

การแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด : ศึกษาวิธีการและผล

นางสาวอธิพร สุขเนตร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

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.

THE DECLARATION OF INTENTION IN JURISTIC ACTS AS STIPULATED BY LAW : A STUDY
OF METHODS AND CONSEQUENCES

Miss Athiporn Suknate

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 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด :
ศึกษาวิธีการและผล

โดย

นางสาวอชิพร สุขเนตร

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทร์โชติ)

อธิพร สุขเนตร : การแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด : ศึกษาวิธีการและผล. (THE DECLARATION OF INTENTION IN JURISTIC ACTS AS STIPULATED BY LAW : A STUDY OF METHODS AND CONSEQUENCES) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ศ.ดร.ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์, 159 หน้า.

ในการทำนิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้อง การปลดหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ และ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดการแสดงเจตนาทำนิติกรรมไว้ แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดหรือกำหนดไว้ไม่ชัดเจนถึงวิธีในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา ทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายและการตีความที่แตกต่างกันไปว่า วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดมีวิธีการทำอย่างไร เมื่อไม่ทำตามจะเกิดผลอย่างไร และวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดเป็น “แบบของนิติกรรม” หรือไม่ เนื่องจากหากเป็น “แบบของนิติกรรม” เมื่อไม่ทำตามย่อมส่งผลให้นิติกรรมตกเป็น “โมฆะ” แต่ถ้า “ไม่ใช่แบบของนิติกรรม” ผลของการไม่ทำตามจะเป็นประการใดขึ้นอยู่กับแต่ละนิติกรรม

จากการศึกษากฎหมายของประเทศสหพันธรัฐเยอรมันและกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดของนิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้อง การปลดหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ไม่ใช่ “แบบของนิติกรรม” เมื่อไม่ทำตาม ผลคือ นิติกรรมไม่เกิดขึ้นตามหลักการแสดงเจตนาของนิติกรรมสัญญาทั่วไป ไม่ได้ส่งผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยกำหนดวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา ในนิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้อง การปลดหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและแก้ไขปัญหาในการปรับใช้กฎหมาย

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....
ปีการศึกษา.....2556.....ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5486051034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : FORM / JURISTIC ACTS / VOID / DECLARATION OF INTENTION / METHOD / CONSEQUENCE

ATHIPORN SUKNATE : THE DECLARATION OF INTENTION IN JURISTIC ACTS AS STIPULATED BY LAW : A STUDY OF METHODS AND CONSEQUENCES. ADVISOR : PROF. SANUNKORN SOTTIBANDHU, DR.JUR, 159 pp.

The Civil and Commercial Code stipulates the declaration of intention in the transfer of claims, release, novation by a change of the creditor, and novation by a change of the debtor. However, it does not specify, or it vaguely specifies, the methods of the declaration of intention, nor the consequences of not following such methods. That causes problems in the application and interpretation of the law. For instance, what are the methods of the declaration of intention stipulated by law? What are the consequences if one does not follow those methods? Are the methods of declaration of intention stipulated by law “forms of juristic acts”? This is because, if they are “forms of juristic acts,” not complying with them will result in a void juristic act. On the other hand, if they are not “forms of juristic acts,” the consequences will vary depending on each juristic act.

The study of the laws of the Federal Republic of Germany and Japan finds that the stipulated methods of the declaration of intention, particularly in the transfer of claims, release, novation by a change of the creditor, and novation by a change of the debtor, are not the required “form of juristic acts.” Not complying with them will not result in a void juristic act, but the act is not formed at all. That is according to the general principle of the declaration of intention in juristic acts and contracts.

Therefore, the author would suggest that the Civil and Commercial Code be amended by stipulating the methods of the declaration of intention, particularly in the transfer of claims, release, novation by a change of the creditor, and novation by a change of the debtor, as well as stipulating the consequences of not following such methods. This is for the clarity and to solve the problems of application of law.

Field of Study :Laws.....Student’s Signature.....

Academic Year :2013.....Advisor’s Signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ก็ไม่ใช่แต่เพียงเพราะความสามารถของผู้เขียนแต่เพียงลำพัง หากแต่เกิดขึ้นด้วยความกรุณา ความเอื้อเฟื้อ มิตรไมตรีจิตที่ดีงาม และความมีอุปการะคุณของผู้มีพระคุณหลายท่านที่ได้คอยสละเวลาและให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ ซึ่งผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้ คือ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศร ท่านอาจารย์ ดร. มานิตย์ วงษ์เสรี และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวุฒิ จันทโชติ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าและยอมรับเป็นประธานกรรมการและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ตามลำดับ รวมทั้งได้ให้ความช่วยเหลือ ให้คำแนะนำและข้อความเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการจัดทำและการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ โสติพันธ์ ที่ได้กรุณาเสียสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน โดยท่านอาจารย์ได้กรุณาให้คำชี้แนะประเด็นปัญหาที่น่าสนใจ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนไม่ว่าจะเป็นเรื่องของภาษาหรือประโยคที่ใช้ในการเขียน ทั้งท่านยังได้แนะแนวทางการแก้ไขปัญหาต่างๆ เป็นอย่างดี ซึ่งหากไม่ได้รับความเมตตากรุณาจากท่านแล้ว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่อาจจะสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งที่ได้ให้การอุปการะเลี้ยงดู ส่งเสริมสนับสนุนผู้เขียนในทุกด้าน รวมทั้งเป็นกำลังใจที่สำคัญยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

ผู้เขียนขอขอบคุณพี่ๆ เพื่อนๆ และน้องๆ ของผู้เขียนทุกท่านที่คอยเป็นกำลังใจและให้ความช่วยเหลือผู้เขียนเสมอมา และท้ายที่สุดผู้เขียนขอขอบพระคุณทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ หากมีความผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่	
1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	5
1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2 แนวความคิดพื้นฐานเรื่องแบบ ลักษณะและปัญหากฎหมายเรื่องการแสดงเจตนา ทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดตามระบบกฎหมายไทย.....	7
2.1 แนวความคิดพื้นฐานเรื่องแบบ.....	7
2.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของแบบ.....	7
2.1.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ตามกฎหมายโรมัน.....	7
2.1.1.2 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ตามกฎหมายไทย.....	11
2.1.2 ความหมายและประเภทของแบบ.....	15
2.1.3 วัตถุประสงค์ในการกำหนดแบบของนิติกรรม.....	19
2.1.4 ผลของการไม่ทำตามแบบ.....	20
2.1.5 การกระทำซึ่งไม่ใช่แบบของนิติกรรม.....	21
2.2 ลักษณะ และปัญหากฎหมายเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด ของนิติกรรมตามระบบกฎหมายไทย.....	24
2.2.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง.....	24
2.2.1.1 ความหมายและลักษณะ.....	24
2.2.1.2 วิธีการแสดงเจตนา.....	26
2.2.1.3 ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	37

บทที่	หน้า
2.2.2 การปลดหนี้.....	43
2.2.2.1 ความหมายและลักษณะ.....	43
2.2.2.2 วิธีการแสดงเจตนา.....	45
2.2.2.3 ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	50
2.2.3 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้.....	52
2.2.3.1 ความหมายและลักษณะ.....	52
2.2.3.2 วิธีการแสดงเจตนา.....	56
2.2.3.3 ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	59
2.2.4 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้.....	61
2.2.4.1 ความหมายและลักษณะ.....	62
2.2.4.2 วิธีการแสดงเจตนา.....	64
2.2.4.3 ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	68
2.2.5 แบบและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.....	68
3 แนวความคิดพื้นฐานเรื่องแบบ ลักษณะและการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมาย กำหนดในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	73
3.1 กฎหมายเยอรมัน.....	73
3.1.1 แนวความคิดพื้นฐานในเรื่องแบบ.....	73
3.1.1.1 ลักษณะทั่วไปของแบบ.....	73
3.1.1.2 หน้าที่ของแบบ.....	77
3.1.2 ลักษณะและการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด.....	78
3.1.2.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง.....	78
(1) ความหมายและลักษณะ.....	78
(2) วิธีการแสดงเจตนา.....	79
(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	80
3.1.2.2 การปลดหนี้.....	80
(1) ความหมายและลักษณะ.....	80
(2) วิธีการแสดงเจตนา.....	81
(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	82
3.1.2.2 การแปลงหนี้ใหม่.....	83
(1) ความหมายและลักษณะ.....	83
(2) วิธีการแสดงเจตนา.....	84
(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	84

บทที่	หน้า
3.2 กฎหมายญี่ปุ่น.....	85
3.2.1 แนวความคิดพื้นฐานในเรื่องแบบ.....	85
3.2.2 ลักษณะและการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด.....	86
3.2.2.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง.....	86
(1) ความหมายและลักษณะ.....	86
(2) วิธีการแสดงเจตนา.....	87
(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	89
3.2.2.2 การปลดหนี้.....	89
(1) ความหมายและลักษณะ.....	89
(2) วิธีการแสดงเจตนา.....	90
(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	91
3.2.2.3 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้.....	92
(1) ความหมายและลักษณะ.....	92
(2) วิธีการแสดงเจตนา.....	93
(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	94
3.2.2.4 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้.....	95
(1) ความหมายและลักษณะ.....	95
(2) วิธีการแสดงเจตนา.....	95
(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	96
4 วิเคราะห์ เปรียบเทียบ ปัญหาการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด.....	98
4.1 ปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	98
4.1.1 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา.....	98
4.1.2 ปัญหาผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	104
4.2 ปัญหาการปลดหนี้.....	111
4.2.1 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา.....	111
4.2.2 ปัญหาผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	113
4.2.3 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนาในการให้โดยการปลดหนี้.....	115
4.3 ปัญหาการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้.....	117
4.3.1 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา.....	117
4.3.2 ปัญหาผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา.....	119

บทที่	หน้า
4.4 ปัญหาการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้.....	123
4.4.1 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา.....	123
4.5 ปัญหาผลทางกฎหมายของแบบและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธี พิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551	1 24
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	129
5.1 บทสรุป.....	129
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	134
รายการอ้างอิง.....	139
ภาคผนวก.....	145
ภาคผนวก ก ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน.....	146
ภาคผนวก ข ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น.....	154
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	159

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปกติกฎหมายยอมให้อิสระต่อบุคคลในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมซึ่งเป็นไปตามหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) คือ เอกชนย่อมมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน และหลักอิสระทางแพ่งนี้จะไปด้วยกันกับหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม (Freedom of Contract) ที่เข้ามามีบทบาทในเรื่องการกำหนดองค์ประกอบต่างๆของนิติกรรม ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการกำหนดวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่ผู้ทำนิติกรรมสามารถแสดงเจตนาของตนออกมาโดยวิธีใดๆยอมได้ตามแต่ตนต้องการ

เมื่อนิติกรรมได้ทำถูกต้องและนิติกรรมที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายจะรับรองให้นิติกรรมนั้นเกิดผลบังคับใช้ได้ แต่มีบางกรณีที่แม้เจตนาของคู่สัญญาที่ทำนิติกรรมจะมีความสมบูรณ์ทุกอย่าง แต่กฎหมายไม่อาจรับรองให้นิติกรรมนั้นเกิดผลบังคับใช้ได้เนื่องด้วยเหตุผลที่กฎหมายต้องการควบคุมการแสดงเจตนาของบุคคลซึ่งเป็นผู้ทำนิติกรรมและคุ้มครองบุคคลภายนอก ทำให้กฎหมายต้องกำหนดวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมเฉพาะขึ้นมา เพื่อให้ผู้ทำนิติกรรมปฏิบัติตามจึงจะทำให้นิติกรรมมีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย

ทั้งนี้ เมื่อกฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอันเป็นข้อจำกัดของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่มีหลักว่าทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการทำนิติกรรม¹ ดังนั้น นิติกรรมใดจะต้องทำตามวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนด จึงควรมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนเพื่อให้ผู้ทำนิติกรรมรับรู้และเข้าใจถึงวิธีในการแสดงเจตนาทำนิติกรรม และผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมได้อย่างถูกต้อง

โดยเมื่อพิจารณานิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* ที่นิติกรรมบางประเภทกฎหมายกำหนดวิธีในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมไว้ แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดหรือกำหนดไว้ไม่ชัดเจนถึงวิธีในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายต่างๆตามมา

¹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 25-26.

* ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากไม่กล่าวเป็นอย่างอื่นมาตราในกฎหมายไทยให้หมายความถึง มาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กล่าวคือ วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดนั้นอาจเป็น “แบบของนิติกรรม” หรือ “ไม่ใช่แบบของนิติกรรม” ซึ่งส่งผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติในเรื่องแบบของนิติกรรมที่กฎหมายบังคับให้ผู้ทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตามปรากฏอยู่ในมาตรา 152 บรรพ 1 หลักทั่วไป ซึ่งบัญญัติว่า

“การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติว่า “แบบ” หมายความว่าอย่างไรหรืออะไรที่เป็น “แบบแห่งนิติกรรม”² กฎหมายบัญญัติแต่เพียงผลของนิติกรรมที่เมื่อไม่ทำตามแบบจะส่งผลให้นิติกรรมที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะ

ดังนั้น การทำหรือไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด จึงส่งผลสำคัญต่อการทำนิติกรรม กล่าวคือ หากนิติกรรมใดกฎหมายกำหนดแบบไว้ หากไม่ทำตามผลที่ตามมาจะร้ายแรงถึงขั้นที่ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ คือ นิติกรรมนั้นเสียเปล่าไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่อย่างใดๆในทางกฎหมาย ทุกอย่างยังคงอยู่ในสภาพเช่นเดียวกับสภาพก่อนทำนิติกรรมและเมื่อนิติกรรมตกเป็นโมฆะแล้ว สิ่งที่ได้ให้กันไปก็ต้องคืนให้แก่กันตามบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้³ แต่ถ้าวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ทำไม่ใช่แบบของนิติกรรม ผลของการไม่ทำตามย่อมไม่ทำให้นิติกรรมต้องตกเป็นโมฆะ แต่ผลของการไม่ทำตามจะเป็นประการใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับแต่ละนิติกรรม

โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาปัญหาในเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด โดยศึกษาในส่วนวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ในนิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้อง การปลดหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และศึกษาในเรื่องผลของการไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือ และผลของการไม่ทำตามแบบของนิติกรรมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

² ไพจิตร บุญญพันธุ์, “คำมั่นสัญญา ตอน 6 การส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่,” ตุลพาท 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552): 12.

³ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 17, หน้า 153.

1. การโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องกฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาไว้ในมาตรา 306 โดยแบ่งวิธีการแสดงเจตนาออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนแรก การทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน ส่วนที่สอง การทำเป็นหนังสือบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอน ปัญหาจึงมีว่า “การทำเป็นหนังสือ” ในส่วนแรกกับส่วนที่สองมีวิธีการทำอย่างไรและมีวิธีการทำที่เหมือนกันหรือไม่ เพราะหากกฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาว่าต้องทำเป็นหนังสือเหมือนกันแต่มีวิธีการทำที่แตกต่างกันย่อมนำมาสู่ปัญหาในการปรับใช้กฎหมาย ส่วนผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนด ในส่วนแรกว่าถ้าไม่ทำเป็นหนังสือผลคือการโอนสิทธิเรียกร้อง “ไม่สมบูรณ์” ในส่วนที่สองกฎหมายกำหนดผลว่า “ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้” จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่าผลของการไม่ทำเป็นหนังสือจะเป็นอย่างไรและการทำเป็นหนังสือของทั้งสองส่วนเป็น “แบบของนิติกรรม” การโอนสิทธิเรียกร้องหรือไม่

2. การปลดหนี้

การปลดหนี้กรณีนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน กฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาไว้ในมาตรา 304 วรรคสอง โดยให้ทำเป็นหนังสือ หรือเว้นคั้นเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้เสีย ทำให้มีปัญหาที่สมควรพิจารณาว่าการปลดหนี้โดย “การทำเป็นหนังสือ” มีความหมายและมีวิธีการทำอย่างไร ส่วนผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดในการปลดหนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดผลไว้ ทำให้เกิดปัญหาว่าผลของการไม่ทำตามจะเป็นอย่างไร และการทำเป็นหนังสือ เว้นคั้นเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้เป็น “แบบของนิติกรรม” การปลดหนี้หรือไม่

พิจารณากรณีการให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 กฎหมายกำหนดว่า การให้นั้นสามารถทำได้ด้วยการปลดหนี้ให้แก่ผู้รับ ทำให้เกิดปัญหาว่าเมื่อทำการให้ด้วยการปลดหนี้จะต้องปรับใช้กฎหมายในเรื่องการให้หรือปรับใช้กฎหมายในเรื่องการปลดหนี้ เนื่องจากบทบัญญัติทั้งสองมีวิธีการแสดงเจตนาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นวิธีการแสดงเจตนาของการปลดหนี้ ย่อมสามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้อันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว แต่หากเป็นวิธีการแสดงเจตนาของการให้ ต้องทำเป็นสัญญาอันเป็นนิติกรรมสองฝ่าย

3. การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตามมาตรา 349 วรรคสาม กฎหมายให้บังคับด้วยบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นวิธีการแสดงเจตนาและผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องนำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 มาใช้บังคับ ทำให้เกิดปัญหาที่สมควรพิจารณาว่า เป็นการนำมาใช้ในลักษณะอย่างไร รวมถึงมีความเหมาะสมเพียงไรหรือไม่ ในการนำกฎหมายเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

4. การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350 กฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาให้ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่โดยที่ลูกหนี้คนเดิมไม่ต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง แต่การทำสัญญาจะขึ้นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้ จึงอาจทำให้เกิดปัญหากฎหมายตามมาว่าเมื่อการแปลงหนี้ใหม่ต้องมีการระงับหนี้เดิม แต่ลูกหนี้คนใหม่ซึ่งเป็นผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับหนี้เดิมมาทำสัญญาระงับหนี้ที่ตนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเช่นนี้จะทำให้หนี้เดิมระงับไปได้อย่างไร

5. แบบและหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

เนื่องจากตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 กำหนดผลของการไม่ทำตามแบบและผลของการไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงทำให้มีปัญหาว่าการที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ จะก่อให้เกิดผลในการบังคับใช้กฎหมายอย่างไรและมีความถูกต้องเหมาะสม เพียงไร หรือไม่

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดโดยศึกษาในส่วนของวิธีการและผล ที่มีความไม่ชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย
2. เพื่อศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดโดยศึกษาในส่วนของวิธีการและผลทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและของต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องแบบของนิติกรรมและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ที่มีผลทางกฎหมายแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
4. เพื่อให้เกิดความเข้าใจ การปรับใช้กฎหมายอย่างเป็นเอกภาพเดียวกันและเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรม

1.3 สมมติฐาน

วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดอาจไม่ใช่แบบของนิติกรรมที่กฎหมายบังคับไว้และอาจไม่ก่อให้เกิดผลเป็นโมฆะตามมาตรา 152

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

เป็นการศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเฉพาะในเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยมุ่งเน้นที่จะทำการศึกษาในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ในนิติกรรมต่อไปนี้เป็น การโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 โดยศึกษาเฉพาะการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น การปลดหนี้ตามมาตรา 340 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตามมาตรา 349 วรรคสาม การแปลงหนี้ใหม่โดยการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350 โดยศึกษาลักษณะของนิติกรรม วิธีการแสดงเจตนาของนิติกรรม และผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาของนิติกรรม รวมถึงศึกษาคำพิพากษา ความเห็นของนักกฎหมาย และศึกษาหลักกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดในแต่ละนิติกรรมเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย และศึกษาผลทางกฎหมายในเรื่องแบบของนิติกรรมและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า

การดำเนินการวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยรวบรวมจากหนังสือกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมาย แนวความคิดของนักนิติศาสตร์ คำพิพากษาของศาล วิทยานิพนธ์และบทความที่เกี่ยวข้อง แหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตทั้งในและต่างประเทศ ในการนำมาเรียบเรียง วิเคราะห์ปัญหาและเปรียบเทียบเพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาของนิติกรรมให้มีความชัดเจนและเหมาะสม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดในส่วนของวิธีการและผลที่มีความไม่ชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย
2. ทำให้ทราบถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดในส่วนของวิธีการและผลทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและของต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องแบบของนิติกรรมและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ที่มีผลทางกฎหมายแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
4. ทำให้เกิดความเข้าใจในการปรับใช้กฎหมายอย่างเป็นเอกภาพเดียวกันและก่อให้เกิดความยุติธรรม

บทที่ 2

แนวความคิดพื้นฐานเรื่องแบบ ลักษณะและปัญหากฎหมายเรื่องการแสดงเจตนาทำ

นิติกรรมที่กฎหมายกำหนดตามระบบกฎหมายไทย

2.1 แนวความคิดพื้นฐานเรื่องแบบ

2.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของแบบ

ก่อนที่จะศึกษาถึงปัญหาในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความเป็นมาในเรื่องแบบของนิติกรรมว่า มีที่มาและลักษณะอย่างไร เพื่อที่จะทำให้เกิดเข้าใจในเรื่องแบบของนิติกรรม และสามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ว่าวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดในนิติกรรมแต่ละประเภทเป็นแบบของนิติกรรมหรือไม่ โดยเริ่มศึกษาจากต้นแบบแนวความคิดทางกฎหมาย คือ ศึกษาประวัติศาสตร์เรื่องแบบของนิติกรรมตั้งแต่สมัยโรมันอันเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน และศึกษาถึงความเป็นมาในเรื่องแบบของนิติกรรมตามกฎหมายไทย เพื่อให้เข้าใจถึงลักษณะของแบบในแต่ละนิติกรรมได้ดียิ่งขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ในการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องวิธีและผลของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด ต่อไป

2.1.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ตามกฎหมายโรมัน

แนวคิดของกฎหมายโรมันในเรื่องแบบจะผูกพันอยู่กับความคิดในเรื่องลัทธิรูปแบบนิยม (formalism) ที่เคร่งครัดที่สุด⁴ นิติกรรมต่างๆต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดจึงจะสมบูรณ์

โดยแบบของนิติกรรมสมัยโรมันอาจแบ่งได้เป็น

⁴ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), หน้า 83.

1. แบบที่ทำด้วยวาจา

แบบประเภทนี้เป็นแบบที่ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกอย่างชัดเจนอยู่ในรูปของ คำถามและคำตอบที่กฎหมายกำหนดเป็นถ้อยคำเรียกว่า stipulatio คือ ฝ่ายหนึ่งตั้งคำถามว่า ท่านให้คำมั่นเช่นนั้นเช่นนี้ใช่หรือไม่ (spondesne) อีกฝ่ายหนึ่งตอบว่า ใช่ข้าพเจ้าให้คำมั่นเช่นนั้น (spondeo) ทั้งสองฝ่ายจะต้องถามและตอบด้วยถ้อยคำที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นและอีกฝ่ายจะต้องให้คำตอบทันทีต่อเนื่องหลังจากที่จบคำถาม แบบประเภทนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการมีพยานอยู่ในขณะที่ คู่สัญญาทำตามแบบกัน ซึ่งจะต่างจากแบบในการโอนทรัพย์สินด้วยวิธี in iure cessio และ mancipatio ที่ต้องอาศัยพยาน จึงจะทำให้การกระทำถูกต้องครบถ้วนตามแบบ⁵ ซึ่งหากคู่สัญญาถามตอบโดยวาจาถูกต้องตามแบบถ้อยคำที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็จะเกิดเป็นสัญญาที่ผูกพันด้วยวาจา (verbis) โดยที่สัญญานี้มีผลใช้บังคับขึ้นได้ไม่ใช่เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเจตนาที่จะตกลงกัน แต่เป็นเพราะเกิดจากการกระทำตามแบบที่ถูกต้อง⁶ จึงอาจกล่าวได้ว่า ในสมัยโรมันแบบมีความสำคัญมากเพราะแม้คู่สัญญาจะมีเจตนาทำสัญญากัน แต่ถ้าไม่ปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมไม่ก่อให้เกิดหนี้ จึงบังคับให้มีการชำระหนี้ไม่ได้

2. แบบที่ทำด้วยการโอนทรัพย์สิน

จากการที่ระบบกฎหมายของโรมันเป็นระบบสองสัญญา คือ สัญญาแรกเป็น สัญญาทางหนี้ สัญญาที่สองเป็นสัญญาทางทรัพย์สิน แยกออกจากกันอย่างชัดเจน เช่น ในกฎหมายโรมัน เรื่องสัญญาซื้อขาย จะก่อให้เกิดผลในทางหนี้เท่านั้น ไม่ก่อผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ กรรมสิทธิ์จะโอนต่อเมื่อได้ทำตามแบบพิธีในการโอนแล้ว ดังนั้น ในสมัยโรมันเรื่องแบบที่ทำด้วยการโอนทรัพย์สินจึงมีความสำคัญเพราะหากไม่ทำตามแบบ กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินจะยังไม่ถูกโอนไปยังอีกฝ่าย แม้ว่าสัญญาทางหนี้จะสมบูรณ์แล้วก็ตาม โดยแบบของการโอนทรัพย์สินมีอยู่ด้วยกัน 3 วิธีดังต่อไปนี้⁷

ก. in iure cessio

เป็นแบบในการโอนทรัพย์สินที่ทำต่อหน้าผู้พิพากษา โดยผู้รับมอบทรัพย์สินจับทรัพย์สินที่จะส่งมอบกันแล้วประกาศกรรมสิทธิ์ ผู้พิพากษาจะถามผู้ส่งมอบว่า เข้าอ่ากรรมสิทธิ์เช่นเดียวกันหรือไม่ ปกติฝ่ายผู้ส่งมอบจะนิ่งเฉยหรือตอบว่าไม่ ผู้พิพากษาจึงตัดสินหรือชี้ขาดให้ทรัพย์สินตกเป็นของผู้รับมอบ จึงอาจกล่าวได้ว่าเจ้าของทรัพย์สินเป็นผู้ยกทรัพย์สินให้ ผู้รับมอบทรัพย์สินเป็นผู้อ้างสิทธิ

⁵ BARRY NICHOLAS, *AN INTRODUCTION TO ROMAN LAW*, (OXFORD: CLARENDON, 1965), PP.193.

⁶ ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น:จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 130.

⁷ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง*, พิมพ์ครั้งที่ 17 , หน้า 162.

ส่วนผู้พิพากษานั้นเป็นผู้ชี้ขาด⁸ แบบในประเภทนี้อาจเรียกอีกอย่างว่าเป็นการสร้างฟ้อง เพราะความจริงคู่กรณีไม่มีข้อพิพาทต่อกัน แต่ต่างพากันมาศาลแล้วดำเนินการคล้ายกับมีข้อพิพาท⁹

ข. mancipatio

เป็นแบบของการโอนที่ต้องใช้ตาชั่ง ซึ่งโดยปกติจะใช้หลังจากการซื้อขายเป็นเงินสด การกระทำตามแบบประเภทนี้ จะต้องมีพยานที่เป็นพลเมืองโรมัน 5 คน มีเจ้าหน้าที่ประจำตาชั่งที่เป็นพลเมืองโรมัน 1 คน เมื่อคู่กรณีที่ต้องการโอนและรับทรัพย์สินมากันพร้อมแล้วพร้อมกับพยานและเจ้าหน้าที่ กระบวนการก็เริ่มโดยผู้รับโอนจะจับทรัพย์สินด้วยมือข้างหนึ่งและทองแดงด้วยมืออีกข้างหนึ่ง และประกาศว่า “ข้าพเจ้าขอประกาศว่า ทรัพย์สินนี้เป็นของข้าพเจ้าตามสิทธิของคนโรมันและขอให้ทรัพย์สินนี้ได้ถูกซื้อโดยทองแดงก้อนนี้และตาชั่งนี้” จากนั้นผู้รับโอนก็จะโยนทองแดงลงบนตาชั่งตามมูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นเครื่องแสดงว่า ได้ซื้อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชิ้นนี้แล้ว¹⁰ เมื่อเจ้าหน้าที่ชั่งแล้วก็จะส่งให้กับผู้โอนทรัพย์สินซึ่งจะส่งมอบทรัพย์สินให้กับผู้รับโอน โดยแบบในพิธีนี้มีไว้ใช้สำหรับคนโรมันโดยเฉพาะ ดังนั้น ผู้ที่ร่วมพิธีทุกคนจึงต้องเป็นราษฎรโรมันทั้งหมด¹¹

สาเหตุที่ทั้ง in iure cessio และ mancipatio เป็นแบบพิธีที่มีหลายขั้นตอนและใช้คนจำนวนมากในการโอนทรัพย์สิน ก็เพราะต้องการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกได้ทราบว่าทรัพย์สินได้มีการเปลี่ยนมือไปจากเจ้าของแล้ว เนื่องจากกฎหมายโรมันมีหลักว่า ทรัพย์สินสิทธิจะก่อให้เกิดขึ้นได้ต้องมีการเปิดเผย เพราะทรัพย์สินสิทธิกระทบต่อทุกคน ส่วนบุคคลสิทธิจะก่อให้เกิดขึ้นโดยส่วนตัวไม่เปิดเผยย่อมได้ เพราะกระทบต่อคู่กรณีเท่านั้น แต่ต่อมาในสมัยกษัตริย์จัสติเนียนแบบพิธีในการโอนทรัพย์สินด้วยสองวิธีนี้ก็ได้อาศัยไปเหลือเพียงแต่ traditio¹² ซึ่งเป็นแบบที่กำลังจะกล่าวถึงเป็นลำดับต่อไป

ค. traditio¹³

เป็นแบบแห่งการโอนที่ไม่ต้องมีแบบพิธี ทำให้สะดวกกว่าโอนที่ต้องมีพิธีการมากมายอย่าง mancipatio นิติกรรมประเภทนี้จึงเป็นที่นิยมกันมากในสมัยคลาสสิกและหลังคลาสสิก โดยทรัพย์สินที่จะส่งมอบกันโดยวิธีนี้ ต้องเป็น res nec mancipi คือทรัพย์สินที่ส่งมอบได้ไม่ยาก ผู้ส่งมอบต้องมีเจตนาในการโอนกรรมสิทธิ์และต้องมีการครอบครองด้วย ส่วนผู้รับมอบต้องมีเจตนาในการรับ

⁸ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น:จาร์ติโรมันและแอ่งไกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 4 หน้า 82.

⁹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 17, หน้า 84.

¹⁰ รອງพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป เล่ม 1. (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 68.

¹¹ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น:จาร์ติโรมันและแอ่งไกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 4 หน้า 82.

¹² BARRY NICHOLAS, AN INTRODUCTION TO ROMAN LAW, PP.116.

¹³ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น:จาร์ติโรมันและแอ่งไกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 4 หน้า 106-108.

โอนกรรมสิทธิ์ โดยที่ทั้งสองฝ่ายต้องมีความสามารถในการโอนและรับโอน และการส่งมอบต้องมีเหตุที่ชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้นแล้วผู้รับมอบจะไม่ได้กรรมสิทธิ์ แต่มีบางกรณีที่ลักษณะของทรัพย์ทำให้การส่งมอบโดยการยื่นให้กันไม่อาจเป็นไปได้ในทางกายภาพ จึงทำให้เกิดชนิดของ traditio ที่ถือว่าการกระทำต่อไปนี้เป็น การหยิบยื่นส่งมอบทรัพย์ให้แก่กันเรียบร้อยแล้ว

ค.1 traditio brevi manu (การส่งมอบด้วยมือสั้น) เป็นกรณีที่ผู้รับมอบทรัพย์ครอบครองทรัพย์นั้นอยู่แล้ว แต่ไม่ได้ครอบครองทรัพย์นั้นในฐานะเจ้าของ เช่น ก.ให้ ข.ยืมหนังสือ ต่อมา ก. ตกลงขายหนังสือให้ ข. เช่นนี้ ก็ไม่จำเป็นต้องทำการส่งมอบให้กันอีกแล้ว เพราะถือว่ามี การส่งมอบด้วยมือสั้นแล้ว

ค.2 traditio longa manu (การส่งมอบด้วยมือยาว) ใช้ในกรณีที่ไม่สามารถที่จะนำทรัพย์ไปยื่นให้แก่ผู้รับมอบได้ อาจเป็นกรณีของอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดใหญ่ๆที่ไม่สามารถส่งให้ด้วยมือได้ โดยเวลาส่งมอบต้องใช้วิธีแจ้งให้ทราบและจัดให้อยู่ในสายตาของผู้รับมอบ ถ้าผู้รับมอบยังไม่เห็นก็ใช้ไม่ได้ ต่อมา ได้มีการผ่อนปรนให้ใช้การส่งมอบในลักษณะสัญลักษณ์ได้ เช่น การส่งมอบเพียงกุญแจบ้าน ก็ถือเป็นการเพียงพอเท่ากับเป็นการส่งมอบบ้านซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์แล้ว

ค.3 constitutum possessorium (สัญญาว่าด้วยความครอบครอง) เป็นการกระทำที่ถือเสมือนการส่งมอบความครอบครองให้ มีลักษณะตรงข้ามกับการส่งมอบแบบมือสั้น เช่น ก. ขายที่ดินแก่ ข. แต่ยังคงการอยู่ในที่ดินต่อไปในฐานะผู้เช่า กฎหมายถือว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนไปเรียบร้อยแล้ว แม้ผู้เป็นเจ้าของจะไม่ได้รับทรัพย์ไปก็ตาม ดังนั้น ในเรื่องนี้จึงถือเจตนาเป็นสำคัญ

ค.4 traditio per cartam (การหยิบยื่นให้โดยมอบเอกสารการโอนสิทธิให้) โดยเป็นการส่งมอบเอกสารการโอนสิทธิในที่ดินแทนที่การส่งมอบที่ดิน

3. แบบที่ทำเป็นหนังสือ

แบบประเภทนี้เกิดขึ้นมาในสมัยกษัตริย์จัสติเนียนซึ่งเป็นยุคที่เรื่องแบบเริ่มคลายความเคร่งครัดลงไป โดยที่กฎหมายจะบัญญัติแบบเป็นตัวอักษรไว้และคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้นแล้วสัญญาที่ประสงค์จะไม่เกิดผลขึ้น เรียกสัญญาที่ต้องทำตามแบบที่เป็นหนังสือนี้ว่า *litteris* เพราะฉะนั้น จะเห็นได้ว่าในสมัยโรมันนั้นเดิมจะมีความเคร่งครัดในเรื่องแบบพิธีถึงขนาดที่ว่าแบบพิธีเป็นเครื่องแสดงเจตนาออกมาของการทำนิติกรรม แต่เมื่อเวลาผ่านไปด้วยสภาพสังคม เศรษฐกิจการค้าต่างๆที่เปลี่ยนแปลงไป แบบพิธีในการทำนิติกรรมย่อมมีความผ่อนคลายมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสมัยกษัตริย์จัสติเนียนการทำนิติกรรมมีเสรีภาพมากขึ้น ไม่อยู่ในแบบฟอร์มอีก

ต่อไป จนมีนักนิติศาสตร์อังกฤษ Sir Henry Summer Maine กล่าวว่า “From Status To Contract” คือ จากแบบฟอรัมรัดกุมมาเป็นสัญญาที่เป็นเรื่องของการแสดงเจตนาแบบเสรีนิยม¹⁴

2.1.1.2 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ตามกฎหมายไทย

เมื่อมาพิจารณาเรื่องแบบของนิติกรรมตามประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจะพบว่ากฎหมายไทยมีวิวัฒนาการในเรื่องแบบของนิติกรรมมาโดยตลอด ในช่วงแรก กฎหมายอาจจะยังมีความไม่ชัดเจนในเรื่องแบบของนิติกรรม แต่เมื่อประเทศไทยได้เริ่มมีการรับกฎหมายจากต่างประเทศเข้ามาจนกระทั่งมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แนวความคิดในเรื่องแบบของนิติกรรมจึงเริ่มมีความชัดเจนขึ้นเรื่อยๆ โดยสามารถแยกพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในเรื่องแบบตามกฎหมายไทยได้ คือ ช่วงสมัยก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ ช่วงสมัยหลังมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก. ช่วงสมัยก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁵

สมัยสุโขทัย โดยพิจารณาจากหลักฐานหลักศิลาจารึกที่พบ กฎหมายในสมัยนั้น ยอมรับบังคับให้ทำนิติกรรมได้ เช่น สัญญาซื้อขาย แต่ไม่ได้กำหนดเป็นรายละเอียดในเรื่องแบบของนิติกรรมไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจเป็นเพราะความสัมพันธ์ของบุคคลในสมัยก่อนยังไม่มี ความยุ่งยาก สลับซับซ้อนกฎหมาย จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องบัญญัติข้อกำหนดในรายละเอียดเพื่อความแน่นอนในทางปฏิบัติไว้ แต่อาจมีการกำหนดให้การทำสัญญาต้องทำตามแบบพิธีต่างๆในสมัยนั้น แต่ยังไม่ใช้เรื่องแบบแห่งนิติกรรม

สมัยกรุงศรีอยุธยา กฎหมายเริ่มมีการบัญญัติให้นิติกรรมสัญญาต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรม โดยสัญญาที่เห็นเด่นชัดในสมัยนั้น ได้แก่ สัญญาคู่ตามกฎหมายลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ที่ตราขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2188 ซึ่งกำหนดให้สัญญาคู่ต้องมีกรรมกรรมแกงไตเป็นสำคัญ นอกจากนี้ ยังมีสัญญาขายคนลงเป็นทาส สัญญาค้าประกัน เป็นต้น

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ในช่วงก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายให้บุคคลผู้เป็นคู่สัญญามีอิสระในการแสดงเจตนา โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม แต่กฎหมายก็ยังบังคับให้บุคคลต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมซึ่งพอจะกล่าวได้ว่า มีอยู่ 2 ชนิด คือ 1. ทำเป็นหนังสือ 2. ทำเป็นกรรมกรรม โดยแบ่งตามประเภทของสัญญา กล่าวคือ

¹⁴ รongพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป เล่ม 1, หน้า 84.

¹⁵ ไกรสร บารมีอวยชัย, “แบบแห่งนิติกรรม,” (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 50-57.

สัญญาธรรมดา ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาประเภทใดชนิดใดจะทำด้วยปากเปล่า หรือเขียนข้อความเป็นตัวหนังสือก็ตาม ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำเป็นกรรมธรรมแล้ว ถือเป็นสัญญาธรรมดาทั้งสิ้น โดยสัญญาธรรมดาบางเรื่อง กฎหมายต้องการให้ปรากฏข้อความในตัวหนังสือ และจะต้องลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ที่เป็นจำเลยในท้ายหนังสือ

ส่วนสัญญากรรมธรรม เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดวิธีการให้ทำเป็นกรรมธรรมไว้อย่างชัดเจน คือ ข้อตกลงในสัญญาต้องเขียนลงในกระดาษพิมพ์หลวง หรือกระดาษอย่างอื่นต่อหน้าเจ้าพนักงาน ผู้ทำสัญญาต้องลงลายมือชื่อของตนหรือให้ผู้อื่นลงชื่อแทน หรือทำแกงไต แต่ต้องมีผู้รู้เห็นเป็นพยาน และเมื่อทำเสร็จจะต้องมีการส่งมอบกรรมธรรมให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และหากทำไม่ถูกวิธีที่กฎหมายกำหนด กฎหมายถือว่าไม่เกิดเป็นสัญญา ซึ่งสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า ต้องทำเป็นกรรมธรรมนั้น เช่น สัญญาซื้อขายที่ดิน สัญญาจำนำหรือขายฝากที่ดิน ทั้งโฉนดเก่าและใหม่ สัญญาให้โดยเสนาหา หรือแลกเปลี่ยนที่ดินโฉนดใหม่ สัญญาเช่าที่ดิน เป็นต้น

ข. ช่วงสมัยหลังมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในช่วงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ประเทศไทยมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นเป็นฉบับแรก แต่ได้บัญญัติบทกฎหมายเฉพาะบรรพ 1 และ บรรพ 2 เท่านั้น โดยมีบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องแบบปรากฏอยู่ในมาตรา 109 แม้จะไม่ใช่เป็นการบัญญัติเรื่องแบบโดยตรง เช่น ในมาตรา 152 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน แต่สามารถพิจารณาได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 แม้จะเป็นประมวลกฎหมายที่ยังไม่มีความสมบูรณ์ แต่ผู้ร่างกฎหมายให้ความสำคัญในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม โดยมาตรา 109 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 บัญญัติว่า

มาตรา 109 “ สัญญาซึ่งมิได้เป็นไปตามนิยมอื่นอันกฎหมายบังคับไว้ให้ทำเพื่อความบริบูรณ์แห่งสัญญานั้น เป็นโมฆะดุจกัน ”

อธิบายได้ว่า ถ้ามีกฎหมายพิเศษบังคับให้มีข้อความที่เป็นสาระสำคัญเพิ่มจากลักษณะความสมบูรณ์ของนิติกรรมแล้ว ถ้าไม่ทำตามย่อมเป็นการขัดต่อกฎหมาย นิติกรรมไม่สามารถเกิดผลได้ กฎหมายย่อมไม่รับรองบังคับบัญชาให้ กล่าวคือ แม้ว่าจะได้ทำการตามความในลักษณะความสมบูรณ์ของสัญญาครบถ้วนแล้ว ก็กิจการนั้นก็จะไม่มีผลบังคับจนกว่าจะได้ทำการตามข้อบัญญัติอันกฎหมายบังคับไว้เพื่อความบริบูรณ์แห่งสัญญานั้นอีกต่อหนึ่ง โดยตัวอย่างของข้อบังคับพิเศษที่กฎหมายบังคับให้ทำ เช่น แบบ กรรมธรรม จดทะเบียน ฯลฯ แต่เนื่องจากมาตรา 109 ไม่ได้บัญญัติไว้ โดยเฉพาะว่า สิ่งที่กฎหมายบังคับไว้ให้ทำเป็นพิเศษเพื่อความบริบูรณ์ของสัญญานั้น หมายถึง เรื่องแบบเพียงอย่างเดียว จึงไม่อาจแปลความได้ว่ามาตรา 109 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ฉบับปีพ.ศ. 2466 หมายถึงเรื่องแบบหรือกรรมธรรมเท่านั้น เพราะกฎหมายประสงค์ให้หมายถึงบทกฎหมายทุกเรื่องที่ถูกกฎหมายบังคับให้ทำเพิ่มเป็นพิเศษนอกจากเจตนาของคู่สัญญา เพื่อความสมบูรณ์ของคู่สัญญา¹⁶ และเพื่อให้เห็นถึงความมุ่งหมายของมาตรา 109 ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น จึงสมควรพิจารณาตัวบทของมาตรา109 ซึ่งมาจากภาษาอังกฤษดังนี้

“ A contract is also void if it does not comply with any other condition required by law for its completion . ”¹⁷

โดยผลของโมฆะกรรมนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ได้กำหนดไว้ว่า

มาตรา112 “โมฆะสัญญานั้น ท่านว่าบุคคลผู้มีส่วนได้เสียจะพึงขอให้เพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้”

มาตรา113 “โมฆะสัญญานั้น ไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้”

มาตรา114 “ในการณ์เมื่อสัญญาใดสัญญาหนึ่งเพิกถอนเสียแล้ว ท่านบังคับว่าให้ผู้เป็นคู่สัญญาได้คืนยังฐานะเดิมเหมือนดังเมื่อแรกเข้าทำสัญญา ฤาเหมือน เมื่อ ขณะสัญญาเป็นโมฆะลงนั้น

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องคืนสินใช้แก่กันตามที่ตนได้รับชำระหนี้ไว้ฤาให้ค่าทดแทน ตามบทบัญญัติในลักษณะค้ำลาภมิควรได้นั้น”

อธิบายได้ว่า เมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียอาจเพิกถอนสัญญานั้นเมื่อใดก็ได้ และไม่อาจสัตยาบันแก่กันได้ โดยให้ถือว่าการเพิกถอนสัญญามีผลย้อนหลังขึ้นไปถึงขณะที่สัญญาเกิดผลเป็นโมฆะ ไม่ใช่ย้อนไปถึงเวลาที่ตั้งต้นทำสัญญากัน และในเมื่อสัญญาใดต้องเพิกถอนแล้วกฎหมายบังคับให้คืนสินใช้แก่กัน ซึ่งหมายความว่าต้องคืนวัตถุที่ประสงค์สินใช้ให้อีกฝ่ายตามจำนวนที่ตนรับไว้ ถ้าเป็นเรื่องทำการหรือไม่ทำการให้แก่กัน ถ้าส่งคืนตัวของได้ต้องคืน ถ้าคืนกันไม่ได้จะต้องคิดราคาของหรือให้ค่าทดแทน (Compensation) นอกจากจะต้องคืนตัวทรัพย์สิน วัตถุที่ประสงค์หรือให้ค่าทดแทน ให้ราคาแทนของกิจการแล้ว มาตรา114 บังคับให้คืนโดยวิธีตามบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้ โดยลาภมิควรได้ในมาตรา 114 หมายถึง นอกจากตัวทรัพย์สิน สินใช้ ที่คืนราคาหรือ

¹⁶ หลวงสารสาสน์ประพันธ์ (ชั้น จารุวัตร), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(เรียงมาตรา) ตอนที่3 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : http://203.131.219.173/rarebook/2550/049/01COVER_PAGE_XII.pdf [10 มีนาคม 2556]

¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

ราคาทดแทนแล้ว จะต้องพิจารณาเรื่องดอกเบี้ยและประโยชน์เกิดเป็นลาภมิควรได้อีกต่อหนึ่ง จะต้องส่งคืนถ้าสืบสมตามความในลักษณะนั้นๆ¹⁸

ต่อมาในปี พ.ศ.2468 ได้มีการตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับใหม่ขึ้น และได้ยกเลิกการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ.2466 ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ.2468 นี้ ได้มีบทบัญญัติในเรื่องแบบของนิติกรรมไว้ชัดเจนและเฉพาะเจาะจงกว่า มาตรา109 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ.2466 โดยบัญญัติไว้ที่ มาตรา 115 หรือตามมาตรา 152 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน

มาตรา 115 “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

โดยแบบตามมาตรา 115 หรือ มาตรา 152 นี้ เป็นแบบที่เป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม ถ้าไม่ทำตามให้ถูกต้องจะส่งผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ คือ กฎหมายจะไม่ยอมรับบังคับบัญชาให้¹⁹ โดยที่นิติกรรมประเภทใดจะต้องทำแบบอย่างไรย่อมจะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นเรื่องๆไป หากไม่มีกฎหมายบัญญัติก็เป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบซึ่งสมบูรณ์ด้วยการแสดงเจตนา เพราะฉะนั้นถ้านิติกรรมใดกฎหมายบัญญัติให้ต้องทำตามแบบแม้นิติกรรมนั้นจะมีการแสดงเจตนาถูกต้องครบถ้วนทุกประการแล้ว หากไม่ทำตามย่อมทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ คือ นิติกรรมนั้นเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้นไม่อาจให้สัตยาบันได้ แต่อย่างไรก็ตามแบบของนิติกรรมที่กฎหมายบังคับไว้เป็นเพียงพิธีการที่กฎหมายกำหนดเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม จึงไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ดังนั้น แม้นิติกรรมจะทำไมถูกต้องตามแบบการแสดงเจตนาที่เพียงไม่เกิดผลเป็นนิติกรรม โดยนิติกรรมตกเป็นโมฆะแต่อาจสมบูรณ์เป็นนิติกรรมแบบอื่นหรือชนิดอื่นซึ่งไม่มีแบบได้²⁰

โดยผลของโมฆะกรรมนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ. 2468 ได้กำหนดไว้ว่า

มาตรา133 “อันความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรมนั้น ท่านว่าบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะกล่าวอ้างขึ้นก็ได้”

¹⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁹ เสนีย์ ปราโมช , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม1 (ภาค1-2), (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 121.

²⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลา และ อายุความ)ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม(ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544), พิมพ์ครั้งที่10 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551) , หน้า 83.

มาตรา134 “โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้”

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายไม่มีบทบัญญัติเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินจากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะเหมือนอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ.2466 ทำให้การพิจารณาคดีของศาลในสมัยนั้นเลือกนำหลักกฎหมายเดิมมาใช้เพราะเห็นว่าน่าจะให้ความเป็นธรรมและตรงกับเรื่องมากกว่าทั้งในส่วนของประโยชน์หรือค่าทดแทนที่ได้รับมาจากการได้ใช้ทรัพย์สินที่ส่งมอบหรือจากการที่ได้ปฏิบัติตามสัญญาที่ตกเป็นโมฆะไปนั้นย่อมไม่อาจเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ได้ ประกอบกับกฎหมายต้องคำนึงถึงฝ่ายที่สุจริตไม่ให้อาจได้รับความเสียหายจากผลของโมฆะกรรมดังกล่าวมากเกินไปด้วย กฎหมายจึงต้องกำหนดให้คืนกันอย่างลวกมือได้ในส่วนนี้ โดยให้เหตุผลกันว่ากรณีดังกล่าวถือเป็นการที่คู่กรณีได้ไปซึ่งทรัพย์สินโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งเสียเปรียบบุคคลที่ได้ทรัพย์สินไปจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่เขา²¹

ต่อมา ได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และทำให้บทบัญญัติในเรื่องผลของโมฆะกรรมเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินได้ถูกนำกลับมาบัญญัติไว้อีกครั้ง โดยหากนิติกรรมตกเป็นโมฆะสิ่งที่ให้กันไปแล้วต้องคืนให้แก่กันตามบทบัญญัติว่าด้วยลวกมือได้ดังปรากฏในมาตรา172 จนมาถึงปัจจุบัน

มาตรา172 “โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้

ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลวกมือได้แห่งประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับ”

2.1.2 ความหมายและประเภทของแบบ

แบบ คือ วิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรม โดยอาจแบ่งได้เป็น 2 ความหมาย คือ²²

1. แบบในความหมายทั่วไป คือ วิธีแสดงเจตนาทำนิติกรรมทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามหลักอิสระในเรื่องแบบ คือ ผู้ทำนิติกรรมสามารถทำนิติกรรมโดยวิธีใดก็ได้ที่สามารถที่จะมีผลทาง

²¹ ปันโน สุขทรศนีย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, คณะนิติศาสตร์ คำสอนชั้นปริญญาตรี, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า146.

²² ศนันทกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 17, หน้า 84.

กฎหมายได้ตามที่ผู้ทำนิติกรรมประสงค์ไม่ว่าจะแสดงเจตนาด้วยวาจา กิริยาอาการหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม

2. แบบในความหมายเฉพาะ คือ วิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

2.1 วิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะตามมาตรา 152 เพราะฉะนั้นแบบในกรณีนี้จึงเป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมชนิดของแบบประเภทนี้ ได้แก่

(ก) แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

(ข) แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีกันเอง โดยการที่กฎหมายบังคับให้นิติกรรมต้องทำเป็นหนังสือ เพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่านิติกรรมเหล่านี้มีความสำคัญว่านิติกรรมธรรมดาทั่วไป เป็นนิติกรรมที่อาจก่อให้เกิดความผูกพันเป็นภาระแก่คู่กรณี จึงสมควรที่จะทำเป็นหนังสือ บันทึกข้อตกลงกันไว้ให้แน่นอนเพื่อให้เป็นหลักฐานอันมั่นคง ไม่เลือนลอยเหมือนอย่างตกลงด้วยวาจา เพราะฉะนั้นก่อนที่จะทำนิติกรรมจึงควรพิจารณาไตร่ตรองดูให้รอบคอบก่อนที่จะลงมือทำ และการบังคับให้ทำเป็นหนังสือนั้นย่อมเป็นประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีอีกด้วย²³

โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการทำเป็นหนังสือไว้ใน มาตรา 9 ว่า

“ เมื่อมีกิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ บุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น

ลายพิมพ์นิ้วมือ แงงไต ตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้นที่ทำลงในเอกสารแทนการลงลายมือชื่อ หากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนแล้วให้ถือเสมอกับลงลายมือชื่อ

ความในวรรคสองไม่ใช้บังคับแก่การลงลายพิมพ์นิ้วมือ แงงไต ตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้น ซึ่งทำลงในเอกสารที่ทำต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ ”

²³ จิต เศรษฐบุตร แก้วไข่มุขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า42. , เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (พระนคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 19-20.

