บริษัทใหม่นี้ย่อมรับโอนสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบริษัทเดิมไปทั้งหมด เช่น บริษัทเดิมเป็นเจ้าของบริษัทอื่น บริษัทใหม่ก็เข้าสวมสิทธิเป็นเจ้าหนี้แทน หรือบริษัทเดิมเป็นลูกหนี้บริษัทอื่น บริษัทใหม่ก็มีหน้าที่ชำระหนี้แทน นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นของบริษัทเดิมก็จะกลายเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทใหม่ และทุนเรือนหุ้นของบริษัทเดิมก็จะกลายเป็นทุนเรือนหุ้นของบริษัทใหม่ไป⁹⁷

4.5.3.2 การโอนสัญญาตามกฎหมายเฉพาะ

การโอนสัญญาตามกฎหมายอื่นนั้น มีปรากฏอยู่ในกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ซึ่งผู้เขียนจะขอล่าว่าเป็นกฎหมายแต่ละฉบับต่อไปนี้

(1) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 153 และมาตรา 185

มาตรา 153 บัญญัติอยู่ในหมวด 12 การควบบริษัท ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งบัญญัติว่า “บริษัทที่ควบกันและจดทะเบียนแล้วย่อมได้ไปทั้งทรัพย์สิน หนี้ สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของบริษัทเหล่านั้นทั้งหมด ”

บทบัญญัติดังกล่าว เป็นกรณีการควบบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปเข้าด้วยกัน เช่นเดียวกับมาตรา 1243 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่บทบัญญัตินี้ใช้สำหรับกรณีการควบรวมบริษัทมหาชนกับบริษัทมหาชนเข้าด้วยกัน หรือบริษัทมหาชนเข้ากับบริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535⁹⁸ โดยมีหลักการเช่นเดียวกับการควบบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ บริษัทมหาชนจำกัดตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป จะควบกันเป็น

⁹⁶ ทิพย์ชนก รัตโนสถ, คำอธิบายเรียงมาตรา กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 504.

⁹⁷ ทิพย์ชนก รัตโนสถ, คำอธิบายเรียงมาตรา กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 510.

⁹⁸ สหัส สิงหวิริยะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชน จำกัด(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550), หน้า 232.

บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทเดียวกันได้ หรือบริษัทมหาชนจำกัดกับบริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะควบกันเป็นบริษัทมหาชนจำกัดบริษัทเดียวกันได้ โดยบริษัทที่ควบเข้ากันนั้นจะถูกยกเลิกไป และก่อให้เกิดบริษัทใหม่ขึ้นมาแทน ซึ่งกรณีบริษัทมหาชนจำกัดควบกับบริษัทมหาชนจำกัด จะควบได้จะต้องได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของแต่ละบริษัทด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวน

เสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน⁹⁹ ส่วนกรณีของบริษัทมหาชนควบกับบริษัทเอกชนจำกัด จะควบกันได้ก็ต่อเมื่อบริษัทมหาชนได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุม และในส่วนของบริษัทเอกชนจำกัดจะต้องมีมติพิเศษตามที่บัญญัติกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰⁰ ด้วย

และเมื่อบริษัทได้ทำการควบกันจนได้ไปจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัดใหม่แล้ว บริษัทใหม่นี้ย่อมได้ไปทั้งทรัพย์สิน หนี้ สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของบริษัทเดิมที่เข้ามาควบเหล่านั้นทั้งหมด

มาตรา 185 บัญญัติอยู่ในหมวด 15 การแปรสภาพบริษัทเอกชนเป็นบริษัท ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งบัญญัติว่า “ บริษัทเอกชนที่จดทะเบียนแปรสภาพเป็นบริษัทแล้วย่อมได้ไปทั้งทรัพย์สิน หนี้ สิทธิ และความรับผิดชอบของบริษัทเอกชนเดิมทั้งหมด ”

บทบัญญัติดังกล่าว เป็นกรณีที่บริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจแปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้ โดยบริษัทเอกชนนั้นต้องมีมติพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰¹

และเมื่อได้ดำเนินการตามกฎหมายในการแปรสภาพบริษัทเอกชนเป็นบริษัทมหาชนจนนายทะเบียนรับจดทะเบียนการแปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว บริษัทเอกชนเดิมก็จะหมดสภาพจากการเป็นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บริษัทมหาชนจำกัดที่มาจากการแปรสภาพย่อมได้ไปทั้งทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิและความรับผิดชอบของบริษัทเอกชนเดิมทั้งสิ้น เช่น บริษัทเอกชนเดิมได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเงินทุน บริษัทมหาชนใหม่ก็สวมสิทธิเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตแทน หรือบริษัทเอกชนเดิมเป็นเจ้าหนี้บุคคลใด บริษัทมหาชนใหม่ก็สวม

⁹⁹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 146 บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป หรือบริษัทกับบริษัทเอกชนจะควบกันเป็นบริษัทก็ได้ โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นของแต่ละบริษัทจะควบกันลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน และในกรณีที่เป็นการควบกับบริษัทเอกชน ต้องมีมติพิเศษตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1238

¹⁰¹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 180 ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1194.

สิทธิเป็นเจ้าหนี้แทน ในทางตรงกันข้าม บริษัทเอกชนเดิมเป็นลูกหนี้บุคคลใด บริษัทมหาชนใหม่ก็ต้องรับผิดชอบหนี้แทนตามบทบัญญัติมาตรา 185 นี้¹⁰²

(2) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 13

มาตรา 13 บัญญัติอยู่ในหมวด 1 บททั่วไป แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งบัญญัติว่า “ ในกรณีที่กิจการใดมีการเปลี่ยนแปลงตัวนายจ้างเนื่องจากการโอน รัับมรดกหรือด้วยประการอื่นใด หรือในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล และมีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลง โอน หรือควบกับนิติบุคคลใด สิทธิต่าง ๆ ที่ลูกจ้างมีอยู่ต่อนายจ้างเดิมเช่นใดให้ลูกจ้างมีสิทธิเช่นว่านั้นต่อไป และให้นายจ้างใหม่รับไปทั้งสิทธิและหน้าที่อันเกี่ยวกับลูกจ้างนั้นทุกประการ ”

บทบัญญัติเป็นกรณีเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงตัวเจ้าหนี้ โดยกำหนดขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองลูกจ้างในกิจการที่มีการเปลี่ยนแปลงตัวนายจ้าง หรือมีการควบกิจการของนายจ้างไปรวมกับนิติบุคคลอื่น ไม่ให้ลูกจ้างได้รับค่าจ้าง สวัสดิการและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ลดน้อยลง กล่าวคือ ไม่ว่าจะมีการควบ การโอน หรือการเปลี่ยนแปลงตัวนายจ้างอย่างไร ลูกจ้างก็ยังคงมีสิทธิเช่นเดิมทุกประการ หรือเท่ากับไม่มีการเปลี่ยนแปลงตัวนายจ้าง¹⁰³

บทบัญญัตินี้คงต้องพิจารณาควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 577 ที่บัญญัติว่า “ นายจ้างจะโอนสิทธิของตนให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้เมื่อลูกจ้างยินยอมพร้อมใจด้วย ” ซึ่งหมายความว่า หากมีการโอนความเป็นนายจ้างโดยลูกจ้างตกลงหรือยินยอมพร้อมใจด้วยการโอนไปเป็นลูกจ้างของนายจ้างคนใหม่แล้ว ลูกจ้างก็ต้องมีสิทธิและหน้าที่ตามที่นายจ้างคนใหม่กำหนดไว้ ไม่อาจที่จะเรียกร้องสิทธิประโยชน์ที่ตนเคยได้รับจากนายจ้างเดิมได้¹⁰⁴ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า การเปลี่ยนตัวนายจ้างกรณีของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีผลที่แตกต่างกัน โดยมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7242 - 7254/2545 เมื่อมีการจดทะเบียนควบรวมกิจการแล้ว กิจการที่ควบรวมกันนั้นต้องรับโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ทุกประการอันเกี่ยวกับลูกจ้างของกิจการที่โอนไปนั้นตามมาตรา 13 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 577 ซึ่งผลของกฎหมายดังกล่าวลูกจ้างของกิจการเดิมยอมโอนไปเป็นลูกจ้างของกิจการที่ควบรวมในทันทีโดยอัตโนมัติ แม้ลูกจ้างจะมีได้แสดงเจตจำนงว่าประสงค์จะโอน เว้นแต่ลูกจ้างของกิจการเดิมที่เข้ามาควบรวมจะแสดงความประสงค์ว่า ไม่ยินยอมโอนไปเป็นลูกจ้างของกิจการที่ควบรวม จึงจะถือว่า

¹⁰² สหัฐ สิงหวิริยะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย บริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 270.

¹⁰³ เกษมสันต์ วิจารณ์, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 51-52.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน.

กิจการเดิมของลูกจ้างได้เลิกจ้างลูกจ้างเนื่องจากสภาพนิติบุคคลของกิจการเดิมได้หมดสิ้น อันเป็นเหตุให้ลูกจ้างนั้นไม่สามารถทำงานต่อไปได้ตามมาตรา 118 วรรคสอง¹⁰⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9487/2551 กรณีที่จำเลยรับโอนลูกจ้างจากบริษัทหนึ่งโดยบริษัทนั้นยังคงตั้งอยู่ ลูกจ้างที่ไม่ตกลงโอนย้ายไปเป็นลูกจ้างของจำเลยก็ยังคงทำงานอยู่กับบริษัทนั้นต่อไป เป็นเพียงการโอนลูกจ้างจากบริษัทดังกล่าวไปเป็นลูกจ้างของจำเลยด้วยความยินยอมของลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 577 วรรคหนึ่ง ไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงตัวนายจ้างที่เป็นนิติบุคคลโดยมีการจดทะเบียนโอนกิจการ กรณีจำเลยรับโอนลูกจ้างดังกล่าวกลับมา จึงไม่อยู่ในบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จำเลยไม่ต้องรับโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่อันเกี่ยวกับลูกจ้างนั้น ข้อตกลงในสัญญาโอนย้ายพนักงานภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างฉบับใหม่ที่จำเลยทำกับลูกจ้างที่โอนย้ายมา จึงไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติดังกล่าว ใช้บังคับได้¹⁰⁶

พิจารณาแล้วเห็นได้ว่า แม้ว่าหลักการเรื่องการโอนสัญญาจะไม่ได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะใช้เป็นบทบัญญัติหลักกฎหมายทั่วไปที่จะสามารถใช้ได้กับนิติกรรมและสัญญาได้เหมือนอย่างหลักการเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่ก็ตาม แต่ก็คงปฏิเสธไม่ได้เสียทีเดียวว่าการโอนสัญญาไม่มีปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยเสียเลย เพราะจากหลักกฎหมายในเรื่องเฉพาะตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ย่อมเป็นข้อสังเกตอย่างหนึ่งว่า กฎหมายไทยยังคงยอมรับเรื่องการโอนสัญญาด้วยหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

4.5.3.3 ลักษณะของสัญญาที่คล้ายการโอนสัญญา

นอกจากหลักการโอนสัญญาที่มีสอดแทรกอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องแล้ว ยังปรากฏบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องที่มีลักษณะคล้ายกับการโอนสัญญาแต่ไม่เหมือนกันทีเดียว ซึ่งอยู่ในกฎหมายเฉพาะเรื่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

(1.) การเช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 ซึ่งบัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งเช่านั้น ผู้เช่าจะให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิของตนอันมีในทรัพย์สินนั้นไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอก ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ เว้นแต่จะได้อตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า

ถ้าผู้เช่าประพฤติฝ่าฝืนบทบัญญัติอันนี้ ผู้ให้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้”

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

โดยหลักของสัญญาเช่าทรัพย์สิน ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ เมื่อผู้ให้เช่าได้ให้ใครเช่าทรัพย์สินไป เขาย่อมหวังว่าบุคคลคนนั้นจะสามารถดูแลรักษาทรัพย์สินที่เช่า นั้นได้ ดังนั้น เมื่อบุคคลผู้เช่าทรัพย์สินไปให้บุคคลอื่นเช่าต่อ บุคคลภายนอกที่เช่าต่ออาจไม่รักษาหรือ ดูแลทรัพย์สินที่เช่าอย่างที่คุณเช่าเดิมเคยดูแลก็ได้ ฉะนั้น เมื่อผู้ให้เช่าได้ยินยอมให้ผู้ใดเช่าทรัพย์สินไป ย่อมหมายเฉพาะผู้เช่าคนนั้นเท่านั้นที่ได้รับการเลือกให้เป็นผู้ใช้ทรัพย์สิน มิใช่คนอื่น¹⁰⁷

ดังนั้น กฎหมายจึงต้องกำหนดหน้าที่ของผู้เช่าที่ว่า ผู้เช่าจะต้องไม่นำทรัพย์สินที่ตนเช่าไปให้ผู้อื่นเช่าต่อ ตามที่ปรากฏในมาตรา 544 หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นหน้าที่หรือ หน้าที่ผู้เช่าจะต้องใช้ทรัพย์สินที่เช่าด้วยตนเองนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ผู้เช่าอาจนำทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกเช่า ช่วงได้ ก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันในสัญญาเช่าว่าให้เช่าช่วงได้ ซึ่งย่อมหมายความว่า หนี้หรือหน้าที่อันนี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องระบุดำเนินไว้ในสัญญาเช่าโดยชัดแจ้ง ผู้เช่าก็ต้องห้ามมิให้นำทรัพย์สินไปให้บุคคลอื่นเช่า ต่อด้วยผลของกฎหมายตามมาตรา 544 นี้เอง

ส่วนหนี้หรือหน้าที่ที่ผู้เช่าจะต้องไม่นำทรัพย์สินไปให้ผู้อื่นเช่าต่ออัน แบ่งออก ด้วยกัน 2 ส่วนตามมาตรา 544 อันได้แก่ ผู้เช่าต้องไม่นำทรัพย์สินไปให้เช่าช่วง หรือต้องไม่โอนสิทธิ การเช่า อันสามารถอธิบายได้ ดังนี้

(1.1) การเช่าช่วง คือ การที่ผู้เช่าได้นำทรัพย์สินที่ตนเช่ามาไปให้บุคคล อื่นเช่าต่อโดยได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า ซึ่งการที่ผู้ให้เช่ายินยอม ย่อมหมายความว่าผู้ให้เช่า ไม่คิดว่าใครจะเป็นคนใช้ทรัพย์สิน หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ให้เช่าให้ความไว้วางใจในการใช้พิจารณาของ ผู้เช่าว่าจะสามารถคัดเลือกบุคคลที่เหมาะสมที่จะสามารถดูแลทรัพย์สินได้ ซึ่งเราเรียกการเช่าช่วง ที่ผู้ให้เช่ายินยอมนี้ว่า การให้เช่าช่วงโดยชอบ¹⁰⁸ โดยการให้เช่าช่วงนี้จะต้องเป็นการนำทรัพย์สิน ขึ้นเดียวกันกับที่เช่ามาไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไปให้บุคคลภายนอกเช่าต่อ¹⁰⁹ เช่น เช่าบ้านมา หนึ่งหลัง ซึ่งบ้านหลังที่เช่ามานี้มีทั้งหมด 5 ห้องนอน ผู้เช่าอาจแบ่งบางห้องให้ผู้อื่นเช่าต่อ จึงเรียกว่า เป็นการเช่าช่วง

เมื่อเป็นการเช่าช่วงโดยชอบแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลต่อผู้เช่าช่วง ที่จะต้องรับผิดชอบผู้ให้เช่าเดิมโดยตรง เพราะผู้ให้เช่าเดิมได้รับรู้ถึงสถานะของผู้เช่าช่วงแล้ว ทั้งนี้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 545 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผู้เช่าเอาทรัพย์สินซึ่งตนเช่าไปให้ ผู้อื่นเช่าช่วงอีกทอดหนึ่งโดยชอบ ท่านว่าผู้เช่าช่วงย่อมต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่าเดิมโดยตรง ในกรณี เช่นว่านี้หากผู้เช่าช่วงจะใช้ค่าเช่าให้แก่ผู้เช่าไปก่อนแล้ว ท่านว่าผู้เช่าช่วงหาอาจจะยกขึ้นเป็น ข้อต่อสู้ผู้ให้เช่าได้ไม่

¹⁰⁷ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธ์, คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 101.

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

อนึ่ง บทบัญญัติอันนี้ไม่ห้ามการที่ผู้ให้เช่าจะใช้สิทธิของตนต่อผู้เช่า”

กล่าวคือ ผู้ให้เช่าเดิมสามารถเรียกค่าเช่าจากผู้เช่าช่วงได้โดยตรง ซึ่งแม้หากผู้เช่าช่วงได้ชำระค่าเช่าแก่ผู้ให้เช่าเดิมไปแล้ว เมื่อผู้ให้เช่ามาเรียกค่าเช่าจากผู้เช่าช่วงอีก ผู้เช่าช่วงก็ยังคงต้องชำระให้ไปก่อน ส่วนจะไปเรียกค่าเช่าคืนจากผู้ให้เช่าเดิมก็เป็นอีกส่วนหนึ่ง

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติมาตรา 545 นี้จะถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้ให้เช่าเดิมมีสิทธิทุกอย่างต่อผู้เช่าช่วงเลยหรือไม่ ประเด็นในส่วนนี้สามารถแบ่งความเห็นของนักกฎหมายได้เป็น 2 ความเห็น ดังนี้

ความเห็นที่ 1¹¹⁰ เห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 545 นี้มีผลทำให้ผู้ให้เช่าเดิมมีสิทธิทุกอย่างต่อผู้เช่าช่วง และผู้เช่าช่วงมีหน้าที่ในฐานะผู้เช่าต่อผู้ให้เช่าเดิมทุกอย่าง ซึ่งมีใช้เพียงมีหน้าที่ในการชำระค่าเช่าเมื่อผู้ให้เช่าเดิมเรียกเท่านั้น

ความเห็นที่ 2¹¹¹ เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 545 นี้เป็นหน้าที่ที่ผู้เช่าช่วงมีต่อผู้ให้เช่าเดิมตามกฎหมายเท่านั้น ระหว่างผู้ให้เช่าเดิมและผู้เช่าช่วงนั้นมิได้มีนิติสัมพันธ์ต่อกันแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้ให้เช่าเดิมซึ่งแม้จะมีสิทธิตามกฎหมายต่อผู้เช่าช่วง ก็มีได้มีหน้าที่ในฐานะผู้ให้เช่าต่อผู้เช่าช่วงโดยตรงแต่อย่างใด

ด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เช่าช่วงต้องมีหน้าที่รับผิดชอบในค่าเช่าต่อผู้ให้เช่าโดยตรง จึงทำให้การเช่าช่วงดังกล่าวมีลักษณะที่คล้ายกับการโอนสัญญา กล่าวคือ เมื่อผู้เช่าได้นำทรัพย์สินที่บุคคลอื่นเช่าช่วงต่อ บุคคลอื่นนั้นย่อมได้ไปซึ่งสิทธิเรียกร้องที่จะได้ใช้ทรัพย์สินที่เช่าช่วงนั้น และได้ไปซึ่งหน้าที่ในอันที่จะต้องชำระค่าเช่าโดยตรงแก่ผู้ให้เช่าตามผลของมาตรา 545 ที่กล่าวมาข้างต้น

แต่เหตุที่การเช่าช่วงไม่ใช่การโอนสัญญา เพราะสิทธิที่จะได้ใช้ทรัพย์สินของผู้เช่าช่วง ไม่ใช่สิทธิที่ได้รับจากสัญญาเช่าเดิมระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าเดิม (ผู้ให้เช่าช่วง) แต่เป็นสิทธิที่ได้มาจากสัญญาเช่าช่วงที่สร้างขึ้นระหว่างตัวผู้เช่าเดิม (ผู้ให้เช่าช่วง) กับผู้เช่าช่วง และผู้เช่าช่วงก็ไม่ได้รับโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดในสัญญา กล่าวคือ ผู้เช่าช่วงไม่ได้ไปซึ่งสิทธิอื่น ๆ ตามสัญญาเช่าที่ตนจะเรียกร้องจากผู้ให้เช่าได้ เช่น การเรียกให้ผู้ให้เช่าต้องซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ให้เช่ามีหน้าที่รับผิดชอบต่อผู้เช่าช่วงโดยตรงแต่อย่างใด

(1.2) การโอนสิทธิการเช่า คือ การที่ผู้เช่าได้โอนสิทธิที่ตนมีจากการที่จะได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ตามสัญญาเช่าต่อไปให้บุคคลภายนอก หากการโอนสิทธิการเช่าทำโดยได้รับ

¹¹⁰ ประพนธ์ ศาตะมาน, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ, หน้า 196 ; กุศล บุญยืน, คำอธิบายสรุปประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย ขายฝาก เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ ประกันภัย, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2539), หน้า 74.

¹¹¹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 105.

ความยินยอมจากผู้ให้เช่า เราเรียกว่าเป็นการโอนสิทธิการเช่าโดยชอบ¹¹² ดังนั้น การโอนสิทธิการเช่าจึงมีลักษณะเหมือนการโอนสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่ง เช่นนี้การโอนสิทธิการเช่าจึงต้องทำตามแบบตามบทบัญญัติหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง มาตรา 306 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ การโอนสิทธิการเช่าจะต้องทำเป็นหนังสือและต้องแจ้งแก่ลูกหนี้เป็นหนังสือด้วย ไม่ว่าสิทธิที่โอนนั้นจะเป็นสิทธิการเช่าในสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ตาม¹¹³

เมื่อเป็นการโอนสิทธิการเช่าโดยชอบแล้ว มีผลทำให้ผู้รับโอนสิทธิได้เข้าไปสวมสิทธิแทนผู้ให้เช่าเดิมในอันที่จะได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่ตนรับโอนสิทธิตามสัญญาเช่ามา และผู้ให้เช่าในฐานะที่เป็นลูกหนี้แห่งสิทธิการเช่า ก็มีหน้าที่ต้องให้ผู้รับโอนสิทธิได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินด้วย ส่วนสิทธิของผู้โอนเมื่อมีการโอนสิทธิโดยชอบแล้ว สิทธิของผู้โอนในฐานะเช่าเดิมก็เป็นอันระงับไป

ด้วยเหตุที่การโอนสิทธิการเช่ามีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้รับโอนสิทธิการเช่าจึงรับไปเพียงสิทธิเท่านั้น ส่วนหน้าที่หรือหนี้ก็ยังคงอยู่กับลูกหนี้คนเดิมหรือผู้โอนนั่นเอง ดังนั้น การโอนสิทธิการเช่าจึงไม่ถือว่าอยู่ในส่วนของการโอนสัญญา เพราะไม่ได้โอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาเช่านั้น

(2.) การรับจ้างช่วง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 607 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้รับจ้างจะเอาการที่รับจ้างทั้งหมดหรือแบ่งการแต่บางส่วนไปให้ผู้รับจ้างทำอีกทอดหนึ่งก็ได้ เว้นแต่สาระสำคัญของสัญญานั้นจะอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้าง แต่ผู้รับจ้างคงต้องรับผิดชอบเพื่อความประพฤติหรือความผิดอย่างใด ๆ ของผู้รับจ้างช่วง

ด้วยหลักของวัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างทำของจะอยู่ที่ให้ผู้รับจ้างกระทำการงานสิ่งหนึ่งสิ่งใดจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างจึงมีหน้าที่ในประการแรกและเป็นหน้าที่ที่สำคัญ คือ จะต้องทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง แต่การทำงานที่ผู้ว่าจ้างจะต้องทำจนสำเร็จนั้นมีได้หมายความว่า ผู้รับจ้างจะต้องลงมือทำด้วยตนเองเท่านั้น¹¹⁴ ผู้รับจ้างอาจเป็นเพียงผู้ควบคุมให้ลูกจ้างของตนหรือว่าจ้างผู้อื่นให้ทำงานนั้นแทนตนทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ เว้นแต่สาระสำคัญของสัญญาจะอยู่ที่ความรู้ความชำนาญหรือความสามารถของผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 607

ดังนั้น ผู้รับจ้างทำของสามารถแบ่งงานที่ตนรับมาบางส่วนหรือทั้งหมดไปให้ผู้รับจ้างช่วงทำอีกทอดหนึ่งได้ โดยไม่จำเป็นว่าจะได้รับความยินยอมจากผู้ว่าจ้างก่อน ซึ่งเราจะเห็นในทางปฏิบัติของการว่าจ้างให้ก่อสร้างอาคารขนาดใหญ่ ซึ่งผู้รับจ้างย่อมไม่มีเครื่องมือ

¹¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁴ ไมทซิด เอกจริยกร, คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 159.

