

สถานะทางกฎหมายของข้อกำหนด ISP 98
และผลสภาพบังคับของข้อกำหนด ISP 98 ตามกฎหมายไทย

4.1 สถานะทางกฎหมายของข้อกำหนด ISP 98

เนื่องจากข้อกำหนด ISP98 นั้น เป็นข้อกำหนดที่มีการรวบรวมกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญา Standby Letter of Credit ต่าง ๆ ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวได้จัดทำขึ้นโดยสภาหอการค้านานาชาติ ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ให้การยอมรับในการนำข้อกำหนดต่าง ๆ ของ ISP 98 ไปใช้กำหนดไว้ในสัญญา Standby Letter of Credit ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติแล้วในคำขอเปิด Standby Letter of Credit ของผู้เปิด(ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล)ทั้งหลายนั้นก็จะมีข้อความระบุทำนองเดียวกันว่า นอกจากที่ระบุไว้ในสัญญาหรือเอกสารฉบับนี้แล้วให้คงเป็นไปตามข้อกำหนดของ ISP 98 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ Standby Letter of Credit มาใช้บังคับโดยเฉพาะ เมื่อมีคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับ Standby Letter of Credit ขึ้นสู่ศาลไทย จึงมีปัญหาในการที่ศาลจะนำกฎหมายมาปรับใช้แก่คดี ทั้งนี้ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มาตรา 134 กำหนดว่าห้ามมิให้ศาลปฏิเสธไม่ยอมพิพากษา หรือ มีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่จะใช้กับคดี ซึ่งในคำพิพากษาฎีกาของไทยนั้นยังไม่เคยมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่อง ISP 98 ไร่ แต่อย่างไรก็ดี ในคำพิพากษาฎีกาของไทยได้เคยมีประเด็นที่วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่อง UCP ไร่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2122 / 2499 ซึ่งอาจนำประเด็นที่วินิจฉัยในคำพิพากษาเรื่องดังกล่าว มาเทียบเคียงกับข้อกำหนด ISP 98 ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2122/2499 ประเด็นการค้าของธนาคารพาณิชย์นั้น เมื่อผู้ขอเปิดเครดิตจากธนาคารไม่ทราบและธนาคารก็ได้แจ้งประเด็นนี้ให้ทราบแล้ว ธนาคารจะเอาประเด็นมาผูกมัดผู้ขอเปิดเครดิตให้ นอกเหนือไปจากข้อตกลงในสัญญาเปิดเครดิตไม่ได้

จำเลยทำสัญญากับธนาคาร (โจทก์) ให้ธนาคารเปิดเครดิต ไร่ราคาสินค้าที่จำเลยสั่งจากบริษัทในต่างประเทศ โดยให้จ่ายเมื่อบริษัทยื่นตัวสั่งจ่ายพร้อมด้วย

ใบตราส่ง บัญชีกำกับสินค้า บัญชีบรรจของ และกรรมกรรมประกันภัย อันเป็นเอกสารแสดงการ ส่ง
ลงเรือแล้วซึ่งสินค้าที่ส่ง ดังนี้ ย่อมเป็นหน้าที่ของตัวแทนของธนาคาร (โจทก์) ที่จะต้องได้เห็น
เอกสารทั้งหลายดังกล่าวว่า ตรงกับคำสั่งของจำเลยก่อนจ่ายเงินให้บริษัทผู้ขายไป ถ้าตัวแทน
ธนาคารจ่ายเงินไปผิดคำสั่งของจำเลย และปรากฏว่าสินค้าที่ส่งมาถึงจำเลยแตกต่างกับสินค้าที่ส่ง
ไปมากมาย จนจำเลยไม่อาจรับสินค้านั้นไว้ได้ จำเลยย่อมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้เงินที่ตัวแทน
ของธนาคารจ่ายไปโดยผิดคำสั่งช้อตกลางของจำเลยตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยถึง
ประเด็นเกี่ยวกับการนำบทบัญญัติของ UCP มาใช้ในคดีนี้โดยมองว่า เมื่อ UCP เป็นประเพณีและ
วิธีปฏิบัติทางการค้าของธนาคาร และข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้ปรากฏว่าจำเลยรู้ หรือรับทราบ
ถึงประเพณีดังกล่าวการจะนำประเพณีที่จำเลยมิได้รู้หรือรับทราบมาผูกมัดจำเลยย่อมไม่เป็นธรรม
ต่อจำเลย ดังนั้นจึงนำเรื่อง UCP นี้มาผูกมัดจำเลยไม่ได้

จากคำพิพากษาดังกล่าว จึงอาจเห็นได้ว่าศาลฎีกายอมรับให้นำเอาบทบัญญัติของ
UCP มาบังคับใช้แก่คดีได้ แต่การจะนำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้ผูกมัดคู่สัญญาได้นั้นจะต้อง
ปรากฏข้อเท็จจริงเสียก่อนว่าคู่สัญญาได้รับทราบถึงประเพณีดังกล่าว ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของ
ธนาคารผู้กล่าวอ้างที่จะต้องนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นตามข้อกล่าวอ้างว่า ได้มีระเบียบประเพณีของ
ธนาคารเกี่ยวกับการค้าหรือเลตเตอร์ออฟเครดิตอยู่อย่างใด และลูกค้าได้ทราบถึงระเบียบ
ประเพณีนี้ หรือได้มีการระบุอ้างถึงไว้ในคำขอเปิดเครดิตแต่แรก ซึ่งในชั้นสืบพยานหากโจทก์ได้
นำสืบให้ศาลเห็นว่าตามระเบียบดังกล่าวมีหลักอย่างไรบ้าง ศาลอาจตัดสินให้มีผลผูกพันบังคับ
กันได้

ผลจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า UCP นั้น มิได้เป็นกฎหมายที่จะมี
สภาพบังคับกันได้โดยอัตโนมัติ และมีใช่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีทางการค้าซึ่งศาลหรือคู่ความ
พึงรับรู้ได้เอง ทั้งนี้ เนื่องจาก UCP เกิดขึ้นมาจากการประชุมความร่วมมือระหว่างประเทศ
ที่พยายามวางระเบียบปฏิบัติทางการค้าให้เป็นไปในแบบแผนเดียวกัน ประกอบกับประเพณี
ดังกล่าวได้มีการแก้ไขกันอยู่เสมอเพื่อความเหมาะสมในทางการค้าจึงมีการเปลี่ยนแปลงไปเรื่อย ๆ
ซึ่งไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นจารีตประเพณี นอกจากนี้ UCP ก็มีได้บัญญัติไว้ครอบคลุมทุก ๆ เรื่อง
ที่เกี่ยวกับเครดิต และในบางเรื่องก็ยังคงต้องอาศัยกฎหมายภายในมาปรับใช้แก่คดีอยู่เสมอ
ดังนั้น หากคู่สัญญาประสงค์ให้ UCP มีผลบังคับกันได้ ก็จะต้องระบุไว้ในคำขอเปิดเครดิตด้วยว่า

คู่สัญญาประสงค์จะบังคับกันตาม UCP และในชั้นพิจารณาก็ต้องนำสืบให้ศาลได้ทราบถึง ประเพณีการค้าและระเบียบของ UCP ด้วย¹

ในความคิดเห็นของผู้เขียนเห็นว่า การนำข้อกำหนด ISP 98 มาปรับใช้กับคดีเกี่ยวกับ สัญญา Standby Letter of Credit ก็น่าจะเป็นไปในทางเดียวกับ UCP กล่าวคือ ข้อกำหนด ISP 98 มีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงส่วนหนึ่งของข้อสัญญาเท่านั้น มิได้เป็นข้อกำหนดที่มีผลบังคับ เช่นเดียวกับกฎหมาย การที่จะให้ข้อกำหนด ISP 98 มีผลบังคับกันในระหว่างคู่สัญญาได้ ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาได้รู้หรือรับทราบถึง การนำข้อกำหนดดังกล่าวมาบังคับ ต่อกันแล้วซึ่งคู่สัญญาผู้กล่าวอ้างย่อมต้องมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ถึงข้อกำหนดนั้นตามหลักกฎหมาย วิธีพิจารณาคความแพ่งมาตรา 84 ดังนั้น หากมีกรณีขึ้นสู่ศาล ศาลก็น่าจะนำเอาหลักของการวินิจฉัยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2122/2499 มาปรับใช้แก่คดีได้

4.2 ผลสภาพบังคับของข้อกำหนด ISP 98 ตามกฎหมายไทย

4.2.1 ผลสภาพบังคับของข้อกำหนด ISP98 ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

4.2.1.1 หลักทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 บัญญัติว่า "กฎหมาย นั้นต้องใช้ในบรรดากรณี ซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตาม ความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ"

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณี แห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป"

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้จัดลำดับการใช้กฎหมายไว้ โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก่อน

¹ โชติกร ลือสัมพันธ์, ความผูกพันของธนาคารในการตรวจสอบเอกสารและชำระเงินตามเลตเตอร์ออฟ เครดิต, วารสารกฎหมายธุรกิจ 14, ฉบับที่ 3 (ธันวาคม 2536) : 26.

เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับคดีได้ จึงให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ หากไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับใช้ได้ ก็ให้นำเอาบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร มาปรับใช้อีกครั้งหนึ่งในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตามหากยังไม่สามารถที่จะนำบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้กับคดีได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรมแล้วก็ต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เป็นขั้นสุดท้าย

กฎหมายประเพณีในความหมายอย่างแคบ หมายถึง กฎหมายประเพณีที่ปรากฏในรูปของจารีตประเพณี หรือตามที่บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิม ใช้กันว่า “คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น”² นั่นเอง แต่มิได้หมายความว่าจารีตประเพณีทั้งหมดจะต้องเป็นกฎหมาย

จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นกฎหมายประเพณี จะต้องเป็นจารีตประเพณีที่มีลักษณะสำคัญ ดังนี้

- ก) เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติกันมานานและสม่ำเสมอ
- ข) ประชาชนมีความรู้สึกว่าการประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจะต้องปฏิบัติตาม

ดังที่กล่าวแล้วในเบื้องต้นว่าข้อกำหนด ISP 98 มิได้มีฐานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด โดยข้อกำหนดนี้มีสถานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงนำมาใช้บังคับ ในกรณีของสัญญา Standby Letter of Credit และเมื่อข้อกำหนด ISP 98 มิได้มีสถานะเป็นกฎหมายนี้เองสิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายประเพณีหรือไม่ ซึ่งเมื่อนำลักษณะของกฎหมายประเพณีมาเทียบเคียงกับข้อกำหนดดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าข้อกำหนด ISP 98 มิได้มีลักษณะของกฎหมายประเพณี เนื่องจากว่ากฎหมายประเพณีต้องเป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติกันมานานและสม่ำเสมอ และประชาชนมีความรู้สึกว่าการประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งการที่คู่สัญญามีการตกลงกันให้นำบทบัญญัติในข้อกำหนด ISP 98 มาใช้บังคับกับสัญญาของตน มิใช่เพราะคู่สัญญาเห็นว่า

² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปเล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 16.

