

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีของการโอนสิทธิเรียกร้อง

ในอดีตตั้งแต่สมัยโรมัน นี่เป็นความผูกพันเฉพาะตัวระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เท่านั้น เพราะความผูกพันทางหนี้และการบังคับชำระหนี้บังคับบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ หน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้จึงจะโอนไปให้บุคคลอื่นไม่ได้ สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ก็โอนไปยังบุคคลภายนอกไม่ได้เช่นกัน¹ ไม่ว่าจะเป็นการโอนโดยเจตนาหรือการโอนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ดังเช่นมรดกก็ตาม แต่ในปัจจุบันด้วยสภาพสังคมที่มีความคล่องตัวทางเศรษฐกิจสูง หนี้มิได้ผูกพันบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้อีกต่อไปแต่ผูกพันกับกองทรัพย์สิน การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ลูกหนี้จึงเกิดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย รวมถึงการโอนสิทธิเรียกร้องในมูลหนี้ ทั้งนี้วิวัฒนาการของกฎหมายก็สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทนายความซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้ด้านกฎหมายและมีส่วนสำคัญในการให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมายแก่ภาคเอกชนจึงเป็นผู้ประกอบวิชาชีพที่ต้องมีความรู้ ความเข้าใจ หลักการและแนวคิด ทฤษฎีเรื่องหนี้และการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อจะสามารถแนะนำ ให้คำปรึกษากฎหมายให้สอดคล้องกับงานทางด้านธุรกิจการเงินสมัยใหม่

2.1 แนวคิดทฤษฎีที่มาและความหมายของการโอนสิทธิเรียกร้อง

สิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นบุคคลสิทธินั้นผู้เป็นเจ้าของสิทธิอาจโอนสิทธิของตนให้บุคคลภายนอกใช้สิทธินั้นแทนตน อันเป็นการเปลี่ยนมือเจ้าของสิทธิ ซึ่งเรียกทางกฎหมายว่า การโอน

¹ Arangio-ruiz V., Instituzioni di Diritto Romano Quattordicesima edizione riveduta ristampata analitica (Giovene : Napoli), 1984, p. 36-37., 401., สันนัฏกรณ์(จำปี) โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), น. 18-29.

สิทธิเรียกร้อง กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ของการโอนไว้ในมาตรา 306-313 โดยบัญญัติในมาตรา 303 ความว่า “สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธิ นั้นเองไม่เปิดช่องให้โอนกันได้” ซึ่งการโอนสิทธิเรียกร้องนี้มีบัญญัติในกฎหมายของประเทศอื่น เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส ญี่ปุ่นและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะกฎหมายไทยได้นำหลักมาจากกฎหมายญี่ปุ่นและกฎหมายเยอรมัน ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียด ในบทต่อไป เพราะหลักกฎหมายของประเทศต่างๆ ย่อมแตกต่างกันบ้าง และแนวความคิดเกี่ยวกับการ โอนก็แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส และญี่ปุ่น มีความคิดไปในด้านเป็นการ ขายสินค้าและการหาทำไร แต่แนวความคิดของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และไทย เป็นไปในทางที่มุ่งให้ เป็นประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ในการได้รับชำระหนี้ และลูกหนี้พ้นจากความรับผิดชอบในหนี้้นั้น แต่ในระยยะหลัง แนวความคิดของการโอนสิทธิเรียกร้องของกฎหมายไทยมุ่งไปทางการค้า การโอนเพื่อผลกำไร แต่ อย่างไรก็ตามแนวความคิดของการโอนสิทธิเรียกร้องของประเทศต่างๆ มีมาตรการเหมือนกันคือเป็น การโอนเฉพาะสิทธิมิได้โอนหน้าที่หรือภาระให้แก่ผู้รับโอนด้วย

ที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง ปรากฏในหลักกฎหมายโรมันโบราณ เกี่ยวกับที่เรียกว่า “The procuratio in rem suam” กษัตริย์จัสติเนียน² ห้ามการโอนทรัพย์สินเกี่ยวกับข้อพิพาท (Res Litigiosae) ซึ่งรวมถึง สิทธิในการฟ้องคดีด้วยแนวความคิดเดิมของโรมันจึงเห็นว่าสิทธิเรียกร้อง โอนไม่ได้ ต่อมาภายหลังได้มีการยอมรับหลักเกี่ยวกับการดำเนินคดี ซึ่งยอมรับการ³ สร้างหลักการ ดำเนินคดีเรียกว่า “Procurator” ซึ่งทนายมีอำนาจเกี่ยวกับบัญชีการเงิน รวมทั้งสิ่งซึ่งจะได้รับจากลูกหนี้ อำนาจนี้สิ้นสุดเมื่อผู้ให้อำนาจตาย หรือ มีการชำระหนี้ การใช้อำนาจของทนายความเป็นการใช้แทน หรือในนามของเจ้าของสิทธิ ซึ่งสามารถลบล้างหรือยุติการใช้ได้ แต่อำนาจของทนายความเริ่มแน่นอน

² R. W. Lee, The element of Roman Law. p. 403., ไกวัล ชุ่มวัฒนา, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการ โอนสิทธิเรียกร้อง,” (วิทยานพนธ์มหาวิทยาลัย, 2528), น. 52-53.

³ Rudolf Huebner, A History of German Private Law. Rothman Reprint, 1968, p. 533 - 534., ไกวัล ชุ่มวัฒนา, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการ โอนสิทธิเรียกร้อง,” (วิทยานพนธ์มหาวิทยาลัย, 2528), น. 53.

มั่นคงขึ้นในระยะหลัง เพราะไม่สิ้นสุดแม้เจ้าของสิทธิจะตายและวิธีการโอนสิทธิก่อนที่มีการชำระหนี้ ทำโดยการแจ้งไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้รับรองผู้รับโอนมีฐานะเช่นเจ้าหนี้

ในยุคกลางได้มีการวิวัฒนาการเกี่ยวกับเอกสารผู้ถือและตามคำสั่ง ซึ่งใช้ในทางพาณิชย์ และได้เริ่มมีการยอมรับเกี่ยวกับความสามารถในการโอนทรัพย์สินในการฟ้องคดี (The assignability of Choses In Action) ในระบบกฎหมายบางระบบเช่นกฎหมายเยอรมัน และก็มีปรากฏลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาบางลักษณะ เช่นการยึดหุ้นวงทรัพย์สินของผู้เช่า เนื่องจากการไม่ชำระค่าเช่า หรือ การยึดหุ้นวงสัมภาระเพื่อประกันค่าจ้างแรงงาน ซึ่งเรื่องที่มีลักษณะการโอนที่คล้ายกันนี้คือการที่เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นลูกหนี้ของลูกหนี้ จนได้วิวัฒนาการเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ได้ยอมรับหลักในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยกฎหมายแพ่งเยอรมันอนุญาตให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องโดยสัญญาโอนสิทธิซึ่งไม่มีแบบ แต่ก็มีสิทธิเรียกร้องตามสัญญาบางอย่างที่ไม่อาจโอนได้ เนื่องจากคุณสมบัติเฉพาะตัวลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ หลักการโอนสิทธิเริ่มเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางแต่อย่างไรตามการใช้สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ไม่อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ที่แท้จริงได้ หลักการโอนนี้ได้ถูกนำไปใช้ในกฎหมายประกันภัยและกฎหมายพาณิชย์ และประเทศต่างๆ ก็ได้รับความคิดนี้ไปใช้ในกฎหมายของตน

ในระบบกฎหมายอังกฤษ นั้น แต่เดิม กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ไม่ยอมรับในการโอนหนี้หรือ โอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างๆ นอกจากเกี่ยวกับตราสารเปลี่ยนมือหรือสัญญาพิเศษบางอย่าง และการโอนสิทธิตามสัญญาประกันชีวิต ซึ่งบัญญัติใน The Assurance Act 1867 แต่หลัก Equity ของอังกฤษ⁴ ได้ยอมรับในการโอนสิทธิเรียกร้องในการฟ้องคดีในนามของผู้โอนสิทธิ และการมอบอำนาจให้ทนายดำเนินคดีแทน ดังเช่น ปรากฏในคดีระหว่าง Torkington กับ Magee ในปี 1902 และได้มีการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับ วิธีพิจารณาคดี ก็ได้มีบัญญัติเรื่อง การโอนสิทธิเรียกร้องได้ด้วยคือ The Judicature Act 1873 Sect. 25 (6) และต่อมาก็ได้มีการแก้ไข และได้นำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ไปไว้ใน Law of property Act, 1925 Sect. 136 (i) ซึ่งได้ใช้กันมาจนกระทั่งปัจจุบันนี้

⁴ ศนันท์ภรณ์(จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้),

(กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), Ibid, p. 161 – 162.