เครื่องมือหรือกำลังคนงานที่มากเพียงพอ จึงจำเป็นที่จะต้องแบ่งงานก่อสร้างดังกล่าวบางส่วนให้แก่ผู้รับจ้างรายอื่น ๆ ต่ออีกทอดหนึ่ง เช่น นาย ก. ว่าจ้างนาย ข. ให้สร้างโรงแรมทั้งหมด 2 อาคาร นาย ข. จึงแบ่งงานให้นาย ค. ทำ โดยให้นาย ค. ทำงานก่อสร้างอาคารหนึ่งหลัง ดังนี้ นาย ข. ทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากนาย ก. และงานดังกล่าวก็มีช่างงานที่จะต้องใช้ความรู้ความสามารถของผู้รับจ้างเป็นการเฉพาะ

ส่วนผลของการรับจ้างช่วง แม้ว่าผู้รับจ้างจะสามารถแบ่งงานที่ตนมาไปให้ผู้รับจ้างช่วงทำได้ แต่ผู้รับจ้างก็ยังคงต้องรับผิดชอบหากเกิดความผิดใด ๆ จากผู้รับจ้างช่วง ตามความในวรรคท้ายของมาตรา 607 ซึ่งแตกต่างจากเรื่องของกรให้เช่าช่วงที่ทำให้ผู้เช่าช่วงจะต้องรับผิดชอบในราคาเช่าต่อผู้ให้เช่าเดิมโดยตรง เหตุที่เป็นเช่นนี้คงเนื่องมาจาก การที่ผู้รับจ้างสามารถที่จะแบ่งงานให้ผู้อื่นทำงานต่อตนเองอีกทอดหนึ่ง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ว่าจ้าง ดังนั้น กฎหมายจึงยอมที่จะคุ้มครองตัวผู้ว่าจ้างซึ่งไม่ได้รับรู้ถึงการให้จ้างช่วงแต่อย่างใดเลย หากมีความผิดใด ๆ เกิดขึ้นจากผู้รับจ้างช่วง ผู้ว่าจ้างย่อมไม่อาจทราบได้ว่าความผิดดังกล่าวเกิดจากผู้รับจ้างหรือผู้รับจ้างช่วง และไม่ทราบว่าผู้รับจ้างช่วงเป็นผู้ใด จึงจำเป็นที่จะต้องให้ผู้รับจ้างมีหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบแก่การที่ผู้รับจ้างช่วงทำแก่ผู้ว่าจ้าง ซึ่งต่างจากกรณีของการให้เช่าช่วง ที่จะเป็นการให้เช่าช่วงโดยชอบได้ก็ต่อเมื่อผู้ให้เช่าเดิมยินยอมด้วย จึงทำให้ผู้ให้เช่ายอมรับรู้ถึงการเข้ามาของผู้เช่าช่วงแล้ว

ด้วยผลของการรับจ้างช่วง ที่ทำให้ผู้รับจ้างยังคงต้องรับผิดชอบต่อผู้ว่าจ้างในความผิดของผู้รับจ้างช่วง จึงทำให้การรับช่วงมีลักษณะที่คล้ายการโอนสัญญา แต่ไม่ใช่การโอนสัญญา กล่าวคือ แม้ว่าผู้รับจ้างช่วงจะได้รับไปซึ่งสิทธิที่จะได้รับเงินจากการจ้างทำของ และมีหน้าที่ที่จะต้องทำของให้แก่ผู้ว่าจ้าง ซึ่งดูเสมือนว่าเป็นการรับเอาไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญา แต่ด้วยผลของการรับจ้างช่วงที่กฎหมายยังกำหนดให้ผู้รับจ้างยังต้องรับผิดชอบแก่ผู้ว่าจ้างอยู่ จึงไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของหลักการโอนสัญญาที่ผู้โอนต้องการหลุดพ้นจากสัญญาทั้งในส่วนของสิทธิและหน้าที่ด้วย

4.5.4 การโอนสัญญาด้วยเจตนาของคู่สัญญา

โดยหลักแล้วสัญญาจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อคู่สัญญามีเจตนาเสนอสนองที่ถูกต้องตรงกัน เพื่อที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์ต่อกัน ตามนิยามของนิติกรรมในมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันมีหลักว่า “ นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ” ดังนั้น การทำสัญญาจึงต้องเป็นการกระทำของบุคคล ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่ได้แสดงเจตนาของตนออกมา และยังต้องเป็นการทำสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

หลักกฎหมายในการทำสัญญาที่สำคัญ ก็คือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งความหมายของเสรีภาพในการทำสัญญานั้นมีอยู่ 2 ความหมายด้วยกัน ความหมายแรก คือ เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา อันหมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้น ดำเนินการต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา ส่วนความหมายที่สอง คือ เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว อันหมายถึง เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐได้รับรองถึงเสรีภาพของบุคคลที่เรียกว่าปัจเจกชนตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วรัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างอื่นไม่ได้¹¹⁵

อย่างไรก็ตาม แม้คู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาก็ตาม แต่เสรีภาพดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเพื่อมิให้การใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลต้องไปกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม¹¹⁶ เสรีภาพจึงอาจถูกจำกัดได้หลายทาง ซึ่งหนึ่งในนั้นคือต้องเป็นการทำสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 150 ถึง มาตรา 153 ทั้งนี้ ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะกรณีของการกระทำนิติกรรมโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 150 และการกระทำนิติกรรมโดยแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 151 เท่านั้น

มาตรา 150 บัญญัติว่า “ การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ ” ซึ่งกำหนดถึงการกระทำนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ 3 ประเภทด้วยกัน¹¹⁷ อันสรุปได้ดังนี้

1. การกระทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หมายถึง การกระทำนิติกรรมที่กฎหมายห้ามไว้ โดยอาจเป็นกรณีที่กฎหมายอาจบัญญัติห้ามมิให้กระทำไว้โดยชัดแจ้ง หรือเพียงบัญญัติไว้ว่าการกระทำอย่างไรใดเป็นความผิด ซึ่งจะต้องรับโทษอย่างหนึ่งอย่างใด
2. การกระทำนิติกรรมโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัย หมายถึง นิติกรรมใดที่มีวัตถุประสงค์ที่ก่อหนี้เป็นการพันวิสัยที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์นั้นได้
3. การกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึง การกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคมหรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ย่อมเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ ธรรมเนียมประเพณีของสังคม ซึ่งอาจเปลี่ยนไป

¹¹⁵ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 15, หน้า 265.

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 269.

¹¹⁷ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 20-77.

ตามยุคตามสมัยได้ ซึ่งการกระทำใดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คงต้องยึดถือตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐาน* เนื่องจากไม่มีคำจำกัดความไว้ในบทบัญญัติกฎหมาย

ส่วนมาตรา 151 ได้บัญญัติว่า “ การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ ” ซึ่งหมายความว่า การกระทำนิติกรรมโดยแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภทหนึ่ง อันมีผลทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ ซึ่งความยุ่งยากนั้นอยู่ที่การพิจารณาว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี โดยมีนัยกฎหมายบางท่าน¹¹⁸ให้ความเห็นไว้ว่า กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ กฎหมายอันเกี่ยวกับประโยชน์ทั่วไปของประชาชน และกฎหมายอันเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ กฎหมายอันเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณีของสังคม อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติกฎหมายไม่ได้กำหนดว่ากฎหมายฉบับใดมาตราใดถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงคงต้องดูตามแนววินิจฉัยของศาลฎีกาว่ากฎหมายใดบ้างที่ถือเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน** เช่นเดียวกับการกระทำนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบ ฯ ตามมาตรา 150 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ผลของการกระทำนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 150 และการกระทำนิติกรรมโดยแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะ

ดังนั้น หากกรณีเป็นว่าคู่สัญญาได้ตกลงกันให้โอนสิทธิหน้าที่ หรือโอนสัญญาไปยังบุคคลภายนอกกันจะสามารถทำได้มากน้อยเพียงใด โดยแบ่งกรณีการโอนสัญญาด้วยเจตนาของคู่สัญญาได้เป็น 2 กรณี ดังต่อไปนี้

* คำพิพากษาศาลฎีกาเป็นแบบอย่างสำหรับประกอบการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ได้เป็น 5 ข้อ คือ 1.คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการขัดขวางมิให้เป็นไปตามครรลองยุติธรรม 2.คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการซื้อขายความหรือยุงส่งเสริมให้เป็นความกัน 3.คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับทนายความแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท 4.คำพิพากษาเกี่ยวกับการห้ามประกอบการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ และ 5.คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องอื่น ๆ (ศักดิ์ สอนงชาติ 2551: หน้า 46).

¹¹⁸ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 74.

** แนววินิจฉัยของศาลฎีกากล่าวว่ากฎหมายดังต่อไปนี้เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนคือ 1.กฎหมายซึ่งบัญญัติว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา 2.กฎหมายคุ้มครองลูกจ้างคนงาน 3.กฎหมายคุ้มครองผู้ย่อนความสามารถ 4.กฎหมายคุ้มครองลูกหนี้ 5.กฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์และความมั่นคงของสถาบันครอบครัว 6.กฎหมายล้มละลาย 7.กฎหมายเกี่ยวกับอายุความ และ 8.กฎหมายควบคุมค่าเช่าในภาวะคับขัน (ศักดิ์ สอนงชาติ 2551: หน้า 76).

4.5.2.1 เจตนาให้โอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา

หากมีการทำสัญญากันสามฝ่ายโดยมีเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็นผู้รับโอน โดยบุคคลทั้งสามนั้นตกลงกันให้เจ้าหนี้โอนสัญญาของตนไปให้บุคคลภายนอก จะเกิดประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าหากเป็นการโอนสัญญา บุคคลทั้งสามจะสามารถตกลงด้วยความสมัครใจได้หรือไม่ แล้วผลทางกฎหมายจะเป็นเช่นไร ในเมื่อหลักการโอนสัญญานั้นไม่ได้ปรากฏชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือว่าจะต้องปรับใช้โดยหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องหรือการแปลงหนี้ใหม่

ผู้เขียนขอยกคำพิพากษาฎีกาที่ 890/2521 เป็นตัวอย่างดังนี้

“ จำเลยที่ 1 ทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์กับโจทก์แล้วผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อ จำเลยที่ 1 และผู้ร้องได้ตกลงโอนสิทธิการเช่าซื้อรถยนต์คันนั้น แม้โจทก์ยินยอมมอบแบบพิมพ์โอนสิทธิการเช่าซื้อให้จำเลยที่ 1 และผู้ร้อง พร้อมทั้งแนะนำให้ผู้ร้องเรียกคู่สัญญาเช่าซื้อจากจำเลยมาเก็บไว้ แต่การโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าซื้อเป็นของคู่สัญญาคือโจทก์จำเลยโดยเฉพาะ ผู้ร้องและจำเลยจะโอนให้แก่กันไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากโจทก์ หรือมิฉะนั้นผู้ร้องและจำเลยต้องทำสัญญากับโจทก์โดยตรง เพียงแต่โจทก์มอบแบบพิมพ์โอนการเช่าซื้อให้จำเลยและผู้ร้องจะถือว่าโจทก์ยินยอมเป็นหนังสือยังไม่ได้ ผู้ร้องจึงไม่มีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดีที่จะร้องสอดเข้ามาเป็นจำเลยร่วม ”

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น สรุปได้ว่า คู่สัญญาสามารถโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนไปยังบุคคลภายนอกได้ด้วย 2 วิธีคือ

- (1) ต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากคู่สัญญาเดิมในสัญญาต่างตอบแทนดังกล่าว หรือ
- (2) ผู้โอนและผู้รับโอนต้องมาทำสัญญากับคู่สัญญาเดิมกันใหม่

ซึ่งคำวินิจฉัยของคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวอาจถือได้ว่า คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาสามารถที่จะตกลงให้โอนสิทธิและหน้าที่ หรือโอนสัญญาด้วยความยินยอมสมัครใจกันได้ แต่ผลของความตกลงดังกล่าวจะเป็นเช่นไร คำพิพากษาฎีกาไม่ได้วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวไว้ ซึ่งถือเป็นข้อสังเกตอย่างหนึ่งที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

4.5.2.2 เจตนายกเว้นหลักกฎหมายการแปลงหนี้ใหม่

กรณีนี้เป็นกรณีที่สืบเนื่องจากประเด็นเรื่องเจตนาของคู่สัญญาที่จะโอนสัญญาต่างตอบแทนไปยังบุคคลภายนอก หากในข้อตกลงที่โอนสัญญากันนั้น มีการตกลงไม่ให้นำเรื่องการแปลงหนี้ใหม่มาใช้บังคับในข้อตกลงโอนสัญญานี้จะสามารถทำได้หรือไม่ จะถือว่าข้อตกลง

ดังกล่าวเป็นการตกลงให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมิจะได้วิเคราะห์ข้อสังเกตดังกล่าวในบทที่ 5 ต่อไป

4.5.5 เปรียบเทียบการโอนสัญญากับสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

การโอนสัญญา เป็นหลักกฎหมายที่ประสงค์จะให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญา สามารถที่จะโอนสัญญาที่ตนเป็นคู่สัญญาอยู่นั้นไปให้บุคคลภายนอกเข้ามาแทนที่ความเป็นคู่สัญญาแทนตนเองได้

ส่วนสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น เป็นสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นเพื่อให้บุคคลภายนอกเข้ามารับประโยชน์จากสัญญาดังกล่าวนั้น โดยสัญญาดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 2 ผลแห่งสัญญา มาตรา 374 ถึง 376

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอสรุปความหมายและหลักเกณฑ์ของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เพื่อที่จะได้เปรียบเทียบการโอนสัญญากับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกต่อไป โดยขอแบ่งออกเป็น 3 หัวข้อ อันได้แก่ (1) ลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก (2) ลักษณะของบุคคลภายนอกในสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก (3) ผลของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

(1) ลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

ตามมาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹⁹ ได้บัญญัติลักษณะทั่วไปของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ซึ่งสรุปได้ดังนี้

1. สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าตนจะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก ดังนั้น บุคคลภายนอกจึงมีสิทธิที่จะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้ได้โดยตรง

2. สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ต้องเป็นสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลภายนอกเท่านั้น คู่สัญญาจะทำสัญญาเพื่อก่อให้เกิดหนี้หรือความเสียหายแก่บุคคลภายนอกไม่ได้ เพราะโดยปกติแล้วสัญญาย่อมที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ที่ผูกพันกันระหว่างคู่สัญญา ไม่ได้มีผลผูกพันไปถึงบุคคลภายนอกด้วย แต่ต่อมาวิวัฒนาการของบ้านเมืองเติบโตมากขึ้น

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซ้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้

ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น.

ทำให้ผู้คนที่ต้องติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกมากขึ้น สัญญาที่ก่อความผูกพันเฉพาะคู่สัญญา ไม่อาจสนองความต้องการของบุคคลได้เสมอไป กฎหมายจึงยอมให้บุคคลทำสัญญาที่จะก่อผลผูกพันบุคคลภายนอกได้ แต่ก็ทำได้เพียงสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเท่านั้น เพราะบุคคลภายนอกไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงในสัญญาดังกล่าว¹²⁰

3. สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกอาจเป็นได้ทั้งเอกเทศสัญญา เช่น สัญญาประกันชีวิตซึ่งสามารถระบุให้บุคคลภายนอกเป็นผู้รับประโยชน์ได้ หรืออาจเป็นสัญญาไม่มีชื่อก็ได้ เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกถูกบัญญัติอยู่ในส่วนของผลของสัญญา ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไป ดังนั้น สัญญาใดที่คู่สัญญาทำขึ้นเพื่อให้บุคคลภายนอกเป็นผู้รับประโยชน์จากสัญญา ย่อมเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกทั้งสิ้น¹²¹ และสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกไม่มีบทกฎหมายใดบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย¹²²

4. การแสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์ในสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ไม่มีแบบพิธี เพียงแต่แสดงเจตนาให้ลูกหนี้ทราบถึงเจตนาที่จะเข้าถือเอา ก็เพียงพอแล้ว เช่น นาย ก. ตกลงให้นาย ข. ปลูกสร้างอาคารในที่ดินของนาย ก. และเมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาไม่อาจที่จะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลังได้ตามมาตรา 375 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกได้เกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งมาตราก่อนแล้ว คู่สัญญาหาอาจจะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลังได้ไม่”

อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกอาจทำได้ ได้แก่ 1.กรณีก่อนที่บุคคลภายนอกจะแสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญา คู่สัญญาอาจเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นได้ โดยตกลงกันทั้งสองฝ่าย 2.คู่สัญญาสงวนสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกโดยกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ในสัญญา ซึ่งกรณีนี้แม้บุคคลภายนอกจะเข้าถือเอาประโยชน์ในสัญญาแล้ว คู่สัญญาก็ยังมีสิทธิ

¹²⁰ คักดี สอนงชาติ, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 440-441.

¹²¹ เรื่องเดียวกัน.

¹²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3702/2545 หนังสือที่ ว. มีถึงจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ของ ว. มีข้อความว่า ว. ต้องการให้จำเลยจ่ายเงิน 2,112,450 บาท ให้โจทก์ โดยจำเลยจะต้องตรวจรับงานติดตั้งกระจกและอะลูมิเนียมเป็นที่เรียบร้อยแล้วหลังจากนั้นตัวแทนของจำเลยได้ตรวจรับงานดังกล่าวจากโจทก์และจำเลยจ่ายเงินให้โจทก์ไป 360,000 บาท กับทำบันทึกภายในบริษัทจำเลยยอมรับว่ายังค้างชำระหนี้แก่โจทก์เป็นเงิน 1,752,450 บาท หนังสือดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำเสนอ ส่วนการที่จำเลยตรวจรับมอบงานจากโจทก์ จ่ายเงินให้โจทก์ไปบางส่วนและทำบันทึกภายในยอมรับว่าค้างชำระหนี้แก่โจทก์ มีลักษณะเป็นคำสนองด้วยการแสดงเจตนาโดยปริยาย เกิดเป็นสัญญาระหว่าง ว. และจำเลยโดยให้จำเลยรับมอบงานติดตั้งกระจกและอะลูมิเนียมจากโจทก์และจ่ายเงินให้โจทก์แทน เนื่องจากจำเลยยังค้างชำระค่าที่ดินและอาคารที่ซื้อจาก ว. อยู่ สัญญาเช่นนี้มีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก โดยจำเลยจะชำระหนี้ให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 โจทก์จึงมีสิทธิเรียกให้จำเลยชำระหนี้แก่โจทก์โดยตรงได้ และสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกไม่มีบทกฎหมายใดบังคับให้ทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงไม่มีปัญหาว่ามีหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่าง ว. และโจทก์หรือไม่.

เปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกนั้นได้ หรือ 3.บุคคลภายนอกที่เข้าถือเอาประโยชน์แล้วเป็นคนตกลงยินยอมให้คู่สัญญาเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของตนเองได้¹²³

(2) ลักษณะของบุคคลภายนอกในสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

ตามมาตรา 374 บัญญัติว่า บุคคลภายนอกจะมีสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกแล้ว ต่อเมื่อได้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญา อย่างไรก็ตาม บุคคลภายนอกที่จะเข้ามาถือเอาประโยชน์ตามสัญญาจะต้องมีลักษณะสรุปได้ดังต่อไปนี้

1. ต้องไม่ใช่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นอยู่แล้ว และต้องไม่ใช่ทายาทหรือผู้สืบสิทธิจากคู่สัญญา¹²⁴

2. จะมีตัวตนอยู่ในขณะที่ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกหรือไม่ก็ได้ เช่น ตกลงกันว่าถ้ามีคนมาเช่าตึกแถวแล้วจ่ายเงินช่วยค่าก่อสร้าง ผู้ให้เช่าจะต้องจดทะเบียนการเช่าให้ หรือกำหนดให้บริษัทที่จะก่อตั้งขึ้นในอนาคตเป็นผู้รับประโยชน์ หรือบุตรในครรภ์ของหญิงซึ่งกำหนดไว้ เป็นต้น¹²⁵

3. คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องระบุกำหนดตัวบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ว่าเป็นตัวบุคคลหรือนิติบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง¹²⁶ ดังนั้น สัญญาที่จะระบุชื่อคู่สัญญาในภายหน้าก็ถือว่าเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเช่นเดียวกัน

¹²³ ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 446-447.

¹²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 441.

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 442.

¹²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 277/2551 ผู้ที่ใช้สิทธิเลิกสัญญาได้นั้นจะต้องเป็นผู้มีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มิใช่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ เมื่อพิจารณาสัญญาจะคืนที่ดินแล้ว ไม่มีข้อความตอนใดเลยที่ระบุข้อตกลงระหว่างโจทก์ที่ 1 กับจำเลยว่าให้จำเลยมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หากธนาคารปฏิเสธไม่อนุมัติวงเงินให้จำเลยตามที่จำเลยอ้าง จำเลยจึงไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา

สัญญาจะคืนที่ดินระหว่างโจทก์ที่ 1 กับจำเลยที่ตกลงให้จำเลยจะต้องโอนคืนที่ดิน 5 ไร่ เข้าบริษัทที่จะทำการสร้างโรงเรียน ส. เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตาม ป.พ. มาตรา 374 ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้คู่สัญญาต้องระบุกำหนดตัวบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ว่าเป็นตัวบุคคลหรือนิติบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงในขณะที่ทำสัญญา เพียงแต่ให้สิทธิบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์มีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้ ตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น การที่โจทก์ที่ 1 และจำเลยตกลงให้จำเลยจะต้องโอนคืนที่ดินเข้าบริษัทที่จะทำการสร้างโรงเรียน ส. มีผลบังคับได้ เมื่อต่อมาบริษัท ส. โจทก์ที่ 2 ได้ดำเนินการจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด และได้ทำหนังสือแจ้งให้จำเลยดำเนินการแบ่งแยกและจดทะเบียนโอนที่ดินคืนให้โจทก์ที่ 2 ตามสัญญาเป็นการแสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้นแล้ว โจทก์ที่ 2 จึงมีอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยโอนที่ดินตามสัญญาจะคืนที่ดิน.

