



บทที่ 3

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์

ปัจจุบันสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ ธนาคารได้รับเข้ามาเป็นหลักประกันมากขึ้น แต่เมื่อพิจารณาแล้วประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กล่าวถึงการโอนสิทธิการเช่า เฉพาะมาตรา 544 เท่านั้น (ซึ่งได้กล่าวแล้วในบทที่ 1) ความเป็นจริงแล้ว สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ยังมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่งในเรื่องอื่น ๆ อีกดังนี้

- 3.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง
- 3.2 การแปลงหนี้ใหม่
- 3.3 การจำนำสิทธิ
- 3.4 การเช่าช่วง

3.1 การโอนสิทธิเรียกร้อง

สิทธิเรียกร้องเป็นบุคคลสิทธิ ที่มีราคาและถือเอาได้จึงเป็นทรัพย์สินดั่งที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ผู้เป็นเจ้าของสิทธิเรียกร้องอาจโอนสิทธิของตนให้บุคคลภายนอกใช้สิทธินั้นแทนตนเองเป็นการเปลี่ยนมือเจ้าของสิทธิซึ่งเรียกทาง กฎหมายว่า "การโอนสิทธิเรียกร้อง" การโอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิที่จะโอนไปคือ บุคคลสิทธิในหนี้เกิดผลเป็นแต่ทำให้ผู้รับโอนได้เป็นเจ้าของหนี้ มีสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ ตามมาตรา 194, 214 แห่งกฎหมายลักษณะหนี้ การโอนไม่ว่าในลักษณะซื้อขายสินค้าเพื่อหวังผลกำไร การให้โดยเสน่หา หรือการโอนเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้

สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายนั้นมิอยู่หลายประเภท แยกตามมูลเหตุที่ทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องมิอยู่หลายอย่าง ได้แก่ สัญญา ละเมิด ลากอันมิควรได้และจัดการงานนอกสั่ง โดยเฉพาะสัญญานั้นยังแบ่งได้ออกเป็นได้หลายชนิดที่เรียกว่า เอกเทศสัญญา เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น นอกจากนี้ยังอาจจะเกิดจาก สัญญาชนิดพิเศษที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติลักษณะไว้อีก ส่วนมูลเหตุอื่นที่ทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องนอกจากสัญญาเกิดจากผลของกฎหมาย ซึ่งไม่ได้เกิดจากเจตนาที่จะเข้าผูกพันของคู่กรณี ดังเช่นเรื่องสัญญาสิทธิเรียกร้องที่กล่าวมานั้นมิใช่ทุกประเภทที่จะโอนกันได้ เพราะกฎหมายได้กำหนดหลักในเรื่องนี้ไว้ดังนี้

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 303 บัญญัติไว้ว่า "สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นแต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้"

ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น การแสดงเจตนาเช่นว่านี้ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต"

จากหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 303 และมาตรา 304 ข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่าสิทธิเรียกร้องทั่วไปย่อมโอนกันได้ นอกจากจะเข้าหลักยกเว้นดังนี้

ก. สิทธิเรียกร้องนั้นสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอนได้¹ หมายถึงหนี้เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นจะต้องใช้เฉพาะเจ้าหนี้ลูกหนี้เดิม จะชำระให้คนอื่นไม่

¹ เสนีย์ ปราโมช ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), หน้า 1242

ได้ ทั้งนี้ ไม่น่าจะหมายความถึงคุณสมบัติของบุคคลเป็นสำคัญ เช่นในเรื่องเช่า แม้คุณสมบัติของผู้เช่าจะเป็นสาระสำคัญ แต่ถ้าผู้ให้เช่ายินยอมก็โอนสิทธิกันได้ หรือในเรื่องการเช่าเป็นหุ้นส่วน แม้จะเป็นการอาศัยความไว้วางใจส่วนตัวแต่ก็ ยังอาจชักนำคนอื่นเข้ามาถือหุ้นได้ ดังนั้น กรณีสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอนได้ น่าจะเป็นกรณีที่แม้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องจะได้ยินยอมก็ยังโอนไม่ได้ เช่น สิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นมิใช่ตัวเงิน ได้แก่ สิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ได้แก่ ค่าเสียหายโคม ค่าทำขวัญ หรือค่าสินไหมทดแทน แก่หญิงที่ถูกกระทำผิดอาญาเป็น ทุรศีลธรรมแก่ตน ซึ่งสิทธิเรียกร้องเหล่านี้โอนกันไม่ได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญา หรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 หรือสิทธิที่จะได้ ค่าอุปการะเลี้ยงดูระหว่างสามีกับภรรยา และระหว่างบิดามารดากับบุตร ตามที่ บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 มาตรา 1563 และ มาตรา 1564 สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิเฉพาะตัว และสามารถสิ้นสุดลงเนื่องจากความ ตายของเจ้าของสิทธิ จึงโอนให้บุคคลอื่นไม่ได้

ข. คู่กรณีแห่งสิทธิเรียกร้องเจตนาห้ามโอนไว้² คือ เป็นกรณีที่ลูกหนี้ และเจ้าหนี้ได้แสดงเจตนากันไว้แต่เริ่มแรกที่มีหนี้เกิดขึ้น ห้ามมิให้มีการโอนสิทธิ เรียกร้อง เนื่องจากสิทธิเรียกร้องเป็นความเกี่ยวพันระหว่างบุคคล ดังนั้น หากคู่ กรณีจะแสดงเจตนาไม่ต้องการให้มีการเปลี่ยนมือก็ย่อมได้ แต่ถ้ามีการโอนโดย ผ่าฝืนไปก็ไม่อาจยกข้อตกลงห้ามโอนนั้น เรื่องการแสดงเจตนาห้ามโอนนั้น ถ้ามี ระบุไว้แจ้งชัดในสัญญาก็จะไม่มีปัญหา แต่ถ้าเป็นกรณีที่ไม่มีข้อตกลงห้ามโอนไว้แจ้ง ชัดก็จำต้องพิจารณาดูว่าเป็นเรื่องที่มุ่งหมายคุณสมบัติส่วนบุคคล ตามที่กฎหมายระบุ ไว้หรือไม่ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดไว้ว่าสัญญาประเภทนั้นคู่สัญญา จะโอนสิทธิไม่ ได้เว้นแต่จะตกลงกันไว้โดยเฉพาะเป็นพิเศษในสัญญานั้นเช่น สัญญาเช่าทรัพย์สินตาม มาตรา 544 สัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 606 เป็นต้น ดังนั้น ถ้าหากเป็น

² เรื่องเดิม, หน้า 1243.

สัญญาเหล่านี้ย่อมถือได้ว่าการแสดงเจตนาห้ามโอนโดยปริยายตามที่มีคำพิพากษาฎีกาวางหลักไว้ดังนี้ คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2502 ลิทธิเป็นทรัพย์สิน แต่สิทธิการเช่าต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายและสัญญา ซึ่งผู้เช่าจะโอนโดยผู้ให้เช่าไม่ยินยอมไม่ได้ เมื่อยังไม่ปรากฏว่าผู้ให้เช่ายินยอม ศาลก็ไม่บังคับให้โอน

คำพิพากษาฎีกาที่ 935/2508 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 ย่อมเป็นหลักอยู่ว่า ลิทธิเรียกร้องที่จะได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ต่อทรัพย์สินที่เช่าต่อผู้ให้เช่านั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัวผู้เช่าเท่านั้น จะโอนแบ่งตามกฎหมายครอบครัว มรดกก็ดี ตามนิติกรรมก็ดี ถ้ามิได้มีข้อตกลงไว้ในสัญญาเช่าหรือมิได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าแล้ว ก็เป็นอันจะโอนแบ่งไปยังบุคคลภายนอก แม้จะเป็นสามีหรือทายาทของผู้เช่าไม่ได้ และในเรื่องที่กฎหมายระบุไว้นี้บุคคลภายนอก จะอ้างความสุจริตของตนมาใช้อ้างว่าไม่ทราบถึงเรื่องห้ามโอนย่อมไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ และผู้รับโอนจำต้องตรวจดูให้แน่ชัดว่ามีข้อตกลงให้โอนสิทธิได้หรือไม่

ค. ลิทธิเรียกร้องที่ศาลสั่งยึดไม่ได้ตามกฎหมายย่อมโอนไม่ได้^๓ หมายถึง ลิทธิเรียกร้องที่กฎหมายระบุไว้ว่ามีอาจยึดได้ก็ต้องห้ามโอนด้วย เพื่อรักษาไว้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ หรือเมื่อลูกหนี้เป็นผู้ใช้สิทธิโดยเฉพาะส่วนตัว เช่น ลิทธิถอนทรัพย์สินตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 335 ลิทธิที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดู ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598 นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 268 ได้บัญญัติประเภทของสิทธิเรียกร้องที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีอันได้แก่

^๓ เรื่องเดิม, หน้า 1244.

"(1) เบี้ยเลี้ยงชีพซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ และเงินรายได้เป็นคราว ๆ อันบุคคลภายนอกได้ยกให้เพื่อเลี้ยงชีพเป็นจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควร

(2) เงินเดือน ค่าจ้าง บำนาญ บำเหน็จ และเบี้ยหวัดของข้าราชการ หรือลูกจ้างของรัฐบาล และเงินสงเคราะห์ หรือบำนาญที่รัฐบาลได้จ่ายให้แก่คู่สมรส หรือญาติที่ยังมีชีวิตของบุคคลเหล่านั้น

(3) เงินเดือน ค่าจ้าง บำนาญ ค่าชดใช้ เงินสงเคราะห์หรือรายได้อื่นในลักษณะเดียวกันของพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงานนอกจากที่กล่าวไว้ใน (2) ที่นายจ้างจ่ายให้บุคคลเหล่านั้นหรือคู่สมรสหรือญาติที่ยังมีชีวิตของบุคคลเหล่านั้นเป็นจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควร

(4) เงินฌาปนกิจสงเคราะห์ที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้รับอันเนื่องมาแต่ความตายของบุคคลอื่น เป็นจำนวนตามที่จำเป็นในการดำเนินฌาปนกิจศพตามฐานะของผู้ที่ศาลเห็นสมควร

ในการกำหนดจำนวนเงินตาม (1) และ (3) ให้ศาลกำหนดให้ไม่น้อยกว่าอัตราเงินเดือนขั้นต่ำสุดของข้าราชการพลเรือนในขณะนั้น ทั้งนี้โดยคำนึงถึงฐานะในทางครอบครัวของลูกหนี้ตามคำพิพากษา และจำนวนบุพการีและผู้สืบสันดาน ซึ่งอยู่ในความอุปการะของลูกหนี้ตามความอุปการะของลูกหนี้ ตามคำพิพากษาดังนี้"

สิทธิเรียกร้องเหล่านี้ แม้เจ้าของสิทธิจะยินยอมให้โอนก็ไม่อาจจะมีผลเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย แต่ถ้าเจ้าของสิทธิได้รับเงินตามสิทธิดังกล่าวมาแล้วค่อยโอนก็ไม่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะขาดจากสภาพการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายแล้ว

แบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งมีผลตามกฎหมายนั้น ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามที่ระบุในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจจะแยกออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระแก่หนี้คนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะ

(2) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่ง

ข้อแตกต่างของการโอนสิทธิเรียกร้องทั้งสองชนิดข้างต้น คือ

1. หนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ลูกหนี้รู้แน่นอนแล้วว่าต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้ใด แต่หนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งนั้น ลูกหนี้ยังไม่รู้แน่นอนจนกว่าเขาจะสั่ง เช่น หากนาย ก. ให้นาย ข. กู้เงินไป 500 บาท นาย ข. รู้แน่ชัดว่าตนต้องชำระหนี้ให้นาย ก. แต่หากในการกู้เงินนั้น นาย ก. ออกตั๋วแลกเงินสั่งให้นาย ข. จ่ายเงิน 500 บาท แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งตามที่นาย ก. จะสั่งให้จ่าย หรือแก่ผู้นำตั๋วแลกเงินมาขึ้นเงิน ดังนั้นนาย ข. จะยังไม่ทราบแน่ชัดว่าจะจ่ายเงินให้ใครจนกว่านาย ก. จะระบุในตั๋วแลกเงิน หรือมีคนนำตั๋วแลกเงินมาขึ้นเงิน ข้อสังเกตอย่างหนึ่งก็คือหนี้ที่ต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นวัตถุประสงค์แห่งหนี้จะเป็นการกระทำ และงดเว้นกระทำก็ย่อมได้ แต่หนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งนั้น วัตถุประสงค์แห่งหนี้โดยมากเป็นการสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบสินค้า ไม่มีการกระทำ หรืองดเว้นกระทำในเรื่องดังกล่าว

⁴ ไกวัล ชุ่มวัฒนะ, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528) หน้า 76-80.

2. แบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง ในหนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงนั้น กฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือระหว่างกัน เพื่อที่จะใช้ยื่นแก่ลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกได้ และต้องส่งคำบอกกล่าวหรือจัดให้ลูกหนี้ยินยอมเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 แต่หนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งนั้น เมื่อมีตราสารเป็นคำสั่งขึ้นมาแล้ว มีการสลักหลังในตราสารนั้น และส่งมอบให้ผู้รับโอน การโอนนั้นก็สำเร็จบริบูรณ์ใช้ยื่นลูกหนี้ บุคคลภายนอกได้ โดยไม่ต้องบอกกล่าว หรือให้ความยินยอมของลูกหนี้ เพียงแต่ถึงเวลาที่กำหนดตามสิทธิเรียกร้อง (ส่วนมากจะระบุไว้ในตราสาร) ก็นำตราสารนั้นไปยื่นต่อลูกหนี้ใช้ชำระหนี้เท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 309-313

3. ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงนั้น โดยทั่วไปดำเนินตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เพราะลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวการโอน ชอบที่จะยกข้อต่อสู้อันมีต่อผู้โอนแต่เดิมก่อนเวลา รับคำบอกกล่าวขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้ทั้งสิ้น เว้นแต่ลูกหนี้จะได้สละสิทธิด้วยการยินยอมในการโอนโดยมิได้อัดเงื่อนไขหรือสงวนสิทธิไว้ ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 308 แต่การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งนั้น ผู้รับโอนมีสิทธิดีกว่าผู้โอนก็ได้ ถ้าได้รับโอนไปโดยสุจริต เพราะลูกหนี้ตามตราสารจะยกขึ้นต่อสู้ซึ่งมีต่อเจ้าหนี้เดิมขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับโอนสุจริตหรือไม่ได้ เว้นแต่ข้อต่อสู้นั้นจะปรากฏในตราสารตามที่บัญญัติไว้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 312

ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย

การโอนสิทธิเรียกร้องย่อมก่อให้เกิดผลทางปฏิบัติแก่คู่กรณีสามฝ่าย คือ ผู้โอน ผู้รับโอน และลูกหนี้ โดยพอจะอธิบายได้ดังนี้

ประโยชน์ทางฝ่ายผู้โอน^๕

การโอนสิทธิเรียกร้อง ทำให้ผู้โอนสามารถใช้ประโยชน์จากสิทธินั้นได้ ก่อนที่สิทธินั้นจะถึงกำหนดตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา เช่น ก. โอนสิทธิเรียกร้องในการเป็นเจ้าของเงินกู้ของ ข. ให้แก่ ค. แม้หนี้นั้นจะยังไม่ถึงกำหนดชำระเงินตอนที่โอนแต่ ก. ก็สามารถโอนให้ ค. ก่อนได้ โดยอาจเสียค่าตอบแทนบางส่วนให้ ค. แต่ก็ทำให้ ก. ได้ใช้เงินเร็วขึ้นและผู้โอนก็ไม่ต้องเสียเวลาที่จะต้องไปเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้เอง ซึ่งอาจทำให้เสียเวลาเสียค่าใช้จ่ายมาก และหากลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ตรงตามกำหนด หรือลูกหนี้ขอผ่อนผันหรือเพิกเฉยผู้โอนก็ไม่ต้องเสียเวลาไปคอยทวงถามหรือฟ้องคดีอีก เพราะผู้โอนได้รับเงินไปแล้ว

ประโยชน์ทางฝ่ายลูกหนี้^๕

การโอนสิทธิเรียกร้องก่อให้เกิดผลแก่ลูกหนี้ไม่มากนัก เพราะไม่ใช่บุคคลที่แสดงเจตนาในการโอนโดยตรง หากแต่เป็นเพียงผู้รับผลจากการแสดงเจตนาโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นลูกหนี้จะได้รับประโยชน์ก็โดยทางอ้อม เช่น ผู้รับโอน ซึ่งเข้ามาเป็นเจ้าของใหม่ปฏิบัติต่อลูกหนี้ดีกว่าหรือผ่อนผันมากกว่าผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้เดิม แต่บางกรณีอาจเป็นได้ว่าลูกหนี้อาจให้ญาติพี่น้องหรือเพื่อนสนิทเข้ามารับโอนสิทธิเรียกร้องจากผู้โอน เพื่อเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้แทนผู้โอน แล้วจะได้ผ่อนผันให้ลูกหนี้มากกว่าเดิมหรือสามารถตกลงกันได้สะดวก

^๕ เสนีย์ ปราโมช ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, หน้า 1289-1290.

^๕ เรื่องเดิม, หน้า 1291

ประโยชน์ของผู้รับโอน⁷

การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นแนวความคิดของประเทศต่าง ๆ เหมือนกับการขายสินค้า และในกฎหมายแพ่งไทยปัจจุบันก็มีแนวความคิดดังนี้เช่นกัน ดังเช่น การรับซื้อลดเช็ค เป็นต้น การโอนสิทธิเรียกร้องต่างกับการขายสินค้าอยู่ประการหนึ่งที่สามารถสังเกตได้ง่าย คือ การขายสินค้า ผู้ขายย่อมเป็นผู้ได้กำไรและผู้ซื้อได้ประโยชน์จากสินค้า แต่การโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้โอนได้รับประโยชน์ที่ได้เงินมาใช้ก่อนถึงกำหนดแห่งสิทธิเรียกร้องจริง แต่ผู้ที่ได้กำไรกลับเป็นผู้รับโอน เพราะจะได้ค่าตอบแทนในการรับโอน หรืออาจชำระค่าโอนไปน้อยกว่ามูลค่าที่แท้จริง ซึ่งลักษณะที่การค้าหากำไรนี้เองที่มีส่วนทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องต่างกับการรับช่วงสิทธิ

นอกจากนี้การโอนสิทธิเรียกร้องยังทำให้ผู้รับโอน สามารถมั่นใจในการได้รับชำระหนี้มากขึ้น เพราะสามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อีกคนหนึ่ง และหากไม่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ ก็ยังสามารถเรียกให้ผู้โอนชำระหนี้ได้หรือหากลูกหนี้เดิมคือผู้โอนมีฐานะไม่ดีหรือล้มละลายผู้รับโอนก็สามารถเอาชำระหนี้กับลูกหนี้ได้ ดังที่มีคำพิพากษาฎีกาวางหลักไว้ คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 395/2502 การโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่กัน ที่มีความเพิ่มเติมว่าถ้าผู้รับโอนไม่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ ภายในกำหนดเวลาไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ ให้ผู้รับโอนมีสิทธิเลือกเรียกร้องเอาจากผู้โอนได้นั้น ถือได้ว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องกัน แล้วผู้โอนตกลงประกันหนี้รายนั้นกับผู้รับโอนไว้ด้วยเท่านั้น

⁷ เรื่องเดิม, หน้า 1291, 1293



ตามหลักนั้นแม้ไม่ระบุไว้ในหนังสือโอน หากผู้รับโอนไม่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ ผู้รับโอนก็ยังมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้โอนชำระหนี้อยู่ เพราะหนี้ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนไม่ได้ระงับไปเพราะโอนสิทธิเรียกร้อง

ผลแห่งการโอนสิทธิเรียกร้อง ทำให้ผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าของหนี้แทนผู้โอน โดยทั่วไปผู้รับโอนได้สิทธิอย่างเดียวกับผู้โอน เว้นแต่กรณีที่ลูกหนี้ให้ความยินยอม โดยมีได้คิดเอื้อนตามมาตรา 308 วรรค 1 หรือ การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามเช่าสัง ตามมาตรา 309 แต่ต้องมีการปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดให้ครบถ้วน และผลประการหนึ่งคือผู้โอนย่อมขาดความสัมพันธ์กับลูกหนี้ ไม่อาจไปเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนได้อีกหากได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องครบถ้วนตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามที่มีคำพิพากษาศาลฎีกาว่ากล่าวหลักไว้คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 706/2474 เจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องให้ผู้อื่นไปแล้ว ภายหลังจะนำเอาเอกสารเดิมมาฟ้องเรียกหนี้จากลูกหนี้ โดยมีผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องนั้นกลับคืนมาไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 149/2527 เจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้ยอมรับเงินจำนวน 20,000 บาท ที่ธนาคารกรุงไทย จำกัด จ่ายทอดรองให้ไป แล้วทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องตามตัวสัญญาใช้เงิน ซึ่งบริษัทลูกหนี้ออกให้แก่เจ้าหนี้จำนวนเงิน 100,000 บาท ให้แก่ธนาคารกรุงไทย จำกัด เพื่อให้ธนาคารเป็นผู้ขอรับเงินส่วนเฉลี่ยที่จะได้รับทั้งหมด จากผู้รับชำระบัญชีหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เมื่อหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินดังกล่าวเป็นหนี้อันไม่อาจแบ่งแยกได้ เจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้จะโต้เถียงอ้างว่า ตนมีสิทธิตามตัวสัญญาใช้เงินรายนี้ส่วนที่ยังไม่ได้ชำระ ผิดข้อสัญญาที่ทำให้ไว้หาได้ไม่ ทั้งธนาคารกรุงไทย จำกัด ได้ใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ไว้แล้ว เจ้าหนี้ไม่มีสิทธินำตัวสัญญาใช้เงินรายนี้มาขอรับชำระหนี้อีก เมื่อผู้รับโอนได้โอนสิทธิเรียกร้องมาจากผู้โอนแล้ว ย่อมสามารถเรียกให้ลูกหนี้ตามวัตถุหรือจำนวนเท่าที่เป็นหนี้กันอยู่แต่เดิม ในนามของผู้รับโอนเอง ได้สิทธิเรียก