ซึ่งมาตรา 9 ไม่ใช่เรื่องแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่เป็นส่วนสาระสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องแบบเพราะได้กล่าวถึงหลักทั่วไปในกรณีที่กฎหมายกำหนดบังคับให้การทำนิติกรรมใดจะต้องทำเป็นหนังสือจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมาตรา 9 ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็นสองตอน ตอนแรกคือข้อความในเอกสาร ส่วนตอนสองคือการลงลายมือชื่อ²⁴

ตอนแรก คือ ข้อความในหนังสือนั้นกฎหมายมิได้บังคับว่าผู้ทำหนังสือจะต้องเขียนหนังสือนั้นด้วยตนเอง บุคคลอื่นจึงสามารถเขียนให้ได้และข้อความที่เวลานี้จะเขียนด้วยลายมือหรือตัวพิมพ์ก็สามารถใช้ได้เช่นกันและไม่จำเป็นต้องเป็นภาษาไทยเท่านั้นจะเป็นภาษาอะไรก็ได้ ข้อสำคัญคือคู่กรณีจะต้องเข้าใจข้อความในเอกสารนั้นๆ และข้อความที่ทำเป็นหนังสือนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าต้องมีอะไรบ้างแต่ต้องเข้าใจว่าต้องมีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมแต่อย่างใดก็ตามไม่จำเป็นต้องระบุว่านิติกรรมที่สร้างขึ้นเป็นนิติกรรมชนิดไหนแต่มีข้อยกเว้นสำหรับนิติกรรมบางชนิดซึ่งกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือทั้งได้ระบุให้ใส่ข้อความอะไรบ้าง เช่น เรื่องตัวเงินและเรื่องพินัยกรรม

ตอนสอง คือ การลงลายมือชื่อ เรื่องลายมือชื่อตามกฎหมายเก่าไทยไม่ได้มีความเคร่งครัดมากนัก ถึงขนาดกล่าวว่ายกเลิกลายมือแกงไตขีดเขียนอะไรก็ได้²⁵ แต่เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ทำนิติกรรมต้องลงลายมือชื่อของตนด้วยตนเอง โดยถ้าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวก็ต้องมีการลงลายมือชื่อของผู้ทำนิติกรรมฝ่ายเดียว หากเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายก็ต้องลงลายมือชื่อของผู้ทำนิติกรรมหลายฝ่ายนั้น โดยลายมือชื่อที่ลงคือลายเซ็นของบุคคลผู้ทำเอกสารนั้นกฎหมายได้มีการผ่อนผันว่าหากบุคคลใดไม่อาจลงลายมือชื่อได้หรือลงได้แต่ไม่ประสงค์จะลงบุคคลนั้นสามารถใช้ลายพิมพ์นิ้วมือ แกงไต ตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้นแทนการลงลายมือชื่อได้แต่ต้องมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนจึงจะถือเสมือนหนึ่งการลงลายมือชื่อ โดยผู้รับรองหรือพยานต้องรู้ว่าตนได้ลงลายมือชื่อเพื่อรับรองการลงลายพิมพ์นิ้วมือหรือเครื่องหมายแต่ไม่จำเป็นต้องรู้ถึงข้อความในเอกสาร

(ค) กรณีอื่นๆที่กฎหมายกำหนดว่าถ้าไม่ทำตามวิธีการที่บังคับไว้แล้วนิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ เช่น บทบัญญัติในเรื่องพินัยกรรม

2.2 วิธีการที่กฎหมายกำหนดให้ทำแต่มีได้กำหนดผลไว้โดยเฉพาะว่าถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นโมฆะหรือไม่นั้น ในกรณีนี้นักกฎหมายยังมีความเห็นไม่ลงรอยกัน โดยแยกความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย

²⁴ ปันโน สุขทรศนีย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, หน้า 72, จีดี เศรษฐบุตร **แก้ไขเพิ่มเติมโดย** **दारारพร ธีระวัฒน์**, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า 43-44.

²⁵ พระสารสาสน์ประพันธ์ (เซ็น จารุวิสต์), กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร(หนังสือ), (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2554), หน้า 79.

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดวิธีการให้ทำไว้โดยเฉพาะแล้วแม้จะไม่ได้กำหนดผลว่าให้เป็นโมฆะเมื่อไม่ทำตามวิธีการดังกล่าวก็ตาม แต่ถ้าผู้ทำนิติกรรมมิได้ทำตามที่กฎหมายกำหนดแล้วนิติกรรมนั้น ย่อมตกเป็นโมฆะตามหลักทั่วไปใน มาตรา152 เสมอ

ความเห็นฝ่ายที่สองเห็นว่า เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนในเรื่องการไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะแล้วก็จะมาอาศัยหลักทั่วไปคือมาตรา 152 ให้มีผลเป็นโมฆะไม่ได้แต่จะมีผลไปตามแต่กรณี ชนิดของแบบประเภทนี้ ได้แก่

- (ก) แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีเอง
- (ข) แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น คำคัดค้านตัวแลกเงิน มาตรา960-962
- (ค) แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น การสมรส มาตรา 1457,1458 การหย่ามาตรา1515 เป็นต้น
- (ง) แบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน โดยการแสดงเจตนาทำนิติกรรมบางประเภท แม้คู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมกันแล้ว หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือต่อกันแล้วก็ตาม แต่นิติกรรมที่ได้ทำต่อกันนั้นยังไม่สมบูรณ์ เว้นแต่จะได้ส่งมอบทรัพย์สินต่อกัน กล่าวคือ ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน คือ ยื่นทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่กัน ตราบนั้นสัญญาก็ไม่เกิดขึ้น ไม่บริบูรณ์ ไม่สมบูรณ์ หรือเป็นโมฆะ โดยวิธีการส่งมอบทรัพย์สินนี้อาจเป็นการส่งมอบทรัพย์สินกันโดยตรงหรืออาจส่งมอบโดยวิธีอื่น ไม่จำเป็นต้องมีการเอามือมาจับทรัพย์สินแล้วยกมาส่งให้อีกฝ่ายหนึ่งจริงๆ เพราะทรัพย์สินบางอย่าง เช่น รถยนต์หรือของหนักอื่นๆ ย่อมทำเช่นนั้นไม่ได้ ดังนั้นการส่งมอบทรัพย์สินจึงอาจเป็นการส่งมอบโดยปริยาย คือ ทำอาภักปกริยาแสดงให้เห็นว่าทรัพย์สินนั้นได้อยู่ในครอบครองของอีกฝ่ายหนึ่งก็พอแล้ว เช่น ส่งมอบกุญแจรถยนต์ เป็นต้น²⁶ โดยมีนิติกรรมหรือสัญญาอยู่ 6 ประเภทที่จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นๆ ได้แก่ สัญญาให้มาตรา523 สัญญายืมใช้คงรูปมาตรา641 สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองมาตรา650 สัญญาฝากทรัพย์สินมาตรา657 สัญญาจำนำมาตรา747 สัญญาเก็บของในคลังสินค้ามาตรา771 โดยแบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินแยกพิจารณาได้เป็น

(ง.1) การส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรม

(ง.2) การส่งมอบในกรณีอื่นๆ

²⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร แก้วไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่7, หน้า42.

2.1.3 วัตถุประสงค์ในการกำหนดแบบของนิติกรรม

การที่กฎหมายกำหนดแบบของนิติกรรมไว้ในนิติกรรมบางประเภทนั้นเนื่องจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายมีความประสงค์ให้เกิดความเป็นระเบียบของสังคมและในนิติกรรมบางประเภทเป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญอันควรจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียพิเศษและเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม อันจะนำมาซึ่งประโยชน์สุขของรัฐ ประชาชน และตัวผู้ทำนิติกรรมรวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้อง²⁷ ดังนั้นวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการกำหนดแบบของนิติกรรมจึงอาจแยกพิจารณาได้ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลผู้ทำนิติกรรม

การที่กฎหมายกำหนดเรื่องแบบของนิติกรรมอันเป็นการจำกัดเสรีภาพการแสดงออกในเรื่องแบบเพื่อให้คู่กรณีมีเวลาไตร่ตรองให้รอบคอบเสียก่อนที่จะทำนิติกรรมให้เกิดผลผูกพันขึ้นมาและยิ่งนิติกรรมใดที่มีความสำคัญกฎหมายก็จะกำหนดแบบให้มีความยุ่งยากมากขึ้นเพื่อให้คู่กรณีได้ทบทวนให้ดีก่อนที่จะเข้าทำนิติกรรมเพราะแบบนี้ในอนาคตมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องในการตรวจสอบของการทำนิติกรรมเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีไม่ได้เปรียบเสียเปรียบซึ่งกันและกัน และการทำตามแบบยังสามารถนำมาเป็นหลักฐานว่าคู่กรณีได้ทำนิติกรรมนั้นๆขึ้นต่อกันแล้วหมดปัญหาที่จะต้องมาถกเถียงกันระหว่างคู่กรณีถึงความมีอยู่ของนิติกรรมและยังมีประโยชน์เพื่อความสะดวกในการโอนสิทธิของนิติกรรม

2. เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอก

โดยการทำตามแบบจะเป็นการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกหรือประชาชนทั่วไปรู้ว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้นขึ้น ในกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนได้เสียย่อมขอตรวจสอบดูได้จากทะเบียนที่ทางราชการรักษาไว้ได้

3. เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ

เนื่องจากรัฐสามารถควบคุมดูแลการทำนิติกรรมต่างๆได้เพื่อไม่ให้มีการทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบให้การทำนิติกรรมต้องนำมาจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และยังมีประโยชน์เพื่อความสะดวกในการควบคุมการจัดเก็บภาษีอากร และหากมีคดีความเกิดขึ้นระหว่าง

²⁷ ไซยยศ เหมรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 239.

คู่กรณีที่เกิดจากการทำนิติกรรมรัฐสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้สะดวกและรวดเร็ว ยิ่งกว่าคดีที่พิสูจน์ข้อเท็จจริงกันด้วยพยานบุคคล²⁸

2.1.4 ผลของการไม่ทำตามแบบ

เมื่อนิติกรรมไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมส่งผลให้นิติกรรมไม่อาจเกิดผลได้เต็มความสมบูรณ์ของนิติกรรมแต่จะเกิดผลเป็นอย่างไรได้ ในที่นี้จะพิจารณาเฉพาะผลในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้นโดยอาจแยกพิจารณาเป็นสองกรณี คือ²⁹

1. กรณีของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบอันเป็นแบบที่มีลักษณะเป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม ตามมาตรา152 บัญญัติให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะซึ่งผลของการเป็นโมฆะนั้นจะก่อให้เกิดผลประการใดตามมาอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1.1 เมื่อนิติกรรมทำไม่ถูกต้องตามแบบส่งผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ คือนิติกรรมย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่นั้น บุคคลใดจะให้สัตยาบันหรือมาฟ้องร้องบังคับให้ทำตามแบบใหม่โดยอาศัยข้อตกลงเดิมไม่ได้

1.2 นิติกรรมที่ผิดแบบตกเป็นโมฆะอาจสมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่นได้ เมื่อนิติกรรมนั้นเข้าแบบนิติกรรมอื่นหรือนิติกรรมอื่นนั้นไม่มีแบบ

1.3 เมื่อนิติกรรมตกเป็นโมฆะแล้ว สิ่งที่ได้ให้กันไปก็ต้องคืนให้แก่กันตามบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้

1.4 แม้นิติกรรมจะทำผิดแบบตกเป็นโมฆะแต่ไม่เกี่ยวกับแบบแห่งความสมบูรณ์ของทรัพย์สิน เช่น การซื้ออสังหาริมทรัพย์แต่ไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดอันมีผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะตาม มาตรา456 แต่ผลในทางกฎหมายอาจทำให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์หรือได้สิทธิครอบครองเพราะถือว่าเจ้าของได้สละการครอบครองในอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว³⁰

²⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและ อายุความ) ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม(ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544), พิมพ์ครั้งที่10, หน้า 79.

²⁹ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 17, หน้า 92.

³⁰ ไชยศ เหมรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 264.

2. กรณีของแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีอื่นและกำหนดให้ผลเป็นอย่างอื่น นอกจากการเป็นโมฆะ ผลของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบย่อมเป็นไปตามแต่กรณีนั้น ซึ่งผลของแบบในกรณีนี้ยังมีปัญหาให้ต้องพิจารณาเนื่องจากบางนิติกรรมกฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำตามแบบไว้อย่างชัดเจน

2.1.5 การกระทำซึ่งไม่ใช่แบบของนิติกรรม

1. ความตกลงให้ทำสัญญาเป็นหนังสือ

มาตรา 366 วรรค2 บัญญัติว่า “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ร้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีสัญญาดต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ”

ในกรณีที่ถ้าได้ตกลงกันไว้ก่อนแล้วว่า สัญญาที่จะทำระหว่างกันนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือถ้ายังไม่ทำแล้วกรณีเป็นที่สงสัยว่าสัญญาเกิดหรือไม่ต้องถือว่าสัญญายังไม่เกิดแต่ไม่ได้หมายความว่าหากไม่ได้มีการทำสัญญาเป็นหนังสือแล้วสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะหรือสัญญายังไม่เกิดเสมอไปเพราะหนังสือตามความหมายของมาตรา 366 วรรค2 ไม่ใช่แบบของนิติกรรมที่กฎหมายบังคับไว้ให้ทำ แต่มาตรา 366 วรรค2 เป็นบทบัญญัติที่แสดงถึงข้อสันนิษฐานของกฎหมายในกรณีที่มีการสงสัยเท่านั้นซึ่งหากชัดเจนอยู่แล้วว่าต้องทำเป็นหนังสือก่อนสัญญาจึงจะเกิดก็ต้องเป็นไปตามนั้น แต่ถ้าตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะต้องทำเป็นหนังสือแต่ภายหลังไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือขึ้นแล้วมีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาไปทั้งสองฝ่ายถือว่ามีข้อตกลงใหม่ไปยกเลิกข้อตกลงที่ต้องทำเป็นหนังสือจะสันนิษฐานว่าสัญญาไม่เกิดไม่ได้³¹

เพราะฉะนั้นผลของการไม่ทำตามการกระทำซึ่งไม่ใช่แบบของนิติกรรม ในกรณีของความตกลงให้ทำสัญญาเป็นหนังสือตราบใดที่ยังไม่ได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือตามเจตนาของคู่สัญญาแล้ว สัญญาก็เพียงยังไม่เกิดขึ้น สัญญาไม่ได้ตกเป็นโมฆะเพราะทำไม่ถูกต้องตามแบบ

³¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลา และ อายุความ)ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม(ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544), พิมพ์ครั้งที่ 10 ,หน้า 85. ,ศันนัทกรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 16 , หน้า 323-324.

2. หลักฐานเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักฐานเป็นหนังสือไม่ใช่เรื่องแบบของนิติกรรมแต่กฎหมายต้องการให้ทำหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อความแน่นอนเช่นเดียวกับเรื่องแบบแห่งนิติกรรมเพื่อป้องกันการทำพยานหลักฐานเท็จและทำให้เกิดความแน่นอนในหลักฐานการพิสูจน์ว่าสัญญานั้นมีอยู่หรือไม่ประการใด และมีให้ผิดขึ้นศาลโดยไม่จำเป็นเพราะถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ กฎหมายห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดีรวมถึงการต่อสู้คดีด้วย เพราะการบังคับคดีย่อมทำได้ด้วยกันทั้งสองฝ่าย แต่ถ้าการกระทำหรือข้อตกลงใดที่กฎหมายมิได้บัญญัติบังคับว่าต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ต่อกันแล้ว การกระทำหรือข้อตกลงนั้นแม้มิได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ต่อกันก็ใช้บังคับกันได้ ฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ โดยการทำหลักฐานเป็นหนังสือนี้ตกอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 9 ด้วยเช่นกัน และกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าหลักฐานเป็นหนังสือต้องมีข้อความอย่างไร เพราะฉะนั้นหลักฐานเป็นหนังสือจึงเพียงแต่มีลักษณะที่เป็นหลักฐานบนกระดาษว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้นขึ้นจริง มีข้อความบ่งชี้ให้เห็นว่าเป็นสัญญานั้นๆ หลักฐานนั้นจะเป็นอะไรก็ได้ อาจเป็นหนังสือที่สร้างขึ้นเฉพาะเพื่อการนั้น หรืออาจเป็นจดหมาย บันทึกข้อความหรือการทำให้เป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะอื่นใดที่เป็นหลักฐานว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้นๆ ที่สำคัญคือในเอกสารดังกล่าวจะต้องมีการลงลายมือชื่อของฝ่ายผู้ที่ต้องรับผิดชอบ หมายความว่า ถ้าต้องการจะฟ้องร้องใครต้องมีลายมือชื่อของผู้ถูกฟ้องกำกับอยู่แต่ถ้าลงลายมือชื่อด้วยกันทั้งสองฝ่ายก็สามารถฟ้องบังคับตามสัญญาได้ทั้งสองฝ่าย และลายมือชื่อดังกล่าวต้องเป็นลายมือชื่อที่แท้จริง มีการลงนามกันจริงๆ เท่านั้น โดยหลักฐานเป็นหนังสือนี้อาจจะทำในขณะที่ทำนิติกรรมหรือมีขึ้นภายหลังทำนิติกรรมแล้วยอมได้ แต่ต้องมีก่อนที่จะฟ้องร้องต่อสู้คดีกัน³²

แต่แม้ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมตกเป็นโมฆะหรือนิติกรรมนั้นยังไม่เกิดขึ้น ไม่ได้กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของนิติกรรม สิ่งใดอันได้ให้แก่กันแล้วจะเรียกคืนไม่ได้เพราะการให้แก่กันนั้นถือว่าเป็นการชำระหนี้ตามนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่โดยสมบูรณ์ เพราะเมื่อคู่กรณียอมปฏิบัติต่อกันตามนิติกรรมนั้นโดยสมัครใจ นิติกรรมนั้นย่อมมีผลใช้ได้ตามกฎหมายและแม้จะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบแต่ถ้ามีการวางมัดจำหรือมีการชำระหนี้บางส่วน ในบางกรณีกฎหมายให้ถือเอาการกระทำเหล่านั้นมีค่าเทียบเท่ากับการมีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้โดยอาศัยการมีมัดจำหรือการชำระหนี้บางส่วน ดังเช่นกรณีมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม เป็นต้น³³ เพราะฉะนั้นเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือจึงเป็นเรื่องของพยานหลักฐานเป็นสำคัญซึ่งเรื่องของพยานหลักฐานนี้ไม่ใช่แบบแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม

³² ศนันทกรณ์ (จำปี) โสถพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 17, หน้า 92-93.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 95.

โดยกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบเพื่อการฟ้องร้องบังคับคดี ได้แก่ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ไม่เกินสามปีตามมาตรา 538 สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษและค้ำประกันสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามมาตรา 456 วรรคสอง สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ธรรมดาที่มีราคาเกินกว่า 20,000 บาทขึ้นไปตามมาตรา 456 วรรคสาม สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าสองพันบาทตามมาตรา 653

อนึ่ง ในส่วนของสัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบของนิติกรรมไว้แต่คู่สัญญาได้ตกลงกันที่จะมาทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดในภายหลังเพื่อให้สัญญามีผลตามกฎหมาย หากภายหลังคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเลยเสียไม่มาทำตามแบบตามที่ตกลงกันไว้ คู่สัญญาอีกฝ่ายจะสามารถบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องมาทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดได้หรือไม่ เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ และสัตว์พาหนะตามมาตรา 456 สัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 สัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ และสัตว์พาหนะตามมาตรา 525 เป็นต้น สัญญาเหล่านี้กฎหมายกำหนดแบบว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องทำหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

เมื่อพิจารณาแล้วกรณีเหล่านี้คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 213 วรรคหนึ่งและวรรคสอง มาบังคับใช้กับคู่สัญญาที่ผิดสัญญาได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีหน้าที่จะต้องมาทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด แต่หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน กล่าวคือ ไม่มาทำตามแบบตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ ย่อมสามารถใช้คำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ที่ผิดสัญญาเพื่อที่จะได้เกิดเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ หรือสัญญาให้ที่มีผลทางกฎหมายโดยสมบูรณ์ต่อไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 วรรคสอง

เพราะฉะนั้นกรณีของสัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบของนิติกรรมไว้และคู่สัญญาได้ตกลงกันที่จะมาทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดในภายหลังเพื่อให้สัญญามีผลตามกฎหมาย แต่หากภายหลังคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเลยเสียไม่มาทำตามแบบตามที่ตกลงกันไว้ คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมอาศัยมาตรา 213 โดยใช้คำพิพากษาแทนแสดงการเจตนาเพื่อให้เกิดผลเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ได้ จึงไม่เกิดประเด็นปัญหาที่จะต้องนำมาพิจารณาแต่อย่างใด

2.2 ลักษณะ และปัญหากฎหมายเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดของนิติกรรมตามระบบกฎหมายไทย

2.2.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง

2.2.1.1 ความหมายและลักษณะ

หนี้ตามความคิดในสมัยโบราณเป็นเรื่องที่มีความผูกพันกันเฉพาะตัวใครที่ก่อความผูกพันเป็นเจ้าของหนี้ลูกหนี้กันไว้มีแต่เฉพาะเจ้าหนี้เท่านั้นที่จะสามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ เนื่องจากสมัยก่อนหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้การบังคับชำระหนี้สามารถบังคับจากเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ความคิดในสมัยก่อนถือว่าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้จะโอนให้แก่ใครไม่ได้ ใครเป็นเจ้าหนี้ก็ต้องผูกพันต่อลูกหนี้คนนั้นเป็นการเฉพาะตัว แต่เมื่อเวลาผ่านไปความคิดในเรื่องการบังคับชำระหนี้เอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้หมดไป ดังนั้นตามหลักกฎหมายลักษณะหนี้ในปัจจุบัน หนี้ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ คือ เป็นความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ แต่การบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ทำได้เฉพาะในทางทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้นจะบังคับเอาแก่เนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ไม่ได้ อีกต่อไป เพราะฉะนั้นจึงทำให้เกิดความคิดว่าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อย่อมสามารถโอนกันได้และถือว่าสิทธิดังกล่าวของเจ้าหนี้ไม่ใช่สิทธิส่วนตัวที่จะต้องตายตามตัวเจ้าหนี้อีกต่อไป³⁴

ตามกฎหมายเก่าของไทยการโอนสิทธิเรียกร้องสามารถทำได้ในบางสัญญาเท่านั้น ได้แก่ สัญญากู้และสัญญาขายฝากทาส ซึ่งเป็นสัญญาที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีวิธีการโอนคือ เจ้าหนี้โอนหนังสือสัญญาหรือสารกรมธรรม์ให้แก่บุคคลภายนอก

เมื่อประเทศไทยมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 ได้บัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ในบรรพ 2 หนี้ ภาค 3 เรื่องการโอนหนี้ โดยในมาตรา 266 ได้วางหลักทั่วไปว่า

มาตรา 266 “บันดาสหิตของเจ้าหนี้และหน้าที่ของลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ นั้น ท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพหนี้ นั้นเองไม่เปิดช่องให้โอนกัน ฤการจะโอนนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย”

โดยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ.2466 กฎหมายบัญญัติให้ทั้งสิทธิของเจ้าหนี้และหน้าที่ของลูกหนี้สามารถโอนกันได้

³⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) พุทธศักราช 2478แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 936.

ต่อมาเมื่อได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ฉบับปี พ.ศ.2468 บทบัญญัติในเรื่องการโอนหน้าที่ของลูกหนี้ได้ถูกตัดออกไปเหลือเพียงการโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น โดยบัญญัติไว้ที่ บรรพ2 หนี้ ลักษณะ1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด4 โอนสิทธิเรียกร้อง ตั้งแต่มาตรา 303 ถึงมาตรา 313 โดยเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว อาจให้ความหมายของการโอนสิทธิเรียกร้องได้ว่า

การโอนสิทธิเรียกร้อง คือ ข้อตกลงซึ่งเจ้าหนี้นิยมนโอนสิทธิของตนซึ่งมีอยู่ต่อลูกหนี้ไปให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งจะเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทนตน ผู้ที่ทำการโอนสิทธิของตนไปนั้น เรียกว่าผู้โอน ซึ่งในการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเจ้าหนี้เป็นผู้ทำการโอนสิทธิ และผู้ที่ได้รับสิทธินั้นเรียกว่าผู้รับโอน และโดยหลักสิทธิเรียกร้องทุกประเภทย่อมโอนกันได้เว้นแต่สภาพแห่งสิทธินั้นจะไม่เปิดช่องให้โอน ส่วนลูกหนี้จะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการโอนเนื่องจากลูกหนี้ยังมีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้อยู่เช่นเดิม เว้นแต่จะเป็นกรณีของการโอนสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้จะเข้ามาเกี่ยวข้องจะต้องมีการแจ้งถึงการโอนให้ลูกหนี้ทราบ³⁵

โดยที่สิทธิเรียกร้องนั้นแม้จะถือเสมือนว่าเป็นทรัพย์สินแต่ก็เป็นสิทธิในลักษณะที่เป็นเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้นไม่ใช่ทรัพย์สิน เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้นโดยสัญญาเท่านั้นไม่อาจเกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายโดยเหตุที่ก่อให้เกิดการโอนสิทธิเรียกร้อง อาจแบ่งได้เป็น สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องโดยได้รับค่าตอบแทน หรือสัญญาซื้อขายสิทธิเรียกร้อง , สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือสัญญาให้สิทธิเรียกร้องโดยเสนหา , สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้³⁶

เมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์แล้วย่อมก่อให้เกิดผลตามมา 2 ประการ คือ

1. ผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทนที่ผู้โอน โดยทั่วไปผู้รับโอนจะกลายเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ใช้สิทธิต่างๆอย่างเดียวกับเจ้าหนี้ผู้โอนได้ และเมื่อหนี้ถึงกำหนดสามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามวัตถุประสงค์หรือจำนวนเท่าที่เป็นหนี้กันอยู่เดิม

³⁵ พระยาเทพวิฑูร(บุญช่วย วณิกกุล),ยล ธีรกุล ปรับปรุงโดย ตาราพร ธีระวัฒน์, ชวิน อุ่นภัทร , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ2 มาตรา194-353, (กรุงเทพมหานคร :กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 234. ,เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 228-229. ,ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, (กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา, 2549), หน้า 193.

³⁶ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสถถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 125-126.

2. ผู้รับโอนนอกจากที่จะได้รับสิทธิเรียกร้องอันเป็นสิทธิประธานมาแล้วยังได้สิทธิอันเป็นสิทธิอุปกรณ์มาด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 305

“เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี ย่อมตกไปได้แก่ผู้รับโอนด้วย

อนึ่งผู้รับโอนจะใช้บุริมสิทธิใด ๆ ที่ตนมีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในกรณีบังคับยึด”

โดยเป็นหลักธรรมดาทั่วไปที่เมื่อหนี้ประธานตกไปที่ไหน อุปกรณ์คือประกันทั้งหลายแห่งหนี้ย่อมจะตกตามไปด้วย ซึ่งเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญกับการแปลงหนี้ใหม่เพราะการแปลงหนี้ใหม่เป็นการระงับหนี้เก่าให้สิ้นไปประกันแห่งหนี้ย่อมจะระงับไปด้วย เว้นแต่จะตกลงกันให้ประกันแห่งหนี้ย่อมไปเป็นประกันในหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นด้วยตามมาตรา 352³⁷ แต่สำหรับการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ใช่เป็นการระงับหนี้แต่มีลักษณะเป็นการสงวนสิทธิไว้เพื่อให้โอนตกไปยังคนอื่นประกันทั้งหลายจึงโอนตามไปยังผู้รับโอน³⁸

2.2.1.2 วิธีการแสดงเจตนา

ตามกฎหมายเก่า ก่อนที่ประเทศไทยจะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สัญญาที่สามารถโอนสิทธิเรียกร้องกันได้มีแค่เพียงสัญญากู้และสัญญาขายฝากทาส โดยตามพระอัยการลักษณะกัณฑ์บทที่ 54 และอาณัติราชฎรับบทที่ 15 กำหนดให้เจ้าหนี้สามารถโอนสารกรมธรรม์ให้แก่บุคคลที่ 3 ได้ เพราะฉะนั้นการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายเก่าจึงสามารถโอนกันได้โดยการส่งมอบหนังสือสัญญาหรือสารกรมธรรม์ให้แก่กัน และศาลฎีกาในสมัยก่อนยังได้สร้างหลักเพิ่มเติมขึ้นมาอีกว่าการโอนสิทธิตามสัญญาสามารถทำได้ด้วยวาจาก็มีผลผูกพันบังคับกันได้ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนรวมทั้งไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้อีกด้วย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 136/120 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ก กับ ข ร่วมกันรับจำนำที่ดินแห่งหนึ่ง ต่อมา ก ตกลงโอนสิทธิตามสัญญาจำนำที่ดินให้แก่ ข ด้วยวาจา ศาลตัดสินการโอนนี้ใช้ได้ตามกฎหมาย³⁹ แต่ในเรื่องการแจ้งการโอนไปให้ลูกหนี้ทราบหรือให้ได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เสียก่อนกฎหมายเก่าดูเหมือนจะไม่มีรู้ถึงวิธีการเช่นนี้ ดังนั้นหากลูกหนี้

³⁷ มาตรา 352 “คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำหรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมนั้นไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้ เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม แต่หลักประกันเช่นว่านี้ ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซ้ ท่านว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงโอนได้”

³⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 981.

³⁹ หลวงประดิษฐ์พิจารณาการ, คำอธิบายกฎหมายมูลคดีสัญญา, (พระนคร : โรงพิมพ์กองละหุโทษ, ร.ศ. 129), หน้า 200-204. ,พระยามานรราชเสวี (ปลดทวีเชียร ณ สงขลา), เล็กเซอร์หัวข้อกฎหมายลักษณะมูลคดีสัญญา, (พระนคร : โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466), หน้า 149-150.

ต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้วทั้งหมดหรือบางส่วน ผู้รับโอนจะได้แต่ร้องขอให้ผู้โอนดำเนินคดีไปเองเท่านั้น เพราะฉะนั้นเพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นผู้รับโอนในสมัยก่อนนั้นจึงต้องรีบเร่งให้ลูกหนี้ใช้เงินเสียโดยเร็วก่อนที่ผู้โอนจะไม่ปรากฏตัวหรือหาตัวยากหรือปราศจากเสียซึ่งทรัพย์สิน⁴⁰

ต่อมาเมื่อประเทศไทยมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับแรกใช้ในปี พ.ศ.2466 ในเรื่องวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องวิธีการไว้ แม้การที่มาตรา 276⁴¹ จะบัญญัติให้ผู้โอนมีหน้าที่ต้องส่งมอบหลักฐานแห่งสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้รับโอนเมื่อได้รับการร้องขอ แต่เอกสารเหล่านี้ไม่ใช่วิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำในการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะการที่จะทำเอกสารเหล่านี้ขึ้นหรือไม่ ไม่ได้มีผลต่อการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนที่เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ไปแล้ว เนื่องจากผู้โอนจะต้องส่งมอบเอกสารหลักฐานเหล่านี้ก็เฉพาะแต่เมื่อผู้รับโอนร้องขอและถ้าผู้รับโอนไม่ร้องขอผู้โอนก็ไม่ต้องจัดทำเอกสารดังกล่าว แต่หากจะยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกนั้นกฎหมายกำหนดวิธีไว้คือจะต้องบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้หรือให้ลูกหนี้ตกลงแก่การโอนนั้นตามมาตรา 271⁴²

เมื่อมีการยกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ.2466 และประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ.2468 ซึ่งตามที่อ้างของกรมร่างกฎหมายหลักในเรื่องวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายสวิส ซึ่งในปัจจุบันเรื่องวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องยังไม่มีเปลี่ยนแปลง โดยวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันตามมาตรา 306 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ”

⁴⁰ ร.แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 235.

⁴¹ มาตรา 276 “ถ้าผู้รับโอนร้องขอ ผู้โอนสิทธิต้องส่งเอกสารการโอนให้แก่ผู้รับโอนพร้อมด้วยเอกสารทั้งหลายซึ่งสำแดงสิทธินั้นตามที่ตนมีอยู่

อนึ่งผู้โอนต้องส่งทั้งหลักฐานอื่นที่ตนมีอยู่เป็นเอกสารก็ตราบเท่าเป็นข้อความที่ตนรู้จักดีบันดาซึ่งควรแก่การที่จะเรียกให้ชำระหนี้ตามสิทธิที่ได้โอนนั้นให้แก่ผู้รับโอนด้วยเหมือนกัน”

⁴² มาตรา 271 “การโอนสิทธิเรียกร้องจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่ลูกหนี้ถ้าบุคคลภายนอกไม่ได้จนกว่าผู้โอนจะได้บอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปถึงลูกหนี้ถ้าลูกหนี้จะได้ตกลงแก่การโอนนั้น”

ถ้าลูกหนี้ได้ทำให้พอแก่ใจผู้โอนโดยใช้เงินตราโดยประการอื่นก่อนได้รับบอกกล่าวฤก่อนได้ตกลงแก่การโอนลูกหนี้นั้นได้ชื่อว่าหลุดพ้นจากหนี้โดยชอบ”

โดยกฎหมายกำหนดวิธีของการโอนสิทธิเรียกร้องแยกเป็นสองตอน คือ ตอนแรกการทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน ส่วนตอนที่สองการทำเป็นหนังสือในการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือลูกหนี้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยผู้เขียนจะขอแยกพิจารณาในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาในแต่ละตอน ดังนี้

1. วิธีการแสดงเจตนาในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน

มาตรา 306 วรรคหนึ่ง กำหนดวิธีการแสดงเจตนาของการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนว่าต้องทำเป็นหนังสือถ้าไม่ทำจะส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์ โดยที่มาของการโอนสิทธิเรียกร้องที่ต้องทำเป็นหนังสือสืบเนื่องมาจาก ตามกฎหมายสมัยเก่าเมื่อผู้ฟ้องเรียกเงินกู้ตามกรรมธรรม์ซึ่งไม่ปรากฏชื่อผู้ฟ้องศาลต้องพิจารณาว่ามีการโอนกันจริงหรือไม่หากได้ความปรากฏว่าเจ้าหนี้มิได้โอนกรรมธรรม์ให้ และบุคคลผู้อ้างว่าได้รับโอนมาเรียกร้องให้ลูกหนี้ใช้เงินโดยไม่มีสิทธิเช่นนี้ ต้องลงโทษเขียนบุคคลผู้อ้างนั้นด้วยหยาบ30ที และปรับเป็น2เท่าของจำนวนเงินที่ปรากฏในกรรมธรรม์ เงินจำนวนนี้ครึ่งหนึ่งจะได้ส่งให้แก่เจ้าหนี้และครึ่งหนึ่งส่งเข้าท้องพระคลัง เพื่อตัดปัญหานี้กฎหมายปัจจุบันจึงบังคับให้การโอนหนี้ต้องทำเป็นหนังสือ⁴³

ส่วนตามรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมายที่ประชุมได้ตกลงกันว่าการโอนหนี้และความยินยอมของลูกหนี้ควรจะต้องบังคับให้ทำเป็นหนังสือเพื่อป้องกันการฉ้อโกง⁴⁴

เมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนกฎหมายบัญญัติให้ทำเป็นหนังสือแต่กฎหมายไม่ได้กำหนดถึงวิธีการทำเป็นหนังสือว่าต้องทำอย่างไรแม้จะมีมาตรา 9 วรรคหนึ่งที่บัญญัติว่า

“เมื่อมีกิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือบุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น”

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของมาตรา9 ก็หาได้ให้ความชัดเจนเพียงพอถึงการทำเป็นหนังสือ เพราะยังไม่สามารถบอกได้ว่าวิธีการทำเป็นหนังสือนั้นต้องทำอย่างไร ด้วยเหตุนี้จึงมีนักกฎหมายรวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้ความหมายและลักษณะในเรื่องวิธีการทำเป็นหนังสือของการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนไว้แตกต่างกัน ดังนี้

⁴³ ร.แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 235-236.

⁴⁴ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ฎกรร่างกฎหมาย ทำซ้ำวังน้ำ วันที่18 กันยายน 2468, สดก3(1) เล่ม5(2)-(3)(รหัสไมโครฟิล์ม ม-สดก3) (กรุงเทพมหานคร: หอจดหมายเหตุ, 2468), หน้า 691-692.

ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร⁴⁵ “...การโอนจะต้องทำเป็นหนังสือ หมายความว่า ทั้งผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องทำข้อตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร...”

ศาสตราจารย์ จิต เศรษฐบุตร⁴⁶ “...การโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็น หนังสือ นั้น หมายถึง การโอนระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอนว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันแล้ว ทั้งนี้โดย ทั้งสองฝ่ายต่างยินยอม...”

เลิศชาย จิวะชาติ⁴⁷ “...เมื่ออ่านข้อความโดยตลอดแล้วพอ เข้าใจได้ว่าเป็นหนังสือสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว แม้จะขาดข้อความอันเป็นสาระสำคัญอย่างใด อย่างหนึ่งไป เช่น ไม่อาจหยั่งทราบได้ว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้ หรือให้แทนการชำระหนี้ก็น่าจะถือเป็นหนังสือสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องได้...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3033/2550 “ป.พ.พ. มาตรา 306 ได้บัญญัติถึง วิธีการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ว่า การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ ซึ่งโจทก์มีหนังสือแจ้งการโอนสิทธิเอกสารหมาย จ.7 เป็น หลักฐานที่อ้างว่าธนาคาร ด. ได้โอนสิทธิเรียกร้องที่ธนาคาร ด. มีต่อจำเลยให้แก่โจทก์แล้ว เมื่ออ่าน ข้อความทั้งหมดและพิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาแล้ว พึงได้ว่าเอกสารหมาย จ.7 เป็นหนังสือโอนสิทธิ เรียกร้องตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเอกสารหมาย จ.7 มีข้อความระบุถึงหนี้ที่มีการโอนสิทธิ เรียกร้องกันไว้แต่เพียงว่า “รายละเอียดของสัญญาสินเชื่อและสัญญาหลักประกันที่ธนาคารได้ออนให้ ผู้รับโอน รวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะสัญญาและเอกสารดังกล่าวต่อไปนี้” ซึ่งข้อความดังกล่าวไม่อาจ เข้าใจความหมายได้ว่าหมายถึงหนี้สินเชื่อประเภทใดบ้าง เพียงแต่มีข้อความต่อไปว่า “หนังสือสัญญา เบิกเงินเกินบัญชี ฉบับลงวันที่ 3 มีนาคม 2537” มิได้มีข้อความใดกล่าวถึงหนี้ตามสัญญาเลตเตอร์ออฟ เครดิตและสัญญา ทรัสต์รีซีทตามที่โจทก์ฟ้อง จึงไม่อาจแปลความหมายได้ว่า ข้อความดังกล่าวรวมถึง หนี้ตามฟ้องด้วย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบตามสัญญา”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5065/2547 “พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจ หลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 67 ตรี วรรคสอง บัญญัติว่าเมื่อได้รับความ เห็นชอบการโอนกิจการจากรัฐมนตรีแล้วให้ดำเนินการโอนกิจการได้โดยการโอนสิทธิเรียกร้องในการ โอนกิจการนี้ไม่ต้องบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 แต่ไม่กระทบกระเทือน

⁴⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ , 2554), หน้า 447.

⁴⁶ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 181.

⁴⁷ เลิศชาย จิวะชาติ, “หลักการโอนสิทธิเรียกร้องอันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง:วิเคราะห์ถึงพัฒนาการ ของแนวความคิดในการโอนสิทธิเรียกร้องตลอดจนกระบวนการ(PROCESS)และผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง,” (นิติศาสตร์ มหามบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 187.

สิทธิของลูกหนี้ที่จะยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 308 วรรคสอง ดังนั้นเมื่อได้ความว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยเห็นชอบการดำเนินการตามโครงการรวมกิจการระหว่างธนาคาร ส. ใจท์และบริษัทเงินทุน2บริษัทโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวตามมาตรา67 จัตวา และพ.ร.บ.การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 38 จัตวาจึงเป็นการรวมกิจการโดยผลของกฎหมาย มิใช่การรวมกิจการและโอนสิทธิเรียกร้องโดยทั่วไปไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือและบอกกล่าวการโอนไปยังจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นลูกหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 306”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7020/2546 “การที่สาระในหนังสือมอบอำนาจให้ผู้คัดค้านรับเงินจาก กฟภ. แทนลูกหนี้ จะไม่ยกเลิกเพิกถอนการมอบอำนาจนี้จนกว่าผู้คัดค้านจะได้รับเงินทั้งหมดจนครบถ้วน เนื่องจากลูกหนี้ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากผู้คัดค้านในรูปของสินเชื่อประเภทต่างๆจึงถือได้ว่าข้อตกลงในหนังสือดังกล่าวมีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องอันจะพึงต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แม้มิได้มีการระบุว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องโดยตรงก็สมบูรณ์ตามมาตรา306 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

จากความเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่ามีความเห็นว่าการวินิจฉัยถึงลักษณะของเนื้อหาในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องแบ่งได้เป็นสองแนวทาง

แนวทางที่ 1 คือ เนื้อหาในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องไม่ต้องการตกลงโดยชัดแจ้งเพียงแค่ว่าเมื่ออ่านข้อความโดยตลอดแล้วพอเข้าใจได้ว่าเป็นหนังสือสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องย่อมเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องที่ชอบด้วยกฎหมาย

แนวทางที่ 2 คือ เนื้อหาในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องต้องการตกลงโดยชัดแจ้งและมีรายละเอียดที่สำคัญของการโอนสิทธิเรียกร้องหากขาดรายละเอียดบางอย่างที่สำคัญไปย่อมทำให้หนังสือนั้นไม่เป็นหนังสือการโอนสิทธิเรียกร้องที่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ จึงทำให้เกิดข้อสงสัยว่าในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องมีเนื้อหาลักษณะอย่างไรจึงจะทำให้หนังสือที่ทำขึ้นนั้นเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย สามารถใช้บังคับได้และเกิดเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่สมบูรณ์ขึ้น

นอกจากนี้ในเรื่องการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนยังมีปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เรื่องการลงลายมือชื่อในหนังสือว่าใครจะต้องเป็นผู้ลงลายมือชื่อบ้าง ซึ่งมีนักกฎหมายที่ให้ความเห็นแตกต่างกันไป คือ

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า การทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนนั้นเพียงแต่ลงลายมือชื่อของผู้โอนฝ่ายเดียวการโอนสิทธิเรียกร้องก็เป็นอันสมบูรณ์โดยมีการให้เหตุผลที่แตกต่างกันไป ดังนี้ คือ

ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร⁴⁸ “...การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการโอนเป็นหนังสือก็เพื่อให้เป็นหลักฐานที่เชื่อถือได้ ดังนั้นการลงชื่อโดยผู้โอนซึ่งเป็นผู้เสียผลประโยชน์ย่อมเป็นที่น่าเชื่อถือได้แล้ว...”

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ จุฑา กุลบุศย์⁴⁹ “...เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวไม่ใช่สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนทั้งสองฝ่าย เพียงแต่ลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวซึ่งเป็นผู้ทำหนังสือหรือผู้แสดงเจตนาออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรก็เพียงพอ กรณีไม่เหมือนสัญญาให้หรือสัญญาเช่าซื้อ ที่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 9 ก็มีได้ระบุนว่าการใดที่กฎหมายให้ทำเป็นหนังสือต้องลงชื่อทั้งสองฝ่าย เพียงแต่ระบุให้ลงชื่อผู้ทำตราสารนั้นเอง...”

ศานติ⁵⁰ “...การโอนหนี้ไม่ใช่นิติกรรมฝ่ายเดียว จึงต้องมีผู้โอนและผู้รับโอนอันเป็นสัญญาระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน แต่การแสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกันจนเกิดเป็นสัญญานั้น กฎหมายมิได้บังคับว่าผู้แสดงเจตนาจะต้องลงชื่อด้วยกันทุกฝ่ายเสมอไป หนังสือโอนหนี้เป็นแบบของนิติกรรม มิใช่องค์ประกอบของการแสดงเจตนา เมื่อผู้โอนกับผู้รับโอนตกลงโอนหนี้ให้แก่กัน และผู้โอนลงชื่อในหนังสือโอนหนี้ การโอนย่อมสมบูรณ์ตามมาตรา 306 ไม่จำเป็นต้องที่ผู้รับโอนจะต้องลงลายมือชื่อด้วย ชื่อหนังสือโอนหนี้ก็บอกลักษณะในตัวอยู่แล้วว่าเป็นหนังสือของผู้โอน หากกฎหมายประสงค์จะให้ลงชื่อทั้งสองฝ่ายก็ต้องบัญญัติไว้ดังเช่นการโอนหุ้นชนิดระบุชื่อ ซึ่งมาตรา 1129 บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอน...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2537 , 4139/2532 , 1893/2512 วินิจฉัยว่า “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 บัญญัติเพียงว่าการโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องทำเป็นหนังสือจึงจะสมบูรณ์ หากได้บัญญัติว่าการโอนนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอนไม่ ฉะนั้นการโอนสิทธิเรียกร้องที่ได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนแต่ฝ่ายเดียวก็เป็นการสมบูรณ์”

⁴⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้ , พิมพ์ครั้งที่ 10 , หน้า 448.

⁴⁹ จุฑา กุลบุศย์ , สัมภาษณ์ อ้างถึงใน ไกวัล ชุ่มวัฒนะ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 82.

⁵⁰ ศานติ, คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2524 ตอนที่ 7 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1947-1950/2524, (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2524), หน้า 1409-1410.

ความเห็นฝ่ายที่สอง⁵¹ เห็นว่า การทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนนั้นต้องลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่ายคือทั้งฝ่ายผู้โอนและฝ่ายผู้รับโอน โดยนักกฎหมายฝ่ายนี้ได้ให้เหตุผลว่า การโอนสิทธิเรียกร้องไม่ใช่นิติกรรมฝ่ายเดียวแต่เป็นนิติกรรมสองฝ่ายอันเป็นสัญญาระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน ผู้ที่เกี่ยวข้องจึงต้องมีสองฝ่ายคือฝ่ายผู้โอนและฝ่ายผู้รับโอน การทำหนังสือจึงต้องแสดงเจตนาออกมาด้วยการลงลายมือชื่อของทั้งผู้โอนและผู้รับโอน ซึ่งกรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อลูกหนี้เพื่อให้เป็นผู้รับผิดชอบในการฟ้องร้องบังคับคดีเอาแก่ลูกหนี้แต่เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นเรื่องที่ผู้รับโอนจะอ้างสิทธิเรียกร้องที่รับโอนมาเพื่อบังคับชำระหนี้เอาแก่ลูกหนี้

เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดถึงวิธีของการทำเป็นหนังสือไว้ชัดเจนจึงทำให้มีความเห็นในการทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องที่แตกต่างกันไป จึงทำให้เกิดปัญหาที่สมควรพิจารณาว่าวิธีการทำเป็นหนังสือในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและโอนควรจะมีวิธีการหรือหลักการทำอย่างไรจึงจะเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่ผู้เขียนจะนำมาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2. วิธีการแสดงเจตนาในการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนสิทธิเรียกร้อง

มาตรา 306 วรรคหนึ่ง กำหนดให้วิธีการแสดงเจตนาในการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนต้องทำเป็นหนังสือ เหตุผลเพราะการทำเป็นหนังสือการโอนระหว่างเจ้าหนี้ผู้โอนกับผู้รับโอนเป็นนิติกรรมสัญญาที่ใช้บังคับเรียกเอาประโยชน์แห่งการชำระหนี้จากกันได้ได้ในระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนหรือทายาทผู้สืบทอดหน้าที่โดยเฉพาะเท่านั้น จะใช้ยื่นต่อคนอื่นไม่ได้เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 เป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นการที่จะเปิดเผยให้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้รู้ถึงการโอนสิทธิเรียกร้องจึงต้องทำโดยการบอกกล่าวแก่ลูกหนี้เป็นหนังสือหรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยเป็นหนังสือ⁵² ซึ่งในเรื่องการบอกกล่าวการโอนนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าใครจะเป็นผู้มีหน้าที่บอกกล่าวเพราะฉะนั้นผู้โอนหรือผู้รับโอนจะเป็นผู้บอกกล่าวก็ได้⁵³

⁵¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำพิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช 2524 ตอนที่ 7 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1947-1950/2524, หน้า 1406. ,จิต เศรษฐบุตร แก้วไข่มุขเติมเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 21, หน้า 181. ,ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำพิพากษาฎีกาที่ พ.ศ. 2537 เล่ม 11 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 6816/2537. (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, 2537), หน้า 259-260. ,ศนันท์กรณ (เจ้าปี) โสถิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 125-126.

⁵² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 949.

⁵³ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วัฒนกุล), ยล ชีรกุล ปรับปรุงโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, ขวิน อุณภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, หน้า 246.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7817/2554 “เมื่อจำเลยที่ 3 รับว่าโจทก์ได้แจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือแก่จำเลยที่ 3 แล้ว โจทก์จึงยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้จำเลยที่ 3 ได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้จำเลยที่ 1 มีหนังสือแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องแก่จำเลยที่ 3 หรือจำเลยที่ 3 ต้องให้ความยินยอมด้วยเป็นลายลักษณ์อักษรและจำเลยที่ 1 ย่อมหมดสิทธิที่จะรับเงินตามสัญญาจ้างทันที จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้โจทก์ จำเลยที่ 1 ไม่มีสิทธิจะมาระงับไม่ให้จำเลยที่ 3 จ่ายเงินให้โจทก์ เมื่อจำเลยที่ 3 จ่ายเงินให้แก่จำเลยที่ 1 ไป จึงไม่อาจบอกปิดความรับผิดชอบโดยอ้างว่าจำเลยที่ 1 มีหนังสือแจ้งให้ระงับการจ่ายเงิน”

แต่อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่กฎหมายพิเศษบัญญัติให้สามารถทำการโอนสิทธิเรียกร้องได้โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ เช่น

พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ.2541 มาตรา 9

“ในการโอนสินทรัพย์ที่เป็นสิทธิเรียกร้องไปให้บริษัทบริหารสินทรัพย์ หากบริษัทบริหารสินทรัพย์มอบหมายให้ผู้รับชำระหนี้เดิมเป็นตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้ที่เกิดขึ้น การโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นอันชอบด้วยกฎหมายโดยไม่ต้องบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของลูกหนี้ที่จะยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 308 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 67 ตี วรรคสอง

“เมื่อได้รับความเห็นชอบการโอนกิจการจากรัฐมนตรีแล้วให้ดำเนินการโอนกิจการได้โดยการโอนสิทธิเรียกร้อง ในการโอนกิจการนี้ไม่ต้องบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของลูกหนี้ที่จะยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 308 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ.2540 มาตรา 27

“การโอนสิทธิเรียกร้องทั้งหมดหรือบางส่วนของบริษัทที่ถูกระงับการดำเนินกิจการไปยังสถาบันการเงินอื่นให้กระทำได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของลูกหนี้ที่จะยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 308 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13118/2553 “บันทึกข้อตกลงที่โจทก์ตกลงโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าซื้อทั้งหมดให้แก่ผู้ร้องโดยผู้ร้องได้ชำระมูลค่าเช่าซื้อเป็นการตอบแทน และมีการชำระบัญชีหนี้สินระหว่างกันเสร็จสิ้นแล้ว ทั้งยังกำหนดให้โจทก์ดำเนินคดีและบังคับคดีกับ

ลูกหนี้เข้าซื้อต่อไปในนามของผู้ร้อง และเมื่อโจทก์ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้เข้าซื้อจะต้องชำระเงินให้แก่ผู้ร้องทั้งหมด แสดงว่าผู้ร้องแต่ผู้เดียวมีอำนาจในการดำเนินการเพื่อให้ได้รับชำระหนี้และรับชำระหนี้เข้าซื้อ ดังนั้น บันทึกข้อตกลงดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องตาม ป.พ.พ. มาตรา 303 และโจทก์สามารถโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้ร้องได้ตาม พ.ร.ก.การปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ.2540 มาตรา 27 โจทก์ไม่ต้องบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 การโอนสิทธิเรียกร้องของโจทก์ให้แก่ผู้ร้องตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย ผู้ร้องมีสิทธิเข้าสวมสิทธิในฐานะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีนี้ที่จะบังคับคดีแก่จำเลยทั้งสองแทนโจทก์ต่อไป”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2548 “บริษัทบริหารสินทรัพย์โจทก์มอบหมายให้ธนาคาร ก. ผู้รับชำระหนี้เดิมเป็นผู้เรียกเก็บเงินและรับชำระหนี้ จึงเป็นการที่โจทก์ได้มอบหมายให้ผู้รับชำระหนี้เดิมเป็นตัวแทนในการเรียกเก็บและรับชำระหนี้ที่เกิดขึ้น การโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจึงไม่ต้องบอกกล่าวการโอนไปยังจำเลยทั้งสองตาม พ.ร.ก.บริษัทบริหารสินทรัพย์ฯ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ดังนั้น แม้ว่าธนาคาร ก. หรือโจทก์จะไม่ได้มีหนังสือบอกกล่าวให้จำเลยทั้งสองทราบตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 การโอนสิทธิเรียกร้องนี้ก็ชอบด้วยกฎหมาย โจทก์จึงมีสิทธิเข้าสวมสิทธิในฐานะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีแพ่งในอันที่จะบังคับชำระหนี้แก่จำเลยต่อไปตาม พ.ร.ก.บริษัทบริหารสินทรัพย์ฯ มาตรา 7”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7062/2547 “หนังสือโอนสิทธิเรียกร้องเป็นต้นฉบับเอกสาร การโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นการโอนหนี้โดยคุณภาพตาม พ.ร.ก.บริษัทบริหารสินทรัพย์ฯ มาตรา 9 ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ หรือบอกกล่าวการโอนตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 โจทก์จึงเข้าสวมสิทธิของธนาคาร ท เป็นเจ้าหนี้จำเลยทั้งสองได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2553 “องค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ปรส.) ได้ปิดประกาศขายสินทรัพย์ที่หน้าที่ทำการขององค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ปรส.) และประกาศหนังสือพิมพ์อย่างน้อย 1 ฉบับไม่น้อยกว่า 3 วัน รวมทั้งได้ประกาศขายในเครือข่ายคอมพิวเตอร์จึงชอบด้วยพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ.2540 มาตรา 30 ทวิ วรรคหนึ่ง และถือเป็นการบอกกล่าวการโอนทรัพย์สินแก่ลูกหนี้แล้ว โจทก์จึงไม่ต้องบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องแก่จำเลยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306”

แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีบางกรณีที่ไม่ต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายพิเศษ แต่โดยหลักแล้วยังต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือซึ่งการทำเป็นหนังสือเพื่อบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนสิทธิเรียกร้องมีวิธีการทำอย่างไร มีนัยกฎหมายที่ได้ให้ความหมายของการทำเป็นหนังสือไว้ คือ

ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช⁵⁴ “...การบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือนั้นข้อที่จะต้องบอกกล่าวไปในหนังสือ คือ แจ้งเป็นข้อความว่าได้โอนสิทธิเรียกร้องไปแล้วและต้องระบุด้วยว่าโอนให้ใคร ข้อความอื่นนอกจากนี้ไม่ใช่สาระสำคัญ ไม่จำเป็นต้องบอกไปด้วย...”

รองศาสตราจารย์ ดร. ชะลอ ว่องวัฒนาภิกุล⁵⁵ “...การทำเป็นหนังสือยินยอมของลูกหนี้ นั้น คือมีข้อความที่แสดงความเห็นชอบหรือรับรองด้วยในการโอน หากเพียงแต่ลูกหนี้รับรู้ไว้ ไม่ได้เห็นชอบหรือรับรองด้วยจะถือว่าเป็นการยินยอมไม่ได้...”