เป็นสิ่งที่ถูกต้องและจะต้องปฏิบัติตาม แต่วัตถุประสงค์ของการนำข้อกำหนดดังกล่าวมาใช้ของ คู่สัญญา ก็เพื่อความสะดวกและมีแบบแผนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การนำข้อกำหนด ISP 98 มาใช้ เป็นการนำมาใช้ในสถานะของการเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาเท่านั้น แม้กฎหมายไทยจะมีได้มีการบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับสัญญา Standby Letter of Credit ไว้โดยเฉพาะ แต่ในกรณีที่มีปัญหาข้อเท็จจริงขึ้นสู่ศาล หากคู่ความมิได้ตกลงให้มีการนำข้อกำหนด ISP 98 มาใช้บังคับในสัญญา ศาลก็จะบังคับให้ คู่สัญญาต้องผูกพันภายใต้ข้อกำหนดดังกล่าวมิได้

4.2.1.2 หลักเรื่องนิติกรรมสัญญา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 ได้บัญญัติไว้ว่า "นิติกรรม" หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ³

จากคำนิยามของคำว่า "นิติกรรม" ในมาตรา 149 อาจแยกองค์ประกอบได้เป็น 6 ประการดังนี้

1. นิติกรรมต้องมีการกระทำของบุคคลด้วยการแสดงเจตนา
2. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย
3. การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยใจสมัคร
4. การกระทำต้องมุ่งผลในทางกฎหมาย
5. การกระทำต้องเป็นการมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล
6. การกระทำนั้นต้องก่อให้เกิดผลในการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ

³ หมายความว่าถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

1. นิติกรรมต้องมีการกระทำของบุคคลด้วยการแสดงเจตนา

นิติกรรมจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ จะต้องมีการกระทำของบุคคล⁴ แสดงเจตนาออกมาเสียก่อน โดยการที่บุคคลใดกระทำการใดโดยมุ่งให้เกิดผลเป็นนิติกรรม บุคคลนั้นจะต้องมีการกระทำโดยการแสดงเจตนาออกมาให้บุคคลอื่นเข้าใจอีกด้วย

การแสดงเจตนา⁴ ซึ่งผู้แสดงเจตนาอาจกระทำด้วยการแสดงเจตนาได้โดยเมื่อพิจารณาถึงวิธีการแสดงเจตนาโดยลักษณะต่าง ๆ แล้ว อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ คือ

1. การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง
2. การแสดงเจตนาโดยปริยาย
3. การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง

2. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

การที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคล ในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมขึ้นมานั้น ย่อมเกิดจากหลักกฎหมายที่ยอมรับในเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา หรือกฎหมายยอมรับรองความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาตนเอง แต่หากการใดที่บุคคลได้กระทำลงไป มีลักษณะอันเป็นการขัดต่อประโยชน์ของบุคคลใด ๆ ในสังคมส่วนรวม ย่อมเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจยอมรับได้ กฎหมายจึงต้องขัดขวางไม่ยอมรับรองการกระทำนิติกรรมนั้น แม้ผู้กระทำจะมีความประสงค์ต่อผลในกฎหมายก็ตาม โดยกฎหมายจะต้องบัญญัติให้นิติกรรมนั้น ไม่อาจเกิดผลเป็นนิติกรรมขึ้นมาได้ คือ ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า หรืออาจตกเป็นโมฆียะไม่สมบูรณ์เต็มที่ตลอดไปโดยอาจถูกบอกล้างให้สิ้นผลไปก็ได้

3. การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยใจสมัคร

การที่กระทำนิติกรรมโดยต้องการให้เป็นการแสดงเจตนา ในการทำนิติกรรมนั้น ด้วยความจริงใจด้วยใจสมัคร เพราะเนื่องจากวัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้นมุ่งให้เกิดผลจากการแสดงเจตนาของผู้กระทำ ดังนั้น การแสดงเจตนาโดยใจสมัครจึงเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งในการทำ

⁴ หมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล

นิติกรรม เพราะถ้าการกระทำนั้น ขาดความสมัครใจแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นนิติกรรมที่บกพร่องซึ่งอาจตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะได้

4. การกระทำต้องมุ่งผลในทางกฎหมาย

การกระทำของบุคคลที่จะก่อให้เกิดนิติกรรม โดยการแสดงเจตนาออกมานั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนา โดยมุ่งผลในทางกฎหมายด้วยหรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือมุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์นั่นเอง⁵

5. การกระทำต้องเป็นการมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

การผูกนิติสัมพันธ์ ตามความหมายของบทบัญญัตินี้ จะต้องเป็นการมุ่งผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล โดยบุคคลในที่นี้อาจหมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า นิติกรรมจะต้องเป็นเรื่องที่ต้องทำกันระหว่างบุคคลสองฝ่ายเสมอไป เพราะนิติกรรมอาจเป็นเรื่องที่คน ๆ เดียวผูกพันตนเอง เพื่อประโยชน์ของผู้อื่นก็ได้

นอกจากนั้น นิติกรรมจะต้องเป็นเรื่องที่ทำให้เกิดผลในกฎหมายระหว่างบุคคลในกฎหมายเอกชนระหว่างเอกชนด้วยกัน แต่ถ้าเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายระหว่างเอกชนของแต่ละรัฐหรือทำกับรัฐในฐานะเอกชน ซึ่งมีฐานะเท่าเทียมเสมอกันแล้ว การกระทำนั้นถือว่าเป็นนิติกรรมได้⁶

6. การกระทำนั้นต้องก่อให้เกิดผลในการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ

การกระทำนิติกรรม ต้องเป็นการก่อให้เกิดผลในทางเคลื่อนไหวในสิทธิ ซึ่งสิทธิในที่นี้หมายถึงสิทธิเหนือบุคคลหรือบุคคลสิทธิเท่านั้น มิได้รวมถึงทรัพย์สินด้วยเพราะทรัพย์สินเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จะใช้บังคับต่อบุคคลทั่วไป โดยไม่มีข้อจำกัดและไม่มีขอบเขต หรือกำหนดเวลา

⁵ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1054/2511

⁶ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร, พ.ศ. 2535, หน้า32.

ลักษณะความเคลื่อนไหวในสิทธิมีอยู่ 5 ประการคือ

1. ก่อสิทธิ
2. เปลี่ยนแปลงสิทธิ
3. โอนสิทธิ
4. สงวนสิทธิ
5. ระงับสิทธิ

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของสัญญา Standby Letter of Credit จะเห็นได้ว่าเมื่อคู่สัญญาที่มีฐานะเป็นบุคคลแต่ละฝ่ายได้แสดงเจตนา โดยการตกลงกันด้วยใจสมัคร เพื่อเข้าทำสัญญาต่อกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งจะให้เกิดการผูกนิติสัมพันธ์ ตามกฎหมายกับคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ ซึ่งการผูกนิติสัมพันธ์ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดตนและคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ เกิดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างกันขึ้นภายใต้ข้อกำหนดในสัญญานั้น เป็นการกระทำซึ่งครบองค์ประกอบของนิติกรรม จึงทำให้สัญญา Standby Letter of Credit มีลักษณะเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งเมื่อเราถือว่าสัญญา Standby Letter of Credit นั้นเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งแล้วจึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมมาบังคับใช้กับกรณีของสัญญา Standby Letter of Credit ด้วย

กรณีที่เป็นประเด็นปัญหาที่น่าสนใจของสัญญา Standby Letter of Credit ในส่วนของนิติกรรม ก็คือ ในกรณีที่สัญญา Standby Letter of Credit ได้มีการแสดงเจตนา ผ่านมาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทยจะถือว่าการกระทำเช่นนั้น เป็นการแสดงเจตนา ตามบทบัญญัติในเรื่องนิติกรรมแล้วหรือไม่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนจะขอแยกไปกล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อลำดับต่อไป

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะของสัญญา Standby Letter of Credit ว่ามีลักษณะเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งตามกฎหมายไทยแล้ว ประเด็นต่อมาที่ควรจะต้องพิจารณาก็คือสัญญา Standby Letter of Credit นี้ เป็นนิติกรรมประเภทใดตามกฎหมายไทย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่อง “สัญญา” ไว้ในบรรพ 2 ลักษณะ 2 เริ่มตั้งแต่มาตรา 354 ถึงมาตรา 394 ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้ให้คำนิยามคำว่า “สัญญา” ไว้แต่อย่างใด ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องค้นหาความหมายของสัญญาจากตำรากฎหมายซึ่งบรรดานักนิติศาสตร์

ทั้งหลายต่างได้พยายามให้ความหมายของคำว่า “สัญญา” เอาไว้ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า “สัญญาเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปโดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาโดยทำคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาโดยทำคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองมีข้อความถูกต้องสอดคล้องกัน สัญญาจึงจะเกิดขึ้นและก่อให้เกิดผูกพันคู่สัญญาทุกฝ่ายให้ต้องปฏิบัติตามสิทธิ และหน้าที่อันเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายที่เกิดขึ้น”⁷

การเกิดของสัญญามีองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ⁸

1. ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาสองฝ่าย
2. ต้องมีการแสดงเจตนาตรงกัน
3. ต้องมีวัตถุประสงค์

1. ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาสองฝ่าย

องค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญประการแรกของสัญญาก็คือ สัญญาจะต้องมีบุคคลผู้เป็นฝ่ายในสัญญาอย่างน้อยตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป คำว่า “ฝ่าย” นั้น มิได้หมายถึง “จำนวนตัวบุคคลที่แสดงเจตนา” หากแต่หมายถึงการแสดงเจตนาอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งแม้จะเกิดจากการที่ผู้ซึ่งมีประโยชน์ร่วมกันหลายคนนั้น ร่วมกันแสดงออกมา ก็ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของ “บุคคลฝ่ายหนึ่ง” เช่นกัน ตัวอย่างเช่น การแสดงเจตนาอันใดอันหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวม หรือในนามของบริษัทจำกัด หรือ ห้างหุ้นส่วนจำกัด เป็นต้น⁹

2. ต้องมีการแสดงเจตนาตรงกัน

สัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ มีการแสดงเจตนาของบุคคล ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ อีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง ซึ่งเมื่อคำเสนอ และ คำสนองถูกต้องตรงกันทั้งสองฝ่าย “สัญญา” ก็ย่อมเกิดขึ้น แต่ถ้าหากคำเสนอและคำสนองนั้น ไม่ถูกต้องตรงกันแล้ว จะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นย่อมไม่ได้

⁷ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 187.

⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

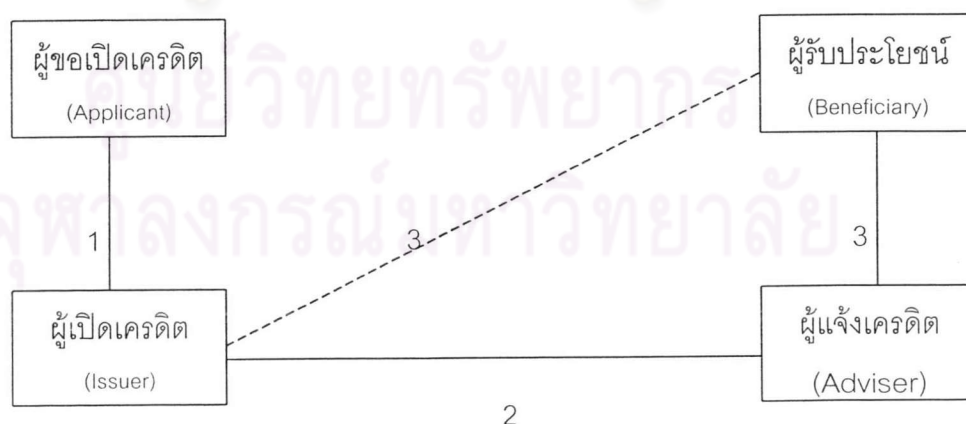
⁹อัคราทร จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 134.