รื่องนั้นรวมถึงสิทธิอุปกรณ์แห่งสิทธิ เรียกรื่องนั้นด้วย ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ การโอนสิทธิการเช่าตามมาตรา 544 เทียบกับการโอนสิทธิเรียกรื่องตามมาตรา 303-312 มีลักษณะดังนี้

ตามมาตรา 303 กล่าวว่า "สิทธิเรียกรื่องท่านว่าจะฝังโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้" สิทธิการเช่า โดยปกติเป็นบุคคลสิทธิ สิทธิเฉพาะตัวบังคับได้ระหว่างคู่กรณี ตามมาตรา 544 ระบุว่า "ทรัพย์สินซึ่งเช่านั้นผู้เช่าจะให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิของตนอันมีในทรัพย์สินนั้น ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอก ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า" แสดงว่า ถ้าตกลงกันไว้ในสัญญาเช่า สิทธิการเช่าก็สามารถโอนได้ แต่ความเป็นจริงสิทธิการเช่าก็สามารถโอนได้ตามสภาพ

ในการโอนสิทธิเรียกรื่อง มีคู่กรณี 3 ฝ่าย คือ ผู้ให้เช่า ผู้โอน และผู้รับโอน การโอนสิทธิการเช่าก็มีคู่กรณี 3 ฝ่าย คือ ผู้ให้เช่า ผู้เช่า ผู้รับโอน และต่างก็โอนไปเฉพาะ "สิทธิ" ส่วน "หน้าที่" มิได้โอนตามไปด้วย

มีความเห็นของนักกฎหมายว่า การโอนสิทธิการเช่า มีหลักเกณฑ์ตามมาตรา 303 ถึง 313 ซึ่งต้องทำเป็นหนังสือ มิฉะนั้นการโอนจะไม่สมบูรณ์^๕

^๕ ประพนธ์ ศาตะมาน, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ. (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2515), หน้า 186

อีกท่านหนึ่งเห็นว่า การโอนสิทธิตามสัญญาเช่า เป็นเพียงการโอนสิทธิ เรียกร้อง ต้องทำเป็นหนังสือเสมอ (ตามมาตรา 306) มิฉะนั้นการโอนจะไม่ สมบูรณ์^๑

ความเห็นของผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นข้างต้น เห็นว่า การโอน สิทธิการเช่าเป็นการโอนเฉพาะ "สิทธิ" แต่ "หน้าที่" มิได้โอนไปด้วย และการ โอนสิทธิเรียกร้อง ก็โอนไปเฉพาะ "สิทธิ" แต่ "หน้าที่" มิได้โอนไปด้วย จึง เห็นว่า การโอนสิทธิการเช่า ความจริงคือการโอนสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่งตาม หลักทั่วไป แต่กฎหมายเช่าทรัพย์ได้บัญญัติเอาไว้เฉพาะในมาตรา 544 แล้ว จึง ไม่นำบทบัญญัติในหลักทั่วไปในเรื่อง การโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ในเรื่องที่ได้มี บัญญัติเอาไว้แล้วในมาตรา 544 แต่ในส่วนที่ไม่มีบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 544 ก็ จำต้องนำเอาหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตั้งแต่มาตรา 303- 313 มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพหรือลักษณะของสัญญาเช่าทรัพย์ และไม่ขัด ต่อกฎหมายเช่าทรัพย์

ถ้าพิจารณาก็เห็นได้ว่า ในมาตรา 544 มิได้บัญญัติถึงวิธีการโอนสิทธิ การเช่าระหว่างผู้โอน (ผู้เช่า) กับผู้รับโอน (บุคคลภายนอก) ไว้ จึงต้องนำ หลักทั่วไปในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 มาใช้บังคับ ซึ่งบัญญัติ ว่า "การโอนหนี้อันพึงจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ การโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้จะ ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ ท่านว่า ต้อง ทำเป็นหนังสือ....." ดังนั้นการโอนสิทธิการเช่าต้องทำเป็นหนังสือ คือ ต้องมี

^๑มานะ นิตยาภรณ์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะเช่า ทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของและรับขน. (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ประชาชน, 2529), หน้า 81, 82

การลงลายมือชื่อของทั้งสองฝ่ายในสัญญาฉบับเดียวกันด้วย มิฉะนั้นการโอนสิทธิ การเช่านั้นจะไม่สมบูรณ์

การโอนสิทธิการเช่า ซึ่งต้องทำเป็นหนังสือ ตามมาตรา 306 นี้ ใ้ กับการสิทธิการเช่าในสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในทรัพย์สินอื่นด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าต่างกับเรื่องการโอนทรัพย์สินที่เช่า ถ้าหากเป็นการโอน อสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่เช่าต้องทำเป็น หนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 456 ส่วนการโอนสังหาริมทรัพย์ธรรมดาซึ่งเป็นทรัพย์สินที่เช่า เพียงตกลงด้วย วาจาก็มีผลใช้ได้

3.2 การแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ (Novation) มีลักษณะใกล้เคียงกับการโอนสิทธิ เรียกร้อง ซึ่งเป็นบททั่วไปของการโอนสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์มากเพราะ เกิดขึ้นจากนิติกรรมสัญญาเป็นส่วนใหญ่ เช่นเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง โดย เฉพาะตามมาตรา 349 วรรคท้าย ได้ระบุไว้ว่า "ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยการ เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วย โอนสิทธิเรียกร้อง

การแปลงหนี้ใหม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ ในประเด็นกฎหมายที่ได้ตั้งไว้ในบทที่ 2 ที่เมื่อธนาคารรับโอนสิทธิการเช่าใน ความหมายของธนาคาร ธนาคารจะให้มีการทำสัญญาใหม่ระหว่างผู้ให้เช่ากับ ธนาคาร หรือผู้ให้เช่ากับผู้รับโอนสิทธิการเช่าที่ประสงค์จะรับโอน โดยธนาคาร เป็นผู้จัดการจะเป็นเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้หรือไม่ จะได้ พิจารณากันต่อไป

ผู้ที่จะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ มาตรา 349 ระบุว่าได้แก่ คู่กรณีผู้เกี่ยวข้อง (parties concerned) ซึ่งในที่นี้ก็คือ ลูกหนี้ เจ้าหนี้ ในหนี้เดิมนั่นเอง และต้องเปลี่ยนในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ อาจจะเป็นการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ หรือวัตถุที่ประสงค์แห่งหนี้ หรือต้องการเปลี่ยนเงื่อนไขแห่งหนี้ ก็ทำได้ โดยคู่กรณีที่เกี่ยวข้องก็คือ ลูกหนี้และเจ้าหนี้เดิม แต่การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างแจ่มชัดมี 2 ประการ คือ

1. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้
2. การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ในมาตรา 349 วรรค 3 ให้บังคับตามลักษณะโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งดังที่ศึกษามาในข้อ 3.1 เจ้าหนี้คนเก่ากับเจ้าหนี้คนใหม่ เป็นผู้ทำสัญญาโดยไม่ต้องนำลูกหนี้เข้ามาทำสัญญาด้วย แต่ต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ หรือให้ลูกหนี้ยินยอมด้วย ตามมาตรา 306 จึงจะยกเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ แต่การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ในมาตรา 350 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า คู่กรณีผู้เกี่ยวข้องต้องทำสัญญากันคือ เจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ ลูกหนี้เก่าไม่เกี่ยวข้องด้วย เพียงแต่อย่าให้ขโมยใจลูกหนี้เดิม แต่ก็ไม่ห้ามการที่จะเอาลูกหนี้เดิมเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย เมื่อลูกหนี้เดิมได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยแล้ว จะได้ผลดีเป็นพิเศษว่า ลูกหนี้เดิมจะโต้เถียงว่าการแปลงหนี้ใหม่นั้นได้ทำไปโดยขโมยใจตนไม่ได้ แสดงว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ลูกหนี้เดิมต้องยินยอมด้วย

ผลของการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ทำให้หนี้เดิมระงับลง และเกิดเป็นหนี้ใหม่ขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคแรก และทำให้หลักประกันหนี้ต่าง ๆ คือ จำนอง จำน่า หรือค้ำประกันที่บุคคลภายนอกให้ไว้สิ้นสุดลง เว้นแต่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้จำนอง หรือจำนำ จะได้ให้ความยินยอมให้โอนไป

ยังเจ้าหนี้ใหม่ด้วย ตามที่บัญญัติในมาตรา 352

ในบางครั้งการพิจารณาการเปลี่ยนแปลงตัวผู้รับชำระหนี้อาจทำให้เราวินิจฉัยผิดว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หรือเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง จะทำให้เกิดความผิดพลาดในการนำมาใช้ และเกิดผลในทางตรงข้าม

สิ่งที่สำคัญที่นำมาใช้ในการพิจารณาก็คือ การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นการที่ผู้รับโอนได้รับไปเฉพาะสิทธิ แต่การแปลงหนี้ใหม่นั้นเจ้าหนี้ใหม่รับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ตามหนี้เดิม ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับเรื่องนี้ และยังไม่อาจหาคำตอบได้แน่ชัดคือ เรื่องแบบที่แตกต่างกันระหว่างการแปลงหนี้ใหม่กับการโอนสิทธิการเรียกร้องนั้น เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ถ้าเป็นหนี้อันพึงต้องชำระ โดยเฉพาะเจาะจงนั้นต้องทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน และมีการบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 ซึ่งจะเห็นว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงคือผู้โอนและผู้รับโอน ส่วนในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ นอกจากเรื่องแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ซึ่งนำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับแล้ว การแปลงหนี้ใหม่นั้นต้องเกิดจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเพื่อเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ ตามมาตรา 349 วรรคแรก ในหลักกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่นั้น กฎหมายไม่ได้บังคับว่าจะต้องทำเป็นหนังสือหรือไม่ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่าเป็นการแปลงหนี้ตามสัญญาอะไร และกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือหรือไม่ อย่างไรก็ตามคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการแปลงหนี้ใหม่ ได้แก่เจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่หรือลูกหนี้ใหม่ กับลูกหนี้เดิมซึ่งบุคคลทั้งสามต้องรับรู้และยินยอมในการแปลงหนี้ใหม่ด้วย ซึ่งต่างกับการโอนสิทธิเรียกร้อง อุทาหรณ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ที่เป็นปัญหา เช่น นาย ก. ทำสัญญาจะขายที่ดินให้ นาย ข. และนาย ข. ได้ไปทำสัญญาจะขายที่ดินแปลงเดียวกันนั้นต่อให้นาย ค. และนาย ค. ก็ได้ทำสัญญาจะขายที่ดินแปลงนั้นต่อให้นาย ง. หรือคนอื่นต่อไปเรื่อย และคนสุดท้ายได้บอกกล่าวแก่นาย ก. เพื่อขอรับโอนที่ดินตามสัญญาดังนี้การโอนในรูปนี้จะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยกัน หรือเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งเรื่องนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้หลายเรื่องด้วยกัน คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2531/2522 จำเลยที่ 1 ตกลงกับจำเลยที่ 2 ให้จำเลยที่ 2 ชำระเงินแก่ผู้เช่าและรับโอนสิทธิแทน โดยจำเลยที่ 1 จะชำระเงินและโอนสิทธิคืนจากจำเลยที่ 2 ทั้งนี้ จำเลยที่ 1 เป็นทั้งเจ้าหนี้ลูกหนี้จำเลยที่ 2 ตกลงกับโจทก์ให้โจทก์ชำระหนี้แก่จำเลยที่ 2 และโอนสิทธิการเช่าแก่โจทก์ เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องจำเลยที่ 2 กับโจทก์ตกลงกันด้วยวาจา ไม่ได้ทำเป็นหนังสือไม่สมบูรณ์