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาจะพบว่ามีวิธีการทำเป็นหนังสือเพื่อบอกกล่าวหรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนสิทธิเรียกร้องที่แตกต่างกันไป ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7790/2554 “แม้ขณะจำเลยทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินค่าจ้างที่จะได้รับจากองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงชัยให้แก่ผู้ร้อง จำเลยเพียงแต่เป็นผู้ชนะการประมูลงานรับเหมาก่อสร้างได้ โดยยังมีได้ทำสัญญาจ้างและเริ่มทำงาน ย่อมถือได้ว่าจำเลยได้สิทธิในการดำเนินงานก่อสร้างและรับเงินค่าก่อสร้างเมื่อทำงานเสร็จแล้ว สิทธิดังกล่าวอยู่ในสภาพเปิดช่องให้โอนกันได้แล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 303 และเมื่อ ป. นายองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงชัยเขียนข้อความในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องว่า “ได้รับทราบและยินยอมในการโอนสิทธิดังกล่าวแล้ว” พร้อมกับลงลายมือชื่อและประทับตรา ถือว่าองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงชัยลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นแล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคหนึ่ง สิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างก่อสร้างจึงตกเป็นของผู้ร้องแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าขณะโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าว ผู้ร้องได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นทางให้โจทก์ต้องเสียเปรียบ โจทก์จึงไม่มีสิทธิขออายัดเงินดังกล่าวได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2193/2554 “จำเลยที่ 1 ทำสัญญาขายโอนสิทธิเรียกร้อง (ในประเทศไทย) แก่โจทก์ โดยมีจำเลยที่ 2 ถึงที่ 5 เข้าทำสัญญาค้ำประกันโดยยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมกับจำเลยที่ 1 และภายหลังจำเลยที่ 1 ขายโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งมีต่อจำเลยที่ 6 และที่ 7 แก่โจทก์ ก่อนฟ้องคดีนี้ทนายความโจทก์มีหนังสือทวงถามให้จำเลยที่ 6 ชำระหนี้ตามฟ้องที่จำเลยที่ 6 เป็นหนี้จำเลยที่ 1 ตั้งแต่ก่อนที่จำเลยที่ 1 จะโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้นั้นให้แก่โจทก์ ซึ่งจำเลยที่ 6 ได้รับแล้ว และจำเลยที่ 6 ได้ทำหนังสือลงวันที่ 7 มกราคม 2541 ปฏิเสธว่าไม่เคยซื้อสินค้าและไม่เคยเป็นหนี้ต่อจำเลยที่ 1 หรือโจทก์ หนังสือของทนายโจทก์ที่ทวงถามให้จำเลยที่ 6 ชำระหนี้ตามฟ้องก่อนที่ฟ้องคดีนี้ดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องต่อจำเลยที่ 6 ซึ่งเป็นลูกหนี้โดยชอบตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคแรก แล้ว”

⁵⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 950.

⁵⁵ ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 204.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2552 “หนังสือให้ความยินยอมและรับทราบ การโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ ซึ่งจำเลยที่ 4 มีไปยังจำเลยที่ 1 มีข้อความว่า “เป็นที่ เข้าใจกันว่าเอทีแอนด์ที (AT&T) เพียงแต่ตอบสนองตามการขอร้องของท่านที่ให้จ่ายเงินโดยตรงใน นามของท่านให้แก่บริษัทอื่น และในการจ่ายเงินดังกล่าวนี้ เอทีแอนด์ทีจะไม่และต้องไม่เป็นการ ยอมรับหนี้สินเพิ่มต่อท่านหรือต่อผู้รับโอนสิทธิ นอกจากนี้การยอมให้มีการโอนสิทธิทางการเงิน ไม่หมายความว่าด้วยประการใด ๆ ว่า เอทีแอนด์ทีสละสิทธิของตนซึ่งมีอยู่ในสัญญา” ข้อความ ดังกล่าวนี้อ้างว่า จำเลยที่ 4 มิได้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยมิได้อัดอ้อน แต่ เป็นการให้ความยินยอมภายในกรอบแห่งสิทธิของจำเลยที่ 4 อันพึงมีอยู่ในสัญญาระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 4 ดังนั้น หากจำเลยที่ 4 มีข้อต่อสู้กับจำเลยที่ 1 ก็ย่อมมีสิทธิยกขึ้นต่อสู้กับโจทก์ซึ่งเป็น ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องจากจำเลยที่ 1 ผู้โอนได้ จำเลยที่ 4 จึงมีสิทธิที่จะนำยอดเงินจำนวน 13,522,469.67 บาท หักกลบหนี้กับเงินค่าจ้างจำนวน 11,610,539.33 บาท ซึ่งจำเลยที่ 4 มี หน้าที่ต้องจ่ายให้แก่จำเลยที่ 1 อันทำให้หนี้จำนวนดังกล่าวระงับไป โจทก์ในฐานะผู้รับโอนสิทธิ เรียกร้องจากจำเลยที่ 1 ผู้โอนจึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกให้จำเลยที่ 4 ชำระเงินจำนวน 11,610,539.33 บาท แก่ตน”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2409/2551 “การที่จำเลยที่ 1 ทำสัญญาขาย โครงการ ก. ให้แก่จำเลยที่ 2 โดยในข้อ 7.2 มีข้อความว่า จำเลยที่ 2 ตกลงและยอมรับโอนไปซึ่งสิทธิ และหน้าที่ตามกฎหมายที่จำเลยที่ 1 มีต่อลูกค้าเฉพาะรายที่ได้จองหรือซื้อที่ดินและ/หรือที่ดินพร้อม สิ่งปลูกสร้างในโครงการแต่ยังมิได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวนั้นจากจำเลยที่ 1 เป็นการ โอนสิทธิเรียกร้อง เมื่อโจทก์ซึ่งเป็นลูกค้าที่ซื้อที่ดินจากจำเลยที่ 1 แต่ยังไม่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ได้ทราบ ถึงการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 แล้วมิได้โต้แย้งคัดค้าน ทั้งยังมีหนังสือแจ้ง ให้จำเลยที่ 2 ชำระหนี้แก่โจทก์ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่โจทก์ทำกับจำเลยที่ 1 อีกด้วย จึงต้อง ถือว่าโจทก์ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 เป็นหนังสือ และยอมให้จำเลยที่ 2 ผูกพันตนในอันที่จะปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินแทนจำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 2 จึงต้องรับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของจำเลยที่ 1 ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่มีต่อโจทก์ แทนจำเลยที่ 1 โจทก์จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญากับจำเลยที่ 2 ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1840/2547 “การที่บริษัท ก. มีหนังสือถึงจำเลยแจ้ง การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ค่าขายสินค้าที่จำเลยต้องชำระต่อบริษัท ก. ไปให้แก่โจทก์ รวมทั้งหนี้ที่จะ เกิดขึ้นในอนาคตด้วย โดยได้ระบุเป็นเงื่อนไขว่า บริษัท ก. จะได้จัดแจ้งการโอนหนี้ ค่าขายสินค้าไว้ใน ใบแจ้งหนี้ และเอกสารการซื้อขายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง แสดงให้เห็นว่าการแจ้งการโอนดังกล่าวมิได้เป็น การแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องหนี้ในอนาคตทั้งหมด แต่เป็นการแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องหนี้เฉพาะ ราย เป็นการเฉพาะเจาะจง ซึ่งจะมีผลใช้ยันจำเลยได้ต่อเมื่อโจทก์ได้จัดแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องหนี้

ดังกล่าวไว้ในใบแจ้งหนี้ที่ยื่นต่อจำเลยเท่านั้น เมื่อปรากฏว่าใบรายการลูกค้า ใบวางบิล ใบส่งของ ชั่วคราวที่บริษัท ก. มีไปถึงจำเลยไม่ได้ จดแจ้งเรื่องการโอนหนี้ตามเงื่อนไขที่บริษัท ก. กำหนดไว้ จึงยังถือไม่ได้ว่าบริษัท ก. ได้บอกกล่าวการโอนสิทธิ เรียกร้องในหนี้ค่าขายสินค้าดังกล่าวให้แก่จำเลยทราบแล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคแรก การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันจำเลย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องให้จำเลยชำระหนี้ดังกล่าว”

เพราะฉะนั้นจากความเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาทำให้เห็นถึงวิธีการทำหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องและหนังสือการให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่แตกต่างกันไป ทำให้เกิดข้อสังเกตว่าวิธีการทำเป็นหนังสือเพื่อบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้กับลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นควรจะมีวิธีการหรือหลักการทำอย่างไร และเมื่อกฎหมายกำหนดวิธีการให้ทำเป็นหนังสือเหมือนกันแต่หากการทำเป็นหนังสือในตอนแรกส่วนของผู้โอนกับผู้รับโอน กับตอนหลังส่วนของบอกกล่าวหรือลูกหนี้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง มีวิธีการทำที่แตกต่างกันโดยที่กฎหมายไม่ได้บอกไว้ชัดเจนจึงอาจทำให้เกิดความสับสนในการที่ประชาชนจะปฏิบัติตามได้ อันเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้นำมาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2.2.1.3 ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการโอนสิทธิเรียกร้องกฎหมายได้บัญญัติเรื่องวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องไว้สองตอน ดังนั้นการพิจารณาถึงผลของการไม่ทำตามวิธีในการโอนสิทธิเรียกร้องจึงต้องแยกพิจารณาเป็นสองตอนเช่นกัน กล่าวคือ

1. ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน

การโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนตามมาตรา 306 กฎหมายบัญญัติว่า ถ้าการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ทำเป็นหนังสือการโอนสิทธิเรียกร้อง “ไม่สมบูรณ์” เมื่อกฎหมายกำหนดว่า ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง “ไม่สมบูรณ์” ทำให้เกิดปัญหาว่าคำว่า “ไม่สมบูรณ์” มีหมายความว่าอย่างไร โดยในเรื่องนี้มีนักกฎหมายที่ให้ความเห็นที่แตกต่างกันเป็นสามฝ่าย คือ

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่ง⁵⁶ เห็นว่า คำว่า “ไม่สมบูรณ์” หมายถึง เมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนไม่ทำเป็นหนังสือการโอนสิทธิเรียกร้องตกเป็นโมฆะเนื่องจากเห็น

⁵⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 948-949. , กัทร พันธ์กุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2502 , หน้า 86. , ศานติ, คำ

ว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือเป็นแบบของนิติกรรมที่เป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมตามมาตรา 152 ดังนั้นเมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ทำเป็นหนังสือจึงเท่ากับไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด การโอนสิทธิเรียกร้องจึงตกเป็นโมฆะ โดยเห็นว่าการทำเป็นหนังสือที่กฎหมายกำหนดนั้นไม่ใช่เป็นแต่เพียงหลักฐานแห่งการฟ้องร้องเท่านั้นและการที่กฎหมายกำหนดเป็นแบบไว้ให้ต้องทำเป็นหนังสือแม้จะเป็นเรื่องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนแต่กฎหมายคงถือว่าเป็นเรื่องสำคัญเช่นเดียวกับสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 ประกอบกับประเทศไทยได้นำต้นแบบในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 วรรคหนึ่ง มาจากประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส มาตรา 165 ที่บัญญัติว่า

“การโอนสิทธิเรียกร้องสมบูรณ์เมื่อได้ทำเป็นหนังสือและไม่มีรูปแบบเฉพาะสำหรับการโอนสิทธิเรียกร้อง”⁵⁷

โดยที่มาตรา 11 วรรคหนึ่ง ของประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิสบัญญัติว่า

“ความสมบูรณ์ของสัญญาไม่อยู่ภายใต้การทำตามรูปแบบเฉพาะ เว้นแต่จะเป็นรูปแบบที่กำหนดโดยกฎหมาย”⁵⁸

เพราะฉะนั้นจากประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิสมาตรา 165 ประกอบมาตรา 11 การทำเป็นหนังสือในการโอนสิทธิเรียกร้องจึงเป็นแบบของนิติกรรมที่กำหนดโดยกฎหมายหากไม่ทำตามย่อมส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์

ความเห็นฝ่ายที่สองเห็นว่า คำว่า “ไม่สมบูรณ์” ในมาตรา 306 หมายถึง แม้การโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนจะไม่ได้ทำเป็นหนังสือแต่ก็ไม่ได้ทำให้การโอนตกเป็นโมฆะ โดยให้เหตุผลที่แตกต่างกันไป ดังนี้

ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนการ⁵⁹ “...การที่กฎหมายให้ทำเป็นหนังสือเพียงเพื่อต้องการให้มีหลักฐานเพื่อผู้รับโอนจะแสดงแก่ลูกหนี้ที่ลูกหนี้มั่นใจได้ว่าการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว ทั้งจะเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องนั้นให้แก่ผู้อื่นอีก หรือเพื่อป้องกันการฉ้อโกงนั่นเอง...”

พิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช 2524 ตอนที่ 7 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1947-1950/2524, หน้า 1410. ,เลิศชาย จิระชาติ, “หลักการโอนสิทธิเรียกร้องอันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง: วิเคราะห์ถึงพัฒนาการของแนวความคิดในการโอนสิทธิเรียกร้องตลอดจนกระบวนการ (PROCESS) และผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง,” หน้า 183.

⁵⁷ Art.165 1 An assignment is valid only if done in writing.

2 No particular form is required for an undertaking to enter into an assignment agreement.

⁵⁸ Art.11 1 The validity of a contract is not subject to compliance with any particular form unless a particular form is prescribed by law.

⁵⁹ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 450.

ศาสตราจารย์ ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁶⁰ “...ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 กฎหมายบัญญัติแต่เพียงว่าการโอนหนี้ (หมายถึงโอนสิทธิเรียกร้อง) ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ก็ไม่สมบูรณ์เท่านั้น เมื่อต้องทำเป็นหนังสือจึงต้องถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมและเป็นนิติกรรมสองฝ่าย กฎหมายบัญญัติแต่เพียงว่าไม่สมบูรณ์เท่านั้น เป็นการผ่อนผันไม่ถึงกับเป็นโมฆะเช่นเดียวกับการให้ทรัพย์สินตามมาตรา 525 ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็เพียงไม่สมบูรณ์เท่านั้นเมื่อใดก็สมบูรณ์เมื่อนั้น ต่างกับกรณีเป็นโมฆะ ถ้าไม่ทำก็เป็นโมฆะทันที อย่่างไรก็ดี ไม่หมายความว่าตามมาตรา 306,525 ไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3102/2529 “แม้จะฟังว่าข้อตกลงในการโอนสิทธิ การเช่าโทรศัพท์เป็นการขายสิทธิอันเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง และแม้จะไม่มีหลักฐานของข้อตกลงเป็น หนังสือแต่ก็ได้มีการชำระหนี้เนื่องในการซื้อขายนี้แล้วจึงหาต้องห้ามมิให้ฟ้องบังคับคดีตาม บทบัญญัติมาตรา456 วรรคสองและวรรคสามแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 536/2498 “ทำสัญญาโอนสิทธิการเช่าตึกร้านค้า พร้อมด้วยสิทธิการเช่าเครื่องโทรศัพท์ฯลฯ เมื่อได้ชำระเงินและมอบหมายสิทธิการใช้โทรศัพท์ให้กัน เป็นการเสร็จเด็ดขาด คงเหลือแต่พิธีการที่จะไปทำกับกรมไปรษณีย์โทรเลขเท่านั้นดังนี้สิทธิย่อมตกแก่ ผู้รับโอน แม้การโอนไม่ได้ทำเป็นหนังสือก็บังคับกันได้”

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3102/2529 , 536/2498 แม้การโอน สิทธิเรียกร้องไม่ทำเป็นหนังสือก็ยังสามารถมีผลบังคับกันได้

ความเห็นฝ่ายที่สาม ซึ่งเป็นความเห็นตามแนวคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ วินิจฉัยถึงผลของการไม่ทำการโอนสิทธิเรียกร้องโดยการทำเป็นหนังสือด้วยถ้อยคำในตัวของ มาตรา306 ว่า เมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ทำเป็นหนังสือ การโอนสิทธิเรียกร้องย่อม “ไม่สมบูรณ์” โดยที่ไม่ได้วินิจฉัยว่าการโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์ว่ามีความหมายว่าอย่างไร เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6346/2549 “การที่โจทก์กับจำเลยเจรจาทกลงทำ สัญญากู้เงินกัน โดยระบุว่าโจทก์ให้จำเลยกู้ยืมเงินเท่ากับจำนวนเงินที่จำเลยมีหน้าที่ต้องส่งคืนให้แก่ อ. จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จาก อ. มาเป็นโจทก์และเปลี่ยนมูลหนี้ตามสัญญา ตัวแทนมาเป็นมูลหนี้ตามสัญญากู้เงิน ซึ่งการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 349 วรรคสาม นั้น ต้องบังคับด้วยบทบัญญัติแห่ง ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคหนึ่ง ว่าด้วยโอนสิทธิ

⁶⁰ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำพิพากษาศาลฎีกาที่พ.ศ.2537 เล่ม11 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่6816/2537, หน้า 259-260.

เรียกร้องโดยต้องทำเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏว่า อ. ได้ออนहींที่จำเลยมีอยู่แก่ตนให้แก่โจทก์โดยทำเป็นหนังสือ จึงไม่เป็นการโอนहींที่สมบูรณ์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4961/2546 “จากพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบไม่ปรากฏว่านายอุดมได้ออนहींที่จำเลยมีอยู่ต่อตนให้แก่โจทก์โดยทำเป็นหนังสือ จึงไม่เป็นการโอนहींที่สมบูรณ์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2540 “พยานหลักฐานของโจทก์ไม่ปรากฏว่าการโอนहींระหว่างโจทก์กับนางอรทัยได้ทำเป็นหนังสือแต่อย่างใดการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจึงไม่สมบูรณ์ ไม่อาจใช้บังคับจำเลยได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1560/2535 “การโอนสิทธิการเช่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง เมื่อไม่ได้ทำเป็นหนังสือ จึงไม่สมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2331/2522 “เมื่อสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จึงต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องตั้งนั้นเมื่อจำเลยที่ 2 กับโจทก์ตกลงกันด้วยวาจาโดยมิได้ทำเป็นหนังสือจึงไม่สมบูรณ์ไม่มีผลใช้บังคับ”

เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าผลของการไม่ทำเป็นหนังสือในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนยังมีปัญหาในเรื่องของความไม่ชัดเจนว่าเมื่อไม่ทำตามจะก่อให้เกิดผลอย่างไรและการทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนเป็น “แบบของนิติกรรม” หรือไม่ อันเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2. ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนสิทธิเรียกร้อง

การบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนสิทธิเรียกร้องกฎหมายกำหนดเรื่องวิธีการแสดงเจตนาว่าให้ “ทำเป็นหนังสือ” เช่นเดียวกับวิธีการแสดงเจตนาการโอนสิทธิสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน โดยกฎหมายกำหนดผลว่าถ้าไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนด ผลคือ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ แต่อย่างไรก็ตามได้มีนักกฎหมายที่ให้ความเห็นในเรื่องผลแตกต่างกันออกไป ดังนี้

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่ง⁶¹ เห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้การทำเป็นหนังสือในการบอกกล่าวการโอนหรือลูกหนี้ยินยอมเป็นหนังสือนั้นเป็นการที่กฎหมายกำหนดเป็นแบบบังคับไว้ถ้าไม่

⁶¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 948.

ทำตามจะไม่สมบูรณ์หรือตกเป็นโมฆะตามหลักในมาตรา152 หากใช้แต่เพียงหลักฐานแห่งการฟ้องร้องเท่านั้นไม่ เช่นเดียวกับกรณีการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอนที่ต้องทำเป็นหนังสือ

ความเห็นฝ่ายที่สอง⁶² เห็นว่า การบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ ยินยอมในการโอนนั้นโดยทำเป็นหนังสือไม่ใช่แบบตามมาตรา152 ที่เมื่อไม่ทำตามจะมีผลเป็นโมฆะ แต่เมื่อไม่ทำตามผล คือ สำหรับลูกหนี้ถือว่าการโอนยังไม่มีลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อผู้รับโอนแต่อย่างใดยังถือว่าผู้โอนเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้จึงอาจชำระหนี้แก่ผู้โอนได้ คือ ไม่มีผลเป็นคำบอกกล่าวนั่นเอง และการที่มาตรา306 วรรคแรกกำหนดว่าคำบอกกล่าวหรือความยินยอมจะต้องทำเป็นหนังสือด้วยนี้ คงเพื่อให้มีหลักฐานที่แน่นอนมิให้มีการแอบอ้างเพื่อโกงลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเท่านั้น โดยตามความเห็นฝ่ายนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาสนับสนุน คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4247/2549 “การบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องมีผลเพียงว่าหากยังไม่บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ โจทก์ก็ไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ตามมาตรา306 วรรคหนึ่ง เท่านั้นมิได้ทำให้สัญญาดังกล่าวไม่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 290/2518 “การที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือมีผลเพียงว่าไม่อาจยกขึ้นต่อสู้ลูกหนี้และบุคคลภายนอกได้เท่านั้น หากได้ทำให้การโอนซึ่งสมบูรณ์อยู่ก่อนแล้วเสียไปอย่างไรไม่ ลูกหนี้จึงไม่อาจปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้แก่ผู้รับโอนด้วยเหตุดังกล่าว”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1394/2479 “การบอกกล่าวการโอนหรือการที่ลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นตามมาตรา306 หากใช้แบบองค์สมบูรณ์ของการโอนสิทธิเรียกร้องไม่แบบของการโอนอยู่ที่การทำหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน เรื่องบอกกล่าวหรือยินยอมเป็นแต่ผลเกี่ยวกับการที่จะยกขึ้นอ้างยันลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้เท่านั้น”

ความเห็นฝ่ายที่สาม เป็นแนวการวินิจฉัยของกลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยไปในแนวทางว่าการทำเป็นหนังสือในการบอกกล่าวการโอนหรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอน เป็นส่วนหนึ่งของความสมบูรณ์ของการโอนสิทธิเรียกร้อง ทำให้เกิดข้อสังเกตว่าหากไม่ทำตามจะทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์หรืออย่างไร เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7790/2554 “แม้ขณะจำเลยทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินค่าจ้างที่จะได้รับจากองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงชัยให้แก่ผู้ร้อง จำเลยเพียงแต่เป็นผู้ชนะการประมูลงานรับเหมาก่อสร้างได้ โดยยังมีได้ทำสัญญาจ้างและเริ่มทำงาน ย่อม

⁶² โสภณ รัตนาร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่10, หน้า 452-453, พระยาเทพวิทูร(บุญช่วย วณิกกุล), ยล ธีรกุล ปรับปรุงโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, ชวิน อุณภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ2 มาตรา194-353, หน้า 244.

ถือได้ว่าจำเลยได้สิทธิในการดำเนินงานก่อสร้างและรับเงินค่าก่อสร้างเมื่อทำงานเสร็จแล้ว สิทธิดังกล่าวอยู่ในสภาพเปิดช่องให้โอนกันได้แล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 303 และเมื่อ ป. นายกองค้การบริหารส่วนตำบลเวียงชัยเขียนข้อความในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องว่า “ได้รับทราบและยินยอมในการโอนสิทธิดังกล่าวแล้ว” พร้อมกับลงลายมือชื่อและประทับตรา ถือว่าองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงชัยลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นแล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคหนึ่ง สิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างก่อสร้างจึงตกเป็นของผู้ร้องแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าขณะโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าว ผู้ร้องได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นทางให้โจทก์ต้องเสียเปรียบ โจทก์จึงไม่มีสิทธิขออายัดเงินดังกล่าวได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4872/2550 “การที่จำเลยโอนสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับเงินจากผู้ร้องตามสัญญาประนีประนอมยอมความในคดีก่อนของศาลชั้นต้นให้แก่บริษัท ท. โดยบริษัทดังกล่าวมีหนังสือแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องให้ผู้ร้องทราบแล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องรายนี้ย่อมสมบูรณ์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคหนึ่ง”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3044/2545 “การที่โจทก์โอนสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับเงินค่าทดแทนที่ดินเพิ่มขึ้นตามคำพิพากษาให้แก่ผู้ร้องโดยโจทก์และผู้ร้องมีหนังสือแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องให้จำเลยทราบแล้ว การโอนสิทธินี้จึงสมบูรณ์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคหนึ่ง สิทธิของโจทก์ที่จะได้รับชำระหนี้จากจำเลยตามคำพิพากษาย่อมตกเป็นของผู้ร้อง”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1248/2538 “บันทึกการเปลี่ยนแปลงผู้เช่าจาก ส. ผู้เช่าเดิม มาเป็นจำเลยผู้เช่าใหม่ ในหนังสือสัญญาเช่าตึกแถวหน้าแรกระบุไว้ว่าโจทก์ในฐานะผู้ให้เช่า จำเลยในฐานะผู้เช่าใหม่ และ ส. ในฐานะผู้เช่าเดิม ได้ลงลายมือชื่อรับทราบการเปลี่ยนแปลงผู้เช่าตึกแถวแล้ว ถือได้ว่า โจทก์และ ส. ได้บอกกล่าวการโอนและให้ความยินยอมการโอนสิทธิการเช่าตึกแถวเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 วรรคหนึ่ง การโอนสิทธิการเช่าตึกแถวจึงสมบูรณ์”

เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าผลของการไม่ทำเป็นหนังสือในการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนยังมีปัญหาในเรื่องของความไม่ชัดเจนว่าเมื่อไม่ทำตามจะก่อให้เกิดผลอย่างไรและการทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนเป็น “แบบของนิติกรรม” หรือไม่ อันเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2.2.2 การปลดหนี้

2.2.2.1 ความหมายและลักษณะ

การปลดหนี้เป็นการที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาสละสิทธิเรียกร้องที่ตนมีต่อลูกหนี้ซึ่งมีผลทำให้หนี้ที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ระงับสิ้นไป ในสมัยโรมันการปลดหนี้มี 2 ชนิด คือ การปลดหนี้โดยแท้ (real release) คือการที่เจ้าหนี้ประกาศว่าหนี้เป็นอันระงับหรือปลดหนี้ให้โดยถือเสมือนหนึ่งว่ามีการชำระหนี้มีผลให้ลูกหนี้พ้นจากหนี้เพราะไม่มีหนี้แล้ว ส่วนการปลดหนี้อีกชนิดหนึ่งคือการปล่อยลูกหนี้ให้พ้นจากหนี้เป็นส่วนตัว (Personal discharge) หรือทำให้ลูกหนี้พ้นจากภาระที่จะต้องชำระหนี้ต่อไปมีผลให้หนี้ระงับโดยทางอ้อมเพราะไม่อาจมีหนี้โดยไม่มีลูกหนี้⁶³

สำหรับประเทศไทยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 ได้บัญญัติเรื่องการปลดหนี้ไว้เพียงมาตราเดียวคือ มาตรา416 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อเจ้าหนี้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้เท่าใด หนี้อย่อมระงับเพียงเท่าที่ปลดนั้น”

โดยกฎหมายไม่ได้บัญญัติแบ่งแยกระหว่างการปลดหนี้ที่หนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน กับหนี้ที่ไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน

ต่อมาเมื่อมีการยกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 และประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2468 ได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในวรรคที่สองเรื่องการปลดหนี้กรณีหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐานโดยได้บรรจุเพิ่มเนื้อความขึ้นตามทำนองประมวลกฎหมายอังกฤษ และประมวลกฎหมายมอนเตนิโกร ลักษณะทรัพย์สิน มาตรา621 โดยให้เหตุผลว่าเพื่อให้ตรงกับกฎหมายไทยในเรื่องนี้⁶⁴ และปรากฏอยู่ในมาตรา340 จนกระทั่งปัจจุบัน โดยบัญญัติว่า

มาตรา340 “ถ้าเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ ท่านว่าหนี้นั้นก็เป็นอย่างอันระงับสิ้นไป

ถ้าหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน การปลดหนี้ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย หรือต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นเสีย”

จากการปลดหนี้ตามมาตรา 340 ทำให้สามารถพิจารณาถึงลักษณะของการปลดหนี้ได้ดังนี้ คือ

⁶³ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 519.

⁶⁴ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย กรมร่างกฎหมาย ทำซ้ำวงษ์ วันที่24 กันยายน 2468, สดก3(1) เล่ม5(2)-(3)(รหัสไมโครฟิล์ม ม-สดก3) (กรุงเทพมหานคร: หอจดหมายเหตุ, 2468), หน้า 733-736.

1. การปลดหนี้เป็นนิติกรรมซึ่งเจ้าหนี้อยอมสละสิทธิเรียกร้องอันมีต่อลูกหนี้ให้แก่ลูกหนี้โดยไม่ได้หวังผลตอบแทน เพราะถ้าเป็นหนี้กันโดยวัตถุหนึ่งและเจ้าหนี้อยอมระงับให้โดยคิดเอามูลค่าโดยวัตถุอย่างอื่นยอมไม่ใช่เป็นการปลดหนี้ และเมื่อการปลดหนี้ของเจ้าหนี้เป็นการปลดหนี้โดยไม่หวังผลตอบแทนอื่นใด เจ้าหนี้จึงมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าจะปลดหนี้ให้ลูกหนี้ทั้งหมดหรือปลดหนี้ให้เพียงบางส่วนยอมเป็นเรื่องความสมัครใจของเจ้าหนี้

2. การปลดหนี้เป็นการทำให้โดยเสน่หา หมายถึง เป็นเรื่องเจตนาของเจ้าหนี้เท่านั้น ไม่ต้องมีเหตุตามกฎหมายใดๆ การที่เจ้าหนี้จะปลดหนี้หรือไม่จึงเป็นเรื่องสุดแต่ใจของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้อาจจะปลดหนี้เนื่องจากเจ้าหนี้รู้สึกใคร่ใคร่เสน่หาใจเมตตาต่อลูกหนี้ หรืออาจเป็นเพราะเจ้าหนี้รู้สึกเบื่อหน่ายที่ลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ หรือลูกหนี้ตกอยู่ในฐานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้แล้ว เจ้าหนี้จึงปลดหนี้ให้ แต่ไม่ว่าเจ้าหนี้จะปลดหนี้ให้ลูกหนี้ด้วยเหตุผลใดการปลดหนี้ก็ยังมีลักษณะเป็นการทำให้โดยเสน่หาเนื่องจากเจ้าหนี้ไม่ได้คิดค่าตอบแทนนั่นเอง

3. การปลดหนี้ทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้ คือ การปลดหนี้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเพียงแต่เจ้าหนี้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ก็เป็นการเพียงพอว่าเป็นการปลดหนี้แล้ว ลูกหนี้ไม่ต้องยินยอมกับเจ้าหนี้หรือต้องรับการแสดงเจตนาของฝ่ายเจ้าหนี้ด้วยไม่ แม้ลูกหนี้ปฏิเสธก็ยังไม่ทำให้หนี้ระงับ เพราะเมื่อการแสดงเจตนาปลดหนี้ไปถึงลูกหนี้แล้วย่อมมีผลและทำให้หนี้ระงับสิ้นไป และการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้เช่นว่านี้อาจจะแสดงออกโดยทางวาจา เป็นหนังสือ โดยกิริยาท่าทาง หรือ โดยแสดงออกให้เห็นโดยปริยายว่าเจ้าหนี้ได้ทำการปลดหนี้ให้ยอมได้

4. การปลดหนี้ในกรณีที่หนี้มีหนังสือเป็นหลักฐานการปลดหนี้ต้องทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนด คือ การปลดหนี้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้กับลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้สิ้นเสีย โดยหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐานหมายความว่าถึงขั้นที่ได้ทำหลักฐานไว้เป็นหนังสือ ซึ่งจะเป็หนี้ที่กฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือหรือหนี้ที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ หรือแม้กฎหมายไม่ได้บังคับ แต่ถ้าได้ทำหนังสือเป็นหลักฐานไว้ เมื่อเจ้าหนี้ต้องการจะปลดหนี้ การปลดหนี้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้อันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้กับลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้สิ้นเสีย

5. การปลดหนี้เป็นการทำให้หนี้ระงับวิธีหนึ่งโดยไม่ใช่การชำระหนี้ เมื่อมีการปลดหนี้ลูกหนี้ก็จะหลุดพ้นจากหนี้ไปโดยอาจจะเป็นการหลุดพ้นจากหนี้โดยสิ้นเชิงเพราะเจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้ทั้งหมดหรือเป็นการหลุดพ้นจากหนี้เพียงบางส่วนเพราะเจ้าหนี้ทำการปลดหนี้ให้เพียงบางส่วนเท่านั้น ส่งผลให้ส่วนที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้แล้วเป็นอันระงับสิ้นไป ส่วนที่ยังไม่ได้ปลดหนี้ให้ยังคงมีผล

เรียกร้องได้ตามกฎหมาย เพราะฉะนั้นการปลดหนี้จึงทำให้หนี้ระงับเสมือนการชำระหนี้โดยเป็นการระงับทั้งหนี้ส่วนประธานและหนี้อุปกรณ

ดังนั้นจากลักษณะของการปลดหนี้ดังกล่าวจึงอาจให้ความหมายของการปลดหนี้ว่า หมายถึง นิติกรรมที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาสละสิทธิเรียกร้องในหนี้อันมีต่อลูกหนี้ โดยไม่คิดเอามูลค่าตอบแทนอย่างใด เป็นผลให้หนี้นั้นระงับสิ้นไปเท่าที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้⁶⁵

2.2.2.2 วิธีการแสดงเจตนา

วิธีการของการปลดหนี้ ตามกฎหมายโรมันการปลดหนี้เกิดจากสัญญา วิธีการปลดหนี้จะขึ้นอยู่กับชนิดของสัญญา ถ้าเป็นสัญญาชนิดที่เกิดจากข้อตกลงการปลดหนี้อาจทำโดยข้อตกลง แต่ถ้าเป็นหนี้ที่เกิดจากทรัพย์สินสัญญาและสัญญาซึ่งมีพิธีการ การปลดหนี้จะทำเพียงข้อตกลงธรรมดาไม่พอต้องมีพิธีการอย่างอื่นด้วย การปลดหนี้ซึ่งทำไม่ถูกต้องตามแบบพิธีไม่ทำให้หนี้ระงับแต่ลูกหนี้อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เมื่อถูกฟ้องให้ชำระหนี้ได้⁶⁶

ส่วนวิธีของการปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกฎหมายได้กำหนดไว้สองวิธี โดยแบ่งจากกรณีหนี้ที่ไม่มีหนังสือเป็นหลักฐานกับหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐาน ซึ่งตามที่อ้างของกรมร่างกฎหมาย หลักในเรื่องวิธีการปลดหนี้ที่เทียบเคียงมาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 519⁶⁷ และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 397⁶⁸ โดยที่ประมวลกฎหมายของทั้งสองประเทศในเรื่องการปลดหนี้มีวิธีการปลดหนี้ที่แตกต่างกันกล่าว คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น การปลดหนี้สามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาว่าจะปลดหนี้ของฝ่ายเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว ส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การปลดหนี้ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ และตามรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย นาย เรเน กาชัว ได้เสนอว่า การปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งบังคับว่าต้องทำเป็นสัญญาต่อกันนั้น เห็นว่าน่าจะเป็นการเข้มงวดเกินไป ส่วนพระยาเทพวิฑูรฯ เสนอว่า การที่จะปล่อยให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปลดหนี้ได้ตามลำพังตนเองนั้น เห็นว่าอาจเป็นเหตุก่อให้เกิดการฉ้อโกงขึ้นได้ การปลดหนี้ควรจะอนุญาตให้กระทำได้แต่เมื่อคู่ความ

⁶⁵ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1116.

⁶⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่10, หน้า 520.

⁶⁷ The Civil Code of Japan Article 519 If an obligee manifests his/her intention to release an obligation to the obligor, such obligation shall be extinguished.

⁶⁸ B.G.B. Section 397

(1) The obligation expires if the obligee forgives the obligor the debt by contract.

(2) The same applies if the obligee acknowledges by contract with the obligor that there is no obligation.

ยินยอมพร้อมใจกันทั้ง 2 ฝ่าย แต่ในที่สุดที่ประชุมได้ตกลงกันว่า ในเรื่องเช่นนี้ควรจะอนุโลมตามกฎหมายและธรรมเนียมประเพณีของบ้านเมือง จึงตกลงกันร่างมาตราขึ้นตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น เพราะมีหลักคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายไทยในเวลา⁶⁹

เพราะฉะนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยฉบับปัจจุบันตามมาตรา 340 วิธีของการปลดหนี้จึงไม่ต้องทำเป็นสัญญาแต่สามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาปลดหนี้ของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว ด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือ หรือโดยกิริยาท่าทาง หรือแสดงออกโดยปริยายว่าปลดหนี้ให้แล้วก็ได้ และเจ้าหนี้ต้องแสดงเจตนาปลดหนี้ต่อลูกหนี้ด้วย เพราะฉะนั้นถ้าลูกหนี้ยังไม่ได้รับการแสดงเจตนาปลดหนี้ของเจ้าหนี้ การปลดหนี้ย่อมยังไม่มีผล แต่การปลดหนี้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ และเมื่อใดที่เจ้าหนี้ได้แสดงเจตนาปลดหนี้ต่อลูกหนี้สำเร็จ การปลดหนี้ย่อมทำให้หนี้ระงับไป เจ้าหนี้ไม่สามารถเปลี่ยนใจถอนการปลดหนี้ได้แต่เจ้าหนี้สามารถที่จะแสดงเจตนาปลดหนี้โดยมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาได้⁷⁰

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10831/2553 “การปลดหนี้ขึ้นจะต้องมีการแสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ แต่ตามข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าผู้ร้องได้แสดงเจตนาต่อจำเลยที่ 1 ว่า จะปลดหนี้ให้แต่อย่างใดส่วนการที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอเข้าสมมติเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแทนโจทก์เฉพาะในส่วนของจำเลยที่ 2 และ ที่ 3 นั้น เป็นเรื่องของการดำเนินการบังคับคดี ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิที่จะบังคับคดีเอาแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาคนใดคนหนึ่งก็ได้มิใช่เป็นเรื่องของการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนใดคนหนึ่งอันจะทำให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นๆได้ประโยชน์จากการปลดหนี้ดังกล่าวด้วยตาม ป.พ.พ. มาตรา 293 ไม่”

ส่วนในกรณีของหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐานหากเจ้าหนี้ต้องการที่จะปลดหนี้ให้กับลูกหนี้นอกจากเจ้าหนี้จะต้องแสดงเจตนาปลดหนี้ต่อลูกหนี้แล้ว กฎหมายได้กำหนดวิธีการปลดหนี้เพิ่มเติมไว้ในมาตรา 340 วรรคสอง โดยเจ้าหนี้ต้องเลือกจากวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ต่อไปนี้ คือ

1. การปลดหนี้ต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ อันอาจหมายถึงการคืนสัญญากู้หรือการคืนเอกสารที่ผู้กู้ได้ลงลายมือชื่อไว้ว่าได้กู้ยืมเงินเจ้าหนี้ไป เป็นต้น โดยการเวนคืนเอกสารจะต้องเกิดจากความสมัครใจยินยอมของเจ้าหนี้ด้วยการแสดงเจตนาต่อลูกหนี้ ฉะนั้นถ้าปรากฏว่าเอกสารไปตกอยู่ในมือของลูกหนี้โดยเกิดจากการถูกใช้อุบายหลอกลวง หรือถูก

⁶⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย กรมร่างกฎหมาย ทำข้างวังหน้า วันที่ 24 กันยายน 2468, หน้า 733-736.

⁷⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พริ้นติ้ง, 2554), หน้า 524.

ขโมย หรือ ถูกฉ้อโกง แม้กระทั่งสูญหายไปอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้ไม่ได้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้จะถือว่าเป็นการปลดหนี้ไม่ได้⁷¹

2. การปลดหนี้ต้องขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ คือการขีดฆ่าในสัญญาผู้หรือเอกสารที่ผู้กู้ได้ลงลายมือชื่อไว้ว่าได้กู้ยืมเงินลูกหนี้ไปโดยไม่ต้องคืนเอกสารนี้ให้ผู้กู้ไป เพราะการขีดฆ่าก็เท่ากับเป็นการแสดงเจตนาว่าเจ้าหนี้ไม่ประสงค์จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว⁷²

3. การปลดหนี้ต้องทำเป็นหนังสือ สำหรับการปลดหนี้โดยวิธีการนี้มีนักกฎหมายได้ให้ความเห็นถึงวิธีการทำหนังสือเพื่อการปลดหนี้ไว้ดังนี้ คือ

ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช⁷³ เห็นว่า “...การปลดหนี้ที่บังคับไว้ในมาตรา340 วรรคสอง สำหรับที่ต้องทำเป็นหนังสือ ไม่ต้องทำเป็นหนังสือขึ้นต่างหากจากเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งหนี้จะใช้วิธีบันทึกข้อความปลดหนี้สลักหลังไว้หรือแทงข้อความปลดหนี้ไว้ ณ ที่ใดในเอกสารนั้นก็ได้อ...”

อาจารย์ภัทรศักดิ์ วรรณแสง⁷⁴ เห็นว่า “...การแสดงเจตนาปลดหนี้โดยทำเป็นหนังสือ คือ มีข้อความระบุว่าเจ้าหนี้ปลดหนี้ให้และลงลายมือชื่อเจ้าหนี้ไว้เป็นสำคัญ...”

ประกอบกับมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับการปลดหนี้โดยการทำเป็นหนังสือไว้ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่1362/2496 “กรณีข้อต่อสู้ของจำเลยเป็นเรื่องปลดหนี้ ต้องบังคับตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 340 เมื่อจำเลยไม่มีหลักฐานตามที่กฎหมายต้องการ จำเลยก็ไม่อาจชนะคดีได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 108/2485 “เจ้าหนี้เดิมได้บอกกล่าวการโอนให้จำเลยทราบแล้วย่อมเป็นการโอนที่ชอบด้วยกฎหมายแม้จะมีข้อโต้แย้งกันอยู่ลูกหนี้ก็ยกขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้ต่อไป หนี้ที่มีหลักฐานเป็นหนังสือหากจะมีการปลดหนี้เช่นไม่ต้องเสียดอกเบี้ยต่อไปก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1265/2473 “การปลดหนี้ที่มีหนังสือก็ต้องทำเป็นหนังสือและต้องเขียนข้อความให้ชัดเจนเพราะจะมาล้างเอกสารฉบับเก่า”

⁷¹ ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 303.

⁷² ศนันทกรรม (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 385.

⁷³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า1125.

⁷⁴ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, หลักกฎหมายหนี้, พิมพ์ครั้งที่11 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน ,2554), หน้า 234.

จากความเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาทำให้มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการปลดหนี้โดยการทำเป็นหนังสือต้องทำอย่างไร หรือมีวิธีการทำอย่างไร กล่าวคือ ต้องทำเป็น “หนังสือ” หรือทำ “หลักฐานเป็นหนังสือ” เนื่องจากการทำเป็นหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือย่อมมีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องวิธีการทำและผลทางกฎหมายซึ่งหากไม่มีความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายตามมาอันเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้นำมาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

นอกจากนี้ด้วยลักษณะของการปลดหนี้ที่เป็นเป็นวิธีหนึ่งที่ทำให้หนี้ระงับโดยการที่เจ้าหนี้สละสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับการให้โดยเสนหามากในแง่ของผล คือ การให้หนี้ผู้รับได้ประโยชน์โดยการได้ทรัพย์สินไป แต่การปลดหนี้ลูกหนี้ได้ประโยชน์คือไม่ต้องชำระหนี้ นอกจากนี้ด้วยลักษณะของการปลดหนี้ที่ต้องกระทำโดยไม่มีค่าตอบแทนการปลดหนี้จึงมีลักษณะเป็นการให้โดยเสนหา ทำให้มาตรา 522 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในบรรพ 3 ลักษณะให้ ได้บัญญัติรับรองในเรื่องการให้โดยการปลดหนี้ว่า

มาตรา 522 “การให้หนี้จะทำด้วยปลดหนี้ให้แก่ผู้รับหรือด้วยชำระหนี้ซึ่งผู้รับค้างชำระอยู่ก็ได้”

โดยหมายความว่า เป็นลักษณะของการที่ผู้รับเป็นหนี้ผู้ให้และผู้ให้ยกหนี้ให้จึงทำให้หนี้ระงับสิ้นไปอันเป็นลักษณะของการปลดหนี้โดยที่ผู้ให้ไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยตรงและถ้ากรณีเป็นหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐานการให้ด้วยการปลดหนี้นี้ก็จะต้องดำเนินการตาม มาตรา 340 วรรคสองคือจะต้องทำเป็นหนังสือหรือเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นเสีย⁷⁵

แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายในเรื่องการให้กับการปลดหนี้มีข้อที่แตกต่างกันอยู่ คือ การให้บางกรณีจะต้องปฏิบัติตามแบบจึงจะสมบูรณ์ เช่น การให้สิทธิอันมีตราสารเป็นสำคัญตาม มาตรา 524 และการให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตาม มาตรา 525 เป็นต้น แต่การปลดหนี้แม้จะถือว่าเป็นการให้ ก็ทออยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าวไม่แต่ในเรื่องการปลดหนี้ก็อาจมีการเพิกถอนเพราะเหตุเนรคุณได้เช่นเดียวกับการให้⁷⁶ การให้ต้องมีการโอนทรัพย์สิน และจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน แต่การปลดหนี้หาต้องมีการโอนอะไรกันไม่ และที่สำคัญคือการให้กับการปลดหนี้มีวิธีในการทำที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การปลดหนี้สามารถทำได้โดยนิติกรรมฝ่ายเดียวอันเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ต่อลูกหนี้

⁷⁵ ศนันทกรรม (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2552), หน้า 375.

⁷⁶ โสภณ รัตนากกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 524.

ย่อมมีผลเป็นการปลดหนี้ แต่การให้นั้นเป็นเรื่องของสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่ายเพราะต้องมีการโอนทรัพย์สินโดยผู้ให้และมีการรับโดยผู้รับ ดังนั้นเมื่อการให้และการปลดหนี้มีวิธีในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้แตกต่างกัน จึงทำให้เกิดข้อสังเกตว่าหากต้องการทำการให้ด้วยการปลดหนี้จะต้องทำตามวิธีการแสดงเจตนาของนิติกรรมการให้หรือวิธีการแสดงเจตนาของนิติกรรมการปลดหนี้ โดยในเรื่องดังกล่าวมีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองฝ่าย คือ

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่ง⁷⁷ เห็นว่า การให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 ต้องทำเป็นสัญญาตามวิธีการแสดงเจตนาของการให้ คือ เห็นว่าเมื่อมาตรา 522 รับเอาการปลดหนี้เข้าไปไว้ในลักษณะให้ด้วยแล้วก็ย่อมจะบังคับได้ตามบทบัญญัติทั้งหลายในบรรพ 3 ว่าด้วยการให้ ผลใดๆในลักษณะให้ย่อมใช้บังคับแก่การปลดหนี้ได้เป็นอย่างดีด้วยกัน ดังนั้นการให้โดยการปลดหนี้ให้แก่ผู้รับตามมาตรา 522 จึงนับว่าเป็นการให้ได้ เพราะฉะนั้นจึงต้องนำเกณฑ์ตามมาตรา 521 ที่ผู้รับจะต้องยอมรับเอาทรัพย์สินนั้นด้วย กล่าวคือ ผู้รับจะต้องแสดงเจตนารับการปลดหนี้ด้วยกรณีจึงจะเป็นสัญญาให้ ดังนั้นการให้ด้วยการปลดหนี้จะสำเร็จต่อเมื่อผู้รับได้รู้เห็นและยินยอมด้วย

ตัวอย่างเช่น จ. เป็นเจ้าหนี้ ล. อยู่ 20,000 บาท จ. เห็นว่า ล. เป็นคนดีมีความซื่อสัตย์กตัญญู จึงเกิดความเมตตาแจ้งแก่ ล. ว่า ยินดีปลดหนี้ จำนวน 20,000 บาท ที่ ล. มีอยู่ต่อตนให้และคืนหลักฐานแห่งหนี้คือสัญญากู้ให้แก่ ล. ไป ถ้า ล. ตกลงรับการปลดหนี้นี้ การที่ จ. และ ล. ปฏิบัติไปก็เป็นสัญญาให้ตามนัยแห่ง มาตรา 522 อย่างไรก็ดี ถ้า ล. ถือศักดิ์รักเกียรติไม่ยอมรับการปลดหนี้ของ จ. โดยจะขอชดใช้หนี้คืนให้ จ. ตามความผูกพันที่มีอยู่เช่นนี้ กรณีย่อมไม่เป็นสัญญาให้⁷⁸

ความเห็นฝ่ายที่สอง⁷⁹ เห็นว่า การให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 ต้องทำเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวตามวิธีการแสดงเจตนาของการปลดหนี้ คือ สามารถทำเพียงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายเจ้าหนี้หรือฝ่ายผู้ให้เพียงฝ่ายเดียวก็เพียงพอ เนื่องจากการให้ด้วยการปลดหนี้ให้แก่ผู้รับต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการปลดหนี้อันมีพิถีพิถันจากหลักการส่งมอบ เพราะฉะนั้นการให้ด้วยการปลดหนี้ผู้ให้ไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยตรงแต่เป็นเรื่องที่ผู้รับเป็นหนี้ผู้ให้และผู้ให้ยก

⁷⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1118. , ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พิมพ์, 2528), หน้า 293. , สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมาย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), หน้า 179. , จุฑามาศ นิศาครัตน์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 219. , วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2517), หน้า 121.

⁷⁸ อัมพร จันทรวิจิตร, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้ คำประกัน จำนอง จำนำ ตัวแทน นายหน้า ประกันภัย รับขน และเก็บของในคลังสินค้า, (กรุงเทพมหานคร : คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 96.

⁷⁹ พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (พระนคร : ชิสโกการพิมพ์, 2518), หน้า 20(ข). , ยงยุทธ กาฬกาญจน์, คู่มือกฎหมาย ลักษณะ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2518), หน้า 105.

หนี้ให้ ซึ่งการยกให้ด้วยวิธีปลดหนี้ให้แก่ผู้รับจะสมบูรณ์ต่อเมื่อผู้ให้(เจ้าหนี้)แสดงเจตนาต่อผู้รับ (ลูกหนี้)ว่าปลดหนี้ให้ก็เป็นการเพียงพอแล้ว

ตัวอย่างเช่น คำกู้เงินแดงไป 5,000 บาท โดยมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคำ ต่อมาแดงเห็นว่าคำเป็นคนดีซื่อสัตย์และมีฐานะยากจนจนถึงสงสารอยากจะให้เงินคำ แดงจึงบอกคำ ว่าเงินที่เป็นหนี้ยังไม่ต้องคืน เมื่อแดงแสดงเจตนาปลดหนี้ให้เช่นนี้ถือว่าเป็นการให้ที่สมบูรณ์แล้วตามมาตรา 522 แต่เนื่องจาก การกู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท การปลดหนี้ต้องทำเป็นหนังสือหรือเวณคิน เอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้คือสัญญากู้ให้แก่ผู้รับหรือขีดฆ่าเอกสารนั้นด้วย ดังนั้น แดงจึงต้องปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าว การให้ด้วยการปลดหนี้จึงจะสมบูรณ์⁸⁰

เพราะฉะนั้นจากความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันและยังไม่มีความชัดเจนทางกฎหมายที่แน่นอนว่าหากต้องการทำการให้ด้วยการปลดหนี้จะต้องนำกฎหมายลักษณะใดมาปรับใช้ ระหว่างกฎหมายในเรื่องให้กับกฎหมายในเรื่องการปลดหนี้ รวมถึงมีความเหมาะสมเพียงไรหรือไม่ในการบัญญัติกฎหมายลักษณะเช่นนี้ อันเป็นปัญหาในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาของการปลดหนี้ที่ผู้เขียน จะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2.2.2.3 ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดผลในเรื่องของการปลดหนี้ไว้ว่าเมื่อ เจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้หนี้นั้นก็พ้นอันระงับสิ้นไป เจ้าหนี้จะเรียกร้องบังคับให้ชำระหนี้อีกไม่ได้ เพราะฉะนั้นถ้าไม่มีการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ว่าจะทำการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้อย่อม ทำให้หนี้ยังคงมีอยู่ตามเดิมหาได้ระงับสิ้นไปไม่ลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ต้องชำระหนี้

ส่วนในกรณีของหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐานกฎหมายกำหนดเพียงวิธีในการปลดหนี้ไว้เท่านั้นว่าการปลดหนี้จะต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องเวณคินเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้กับลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ โดยที่กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามไว้ว่าเมื่อการปลดหนี้ไม่ได้ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดจะเกิดผลอย่างไร จึงทำให้มีนักกฎหมายให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวแบ่งออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ

⁸⁰ สุจินตนา ชุมวิสูตร, หลักกฎหมาย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2553) ,หน้า192.