3. ต้องมีวัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของสัญญาทุกสัญญาก็คือ ประโยชน์สุดท้ายอันคู่กรณีจะพึงมี พึงได้จากการเข้าทำสัญญานั้น และประโยชน์ดังกล่าวนี้คู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องร่วมรับรู้ด้วยกัน นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องไม่เป็นวัตถุประสงค์ ที่เป็นการต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมายไม่เป็นการพ้นวิสัย อีกทั้งจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดี ของประชาชนด้วย

เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญา Standby Letter of Credit แล้วจะเห็นว่าการเข้าผูกนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญา Standby Letter of Credit นั้น เป็นไปในลักษณะที่เป็นอิสระโดยแยกต่างหากออกจากกัน ตามหลักทฤษฎี ความเป็นอิสระของเลตเตอร์ออฟเครดิต (Independence or Autonomy of Letter of Credit) โดยสามารถเราแบ่งความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย โดยพิจารณาถึงสัญญาที่เข้าผูกพัน ะหว่างกันได้ดังต่อไปนี้

1. สัญญาระหว่างผู้ขอเปิดเครดิต (Applicant) และผู้เปิดเครดิต (Issuer)
2. สัญญาระหว่างผู้เปิดเครดิต (Issuer) และผู้แจ้งเครดิต (Adviser)
3. สัญญาระหว่างผู้เปิดเครดิต (Issuer) ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) หรือผู้แจ้ง เครดิต (Issuer) และผู้รับประโยชน์ (Beneficiary)



แผนภาพแสดงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญา

Standby Letter of Credit

จะเห็นได้ว่าสัญญา Standby Letter of Credit นั้นเป็นเสมือนการนำเอาสัญญา 3 ฉบับที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ทำขึ้น เพื่อมุ่งผูกพันคู่สัญญาของตนมาเชื่อมต่อกันเป็นสัญญาฉบับใหม่ โดยที่สัญญาแต่ละฉบับต่างก็มีความเป็นอิสระแยกต่างหากออกจากกัน กล่าวคือสัญญาแต่ละฉบับต่างก็มีความสมบูรณ์อยู่ในตัวของมันเอง ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งหาได้ส่งผลทำให้สัญญาฉบับอื่น ๆ ที่เหลืออยู่ต้องกลายเป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ตามไปด้วยไม่

ประเด็นที่ต้องนำมาพิจารณาต่อไป ก็คือคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญาแต่ละฉบับได้เข้าผูกพันสัมพันธ์กันในลักษณะใดตามกฎหมายไทย ซึ่งผู้เขียนขอพิจารณาเรียงตามลำดับดังนี้

1. สัญญาระหว่างผู้ขอเปิดเครดิต (Applicant) และผู้เปิดเครดิต (Issuer)
2. สัญญาระหว่างผู้เปิดเครดิต (Issuer) และผู้แจ้งเครดิต (Adviser)
3. สัญญาระหว่างผู้เปิดเครดิต (Issuer) และผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) หรือสัญญาระหว่างผู้แจ้งเครดิต (Adviser) และผู้รับประโยชน์ (Beneficiary)

1. สัญญาระหว่างผู้ขอเปิดเครดิตและผู้เปิดเครดิต

สัญญาดังกล่าวเกิดจากการที่ผู้ขอเปิดเครดิต ได้ยื่นคำขอเปิดเครดิตไปยังผู้เปิดเครดิตในประเทศของตน เพื่อขอให้ผู้เปิดเครดิตทำการเปิดเครดิตไปให้แก่ผู้รับประโยชน์ ซึ่งโดยทั่วไปมักมีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศ การที่ผู้เปิดเครดิตได้ปฏิบัติตามคำร้องขอของผู้ขอเปิดเครดิตไม่ว่าจะเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาของผู้ขอให้ออกเครดิต ถือว่าได้มีสัญญาต่อกันแล้ว¹⁰ ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีที่ผู้เปิดเครดิตได้ชำระเงินไปตามคำขอให้ออกเลตเตอร์เครดิต พร้อมทั้งค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ให้แก่ผู้รับประโยชน์ไปแล้ว ผู้ขอเปิดเครดิตจะต้องรับผิดชอบใช้เงินที่ผู้เปิดเครดิตได้จ่ายให้ไปตามคำขอนั้น แต่ทั้งนี้ ผู้เปิดเครดิตจะสามารถเรียกร้องให้ผู้ขอเปิดเครดิตชดใช้เงินให้แก่ตนได้ก็ต่อเมื่อ ผู้เปิดเครดิตได้ปฏิบัติตามคำขอของผู้ขอเปิดเครดิตนั้นแล้ว¹¹

¹⁰บัญญัติ สุชีวะ, เอกเทศสัญญาทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ, บทบัญญัติ 20 ฉบับที่ 2 (2505) : หน้า 301.

¹¹ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2122/2499

เมื่อพิจารณาถึงวิธีการขอเปิดเครดิตที่ละขั้นตอนนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าสัญญาการเปิด Standby Letter of Credit เกิดขึ้นเมื่อผู้ขอเปิดเครดิตได้ยื่นคำขอเปิดเครดิตไปยังผู้เปิดเครดิต ซึ่งมีลักษณะเป็นการทำคำเสนอไปยังผู้เปิดเครดิต และเมื่อคำเสนอขอเปิดเครดิตได้ไปถึงยังผู้เปิดเครดิตแล้ว ผู้เปิดเครดิตได้กระทำการสนองรับคำเสนอนั้นกลับมาโดยอาจมีการตอบรับเป็นหนังสือ หรืออาจกระทำการสนองรับด้วยวาจาก็ได้ เมื่อคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้น การสนองรับตามคำเสนอของผู้เปิดเครดิตย่อมทำให้สัญญาการเปิด Standby Letter of Credit เกิดขึ้นคู่สัญญาผูกพันกันตามสัญญาที่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ที่จะต้องเข้าผูกพันและปฏิบัติตามสัญญา ในส่วนของตน หากฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องร้อง โดยอาศัยเหตุแห่งการผิดสัญญาเพื่อเรียกค่าเสียหายได้

สิ่งที่ต้องพิจารณาในลำดับต่อไปก็คือสัญญาการเปิด Standby Letter of Credit นั้น เป็นสัญญาประเภทใดตามกฎหมายไทย ในมาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซ้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้

ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า โดยปกติสัญญาย่อมจะก่อสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันระหว่างคู่สัญญา อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาโดยเฉพาะไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกที่มีไซ้คู่สัญญาด้วย¹² แต่เมื่อบ้านเมืองมีการพัฒนามากขึ้น บุคคลจึงมีความสัมพันธ์ติดต่อกับบุคคลอื่นกว้างขวางยิ่งขึ้นตามไปด้วย สัญญาซึ่งก่อผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาไม่อาจตอบสนองความต้องการของบุคคลได้ทุกกรณี กฎหมายจึงยอมให้บุคคลทำสัญญาซึ่งก่อผลผูกพันบุคคลภายนอกได้ อันเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปของสัญญาซึ่งจะต้องก่อผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สัญญาดังกล่าวตามมาตรา 374 จะทำได้แต่

¹²ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา(พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536), หน้า448.

เฉพาะสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเท่านั้น การทำสัญญาเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกหาจะมีผลผูกพันไม่

สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้นิยามศัพท์ไว้ว่า หมายถึงสัญญาประเภทใด แต่นักกฎหมายก็ได้ให้ความหมายของสัญญาประเภทนี้ไว้ว่าเป็น "สัญญา" ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า "ผู้รับสัญญา" ได้ตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า "ผู้เอาสัญญา" ว่าจะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก เรียกว่า "บุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์" ฉะนั้น สัญญาใดที่คู่สัญญาทำขึ้น เพื่อให้บุคคลภายนอกเป็นผู้รับประโยชน์จากสัญญา สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกทั้งสิ้น¹³

คำว่า "บุคคลภายนอก" ตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 นั้น หมายถึง บุคคลใด ๆ ก็ได้ที่มีใช้คู่สัญญา ตัวการในสัญญาที่ทำโดยตัวแทน หรือผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง หรือทายาทของคู่สัญญา ทั้งนี้เพราะบุคคลเหล่านี้ล้วนเป็นคู่สัญญาโดยตรง หรืออาศัยสิทธิในฐานะที่สืบสิทธิมาจากคู่สัญญาเองอยู่แล้ว จึงมิใช่บุคคลภายนอกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้¹⁴

อนึ่ง "บุคคลภายนอก" ดังกล่าวอาจเป็นบุคคลที่ยังไม่มีตัวตนอยู่ในขณะจะตกลงทำสัญญากัน แต่เป็นบุคคลที่จะมีมาในภายหน้าก็ได้ เช่น บริษัทที่จะก่อตั้งขึ้น หรือบุตรในครรภ์ของหญิงซึ่งกำหนดไว้ เป็นต้น¹⁵ ทั้งนี้ ก็เพราะบุคคลภายนอกดังกล่าวนี้ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาโดยตรงจึงไม่ต้องแสดงเจตนาอะไร เพียงแต่ในเวลาที่จะต้องชำระหนี้ตามสัญญานั้น บุคคลภายนอกจะต้องมีตัวตนอยู่หรืออย่างน้อยก็ต้องมีความสามารถในการมีสิทธิหรือรู้ว่าเป็นใครก็เพียงพอแล้ว¹⁶

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 175/2512

¹⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 65.

¹⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา(พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536), หน้า 450.

¹⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 320-321.

เมื่อได้พิจารณาถึงคำนิยามของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 374 แล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาขอเปิด Standby Letter of Credit นี้เป็นสัญญาที่ผู้ขอเปิดเครดิตได้ยื่นคำขอเปิดเครดิตไปยังผู้เปิดเครดิต เพื่อให้ผู้เปิดเครดิตทำการเปิด Standby Letter of Credit ให้แก่ตนเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการนำไปยื่นเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับประโยชน์ ซึ่งในสัญญา Standby Letter of Credit จะระบุเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ผู้รับประโยชน์จะต้องปฏิบัติ ในการนำสัญญาดังกล่าวนี้มายื่นขอรับชำระเงินจากผู้เปิดเครดิตจะเห็นได้ว่าสัญญาขอเปิด Standby Letter of Credit นี้มิใช่สัญญาที่มีลักษณะเป็นเพียงสัญญาต่างตอบแทนระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเท่านั้น แต่สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งให้เกิดผลต่อบุคคลภายนอกที่มีใช้คู่สัญญา ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญา ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสัญญาขอเปิด Standby Letter of Credit เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามความหมายของมาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผลแห่งการที่ถือว่าสัญญา Standby Letter of Credit มีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น ย่อมส่งผลให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ที่สำคัญต่อกัน 3 ประการ คือ

1. บุคคลภายนอกมีสิทธิที่จะเรียกชำระหนี้ จากลูกหนี้โดยตรงได้ (มาตรา 374 วรรคแรก)
2. เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาหาอาจจะเปลี่ยนแปลง หรือระงับสิทธินั้นในภายหลังได้ไม่ (มาตรา 375) และ
3. ลูกหนี้อาจจะยกข้อต่อสู้อันเกิดแต่มูลสัญญานั้นขึ้นใช้ต่อบุคคลภายนอก ผู้จะได้รับประโยชน์จากสัญญานั้นได้ (มาตรา 376)

1. บุคคลภายนอกมีสิทธิที่จะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้

โดยปกติของสัญญาทั่วไป เฉพาะแต่คู่สัญญาด้วยกันเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามมูลหนี้แห่งสัญญานั้นได้ บุคคลภายนอกสัญญาหาได้มีนิติสัมพันธ์ใดในอันที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายชำระหนี้ให้แก่ตนไม่ แต่ในสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์มาตรา 374–376 นั้น คู่สัญญาสามารถก่อให้เกิดผลที่เป็นพิเศษ โดยให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกสัญญา ในอันที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ตามสัญญาปฏิบัติตามชำระหนี้แก่ตนได้ โดยอาศัยมูลสัญญานั้นเป็นหลักแห่งข้ออ้าง ทั้งนี้ บุคคลภายนอกนั้นมิอาจเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนได้โดยตรงโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจของคู่สัญญาเดิมแต่ประการใด

อย่างไรก็ดี การที่บุคคลภายนอกจะมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้โดยตรงนั้น บุคคลภายนอกจะต้องแสดงเจตนาแก่ลูกหนี้เสียก่อนว่าตนประสงค์จะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น และเมื่อมีการแสดงเจตนาของบุคคลภายนอกดังกล่าวไปยังลูกหนี้แล้ว สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นนับแต่เวลานั้นเป็นต้นไป เมื่อบุคคลภายนอกได้แสดงเจตนาเพื่อจะถือเอาประโยชน์จากสัญญาเมื่อใด สิทธิในการถือเอาประโยชน์จากสัญญาก็มีผลเมื่อนั้น และสิทธิจากสัญญาดังกล่าวย่อมจะเป็นมรดกตกทอดไปสู่ทายาทได้

2. เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาหาอาจเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลังได้ไม่¹⁷

ผลแห่งสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ประการต่อไปตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 375 ก็คือ คู่สัญญาซึ่งได้ตกลงทำสัญญากันว่าจะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอกตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 374 นั้น ไม่อาจจะเปลี่ยนแปลง หรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกอันเกิดแต่มูลสัญญาดังกล่าวในภายหลังได้ ถ้าหากว่าสิทธิของบุคคลภายนอกนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว โดยบุคคลภายนอกนั้นได้แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้นดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 374 วรรคสอง

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่บุคคลภายนอกยังมิได้แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้แห่งสัญญาว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น คู่สัญญาก็ยังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญานั้นอยู่ต่อไปอีก ซึ่งในระหว่างนี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจจะมาทำความตกลงกันใหม่ เพื่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกได้เช่นเดียวกับสัญญาทั่ว ๆ ไป ทั้งนี้ เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้ในสัญญาว่าห้ามมิให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอก แม้บุคคลภายนอกจะยังมิได้แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญา ก็ต้องเป็นไปตามข้อตกลงนั้น

¹⁷ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536).