สัญญาได้กำหนดวันชำระเงิน เจ้าหนี้บอกกล่าวให้ลูกหนี้นำเงินมาชำระภายใน 3 วัน นับแต่วันรับหนังสือ หากพ้นกำหนดจะถือเป็นการถอนคำมั่น เป็นการกำหนดเวลาชำระหนี้ และบอกเลิกสัญญาเมื่อนั้นเวลากำหนดด้วย

สัญญาซึ่งลงลายมือชื่อทั้ง 2 ฝ่าย บ่งชัดว่าเป็นสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ไม่ใช่เพียงคำมั่น จำเลยบอกกล่าวกำหนดวันให้โจทก์ชำระเงิน โจทก์ไม่ชำระตามกำหนด โจทก์ไม่มีสิทธิบังคับให้จำเลยชำระหนี้ คือ โอนสิทธิการเช่าตอบแทนโดยฟ้องขอให้โอน และรับชำระหนี้จากโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 485/2524 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินให้แก่ ห. ชำระราคาแล้ว ห. ทำสัญญาจะขายต่อแก่ ผ. ผ. ทำสัญญาจะขายต่อแก่โจทก์ โจทก์กับจำเลยทำสัญญาจะซื้อขายกันอีก ระบุว่าโจทก์ชำระราคาแล้ว ดังนั้นสัญญาจะซื้อขายตั้งแต่ ห. เป็นลำดับถึงโจทก์เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรค 3 ซึ่งให้ใช้บังคับตามมาตรา 306 ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องจำเลยทำสัญญากับโจทก์เป็นการยินยอมในการแปลงหนี้ใหม่ เกิดเป็นหนี้ระหว่างโจทก์จำเลย จำเลยระบุว่ารับชำระราคาแล้วโจทก์บังคับให้จำเลยโอนขายตามสัญญาได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3533/2525 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินแก่ ข. เพื่อนำไปแบ่งเป็นแปลงย่อยจัดสรรให้เช่าซื้อ เมื่อผู้เช่าซื้อรายใดชำระค่าเช่าซื้อ

ครบแล้ว ข. ก็ให้จำเลยโอนที่ดินให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น ต่อมาจำเลยแจ้งให้ผู้เช่าซื้อมาชำระเงิน และทำสัญญาเช่าซื้อใหม่กับจำเลยโดยตรง หลังจากนั้น ข. โอนสิทธิของตนให้แก่โจทก์ เมื่อข้อตกลงตามสัญญาระหว่างจำเลยกับ ข. มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน การที่ ข. โอนสิทธิของตนแก่โจทก์ จึงเป็นการแปลงหนี้ใหม่เมื่อโจทก์และจำเลย ซึ่งต่างอยู่ในฐานะที่เป็นทั้งเจ้าหนี้ และลูกหนี้ คนใหม่มิได้ทำสัญญากันขึ้นใหม่ หนี้ใหม่ระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงยังไม่เกิดขึ้นและไม่มิตีสัมพันธ์ต่อกัน โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องขอให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาที่ตนรับโอนมา

ซึ่งท้ายคำพิพากษาฎีกาทั้งสามเรื่องนั้น ศาลตราจารย์ จิตติ ดิงศภักย์ ได้ให้หมายเหตุ เกี่ยวกับลักษณะของการเปลี่ยนแปลงหนี้ใหม่ และการโอนสิทธิ เรียกร้องไว้ด้วยความเห็นอย่างเดียวกันดังนี้ คือ การแปลงหนี้ใหม่ต้องตกลงเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง คือ เจ้าหนี้ 1 ลูกหนี้เดิม 1 กับผู้มาเป็นเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ใหม่อีก 1 แต่ตามคำพิพากษาฎีกาทั้งสามเรื่องเป็นการทำสัญญาระหว่าง คู่กรณี 2 ฝ่าย เพราะฝ่ายที่ได้รับชำระเงิน และโอนที่ดินมิได้ตกลงด้วย ดังนี้ ย่อมไม่เป็นการแปลงหนี้ตามกฎหมาย ศาลฎีกาพิจารณาเห็นในเรื่องนี้ว่ากรณีเป็นการโอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาต่างตอบแทนเท่ากับเป็นการแปลงหนี้ใหม่ โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้และเจ้าหนี้ซึ่งต้องทำเป็นหนังสือ แต่หากพิจารณาให้ดีจะเห็นว่า เป็นการโอนเฉพาะสิทธิเท่านั้นส่วนหน้าที่ชำระเงินยังคงอยู่กับผู้โอนตามเดิม ศาลฎีกามีความเห็นไปในทำนองที่ว่า การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่างตอบแทนไม่มี จะโอนก็โดยวิธีแปลงหนี้ใหม่เท่านั้น แต่ศาลตราจารย์ จิตติ ให้ข้อสังเกตว่า การโอนสิทธิเรียกร้องมิได้บัญญัติว่าจะโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่างตอบแทนไม่ได้ และเคยมีบรรทัดฐานแล้ว เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 2046/2516 วินิจฉัยว่าผู้ซื้อ โอนสิทธิแก่ผู้รับโอนได้ ผู้ซื้อเดิมต้องชำระราคา ซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง แต่ต่อมากลับมีคำพิพากษาฎีกาที่ 2472 ถึง 2473/2529 วินิจฉัยกลับหลักดังกล่าวโดยวางแนวตามคำพิพากษาฎีกาทั้งสาม เรื่องข้างต้นอีก

นอกจากนี้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ นั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะกฎหมายให้นำเอาหลักเกณฑ์การโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ โดยใช้วิธีบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ก็เพียงพอ มิจำเป็นต้องถึงกับให้ลูกหนี้ยินยอมหรือเข้าทำสัญญาด้วย สิ่งที่ต้องพิจารณาให้ดี คือเจ้าหนี้ใหม่ในการแปลงหนี้ใหม่จะต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ และการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ทำให้หนี้เดิมระงับ

ตามอุทาหรณ์และคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ผู้เขียนก็มีความเห็นเช่นเดียวกับ ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ เห็นว่าการแปลงหนี้ใหม่เป็นการโอนสิทธิและหน้าที่ และจะต้องเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ และลูกหนี้ด้วย การทำสัญญาตกลงระหว่างเจ้าหนี้เดิมและเจ้าหนี้ใหม่ เพื่อโอนสิทธินั้นไม่ใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามกฎหมาย และเห็นว่าผลเสียของการพิจารณาว่าเป็นเรื่องแปลงหนี้ใหม่ แทนที่จะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมีอยู่มาก เพราะหากพิจารณาว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ แต่แบบไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย จะกลายเป็นอันสิ้นผลบังคับทั้ง ๆ ที่จะมีผลสมบูรณ์ถ้าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง และถ้าเห็นว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ทำให้หนี้เดิมระงับทั้ง ๆ ที่ความจริงเป็นเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องและหนี้เดิมมิได้ระงับไปแต่อย่างใด เจ้าหนี้เดิมยังคงต้องผูกพันอยู่ ซึ่งเมื่อมีการวินิจฉัยผิดก็จะทำให้เกิดผลเสียแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เข้ามารับโอนสิทธิเป็นอย่างมาก

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องการโอนสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์เทียบกับการแปลงหนี้ใหม่ การโอนสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามมาตรา 544 ผู้เช่าจะโอนสิทธิการเช่าให้ผู้รับโอนต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า ผู้รับโอนจึงจะเข้าสวมสิทธิผู้เช่าเดิม

ตามมาตรา 349 วรรคท้ายบัญญัติว่า "ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง"

แสดงว่า ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ต้องใช้กฎหมาย เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องบังคับ เมื่อพิจารณาเหตุผลของการแปลงหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่ทำให้หนี้เดิมระงับ แต่การโอนสิทธิเรียกร้องมีเจตนาที่สงวนหนี้ไว้ เพื่อโอนให้เจ้าหนี้รายใหม่ ผู้โอนยังไม่หลุดพ้น และหนี้เดิมไม่ระงับ

ในทางปฏิบัติของธนาคาร เมื่อบังคับชำระหนี้เอา กับสิทธิการเช่าใน อสังหาริมทรัพย์ วิธีการที่ธนาคารรับโอนสิทธิการเช่า เป็นของธนาคารหรือเข้าจัดการ ให้มีการโอนสิทธิจากผู้เช่าเดิมไปยังผู้เช่าใหม่ เป็นลักษณะของการทำสัญญา ใหม่ ระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าที่ธนาคารจัดหาให้รับโอนสิทธิการเช่า จึงต้องมา พิจารณาว่า การทำสัญญาใหม่ของธนาคารนี้ เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการ เปลี่ยนตัวลูกหนี้หรือเจ้าหนี้หรือไม่

สัญญาเช่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญามีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูก หนี้ ในแง่ของการเป็นเจ้าหนี้ ผู้เช่ามีสิทธิที่จะได้ใช้หรือรับประโยชน์ในทรัพย์สินที่ เช่า ผู้ให้เช่ามีสิทธิที่จะได้รับค่าเช่า ในแง่ของการเป็นลูกหนี้ ผู้เช่าต้องชำระค่า เช่า ผู้ให้เช่าต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้เช่า หรือจัดให้มีการซ่อมแซมทรัพย์สิน ในกรณีนี้ เป็นการซ่อมแซมใหญ่ ฯลฯ

กรณีที่ผู้เช่าเป็นหนี้ธนาคาร โดยนำเอาสิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ เป็นประกัน เมื่อธนาคารเข้าบังคับชำระหนี้เอา กับสิทธิการเช่า ถ้าใช้กฎหมาย มาตรา 544 เข้าบังคับ ผู้เช่าโอนสิทธิของตนที่มีให้กับธนาคาร หรือผู้เช่าธนาคาร จัดหาเช่าเป็นผู้รับโอน

ตามความเห็นผู้เขียน ผู้รับโอนจะได้สิทธิในการใช้หรือรับประโยชน์ใน ทรัพย์สินที่เช่าเท่านั้น ส่วนหน้าที่ชำระค่าเช่าต่อผู้ให้เช่า ผู้เช่าเดิมยังต้องรับผิดชอบ แต่ความมุ่งหวังของธนาคาร ต้องการให้สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่ากับผู้ให้เช่า ระงับไปโดยสิ้นเชิง เพื่อให้ผู้เช่ารายใหม่เช่าใช้สิทธิและหน้าที่กับผู้ให้เช่าได้ทั้ง หมด และธนาคารได้ค่าตอบแทนชำระหนี้ของผู้เช่าเดิม จึงให้ผู้ให้เช่าทำสัญญา

ใหม่กับธนาคาร หรือผู้ที่ธนาคารจัดหาเข้าเป็นผู้รับโอน

ถ้าเราพิจารณาย้อนไปเมื่อผู้เช่านำสิทธิการเช่าเป็นประกันหนี้กับธนาคาร จะมีสัญญา 3 ฝ่าย ระหว่างธนาคาร ผู้ให้เช่า ผู้เช่า เรียกว่า "สัญญา นำสิทธิการเช่าไปประกันหนี้" (ตามภาคผนวกหน้า 142) มีข้อความระบุว่า

"ในระหว่างที่สัญญาเช่ามีผลใช้บังคับ ผู้เช่า ตกลงว่า หากเจ้าหนี้ยื่นคำร้องขอต่อผู้ให้เช่าว่า ผู้เช่าผิดสัญญากับเจ้าหนี้ และขอรับโอนสิทธิการเช่าอาคาร ผู้เช่ายินยอมให้ผู้ให้เช่าพิจารณาให้เจ้าหนี้เป็นผู้เช่าอาคารแทนผู้เช่าได้ และตกลงให้ถือว่าสัญญาเช่าที่ทำไว้กับผู้ให้เช่าเป็นอันระงับลงทันที โดยไม่มีสิทธิฟ้องร้องหรือเรียกค่าเสียหายใด ๆ จากผู้ให้เช่า"

ในข้อความ "..... ตกลงให้ถือว่าสัญญาเช่าที่ทำไว้กับผู้ให้เช่าเป็นอันระงับลงทันที....."