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ได้รับแนวความคิดนี้มาจากของอังกฤษจึงบัญญัติหลักเรื่อง การโอนสิทธิเรียกร้องไว้ใน The Uniform Commercial Code, 1962 Sec. 2- 210 ซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบันนี้

ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐสเปน สาธารณรัฐเยอรมนี และญี่ปุ่น ก็ได้รับแนวคิดนี้ไปบัญญัติไว้ใน Civil Code ของตน และยังมีผลใช้บังคับอยู่จนกระทั่งปัจจุบันนี้

ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่แรกที่ได้มีการร่าง บรรพ 1 เรื่องบุคคลและ บรรพ 2 เรื่องหนี้ เมื่อปีพุทธศักราช 2466 ได้นำหลักในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาไว้ในเรื่องนี้ด้วย โดยแต่แรกได้รับอิทธิพลของกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาเป็นส่วนใหญ่ โดยมีรายละเอียด ในภาค 3 โอนหนี้ ลักษณะบทเบ็ดเสร็จทั่วไป และลักษณะ 2 ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวมีส่วนคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายการโอนสิทธิเรียกร้องของประเทศอื่น และที่ใช้อยู่ในกฎหมายไทยปัจจุบัน เพราะ เมื่อปีพุทธศักราช 2468 ได้มีการแก้ไขปรับปรุงหลักกฎหมายนี้ และได้นำเอาหลักกฎหมายของญี่ปุ่นและของเยอรมันมาใช้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้กระทำโดย นำหลักในมาตรา 266 และมาตรา 267 มาแก้ไขเป็นมาตรา 303 ปัจจุบัน และนำมาตรา 271 และมาตรา 272 มาแก้ไขเป็น มาตรา 307 ปัจจุบัน และมาตรา 273 เดิม มาแก้ไขเป็นมาตรา 308 ปัจจุบัน และยกเลิก มาตรา 268 มาตรา 270 มาตรา 274 – 279 เดิมเสีย ส่วนมาตราที่ได้บัญญัติหลักขึ้นมาใหม่ ซึ่งจะได้นำรายละเอียดมากกล่าวในบทต่อไป เมื่อกฎหมายไทยรับเอาหลักของประเทศเยอรมันและญี่ปุ่นมาใช้ดังนั้น วิธีปฏิบัติการใช้ และแนวความคิดก็ต้องเป็นไปในทำนองที่คล้ายคลึงกับประเทศทั้งสองด้วย

เรื่องที่น่าสังเกต ก็คือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเดิมได้บัญญัติ เรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง ไว้ในภาค 3 เรื่องโอนหนี้ โดยกฎหมายเดิมได้กล่าวถึงทั้งสิทธิของเจ้าหนี้และหน้าที่ของลูกหนี้ แต่ต่อมาภายหลังเมื่อมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2468 ได้ยกเลิกคำว่าหน้าที่ของลูกหนี้และแยกการโอนสิทธิเรียกร้องออกมาต่างหากจากเรื่องโอนหนี้ การโอนหนี้ยังคงอยู่ในลักษณะแปลงหนี้ในกฎหมายปัจจุบันมากกว่า เพราะการแปลงหนี้เป็นการโอนสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดีในฉบับมาตรา 306 และมาตรา 309 ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ยังใช้คำว่า “โอนหนี้”

แทนคำว่า “โอนสิทธิ” แม้แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 162/2491 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 315/2494 ก็ใช้คำว่า “โอนหนี้” แทน “โอนสิทธิ” เช่นเดียวกัน ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมชเห็นว่าคงเป็นเพราะต้องการให้ถ้อยคำสอดคล้องกับถ้อยคำในคํวาทที่บัญญัติว่า “จะพึงต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง “ตามมาตรา 306 หรือ “อันพึงต้องชำระตามเขาสั่ง” ตามมาตรา 309 เพราะหนี้เป็นคำกลางอันประกอบอยู่ทั้งสิทธิและหน้าที่ เมื่อคํวาทบทเป็นเรื่องสิทธิ จึงบิดเป็นเรื่องหน้าที่ไม่ได้ การโอนหน้าที่ไม่มีคํวาทในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปัจจุบันคงมีแต่ในฉบับเก่า นอกจากนั้นยังมีนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่าน เห็นว่าการโอนสิทธิเรียกร้องเหมือนกับการโอนหนี้ จึงใช้คำแทนกันได้

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา และความเห็นของนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิแต่ผู้วิจัยมีความเห็นว่า น่าจะแยกเรื่อง “โอนสิทธิ” และ โอนหนี้ ออกจากกันให้เด่นชัดเพราะจำทำให้ผู้อ่านและผู้ศึกษาวิชากฎหมายในรุ่นหลังเกิดความเข้าใจไขว้เขวและใช้ปะปนกัน เพราะคำว่า “โอนหนี้” มีความหมายกว้าง เพราะ “หนี้” หมายถึง “สิทธิ” และ “หน้าที่” ในตัวเอง และ “หน้าที่” นั้น กฎหมายมิได้กำหนดให้แต่ลูกหนี้เท่านั้นที่มีต่อเจ้าหนี้ เจ้าหนี้อาจมีหน้าที่ต่อลูกหนี้ยอมได้ แต่การโอนสิทธิหมายความว่า “สิทธิ” อย่างเดียวไม่ได้รวมถึงหน้าที่ด้วย หากใช้คำว่า “โอนหนี้” แทนคำว่า “โอนสิทธิ” อาจทำให้ผู้อ่านเข้าใจว่า เป็นการโอนทั้งสิทธิและหน้าที่ อันเข้าลักษณะการแปลงหนี้ใหม่ตามกฎหมายมากกว่าจะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายหลายท่านเข้าใจว่าการจะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง ก็คือการแปลงหนี้นั่นเอง ทั้งที่ความจริงแบบทางปฏิบัติและผลทางกฎหมายของทั้งสองเรื่องต่างกัน

ดังนั้นผู้วิจัยจึงไม่เห็นด้วยกับการที่จะนำคำว่า “โอนหนี้” มาใช้แทน “โอนสิทธิเรียกร้อง” หรือ นำมาใช้ปะปนกัน เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจว่าเหมือนกัน เพราะอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิด และนำไปใช้วินิจฉัยผิดแบบและผลตามกฎหมายได้

จากบทนี้ผู้วิจัยได้อธิบายให้เข้าใจลักษณะและความหมายของสิทธิ ตามกฎหมายโดยเฉพาะเรื่องสถานะภาพของสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายว่าแนวความคิดของนักกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายแพ่งไทยว่า สิทธิเรียกร้องเป็นทรัพย์สินเสมอไปหรือไม่ อย่างไรจะสมเหตุผลและตรง

กับบทบัญญัติของกฎหมายมากกว่ากัน ซึ่งความเห็นในเรื่องดังกล่าวเพื่อเป็นการแสดงความคิดเห็นและเสนอความคิดเห็นนั้นเพื่อใช้เป็นประโยชน์ในการพิจารณาหลักและการโอนสิทธิเรียกร้องในบทต่อไป ซึ่งต่างกับการโอนทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นแบบหรือผลของการโอนตามกฎหมาย รวมทั้งแนวความคิดในการนำไปใช้พิจารณากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะอื่นๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและสิทธิเรียกร้องเพื่อจะได้มีการนำกฎหมายนั้นมาใช้ได้ถูกต้องและบังเกิดผลมากที่สุด แม้ว่าอาจมีนักกฎหมายหลายคนไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว แต่อย่างน้อยก็ช่วยให้นักกฎหมายท่านนั้นได้พิจารณาความเห็นในอีกแง่หนึ่ง ซึ่งต่างกับที่ศาลฎีกาวางแนวไว้แล้วเรายึดถือกันเรื่อยมา จนมิได้คำนึงถึงความคิดในลักษณะอื่น

2.2 แนวคิดทฤษฎีเรื่องกฎหมายลักษณะหนี้

การศึกษาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายลักษณะหนี้จำเป็นต้องเริ่มต้นกล่าวถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายลักษณะหนี้ในกฎหมายโรมันก่อน เนื่องจากกฎหมายลักษณะหนี้ของกฎหมายในหลายประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) ดังเช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐอิตาลี ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คือ ที่มาสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันของไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องนี้ ดังนั้น การศึกษาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายลักษณะหนี้ของโรมันก็จะเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้เราเข้าใจกฎหมายลักษณะหนี้ของไทยได้ดียิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม เราคงปฏิเสธไม่ได้ว่ากฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของพัฒนาการทางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองของประเทศ ดังนั้นการจะทำความเข้าใจกฎหมายลักษณะหนี้ของไทยให้เหมาะสมกับสังคมไทยก็จำเป็นต้องศึกษาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวด้วย