แต่การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะทำความตกลงกันใหม่ เพื่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของบุคคลภายนอกดังกล่าวนี้ ก็อาจกระทำได้โดยอาศัยความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะกระทำแต่โดยลำพังเพียงฝ่ายเดียวหาได้ไม่ เว้นแต่ข้อสัญญาจะได้ระบุไว้ว่าให้มีอำนาจกระทำได้ หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งก็ย่อมต้องเป็นไปตามนั้น

3. ลูกหนี้อาจจะยกข้อต่อสู้อันเกิดแต่มูลสัญญานั้นขึ้นใช้ต่อบุคคลภายนอกผู้จะได้รับประโยชน์จากสัญญานั้นได้ตามมาตรา 376

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 376 ได้วางหลักไว้ว่า “ข้อต่อสู้อันเกิดแต่มูลสัญญาดังกล่าวมาในมาตรา 374 นั้น ลูกหนี้อาจจะยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้จะได้รับประโยชน์จากสัญญาได้”

เนื่องจาก “สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก” ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลภายนอกตามข้อตกลงในสัญญาตามมาตรา 374 ด้วยเหตุนี้ ลูกหนี้จึงมีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้อันเกิดแต่มูลสัญญานั้นขึ้นต่อสู้ได้ทั้งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและบุคคลภายนอก และข้อต่อสู้ที่ลูกหนี้จะยกขึ้นต่อสู้ได้นั้น หมายรวมถึง ข้อต่อสู้ทุกอย่างอันเกิดแต่สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น เช่น ล้ำคัญผิด ช่มชู้ เป็นต้น¹⁸ ส่วนในกรณีที่สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเป็นโมฆียกรรม ลูกหนี้ก็อาจแสดงเจตนาบอกล้างต่อคู่สัญญาเดิมได้ หากบุคคลภายนอกนั้น ยังมีได้แสดงเจตนาถือเอาประโยชน์จากสัญญา แต่ถ้าบุคคลภายนอกได้แสดงเจตนาถือเอาประโยชน์แห่งสัญญาแล้ว ลูกหนี้ก็ต้องแสดงเจตนาบอกล้างไปยังคู่สัญญาเดิมและบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น¹⁹

2. สัญญาระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้แจ้งเครดิต

เนื่องจากสัญญา Standby Letter of Credit โดยส่วนใหญ่จะใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในทางการค้าระหว่างประเทศ ในกรณีที่ผู้เปิดเครดิตมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศกับผู้รับ

¹⁸จิตติ ดิงศภิกย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 344 ถึง 442 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 70.

¹⁹ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 242-425.

ประโยชน์ย่อมทำให้การติดต่อสื่อสาร ระหว่างกันไม่อาจทำได้โดยสะดวก ผู้เปิดเครดิตจึงต้องทำการติดต่อกับบุคคลที่อยู่ในประเทศของผู้รับประโยชน์ ให้ทำหน้าที่แจ้งเครดิตให้แก่ผู้รับประโยชน์แทนตน ซึ่งผู้แจ้งเครดิตที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้เปิดเครดิตนี้ มีหน้าที่เพียงแจ้งเครดิตให้แก่ผู้รับประโยชน์ทราบและชำระเงินให้แก่ผู้รับประโยชน์ เมื่อผู้เปิดเครดิตชำระให้แก่ผู้รับประโยชน์เท่านั้น หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าผู้แจ้งเครดิตนั้นมีฐานะเป็นเพียงตัวแทนที่ตั้งขึ้นเพื่อผ่านเอกสารและเงินจากผู้เปิดเครดิต ไปยังผู้รับประโยชน์ในประเทศของผู้รับประโยชน์เท่านั้น ผู้แจ้งเครดิตจึงไม่มีความรับผิดชอบในการกระทำใด ๆ ต่อผู้รับประโยชน์ทั้งสิ้น เว้นเสียแต่ว่าผู้แจ้งเครดิตจะได้เข้ารับรองหรือยืนยันเครดิตต่อผู้รับประโยชน์ โดยแจ้งว่าตนประสงค์จะเข้าผูกพันตนกับผู้รับประโยชน์ในฐานะของผู้ยืนยันเครดิตอีกสถานะหนึ่งด้วย หากผู้แจ้งเครดิตได้เข้าผูกพันตนในฐานะผู้ยืนยันเครดิตอีกสถานะหนึ่งด้วยแล้ว ผู้แจ้งเครดิตย่อมมีความผูกพันที่จะต้องชำระเงินให้แก่ผู้รับประโยชน์ แม้ว่าผู้เปิดเครดิตจะผิดนัดหรือปฏิเสธการจ่ายเงินก็ตาม ทั้งนี้โดยมีข้อแม้ว่าผู้รับประโยชน์จะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไข และข้อกำหนดในเครดิตอย่างถูกต้องครบถ้วนแล้ว²⁰

เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลของการเกิดสัญญาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เนื่องจากผู้เปิดเครดิตมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศกับผู้รับประโยชน์ จึงทำให้การติดต่อสื่อสารเป็นไปได้โดยลำบาก ผู้เปิดเครดิตจึงจำเป็นต้องหาผู้ที่ทำหน้าที่ดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ แทนตนในประเทศของผู้รับประโยชน์โดยให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นมีฐานะเป็นตัวแทนของผู้แจ้งเครดิตในประเทศของผู้รับประโยชน์ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 797 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

เมื่อพิจารณาความหมายของสัญญาตัวแทนตามบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ลักษณะความสัมพันธ์ของผู้เปิดเครดิตและผู้แจ้งเครดิตในสัญญา Standby Letter of Credit มีลักษณะเช่นเดียวกันสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังนั้น ในการบังคับใช้กฎหมายตามความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้แจ้งเครดิตตามสัญญา Standby Letter of Credit จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ด้วย และเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการตั้งตัวแทนตามสัญญา

²⁰ บัญญัติ สุชีวะ, เอกเทศสัญญาทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ, บทบัญญัติ 20 ฉบับที่ 2 (2505) :

Standby Letter of Credit ก็ให้เห็นได้ว่า การตั้งตัวแทนในลักษณะนี้เป็นการตั้งตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจเฉพาะการ ดังนั้น อำนาจทำการของตัวแทนจะถูกจำกัดไว้เฉพาะเรื่อง โดยกฎหมายกำหนดให้ตัวแทนสามารถทำการแทนตัวการได้แต่เพียงในสิ่งที่จำเป็น เพื่อให้กิจการอันตัวการได้มอบหมายให้แก่ตัวแทนนั้นสำเร็จลุล่วงไปตามมาตรา 800²¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเครดิต และผู้แจ้งเครดิตเป็นความผูกพันกันตามนิติสัมพันธ์ในเรื่องสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การใดที่ตัวแทนได้กระทำลงไปต่อบุคคลภายนอก โดยการกระทำดังกล่าวตัวแทนได้กระทำลงไปภายในขอบอำนาจของการเป็นตัวแทน ย่อมส่งผลให้ตัวการต้องเข้าผูกพันกับการกระทำดังกล่าวของตัวแทนนั้นต่อบุคคลภายนอกด้วยมาตรา 820²² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3. สัญญาระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์หรือสัญญาระหว่างผู้แจ้งเครดิตในฐานะตัวแทนของผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์

การเปิดเครดิตของผู้เปิดเครดิตมายังผู้รับประโยชน์สามารถกระทำได้ 2 วิธีคือ

1. ผู้เปิดเครดิตทำการเปิดเครดิตโดยตรงไปยังผู้รับประโยชน์
2. ผู้เปิดเครดิตทำการเปิดเครดิตผ่านตัวแทนของตนไปยังภูมิภาคหรือประเทศของผู้รับประโยชน์

1. ผู้เปิดเครดิตทำการเปิดเครดิตโดยตรงไปยังผู้รับประโยชน์

วิธีการดังกล่าวมักใช้กับกรณีที่ผู้เปิดเครดิตกับผู้รับประโยชน์มีความคุ้นเคยกันเป็นอย่างดี นอกจากนี้วิธีการดังกล่าว ยังเป็นที่นิยมปฏิบัติกันในการเปิดเครดิตภายในประเทศอีกด้วย

²¹มาตรา 800 ถ้าตัวแทนได้รับมอบอำนาจแต่เฉพาะการ ท่านว่าจะทำการแทนตัวการได้แต่เพียงในสิ่งที่จำเป็น เพื่อให้กิจการอันเขาได้มอบหมายแก่ตนนั้นสำเร็จลุล่วงไป

²²มาตรา 820 ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอันตัวแทนหรือตัวแทนชดว่งได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน

2. ผู้เปิดเครดิตทำการเปิดเครดิตผ่านตัวแทนของตนไปยังภูมิภาคอื่น หรือประเทศของผู้รับประโยชน์

วิธีการนี้มักใช้กับกรณีที่ผู้เปิดเครดิตกับผู้รับประโยชน์ไม่มีความคุ้นเคยกัน หรืออาจไม่เคยติดต่อกันมาก่อน นอกจากนี้ยังนิยมนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ในกรณีของการเปิดเครดิตระหว่างประเทศด้วย

ไม่ว่าจะเป็นในกรณีการเปิดเครดิตโดยตรงไปยังผู้รับประโยชน์ หรือการเปิดเครดิตโดยผ่านตัวแทนของตนไปยังผู้รับประโยชน์ก็ตาม สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงแล้วเป็นมูลหนี้ที่เกิดขึ้นมาจากสัญญาการเปิด Standby Letter of Credit อันเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั่นเอง กล่าวคือ เมื่อผู้เปิดเครดิตได้ทำการเปิดเครดิตมายังผู้รับประโยชน์ตามคำร้องขอของผู้ขอเปิดเครดิต ผู้รับประโยชน์จะเข้าผูกพันเพื่อรับประโยชน์ตามสัญญานั้นได้ ก็ต่อเมื่อผู้รับประโยชน์ได้แสดงเจตนาเพื่อถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้นไปยังผู้เปิดเครดิตและเมื่อผู้รับประโยชน์ ได้แสดงเจตนาถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้นไปยังผู้เปิดเครดิตแล้ว ผู้รับประโยชน์จะเข้าผูกพันตามสัญญากับผู้เปิดเครดิตทันที