ดังนั้นเมื่อธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้ต้องการเรียกหนี้คืนยื่นคำร้องต่อผู้ให้เช่าว่าผู้เช่าผิดสัญญา และขอโอนสิทธิการเช่าปรากฏว่าได้มีเจตนาตกลงกันให้สัญญาระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าระงับทันที การร่างสัญญาเช่นนี้เนื่องจากธนาคารต้องการให้สิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าต่อผู้ให้เช่าระงับโดยสิ้นเชิง (แต่ภาระหนี้กับธนาคารผู้เช่ายังรับผิดชอบ) เพื่อให้ธนาคารเข้าไปจัดการหาผู้เช่ารายใหม่ให้ทำสัญญากับผู้ให้เช่าเพื่อที่จะได้เงินตอบแทนเช่าชำระหนี้ของลูกหนี้ที่ค้าง การที่คู่สัญญาทั้ง 3 ฝ่าย ทำสัญญามีข้อตกลงเช่นนี้ไว้ แสดงว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้ทำสัญญาใหม่บังคับ เมื่อธนาคารบังคับชำระหนี้ และให้สัญญาเช่าเดิมระงับ แสดงว่าสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้เช่า กับผู้เช่าซึ่งมีอยู่เดิมระงับไปทั้งหมด เพราะมีข้อตกลง 3 ฝ่ายให้ระงับ เมื่อผู้ให้เช่ากับผู้เช่ารายใหม่ทำสัญญาใหม่จึงไม่มีหนี้ที่จะมาแปลงเป็นหนี้ใหม่ได้

การทำสัญญาใหม่จึงมีผลผูกพันระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่ารายใหม่ ทำให้ผู้เช่ารายใหม่ได้รับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าทั้งหมด คือมีสิทธิที่จะได้ใช้สอย

หรือรับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าตามระยะเวลาสัญญาเช่าที่เหลืออยู่ และมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเช่าให้กับผู้ให้เช่าตามกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน

3.3 การจำนำสิทธิ

ดังที่กล่าวมาแล้ว เมื่อเราเห็นว่า บุคคลสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องมีลักษณะเป็นประโยชน์แก่เจ้าของสิทธิ และมีมูลค่าสามารถคำนวณเป็นเงินทองได้ นอกจากนี้เจ้าของสิทธิ สามารถโอนสิทธินั้นแก่บุคคลอื่นต่อไปได้โดยเกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจแก่เจ้าของสิทธิ จึงน่าจะถือได้ว่าอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ย่อมเป็นทรัพย์สินตามความหมาย ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 99 ดังนั้นบุคคลสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องก็ดี ทรัพย์สินก็ดี ดังกล่าว เมื่อถือว่าสิทธิ การเช่าในอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สิน เป็นสังหาริมทรัพย์ ก็อาจมีแนวความคิด เห็นว่านำมาจำนำเป็นประกันหนี้ได้ อย่างไรก็ดี ต้องไม่ลืมว่าในการจำนำนั้น นอกจากทรัพย์สินที่ใช้เป็นประกันหนี้กฎหมาย จะบังคับว่าต้องเป็นสังหาริมทรัพย์แล้ว สาระสำคัญอีกประการหนึ่งของ การจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 ก็คือ ต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์แก่ผู้รับจำนำด้วย ดังนั้นหากมีการนำสิทธิเรียกร้องบางอย่าง ซึ่งเป็นสิทธิอันเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นสังหาริมทรัพย์มาจำนำปัญหาว่าจะกระทำได้หรือไม่เพียงใด

สำหรับปัญหาดังกล่าว เห็นว่าการจำนำ กฎหมายได้กำหนดวิธีการ จำนำไว้ว่าต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น แม้ว่าสิทธิอันเกี่ยวกับการเช่า ในอสังหาริมทรัพย์จะถือเป็นทรัพย์สินซึ่งอาจนำมาจำนำได้ แต่การที่จะนำทรัพย์สิน อันมีตราสารแสดงสิทธิในทรัพย์สินมาจำนำนั้นจะต้องพิจารณาด้วยว่าทรัพย์สินนั้นมี ตราสารอย่างใดอย่างหนึ่งแสดงสิทธิไว้หรือไม่ ทั้งนี้ เพราะหากทรัพย์สินใดไม่มี ตราสารแสดงสิทธิแล้ว เมื่อนำมาจำนำย่อมไม่อาจกำหนดลักษณะการส่งมอบสิทธิ

เพื่อเป็นประกันหนี้ได้ ซึ่งจะมีผลทำให้การจำนำไม่สมบูรณ์ ดังนั้น จึงมีผู้เห็นว่า¹⁰ สิทธิที่จำนำมาจำนำได้จะต้องเป็นสิทธิที่มีตราสารเท่านั้น เช่น ใบตราส่งตาม มาตรา 614, ใบประทวนสินค้าตามมาตรา 775, ตั๋วเงิน ตามมาตรา 926, หุ้นบริษัท ตามมาตรา 1129, 1135 ใบสลากกินแบ่งรัฐบาลที่ถูกรางวัลแล้ว เป็นต้น เพราะ ตราสารเหล่านี้มีค่าเท่ากับทรัพย์สินหรือราคาที่จะระบุไว้ในตราสารนั้น นอกจากนี้แล้ว การจำนำนั้นผู้จำนำต้องส่งมอบสิ่งหรือทรัพย์สินที่จำนำนั้นไว้กับผู้รับ จำนำ สิ่งหรือทรัพย์สินที่นำมาจำนำได้ จึงต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถนำมาไว้กับผู้รับ จำนำได้ สิทธิแม้ว่าจะเป็นสิ่งหรือทรัพย์สินก็หาอาจนำมามอบไว้ให้กับเจ้าหนี้ได้ไม่ เว้นแต่สิทธิซึ่งมีตราสาร สิทธิซึ่งมีตราสารนี้ หากตราสารไปอยู่กับผู้ใดทรัพย์สินอัน เป็นวัตถุแห่งสิทธิตามตราสารนั้นจะตามไปกับตราสารนั้นด้วย เจ้าหนี้ผู้ครอบครอง ตราสารก็เท่ากับครอบครองสิทธิและสามารถขายทอดตลาดเปลี่ยนสิทธิ เป็นเงิน เป็นทองได้เหมือนดังสิ่งหรือทรัพย์สินที่จับต้องได้ทั้งหลาย

แต่อย่างไรก็ดี นักกฎหมายท่านหนึ่งเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 750 เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่า ถ้าหากทรัพย์สินที่จำนำเป็นสิทธิที่มีตราสารแล้ว ก็ ต้องส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับจำนำกันด้วย แต่มิได้หมายความว่า ถ้าเป็นสิทธิที่ไม่ มีตราสารจำนำกันไม่ได้ และมีความเห็นต่อไปว่า มาตรา 750 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับ ทรัพย์สินที่จำนำเป็นสิทธิที่มีตราสารเป็นเพียงบทเพิ่มเติม มาตรา 747 เฉพาะ สิทธิที่มีตราสาร มิได้หมายความว่า การจำนำสิทธิแล้วจะต้องถือตาม มาตรา 750 เป็นหลัก แต่มาตรา 750 นี้ หมายความว่า การจำนำสิทธิที่มีตราสารเท่านั้น คือ ตราสารที่ใช้แทนสิทธิหรือทรัพย์สินเช่นใบประทวนสินค้า เป็นต้น การจำนำสิทธิที่ไม่ ตราสารไม่เกี่ยวกับมาตรา 750 แต่ประการใด ความเห็นนี้เห็นว่า แม้สิทธิที่ไม่มี ตราสารก็สามารถนำมาจำนำได้เพราะ ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าสิทธิที่จะจำนำกันได้ ต้องเป็นสิทธิเกี่ยวกับสิ่งหรือทรัพย์สิน โดยเป็นไปตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่ง

¹⁰ สติชัย เล็งไธสง, "ปัญหาการจำนำสมุดเงินฝากประจำ" บทบัญญัติ ตอนที่ 1 เล่มที่ 36 พ.ศ. 2522, หน้า 32.

และพาณิชย์ ว่าด้วยการจำนำ¹¹

นักกฎหมายอีกท่านหนึ่งมีความเห็นว่า¹² การจำนำสิทธิหมายถึงการจำนำสิทธิเรียกร้อง ซึ่งตามหลักกฎหมายทั่วไปถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง แต่การจำนำนั้นต้องเอาตราสารแสดงสิทธินั้น ไปมอบให้เจ้าหนี้ไว้แล้วแจ้งการจำนำให้ลูกหนี้ทราบที่สำคัญคือหนี้หรือสิทธิเรียกร้องที่เอามาจำนำนั้น จะต้องโอนได้ ถ้าโอนไม่ได้ก็จำนำกันไม่ได้ อย่างไรก็ตามการจำนำสิทธิ สิทธิในที่นี้ต้องหมายความว่า สิทธิที่มีตราสาร สิทธิเฉย ๆ คงจะจำนำกันไม่ได้

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 บัญญัติว่าการจำนำกระทำได้โดยการส่งมอบสังหาริมทรัพย์แก่ผู้รับจำนำ เมื่อสิทธิการเข้าในอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นทรัพย์สินแล้ว ย่อมสามารถจำนำสิทธินั้นได้ แต่เนื่องจากการจำนำมีองค์ประกอบที่สำคัญคือ ต้องมีการส่งมอบด้วย ดังนั้น การจำนำสิทธิซึ่งไม่มีรูปร่างมาจำนำ เห็นได้ว่าจะไม่อาจส่งมอบสิทธิที่ต้องการจำนำแก่ผู้รับจำนำได้ และเมื่อจะต้องมีการบังคับจำนำก็ไม่อาจบังคับจำนำเอากับตัวสิทธิได้ เมื่อเป็นเช่นนี้จะเห็นว่าการจำนำสิทธินั้นย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ แต่การจำนำนั้นมีความมุ่งหมาย ที่ต้องการให้ทรัพย์สินทั้งหลายรวมทั้งสิทธิเรียกร้องใช้เป็นหลักประกันหนี้ได้ ในการจำนำสิทธิกฎหมายจึงกำหนดให้ต้องมีตราสาร ซึ่งแสดงถึงสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สิน หรือตัวเงินตามตราสารนั้นมาใช้เป็นหลักฐานในการ

¹¹ไพจิตร ปุญญพันธ์, "จำนำสิทธิ" บทบัญญัติ ตอน 3 เล่มที่ 35 พ.ศ. 2521, หน้า 429.