2.3 แนวความคิดพื้นฐานเรื่องของหนี้ตามกฎหมายโรมัน⁵

การศึกษากฎหมายโรมันโดยแท้ (Pure Roman Law) นั้นเป็นการศึกษากฎหมายที่เริ่มต้นพัฒนา เจริญรุ่งเรืองและเสื่อมลงที่โรมในช่วงตั้งแต่ 753 ปีก่อน ค.ศ. จนกระทั่งถึง ค.ศ.565 อันเป็นปีแห่งมรณกรรมของจักรพรรดิจัสติเนียน รวมเวลาทั้งสิ้นประมาณ 13 ศตวรรษ ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าว กฎหมายโรมัน เกิดขึ้น พัฒนา เปลี่ยนแปลงไปตามความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจและการเมือง กฎหมายโรมันนับว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะสำคัญคือเข้าใจง่าย มีเหตุผล เป็นระบบ ตอบต่อปัญหาทางกฎหมายได้ทุกเรื่อง จึงเป็นกฎหมายที่มีการนำมาศึกษาใหม่ในเมืองโบโลญญา ทางตอนเหนือของสาธารณรัฐอิตาลี และก่อให้เกิดระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งยังเป็นกฎหมายที่แพร่หลายไปทั่วยุโรปในราวศตวรรษที่ 14 และท้ายที่สุดเนื้อหาของกฎหมายโรมันที่มีการศึกษาที่โบโลญญา กลายเป็นส่วนสำคัญในการทำประมวลกฎหมายสมัยใหม่ด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมายของประเทศที่อยู่ในระบบลายลักษณ์อักษร เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่ง⁶ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่อง “หนี้”

2.3.1 ความหมาย

ใน Institutiones ของ จัสติเนียน ให้ความหมายของหนี้ไว้ว่า “Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis juris” โดยอาจแยกพิจารณาความหมายเป็นส่วนๆ ดังนี้

Obligatio แปลว่า “หนี้” หรือที่ปัจจุบันรู้จักในศัพท์ภาษาอังกฤษว่า obligation
est หมายถึง is ในภาษาอังกฤษแปลในที่นี้ว่า “คือ”

⁵ Arangio-ruiz V., *Istituzioni di Diritto Romano* Quattordicesima edizione riveduta ristampata analitica (Giovene : Napoli), 1984, p. 391 – 401 ; Talamanca M., *Istituzione Di Diritto Romano* (Giuffrè : Milano), 1990, p. 634 – 635, ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), น. 18.

⁶ เพราะแม้ในหลายประเทศจะมีทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์แยกกัน แต่เฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งเท่านั้นที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน ส่วนประมวลกฎหมายพาณิชย์เกิดจากกฎหมายของพ่อค้า (Iex mercatoria) อันเป็นกฎหมายที่เกิดในช่วงประมาณศตวรรษที่ 12 ในยุโรปเพราะความจำเป็นทางการค้า

juris หมายถึง กฎหมาย

vinculum หมายถึง ความผูกพัน

necessitate หมายถึง ความจำเป็น

stringier หมายถึง การบังคับได้แม้ขัดกับเจตนาของลูกหนี้

alicujus หมายถึง ลูกหนี้

solvendae หมายถึง การชำระหนี้

rei หมายถึง ทรัพย์สินหรือ res ในกฎหมายโรมัน

secundum แปลว่า ตาม

nostrae แปลว่าของเราหรือ our ในภาษาอังกฤษ

civitatis หมายถึง โรมัน

ดังนั้น ความหมายโดยรวม “หนี้” หมายถึงความผูกพันตามกฎหมายที่ลูกหนี้จำเป็นต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายของโรมัน

แต่ถ้าแปลความเช่นนี้อาจไม่ครอบคลุมกับวัตถุแห่งหนี้อื่นนอกเหนือจากการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินหรือเงิน Prof.Arangio-ruiz จึงเห็นว่าควรจะแปลความส่วนของ การชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ให้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ว่าเป็น “การชำระหนี้ด้วยพฤติกรรมบางอย่าง”⁷

2.3.2 บ่อเกิดแห่งหนี้

สำหรับในกฎหมายโรมัน มีความเห็นในการแบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้เป็นสองแนวคือ

2.3.2.1 แนวของนักกฎหมายคนสำคัญที่ใช้ชีวิตอยู่ในช่วงประมาณศตวรรษที่ 2 ชื่อ Gaius ซึ่งในงานเขียนชิ้นสำคัญคือ Institutiones ของท่านนั้นแบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้ออกเป็น 3 บ่อเกิด ได้แก่

⁷ การแปลความหมายตามตัวอักษรเช่นนี้ทำให้นักกฎหมายโรมันปัจจุบันตั้งข้อสังเกตที่คำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งอาจไม่ครอบคลุมกับหนี้กระทำการหรือหนี้งดเว้นกระทำการ ที่นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์อธิบายถึงวัตถุแห่งหนี้ในกฎหมายโรมันว่ามี 3 ประการคือ dare (ส่งมอบ) facere (กระทำการ) non facere (งดเว้นกระทำการ) รายละเอียดโปรดอ่านเพิ่มเติมใน Arangio-ruiz V., supra note 1, p. 283 – 284 , ศนันทกรณ(จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน), น. 19.

ก. หนี้ที่เกิดจากสัญญา (obligations ex contractu)

เนื่องจากในสมัยโรมันยังมิได้ให้ความสำคัญกับคำเสนอ คำสนองหรือกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาเช่นในปัจจุบัน แต่นักกฎหมายโรมันให้ความสำคัญกับ “หนี้” ว่าสัญญาก่อให้เกิด “หนี้” หรือไม่ การแบ่งประเภทของสัญญาจึงเป็นการพิจารณาว่าสัญญาในประเภทนั้นๆ ก่อหนี้จากอะไรเป็นสำคัญ สัญญาในสมัยโรมันจึงแบ่งประเภทดังนี้

(1) สัญญาซึ่งหนี้เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน (Obligaciones re contractae) ปัจจุบันเรียกสัญญาในประเภทนี้ว่าทรัพย์สินสัญญา อันหมายความว่าตราใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินนี้จากสัญญาประเภทนี้ก็ไม่อาจเกิดได้ โดยสัญญาในกลุ่มนี้ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้าง ผากทรัพย์สิน สัญญาจำนำ เป็นต้น

(2) สัญญาซึ่งหนี้เกิดจากการเปล่งวาจา (Obligaciones verbis contractae) ซึ่งหมายความว่าสัญญาประเภทนี้จะก่อหนี้ได้ต้องเกิดจากการเปล่งวาจาตามตอบด้วยถ้อยคำที่กฎหมายกำหนดระหว่างบุคคลสองคนและการเปล่งวาจาต่อกันนั้นต้องเกิดต่อเนื่องเป็นกรรมวาระเดียวกันโดยสัญญาในกลุ่มนี้ได้แก่สัญญาฝ่ายเดียวที่เรียกว่า “stipulation” เป็นต้น

(3) หนี้ที่เกิดจากการทำเป็นลายลักษณ์อักษร (obligaciones litteris contractae) ซึ่งหมายความว่าสัญญาประเภทนี้จะก่อหนี้ได้ต้องเกิดจากการทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยตัวอย่างสัญญาในกลุ่มนี้อาจไม่เป็นที่รู้จักในปัจจุบันจึงขอไม่กล่าวถึง

(4) หนี้ที่เกิดจากความยินยอม (obligations consensus contractae) ซึ่งหมายความว่าทันทีที่คู่สัญญา “ยินยอม” เข้าทำสัญญาหรือที่ปัจจุบันรู้จักในลักษณะของการเสนอสนองต้องตรงกัน สัญญาจะเกิดขึ้นสมบูรณ์ และก่อหนี้ได้ทันที โดยสัญญาในกลุ่มนี้ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาตั้งตัวแทน สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน เป็นต้น

ข. หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligations exdelicto)

สำหรับหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นคือหนี้ที่พัฒนามาเป็นกฎหมายลักษณะละเมิดในปัจจุบัน อาจจะมีแตกต่างในหลักการเรื่องละเมิดในเรื่องของฐานความผิดอยู่บ้าง เพราะละเมิดในปัจจุบันเป็นเรื่องของการเยียวยาผู้เสียหายให้กลับไปอยู่ในสถานะเสมือนความเสียหาย