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่ง⁸¹ เห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 340 วรรคสอง เป็นแบบของนิติกรรมตามความหมายในมาตรา 152 ดังนั้นเมื่อไม่ปฏิบัติตามการปลดหนี้ย่อมจะตกเป็น “โมฆะ” หนี้หาได้ระงับสิ้นไปไม่ โดยเฉพาะ*ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช* ได้ให้เหตุผลในเรื่องดังกล่าวไว้ดังต่อไปนี้

“...วิธีระงับหนี้อย่างอื่นที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้หมวด 5 ไม่มีแบบบังคับไว้แต่ที่มาบังคับในเรื่องแบบของการปลดหนี้เพราะเมื่อหนี้เกิดขึ้นโดยมีหนังสือเป็นหลักฐานการที่จะมาอ้างว่าหนี้นั้นได้ระงับไปด้วยการปลดหนี้ ก็ควรบังคับให้มีแบบเป็นหลักฐานคู่กันและหนี้อันได้เกิดขึ้นด้วยหลักฐานนั้นโดยมากเป็นหนี้ที่สำคัญมีจำนวนมากหาควรที่จะพิสูจน์ง่าย ๆ ด้วยพยานบุคคลไม่ จึงกำหนดแบบไว้เป็นพิเศษในมาตรา 340 วรรค 2 ไม่ใช่แต่เพียงหลักฐานในการพิสูจน์เท่านั้น...”⁸²

ความเห็นฝ่ายที่สอง⁸³ เห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 340 วรรคสอง ไม่ใช่แบบตามความหมายของมาตรา 152 ดังนั้นเมื่อไม่ทำตามวิธีการใดวิธีการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดย่อมถือว่า “ไม่มีการปลดหนี้เกิดขึ้น”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1362/2496 “กรณีข้อต่อสู้ของจำเลยเป็นเรื่องปลดหนี้ ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 340 เมื่อจำเลยไม่มีหลักฐานตามที่กฎหมายต้องการจำเลยก็ไม่อาจชนะคดีได้”

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษานี้ได้วินิจฉัยว่าเมื่อไม่มีหลักฐานที่กฎหมายกำหนดจำเลยก็ไม่อาจชนะคดีได้ไม่ได้วินิจฉัยว่าการปลดหนี้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้จึงทำให้เกิดปัญหาที่สมควรพิจารณาว่าการปลดหนี้กรณีหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน หากไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายอย่างไรและวิธีการที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็น “แบบของนิติกรรม” หรือไม่ อันเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

⁸¹ เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์)*, หน้า 1122-1123. ,กำธร พันธุลาภ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้*, หน้า 139. ,ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *หลักกฎหมายหนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 11, หน้า 234. ,พรณราย ศรีไชยรัตน์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน ,2554), หน้า 214.

⁸² เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์)*, หน้า 1122-1123.

⁸³ ดารารพร ถิระวัฒน์, *กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 207.,ศันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้)*, หน้า 387.

2.2.3 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

2.2.3.1 ความหมายและลักษณะ

ความคิดเรื่องหนี้ในสมัยก่อนหนี้เป็นความสัมพันธ์เฉพาะตัวระหว่างคู่กรณีเจ้าหนี้กับลูกหนี้เท่านั้นทำให้เกิดหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาว่าสัญญามีผลผูกพันเฉพาะตัวคู่สัญญาเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่อาจเข้ามามีสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญานั้นได้หลักกฎหมายนี้ถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่จะต้องนำมาบังคับใช้อย่างเคร่งครัดและได้ดำรงอยู่ในกฎหมายลักษณะหนี้มาโดยตลอด แต่ต่อมาได้เริ่มมีแนวความคิดว่าสิทธิตามสัญญาสมควรที่จะโอนไปยังบุคคลภายนอกได้เพื่อให้เกิดความสะดวกและความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจพาณิชย์ แต่เนื่องจากหากสามารถให้มีการโอนสิทธิตามสัญญาไปยังบุคคลภายนอกได้จะทำให้ขัดกับหลักที่สัญญามีผลผูกพันเฉพาะตัวคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องมีการทำให้ความสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมสิ้นสุดลงเสียก่อนหรือทำให้ความสัมพันธ์ในหนี้เดิมระงับด้วยวิธีของการแปลงหนี้ใหม่⁸⁴

ตามกฎหมายโรมันการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะทำได้โดยการจัดให้ลูกหนี้ให้คำมั่นว่าจะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอกและเจ้าหนี้นยอมให้หนี้ที่มีต่อตนระงับสิ้นไป เพราะฉะนั้นเมื่อหนี้เดิมได้ระงับลงแล้วจึงเกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาแทนที่โดยหนี้ใหม่นี้จะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทนจึงเกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่ที่ทำให้หนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้คนเดิมระงับและเกิดหนี้ใหม่ขึ้นกับเจ้าหนี้คนใหม่⁸⁵

พิจารณาการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยฉบับปี พ.ศ.2466 พบว่าไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่มีเพียงบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องและการโอนหน้าที่ชำระหนี้

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2468 ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ปรากฏขึ้นจนมาถึงปัจจุบันและได้บัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ไว้ในมาตรา 349 ถึง มาตรา 352 โดยหลักการของการแปลงหนี้ใหม่ได้บัญญัติไว้ที่มาตรา 349 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ว่า

“เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ร้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่

ถ้าทำหนี้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหนี้อัน

⁸⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1160.

⁸⁵ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่10, หน้า 549.

ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านถือว่าเป็นอันเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนั้น”

เพราะฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องทำเป็นสัญญาในระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ตกลงกันเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้โดยมีวัตถุประสงค์จะระงับหนี้เก่าแล้วก่อหนี้ใหม่ขึ้นผูกพันกันไป โดยจะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ได้จะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 4 ประการ คือ⁸⁶

1. มีหนี้เดิมที่คู่กรณีจะให้ระงับไป เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้นโดยคู่กรณีประสงค์จะให้หนี้เดิมระงับแล้วมาบังคับกันตามหนี้ใหม่ เพราะฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่จะมีได้ก็ต่อเมื่อหนี้เดิมยังมีอยู่ ถ้าหนี้เดิมไม่มีอยู่จริงก็จะทำให้ไม่มีหนี้อะไรจะแปลงทำให้หนี้ใหม่จึงไม่เกิดขึ้น โดยคำว่าหนี้เดิมไม่มีอยู่จริงอาจเป็นกรณีที่หนี้เดิมไม่มีแต่คู่กรณีเข้าใจผิดว่ามี หนี้เดิมไม่เกิดขึ้น สัญญาที่ก่อหนี้เป็นโมฆะหนี้เดิมจึงไม่มีอยู่แม้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องจะมาทำสัญญาต่อกันแปลงหนี้ใหม่จะถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 ไม่ได้เพราะไม่มีหนี้เดิมโดยสมบูรณ์ หรือหนี้เดิมเป็นหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนซึ่งเงื่อนไขไม่สำเร็จ⁸⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9945/2554 “แม้หนี้ตามสัญญาจำนองและบันทึกขึ้นเงินจำนองครั้งที่หนึ่งขาดอายุความแล้ว แต่เมื่อโจทก์จำเลยยังมีหนี้เดิมต่อกัน หนังสือสัญญากู้ยืมที่แปลงหนี้มาก็ย่อมมีมูลหนี้และทำให้หนี้เงินกู้เดิมย่อมระงับไปโดยการแปลงหนี้ใหม่ ป.พ.พ. มาตรา 349”

เพราะฉะนั้นหากมีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องมีหนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้เดิมกับลูกหนี้และเมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ก็จะมีผลทำให้หนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้เดิมกับลูกหนี้ระงับสิ้นไปและผูกพันเป็นหนี้ใหม่ที่เจ้าหนี้ใหม่มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้

2. คู่กรณีมีเจตนาจะทำการแปลงหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่เกิดจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่จึงไม่อาจเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวอย่างปลดหนี้ หรือหักกลบลบหนี้ที่อยู่ในบทบัญญัติเรื่องระงับหนี้เช่นเดียวกัน แต่ต้องเกิดจากเจตนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายและผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องมีความสามารถในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วย ดังนั้นการที่ลูกหนี้ฝ่ายเดียวทำสัญญายอมใช้หนี้แก่เจ้าหนี้จึงอาจเป็นการรับสภาพหนี้แต่หาใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ หรือการที่บุคคลภายนอกเสนอขอชำระหนี้โดยไม่มีการตอบสนองจากเจ้าหนี้ก็จะถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้⁸⁸

⁸⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1159.

⁸⁷ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 550.

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 552.

เพราะฉะนั้นกรณีของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องที่จะมาทำการแสดงเจตนาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงได้แก่ เจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ ส่วนลูกหนี้จะเป็นคู่กรณีที่เกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ยังเป็นปัญหาที่มีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกันซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไปเรื่องวิธีการแสดงเจตนา

3. จะต้องเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ระบุไว้ 3 ประการ คือเงื่อนไขแห่งหนี้ ตัวเจ้าหนี้ ตัวลูกหนี้ แต่สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญประการอื่นของหนี้นอกจากที่กฎหมายกำหนดอาจ ได้แก่ วัตถุประสงค์แห่งหนี้หรือสิ่งที่ลูกหนี้ต้องกระทำเพื่อชำระหนี้ ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ มูลแห่งหนี้ เป็นต้น⁸⁹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6788/2552 “สัญญาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ที่เป็น การเพิ่มจำนวนหนี้ซึ่งจำเลยที่ 1 จะต้องร่วมรับผิดชอบ และเปลี่ยนประเภทหนี้ เป็นกรณีที่โจทก์และ จำเลยที่ 1 ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ และตกลงที่จะผูกพันตามสัญญาปรับปรุง โครงสร้างหนี้ เป็นการแปลงหนี้ใหม่ตาม ป.พ.พ. มาตรา 349 วรรคหนึ่ง มีผลให้หนี้เดิม คือ หนี้ตาม สัญญาทรัพย์สินซึ่งทั้ง 16 ฉบับ ที่จำเลยที่ 3 ค้ำประกันเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่ จำเลยที่ 3 ในฐานะผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นความรับผิด”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5247/2545 “หลังจากที่จำเลยเป็นหนี้ ค่า ทอกรูปพรรณและออกเช็คพิพาทเพื่อชำระหนี้ให้โจทก์แล้ว ย. ภริยาโจทก์และจำเลยได้ตกลงกันทำ หนี้สัญญากู้ยืมมีเนื้อความว่าจำเลยได้กู้ยืมเงินภริยาโจทก์ไปจำนวน 500,000 บาท จะใช้คืนให้ ภายใน 6 เดือนนับจากวันทำสัญญาโดยภริยาโจทก์ลงชื่อเป็นผู้ให้กู้และจำเลยลงชื่อเป็นผู้กู้ เป็นกรณีที่ โจทก์ยินยอมให้นำมูลหนี้ตามเช็คพิพาทเปลี่ยนมาเป็นมูลหนี้กู้ยืมระหว่างจำเลยกับภริยาโจทก์ สัญญา กู้ดังกล่าวจึงเป็นการตกลงทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ สิทธิเรียกร้องของโจทก์ที่มีอยู่ เดิมย่อมระงับสิ้นไป”

เพราะฉะนั้นในกรณีของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จึงเป็นสิ่งที่ เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ที่เมื่อมีการเปลี่ยนแล้วจะทำให้หนี้เดิมระงับแล้วเกิดหนี้ใหม่ที่จะต้องชำระ กันขึ้น

4. มีหนี้ใหม่ที่สมบูรณ์เกิดขึ้นมาแทนที่หนี้เดิม ถ้าหนี้ใหม่ที่ก่อขึ้นเพื่อแปลงหนี้ใหม่ ไม่ได้เกิดขึ้นหรือสูญเสื่อมเสียไปอย่างไรหนี้เดิมก็หาระงับไปไม่ ตามบทบัญญัติ มาตรา 351 ที่บัญญัติ ว่า

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 556.

“ถ้าหนี้อันจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนี้ใหม่นั้นมิได้เกิดขึ้นก็ดี ได้ยกเลิกเสียเพราะมูลแห่งหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิรู้ถึงคู่กรณีก็ดี ท่านว่าหนี้เดิมนั้นก็ยังคงระงับสิ้นไปไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2675/2548 “การที่ ฌ. ทำสัญญาขายรถยนต์ให้แก่โจทก์แทนการชำระหนี้โดยแปลงหนี้เงินกู้เป็นการซื้อขายรถยนต์แทน ถือได้ว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตาม ป.พ.พ. มาตรา 349 วรรคแรก แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือสัญญาซื้อขายรถยนต์ดังกล่าวมีเงื่อนไขระบุไว้ว่าในระหว่างที่ผู้ขายยังไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อให้ถือว่ายังมิมีการซื้อขาย ดังนั้น จึงถือว่าเป็นกรณีที่หนี้อันจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนี้ใหม่นั้นยังมิได้เกิดขึ้น หนี้เดิมคือหนี้เงินกู้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 351 ยังไม่ระงับสิ้นไป”

เพราะฉะนั้นในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ หนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้คนใหม่กับลูกหนี้จึงต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ เกิดขึ้นมาแทนที่หนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้เดิมกับลูกหนี้ จึงจะทำให้เกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

เมื่อเกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่ที่สมบูรณ์ขึ้นแล้วย่อมทำให้หนี้เดิมหรือสัญญาเดิมระงับลง และแม้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องบังคับด้วยบทบัญญัติในลักษณะโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 349 วรรคสาม แต่ไม่ได้หมายความว่า จะมีลักษณะอย่างเดียวกันเพราะการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ยังคงมีลักษณะและความมุ่งหมายที่จะระงับหนี้ ต่างกับการโอนสิทธิเรียกร้องที่ประสงค์จะสงวนหนี้ไว้เพื่อโอนกัน เพราะฉะนั้นเมื่อหนี้เดิมได้ระงับสิ้นไปสิ่งทั้งหลายที่เกี่ยวข้องพันกันอยู่กับหนี้เดิมนั้นย่อมเป็นอันหลุดพ้นไปด้วย⁹⁰ โดยแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

1. ผลในการระงับหนี้ประธาน เมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้นหนี้เดิมนั้นย่อมระงับลงเพียงแต่ความสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้เจ้าหนี้มิได้ระงับไปโดยสิ้นเชิงเพราะแม้หนี้เดิมจะระงับไปแต่ได้มีหนี้ใหม่เกิดขึ้นแทน หนี้เดิมและหนี้ใหม่จึงเป็นเงื่อนไขซึ่งกันและกัน ถ้าหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นหนี้เดิมก็ไม่ระงับ⁹¹

2. ผลในการระงับประกันแห่งหนี้ เมื่อหนี้ประธานได้ระงับลงด้วยการแปลงหนี้ใหม่นี้อาจส่งผลให้ จำนำ จำนอง ค้ำประกัน หรือหนี้อุปกรณ์อื่นของหนี้เดิมระงับไปด้วย แต่อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้อोनหลักประกันของหนี้เดิมไปใช้กับหนี้ใหม่ได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 352

⁹⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1188.

⁹¹ โสภณ รัตนากกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 573.

“คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำหรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกันหนี้เดิมนั้นไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้ เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม แต่หลักประกันเช่นว่านี้ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซ้ ท่านว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงโอนได้”

เพราะฉะนั้นเมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ได้เกิดขึ้น ย่อมทำให้หนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้หนี้เดิมกับลูกหนี้ระงับสิ้นไปซึ่งและเกิดเป็นหนี้ใหม่ขึ้นมาระหว่างเจ้าหนี้คนใหม่กับลูกหนี้ที่ใช้บังคับกันได้ โดยหนี้ที่ระงับไปนั้นรวมถึงหนี้อุปกรณ์ของหนี้เดิมด้วยแต่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้สามารถที่จะตกลงโอนสิทธิในหนี้อุปกรณ์เพื่อไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้

2.2.3.2 วิธีการแสดงเจตนา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 349 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้การแปลงหนี้ใหม่มีวิธีการแสดงเจตนาโดยทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง และไม่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพราะจะเป็นการเคร่งครัดเกินไปโดยได้ร่างมาตราขึ้นขึ้นตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น⁹² เพราะฉะนั้นเมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าการแปลงหนี้ใหม่จะต้องทำเป็นหนังสือ สัญญาแปลงหนี้ใหม่จึงสามารถทำได้

แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่มีผลทำให้หนี้เดิมระงับและผูกพันกันตามหนี้ใหม่เพราะฉะนั้นถ้าหนี้ใหม่นั้นกฎหมายกำหนดวิธีการอย่างไรให้ต้องทำตาม คู่กรณีที่เกี่ยวข้องก็ต้องทำตามวิธีการของหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น เช่น คู่สัญญาตกลงกันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้จากสัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมส่งผลให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 วรรคหนึ่ง

⁹² หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย กรมร่างกฎหมาย ทำซ้ำวงษ์ว่า วันที่ 26 กันยายน 2468, สดก3(1) เล่ม5(2)-(3)(รหัสไมโครฟิล์ม ม-สดก3) (กรุงเทพมหานคร: หอจดหมายเหตุ, 2468), หน้า 743-746.

The Civil Code of Japan Article 513

1 If the parties conclude a contract which changes any element of an obligation, such obligation shall be extinguished by novation.

2 It is deemed that an element of obligation has been changed if a conditional obligation is made an unconditional obligation, if a condition is added to an unconditional obligation, or if any condition on an obligation is changed.

สำหรับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคสาม ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้

มาตรา 349 วรรคสาม “ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วย บทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง”

โดยเมื่อพิจารณาจากรายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมายทำให้ทราบถึงเหตุผล และที่มาว่าเหตุใดกฎหมายจึงให้นำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ โดยในรายงานการประชุมได้มีการพิจารณาในประเด็นที่ว่า⁹³

“novation ซึ่งเกิดจากการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ต่างกับการโอนหนี้ด้วยเหตุสำคัญ ประการใด นายเรน กาโซ เสนอว่า novation ซึ่งเกิดจากการเปลี่ยนเจ้าหนี้ที่ต่างกับการโอนหนี้ ด้วยเหตุสำคัญ 2 ประการ (1) หนี้เดิมระงับไปโดยมีหนี้ใหม่เกิดขึ้นแทน และ (2) เครื่องอุปกรณ์แห่ง หนี้เดิมต้องติดไปกับหนี้ใหม่ด้วย พระยาเทพวิฑูรฯ เสนอว่า novation ซึ่งเกิดจากการเปลี่ยนตัว เจ้าหนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการโอนหนี้มากจะมีต่างกันบ้างก็ในเหตุไม่ผู้สละสำคัญจึงเห็นว่าไม่ควร จะมีบทบัญญัติเช่นนั้นประมวลกฎหมายของเรา เพื่อมิให้เป็นการฟั่นเฟือนในเรื่องเช่นนี้ควรจะใช้ กฎหมายลักษณะการโอนหนี้ในบทบังคับที่ประชุมปรึกษาหารือกันเห็นชอบกับความเห็นของพระยา เทพวิฑูรฯ จึงตกลงกันร่างมาตราขึ้นทำนองนั้น”

เพราะฉะนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การแปลงหนี้ใหม่โดยการ เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องบังคับด้วยบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งหากพิจารณาในส่วนของ วิธีการแสดงเจตนา การที่กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ ย่อม หมายความว่าต้องนำมาตรา 306 ในเรื่องวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดย การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ดังนั้น การแปลงหนี้ใหม่ในการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องทำเป็นหนังสือ ระหว่างเจ้าหนี้คนเก่าและเจ้าหนี้คนใหม่ และต้องส่งคำบอกกล่าวหรือจัดให้ลูกหนี้ให้ความยินยอมใน การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ด้วยการทำเป็นหนังสือ ตามมาตรา 349 วรรค3 ประกอบ มาตรา 306

แต่อย่างไรก็ตามได้มีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันถึงการนำวิธีการแสดง เจตนาในการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ว่าการ นำมาใช้นั้นจะต้องนำมาใช้ในลักษณะอย่างไร กล่าวคือ

⁹³ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ธรรมนูญร่างกฎหมาย ทำข้างวังหน้า วันที่ 26 กันยายน 2468, หน้า 743-746.

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่ง⁹⁴ เห็นว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ มาตรา 349 วรรค3 ให้บังคับตามลักษณะโอนสิทธิเรียกร้อง และในลักษณะโอนสิทธิเรียกร้องเจ้าหนี้อาจโอนสิทธิไปได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของลูกหนี้ กล่าวคือ ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ผู้โอนกับผู้รับโอนก็พอ เพราะฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เพียงแต่เจ้าหนี้คนเก่ากับเจ้าหนี้คนใหม่ ทำสัญญาแปลงหนี้กันก็พอแล้ว ไม่จำเป็นต้องเอาลูกหนี้เข้ามาเกี่ยวข้องทำสัญญาด้วย หรืออีกนัยหนึ่งคือ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ได้แก่เจ้าหนี้คนเก่ากับเจ้าหนี้คนใหม่ ลูกหนี้ทำเป็นคู่กรณีผู้เกี่ยวข้องต้องทำสัญญาด้วยไม่ แต่เมื่อต้องบังคับตามลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้องจึงต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้หรือให้ลูกหนี้ยินยอมด้วย

ความเห็นฝ่ายที่สอง⁹⁵ เห็นว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ให้ใช้วิธีการของการแปลงหนี้ใหม่ประกอบกับวิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง คือ ทำเป็นสัญญาประกอบกับวิธีการของการโอนสิทธิเรียกร้องที่ต้องทำเป็นหนังสือ และต้องทำเป็นสัญญาโดยได้รับความยินยอมของทั้งสามฝ่าย คือเจ้าหนี้เดิม ลูกหนี้ และเจ้าหนี้ใหม่ เหตุที่เจ้าหนี้เดิมต้องให้ความยินยอมด้วยก็เพราะเจ้าหนี้เดิมจะสิ้นสิทธิในหนี้ ส่วนที่ลูกหนี้ต้องยินยอมด้วยก็เพราะจะต้องรับผิดชอบหนี้ใหม่ และการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ทำให้ลูกหนี้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่มีต่อเจ้าหนี้เดิมขึ้นยันกับเจ้าหนี้ใหม่ได้ ส่วนเจ้าหนี้ใหม่จะต้องรับสิทธิในการได้รับชำระหนี้มา ดังนั้น การตกลงแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องได้รับความยินยอมกันทั้งสามฝ่าย

จากความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับวิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ดังนี้

1. ในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญาหมายถึงใคร กล่าวคือ สามารถทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้เดิมกับเจ้าหนี้คนใหม่เท่านั้น หรือต้องทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้
2. เมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีวิธีการแสดงเจตนาที่แตกต่างจากการแปลงหนี้ใหม่ประเภทอื่นๆ คือต้องทำเป็นหนังสือไม่อาจทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยวาจาได้ ทำให้เกิดปัญหาในการทำเป็นหนังสือว่าลักษณะเนื้อหาหรือข้อตกลงในหนังสือจะเป็นอย่างไร และใครจะต้องเป็นผู้ลงลายมือชื่อในหนังสือบ้าง
3. การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ต้องให้ความยินยอมด้วยหรือไม่เพราะหากลูกหนี้เป็นคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในสัญญาอยู่แล้ว

⁹⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1180.

⁹⁵ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่10, หน้า 557.

ความจำเป็นที่ต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้หรือต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ตามมาตรา 306 ย่อมหมดไป

4. การนำกฎหมายในลักษณะโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะมีความเหมาะสมเพียงไรหรือไม่

อันเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2.2.3.3 ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

การแปลงหนี้ใหม่มาตรา 349 วรรคหนึ่ง กำหนดวิธีการแสดงเจตนาให้ทำเป็นสัญญา ระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เพราะฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมสัญญา คือ จะต้องมีการเสนอสนองยินยอมตกลงกัน ดังนั้นถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายที่ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ไม่มีการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันหรือไม่ได้มีการตกลงทำสัญญากันเพื่อเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งที่ย่อมส่งผลให้ไม่เกิดมีการแปลงหนี้ใหม่ขึ้นและต้องกลับไปผูกพันกันตามหนี้เดิม

แต่สำหรับจากการแปลงใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กฎหมายกำหนดให้นำเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงแตกต่างจากการแปลงใหม่ในกรณีอื่นๆ กล่าวคือ หากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่ทำเป็นหนังสือย่อมส่งผลให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ “ไม่สมบูรณ์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6346/2549 “บิดาโจทก์มอบหมายให้จำเลยเป็นตัวแทนไปติดต่อขอเช่าที่ราชพัสดุจากกรมธนารักษ์และมอบเงินจำนวน 4,000,000 บาท ให้แก่จำเลยไปใช้เป็นค่าดำเนินการและค่าเช่าพื้นที่ จำเลยจึงเป็นตัวแทนของ อ. เงินที่จำเลยรับมาจาก อ. จึงเป็นเงินที่จำเลยรับไว้เกี่ยวข้องด้วยการเป็นตัวแทนซึ่งจำเลยสัญญาว่าจะส่งคืนให้เนื่องจากกิจการที่ทำการแทนไม่สำเร็จจลุล่วง จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องส่งเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ อ. ซึ่งเป็นตัวการตาม ป.พ.พ. มาตรา 810 วรรคหนึ่ง การที่โจทก์กับจำเลยเจรจาตกลงทำสัญญากู้เงินกัน โดยระบุว่าโจทก์ให้จำเลยกู้ยืมเงินเท่ากับจำนวนเงินที่จำเลยมีหน้าที่ต้องส่งคืนให้แก่ อ. จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จาก อ. มาเป็นโจทก์และเปลี่ยนมูลหนี้ตามสัญญาตัวแทนมาเป็นมูลหนี้ตามสัญญากู้เงิน ซึ่งการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 349 วรรคสาม นั้น ต้องบังคับด้วยบทบัญญัติแห่ง

ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคหนึ่ง ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องโดยต้องทำเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏว่า อ. ได้โอนหนี้ที่จำเลยมีอยู่แก่ตนให้แก่โจทก์โดยทำเป็นหนังสือ จึงไม่เป็นการโอนหนี้ที่สมบูรณ์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2540 “ตามสัญญาจะซื้อจะขายระหว่างจำเลยกับ อ. ข้อ 2วรรคสองที่กำหนดไว้ว่า"ส่วนเงินที่เหลือจำนวน 6,900,000 บาทผู้ซื้อจะต้องชำระให้แก่ผู้ขายครบถ้วนในวันที่ผู้ขายไปจดทะเบียนขายที่ดินให้แก่ผู้ซื้อหรือบุคคลอื่นที่ผู้ซื้อกำหนดเป็นผู้รับโอนแทนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดินนั้นมิได้มีข้อความใดที่แสดงว่าจำเลยกับ อ. ตกลงกันให้ อ. โอนสิทธิตามสัญญาจะซื้อจะขายให้แก่บุคคลอื่นแต่อย่างใดได้เลยข้อความดังกล่าวเป็นเพียงข้อความต่อเนื่องจากวรรคหนึ่งเกี่ยวกับการชำระราคาที่พักพิภพว่าจะชำระกันอย่างไรเมื่อใดโดยระบุเป็นข้อตกลงไว้ว่าผู้รับโอนที่พิพาทอาจเป็น อ. ผู้ซื้อหรือหากไม่รับโอนด้วยตนเองก็จะให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับโอนแทนก็ได้คำว่า "บุคคลอื่น" จึงมีความหมายเพียงเป็นบุคคลผู้ที่จะมีชื่อในขณะที่รับโอนต่อเจ้าพนักงานที่ดินเมื่อการซื้อขายนั้นสำเร็จสมบูรณ์แทนชื่อของผู้ซื้อที่แท้จริงเท่านั้นคู่สัญญาจะซื้อจะขายที่พิพาทรายนี้ก็คือจำเลยกับ อ. โจทก์กล่าวอ้างมาในฟ้องว่าจำเลยยินยอมให้ อ. โอนสิทธิการซื้อที่พิพาทให้แก่โจทก์จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคสาม ซึ่งจะต้องบังคับตามมาตรา 306 เรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง เมื่อไม่ปรากฏว่าการโอนหนี้ระหว่างโจทก์กับ อ. ได้ทำเป็นหนังสือการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจึงไม่สมบูรณ์ไม่อาจใช้บังคับจำเลยได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2331/2522 “การที่จำเลยที่ 1 ตกลงให้จำเลยที่ 2 ชำระเงินแก่ผู้เช่าและรับโอนสิทธิการเช่าแทนโดยจำเลยที่ 1 จะชำระเงินและโอนสิทธิการเช่าคืนจากจำเลยที่ 2 นั้น จำเลยที่ 1 เป็นทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้เมื่อจำเลยที่ 2 ตกลงกับโจทก์ให้โจทก์ชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 แก่จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 2 โอนสิทธิการเช่าแก่โจทก์จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ และเมื่อสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องตั้งนั้นเมื่อจำเลยที่ 2 กับโจทก์ตกลงกันด้วยวาจาโดยมิได้ทำเป็นหนังสือจึงไม่สมบูรณ์ไม่มีผลใช้บังคับ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 451/2512 “แม้ พ. จะเป็นภรรยาเจ้าหนี้ แต่หนี้ที่ลูกหนี้มีต่อ พ. กับหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้เป็นหนี้ต่างรายกัน และเป็นเจ้าหนี้คนละคน ฉะนั้น การนำเอาหนี้ที่มีต่อ พ. มาแถลงเป็นหนี้ของเจ้าหนี้จึงเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ซึ่งต้องบังคับตามบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 349 วรรคท้าย แต่คู่กรณีมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ฉะนั้นการแปลงหนี้ตามเช็คในส่วนของ พ. มาเป็นหนี้เงินกู้ของเจ้าหนี้จึงไม่สมบูรณ์ เจ้าหนี้จะนำเอาหนี้จำนวนนี้มารวมกับหนี้ของเจ้าหนี้เพื่อขอรับชำระหนี้ด้วยไม่ได้”

ทั้งนี้ มีข้อน่าสังเกตว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6346/2549 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2540 แม้จะเป็นเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้แต่เมื่อต้องนำมาตรา 306 มาบังคับใช้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเมื่อการโอนหนี้ไม่ทำเป็นหนังสือการโอนสิทธิเรียกร้องจึงไม่สมบูรณ์ ไม่ได้วินิจฉัยว่า เมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่ทำเป็นหนังสือ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงไม่สมบูรณ์ ทั้งๆที่นิติกรรมที่เป็นข้อพิพาทเป็นนิติกรรมการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่ใช่นิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้องแต่อย่างใด

ดังนั้นจึงทำให้เกิดปัญหาที่สมควรพิจารณาว่าการที่กฎหมายบังคับให้นำเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ในเรื่องผลของการไม่ทำตามวิธีแสดงเจตนาเป็นการให้นำมาใช้ในลักษณะอย่างไร ประกอบกับเมื่อผลของการไม่ทำเป็นหนังสือในโอนสิทธิเรียกร้องยังมีปัญหาในเรื่องการตีความหมายของคำว่า “ไม่สมบูรณ์” อันมีนักกฎหมายที่ให้ความเห็นแตกต่างกันเป็นสามฝ่าย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1(ค) ส่งผลให้เมื่อต้องนำเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อมทำให้ผลของการไม่ทำตามวิธีการในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีความไม่ชัดเจนไปด้วย และท้ายที่สุดแล้วการนำกฎหมายในลักษณะโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีความเหมาะสมเพียงไรหรือไม่อันเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2.2.4 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

2.2.4.1 ความหมายและลักษณะ

ในสมัยโบราณหนี้เป็นเรื่องความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา บุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา จะเข้ามาเกี่ยวข้องในสัญญานั้นด้วยไม่ได้เพราะในสมัยก่อนหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ อาจต้องไปเป็นทาสโดยที่เจ้าหนี้มีอำนาจบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้และหากเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ตาย สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาก็มีผลสิ้นสุดลง แต่ต่อมากฎหมายได้เริ่มมีความผ่อนคลายนมากขึ้นโดยบุคคลภายนอกอาจจะมีส่วนเกี่ยวข้องในสัญญาในด้านของลูกหนี้ได้ด้วยวิธีการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่จะมีผลให้หนี้เดิมระงับและก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาใช้บังคับแทน โดยหนี้ใหม่นี้จะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นลูกหนี้แทน ส่วนลูกหนี้เดิมจะหมดหน้าที่ในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ขึ้นไป

โดยเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 จะพบว่าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้แต่มีบทบัญญัติเรื่องการโอนหนี้หรือโอนหน้าที่ในการชำระหนี้ โดยบัญญัติไว้ที่มาตรา 266

มาตรา266 “*บันดาสติธิของเจ้าหนี้และหน้าที่ของลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ นั้น ท่านว่า จะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพหนี้ นั้นเองไม่เปิดช่องให้โอนกัน ฤการจะโอนนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย*”

แต่อย่างไรก็ตามการโอนหนี้หรือหน้าที่ยอมไม่ใช้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้เพราะการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะส่งผลให้หนี้เดิมระงับอันถือว่าเป็นการยกเลิกความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เดิมจึงไม่มีหนี้เหลืออยู่ที่จะถือได้ว่าโอนไปยังลูกหนี้คนใหม่ แต่การโอนหนี้หรือโอนหน้าที่นั้นหนี้เดิมยังคงมีอยู่และหนี้เดิมนั้นได้ถูกโอนไปยังลูกหนี้เข้าใหม่เพื่อให้มีหน้าที่ในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ต่อไป

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ.2468 บทบัญญัติในเรื่องของการโอนหน้าที่ได้ถูกตัดออกไปและได้มีการบัญญัติกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ขึ้น ซึ่งรวมถึงการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วย โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยเฉพาะคือมาตรา 350 ที่บัญญัติว่า

มาตรา350 “*แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้นจะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่*”

โดยตามมาตรา 350 นี้เป็นแต่เพียงการกำหนดเรื่องวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เท่านั้นแต่หลักสำคัญของการแปลงหนี้ใหม่ได้บัญญัติไว้ที่มาตรา349 วรรคหนึ่งแล้วว่า การแปลงหนี้ใหม่ คือ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้และโดยที่ตัวลูกหนี้ก็เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงรวมอยู่ในหลักใหญ่สำคัญของมาตรา349⁹⁶ เพราะฉะนั้นจากมาตรา 350 เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับมาตรา 349 ที่เป็นหลักของการแปลงหนี้ใหม่ทำให้สามารถพิจารณาถึงลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ได้ดังต่อไปนี้

1. การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 350 ได้กำหนดว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องทำเป็นสัญญา ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงไม่อาจ

⁹⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1181.

เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวได้ โดยการทำสัญญานั้นจะต้องเป็นการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่และจะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้คนเดิมไม่ได้

2. ต้องมีการตกลงเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วยการให้ลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้นจากหนี้และให้ลูกหนี้คนใหม่เข้ามาแทนที่ กรณีที่จะเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้คู่สัญญาจะต้องมีการตกลงกันอย่างแท้จริงที่จะเปลี่ยนเอาลูกหนี้คนใหม่เข้ามาแทนที่ลูกหนี้คนเดิม โดยตัวลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้นจากหนี้แล้วมีลูกหนี้คนใหม่เข้ามาเป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้แทนไม่ใช่เพียงแต่กรณีที่ลูกหนี้ให้บุคคลอื่นไปชำระหนี้แทนตนเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5112/2552 “การแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีเพื่อระงับหนี้เดิมแล้วก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นผูกพันกันแทน หนี้เดิมเป็นอันระงับไป แม้โจทก์จะยอมรับเช็คของจำเลยที่ 2 เป็นผู้ส่งจ่ายโดยจำเลยที่ 1 ในฐานะกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนลงลายมือชื่อและประทับตราสำคัญของบริษัทจำเลยที่ 2 เป็นการชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 ตามเช็ค ก็หาใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่ เพราะไม่มีการตกลงทำสัญญาแปลงหนี้กันใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ของโจทก์จากจำเลยที่ 1 ไปเป็นจำเลยที่ 2 แต่เป็นเพียงจำเลยที่ 2 เข้าไปเป็นผู้ชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 ลูกหนี้เดิมเท่านั้น หนี้เดิมระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จึงยังไม่ระงับ”

3. ต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะแปลงหนี้ใหม่เพื่อระงับหนี้เดิมที่มีอยู่ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนเดิมและก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาผูกพันกันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ การที่จะมีผลเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้นั้นนอกจากจะดูว่ามีการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ยังจะต้องพิจารณาถึงเจตนาหรือวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาด้วยว่ามีเจตนาที่จะระงับหนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนเดิม และเพื่อก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาผูกพันลูกหนี้คนใหม่เพราะอาจมีบางกรณีที่เจ้าหนี้ไม่ได้มีเจตนาที่จะให้หนี้ของลูกหนี้คนเดิมระงับแม้จะมีลูกหนี้คนใหม่เพิ่มเข้ามาจึงอาจเป็นกรณีของสัญญาที่เป็นลูกหนี้ร่วมหรืออาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาที่จะทำให้หนี้เดิมระงับเพียงแต่ให้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้กัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7624/2552 “หนังสือรับชำระหนี้แทนลูกหนี้ของ บ. ที่ทำให้ไว้แก่โจทก์ เป็นกรณีที่ บ. ซึ่งมีได้เป็นลูกหนี้ผูกพันตนเข้าชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 แทนต่อโจทก์ แต่ไม่ปรากฏว่าโจทก์เจ้าหนี้ตกลงให้หนี้ของจำเลยที่ 1 ระงับไป จึงไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ หนี้ของจำเลยที่ 1 จึงไม่ระงับสิ้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคหนึ่ง”

4. การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 350 กำหนดไว้ชัดเจนว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

ให้ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่แต่จะทำได้โดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้ ดังนั้นการที่จะทำสัญญาโดยขึ้นใจลูกหนี้คนเดิมหรือไม่จึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้หากมีการทำสัญญาโดยเป็นการขึ้นใจลูกหนี้คนเดิมจะส่งผลให้สัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่เกิดขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5433/2551 “การที่จำเลยทั้งสองยอมให้โจทก์ในฐานะผู้ค้าประกันของจำเลยทั้งสองในการเข้าซื้อรถยนต์บรรทุกทุกจำนวน 22 คัน ไปทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับบริษัทซึ่งเป็นเจ้าหนี้ผู้ให้เข้าซื้อรถยนต์ดังกล่าวโดยโจทก์จะเป็นผู้ชำระหนี้ให้แก่บริษัทจำนวน 14,683,970 บาท โดยบริษัทจะโอนกรรมสิทธิ์รถยนต์บรรทุกทั้งหมดให้แก่โจทก์ และไม่ติดใจจะเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ อีกต่อไป ถือเป็น การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยลูกหนี้เก่าคือจำเลยทั้งสองให้ความยินยอมตาม ป.พ.พ. มาตรา 350 ดังนั้น หนี้เดิมตามสัญญาเข้าซื้อและสัญญาค้าประกันจึงเป็นอันระงับไปตามมาตรา 349 วรรคหนึ่ง”

ดังนั้นจากที่กล่าวมาจึงอาจให้ความหมายของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้ว่า คือ การที่คู่กรณีผู้เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้โดยในกรณีนี้ลูกหนี้เป็นสิ่งที่ เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ มีผลทำให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากการชำระหนี้และทำให้หนี้เดิมระงับสิ้นไปพร้อมกับก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาแทนที่

2.2.4.2 วิธีการแสดงเจตนา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 แม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้แต่มีบทบัญญัติในเรื่องการโอนหน้าที่ชำระหนี้อันเป็นเรื่องของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในฝ่ายที่เป็นลูกหนี้เช่นเดียวกันตามมาตรา 266⁹⁷ ซึ่งในเรื่องการโอนหน้าที่ชำระหนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการโอนหน้าที่ชำระหนี้ว่าจะต้องทำอย่างไร แต่ได้กำหนดว่าผู้รับโอนอาจมีเจตนาบอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้เพื่อให้เจ้าหนี้รับรู้ถึงการโอนและกำหนดไปในเจตนาอันให้ตอบภายในเวลาอันสมควรว่าจะยอมตกลงให้โอนหรือไม่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 281⁹⁸ แต่แม้เจ้าหนี้จะไม่ตกลงด้วยก็ไม่ได้ทำให้การโอนหน้าที่ในการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นไม่ได้ เพียงแต่การโอนที่เจ้าหนี้ไม่ได้ตกลงด้วยจะส่งผลให้การโอนหน้าที่ชำระหนี้ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้หรือ

⁹⁷ มาตรา 266 “บันดาสหิทธิของเจ้าหนี้และหน้าที่ของลูกหนี้จะต้องชำระหนี้กัน ท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพหนี้ นั้นเองไม่เปิดช่องให้โอนกัน ถ้าการจะโอนนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย”

⁹⁸ มาตรา 281 “ผู้รับโอนอาจมีเจตนาบอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้และกำหนดไปในเจตนาอันให้ตอบภายในเวลาอันสมควรว่าจะยอมตกลงให้โอนหรือไม่

ถ้าเจ้าหนี้ไม่ตอบภายในกำหนดนั้นไซ้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหนี้ไม่ยอมตกลงให้โอน”

บุคคลภายนอกได้ตามมาตรา 280⁹⁹ เพราะฉะนั้นการโอนหน้าที่ชำระหนี้ที่เจ้าหนี้ไม่ได้ตกลงด้วยยัง
เกิดมีขึ้นระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนและเป็นการโอนที่สมบูรณ์แต่จะฟังได้ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน
เท่านั้นตามมาตรา 270¹⁰⁰

ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันได้กำหนดวิธีการของการแปลง
หนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไว้ที่มาตรา 350 คือ ให้ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่
แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้ ซึ่งโดยหลักของสัญญา่อมอธิบายได้ว่า สัญญาหมายถึงนิติกรรม
สองฝ่ายที่ฝ่ายหนึ่งมีเจตนาเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งมีเจตนาสนองรับตามที่ฝ่ายแรกมีเจตนาเสนอมา เมื่อ
เจตนาเสนอสนองต้องตรงกันย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นทันทีโดยไม่ต้องมีรูปแบบใดๆ ในเรื่องการแปลง
หนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็เช่นเดียวกันที่สามารถทำเป็นสัญญาโดยแสดงเจตนาเสนอสนองที่
ต้องตรงกันของฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้คนใหม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3399/2548 “การที่โจทก์ที่ 1 ได้ขายสิทธิในการผ่อน
ชำระเงินให้แก่โจทก์ที่ 2 นั้น ตามมาตรา 350 บัญญัติว่า แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้นจะทำ
เป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่ จากข้อเท็จจริง
ปรากฏว่าไม่มีการทำสัญญากันระหว่างจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเจ้าหนี้กับโจทก์ที่ 2 ซึ่งจะเข้าเป็นลูกหนี้คน
ใหม่เลย สัญญาแปลงหนี้ใหม่จึงไม่เกิดขึ้น โจทก์ที่ 1 จึงยังคงเป็นลูกหนี้อยู่เช่นเดิม”

นอกจากนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องทำ
เป็นหนังสือจึงสามารถทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วยวาจาได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5426/2553 “การที่จำเลยซึ่งมิได้เป็นลูกหนี้โจทก์
มาทำสัญญาคู่เนื่องจากบุตรจำเลยมีหนี้กับโจทก์เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ซึ่ง
ป.พ.พ. มาตรา 350 ก็มีได้บัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างไร เมื่อไม่ปรากฏว่าได้ทำขึ้นโดยขึ้น
ใจลูกหนี้เดิมแล้ว สัญญาแปลงหนี้ใหม่จึงใช้บังคับได้ จำเลยต้องรับผิดชอบตามสัญญาคู่พิพาท”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2339/2551 “ป.พ.พ. มาตรา 350 มิได้บัญญัติว่า
ต้องทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่เป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ การแสดงเจตนาด้วยวาจา
โดยมีคำเสนอและคำสนองตรงกันก็ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ต่อกันได้แล้ว”

โดยจากหลักสำคัญประการหนึ่งของการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 คือ การที่
คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้และตามมาตรา 350 กำหนดให้การ

⁹⁹ มาตรา 280 “การโอนหน้าที่ชำระหนี้ที่เจ้าหนี้จะยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ถ้าต่อผู้บุคคลภายนอกคนหนึ่งคนใด
ไม่ได้จนกว่าเจ้าหนี้จะได้ออมตกลงในที่โอนนั้น”

¹⁰⁰ มาตรา 270 “การโอนอันมิได้บอกกล่าวตกลงกันก่อนตามที่ท่านบังคับไว้ในมาตรา 271 ฤๅ 280 นั้นท่านว่าเป็นการ
สมบูรณ์ คือ ฟังได้แต่ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้น”

แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่แต่จะทำโดย
 ซินใจลูกหนี้เดิมไม่ได้ ดังนั้นคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตาม
 มาตรา350 จึงหมายถึง เจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ส่วนลูกหนี้คนเดิมไม่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องในการ
 ทำสัญญาด้วยก็ได้

ทั้งนี้ กฎหมายมิได้กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องแจ้งการเปลี่ยนตัวลูกหนี้คนใหม่ไปให้ลูกหนี้
 คนเดิมทราบอาศัยแต่เพียงต้องทำโดยไม่ซินใจลูกหนี้คนเดิมเท่านั้นซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายไม่ให้ความสำคัญแก่ความยินยอมหรือการตกลงของลูกหนี้เดิมเนื่องจากลูกหนี้คนเดิมเป็นคู่กรณีผู้เกี่ยวข้อง
 เฉพาะในหนี้เดิม และผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เป็นการที่เจ้าหนี้สละสิทธิต่อ
 ลูกหนี้คนเดิมและรับเอาคนใหม่เป็นลูกหนี้ ผลเท่ากับเป็นการที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้เดิม ซึ่งตาม
 ลักษณะปลดหนี้ในมาตรา340 เพียงแต่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้ด้วยการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ฝ่าย
 เดียวก็เป็นผลขึ้นได้ ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ซึ่ง
 มีผลอย่างเดียวกันจึงอาจทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เดิม และเทียบเคียงกับ
 หลักการในเรื่องการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมของลูกหนี้ตามมาตรา314
 ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เพราะการที่ลูกหนี้คนใหม่เข้ามารับ
 เป็นลูกหนี้ ก็เสมือนด้วยการที่บุคคลภายนอกเข้ามาชำระหนี้ ดังนั้นเมื่อเหตุผลและหลักการเป็นอย่าง
 เดียวกันการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงไม่ต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบจากลูกหนี้เดิม
 เช่นเดียวกัน¹⁰¹ และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ลูกหนี้เดิมไม่ได้รับผลร้ายอะไรได้แต่
 ประโยชน์ทำให้เขาหลุดจากหน้าที่ในการชำระหนี้ไปเท่านั้นจึงไม่จำเป็นต้องให้เข้ามาทำสัญญายินยอม
 ด้วย¹⁰² หรือแม้ลูกหนี้จะไม่ยินยอมก็ไม่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแต่อย่างใดที่ลูกหนี้จะเรียกร้องได้
 เพราะลูกหนี้ได้รับผลที่หนี้ของตนระงับไปแล้ว¹⁰³

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3833/2552 “การที่จำเลยที่ 2 ผู้ค้าประกันยอมรับ
 ผิดใช้หนี้ที่ ป. ที่ต่อโจทก์ด้วยการทำหนังสือรับสภาพหนี้และสัญญากู้เงินขึ้นใหม่ทั้งสัญญากู้เงินฉบับ
 ใหม่และหนังสือรับสภาพหนี้ระบุจำนวนหนี้ใหม่โดยรวมต้นเงินกู้เดิมและดอกเบี้ยเข้าด้วยกันยอมเห็น
 ถึงเจตนาของโจทก์และจำเลยที่2 ว่าต้องการจะทำให้หนี้ตามสัญญากู้เงินเดิมระงับไปโดยการแปลงหนี้
 ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ การแปลงหนี้ดังกล่าวโจทก์และจำเลยที่2 จะทำสัญญากันโดยลำพัง ไม่
 ต้องให้ ป. ลูกหนี้คนเดิมเข้าเกี่ยวข้องด้วยก็ได้เพราะการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตาม
 ป.พ.พ มาตรา350 ห้ามแต่เพียงว่าจะทำโดยซินใจลูกหนี้เดิมไม่ได้เท่านั้นเมื่อ ป. กู้เงินเพื่อให้จำเลยที่

¹⁰¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม2(ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1182.

¹⁰² สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, หน้า375. ,พระยาเทพวิฑูร(บุญช่วย วณิกกุล),
 ยล ธีรกุล ปรับปรุงโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, ชวิน อุ่นภัทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยหนี้
บรรพ2 มาตรา194-353, หน้า 340.

¹⁰³ ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่2 ,หน้า 220.

2 นำไปลงทุน กรณีจะทำโดยชื่นใจ ป. ลูกหนี้เดิมยอมไม่มี เมื่อหนี้ตามสัญญาถูกเงินระงับไปแล้ว จำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันยอมหลุดพ้นจากความรับผิดตามป.พ.พ. มาตรา 698”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6187/2539 “การที่จำเลยที่ 1 ซึ่งมีได้เป็นลูกหนี้มาทำสัญญารับสภาพหนี้ไว้กับโจทก์เป็นสัญญา 2 ฝ่ายอันมีลักษณะเป็นสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ซึ่งมาตรา 350 มิได้บัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ดังนั้นจึงหาจำต้องให้เจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่ลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่ายไม่ และบทบัญญัติมาตราดังกล่าวก็มีได้กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องแจ้งการเปลี่ยนตัวลูกหนี้คนใหม่ให้ลูกหนี้คนเดิมทราบ เมื่อไม่ปรากฏว่าได้ทำขึ้นโดยชื่นใจลูกหนี้เดิมแล้ว สัญญาแปลงหนี้ใหม่ดังกล่าวจึงใช้บังคับได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3453/2529 “การที่จำเลยเข้าทำสัญญาอยู่กับโจทก์ยอมรับใช้หนี้ของบิดานั้นเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยจำเลยเข้ารับภาระเป็นลูกหนี้แทนบิดา ทำให้หนี้เดิมระงับและบิดาจำเลยลูกหนี้คนเก่าหลุดพ้นจากหนี้ไป การแปลงหนี้ดังกล่าวโจทก์จำเลยจะทำสัญญากันโดยลำพังไม่ต้องให้บิดาจำเลยลูกหนี้คนเก่าเข้ามาเกี่ยวข้องทำสัญญาด้วยก็ได้ เพราะการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 350ห้ามแต่เพียงว่าจะทำโดยชื่นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้เท่านั้น”

แต่อย่างไรก็ตามได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องทำเป็นสัญญาสามฝ่าย คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 213/2504 “การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องทำเป็นสัญญาสามฝ่ายคือ สัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เดิมว่าเจ้าหนี้อยอมรับเอาลูกหนี้ใหม่เป็นลูกหนี้ของตนต่อไปโดยระงับหนี้ทั้งหมดที่มีอยู่ต่อลูกหนี้เดิม กับ สัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ว่าลูกหนี้ใหม่จะเข้ารับชำระหนี้แทนลูกหนี้เก่า”

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดข้อสังเกตว่าเมื่อการแปลงหนี้ใหม่เป็นเรื่องของการระงับหนี้เดิมแล้วก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาแทนที่ และการที่หนี้เดิมจะระงับได้นั้นหากให้บุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องข้องกับหนี้เดิมอย่างลูกหนี้คนใหม่มาทำสัญญาระงับหนี้ที่ตนไม่เกี่ยวข้องกับเจ้าหนี้เพียงสองฝ่ายจะส่งผลให้หนี้เดิมที่เป็นเรื่องระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนเดิมระงับไปได้อย่างไร และแท้จริงแล้ว คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้สมควรที่จะมีใครบ้างอันเป็นปัญหาในเรื่องวิธีการของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2.2.4.3 ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

เมื่อกฎหมายกำหนดวิธีในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ให้ทำเป็นสัญญา ดังนั้นหากไม่มีการทำสัญญาเกิดขึ้นหรือสัญญาไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุประการใดย่อมทำให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่เกิดขึ้นหนี้ยังไม่ระงับลูกหนี้เดิมยังมีหน้าที่ในการชำระหนี้อยู่ โดยไม่ได้หมายความว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องตกเป็นโมฆะจึงไม่เกิดปัญหาที่จะต้องพิจารณาในเรื่องผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาเหมือนในกรณีของการโอนสิทธิเรียกร้อง การปลดหนี้ หรือการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3399/2548 “การที่โจทก์ที่ 1 ได้ขายสิทธิในการผ่อนชำระเงินให้แก่โจทก์ที่ 2 นั้น ตามมาตรา 350 บัญญัติว่า แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้นจะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่ จากข้อเท็จจริงปรากฏว่าไม่มีการทำสัญญากันระหว่างจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเจ้าหนี้กับโจทก์ที่ 2 ซึ่งจะเข้าเป็นลูกหนี้คนใหม่เลย สัญญาแปลงหนี้ใหม่จึงไม่เกิดขึ้น โจทก์ที่ 1 จึงยังคงเป็นลูกหนี้อยู่เช่นเดิม”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2509 “การแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้นต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ เพียงแต่บุคคลภายนอกยื่นหนังสือรับรองชำระหนี้แทนจำเลยต่อโจทก์ แต่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้จำเลยมิได้สั่งการอย่างไร เจียบหายไป สัญญาแปลงหนี้ใหม่ยังไม่เกิดขึ้น”

2.2.5 แบบและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.

2551*

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ได้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคอันเนื่องมาจากผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องของสินค้า บริการและอำนาจต่อรอง ตลอดจนเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจ จึงทำให้ผู้บริโภคอาจอยู่ในฐานะที่ถูกเอาเปรียบ นอกจากนี้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นกระบวนการในการดำเนินคดีต่างๆอาจสร้างความยุ่งยากให้แก่ผู้บริโภคที่จะต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงต่างๆซึ่งไม่อยู่ในความรู้เห็นของตัวเองทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ ดังนั้นการมีวิธีพิจารณาคดีที่เอื้อต่อการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภคย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการคุ้มครองผู้บริโภค และแม้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 จะเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคอันเป็นกฎหมายวิธี

* วิทยาลัยนพนธ์ฉบับนี้มีขอบเขตการศึกษาเฉพาะมาตรา10 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือและแบบของนิติกรรมเท่านั้น

สบัญญัติแต่ก็มีบทบัญญัติบางมาตราที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติซึ่งรวมถึงบทบัญญัติในมาตรา 10 อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือและแบบของนิติกรรมซึ่งมีความแตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องผลของการไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือและผลของการไม่ทำตามแบบ โดยบัญญัติว่า

มาตรา 10 “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับให้นิติกรรมใดต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบจะฟ้องร้องบังคับคดีได้นั้น มิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้บริโภคนในการฟ้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจชำระหนี้

ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับให้สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง ถึงแม้สัญญาดังกล่าวยังมีได้ทำให้ถูกต้องตามแบบนั้น แต่หากผู้บริโภคได้วางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนแล้ว ให้ผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องบังคับ ให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือชำระหนี้เป็นการตอบแทนได้

ในการดำเนินคดีตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง มิให้นำมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับแก่ผู้บริโภคในการฟ้องคดีผู้บริโภคและการพิสูจน์ถึงนิติกรรมหรือสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ”

โดยบทบัญญัติในวรรคหนึ่งเป็นเรื่องของการยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับในส่วนของนิติกรรมที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือที่หากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบจะฟ้องร้องคดีไม่ได้ แต่มาตรา 10 วรรคหนึ่งได้ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคโดยในกรณีที่ผู้บริโภคเป็นโจทก์ฟ้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจชำระหนี้ ผู้บริโภคสามารถฟ้องผู้ประกอบธุรกิจให้ชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ประกอบธุรกิจแต่หากผู้ประกอบธุรกิจเป็นโจทก์ฟ้องผู้บริโภคเป็นจำเลยให้ชำระหนี้ยังคงต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้บริโภคที่ถูกฟ้องจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰⁴

ตัวอย่างของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้นิติกรรมต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ เช่น สัญญาจะขายหรือจะซื้อ มาตรา 456 วรรคสอง คำมั่นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 538 สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดไม่เกินสามปี มาตรา 653 สัญญากู้ยืมเงินกว่าสองพันบาท มาตรา

¹⁰⁴ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ปณรัชช, 2555), หน้า 17.