"แก้ความเข้าใจเรื่องจำนำสิทธิ" บทบัญญัติ ตอน 2 เล่มที่ 36 พ.ศ. 2522 หน้า 180.

¹²จิตติ ติงศภัทย์. "สัมมนากฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินและดอกเบี้ย สรุปรูป วิเคราะห์ วิวิจารณ์ และตอบข้อซักถาม" วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ 53 : 89-91.

ส่งมอบแก่ผู้รับจำนำ ดังนั้นสิทธิที่จะนำมาจำนำได้จึงต้องเป็นสิทธิที่มีตราสารเท่านั้น ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดวิธีการจำนำสิทธิ ซึ่งมีตราสารเอาไว้เป็นพิเศษใน มาตรา 750

นอกจากนี้ หากมีการนำสิทธิซึ่งไม่มีตราสารมาจำนำแล้ว จะเห็นว่าในทางปฏิบัติไม่อาจกระทำได้ ตัวอย่าง เช่น ก. มีสิทธิที่จะได้รับเงินจาก ข. เนื่องจากมูลหนี้บางอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นจำนวน 100 บาท สิทธิเรียกร้องของ ก. เป็นทรัพย์สินซึ่งมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นการส่งมอบเงินจำนวน 100 บาท เป็นสิทธิเกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์ จึงนำมาจำนำได้ แต่องค์ประกอบอย่างหนึ่งของสัญญาจำนำคือ ผู้จำนำต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์ หาก ก. ต้องการนำสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมาจำนำ จะเห็นได้ว่า ก. ไม่มีอะไรมาส่งมอบแก่ผู้รับจำนำ ทั้งนี้เพราะสิทธินี้ไม่มีตราสารแสดงสิทธิที่นำมาใช้เป็นเครื่องมือในการส่งมอบได้ การจะโอนสิทธิเรียกร้องอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคลอื่น สามารถกระทำได้ในรูปของการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 แต่หากสิทธิที่ไม่มีตราสารแสดงสิทธิแล้วไม่อาจส่งมอบได้ด้วยวิธีใด ๆ ผู้รับจำนำย่อมไม่ได้รับทรัพย์สินใด ๆ มาเป็นประกันหนี้เลย

นอกจากสิทธิที่นำมาจำนำจะต้องเป็นสิทธิที่มีตราสารแล้ว สิทธินั้นจะต้องโอนได้ด้วย เพราะเป็นการแน่นอนว่า ถ้าสิทธินั้นเป็นสิทธิที่โอนไม่ได้แล้วย่อมจำนำไม่ได้ เพราะการจำนำท้ายที่สุดเมื่อลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ประธานเจ้าหนี้ผู้รับจำนำต้องบังคับโดยการขายทอดตลาด ถ้าสภาพแห่งสิทธินั้นไม่อาจโอนได้ย่อมไม่อาจนำออกขายทอดตลาดเพื่อบังคับชำระหนี้ได้

ดังได้กล่าวแล้วว่า การจำนำเป็นเรื่องของการส่งมอบสังหาริมทรัพย์แก่ผู้รับจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ แต่ในกรณีที่ผู้จำนำเป็นเจ้าของสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ผู้เป็นเจ้าของสิทธิอาจนำสิทธินั้นมาจำนำได้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 ได้บัญญัติถึงวิธีการจำนำสิทธิซึ่งมีตราสารไว้ ดังนั้น เจ้าของทรัพย์สินที่มีตราสารแสดงสิทธิไว้ย่อมสามารถนำสิทธิตาม

ตราสารนั้นมาจำหน่ายเป็นประกันหนี้ได้ แต่เมื่อพิจารณาด้วยทว่าด้วยการจำหน่ายสิทธิซึ่งมีตราสารแล้ว ไม่ได้แสดงความหมายของคำว่า "สิทธิซึ่งมีตราสาร" ไว้แต่อย่างใดจึงเกิดเป็นปัญหาว่า สิทธิซึ่งมีตราสารตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 มีความหมายเพียงใด

นอกจากคำว่าสิทธิซึ่งมีตราสาร ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 แล้ว ในกฎหมายไทยยังมีกล่าวถึงอีก 2 ชนิด คือ ตราสาร และตราสารเปลี่ยนมือสำหรับคำว่า ตราสารนั้นมีใช้ในประมวลรัษฎากร โดยกำหนดว่า ตราสารใดต้องปิดอากรแสตมป์ จึงจะใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ดังปรากฏลักษณะของตราสารในประมวลรัษฎากร หมวดอากรแสตมป์ มาตรา 118 ดังนี้¹³

มาตรา 118 ตราสารใดไม่ปิดแสตมป์บริบูรณ์จะใช้ต้นฉบับ คู่ฉบับ คู่ฉีก หรือสำเนาตราสารนั้นเป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งไม่ได้ จนกว่าจะได้เสียอากรโดยปิดแสตมป์ครบจำนวนตามอัตราในบัญชีท้ายหมวดนี้และขีดฆ่าแล้ว แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการเสื่อมสิทธิที่จะเรียกเงินเพิ่มอากรตาม มาตรา 113 และมาตรา 114

ตราสารตามบัญชีอัตราอากรแสตมป์นั้น แบ่งออกได้เป็น

1. สัญญาเช่าที่ดิน โรงเรือน สิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นหรือแพ
2. สัญญาโอนหุ้นและพันธบัตร ใบรับรองหนี้ ซึ่งบริษัท สมาคม คณะบุคคลหรือองค์การใด ๆ เป็นผู้ออก
3. สัญญาเช่าซื้อทรัพย์สิน

¹³ ดาววิภา ปาลียะประภา, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวเนื่องกับการจำหน่ายสิทธิ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528). หน้า 41-43

4. สัญญาจ้างทำของ
5. สัญญากู้ยืมเงิน หรือ เบิกเงินเกินบัญชีจากธนาคาร
6. กรมธรรม์ประกันภัย
7. ใบมอบอำนาจ
8. ใบมอบฉันทะสำหรับให้ลงมติในที่ประชุมของบริษัท
9. ตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงินและตราสารทำนองเดียวกัน
10. ใบหุ้นหรือใบหุ้นกู้ หรือใบรับรองหนี้ของบริษัท สมาคม คณะบุคคล หรือองค์การใด ๆ พันธบัตรของรัฐบาลใด ๆ ที่ขายในประเทศไทย
11. บิลออฟเลตติง (ใบตราส่ง)
12. เช็คหรือหนังสือคำสั่งใด ๆ ซึ่งใช้แทนเช็ค
13. ใบรับฝากเงินประเภทประจำของธนาคารโดยมีดอกเบีย
14. เลตเตอร์ออฟเครดิต
15. เช็คสำหรับผู้เดินทาง
16. ใบรับรองซึ่งออกให้เนื่องในกิจการรับส่งสินค้าโดยทางน้ำทางบก และทางอากาศ
17. สัญญาค้ำประกัน
18. สัญญาจำนำ
19. ใบรับของคลังสินค้า
20. คำสั่งให้ส่งมอบของ
21. สัญญาตัวแทน
22. คำชี้ขาดขออนุญาตตุลาการ
23. คู่ฉบับหรือคู่ฉีกแห่งตราสาร
24. หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทจำกัดที่ส่งต่อนายทะเบียน
25. ข้อบังคับของบริษัทจำกัดที่ส่งต่อนายทะเบียน
26. ข้อบังคับใหม่หรือสำเนาหนังสือบริคณห์สนธิ หรือข้อบังคับของบริษัทจำกัด ซึ่งเปลี่ยนแปลงใหม่ ที่ส่งต่อนายทะเบียน
27. หนังสือสัญญาห้างหุ้นส่วน
28. ใบรับรางวัลสลากกินแบ่งของรัฐบาล, ใบรับสำหรับการโอนหรือ

ก่อตั้งสิทธิใด ๆ เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ ไปรับสำหรับการขาย
ขายฝาก ให้เช่าซื้อ หรือโอนกรรมสิทธิ์ยานพาหนะ

29. แบบพิมพ์ของรัฐบาล

30. เรื่องราวยื่นต่อรัฐบาล เทศบาลหรือสุขาภิบาล

นอกจากตราสารดังที่ปรากฏในประมวลรัษฎากรแล้ว ตราสารบาง
ประเภทมีปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ ใบตราส่งตามมาตรา
613-615 ใบรับของคลังสินค้า และประทวนสินค้าตาม มาตรา 775-796,
กรมธรรม์ประกันภัยตามมาตรา 891, ใบหุ้นตามมาตรา 1134-1136

สำหรับตราสารเปลี่ยนมือ นั้น เป็นเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ ซึ่ง
เพียงแต่สลักหลังและส่งมอบเอกสารให้แก่กัน ก็อาจจะโอนกรรมสิทธิ์แห่งเอกสาร
นั้น รวมทั้งนี้ที่ปรากฏในเอกสารนั้น ไปยังผู้อื่นได้ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกระทำให้ผู้
รับโอนมีสิทธิยึดถือเอกสาร และบังคับตามหนี้นั้นได้ โดยไม่คำนึงถึงเหตุบกพร่อง
ในสิทธิของผู้โอน¹⁴ ตราสารเปลี่ยนมือตามกฎหมายไทย ได้แก่ ตั๋วเงิน ซึ่งตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 898 บัญญัติไว้ว่า "อันตั๋วเงินตามความ
หมายแห่งประมวลกฎหมายนี้มีสามประเภท ๆ หนึ่ง คือ ตั๋วแลกเงิน ประเภทหนึ่ง
คือตั๋วสัญญาใช้เงิน ประเภทหนึ่ง คือ เช็ค"

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบัญชีเดินสะพัด,
ตั๋วเงิน (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520) หน้า