ในกรณีที่ผู้เปิดเครดิตทำการเปิดเครดิต โดยผ่านตัวแทนของตนมายังผู้รับประโยชน์ ผู้เปิดเครดิตจะดำเนินการต่าง ๆ ตามสัญญาการเปิด Standby Letter of Credit โดยผ่านทางตัวแทนที่ตนได้แต่งตั้งขึ้นเพื่อให้ตัวแทนเป็นผู้ดำเนินการต่าง ๆ แทนผู้เปิดเครดิตซึ่งตัวแทนที่ผู้เปิดเครดิตได้แต่งตั้งขึ้นนี้เราเรียกว่า “ผู้แจ้งเครดิต” ดังนั้น การกระทำใด ๆ ที่ผู้แจ้งเครดิตได้กระทำลงไปย่อมเป็นการกระทำลงไปในฐานะตัวแทนของผู้เปิดเครดิตเท่านั้น ดังนั้น ผู้แจ้งเครดิตจึงไม่มีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบใด ๆ ต่อผู้รับประโยชน์โดยตรง เว้นแต่จะเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 823-825 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เป็นการยากอย่างยิ่ง ในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ หรือผู้แจ้งเครดิตในฐานะตัวแทนของผู้เปิดเครดิต และผู้รับประโยชน์ว่ามีนิติสัมพันธ์กันในลักษณะใด เพราะคู่สัญญาโดยตรงของสัญญาก็คือผู้ขอเปิดเครดิตและผู้เปิดเครดิตเท่านั้น ส่วนผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์หรือผู้แจ้งเครดิตในฐานะตัวแทนของผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์หาได้มีสัญญาโดยตรงต่อกันแต่อย่างใด ดังนั้น จึงมีนักกฎหมายหลายท่านได้พยายามจัดความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเครดิต และผู้รับประโยชน์หรือผู้แจ้งเครดิต ในฐานะตัวแทนของผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ไว้ในลักษณะกฎหมายต่าง ๆ กัน เช่น ลักษณะ

คำประกัน ลักษณะรับช่วงสิทธิ ลักษณะสัญญา เป็นต้น สำหรับในประเทศไทยได้มีการจัดความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ หรือผู้แจ้งเครดิตในฐานะตัวแทนของผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ไว้ โดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 1770/2499 ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวได้ถือว่าความสัมพันธ์ดังกล่าว “เป็นลักษณะสัญญาอย่างหนึ่งโดยถือว่าการที่ธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตได้เปิดเครดิตให้ผู้ขายเป็นค้ำเสนอ และการที่ผู้ขายได้ส่งสินค้ามาตามเลตเตอร์ออฟเครดิตเป็นค้ำสนอง”

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นไปในทางเดียวกับคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ซึ่งเมื่อนำมาเทียบเคียงกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ หรือผู้แจ้งเครดิตในฐานะตัวแทนของผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ในสัญญา Standby Letter of Credit แล้วจะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อ²³ โดยคู่สัญญาได้เข้าผูกพันกัน โดยการที่ผู้เปิดเครดิตได้แจ้งการเปิดเครดิตไปให้ผู้รับประโยชน์รับทราบ อันเป็นการทำค้ำเสนอไปยังผู้รับประโยชน์และเมื่อผู้รับประโยชน์ได้รับรู้ และได้แสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ตามเงื่อนไข และข้อกำหนดตามสัญญา Standby Letter of Credit นั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นค้ำสนองรับค้ำเสนอของผู้เปิดเครดิตแล้ว เมื่อค้ำเสนอและค้ำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาย่อมเกิดขึ้น ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์หรือผู้แจ้งเครดิตในฐานะตัวแทนของผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ในสัญญา Standby Letter of Credit นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทสัญญาไม่มีชื่อ

4.2.1.3 หลักเรื่องละเมิด

เนื่องจากสัญญา Standby Letter of Credit นั้น เกิดขึ้นจากการนำสัญญาย่อย ๆ 3 ฉบับมาเชื่อมต่อกันโดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างผูกพันกันด้วยข้อตกลงในสัญญาที่ตนได้กระทำขึ้น ทั้งนี้ สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมเป็นไปตาม

²³คือสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติชื่อ หรือกำหนดลักษณะ รวมทั้งสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเอาไว้ เป็นสัญญาที่เกิดจากการที่บุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปตกลงที่จะผูกพันกันโดยชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายลักษณะทั่วไป สัญญาไม่มีชื่อดังกล่าวนี้ ย่อมจะต้องอยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ที่ว่าด้วยหลักทั่วไป รวมทั้งต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ในบรรพ 2 ที่ว่าด้วยเรื่องหนี้อีกด้วย

ความผูกพันเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายตน หากมีกรณีการผิดสัญญาเกิดขึ้นคู่สัญญาก็สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องกันได้โดยอาศัยข้อตกลงแห่งสัญญา

อย่างไรก็ดี สัญญา Standby Letter of Credit ก็ถือเป็นเลตเตอร์ออฟเครดิตประเภทหนึ่งจึงต้องนำหลักทฤษฎี ความเป็นอิสระของสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตมาใช้กับสัญญา Standby Letter of Credit ด้วย

ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า ในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นโดยกับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด โดยผู้ที่เกี่ยวข้องความเสียหายมิได้มีฐานะเป็นคู่สัญญากับผู้ที่ได้รับความเสียหายแล้ว ผู้ที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว จะสามารถเรียกร้องให้ผู้ก่อความเสียหายชดใช้ค่าเสียหาย อันเกิดจากการกระทำของตนได้หรือไม่และโดยทางใดบ้าง

หากเมื่อพิจารณาถึงหลักในเรื่องของสัญญาแล้ว จะเห็นได้ว่าการที่คู่กรณีต่างก็มีได้มีนิติสัมพันธ์โดยตรงต่อกัน การเรียกให้ชำระค่าเสียหายอันเกิดแก่การกระทำของผู้ที่มีฐานะเป็นคู่สัญญาของตน ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่น่าจะกระทำได้โดยตรง เนื่องจากคู่กรณีมิได้มีนิติสัมพันธ์ต่อกันเลย แต่อย่างไรก็ดี การเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายโดยอาศัยหลักในเรื่องสัญญา ก็มีใ้ว่าจะกระทำไม่ได้เสียทีเดียว คู่กรณีผู้ได้รับความเสียหายอาจฟ้องคู่สัญญาฝ่ายตนให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ให้คู่สัญญาที่ถูกฟ้องร้องนั้นไปฟ้องร้องต่อเอากับผู้ก่อเหตุ อีกทอดหนึ่ง เพราะไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างก็ถูกผูกพันตนให้ต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่ตนได้กระทำขึ้นอยู่แล้ว ดังนั้น แม้คู่กรณีผู้ได้รับความเสียหายไม่อาจฟ้องร้องโดยตรงต่อผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้ แต่ทั้งนี้ฟ้องร้องโดยอาศัยความผูกพันของนิติกรรมสัญญาที่ ได้กระทำต่อกันเป็นทอด ๆ ได้

นอกจากการใช้สิทธิฟ้องร้องในแนวทางดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าในบางกรณีที่ผู้ก่อความเสียหายได้กระทำความผิด ซึ่งความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นความผิด ดังนี้ ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว น่าจะฟ้องร้องผู้ก่อความเสียหายให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากมูลละเมิดได้อีกด้วย แต่ทั้งนี้ คู่กรณีผู้ได้รับความเสียหายจะต้องพิจารณาด้วยว่ากรณีดังกล่าวเป็นหนี้อันเกิดจากมูลละเมิดหรือไม่ เพราะบางครั้งการก่อให้เกิดความเสียหายอาจมิใช่กรณีที่เป็นการทำละเมิดเสมอไป

มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เราสามารถแยกพิจารณาหลักเกณฑ์แห่งการละเมิดได้ดังนี้²⁴

1. ความหมายของคำว่า “ผู้ใด”
2. การกระทำ
3. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
4. โดยผิดกฎหมาย
5. มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น
6. ความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำของผู้ทำความเสียหาย

1. ความหมายของคำว่า “ผู้ใด”

“ผู้ใด” หมายถึงมนุษย์ รวมถึงบุคคลทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต นอกจากนี้ คำว่า “ผู้ใด” อาจหมายความรวมถึงบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น หรือความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือสิ่งของด้วย

2. การกระทำ

การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวในอิริยาบถโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น ถ้าหากเป็นการเคลื่อนไหวที่ไม่รู้สำนึกแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ

3. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

คำว่า “จงใจ” หมายถึง รู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน การเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง การกระทำโดยผิดพลาดไม่เป็นการกระทำโดยจงใจ²⁵

²⁴ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538), หน้า5-6.

²⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, หน้า 470.

ประมาทเลินเล่อ หมายถึง ไม่ตั้งใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ รวมถึงลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวัง จะไม่กระทำด้วยความระมัดระวังที่ว่านี้ ต่างกับความระมัดระวังในความรับผิดชอบทางสัญญา ซึ่งกฎหมายวางระดับโดยทั่วไปไว้ในระดับของวิญญูชน เว้นแต่บางกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้ความระมัดระวังยิ่งหรือหย่อนกว่านั้น

มีข้อที่ต้องระลึกอยู่เสมอว่า แม้จะเป็นการกระทำที่เป็นการงดเว้นไม่กระทำก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งหลักเกณฑ์การกระทำละเมิดที่ว่า ต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย²⁶

4. โดยผิดกฎหมาย

นอกจากมีการกระทำและการกระทำนั้น เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์อีกข้อหนึ่งว่า จะต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายที่ว่า “โดยผิดกฎหมาย” ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเหมือนดังเช่นในกฎหมายอาญาย่อมไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด แต่ความรับผิดชอบละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดเจนว่า การกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำผิดเหมือนดังเช่นในกฎหมายอาญา โดยหลักแล้ว ความรับผิดชอบละเมิดเกิดจากการผิดหน้าที่ (breach of a duty) ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นเบื้องต้น²⁷ นอกจากนี้ก็เป็นหน้าที่ที่เกิดจากสัญญา หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 นั้น มีความหมายแต่เพียงว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 421 เท่านั้น โดยไม่จำเป็นว่าการกระทำนั้นกฎหมายจะต้องบัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด

ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ เป็นต้นว่า มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยตรง เช่น สิทธิของบิดามารดาที่จะทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ครูบาอาจารย์ที่จะทำโทษศิษย์ เจ้าพนักงานมีอำนาจจับผู้ต้องหาว่าได้กระทำผิด หรือประหารชีวิตนักโทษหรือยึดของกลาง การกระทำต่าง ๆ ดังกล่าวย่อมไม่เป็นการผิดกฎหมายจึงไม่เป็นละเมิด

²⁶ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1769/2506

²⁷ Winfield, p. 5.

5. มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น

แม้จะมีการกระทำโดยผิดกฎหมาย ก็มีได้หมายความว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นเสมอไป การละเมิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อการที่ได้กระทำลงนั้น มีผลให้เกิดความเสียหาย²⁸ ที่ว่าความเสียหายเกิดขึ้นนั้นต้องเกิดขึ้นจริง ๆ กล่าวคือ ความเสียหายมีอยู่หรือได้มีอยู่แล้วขณะที่ฟ้องร้องให้รับผิดชอบนั้น ไม่เพียงแต่น่าจะเป็นอันตราย หรือ น่าจะเกิด น่าจะเสียหาย ฯลฯ อย่างเช่นที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาบางลักษณะความผิดเท่านั้น กล่าวคือเพียงแต่คาดหมายว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้น ไม่ถือว่าเป็นความเสียหายตามมาตรา 420 อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความเสียหายต้องอาศัยการวินิจฉัยของบุคคลธรรมดา หรือปктиชน ที่คิดเห็นโดยชอบในสังคมเป็นมาตรฐาน

6. ความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำของผู้ทำความเสียหาย

ตามหลักเรียกว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล หรือระหว่างความผิดกับความเสียหาย ซึ่งไม่มีหลักที่แน่นอนที่จะปรับแก้กรณีต่าง ๆ ได้ ทั่วไปทุกกรณี แต่ได้มีทฤษฎีที่ถือว่ามีความสำคัญและเป็นที่ยอมรับอยู่ 2 กรณี คือ²⁹

1. ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข
2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

ทฤษฎีทั้งสองนี้ ต่างมีข้อดีและข้อเสียอยู่ด้วยกัน ทฤษฎีเงื่อนไขที่ถือหลักว่า ไม่มีการกระทำแล้ว ความเสียหายก็ย่อมไม่เกิด ผู้นั้นจึงต้องรับผิดชอบ มีข้อดีที่เป็นหลักตรงกับความเป็นจริงตามธรรมชาติ แต่ก็มีข้อเสียเพราะทำให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบโดยไม่มีขอบเขต ตลอดจนความเสียหายที่ไม่มีใครคาดหมายได้ก็ต้องรับผิดชอบ ส่วนทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมที่ถือว่าผลที่ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ ต่อเมื่อเป็นผลที่ตามปกติควรจะเกิดจากการกระทำของผู้กระทำ มีข้อดีตรงที่ตรงกับหลักวินิจฉัยความผิดหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ ซึ่งต้องวินิจฉัยตามพฤติการณ์ที่บุคคลในฐานะเช่นนั้นควรทราบ แต่มีข้อเสียที่จำกัดผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบแคบอยู่ในขอบเขต

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 670/2496

²⁹ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538), หน้า 37 – 38.

ที่ผู้กระทำควรได้คาดเห็นเท่านั้น จึงขัดกับความเป็นจริงที่อาจมีความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำแท้ ๆ แต่ผู้กระทำละเมิดกลับไม่ต้องรับผิดชอบ³⁰

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีได้มิตินิติสัมพันธ์โดยตรงกับ ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวสามารถฟ้องร้องกับผู้ก่อความเสียหายโดยอาศัยมูลเหตุแห่งการกระทำละเมิดได้

ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้แจ้งเครดิตในฐานะตัวแทนผู้เปิดเครดิตได้ร่วมมือกับผู้รับประโยชน์ในการตรวจสอบเอกสาร โดยอาจทำในลักษณะที่ผู้แจ้งเครดิตรู้อยู่แล้วว่าเอกสารที่ผู้รับประโยชน์นำมายื่นเป็นเอกสารปลอม แต่ก็สมรู้ร่วมคิดตรวจสอบเอกสารเสมือนหนึ่งว่าเอกสารดังกล่าวเป็นเอกสารที่แท้จริงและได้เบิกจ่ายเงินชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้รับประโยชน์มีความผิดฐานปลอมเอกสาร ตามประมวลกฎหมายอาญา โดยอาจถือได้ว่าผู้แจ้งเครดิตมีฐานะเป็นตัวการร่วมได้ เมื่อผู้แจ้งเครดิตได้ทำการชำระเงินให้แก่ผู้รับประโยชน์ไปแล้ว การกระทำความผิดดังกล่าวย่อมเป็นความผิดสำเร็จ เมื่อมีการชำระเงินไป ตามสัญญา Standby Letter of Credit แล้ว ผู้ขอเปิดเครดิตย่อมมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องชำระเงินดังกล่าวคืนให้แก่ผู้เปิดเครดิตตามสัญญาการเปิดเครดิต เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้ ย่อมทำให้ผู้ขอเปิดเครดิตได้รับความเสียหาย สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในกรณีระหว่างผู้ขอเปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ ซึ่งมีฐานะเป็นคู่สัญญากันโดยตรงอาจฟ้องร้องกันโดยอาศัยมูลเหตุแห่งการปฏิบัติผิดสัญญาได้ แต่ในกรณีของผู้แจ้งเครดิตนี้ ผู้ขอเปิดเครดิตไม่สามารถฟ้องร้องได้โดยอาศัยมูลเหตุแห่งข้อสัญญา เนื่องจากมิได้มีฐานะเป็นคู่สัญญาต่อกันโดยตรง หากผู้ขอเปิดเครดิตต้องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้แจ้งเครดิต ผู้ขอเปิดเครดิตจะต้องฟ้องร้องเอา กับคู่สัญญาของตนซึ่งก็คือผู้เปิดเครดิต และให้ผู้เปิดเครดิตไปฟ้องร้องเอา กับผู้แจ้งเครดิตอีกทอดหนึ่ง ซึ่งวิธีการดังกล่าวจะต้องฟ้องร้องไล่เลียงตามลำดับกันไป

จากกรณีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น หากเราได้พิจารณาถึงเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายแล้ว จะเห็นได้ว่าการกระทำอันเข้าองค์ประกอบของการกระทำในลักษณะละเมิดตาม

³⁰ สุดา วิสสุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า15.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ผู้ขอเปิดเครดิต ซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดที่กฎหมายของผู้แจ้งเครดิต และผู้รับประกันน่าจะฟ้องร้องเอาแก่ผู้แจ้งเครดิต โดยอาศัยเหตุแห่งมูลละเมิดได้ ไม่น่าจะฟ้องผู้ขอเปิดเครดิตและผู้แจ้งเครดิต จะมีได้มีนิติสัมพันธ์โดยตรงต่อกันก็ตาม

การฟ้องร้องโดยอาศัยเหตุแห่งมูลละเมิดนี้ ผู้เขียนเสนอแนะไว้เพื่อเป็นทางเลือกหนึ่งในการฟ้องคดีเท่านั้น และมีใช้ว่าผู้ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่มีได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงจะสามารถฟ้องร้อง โดยอาศัยมูลเหตุแห่งการกระทำละเมิดได้ทุกกรณีไป ทั้งนี้ ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏด้วยว่า การไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวนั้นถือเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายหรือไม่ และการกระทำนั้นเมื่อพิจารณาแล้วครบองค์ประกอบของลักษณะละเมิดหรือไม่ เพราะหากการกระทำดังกล่าวไม่ครบองค์ประกอบของลักษณะละเมิด ก็ไม่สามารถฟ้องร้องโดยอาศัยมูลเหตุแห่งการกระทำละเมิดได้

4.2.1.4 หลักเรื่องเอกเทศสัญญาในส่วนของค้ำประกัน

สิ่งที่น่าพิจารณาประการต่อไป คือ Standby Letter of Credit นั้นเข้าลักษณะของสัญญาค้ำประกันตามกฎหมายไทยหรือไม่ เพราะหากเราถือว่า Standby Letter of Credit เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาค้ำประกัน ย่อมต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาค้ำประกันมาบังคับใช้กับ Standby Letter of Credit ด้วย หรือหากเราถือว่า Standby Letter of Credit เป็นเพียงสัญญารูปแบบหนึ่งเท่านั้น ก็จะต้องนำบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญา มาบังคับใช้ซึ่งการบังคับใช้กฎหมาย ที่มีความแตกต่างกันนี้เองที่เป็นสิ่งสำคัญที่เราจะต้องพิจารณาเพื่อกำหนดสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนให้แก่ Standby Letter of Credit เนื่องจากการนำตัวบทกฎหมายที่แตกต่างกันมาใช้บังคับ ย่อมทำให้เกิดผลในทางคดีที่แตกต่างกันตามมา

ตามกฎหมายไทยได้ให้ความหมายของการค้ำประกันไว้ในมาตรา 680 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้ “อันว่าค้ำประกันนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้...” จากบทบัญญัติดังกล่าว เราสามารถจำแนกลักษณะประการสำคัญของสัญญาค้ำประกันได้ ดังนี้

1. สัญญาค้ำประกันเป็นหนี้อุปกรณ์

หมายความว่า สัญญาค้ำประกันจะเกิดขึ้นได้ จะต้องมีหนี้ที่ผูกพันกันระหว่าง เจ้าหนี้และลูกหนี้เกิดขึ้นเสียก่อน ซึ่งหนี้ดังกล่าวเราเรียกว่า “หนี้ประธาน” แล้วหนี้ตามสัญญา ค้ำประกันจึงเกิดเป็น “หนี้อุปกรณ์” ตามมา ดังนั้น หากหนี้ประธานไม่เกิด หนี้อุปกรณ์ก็ย่อมไม่มี เช่นกัน หรือหากหนี้ประธานไม่สมบูรณ์ หนี้อุปกรณ์ก็ย่อมไม่เกิด เป็นต้น โดยหลักแล้วหนี้อุปกรณ์ จะสมบูรณ์หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของหนี้ประธาน ตามที่มาตรา 681 ได้บัญญัติถึง ความสมบูรณ์ของหนี้ตามสัญญาค้ำประกันว่า “อันค้ำประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อัน สมบูรณ์” คือ ต้องมีหนี้ผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ และต้องเป็นหนี้อันสมบูรณ์เท่านั้น ส่วนหนี้ที่เกิดขึ้นนั้นอาจจะเกิดขึ้นตามมูลหนี้ใด เช่น นิติกรรม สัญญา ละเมิด ฯลฯ นั้น ก็สามารถ มีการค้ำประกันได้ เว้นแต่เป็นหนี้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำการชำระหนี้โดยเฉพาะตัว ไม่สามารถให้ บุคคลอื่นกระทำการชำระหนี้ให้แทนได้ หนี้เช่นนี้ก็ไม่สามารถมีการค้ำประกันได้³¹

ในเรื่องหนี้อันสมบูรณ์นี้ อาจจะเป็นหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขก็ได้ ที่สำคัญ คือหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขนั้น ต้องเป็นหนี้ที่อาจเป็นผลได้จริง สำหรับหนี้ที่เกิดจากนิติกรรม ที่มีผลเป็นโมฆียะนั้น จะถือว่าเป็นหนี้ที่สมบูรณ์อันจะมีการค้ำประกันอย่างสมบูรณ์ได้หรือไม่ ต้องพิจารณาว่าโมฆียะกรรมนั้น ตามกฎหมายถือว่าเป็นนิติกรรมนั้นสมบูรณ์ แต่อาจถูกบอกล้างให้ กลายเป็นโมฆะได้³² หรืออาจสมบูรณ์ตลอดไปหากมีการให้สัตยาบัน ดังนั้น ตราบไต่ที่นิติกรรม อันเป็นโมฆียะนั้นยังมิได้มีการบอกล้าง ก็ถือว่าเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ อาจมีการค้ำประกันได้ แต่ ถ้าโมฆียะกรรมนั้นได้มีการบอกล้างให้มีผลกลายเป็นโมฆะมาแต่เริ่มต้นแล้ว สัญญาค้ำประกันก็มี ไม่ได้ เนื่องจากหนี้ประธาน ไม่ใช่หนี้อันสมบูรณ์อีกต่อไป

2. ผู้ค้ำประกันต้องเป็นบุคคลภายนอก

กล่าวคือ บุคคลที่จะเข้ามาเป็นผู้ค้ำประกันต้องเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ตัวลูกหนี้ หรือตัวเจ้าหนี้ ในกรณีที่มีลูกหนี้หลายคนหรือเจ้าหนี้หลายคน ผู้ค้ำประกันก็ต้องไม่ใช่บุคคลที่เป็น ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้เหล่านั้นนอกจากนี้บุคคลที่จะเป็นผู้ค้ำประกัน อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือ

³¹ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 15.

³² จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : เอร่าวันการพิมพ์, 2522), หน้า 192.