นั้นมิได้เกิดขึ้นซึ่งบางครั้งเรียกว่าเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนการถูกละเมิด ส่วนในกฎหมายโรมันนั้นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้แม้พิจารณาในด้านของความรับผิดชอบทางแพ่งก็มิได้มีวัตถุประสงค์เป็นการเยียวยาผู้เสียหายแต่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้ที่กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายโรมัน ได้แก่

- (1) การลักทรัพย์ (furtum)
- (2) การปล้นทรัพย์ (bona vi rapta)
- (3) การทำให้เสียทรัพย์ (damnum iniuria datum)
- (4) การทำร้ายร่างกาย

ค. หนี้ที่เกิดจากการกระทำอื่นๆ ที่ไม่ใช่หนี้ในสองกรณีแรก (varie causarum figurae)

ได้แก่

- (1) จัดการงานนอกสั่ง (negotiorum gestio)
- (2) การชำระหนี้โดยไม่มีหนี้ (solutio indebiti)
- (3) การก่อหนี้แก่ทายาทโดยธรรมเพื่อประโยชน์ของทายาทโดยพินัยกรรม (legatum per damnationem) เป็นต้น

2.3.2.2 แนวของจักรพรรดิจัสติเนียน แบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้ออกเป็น 4 บ่อเกิดคือ

ก. หนี้เกิดจากสัญญา (obligations ex contractu) ก็คือกรณีเช่นเดียวกับที่ Gaio แบ่งไว้ในกลุ่มที่หนึ่ง

ข. หนี้เกิดจากการกระทำคล้ายสัญญา (obligations quasi contractus) ได้แก่กรณีที่ Gaio จัดไว้ในกลุ่มที่สาม ได้แก่ การจัดการงานนอกสั่ง ลากมิดรได้

ค. หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligations ex delicto) เป็นกรณีเดียวกับที่ Gaio จัดไว้ในกลุ่มที่สอง

ง. หนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligations ex quasi ex delicto) ได้แก่กรณีที่ Gaio จัดไว้ในกลุ่มที่ 3 เป็นกรณีของหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการทำงานของขุนนางผู้บริหารความยุติธรรม (jus honorarium) ซึ่งปัจจุบันพัฒนาไป

เป็นความรับผิดชอบข้อสันนิษฐานของกฎหมายหรือซึ่งบางครั้งนักกฎหมายไทยเรียกว่าเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด

2.3.3 พัฒนาการของความคิดเรื่องนี้

ในสมัยโรมันยุคโบราณนั้นไม่รู้จักหลักเกณฑ์ในเรื่อง “หนี้” เพราะความต้องการของกลุ่มชนดั้งเดิมจะติดอยู่กับที่ดินและทรัพย์สินบางอย่างที่ค่อนข้างจำกัด ระบบกฎหมายเก่าที่สุดของโรมันนั้นไม่รู้จักหลักเกณฑ์เรื่องของสิทธิเรียกร้อง รู้จักแต่เพียงหลัก *mancipium*⁸ หรือที่เรียกว่าหลักอำนาจเหนือหรืออำนาจครอบงำของหัวหน้าครอบครัว (*paterfamilias*) ที่มีทั้งต่อบุคคลในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นปิตุลา บุตร หลาน เหลน หรือมีต่อทรัพย์สิน เช่น ทาส

แต่ต่อมา การชำระหนี้จะต้องมีหลักประกันทางข้อเท็จจริงอันจะมีผลต่อเจตนาในการชำระหนี้ของลูกหนี้ให้ต้องชำระหนี้ ซึ่งหลักประกันดังกล่าวอาจเป็นได้ทั้งการส่งมอบทรัพย์สินหรือส่งมอบคนไว้เป็นประกันและทรัพย์สินหรือคนนั้นจะยังอยู่ที่เจ้าหนี้จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้

ต่อมา เมื่อมีการยืมเงิน การส่งมอบคนหรือทรัพย์สินเป็นประกันหนี้นั้นมีลักษณะเป็นแบบพิธีมากขึ้นอันเป็นการประกันที่มีผลทางกฎหมายด้วยมิใช่มีเฉพาะผลทางข้อเท็จจริงดังเช่นในอดีตวิธีการนี้เรียกว่า *nexum* ซึ่งต้องทำตามแบบพิธีที่ต้องใช้ดาซึ่งที่เรียกว่า *mancipatio* และด้วยการที่ความผูกพันในการประกันหนี้ต่อเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้นั้นใช้กันมาก ในห้วงเวลาที่มีการเติบโตทางเศรษฐกิจของอาณาจักรโรมัน ความคิดเรื่อง *nexum* จึงก่อปัญหาให้กับสังคมโรมันอย่างมากและในที่สุดก็ถูกยกเลิกไปในปี 326 ก่อน คริสต์ศักราช โดยกฎหมายชื่อ *lex poetelia papiria de nexis*⁹

⁸ Del Giudice F. & Beltrani B., (a cura di) *Nuovo Dizionario Giuridico Romano*, II edizione (Esselibri – Simone : Napoli), p. 342, ศนันท์กรณ์(จำปี) โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), น. 21.

⁹ เป็นกฎหมายที่ผ่านสภาประชาชนในปี 326 ก่อน ค.ศ.เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญมากเพราะเกี่ยวกับ *nexum* แต่แม้จะไม่สามารถยกเลิกระบบ *nexum* ไปเสียทีเดียว ก็ได้ลดการบังคับบนเนื้อตัวร่างกายไปอย่างน้อยผลเมืองโรมันที่อยู่ภายใต้ *nexum* ก็ไม่ต้องถูกจองจำด้วยโซ่ และเป็นครั้งแรกของประวัติศาสตร์โรมันที่เปิดทางไปสู่ความคิดของการบังคับชำระหนี้บนกองทรัพย์สินของลูกหนี้แทนการบังคับชำระหนี้บนตัวบุคคลหรือเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้

เกิดรูปแบบใหม่ของหนี้ที่เริ่มแพร่หลายก่อนที่ nexum จะถูกยกเลิกไปและเป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมมากกว่า เพราะก่อเฉพาะความผูกพัน ในลักษณะที่เรียกว่า “obligation” ซึ่งปัจจุบันแปลว่า “หนี้” โดยวิธีการของการก่อความผูกพันนี้ก็คือการทำ sponsio หรือการก่อหนี้ด้วยการเปล่งวาจาถามต่อด้วยถ้อยคำที่กฎหมายกำหนด โดยการกล่าวถามตอบนั้นต้องต่อเนื่องเป็นกรรมวาระเดียวกันระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ ก่อความผูกพันเท่านั้น ลูกหนี้จึงยังเป็นอิสระอยู่จนกว่าลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้ ก็อาจถูกบังคับบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้ด้วยกระบวนการของการบังคับคดีที่เรียกว่า manus initio ถึงขั้นอาจบังคับขายลูกหนี้ให้ตกเป็นทาสได้หรืออาจฆ่าลูกหนี้ทิ้งเสียก็ได้

ดังนั้น lex poetelia papiria de nexis นอกจากจะยกเลิกหลัก nexum แล้วต่อมายังได้สร้างหลักการใหม่คือหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้ด้วยกองทรัพย์สินของตนเอง ส่งผลให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วยกองทรัพย์สินของตนเอง ส่งผลให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ใช่บังคับบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้อีกต่อไป

ด้วยเหตุที่เดิม “หนี้” ถือว่าเป็นความผูกพันส่วนตัว ความสัมพันธ์ทางหนี้จึงไม่อาจตกสืบไปถึงทายาทได้ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ด้านเจ้าหนี้หรือความสัมพันธ์ด้านลูกหนี้ก็ตามจนกระทั่ง “หนี้” พัฒนาไปในบังคับบนกองทรัพย์สินได้ จึงยอมรับให้ความสัมพันธ์ทางหนี้สามารถทอดทอดทางมรดกได้

2.3.4 หนี้ในธรรมตามกฎหมายโรมัน

เนื่องจากตามกฎหมายโรมัน “หนี้” เป็นความผูกพัน “ตามกฎหมาย” ที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ อันหมายถึงเจ้าหนี้มี “สิทธิ” ที่จะฟ้องบังคับให้ลูกหนี้ตามกฎหมายได้ดังนั้น ในกรณีใดที่ความผูกพัน “ตามกฎหมาย” ไม่มีก็ไม่อาจเรียกได้ว่ามี “หนี้ตามกฎหมาย” ได้ แต่ในบางครั้งอาจมีหนี้หรือความผูกพันที่ “เคยเป็น” “ความผูกพันตามกฎหมาย” ในอดีตมาก่อน แต่ด้วยเหตุผลบางประการความผูกพันดังกล่าวได้สูญเสีย “การบังคับ” ได้ตามกฎหมายไป แต่เนื่องจาก “หนี้” ที่เคยมียังสร้างความผูกพัน “ทางใจ” ต่อไปได้แม้บังคับกันตามกฎหมายไม่ได้ นักกฎหมายโรมันจึงเรียกหนี้ดังกล่าวนี้ว่า