680 สัญญาค้ำประกันต้องลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกัน มาตรา 798 วรรคสอง การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันกฎหมายบังคับว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ มาตรา 851 สัญญาประนีประนอมยอมความ มาตรา 867

ยกตัวอย่างเช่น กรณีสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างผู้บริโภคนซึ่งเป็นผู้เช่ากับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ให้เช่ามีกำหนดเวลาเช่าไม่เกินสามปี แต่ไม่ได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไว้เลย ในกรณีนี้หากผู้เช่าฟ้องร้องให้ผู้ให้เช่าชดใช้ค่าเช่าจ่ายอันจำเป็นและสมควรเพื่อรักษาทรัพย์สินที่เช่าตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 547 ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ให้เช่าจะต่อสู้ว่าสัญญาเช่ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ให้เช่า ดังนั้นผู้ให้เช่าจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้เช่าไม่ได้¹⁰⁵

ส่วนมาตรา 10 วรรคสอง เป็นเรื่องของการยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับในส่วนขอแบบของนิติกรรมที่หากไม่ทำตามแบบย่อมส่งผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152 โดยมาตรา 10 วรรคสอง พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคให้สิทธิแก่ผู้บริโภคที่แม้กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมต้องทำตามแบบแต่เมื่อนิติกรรมนั้นจะไม่ได้ทำตามแบบก็ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะหากผู้บริโภคได้วางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนไว้ ผู้บริโภคมีย่อมมีอำนาจฟ้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือชำระหนี้เป็นการตอบแทนได้ โดยการที่ผู้บริโภคจะฟ้องบังคับได้ก็ต่อเมื่อผู้บริโภคได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากได้มีการวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนแล้ว โดยกฎหมายเห็นว่าการที่ผู้ประกอบธุรกิจรับมัดจำหรือรับชำระหนี้บางส่วนจากผู้บริโภคมีย่อมแสดงให้เห็นว่าทั้งสองฝ่ายมีเจตนาที่จะผูกพันตามสัญญาแล้ว

ตัวอย่างของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บังคับให้นิติกรรมบางอย่างต้องทำตามแบบเช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพและสัตว์พาหนะ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ มาตรา 525 สัญญาเช่าซื้อ มาตรา 572 เป็นต้น

ยกตัวอย่างเช่น ผู้เช่าซื้อรถยนต์ได้จ่ายค่าเช่าซื้อไปแล้ว 1งวด จากที่จ่าย 25 งวด ดังนั้นผู้บริโภคสามารถอ้างว่ามีสัญญาต่อกันไม่ตกเป็นโมฆะได้ เช่น ผู้เช่าซื้อสามารถฟ้องศาลขอให้ผู้ประกอบธุรกิจทำสัญญาเป็นหนังสือให้แก่ตนเก็บไว้เป็นหลักฐานหรือเมื่อตนจ่ายเงินครบ 25 งวด

¹⁰⁵ อนันต์ จันทร์โอภากร, ปัญหาข้อขัดข้องการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/222Anan.pdf> [7 พฤษภาคม 2556]

ก็สามารถฟ้องศาลขอให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าซื้อโอนรถให้แก่ตนได้ ผู้ประกอบธุรกิจจะอ้างว่าสัญญาเช่าซื้อผิดแบบตกเป็นโมฆะไม่ได้¹⁰⁶

เพราะฉะนั้นจะเห็นว่าในเรื่องของหลักฐานเป็นหนังสือและแบบของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มีความแตกต่างกันในเรื่องของผลทางกฎหมาย ซึ่งความแตกต่างที่เกิดขึ้นทำให้มีนักกฎหมายมีความเห็นไปในแนวทางที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า¹⁰⁷ “...บทบัญญัตินี้บัญญัติขึ้นบนสมมติฐานที่ว่าผู้ประกอบธุรกิจในฐานะที่จะดูแลประโยชน์ของตนได้ดีกว่าผู้บริโภค ซึ่งบทบังคับตามมาตรา10 นี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ศาลจะใช้พิจารณาเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคือผู้บริโภคมากกว่าสิ่งใด แม้อุเหมือนจะกระทบถึงหลักสำคัญในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและขาดความสมดุลในการบังคับใช้กฎหมายหลักของบ้านเมืองเพราะเอียงเข้าข้างผู้บริโภคมากกว่า แต่หลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นใช้บังคับทางแพ่ง(ซึ่งไม่แสวงหากำไร)กับทางพาณิชย์(ซึ่งแสวงหากำไร) มายาวนาน สมควรจะต้องมีหลักกฎหมายที่แตกต่างกันเพื่อให้เกิดสมดุลในทางพาณิชย์เช่นกัน การยึดโยงหลักเดิมปรับใช้กับทุกสถานการณ์คงไม่ถูกต้องเสมอไป เมื่อการปรับเปลี่ยนกฎหมายหลักทำได้ยาก การแก้ไขโดยวิธีอื่นซึ่งอาจเป็นทางอ้อมอาจจำเป็นในสถานการณ์ไทย...”

ความเห็นฝ่ายที่สองเห็นว่า¹⁰⁸ “...บทบัญญัติในมาตรา10เป็นการกำหนดบทบัญญัติที่เกินขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้อย่างชัดแจ้งรวมถึงได้กำหนดบทกฎหมายที่เป็นการขัดหรือแย้งกับบทกฎหมายในเรื่องเดียวกันที่มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติอีกด้วย จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวไม่เพียงแต่เป็นการกำหนดบทกฎหมายที่ผิดที่ผิดทาง แล้วยังอาจนำมาซึ่งคำถามตามมามีความเหมาะสมหรือไม่และเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อผู้บริโภคอย่างเต็มที่โดยไม่พิจารณาเลยว่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่ผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควรหรือไม่ นอกจากนี้ยังได้กำหนดหลักกฎหมายเรื่องแบบแห่งนิติกรรมและเรื่องการทำนิติกรรมเป็นหลักฐานเป็นหนังสือไว้ปะปนกัน ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์แต่เพียงประการเดียว คือเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในการฟ้องร้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดชอบได้เท่านั้นโดยไม่คำนึงถึงหลักกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องนี้แต่อย่างใด การดำเนินการเช่นนี้ย่อมจะทำให้เกิดความเข้าใจสับสนใน

¹⁰⁶ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, ลักษณะพิเศษของ พ.ร.บ. วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ที่ประชาชนควรทราบ(รวมทั้ง ทนายความด้วย) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.scribd.com/doc/105898545/พ-ร-บ-อ-จักรพงษ์-13-9-2555> [7 พฤษภาคม 2556]

¹⁰⁷ สุขุม ศุภินิตย์, คำอธิบายพัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2554), หน้า56-58.

¹⁰⁸ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธ์, “พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 กฎหมายวิธีสบัญญัติที่บัญญัติเป็นกรอบของกฎหมายสารบัญญัติ,” กฎหมายใหม่ 99 (กันยายน 2551) : 44-61.

หมูนักกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายเกี่ยวกับหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวซึ่งมีเนื้อหาสาระและ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง...”

เพราะฉะนั้นการที่ผลของนิติกรรมที่ไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือกับผลของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 10 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค มีความแตกต่างกับผลของนิติกรรมที่ไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือกับผลของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับมีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันต่อการนำ มาตรา 10 วรรคหนึ่งและสอง ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมาปรับใช้กับสัญญาระหว่าง ผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ โดยที่ความเห็นของทั้งสองฝ่ายล้วนแล้วแต่มีเหตุผลที่น่ารับฟัง

ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเรื่องที่สมควรนำมาพิจารณาว่าการที่กำหนดกฎหมายเฉพาะขึ้นมา ยกเว้นหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะเช่นนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคจะ ก่อให้เกิดความเหมาะสมเพียงไรหรือไม่ต่อการปรับใช้กฎหมาย รวมถึงหากเปรียบเทียบระหว่าง ประโยชน์กับปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการนำ มาตรา 10 วรรคหนึ่งและสองของพระราชบัญญัติวิธี พิจารณาคดีผู้บริโภคมาปรับใช้ สิ่งใดจะก่อให้เกิดผลดีในด้านต่างๆมากกว่ากัน อันเป็นปัญหาที่ผู้เขียน จะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

บทที่ 3

แนวความคิดพื้นฐานเรื่องแบบ ลักษณะและการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมาย

กำหนดในระบบกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาจากที่มาของนิติกรรมในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 การปลดหนี้ตามมาตรา 340 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตามมาตรา 349 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350 จะพบว่าที่มาหรือต้นแบบในการร่างกฎหมายมาจากกฎหมายของประเทศต่างๆซึ่งรวมถึงกฎหมายประเทศเยอรมันและกฎหมายประเทศญี่ปุ่น ด้วยเหตุนี้จึงสมควรที่จะศึกษาถึงหลักกฎหมายของนิติกรรมในเรื่องดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น* เพื่อนำมาใช้ในการศึกษา วิเคราะห์ เปรียบเทียบ ความสอดคล้องและความแตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยต่อไป

3.1 กฎหมายเยอรมัน¹⁰⁹

3.1.1 แนวความคิดพื้นฐานในเรื่องแบบ

3.1.1.1 ลักษณะทั่วไปของแบบ

กฎหมายเยอรมันเป็นกฎหมายที่ขึ้นอยู่กับหลักความยินยอม ซึ่งหมายความว่าโดยทั่วไปแล้วในการทำนิติกรรมกฎหมายไม่ได้เรียกร้องให้นิติกรรมต้องทำตามแบบ หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเยอรมันให้เสรีภาพเรื่องแบบในการทำนิติกรรม (Fromfreiheit) แต่อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายเยอรมันได้มีบทบัญญัติเรื่องแบบไว้ ก็เพื่อเป็นการปกป้องคู่สัญญา เพื่อให้ผู้ทำนิติกรรมมีความมั่นใจว่าตนเองได้เข้ามาสู่การทำนิติกรรมที่ถูกต้องตามกฎหมายเรียบร้อยแล้ว และจะเกิดผลบังคับตามกฎหมายตามที่ผู้ทำนิติกรรมได้คาดหวังไว้ รวมถึงเพื่อป้องกันการเปลี่ยนแปลงของนิติกรรม

* ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากไม่กล่าวเป็นอย่างอื่นมาตราในกฎหมายเยอรมันให้หมายความถึงมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 2002 และมาตราในกฎหมายญี่ปุ่นให้หมายความถึงมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ฉบับปี ค.ศ. 2004

¹⁰⁹ The Federal Ministry Of Justice in Corporation With Juris GmbH, **German Civil Code** [Online] 7 May 2013. Available From : <http://www.f.d.ul.pt/linkclick.aspx/fileticket=krjhafokmw%3d&tabid=505>

จากนิติกรรมชนิดหนึ่งไปเป็นนิติกรรมอีกชนิดหนึ่งและเรื่องปัญหาในการพิสูจน์ด้วย¹¹⁰ ดังนั้น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดเรื่องแบบของนิติกรรมไว้ จึงเป็นข้อยกเว้นในหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่การทำนิติกรรมสามารถทำได้โดยอาศัยเพียงความยินยอมและการมีเสรีภาพในเรื่องแบบของการทำนิติกรรม โดยเรื่องแบบของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้ในบททั่วไป โดยบัญญัติถึงผลของการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า นิติกรรมใดที่ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมตกโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 125¹¹¹ โดยบทบัญญัติในเรื่องแบบที่กฎหมายกำหนดนอกจากจะปรากฏอยู่ในบททั่วไปแล้ว ยังปรากฏอยู่ตลอดทั้งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ระบุให้นิติกรรมบางชนิดต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เช่น นิติกรรมต้องทำเป็นหนังสือหรือนิติกรรมนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่โนตารีรับรอง และไม่ว่าจะเป็นการทำนิติกรรมฝ่ายเดียว นิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญา ล้วนแล้วแต่ต้องทำตามแบบทั้งสิ้น หากนิติกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบ

โดยแบบของนิติกรรมที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ

1. แบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้แก่

1.1 แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ (Written form หรือ Schriftform) กฎหมายบัญญัติไว้ที่มาตรา 126 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹¹² โดยในบางนิติกรรมกฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมนั้นต้องทำเป็นหนังสือโดยที่ผู้ทำนิติกรรมต้องลงลายมือชื่อในหนังสือหรือถ้าไม่สามารถลงชื่อได้สามารถใช้สัญลักษณ์ประทับลงในหนังสือแทนการลงลายมือชื่อของผู้ทำนิติกรรมและให้เจ้าหน้าที่โนตารีรับรองความถูกต้อง โดยการลงลายมือชื่อนั้นจะต้องใช้เป็นชื่อสกุลเท่านั้น การใช้ชื่อแรกในการลงลายมือชื่อไม่เพียงพอที่จะทำให้เป็นการลงลายมือชื่อได้¹¹³ หรือในกรณีของสัญญาที่

¹¹⁰ Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, August Johnston, The German Law of Contract : A Comparative Treatise Second Edition (Oregon : Hart Publishing ,2006), PP.81-82.

¹¹¹ B.G.B. Section 125 A legal transaction that lacks the form prescribed by statute is void. In case of doubt, lack of the form specified by legal transaction also results in voidness.

¹¹² B.G.B. Section 126

(1) If written form is prescribed by statute, the document must be signed by the issuer with his name in his own hand, or by his notarially certified initials.

(2) In the case of a contract, the signature of the parties must be made on the same document. If more than one counterpart of the contract is drawn up, it suffices if each party signs the document intended for the other party.

(3) Written form may be replaced by electronic form, unless the statute leads to a different conclusion.

(4) Notarial recording replaces the written form.

¹¹³ Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, August Johnston, The German Law Of Contract : A Comparative Treatise Second Edition , PP.82.

ต้องทำเป็นหนังสือฉบับเดียวกัน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องลงลายมือชื่อในหนังสือนั้น แต่ถ้าสัญญาทำเป็นหนังสือตั้งแต่สองฉบับขึ้นไป เช่น ในกรณีของสัญญาเช่าซื้อ เมื่อได้ทำสัญญาสำหรับผู้เช่าซื้อฝ่ายหนึ่งและสำหรับผู้ให้เช่าซื้ออีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าฉบับของผู้เช่าซื้อให้ผู้ให้เช่าซื้อได้ลงลายมือชื่อแล้ว หรือฉบับของผู้ให้เช่าซื้อให้ผู้เช่าซื้อได้ลงลายมือชื่อแล้ว ก็ยอมทำให้สัญญาเช่าซื้อนั้นมีผลใช้ได้ แม้จะมีการลงลายมือชื่อในสัญญาแค่เพียงฝ่ายเดียวก็ตาม¹¹⁴ และถ้ากฎหมายไม่ได้บัญญัติเป็นอย่างอื่น แบบการทําคงเดิมของเจ้าหน้าที่โนตารีสามารถนำมาใช้แทนแบบของการทำเป็นหนังสือได้ และการทำเป็นหนังสือสามารถทำในรูปของเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ เนื่องจากในปี ค.ศ. 2002 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้มีการปรับปรุงแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายให้มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันมากขึ้น โดยในเรื่องแบบของนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือได้มีบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นมา สองมาตรา คือ

Electronic form หรือ แบบในรูปของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 126 a¹¹⁵ ซึ่งจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการลงลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยการใช้แบบในรูปของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์สามารถแทนที่แบบที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือได้ ผู้ที่แสดงเจตนาเสนอจะต้องใส่ชื่อของตนลงไปและให้เอกสารอิเล็กทรอนิกส์คัดเลือกลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์โดยในส่วนนี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ [Signaturgesetz] หรือในกรณีของสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องให้สำเนาของสัญญาพร้อมกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ตามที่ได้อ้างไว้ในวรรคหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม แบบชนิดนี้ในทางปฏิบัติยังไม่ค่อยมีบทบาทมากนัก

Text form ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 126 b¹¹⁶ การทำตามแบบชนิดนี้ จะต้องทำในเอกสารหรือในรูปแบบอื่นที่มีลักษณะถาวรและเหมาะสมสำหรับการนำมาทำอีกครั้งหนึ่ง โดยผู้ที่ทำการแสดงเจตนาต้องใส่ชื่อและการแสดงเจตนาที่ครบถ้วน ซึ่งแบบชนิด

¹¹⁴ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2517), หน้า134.

¹¹⁵ B.G.B. Section 126a

(1) If electronic form is to replace the written form prescribed by law, the issuer of the declaration must add his name to it and provide the electronic document with a qualified electronic signature in accordance with the Electronic Signature Act [Signaturgesetz].

(2) In the case of a contract, the parties must each provide a counterpart with an electronic signature as described in subsection (1).

¹¹⁶ B.G.B. Section 126b If text form is prescribed by law, the declaration must be made in a document or in another manner suitable for its permanent reproduction in writing, the person making the declaration must be named and the completion of the declaration must be shown through the reproduction of a signature of the name or otherwise.

นี้ จะมีความเคร่งครัดน้อยกว่าแบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ(Written form) เนื่องจากไม่ต้องมีการลงลายมือชื่อ เช่น แบบที่อยู่ในรูปของอีเมล ข้อความจากเอสเอ็มเอส หรือเอกสารที่ไม่ใช่เอกสารต้นฉบับ

1.2 แบบที่ต้องมีเจ้าหน้าที่โนตารียืนยันความถูกต้องแท้จริง (Notarielle Beurkundung) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 128 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹¹⁷ ถ้าการเสนอและการสนองรับคำเสนอในครั้งแรกได้รับการบันทึกเป็นสัญญาไว้โดยเจ้าหน้าที่โนตารีย่อมเป็นการเพียงพอที่จะเกิดเป็นสัญญา โดยแบบชนิดนี้เป็นแบบที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริงจากเจ้าหน้าที่โนตารี ซึ่งบางกรณีการที่เจ้าหน้าที่โนตารีรับรองความถูกต้องแล้ว อาจใช้แทนที่การรับรองโดยทางราชการได้ ดังนั้น แบบลักษณะนี้จะเคร่งครัดมากกว่าแบบประเภทอื่นๆ เพราะนอกจากเพื่อยืนยันการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแล้ว นิติกรรมที่ต้องทำตามแบบดังกล่าวนี้จะต้องเป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญ ดังนั้น ก่อนที่จะมีการทำนิติกรรม กฎหมายจึงต้องการจะให้คู่สัญญาได้ไตร่ตรองและได้รับคำแนะนำทางกฎหมายจากเจ้าหน้าที่โนตารี เพราะการทำตามแบบในลักษณะนี้ เอกสารที่สร้างขึ้นจะได้รับการยืนยันถึงความถูกต้องชัดเจนและไม่คลุมเครือ

1.3 แบบการรับรองโดยทางราชการ (öffentliche Beglaubigung) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 129 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹¹⁸ เป็นกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าการแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นจะต้องมีการรับรองโดยทางราชการ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการยืนยันความแน่นอนในการแสดงเจตนา แบบลักษณะนี้จะต้องทำเป็นหนังสือ และลายมือชื่อของผู้แสดงเจตนาต้องมีการรับรองจากเจ้าหน้าที่โนตารี อันเป็นการแสดงเจตนาเพื่อยืนยันว่าได้มีการทำเอกสารต่อกันระหว่างคู่สัญญานั้นแล้ว

2. แบบที่เกิดจากการตกลง (Vereinbarte Form) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 127 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹¹⁹ อันเป็นกรณีที่คู่กรณีกำหนดแบบของนิติกรรมได้เอง โดยบทบัญญัติ

¹¹⁷ B.G.B. Section 128 If the notarial recording of a contract is prescribed by statute, it suffices if first the offer and then the acceptance of the offer is recorded by a notary.

¹¹⁸ B.G.B. Section 129

(1) If the official certification of a declaration is prescribed by law, the declaration must be put in writing and the signature of the person declaring be certified by a notary. If the declaration is signed by the issuer making his mark, the certification of the initials provided for in section 126 (1) is necessary and sufficient.

(2) The notarial recording of the declaration replaces the official certification.

¹¹⁹ B.G.B. Section 127

(1) The provisions under sections 126, 126a or 126b also apply, in case of doubt, to the form specified by legal transaction.

(2) For compliance with the written form required by legal transaction, unless a different intention is to be assumed, it suffices if the message is transmitted by way of telecommunications and, in the case of a contract, by the exchange of letters. If such a form is chosen, notarial recording in accordance with section 126 may be demanded subsequently.

นี้อยู่ภายใต้มาตรา 126 126 a หรือ 126 b และในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ไปตามแบบสำหรับนิติกรรมนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับนิติกรรมที่มีแบบโดยการทำเป็นหนังสือ เว้นเสียแต่ว่าสันนิษฐานได้ว่ามีเจตนาเป็นอย่างอื่น ย่อมเป็นการเพียงพอแล้ว หากข้อความถูกส่งโดยวิธีการทางโทรคมนาคม ในกรณีของสัญญา หรือโดยการแลกเปลี่ยนหนังสือ หากแบบนี้ถูกเลือกอาจจะต้องนำการทำบันทึกของเจ้าหน้าที่โนตารีตามมาตรา 126 มาใช้ประกอบด้วย หรือเพื่อให้สอดคล้องกับนิติกรรมที่มีแบบโดยการทำเป็นเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ เว้นเสียแต่ว่าสันนิษฐานได้ว่ามีเจตนาเป็นอย่างอื่น การลงลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 126 a ย่อมเป็นการเพียงพอในกรณีของสัญญา รวมทั้งการแลกเปลี่ยนการแสดงเจตนาเสนอและการแสดงเจตนาสนองซึ่งแต่ละฝ่ายได้แสดงโดยการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้ หากแบบนี้ถูกเลือก การลงลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 126 a อาจจะต้องนำมาใช้ในประกอบด้วย หรือหากไม่สามารถนำมาใช้กับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ อาจนำการทำบันทึกของเจ้าหน้าที่โนตารีตามมาตรา 126 มาใช้ โดยแบบที่เกิดจากความตกลงของคู่กรณีนั้น การไม่ปฏิบัติตามแบบที่คู่กรณีได้ตกลงไม่ทำให้ข้อตกลงเป็นโมฆะ เพราะเหตุแห่งโมฆะกรรมนั้นกฎหมายเท่านั้นที่จะกำหนดได้¹²⁰

3.1.1.2 หน้าที่ของแบบ¹²¹

แบบของนิติกรรมมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. เพื่อเป็นการเตือนให้ผู้ที่ทำนิติกรรมรับทราบว่าการทำนิติกรรมแต่ละประเภทต้องทำสิ่งใดบ้างและทำให้เกิดความเป็นระบบขึ้นในการทำนิติกรรมที่เมื่อทุกคนได้ทำนิติกรรมประเภทเดียวกันย่อมมีแบบของการทำนิติกรรมที่เหมือนกัน
2. เพื่อเป็นหลักฐานในเวลาที่มีการฟ้องร้องคดีกัน จะได้ไม่มีปัญหาในการโต้แย้งถึงความมีอยู่ของนิติกรรม

(3) For compliance with the electronic form required by legal transaction, unless a different intention is to be assumed, an electronic signature other than provided for in section 126a also suffices and, in the case of a contract, the exchange of a declaration of an offer and of acceptance which are each provided with an electronic signature. If such a form is chosen, an electronic signature in accordance with section 126a may be demanded subsequently, or if this is not possible for one of the parties, notarial recording in compliance with section 126.

¹²⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 136.

¹²¹ Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, August Johnston, The German Law of Contract : A Comparative Treatise Second Edition, PP.84.

3. เพื่อทำให้เกิดหน้าที่ในการอธิบายของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการอธิบายถึงการทำนิติกรรมและผลของการทำนิติกรรมที่จะเกิดขึ้นตามมาให้ประชาชนที่มาทำนิติกรรมมีความเข้าใจอย่างถูกต้อง

3.1.2 ลักษณะและวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด

3.1.2.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง (Übertragung einer Forderung หรือ Abtretung)

(1) ความหมายและลักษณะ

ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นตามกฎหมายโรมันมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมันที่โดยหลักการแล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องจะไม่สามารถทำระหว่างกันได้ แต่ด้วยข้อยกเว้นต่างๆที่เริ่มเกิดขึ้นและเพิ่มเป็นจำนวนมากขึ้นทำให้หลักการในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องจากเดิมที่ไม่สามารถทำได้ค่อยๆเปลี่ยนไปและเมื่อได้มีการปฏิบัติกันต่อมาเรื่อยๆ หลักเกณฑ์เหล่านั้นก็กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักเกณฑ์พื้นฐานซึ่งทำให้เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องสามารถที่จะเกิดขึ้นได้¹²² โดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ในมาตรา 398 ถึงมาตรา 413 การโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายเยอรมัน คือ การที่เจ้าหนี้คนเก่าซึ่งเป็นผู้โอนกับเจ้าหนี้คนใหม่ซึ่งเป็นผู้รับโอนได้ทำสัญญาระหว่างกัน เพื่อโอนสิทธิเรียกร้องนั้นและเมื่อสิทธิเรียกร้องได้โอนไปยังผู้รับโอนแล้ว ผู้รับโอนก็จะเข้ามาสวมสิทธิเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนเจ้าหนี้คนเดิม¹²³

แต่อย่างไรก็ตาม มีสิทธิเรียกร้องบางประเภทที่ประมวลกฎหมายเยอรมันกำหนดไว้ว่าห้ามโอน คือ สิทธิเรียกร้องที่สภาพแห่งสิทธินั้นจะเปลี่ยนไป หากบุคคลที่ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ไม่ใช่เจ้าหนี้เดิม หรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสัญญาที่มีข้อตกลงห้ามโอน¹²⁴ รวมถึงสิทธิเรียกร้องที่ไม่สามารถนำมาบังคับคดีได้¹²⁵ โดยเมื่อผู้โอนได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องไปให้แก่ผู้รับโอนแล้ว นอกจากสิทธิเรียกร้องที่ผู้รับโอนจะได้รับไปนั้น ผู้รับโอนยังได้ไปซึ่งสิทธิในอุปกรณ์ของสิทธิเรียกร้องนั้นด้วยอันได้แก่ สิทธิจำนอง สิทธิจำนองเรือ สิทธิจำนำ และสิทธิที่เกิดจากการค้ำประกันที่ให้ไว้แก่สิทธิเรียกร้องนั้น รวมถึงบุริมสิทธิที่มีอยู่ในสิทธิเรียกร้อง ผู้รับโอนก็สามารถบังคับในบุริมสิทธิ

¹²² Ernest J Schuster, *The Principle Of German Civil Law* (Oxford : Clarendon Press, 1907), PP.194.

¹²³ B.G.B. Section 398 A claim may be transferred by the obligee to another person by contract with that person (assignment). When the contract is entered into, the new obligee steps into the shoes of the previous obligee.

¹²⁴ B.G.B. Section 399 A claim may not be assigned if the performance cannot be made to a person other than the original obligee without a change of its contents or if the assignment is excluded by agreement with the obligor.

¹²⁵ B.G.B. Section 400 A claim may not be assigned to the extent that it is not subject to pledge.

นั้นได้¹²⁶ และหากมีข้อมูลที่จำเป็นแก่การบังคับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่โอนไปด้วยนั้น หรือมีเอกสารอันเป็นหลักฐานที่จะพิสูจน์ถึงความเป็นอยู่ของสิทธิเรียกร้อง ผู้โอนจะต้องให้ข้อมูลหรือส่งมอบเอกสารนั้นให้แก่ผู้รับโอนด้วย ถ้าเอกสารนั้นอยู่ในความครอบครองของตน¹²⁷

(2) วิธีการแสดงเจตนา

เนื่องจากมาตรา 398 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องได้บัญญัติไว้โดยมีใจความว่า สิทธิเรียกร้องอาจโอนจากผู้โอนไปยังผู้รับโอนด้วยการเข้าทำเป็นสัญญา (by contract หรือ Vertrag) และเมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว จะส่งผลให้ผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนที่ผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้เดิม¹²⁸ โดยสัญญานี้ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการตอบแทน (consideration) ใดๆ เพราะฉะนั้นการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จึงมีผลสมบูรณ์เมื่อผู้โอนและผู้รับโอนมีเจตนาตรงกันเท่านั้น ไม่ต้องมีการทำเป็นหนังสือหรือต้องทำตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนดแต่อย่างใด และทำให้ผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนที่เจ้าหนี้เดิมทันที แต่หากผู้รับโอนร้องขอผู้โอนจะต้องจัดทำเอกสารที่แสดงว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้รับโอนโดยผู้รับโอนเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย¹²⁹ แต่เอกสารดังกล่าวนี้เป็นแต่เพียงหลักฐานในการพิสูจน์ว่ามีสิทธิเรียกร้องเท่านั้น ไม่ได้เป็นแบบพิธีของการโอนสิทธิเรียกร้องแต่อย่างใด¹³⁰ และเนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายเยอรมันสามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาทำเป็นสัญญาระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนเท่านั้นโดยที่ลูกหนี้ไม่ต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการโอนสิทธิเรียกร้องแต่อย่างใด ทำให้อาจเกิดกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้รับรู้ถึงการมีอยู่ของการโอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิของลูกหนี้จึงอาจได้รับการกระทบกระเทือนได้จึงมีบทบัญญัติคุ้มครองลูกหนี้¹³¹ ที่เมื่อ

¹²⁶ B.G.B. Section 401

(1) With the assigned claim the mortgages, ship mortgages or security rights attaching to them as well as the rights under a suretyship created for them pass to the new obligee.

(2) A preferential right linked to the claim to provide for the case of execution of judgment or insolvency proceedings may also be asserted by the new obligee

¹²⁷ B.G.B. Section 402 The previous obligee is obliged to provide the new obligee with the information required to assert the claim and to provide him with documents serving as proof of the claim, to the extent that they are in his possession.

¹²⁸ B.G.B. Section 398 A claim may be transferred by the obligee to another person by contract with that person (assignment). When the contract is entered into, the new obligee steps into the shoes of the previous obligee.

¹²⁹ B.G.B. Section 403 The previous obligee must, upon demand, issue the new obligee with a publicly certified document on the assignment. The new obligee must bear and advance the costs.

¹³⁰ E.J. Cohn, Manual Of German Law Volume 1 Second Edition (London : Oceana Publications, Inc, 1968), PP.126.

¹³¹ B.G.B. Section 407

ลูกหนี้ชำระหนี้หรือทำการอื่นใดเพื่อให้ผู้โอนพอใจโดยมุ่งหมายที่จะทำให้หนี้ระงับโดยที่ลูกหนี้ไม่รู้ถึงการโอนสิทธิเรียกร้อง การกระทำของลูกหนี้ดังกล่าวย่อมผูกพันผู้รับโอนและผู้รับโอนไม่สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีกได้ หรือหากลูกหนี้ถูกผู้โอนฟ้องร้องบังคับชำระหนี้หรือศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ผู้โอนหลังจากที่ได้มีการโอนสิทธิเรียกร้อง หากลูกหนี้ได้ชำระไปโดยไม่รู้ถึงการโอนสิทธิเรียกร้องในขณะที่ถูกฟ้อง ผู้รับโอนก็ไม่สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ตนได้ และหากลูกหนี้มีข้อต่อสู้ใดๆที่ลูกหนี้มีต่อผู้โอนไม่ว่าข้อต่อสู้นั้นจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังจากที่ลูกหนี้รู้ถึงการโอนแล้วก็ตาม ลูกหนี้สามารถยกข้อต่อสู้นั้นขึ้นต่อสู้กับผู้รับโอนได้¹³²

(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

การโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันย่อมมีผลทันทีที่ผู้โอนกับผู้รับโอนตกลงโอนสิทธิเรียกร้องให้กัน ทำให้สิทธิเรียกร้องโอนผ่านมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอน และเนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องของประเทศเยอรมันกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบ จึงทำให้ไม่มีผลในทางกฎหมายของเรื่องการไม่ทำตามแบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นหากไม่มีการตกลงกันหรือเจตนาไม่ต้องตรงกันระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนหรือมีความบกพร่องประการใดในสัญญาของการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นไม่เกิดขึ้นตามหลักในเรื่องของสัญญา

3.1.2.2 การปลดหนี้ (Erläss)

(1) ความหมายและลักษณะ

ในกฎหมายโรมันการปลดหนี้ให้กับลูกหนี้ตามสัญญาต้องทำเป็นนิติกรรมสองฝ่ายจึงจะมีผลเป็นการปลดหนี้ แต่ระบบกฎหมายสมัยใหม่ได้มีการตระหนักถึงการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวมากขึ้นไม่ว่าจะทำในลักษณะเป็นหลักทั่วไปหรือเป็นข้อยกเว้น และแม้ว่าในระบบกฎหมายที่นิติกรรมฝ่ายเดียวไม่ได้ถูกคิดขึ้นเพื่อนำมาใช้กับเรื่องหนี้ แต่หลักการของนิติกรรมฝ่ายเดียวก็สามารถนำมาใช้ในการอธิบายถึงสิทธิในการระงับหนี้ที่สามารถเกิดขึ้นได้เพียงการกระทำของเจ้าหนี้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องอาศัยความร่วมมือยินยอมจากลูกหนี้ได้ โดยประเทศที่ยอมรับให้การแสดงเจตนาปลดหนี้

(1) The new obligee must allow performance that the obligor renders to the previous obligee after the assignment, as well as any legal transaction undertaken after assignment between the obligor and the previous obligee in respect of the claim, to be asserted against him, unless the obligor is aware of the assignment upon performance or upon undertaking the legal transaction.

(2) If, in a legal dispute that became pending at court between the obligor and the previous obligee after the assignment, a final and non-appealable judgment on the claim has been rendered, the new obligee must allow the judgment to be asserted against him, unless the obligor was aware of the assignment when legal proceedings became pending.

¹³² B.G.B. Section 404 The obligor may raise against the new obligee the objections that he was entitled to raise against the previous obligee at the time of assignment.

สามารถทำโดยการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ฝ่ายเดียวได้ เช่น กฎหมายของประเทศสก็อตแลนด์ สเปน อิตาลี และกลุ่มประเทศนอร์ดิกที่ประกอบด้วย เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ไอซ์แลนด์ นอร์เวย์ และสวีเดน เป็นต้น¹³³

แต่อย่างไรก็ตาม การแสดงเจตนาปลดหนี้โดยการทำเป็นสัญญาหรือนิติกรรมสองฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ก็ยังพบเห็นได้ในระบบกฎหมายต่างๆ เช่น กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน เนเธอร์แลนด์ และสวิสเซอร์แลนด์ เป็นต้น โดยหลักการของการทำเป็นสัญญาหรือนิติกรรมสองฝ่ายเพื่อการปลดหนี้ นั้น คู่สัญญาอาจจะทำในความหมายของการแก้ไขสัญญาเพิ่มเติม หรือทำสัญญาปลดหนี้โดยการเปลี่ยนจากสัญญาต้นฉบับที่ทำกันไว้ให้เป็นสัญญาที่ให้สิทธิในการปลดหนี้ อันมีแนวความคิดมาจากการยอมรับในการกระทำที่ย่อมมีความแตกต่างกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยถ้าคู่สัญญายอมรับถึงการแสดงเจตนาปลดหนี้ สัญญาการปลดหนี้ก็จะเกิดขึ้นทันที แต่ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งก็คือฝ่ายลูกหนี้ไม่ได้สนองรับการแสดงเจตนาปลดหนี้ของเจ้าหนี้ สัญญาปลดหนี้ก็จะยังไม่เกิดขึ้น¹³⁴

สำหรับประเทศเยอรมันนั้นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติเรื่องการปลดหนี้ไว้ที่มาตรา 397 อันมีใจความว่า หนี้ย่อมระงับเมื่อเจ้าหนี้อยอมปลดหนี้ให้ลูกหนี้โดยทำเป็นสัญญา หรือเจ้าหนี้อยอมรับโดยสัญญากับลูกหนี้ว่าไม่มีหนี้อีกต่อไป¹³⁵ แม้ในทางปฏิบัติกฎหมายเยอรมันจะได้มีการตระหนักถึงการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวแทนการทำเป็นสัญญาเพื่อการปลดหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ยังไม่ถูกเปลี่ยนแปลงในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปัจจุบัน ทำให้การปลดหนี้ตามกฎหมายเยอรมันยังคงต้องทำเป็นสัญญา

(2) วิธีการแสดงเจตนา

จากมาตรา 397 (Erläss) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จะเห็นได้ว่าการปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันสามารถเลือกทำได้สองวิธีตามที่กฎหมายกำหนด คือ การที่เจ้าหนี้อยอมปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้โดยทำเป็นสัญญา หรือการที่เจ้าหนี้อยอมรับโดยสัญญากับลูกหนี้ว่าไม่มีหนี้อีกต่อไป โดยสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ต้องมีเจตนาที่ต้องตรงกันในการปลดหนี้เพื่อทำให้หนี้ระงับ อันเกิดมาจากเจตนาในส่วนของเจ้าหนี้ที่ต้องการจะทำการปลดหนี้ให้กับลูกหนี้โดยที่

¹³³ Zimmermann, Law Of Obligation, PP.754-8. Cited In Martin Hogg, Promises And Contract Law Comparative Perspactive (New York : Cambridge University Press ,2011), PP. 430.

¹³⁴ Ibid , PP.431

¹³⁵ B.G.B. Section 397

(1) The obligation expires if the obligee forgives the obligor the debt by contract.

(2) The same applies if the obligee acknowledges by contract with the obligor that there is no obligation.

การปลดหนี้ต้องไม่มีค่าตอบแทนใด และเมื่อมาตรา 397 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า การปลดหนี้จะต้องทำเป็นสัญญา เพราะฉะนั้นหลักต่างๆทั่วไปของการทำสัญญาจึงต้องนำมาบังคับใช้ด้วย ซึ่งรวมถึงหลักของการห้ามเพิกถอนคำเสนอ เนื่องจากจะต้องเปิดโอกาสให้ลูกหนี้พิจารณาคำเสนอการปลดหนี้ของเจ้าหนีก่อนที่ลูกหนี้จะตัดสินใจว่าจะสนองรับคำเสนอการปลดหนี้ของเจ้าหนี้หรือไม่¹³⁶ และกฎหมายไม่ได้กำหนดให้การปลดหนี้ต้องทำตามแบบพิธีใดๆ เพราะฉะนั้นการปลดหนี้ตามกฎหมายเยอรมันจึงมีผลทันทีที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้และลูกหนี้สนองรับเจตนา¹³⁷ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการปลดหนี้มักจะทำกันเป็นหนังสือเพื่อที่จะได้นำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ นอกจากนี้ การที่เจ้าหนี้จะทำการปลดหนี้ให้ลูกหนี้ก็ไม่จำเป็นที่เจ้าหนี้จะต้องบอกถึงเหตุผลของการปลดหนี้ แม้เหตุผลของเจ้าหนี้ที่จะทำการปลดหนี้จะไม่ได้มีเหตุผลทางกฎหมายมารองรับก็ตาม¹³⁸

สำหรับการปลดหนี้โดยการให้ศาลฎีกาสูงของประเทศเยอรมันเคยตัดสินไว้ว่า “การปลดหนี้โดยการให้ก็มีได้ โดยไม่ต้องมีรูปแบบของการปลดหนี้ในลักษณะดังกล่าว (formfrei)”¹³⁹

(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

เมื่อการปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันต้องทำเป็นสัญญาโดยอาศัยเจตนาที่ตรงกันของทั้งฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ และไม่มีแบบที่กฎหมายบังคับไว้ ดังนั้น ถ้าเจตนาของฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ไม่ต้องตรงกันหรือมีเพียงการแสดงเจตนาของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวหรือการแสดงเจตนาทำสัญญาปลดหนี้มีความบกพร่องทางกฎหมายอย่างอื่น ย่อมทำให้สัญญาปลดหนี้ไม่เกิดขึ้น ซึ่งหมายความว่าไม่มีการปลดหนี้เกิดขึ้นเลยตามหลักทั่วไปของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญา

¹³⁶ Martin Hogg, *Promises And Contract Law Comparative Perspective* , PP.430.

¹³⁷ Ernest J Schuster, *The Principle Of German Civil Law* , PP.182-183.

¹³⁸ Marco Ardizzone, *German Tax & Business Law* (London : Sweet & Maxwell, 2005), PP.1062.

¹³⁹ Rolf Stürner, *Jauernig / Kommentar* (München : C.H. Beck, 2011), PP.518.

3.1.2.3 การแปลงหนี้ใหม่

(1) ความหมายและลักษณะ

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแปลงหนี้ใหม่แต่หากต้องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาทางฝั่งเจ้าหนี้จะใช้กฎหมายในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องหรือหากต้องการเปลี่ยนคู่สัญญาทางฝั่งลูกหนี้จะใช้กฎหมายเรื่องการโอนหนี้หรือการเข้ารับเอาภาระหนี้โดยที่ทั้งเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องและโอนหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันต่างไม่ใช่เรื่องการแปลงหนี้ใหม่เนื่องจากไม่ได้ทำให้หนี้เดิมระงับ

การโอนหนี้หรือการเข้ารับเอาภาระหนี้ (Assumption of debt) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้ที่มาตรา 414 ถึง มาตรา 419 โดยหลักการของกฎหมายเยอรมันในเรื่องนี้คือ การที่เจ้าหนี้จะต้องทำสัญญากับบุคคลที่สามในลักษณะที่บุคคลที่สามตกลงยินยอมจะรับเอาหนี้เดิมไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 414¹⁴⁰ หรือทำเป็นสัญญาระหว่างลูกหนี้คนเดิมกับลูกหนี้คนใหม่ซึ่งจะมีผลเป็นการโอนหนี้เมื่อได้รับการให้อนุญาตจากเจ้าหนี้โดยที่ลูกหนี้คนเดิมหรือลูกหนี้คนใหม่จะต้องแจ้งถึงการตกลงทำสัญญาการโอนหนี้ให้เจ้าหนี้ทราบและทราบเท่าที่เจ้าหนี้ยังไม่ได้ให้อนุญาตลูกหนี้คนเดิมหรือลูกหนี้คนใหม่ย่อมแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ และหากเจ้าหนี้ไม่ยอมให้สัตยาบันยอมเท่ากับว่าไม่มีการโอนหนี้เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 415¹⁴¹ แต่อย่างไรก็ตาม การโอนหนี้ก็ไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เพราะไม่ได้มีผลทำให้หนี้เดิมระงับลงเหมือนดังเช่นลักษณะสำคัญของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้แต่เป็นการที่ลูกหนี้คนใหม่เข้าไปรับผิดชอบแทนลูกหนี้คนเดิม

¹⁴⁰ B.G.B. Section 414 A debt may be assumed by a third party by contract with the obligee in such a way that the third party steps into the shoes of the previous obligor.

¹⁴¹ B.G.B. Section Section 415

(1) If the assumption of the debt is agreed between the third party and the obligor, its effectiveness is subject to ratification by the obligee. Ratification may only occur when the obligor or the third party has informed the obligee of the assumption of the debt. Until ratification, the parties may alter or cancel the contract

(2) If ratification is refused, assumption of the debt is deemed not to have occurred. If the obligor or the third party requests the obligee, specifying a period of time, to make a declaration relating to the ratification, the ratification may only be declared before the end of the period of time; if it is not declared it is deemed to be refused.

(3) As long as the obligee has not granted ratification, then in case of doubt the transferee is obliged to the obligor to satisfy the obligee in good time. The same applies if the obligee refuses ratification.

(2) วิธีการแสดงเจตนา

เนื่องจากกฎหมายเยอรมันไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องแปลงหนี้ใหม่โดยตรง แต่จะมีบทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องและการโอนหนี้ ซึ่งทั้งสองเรื่องกฎหมายเยอรมันไม่ได้ระบุให้ต้องทำตามแบบพิธีแต่อย่างใด กล่าวคือ การโอนสิทธิเรียกร้องสามารถทำได้โดยการทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้คนเดิมซึ่งเป็นผู้โอนกับเจ้าหนี้คนใหม่ซึ่งเป็นผู้รับโอน¹⁴² ส่วนการโอนหนี้นั้นสามารถทำได้โดยการทำเป็นสัญญาเช่นเดียวกันโดยจะทำการเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่หรือทำการเป็นสัญญาระหว่างลูกหนี้คนเดิมกับลูกหนี้คนใหม่¹⁴³ เพราะฉะนั้น แม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องแปลงหนี้ใหม่โดยตรง แต่การโอนสิทธิเรียกร้องและการโอนหนี้ซึ่งเป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกับการแปลงหนี้ใหม่ แม้จะไม่ได้ทำให้หนี้เดิมระงับแต่ก็เป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในหนี้ โดยทั้งการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในส่วนของเจ้าหนี้ และการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในส่วนของลูกหนี้ล้วนแล้วแต่ไม่ต้องทำตามแบบพิธีใดๆทั้งสิ้น แต่สามารถทำโดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญาโดยการทำเป็นสัญญาก็จะมีผลให้เกิดการโอนสิทธิเรียกร้องหรือการโอนหนี้ได้แล้ว

(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยตรง แต่มีบทบัญญัติในเรื่องของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในหนี้ ทั้งในด้านของเจ้าหนี้คือเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องและในด้านของลูกหนี้คือเรื่องการโอนหนี้ และทั้งสองเรื่องกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบพิธีไว้ในการเข้าทำนิติกรรมนั้น แต่กฎหมายได้กำหนดให้การทำนิติกรรมทั้งสองเรื่องนั้นสามารถทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณี (by contract) เพราะฉะนั้นเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้กำหนดถึงแบบใดๆให้คู่กรณีต้องทำ ดังนั้น หากคู่สัญญาไม่ได้ทำสัญญาเพื่อตกลงที่จะโอนสิทธิเรียกร้องกันหรือตกลงที่จะโอนหนี้กันหรือสัญญาดังกล่าวไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุผลใดก็ตาม ก็จะส่งผลให้ไม่เกิดเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นหรือไม่เกิดเป็นการโอนหนี้ขึ้นตามหลักของการทำนิติกรรมสัญญาไม่ได้ทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องหรือการโอนหนี้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด เพราะการทำเป็นสัญญาไม่ใช่เรื่องแบบของนิติกรรมที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดไว้ เนื่องจากสิ่งใดที่จะเป็นแบบของนิติ

¹⁴² B.G.B. Section 398 A claim may be transferred by the obligee to another person by contract with that person (assignment). When the contract is entered into, the new obligee steps into the shoes of the previous obligee.

¹⁴³ B.G.B. Section 415(1) If the assumption of the debt is agreed between the third party and the obligor, its effectiveness is subject to ratification by the obligee. Ratification may only occur when the obligor or the third party has informed the obligee of the assumption of the debt. Until ratification, the parties may alter or cancel the contract.

กรรมประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะกำหนดไว้ชัดเจนและเมื่อไม่ทำตามนิตินั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา125¹⁴⁴

3.2 กฎหมายญี่ปุ่น¹⁴⁵

3.2.1 แนวความคิดพื้นฐานเรื่องแบบ

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นพบว่าไม่มีบทบัญญัติในเรื่องแบบบัญญัติไว้ในบททั่วไปของนิตินั้นที่เมื่อไม่ทำตามแล้วจะส่งผลให้นิตินั้นตกเป็นโมฆะดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา125¹⁴⁶ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา152¹⁴⁷ อันเป็นแบบพิธีในลักษณะที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ทำนิตินั้นต้องทำตามเพื่อความสมบูรณ์ของนิตินั้นดังนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นการเกิดและมีผลของนิตินั้นจึงเกิดขึ้นและมีผลโดยอาศัยการแสดงเจตนาของผู้ทำนิตินั้นแต่หากนิตินั้นใดต้องทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดกฎหมายจะกำหนดวิธีในการแสดงเจตนาและผลไว้ในบทบัญญัติของแต่ละนิตินั้น

¹⁴⁴ B.G.B. Section 125 A legal transaction that lacks the form prescribed by statute is void. In case of doubt, lack of the form specified by legal transaction also results in voidness.

¹⁴⁵ THE MINISTRY OF JUSTICE, THE CIVIL CODE OF JAPAN Amendment : Act No. 78 of 2006 [ONLINE] 7 MAY 2013. AVAILABLE FROM : <http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf>

¹⁴⁶ B.G.B. Section 125 A legal transaction that lacks the form prescribed by statute is void. In case of doubt, lack of the form specified by legal transaction also results in voidness.

¹⁴⁷ ป.พ.พ. มาตรา152 การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ

3.2.2 ลักษณะและการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด

3.2.2.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง

(1) ความหมายและลักษณะ

แม้ว่าโดยปกติแล้วความสัมพันธ์ทางหนี้จะเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายคือฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ โดยในส่วนของลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการชำระหนี้ย่อมไม่ได้รับผลกระทบหรือมีความแตกต่างกันนักหากจะมีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้รับชำระหนี้หรือมีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เพราะถึงอย่างไรลูกหนี้ก็ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้จนกว่าหนี้นั้นจะระงับเพราะฉะนั้นเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเกิดประโยชน์ในเรื่องต่างๆต่อบุคคลทุกฝ่าย จึงควรที่จะให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องในการชำระหนี้กันไว้เพื่อที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ตามสิทธิที่เจ้าหนี้พึงจะได้รับ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ปัจจุบันกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จึงยอมรับให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันได้แล้วแต่โดยสภาพของสิทธิเรียกร้องนั้นจะไม่เปิดช่องให้โอน

ในส่วนของกฎหมายประเทศญี่ปุ่นก็เช่นเดียวกันที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายยอมรับให้การโอนสิทธิเรียกร้องสามารถเกิดขึ้นได้ โดยบัญญัติไว้ที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 466 ถึง มาตรา 473 ซึ่งการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นสามารถแบ่งได้เป็น การโอนสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง กับการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ อันพึงชำระตามคำสั่ง และโดยหลักแล้วสิทธิเรียกร้องทุกประเภทย่อมสามารถโอนกันได้ไม่ว่าการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะสามารถประเมินเป็นเงินหรือราคาได้หรือไม่ หรือการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะมีเงื่อนไขใดๆ หรือการโอนสิทธิเรียกร้องจะทำได้โดยการซื้อขายหรือการให้ การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นย่อมสามารถเกิดขึ้นได้ เว้นแต่สภาพแห่งสิทธินั้นจะไม่เปิดช่องให้โอน เช่น สิทธิที่เกี่ยวกับหน้าที่ระหว่างบิดา มารดาและบุตร หรือคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ตั้งแต่ตอนเข้าทำสัญญาแล้วว่าห้ามมิให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้น การตกลงเช่นว่านั้นย่อมส่งผลให้สิทธิเรียกร้องนั้นไม่สามารถโอนกันได้แต่การตกลงนี้จะยกขึ้นต่อคู่บุคคลภายนอกที่ไม่รู้ถึงการตกลงนั้นไม่ได้¹⁴⁸ กล่าวคือ ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องไม่รับรู้ถึงความมีอยู่ของข้อห้ามการโอนสิทธิเรียกร้องที่ถูกทำขึ้น ลูกหนี้จะไม่สามารถยกข้ออ้างที่ว่า การโอนสิทธิ

¹⁴⁸ The Civil Code of Japan Article 466

1 A claim may be assigned; provided, however, that, this shall not apply to the cases where its nature does not permit the assignment.

2 The provisions of the preceding paragraph shall not apply in cases where the parties have manifested their intention to the contrary; provided, however, that such manifestation of intention may not be asserted against a third party without knowledge.

เรียกร้องได้ถูกทำขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อตกลงห้ามโอนในสัญญาขึ้นต่อผู้รับโอนได้ แต่อย่างไรก็ตามถ้ามีการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อตกลงห้ามโอนสิทธิเรียกร้องลูกหนี้สามารถเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากฝ่าฝืนข้อตกลงห้ามโอนสิทธิเรียกร้องจากผู้โอนได้¹⁴⁹

(2) วิธีการแสดงเจตนา

การโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดแบบพิธีหรือวิธีในการแสดงเจตนาไว้แต่อย่างใด ดังนั้นวิธีการแสดงเจตนาในการโอนสิทธิเรียกร้องจึงสามารถทำได้โดยการที่ผู้โอนกับผู้รับโอนแสดงเจตนาให้ต้องตรงกันในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยจะทำได้เป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาย่อมได้ รวมถึงกฎหมายไม่ได้มีข้อกำหนดที่จะต้องส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานแห่งสิทธิต่อกันเพราะฉะนั้นเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอนมีเจตนาที่ต้องตรงกันในการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้น

ส่วนการที่กฎหมายกำหนดให้จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ต้องให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยการทำเป็นเอกสารนั้นเป็นเรื่องของการที่จะยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเท่านั้น โดยหากจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้ได้จะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 467 วรรคหนึ่ง ส่วนการจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้นั้นจะต้องทำเป็นเอกสารและระบุวันที่ที่แน่นอนที่รับรองโดยเจ้าพนักงานในการบอกกล่าวหรือการยินยอมด้วยตามมาตรา 467 วรรคสอง¹⁵⁰ โดยมีแนวความคิดเนื่องมาจากต้องการให้ความคุ้มครองลูกหนี้และบุคคลภายนอก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2002 (Jyu) No.240¹⁵¹ ในกรณีที่ดินบุคคลทำการโอนสิทธิเรียกร้อง ถ้าสิทธิเรียกร้องได้รับการจดทะเบียนในเอกสารการลงทะเบียนสำหรับการโอนสิทธิเรียกร้อง ย่อมถือว่าได้มีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีการรับรองวันที่ที่แน่นอนเป็นไปตาม

¹⁴⁹ J.E. De Becker , Annotated Civil Code Of Japan (London : Butterworth, 1909-1910), PP.117-118.