(1) ผลของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงกันทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกแล้ว จะก่อให้เกิดผล ดังต่อไปนี้

1. เมื่อสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอกเกิดขึ้น และบุคคลภายนอกได้แสดงตนเข้าถือเอาประโยชน์ในสัญญานั้นแล้ว บุคคลภายนอกย่อมมีสิทธิที่จะเรียกชำระหนี้ได้จากลูกหนี้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยสิทธิของคู่สัญญาเลย ตามมาตรา 374 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2. เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาไม่อาจที่จะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกได้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น
3. ถ้าลูกหนี้มีข้อต่อสู้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งประการใด ก็ย่อมจะยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้เช่นเดียวกัน ตามมาตรา 376 อันมีหลักว่า “ข้อต่อสู้อันเกิดแต่มูลสัญญาดังกล่าวมาในมาตรา 374 นั้น ลูกหนี้อาจยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้จะได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น” แต่ข้อต่อสู้ดังกล่าวจำกัดว่าจะต้องเป็นข้อต่อสู้อันเกิดจากมูลสัญญาหรือการก่อสัญญานั้น เช่น ลูกหนี้แสดงเจตนาทำสัญญาด้วยถูกกลฉ้อฉล ย่อมจะยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้เหมือนกับต่อสู้กับคู่สัญญาเดิม แต่ถ้าเป็นข้อต่อสู้หลังจากสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเกิดขึ้นแล้ว ย่อมไม่มีสิทธิยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้¹²⁷

4.5.6 คำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับการโอนสัญญา

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า เรื่องของหลักการโอนสัญญายังไม่ได้ถูกบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ตามแนวคำพิพากษาที่ผู้เขียนได้ศึกษารวบรวมมานั้น เป็นแนวคำพิพากษาที่ไม่รับรองหลักการโอนสัญญา แต่กลับนำเอาหลักการโอนสิทธิเรียกร้องและหลักการแปลงหนี้ใหม่มาประยุกต์ใช้ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นตัวบทกฎหมายแล้ว ผู้เขียนจึงตั้งใจที่จะเสนอกลุ่มของแนวคำพิพากษาที่ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับหลักการโอนสัญญา โดยแบ่งออกได้ ดังนี้

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับคู่สัญญาโอนเฉพาะสิทธิในสัญญาไม่ได้ต้องโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่

¹²⁷ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 447-448.

กลุ่มของแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในกลุ่มนี้¹²⁸ เป็นกลุ่มของคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่า คู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนนั้นจะโอนเฉพาะสิทธิตามสัญญาต่างตอบแทนไปยังบุคคลภายนอกไม่ได้ เพราะสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาต่างเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน จึงจะโอนเฉพาะสิทธิตามหลักเกณฑ์ในการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ ต้องทำเป็นแปลงหนี้ใหม่

ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2472-2474/2519 “ หนี้ที่เกิดจากสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนนั้นฐานะของคู่สัญญามีได้เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ฝ่ายเดียวแต่ละฝ่ายต่างมี 2 ฐานะคือเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอื่นต่อไปนั้น จะใช้วิธีการแบบโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 หาได้ไม่เมื่อจำเลยได้ทำสัญญาจะขายที่ดินให้แก่มารดาโจทก์แต่ละสำนวนและมารดาโจทก์แต่ละสำนวนได้โอนสิทธิให้โจทก์กรณีเป็นเรื่องแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ลูกหนี้ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 350 คือจะต้องทำสัญญาต่อกัน ซึ่งบางกรณีต้องทำเป็นหนังสือด้วยและต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้ซึ่งหมายความว่าทั้งลูกหนี้เจ้าหนี้ต้องยินยอมต่อนั้นนั่นเองหาใช่เพียงแต่แจ้งการโอนให้ลูกหนี้ทราบก็เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ได้ไม่ เมื่อฟังไม่ได้ว่าโจทก์จำเลยได้มีการทำสัญญากันใหม่ หนี้ใหม่ก็ไม่เกิดขึ้น โจทก์จึงไม่มีนิติสัมพันธ์กับจำเลยแต่อย่างใด และไม่เกิดอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยโอนที่พิพาทให้โจทก์ได้ ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1731/2521 “ สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่พิพาทกำหนดให้ผู้จะซื้อทำการไถ่ถอนจำนองที่ดินพิพาทจากธนาคารเป็นเงิน 4,500,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แล้วผู้จะซื้อต้องลงทุนปลูกตึกแถวอาคารพาณิชย์บนที่ดินที่จะซื้อเพื่อตัดขายทั้งที่ดินและตึกแถว เมื่อขายได้แล้วจึงจะชำระราคาที่ดินพิพาททั้งระบุด้วยว่าผู้จะซื้อต้องชำระหนี้ที่ผู้จะขายเป็นหนี้บุคคลภายนอกอยู่อีกจำนวนหนึ่ง สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาต่างตอบแทนกันยิ่งกว่าสัญญาจะซื้อจะขายกันธรรมดา ฐานะของผู้จะซื้อและผู้จะขายเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน

หลังจากทำสัญญาจะซื้อจะขายที่พิพาทวันเดียว ผู้จะซื้อก็ทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาทกับบุคคลภายนอก ตกกลงกันให้บุคคลภายนอกชำระเงินค่าที่ดินพิพาทแก่ผู้จะซื้อ (กำหนดราคาไว้สูงกว่าที่ผู้จะซื้อตกลงไว้กับผู้จะขาย) บุคคลภายนอกยอมรับว่าสัญญาที่ทำกับผู้จะซื้อเป็นการซื้อขายสิทธิกันสัญญาระหว่างบุคคลภายนอกกับผู้จะซื้อจึงไม่ใช่การซื้อขายที่ดินพิพาทกันโดยตรง มีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 เพราะผู้จะซื้อเป็นลูกหนี้ผู้จะขายอยู่ แต่จะโอนสิทธิเรียกร้องของตนให้บุคคลอื่นต่อไปโดยใช้วิธีการโอนแบบโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาไม่ได้ กรณีนี้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ซึ่งจะต้องมีการทำสัญญากันระหว่างเจ้าหนี้คือผู้จะขายกับลูกหนี้คนใหม่คือบุคคลภายนอกเมื่อบุคคลภายนอกกับผู้จะขายไม่ได้ทำสัญญากันใหม่ หนี้ใหม่ก็ไม่เกิด บุคคลภายนอกไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้จะขาย บุคคลภายนอกจะฟ้องบังคับให้ผู้จะขายส่งมอบที่ดินให้ผู้จะขายเพื่อปลูกสร้างอาคารไม่ได้ ”

¹²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2472-2474/2519, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1731/2521 และหมายเหตุท้ายฎีกาที่ 2331/2522, 3533/2525, 1490/2538.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3533/2525 “ จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินแก่ ช. เพื่อนำไปแบ่งเป็นแปลงย่อยจัดสรรให้เช่าซื้อ เมื่อผู้เช่าซื้อรายใดชำระค่าเช่าซื้อครบแล้ว ช. ก็ให้จำเลยโอนที่ดินให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น ต่อมาจำเลยแจ้งให้ผู้เช่าซื้อมาชำระเงินและทำสัญญาเช่าซื้อใหม่กับจำเลยโดยตรงหลังจากนั้น ช. โอนสิทธิของตนแก่โจทก์ เมื่อข้อตกลงตามสัญญาระหว่างจำเลยกับ ช. มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนการที่ ช. โอนสิทธิของตนแก่โจทก์ จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่เมื่อโจทก์และจำเลยซึ่งต่างอยู่ในฐานะที่เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่มิได้ทำสัญญากันขึ้นใหม่หนี้ใหม่ระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงยังไม่เกิดขึ้นและไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาที่ตนรับโอนมา ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1490/2538 “ สัญญาจะซื้อขายระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 3 เป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้จะซื้อเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ ผู้จะซื้อจะโอนสิทธิของตนตามบทบัญญัติของการโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาไม่ได้ ต้องทำเป็นแปลงหนี้ใหม่ มีผู้จะขายเข้ามาเป็นคู่สัญญากับผู้รับโอนด้วย ผู้รับโอนจึงจะมีสิทธิฟ้องบังคับผู้จะขายได้ เมื่อไม่มีการแปลงหนี้ใหม่ โจทก์ผู้รับโอนสิทธิตามสัญญาจะซื้อขายจากจำเลยที่ 1 ก็ไม่อาจฟ้องบังคับจำเลยที่ 3 ผู้จะขายได้ เพราะไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน เมื่อโจทก์ผู้รับโอนไม่อาจฟ้องจำเลยที่ 3 ผู้จะขายได้และจำเลยที่ 1 ก็มีได้มีชื่อเป็นเจ้าของที่ดินที่จะขอจดทะเบียนโอนที่ดินได้ จึงไม่อาจบังคับจำเลยที่ 1 ให้ร่วมกับจำเลยที่ 3 จดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่โจทก์ได้ ”

จากกลุ่มคำพิพากษาที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ดังนี้

1. หากเป็นสัญญาต่างตอบแทนแล้ว คู่สัญญาไม่มีสิทธิที่จะโอนเพียงสิทธิไปยังบุคคลภายนอกได้เลยหรือไม่ แต่กลับต้องโอนทั้งสัญญาหรือสิทธิและหน้าที่ไปทั้งหมด ก็เหมือนกับเป็นการยอมรับการโอนสัญญาหรือไม่

2. คู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนไม่อาจที่จะใช้หลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้กับการโอนสัญญาดังกล่าว แต่กลับต้องใช้เพียงหลักการแปลงหนี้ใหม่อย่างนั้นหรือ ซึ่งข้อสังเกตทั้งหลายนี้ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ข้อสังเกตดังกล่าวในบทที่ 5 ต่อไป

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมาข้างต้นจะเป็นแนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าไม่สามารถโอนเฉพาะสิทธิในสัญญาต่างตอบแทนได้ แต่แนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็ไม่ได้ถือเป็นแนวบรรทัดฐานเสียทีเดียว เนื่องจากคำพิพากษาศาลฎีกายังคงเปลี่ยนแปลงที่สลับไปมาในการยอมรับว่าให้โอนเฉพาะสิทธิในสัญญาต่างตอบแทนได้เช่นเดียวกันดังเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2046/2516 “ ผู้ซื้ออาจโอนสิทธิตามสัญญาจะซื้อขายที่ดินให้ผู้รับโอนได้ ตามบทบัญญัติมาตรา 303 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยไม่ต้องทำเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ที่ผู้ขายต้องเข้าเป็นคู่สัญญาด้วยตามมาตรา 350 เพราะสิทธิตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินโดยสภาพย่อมโอนกันได้ เนื่องจากไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 244/2529 “ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินระหว่างโจทก์ที่ 1 กับโจทก์ที่ 2 มีข้อความว่า ถ้าโจทก์ที่ 1 ไม่สามารถรับโอนที่ดินจากจำเลยได้เพราะสามีโจทก์ที่ 1 เป็นคนต่างด้าว ให้ถือว่าการซื้อขายตามสัญญานี้ เป็นเรื่องที่โจทก์ที่ 1 โอนสิทธิเรียกร้องที่มีต่อจำเลยในอันที่จะบังคับให้โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่โจทก์ที่ 2 และให้โจทก์ที่ 1 คงมีหน้าที่ชำระราคาที่ดินส่วนที่ยังติดค้างอยู่แก่จำเลยต่อไป ดังนี้ คงโอนเฉพาะสิทธิเรียกร้องของโจทก์ที่ 1 ตามสัญญาจะซื้อจะขายของโจทก์ที่ 1 กับจำเลย ให้แก่โจทก์ที่ 2 ส่วนหนี้ของโจทก์ที่ 1 ซึ่งจะต้องชำระราคาที่ดินส่วนที่เหลือให้แก่จำเลย ยังคงตกอยู่กับโจทก์ที่ 1 ตามเดิม โจทก์ที่ 1 ยังคงเป็นลูกหนี้ที่จะต้องชำระราคาที่ดินให้จำเลย และจำเลยก็ยังคงเป็นลูกหนี้ที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินอยู่ หากได้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้อื่นจะต้องมีการทำสัญญากันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ ตามมาตรา 350 ไม่เมื่อจำเลยเป็นผู้จัดสรรที่ดินขาย การทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาทคู่กรณีคงไม่มีเจตนาจะให้ผูกพันกันเป็นการเฉพาะตัว โจทก์ที่ 1 จึงมีสิทธิที่จะโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจะซื้อจะขายให้แก่โจทก์ที่ 2 ได้

แนวคำวินิจฉัยคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ต่างวินิจฉัยว่าการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนสามารถทำการโอนได้ เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาสามารถที่จะกระทำได้หากไม่เข้ากรณีข้อห้ามมิให้โอนตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 303 และมาตรา 304 คือ สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง คู่กรณีแสดงเจตนาห้ามโอนไว้ หรือสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายที่ศาลสั่งยึดไม่ได้

(2) คำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับการโอนทั้งสิทธิหน้าที่ในสัญญาด้วยการแปลงหนี้ใหม่

แนวคำพิพากษาศาลฎีกา¹²⁹ ในเรื่องดังกล่าวนั้น วินิจฉัยไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาต่างตอบแทนจะโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาต่างตอบแทนไปยังบุคคลภายนอกพร้อมกันได้โดยการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้พร้อมกัน

กลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวมีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1731/2521 “สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่พิพาทกำหนดให้ผู้จะซื้อทำการไถ่ถอนจำนองที่ดินพิพาทจากธนาคารเป็นเงิน 4,500,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แล้วผู้จะซื้อต้องลงทุนปลูกตึกแถวอาคารพาณิชย์บนที่ดินที่จะซื้อเพื่อตัดขายทั้งที่ดินและตึกแถว เมื่อขายได้แล้วจึงจะชำระราคาที่ดินพิพาททั้งระบุด้วยว่าผู้จะซื้อต้องชำระหนี้

¹²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1731/2521, 3533/2525, 1490/2538, 2618/2549.

ที่ผู้จะขายเป็นหนี้บุคคลภายนอกอยู่อีกจำนวนหนึ่ง สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาต่างตอบแทนกัน ยิ่งกว่าสัญญาจะซื้อจะขายกันธรรมดา ฐานะของผู้จะซื้อและผู้จะขายเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน

หลังจากทำสัญญาจะซื้อจะขายที่พิพาทวันเดียว ผู้จะซื้อก็ทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาทกับบุคคลภายนอก ตกกลงกันให้บุคคลภายนอกชำระเงินค่าที่ดินพิพาทแก่ผู้จะซื้อ (กำหนดราคาไว้สูงกว่าที่ผู้จะซื้อตกลงไว้กับผู้จะขาย) บุคคลภายนอกยอมรับว่าสัญญาที่ทำกับผู้จะซื้อเป็นการซื้อขายสิทธิกันสัญญาระหว่างบุคคลภายนอกกับผู้จะซื้อจึงไม่ใช่การซื้อขายที่ดินพิพาทกันโดยตรง มีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 เพราะผู้จะซื้อเป็นลูกหนี้ผู้จะขายอยู่ แต่จะโอนสิทธิเรียกร้องของตนให้บุคคลอื่นต่อไปโดยใช้วิธีการโอนแบบโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาไม่ได้ กรณีนี้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ซึ่งจะต้องมีการทำสัญญากันระหว่างเจ้าหนี้คือผู้จะขายกับลูกหนี้คนใหม่คือบุคคลภายนอกเมื่อบุคคลภายนอกกับผู้จะขายไม่ได้ทำสัญญากันใหม่หนี้ใหม่ก็ไม่เกิด บุคคลภายนอกไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้จะขาย บุคคลภายนอกจะฟ้องบังคับให้ผู้จะขายส่งมอบที่ดินให้ผู้จะขายเพื่อปลูกสร้างอาคารไม่ได้ ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3533/2525 “จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินแก่ ช. เพื่อนำไปแบ่งเป็นแปลงย่อยจัดสรรให้เช่าซื้อ เมื่อผู้เช่าซื้อรายใดชำระค่าเช่าซื้อครบแล้ว ช. ก็ให้จำเลยโอนที่ดินให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น ต่อมาจำเลยแจ้งให้ผู้เช่าซื้อมาชำระเงินและทำสัญญาเช่าซื้อใหม่กับจำเลยโดยตรงหลังจากนั้น ช. โอนสิทธิของตนแก่โจทก์ เมื่อข้อตกลงตามสัญญาระหว่างจำเลยกับ ช. มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนการที่ ช. โอนสิทธิของตนแก่โจทก์ จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่เมื่อโจทก์และจำเลย ซึ่งต่างอยู่ในฐานะที่เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่มิได้ทำสัญญากันขึ้นใหม่ หนี้ใหม่ระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงยังไม่เกิดขึ้นและไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาที่ตนรับโอนมา”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1490/2538 “สัญญาจะซื้อขายระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 3 เป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้จะซื้อเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ผู้จะซื้อจะโอนสิทธิของตนตามบทบัญญัติของการโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาไม่ได้ ต้องทำเป็นแปลงหนี้ใหม่ มีผู้จะขายเข้ามาเป็นคู่สัญญากับผู้รับโอนด้วย ผู้รับโอนจึงจะมีสิทธิฟ้องบังคับผู้จะขายได้ เมื่อไม่มีการแปลงหนี้ใหม่ โจทก์ผู้รับโอนสิทธิตามสัญญาจะซื้อขายจากจำเลยที่ 1 ก็ไม่อาจฟ้องบังคับจำเลยที่ 3 ผู้จะขายได้ เพราะไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน เมื่อโจทก์ผู้รับโอนไม่อาจฟ้องจำเลยที่ 3 ผู้จะขายได้และจำเลยที่ 1 ก็มิได้มีชื่อเป็นเจ้าของที่ดินที่จะขอจดทะเบียนโอนที่ดินได้ จึงไม่อาจบังคับจำเลยที่ 1 ให้ร่วมกับจำเลยที่ 3 จดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่โจทก์ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2618/2549 “ข้อตกลงตามสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 เป็นเรื่องที่จำเลยที่ 1 โอนสิทธิและหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายที่มีอยู่แก่โจทก์ให้แก่จำเลยที่ 2 มิใช่เป็นแต่เพียงโอนสิทธิเรียกร้องแก่โจทก์ให้จำเลยที่ 2 เท่านั้น กรณีมิใช่เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงไม่อาจนำ ป.พ.พ. มาตรา 306 มาใช้บังคับได้ แต่การ

ที่โจทก์กับจำเลยที่ 2 ได้ทำข้อตกลงกันต่อมาว่า โจทก์กับจำเลยที่ 2 ได้ทำสัญญาซื้อขายดินกันซึ่งเป็นดินแปลงเดียวกับที่จำเลยที่ 1 ทำสัญญาจะซื้อขายจากโจทก์ และจำเลยที่ 2 ได้ขุดดินของโจทก์ไปครบแล้ว จำเลยที่ 2 ยังชำระค่าดินให้แก่โจทก์ไม่ครบ ถือได้ว่าเป็นสัญญาระหว่างโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้กับจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นลูกหนี้คนใหม่ ย่อมมีผลเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ตามมาตรา 350 ซึ่งทำให้หนี้ระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 เป็นอันระงับสิ้นไปตามมาตรา 349 แล้ว โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องให้จำเลยที่ 1 รับผิดชอบตามสัญญาซื้อขายดิน”

จากคำวินิจฉัยของคำพิพากษาดังกล่าว ไม่ได้มีการพูดถึงหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาแต่อย่างใด แต่วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่ากรณีการทำข้อตกลงโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ไม่ใช่เรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่จะต้องเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อสังเกตต่อคำวินิจฉัย ดังนี้

1. คำพิพากษาดังกล่าวไม่ได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ไปให้บุคคลภายนอกจะต้องใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ ทั้งการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้หรือไม่
2. หากคู่สัญญาต้องการที่จะโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนไปยังบุคคลภายนอกด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ไปพร้อมๆ กันนั้น ผลในทางกฎหมายจะเป็นเช่นไร

(3) คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับคู่สัญญาโอนทั้งสิทธิหน้าที่ในสัญญาด้วยหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาไปยังบุคคลภายนอก ให้นำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ กล่าวคือ ให้คู่สัญญาฝ่ายที่จะโอนต้องบอกกล่าวการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่าฝ่ายผู้รับโอน ก็จะถือว่าการโอนสัญญาดังกล่าวสมบูรณ์มีผลบังคับต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว

ผู้เขียนจึงขอยกคำพิพากษานับย่อที่วินิจฉัยเช่นนั้น ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2409/2551

" การที่จำเลยที่ 1 ทำสัญญาขายโครงการ ก. ให้แก่จำเลยที่ 2 โดยในข้อ 7.2 มีข้อความว่า จำเลยที่ 2 ตกลงและยอมรับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่จำเลยที่ 1 มีต่อลูกค้าเฉพาะรายที่ได้จองหรือซื้อที่ดินและ/หรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในโครงการแต่ยังไม่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวนั้นจากจำเลยที่ 1 เป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง เมื่อโจทก์ซึ่งเป็นลูกค้าที่ซื้อที่ดินจากจำเลยที่ 1 แต่ยังไม่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ ได้ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่าง

จำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 แล้วมิได้โต้แย้งคัดค้าน ทั้งยังมีหนังสือให้จำเลยที่ 2 ชำระหนี้แก่โจทก์ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่โจทก์ทำกับจำเลยที่ 1 อีกด้วย จึงต้องถือว่าโจทก์ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 เป็นหนังสือและยอมให้จำเลยที่ 2 ผูกพันตนในอันที่จะปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินแทนจำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 2 จึงต้องรับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของจำเลยที่ 1 ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่มีต่อโจทก์แทนจำเลยที่ 1 โจทก์จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญากับจำเลยที่ 2 ได้ การที่โจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจะซื้อจะขายโดยไม่ยอมเข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินกับจำเลยที่ 2 เป็นการใช้สิทธิที่มีอยู่ตามปกติ หาเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเมื่อสัญญาจะซื้อจะขายเลิกกัน จำเลยที่ 2 มีหน้าที่ต้องคืนเงินที่จำเลยที่ 1 ได้รับพร้อมดอกเบี้ยแก่โจทก์นับแต่เวลาที่รับไว้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 391