นักกฎหมายท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับคำว่า สิทธิซึ่งมีตราสาร โดยสรุปได้ว่า¹⁵ สิทธิซึ่งมีตราสาร ความจริงก็เป็นสิทธิเรียกร้องธรรมดา ซึ่งตามกฎหมายญี่ปุ่น กำหนดว่าสิทธิซึ่งมีตราสารนั้น คือ สิทธิเรียกร้องซึ่งมีเอกสารเป็นหลักฐานตามแบบวิธีการนั่นเอง ดังนั้น เป็นเพียงเจ้าหนี้เขาแล้วมีเอกสารแสดงหนี้ยึดไว้ เพียงเท่านั้นก็เอาเอกสารไปจำหน่ายได้ ส่วนการจำหน่ายตราสารเป็นอีกเรื่องหนึ่ง เป็นเรื่องตราสารที่เปลี่ยนมือได้ ดังนั้นสิทธิซึ่งมีตราสารหมายความว่า สิทธิเรียกร้องอันใดอันหนึ่งซึ่งมีเอกสารเป็นหลักฐาน ที่ใช้คำว่าตราสารก็เพราะว่า ไม่ต้องการให้นำจดหมายโต้ตอบมาใช้เป็นเอกสารในลักษณะที่เป็นตราสาร รวมความว่า ถ้าทำสัญญากันเป็นหนังสือเป็นนิติการขึ้นมาจริงจังแล้วนั้นก็เป็นที่ตราสารที่จำหน่ายได้

นักกฎหมายอีกท่านหนึ่งได้ให้ความเห็น เกี่ยวกับสิทธิซึ่งมีตราสารว่า¹⁶ "...สิทธิซึ่งมีลักษณะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างตามความหมายใน มาตรา 94 นั้น โดยธรรมชาติของมันไม่มีตัวตนที่จะหยิบยื่นส่งมอบให้กันได้ แต่กระนั้นก็ดี สำหรับสิทธิบางอย่างเช่นสิทธิในตัวเงิน ประทวนสินค้าในวงการค้าขายได้ทำตราสารขึ้นเพื่อใช้เป็นตัวสิทธินั่นเอง การโอนขายจำหน่ายสิทธิเช่นนี้ ใช้วิธีส่งมอบตราสารกัน ประหนึ่งว่า เป็นทรัพย์สินมีตัวตนเหมือนอย่างธนบัตร สิทธิมีตราสารเป็นสำคัญหมาย ความถึงตราสารเปลี่ยนมือ ซึ่งโดยปฏิบัติของพ่อค้าใช้ส่งมอบโอนกันได้เช่นนี้เท่านั้น เข้าใจว่าไม่หมายความว่าถึงสิทธิอย่างอื่น..." ถ้าเป็นสิทธิเรียกร้องตามธรรมดาจะโอนกัน ต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ใน มาตรา 306 จะใช้วิธีส่งมอบ

¹⁵ จิตติ ดิงคัทยี่, "สัมมนากฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินและ ดอกเบี้ย สรุป วิเคราะห์ วิจรณ์ และตอบข้อซักถาม" วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์ 53 : 89-90

¹⁶ เสนีย์ ปราโมช ม.ร.ว., หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 633/2478.

กันไม่ได้ เพราะไม่มีวัตถุอะไรที่จะส่งมอบ ต่อเมื่อเป็นสิทธิที่มีตราสารแทน จึงจะส่งมอบโอนกันได้ตามที่บัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปใน มาตรา 309 หนังสือที่เป็นหลักฐานแห่งสิทธิ ทำเพื่อเป็นหลักฐานแห่งการฟ้องคดี ส่วนตราสารทำขึ้นเพื่อใช้ในการโอน

การที่บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 บัญญัติให้มีการนำสิทธิซึ่งมีตราสารมาจำนำกันได้ แต่ไม่มีการกำหนดลักษณะสิทธิซึ่งมีตราสารไว้ว่าได้แก่สิทธิใดบ้าง ดังนั้น จากการพิจารณาลักษณะของคำว่าตราสาร ตราสารเปลี่ยนมือ ซึ่งปรากฏตามกฎหมายนี้ และกฎหมายอื่นรวมทั้งจากแนวความคิดเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมาย ดังได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้ว อาจจะพอสรุปลักษณะของสิทธิซึ่งมีตราสารดังกล่าวได้ว่า โดยความมุ่งหมายของบทบัญญัติในเรื่องการจำนำนั้น ต้องการให้ทรัพย์สินทั้งหลายรวมทั้งสิทธิบางประเภทนำมาใช้เป็นหลักประกันได้ ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ต้องการนำมาจำนำมีจำนวนมากไม่สะดวกในการนำมาส่งมอบแก่ผู้รับจำนำ หากทรัพย์สินนั้น ผู้จำนำมีตราสารซึ่งแสดงสิทธิ ก็สามารถนำมาใช้จำนำแทนตัวทรัพย์สินได้ เป็นการนำสิทธิในตัวทรัพย์สินซึ่งมีตราสาร โดยผู้จำนำส่งมอบตราสารแสดงสิทธินั้น แก่ผู้รับจำนำแทนการส่งมอบตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิตามตราสารนั้น แต่ไม่ได้หมายความว่า สิทธิซึ่งมีตราสารหมายความว่าถึงสิทธิใด ๆ ก็ได้ที่สามารถนำมาจำนำได้ หากว่าสิทธินั้นเพียงแต่มีเอกสารหรือตราสารแสดงการเป็นหลักฐานเท่านั้น เพราะเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 754 ซึ่งบทบัญญัติถึงกรณีที่สิทธิซึ่งจำนำถึงกำหนดชำระ ลูกหนี้แห่งสิทธิต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือเงินแล้วแต่อย่างไรก็ดี จะเป็นวัตถุแห่งสิทธิในมูลหนี้แก่ผู้รับจำนำ จึงทำให้เห็นได้ว่า ตราสารซึ่งใช้แทนตัวทรัพย์สินนั้น จะต้องเป็นตราสารที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ มีลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามตราสารนั้น หรือมีผู้จ่ายเงินตามตราสารนั้น รวมทั้งจะต้องเป็น ตราสารที่แสดงความเป็นเจ้าของ และมีลักษณะโอนกันได้ด้วยวิธี

การของตราสารนั้น ๆ ด้วย¹⁷

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 จะเห็นได้ว่าคำว่า "สิทธิซึ่งมีตราสาร" ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า "A Right Represented by a Written Instrument"¹⁸ ซึ่งมีความหมายถึงตราสารที่ใช้แทนสิทธิหรือทรัพย์สิน¹⁹ ดังนั้น คำว่า "สิทธิซึ่งมีตราสาร" ตามตัวบท มาตรา 750 จึงไม่ได้หมายรวมถึงเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ เช่น หนังสือสัญญากู้ยืม หรือหนังสือสัญญาซื้อขายธรรมดา ซึ่งสิทธิเรียกร้องอันเกิดขึ้นจากสัญญากู้ยืมก็ดี หรือหนังสือสัญญาซื้อขายก็ดี อาจโอนกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 เพื่อให้ผู้รับโอนไปเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ โดยไม่มีการโอนโดยวิธีการจำนำแต่อย่างใด เอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้เหล่านี้ หากมีการนำมาจำนำกันแล้ว เมื่อจะต้องบังคับจำนำ ผู้รับจำนำย่อมไม่อาจจะบังคับจำนำเอาจากผู้กู้ในกรณีการกู้ยืมให้ชดใช้เงิน หรือบังคับจำนำโดยเรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายให้แก่ผู้รับจำนำได้ และผู้รับจำนำในขณะที่ทำสัญญาจำนำไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับผู้กู้ตามสัญญากู้ยืม หรือผู้ขายตามสัญญาซื้อขายแต่อย่างใด

¹⁷ พจน์ บุชปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517) หน้า 228.

¹⁸ กมล สนธิเกษตริณ และประเสริฐ ศรีทราวาสสิทธิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-6 พร้อมทั้งแก้ไขเพิ่มเติมและคำแปลศัพท์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จรัสสินทวงศ์, 2515) หน้า 155.

¹⁹ เสนีย์ ปราโมช ม.ร.ว., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2521) หน้า 161

จากข้อพิจารณาข้างต้น ทำให้เห็นว่า แม้รายการตามประมวลรัษฎากร จะมีชื่อเรียกตามกฎหมายว่าตราสาร แต่ไม่ได้หมายความว่าตราสารทุกประเภท นั้นนำมาจำหน่ายได้ โดยอาศัยบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 ตราสารตามรายการที่ปรากฏในประมวลรัษฎากร ก็เพื่อกำหนดให้ต้องมีการ ปิดอาคารแลตมภ์ มิฉะนั้นจะนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งไม่ได้เท่านั้น นอกจากนั้นตราสารบางรายการที่กำหนดในประมวลรัษฎากรไม่ได้แสดงสิทธิในตัวทรัพย์สิน หรือตัวเงิน เช่น ใบมอบอำนาจหรือใบมอบฉันทะ และตราสารบางรายการไม่ อาจจะจำหน่ายได้ เพราะไม่อาจบังคับจำหน่ายได้ เช่น สัญญาเช่าซื้อ, สัญญาเช่า, สัญญากู้ยืมเงิน เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า "สิทธิซึ่งมีตราสาร" ตามความหมาย ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 ควรได้แก่ ตราสารที่แสดงถึง สิทธิในตัวทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อได้พิจารณาข้อความในตราสารจะสามารถเห็นได้ว่า กฎหมายได้รับรองความเป็นเจ้าของทรัพย์สินสิ่งที่จะระบุไว้ในตราสารฉบับนั้น อีกทั้ง เป็นตราสารที่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ และไม่ใช้เป็นเพียงหลักฐานแห่งสิทธิที่กำ ขันเพื่อเป็นหลักฐานแห่งการฟ้องคดีเท่านั้น ซึ่งตราสารเหล่านี้จะมีลูกหนี้แห่งสิทธิที่ จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน หรือใช้เงินตามตราสารแก่ผู้รับจำหน่ายเมื่อเกิดการบังคับจำหน่าย โดยมีกฎหมายบัญญัติวิธีการให้ลูกหนี้แห่งสิทธินั้น ๆ ต้องรับรู้ถึงการจำหน่ายระหว่างผู้ รับจำหน่ายและผู้จำหน่ายด้วย ฉะนั้น เมื่อเป็นเช่นนั้น จึงกล่าวได้ว่าสิทธิซึ่งมีตราสาร ตามความหมาย ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 ต้องเป็นสิทธิ ที่แสดงออกถึงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยแสดงออกให้เห็นในรูปของตราสารหรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือตราสารฉบับนี้ใช้เป็นเอกสาร เพื่อยืนยันความเป็นผู้มีสิทธิ เหนือทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิตามตราสารฉบับนั้น ซึ่งการตีความเช่นนี้ตรงกับ ถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในต้นร่างภาษาอังกฤษของ มาตรา 750 ซึ่งใช้คำว่า "A Right Represented by a Written Instrument" ซึ่งอาจจะยกตัวอย่าง ให้เห็นได้เช่น สิทธิในสินค้าระหว่างขนส่งมีตราสาร คือ ใบตราส่ง สิทธิในสินค้า ที่ฝากไว้ในคลังสินค้ามีตราสาร คือ ใบประทวนสินค้า และใบรับของคลังสินค้า

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสิทธิที่อาจจะนำมาจำหน่ายได้ จะมีความหมายเฉพาะ สิทธิซึ่งมีตราสารบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 ดัง กล่าวข้างต้น แต่ปรากฏในปัจจุบัน ได้มีการนำสิทธิบางประเภท มาจำหน่ายเป็น ประกันหนี้ โดยเกิดขึ้นในทางปฏิบัติของธนาคาร เช่น การที่ลูกค้ามาขอกู้เงินจาก ธนาคารแต่ลูกค้าไม่มีทรัพย์สินมาจำหน่ายเป็นประกันหนี้มีแต่สิทธิ และนำสิทธิตาม สัญญามาจำหน่ายเป็นประกันหนี้ เช่น สิทธิในการถอนเงินจากบัญชีเงินฝาก และยังมี สิทธิการเช่าในอสังหาริมทรัพย์ ที่เริ่มมาใช้เป็นประกันหนี้อย่างแพร่หลาย