¹⁵⁰ The Civil Code of Japan Article 467

1 The assignment of a nominative claim may not be asserted against the applicable obligor or any other third party, unless the assignor gives a notice there of to the obligor or the obligor has acknowledged the same.

2 The notice or acknowledgement set forth in the preceding paragraph may not be asserted against a third party other than the obligor unless the notice or acknowledgement is made using an instrument bearing a fixed date.

¹⁵¹ Supreme Court of Japan, Case Number 2002 (Jyu) No.240 [Online] 15 June 2013. Available From : <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2002.10.10-2002.-Jyu-.No.240.html>

ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 467 โดยในกรณีดังกล่าวนี้วันที่มีการลงทะเบียนย่อมถือว่าเป็นวันที่กำหนดตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 467

โดยที่ถ้าลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่ติดเงื่อนไข แม้ว่าจะมีกรณีที่ลูกหนี้อาจยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นต่อผู้โอนได้ลูกหนี้ย่อมไม่อาจยกกรณีเหล่านั้นขึ้นต่อผู้รับโอนได้ แต่ถ้าลูกหนี้ได้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินบางอย่างหรือสันนิษฐานได้ว่ามีหนี้ใหม่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้โอนที่จะทำให้หนี้ของลูกหนี้ระงับแล้ว ลูกหนี้อาจเรียกคืนเงินที่จ่ายหรือทรัพย์สินอื่นๆที่ส่งมอบหรืออาจสันนิษฐานว่าหนี้ใหม่ไม่ได้เกิดขึ้นแล้วแต่กรณี แต่ถ้ากรณีที่ลูกหนี้เพียงแต่ได้รับคำบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้ย่อมสามารถที่จะนำข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนใช้ยกขึ้นต่อผู้รับโอนได้¹⁵² โดยการทำเป็นเอกสารในการบอกกล่าวหรือให้ลูกหนี้ยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นไม่ใช่แบบพิธีหรือวิธีในการแสดงเจตนาโอนสิทธิเรียกร้องแต่อย่างใดเพราะการโอนสิทธิเรียกร้องจะเกิดขึ้นหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้โอนและผู้รับโอนในการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีเจตนาต้องตรงกัน

นอกจากนี้ด้วยปัจจุบันประเทศญี่ปุ่นมีการพัฒนาเรื่องการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) ทำให้มีความคิดว่าวิธีในการเปิดเผยของการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งที่ยังมีความไม่เหมาะสมอยู่ ดังนั้นเพื่อที่จะอำนวยความสะดวกให้กับการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) ในปี.ศ. 1998 จึงได้มีการออกกฎหมายพิเศษขึ้นมาใหม่เพื่อมาเป็นข้อยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องในการทำธุรกรรมการเงินสมัยใหม่เพื่อใช้เป็นกฎเกณฑ์พิเศษสำหรับการทำธุรกรรมดังกล่าว โดยในเรื่องการเปิดเผยการโอนสิทธิเรียกร้องจะให้เปิดเผยการโอนสิทธิเรียกร้องโดยการลงทะเบียนในเอกสารลงทะเบียนสำหรับการโอนสิทธิเรียกร้องที่จะถูกเก็บไว้ที่สำนักงานกฎหมายในท้องที่นั้นซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่เอื้อต่อการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นอย่างดีในปัจจุบัน¹⁵³

¹⁵² The Civil Code of Japan Article 468

1 In the cases where the obligor has given the acknowledgement referred to in the preceding Article without objection, even if there are grounds which could have been raised as a defense against the assignor, he/she may not raise such grounds as a defense against the assignee. In such case, if the obligor has paid any money or delivered anything or assumed a new obligation to or for the benefit of the assignor to obtain the extinction of his/her obligation, the obligor may recover the money paid or other thing delivered, or may deem that the new obligation had not been assumed, as the case may be.

2 In cases where the assignor has merely given notice of the assignment, the obligor may raise any ground as a defense against the assignee which accrues vis-à-vis the assignor before he/she receives such notice as a defense against the assignee.

¹⁵³ Hiroshi Oda, *Japanese Law*, PP.177. ,พรประไพ ชัยวิวัฒน์, “ระบบจดทะเบียนการโอนสิทธิเรียกร้อง,”(วิทยานิพนธ์ปริญาโทมหาบัณฑิต ,คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต,2549) ,หน้า 52.

(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

การโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นย่อมเกิดขึ้นทันทีที่ผู้โอนกับผู้รับโอนตกลงกันโอนสิทธิเรียกร้องทำให้สิทธิเรียกร้องโอนผ่านมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอนเพียงอาศัยเจตนาที่ต้องตรงกันของทั้งสองฝ่าย และเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไม่มีบทบัญญัติในเรื่องแบบพิธีที่ต้องทำเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม จึงทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องของประเทศญี่ปุ่นไม่มีผลทางกฎหมายในเรื่องของการไม่ทำตามแบบพิธีของการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นหากการโอนสิทธิเรียกร้องไม่มีการตกลงกันหรือเจตนาไม่ต้องตรงกันระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนหรือมีความบกพร่องประการใดในสัญญาของการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้นตามหลักเรื่องการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมสัญญา

ส่วนกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นเอกสารและลงวันที่ที่แน่นอนเป็นเรื่องของการยกการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อใช้ยืนยันลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเท่านั้น หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขเหล่านี้จะทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องที่มีผลถึงความสมบูรณ์ของการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะฉะนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นหากไม่มีการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนในการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้น

3.2.2.2 การปลดหนี้

(1) ความหมายและลักษณะ

เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นแล้วสิ่งที่จะทำให้หนี้ระงับไปได้นั้นคือมีการชำระหนี้เกิดขึ้นแต่อย่างไรก็ตามยังมีสาเหตุอื่นๆที่ทำให้หนี้ระงับได้ เช่น หนี้ขาดอายุความ การแปลงหนี้ใหม่ การหักกลบลบหนี้ รวมถึงการปลดหนี้ด้วย การปลดหนี้ภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า “menjo” โดยตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้บัญญัติเรื่องการปลดหนี้ไว้เพียงมาตราเดียวคือ มาตรา 519 ถ้าเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ยอมทำให้หนี้ระงับลง¹⁵⁴ โดยการปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้เมื่อเจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ต่อลูกหนี้แล้วย่อมมีผลเป็นการปลดหนี้ทันทีและทำให้หนี้ระงับลง โดยที่การปลดหนี้ไม่จำเป็นต้องทำเป็นสัญญาที่ต้องมีการแสดงเจตนาเสนอสนองรับการปลดหนี้จากทั้งฝั่งเจ้าหนี้และฝั่งลูกหนี้แต่อย่างใด ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบเรื่อง

¹⁵⁴ The Civil Code of Japan Article 519 If an obligee manifests his/her intention to release an obligation to the obligor, such obligation shall be extinguished.

การปลดหนี้กับกฎหมายของประเทศอื่นๆแล้วจะพบว่าประเทศต่างๆส่วนใหญ่การปลดหนี้จะสามารถเกิดผลบังคับได้โดยการทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ แต่ตามกฎหมายญี่ปุ่นได้มีความคิดที่แตกต่างออกไปเนื่องจากเห็นว่าไม่มีเหตุผลที่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในหนี้ของตนเองจะต้องยอมรับการแสดงเจตนาสนองรับการปลดหนี้ของลูกหนี้ของตน เพราะฉะนั้นการที่เจ้าหนี้จะสละสิทธิในการได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้อย่อมสามารถทำได้โดยขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของเจ้าหนี้ฝ่ายเดียวเช่นเดียวกับสิทธิอื่นๆของเจ้าหนี้¹⁵⁵ ประกอบกับการปลดหนี้เป็นข้อยกเว้นของหนี้ที่ได้ทำขึ้นเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อลูกหนี้จึงไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ นอกจากนี้การปลดหนี้จะต้องไม่มีค่าตอบแทน (consideration) เพราะหากมีการให้ค่าตอบแทนซึ่งกันและกันย่อมไม่ถือว่าเป็นการปลดหนี้¹⁵⁶

(2) วิธีการแสดงเจตนา

การปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นสามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้โดยไม่ต้องมีการสนองรับจากลูกหนี้ อันเป็นการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายเจ้าหนี้ ดังนั้นแม้ว่าลูกหนี้จะไม่ต้องการรับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็ยังคงสามารถทำการปลดหนี้โดยการแสดงเจตนาต่อลูกหนี้ได้ โดยการแสดงเจตนาปลดหนี้ อาจทำได้ด้วยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง เช่น การปลดหนี้ด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือ หรือการแสดงเจตนาโดยปริยาย เช่น เจ้าหนี้มีเจตนาที่จะคืนหนังสือที่เป็นเอกสารหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้เพื่อเป็นการปลดหนี้ และเมื่อเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้ หนี้้นั้นย่อมเป็นอันระงับโดยอาจจะเป็นการที่หนี้ระงับทั้งหมดหรือหนี้ระงับบางส่วน ย่อมขึ้นอยู่กับว่าเจ้าหนี้ได้ทำการแสดงเจตนาปลดหนี้ให้ลูกหนี้ทั้งหมดหรือปลดหนี้ให้เพียงบางส่วน¹⁵⁷ โดยที่การปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายญี่ปุ่นไม่มีการแบ่งแยกวิธีการปลดหนี้ที่ต่างกันระหว่างหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐานกับหนี้ที่ไม่มีหนังสือเป็นหลักฐานเพราะฉะนั้นแม้หนี้จะมีหนังสือเป็นหลักฐานการปลดหนี้ก็สามารถทำได้โดยการที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ต่อลูกหนี้ด้วยวาจาเพียงฝ่ายเดียวได้ไม่จำเป็นที่จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีวิธีการอย่างอื่นที่จะต้องทำเพิ่มเติม

ทั้งนี้มิข้อสังเกตว่าปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในส่วนของกฎหมายลักษณะหนี้กำลังมีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของประชาชนและเศรษฐกิจของประเทศให้

¹⁵⁵ J.E. De Becker, *The Principles And Practice Of The Civil Code Of Japan* (London : Butterworth & Co., Bell Yard, Temple Bar, 1921), PP. 330-331

¹⁵⁶ J.E. De Becker, *Annotated Civil Code Of Japan*, PP.117-118.

¹⁵⁷ J.E. De Becker, *Annotated Civil Code Of Japan*, PP.117-118.

ประชาชนได้เข้าใจอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้นโดยได้มีการจัดตั้งคณะทำงานขึ้นภายใต้ชื่อว่า “Working Group on the Civil Code (Law of Obligations)”¹⁵⁸ โดยได้มีการพิจารณาถึงบทบัญญัติต่างๆที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะหนี้ซึ่งรวมถึงเรื่องการปลดหนี้ตามมาตรา 519 โดยได้มีการพิจารณาในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาการปลดหนี้ในประเด็นที่ว่า ปัจจุบันการปลดหนี้สามารถเกิดขึ้นได้จากการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ฝ่ายเดียวโดยที่ลูกหนี้ไม่ต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงเจตนาด้วย ซึ่งการที่กฎหมายยอมรับเพียงการแสดงเจตนาปลดหนี้ของเจ้าหนี้ฝ่ายเดียวแม้จะตรงข้ามกับเจตนาของลูกหนี้ทำให้เห็นว่าถ้าลูกหนี้ต้องการที่จะชำระหนี้เจตนาของลูกหนี้จะไม่ได้รับการยอมรับทางกฎหมาย นอกจากนี้ยังทำให้การปลดหนี้ในปัจจุบันไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นในประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น การชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกตามมาตรา 474(2)¹⁵⁹ ที่บุคคลซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในการชำระหนี้จะชำระหนี้โดยขึ้นใจลูกหนี้ไม่ได้ และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 514¹⁶⁰ ที่ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่แต่จะต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม เห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองมาตราเคารพการแสดงเจตนาของลูกหนี้แม้ว่าลูกหนี้จะเป็นผู้ได้ประโยชน์ก็ตาม เพราะฉะนั้นบทบัญญัติในเรื่องการปลดหนี้จึงควรที่จะได้รับการทบทวนในแนวทางว่าไม่ควรยอมรับการปลดหนี้ที่เกิดจากการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวหากลูกหนี้ไม่ต้องการที่จะรับการปลดหนี้¹⁶¹

(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

เนื่องจากการปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นสามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้ต่อลูกหนี้ว่าจะทำการปลดหนี้ให้โดยที่ลูกหนี้ไม่ต้องแสดงเจตนารับการปลดหนี้ของเจ้าหนี้ และการปลดหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องแบบพิธีไว้ ไม่ว่าหนี้ที่เจ้าหนี้จะทำการปลดให้ลูกหนี้จะเป็นหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐานหรือไม่ก็ตาม ดังนั้นถ้าไม่มีการแสดงออกด้วยการแสดงเจตนาปลดหนี้ของเจ้าหนี้ หรือการแสดงออกของเจ้าหนี้ไม่เพียงพอที่จะทราบได้ว่าเจ้าหนี้มีความตั้งใจหรือมีเจตนาที่จะปลดหนี้ให้ลูกหนี้หรือไม่ หรือการแสดงเจตนาปลดหนี้ของเจ้าหนี้ไม่ได้ทำต่อลูกหนี้ที่ตนจะปลดหนี้ให้ เหล่านี้ล้วนเป็นเหตุที่ทำให้การปลดหนี้

¹⁵⁸ The Ministry Of Justice, About the Civil Code Reform(Law of Obligations) [Online] 18 June 2013. Available From : http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00001.html

¹⁵⁹ The Civil Code of Japan Article 474 (2) A third party who has no interest in an obligation may not perform the obligation against the will of the obligor.

¹⁶⁰ The Civil Code of Japan Article 514 A novation by substitution of obligor may be effected between the obligee and a person who becomes the obligor after the novation; provided, however, that, this shall not apply to the cases where it is contrary to the intention of the obligor prior to the novation.

¹⁶¹ The Ministry Of Justice, Material For The Working Group On The Civil Code (Law Of Obligations), No.10-1 [Translation] [Online] 18 June 2013. Available From : <http://www.moj.go.jp/content/000057146.pdf>

ของเจ้าหนี้ไม่เกิดขึ้น คือ ไม่มีผลเป็นการปลดหนี้ลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้เจ้าหนี้อยู่โดยไม่ได้ส่งผลให้การปลดหนี้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด

3.2.2.3 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

(1) ความหมายและลักษณะ

การแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้ที่มาตรา 513 ถึงมาตรา 518 ซึ่งการแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาที่ระงับหนี้เก่าและก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาแทน โดยการแปลงหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้ โดยสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของหนี้ เช่น การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ และหากทำให้หนี้มีเงื่อนไขกลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไข หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าไปในหนี้ปราศจากเงื่อนไข หรือมีการเปลี่ยนเงื่อนไข ก็ถือว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้เช่นเดียวกัน¹⁶² โดยการแปลงหนี้ใหม่มุ่งทำให้หลักประกันแห่งหนี้เดิม ได้แก่ จำนอง จำนำ ระงับไปด้วย เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงโอนสิทธิจำนำหรือจำนองไปเป็นประกันหนี้ใหม่ด้วย และหากบุคคลที่สามเป็นผู้จำนำหรือจำนองก็ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่สามจึงจะโอนสิทธิจำนำหรือจำนองจากการประกันหนี้เดิมไปเป็นการประกันหนี้ใหม่ได้¹⁶³ และในกรณีที่มีผู้ค้ำประกันในหนี้เดิมจะให้ผู้ค้ำประกันเป็นผู้ค้ำประกันในหนี้ใหม่ได้ก็ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ค้ำประกันด้วยเช่นกัน ดังนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้ประการหนึ่งที่จะทำให้หนี้เดิมระหว่างเจ้าหนี้เดิมกับลูกหนี้ระงับไป และเกิดเป็นหนี้ใหม่ระหว่างเจ้าหนี้ใหม่กับลูกหนี้ และหากหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นโดยการแปลงหนี้ใหม่

¹⁶² The Civil Code of Japan Article 513

1 If the parties conclude a contract which changes any element of an obligation, such obligation shall be extinguished by novation.

2 It is deemed that an element of obligation has been changed if a conditional obligation is made an unconditional obligation, if a condition is added to an unconditional obligation, or if any condition on an obligation is changed.

¹⁶³ The Civil Code of Japan Article 518 To the extent of the purpose of the obligation in effect prior to the novation, the parties to the novation may convert the pledge or mortgage created as the security of such obligation to the obligation in effect after the novation; provided, however, that, in cases where any third party created such security, the acknowledgment of such third party must be obtained.

ไม่ได้เกิดขึ้นหรือได้ถูกยกเลิกเนื่องด้วยเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง อันมิรู้ถึงคู่กรณี หนี้เดิมนั้นย่อมยังไม่ระงับ¹⁶⁴

ข้อสังเกตเกี่ยวกับ “สิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้” ในการแปลงหนี้ใหม่นอกจากกรณีของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้แล้ว “สิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้” ได้แก่อะไรบ้างที่เมื่อถูกเปลี่ยนแล้วจะเกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่ เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่มุ่งเกี่ยวข้องกับผลที่สำคัญคือทำให้หนี้เดิมระงับ รวมถึงเกี่ยวข้องกับหลักประกันในหนี้เดิมและสิทธิในการยกขึ้นต่อสู้ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดเพียงว่าการแปลงหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นโดยการเปลี่ยนสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ อันทำให้เป็นการตัดสินใจที่ยากว่าการแปลงหนี้ใหม่ได้เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ในการอภิปรายของคณะทำงาน (Working Group on the Civil Code (Law of Obligations)) เพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในส่วนของกฎหมายลักษณะหนี้จึงเห็นว่า ควรที่จะบัญญัติให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ว่าสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ได้แก่อะไรบ้าง และเจตนาของคู่สัญญาที่ต้องการจะแปลงหนี้ใหม่ก็ควรที่จะชัดเจนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นกัน¹⁶⁵

(2) วิธีการแสดงเจตนา

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ คือ การที่คู่สัญญาที่มีความเกี่ยวข้องในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มาแสดงเจตนาตกลงกันในสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้ที่มีอยู่เดิมซึ่งก็คือเจ้าหนี้ โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ใหม่ เจ้าหนี้เดิม และลูกหนี้จะต้องเข้ามาเป็นคู่สัญญาในการแปลงหนี้ใหม่ต่อกัน และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จะไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่มีการจัดทำเอกสารตามที่กฎหมายกำหนดโดยเอกสารที่ทำนั้นจะต้องทำโดยเจ้าหน้าที่โนตารี หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และลงวันที่ที่ทำนั้นด้วย¹⁶⁶ เพื่อเป็นหลักฐานและเพื่อป้องกันปัญหาการฉ้อโกง¹⁶⁷

¹⁶⁴ The Civil Code of Japan Article 517 If any obligation which arises by novation is not established or is rescinded on the ground of illegality or due to reasons unknown to the parties, the obligation which existed prior to the novation shall not be extinguished.

¹⁶⁵ The Ministry Of Justice, Material For The Working Group On The Civil Code (Law Of Obligations), No.10-1 [Translation] [Online] 18 June 2013. Available From : <http://www.moj.go.jp/content/000057146.pdf>

¹⁶⁶ The Civil Code of Japan Article 515 A novation by substitution of obligee may not be asserted against a third party unless it is made using an instrument bearing a fixed date.

¹⁶⁷ J.E. De Becker, Annotated Civil Code Of Japan, PP.115-116.

นอกจากนี้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มาตรา 516 ได้บัญญัติให้นำมาตรา 468 วรรคหนึ่ง ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้โดยอนุโลม¹⁶⁸ เนื่องด้วยลักษณะที่คล้ายคลึงกันของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นการเปลี่ยนตัวผู้รับชำระหนี้เช่นเดียวกัน โดยวิธีการนำมาตรา 468 มาใช้ในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ กล่าวคือ ถ้าลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยไม่ขัดแย้งแม้ว่าจะมีกรณีที่ลูกหนี้อาจยกการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ใหม่ได้แต่ยอมไม่อาจยกกรณีเหล่านั้นขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ใหม่ได้ แต่ถ้าลูกหนี้ได้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินบางอย่างหรือสันนิษฐานได้ว่ามีหนี้ใหม่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้เดิมที่ทำให้หนี้ของลูกหนี้ระงับแล้ว ลูกหนี้ อาจเรียกคืนเงินที่จ่ายหรือทรัพย์สินอื่นๆ ที่ส่งมอบหรืออาจสันนิษฐานว่าหนี้ใหม่ไม่ได้เกิดขึ้นแล้วแต่กรณี

(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องแบบพิธีไว้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องซึ่งก็คือเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่และลูกหนี้ ที่ทั้งสามฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันในการแปลงหนี้ใหม่และลูกหนี้ก็ต้องยินยอมในการแปลงหนี้ใหม่นั้นด้วยจึงจะมีผลเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ซึ่งหากไม่ทำตามที่กฎหมายกำหนดคือ หากไม่มีการแสดงเจตนาที่ตรงกันระหว่างเจ้าหนี้เดิมกับเจ้าหนี้ใหม่หรือลูกหนี้ไม่ยินยอมในการแปลงใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือมีความบกพร่องในการแสดงเจตนาในกรณีอื่นที่กฎหมายกำหนดทำให้การแสดงเจตนาอันไม่มีผลตามกฎหมายย่อมส่งผลให้มีการแปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้น

ส่วนในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าหากจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้นั้นจะต้องการจัดทำเอกสารตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด¹⁶⁹ ก็มีผลเพียงแต่ว่าหากไม่ทำตามจะยก

¹⁶⁸ The Civil Code of Japan Article 516 The provisions of paragraph 1 of Article 468 shall apply mutatis mutandis to the novation by substitution of obligee.

The Civil Code of Japan Article 468 (1) In the cases where the obligor has given the acknowledgement referred to in the preceding Article without objection, even if there are grounds which could have been raised as a defense against the assignor, he/she may not raise such grounds as a defense against the assignee. In such case, if the obligor has paid any money or delivered anything or assumed a new obligation to or for the benefit of the assignor to obtain the extinction of his/her obligation, the obligor may recover the money paid or other thing delivered, or may deem that the new obligation had not been assumed, as the case may be.

¹⁶⁹ The Civil Code of Japan Article 515 A novation by substitution of obligee may not be asserted against a third party unless it is made using an instrument bearing a fixed date.

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ขึ้นต่อผู้บุคคลภายนอกไม่ได้ แต่การไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดในกรณีนี้ไม่ได้ส่งผลต่อความสมบูรณ์ของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ไปแล้วด้วยการแสดงเจตนาของทั้งสามฝ่าย คือเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้

3.2.2.4 การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

(1) ความหมายและลักษณะ

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้บัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไว้ที่มาตรา 514 แต่อย่างไรก็ตามยังคงต้องนำลักษณะทั่วไปของการแปลงหนี้ใหม่ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 513 มาใช้ประกอบด้วย กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง โดยการตกลงกันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ซึ่งในกรณีนี้สิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้คือ ลูกหนี้ และจะมีผลโดยการทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่ แต่จะทำการแปลงหนี้ใหม่โดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมไม่ได้ ซึ่งผลของการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะมีผลทำให้หนี้เดิมระงับและลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากภาระหนี้และลูกหนี้ใหม่เข้ามาแทนที่และมีหน้าที่ในการชำระหนี้ตามหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น

ส่วนในเรื่องการโอนหนี้หรือการเข้ารับเอาภาระแห่งหนี้ (assumption of debt) แม้ว่า จะไม่มีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นแต่ลูกหนี้อาจจะโอนหนี้ของตนไปยังบุคคลภายนอกได้ โดยถ้าลูกหนี้ เจ้าหนี้ และลูกหนี้คนใหม่ได้ตกลงร่วมกันในการโอนหนี้ย่อมสันนิษฐานได้ว่าหนี้ได้ถูกโอนไปยังลูกหนี้คนใหม่แล้ว¹⁷⁰

(2) วิธีการแสดงเจตนา

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยส่วนใหญ่แล้วย่อมทำเป็นสัญญาระหว่างลูกหนี้เดิม ลูกหนี้ใหม่ และเจ้าหนี้ในเวลาเดียวกัน แต่เนื่องจากผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่ทำให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากหน้าที่ในการชำระหนี้จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เดิม ดังนั้นวิธีการแสดงเจตนา การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงสามารถทำเป็นสัญญาเจตนาที่ต้องตรงกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่แต่

¹⁷⁰ Hiroshi Oda, [Japanese law](#) (Oxford : Oxford University Press, 2003) ,PP.177.

จะต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 514¹⁷¹ และเนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบพิธีหรือวิธีการแสดงเจตนาไว้เป็นพิเศษหรือกำหนดว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะต้องทำเป็นหนังสือหรือลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นจึงสามารถทำการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วยวาจาได้

(3) ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

เมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นต้องทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เพราะฉะนั้นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงเกิดขึ้นโดยอาศัยเจตนาที่ตรงกันของฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้คนใหม่ ดังนั้นหากเจตนาของฝ่ายเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ไม่ต้องตรงกันหรือมีเพียงการแสดงเจตนาของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวหรือการแสดงเจตนาทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้มีความบกพร่องทางกฎหมายประการใด ย่อมทำให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่เกิดขึ้นตามหลักทั่วไปของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาซึ่งทำให้หนี้เดิมยังไม่ระงับลูกหนี้เดิมยังมีหน้าที่ในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้อยู่

ทั้งนี้เมื่อข้อสังเกตว่าในการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในส่วนของกฎหมายลักษณะหนี้ได้มีการพิจารณาถึงความจำเป็นของการมีอยู่ในบทบัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาทั้งทางฝั่งของเจ้าหนี้และลูกหนี้ ว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญในช่วงที่การโอนหนี้และการโอนสิทธิเรียกร้องยังไม่ได้รับการยอมรับมากนัก แต่ในปัจจุบันการโอนสิทธิเรียกร้องสามารถใช้บังคับได้ภายใต้กฎหมายที่กำหนด ซึ่งหมายความว่าความสำคัญในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้นี้อาจลดลง ยิ่งไปกว่านั้นแม้ว่าผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจะแตกต่างจากผลของการโอนสิทธิเรียกร้องและการโอนหนี้ในแง่ที่ว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาทำให้สิทธิในการยกข้อต่อสู้สิ้นสุดลง หนี้เดิมระงับลงและหลักประกันย่อมระงับไปด้วย แต่อย่างไรก็ตามการโอนสิทธิเรียกร้องหรือการโอนหนี้ก็สามารถนำผลเช่นเดียวกันนี้มาใช้บังคับได้โดยการทำความเข้าใจยินยอมของคู่สัญญา ด้วยเหตุนี้คณะทำงาน (Working Group on the Civil Code (Law of Obligations)) เพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในส่วนของกฎหมายลักษณะหนี้จึงมีการเสนอว่า ควรที่จะยกเลิก

¹⁷¹ The Civil Code of Japan Article 514 A novation by substitution of obligor may be effected between the obligee and a person who becomes the obligor after the novation; provided, however, that, this shall not apply to the cases where it is contrary to the intention of the obligor prior to the novation.

บทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ซึ่งหมายความว่าข้อตกลงในการเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาจะไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ต่อไป เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความสับสนในทางปฏิบัติ และมีบทบัญญัติที่เพิ่มเติมว่า ให้ถือว่าการเกิดขึ้นของการโอนสิทธิเรียกร้องเทียบเท่ากับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และการเกิดขึ้นของการโอนหนี้เทียบเท่ากับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้¹⁷²

¹⁷² The Ministry Of Justice, Material For The Working Group On The Civil Code (Law Of Obligations), No.10-1 [Translation] [Online] 18 June 2013. Available From : <http://www.moj.go.jp/content/000057146.pdf>

บทที่ 4

วิเคราะห์ เปรียบเทียบ ปัญหาการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด

จากที่ได้ศึกษาถึงปัญหากฎหมายในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดของนิติกรรม การโอนสิทธิเรียกร้อง การปลดหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ และ แบบและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคพ.ศ. 2551 มาในบทที่ 2 จึงอาจแบ่งปัญหาในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดได้เป็นสองปัญหาใหญ่ๆ คือ ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา และปัญหาผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา ได้ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้อง

4.1.1 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา

เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 วรรคหนึ่ง กฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาของการโอนสิทธิเรียกร้องว่า ต้องทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน และทำเป็นหนังสือการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ทำเป็นหนังสือยินยอมด้วยในการโอน แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการทำเป็นหนังสือว่าต้องทำอย่างไร จึงทำให้มีความเข้าใจวิธีการทำเป็นหนังสือที่แตกต่างกันไป โดยในที่นี้ผู้เขียนจะขอแบ่งพิจารณาวิธีการทำเป็นหนังสือออกเป็นสองส่วน คือ

1. วิธีการทำเป็นหนังสือในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน

1.1 เนื้อหาในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1.2 พบว่ามีแนวทางการวินิจฉัยถึงลักษณะของเนื้อหาในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องที่แตกต่างกัน ไม่สามารถรู้ได้อย่างแน่นอนว่า เนื้อหาของหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องต้องมีลักษณะอย่างไรจึงจะทำให้เป็น “หนังสือ” โอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย

พิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมต้องทำเป็นหนังสือ โดยที่กฎหมายได้กำหนดวิธีการทำหนังสือไว้ชัดเจน เช่น

มาตรา 1129 วรรคสอง “การโอนหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้นนั้น ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอน มีพยานคนหนึ่งเป็นอย่างน้อยลงชื่อรับรองลายมือ นั้น ๆ ด้วยแล้ว ท่านว่าเป็นโมฆะ อนึ่งตราสารอันนั้นต้องแถมเลขหมายของหุ้นซึ่งโอนกันนั้นด้วย”

มาตรา 1187 “ผู้ถือหุ้นทุกคนจะมอบฉันทะให้ผู้อื่นออกเสียงแทนตนก็ได้ แต่การมอบฉันทะเช่นนี้ต้องทำเป็นหนังสือ”

มาตรา 1188 “หนังสือตั้งผู้รับฉันทะนั้น ให้ลงวันและลงลายมือชื่อผู้ถือหุ้น และให้มีรายการดังต่อไปนี้ คือ

- (1) จำนวนหุ้นซึ่งผู้มอบฉันทะนั้นถืออยู่
- (2) ชื่อผู้รับฉันทะ
- (3) ตั้งผู้รับฉันทะนั้นเพื่อการประชุมครั้งคราวใด หรือตั้งไว้ชั่วคราวระยะเวลาเพียงใด”

กล่าวคือ ในการโอนหุ้นชนิดระบุชื่อหรือการที่ผู้ถือหุ้นต้องการจะมอบฉันทะให้ผู้อื่นออกเสียง กฎหมายได้กำหนดวิธีการแสดงเจตนาโดยการทำเป็นหนังสือและกฎหมายได้ระบุถึงวิธีการของการทำเป็นหนังสือว่าต้องทำอะไรและต้องมีรายละเอียดอย่างไรบ้างในหนังสือไว้อย่างชัดเจน ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดของวิธีการทำหนังสือเช่นนี้ย่อมทำให้หมดปัญหาในการตีความว่าวิธีการทำเป็นหนังสือมีวิธีการทำอย่างไร และทำให้ผู้ที่ต้องการแสดงเจตนาทำหนังสือสามารถที่จะปฏิบัติตามได้อย่างชัดเจนถูกต้องส่งผลให้หนังสือแสดงเจตนาทำนิติกรรมมีผลบังคับได้ตามเจตนาของผู้ทำหนังสือ

โดยแม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาให้ทำเป็นหนังสือ แต่กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดถึงวิธีการทำเป็นหนังสือไว้เหมือนกับการโอนสิทธิเรียกร้อง เช่น

มาตรา 572 วรรคสอง “สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ”

มาตรา 340 วรรคสอง “ถ้าหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน การปลดหนี้ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย”

มาตรา 744 (2) “อันจำนองย่อมระงับสิ้นไปเมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ”

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าการทำงานเป็น “หนังสือ” ในนิติกรรมเหล่านี้ ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนตัวให้บุคคลอื่นเข้ามามีสิทธิและหน้าที่แทนที่อีกบุคคลหนึ่ง แต่เป็นการทำหนังสือที่สิทธิและหน้าที่ต่างๆยังคงมีอยู่ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเช่นเดิม ซึ่งต่างกับกรณีของการโอนหุ้นชนิดระบุชื่อหรือการที่ผู้ถือหุ้นจะมอบฉันทะให้ผู้อื่นออกเสียงแทนตนที่เป็นเรื่องของการเปลี่ยนตัวให้บุคคลอื่นเข้ามามีสิทธิและหน้าที่แทนที่ผู้โอนหุ้นหรือผู้มอบฉันทะ อันจะต้องมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องในการทำนิติกรรมกับผู้รับโอนหุ้นหรือผู้รับมอบฉันทะด้วยในอนาคต กฎหมายจึงได้ระบุถึงวิธีการทำเป็นหนังสือไว้อย่างชัดเจนเพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกและเพื่อให้เกิดความชัดเจนระหว่างคู่สัญญาในสิทธิและหน้าที่ที่จะเกิดขึ้น ในกรณีของการโอนสิทธิเรียกร้องก็เช่นเดียวกันที่เป็นเรื่องของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในด้านของเจ้าหนี้ที่เจ้าหนี้คนใหม่จะเข้ามาเป็นผู้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้และเป็นผู้มีหน้าที่รับชำระหนี้แทนเจ้าหนี้เดิม โดยที่ลูกหนี้นี้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้คนใหม่ กฎหมายจึงควรที่จะระบุถึงวิธีการทำเป็นหนังสือในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นการคุ้มครองลูกหนี้ที่จะได้ทราบถึงรายละเอียดของการโอนสิทธิเรียกร้องและเกิดความชัดเจนแน่นอนถึงสิทธิและหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องตามระบบกฎหมายต่างประเทศ ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น การโอนสิทธิเรียกร้องกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือจึงอาจทำการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือหรือวาจาก็ได้

ส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนต้องทำเป็น “หนังสือ” เนื่องจากในเรื่องนี้เป็นความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ การโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้อันเป็นสาระสำคัญของหนี้ จึงควรที่จะกำหนดวิธีการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องไว้อย่างชัดเจนเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน และเป็นการคุ้มครองลูกหนี้และบุคคลภายนอกที่สามารถทราบได้อย่างแน่ชัดว่าการโอนสิทธิเรียกร้องได้เกิดขึ้นจริง ประกอบกับหากประชาชนผู้ที่ต้องการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องไม่อาจทราบถึงวิธีการทำหนังสือที่แน่นอนว่า จะต้องทำอย่างไร อาจทำให้เกิดปัญหาตามมาว่า หนังสือที่ได้ทำขึ้นนั้นเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายหรือไม่ และอาจทำให้หนังสือการโอนสิทธิเรียกร้องที่ทำขึ้นนั้นไม่เกิดผลบังคับตามกฎหมาย ส่งผลให้การแสดงเจตนาของผู้ที่ประสงค์จะทำนิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดผลตามที่ต้องการ รวมถึงปัจจุบันได้มีการนำการโอนสิทธิเรียกร้องไปใช้กับธุรกิจที่มีมูลค่าการลงทุนสูงและธุรกรรมทางการเงินซึ่งมีลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องหรือผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก กฎหมายจึงควรที่จะกำหนดวิธีในการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องให้ชัดเจนเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายและป้องกันปัญหาการฟ้องร้องที่อาจเกิดขึ้นตามมาจากความไม่ชัดเจนของหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องอันจะส่งผลกระทบต่อการค้าเงินธุรกิจและเศรษฐกิจของประเทศ

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า จากหลักของการทำหนังสือที่อย่างน้อยต้องมีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม เพราะฉะนั้นในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องมีข้อความอย่างน้อยดังต่อไปนี้

1. วันที่มีการโอนสิทธิเรียกร้อง เพื่อที่จะได้ทราบว่ามีการโอนสิทธิเรียกร้องกันในวันใด สิทธิเรียกร้องถูกเปลี่ยนมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอนในวันใด อันจะทำให้สิทธิและหน้าที่ของทั้งผู้โอนและผู้รับโอนเปลี่ยนแปลงไป
2. ข้อความเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยระบุถึงวันที่เป็นวัตถุในการโอนสิทธิเรียกร้อง เพื่อที่จะได้ทราบว่าสิทธิเรียกร้องที่โอนไปนั้นเป็นสิทธิประเภทใด
3. ลายมือชื่อของผู้ทำหนังสือ

1.2 ลายมือชื่อของผู้ทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง

ปัญหาที่สำคัญอีกปัญหาหนึ่งของวิธีการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง คือ เรื่องการลงลายมือชื่อผู้ทำหนังสือ เนื่องจากมีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หนังสือโอนสิทธิเรียกร้องให้ลงลายมือชื่อผู้โอนเพียงฝ่ายเดียวเพียงพอ ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่า ต้องลงลายมือชื่อของทั้งผู้โอนและผู้รับโอน ดังตัวอย่างละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1.2

จากลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องที่อาจเกิดขึ้นโดยการทำเป็นสัญญาซื้อขายสิทธิเรียกร้องที่ต้องมีทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย สัญญาให้สิทธิเรียกร้องที่ต้องมีทั้งผู้ให้และผู้รับ สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้ที่ต้องมีทั้งผู้ชำระหนี้และผู้รับชำระหนี้ ซึ่งล้วนแต่ต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป จึงจะทำให้เกิดเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นได้ เพราะฉะนั้น การโอนสิทธิเรียกร้องจะเกิดขึ้นจึงต้องทำเป็นสัญญาหรือเป็นนิติกรรมสองฝ่ายขึ้นไปเท่านั้น คือ จะต้องมีทั้งผู้โอนและผู้รับโอน การโอนสิทธิเรียกร้องไม่อาจเกิดจากการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้โอนหรือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวได้เหมือนนิติกรรมการปลดหนี้ตามมาตรา 340 หรือการแสดงเจตนาทำพินัยกรรมตามมาตรา 1646

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 398 เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องว่าการโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็นสัญญา¹⁷³ ย่อมทำให้ไม่เกิดปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นสัญญาหรือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว

¹⁷³ BGB. section 398 A claim may be transferred by the obligee to another person by contract with that person (assignment)”

เพราะฉะนั้น เมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นสัญญา หนังสือสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องจึงต้องมีการลงลายมือชื่อของทั้งผู้โอนและผู้รับโอนเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้ กิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ จะต้องลงลายมือชื่อของผู้ทำหนังสือนั้น ซึ่งในกรณีนี้ผู้ทำหนังสือสัญญาได้แก่ ทั้งผู้โอนและผู้รับโอน

นอกจากนี้หากพิจารณาเปรียบเทียบกับการทำเป็นหนังสือในกรณีอื่นๆตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมต้องทำเป็นหนังสือเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม เช่น การทำเป็นหนังสือในกรณีของสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 วรรคสอง¹⁷⁴ และการโอนหุ้นชนิดระบุชื่อตามมาตรา 1129 วรรคสอง¹⁷⁵ ล้วนแล้วแต่จะต้องลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งสิ้น

ประกอบกับปัจจุบันการโอนสิทธิเรียกร้องมักจะมีการนำไปใช้ในการดำเนินการธุรกิจที่มีมูลค่าสูง การลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือ ฝ่ายผู้โอนและผู้รับโอนย่อมทำให้เกิดความชัดเจนและความแน่นอนแก่ตัวคู่สัญญาและบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายที่จะทราบว่า ผู้มีสิทธิและหน้าที่ในการโอนสิทธิเรียกร้องคือใคร และเกิดประโยชน์ในการเรียกร้องหาผู้รับผิดชอบ หากมีข้อพิพาทในการโอนสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้น

เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้โอน ควรมีการระบุนิติกรรมทำเป็นหนังสือไว้ให้ชัดเจนโดยในหนังสืออย่างน้อยจะต้องมีรายละเอียดในเรื่อง วันที่โอนสิทธิเรียกร้อง ข้อความเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยระบุถึงวันที่เป็นวัตถุในการการโอนสิทธิเรียกร้อง และลายมือชื่อของผู้โอนและผู้รับโอนทั้งสองฝ่าย โดยหากใช้แนวทางที่ผู้เขียนเสนอดังกล่าวนี้ ย่อมสามารถแก้ไขปัญหาวิธีการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องที่ขาดความชัดเจนว่า จะต้องทำอย่างไรอันนำมาสู่ปัญหาในการปรับใช้กฎหมายและทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดผลตามที่ผู้โอนและผู้รับโอนต้องการ รวมถึงเป็นการคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายกับการโอนสิทธิเรียกร้องอันจะเกิดประโยชน์ต่อการทำธุรกิจในปัจจุบัน

¹⁷⁴ มาตรา 572 วรรคสอง สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ

¹⁷⁵ มาตรา 1129 วรรคสอง การโอนหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้นนั้น ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอน มีพยานคนหนึ่งเป็นอย่างน้อยลงชื่อรับรองลายมือชื่อ นั้น ๆ ด้วยแล้ว ท่านว่าเป็นโมฆะอนึ่งตราสารอันนั้นต้องแสดงเลขหมายของหุ้นซึ่งโอนกันนั้นด้วย

2. วิธีการทำเป็นหนังสือในการบอกกล่าวการโอนหรือให้ลูกหนี้ยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง

พิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 467 วรรคสอง¹⁷⁶ ซึ่งเป็นที่มาของการร่างกฎหมายมาตรา 306 ของประเทศไทย การโอนสิทธิเรียกร้องจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ต้องได้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยจะต้องทำเป็นเอกสาร (instrument) และระบุวันที่ชัดเจนในการทำที่รับรองโดยเจ้าพนักงานในการบอกกล่าวหรือการยินยอมด้วย

ส่วนประเทศไทยเมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1.2 พบว่า มีความเห็นไปในแนวทางว่า การทำหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือหนังสือให้ความยินยอมของลูกหนี้ในการโอนสิทธิเรียกร้อง ไม่จำเป็นที่จะต้องทำเป็นหนังสือที่มีลักษณะเฉพาะสำหรับการบอกกล่าวหรือเพื่อการยินยอม แต่สามารถทำอยู่ในรูปแบบอื่นหรืออยู่ในเอกสารอื่นได้ โดยให้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่ออ่านแล้วสามารถที่จะเข้าใจได้ว่าเป็นการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปและเข้าใจได้ว่าโอนให้แก่ใครหรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมด้วยในการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวแล้ว และลงลายมือชื่อผู้ทำหนังสือยอมเพียงพอที่จะเป็นหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องที่ทำให้สามารถยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ ซึ่งเป็นแนวทางที่ผู้เขียนเห็นด้วย เนื่องจากในส่วนของ การโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนการทำเป็นหนังสือนั้นได้ทำเป็นหนังสือที่เป็นกิจจะลักษณะมีรายละเอียดเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องครบถ้วนซึ่งเป็นการคุ้มครองลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกอยู่แล้ว กล่าวคือ ในด้านของลูกหนี้ หากลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องด้วยยอมเป็นการชัดเจนที่ลูกหนี้จะได้ทราบถึงรายละเอียดในการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือในการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้ก็เพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ได้ถูกคนเพราะไม่ว่าเจ้าหนี้จะเป็นใครลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ในหนี้เดิมที่ตนเป็นหนี้อยู่ ส่วนในด้านของบุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้กำหนดให้บุคคลภายนอกต้องยินยอมหรือต้องบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังบุคคลภายนอก เพราะฉะนั้นเมื่อกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือที่ชัดเจนระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนแล้วยอมเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่เพียงพอในทางหนึ่งแล้ว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการทำเป็น “หนังสือ” เพื่อบอกกล่าวการโอนหรือเพื่อให้ลูกหนี้ยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องจึง หมายถึง การทำเป็นหนังสือ ที่อาจอยู่ในลักษณะการทำเป็นหนังสือเฉพาะ เพื่อการบอกกล่าวหรือความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง หรืออาจอยู่ในเอกสารอื่นๆ เช่น กรณีที่ลูกหนี้ยินยอมในการโอน ลูกหนี้อาจยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง หรือกรณีบอกกล่าวการโอนให้ลูกหนี้รับรู้ อาจบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์

¹⁷⁶ The Civil Code of Japan Article 467 (2) The notice or acknowledgement set forth in the preceding paragraph may not be asserted against a third party other than the obligor unless the notice or acknowledgement is made using an instrument bearing a fixed date

อักษรไปในเอกสารอื่นที่เกิดขึ้นภายหลังการโอนได้ โดยมีข้อความที่เข้าใจได้ว่าเป็นการบอกกล่าวการโอนหรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการโอนและลงลายมือชื่อผู้ทำ โดยหากเป็นการบอกกล่าวการโอนผู้ลงลายมือชื่อคือผู้ที่ทำการบอกกล่าวโดยอาจเป็นผู้โอนหรือผู้รับโอนก็ได้ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดบังคับไว้ ส่วนความยินยอมของลูกหนี้ผู้ลงลายมือชื่อย่อมมีได้เฉพาะลายมือชื่อของลูกหนี้เท่านั้น

เพราะฉะนั้น จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงวิธีการทำเป็นหนังสือในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน กับการทำเป็นหนังสือเพื่อบอกกล่าวการโอนหรือเพื่อให้ลูกหนี้ยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง ทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่าวิธีการทำเป็นหนังสือของทั้งสองกรณีมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนต้องทำเป็น “หนังสือ” ที่มีลักษณะเฉพาะชัดเจน มีรายละเอียดที่แน่นอนตามที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนเพราะหนังสือในส่วนนี้เป็นส่วนสำคัญของการโอนสิทธิเรียกร้อง เป็นหนังสือที่สร้างขึ้นเพื่อความสมบูรณ์ของการโอนสิทธิเรียกร้อง ส่วนการทำหนังสือเพื่อบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือการทำหนังสือยินยอมของลูกหนี้ในการโอนสิทธิเรียกร้อง มีขึ้นเพื่อใช้เป็นหลักฐานยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก จึงไม่ต้องทำเป็นหนังสือที่มีลักษณะรูปแบบเฉพาะเพียงแต่ทำเป็นหนังสือมีข้อความเป็นการบอกกล่าวการโอนหรือลูกหนี้ให้ความยินยอมในการโอนและลงลายมือชื่อผู้ทำ ย่อมสามารถยกขึ้นต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แล้ว

4.1.2 ปัญหาผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็นหนังสือทั้งในส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน และส่วนการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือให้ลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนว่าหากไม่ทำตามจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นประการใด ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ในแต่ละส่วน ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาในการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนต้องทำเป็นหนังสือ หากไม่ทำตามส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์ ทำให้เกิดปัญหาตามมาว่าคำว่า “ไม่สมบูรณ์” มีหมายความว่าอย่างไร และการ

ทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนเป็น “แบบของนิติกรรม” ตามมาตรา 152 หรือไม่ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวมีนักกฎหมายที่ให้ความเห็นแตกต่างกันไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1.3

พิจารณาความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่งที่เห็นว่า “ไม่สมบูรณ์” หมายถึง “โมฆะ” เนื่องจากเห็นว่าการทำหนังสือเป็น “แบบของนิติกรรม” ทำให้เกิดข้อพิพาทดังนี้

หากพิจารณาคำว่า “ไม่สมบูรณ์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 306 ว่า หมายถึง “โมฆะ” เนื่องจากเห็นว่าการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนตามมาตรา 306 เป็นแบบของนิติกรรม ผลที่ตามมาของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ คือ การไม่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างใดๆได้ทั้งสิ้น กฎหมายไม่ยอมรับถึงผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้น ถือเหมือนว่าไม่เคยมีการโอนสิทธิเรียกร้องกันขึ้น และต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมซึ่งกฎหมายให้นำบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้มาใช้ตามมาตรา 172 วรรคสอง อันอาจจะก่อให้เกิดปัญหาตามมาในเรื่องการคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติลาภมิควรได้ กล่าวคือ

พิจารณากรณีการซื้อขายสิทธิเรียกร้อง ในส่วนของผู้โอนซึ่งเป็นผู้ขายสิทธิเรียกร้อง เมื่อได้สิ่งใดตอบแทนมา โดยหากเป็นเงินต้องคืนเต็มจำนวนวันแต่ได้รับไว้โดยสุจริต จะต้องคืนเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืนตามมาตรา 412 หรือหากเป็นทรัพย์สินอื่นที่รับไว้โดยสุจริตต้องคืนทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่ให้กับผู้รับโอนตามมาตรา 413 ในส่วนผู้ซื้อหรือผู้รับโอนก็เช่นเดียวกันเมื่อได้รับสิ่งใดไปย่อมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินแก่ผู้โอนซึ่งในที่นี้สิ่งที่ได้ไปย่อมหมายถึงสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ จึงถือว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ที่หากได้รับไว้โดยสุจริตย่อมต้องคืนทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่ ตามมาตรา 413 แต่เมื่อทรัพย์สินนั้นเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องการคืนสิทธิเรียกร้องตามบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้ทำให้เกิดปัญหาว่า จะต้องคืนกันอย่างไร

พิจารณาการโอนสิทธิเรียกร้องที่เป็นการให้โดยไม่มีค่าตอบแทน ในส่วนของผู้โอนซึ่งเป็นผู้ให้ย่อมไม่สิ่งใดที่จะต้องคืนให้แก่ผู้รับโอน เพราะไม่ได้รับอะไรมา แต่ในส่วนของผู้รับโอนที่ได้สิทธิเรียกร้องมา ย่อมต้องคืนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้โอนในลักษณะลาภมิควรได้ หรือ พิจารณาการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อชำระหนี้ ในส่วนของผู้โอนซึ่งเป็นลูกหนี้อย่อมไม่มีสิ่งใดที่จะต้องคืนให้แก่ผู้รับโอนที่เป็นเจ้าหนี้ แต่ในส่วนของผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้อย่อมต้องคืนสิทธิเรียกร้องให้ผู้โอนในลักษณะลาภมิควรได้ ซึ่งทั้งสองกรณีทำให้เกิดปัญหาเช่นเดียวกับการซื้อขายสิทธิเรียกร้องว่าการคืนสิทธิเรียกร้องในฐานะลาภมิควรได้จะทำได้อย่างไร เนื่องจากสิ่งที่ได้ไปเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้เท่านั้น

พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีบทบัญญัติที่การทำเป็นหนังสือเป็นแบบของนิติกรรมที่เมื่อไม่ทำตามจะส่งผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ เช่น

มาตรา 572 วรรคสอง “สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ”

มาตรา 1129 วรรคสอง “การโอนหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้นนั้น ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอน มีพยานคนหนึ่งเป็นอย่างน้อยลงชื่อรับรองลายมือ นั้น ๆ ด้วยแล้ว ท่านว่าเป็นโมฆะ”

แต่อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็มีบทบัญญัติที่กำหนดให้นิติกรรมต้องทำเป็นหนังสือ แต่ไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำเป็นหนังสือว่านิติกรรมต้องตกเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ เช่น

มาตรา 340 วรรคสอง “ถ้าหนังสือเป็นหลักฐาน การปลดหนี้ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย หรือต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นเสีย”

มาตรา 1187 “ผู้ถือหุ้นทุกคนจะมอบฉันทะให้ผู้อื่นออกเสียงแทนตนก็ได้ แต่การมอบฉันทะเช่นนี้ต้องทำเป็นหนังสือ”

มาตรา 1514 วรรคสอง “การหย่าโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคน”

ดังนั้น วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือจึงอาจไม่ใช่ “แบบของนิติกรรม” ที่เมื่อไม่ทำตามแล้วจะทำให้นิติกรรมต้องตกเป็น “โมฆะ” เสมอไป

อีกทั้ง การที่กฎหมายกำหนดคำว่า “ไม่สมบูรณ์” ให้เป็นผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดในนิติกรรมต่างๆ เช่น

มาตรา 523 “การให้หนี้ ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้”

มาตรา 524 “การให้สิทธิอันมีหนังสือตราสารเป็นสำคัญนั้น ถ้ามิได้ส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับ และมีได้มีหนังสือบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แห่งสิทธินั้น ท่านว่าการให้ย่อมไม่สมบูรณ์”

มาตรา 525 “การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณีเช่นนี้ การให้ย่อมเป็นอันสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ”

มาตรา 984 “ตราสารอันมีรายการขาดตกบกพร่องไปจากที่ท่านระบุบังคับไว้ใน
มาตราก่อนนี้ ย่อมไม่สมบูรณ์เป็นตัวสัญญาใช้เงิน”

มาตรา 910 “ตราสารอันมีรายการขาดตกบกพร่องไปจากที่ท่านระบุบังคับไว้ใน
มาตราก่อนนี้ ย่อมไม่สมบูรณ์เป็นตัวแลกเงิน”

มาตรา 1437 “การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็น
ของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น”

หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าบทบัญญัติข้างต้นกฎหมายได้กำหนดผลของการไม่ทำ
ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดว่า “ไม่สมบูรณ์” เช่นเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงทำให้มีความเห็น
ของนักกฎหมายที่แตกต่างกันไปถึงความหมายของคำว่า “ไม่สมบูรณ์” เพราะฉะนั้นหากเปรียบเทียบ
ในระหว่างบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยด้วยกันคำว่า “ไม่สมบูรณ์” จึงยังมี
ความเห็นที่แตกต่างกันไปในแต่ละบทมาตรา ไม่สามารถหาข้อสรุปที่ชัดเจนได้ว่า คำว่า “ไม่สมบูรณ์”
ต้องหมายถึง “โมฆะ” เท่านั้น

พิจารณาความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองที่เห็นว่า “ไม่สมบูรณ์” หมายถึง ไม่ได้
ทำให้การโอนตกเป็นโมฆะ แต่การโอนสิทธิเรียกร้องยังมีอยู่ ทำให้เกิดข้อพิจารณาได้ว่าเช่นนี้การที่
กฎหมายกำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็นหนังสือเพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนระหว่าง
คู่สัญญาและป้องกันปัญหาการฟ้องร้องหรือการฉ้อโกงที่อาจเกิดขึ้นตามมา ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์
และผลในการบังคับใช้แต่อย่างใด หากการโอนสิทธิเรียกร้องด้วยวาจาก็สามารถทำให้เกิดเป็นการโอน
สิทธิเรียกร้องได้เช่นกัน

พิจารณาคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ไม่ได้วินิจฉัยว่า “ไม่สมบูรณ์” หมายความว่า
อย่างไร ย่อมทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่า สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการโอน
สิทธิเรียกร้องที่ไม่สมบูรณ์นั้นจะเป็นอย่างไรต่อไป และหากจะต้องมีการคืนทรัพย์สินระหว่างกัน
จะต้องใช้หลักกฎหมายใดมาปรับใช้

พิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน
และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งไม่ได้กำหนดว่าการโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็นหนังสือ การโอน
สิทธิเรียกร้องจึงอาจทำได้ด้วยวาจา โดยที่ประมวลกฎหมายของทั้งสองประเทศไม่ได้กำหนดแบบ
สำหรับการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ จึงทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องของทั้งสองประเทศไม่มีผลทางกฎหมาย
ในเรื่องของการไม่ทำตามแบบ ดังนั้น หากการโอนสิทธิเรียกร้องไม่มีการตกลงกันหรือเจตนาไม่ต้อง
ตรงกันระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนหรือมีความบกพร่องประการใดในการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมส่งผลให้

การโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้นตามหลักเรื่องการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมสัญญา โดยไม่ได้ส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องต้องตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด

ดังนั้น จากการวิเคราะห์และเปรียบเทียบข้างต้นจึงทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่กฎหมายกำหนดผลของการการโอนสิทธิเรียกร้องเมื่อไม่ทำเป็นหนังสือว่า “ไม่สมบูรณ์” ควรหมายความว่า “การโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้น” โดยเป็นผลในลักษณะเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและญี่ปุ่น ที่การโอนสิทธิเรียกร้อง “ไม่เป็นแบบของนิติกรรม” ซึ่งหากตีความในลักษณะเช่นนี้ย่อมไม่เกิดปัญหาในเรื่องการคืนทรัพย์ฐานลามิควรได้เพราะเมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้นสิทธิเรียกร้องจึงไม่อาจถูกโอนจากผู้โอนไปยังผู้รับโอน ทำให้ไม่ต้องมีการคืนสิทธิเรียกร้องกัน และหากมีการให้สิ่งใดกันไปอีกฝ่ายย่อมไม่มีสิทธิที่จะรับไว้จึงสามารถใช้หลักกรรมสิทธิ์ในการติดตามเอาคืนสิ่งที่ให้ต่อกันไว้ได้

2. ปัญหาผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือให้ลูกหนี้ยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง

เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องมีการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนโดยการทำเป็นหนังสือ แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าหากไม่ทำตามจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร ทำให้มีความเห็นของนักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันไป (โปรดดูหัวข้อ 2.2.1.3 ในบทที่ 2)

พิจารณาจากลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนตัวบุคคลที่จะได้รับชำระหนี้ คือ เปลี่ยนเฉพาะตัวเจ้าหนี้เท่านั้น แต่ความสัมพันธ์ทางหนี้เดิมยังคงอยู่ทุกประการ เพราะฉะนั้นการเกิดการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความสมบูรณ์ของการโอนสิทธิเรียกร้องควรจะเป็นเรื่องระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือ ฝ่ายผู้โอนที่เป็นเจ้าหนี้เดิมกับผู้รับโอนที่จะเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่เท่านั้น เพราะถึงอย่างไรการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้อย่างไรก็ตามสาระสำคัญของลูกหนี้เพราะไม่ว่าเจ้าหนี้จะเป็นใครลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ที่ตนอยู่จนกว่าหนี้จะระงับ ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้ได้รับการบอกกล่าวการโอนหรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการโอน ก็เพื่อที่จะได้ทราบว่าการโอนสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้นและจะสามารถชำระหนี้กับเจ้าหนี้คนใหม่ได้ถูกต้อง โดยหากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมโดยไม่อิดเอื้อน ลูกหนี้อย่อมจะยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อผู้รับโอนไม่ได้ตามมาตรา 308 ซึ่งล้วนแต่เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่หากไม่ทำตามแล้ว จะทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องต้องตกเป็นโมฆะหรือการโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้นแต่อย่างใด

อีกทั้ง หากจะพิจารณาถึงความหมายของนิติกรรมตามมาตรา 149 ที่บัญญัติว่า

“นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่ง สิทธิ”

เพราะฉะนั้น ลักษณะของนิติกรรมจึงต้องมีการกระทำของบุคคลที่เกิดจากความคิด การตัดสินใจ และการแสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏ โดยการกระทำนั้น ต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วย กฎหมาย ทำด้วยความสมัครใจและมุ่งโดยตรงที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย แต่มีบางกรณีที่เป็น การกระทำที่มีลักษณะคล้ายนิติกรรมแต่ไม่ใช่นิติกรรม เนื่องจากไม่ได้มุ่งโดยตรงที่จะก่อให้เกิดผล ในทางกฎหมาย โดยการกระทำที่คล้ายนิติกรรมอาจแบ่งได้เป็นสามประการ⁵ คือ

1. การเผยแพร่ได้แก่ การที่ผู้กระทำเผยแพร่ของเขาออกมาให้อีกฝ่ายหนึ่ง ทราบโดยที่ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาให้ผลในทางกฎหมายเกิดขึ้น
2. การเผยความรู้สึก เป็นกรณีที่ผู้กระทำเผยความรู้สึกของเขาออกมาภายนอก
3. การแจ้งข้อความ หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำเป็นแค่เผยความนึกคิดของเขาต่ออีก ฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้ทราบถึงเหตุการณ์หรือฐานะอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือนิติ สัมพันธ์

ดังนั้น การบอกกล่าวหรือความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงมีลักษณะเป็น เพียงการแจ้งข้อความเท่านั้น อันเป็นการกระทำที่คล้ายนิติกรรมแต่ไม่ใช่นิติกรรม เพราะแม้ขณะที่ บอกกล่าวการโอน เจ้าหนี้จะมีได้มีเจตนาจะยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือ บุคคลภายนอก แต่หลังจากการบอกกล่าวแล้ว ก็ย่อมจะยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกได้เสมอ เช่นเดียวกับการทำคำยินยอมที่แม้ขณะลูกหนี้ทำคำยินยอมในการโอน สิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้จะมีได้มีเจตนาที่จะให้เจ้าหนียกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้ตนหรือ บุคคลภายนอก แต่หลังจากทำคำยินยอมแล้ว เจ้าหนีก็ย่อมจะยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ตนหรือบุคคลภายนอกได้เสมอรวมถึงส่งผลให้ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนไม่ได้ ด้วย

เพราะฉะนั้น เมื่อการบอกกล่าวหรือคำยินยอมไม่ใช่นิติกรรม แต่เป็นการกระทำที่ คล้ายนิติกรรม แต่บทบัญญัติในเรื่องแบบของนิติกรรม มาตรา 152 “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบ ที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในลักษณะ 4 เรื่องนิติกรรม คำว่า “การ

¹²² 5 หยุด แสงอุทัย ,คำอธิบายกฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง ,หน้า22-26.