เมื่อจำเลยที่ 2 ได้รับโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินแทนจำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินต่อโจทก์ ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฎีกา ศาลฎีกาก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ ”

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกาว่า การนำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้กับการโอนสัญญาต่างตอบแทนนั้น จะมีปัญหาในด้านการโอนหน้าที่หรือหนี้ของคู่สัญญาหรือไม่ เพราะหลักการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมใช้กับสิทธิเรียกร้องเท่านั้นหรือไม่ และรูปแบบของหลักการโอนสิทธิเรียกร้องจะมีผลอย่างไรหรือไม่กับการโอนสิทธิเรียกร้อง รวมทั้งการบอกกล่าวถึงการโอนที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้จะมีปัญหากับการโอนสัญญาหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 5 ต่อไป

บทที่ 5

บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาการโอนสัญญาตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้จะศึกษาเปรียบเทียบความแตกต่างของการโอนสัญญาของประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3 และปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยในปัจจุบัน ที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 4 โดยจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและแนวคำพิพากษาศาลสูงของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่ามีลักษณะเป็นอย่างไร พร้อมทั้งเปรียบเทียบกับประเทศไทยซึ่งไม่ได้มีหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทกฎหมายทั่วไป ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาไทยดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาอย่างไรบ้าง โดยจะศึกษาถึงประเด็นต่าง ๆ ในเรื่องความหมายของการโอนสัญญา วิธีการโอนสัญญา วัตถุประสงค์การโอนสัญญา เนื้อหาแห่งการโอนสัญญา แบบแห่งการโอนสัญญา และผลแห่งการโอนสัญญาตามลำดับ

ดังนั้น ในเนื้อหาของบทนี้ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างของการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประกอบกับคำพิพากษาศาลสูงของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญาของไทยในประเด็นที่กล่าวไว้ข้างต้น ดังนี้

5.1 ปัญหาความหมายของการโอนสัญญา

ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีตามที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีจะมีบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งอาจนำมาปรับใช้แก่การโอนสัญญาได้ เช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยก็ตาม อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลียังปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญา ตั้งแต่มาตรา 1406 ถึง มาตรา 1410 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนสัญญาหรือโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนไว้โดยตรง ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 1406 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ได้ให้ความหมายของการโอนสัญญาเอาไว้ว่า “การโอนสัญญา คือ การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะโอนความสัมพันธ์ทั้งในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ไปให้แก่บุคคลภายนอก โดยจะต้องยังไม่มี

การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมให้มีการโอนเช่นนั้นได้” ดังนั้น ความหมายของการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐอิตาลีจึงมีความชัดเจน และการโอนสัญญาย่อมเกิดขึ้นได้โดยฐานของกฎหมายที่รองรับไว้แล้ว

ฉะนั้น คู่สัญญาในการโอนสัญญาของประเทศสาธารณรัฐอิตาลีจึงมีด้วยกัน 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายผู้โอน ฝ่ายผู้รับโอนซึ่งเป็นบุคคลภายนอก และคู่สัญญาเดิม

ในส่วนของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยหลักกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสัญญาไว้เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี มีเพียงแต่หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องในมาตรา 1689 ถึง มาตรา 1701 และหลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ในมาตรา 1271 ถึง มาตรา 1281 เท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้การโอนสัญญาจะไม่ได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ประเด็นเรื่องการโอนสัญญานั้นมีการถกเถียงในเรื่องดังกล่าวในหมู่นักกฎหมายฝรั่งเศส ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 โดยต่างเห็นกันว่าการโอนสัญญานั้นย่อมมีขึ้นได้แม้ว่าจะไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาก็ตาม แต่จะจำกัดเฉพาะในกรณีของการโอนสัญญาต่างตอบแทน เท่านั้นที่จะมีการโอนสัญญากันได้ เนื่องจากหากเป็นสัญญาฝ่ายเดียวหรือสัญญาต่างตอบแทน ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการชำระหนี้ของตนเรียบร้อยแล้ว ก็จะเป็นเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องไป

ทั้งนี้ ความหมายของการโอนสัญญาสามารถสรุปได้จากคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (โปรดดูคำพิพากษาศาลสูง วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.1982 ในหัวข้อที่ 3.3.1.1) ได้ว่า การโอนสัญญา คือ การโอนสัญญาที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งอนุญาตให้คู่สัญญาเดิมสามารถเรียกร้องโดยตรงกับคู่สัญญาฝ่ายใหม่ที่เข้ามาเนื่องด้วยการโอนสัญญา เพื่อให้เข้าปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ตนได้ ดังนั้น แม้ว่าหลักการโอนสัญญาของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะไม่ได้มีความชัดเจนถึงหลักการ เนื่องจากไม่ได้มีหลักการโอนสัญญาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง เหมือนอย่างหลักการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีก็ตาม แต่ก็ถือว่าหลักการโอนสัญญานั้นอาจมีได้ เนื่องด้วยแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสต่างรับรองไว้

ส่วนในกรณีของประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญา คงมีแต่หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและหลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยก็ไม่ได้ปฏิเสธหลักการโอนสัญญาเสียทีเดียว ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ในหัวข้อ 4.5.3 การโอนสัญญาโดยกฎหมาย ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังมีบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญาไว้ในสัญญาเฉพาะบางเรื่องเท่านั้น ไม่ได้บัญญัติการโอนสัญญาไว้เป็นหลักการทั่วไป ได้แก่ การเช่าอสังหาริมทรัพย์ บริษัทจำกัด และยังมีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ต่างก็ยอมรับเรื่องการโอนสัญญาไว้เช่นเดียวกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ของประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยหลักการโอนสัญญาเป็นการทั่วไป แต่ก็ได้หมายความว่ากฎหมายไทยไม่ยอมรับการโอนสัญญาเสียทีเดียว

ส่วนจากที่ได้ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย ก็ไม่ปรากฏว่าคำพิพากษาศาลฎีกาจะมีแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักการโอนสัญญาไว้โดยตรงแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาบางกลุ่ม (โปรดดูหัวข้อ 4.5.6) ที่ปฏิเสธว่า หากเป็นสัญญาต่างตอบแทนแล้ว ผู้โอนไม่สามารถที่จะโอนเฉพาะสิทธิเรียกร้องได้ แต่จะต้องโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้น่าจะเป็นนัยสนับสนุนว่าการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนหรือการโอนสัญญาย่อมสามารถทำได้ ส่วนที่ว่าจะใช้หลักกฎหมายใดในการโอนนั้น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยยังไม่ได้กล่าวถึงหรือรับรองลักษณะหลักกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสัญญาแต่อย่างใด แต่กลับมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกา (โปรดดูหัวข้อ 4.5.6) วินิจฉัยไว้ว่า ให้นำเอาหลักการโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่มาปรับใช้แก่คดีซึ่งก่อให้เกิดปัญหาทั้งเรื่องวิธีการของการโอน แบบของการโอน และผลของการโอน ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และเปรียบเทียบต่อไปข้างหน้า

ดังนั้น ปัญหาในประเด็นเรื่องความหมายของการโอนสัญญาตามกฎหมายไทยจึงยังไม่มีคำตอบชัดเจนว่าการโอนสัญญาทำได้หรือไม่ และควรเป็นไปในแนวทางใดเหมือนอย่างประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ทั้งยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยที่ได้ให้การรับรองถึงความหมายและแนวทางของการโอนสัญญาไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งต่างจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ได้กล่าวถึงและให้การรับรองถึงหลักการโอนสัญญาไว้

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การที่กฎหมายไทยไม่ได้ให้การรับรองถึงความหมายและความมีอยู่ของหลักการโอนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยที่ไม่มีแนวบรรทัดฐานที่รับรองหลักการโอนสัญญา ย่อมส่งผลกระทบต่อการค้าและการดำเนินธุรกิจ ดังนี้

1. คู่สัญญาไม่อาจทราบได้แน่ชัดว่าสามารถที่จะทำการโอนสัญญาต่างตอบแทนได้หรือไม่อย่างไร เพราะหากกฎหมายมีความแน่ชัดถึงวิธีการในการทำสัญญา ย่อมเป็นการส่งเสริมให้ธุรกิจที่จะต้องมีการโอนสัญญาย่อมเกิดขึ้นได้และก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายด้วย เมื่อไม่ได้มีการรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแล้ว คู่สัญญาย่อมลังเลและไม่ต้องการที่จะทำสัญญาในรูปแบบนี้ และไม่เพียงแต่กฎหมายยังไม่ปรากฏในการรับรองลักษณะของหลักการโอนสัญญาแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกาก็ไม่ได้วินิจฉัยวางแนวบรรทัดฐานไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งมีผลสำคัญเนื่องจากบางกรณีแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยจะไม่ได้กล่าวถึงหลักการเกี่ยวกับการทำสัญญาใด ๆ ไว้ แต่แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของการทำสัญญาดังกล่าวไว้ การทำสัญญาดังกล่าวก็ย่อมถือได้ว่ามีผลทางกฎหมายได้ และคู่สัญญาต่างก็มั่นใจในการทำสัญญาดังกล่าวนั้น

2. หากคู่สัญญาได้ตกลงโอนสัญญาต่างตอบแทนไปแล้ว เมื่อเกิดการโต้แย้งสิทธิเกี่ยวกับสัญญาโอนดังกล่าวอันจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล สัญญาการโอนดังกล่าวอาจไม่มีผลในทางกฎหมายก็เป็นได้ หรืออาจส่งผลให้สัญญาการโอนมีผลบังคับในทางกฎหมายไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคู่สัญญา เนื่องจากศาลอาจเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญาที่จะนำมาปรับใช้ จึงต้องปรับใช้ด้วยหลักกฎหมายในเรื่องอื่น ๆ และยังไม่มีความพิพากษาศาลฎีกาไทยวางบรรทัดฐานเรื่องดังกล่าวไว้ว่าการโอนสัญญาจะต้องเป็นเช่นไร

ดังนั้น ปัญหาของความหมายของการโอนสัญญาตามกฎหมายไทยจึงไม่มีความชัดเจนอย่างเห็นได้ชัด ทั้งจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทย

5.2 ปัญหาวิธีการโอนสัญญา

ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี วิธีการในการโอนสัญญาปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี มาตรา 1406 ซึ่งกำหนดว่าการโอนสัญญานั้นนอกจากจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอนแล้ว ยังต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมอีกด้วย เนื่องจากคู่สัญญาเดิมนั้นมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ด้วยเช่นเดียวกัน เพราะสัญญาที่โอนไปเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีทั้งสิทธิและหน้าที่ จึงต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ (คู่สัญญาเดิม) ทั้งนี้ ความยินยอมของคู่สัญญาเดิมนั้นอาจให้ไว้ล่วงหน้าก็ได้ ซึ่งหากเป็นกรณีให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าแล้ว เมื่อมีการโอนสัญญาเกิดขึ้น ผู้รับโอนเพียงแต่บอกกล่าวข้อตกลงการโอนให้คู่สัญญาเดิมหทราบก็เพียงพอแล้ว ตามบทบัญญัติมาตรา 1407 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

ดังนั้น จึงถือได้ว่าวิธีการโอนสัญญาตามกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐอิตาลีมีระบุไว้อย่างชัดเจนถึงวิธีการในการโอนสัญญาแล้ว

ส่วนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้มีบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ดังนั้น วิธีการในการโอนสัญญาจึงไม่ได้กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่ง เหมือนอย่างประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (โปรดดูหัวข้อ 3.3.2) เกี่ยวกับวิธีการในการโอนสัญญาได้วินิจฉัยไว้ว่า หลักเรื่องการโอนสัญญานั้นต้องตกอยู่ภายใต้ความยินยอมของคู่สัญญาเดิม ทั้งนี้ ยังได้กำหนดว่าวิธีการให้ความยินยอมสามารถที่จะให้ความยินยอมในช่วงที่ทำสัญญาโอน หรือเป็นการให้ไว้ล่วงหน้าก็ได้ ในส่วนนี้วิธีการในการโอนสัญญาตามแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงมีความคล้ายคลึงกับวิธีการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี กล่าวคือ วิธีการของการโอนสัญญาจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม ไม่ใช่เพียงแต่ผู้โอนและผู้รับโอนตกลงยินยอมโอนสัญญากันเท่านั้น และความยินยอมของคู่สัญญาเดิมสามารถที่จะให้ได้ทั้งในขณะที่ทำการโอนสัญญาหรือจะให้ไว้ล่วงหน้าก็ได้

ทั้งนี้ ในส่วนของแนวความเห็นของนักกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ยังได้แบ่งวิธีการในการโอนสัญญาออกเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่ 1 : เป็นการโอนสัญญาโดยไม่ต้องนำหลักการอื่นมาใช้ประกอบ เพราะเห็นว่าการทำสัญญาโอนสัญญาเป็นการก่อให้เกิดการแทนที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วยบุคคลที่สาม โดยไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงตัวเนื้อหาของสัญญาที่โอน ซึ่งต่างกับหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่ถูกบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นกลับให้มีการทำสัญญากันขึ้นใหม่ ดังนั้น การทำสัญญาโอนจึงมีเงื่อนไขแค่เพียงว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิม ก็ถือเป็นการโอนสัญญาที่สมบูรณ์ใช้บังคับได้แล้ว

แนวทางที่ 2 : เป็นการโอนสัญญาโดยต้องนำหลักการมอบหมายแต่งตั้งให้ผู้อื่นชำระหนี้แทนตน (delegation) มาใช้บังคับ (โปรดดูมาตรา 1275 ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสในภาคผนวก ข) เพราะเห็นว่าการโอนสัญญากับหลักการมอบหมายแต่งตั้งให้ผู้อื่นเข้ามาชำระหนี้แทนตนนั้นมีลักษณะที่เหมือน ๆ กัน กล่าวคือ ทั้งการโอนสัญญาและการแต่งตั้งให้ผู้อื่นเข้ามาชำระหนี้แทนตนยังคงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของคู่สัญญาเดิม และไม่ทำให้สัญญาเดิมที่จะโอนนั้นต้องระงับสิ้นไป แต่หลักเรื่องการแต่งตั้งให้ผู้อื่นเข้ามาชำระหนี้แทนตนทำให้คู่สัญญาเดิมได้ประโยชน์ทั้งจากตัวผู้โอนและผู้รับโอน ซึ่งเป็นคู่สัญญาที่เข้ามาใหม่ด้วยผลของการโอนสัญญา ทั้งนี้ หากคู่สัญญาเดิมต้องการให้ผู้โอนหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ คู่สัญญาก็สามารถที่จะตกลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยตกลงที่จะปลดภาระหน้าที่ของผู้โอนได้ โดยในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าก่อให้เกิดข้อแตกต่างระหว่างการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้กับการโอนสัญญา เพราะโดยหลักแล้วผู้โอนสัญญาย่อมมีเจตนาที่จะหลุดพ้นจากสิทธิและหน้าที่ในสัญญาที่โอนไป ไม่ใช่ต้องการให้การหลุดพ้นขึ้นอยู่กับความยินยอมของคู่สัญญาเดิมที่จะต้องตกลงอย่างแข็งขันที่จะปลดหนี้ให้แก่ตนอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งจะทำให้การโอนสัญญาโดยการปรับใช้หลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ จะก่อให้เกิดความยินยอมถึง 2 ขั้นตอน คือ ความยินยอมของคู่สัญญาเดิมที่จะให้โอนสัญญา และความยินยอมของคู่สัญญาเดิมที่จะให้ผู้โอนหลุดพ้นจากสิทธิและหน้าที่ในสัญญาที่โอน

ส่วนวิธีการของหลักการมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) มีวิธีการ คือ จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้และบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งหากนำมาปรับใช้กับกรณีของการโอนสัญญา ซึ่งเป็นการโอนไปทั้งความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิมและคู่สัญญาใหม่ผู้รับโอนสัญญาด้วย ไม่เช่นนั้นจะไม่สมบูรณ์เป็นการโอนสัญญาโดยการนำหลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) มาปรับใช้ ดังนั้น วิธีการโอนสัญญาด้วยหลักการมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) ก็ไม่ต่างจากวิธีการของแนวทางที่ 1

ส่วนในประเทศไทยนั้น ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยลักษณะการโอนสัญญาอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เหมือนอย่างเช่นประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาก็ยังไม่เคยวางแนวบรรทัดฐาน

เกี่ยวกับหลักเรื่องการโอนสัญญาไว้เหมือนอย่างเช่นในคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส
ดังนั้น วิธีการในการโอนสัญญาโดยเฉพาะ จึงไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และ
คำพิพากษาศาลฎีกา

อย่างไรก็ตาม แม้คำพิพากษาศาลฎีกาจะไม่เคยวางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับวิธีการโอนสัญญา
ไว้โดยตรงก็ตาม แต่กลับปรากฏว่าแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วินิจฉัยให้นำหลักกฎหมายอื่นมาปรับ
ใช้แก้คดีตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 โดยแบ่งกลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 : การโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาด้วยการแปลงหนี้ใหม่ (โปรดดูคำพิพากษาศาล
ฎีกาที่ 1731/2521, 3533/2525, 1490/2538 ในบทที่ 4) ซึ่งกลุ่มคำพิพากษาในกลุ่มนี้ตัดสิน
ว่าคู่สัญญาจะโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนได้ด้วยการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้น คู่สัญญาจึง
ต้องปฏิบัติตามวิธีการในหลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ซึ่งกลุ่มของคำพิพากษาในกลุ่มนี้วินิจฉัยว่าจะต้องเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และ
ลูกหนี้พร้อมกัน และบางคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจะต้องใช้ในการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัว
ลูกหนี้ (โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2618/2549 ในบทที่ 4) เท่านั้น

และคำพิพากษาศาลฎีกาในกลุ่มนี้ ยังมีอีกแนวที่วินิจฉัยเช่นเดียวกันว่าการโอน
สิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนจะต้องโอนไปด้วยวิธีการแปลงหนี้ใหม่ แต่ให้เหตุผลการวินิจฉัย
ว่าเป็น เพราะสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน จึงจะโอนเฉพาะ
สิทธิในสัญญาต่างตอบแทนตามหลักเกณฑ์ในการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ ต้องทำเป็นแปลงหนี้ใหม่
โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ (โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2472-2474/2519, 1490/2538
ในบทที่ 4) ซึ่งดูเหมือนว่าคำพิพากษาศาลฎีกาในกลุ่มนี้จะวินิจฉัยไปในทางที่ว่า สัญญาต่างตอบแทน
ไม่สามารถที่จะโอนเฉพาะสิทธิเรียกร้องไปได้ แต่จะต้องโอนไปทั้งสัญญาเลยเสียทีเดียว

ทั้งนี้ วิธีการของการโอนสัญญาต่างตอบแทนโดยการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการ
เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้
ได้กำหนดให้นำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับ ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง
กำหนดว่า เมื่อเจ้าหนี้ได้ตกลงโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือให้บุคคลภายนอกหรือผู้รับโอนและบอก
กล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ เพียงเท่านี้การโอนสิทธิเรียกร้องก็สมบูรณ์แล้ว โดยไม่จำเป็นต้อง
ได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ เมื่อนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา ผู้โอนและผู้รับโอนจึงเพียงแต่ทำ
สัญญาการโอนเป็นหนังสือและบอกกล่าวการโอนไปยังคู่สัญญาเดิม โดยไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจาก
คู่สัญญาเดิม

ส่วนวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้น บทบัญญัติกฎหมาย
กำหนดเพียงว่าให้ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ ซึ่งจะทำได้โดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้
ก็ไม่ได้หมายความว่า การแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะทำได้ต่อเมื่อจะต้องได้รับความ
ยินยอมจากลูกหนี้เดิมด้วย เพียงแค่ลูกหนี้เดิมไม่ได้คัดค้านการแปลงหนี้ใหม่ไว้อย่างชัดแจ้ง
ก็ถือว่าไม่ขึ้นใจลูกหนี้แล้ว ดังนั้น เมื่อนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา คู่สัญญาเดิมที่อยู่ในฐานะ

เจ้าหน้าที่ของสัญญาต่างตอบแทนต้องมาตกลงทำสัญญากับผู้รับโอนซึ่งถือเป็นลูกหนี้คนใหม่ โดยไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้โอนซึ่งอยู่ในฐานะลูกหนี้คนเดิมของสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งถือว่าวิธีการนั้นแตกต่างจากวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

กลุ่มที่ 2 : การโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาด้วยหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง คำพิพากษาศาลฎีกา (โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2409/2551 ในบทที่ 4) นี้ได้ตัดสินว่าคู่สัญญาจะโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนได้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้น คู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามวิธีการของหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการโอนสิทธิเรียกร้องกำหนดแต่เพียงว่า ผู้โอนหรือผู้รับโอนเพียงแต่บอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวไปยังลูกหนี้ก็เพียงพอแล้ว โดยลูกหนี้จะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น เมื่อนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา ผู้โอนและผู้รับโอนจึงตกลงทำการโอนสัญญากันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม ก็สมบูรณ์มีผลใช้บังคับได้

ดังนั้น วิธีการของการโอนสัญญาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองกลุ่มแตกต่างจากวิธีการของการโอนสัญญาของประเทศสาธารณรัฐอิตาลีและฝรั่งเศสอย่างเห็นได้ชัด

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า วิธีการตามแนวทางของกลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยนั้นก่อให้เกิดปัญหา ดังต่อไปนี้

1. ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนของหลักการว่า การโอนสัญญานั้นควรที่จะใช้หลักกฎหมายใด ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้แก่การทำสัญญาโอนดังกล่าว เนื่องจากคำพิพากษาศาลฎีกายังคงไม่แน่นอน และยังไม่ได้ตัดสินไปในแนวทางเดียวกันอย่างชัดเจน เพราะแบบของการโอนและผลของการโอนของหลักกฎหมายทั้งสองนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และเปรียบเทียบต่อไป

2. วิธีการในการโอนสัญญาด้วยหลักการแปลงหนี้ใหม่และการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมีปัญหาตามแต่ละวิธีการดังนี้

2.1 หากใช้วิธีการของหลักการแปลงหนี้ใหม่ตามกลุ่มของคำพิพากษาศาลฎีกากลุ่มที่ 1 เนื่องจากการโอนสัญญาเป็นการโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า เป็นการโอนไปทั้งความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ไปให้แก่ผู้รับโอน ซึ่งจะทำให้ผู้รับโอนเข้ามาอยู่ในฐานะเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามสัญญาแทนผู้โอน เมื่อนำหลักการแปลงหนี้ใหม่มาปรับใช้ ก็คงจะต้องทำการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้

อีกทั้ง วิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้นำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาว่า การที่ผู้โอนและผู้รับโอนตกลงแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กันโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม เพราะผู้โอนและผู้รับโอนเพียงบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปตามวิธีการของการโอนสิทธิเรียกร้อง

มาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงเท่านี้การโอนสัญญา ก็มีผลใช้บังคับ โดยผู้เขียนเห็นว่าวิธีการดังกล่าวนี้ย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาเดิม เพราะแม้ว่าการแปลงหนี้ด้วยการ เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ คู่สัญญาเดิมจะอยู่ในฐานะลูกหนี้ก็ตาม แต่ต้องไม่ลืมว่าคู่สัญญาเดิมก็มีฐานะเป็น เจ้าหนี้ในสัญญาต่างตอบแทนอีกฐานะหนึ่งด้วย ซึ่งหากโอนสัญญากันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม จากคู่สัญญาเดิมที่มีฐานะเป็นเจ้าหนี้ด้วย ย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาเดิมอย่างมาก เพราะโดยหลัก ทั่วไป การเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้เสียก่อน เนื่องจากลูกหนี้คนใหม่นั้น อาจไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาให้สมประสงค์แก่เจ้าหนี้ได้ จึงต้องให้ เจ้าหนี้เป็นผู้พิจารณาอนุญาตถึงคุณสมบัติของลูกหนี้คนใหม่เสียก่อนที่จะเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในความเป็นจริงแล้ว บทบัญญัติว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดย เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ไม่สามารถตอบสนองถึงเจตนาของเจ้าหนี้คนใหม่ได้ เพราะการแปลงหนี้ใหม่โดย เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีวิธีการที่ไม่ต่างจากหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง จะต่างกันแค่ผลของการแปลงหนี้ ใหม่ที่ทำให้หนี้เดิมระงับ ซึ่งย่อมไม่มีเจ้าหนี้คนไหนที่จะต้องการให้หนี้เดิมระงับเพราะย่อมมีผลถึง สัญญาอุปกรณ์ก็ย่อมระงับไปด้วย เจ้าหนี้คนใหม่ทุกคนก็ต่างต้องการใช้หลักการโอนสิทธิเรียกร้อง เสียมากกว่า เมื่อนำมาปรับใช้แก่การโอนสัญญา ผู้รับโอนสัญญาก็ย่อมต้องการใช้หลักการโอนสิทธิ เรียกร้องมากกว่าหลักการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เพราะเจตนาของผู้โอนและผู้รับโอน สัญญา ย่อมไม่ต้องการให้ทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต้องระงับไป ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงปัญหาผล ของการโอนต่อไป ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีพบว่า บทบัญญัติว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่จะไม่มีประเภทของการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จะมีเพียง แปลงหนี้โดยเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้และเปลี่ยนตัวลูกหนี้เท่านั้น

ส่วนวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ก็กำหนดวิธีการแค่เพียงให้ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ นั่นก็คือ คู่สัญญา เดิมที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้มาตกลงทำสัญญากับบุคคลภายนอกผู้รับโอนที่จะเข้ามาเป็นลูกหนี้นั่นเอง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมอย่างแจ้งชัดจากผู้โอน (ลูกหนี้) ก็เป็นเรื่องที่แปลกที่เดียวที่ การโอนสัญญาโดยหลักแล้วจะต้องเริ่มจากเจตนาของผู้โอนและผู้รับโอนที่ประสงค์จะโอนสัญญากัน แต่หลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้กลับไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้โอน แต่กลับให้คู่สัญญาเดิมเป็นคู่สัญญาที่เข้ามาตกลงในการโอนสัญญาต่างตอบแทนกับผู้รับโอน

อีกทั้ง หากให้การแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้พร้อมกัน ย่อมเป็นเรื่องที่ขัดแย้งในวิธีการของหลักการทั้ง 2 เป็นอย่างมาก เพราะแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัว เจ้าหนี้กำหนดให้ผู้โอนและผู้รับโอนเป็นผู้ตกลงโอนสัญญากัน แต่แปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัว ลูกหนี้กลับกำหนดให้คู่สัญญาเดิมและผู้รับโอนเป็นผู้ตกลงโอนสัญญากัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า วิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ไม่ว่าจะใช้แบบเดียว กล่าวคือ ใช้เฉพาะการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เท่านั้น หรือเปลี่ยนตัวลูกหนี้เท่านั้น หรือวิธีการ ของการแปลงหนี้ใหม่แบบคู่ กล่าวคือ ใช้วิธีการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้

ไปพร้อม ๆ กัน ไม่ว่าจะ เป็นแบบไหนเมื่อนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา ย่อมถือได้ว่าไม่เหมาะสมทั้งสิ้น

2.2 หากใช้วิธีการของการโอนสิทธิเรียกร้องตามกลุ่มของคำพิพากษาศาลฎีกากลุ่มที่ 2 เมื่อนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา ก็คงมีปัญหาเช่นเดียวกับการนำหลักการแปลงหนี้ใหม่ด้วย เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มาปรับใช้ ด้วยเหตุที่ว่า ผู้โอนสามารถตกลงโอนสัญญากับผู้รับโอนได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมซึ่งมีฐานะทั้งที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ นั้น อาจไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาเดิมเท่าไรนัก เนื่องจากการโอนสัญญานั้นเป็นการโอนทั้งความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ไปด้วยกัน ก็เสมือนกับเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งหากคู่สัญญาเดิมที่เป็นเจ้าหนี้ไม่อาจทราบได้ว่าผู้โอนซึ่งเป็นลูกหนี้ของตน ได้โอนสัญญาดังกล่าวไปให้ผู้ใดแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าการโอนสิทธิตามกฎหมายลักษณะโอนสิทธิเรียกร้องทำกันได้ง่ายเกินไป โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมที่มีฐานะเป็นเจ้าหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งหากนำมาใช้กับการโอนหน้าที่ย่อมเป็นการเสียหายแก่คู่สัญญาเดิมหรือเจ้าหนี้ในสัญญาต่างตอบแทนดังกล่าว

ประกอบกับวิธีการของหลักการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะใช้กับการโอนสิทธิในสัญญาเท่านั้น ด้วยเหตุที่หลักกฎหมายดังกล่าวก็บอกอยู่ในตัวอยู่แล้วว่าใช้กับสิทธิเรียกร้อง และบทบัญญัติในหลักการดังกล่าวไม่มีส่วนไหนที่พูดถึงหนี้หรือหน้าที่เลย มีแต่กล่าวถึงสิทธิเรียกร้องที่โอนกันได้และโอนไม่ได้ ดังนั้น หากนำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ในการโอนสัญญาต่างตอบแทน ย่อมเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องอย่างเห็นได้ชัด

เมื่อพิจารณาถึงปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับการโอนสิทธิและหน้าที่หรือโอนสัญญาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาถือว่าไม่มีการที่ไม่เหมาะสมแก่การโอนสัญญา ซึ่งเมื่อเทียบกับวิธีการของประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และวิธีการตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว ถือว่าวิธีการของประเทศสาธารณรัฐอิตาลีกับฝรั่งเศสมีความเหมาะสมมากกว่า เพราะถือว่าการกำหนดให้การโอนสัญญาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมย่อมก่อให้เกิดความเป็นธรรมและถือว่าคุ้มครองความเป็นเจ้าหนี้ของคู่สัญญาเดิมในสัญญาต่างตอบแทนนั้นด้วย

ส่วนประเด็นเรื่องเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงกันโอนสัญญา และคู่สัญญายกเว้นหลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งประเด็นปัญหาเรื่องเจตนาของคู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่ายที่ตกลงกันให้โอนทั้งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาต่างตอบแทนไป ซึ่งได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกา (โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 890/2521 ในบทที่ 4) ว่าสามารถทำได้แต่จะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากคู่สัญญาเดิมหรือจะต้องให้ผู้รับโอนเข้ามาทำสัญญาใหม่กับคู่สัญญาเดิม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวที่ให้คู่สัญญาเดิมต้องให้ความยินยอมเป็นหนังสือถึงจะโอนได้นั้นถือว่าเป็นแนวทางที่ดีที่ไม่ได้ใช้การโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้ แต่การกำหนดให้ผู้รับโอนเข้ามาทำสัญญาใหม่กับคู่สัญญาเดิมก็เหมือนกับเป็นการนำหลักการแปลงหนี้ใหม่มาปรับใช้นั่นเอง ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากคู่สัญญา

ทั้ง 3 ฝ่าย อันได้แก่ ผู้โอน ผู้รับโอน และคู่สัญญาเดิมได้ตกลงยินยอมให้มีการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนแล้ว ซึ่งควรจะทำได้ตามเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เว้นแต่ว่าสภาพแห่งหนี้หรือสัญญานั้นจะไม่เปิดช่องให้โอนสัญญากันได้ เช่น เป็นสัญญาที่กำหนดเฉพาะคุณสมบัติของผู้โอนเท่านั้นที่จะเป็นคู่สัญญาได้ และสัญญาการโอนดังกล่าวนี้ก็ไม่ถือมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ซึ่งจะมีผลให้สัญญาโอนตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดกำหนดไว้ว่าห้ามมิให้มีการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงกันโอนสัญญายังสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ซึ่งมีความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังจะกล่าวเป็นกรณี ๆ ไป ดังนี้

กรณีของเจตนาของคู่สัญญา จะเป็นกรณีคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอนตกลงทำสัญญาโอนและเพียงได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมเท่านั้น ความยินยอมดังกล่าวนี้อาจให้ไว้ล่วงหน้าก็ได้

ส่วนอีกกรณีของเจตนาของคู่สัญญา จะเป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้โอน ผู้รับโอน และคู่สัญญาเดิมต่างเข้ามาตกลงโอนสัญญากันระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน โดยคู่สัญญาเดิมเข้ามาตกลงยินยอมด้วยในการทำสัญญาดังกล่าว ย่อมถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นการทำสัญญา 3 ฝ่าย ซึ่งกรณีตกลงกันทั้ง 3 ฝ่ายนี้จะมีความคล่องตัวน้อยกว่าการได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมในกรณีแรก เพราะบุคคลทั้ง 3 ฝ่ายจะต้องมาตกลงทำสัญญาพร้อมกัน และในความเป็นจริงแล้ว กรณีการทำสัญญา 3 ฝ่ายนี้จะไม่เกิดขึ้น เพราะคู่สัญญาฝ่ายผู้รับโอนกับคู่สัญญาเดี่ย่อมทำสัญญาฉบับใหม่ต่อกันเลยจะสะดวกกว่า ในทางตรงกันข้าม การตกลงกัน 3 ฝ่ายย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนว่าคู่สัญญาเดิมตกลงยินยอมด้วยในการโอนและยอมผูกพันกันในฐานะเป็นหนึ่งในคู่สัญญาด้วย แต่กรณีการให้ความยินยอมของคู่สัญญาเดิมอาจมีการเพิกถอนความยินยอมได้ หากว่าความยินยอมเช่นนั้นได้ให้ไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว

ส่วนประเด็นเรื่องการกำหนดยกเว้นหลักการแปลงหนี้ใหม่ไว้ในสัญญาโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน ผู้เขียนเห็นว่าการยกเว้นหลักกฎหมายดังกล่าวน่าที่จะทำได้ มีผลใช้บังคับได้ไม่ขัดต่อ มาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการแปลงหนี้ใหม่ไม่ใช่บทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะการแปลงหนี้ใหม่เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่เฉพาะตัวคู่สัญญาที่จะเข้าทำการแปลงหนี้เท่านั้น ไม่ได้มีผลประโยชน์เพื่อประชาชนทั่วไปอันจะถือว่าเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และไม่ถือเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมอันจะถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชน

5.3 ปัญหาวัตถุแห่งการโอนสัญญา

ในส่วนของประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ได้กำหนดถึงวัตถุแห่งการโอนสัญญาว่าเป็น สิทธิและหน้าที่ตามสัญญา กล่าวคือ สัญญาที่จะโอนไปได้นั้นต้องเป็นสัญญาที่มีหนี้ซึ่งกันและกัน หรือเรียกง่าย ๆ ว่าต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนนั่นเอง เนื่องจากหากเป็นสัญญาที่ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาสามารถโอนสิทธิได้ด้วยหลักการโอนสิทธิเรียกร้องและโอนหน้าที่หรือหนี้ได้ด้วยหลักการแปลงหนี้ใหม่ อยู่แล้ว แต่ถ้าหากเป็นการโอนสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาก็จะต้องใช้ปฏิบัติตามหลักเรื่องการโอนสัญญา ทั้งนี้ การโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลียังมีความแตกต่างจากหลักการโอนสิทธิเรียกร้องอีกประการคือ การโอนสัญญานั้นคู่สัญญาเดิมจะต้องให้ความยินยอมด้วยกับการโอน แต่การโอนสิทธิเรียกร้อง คู่สัญญาเดิมไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมในการโอนด้วยแต่อย่างใด อีกทั้ง สัญญาต่างตอบแทนที่จะโอนไปได้นั้นจะต้องยังไม่มี การปฏิบัติชำระหนี้ให้เสร็จสิ้น เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว สัญญาดังกล่าวก็คงไม่มีลักษณะที่เป็นต่างตอบแทนอีกต่อไป เช่น นาย ก. ผู้ซื้อได้ตกลงซื้อรถยนต์จากนาย ข. ผู้ขาย ซึ่งนาย ก. ไม่อาจโอนสัญญาซื้อขายไปยังนาย ค. ที่เป็นบุคคลภายนอกได้ หากว่านาย ข. ได้ส่งมอบรถยนต์ที่ซื้อขายให้แก่ นาย ก. เรียบร้อยแล้ว ถึงแม้ว่านาย ก. จะยังไม่ได้ชำระราคาสินค้าก็ตาม เพราะถือว่านาย ข. ได้ปฏิบัติการชำระหนี้คือส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อตามสัญญาซื้อขายเรียบร้อยแล้ว

ในส่วนของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส แนวความคิดของผู้พิพากษาประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกี่ยวกับหลักเรื่องการโอนสัญญานั้น เริ่มเกิดจากประเด็นข้อโต้เถียงที่ว่า การโอนสัญญาต่างตอบแทนนั้นจะสามารถโอนกันได้หรือไม่ ด้วยวิธีการใด เนื่องจากหากเป็นกรณีสัญญาไม่ต่างตอบแทน หรือสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการชำระหนี้ฝ่ายของตนเรียบร้อยแล้ว กรณีทั้ง 2 กรณีนี้จะเป็นเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องไปหากคู่สัญญาต้องการโอน ดังนั้น วัตถุแห่งการโอนสัญญาของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงมุ่งเน้นเฉพาะสัญญาต่างตอบแทนเท่านั้นที่ถือเป็นวัตถุแห่งการโอนสัญญาได้ ซึ่งวัตถุแห่งการโอนสัญญาจึงเหมือนกับประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

ในส่วนของประเทศไทย เนื่องจากไม่ปรากฏหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญา ฉะนั้นจึงไม่ปรากฏว่าวัตถุแห่งการโอนสัญญาคืออะไร อย่างไรก็ตาม ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการโอนสัญญาตามที่ได้กล่าวมาในบทที่ 4 นั้น ไม่ว่าจะ เป็นแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาที่ไม่ยอมให้มีการโอนเฉพาะสิทธิในสัญญาต่างตอบแทน หรือแนวบรรทัดฐานที่วินิจฉัยให้นำหลักการแปลงหนี้ใหม่หรือการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้แก่การโอนสัญญา ต่างก็เป็นคำพิพากษาที่เกี่ยวกับสัญญาในลักษณะที่เป็นสัญญาซึ่งคู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน หรือกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนเช่นเดียวกันกับวัตถุแห่งการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ทั้งนี้ ในส่วนของสัญญาต่างตอบแทนตามกฎหมายไทยนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 อันได้แก่ สัญญาต่างตอบแทนประเภทแท้ กับสัญญาต่างตอบแทนประเภทไม่แท้ ซึ่งสรุปความหมายสั้น ๆ ได้ดังนี้ สัญญาต่างตอบแทนประเภทแท้ คือ สัญญาที่คู่สัญญาต่างมีหน้าที่หรือหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ตอบแทนกันมาแต่เริ่มแรก โดยหนี้หรือหน้าที่นั้นมีความสำคัญขนาดเดียวกัน ส่วนสัญญาต่างตอบแทนประเภทไม่แท้ คือ สัญญาที่เริ่มแรกไม่เป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้เพียงเท่านั้น แล้วต่อมาในระหว่างปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้เกิดหนี้ขึ้นมา ซึ่งทำให้ฝ่ายลูกหนี้กลายเป็นเจ้าหนี้ขึ้นมาบ้าง

โดยสัญญาต่างตอบแทนที่จะมีผลทำให้คู่สัญญาสามารถที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตอบแทนได้ตามมาตรา 369 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนประเภทแท้เท่านั้น เพราะถือว่าคู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกันมาตั้งแต่เริ่มแรกที่ทำให้สัญญากัน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาต่างตอบแทนประเภทแท้เท่านั้นที่จะถือเป็นวัตถุประสงค์แห่งการโอนสัญญา เพราะถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งทำให้คู่สัญญาในฐานะเป็นเจ้าของและลูกหนี้ซึ่งกันและกันอย่างแท้จริง และหนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญาต่างต้องตอบแทนกันนั้นมีความสำคัญถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาสามารถที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ตอบแทนได้ หากว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ต่างตอบแทนบ้าง

ในประเด็นเรื่องสัญญาต่างตอบแทนนั้น ยังมีประเด็นปัญหาที่เป็นข้อถกเถียงของนักวิชาการ ผู้พิพากษา และคณาจารย์ทางกฎหมายทั้งหลาย จนในปัจจุบันก็ยังหาข้อสรุปไม่ได้ นั่นก็คือ ประเด็นเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนทำได้หรือไม่ โดยประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า การโอนสิทธิเรียกร้องจะทำได้ในสัญญาต่างตอบแทน แต่ถ้าหากคู่สัญญาต้องการโอนสิทธิในสัญญาต่างตอบแทนแล้ว คู่สัญญาจะต้องทำตามลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ โดยจะต้องโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน ในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้นี้ ผู้เขียนเห็นว่า หลักความคิดที่การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนไม่สามารถที่จะทำได้นั้น น่าจะเป็นการขัดต่อการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เพราะโดยหลักแล้ว บุคคลทุก ๆ คนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาและทำสัญญาตามเจตนาของตนอันเป็นหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเอง

ในการนี้ ผู้เขียนขอยกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2472-2474/2519 เขียนโดยท่านอาจารย์จิตติ ตังศภักดิ์ ซึ่งท่านอาจารย์ได้ให้ความเห็นไว้อย่างชัดเจนถึงประเด็นปัญหาดังกล่าวไว้ว่า

“ปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนนั้น ถ้าถือตามคำพิพากษานี้ก็ทำไม่ได้ แต่จะแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งเป็นคนละเรื่องกัน แต่การแปลงหนี้ใหม่เป็นการระงับหนี้เดิม มีหนี้ใหม่ขึ้นแทน ตามบทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตั้งแต่มาตรา 303 เป็นต้นไป หาได้มีข้อขัดข้องที่จะโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนไม่ได้แต่ประการใดไม่ ถ้าไม่ใช่หนี้เฉพาะตัวเจ้าหนี้

ที่สภาพไม่เปิดช่องให้โอนแล้ว ก็ไม่เห็นมีอะไรห้าม เหตุนี้ที่จะตั้งหลักว่าสัญญาต่างตอบแทนโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ นั้น เห็นจะเกินไปจากมาตรา 303”

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การโอนสิทธิในสัญญาต่างตอบแทนย่อมเกิดขึ้นได้เหมือนอย่างเช่นการโอนสิทธิในสัญญาไม่ต่างตอบแทน เพราะหากสิทธิเรียกร้องมิได้เข้าข้อยกเว้นห้ามโอนตามบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว ก็น่าที่จะโอนกันได้ตามเจตนาหรือความประสงค์ของคู่สัญญา ซึ่งถือว่าไม่เป็นการขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญา และยังไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายอีกด้วย

5.4 ปัญหาเนื้อหาแห่งการโอนสัญญา

ในส่วนของประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ตามหลักกฎหมายเรื่องการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี พบว่าเนื้อหาของการโอนสัญญานั้น จะต้องเป็นการโอนสัญญาทั้งสัญญาไปยังผู้รับโอน กล่าวคือ ต้องโอนข้อตกลงที่มีอยู่ในสัญญาทั้งหมดไปยังผู้รับโอน โดยไม่อาจโอนข้อสัญญาเพียงบางส่วนไปได้ เนื่องจากการโอนข้อสัญญาเพียงบางส่วนถือว่าเป็นเรื่องของการทำสัญญารับช่วง (sub-contract) ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 กล่าวคือ

สัญญารับช่วงเป็นสัญญาที่คู่สัญญายินยอมแบ่งแยกสัญญาเดิมของตนให้กับบุคคลฝ่ายที่สาม โดยอาจโอนสัญญาไปทั้งหมดหรือโอนเพียงข้อตกลงบางส่วนก็ได้ และผลของสัญญารับช่วงต้องขึ้นอยู่กับสัญญาเดิม ดังนั้น หากสัญญาเดิมเสียเปล่าในภายหลังหรือตกเป็นโมฆะ ย่อมส่งผลให้สัญญารับช่วงสิ้นผลด้วย

ส่วนการโอนสัญญา คู่สัญญาโอนไปทั้งสัญญาโดยไม่ได้แบ่งแยกสัญญาให้แก่ผู้รับโอน ฉะนั้นสัญญาที่โอนไปจึงไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งหรือขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาเดิมเหมือนอย่างสัญญารับช่วง เพราะผู้รับโอนย่อมรับไปซึ่งสัญญาเดิมนั้นทั้งหมด

ในส่วนของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น จากแนวคำพิพากษาของศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ได้วินิจฉัยเอาไว้เพียงว่าจะต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนเท่านั้นที่จะเป็นกรณีของการโอนสัญญาได้ เพราะหากไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทนแล้ว การโอนก็จะเป็นเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องหรือโอนหนี้ไปแทน ส่วนประเด็นที่ว่า เนื้อหาของการโอนสัญญานั้นจะสามารถโอนไปทั้งสัญญาหรือโอนไปเพียงข้อตกลงบางส่วนในสัญญาได้หรือไม่ ไม่ได้กล่าวไว้ชัดเจนนัก อย่างไรก็ตามมีบางคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (โปรดดูคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส Chambre civile 1 วันที่ 14 ธันวาคม 1982 ในบทที่ 3) ที่ได้วินิจฉัยไว้ว่า การโอนสิทธิเรียกร้องและหนี้ทั้งหมดนั้นเป็นการโอนสัญญา

ส่วนประเทศไทยนั้น ก็เช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ว่า ศาลฎีกาไทยไม่เคยมี คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องเนื้อหาแห่งการโอนสัญญาเช่นเดียว จึงก่อให้เกิดปัญหาขึ้นมาได้ว่า คู่สัญญาที่จะทำการโอนสัญญากันนั้น จะสามารถที่จะโอนเพียงข้อตกลงที่มีทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาหลัก ได้หรือไม่ อย่างไร