“หนี้ในธรรม” หรือ “หนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม” เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ที่มีหนี้ทางใจนี้สามารถเลือกที่จะชำระหนี้เองได้ และเปิดโอกาสที่จะให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ อันส่งผลให้ท้ายที่สุด หนี้ที่เคยมีตามกฎหมายเมื่อมีการชำระก็จะระงับสิ้นไปได้เช่นกัน

นักกฎหมายโรมันได้ให้ลักษณะของหนี้ในธรรมไว้ดังนี้คือ

1. เป็นหนี้ที่มีพื้นฐานอยู่บนหลักเหตุผลตามธรรมชาติหรือ *naturalis ratio* หรือหนี้บนพื้นฐานของความรู้สึกลึกซึ้งชอบชั่วดี มิใช่บนพื้นฐานของกฎหมาย
2. เป็นหนี้ที่มีโครงสร้างของหนี้ตามกฎหมายคือมีความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ มีตัวหนี้คือสายสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย
3. เป็นหนี้ที่มีลักษณะทางทรัพย์สิน
4. เป็นหนี้ที่ขาดเครื่องมือทางกฎหมายที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้
5. เป็นหนี้ที่แม้บังคับไม่ได้ แต่ลูกหนี้อาจยอมชำระหนี้เองได้ และถ้าลูกหนี้ชำระหนี้แล้วลูกหนี้ก็จะเรียกคืนโดยอ้างว่าไม่มีหนี้ไม่ได้
6. เป็นหนี้ที่อาจถูกแปลงหนี้ใหม่ได้

เจ้าหนี้ฟ้องบังคับให้ทาสหรือบุตรชำระหนี้ตามกฎหมายไม่ได้ เพราะสำหรับทาสเป็น “ทรัพย์สิน” ไม่ใช่บุคคลไม่อาจเป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาและไม่อาจเป็นเจ้าของทางทรัพย์สินได้ สำหรับบุตรแม้เป็นบุคคล แต่โดยหลักของกฎหมายโรมัน บุตรไม่เป็นเจ้าของทรัพย์สินเพราะทรัพย์สินทั้งหมดจะเป็นของหัวหน้าครอบครัวหรือ *paterfamilias* หากบุตรไปก่อนนี้ บุตรก็ไม่อาจชำระหนี้ได้เช่นกัน ดังนั้นเจ้าหนี้จึงฟ้องเรียกให้ทาสหรือบุตรชำระหนี้ตามกฎหมายไม่ได้ แต่ถ้าทาสหรือบุตรชำระหนี้ หัวหน้าครอบครัวก็ไปเรียกคืนไม่ได้ นักกฎหมายโรมันเรียกหนี้ของทาสหรือบุตรนี้ว่าหนี้ในธรรมหรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมด้วย

2.3.5 วัตถุแห่งหนี้ตามกฎหมายโรมัน

วัตถุแห่งหนี้ตามกฎหมายโรมันนั้นในสมัยดั้งเดิมคือ “ตัวลูกหนี้” ด้วย แต่พัฒนาการต่อมา กล่าวถึง “วัตถุแห่งหนี้” ว่ามี *dare*,

ก. dare หมายถึง หนี้ในการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินหนึ่ง หรือหนี้ที่จะก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สิน หนี้กรณีนี้เกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดด้วยความตั้งใจ หนี้ย่อย่างอื่นถือเป็นกรณีที่สองหมด

ข. facere หมายถึง หนี้ในการโอนการครอบครอง และการคืนการครอบครอง

ค. non facere หมายถึง หนี้เว้นการกระทำ

ในกฎหมายโรมัน การโอนกรรมสิทธิ์ในกรณีของสัญญาซื้อขายไม่ถือว่าเป็นวัตถุแห่งหนี้ เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินประเภทใดก็ตามจะโอนก็ต่อเมื่อได้มีการทำตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น การโอนกรรมสิทธิ์จึงมิใช่หนี้ที่ลูกหนี้จะต้องทำแต่อย่างใด แต่เหตุที่วัตถุแห่งหนี้ในการ dare นั้น หมายถึงการโอนกรรมสิทธิ์นั้น อธิบายได้ว่าหนี้ประเภทนี้อาจมาจากการทำ stipulatio¹⁰ คือการก่อหนี้ด้วยการเปล่งวาจา มิใช่หนี้ที่เกิดจากการซื้อขายกันตามปกติ เพราะการทำ stipulatio นี้อาจก่อหนี้ได้ทุกประเภททั้ง dare, facere และ non facere¹¹

ปัจจุบัน¹² ประเทศที่ใช้ระบบสัญญาเดียดังเช่น สาธารณรัฐอิตาลีนั้น หนี้ที่จะต้อง dare นั้น หมายถึง

(1) หนี้ในการส่งมอบทรัพย์สิน อันหมายถึงการที่ลูกหนี้สละการครอบครองหรือสละการยึดถือตัวทรัพย์สิน ซึ่งหนี้นี้จะใช้กับกรณีของสัญญาเดี่ยวเช่นการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ที่กรรมสิทธิ์โอน

¹⁰ ในกฎหมายโรมัน stipulatio เป็นสัญญาปากเปล่าซึ่งสามารถก่อหนี้ใดๆ ก็ได้เพียงด้วยการเปล่งวาจาเท่านั้น โดย stipulatio นั้นอาจใช้คำใดๆ ก็ได้ที่มีลักษณะเป็นคำมั่น ขอเพียงผู้ให้คำมั่นจะต้องตอบด้วยถ้อยคำเดียวกับที่เขาถาม เช่นคุณให้คำมั่นว่าจะให้เงินฉันหนึ่งร้อยไซ้ไหม ผู้ให้คำมั่นตอบว่าฉันให้คำมั่น เป็นต้น, รายละเอียดโปรดอ่านเพิ่มเติมใน “Stipulatio” nell’Enciclopedia Treccani in WWW.treccani.it/enciclopedia/stipulatio retrieve in 5 October 2016

¹¹ Ibidem, สนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), น. 24.

¹² Giorgianni M, supra note 5, p.83 ss., Torrente A. & Schlesinger P., Manuale di Diritto Privato (Giuffrè : Milano), 1981, p. 406 , สนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), น. 24.

ไปทันทีที่คู่สัญญายินยอมเข้าทำสัญญากันแล้ว ซึ่งการส่งมอบทรัพย์สินนี้หมายถึงทั้งการส่งมอบเงินการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและการส่งมอบสินค้า

(2) หนี้ในการโอนสิทธิ ในกรณีที่ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หนี้ที่จะต้อง dare นี้หมายถึงรวมถึงการโอนสิทธิกล่าวคือการทำให้อีกคนหนึ่งได้สิทธิในตัวทรัพย์สินไปด้วยการกำหนดทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งด้วย

(3) หนี้ในการส่งทรัพย์สิน

ส่วนหนี้ในการ facere นั้น หมายถึงหนี้ในการทำ “ผลงาน” ให้เจ้าหนี้ ไม่รวมการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งได้แก่ หนี้ในการทำงานให้สำเร็จของผู้รับจ้างทำของหรือหนี้ในการทำงานตามที่นายจ้างมอบหมายในสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น

ท้ายที่สุด หนี้ที่จะต้อง non tacere นั้นหมายถึง หนึ่งเว้นกระทำการ เช่น จดเว้นจะไม่ผลิตสินค้าหรือเครื่องจักรแข่งในบางเขต เป็นต้น

2.3.6 การบังคับชำระหนี้ในกฎหมายโรมัน

การบังคับชำระหนี้มีรูปแบบเปลี่ยนไปตามกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป โดยในเบื้องต้นแรก การบังคับชำระหนี้ขึ้นอยู่กับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ ต่อมาการบังคับชำระหนี้เปลี่ยนไปเป็นการบังคับชำระหนี้บนกองทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วยกฎหมายชื่อ lex poeetelia papiria โดยมีวิธีการในการบังคับชำระหนี้บนกองทรัพย์สินของลูกหนี้มี 2 วิธีคือ

(ก) การขายทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ กระบวนการนี้เรียกว่า “bonorum venditio”

(ข) การนำทรัพย์สินของลูกหนี้ออกขายรายชิ้นจนกว่าจะครบจำนวนหนี้ กระบวนการนี้เรียกว่า “bonorum distratio”

2.3.7 ความระงับแห่งหนี้¹³

ความระงับแห่งหนี้ตามกฎหมายโรมันสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่คือ

¹³ Arangio-ruiz V., supra note 1. p.391ss. ; Tamalanca M., supra note 1, p.634ss., ศนันท์กรณ (จำปี)

โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), น. 25.