ใด” ในที่นี้จึงควรที่จะหมายถึง สิ่งที่เป็นนิติกรรมเท่านั้น ดังนั้น สิ่งใดที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดหากไม่ทำตามจะตกเป็นโมฆะ สิ่งนั้นจะต้องเป็นนิติกรรม หากไม่ใช่นิติกรรม แม้อกฎหมายจะกำหนดวิธีการแสดงเจตนาไว้แต่สิ่งนั้นย่อมไม่ใช่แบบของนิติกรรมที่เมื่อไม่ทำตามแล้วจะทำให้นิติกรรมต้องตกเป็นโมฆะ เพราะฉะนั้นเมื่อการบอกกล่าวหรือคำยินยอมไม่ใช่นิติกรรมแต่เป็นการกระทำที่คล้ายนิติกรรม จึงไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 152 ผลคือ แม้การบอกกล่าวหรือคำยินยอมไม่ทำเป็นหนังสือย่อมไม่ทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องต้องตกเป็นโมฆะ

พิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 กฎหมายได้กำหนดผลไว้ชัดเจนว่า การโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่ได้มีการบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปถึงลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ตกลงแก่การโอนนั้น ยังส่งผลให้เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่สมบูรณ์ คือฟังได้แต่ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้น ตามมาตรา 27¹⁸³ แต่จะยกขึ้นต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้ตามมาตรา 27¹⁸⁴

พิจารณาจากความเป็นมาในประวัติศาสตร์แล้วจะพบว่า การทำตามแบบของการโอนอาจมาจากระบบกฎหมายของพลเมืองโรมันหรือระบบ ius civile ส่วนการยกขึ้นต่อสู้มาจากระบบกฎหมายของ praetor หรือที่เรียกว่าระบบของ ius honorarium ซึ่งโดยระบบของการใช้กฎหมายโรมัน หมายความว่า การโอนที่ทำตามแบบแล้วย่อมสมบูรณ์ตามกฎหมายพลเมืองโรมัน แต่ผู้โอนและผู้รับโอนไม่อาจยกความสมบูรณ์นี้ไปต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิได้ หากมิได้บอกกล่าวให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบถึงการโอนเป็นหนังสือ⁸

พิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายต่างประเทศ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การโอนสิทธิเรียกร้องสามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาทำเป็นสัญญาระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนเท่านั้น โดยที่ลูกหนี้ไม่ต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและไม่必有บทบัญญัติที่จะต้องบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องหรือต้องให้ลูกหนี้ยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องด้วย เพราะฉะนั้นการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมเกิดขึ้นสมบูรณ์ระหว่างการแสดงเจตนาของผู้โอนกับผู้รับโอน ส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกฎหมายกำหนดให้จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยการทำเป็นเอกสารและระบุวันที่แน่นอนแต่การบอกกล่าวหรือความยินยอมโดยการทำเอกสารนั้น เป็นเรื่องของการที่จะยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้น

¹⁸³ 6 มาตรา 270 “การโอนอันมิได้บอกกล่าวตกลงกันก่อนตามที่ท่านบังคับไว้ในมาตรา 271 ฤฯ 280 นั้น ท่านว่าเป็นการสมบูรณ์ คือฟังได้แต่ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้น”

¹⁸⁴ 7 มาตรา 271 “การโอนสิทธิเรียกร้องจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่ลูกหนี้ถ้าบุคคลภายนอกไม่ได้จนกว่าผู้โอนจะได้บอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปถึงลูกหนี้ถ้าลูกหนี้จะได้ตกลงแก่การโอนนั้น”

¹⁸⁵ 8 ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 127.

เป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเท่านั้น ไม่ใช่แบบพิธีของการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้น ผลของการไม่ทำตามคือ การไม่สามารถยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้

เพราะฉะนั้น จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจึงทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การทำเป็นหนังสือเพื่อบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ทราบหรือการที่ลูกหนี้ทำหนังสือยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 ไม่ใช่เรื่องแบบของนิติกรรม ที่เมื่อไม่ทำตามแล้วจะส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 หรือทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่สมบูรณ์ แต่ประการใด แต่เป็นเรื่องของการยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเท่านั้น กล่าวคือ ถ้าไม่มีการทำหนังสือบอกกล่าวหรือหนังสือยินยอม การโอนสิทธิเรียกร้องก็ยังคงมีขึ้น หากมีการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องที่ถูกต้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน เพียงแต่จะยกการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ขึ้นต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้ โดยการโอนสิทธิเรียกร้องจะมีผล แต่ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้น หากลูกหนี้ไปชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้คนเดิมซึ่งเป็นผู้โอน เจ้าหนี้คนใหม่ซึ่งเป็นผู้รับโอนจะมาเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยอ้างว่าได้รับการโอนสิทธิเรียกร้องมาแล้วไม่ได้

4.2 ปัญหาการปลดหนี้

4.2.1 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การปลดหนี้ในกรณีนี้มีหนังสือเป็นหลักฐานกฎหมายได้กำหนดวิธีการปลดหนี้เพิ่มเติมจากการปลดหนี้กรณีทั่วไปไว้ในมาตรา 340 วรรคสอง โดยปัญหาที่จะนำมาพิจารณา คือ วิธีการแสดงเจตนาปลดหนี้โดย “การทำเป็นหนังสือ” ว่ามีวิธีการทำอย่างไรเพราะเมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายและพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.2 ทำให้พิจารณาได้ว่า

การที่กฎหมายกำหนดว่าการปลดหนี้ต้องทำเป็นหนังสือ เนื่องจากกฎหมายต้องการที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานให้ชัดเจนว่าเจ้าหนี้ได้ทำการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้แล้วเช่นเดียวกับการเวนคืนหรือการขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ และเพื่อที่จะนำมาลบล้างเอกสารก่อนนั้นนับเท่าว่าไม่สามารถใช้บังคับได้อีกต่อไป โดยที่กฎหมายไม่ได้มีความมุ่งหวังที่จะให้การทำหนังสือปลดหนี้ต้องมีลักษณะเฉพาะที่เป็นทางการหรือต้องแยกออกมาจากตัวเอกสารที่ก่อนนี้แต่อย่างใด เพียงแต่ให้มีข้อความเป็นลายลักษณ์อักษรระบุว่าเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้และลงลายมือชื่อของเจ้าหนี้ไว้เป็นสำคัญ

พิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเรื่องอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมนั้นต้องทำเป็นหนังสือ เช่น

มาตรา 306 วรรคหนึ่ง “การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้ที่ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นนี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ”

มาตรา 572 วรรคสอง “สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ”

มาตรา 1129 วรรคสอง “การโอนหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้นนั้น ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอน มีพยานคนหนึ่งเป็นอย่างน้อยลงชื่อรับรองลายมือนั้น ๆ ด้วยแล้ว ท่านว่าเป็นโมฆะ อนึ่งตราสารอันนั้นต้องแกลงเลขหมายของหุ้นซึ่งโอนกันนั้นด้วย”

มาตรา 1187 “ผู้ถือหุ้นทุกคนจะมอบฉันทะให้ผู้อื่นออกเสียงแทนตนก็ได้ แต่การมอบฉันทะเช่นนี้ต้องทำเป็นหนังสือ”

จากลักษณะของนิติกรรมดังกล่าวที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมต้องทำเป็นหนังสือเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าลักษณะของการทำเป็นหนังสือของนิติกรรมเหล่านั้น คือ การทำหนังสือขึ้นเป็นการเฉพาะสำหรับในแต่ละนิติกรรมนั้น มีลักษณะที่ชัดเจนแน่นอน มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมครบถ้วน โดยจะต้องทำแยกเป็นหนังสือต่างหาก และต้องมีการลงลายมือชื่อของบุคคลผู้ทำหนังสือทุกฝ่าย ไม่สามารถที่จะเขียนหรือเพียงแค่ว่าแจ้งไว้ในเอกสารใดๆว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้นขึ้น อันแตกต่างจากการปลดหนี้ตามมาตรา 340 วรรคสอง ที่การทำหนังสือมีลักษณะเป็นการทำหลักฐานเป็นหนังสือมากกว่า

ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไม่ได้บัญญัติเรื่องวิธีการปลดหนี้กรณีที่มีหนังสือเป็นหลักฐานแยกต่างหากจากการปลดหนี้ในกรณีปกติ เพราะฉะนั้นไม่ว่าหนี้ที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้จะเป็นหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐานหรือหนี้ที่ไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน การปลดหนี้ย่อมสามารถทำได้ด้วยวาจา

เพราะฉะนั้นจากความเห็นของนักกฎหมาย จากคำพิพากษาของศาลฎีกา และจากการเปรียบเทียบบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่าวิธีการทำหนังสือในการปลดหนี้กรณีที่มีหนังสือเป็นหลักฐานตามมาตรา 340 วรรคสอง การปลดหนี้โดยการทำเป็น “หนังสือ” หมายถึง การทำ “หลักฐานเป็นหนังสือ” ที่อาจอยู่ในลักษณะการทำเป็นหนังสือที่ทำขึ้นเฉพาะเพื่อการปลดหนี้ของเจ้าหนี้ หรือเป็นการจดแจ้งข้อความที่เป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารอื่นหรือเอกสารที่ก่อหนี้ขึ้นก็ได้ โดยจะต้องมีการลงลายมือชื่อของฝ่ายเจ้าหนี้ เพียงเท่านั้น ย่อมเป็นการเพียงพอว่าเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้และหนี้ได้ระงับไปเรียบร้อยแล้ว

4.2.2 ปัญหาผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

ในกรณีของหนี้ที่มีหนังสือเป็นหลักฐาน กฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาการปลดหนี้ไว้ในมาตรา 340 วรรคสอง แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดผลว่า เมื่อไม่ทำตามจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างไร ทำให้มีความเห็นของนักกฎหมายรวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่แตกต่างกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.3

โดยหากพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่า เมื่อไม่ทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด จะส่งผลให้การปลดหนี้ตกเป็น “โมฆะ” เพราะวิธีที่กฎหมายกำหนดเป็น “แบบของนิติกรรม” ทำให้เกิดข้อพิพาทว่า

เนื่องจากวิธีการที่กฎหมายกำหนดสำหรับการปลดหนี้กรณีหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ที่เป็นเจ้าหนี้สามารถที่จะเลือกวิธีการใดวิธีการหนึ่ง เพื่อเป็นการแสดงออกถึงหลักฐานอันยืนยันว่า เจ้าหนี้ได้ทำการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการทำเป็นหนังสือ การเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้กับลูกหนี้ หรือการขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ โดยไม่ได้ระบุเจาะจงว่า ต้องใช้วิธีใดวิธีหนึ่งเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาในเรื่องแบบของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากนิติกรรมใดต้องทำตามแบบ กฎหมายจะกำหนดแบบสำหรับนิติกรรมไว้เพียงอย่างเดียว อันเป็นลักษณะที่ต้องมีความเคร่งครัด เป็นแบบที่แน่นอนชัดเจน ไม่สามารถเลือกปฏิบัติเป็นอย่างอื่นได้ เพื่อให้นิติกรรมที่ทำความสมบูรณ์และสามารถมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย เพราะฉะนั้นสำหรับการปลดหนี้ กรณีหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐานที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้เลือกทำวิธีการใดวิธีการหนึ่ง เพื่อเป็นการปลดหนี้ จึงไม่อาจมีลักษณะเป็นแบบของนิติกรรมได้

อีกทั้ง แบบของนิติกรรมที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีกันเอง แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน ดังนั้น การเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือการขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ จึงไม่อาจที่จะเป็นแบบของนิติกรรมได้ และแม้กฎหมายจะกำหนดการปลดหนี้ด้วยการทำเป็นหนังสือ แต่เป็นการทำเป็นหนังสือเพื่อใช้เป็นหลักฐานว่าเจ้าหนี้ได้ทำการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้แล้วเท่านั้นซึ่งมีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือการขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ การทำเป็นหนังสือปลดหนี้ จึงไม่อาจที่จะมีลักษณะเป็นแบบของนิติกรรมได้เช่นกัน

รวมถึงในมาตรา 340 วรรคสอง กฎหมายไม่ได้กำหนดผลว่า หากไม่ทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดจะส่งผลให้การปลดหนี้ไม่สมบูรณ์ เหมือนที่บัญญัติไว้ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 หรือการให้ตามมาตรา 523 ถึง มาตรา 525 และไม่ได้กำหนดว่าหากไม่ทำตามจะทำให้การปลดหนี้ตกเป็นโมฆะเหมือนที่บัญญัติไว้ในเรื่องการซื้อขายมาตรา 456 การเช่าซื้อ มาตรา 572 ที่จะสามารถพิจารณาได้ว่า วิธีการที่กฎหมายกำหนดในมาตรา 340 วรรคสอง เป็นแบบของนิติกรรมได้

นอกจากนี้ หากเห็นว่าการปลดหนี้ต้องตกเป็นโมฆะ สิ่งที่ต้องพิจารณาตามมา คือ ผลของการปลดหนี้ที่ตกเป็นโมฆะ ที่ไม่สามารถกล่าวอ้างใดๆ ได้ทั้งสิ้น กฎหมายไม่ยอมรับถึงผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้น และต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมตามบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้ตามมาตรา 172 วรรคสอง แต่จากลักษณะของการปลดหนี้ เป็นกรณีที่เจ้าหนี้ยกหนี้ให้แก่ลูกหนี้ มีผลให้หนี้ที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ระงับสิ้นไป โดยที่ไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินใดตอบแทนให้แก่กัน กรณีที่จะต้องคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้ จึงไม่อาจเกิดขึ้นได้

พิจารณาตามความเห็นนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่า เมื่อไม่ทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดจะส่งผลให้ “ไม่มีการปลดหนี้เกิดขึ้น” หนี้ไม่ระงับและลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ต่อไป แต่เนื่องจากการปลดหนี้เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ฝ่ายเดียวต่อลูกหนี้ว่า จะทำการปลดหนี้ให้อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อฝ่ายลูกหนี้ ดังนั้น หากการปลดหนี้ไม่ได้ทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด กฎหมายไม่ควรให้การปลดหนี้ต้องตกเป็นโมฆะหรือไม่เกิดเป็นการปลดหนี้ เพราะย่อมไม่ทำให้เกิดประโยชน์ต่อฝ่ายใด กล่าวคือ เป็นการทำลายการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ที่ไม่ต้องการจะรับชำระหนี้จากลูกหนี้อีกต่อไป และทำให้ลูกหนี้ต้องมีภาระหน้าที่ในการชำระหนี้ทั้งๆ ที่เจ้าหนี้ต้องการที่จะปลดหนี้ให้กับลูกหนี้

โดยเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับเรื่องการกู้ยืมเงินที่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 653 วรรคสอง กฎหมายกำหนดเรื่อง การนำสืบการใช้เงินว่าต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ให้ยืม เว้นแต่เอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืม หรือแห่งเพิกถอนลงในเอกสารเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืม แต่หากไม่ทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดก็ไม่ได้ทำให้การชำระหนี้ของลูกหนี้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด เพียงแต่นำสืบว่ามีเงินแล้วไม่ได้เท่านั้น เปรียบเทียบกับการปลดหนี้ตามมาตรา 340 การปลดหนี้ของเจ้าหนี้อย่อมทำให้ลูกหนี้หมดหน้าที่ในการชำระหนี้เช่นเดียวกับการชำระหนี้ของลูกหนี้ เพราะฉะนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้การปลดหนี้ กรณีนี้มีหนังสือเป็นหลักฐานจะต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องเว้นคินเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้กับลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้เสีย ก็ควรที่จะเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการนำสืบว่า เจ้าหนี้ได้ทำการปลดหนี้ให้ลูกหนี้แล้วในทำนองเดียวกับการชำระหนี้กรณีนี้มีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่แม้ไม่มีหลักฐานดังกล่าว การปลดหนี้ของเจ้าหนี้ก็ยังมีผลเป็นการปลดหนี้ ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากภาระหน้าที่ในการชำระหนี้ได้ เพียงแต่หากมีข้อพิพาทไปสู่ชั้นศาลที่เจ้าหนี้อาจเปลี่ยนใจมาเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่มีหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนด ลูกหนี้อย่อมไม่สามารถนำสืบได้ว่าเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้ตนแล้ว ทำให้ลูกหนี้อาจแพคดีและต้องมาชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ตามเดิม

ดังนั้น จากการวิเคราะห์และเปรียบเทียบข้างต้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในกรณีนี้มีหนังสือเป็นหลักฐานการปลดหนี้โดยการทำเป็นหนังสือ หรือเว้นคินเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้กับลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ “ไม่ใช่แบบของนิติกรรม” ที่เมื่อไม่ทำตามแล้วจะส่งผลให้การปลดหนี้ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 แต่หากการปลดหนี้ไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนด ผลควรจะเป็นว่า การปลดหนี้ของเจ้าหนี้ยังมีผลเป็นการปลดหนี้และทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหน้าที่ในการชำระหนี้ แต่หากไม่มีหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนด ลูกหนี้จะนำสืบว่าเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้แล้วไม่ได้ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดผลเช่นนี้ไว้ในมาตรา 340 วรรคสอง ย่อมจะก่อให้เกิดความชัดเจนใน

เรื่องของผลทางกฎหมายและเกิดประโยชน์ในการปรับใช้กฎหมาย มากกว่าการกำหนดให้การปลดหนี้ต้องตกเป็นโมฆะ เนื่องจากไม่ทำตามแบบของนิติกรรมหรือไม่เกิดเป็นการปลดหนี้ขึ้น

4.2.3 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนาในการให้โดยการปลดหนี้

จากการที่มาตรา 522 บัญญัติว่าการให้สามารถทำได้ด้วยการปลดหนี้ แต่เนื่องจากวิธีการให้การให้กับวิธีการของการปลดหนี้มีความแตกต่างกัน อันทำให้เกิดปัญหาตามมาว่าหากจะทำการให้ด้วยการปลดหนี้จะต้องใช้วิธีการแสดงเจตนาตามนิติกรรมการให้หรือนิติกรรมการปลดหนี้ โดยมีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.2

โดยหากจะพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่ง ที่เห็นว่า การให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 เมื่อได้บัญญัติอยู่ในส่วนของการให้ การให้โดยการปลดหนี้จึงต้องทำเป็นสัญญาตามลักษณะของสัญญาให้ ลูกหนี้หรือผู้รับต้องแสดงเจตนาตอบรับการให้โดยการปลดหนี้ จึงจะทำให้เกิดผลเป็นการให้โดยการปลดหนี้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ลูกหนี้จะไม่ให้ความยินยอมหรือไม่ยอมรับการให้โดยการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็สามารถทำการแสดงเจตนาปลดหนี้ต่อลูกหนี้ไปเพียงฝ่ายเดียวตามมาตรา 340 โดยไม่ต้องให้ลูกหนี้ตอบรับหรือยินยอมในการให้โดยการปลดหนี้ เพราะฉะนั้น การที่ลูกหนี้จะต้องยอมรับหรือยินยอมในการให้โดยการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ จึงไม่ได้เป็นสาระสำคัญต่อการให้โดยการปลดหนี้ของเจ้าหนี้แต่อย่างใด

อีกทั้ง หากให้ลูกหนี้หรือผู้รับต้องแสดงเจตนาตอบรับการให้โดยการปลดหนี้ โดยนิติวิธีแล้ว ย่อมทำให้เป็นการขัดกันระหว่างบทบัญญัติกฎหมายและเกิดความไม่เป็นระบบของกฎหมาย กล่าวคือ การปลดหนี้ตามมาตรา 340 สามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้อันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว แต่เมื่อเป็นการให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 ต้องทำเป็นสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ทั้งที่เมื่อพิจารณาจากความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วทั้งสองมาตราต่างเป็นเรื่องการปลดหนี้ที่เจ้าหนี้มีเจตนาจะยกหนี้ให้แก่ลูกหนี้เช่นเดียวกันแต่กฎหมายได้กำหนดวิธีในการแสดงเจตนาไว้แตกต่างกันจึงอาจทำให้เกิดความสับสนในการปรับใช้กฎหมายได้

พิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองที่เห็นว่า การให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 สามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายเจ้าหนี้หรือฝ่ายผู้ให้เพียงฝ่ายเดียวตามกฎหมายในลักษณะปลดหนี้มาตรา 340 เมื่อเป็นเช่นนี้การให้ด้วยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 กับการปลดหนี้ตามมาตรา 340 ย่อมไม่มีความแตกต่างกัน ทั้งในส่วนของการแสดงเจตนาและผลของ

การแสดงเจตนา ความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติในเรื่องการให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 จึงไม่มีแต่อย่างใด

พิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่ทั้งการให้และการปลดหนี้มีวิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่เหมือนกัน คือ การทำเป็นเป็นสัญญา โดยในกฎหมายลักษณะให้ไม่ปรากฏว่ามีเรื่องของการให้ด้วยการปลดหนี้ แต่เคยมีคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศเยอรมันที่ตัดสินว่าการปลดหนี้โดยการให้ก็มีได้ ส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น การให้กับการปลดหนี้มีวิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่ต่างกัน กล่าวคือ ในเรื่องการให้ต้องทำเป็นเป็นสัญญาส่วนเรื่องการปลดหนี้เป็นการทำนิติกรรมฝ่ายเดียว แต่ในกฎหมายลักษณะให้ก็ไม่ปรากฏว่ามีเรื่องของการให้ด้วยการปลดหนี้เช่นเดียวกัน

เมื่อไปพิจารณาถึงที่มาและเหตุผลของการร่างกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 522 โดยศึกษาจากรายงานประชุมของกรรมการร่างกฎหมาย ไม่พบว่า มีการกล่าวถึงมาตรา 522 ว่ามีที่มาจากประเทศใดหรือมีเหตุผลอย่างไรในการร่างมาตรา 522 ขึ้น และหากไปพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยมาตรา 522 ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าวออกมาให้เห็นเพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง คำมั่นโฆษณาจะให้รางวัล ตามมาตรา 362

“บุคคลออกโฆษณาให้คำมั่นว่าจะให้รางวัลแก่ผู้ซึ่งกระทำการอันใด ท่านว่าจำต้องให้รางวัลแก่บุคคลใด ๆ ผู้ได้กระทำการอันนั้น แม้ถึงมิใช่ผู้ผู้นั้นจะได้กระทำเพราะเห็นแก่รางวัล”

โดยเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา แต่คำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายผู้ให้คำมั่นโดยผู้ให้คำมั่นต้องผูกพันตามคำมั่นนั้น อันเป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติที่อยู่ในเรื่องสัญญาที่ต้องทำสองฝ่ายขึ้นไป

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการการให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 แม้จะอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายลักษณะให้ ซึ่งเป็นเรื่องของสัญญา แต่เมื่อกฎหมายกำหนดว่าสามารถทำการให้ด้วยการปลดหนี้ได้จึงอาจเป็นการที่กฎหมายกำหนดเป็นข้อยกเว้นของสัญญาเช่นเดียวกับคำมั่นโฆษณาจะให้รางวัล การให้โดยการปลดหนี้จึงสามารถทำเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวได้แม้จะอยู่ในบทบัญญัติของสัญญาให้ก็ตาม

เพราะฉะนั้นจากการวิเคราะห์และเปรียบเทียบทำให้ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติว่าการให้สามารถทำได้ด้วยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 จึงเป็นวิธีการหนึ่งของการให้ที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ทำนิติกรรมสามารถทำการให้นอกจากการให้โดยลักษณะทั่วไปที่ต้องทำเป็นสัญญา แต่

สามารถทำการให้ด้วยการปลดหนี้ได้โดยทำเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเช่นเดียวกับการปลดหนี้ตามมาตรา 340 ได้อีกด้วย

4.3 ปัญหาการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

4.3.1 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา

เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ ซึ่งรวมถึงในเรื่องวิธีการแสดงเจตนา แต่จะนำมาใช้ในลักษณะอย่างนั้น มีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.3.2

โดยตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า ให้ใช้วิธีการของการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยทำเป็นสัญญาสองฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้คนเดิมกับเจ้าหนี้คนใหม่ โดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ ซึ่งหากพิจารณาแล้วการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เป็นการทำให้หนี้เดิมระงับ ลูกหนี้ออมหลุดพ้นจากหนี้เดิมและตกเป็นลูกหนี้ตามหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น อันเป็นเรื่องของความระงับแห่งหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ หากลูกหนี้ไม่ได้ให้ความตกลงยินยอมด้วยในการแปลงหนี้ใหม่เพื่อระงับหนี้เดิม จะทำให้หนี้เดิมระงับไปได้อย่างไร เนื่องจากบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาย่อมไม่สามารถมาทำสัญญาระงับหนี้ซึ่งตนไม่ได้เป็นผู้ก่อขึ้นได้ อันแตกต่างจากเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่ได้มีการระงับหนี้เดิมแล้วเกิดหนี้ใหม่ขึ้น เพราะฉะนั้นจึงเป็นเรื่องระหว่างเจ้าหนี้ผู้โอนกับผู้รับโอนเท่านั้นไม่จำเป็นต้องให้ลูกหนี้อินยอมด้วย เพราะถึงอย่างไรลูกหนี้ก็ยังคงมีหน้าที่ต้องชำระหนี้เพียงแต่เปลี่ยนจากการชำระหนี้ให้เจ้าหนี้คนเดิมมาเป็นชำระหนี้ให้เจ้าหนี้คนใหม่

ส่วนในความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง เห็นว่า ให้ทำเป็นสัญญาสามฝ่ายโดยการตกลงและยินยอมในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ระหว่างเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้ ซึ่งดูจะเป็นวิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่มีความเหมาะสมดีแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ยังคงต้องนำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ ดังนั้น สัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จึงต้องทำเป็นหนังสือตามมาตรา 306 อันก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องลักษณะเนื้อหาหรือข้อตกลงในหนังสือและเรื่องการลงลายมือชื่อในหนังสือตามมา กล่าวคือ

ในการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยไปในแนวทางว่าข้อตกลงในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องไม่จำเป็นต้องมีลักษณะที่ชัดแจ้งว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องก็ได้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1.2 แต่การแปลงหนี้ใหม่ซึ่งเป็น

เรื่องของความระงับแห่งหนี้ ความตกลงในการระงับหนี้ จึงต้องเป็นความตกลงที่ชัดเจนเท่านั้น ไม่สามารถทำในลักษณะข้อตกลงที่คลุมเครือเพราะเป็นการทำให้คู่กรณีสับสนสิทธิและภาระหน้าที่ในหนี้เดิม

ส่วนเรื่องการลงลายมือชื่อในหนังสือสัญญา เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่ โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เป็นการทำสัญญาสามฝ่าย ส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นการทำสัญญาสองฝ่ายระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน ซึ่งในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ยังคงมีปัญหาทางกฎหมายว่าใครจะต้องเป็นผู้ลงลายมือชื่อในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องบ้าง โดยมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปของนักกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1.2 โดยหากจะถือตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่าให้ลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวได้ แต่เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องทำเป็นสัญญาซึ่งต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยสองฝ่ายเป็นต้นไป การที่จะลงลายมือชื่อในหนังสือสัญญาเพียงเจ้าหนี้เดิมฝ่ายเดียวตามเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ย่อมไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ได้

อีกทั้งเมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เป็นการทำสัญญาตกลงกันสามฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้ การที่จะต้องนำบทบัญญัติการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 ในเรื่องการบอกกล่าวหรือลูกหนี้ให้ความยินยอมด้วยการทำเป็นหนังสือในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำมาปรับใช้อีกต่อไป เพราะลูกหนี้ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยแล้ว

ประกอบกับหากพิจารณาแล้วในเรื่องหนี้ สำคัญของการชำระหนี้ย่อมอยู่ที่ตัวลูกหนี้ เป็นสำคัญมากกว่าตัวเจ้าหนี้และการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อมไม่ใช่สำคัญของลูกหนี้ เพราะถึงอย่างไร ลูกหนี้จะชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้คนเดิมหรือให้กับเจ้าหนี้คนใหม่ ย่อมไม่ได้ส่งผลที่แตกต่างกัน แต่การเปลี่ยนตัวลูกหนี้ย่อมเป็นสำคัญสำคัญสำหรับเจ้าหนี้ เพราะลูกหนี้คนใหม่จะชำระหนี้ได้หรือไม่ ย่อมเป็นสำคัญสำคัญสำหรับเจ้าหนี้ แต่ในเรื่องวิธีการที่กฎหมายกำหนด กลับกลายเป็นว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีวิธีการที่มากกว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ กล่าวคือ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือโดยทำเป็นสัญญาสามฝ่ายและลงลายมือชื่อของผู้ทำสัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง แต่การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าต้องทำเป็นหนังสือ จึงอาจทำสัญญาด้วยวาจาได้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่เพียงสองฝ่ายโดยที่ลูกหนี้คนเดิมต้องเข้ามาเกี่ยวข้องตามมาตรา 350 เพราะฉะนั้น การที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้จึงไม่น่าจะเป็นไปตามหลักเหตุผลของเรื่อง

พิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งไม่มีบทบัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้น หากต้องการให้มีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงต้องไปใช้บทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ส่วน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งญาปุ่บที่แม้จะมีบทบัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ แต่กฎหมายระบุให้นำเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ในกรณีเดียว คือ เมื่อลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่ติดเงื่อนไขแล้ว ย่อมไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้ ส่วนเรื่องอื่น ๆ ของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ยังต้องใช้บทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้อยู่

ดังนั้นจากการวิเคราะห์ข้างต้นการที่กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงอาจมีความไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาตามมา ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีวิธีการแสดงเจตนาของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยเฉพาะที่ไม่ต้องนำเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ กล่าวคือ กำหนดให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีวิธีการแสดงเจตนาโดยการทำสัญญาเป็นหนังสือสามฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้ ซึ่งเป็นคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ โดยหากกำหนดตามแนวทางของผู้เขียนเช่นนี้ย่อมทำให้หมดปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบันกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ต้องนำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาและเกิดความชัดเจนในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ อีกด้วย

4.3.2 ปัญหาผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา

เมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กฎหมายให้บังคับด้วยบทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้น หากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่ได้ทำเป็นหนังสือย่อมส่งผลให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไม่สมบูรณ์ ตามมาตรา 349 วรรคสาม ประกอบมาตรา 306 โดยคำว่า “ไม่สมบูรณ์” ในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อมมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ไม่สมบูรณ์” ในการโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งยังมีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1.3

โดยหากพิจารณาว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เมื่อไม่ทำเป็นหนังสือ ผลคือการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ “ไม่สมบูรณ์” หมายถึงการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตกเป็น “โมฆะ” เนื่องจากเห็นว่า การทำเป็นหนังสือเป็นแบบของนิติกรรม ทำให้เกิดข้อพิจารณาตามมาดังนี้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีก่อนหน้านี้ใหม่ในกรณีอื่น ๆ ที่สามารถเกิดขึ้นเพียงอาศัยการ แสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยหากไม่มีการแสดงเจตนา ย่อมหมายถึงไม่เกิดการแปลงหนี้ใหม่ขึ้น ดังนั้น หากกำหนดให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เมื่อไม่ทำเป็นหนังสือการแปลงหนี้ใหม่โดย การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จึงตกเป็น “โมฆะ” ย่อมทำให้มีผลที่แตกต่างไปจากการแปลงหนี้ใหม่ในกรณีอื่น อันทำให้เกิดความไม่เป็นระบบเดียวกันของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่ตัวลูกหนี้ย่อมเป็นสาระสำคัญในการชำระหนี้มากกว่าตัว เจ้าหนี้ แต่ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดกลับกลายเป็นว่าการแปลงหนี้ ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตกเป็นโมฆะ อันเป็นผลของการไม่ทำตามแบบของนิติกรรม แต่การ แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่มีแบบที่ต้องทำซึ่งผลทางกฎหมายที่ออกมาเช่นนี้ที่น่าที่จะไม่ เป็นไปตามเหตุผลของเรื่องเช่นเดียวกับในเรื่องวิธีการแสดงเจตนา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.3.1

อีกทั้ง เมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตกเป็น “โมฆะ” ผลที่จะต้องพิจารณา ตามมา คือ เรื่องการคืนทรัพย์สินในฐานะลาภมิควรได้ เนื่องจากการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ โดยการ เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อมต้องมีคู่กรณีที่เกี่ยวข้องสามฝ่ายเข้ามาตกลงทำสัญญากัน อันได้แก่ เจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้ ในส่วนของลูกหนี้ หากได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้คนใหม่ไปแล้ว ย่อมมีสิทธิเรียกคืน ทรัพย์สินที่ชำระไปในฐานะลาภมิควรได้ โดยในกรณีของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อม ไม่มีกรณีที่ลูกหนี้จะไปชำระหนี้ให้เจ้าหนี้เดิมได้ เนื่องจากลูกหนี้ย่อมทราบดีว่า ใครเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ เพราะลูกหนี้ได้เป็นคู่สัญญาที่ตกลงยินยอมด้วยในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ส่วนใน ระหว่างเจ้าหนี้คนเดิมกับเจ้าหนี้คนใหม่นั้น ถ้าเจ้าหนี้คนเดิมได้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งไปจาก เจ้าหนี้คนใหม่ ย่อมต้องคืนทรัพย์สินให้เจ้าหนี้คนใหม่ในฐานะลาภมิควรได้ แต่สำหรับเจ้าหนี้คนใหม่สิ่ง ที่ได้ไป คือ สิทธิเรียกร้องในหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น ซึ่งทำให้เกิดปัญหาตามมาว่าการคืนสิทธิเรียกร้องในฐานะ ลาภมิควรได้จะคืนกันอย่างไร

พิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่า หากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัว เจ้าหนี้ไม่ทำเป็นหนังสือการแปลงหนี้ใหม่ “ไม่สมบูรณ์” แต่ไม่ได้หมายความว่า การแปลงหนี้ใหม่โดย การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องตกเป็นโมฆะ โดยพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6346/2549 และ คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2540 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.3.3 ซึ่งเป็นนิติกรรมการ แปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อไม่ทำเป็นหนังสือ “การโอนสิทธิ เรียกร้องไม่สมบูรณ์” ซึ่งทำให้เกิดปัญหาตามมาว่านิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์นั้น หมายถึง นิติกรรมการ โอนสิทธิเรียกร้องหรือนิติกรรมการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

ส่วนในเรื่องการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ต้องให้ความยินยอมเป็นหนังสือในการแปลง หนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เมื่อการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องทำเป็นสัญญา

สามฝ่ายที่ลูกหนี้จะต้องเข้าไปเป็นคู่สัญญาด้วยแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการบอกกล่าวหรือ ลูกหนี้ต้องให้ความยินยอมเป็นหนังสืออีก จึงทำให้ไม่มีเรื่องผลของการไม่ทำเป็นหนังสือในกรณี ดังกล่าวที่จะต้องนำมาพิจารณา

ดังนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องบังคับด้วย บทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายตามมาว่าจะต้อง ปรับใช้ในลักษณะอย่างไรทั้งในเรื่องวิธีการและผล จึงทำให้สมควรที่จะมาพิจารณาถึงเหตุผลว่าเพราะ เหตุใดกฎหมายจึงบัญญัติให้ใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้

โดยหากจะย้อนกลับไปพิจารณาจากในชั้นประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.3.2 จะเห็นว่าคณะกรรมการร่างกฎหมายได้มีมติว่า

“...ไม่ควรจะมีบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะมีลักษณะคล้ายกับการโอนสิทธิเรียกร้องมากจะต่างก็ไม่ใช้ใน สาระสำคัญจึงควรใช้บทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง...”

ดังนั้น จากการพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ทำให้เห็นว่าการที่ผู้ร่างกฎหมาย เห็นควรให้ใช้บทบัญญัติในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องอาจมีความหมายไปในทางที่ว่า ไม่ควรมี บทบัญญัติในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หากต้องการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ให้ใช้กฎหมายในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง หาได้หมายถึงว่าจะต้อง ให้นำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ อย่างที่บัญญัติไว้ในมาตรา 349 วรรคสาม ในปัจจุบัน เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัว เจ้าหนี้ มีหลักการที่ไม่แตกต่างจากการโอนสิทธิเรียกร้องในสาระสำคัญ คือ เป็นการเปลี่ยนตัวผู้รับ ชำระหนี้ แต่ต่างกันเพียงผลของการแปลงหนี้ใหม่ที่ทำให้หนี้เดิมระงับ ซึ่งย่อมไม่มีเจ้าหนี้คนไหนที่จะ ต้องการให้หนี้เดิมระงับเพราะย่อมมีผลถึงสัญญาอุปกรณ์ระงับไปด้วย เจ้าหนี้คนใหม่ น่าจะต้องการให้ สัญญาอุปกรณ์ติดไปด้วยเพื่อเป็นหลักประกันให้กับหนี้ที่ตนเป็นเจ้าของ

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาไปถึงสาเหตุที่ต้องมีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เนื่องจาก สมัยก่อนนี้เป็นเรื่องที่ผูกพันเฉพาะระหว่างคู่สัญญา บุคคลภายนอกไม่อาจเข้ามามีสิทธิและหน้าที่ ตามสัญญาได้ ดังนั้น หากคู่สัญญาต้องการที่จะให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่จึงต้องทำให้ หนี้เดิมระงับเสียก่อน จึงต้องใช้วิธีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ แต่ปัจจุบันความจำเป็นที่ จะต้องระงับหนี้เดิมเพื่อที่จะให้สามารถเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ได้หมดไป เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดเรื่อง การโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ไว้อยู่แล้ว หรือหากคู่สัญญาต้องการให้ประกันแห่ง

หนี้ระงับในการโอนสิทธิเรียกร้องเช่นเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ คู่สัญญาย่อมสามารถใช้เสรีภาพในการแสดงเจตนาตกลงยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 305 ได้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะกำหนดให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ปัจจุบันไม่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ โดยเมื่อต้องการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ให้ใช้บทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องแทน แต่เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกฎหมายกำหนดเป็นหลักทั่วไปในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ไว้ในมาตรา 349 วรรคแรก ใจความว่าการแปลงหนี้ใหม่จะเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ซึ่งตัวเจ้าหนี้ย่อมเป็นสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เช่นกัน ดังนั้น เมื่อมีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ย่อมสามารถเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 วรรคแรก ได้

พิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายต่างประเทศตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่มีบทบัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ซึ่งรวมถึงการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้แต่ให้ใช้บทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องในการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ส่วนตามประมวลกฎหมายญี่ปุ่นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีวิธีและผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยเฉพาะที่ไม่ต้องไปใช้วิธีและผลกับเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง

เพราะฉะนั้นจากปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ต้องบังคับด้วยบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยเฉพาะที่ไม่ต้องนำเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ กล่าวคือ ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนด คือ ไม่เกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ขึ้น ซึ่งเป็นผลในลักษณะเช่นเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่ในกรณีอื่นๆ โดยวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนด ไม่ใช่แบบของนิติกรรม อันจะทำให้หมดปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบันกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ต้องนำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาปรับใช้และเกิดความสอดคล้องเป็นระบบเดียวกันในเรื่องผลของการแสดงเจตนาระหว่างการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้กับการแปลงหนี้ใหม่ในกรณีอื่นๆ

4.4 ปัญหาการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

4.4.1 ปัญหาวิธีการแสดงเจตนา

เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350 จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับหลักของการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 ทำให้สามารถพิจารณาถึงลักษณะที่สำคัญลักษณะหนึ่งของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ คือ ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง โดยคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้หมายถึงใครนั้น นักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่มีความเห็นไปในแนวทางว่า หมายถึง การทำสัญญาสองฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่โดยที่ลูกหนี้คนเดิมไม่ต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.4.2 แต่จากความเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยในแนวทางดังกล่าวนี้ทำให้เกิดข้อพิจารณาตามมาได้ว่า

เมื่อสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เป็นสัญญาในการระงับหนี้ของลูกหนี้คนเดิมแล้วก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นกับลูกหนี้คนใหม่ อันจะทำให้ลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ในการชำระหนี้ สัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้นี้ย่อมเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับหนี้เดิมโดยตรง ที่ลูกหนี้เดิมจะต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในสัญญา เนื่องจากหากพิจารณาดูแล้ว ลูกหนี้คนใหม่มิได้เป็นคู่สัญญาเดิมกับเจ้าหนี้นั้นย่อมไม่สามารถที่จะเข้ามาทำสัญญากับเจ้าหนี้เพียงสองฝ่ายเพื่อระงับหนี้ซึ่งตนเองไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องได้ เช่น หากมูลหนี้เดิมเป็นมูลละเมิดซึ่งเป็นการก่อหนี้ระหว่างผู้ทำละเมิดและผู้เสียหาย ดังนั้น เมื่อจะทำการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เพื่อจะให้หนี้เดิมระงับ จึงจำเป็นที่จะต้องมียุทธวิธีเดิมคือผู้ทำละเมิดเข้ามาเกี่ยวข้องในการทำสัญญาด้วย มิฉะนั้นหนี้เดิมย่อมไม่อาจระงับไปได้จากบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการทำละเมิด⁹ ด้วยเหตุนี้สัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จึงต้องให้ลูกหนี้คนเดิมเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เพื่อตกลงที่จะระงับหนี้เดิมที่ตนเป็นลูกหนี้อยู่ให้ระงับสิ้นไป รวมถึงมีส่วนในการรับรู้และทราบถึงรายละเอียดและยินยอมในการทำข้อตกลงสัญญาเพื่อระงับหนี้ของตนอันจะทำให้ลูกหนี้หมดภาระหน้าที่ในการชำระหนี้

แม้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะให้ผลเช่นเดียวกับการปลดหนี้ตามมาตรา 340 ที่ทำให้ลูกหนี้เดิมหมดหน้าที่ในการชำระหนี้ และมีหลักการเดียวกับการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอกตามมาตรา 314 ที่ลูกหนี้คนใหม่ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาทำหน้าที่ชำระหนี้แทนลูกหนี้คนเดิม แต่ทั้งการปลดหนี้และการชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก ต่างเป็นเรื่องที่ทำให้ลูกหนี้เดิมหมดหน้าที่ในการชำระหนี้เท่านั้น แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาเช่นเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งโดยหลักของการแปลงหนี้ใหม่ คือ ต้องมีเจตนาระงับหนี้เดิมและก่อหนี้อันใหม่ เจตนาในการระงับหนี้เดิมนั้น จึงควรเป็นเจตนาที่ชัดเจนปราศจากข้อสงสัยที่คลุมเครือเช่นเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่ในกรณีอื่นๆ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นการแสดงเจตนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องโดยชัดแจ้ง ทั้งสิ้นซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะต้องทำโดยไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม ย่อมไม่ได้หมายความว่าลูกหนี้เดิมจะต้องยินยอมหรือรับรู้ในสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการ

^{187 9} ศนันทภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 416.

เปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วย เพราะฉะนั้นการที่กฎหมายกำหนดเพียงว่าจะต้องทำโดยไม่สนใจลูกหนี้จึงเป็นการแสดงเจตนาของลูกหนี้ที่ไม่ชัดเจน

เพราะฉะนั้น จากเหตุผลที่กล่าวมาผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ควรหมายถึงเจ้าหนี้ ลูกหนี้คนใหม่ และ ลูกหนี้คนเดิม โดยทำเป็นสัญญาสามฝ่าย ที่สัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เดิม คือ การที่เจ้าหนี้ตกลงระงับหนี้ทั้งหมดที่มีอยู่ต่อลูกหนี้เดิม ส่วนสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่เป็นสัญญาที่ลูกหนี้คนใหม่จะเข้ารับหน้าที่ชำระหนี้แทนลูกหนี้คนเดิม โดยเมื่อทำเป็นสัญญาสามฝ่ายแล้ว ย่อมทำให้การทำสัญญาตกลงแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้มีความชัดเจนปราศจากความคลุมเครือ ทุกฝ่ายต้องรู้เห็นรับรู้และต้องยินยอมในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้และทำให้หนี้เดิมระงับไปอย่างถูกต้อง เนื่องจากเจ้าหนี้และลูกหนี้เดิมได้แสดงเจตนาจะระงับหนี้ต่อกันแล้วและเป็นการป้องกันปัญหาไม่ให้เกิดเจ้าหนี้อ้างสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ที่ไม่ชัดเจนกลับมาเรียกร้องให้ลูกหนี้คนเดิมชำระหนี้ให้กับตนอีก ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมาตรา 350 เพื่อนำมาปรับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ใหม่ได้ กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องอันได้แก่ เจ้าหนี้ ลูกหนี้คนใหม่ และ ลูกหนี้คนเดิม ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ซึ่งในที่นี้คือลูกหนี้ ย่อมทำให้หนี้เดิมระงับสิ้นไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

4.5 ปัญหาผลทางกฎหมายของแบบและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ.2551

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 แม้จะเป็นกฎหมายในส่วนวิธีสบัญญัติแต่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องแบบและหลักฐานเป็นหนังสืออันเป็นกฎหมายสารบัญญัติปรากฏอยู่ในมาตรา10 และกำหนดผลทางกฎหมายไว้แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากความแตกต่างที่เกิดขึ้นนี้ทำให้มีความเห็นของนักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวไปในแนวทางที่แตกต่างกัน ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.5

โดยหากจะพิจารณาในมุมมองของผู้บริโภครการที่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 กำหนดผลในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือและแบบของนิติกรรมแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็เพื่อเป็นการผ่อนปรนความเคร่งครัดของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้สิทธิแก่ผู้บริโภครมากขึ้นในการฟ้องบังคับผู้ประกอบการธุรกิจและเป็นการแก้ไขปัญหาการถูกรัดเอาเปรียบจากความไม่รู้กฎหมายเทคนิคของผู้บริโภครอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภครในทางหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายจะมีเจตนารมณ์ที่ดีเพื่อประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้บริโภคที่อาจอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ แต่หากมาพิจารณาในมุมมองของผู้ประกอบธุรกิจ ในเรื่องผลของการทำหลักฐานเป็นหนังสือ ฝ่ายผู้บริโภคแม้ไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือ ผลคือ ผู้บริโภคยังสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ แต่ด้านผู้ประกอบธุรกิจกลับไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้

ตัวอย่างเช่น กรณีสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้เช่ากับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ให้เช่า มีกำหนดเวลาเช่าไม่เกินสามปี แต่ไม่ได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไว้ ในกรณีนี้หากผู้เช่าฟ้องร้องให้ผู้ให้เช่าชดใช้ค่าเช่าจ่ายอันจำเป็นและสมควรเพื่อรักษาทรัพย์สินที่เช่าตามความในมาตรา 547¹⁸⁸ ผู้เช่าย่อมมีสิทธิฟ้องผู้ประกอบธุรกิจได้ตามมาตรา 10 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค อันเป็นการยกเว้นบทบัญญัติของมาตรา 538¹⁸⁹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในทางตรงกันข้ามหากผู้ประกอบธุรกิจจะฟ้องให้ผู้เช่าชำระหนี้ค่าเช่าย่อมไม่สามารถฟ้องได้เพราะว่าต้องห้ามตามมาตรา 538 เนื่องจากการเช่าไม่ได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ดังนั้นผู้เช่าจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่า

ในเรื่องผลของการไม่ทำตามแบบด้านผู้บริโภคนิติกรรมยังไม่ตกเป็นโมฆะหากได้มีการวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วน แต่ด้านของผู้ประกอบธุรกิจนิติกรรมได้ตกเป็นโมฆะแล้ว

ตัวอย่างเช่น กรณีสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทางด้านผู้บริโภคสัญญายังไม่ตกเป็นโมฆะหากได้มีการวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค มาตรา 10 วรรคสอง แต่ด้านผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้ตกเป็นโมฆะไปแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง¹⁹⁰

พิจารณาในมุมมองของบุคคลภายนอกการที่นิติกรรมไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ผลสำหรับบุคคลภายนอกจะเป็นอย่างไร เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายกำหนดแบบของนิติกรรมว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 หากไม่ทำตาม ทางด้านผู้ประกอบธุรกิจนิติกรรมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทางด้านผู้บริโภคหากได้มีการวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนแล้วนิติกรรม

¹⁸⁸ มาตรา 547 “ผู้เช่าต้องเสียค่าใช้จ่ายไปโดยความจำเป็นและสมควรเพื่อรักษาทรัพย์สินซึ่งเช่านั้นเท่าใด ผู้ให้เช่าจำต้องชดใช้ให้แก่ผู้เช่า เว้นแต่ค่าใช้จ่ายเพื่อบำรุงรักษาตามปกติและเพื่อซ่อมแซมเพียงเล็กน้อย”

¹⁸⁹ มาตรา 538 “เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไว้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี”

¹⁹⁰ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย”

ยังไม่ตกเป็นโมฆะตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภครวม ส่วนทางด้านบุคคลภายนอก ผลคือ นิติกรรมจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ เนื่องจากการที่กฎหมายกำหนดแบบของนิติกรรมให้ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เหตุผลหนึ่งก็เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกให้บุคคลภายนอกได้รับทราบถึงสถานะทางทะเบียนและความเป็นเจ้าของของอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งหากบุคคลภายนอกตรวจสอบแล้วว่า อสังหาริมทรัพย์ยังไม่ได้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงสิทธิยอมเข้าใจได้ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นยังไม่ได้มีการทำนิติกรรมเกิดขึ้น จึงอาจตกลงทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น แต่กลายเป็นว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจมีการซื้อขาย หรือให้ หรือถูกเปลี่ยนมือไปแล้วโดยที่ไม่ได้มีการจดทะเบียนเพื่อให้บุคคลภายนอกตรวจสอบได้ เพราะฉะนั้นผลของการไม่ตามแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภครวมอาจเป็นการคุ้มครองผู้บริโภครวมแต่ก็อาจเป็นการกระทบต่อการคุ้มครองบุคคลภายนอกไปในขณะเดียวกันด้วย

พิจารณาในด้านขอบเขตของการนำมาใช้ แม้ตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง และ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภครวมในเรื่องแบบและหลักฐานเป็นหนังสือจะนำมาใช้กับเฉพาะกรณีที่ผู้บริโภครวมทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจเท่านั้น จะไม่นำมาใช้ระหว่างการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภครวมด้วยกันหรือระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันสัญญาส่วนใหญ่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือต้องทำตามแบบแล้วแต่เป็นการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภครวมกับผู้ประกอบการแทบทั้งสิ้น เช่น สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดไม่เกินสามปี สัญญาเช่าซื้อ สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญาจะขายหรือจะซื้อ ค้ำประกันในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญากู้ยืมเงินกว่าสองพันบาท เป็นต้น เพราะฉะนั้น การนำมาตรา 10 วรรคหนึ่ง และ วรรคสอง มาใช้จึงเป็นการนำมาใช้ในลักษณะที่ค่อนข้างกว้าง และด้วยเหตุดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลให้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภครวมซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้ใช้กับเฉพาะเรื่อง แต่การที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะเช่นนี้จะทำให้กฎหมายเฉพาะไม่เป็นกฎหมายเฉพาะอีกต่อไป เพราะต้องนำมาปรับใช้ในขอบเขตของสัญญาเกือบทุกสัญญา

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 10 วรรคหนึ่ง และ วรรคสอง ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภครวม พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับผลของหลักฐานเป็นหนังสือและแบบของนิติกรรมอันเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภครวมแต่ก็อาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาบางประการที่สำคัญในการปรับใช้กฎหมายตามมา ทั้งในประเด็นที่ผู้เขียนได้พิจารณาไว้ข้างต้น รวมถึงประเด็นปัญหาอื่นๆ ในแง่มุมต่างๆ อันเป็นปัญหาที่สมควรจะต้องศึกษาถึงความเหมาะสมในการนำมาตรา 10 วรรคหนึ่ง และ วรรคสอง ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภครวม พ.ศ. 2551 มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นโดยละเอียดต่อไป

ตารางเปรียบเทียบวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมตามที่กฎหมายกำหนด

นิติกรรม	ประเด็น	ไทย	เยอรมัน	ญี่ปุ่น
1. การโอนสิทธิเรียกร้อง	วิธีการแสดงเจตนา	1. ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ทำเป็นหนังสือ (มาตรา 306) 2. การบอกกล่าวหรือความ ยินยอมในการโอนทำเป็น หนังสือ (มาตรา 306)	1. ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ทำเป็นสัญญาด้วยหนังสือหรือ วาจาก็ได้ และไม่มีแบบ (มาตรา 398)	1. ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ทำเป็นหนังสือหรือวาจาก็ได้ (มาตรา 466) 2. การบอกกล่าวหรือความ ยินยอมในการโอนทำเป็น เอกสารและลงวันที่ที่แน่นอน (มาตรา 467)
	ผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา	1. ไม่สมบูรณ์ 2. ยกขึ้นเป็นต่อสู้ลูกหนี้หรือ บุคคลภายนอกไม่ได้	1. ไม่มีผลเป็นการโอนสิทธิ เรียกร้อง	1. ไม่มีผลเป็นการโอนสิทธิ เรียกร้อง 2. ยกขึ้นเป็นต่อสู้ลูกหนี้หรือ บุคคลภายนอกไม่ได้
2. การปลดหนี้กรณีหนี้มี หนังสือเป็นหลักฐาน	วิธีการแสดงเจตนา	ทำเป็นหนังสือหรือเวนคืน เอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็น หลักฐานแห่งหนี้ (มาตรา 340 วรรค 2)	เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้โดยทำ เป็นสัญญา หรือ เจ้าหนี้ยอมรับ กับลูกหนี้ว่าไม่มีหนี้ต่อกันโดย สัญญาอีกต่อไป และไม่มีแบบ (มาตรา 397)	เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้โดยทำ เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว และไม่ มีแบบ (มาตรา 519)

ตารางเปรียบเทียบวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและผลการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมตามที่กฎหมายกำหนด(ต่อ)

นิติกรรม	ประเด็น	ไทย	เยอรมัน	ญี่ปุ่น
2.1 การให้โดยการ ปลดหนี้	วิธีการแสดงเจตนา	ไม่กำหนดว่าให้ใช้บทบัญญัติเรื่องให้หรือเรื่องปลดหนี้	ไม่ปรากฏเป็นตัวบทแต่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลสูง	ไม่ปรากฏ
3. การแปลงหนี้ใหม่โดยการ เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้	วิธีการแสดงเจตนา	ให้บังคับด้วยบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง	ใช้ มาตรา 398 เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง	ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ใหม่ เจ้าหนี้เดิม และลูกหนี้
	ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา	ให้บังคับด้วยบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง	มีผลหรือไม่มีผล	ไม่มีผลเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้
4. การแปลงหนี้ใหม่โดยการ เปลี่ยนตัวลูกหนี้	วิธีการแสดงเจตนา	ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่โดยไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม	1. ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ใหม่ (มาตรา414) 2. ทำเป็นสัญญาระหว่างลูกหนี้กับลูกหนี้ใหม่โดยขึ้นอยู่กับความยินยอมของเจ้าหนี้ (มาตรา415)	ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่โดยไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม
	ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา	ไม่มีผลเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้	มีผลหรือไม่มีผล	ไม่มีผลเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษา วิเคราะห์และเปรียบเทียบตามบทกฎหมายไทยและบทกฎหมายต่างประเทศ ในปัญหากฎหมายเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด ทำให้สามารถพิสูจน์สมมติฐานที่ตั้งไว้ได้ กล่าวคือ การโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 การปลดหนี้ตามมาตรา 340 วรรคสอง การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ตามมาตรา 349 วรรคสาม และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350 วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด “ไม่ใช่แบบของนิติกรรม” เมื่อไม่ทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดนิติกรรมจึงไม่ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ดังมีรายละเอียดโดยสรุป ดังนี้

1. การโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องกฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาให้ทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนและทำเป็นหนังสือบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยเป็นหนังสือ อันทำให้เกิดปัญหาตามมาในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาว่า การทำเป็น “หนังสือ” มีวิธีการทำอย่างไร และการทำเป็นหนังสือของทั้งสองกรณี มีวิธีการทำเหมือนกันหรือไม่ โดยจากการพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า การทำเป็นหนังสือของทั้งสองกรณี มีวิธีการทำที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การทำหนังสือระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนมีลักษณะการทำหนังสือที่เป็นกิจจะลักษณะ ต้องมีความชัดเจน มีรายละเอียดครบถ้วน โดยอย่างน้อยจะต้องมีรายละเอียดในเรื่อง วันที่โอนสิทธิเรียกร้อง ข้อความเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องโดยระบุถึงหนี้ที่เป็นวัตถุในการการโอนสิทธิเรียกร้อง และลายมือชื่อของผู้โอนและผู้รับโอนทั้งสองฝ่าย และเป็นหนังสือที่ทำขึ้น เพื่อการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยเฉพาะ ส่วนการทำหนังสือบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยเป็นหนังสือมีลักษณะของการทำเป็นหนังสือโดยลงลายมือชื่อผู้ทำและสามารถทำอยู่ในเอกสารอื่นได้ ดังนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาว่าต้องทำเป็น “หนังสือ” ในกรณีของการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน และการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอน แต่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าวิธีการทำที่ไม่เหมือนกัน ดังนั้นการที่กฎหมายบัญญัติว่าต้องทำเป็น “หนังสือ” ในทั้งสองกรณีโดยไม่กำหนดวิธีการทำที่ชัดเจน จึงอาจทำให้เกิดความสับสนในการปรับใช้กฎหมายได้

ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาในส่วนของการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนหากไม่ทำตามกฎหมายกำหนดผลว่าการโอนสิทธิเรียกร้อง “ไม่สมบูรณ์” แต่เนื่องจากคำว่า “ไม่สมบูรณ์” เป็นคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนในตัวเอง จึงทำให้มีนักกฎหมายตีความของคำว่า “ไม่สมบูรณ์” ไว้แตกต่างกัน โดยนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หมายถึง “โมฆะ” เนื่องจากเห็นว่าการทำหนังสือเป็นแบบของนิติกรรม นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หมายถึง “ไม่โมฆะ” การโอนสิทธิเรียกร้องยังเกิดมีขึ้น ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการโอนสิทธิเรียกร้อง “ไม่สมบูรณ์” ตามตัวบทกฎหมาย โดยไม่ได้ให้ความหมายเพิ่มเติมว่า “ไม่สมบูรณ์” หมายความว่าอย่างไร โดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและญี่ปุ่นการโอนสิทธิเรียกร้องไม่มีแบบของนิติกรรม ดังนั้น หากมีความบกพร่องประการใดในการแสดงเจตนาโอนสิทธิเรียกร้องย่อมส่งผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้นตามหลักเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญา ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยควรตีความคำว่า “ไม่สมบูรณ์” หมายถึง “การโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้น” วิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนด “ไม่ใช่แบบของนิติกรรม” เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและญี่ปุ่น อันจะทำให้ไม่เกิดปัญหาในเรื่องการคืนทรัพย์ฐานลามาภิควรได้เพราะเมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องไม่เกิดขึ้นสิทธิเรียกร้องจึงไม่อาจถูกโอนจากผู้โอนไปยังผู้รับโอน ทำให้ไม่ต้องมีการคืนสิทธิเรียกร้องกัน และหากมีการให้สิ่งใดกันไปอีกฝ่ายย่อมไม่มีสิทธิที่จะรับไว้จึงสามารถใช้หลักกรรมสิทธิ์ในการติดตามเอาคืนสิ่งที่ให้ต่อกันไว้ได้

ผลของการไม่ทำหนังสือบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนกฎหมายไม่ได้กำหนดผลว่าหากไม่ทำตามจะเกิดผลเช่นไร จึงทำให้มีความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องตกเป็น “โมฆะ” เพราะการทำหนังสือเป็นแบบของนิติกรรม ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ไม่ตกเป็นโมฆะแต่ “ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้” แต่เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นเรื่องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนไม่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้เพราะถึงอย่างไรลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ในการชำระหนี้ ดังนั้น การโอนสิทธิเรียกร้องจะเกิดมีขึ้นหรือไม่ จึงไม่เกี่ยวข้องกับการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในการโอนนั้น ประกอบกับการบอกกล่าวหรือการยินยอม ไม่ใช่นิติกรรมแต่มีลักษณะคล้ายนิติกรรมเนื่องจากไม่ได้มุ่งโดยตรงต่อการให้เกิดผลในทางกฎหมาย เพราะฉะนั้นเมื่อไม่ใช่นิติกรรมบทบัญญัติในเรื่องแบบตามมาตรา 152 จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าการทำหนังสือบอกกล่าวหรือการทำหนังสือยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงไม่ใช่แบบของนิติกรรม ผลของการไม่ทำหนังสือจึงหมายถึง “ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้” กล่าวคือ แม้ไม่ทำหนังสือบอกกล่าวการโอนหรือหนังสือยินยอมในการโอนของลูกหนี้ การโอนสิทธิเรียกร้องก็ยังเกิดมีขึ้นหากได้มีการทำเป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน

2. การปลดหนี้

การปลดหนี้สามารถทำได้โดยการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวต่อลูกหนี้ แต่หากหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน การปลดหนี้ต้องทำเป็นหนังสือหรือเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นทิ้งเสีย โดยลักษณะของการทำเป็น “หนังสือ” เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายพบว่า ลักษณะการทำหนังสือเพื่อปลดหนี้ไม่ต้องทำเป็นหนังสือที่มีกิจจะลักษณะเฉพาะเพื่อการปลดหนี้ แต่เป็นการทำหนังสือเพื่อเป็นหลักฐานว่า เจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้และนำมาใช้หักล้างกับเอกสารที่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้น อันมีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้หรือการขีดฆ่าเอกสารหลักฐานแห่งหนี้ เพราะฉะนั้นการทำ “หนังสือ” เพื่อการปลดหนี้ จึงหมายความว่า การทำ “หลักฐานเป็นหนังสือ” ที่สามารถทำเป็นหนังสือเฉพาะเพื่อการปลดหนี้หรือทำหลักฐานเป็นหนังสือที่อยู่ในเอกสารอื่นได้ แต่เมื่ออ่านแล้วต้องเข้าใจได้ว่าเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้ได้ลงลายมือชื่อของไว้เป็นสำคัญเรียบร้อยแล้ว

ผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดในการปลดหนี้กรณีที่มีหนังสือเป็นหลักฐาน กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำตาม ทำให้มีความเห็นของนักกฎหมายออกเป็นสองฝ่าย นักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า เมื่อไม่ทำตามการปลดหนี้ตกเป็น “โมฆะ” เพราะเห็นว่าวิธีการที่กฎหมายกำหนดเป็นแบบของนิติกรรม ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเมื่อไม่ทำตาม “ไม่เกิดเป็นการปลดหนี้ขึ้น” โดยเมื่อทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบระหว่างบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ทำให้พิจารณาได้ว่า วิธีการที่กฎหมายกำหนดไม่อาจเป็นแบบของนิติกรรมได้ เนื่องจากกฎหมายให้สิทธิในการเลือกการปลดหนี้ด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง ไม่ระบุวิธีเฉพาะอันไม่ใช่ลักษณะของแบบของนิติกรรมที่กฎหมายต้องกำหนดโดยเคร่งครัด รวมถึงผลของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะย่อมทำให้ต้องคืนทรัพย์สินฐานลามิควรได้ แต่การปลดหนี้ของเจ้าหนี้ไม่ได้มีการส่งมอบสิ่งใดให้แก่กัน การคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติเรื่องลามิควรได้ จึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ แต่หากจะให้เกิดผลเป็น “ไม่เกิดเป็นการปลดหนี้ขึ้น” ย่อมทำให้ไม่เกิดประโยชน์ต่อทุกฝ่าย เพราะเป็นการทำลายเจตนาของเจ้าหนี้ที่ไม่ต้องการรับชำระหนี้และทำให้ลูกหนี้ยังมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ต่อไป ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าวิธีการที่กฎหมายกำหนดสำหรับการปลดหนี้กรณีที่มีหนังสือเป็นหลักฐานไม่ใช่แบบนิติกรรม แต่หากการปลดหนี้ไม่ทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด ผลคือการปลดหนี้ยังมีผลบังคับได้ แต่ลูกหนี้จะนำสืบว่าเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้ตนแล้วไม่ได้ เช่นเดียวกับกรณีของการชำระหนี้จากการกู้ยืมเงินที่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 653 วรรคสอง

ส่วนการให้โดยการปลดหนี้ตามมาตรา 522 ทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายตามมาตรา 522 เมื่อจะทำการให้โดยการปลดหนี้จะต้องบังคับตามบทบัญญัติในเรื่องการให้หรือบทบัญญัติในเรื่องการปลดหนี้ เนื่องจากวิธีการแสดงเจตนาในบทบัญญัติเรื่องให้กับเรื่องปลดหนี้มีความแตกต่างกัน ในเรื่องการให้วิธีการแสดงเจตนาต้องทำเป็นสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ส่วนการปลดหนี้สามารถ

แสดงเจตนาของเจ้าหนี้ได้ฝ่ายเดียว โดยเมื่อพิจารณาแล้ว ทำให้ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติว่า การให้สามารถทำได้ด้วยการปลดหนี้ได้ อาจเป็นวิธีการหนึ่งของการให้ ที่กฎหมายบัญญัติรองรับให้ทำได้ นอกจากการให้โดยวิธีทั่วไป โดยแม้การให้โดยการปลดหนี้จะอยู่ในบทบัญญัติลักษณะให้ ที่ต้องทำเป็นสัญญา แต่เมื่อกฎหมายกำหนดว่าสามารถทำการให้ด้วยการปลดหนี้ได้ จึงเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายที่การให้โดยการปลดหนี้สามารถแสดงเจตนาเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้หรือผู้ให้ได้ เช่นเดียวกับ คำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลที่แม้จะอยู่ในเรื่องของสัญญาแต่ก็สามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียวได้เนื่องจากเป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย

3. การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ แต่เนื่องจากลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีลักษณะทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เมื่อต้องใช้บทบัญญัติเดียวกันจึงก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายในเรื่องวิธีการแสดงเจตนา กล่าวคือ การทำเป็นหนังสือในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้อันเป็นการระงับหนี้เดิมแล้วเกิดหนี้ใหม่ขึ้นมาแทนที่ เนื้อหาในหนังสือที่ตกลงกันจึงต้องตกลงโดยชัดแจ้งเท่านั้นและต้องเกิดจากการตกลงของบุคคลสามฝ่ายคือ เจ้าหนี้เก่า เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้ การลงลายมือชื่อในหนังสือจึงต้องลงทั้งสามฝ่าย ซึ่งแตกต่างจากเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นได้ระหว่างบุคคลสองฝ่ายคือผู้โอนกับผู้รับโอน อีกทั้งการบอกกล่าวหรือความยินยอมของลูกหนี้ในการโอนสิทธิเรียกร้องโดยการทำเป็นหนังสือไม่จำเป็นต้องนำมาใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เนื่องจากลูกหนี้ต้องเข้ามาเป็นคู่สัญญาในการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้อยู่แล้ว โดยเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายญี่ปุ่นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีวิธีและผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยเฉพาะที่ไม่ต้องไปใช้วิธีและผลในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ควรมีวิธีการแสดงเจตนาของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยเฉพาะที่ไม่ต้องนำเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น โดยกำหนดให้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มีวิธีการแสดงเจตนาทำโดยการทำสัญญาเป็นหนังสือสามฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้

ส่วนปัญหาในเรื่องผลของการนำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ คือ เมื่อผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาในการโอนสิทธิเรียกร้อง คือ “ไม่สมบูรณ์” ซึ่งยังมีปัญหาในการตีความคำว่า “ไม่สมบูรณ์” ที่แตกต่างกันไป เพราะฉะนั้นเมื่อการนำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับกับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ทำให้เกิดปัญหาตามมาในเรื่องผลของการแสดงเจตนา ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ควรมีผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดย

เฉพาะที่ไม่ต้องนำเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาบังคับใช้ โดยผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนา คือ ไม่เกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ขึ้น และวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนด ไม่ใช่แบบของนิติกรรม เช่นเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่ในกรณีอื่นๆ

4. การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ กฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาให้ทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่โดยที่ต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม แต่เมื่อสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องมีการระงับหนี้เดิม การที่จะให้เจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ทำสัญญาระงับหนี้เดิมโดยที่ลูกหนี้คนใหม่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับหนี้เดิม จะทำให้หนี้เดิมระงับไปได้อย่างไร อีกทั้งการแปลงหนี้ใหม่ต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้งการที่กฎหมายกำหนดเพียงว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะต้องทำโดยไม่ขึ้นใจลูกหนี้เดิม ย่อมไม่เป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้งของลูกหนี้เดิม เพราะฉะนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ต้องทำเป็นสัญญาสามฝ่ายโดยมีคู่กรณีที่เกี่ยวข้องคือเจ้าหนี้ ลูกหนี้เดิม และลูกหนี้ใหม่ และไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องตามมาตรา 350 อีกต่อไป เพราะสามารถนำมาตรา 349 อันเป็นหลักทั่วไปของการแปลงหนี้ใหม่มาปรับใช้กับการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้อยู่แล้ว

5. แบบและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 10 วรรคหนึ่งและวรรคสอง กฎหมายกำหนดผลของการไม่ทำตามแบบและผลของการไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้แตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ แม้กฎหมายจะกำหนดให้นิติกรรมต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือแต่หากไม่ทำฝ่ายผู้บริโภคยังสามารถฟ้องร้องผู้ประกอบธุรกิจได้ ส่วนในเรื่องแบบของนิติกรรมแม้ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดหากได้มีการวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนผู้บริโภคย่อมสามารถฟ้องร้องผู้ประกอบธุรกิจให้จัดทำสัญญาให้เป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือชำระหนี้เป็นการตอบแทนได้ ซึ่งการที่กำหนดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันเช่นนี้แม้จะเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคแต่ย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมาในเรื่องต่างๆ เช่น ไม่เป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกในเรื่องแบบ ปัญหาในเรื่องขอบเขตของการนำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมาใช้ที่ต้องถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางทำให้ขาดลักษณะความเป็นกฎหมายเฉพาะ เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงว่าปัจจุบันบทบัญญัติในมาตรา 10 วรรคหนึ่ง และ วรรคสอง เรื่องแบบและหลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ยังมีปัญหาบางประการในการปรับใช้กฎหมายที่จะต้องศึกษาถึงความเหมาะสมโดยละเอียดต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในเรื่องวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดโดยศึกษาในส่วนของวิธีการและผล ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการเพิ่มเติมหรือแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่ยังขาดความชัดเจนและก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมาย ดังต่อไปนี้

1. เสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 306 วรรคหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ กำหนดการโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็น “สัญญา” และกำหนดวิธีการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนว่าอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด “วันที่โอนสิทธิเรียกร้อง ข้อความเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องโดยระบุถึงวันที่เป็นวัตถุในการการโอนสิทธิเรียกร้อง และลงลายมือชื่อผู้โอนกับผู้รับโอน” และกำหนดวิธีการทำหนังสือบอกกล่าวหรือหนังสือยินยอมการโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ทำ และแก้ไขถ้อยคำในกฎหมายที่กำหนดว่าหากไม่ทำเป็นหนังสือการโอนสิทธิเรียกร้อง “ไม่สมบูรณ์” เป็นว่าหากไม่ทำเป็นหนังสือยอม “ไม่เกิดเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง” โดยมีข้อความใหม่ดังนี้

มาตรา 306 วรรคหนึ่ง “การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถ้าไม่ทำสัญญาเป็นหนังสือ ระบุวันที่โอนสิทธิเรียกร้อง วันที่เป็นวัตถุในการการโอนสิทธิเรียกร้อง และลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนท่านว่าไม่เกิดเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง อนึ่งการโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ทำ”

- ข้อดี
1. แก้ปัญหาการทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องแล้วไม่มีผลบังคับทางกฎหมายเนื่องจากประชาชนไม่ทราบถึงวิธีการทำหนังสือที่ถูกต้อง
 2. คู่ครองคู่สัญญาและบุคคลภายนอกให้ทราบถึงรายละเอียดที่สำคัญของการโอนสิทธิเรียกร้องอย่างถูกต้องครบถ้วน
 3. เกิดความชัดเจนและความเข้าใจที่ตรงกันของทุกฝ่ายเรื่องวิธีการแสดงเจตนาและผลของการไม่ทำตามวิธีการแสดงเจตนาในการส่วนของการบอกกล่าวการโอนหรือความยินยอมของลูกหนี้ในการโอนอันจะทำให้หมดปัญหาในการตีความกฎหมายที่แตกต่างกัน

4. ปัจจุบันการโอนสิทธิเรียกร้องนำไปใช้ในทางธุรกิจที่มีมูลค่าสูงและเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่ายหากกฎหมายกำหนดเรื่องวิธีการแสดงเจตนาและผลไว้ไม่ชัดเจนเมื่อต้องนำไปปฏิบัติอาจทำให้เกิดปัญหาการฟ้องร้องและเกิดผลกระทบกระเทือนในทางเศรษฐกิจตามมา

2. เสนอให้แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา340 วรรคสอง จากการปลดหนี้ในกรณีนี้มีหนังสือเป็นหลักฐานที่การปลดหนี้ต้องทำเป็นหนังสือ เป็นการปลดหนี้ต้องทำ “หลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อเจ้าหนี้มาแสดง” เว้นคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นเสีย และเพิ่มเติมผลของการไม่ทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดว่าผลคือ “จะนำสืบการปลดหนี้ไม่ได้” โดยมีข้อความใหม่ดังนี้

มาตรา 340 วรรคสอง “ถ้าหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน ท่านว่าจะนำสืบการปลดหนี้ได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อเจ้าหนี้มาแสดง หรือต้องเว้นคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นเสีย”

- ข้อดี
1. เกิดความชัดเจนในเรื่องวิธีการปลดหนี้และผลของการไม่ทำตามวิธีการปลดหนี้
 2. เกิดความเป็นระบบเดียวกันกับบทบัญญัติอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 3. เกิดความคล่องตัวในการปลดหนี้เพราะวิธีที่กฎหมายกำหนดไม่ใช่แบบของนิติ

3. เสนอให้แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา349 วรรคสาม โดยมีข้อความใหม่ดังนี้

มาตรา 349 วรรคสาม “แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้้นถ้าไม่ทำสัญญาเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้คนเดิม เจ้าหนี้คนใหม่ และลูกหนี้ ท่านว่าไม่เกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่ขึ้น”

- ข้อดี
1. หมดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายที่ต้องใช้บทบัญญัติกฎหมายเดียวกันกับนิติกรรมสองลักษณะที่มีความแตกต่างกัน
 2. เกิดความชัดเจนในเรื่องวิธีการและผลของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้

4. เสนอให้ยกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 350

- ข้อดี
1. ทำให้การระงับหนี้เดิมเกิดจากคู่สัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับหนี้เดิม

2. วิธีการแสดงเจตนาการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้มีความชัดเจนปราศจากความคลุมเครือ
3. ป้องกันปัญหาการฟ้องร้องที่อาจเกิดขึ้นตามมาจากการตกลงที่ไม่ชัดเจนในการระงับหนี้เดิมและเกิดหนี้ใหม่ขึ้น
4. ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติมาตรา 350 เนื่องจากสามารถใช้วิธีการแสดงเจตนาของการแปลงหนี้ใหม่ตามบทบัญญัติมาตรา 349 ได้อยู่แล้ว

ทั้งนี้ แม้การแก้ไข เพิ่มเติม หรือยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะก่อผลดีให้เกิดขึ้นในแต่ละนิติกรรมตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่การแก้ไข เพิ่มเติม หรือยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายย่อมมีข้อเสียเช่นกัน คือ

- ข้อเสีย
1. การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในทางปฏิบัติเป็นเรื่องใช้เวลานาน มีขั้นตอนมากและอาจเกิดขึ้นได้ยาก
 2. เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ความละเอียดและเคร่งครัดมากเกินไป

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างข้อดีและข้อเสียที่เกิดขึ้นตามมา ข้อเสนอแนะโดยการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายย่อมเกิดประโยชน์ในทางข้อดีมากกว่าข้อเสียและเป็นประโยชน์ในระยะยาวที่ทำให้กฎหมายมีความชัดเจนขึ้นอันเป็นการแก้ไขปัญหาการปรับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับปัจจุบัน

ตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติในปัจจุบันของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

และบทบัญญัติที่เสนอแก้ไข

บทบัญญัติในปัจจุบันของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	บทบัญญัติที่เสนอแก้ไข
<p>มาตรา 306 การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้ที่ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ</p> <p align="center">ถ้าลูกหนี้ทำให้พอแก่ใจผู้โอนด้วยการใช้เงิน หรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับบอกกล่าว หรือก่อนได้ตกลงให้โอนไซ้ ลูกหนี้นั้นก็เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้</p>	<p>มาตรา 306 การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถ้าไม่ทำสัญญาเป็นหนังสือ <u>ระบุนวันที่โอนสิทธิเรียกร้อง</u> หนี้ที่เป็นวัตถุในการการโอนสิทธิเรียกร้องและลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนท่านว่าไม่เกิดเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้น อนึ่งการโอนหนี้ที่ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ<u>และลงลายมือชื่อผู้ทำ</u></p> <p align="center">ถ้าลูกหนี้ทำให้พอแก่ใจผู้โอนด้วยการใช้เงิน หรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับบอกกล่าว หรือก่อนได้ตกลงให้โอนไซ้ ลูกหนี้นั้นก็เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้</p>
<p>มาตรา 340 ถ้าเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ ท่านว่าหนี้นั้นก็เป็นอันระงับสิ้นไป</p> <p align="center">ถ้าหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน การปลดหนี้ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย หรือต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นเสีย</p>	<p>มาตรา 340 ถ้าเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ ท่านว่าหนี้นั้นก็เป็นอันระงับสิ้นไป</p> <p align="center">ถ้าหนี้มีหนังสือเป็นหลักฐาน ท่านว่าจะนำสืบการปลดหนี้ได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อเจ้าหนี้มาแสดง หรือต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นเสีย</p>

<p>มาตรา 349 เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ร ทำานว่าหนี้้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่</p> <p>ถ้าทำหนี้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ทำานถือว่าเป็นอันเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้้น</p> <p>ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ทำานให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง</p>	<p>มาตรา 349 เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ร ทำานว่าหนี้้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่</p> <p>ถ้าทำหนี้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ทำานถือว่าเป็นอันเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้้น</p> <p><u>แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้้นถ้าไม่ทำสัญญาเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้คนเดิม เจ้าหนี้คนใหม่ และลูกหนี้ทำานว่าไม่เกิดเป็นการแปลงหนี้ใหม่ขึ้น</u></p>
<p>มาตรา 350 แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้้นจะทำานเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำานโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่</p>	<p><u>ยกเลิก</u></p>

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กำธร พันธสุภภ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2502. พิมพ์ครั้งที่4. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512.

ไกรสร บารมีอวยชัย. แบบแห่งนิติกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

ไกรวัล ชุ่มวัฒนะ. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528.

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. ลักษณะพิเศษของ พ.ร.บ. วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ที่ประชาชนควรทราบ (รวมทั้งทนายความด้วย) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.scribd.com/doc/105898545/พ-ร-บ-อ-จักรพงษ์-13-9-2555> [7 พฤษภาคม 2556]

จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่21. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำพิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช2524 ตอนที่7 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1947-1950/2524. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, ปี2524.

จุฑามาศ นิสารัตน์. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

ชะลอ ว่องวัฒนาภิกุล. คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2549.

ไชยยศ เหมรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

ดาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ทวีศักดิ์ นคนันท์. การแปลงหนี้ใหม่ : ศึกษาเฉพาะปัญหาของการก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ด้วย
เปลี่ยนตัวลูกหนี้. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
, 2538.

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 กฎหมายวิธีสบัญญัติที่
บัญญัติเป็นกรอบของกฎหมายสารบัญญัติ. กฎหมายใหม่ ปีที่6 ฉบับที่99 (กันยายน 2551) :
44-61.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น:จารีตโรมันและแอ่งโกลแซกซอน. พิมพ์ครั้งที่
4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ปรีชา สุมาวงศ์. คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้.
กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2528.

ปิ่นโน สุขทรศนีย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. กรุงเทพมหานคร:
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

พรชัย สุนทรพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พระ
นคร: ชิสโกการพิมพ์, 2518.

พรประไพ ชัยวิวัฒน์. ระบบจดทะเบียนการโอนสิทธิเรียกร้อง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.

พรรณราย ศรีไชยรัตน์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้. พิมพ์ครั้งที่2. กรุงเทพมหานคร: วิญญู
ชน, 2554.

พระยาเทพวิฑูร(บุญช่วย วณิกกุล),ยล อีร์กุล ปรับปรุงโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, ชวิน อุ่นภัทร.
คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ2 มาตรา194-353.
กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

พระยามานราชเสวี (ปลอดวิเชียร ณ สงขลา). เลิกเซอร์หัวข้อกฎหมายลักษณะมูลคดีสัญญา. พระ
นคร: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466.

พระสารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัสต์). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร(หนี้). กรุงเทพมหานคร:
วิญญูชน, 2554.

ไพจิตร บุญญพันธุ์. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ พ.ศ.2537 เล่ม11 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่
6816/2537. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, 2537.

- ไพจิตร บุญญพันธ์. คำมั่นสัญญา ตอน6 การส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่. ดูลพาท ปีที่56 เล่ม2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552): 12.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่2. กรุงเทพมหานคร: ปณรัชช, 2555.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้. พิมพ์ครั้งที่9. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพรีนติ้ง, 2554.
- ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายหนี้. พิมพ์ครั้งที่11. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- ยงยุทธ กาฬกาญจน์. คู่มือกฎหมาย ลักษณะ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2518.
- ร.แสงกาด์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- รองพล เจริญพันธ์. กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป เล่ม1. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.
- เลิศชาย จิระชาติ. หลักการโอนสิทธิเรียกร้องอันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง : วิเคราะห์ถึงพัฒนาการของแนวความคิดในการโอนสิทธิเรียกร้องตลอดจนกระบวนการ (PROCESS) และผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536.
- วิริยะ เกิดศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2517.
- ศันนักรณ (จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- ศันนักรณ (จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่17. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- ศันนักรณ (จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้ง ระยะเวลา และ อายุความ) ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม(ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่

เป็นธรรม พ.ศ.2540)และรัฐธรรมนูญทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยรัฐธรรมนูญทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544). พิมพ์ครั้งที่10. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2551.

ศานติ. คำพิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช2524 ตอนที่7 หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่1947-1950/2524. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, ปี2524.

สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมาย ชื้อชาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

สุจินตนา ชุมวิสูตร. หลักกฎหมาย ชื้อชาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

สุนทร มณีสวัสดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

สุขุม ศุภนิത്യ. คำอธิบายพัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม1 (ภาค1-2) พุทธศักราช2478 แก้ไขเพิ่มเติม2505. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2527.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม2(ภาคจบบริบูรณ์) พุทธศักราช2478แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2527.

เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้. พระนคร: กรมสรรพสามิต, 2515.

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้. พิมพ์ครั้งที่10. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2554.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

หลวงประดิษฐ์พิจารณาการ. คำอธิบายกฎหมายมูลคดีสัญญา. พระนคร: โรงพิมพ์กองละหุโทษ ,ร.ศ. 129.

หลวงสารสาสน์ประพันธ์ (ซิ่น จารุวัตร). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(เรียงมาตรา) ตอนที่3. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : http://203.131.219.173/rarebook/2550/049/01COVER_PAGE_XII.pdf [10 มีนาคม 2556]

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่องรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่18 กันยายน 2468. สคก3(1) เล่ม5(2)-(3)(รหัสไมโครฟิล์ม ม-สคก3) กรุงเทพมหานคร: หอจดหมายเหตุ, 2468.

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่องรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่24 กันยายน 2468. สคก3(1) เล่ม5(2)-(3)(รหัสไมโครฟิล์ม ม-สคก3) กรุงเทพมหานคร: หอจดหมายเหตุ, 2468.

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่องรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่26 กันยายน 2468. สคก3(1) เล่ม5(2)-(3)(รหัสไมโครฟิล์ม ม-สคก3) กรุงเทพมหานคร: หอจดหมายเหตุ, 2468.

อนันต์ จันทร์โอภากร. ปัญหาข้อขัดข้องการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/222Anan.pdf> [7 พฤษภาคม 2556]

อัมพร จันทร์วิจิตร. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ คำประกัน จำนอง จำนำ ตัวแทน นายหน้า ประกันภัย รับขน และเก็บของในคลังสินค้า. กรุงเทพมหานคร: คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520.

ภาษาต่างประเทศ

Ardizzoni ,M. German Tax & Business Law. London : Sweet & Maxwell, 2005.

Becker ,J. Annotated Civil Code Of Japan . London : Butterworth, 1910.

Becker ,J. The Principles And Practice Of The Civil Code Of Japan. London : Butterworth & Co., Bell Yard, Temple Bar, 1921.

Cohn ,E. Manual Of German Law Volume 1. Second Edition. London : Oceana Publications, 1968.

Hogg ,M. Promises And Contract Law Comparative Perspective. New York : Cambridge University Press, 2011.

Markesinis ,B Unberath ,H and Johnston ,A. The German Law Of Contract : A Comparative Treatise. Second Edition. Oregon : Hart Publishing, 2006.

Nicholas ,B. An Introduction To Roman Law. Oxford : Clarendon Press, 1965.

Oda ,H. Japanese Law . Oxford : Oxford University Press, 2003.

Rolf Stürner. Jauernig / Konmentar . München : C.H. Beck, 2011.

Schuster ,E. The Principle Of German Civil Law. Oxford : Clarendon Press, 1907.

Supreme Court of Japan. Case Number2002 (Jyu) No.240 [Online]. Available from :
<http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2002.10.10-2002.-Jyu-.No.240.html> [2013, June 15].

The Federal Ministry Of Justicein Corporation With Juris Gmbh. German Civil Code.
[Online]. Available from :
<http://www.fd.ul.pt/linkclick.aspx/fileticket=krjhyafokmw%3d&tabid=505>
[2013,May 7].

The Ministry Of Justice. About the Civil Code Reform (Law of Obligations). [Online].
Available From : http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00001.html [2013
,June 18].

The Ministry Of Justice. Material For The Working Group On The Civil Code (Law Of
Obligations), No.10-1 [Translation]. [Online]. Available from :
<http://www.moj.go.jp/content/000057146.pdf> [2013 ,June 18].

The Ministry Of Justice. The Civil Code Of Japan. [Online]. Available from :
<http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf> [2013,May 7].

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี 2002

(THE GERMAN CIVIL CODE)

From : <http://www.fd.ul.pt/linkclick.aspx/fileticket=krjhyafokmw%3d&tabid=505>

[2013,May 7]

The German Civil Code

Book 1 General Part Division 3 Legal transactions

Title 2 Declaration of intent

Section 125

A legal transaction that lacks the form prescribed by statute is void. In case of doubt, lack of the form specified by legal transaction also results in voidness.

Section 126

(1) If written form is prescribed by statute, the document must be signed by the issuer with his name in his own hand, or by his notarially certified initials.

(2) In the case of a contract, the signature of the parties must be made on the same document. If more than one counterpart of the contract is drawn up, it suffices if each party signs the document intended for the other party.

(3) Written form may be replaced by electronic form, unless the statute leads to a different conclusion.

(4) Notarial recording replaces the written form.

Section 126a

(1) If electronic form is to replace the written form prescribed by law, the issuer of the declaration must add his name to it and provide the electronic document with a qualified electronic signature in accordance with the Electronic Signature Act [Signaturgesetz].

(2) In the case of a contract, the parties must each provide a counterpart with an electronic signature as described in subsection (1).

Section 126b

If text form is prescribed by law, the declaration must be made in a document or in another manner suitable for its permanent reproduction in writing, the person making the declaration must be named and the completion of the declaration must be shown through the reproduction of a signature of the name or otherwise.

Section 127

(1) The provisions under sections 126, 126a or 126b also apply, in case of doubt, to the form specified by legal transaction.

(2) For compliance with the written form required by legal transaction, unless a different intention is to be assumed, it suffices if the message is transmitted by way

of telecommunications and, in the case of a contract, by the exchange of letters. If such a form is chosen, notarial recording in accordance with section 126 may be demanded subsequently.

(3) For compliance with the electronic form required by legal transaction, unless a different intention is to be assumed, an electronic signature other than provided for in section 126a also suffices and, in the case of a contract, the exchange of a declaration of an offer and of acceptance which are each provided with an electronic signature. If such a form is chosen, an electronic signature in accordance with section 126a may be demanded subsequently, or if this is not possible for one of the parties, notarial recording in compliance with section 126.

Section 127a

In the event of a court settlement, the recording of declarations in a court record drawn up in accordance with the provisions under the Code of Civil Procedure [Zivilprozessordnung] replaces notarial recording.

Section 128

If the notarial recording of a contract is prescribed by statute, it suffices if first the offer and then the acceptance of the offer is recorded by a notary.

Section 129

(1) If the official certification of a declaration is prescribed by law, the declaration must be put in writing and the signature of the person declaring be certified by a notary. If the declaration is signed by the issuer making his mark, the certification of the initials provided for in section 126 (1) is necessary and sufficient.

(2) The notarial recording of the declaration replaces the official certification.

The German Civil Code

Book 2 Law of Obligations Division 4 Extinction of obligations

Title 4 Forgiveness

Section 397

(1) The obligation expires if the obligee forgives the obligor the debt by contract.

(2) The same applies if the obligee acknowledges by contract with the obligor that there is no obligation.

The German Civil Code

Book 2 Law of Obligations Division 5 Transfer of a claim

Section 398

A claim may be transferred by the obligee to another person by contract with that person (assignment). When the contract is entered into, the new obligee steps into the shoes of the previous obligee.

Section 399

A claim may not be assigned if the performance cannot be made to a person other than the original obligee without a change of its contents or if the assignment is excluded by agreement with the obligor.

Section 400

A claim may not be assigned to the extent that it is not subject to pledge.

Section 401

(1) With the assigned claim the mortgages, ship mortgages or security rights attaching to them as well as the rights under a suretyship created for them pass to the new obligee.

(2) A preferential right linked to the claim to provide for the case of execution of judgment or insolvency proceedings may also be asserted by the new obligee.

Section 402

The previous obligee is obliged to provide the new obligee with the information required to assert the claim and to provide him with documents serving as proof of the claim, to the extent that they are in his possession.

Section 403

The previous obligee must, upon demand, issue the new obligee with a publicly certified document on the assignment. The new obligee must bear and advance the costs.

Section 404

The obligor may raise against the new obligee the objections that he was entitled to raise against the previous obligee at the time of assignment.

Section 405

If the obligor has issued a document relating to the debt then, if the claim is assigned and the document is presented at the same time, he may not, in relation to the new obligee, invoke the fact that the entering into or acknowledgement of the obligation is only occurring for the sake of appearance or that the assignment is excluded by agreement with the original obligee, unless the new obligee was aware of or ought to have known of the circumstances on assignment.

Section 406

The obligor may set off a claim against the previous obligee to which he is entitled against the new obligee as well, unless, when acquiring the claim, he was aware of the assignment or the claim only became due after he obtained knowledge of this and later than the assigned claim became due.

Section 407

(1) The new obligee must allow performance that the obligor renders to the previous obligee after the assignment, as well as any legal transaction undertaken after assignment between the obligor and the previous obligee in respect of the claim, to be asserted against him, unless the obligor is aware of the assignment upon performance or upon undertaking the legal transaction.

(2) If, in a legal dispute that became pending at court between the obligor and the previous obligee after the assignment, a final and non-appealable judgment on the claim has been rendered, the new obligee must allow the judgment to be asserted against him, unless the obligor was aware of the assignment when legal proceedings became pending.

Section 408

(1) If an assigned claim is once again assigned by the previous obligee to a third party, and if the obligor renders performance to the third party, or if, between the obligor and the third party, a legal transaction is undertaken or a legal dispute becomes pending, the provisions of section 407 will be applied with the necessary modifications for the benefit of the obligor in relation to the previous acquirer.

(2) The same applies if the claim already assigned is transferred to a third party by court decision or if the previous obligee acknowledges to the third party that the claim already assigned has passed to the third party by operation of law.

Section 409

(1) If the obligee notifies the obligor that he has assigned the claim, he must allow the notified assignment to be asserted against him in relation to the obligor, even if it does not occur or is not effective. It is equivalent to notice if the obligee has issued a document relating to the assignment to the new obligee named in the document and the latter presents it to the obligor.

(2) The notice may only be retracted with the approval of the person who has been named as the new obligee.

Section 410

(1) The obligor is only obliged to the new obligee to perform in return for the delivery of the document relating to the assignment issued by the previous obligee. Notice of termination or a warning by the new obligee is only ineffective if it occurs without presentation of such a document and if the obligor rejects it without undue delay for that reason.

(2) These provisions are not applicable if the previous obligee notified the obligor of the assignment in writing.

Section 411

If a military person, an official, a clergyman or a teacher at a public institution of education assigns the transferable portion of his official income, inactive status pay or retirement pay, the disbursing fund must be notified of the assignment by delivery of a publicly or officially certified document issued by the previous obligee. Pending notice, the fund is deemed to be unaware of the assignment.

Section 412

The provisions of sections 399 to 404 and 406 to 410 apply with the necessary modifications to the transfer of a claim by operation of law.

Section 413

The provisions relating to transfer of claims are applied with the necessary modifications to the transfer of other rights unless otherwise provided by law.

The German Civil Code**Book 2 Law of Obligations Division 6 Assumption of debt****Section 414**

A debt may be assumed by a third party by contract with the obligee in such a way that the third party steps into the shoes of the previous obligor.

Section 415

(1) If the assumption of the debt is agreed between the third party and the obligor, its effectiveness is subject to ratification by the obligee. Ratification may only occur when the obligor or the third party has informed the obligee of the assumption of the debt. Until ratification, the parties may alter or cancel the contract.

(2) If ratification is refused, assumption of the debt is deemed not to have occurred. If the obligor or the third party requests the obligee, specifying a period of time, to make a declaration relating to the ratification, the ratification may only be declared before the end of the period of time; if it is not declared it is deemed to be refused.

(3) As long as the obligee has not granted ratification, then in case of doubt the transferee is obliged to the obligor to satisfy the obligee in good time. The same applies if the obligee refuses ratification.

Section 416

(1) If the acquirer of a plot of land assumes a debt of the alienor for which there is a mortgage on the land, by contract with the latter, the obligee may only ratify the assumption of the debt if the alienor notifies him of it. If six months have passed since receipt of the notice, the ratification is deemed to have been granted

unless the obligee has previously refused it to the alienor; the provision of section 415 (2) sentence 2 does not apply.

(2) Notice by the alienor may only be made when the acquirer has been entered in the Land Register as owner. It must be made in writing and must include the statement that the transferee steps into the shoes of the previous obligor unless the obligee declares his refusal within that period of six months.

(3) The alienor must, on the demand of the acquirer, notify the obligee of the assumption of debt. As soon as the grant or refusal of the ratification is definite, the alienor must inform the acquirer.

Section 417

(1) The transferee may raise against the obligee the objections that arise from the legal relationship between the obligee and the previous obligor. He may not set off a claim to which the previous obligor is entitled.

(2) The transferee may not derive objections relating to the obligee from the legal relationship between the transferee and the previous obligor on which the assumption of debt is based.

Section 418

(1) As a result of the assumption of debt, the suretyships and security rights created for the claim are extinguished. If there is a mortgage or a ship mortgage for the claim the same thing occurs as if the obligee waives the mortgage or the ship mortgage. These provisions do not apply if the surety or the party that owns the mortgaged object at the time of the assumption of debt gives his consent.

(2) A preferential right linked to the claim in case of insolvency proceedings may not be asserted in the insolvency proceedings relating to the assets of the transferee.

Section 419

(repealed)

ภาคผนวก ข

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับปี 2004

(THE JAPAN CIVIL CODE)

From : <http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf> [2013,May 7]

The Japan Civil Code

Part III Claims Chapter I General Provisions

Section IV Assignment of Claims

Article 466

1 A claim may be assigned; provided, however, that, this shall not apply to the cases where its nature does not permit the assignment.

2 The provisions of the preceding paragraph shall not apply in cases where the parties have manifested their intention to the contrary; provided, however, that such manifestation of intention may not be asserted against a third party without knowledge.

Article 467

1 The assignment of a nominative claim may not be asserted against the applicable obligor or any other third party, unless the assignor gives a notice thereof to the obligor or the obligor has acknowledged the same.

2 The notice or acknowledgement set forth in the preceding paragraph may not be asserted against a third party other than the obligor unless the notice or acknowledgement is made using an instrument bearing a fixed date.

Article 468

1 In the cases where the obligor has given the acknowledgement referred to in the preceding Article without objection, even if there are grounds which could have been raised as a defense against the assignor, he/she may not raise such grounds as a defense against the assignee. In such case, if the obligor has paid any money or delivered anything or assumed a new obligation to or for the benefit of the assignor to obtain the extinction of his/her obligation, the obligor may recover the money paid or other thing delivered, or may deem that the new obligation had not been assumed, as the case may be.

2 In cases where the assignor has merely given notice of the assignment, the obligor may raise any ground as a defense against the assignee which accrues vis-à-vis the assignor before he/she receives such notice as a defense against the assignee.

Article 469

The assignment of any debt payable to order may not be asserted against the relevant obligor or any other third party unless the certificate representing such claim is tendered to the assignee with the endorsement of the relevant assignment.

Article 470

The obligor of any debt payable to order shall have the right, but not the obligation, to examine the authenticity of the identity of the bearer of the relevant certificate and the signature and seal affixed thereon; provided, however, that the performance of the applicable obligation shall be void if the obligor has knowledge or is grossly negligent.

Article 471

The provisions of the preceding Article shall apply mutatis mutandis to the cases where any certificate regarding the claim specifies the name of the obligee and note that the payment should be made to the bearer of such certificate.

Article 472

The obligor of a debt payable to order may not use any grounds which could have been raised as defenses against the obligee before the assignment of the relevant debt payable to order as defenses against an assignee without knowledge, except for the matter specified on the relevant certificate or any result which necessarily arises from the nature of such certificate.

Article 473

The provisions of the preceding Article shall apply mutatis mutandis to a bearer certificate of claims.

The Japan Civil Code

Part III Claims Chapter I General Provisions

Section V Extinction of Claims

Subsection III Novation

Article 513

1 If the parties conclude a contract which changes any element of an obligation, such obligation shall be extinguished by novation.

2 It is deemed that an element of obligation has been changed if a conditional obligation is made an unconditional obligation, if a condition is added to an unconditional obligation, or if any condition on an obligation is changed.

Article 514

A novation by substitution of obligor may be effected between the obligee and a person who becomes the obligor after the novation; provided, however, that, this shall not apply to the cases where it is contrary to the intention of the obligor prior to the novation.

Article 515

A novation by substitution of obligee may not be asserted against a third party unless it is made using an instrument bearing a fixed date.

Article 516

The provisions of paragraph 1 of Article 468 shall apply mutatis mutandis to the novation by substitution of obligee.

Article 517

If any obligation which arises by novation is not established or is rescinded on the ground of illegality or due to reasons unknown to the parties, the obligation which existed prior to the novation shall not be extinguished.

Article 518

To the extent of the purpose of the obligation in effect prior to the novation, the parties to the novation may convert the pledge or mortgage created as the security of such obligation to the obligation in effect after the novation; provided, however, that, in cases where any third party created such security, the acknowledgment of such third party must be obtained

The Japan Civil Code

Part III Claims Chapter I General Provisions

Section V Extinction of Claims

Subsection IV Release

Article 519

If an obligee manifests his/her intention to release an obligation to the obligor, such obligation shall be extinguished

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอิพร สุขเนตร เกิดวันที่ 5 ตุลาคม 2531 สำเร็จการศึกษาระดับชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นและตอนปลายจากโรงเรียนสตรีนนทบุรี จังหวัดนนทบุรี สำเร็จการศึกษาระดับปริญญานิติศาสตรบัณฑิตจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในปีการศึกษา2552 ได้รับประกาศนียบัตรสอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสมาคมฯที่ 64 ปีการศึกษา2554 เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา2554 และเป็นผู้ช่วยสอนของศาสตราจารย์ ดร.ศรินทร์กรณ์ โสทธิพันธ์