อย่างไรก็ตาม เรื่องการโอนสัญญาบางส่วนในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 นั้น ก็จะเป็นเรื่องของกรให้เช่าช่วงในหลักกฎหมายว่าด้วยการเช่าทรัพย์ และการรับเหมาช่วงในหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทั้งสองเรื่องนี้เป็นการยืนยันว่าการโอนสิทธิเพียงบางส่วนย่อมสามารถที่จะทำได้ ไม่จำเป็นที่ผู้โอนจะต้องโอนสิทธิเรียกร้องทั้งหมดไปให้แก่ผู้รับโอนเท่านั้น ผู้โอนสามารถที่จะเลือกโอนเพียงบางส่วน ของสิทธิทั้งหมดได้ หากว่าสภาพของสิทธิดังกล่าวสามารถที่จะโอนเพียงบางส่วนได้ ทั้งนี้ ผลของการให้เช่าช่วงหรือรับเหมาช่วงย่อมมีผลให้ผู้เช่าเดิมและผู้รับจ้างเดิมก็ยังคงเป็นผู้มีหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่าหรือผู้รับจ้างเดิมอยู่ แม้ว่าผู้เช่าเดิมจะได้โอนทรัพย์สินที่เช่าไปให้ผู้อื่นเช่าช่วงแล้วก็ตาม หรือผู้รับจ้างเดิมจะได้โอนสิทธิในการรับจ้างไปให้ผู้รับเหมารายอื่นให้ช่วยก่อสร้างแล้วก็ตาม จึงสรุปได้ว่า แม้ว่ากฎหมายบางเรื่องจะยินยอมให้มีการโอนสิทธิบางส่วนได้ก็ตาม แต่ผลของการโอนสิทธิบางส่วนไม่ได้ทำให้ผู้รับโอนสิทธิบางส่วนต่อมานั้นกลายเป็นคู่สัญญากับ คู่สัญญาเดิมโดยตรงทีเดียว แต่ผู้รับโอนกลายเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับผู้โอนเท่านั้น

ในประเด็นปัญหาส่วนนี้ ผู้เขียนจึงความเห็นเห็นว่า เนื้อหาแห่งการโอนสัญญานั้นควรที่จะต้องโอนทั้งสัญญาทุกข้อตกลงไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอน แต่ถ้าหากสัญญาใดมีข้อตกลงหลายข้อ โดยข้อตกลงทั้งหลายสามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ข้อตกลงเพียงบางข้อก็ย่อมสามารถโอนไปยังบุคคลภายนอกให้เข้ามาแทนที่คู่สัญญาเดิมได้เช่นกัน โดยมีข้อแม้ว่าข้อตกลงบางส่วนที่จะโอนจะต้องยังไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดปฏิบัติการชำระหนี้ตามข้อตกลงนั้น ส่วนการโอนสัญญาเพียงข้อตกลงใดข้อตกลงหนึ่งไปยังบุคคลภายนอก โดยข้อตกลงเพียงบางส่วนนั้นยังคงมีผลผูกพันกับข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาแล้ว ข้อตกลงเพียงบางส่วนเหล่านั้นย่อมไม่อาจโอนได้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. เหตุผลที่ว่า หากเป็นการโอนสัญญาเพียงบางส่วน ซึ่งสัญญาบางส่วนที่โอนไปนั้นยังคงมีผลผูกพันผู้โอน หรือมีผลผูกพันข้อตกลงข้ออื่น ๆ ในสัญญา ย่อมไม่สามารถที่จะโอนสิทธิและหน้าที่ไปเพียงบางส่วนได้ เพราะจะเป็นเรื่องของสัญญารับช่วงเท่านั้น อันมีกฎหมายบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเอาไว้แล้ว ซึ่งเป็นไปตามหลักการของการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศ สาธารณรัฐอิตาลีที่กำหนดให้การโอนสัญญาไม่อาจที่จะโอนเพียงบางส่วนได้ แต่กลับต้องโอนสิทธิและหน้าที่ หรือข้อตกลงทั้งหมดไป เพราะการโอนสัญญาบางส่วนเป็นเพียงสัญญารับช่วงเท่านั้น ทั้งนี้ หากให้คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนโอนเพียงสิทธิและหน้าที่ หรือข้อตกลงเพียงบางส่วนในกรณีเช่นนี้แล้ว อาจถือว่าเป็นการขัดกับเจตนาของหลักกฎหมายดังกล่าวก็เป็นได้ เพราะไม่อาจทำให้ผู้โอนหลุดพ้นจากสัญญาดังกล่าว เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญารับช่วงดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้โอนสัญญา รับช่วง ไม่ว่าจะเช่าช่วง หรือรับเหมาช่วง ยังคงต้องรับผิดชอบต่อคู่สัญญาเดิมอยู่ ไม่หลุดพ้นจากหน้าที่รับผิดชอบไป จึงไม่อาจพูดได้ว่าสัญญารับช่วงดังกล่าวเป็นการโอนสัญญา

2. เหตุผลที่ว่า หากเป็นการโอนสัญญาเพียงบางส่วน ซึ่งสัญญาบางส่วนที่จะโอนไปสามารถ แยกแยกออกจากกันได้โดยไม่มีผลผูกพันกับผู้โอน หรือไม่มีผลผูกพันกับข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญา ประกอบกับสัญญาบางส่วนที่จะโอนต้องยังไม่มี การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติการ ชำระหนี้จากคู่สัญญาเดิมหรือผู้โอนก็ตาม ย่อมสามารถที่จะโอนสิทธิและหน้าที่ไปเพียงบางส่วนได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดกับเจตนาของหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญา เพราะการโอนสัญญาเพียง บางส่วนในกรณีเช่นนี้ ย่อมทำให้ผู้โอนหลุดพ้นจากสัญญาบางส่วนดังกล่าว และผู้รับโอนเข้ามารับช่วง ทั้งสิทธิและหน้าที่แทนผู้รับโอน โดยผู้รับโอนไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อกคู่สัญญาเดิมเหมือนกับสัญญา รับช่วงดังที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่า การโอนสัญญาบางส่วนในกรณีเช่นนี้ที่สัญญา บางส่วนสามารถแยกออกมาจากสัญญาเดิมโดยไม่มีผลผูกพันใด ๆ ต่อผู้โอนหรือข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาเดิม และยังไม่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาบางส่วนแล้ว ย่อมไม่ต่างอะไรกับการโอน สัญญาทั้งฉบับหรือทุกข้อตกลงไปยังบุคคลภายนอกเลยก็ว่าได้ จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะห้ามไม่ให้ คู่สัญญาโอนสัญญาเพียงบางส่วนเช่นว่านี้

ยกตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างสร้างตึก 20 ชั้น โดยนาย ก. เป็นผู้ว่าจ้าง และนาย ข. เป็น ผู้รับจ้าง โดยมีข้อตกลงว่านาย ข. สามารถโอนสัญญาจ้างสร้างตึกบางชั้นให้แก่ผู้อื่นได้ โดยไม่จำเป็นต้อง ผูกพันรับผิดชอบต่อนาย ก. ในความผิดที่ผู้รับโอนสัญญาทำผิดต่อนาย ก. และสัญญาที่โอนไปเพียง บางส่วนไม่มีผลผูกพันต่อสัญญาเดิมด้วย ต่อมาเมื่อนาย ข. สร้างไปเพียง 10 ชั้น นาย ข. ไม่ต้องการ ที่จะสร้างต่อ จึงได้โอนสัญญาจ้างสร้างตึกตั้งแต่ชั้นที่ 11 ถึง 20 ให้แก่นาย ค. เช่นนี้ย่อมถือວ່านาย ค. ผู้รับโอนเข้ามาเป็นผู้รับจ้างสร้างตึกเพียง 10 ชั้นที่เหลือให้แก่นาย ก. คู่สัญญาเดิมได้

5.5 ปัญหาแบบแห่งการโอน

ในส่วนของหลักการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี การโอน สัญญาถือว่่าใช้บังคับต่อเมื่อฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอนแสดงความตกลงที่จะโอน และต้องได้รับความยินยอม จากคู่สัญญาฝ่ายเดิม ก็เพียงพอทำให้การโอนสัญญาสมบูรณ์แล้ว โดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องทำสัญญา การโอนเป็นหนังสือ หรือต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

ในส่วนของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส แบบของการโอนคงขึ้นอยู่กับแนวทางวิธีการใน การโอนสัญญาตามแนวคิดของนักกฎหมายและคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่ 1 ในกรณีที่การโอนสัญญาไม่ต้องนำหลักการอื่นมาใช้ประกอบนั้น คำนี้แต่ต้อง ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมเท่านั้น ที่จะมีผลทำให้การโอนสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ โดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องทำการโอนเป็นหนังสือ หรือต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ แนวทางแรกนี้ เหมือนกับการโอนสัญญาของประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

แนวทางที่ 2 ที่เห็นว่าจะต้องนำหลักการเรื่องการมอบหมายให้ผู้อื่นชำระหนี้แทนตน (Delegation) มาใช้บังคับนั้น ซึ่งหลักการมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติการชำระหนี้แทน (Delegation) มีเงื่อนไขอยู่ว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้หรือก็คือคู่สัญญาเดิมในการโอนสัญญานั้นเอง ส่วนว่าจะต้องทำเป็นหนังสือหรือไม่ไม่ได้กำหนดไว้ ซึ่งก็ค้ำึงเพียงว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมเหมือนอย่างแนวทางแรกเท่านั้นก็ทำให้การโอนสมบูรณ์ โดยไม่ต้องทำสัญญาการโอนเป็นหนังสือหรือต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แต่อย่างใด

ดังนั้น แนวทางวิธีการโอนทั้ง 2 แบบของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงไม่มีการกำหนดแบบของการโอนสัญญาไว้ เช่นเดียวกับการโอนสัญญาของประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

ในส่วนของประเทศไทย ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากลุ่มของแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ให้นำหลักการแปลงหนี้ใหม่มาใช้ในการโอนสัญญา กับกลุ่มที่ให้นำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้กับการโอนสัญญา ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาในด้านแบบของการโอน แบ่งเป็นกลุ่มของแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

กลุ่มที่ 1: การนำเอาการแปลงหนี้ใหม่มาบังคับใช้จะก่อให้เกิดปัญหา เพราะจะต้องทำตามวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ทั้งสองประเภท ซึ่งมีวิธีการที่แตกต่างกันตามที่ได้กล่าวมาแล้วในวิธีการการโอนสัญญา กล่าวคือ แปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องทำตามหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งหลักการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมีแบบแห่งการโอนไว้ในมาตรา 306 ที่กำหนดว่าการโอนหากไม่ทำเป็นหนังสือ การโอนนั้นจะไม่สมบูรณ์ และจะต้องบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือหรือได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เป็นหนังสือด้วย มิเช่นนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้ไม่ได้ ฉะนั้น กรณีของการโอนสัญญาซึ่งเป็นการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ ผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องตกลงทำสัญญาโอนกันเป็นหนังสือ และจะต้องบอกกล่าวการโอนหรือได้รับความเห็นชอบจากคู่สัญญาเดิมเป็นหนังสือด้วย มิเช่นนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับคู่สัญญาเดิมไม่ได้ และการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไว้ เพียงแต่กำหนดว่าให้ทำสัญญากันระหว่างคู่สัญญาเดิม (เจ้าหนี้) กับคู่สัญญาฝ่ายผู้รับโอน (ลูกหนี้คนใหม่) ก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องให้คู่สัญญาฝ่ายผู้โอน (ลูกหนี้คนเดิม) ต้องเข้ามาทำสัญญาโอนในกรณีนำหลักการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนลูกหนี้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หากนำการแปลงหนี้ใหม่มาใช้ในการโอนสัญญา จะมีปัญหาในเรื่องแบบแห่งการโอนสัญญา เพราะการแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ คู่สัญญาจะต้องทำตามแบบ มิเช่นนั้นการโอนจะไม่สมบูรณ์ แต่การแปลงหนี้โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องแบบเอาไว้ ซึ่งย่อมจะก่อให้เกิดผลที่ตามมาว่า หากคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในการโอนสัญญา ไม่ได้ปฏิบัติตามแบบของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้แล้ว ย่อมมีผลทำให้การโอนสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ แล้วการโอนสัญญาด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะสมบูรณ์หรือไม่ หรือต้องตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกับการโอนสัญญาในด้าน

ของการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เพราะสิทธิและหน้าที่ที่เจ้าหนี้ต้องโอนไปพร้อมกันตามความประสงค์ของคู่สัญญาและตามลักษณะของการโอนสัญญา ซึ่งหากสิทธิของความเป็นเจ้าหนี้ไม่โอนไปเนื่องจากการโอนสัญญาไม่ได้ทำตามแบบของแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้แล้ว หนี้หรือหน้าที่จะโอนไปเพียงมิติเดียวอย่างนั้นหรือ หากเป็นเช่นนั้นก็ย่อมไม่ถือว่าหนี้หรือหน้าที่ที่โอนไปนั้นเป็นลักษณะของการโอนสัญญา น่าจะถือว่าเป็นการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ในสัญญาต่างตอบแทนมากกว่า

กลุ่มที่ 2: การนำเอาหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้จะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องแบบ เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะต้องทำตามแบบ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนกับฝ่ายผู้รับโอน ซึ่งเปรียบได้กับเจ้าหนี้คนเดิมกับเจ้าหนี้คนใหม่กำลังโอนสิทธิเรียกร้องให้กัน โดยการโอนนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ มิเช่นนั้นการโอนจะไม่สมบูรณ์ แล้วการโอนในส่วนของหน้าที่หรือหนี้จะต้องเอาแบบในเรื่องการโอนสิทธินี้มาปรับใช้ว่า จะต้องให้คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนกับผู้รับโอน ซึ่งเปรียบเสมือนลูกหนี้คนเดิมและลูกหนี้คนใหม่ มาทำสัญญาโอนเป็นหนังสือตามแบบในส่วนของการโอนหน้าที่ หนี้ หรือ ความเป็นลูกหนี้ด้วย

นอกจากนี้ การโอนสิทธิเรียกร้อง กฎหมายยังกำหนดให้ต้องบอกกล่าวการโอนหรือได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม ซึ่งถูกมองในฐานะที่เป็นลูกหนี้ของการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยการบอกกล่าวและความยินยอมนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ มิเช่นนั้นจะยกการโอนสัญญาขึ้นเป็นข้อต่อสู้คู่สัญญาเดิมหรือบุคคลภายนอกไม่ได้ หากไม่มีการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาเดิมแล้ว ย่อมเท่ากับว่าการโอนสัญญาแทบจะไม่มีผลบังคับได้เลย เพราะความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้นั้นถูกรวมกันอยู่ในการโอนเพียงครั้งเดียวด้วยหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องบอกกล่าวก็เพื่อให้ลูกหนี้ได้รับรู้หรือรับทราบว่ นับแต่เมื่อได้บอกกล่าวเป็นหนังสือแล้ว ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องจะกล่าวเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ของลูกหนี้นั่นเอง

ในความคิดเห็นของผู้เขียนเกี่ยวกับเรื่องแบบของการโอน ผู้เขียนเห็นว่า การโอนสัญญานั้นไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดเรื่องแบบเอาไว้ เหมือนอย่างการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะว่าตามที่กล่าวมาในเรื่องของวิธีการในการโอนสัญญาแล้วว่า ควรที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม การโอนสัญญาจึงจะสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ ก็คงเป็นการเพียงพอแล้ว โดยไม่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดอีก เนื่องจากคู่สัญญาเดิมย่อมรับรู้ว่ บุคคลภายนอกหรือผู้รับโอนกำลังจะกลายมาเป็นเจ้าหนี้ และลูกหนี้คนใหม่ของตนแทนผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้คนเดิมของตนแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องทำตามแบบเหมือนอย่างเช่นการโอนสิทธิเรียกร้อง

5.6 ปัญหาผลของการโอน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ได้กำหนดผลของการโอนสัญญาไว้ตั้งแต่มาตรา 1408 ถึง มาตรา 1410 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 โดยผลปกติของการโอนสัญญาย่อมจะทำให้สัญญานั้นถูกโอนไปยังผู้รับโอน ซึ่งมีผลทำให้ผู้รับโอนเข้ามาแทนที่ผู้โอนต่อคู่สัญญาเดิม

ทั้งในส่วนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าว กล่าวคือ ผู้รับโอนเข้ามาสวมสิทธิทั้งความเป็นเจ้าหนี้ และลูกหนี้ในสัญญาที่รับโอนมานั้น ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลียังได้ กำหนดผลของการโอนออกเป็น 3 ประเภท สรุปได้ดังนี้

(1) ผลระหว่างผู้โอนกับคู่สัญญาเดิม

หลัก : ผู้โอนหลุดพ้นจากหน้าที่หรือหนี้ที่ตนมีต่อคู่สัญญาเดิม และไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ต่อการไม่ชำระหนี้ของผู้รับโอนในอนาคต

ข้อยกเว้น : เว้นแต่ผู้โอนกับคู่สัญญาเดิมได้ตกลงกันอย่างชัดแจ้งว่าผู้โอนยังต้องรับผิดชอบในการที่ผู้รับโอนไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

(2) ผลระหว่างคู่สัญญาเดิมกับผู้รับโอน

หลัก : คู่สัญญาเดิมยังคงมีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ที่มีอยู่ตามข้อสัญญาขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้

ข้อยกเว้น : เว้นแต่เป็นข้อต่อสู้ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์เฉพาะตัวระหว่างคู่สัญญาเดิมกับผู้โอน

ข้อยกเว้นของข้อยกเว้น : คู่สัญญาเดิมได้สงวนสิทธิข้อต่อสู้ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์เฉพาะตัวดังกล่าวไว้ในขณะที่ตนเองตกลงยินยอมด้วยการโอน

(3) ผลระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน

หลัก : ผู้โอนต้องรับประกันถึงความมีอยู่ของสัญญาที่โอนให้แก่ผู้รับโอน

ในส่วนของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผลของการโอนสัญญาจะเป็นเช่นไร คงต้องขึ้นอยู่กับแนวความคิดของนักกฎหมายและคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่เห็นว่าวิธีการโอนสัญญานั้นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ซึ่งผลของทั้ง 2 แนวทางจะมีผลที่คล้ายคลึงหรือแตกต่างกัน ดังนี้

แนวทางแรกที่ว่า การโอนสัญญาไม่ต้องนำหลักการอื่นมาปรับใช้ : มีผลทำให้ผู้รับโอนสัญญา กลายเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายเดิมแต่เพียงผู้เดียว และผู้โอนหลุดพ้นจากหน้าที่ตนผูกพัน ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาที่โอนไปแล้วนั้น

ส่วนแนวทางที่สองที่ว่า การโอนสัญญาต้องนำหลักการเรื่องการมอบหมายแต่งตั้งให้ผู้อื่น เข้ามาชำระหนี้แทน (Delegation) นั้น : จะมีผลเป็นไปตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1275 ถือว่าการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation) ไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่ ฉะนั้น จึงมีผลทำให้หนี้เดิมไม่ระงับ และลูกหนี้เดิมก็ไม่หลุดพ้นจากภาระหนี้ เมื่อนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา จึงมีผลให้สัญญาที่โอนไปนั้นไม่ระงับไป ยังคงมีผลบังคับและโอน

ไปยังผู้รับโอนสัญญา จึงถือว่าผลของหลักการดังกล่าวยังคงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของผู้สัญญาเดิมที่ทั้งหนี้ประธานและหนี้อุปกรณ์ต่างไม่ระงับไป เพราะการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ทำให้หนี้ระงับ และแม้ว่าสัญญาจะโอนไปยังผู้รับโอนก็ตาม แต่คู่สัญญาฝ่ายผู้โอนก็ไม่หลุดพ้นจากภาระหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าว จึงทำให้คู่สัญญาเดิมได้รับประโยชน์มากขึ้น กล่าวคือ ผู้โอนและผู้รับโอนต่างต้องผูกพันรับผิดชอบในภาระหน้าที่ต่อตนทั้งสิ้น ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าแม้ว่าการนำหลักการมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติการชำระหนี้แทน (Delegation) จะมีความคล้ายคลึงกับการโอนสัญญาที่เป็นกรกระทำที่เกี่ยวข้องกับบุคคลทั้ง 3 ฝ่ายก็ตาม แต่ผลของการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ได้ทำให้ผู้โอนหลุดพ้นจากความผูกพันในสัญญา ซึ่งขัดกับลักษณะของการโอนสัญญาที่ผู้โอนต้องการที่จะโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาที่ตนผูกพันอยู่ไปให้แก่ผู้อื่น โดยมีผลทำให้ตนเองหลุดพ้นทั้งจากความเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ในสัญญานั้นนั่นเอง ดังนั้น ด้วยผลของการโอนสัญญาดังกล่าวนี้จึงไม่เหมาะสมหากนำมาใช้แก่การโอนสัญญา

ในส่วนของประเทศไทย ตามที่กล่าวมาแล้วว่าแนวคำพิพากษาของไทยมี 2 กลุ่มในการวินิจฉัยให้นำหลักกฎหมายแปลงหนี้ใหม่มาใช้ และอีกกลุ่มให้นำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันและก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมาย ดังนี้

ผลของการนำหลักการแปลงหนี้ใหม่มาใช้ : จะทำให้สัญญาที่คู่สัญญาต้องทำการโอนนั้นระงับไปด้วยผลของการแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ สัญญาที่จะโอนนั้นจะระงับไปทั้งสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ผลของการที่หนี้ระงับไปด้วยผลของการแปลงหนี้ใหม่นั้น ขัดกับหลักการโอนสัญญาที่เป็นหลักการที่ต้องการที่จะโอนสัญญาไปยังบุคคลภายนอกให้เข้ามามีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้แทนผู้โอน โดยเจตนาที่จะให้สัญญาดังกล่าวยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ ไม่ใช่ต้องการให้สัญญาที่จะโอนไประงับ อีกทั้ง คู่สัญญาฝ่ายผู้รับโอนคงต้องการที่จะเข้าไปปรับสิทธิและหน้าที่ในสัญญาเดิมและต้องการให้สัญญาอุปกรณ์ทั้งหลายที่ประกันการชำระหนี้จากคู่สัญญาเดิมยังคงมีผลอยู่ มิเช่นนั้นผู้รับโอนคงไม่รับโอนสัญญาที่สุดท้ายก็ระงับไปทั้งสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ อันไม่เป็นผลดีแก่ตนแน่นอนและก่อให้เกิดความยุ่งยากแก่ตนเองที่จะต้องมาทำสัญญาใหม่ทั้งสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์