2.3.7.1 ความระงับแห่งหนี้โดยผลของกฎหมาย (Ipso Jure : Jus Civile)

อันเป็นความระงับแห่งหนี้โดยอัตโนมัติเมื่อมีการกระทำที่กฎหมายกำหนดว่าให้หนี้ระงับ และกฎหมายนี้ต้องเป็นกฎหมายโรมันหรือ Jus Civile เท่านั้น สำหรับความระงับแห่งหนี้ตามกฎหมายโรมันมีหลายวิธี

ก. หนี้ระงับด้วยการชำระหนี้ตามแบบพิธี (Solution)

เนื่องจากในกฎหมายโรมันโบราณนั้น การก่อหนี้ต้องทำตามแบบพิธี เช่นด้วยวิธีการที่ใช้ดาซัง (Mancipatio) เมื่อจะระงับหนี้ด้วยการชำระหนี้จึงต้องทำตามแบบพิธีเดียวกันเมื่อทำตามแบบพิธีแล้วถือว่าหนี้ระงับไปด้วยการชำระหนี้ แต่หากมิได้ทำตามแบบพิธีใดๆ แม้มีการชำระหนี้และเจ้าหนี้รับชำระแล้วก็ไม่ส่งผลให้หนี้ระงับสิ้นไปแต่อย่างใดเพราะถือเท่ากับยังไม่มีชำระหนี้ที่มีผลตามกฎหมายนั่นเอง

ข. หนี้ระงับด้วยการที่เจ้าหนี้ยอมรับว่ามีการชำระหนี้ (Acceptilatio)

เมื่อเจ้าหนี้ยอมรับว่าลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว ไม่ว่าในความเป็นจริงลูกหนี้จะได้ชำระหนี้หรือไม่ก็ตาม หนี้นั้นก็ระงับสิ้นไปเช่นเดียวกัน ซึ่งการที่เจ้าหนี้ยอมรับว่าลูกหนี้ชำระหนี้แล้วนี้อาจเกิดได้ 2 วิธีคือ

(2.1) การประกาศยอมรับด้วยวาจา

(2.2) การยอมรับเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยการบันทึกในสมุดบัญชีอันถือเป็นแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรประการหนึ่งของกฎหมายโรมันด้วย

ค. หนี้ระงับด้วยการที่หนี้เคลื่อนกลืนกัน (Confusio)

เมื่อความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้มารวมอยู่ในตัวคนคนเดียวกัน สายสัมพันธ์ทางหนี้หรือตัวหนี้ย่อมไม่มีอยู่อีกต่อไป หนี้จึงระงับสิ้นไปด้วยการเคลื่อนกลืนกัน

ง. หนี้ระงับด้วยความตาย หรือการตกเป็นคนขาดความสามารถ (Capitis Deminutio) ของลูกหนี้

เนื่องจากหนี้ในกฎหมายโรมันในยุคแรกๆ นั้นผูกพันอยู่บนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ตาม หนี้จึงระงับสิ้นไปด้วยความตายของลูกหนี้ จึงไม่อาจไปบังคับชำระหนี้บนเนื้อตัว

ร่างกายของทายาทของลูกหนี้ได้ ในลักษณะทำนองเดียวกัน หากลูกหนี้ตกเป็นคนขาดความสามารถ¹⁴ เช่น ตกเป็นทาส ทาสเป็นทรัพย์สินไม่ใช่คน เมื่อลูกหนี้มิใช่บุคคลอีกความสามารถในการที่จะให้ลูกหนี้ชำระหนี้และให้มีผลทางกฎหมายจึงมีอาจเป็นไปได้อีก หรือลูกหนี้เสียสถานะของความเป็นโรมัน ก็จะไม่สามารถใช้กฎหมายของโรมัน ก็จะไม่สามารถใช้กฎหมายของโรมันหรือ jus civile กับเขาได้อีกหรือเสียสถานะของความเป็นหัวหน้าครอบครัวก็จะส่งผลให้หนี้ระงับได้ด้วยเช่นเดียวกันเพราะเมื่อไม่ใช่หัวหน้าครอบครัวนอกเหนือจากความสามารถในการชำระหนี้จะไม่มีแล้ว ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งมีได้เฉพาะหัวหน้าครอบครัวก็จะหมดตามไปด้วย จึงไม่มีทรัพย์สินที่จะชำระหนี้ได้อีกโดยสภาพ

จ. เจตนาที่ตรงข้ามกับเจตนาที่ก่อหนี้ อันเป็นกรณีที่หนี้เกิดจากสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม สัญญาจะผูกพันตราบที่ความยินยอมยังมีอยู่ เมื่อความยินยอมนั้นลดน้อยถอยลงเมื่อใด สัญญาระงับและก็จะส่งผลให้หนี้ระงับสิ้นไปด้วย

ฉ. หนี้ระงับไปด้วยคำพิพากษาถึงที่สุด (Litis Contestation)

เพราะเมื่อข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว หนี้เดิมที่เป็นคดีความกันนั้นก็เปลี่ยนสภาพไปเป็นหนี้ตามคำพิพากษา หนี้เดิมจึงระงับสิ้นไปด้วยเหตุนี้

ช. การแปลงหนี้ใหม่ (Novatio) เป็นการแทนที่หนี้อันเดิมด้วยหนี้อันใหม่หนี้อันเดิมจึงระงับสิ้นไปเพราะเกิดหนี้อันใหม่แทน

2.3.7.1 ความระงับแห่งหนี้ด้วยการยกขึ้นต่อสู้ (Ope Exceptionis : Jus Honorarium)

สำหรับความระงับแห่งหนี้กลุ่มนี้มีใช้กรณีที่หนี้จะระงับไปโดยอัตโนมัติด้วยผลของกฎหมาย แต่การที่หนี้จะระงับได้นั้น ลูกหนี้จะต้องยกเหตุบางอย่างขึ้นมาต่อสู้จึงจะทำให้หนี้ระงับและเหตุที่มาจากขุนนางผู้บริหารความยุติธรรมที่อยู่ในตำแหน่ง praetors กำหนดหลักกฎหมายให้ยกขึ้น

¹⁴ การพิจารณาความสามารถของบุคคลตามกฎหมายโรมันนั้น หมายถึงบุคคลดังกล่าวต้องทรงทั้ง 3 สถานะด้วยกันคือสถานะของความเป็นคนอิสระ ไม่ตกเป็นทาส สถานะของความเป็นพลเมืองโรมัน และสถานะของหัวหน้าครอบครัว

ต่อสู้ได้ จึงเรียกความระงับแห่งหนี้ในวิธีนี้อีกชื่อหนึ่งว่าระงับไปตาม *jus honorarium* หรือตามกฎหมายของผู้มีตำแหน่ง ซึ่งได้แก่

ก. หนี้ระงับไปด้วยการหักกลบลบหนี้ (Compensation)

หมายถึงกรณีที่ลูกหนี้ซึ่งถูกฟ้องเรียกให้ชำระหนี้ในหนี้รายหนึ่งสามารถยกเอาสิทธิที่ตนเองเป็นเจ้าของหนี้ในหนี้อีกรายหนึ่งอันมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกันและถึงกำหนดชำระแล้วเช่นกัน ขึ้นต่อสู้เพื่อขอหักกลบลบหนี้ได้ เมื่อขอหักกลบลบหนี้แล้วหนี้ก็จะระงับสิ้นไปทั้งหมดหรือบางส่วน ตามแต่จำนวนที่ขอหักกลบลบหนี้กันได้ ซึ่งการยกขึ้นต่อสู้นี้ทำได้เฉพาะในระหว่างการพิจารณาคดีเท่านั้น

ข. หนี้ระงับไปด้วยข้อตกลงที่จะไม่เรียกชำระหนี้ (Pactum de Non Potendo)

หมายถึงกรณีข้อตกลงที่มีได้ทำตามแบบในกฎหมายของโรมัน (*Jus Civile*) ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวนั้นย่อมไม่อาจบังคับตามกฎหมายโรมันได้ แต่เพื่อความเป็นธรรม *practor* ยอมให้ลูกหนี้ยกเอาข้อตกลงนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้เพื่อไม่ต้องชำระหนี้ได้

ค. หนี้ระงับได้ด้วยการประนีประนอมยอมความ (Transaction)

หมายถึงกรณีที่เจ้าหนี้และลูกหนี้มาตกลงต่างยอมผ่อนผันกัน ส่งผลให้หนี้เดิมระงับและเกิดหนี้ใหม่ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ดังนี้ หากเจ้าหนี้ในหนี้เดิมมาฟ้องเรียกให้ชำระหนี้ ลูกหนี้สามารถยกสัญญาประนีประนอมยอมความนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้