แต่เมื่อพิจารณาสหิติการเช่าในอสังหาริมทรัพย์จะเห็นว่า เป็นสิทธิที่ไม่ มีตราสารรองรับ ไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ วันแต่จะได้ตกลงกันได้เป็นอย่างดี อื่น ในสัญญาเช่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 คือ ต้องให้ ผู้ให้เช่ายินยอม หรือมีสัญญาระบุไว้จึงจะเปลี่ยนมือกันได้ สิทธิการเช่าเป็นเพียง หลักฐานแห่งสิทธิที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานแห่งการฟ้องคดี เพราะตาม มาตรา 538 ได้กล่าวไว้ว่า "เช่าอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใด อย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดี หาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้ เช่าไซ้ร้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่า การเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี" จึงไม่สามารถนำสิทธิการ เช่าในอสังหาริมทรัพย์มาจำหน่ายกับธนาคารได้ ทางปฏิบัติในปัจจุบันธนาคารจึงต้อง ทำเป็นสัญญา 3 ฝ่าย ระหว่างผู้เช่า ผู้ให้เช่าและธนาคาร ซึ่งทำให้นำมาเป็น หลักประกันของธนาคารได้

3.4 การเช่าช่วง

การเช่าช่วงได้มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 544 โดยกล่าวว่า

"ทรัพย์สินซึ่งเช่านั้น ผู้เช่าจะให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิของตนในทรัพย์สิน นั้น ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอก ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ เว้นแต่จะตกลงกันได้เป็นอย่างดีในสัญญาเช่า

ถ้าผู้เช่าประพฤติฝ่าฝืนบทบัญญัติอันนี้ ผู้ให้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้”

ดังนั้น การเช่าช่วง คือ การที่ผู้เช่าเอาทรัพย์สินที่ตนเช่ามาจากผู้ให้เช่าไปให้ผู้อื่นเช่าต่อจะเป็นการให้เช่าต่อทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้เช่าช่วงได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่า โดยผู้เช่าช่วงมีหน้าที่ต้องชำระค่าเช่าให้ผู้เช่าเป็นการตอบแทน เช่น เช่าที่ดิน ตึกแถว รถยนต์ มาจากผู้ให้เช่า แล้วต่อมาผู้เช่าเอาที่ดิน ตึกแถว รถยนต์นั้นไปให้ผู้อื่นเช่าต่อ หลักเกณฑ์สำคัญของการเช่าช่วง คือ

1. ทรัพย์สินที่เช่าช่วงต้องเป็นทรัพย์สินอันเดียวกับที่เช่ามา เช่น เช่าที่ดินแล้วเอาที่ดินไปให้เช่าต่อ เป็นต้น แต่ถ้าทรัพย์สินที่เช่าช่วง ไม่ใช่ทรัพย์สินอันเดียวกันกับทรัพย์สินที่เช่ามา ถึงแม้ว่าผู้ให้เช่าจะรู้เห็นยินยอมให้มีการเช่าหรือไม่ก็ตาม ก็ไม่ใช่เช่าช่วง²⁰

2. การเช่าช่วงต้องมีการให้ค่าเช่ากันด้วยเสมอ ค่าเช่านั้นอาจจะเป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นก็ได้ แต่ต้องให้ในฐานะค่าเช่า จึงจะถือว่าเป็นการเช่าช่วง²¹

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าการเช่าช่วงนั้นก็คือการเช่าอย่างหนึ่งนั่นเอง ดังนั้น จึงต้องนำบทบัญญัติของกฎหมายเช่าทรัพย์สิน ตั้งแต่มาตรา 537-571 มาใช้บังคับแก่การเช่าช่วงด้วย เช่น ถ้าทรัพย์สินที่เช่าช่วงเป็นอสังหาริมทรัพย์ จะต้องมีหลักฐานการเช่าช่วงเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบ จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ และถ้าเป็นการเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์เกิน

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1216/2491, 120/2526

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 268/2501, 3747/2528

กว่า 3 ปีขึ้นไป หรือเข้าช่วงทดลองอายุผู้เข้าช่วงหรือผู้เข้าเต็มแล้ว จะต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้น จะฟ้องร้องบังคับกันได้เพียง 3 ปีเท่านั้น แต่ถ้าเป็นการเข้าช่วงสังหาริมทรัพย์แล้วกฎหมายไม่ต้องการหนังสือเลย²²

ผลของการเข้าช่วง เนื่องจากการเข้าช่วงต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เข้าก่อนตามมาตรา 544 ดังนั้น จึงขอแยกผลของการเข้าช่วงเป็น 2 กรณีคือ

1. การเข้าช่วงโดยชอบ คือ การเข้าช่วงที่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้เข้า ในเรื่องความยินยอมของผู้ให้เข้า กรณีเข้าช่วงนี้มีหลักการอย่างเดียวกับ การให้ความยินยอมให้ผู้เช่าตัดแปลงต่อเติมทรัพย์สินที่เช่า และการให้ความยินยอมให้ผู้เช่าโอนสิทธิการเช่า กล่าวคือ ไม่จำเป็นที่ผู้ให้เข้าจะต้องให้ความยินยอมไว้ในสัญญาเช่าเท่านั้น ผู้ให้เข้าอาจให้ความยินยอมให้ผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าออกเช่าช่วงภายหลัง หรือนอกสัญญาเช่าก็ได้ และถ้ามีข้อตกลงห้ามเช่าช่วงไว้แต่จะได้รับการอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ต่อมามีการให้ความยินยอม ถึงแม้จะด้วยวาจาก็ตาม ก็ถือว่าผู้ให้เข้าสละข้อห้ามในสัญญานั้นแล้ว

เมื่อเป็นการเข้าช่วงโดยชอบแล้ว ผู้เช่าช่วงมีหน้าที่และความรับผิดชอบในทรัพย์สินที่เช่าต่อผู้ให้เข้าเต็มโดยตรง เสมือนเป็นผู้เช่า ตามมาตรา 545 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าผู้เช่าเอาทรัพย์สินซึ่งตนเช่าไปให้ผู้อื่นเช่าช่วงอีกทอดหนึ่งโดยชอบ ท่านว่าผู้เช่าช่วงย่อมต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เข้าเต็มโดยตรง ในกรณีเช่นว่านี้หากผู้เช่าช่วงจะได้ใช้ค่าเช่าให้แก่ผู้เช่าไปก่อน ท่านว่าผู้เช่าช่วงหาอาจจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้ให้เข้าได้ไม่..." ซึ่งโดยนัยกลับกัน ถ้าเป็นการเข้าช่วงโดยมิชอบ ผู้เช่าช่วงไม่มีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้ให้เข้าเต็มตามสัญญาเช่า

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3018/2516

ที่ว่า "ต้องรับผิดชอบผู้ให้เช่าเต็มโดยตรง" จะหมายความเพียงใด ท่านอาจารย์ประพนธ์ คาคะมาน เห็นว่า "ถ้าผู้เช่าต้องรับผิดชอบและมีหน้าที่ตามสัญญาอย่างใด ผู้เช่าช่วงต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบเท่านั้น"²³

ตามมาตรา 545 วรรคแรก ถ้าผู้เช่าช่วงชำระค่าเช่าให้ผู้เช่าไปแล้ว ก็ยังจะต้องสู้ผู้ให้เช่าเต็มไม่ได้ เท่ากับว่าผู้เช่าช่วงยังต้องชำระค่าเช่าให้ผู้เช่าเต็มอีก แม้จะเป็นการชำระค่าเช่า 2 ครั้งก็ตาม ส่วนตามมาตรา 545 วรรคสอง เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของผู้ให้เช่าในการที่จะใช้สิทธิของตนตามสัญญาเช่าต่อผู้เช่าไว้ ในกรณีมีการเช่าช่วงโดยชอบตามมาตรา 545 วรรคแรก ความจริงแม้ว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ผู้เขียนก็เห็นว่า ผู้ให้เช่าก็มีสิทธิที่จะใช้สิทธิของตน ตามสัญญาเช่าต่อผู้เช่าได้อยู่แล้ว

2. การเช่าช่วงโดยมิชอบ คือ การเช่าช่วงโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า ผู้เช่าช่วงย่อมเป็นบริวารของผู้เช่า ผู้ให้เช่าฟ้องขับไล่ผู้เช่าช่วงได้²⁴ และถ้าหากผู้ให้เช่าฟ้องเฉพาะผู้เช่า ก็นำเอาผลของคำพิพากษามาใช้บังคับแก่ผู้เช่าช่วงโดยมิชอบได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142

เมื่อพิจารณาถึงการโอนสิทธิในการเช่าอสังหาริมทรัพย์ กับการเช่าช่วง มีข้อแตกต่างกันคือ

ก. การเช่าช่วงนั้น สัญญาเช่าเต็มไม่ระงับความผูกพันระหว่างผู้ให้เช่าเต็มกับผู้เช่ายังคงมีอยู่ตามสัญญาเช่า แต่การโอนสิทธิการเช่า ความผูกพัน

²³ ประพนธ์ คาคะมาน, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, 2515 หน้า 196-198

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 600/2486, 345-355/2511

ระหว่างผู้ให้เช่าเดิมกับผู้เช่าหมดไป ก็เฉพาะ "สิทธิ" ที่โอน ผู้รับโอนเช่าสวมสิทธิเป็นผู้เช่าแทน แต่ "หน้าที่" ของผู้เช่าเดิมก็ยังคงรับผิดชอบผู้ให้เช่า

ข. การเช่าช่วงนั้น ผู้ให้เช่าช่วงต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าช่วงในสภาพอันซ่อมแซมดีแล้ว แต่การโอนสิทธิการเช่านั้นผู้โอน (ผู้เช่า) ส่งมอบทรัพย์สินในสภาพที่เป็นอยู่ในขณะทำการโอนก็พอ

ค. การเช่าช่วงถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมิฉะนั้นต้องจดทะเบียน ถ้าเช่าช่วงเกิน 3 ปี แต่ถ้าเป็นการเช่าช่วงสังหาริมทรัพย์ ก็ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีการจดทะเบียน แต่การโอนสิทธิการเช่านั้นไม่ว่าจะเป็นการโอนการเช่าในสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ต้องทำเป็นหนังสือเสมอ มิฉะนั้นการโอนจะไม่สมบูรณ์ ตามมาตรา 306

ง. การเช่าช่วงนั้นผู้ให้เช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิเหมือนผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีบุริมสิทธิในมูลหนี้ค่าเช่าบอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้เช่าช่วงนำมาบนหรือในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าช่วงตามมาตรา 268²⁵ แต่การโอนสิทธิการเช่านั้น ผู้โอนสิทธิตามสัญญาเช่าไม่มีบุริมสิทธิในมูลหนี้ค่าโอนแต่อย่างใด

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 404/2474