ส่วนผลของการนำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้ : ทำให้สิทธิเรียกร้องโอนไปยังผู้รับโอน ทำให้ผู้รับโอนสัญญาสามารถที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาเดิมปฏิบัติการชำระหนี้ต่อตนเองได้และผู้รับโอนยังได้ไปทั้งสิทธิอุปกรณ์ทั้งหลายของสิทธิเรียกร้องด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การนำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้กับการโอนสัญญานั้นมีข้อดีที่ว่าไม่ทำให้สัญญาที่โอนนั้นระงับลงเหมือนอย่างการแปลงหนี้ใหม่ และสิทธิอุปกรณ์ทั้งหลายยังโอนไปยังผู้รับโอนด้วย แต่ข้อเสียของการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้กับการโอนสัญญา คือ หากคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอนไม่ได้บอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาเดิมหรือยังไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมในการโอนนั้นด้วยแล้ว ย่อมมีผลให้ผู้รับโอนไม่อาจอ้างการโอนสัญญาขึ้นใช้ยันคู่สัญญา

เดิมได้ ซึ่งทำให้ในมุมมองของคู่สัญญาเดิมยังเห็นว่า ผู้โอนสัญญายังคงเป็นคู่สัญญาที่มีภาระผูกพันทั้งความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่อตนเอง

อีกทั้ง ประเด็นในเรื่องผลของการโอนสัญญาที่อาจมีผลถึงบุคคลภายนอกคู่สัญญาในการโอนสัญญา จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลีไม่ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญาแต่อย่างใด และในส่วนแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการโอนสัญญาอาจไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากนิติสัมพันธ์เกี่ยวกับการโอนสัญญาจะมีผลกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโอนสัญญาเพียง 3 คน ได้แก่ ผู้โอน ผู้รับโอน และคู่สัญญาเดิม เพราะสัญญาจะโอนกันได้ต่อเมื่อคู่สัญญายังไม่ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาแล้วเท่านั้น เมื่อคู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญายังไม่มีบุคคลใดปฏิบัติการชำระหนี้ สัญญาดังกล่าวย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ใด ๆ ต่อบุคคลภายนอก

ตารางเปรียบเทียบปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญา

ปัญหา / ประเทศ	สาธารณรัฐอิตาลี	ฝรั่งเศส	ไทย
1. ปัญหาความหมายของการโอนสัญญา	ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่ง	ปรากฏจากแนวคำพิพากษาศาลสูง	ไม่ปรากฏ
2. ปัญหาวิธีการโอนสัญญา	ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม โดยอาจให้ความยินยอมในขณะที่ทำสัญญาหรือล่วงหน้าก็ได้	ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม โดยอาจให้ความยินยอมในขณะที่ทำสัญญาหรือล่วงหน้าก็ได้	ใช้วิธีการของหลักการแปลงหนี้ใหม่หรือการโอนสิทธิเรียกร้อง
3. ปัญหาวัตถุประสงค์แห่งการโอนสัญญา	สัญญาต่างตอบแทน	สัญญาต่างตอบแทน	สัญญาต่างตอบแทน
4. ปัญหาเนื้อหาแห่งการโอนสัญญา	โอนไปทั้งสัญญา ไม่สามารถโอนเพียงบางส่วนได้	ไม่ปรากฏ	ไม่ปรากฏ
5. ปัญหาแบบแห่งการโอนสัญญา	ไม่มีแบบ	ไม่มีแบบ	1. มีแบบการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ 2. มีแบบตามหลักการโอนสิทธิเรียกร้อง
6. ปัญหาผลของการโอนสัญญา	สัญญาโอนไปทั้งสัญญา ประธานและสัญญาอุปกรณ์และผู้โอนหลุดพ้นจากหน้าที่ที่มีต่อคู่สัญญาเดิม	1. สัญญาโอนไปและผู้โอนหลุดพ้นจากหน้าที่ (กรณีใช้หลักของการโอนสัญญาเอง) 2. สัญญาโอนไปแต่ผู้โอนไม่หลุดพ้น (กรณีใช้หลักการมอบหมายการปฏิบัติการชำระหนี้ (Delegation))	1. สัญญาระงับ (กรณีใช้หลักการแปลงหนี้ใหม่) 2. สัญญาโอนไปแต่ต้องมีการบอกกล่าวหรือได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม มิเช่นนั้นจะยกขึ้นต่อสู้คู่สัญญาเดิมไม่ได้ (กรณีใช้หลักการโอนสิทธิเรียกร้อง)

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

สัญญาต่างตอบแทน คือ สัญญาที่คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน โดยสิทธิและหน้าที่ที่ต่างต้องตอบแทนกันนั้นมีขนาดความสำคัญแบบเดียวกันที่จะทำให้คู่สัญญาสามารถที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ได้ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่พร้อมที่จะชำระหนี้ตอบแทน ตามผลของสัญญาต่างตอบแทน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 และด้วยผลของสัญญาต่างตอบแทน จึงทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญาต่างตอบแทนต่างมีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้อยู่ในตัวคน ๆ เดียว ต่อมาคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนประสงค์ที่จะโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนไปให้ผู้อื่น อาจเนื่องด้วยสาเหตุที่แตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของตนแทนการชำระหนี้เป็นเงินสด หรือเพื่อการหักกลบลบหนี้เพื่อความคล่องตัวทางการค้า หรือคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนประสงค์ที่จะโอนหนี้หรือหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนให้ผู้อื่น อาจเนื่องด้วยสาเหตุที่แตกต่างกันไปเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการโอนหนี้เนื่องจากตนเองไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา เป็นต้น หรือคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนประสงค์ที่จะโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนไปยังผู้อื่น เนื่องด้วยสาเหตุต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการโอนขายสัญญาที่ตนเป็นคู่สัญญานั้นไปให้แก่บุคคลอื่น หรือตนเองไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะชำระหนี้ตามสัญญา หรือตนเองไม่ประสงค์ที่จะเป็นคู่สัญญาในสัญญานั้นอีกต่อไป หรืออาจจะเป็นการโอนขายกิจการต่าง ๆ ให้แก่บุคคลอื่นเพื่อผลประโยชน์ในทางการค้า ประเด็นทั้ง 3 ประเด็นที่กล่าวมานี้ ไม่ว่าจะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน การโอนหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน และการโอนสิทธิและหน้าที่หรือเรียกว่า การโอนสัญญาในสัญญาต่างตอบแทนล้วนแล้วแต่มีปัญหาในทางกฎหมายด้วยกันทั้งสิ้น อันจะพอสรุปได้ดังนี้

โดยลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่สัญญาในสัญญาใด ๆ ย่อมสามารถที่จะโอนสิทธิเรียกร้องที่ตนมีอยู่ในสัญญาไปให้แก่บุคคลอื่นได้ หากสิทธิเรียกร้องดังกล่าวไม่เข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด อันได้แก่ สิทธิเรียกร้องที่สภาพแห่งสิทธิไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ คู่สัญญาตกลงห้ามโอนสิทธิเรียกร้องไว้ หรือสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายที่ศาลสั่งยึดไม่ได้ หากสิทธิเรียกร้องดังกล่าวไม่เข้าข้อยกเว้นทั้ง 3 ประการนี้แล้ว ก็ย่อมที่จะโอนกันได้

อย่างไรก็ตาม ปัญหาของการโอนสิทธิเรียกร้องเกิดเป็นประเด็นขึ้นในกรณีเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน เนื่องจากสัญญาต่างตอบแทนนั้นเป็นสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาต่างมีฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน จึงทำให้สิทธิและหน้าที่ที่มีความเกี่ยวข้องเกี่ยวพันกัน

จึงทำให้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า คู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนไม่อาจที่จะโอนเฉพาะสิทธิได้ เพราะคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนแต่ละฝ่ายต่างมีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่จะต้องทำการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปด้วยหลักการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ ทั้งนี้ ยังมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยังวินิจฉัยว่า การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนสามารถกระทำได้ เพราะหากสิทธิเรียกร้องดังกล่าวไม่เข้าข้อห้ามตามกฎหมายแล้ว ก็ย่อมไม่มีอะไรบังคับไม่ให้ทำเช่นนั้น ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 2 แนวนี้ยังเปลี่ยนแปลงกลับไปกลับมาอยู่เสมอ จึงไม่อาจถือแนวคำพิพากษาศาลฎีกาใดเป็นบรรทัดฐานได้

โดยลักษณะของการโอนหนี้หรือหน้าที่เคยปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยการโอนหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 แต่เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2468 ที่ใช้สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบันกลับไม่ปรากฏบทบัญญัติของหลักการโอนหนี้ดังกล่าว แต่กลับปรากฏหลักการแปลงหนี้ใหม่ขึ้นมาแทน ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่นั้นก็ไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการโอนหนี้หรือหน้าที่ เพราะการแปลงหนี้ใหม่มีลักษณะเป็นการระงับหนี้เดิมและก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาแทนที่ โดยการเปลี่ยนสาระสำคัญของตัวหนี้ เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ หรือเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ส่วนการโอนหนี้เป็นการดำรงไว้ซึ่งหนี้ดังกล่าวที่โอนไป และให้บุคคลผู้รับโอนเข้ามาสวมฐานะลูกหนี้กับเจ้าหนี้ในสัญญาต่อไป ดังนั้น การนำบทบัญญัติกฎหมายลักษณะการแปลงหนี้ใหม่มาใช้ในการโอนหนี้หรือหน้าที่จึงไม่ใช่เรื่องที่ถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม เมื่อบทบัญญัติกฎหมายลักษณะว่าด้วยการโอนหนี้ไม่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่มีกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้แก่กรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงโอนหนี้หรือหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาจึงปฏิเสธว่าไม่สามารถที่จะทำการโอนหนี้หรือหน้าที่กันได้ แต่จะต้องทำด้วยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาโดยการแปลงหนี้ใหม่ ด้วยเหตุนี้เอง การโอนหนี้ในสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือไม่ต่างตอบแทน การโอนหนี้จึงไม่อาจกระทำได้นอกจากไม่มีกฎหมายรองรับหลักการโอนหนี้ไว้ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาก็ไม่ได้วางแนวบรรทัดฐานว่าการโอนหนี้สามารถทำได้ ดังนั้น จึงเป็นปัญหาในทางกฎหมายว่า การโอนหนี้หรือหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนจะทำได้ก็แต่ด้วยการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งย่อมมีปัญหาว่าทำให้สัญญาต่างตอบแทนดังกล่าวต้องระงับลงตามผลของการแปลงหนี้ใหม่ อันเป็นเรื่องที่ตรงตามเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนที่ต้องการโอนหนี้หรือหน้าที่ไปยังผู้รับโอน โดยยังคงให้สัญญาต่างตอบแทนเดิมยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป

ส่วนการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น พบปัญหาของหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใกล้เคียงได้แก่บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง และบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการโอนสัญญาที่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องเช่นเดียวกัน เพียงแต่การโอนสัญญาเป็นการโอนหนี้หรือหน้าที่ไปพร้อมกันด้วย ส่วนบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ก็เปรียบคล้าย ๆ กับการโอนสิทธิเรียกร้องด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และคล้ายกับการโอนหนี้หรือหน้าที่ด้วย

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งเป็นไปในลักษณะของการเปลี่ยนคู่สัญญามากกว่าการโอน เพราะมีผลทำให้สัญญาที่โอนนั้นระงับไปนั่นเอง

อย่างไรก็ดี กฎหมายไทยไม่ได้ปฏิเสธหลักการโอนสัญญาเสียทีเดียว โดยปรากฏหลักการโอนสัญญาในลักษณะกฎหมายเฉพาะเรื่อง ไม่ได้กำหนดเป็นลักษณะทั่วไป โดยปรากฏทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันได้แก่ หลักกฎหมายลักษณะการเช่าอสังหาริมทรัพย์ หลักกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท และยังปรากฏในพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องด้วย ทั้งนี้ แม้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวจะเป็นเรื่องการโอนสัญญาก็ตาม แต่ก็ยังเป็นหลักกฎหมายที่ใช้แก่บางสัญญาหรือเรื่องเฉพาะบางเรื่องเท่านั้น จึงมีปัญหาที่ไม่อาจนำมาปรับใช้เป็นการทั่วไปได้

ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการโอนสัญญาหรือโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน ก็พบปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายแก่การโอนสัญญา ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ การปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง และการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ โดยการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมาย อันสรุปได้ดังนี้

1. ก่อให้เกิดปัญหาความไม่เหมาะสมของหลักการโอนสิทธิเรียกร้องที่จะนำมาปรับใช้กับการโอนสัญญา เพราะหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นลักษณะกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์แห่งการโอนเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องเท่านั้น ไม่ได้หมายรวมถึงการโอนหนี้หรือหน้าที่ด้วย ส่วนการโอนสัญญามีวัตถุประสงค์แห่งการโอนเป็นทั้งสิทธิและหน้าที่ด้วย

2. ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องวิธีการในการโอน เนื่องจากวิธีการโอนตามหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องกำหนดให้เฉพาะผู้โอนและผู้รับโอนเท่านั้นที่จะต้องตกลงทำสัญญาโอนกัน ส่วนคู่สัญญาเดิม (อยู่ในฐานะที่เป็นลูกหนี้) ไม่จำเป็นต้องยินยอมด้วยแก่การโอนนั้น ส่วนวิธีการของการโอนสัญญาจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมด้วย เนื่องจากคู่สัญญาเดิมไม่ได้มีฐานะเป็นลูกหนี้เท่านั้น แต่ยังมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ด้วย ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้ว เมื่อมีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากตัวเจ้าหนี้ด้วย ด้วยเหตุที่ตัวลูกหนี้อาจมีความสามารถในการชำระหนี้ไม่เท่ากัน เมื่อลูกหนี้เดิมในสัญญาต้องการโอนหนี้หรือหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่น กฎหมายจึงต้องคุ้มครองตัวเจ้าหนี้โดยการกำหนดให้ต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ด้วย ดังนั้น หากนำเอาหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องปรับใช้แก่การโอนสัญญา ย่อมถือว่าไม่ชอบธรรมแก่คู่สัญญาเดิมที่มีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องทำกันได้ง่าย ถ้านำมาใช้กับการโอนหนี้หรือหน้าที่ย่อมเป็นการเสียหายแก่เจ้าหนี้

3. ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องแบบแห่งการโอน เนื่องจากหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องกำหนดแบบไว้ว่าผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องทำสัญญาการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือและจะต้องบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังคู่สัญญาเดิม (อยู่ในฐานะที่เป็นลูกหนี้) ด้วย ส่วนการโอนสัญญานั้น โดยหลักแล้วไม่จำเป็นที่จะมีแบบแห่งการโอน เนื่องจากการโอนสัญญาจะสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อคู่สัญญาเดิมตกลงยินยอมด้วยแก่การโอนนั้นแล้ว คู่สัญญาเดิมจึงรับรู้ถึงการโอนดังกล่าวแล้วว่า

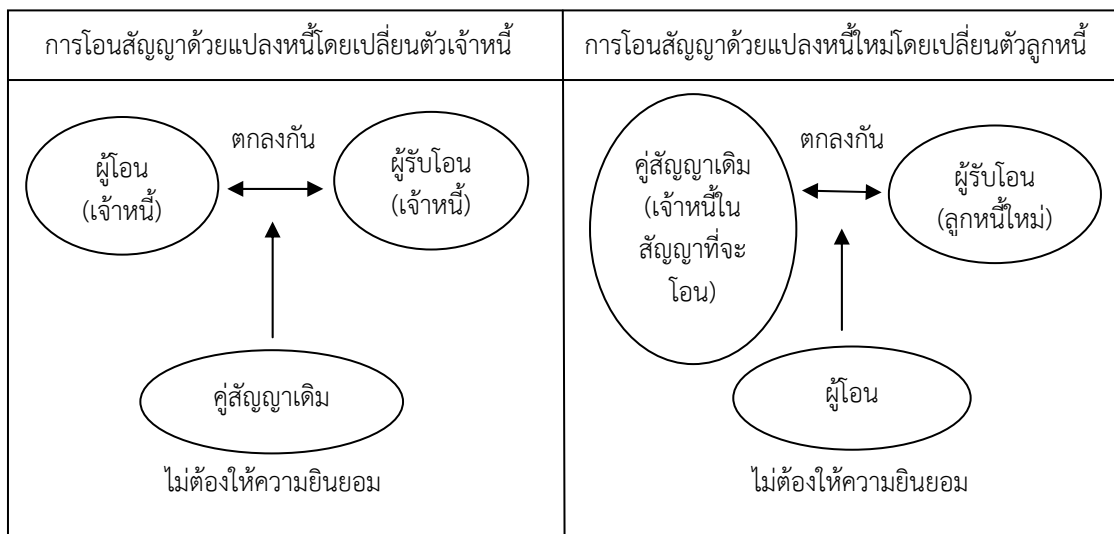
บุคคลผู้เป็นคู่สัญญาของตนได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว ดังนั้น การโอนสัญญาจึงไม่จำเป็นที่กฎหมายจะต้องกำหนดแบบหรือต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่สัญญาเดิมอีก

4. ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องผลของการโอนสัญญา ซึ่งปัญหาในเรื่องผลนี้เป็นเรื่องที่สืบเนื่องมาจากวิธีการและแบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง กล่าวคือ แม้ว่าหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องจะดำรงไว้ซึ่งสัญญาเดิมที่โอนสิทธิเรียกร้องไปก็ตาม แต่การโอนสิทธิเรียกร้องจะชี้ยันลูกหนี้ได้ต่อเมื่อ ผู้โอนหรือผู้รับโอนได้บอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้แล้วเท่านั้น เหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองลูกหนี้ที่อาจไม่ทราบว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันแล้ว และต่อมากลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนเดิมไป ซึ่งหากนำหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้แก่การโอนสัญญา ย่อมก่อให้เกิดผลแก่การโอนสัญญาว่า หากไม่ได้บอกกล่าวการโอนสัญญาแก่คู่สัญญาเดิมแล้ว การโอนสัญญานั้นย่อมชี้ยันแก่คู่สัญญาเดิมไม่ได้ ทั้งนี้ โดยหลักความเป็นจริงแล้วคู่สัญญาจะต้องให้ความยินยอม คู่สัญญาจึงย่อมทราบอยู่แล้วว่าเจ้าหนี้และลูกหนี้ของตนนั้นได้เปลี่ยนไปเป็นผู้รับโอนแล้ว ดังนั้น ผลของการไม่บอกกล่าวจึงเป็นการขัดต่อหลักความจริงของการโอนสัญญา

ส่วนการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมาย อันสรุปได้ ดังนี้

1. ก่อให้เกิดปัญหาความไม่เหมาะสมของหลักการแปลงหนี้ใหม่ ที่ถือเป็นหนึ่งในวิธีการหนึ่งในการระงับหนี้ แต่หลักการโอนสัญญาไม่ได้ต้องการระงับหนี้ แต่ยังต้องการคงไว้ซึ่งหนี้ดังกล่าวเพื่อที่จะโอนไปยังบุคคลอื่นต่อไป

2. ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องวิธีการในการโอน เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ให้นำเอาหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ นั้นหมายถึงการโอนสัญญาด้วยวิธีการนี้ย่อมไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม แต่วิธีการของการโอนสัญญาจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิม เนื่องจากคู่สัญญาเดิมมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ด้วย ซึ่งเมื่อมีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เจ้าหนี้จะต้องให้ความยินยอมในการโอนหนี้หรือหน้าที่นั้นด้วย ส่วนวิธีการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้กลับกำหนดให้คู่สัญญาเดิม (เจ้าหนี้ในสัญญาที่จะโอน) ตกลงแปลงหนี้กับผู้รับโอน (ลูกหนี้ที่จะเข้ามาในสัญญา) ซึ่งถือว่าขัดกับหลักความจริงที่โดยหลักแล้วผู้โอนจะต้องเป็นคนที่ยกโอนกับผู้รับโอนอยู่แล้ว ดังนั้น การโอนตามการแปลงหนี้ใหม่ทั้งสองวิธีการดังกล่าวเมื่อนำมาใช้พร้อมกัน เพราะการโอนสัญญาจะต้องโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ ก็เหมือนการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ จึงเกิดความไม่สอดคล้องกันตามแผนภาพ



3. ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องแบบแห่งการโอน เนื่องจากหลักกฎหมายว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่ มีทั้งกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบไว้และไม่ได้กำหนดแบบไว้ กล่าวคือ หากเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง ส่วนการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบเอาไว้ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาว่าการโอนสัญญาจะต้องใช้การแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้พร้อมกัน โดยนอกจากจะมีปัญหาเรื่องวิธีการที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว เรื่องแบบนี้ไม่สอดคล้องระหว่างการแปลงหนี้ทั้งสองประเภทที่จะต้องใช้ร่วมกัน

4. ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องผลของการโอน เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่ถือเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้หนี้ระงับ ดังนั้น หากใช้การแปลงหนี้ใหม่กับการโอนสัญญา จึงมีผลทำให้สัญญาที่จะโอนไปนั้นระงับทั้งสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ แล้วก่อให้เกิดสัญญาใหม่กันขึ้นมา ซึ่งจะเห็นได้ว่าผลของการแปลงหนี้ใหม่นี้อยู่หมัดถือเป็นการขัดต่อลักษณะของการโอนสัญญาที่ต้องการดำรงไว้ซึ่งสัญญาที่จะโอนไปแก่ผู้รับโอน ไม่ว่าจะเป็สัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ก็ตาม

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสัญญาทั้งหมด ประกอบกับได้ศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและหลักการโอนสัญญาตามแนวคำพิพากษาศาลสูงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสัญญาของกฎหมายไทยเป็น 2 แนวทางด้วยกัน ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

แนวทางที่ 1

การแก้ไขปัญหาด้วยการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาโดยเห็นควรที่จะเพิ่มเติมเข้าไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 2 ผลแห่งสัญญา เนื่องจากการโอนสัญญาถือเป็นหนึ่งในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาต่างตอบแทนโดยตรงมากกว่าบทบัญญัติในส่วนของบทเบ็ดเสร็จทั่วไปแห่งหนึ่งในบรรพ 2 ลักษณะ 1 และการเพิ่มเติมหลักการโอนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังทำให้หลักการดังกล่าวกลายเป็นหลักกฎหมายลักษณะที่ใช้ได้เป็นการทั่วไปในส่วนของสัญญาอีกด้วย ทั้งนี้ บทบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญญาควรมีหลักการเทียบเคียงจากหลักการโอนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ซึ่งมีหลักการที่สำคัญดังต่อไปนี้

1. กำหนดนิยามความหมายและลักษณะทั่วไปของการโอนสัญญาว่า เป็นการโอนความสัมพันธ์ทั้งในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาต่างตอบแทนไปให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อเป็นการกำหนดว่าการโอนสัญญานั้นจะใช้ได้เฉพาะกับการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ และใช้กับกรณีเป็นสัญญาต่างตอบแทนเท่านั้น อันจะส่งผลให้ไม่เป็นการซ้ำซ้อนกับหลักการโอนสิทธิเรียกร้องที่ใช้สำหรับการโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น และไม่ซ้ำซ้อนกับหลักการแปลงหนี้ใหม่ที่ใช้กับการโอนหนี้เท่านั้น