ง. หนี้ระงับไปด้วยการยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ (Prescriptio Longi Temporis)

หมายถึงกรณีที่เจ้าหนี้มิได้ใช้สิทธิเรียกร้องหรือฟ้องร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้จนล่วงเลยเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ฟ้องร้องได้ ในกรณีนี้หนี้มิได้ระงับสิ้นไปเอง เพราะนักกฎหมายโรมันเห็นว่า แม้เจ้าหนี้จะมิได้ใช้สิทธิจนล่วงเลยเวลาอันยาวนานเกินไป แต่หากลูกหนี้ยอมชำระหนี้เองก็น่าจะทำได้ และน่าจะเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ซึ่งมีหนี้อยู่และอยากชำระหนี้ได้ชำระ ดังนั้นเมื่อหนี้ขาดอายุความ หากเจ้าหนี้ไปฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ลูกหนี้สามารถยกเอาอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้

วิธีการของความระงับแห่งหนี้ทั้งสองทางนั้นได้ส่งทอดมายังกฎหมายจากประเทศที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมันหรือประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) ด้วย

2.4 แนวคิดทฤษฎีความเป็นมาของหนี้ตามกฎหมายไทย¹⁵

ตามกฎหมายเก่าของไทยยังไม่รู้จัก “หนี้” ดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ในกฎหมายเก่าสัญญาไม่ได้ก่อให้เกิด “หนี้” ไม่มีความคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้ที่ชัดเจน เพราะการไม่ปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดการ “ละเมิด”

สำหรับ “หนี้” ตามกฎหมายเก่าของไทยจึงพบแต่ในสัญญากู้ ซึ่งมีได้ก่อหนี้ตามกฎหมายให้ผู้ต้องคืนเงินเช่นในปัจจุบัน เพียงแต่ก่ออำนาจบังคับในทางข้อเท็จจริงบนฐานของความรู้สึกลึกซึ้งชอบชั่วดีในลักษณะที่ผู้ให้กู้มาช่วย “กู้หน้า” ให้ลูกหนี้มีเงินใช้ในยามยาก ลูกหนี้จึงตกอยู่ในอำนาจบังคับของเจ้าหนี้ทั้งโดยเนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของลูกหนี้ แม้การกู้จะไม่ก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมายต่อลูกหนี้ในลักษณะเช่นนั้นก็ตาม

ต่อมา ความคิดเรื่องของการกู้ยืมเงินเป็นความคิดในลักษณะที่เป็น “ทรัพย์สินสัญญา” เช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่นๆ ในยุคนั้นไม่ว่าจะเป็นซื้อขาย เช่าทรัพย์สิน ยืม ฯลฯ ดังนั้น จึงเข้าใจว่าเมื่อผู้กู้ได้รับเงินไปแล้วก็จะมีหน้าที่ต้องคืน

สำหรับ “หนี้” ที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันและบัญญัติไว้ในบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ประเทศไทยของเรารับเอาแนวคิดมาจากกฎหมายในยุโรปอันจัดอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) หรือที่เรียกว่าประเทศที่มีกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี 2466¹⁶ ซึ่งได้ยกเลิกไปโดยมิได้ใช้นั้นได้รับความคิดจากประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งใช้หลักของสัญญาไม่ได้ใช้หลักของ “นิติกรรม” ได้ให้ความหมายของหนี้ว่า “อันว่าหนี้้นั้นโดยนิตินัยเป็นความเกี่ยวพันระหว่างบุคคลเดียวหรือหลายคน ฝ่ายลูกหนี้ จำต้องส่งทรัพย์สินที่ดี หรือทำการ หรือเว้นทำการให้แก่บุคคลเดียวหรือหลายคน

¹⁵ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิทย์ พงศ์พนิตานนท์ บรรณาธิการ, “รายละเอียดโปรดอ่านเพิ่มเติมในร.แลงกาด,” ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 205-236.

¹⁶ พระสารสาสน์ประพันธ์ (จีน จารุวัตร), กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้) คำสอนชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์ พุทธศักราช 2478 มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), น. 32-55.

อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าเจ้าหนี้” ด้วยเหตุที่หนี้มาจากสัญญา นิยามของหนี้จึงเน้นที่คู่สัญญาว่ามีสองฝ่ายเป็นสำคัญ แต่ต่อมาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันเดินตามแนวของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและให้ความสำคัญกับนิติกรรมที่กว้างกว่าสัญญาทำให้การบัญญัติหรือนิยามคำว่า “หนี้” แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี 2466 ด้วยอาจมุ่งหมายจะให้รวมส่วนของนิติกรรมด้วย

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันบัญญัติไว้ในมาตรา 194 ว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมิได้”

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช¹⁷ ให้ความหมายว่า “หนี้คือความผูกพันที่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าเจ้าหนี้ ชอบที่จะได้รับชำระหนี้มีวัตถุเป็นการกระทำหรืองดเว้น หรือส่งมอบทรัพย์สินจากบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกหนี้”

พระสารสาสน์ประพันธ์ (จีน จารุวัตร)¹⁸ ให้ข้อสังเกตว่า “หนี้” ไม่ใช่ “หน้าที่” และ “หนี้” อาจเกิดได้โดยไม่ต้องมีบุคคล 2 ฝ่ายมาตกลงทำ “สัญญา” ขึ้นผูกมัดกัน ความผูกมัดในกฎหมายลักษณะหนี้ อาจเกิดโดยบุคคลฝ่ายเดียวทำนิติกรรมผูกพันตัวเองขึ้นไว้ก่อนเพื่อทำการชำระหนี้ให้แก่อีกฝ่ายที่จะเกี่ยวข้องเข้ามาในภายหลัง อีกประการหนึ่ง “หนี้” มิได้ยังผลให้เกิดเฉพาะเรื่อง “ทำการ หรืองดเว้นกระทำการ” และมีได้จำกันเฉพาะ “ส่งทรัพย์สิน หรือกระทำการ งดเว้นกระทำการ” เท่านั้น

ดังนั้น จากบทบัญญัติในมาตรา 194 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน มิได้ให้นิยามของคำว่า “หนี้” อีก แต่กล่าวเพียงว่าถ้ามีมูลคือที่มาที่ก่อให้เกิดหนี้แล้วเจ้าหนี้ก็จะมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ จึงยังคงทำให้เข้าใจได้ว่า “หนี้” ต้องประกอบด้วยเจ้าหนี้ลูกหนี้ ส่วนวัตถุแห่งหนี้เป็นอะไรนั้นก็มิได้กำหนดชัดเจนเข้าใจได้ว่าเป็น “การชำระหนี้” ส่วนการชำระหนี้จะเป็นอะไรได้บางนั้นก็ได้กล่าวไว้ กล่าวแต่เพียงว่าการงดเว้นก็เป็นการชำระหนี้ได้เท่านั้น

¹⁷ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม 2505, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2520), น. 363.

¹⁸ พระสารสาสน์ประพันธ์ (จีน จารุวัตร), อรรถาธิบายในเชิงอรรถที่ 16, น. 35.

กฎหมายลักษณะหนี้ในปัจจุบันมิได้มีความเป็นมาจากกฎหมายเก่าของไทยโดยตรงแต่มีที่มาจากกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) ซึ่งเป็นกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน การกล่าวถึงกฎหมายโรมันควบคู่ไปด้วยจะส่งผลให้เกิดความเข้าใจระบบกฎหมายไทยได้ดียิ่งขึ้น และการที่เข้าใจที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ส่งผลให้เข้าใจความคิดพื้นฐานของกฎหมายไทยด้วยเช่นกัน

2.5 แนวคิดและมาตรการทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง

เนื่องจากหนี้คือความผูกพันตามกฎหมายที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ในอดีตตั้งแต่สมัยโรมัน หนี้เป็นความผูกพันเฉพาะตัวระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เท่านั้นเพราะความผูกพันทางหนี้และการบังคับชำระหนี้บังคับบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ หน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้จึงจะโอนไปให้บุคคลอื่นไม่ได้ สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ก็โอนไปยังบุคคลภายนอกไม่ได้เช่นกัน¹⁹ ไม่ว่าจะเป็นการโอนโดยเจตนาหรือการโอนโดยบทบัญญัติของกฎหมายดังเช่นมรดกก็ตาม แต่ในปัจจุบัน หนี้มิได้ผูกพันบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้แต่ผูกพันกับกองทรัพย์สิน การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ลูกหนี้จึงเกิดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายดังเช่นกรณีของมรดกอันเป็นกรณีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ลูกหนี้โดยนิติเหตุ ประกอบกับพัฒนาการของความเปลี่ยนแปลงทางสังคมเศรษฐกิจจึงก่อให้เกิดความจำเป็นในการที่จะเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้โดยอาศัยเจตนาเช่นกัน สำหรับการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยอาศัยเจตนาอาจเกิดจากการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือการแปลงหนี้ใหม่ ส่วนการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยบทบัญญัติของกฎหมายอาจเกิดจากการรับช่วงสิทธิ โดยการโอนสิทธิเรียกร้องและการรับช่วงสิทธิจะส่งผลให้บุคคลภายนอกเข้าไปแทนที่เจ้าหนี้เดิมเท่านั้นไม่ส่งผลให้หนี้เดิมระงับไปแต่อย่างใด ในขณะที่การแปลงหนี้ใหม่นั้นจะส่งผลให้หนี้เดิมระงับและเกิดหนี้ใหม่ต่อเจ้าหนี้คนใหม่ส่วนการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ซึ่งจะส่งผลให้หนี้นั้นระงับสิ้นไป ส่วนการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วยการโอนหนี้ระหว่างลูกหนี้เดิมและบุคคลภายนอกที่จะเข้ามา

¹⁹ Arangio-ruiz V., Instituzioni di Diritto Romano Quattordicesima edizione riveduta ristampata analitica (Giovene : Napoli), 1984, p. 36-37, 401 , ศนันทกรณ์(จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, ม.ป.ป), น. 18.

เป็นลูกหนี้ใหม่นั้นเคยมีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี 2466²⁰ แต่มิได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่ใช้ในปัจจุบันแต่อย่างใด

2.5.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

สำหรับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ลูกหนี้โดยเจตนานั้นขอแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีคือ

2.5.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายไทย

การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้โดยเจตนาตามกฎหมายไทยนั้นมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี 2466 แล้วที่ยอมให้โอนได้ทั้งสิทธิและโอนได้ทั้งหน้าที่ตามมาตรา 266 แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันกลับมิบัญญัติไว้เฉพาะเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น ไม่มีบัญญัติเรื่องการโอนหนี้อีก

2.5.1.2 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายโรมัน

เดิมตามกฎหมายของโรมัน (Jus Civile) แล้ว หนี้เป็นสิ่งที่ไม่อาจโอนกันได้เพราะเป็นเรื่องเฉพาะตัวระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้และการบังคับชำระหนี้บังคับบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้เท่านั้น ต่อเมื่อพัฒนาการในเรื่องหนี้พัฒนาไปสู่การบังคับชำระหนี้บนทรัพย์สินของลูกหนี้ จึงยอมรับว่าอาจมีการเปลี่ยนตัวได้ทั้งด้านเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่การยอมรับนี้มีได้เป็นการยอมรับในลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องหรือโอนหนี้ตามกฎหมายของโรมัน (Jus Civile) แต่อย่างใด แต่เป็นการที่นักกฎหมายโรมันคิดระบบเพื่อให้ได้ผลเป็นการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป แต่ด้วยความผูกพันทางหนี้เป็นความผูกพันของลูกหนี้กับเจ้าหนี้เท่านั้น การตกลงเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยการตกลงของเจ้าหนี้เดิมและบุคคลภายนอกซึ่งจะมาเป็นเจ้าหนี้ใหม่จึงไม่อาจมีผล

ในมาตรา 266 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 บัญญัติว่า “บันดาสิทธิของเจ้าหนี้และหน้าที่ของลูกหนี้จะต้องชำระหนี้กัน ท่านว่าจะพึงโอนกันได้เว้นแต่สภาพหนี้กันเองไม่เปิดช่องให้โอนกัน ถ้าการโอนหนี้จะต้องห้ามตามกฎหมาย” หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ร.6ย/18 เอกสารราชการที่ 6 กระทรวงยุติธรรม, อ้างถึงใน ฉกัทร นิยมแถม, “ปัญหาทางกฎหมายของการโอนสัญญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554).

ต่อลูกหนี้ได้ เจ้าหนี้จะต้องมอบหมายให้ลูกหนี้ไปให้คำมั่นกับบุคคลภายนอกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ให้กับบุคคลภายนอก โดยการให้คำมั่นนี้ต้องทำตามแบบพิธีที่ก่อนนี้ด้วยการเปล่งวาจาในรูปของ Stipulation อันเป็นการเปล่งวาจาด้วยถ้อยคำที่กฎหมายกำหนดระหว่างลูกหนี้และบุคคลภายนอกก็จะก่อความผูกพันต่อลูกหนี้ที่จะต้องชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้คนใหม่ วิธีการนี้เรียกในชื่อเฉพาะว่า Delegatio²¹ อันเป็นการแปลงหนี้ใหม่ประเภทหนึ่ง ส่วนการแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ก็จะกระทำนองเดียวกัน โดยลูกหนี้โอนหน้าที่ในการชำระหนี้ไปให้บุคคลภายนอก แต่ลำพังการตกลงระหว่างลูกหนี้และบุคคลภายนอกนั้นหาจะมีผลต่อเจ้าหนี้ไม่ หากเจ้าหนี้รับคำมั่นก็จะก่อความผูกพันแก่ลูกหนี้ใหม่ที่จะชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แทนลูกหนี้เดิม หนี้ที่ลูกหนี้เดิมมีต่อเจ้าหนี้ก็จะระงับสิ้นไป ทั้งนี้การให้คำมั่นต้องทำตามแบบพิธีที่เรียกว่า Stipulatio เช่นเดียวกัน วิธีการนี้เรียกในชื่อเฉพาะว่า Expromissio^{22 23}

2.5.2 การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง

แม้โดยหลักการหัวข้อนี้คือ “การโอนสิทธิเรียกร้อง” แต่กฎหมายกลับใช้คำว่า “การโอนหนี้” เป็นการโอนสิทธิของเจ้าหนี้มากกว่าที่จะเรียกว่าการโอนหนี้ อันเป็นการพิจารณาด้านของลูกหนี้

ประเภทของการโอนสิทธิคือโอนด้านเจ้าหนี้ออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

2.5.2.1 การโอนหนี้ที่ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

²¹ Del Giudice F. & Beltrani B. (a cura di) Nuovo Dizionario Giuridico Romano, II edizione Esselibri-Simone : Napoli, p. 158, ศนันทกรณ (เจ้าปี) โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), น. 113.

²² *Ibid*, p. 200 , ศนันทกรณ (เจ้าปี) โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน), น. 113.

²³ ปัจจุบันในระบบกฎหมายอิตาลีแยกหลักเกณฑ์ของการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นการเปลี่ยนตัวบุคคลด้านเจ้าหนี้ การใช้หลัก delegazione (delegation แบบโรมัน) และ espromissione (expromissio แบบโรมัน) ในด้านการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นอกเหนือจากการมีหลักเกณฑ์เรื่องการแปลงหนี้ใหม่ซึ่งมีเฉพาะการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เท่านั้น รายละเอียดโปรดอ่านใน Torrente A. & Schlesinger P., Manuale di Diritto Privato undicesima edizione (Giuffrè : Milano), 1984, p. 416ss

ลักษณะยังคงเป็นการ โอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไปยังบุคคลภายนอก เพียงแต่ในกรณีนี้ สิทธิเรียกร้องเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีตัวตนเจาะจงแน่นอนว่าเป็นใคร เมื่อพิจารณาจากด้านลูกหนี้จึง เรียกสิทธิเรียกร้องประเภทนี้ว่าเป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ที่รู้แน่นอน แล้วว่าคือใครโดยเจาะจง

2.5.2.2 การโอนหนี้ที่ต้องชำระตามคำสั่ง

ลักษณะยังคงเป็นการ โอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไปยังบุคคลภายนอก เพียงแต่ในกรณีนี้ สิทธิเรียกร้องเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่ยังไม่เจาะจงแน่นอนว่าเป็นใคร เมื่อพิจารณาจากด้านลูกหนี้จึงเรียก สิทธิเรียกร้องประเภทนี้ว่าเป็นสิทธิเรียกร้องประเภทนี้ว่าเป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ ให้ตามคำสั่งคือตามที่เจ้าหนี้คนแรกสั่ง ซึ่งยังไม่รู้แน่นอนว่าจะสั่งให้ชำระหนี้นี้ให้ใคร

2.5.2.3 การโอนหนี้อันพึงต้องชำระต่อผู้อื่น

เป็นกรณีที่บุคคลใด “ถือ” สิทธิที่แสดงได้ด้วยเอกสารบางอย่าง ไม่ว่าใครจะถือหรือจะโอน ให้ใครก็ตาม หากบุคคลนั้นถือเอกสารนั้นไว้ก็ถือว่ามีสิทธิได้รับชำระหนี้