2. กำหนดวิธีการโอนสัญญาว่า การโอนสัญญาจะสมบูรณ์ได้ไม่เพียงแต่ผู้โอนและผู้รับโอนต้องมีเจตนาที่จะโอนสัญญากัน ยังต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมด้วย โดยความยินยอมดังกล่าวอาจให้ในขณะที่ทำสัญญาหรือล่วงหน้าก็ได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองและให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาเดิมที่มีฐานะเป็นเจ้าหนี้อยู่ต้องยินยอมหากมีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ของตนด้วย และเมื่อกำหนดให้การโอนจะสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาเดิมแล้ว โดยอาจจะต้องกำหนดให้ความยินยอมดังกล่าวต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อใช้ในการฟ้องคดี เมื่อความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือแล้วจึงไม่ต้องกำหนดแบบของการโอนอีก และไม่ต้องกำหนดให้ต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือถึงการโอนแก่คู่สัญญาเดิมเหมือนหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะคู่สัญญาเดิมรับทราบถึงการนั้นแล้ว

3. กำหนดเนื้อหาแห่งการโอนสัญญาว่า จะต้องเป็นการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ไปให้แก่ผู้รับโอนทั้งหมดเท่านั้น เนื่องจากหากเป็นการโอนข้อตกลงเพียงบางส่วนจะเป็นเรื่องสัญญารับช่วงไปเสีย หรืออาจเป็นเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น หรือหากโอนเฉพาะหนี้ก็ยังมีแปลงหนี้ใหม่รองรับอยู่แล้ว

4. กำหนดผลของการโอนสัญญาว่า ให้ผู้รับโอนสัญญาเข้ามาสวมฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่อคู่สัญญาเดิมแทนผู้โอน โดยสัญญาอุปกรณ์ก็โอนตามไปด้วย เว้นแต่จะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เพื่อให้ทั้งสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ยังคงมีผลตามกฎหมาย ไม่ระงับไปเหมือนอย่างการแปลงหนี้ใหม่

5. กำหนดผลของการโอนสัญญาว่า การโอนสัญญาไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก เนื่องจากการโอนสัญญาเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นได้จากเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอน โดยต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเดิม บุคคลภายนอกจึงไม่อาจทราบถึงการโอนเช่นนั้นได้ ดังนั้น จึงต้องมีบทบัญญัติคุ้มครองบุคคลภายนอกเช่นว่านี้

ข้อดี คือ ก่อให้เกิดความชัดเจนถึงหลักการโอนสัญญาว่าคู่สัญญาสามารถที่จะโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนได้

ข้อเสีย คือ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเรื่องที่ใช้เวลานานและมีขั้นตอนมาก ทั้งยังอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องการโอนหนี้ที่ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกัน

แนวทางที่ 2

การแก้ไขปัญหาด้วยการตกลงทำสัญญาระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนที่ต้องการที่จะโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 และหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา โดยไม่ต้องทำตามหลักกฎหมายในลักษณะว่าด้วยหนี้ในส่วนของการโอนสิทธิเรียกร้องหรือการแปลงหนี้ใหม่ ทั้งนี้ สัญญาว่าด้วยการโอนสัญญาควรมีสาระสำคัญในข้อตกลง ดังต่อไปนี้

1. สัญญาโอนระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนควรกำหนดว่า ผู้โอนตกลงโอนสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดในสัญญาต่างตอบแทนให้แก่ผู้รับโอน เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าผู้โอนตกลงโอนสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดในสัญญาต่างตอบแทนให้แก่ผู้รับโอน

2. สัญญาโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนมีข้อกำหนดว่า คู่สัญญาเดิมได้ให้ความยินยอมแก่การโอนดังกล่าวไว้ล่วงหน้าหรือในขณะที่มีการโอนแล้ว

3. สัญญาโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทนต้องมีข้อตกลงให้ สัญญาอุปกรณ์ทั้งหมดโอนไปยังผู้รับโอนด้วย เพื่อให้สัญญาอุปกรณ์ไม่ระงับไปตามเจตนาของคู่สัญญาอันจะเป็นผลทำให้ผู้รับโอนได้ไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ทั้งหมดทั้งสิ้น

ข้อดี คือ สัญญาระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพในการทำสัญญาตามมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่คู่สัญญาสามารถตกลงทำสัญญากันเป็นอย่างอื่นจากบทบัญญัติกฎหมายลักษณะหนี้ที่เป็นเพียงบทเบ็ดเสร็จทั่วไปเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องทำตามหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องหรือแปลงหนี้ใหม่เท่านั้น

ข้อเสีย คือ คู่สัญญาที่ไม่ทราบกฎหมาย และไม่ทราบแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในปัญหาเรื่องการโอนสัญญา ย่อมไม่ทราบว่าการทำสัญญาการโอนสามารถทำได้โดยไม่ต้องทำตามหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง การแปลงหนี้ใหม่ หรือบทบัญญัติลักษณะอื่นว่าด้วยหนี้อันเป็นเพียงบทเบ็ดเสร็จทั่วไป และอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 อันจะส่งผลให้เกิดปัญหาเช่นเดิมที่ว่าคู่สัญญาไม่อาจโอนสัญญาได้ เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองเรื่องการโอนสัญญาไว้ ศาลจึงปรับใช้เพียงหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องหรือแปลงหนี้ใหม่เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ความคิดเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนต้องการที่จะเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวในด้านของการตกลงทำสัญญาโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาต่างตอบแทน โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา อันถือเป็นแนวทางที่ถูกรองรับไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว มากกว่าแนวทางของการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการโอนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้เขียนเสนอแนะแนวทางดังกล่าวนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเรื่องยากและใช้เวลานาน แม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายจะทำให้เกิดความชัดเจนในหลักการโอนสัญญา แต่กระบวนการในการแก้ไขประมวลกฎหมายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีขั้นตอนมาก ในขณะที่การเสนอแนวทางการตกลงทำสัญญาโอนบนพื้นฐานหลักเสรีภาพในการทำสัญญาย่อมสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อยู่แล้ว โดยอยู่บนหลักการของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา และแนวทางดังกล่าวยังคงไว้ซึ่งหลักกฎหมายลักษณะนิติกรรมและหนี้ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้หากเป็นกรณีที่สัญญาดังกล่าวเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ ดังนั้น การเสนอแนะให้คู่สัญญาตกลงทำสัญญาโอนจึงเป็นเรื่องที่เหมาะสมกว่าการเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการโอนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กำธร พันธูลาภ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 9.

กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2529.

กุศล บุญยืน. คำอธิบายสรุปประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย ขายฝาก เช่าทรัพย์

เช่าซื้อ ประกันภัย. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2539.

เกษมสันต์ วิลาวรรณ. คำอธิบายกฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

คณะกรรมการกฤษฎีกา, สำนักงาน. พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ประกาศ ณ วันที่ 11 พฤศจิกายน 2468

[ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา:

<http://web.krisdika.go.th/data/law/law4/%bb03/%bb03-2a-2468-001.pdf>

[2554, ตุลาคม 23].

จิต เศรษฐบุตร์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมโดยรองศาสตราจารย์

ดร.ดาราวพร ธีระวัฒน์. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสาร

ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

จิต เศรษฐบุตร์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรองศาสตราจารย์ ดร.ดาราวพร ธีระวัฒน์.

พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2503.

จรินทร์ เพียรประดิษฐกุล. ปัญหาการยอมรับกฎหมายว่าด้วยการโอนหนี้. วารสารนิติศาสตร์ 20, 1 (มีนาคม 2535): 93-123.

ณัฐภรณ์ ธารสุวรรณ, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

ดารารพร ธีระวัฒน์. ฎีกาวิเคราะห์. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 3 (มิถุนายน 2539): 374-376.

ทิพย์ชนก รัตโนสถ. คำอธิบายเรียงมาตรา กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

ทวีศักดิ์ นคนันท์, การแปลงหนี้ใหม่ : ศึกษาเฉพาะปัญหาของการก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

ประพนธ์ ศาตะมาน. คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์-เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2515.

ไผทชิต เอกจริยกร. คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.

เลิศชาย จิระชาติ. หลักการโอนสิทธิเรียกร้องอันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง : วิเคราะห์ถึงพัฒนาการแนวความคิดในการโอนสิทธิเรียกร้องตลอดจนกระบวนการและผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536.

- วันรพี ชาวสะอาด. หลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงโอนหนี้(หน้าที่ความรับผิดชอบ)ของลูกค้า.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2545.
- ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ นิติ
บรรณาการ, 2551.
- ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- สหัส สิงหวิริยะ. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย บริษัทมหาชน จำกัด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติ
บรรณาการ, 2550.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบ
บริบูรณ์). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2506.
- เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้.
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป.
พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553.
- หยุด แสงอุทัย. การร่างกฎหมายในประเทศไทย. วารสารทนายความ ปีที่ 6 เล่มที่ 6 (กุมภาพันธ์
2507): 115-144.
- หอดจดหมายเหตุแห่งชาติ. ร.6ย/18 เอกสารราชการที่ 6 กระทรวงยุติธรรม, กรุงเทพมหานคร, 2515.
(เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ภาษาอังกฤษ

Georges Rouhette, and Anne Rouhette-Berton. The French Civil Code [Online]. 2006.

Available from: http://www.lexinter.net/ENGLISH/civil_code.htm [2010, Aug 27].

Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovick. Italian Private Law. Routledge-Cavendish,

2007.

Konrad Zweigert, and Heins Kotz, Introduction to Comparative Law, trans. Tony Weir.

Oxford: Clarendon Press, 1992.

Marcel Planiol, and George Ripert. Treatise on the Civil Law Volume 2, part 1, trans.

The Louisiana State Law Institute Louisiana, 1959.

Mario Beltramo, Giovanni E. Longo, and John Henry Merryman. The Italian Civil Code.

Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, INC., 1969.

Nicholas, Barry. An Introduction to Roman Law. Oxford : Clarendon Press, 1962.

The Law Firm of Semion Mouguet Borde & Associes. Doing Business in France

Volume 1. New York: Matthew Bender, 1989.

ภาษาฝรั่งเศส

Cour de Cassation. Cour de Cassation Chambre civile 1 du 14 décembre 1982 [Online].

Available from : <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Cour-de-Cassation-Chambre-civile-1-du-14-decembre-1982-81-15-455-Publie-au-bulletin/C25737/> [2011, Oct 27].

Cour de Cassation. Cour de Cassation Chambre civile 3 mercredi 12 décembre 2001

[Online]. Available from :

<http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/publies-1/1254224-cour-de-cassation-chambre-civile-3-du-12-decembre-2001-00-15-627-publie-au-bulletin> [2011, Oct 27].

Cour de Cassation. Cour de Cassation 6 mai 1997 [Online]. Available from :

http://www.droit.univ-nantes.fr/plaidoiries/page_contrats.html#element2

[2011, Oct 25].

Cour de Cassation. Cour de Cassation 6 mai 1997 [Online]. Available from : [http://www.u-](http://www.u-parisouest.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?CODE_FICHER)

[parisouest.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?CODE_FICHER=1287_33_0659602&ID_FICHE=12714](http://www.u-parisouest.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?CODE_FICHER=1287_33_0659602&ID_FICHE=12714) [2011, Oct 24].

Juris Pedia. La cession de contrat en droit français: mécanisme translatif de droit ou créateur de droit? [Online]. 2007. Available from:

http://fr.jurispedia.org/index.php/La_cession_de_contrat_en_droit_fran%3CA7ais:_m%3CA9canisme_translatif_de_droit_ou_cr%3CA9ateur_de_droit%3F

[2011, Oct 27].

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก
กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

The Italian Civil Code

Book 4 Obligations Title 1: Obligations in General

Chapter V Assignment of Claims

Art. 1260

A creditor can assign his claim, gratuitously or non-gratuitously, even without the consent of the debtor, provided that the claim does not have a strictly personal character or that the transfer is not forbidden by law.

The parties can exclude the assignability of the claim; but the agreement is not effective against the assignee unless it is proved that he knew of it at the time of the assignment.

Art. 1261

Judges and public prosecutors of the judiciary, clerks of the courts and of the public prosecutor officers, process servers, advocates, procurators, counselors, attorneys, pleaders, and notaries cannot, subject to nullity and liability for damages, become assignees, even through an intermediary, of rights as to which litigation has arisen in the court to which they belong or within whose jurisdiction they exercise their functions.

The provisions of the preceding paragraph do not apply to assignments of causes of action among co-heirs relating to inheritance, nor to assignments made for the payment of debts or for the protection of property possessed by the assignee.

Art. 1262

The assignor shall deliver to the assignee the documents evidencing the claim that are in his possession.

If only a portion of the claim was assigned, the assignor is bound to give the assignee an authenticated copy of the documents.

Art. 1263

By effect of the assignment, the claim is transferred to the assignee with any privileges, real or personal guarantees, and other accessories.

The assignor cannot, without the consent of the pledgor, give the assignee possession of the thing received in pledge; in case of disagreement the assignor retains custody of the pledge.

Unless otherwise agreed, the assignment does not include the fruits which have matured.

Art. 1264

With respect to the assigned debtor, the assignment is effective when he has accepted it or when he has been notified of it.

However, even before such notice, a debtor who pays the assignor is not discharged if the assignee proves that the debtor had knowledge that the assignment had taken place.

Art. 1265

If the same claim has been the subject of more than one assignment to different persons, the first assignment of which the debtor has been notified or that which has first been accepted by him, by an instrument having a certain date, prevails, even if it is of a later date.

The same rule applies when the claim is the object of a usufruct or a pledge.

Art. 1266

When the assignment is a non-gratuitous transaction, the assignor is bound to guarantee the existence of the claim at the time of the assignment. Such guarantee can be excluded by agreement, but the assignor always remains liable for his own act.

If the assignment is gratuitous, the guarantee is due only in the cases and within the limits in which the law puts the burden of a guarantee against eviction on the donor.

Art. 1267

The assignor does not answer for the solvency of the debtor, unless he has undertaken to guarantee it. In this case the assignor is liable within the limits of what he has received; he shall furthermore pay the interest, reimburse the expenses of the assignment and those borne by the assignee in the exercise of his rights against the debtor, and compensate him for damage. Any agreement directed toward increasing the liability of the assignor is without effect.

When the assignor has guaranteed the solvency of the debtor, the guarantee ceases, if the non-satisfaction of the claim through insolvency of the debtor is due to the negligence of the assignor in initiating or prosecuting his actions against the said debtor.

The Italian Civil Code

Book 4: Obligations Title 1: Obligations in General

Chapter IV: Other Ways, Besides Performance, of Extinguishing Obligations

Section I: Novation

Art. 1230

The obligation is extinguished when the parties substitute a new obligation having a different object or a different source for the old obligation.

The intent to extinguish the preceding obligation must appear in an unequivocal manner.

Art. 1231

The issuance or renewal of a document, the insertion or elimination of a time limit and any other accessory modification of the obligation do not product a novation.

Art. 1232

Privileges pledges and mortgages of the original obligation are extinguished if the parties do not expressly agree to preserve them for the new obligation.

Art. 1233

If the novation is made between the creditor and one of the debtors in solido with the effect of releasing all of them, the privileges, pledges and mortgages of the previous obligation can be retained only on the property of the debtor who makes the novation.

Art. 1234

The novation is without effect if the original obligation did not exist.

When the original obligation arose from a voidable transaction, the novation is valid if the debtor validly assumed the new debt knowing of the defect in the original transaction.

Art. 1235

When a new debtor is substituted for the original one who is released, the rule contained in chapter VI of this title apply.

The Italian Civil Code

Book 4: Obligations Title 2: Contracts in General

Chapter VIII: Assignment of Contract

Art. 1406

Each party can substitute for himself a third person in the relationships arising from a contract for mutual counter-performances, if these have not yet taken place, provided that the other party consents thereto.

Art. 1407

If one party has previously consented that the other substitute a third person for himself in the relationships arising from the contract, the substitution is valid as to him from the time when he was noticed of the substitution or accepted it.

If the clause “to the order” or equivalent is inserted in a document containing all of the elements of the contract, endorsement of the document causes the endorsee to take the place of the endorser in the contract.

Art. 1408

The assignor is released from his obligations to the other contracting party from the time when the substitution becomes effective as to the latter (1407).

However, if the other contracting party has declared that he does not release the assignor, he can sue the assignor whenever the assignee fails to perform the obligations assumed.

In the case contemplated in the preceding paragraph, the other contracting party must give notice to the assignor of the non-performance of the assignee within fifteen days from the date of failure of performance; if he fails to do so, he is liable for damages.

Art. 1409

The original contracting party can raise against the assignee all defenses arising out of the contract, but not those based on other relationships with the assignor, unless he expressly reserved a right thereto when he consented to the substitution (1406).

Art.1410

The assignor is bound to guarantee the validity of the contract.

If the assignor undertakes to guarantee the performance of the contract, he is liable as a surety (1936 ff.) for the obligations of the original contracting party.

ภาคผนวก ข
กฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

French Civil Code

Book III: of The Various Ways How Ownership is Acquired

Title III Of Contracts and of Conventional Obligations in General

Chapter V Of the Extinguishment of Obligations

Section II Of Novation

Art. 1271

Novation is brought about in three ways:

1. Where a debtor contracts towards his creditor a new debt which is substituted for the old one, which is extinguished;
2. Where a new debtor is substituted for the old one who is discharged by the creditor;
3. Where, by the effect of a new undertaking, a new creditor is substituted for the old one, towards whom the debtor is discharged.

Art. 1272

Novation may be brought about only between persons capable of contracting.

Art. 1273

Novation may not be presumed; the wish to bring it about must clearly result from the instrument.

Art. 1274

Novation by substitution of a new debtor may be brought about without the assistance of the first debtor.

Art. 1275

A delegation by which a debtor gives a creditor another debtor who binds himself towards the creditor, does not bring about a novation, unless the creditor has expressly declared that he intended to discharge his debtor who made the delegation.

Art. 1276

A creditor who has discharged a debtor by whom a delegation was made, has no remedy against that debtor, where the delegate becomes insolvent, unless the instrument contains an express reserve or the delegate was already [under a judicial arrangement], or insolvent at the time of the delegation.

Art. 1277

A mere indication, made by a debtor, of a person who is to pay in his stead, does not bring about a novation.

It shall be likewise as to a mere indication made by a creditor, of a person who is to receive for him.

Art. 1278

Prior charges and mortgages of a former claim do not pass to the one which is substituted to it, unless the creditor has expressly reserved them.

Art. 1279

Where novation is brought about by substitution of a new debtor, the original prior charges and mortgages of the claim do not pass on the property of the new debtor.

(Act no 71-579 of 16 July 1971) The original prior charges and mortgages of the claim may be reserved with the consent of the owners of the encumbered property, for the guarantee of the performance of the undertaking of the new debtor.

Art. 1280

Where novation is brought about between a creditor and one of the joint and several debtors, the prior charges and mortgages of the former claim may be reserved only on the property of the person who contracts the new debt.

Art. 1281

Co-debtors are released by a novation made between a creditor and one of the joint and several debtors.

A novation brought about with respect to a principal debtor discharges the sureties.

Nevertheless, where a creditor in the first case, has required adhesion of the co-debtors or, in the second case, that of the sureties, the former claim subsists, where the co-debtors or the sureties refuse to agree to the new arrangement.

French Civil Code

Book III: of The Various Ways How Ownership is Acquired

Title VI Of Sales

Chapter VIII Of Assignment of Claims and Other Incorporeal Rights

Art. 1689

In case of assignment of a claim, or of a right or of an action against a third party, delivery takes place between the assignor and the assignee by handing over the instrument of title.

Art. 1690

An assignee is vested with regard to third parties only by notice of the assignment served upon the debtor.

Nevertheless, the assignee may likewise be vested by acceptance of the assignment given by the debtor in an authentic act.

Art. 1691

Where, before the debtor has been given notice by the assignor or the assignee, the debtor has paid the assignor, he is lawfully discharged.

Art. 1692

The sale or assignment of a claim includes the accessories of the claim, such as security, prior charges and mortgages.

Art. 1693

A person who sells a claim or any other incorporeal right must warrant its existence at the time of the assignment, even though it is made without warranty.

Art. 1694

He is responsible for the solvency of the debtor only where he has bound himself thereto, and only up to the amount of the price which he has received for the claim.

Art. 1695

Where he has promised the solvency of the debtor, that promise only relates to the present solvency, and does not extend to the future, unless the assignor has expressly so stipulated.

Art. 1696

A person who sells an inheritance without specifying its contents in detail, is bound to warrant only his capacity as heir.

Art. 1697

If he had already benefited by fruits of some tenement or received the amount of some claim belonging to that inheritance, or sold some effects of the succession, he is bound to reimburse the purchaser therefor, unless he has expressly reserved them at the time of the sale.

Art. 1698

The purchaser must on his part reimburse the seller for what the latter has paid for the debts and charges of the succession, and recompense him for everything for which he was creditor, unless otherwise stipulated.

Art. 1699

A person against whom a litigious right has been assigned may have himself released by the assignee by reimbursing him for the actual price of the assignment with the expenses and fair costs, and with interest from the day when the assignee has paid the price of the assignment made to him.

Art. 1700

A matter is deemed litigious as soon as there is a case and controversy as to the merits of the right.

Art. 1701

The provision laid down in Article 1699 shall not apply:

1. In the case where the assignment has been made to a co-heir or co-owner of the right assigned;
2. Where it has been made to a creditor in payment of what is due to him;
3. Where it has been made to the possessor of the property to which the litigious right relates.

ภาคผนวก ค
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2466

ภาค 3 โอนหนี้

บทเบ็ดเสร็จทั่วไป

มาตรา 266

บันดาสติของเจ้าหนี้และหน้าที่ของลูกหนี้จะต้องชำระหนี้นั้น ท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพหนี้นั้นเองไม่เปิดช่องให้โอนกัน ถ้าการจะโอนนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย

มาตรา 267

สัญญาตกลงกันเองว่าห้ามมิให้โอนหนี้ได้นั้น อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้เมื่อเขาได้รู้แล้วว่ามีข้อตกลงกันตั้งนั้นในขณะที่โอน

มาตรา 268

หนี้อันศาลได้ออกคำสั่งให้ยึดไว้ก่อนพิพากษาก็ดี ถ้าภายหลังก็ดี ท่านว่าเจ้าหนี้หาอาจจะโอนได้ไม่

มาตรา 269

เงินเดือน เงินปี และเบี้ยบำนาญของข้าราชการนั้น ท่านว่าหาอาจจะโอนได้ไม่

มาตรา 270

การโอนอันมิได้บอกกล่าวตกลงกันก่อนตามที่ท่านบังคับไว้ในมาตรา 270 ถา 280 นั้น ท่านว่าเปนการสมบูรณ์ คือพึงได้แต่ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้น

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายณภัทร์ นิยมแยม เกิดเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม พ.ศ. 2527 สำเร็จการศึกษาปริญญา
นิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2549 สอบไล่ได้
ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 62
ปีการศึกษา 2552 และเข้ารับการศึกษต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน
และธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2552 ปัจจุบันทำงานตำแหน่งนิติกร 4
ธนาคารออมสิน สำนักงานใหญ่