นิติบุคคลก็ได้ แต่หากเป็นนิติบุคคลก็ต้องพิจารณาถึงขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นด้วยว่ามีอำนาจในการทำสัญญาค้ำประกันได้หรือไม่³³ ผู้ค้ำประกันในหนึ่รายหนึ่งอาจจะมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ และในกรณีที่บุคคลภายนอกหลายคนยอมตนเข้าเป็นผู้ค้ำประกันในหนึ่รายเดียวกัน กฎหมายได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบของบุคคลภายนอกหลายคน ที่ยอมตนเข้าเป็นผู้ค้ำประกันในหนึ่รายเดียวกันไว้ในมาตรา 682 วรรค 2³⁴ ว่าให้ผู้ค้ำประกันเหล่านั้นรับผิดชอบร่วมกันอย่างลูกหนี้ร่วม แม้ว่าจะมีได้เข้าค้ำประกันร่วมกันก็ตาม

3. บุคคลภายนอกผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ว่าจะชำระหนี้ให้ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระ

จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันเป็นความรับผิดในฐานะลูกหนี้ลำดับรอง กล่าวคือ ผู้ค้ำประกันจะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ตามมูลหนี้ประธานผิดนัด เมื่อลูกหนี้ตามมูลหนี้ประธานผิดนัดไม่ชำระหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันจึงจะมีหน้าที่ชำระหนี้แทน ด้วยเหตุนี้หนึ่ที่เป็นประกันนั้นจึงต้องเป็นหนึ่ที่บุคคลภายนอกสามารถระทำการชำระหนี้ให้แทนได้ หากเป็นหนึ่ที่ลูกหนี้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยตนเองเป็นการเฉพาะตัว ย่อมไม่สามารถจะมีผู้ค้ำประกันได้ แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีนี้อาจมีการค้ำประกันได้โดยอาจเป็นการค้ำประกันการชำระค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระค่าเสียหายนั้นให้แก่เจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกันจะชำระให้แทน เช่นนี้ก็สามารถกระทำได้³⁵

4. สัญญาค้ำประกันลูกหนี้ไม่จำต้องรู้เห็นยินยอมด้วย สัญญาก็มีผลสมบูรณ์

เนื่องจากการค้ำประกันนั้น เป็นการทำสัญญาเพื่อเข้าผูกพันกันระหว่างเจ้าหนี้กับบุคคลภายนอกผู้ค้ำประกัน ดังนั้น ลูกหนี้จึงไม่จำต้องรู้เห็นหรือให้ความยินยอมด้วย สัญญาก็มีผลสมบูรณ์ ผู้ค้ำประกันจะยกเอาการที่ลูกหนี้ไม่ให้ความยินยอมมาเป็นข้อต่อสู้ไม่ได้ หรือหากผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ไปตามสัญญาค้ำประกันแล้วมาใช้สิทธิไล่เบี่ยเอากับลูกหนี้ ลูกหนี้จะอ้างเอาการที่ตนไม่ได้ให้ความยินยอม มาเป็นข้ออ้างเพื่อป้องกันมิให้ผู้ค้ำประกันใช้สิทธิไล่เบี่ยเอาจากตนไม่ได้

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 41/2509 ป.88. เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ 471/2519 ป.108.

³⁴ มาตรา 682 วรรค 2 ถ้าบุคคลหลายคนยอมตนเข้าเป็นผู้ค้ำประกันในหนึ่รายเดียวกันไซ้ร้ ท่านว่าผู้ค้ำประกันเหล่านั้นมีความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกัน แม้ถึงว่าจะมิได้เข้ารับค้ำประกันร่วมกัน

³⁵ สุดา วิศรุตพิชญ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนวนอง จำน่า, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 17.

5. สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ

กฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาค้ำประกันเอาไว้ และในมาตรา 680 วรรค 2 ก็บัญญัติไว้แต่เพียงว่า “สัญญาค้ำประกันนั้นถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” หมายความว่า การมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น มิใช่แบบที่กฎหมายกำหนด แต่การมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นมีไว้เพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องเท่านั้น ดังนั้น แม้สัญญาค้ำประกันจะทำการด้วยวาจา มิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือแต่ประการใด ก็มิได้ทำให้สัญญาค้ำประกันเป็นโมฆะ เพราะมิได้ทำตามแบบแต่อย่างใด สัญญาค้ำประกันมีผลสมบูรณ์ ถ้าผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว ตามสัญญา ผู้ค้ำประกันจะเรียกคืนจากเจ้าหนี้ไม่ได้ เพราะเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไว้ตามสัญญาโดยชอบแล้ว เพียงแต่ว่าในกรณีที่เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้เรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทน ผู้ค้ำประกันปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ เจ้าหนี้อย่อมไม่สามารถฟ้องร้องผู้ค้ำประกันได้ เนื่องจากขาดหลักฐานเป็นหนังสือในการฟ้องร้องผู้ค้ำประกันเท่านั้น หลักฐานเป็นหนังสือที่จะใช้ในการฟ้องร้องนี้ ไม่จำเป็นต้องทำไว้ต่อเจ้าหนี้โดยตรง อาจทำขึ้นไว้ต่อลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกอื่นใดก็ได้

นอกจากนี้ หลักฐานเป็นหนังสือนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นหลักฐานฉบับเดียว อาจเป็นเอกสารหลายฉบับอ่านแล้วประกอประกกันได้ว่าการค้ำประกันก็ใช้ได้ แต่ข้อสำคัญ คือ หลักฐานเป็นหนังสือนั้น จะต้องมียลายมือชื่อของผู้ค้ำประกันด้วยจึงจะใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องได้

เมื่อได้พิจารณาถึงองค์ประกอบ อันเป็นลักษณะสำคัญของสัญญาค้ำประกันเปรียบเทียบกับลักษณะการใช้งานของ Standby Letter of Credit แล้ว จะเห็นได้ว่าสัญญา Standby Letter of Credit นั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสัญญาค้ำประกันตามกฎหมายไทยเป็นอย่างมาก จนอาจทำให้คิดว่าเครื่องมือทางการเงินประเภทนี้เป็นสัญญาค้ำประกันไปได้

ด้วยความเคารพอย่างสูงในความเห็นของผู้รู้ท่านอื่น ๆ ผู้เขียนกลับมีมุมมองและความคิดเห็นที่แตกต่างออกไปในเรื่องนี้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบถึงลักษณะของสัญญาค้ำประกันกับลักษณะการใช้งานของ Standby Letter of Credit ในรายละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่าเครื่องมือทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

1. สัญญาค้ำประกันจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีสัญญาที่เป็นหนี้ประธานเกิดขึ้นมาก่อน และหนี้ประธานนั้นต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าสัญญาค้ำประกันจะเกิดขึ้นหรือสำเร็จผลหรือไม่จะต้องอาศัยผลของหนี้ประธานที่ทำให้เกิดสัญญาค้ำประกันนั้น แต่ในกรณีของ Standby Letter of Credit หาเป็นเช่นนั้นไม่ เนื่องจากหลักทฤษฎีในเรื่องความเป็นอิสระของ เลตเตอร์ออฟเครดิต (Independence or Autonomy of Letter of Credit) ซึ่งหลักดังกล่าว ได้กำหนดไว้ว่า “ในส่วนของเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้น จะมีความสมบูรณ์อยู่ในตัวเองและแยกต่างหากจากมูลหนี้ตามสัญญาเดิม (Underlying Contract) ของผู้ขอเปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์”³⁶ ดังนั้น การเรียกให้ชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit ของผู้รับประโยชน์จึงเป็นการเรียกให้ชำระหนี้ตามสัญญาการเปิด Standby Letter of Credit ซึ่งเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาเดิมเท่านั้น ผู้รับประโยชน์ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความสมบูรณ์ของสัญญาเดิมเลย เพราะการเรียกให้ชำระหนี้ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอาศัยมูลหนี้จากสัญญาเดิม ผู้รับประโยชน์สามารถเรียกให้ผู้เปิดเครดิตชำระหนี้ได้เสมอตามสัญญา Standby Letter of Credit เพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญาครบถ้วน ก็เป็นการเพียงพอแล้ว

2. หนี้ตามสัญญาค้ำประกันในกฎหมายไทย ได้ระบุสถานะไว้ในลักษณะของหนี้ลำดับรอง กล่าวคือ เมื่อหนี้ประธานถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนได้ในฐานะลูกหนี้ลำดับรอง แต่การชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit นั้น เป็นการที่ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเรียกให้ผู้เปิดเครดิต (Issuer) เป็นผู้ชำระหนี้แก่ตนโดยตรง เมื่อผู้รับประโยชน์สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาแล้ว ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์เป็นความผูกพันที่ต้องชำระหนี้ตามเงื่อนไขในสัญญา อันเป็นการตกลงชำระหนี้เพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกของผู้ขอเปิดเครดิต และผู้เปิดเครดิตซึ่งเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่ง การชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit นั้น เป็นการชำระหนี้ตามสัญญาประธานมิใช่เป็นการชำระหนี้ตามสัญญาที่มีฐานะเป็นสัญญาอุปกรณ์ดังเช่นในสัญญาค้ำประกัน

3. การชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกันนั้น มีเงื่อนไขประการสำคัญ คือ ผู้ค้ำประกันจะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ดังนั้น

³⁶ โชติกร ลือสัมพันธ์, “ความผูกพันของธนาคารในการตรวจสอบเอกสารและการชำระเงินตามเลตเตอร์ออฟเครดิต,” วารสารกฎหมาย, 14 ฉบับที่ 3(กรกฎาคม-กันยายน 2536) : 27.

หากลูกหนี้ยังคงปฏิบัติการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้อยู่ หรือหนี้ที่ค้ำประกันไว้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ ดังนี้ เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนลูกหนี้ไม่ได้ หรือแม้แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันก็ยังคงใช้สิทธิเรียกร้องโดยให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อนก็ได้ตามมาตรา 688³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนในการชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit นั้น อาศัยมูลเหตุตามเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา มาเป็นเงื่อนไขในการชำระหนี้ ซึ่งมูลเหตุแห่งการชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นมูลเหตุอันเนื่องมาจากการผิดนัดไม่ชำระหนี้แต่เพียงอย่างเดียวเหมือนดังเช่นในสัญญาค้ำประกัน แต่มูลเหตุแห่งการชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit อาจเป็นมูลหนี้จากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและข้อกำหนดที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้

4. เนื่องจากสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่ผูกพันกัน ระหว่างเจ้าหนี้และบุคคลภายนอกผู้ค้ำประกัน ดังนั้น การที่สัญญาค้ำประกันจะสมบูรณ์หรือไม่ มิได้ขึ้นอยู่กับความยินยอมของลูกหนี้ แม้ลูกหนี้จะมีได้ให้ความยินยอมสัญญาค้ำประกัน ระหว่างเจ้าหนี้และผู้ค้ำประกันก็มีผลสมบูรณ์ แต่ในกรณีของสัญญา Standby Letter of Credit นั้นโดยทั่วไปลูกหนี้มักจะมีฐานะเป็นผู้ขอเปิด Standby Letter of Credit (Applicant) ส่วนเจ้าหนี้ก็มักมีฐานะเป็นผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ตามสัญญา Standby Letter of Credit โดยการทำหลักประกันหนี้ประเภท Standby Letter of Credit ลูกหนี้ในฐานะผู้ขอเปิด Standby Letter of Credit จะทำสัญญากับผู้เปิดเครดิต (Issuer) เพื่อเปิดเครดิตไปยังเจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์ โดยลูกหนี้ผู้ขอเปิดเครดิตเป็นผู้กำหนดเงื่อนไข และข้อตกลงในสัญญาว่าจะมีกรณีใดบ้างที่ ผู้เปิดเครดิตจะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับประโยชน์ เมื่อเกิดกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาและผู้รับประโยชน์ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดในสัญญาแล้ว ก็จะได้รับชำระหนี้จากผู้เปิดเครดิตทันทีโดยไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ

5. ในกรณีของสัญญาค้ำประกัน เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้แก่ตนได้ก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าหนี้ที่ค้ำประกันไว้นั้น ถึงกำหนดชำระแล้วและลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ หากข้อเท็จจริงดังกล่าวมิได้ปรากฏขึ้น เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้แก่ตน

³⁷ มาตรา 688 เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันจะขอให้เรียกลูกหนี้ชำระก่อนก็ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายเสียแล้ว หรือไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขต

ไม่ได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของ Standby Letter of Credit เนื่องจากการชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit นั้น ผู้เปิดเครดิตจะจ่ายเงินให้แก่ผู้รับประโยชน์ทันทีที่ผู้รับประโยชน์ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาถูกต้องครบถ้วนแล้ว โดยผู้เปิดเครดิตไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เลยว่าข้อเท็จจริงตามที่ระบุไว้ในสัญญาจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ และเมื่อผู้เปิดเครดิตได้จ่ายเงินให้แก่ผู้รับประโยชน์ไปอย่างถูกต้องตามวิธีการของเลตเตอร์ออฟเครดิตแล้ว ผู้เปิดเครดิตสิ้นสุดความรับผิดชอบทันที

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างของลักษณะของสัญญาค้ำประกันและสัญญา Standby Letter of Credit แล้ว สามารถสรุปได้ว่า สัญญา Standby Letter of Credit นั้นมิได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญาค้ำประกันแต่อย่างใด ดังนั้น สัญญา Standby Letter of Credit จึงไม่สามารถนำกฎหมายว่าด้วยสัญญาค้ำประกันของไทยมาบังคับใช้ได้ แต่จะต้องนำกฎหมายในส่วนของนิติกรรมสัญญาทั่วไปมาบังคับใช้กับสัญญา Standby Letter of Credit

4.2.2 ผลสภาพบังคับของข้อกำหนด ISP 98 ตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง

4.2.2.1 หลักเรื่องเขตอำนาจศาล

เมื่อได้ทราบถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญา Standby Letter of credit แล้วประเด็นต่อไปที่ควรพิจารณาก็คือ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย จากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ต้องการจะนำคดีความขึ้นฟ้องร้องต่อศาล ปัญหาจึงมีว่าศาลใดจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี

ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก คือ ศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น ชั้นแรกจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าโจทก์เป็นผู้มีสิทธินำเสนอคดีต่อศาลตามกฎหมาย หรือไม่และเมื่อผ่านขั้นตอนการพิจารณาในชั้นตอนดังกล่าวแล้ว ขั้นตอนต่อไปก็ต้องพิจารณาว่าโจทก์จะต้องเสนอคดีของตนต่อศาลใด เพราะศาลที่กฎหมายจัดตั้งขึ้นมีหลายศาลและแบ่งเขตไว้อย่างชัดเจนไม่ก้าวร้าวกัน ศาลที่ไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ ในกรณีที่โจทก์ยื่นฟ้องผิดศาล ศาลจะไม่รับฟ้อง หรือถ้าศาลรับไว้ต่อไปก็จะจำหน่ายคดีหรืออาจยกฟ้องเสียได้ ซึ่งการฟ้องผิดศาลนี้จะทำให้เกิดผลเสียหายแก่โจทก์ได้

การพิจารณาว่าคดีจะตกอยู่ในอำนาจศาลใด นอกจากจะต้องพิจารณาจาก บทบัญญัติในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ แล้ว ยังจะต้อง พิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 2³⁸ อีกด้วย

การที่มาตรา 2 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเสนอคำฟ้องไว้ว่า “ห้ามมิให้เสนอ คำฟ้องต่อศาลใด” หมายความว่า การเสนอคำฟ้องนั้นมิใช่ว่าทุกคนจะเสนอต่อศาลได้ทุกเมื่อ แต่ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้³⁹

1. สภาพแห่งคำฟ้อง (nature of the plaint)
2. ชั้นของศาล (grade of the Court)
3. เขตอำนาจศาล (territorial jurisdiction)

1. **สภาพแห่งคำฟ้อง** หมายความว่า คำฟ้องดังกล่าวเป็นคำฟ้องคดีแพ่ง หรือ คดีอาญา และเมื่อทราบว่าเป็นคำฟ้องคดีใดแล้ว ก็จะต้องยื่นฟ้องให้ถูกศาลด้วย

2. **ชั้นของศาล** พระธรรมนูญศาลยุติธรรมได้แบ่งศาลออกเป็น 3 ชั้น คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ซึ่งตามปกติผู้ฟ้องจะต้องเสนอคำฟ้องครั้งแรกต่อศาลชั้นต้น หากคู่ความ ไม่พอใจคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็สามารถอุทธรณ์ฎีกาได้ ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการ อุทธรณ์ฎีกา

3. **เขตอำนาจศาล** เมื่อผู้ฟ้องได้พิจารณาถึงสภาพของคำฟ้องแล้ว ผู้ฟ้องจะต้อง พิจารณาถึงเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ และตามกฎหมายที่กำหนด เขตศาลนั้นด้วย

³⁸ มาตรา 2 ห้ามมิให้เสนอคำฟ้องต่อศาลใด เว้นแต่

(1) เมื่อได้พิจารณาถึงสภาพแห่งคำฟ้องและชั้นของศาลแล้ว ปรากฏว่า ศาลนั้นมีอำนาจที่จะ พิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และ

(2) เมื่อได้พิจารณาถึงคำฟ้องแล้ว ปรากฏว่าคดีนั้นอยู่ในเขตศาลนั้นตามบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายนี้ ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง และตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเขตศาลด้วย

³⁹ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ภาค ๑ ถึงภาค ๓), พิมพ์ ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), หน้า 13.

เนื่องจากสัญญา Standby Letter of credit นั้น เป็นเครื่องมือที่นำมาใช้อย่างกว้างขวางในวงการค้าทั้งภายในและต่างประเทศ ดังนั้น การพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลตามสัญญา Standby Letter of credit ผู้เขียนจึงแบ่งโดยคำนึงถึงลักษณะของการนำไปใช้งานเป็นหลัก ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

1. กรณีของสัญญา Standby Letter of credit ภายในประเทศ (Domestic Standby Letter of credit)
2. กรณีของสัญญา Standby Letter of credit ระหว่างประเทศ (International Standby Letter of credit)

1. กรณีสัญญา Standby Letter of credit ภายในประเทศ (Domestic Standby Letter of Credit)

การที่สัญญา Standby Letter of credit ประเภทนี้ได้ถูกเปิดขึ้นและใช้เป็นหลักประกันภายในประเทศเท่านั้น ย่อมทำให้สัญญา Standby Letter of credit ดังกล่าวมิได้มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น ในกรณีที่มีคดีความเกิดขึ้นย่อมต้องใช้กฎหมายไทยเป็นกฎหมายใช้ในการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงตามสัญญา และต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้ในการฟ้องคดีด้วย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ได้บัญญัติไว้ว่า “เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่น

- (1) คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่
- (2) คำร้องขอ ให้เสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลหรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เราสามารถแบ่งการฟ้องคดีออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. คดีที่มีข้อพิพาท (contentious cases) และ
2. คดีที่ไม่มีข้อพิพาท (noncontentious cases)

1. คดีที่มีข้อพิพาท

คดีที่มีข้อพิพาท คือ คดีที่มีการโต้แย้งสิทธิกันระหว่างโจทก์และจำเลย ซึ่งการเสนอคดีต่อศาลจะต้องทำเป็นคำฟ้อง ซึ่งในมาตรา 4 (1) กำหนดให้โจทก์มีสิทธิเลือกเสนอคำฟ้องต่อศาลได้สองแห่ง คือ ศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีมูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล ทั้งนี้ ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ก็ตาม

2. คดีที่ไม่มีข้อพิพาท

คดีที่ไม่มีข้อพิพาท คือ คดีที่ผู้ร้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อขอให้ศาลสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งโดยผู้ร้องต้องทำเป็นคำร้องขอเป็นคดีไม่มีจำเลย ไม่มีคู่พิพาทเสนอต่อศาล ซึ่งในกรณีนี้ผู้ร้องสามารถเลือกเสนอคำร้องต่อศาลได้สองแห่ง คือ เสนอต่อศาลที่มีมูลคดีเกิดในเขตศาล หรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล ตามบทบัญญัติในมาตรา 4 (2)

เนื่องจากสัญญา Standby Letter of Credit ประเภทนี้เป็นธุรกรรมที่เกิดขึ้นภายในประเทศ ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีความกันเกิดขึ้น มักเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายดังนั้นการฟ้องร้องเป็นคดีความมักจะเป็นการในคดีที่มีข้อพิพาทตามมาตรา 4 (1) โจทก์จึงต้องพิจารณา เพื่อเลือกศาลที่ตนจะต้องเสนอคำฟ้องโดยต้องนำบทบัญญัติตามมาตรา 4 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้ ส่วนในกรณีที่โจทก์ต้องการร้องขอต่อศาลเพื่อใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งก็ต้องนำบทบัญญัติมาตรา 4 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้ และเนื่องจากสัญญา Standby Letter of Credit ภายในประเทศมิได้มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศตามมาตรา 7 (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ดังนั้น ผู้ฟ้องจึงไม่สามารถนำคดีความขึ้นมาฟ้องร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้

2. กรณีของสัญญา Standby Letter of Credit ระหว่างประเทศ

นอกจากสัญญา Standby Letter of Credit จะมีขึ้น เพื่อใช้เป็นหลักประกัน ภายในประเทศแล้ว ในทางการค้าระหว่างประเทศสัญญา Standby Letter of Credit ก็เป็นที่นิยม ในการใช้เพื่อเป็นหลักประกันระหว่างประเทศด้วย

เมื่อสัญญา Standby Letter of Credit มีลักษณะในทางระหว่างประเทศแล้ว จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ในกรณีที่เกิดเป็นคดีความฟ้องร้องกันขึ้นในระหว่างคู่สัญญา ของสัญญา Standby Letter of Credit นี้ ศาลใดเป็นที่มิเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลต่าง ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่าปัจจุบันนี้ได้มีการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง ประเทศขึ้น โดยมุ่งจะให้ศาลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นศาลชำนาญพิเศษในคดีที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทาง ปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งการจัดตั้งศาลดังกล่าวได้กระทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดี ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธี พิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดเขตอำนาจ ศาลไว้ใน มาตรา 7 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 7 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณา พิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

- (1) คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร
- (2) คดีอาญาเกี่ยวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271 ถึงมาตรา 275
- (3) คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และคดีพิพาทตาม สัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ
- (4) คดีแพ่งอันเกี่ยวเนื่องมาจากการกระทำความผิดประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271 ถึงมาตรา 275

(5) คดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้าหรือตราสารทางการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัยและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง

(6) คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิต ที่ออกเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมตามการส่งเงินเข้ามาในราชอาณาจักร หรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ทรัสต์รีซีท รวมทั้งการประกันเกี่ยวกับกิจการดังกล่าว

(7) คดีแพ่งที่เกี่ยวกับการกักเรือ

(8) คดีแพ่งเกี่ยวกับการทุ่มตลาดและการอุดหนุนสินค้าหรือการให้บริการจากต่างประเทศ

(9) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่เกี่ยวข้องข้อพิพาทในการออกแบบวงจรรวม การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ ชื่อทางการค้า ชื่อทางภูมิศาสตร์ที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า ความลับทางการค้าและการคุ้มครองทางพันธุพืช

(10) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่มีกฎหมายบัญญัติ ให้อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

(11) คดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตาม (3) ถึง (10)

คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวไม่อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ"

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะพบว่าสัญญา Standby Letter of Credit ระหว่างประเทศเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่น่าจะตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัตินี้ตามมาตรา 7 (6) แต่คำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาที่ ทก. 27/ 2542 กลับวินิจฉัยว่า

"การออกเลตเตอร์ออฟเครดิตของธนาคารโจทก์เป็นการให้บริการอย่างหนึ่งในกิจการให้บริการของธนาคารพาณิชย์ การที่โจทก์ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยได้ออกสแตนด์บายเลตเตอร์ออฟเครดิตชนิดไม่มีเงื่อนไข และเพิกถอนไม่ได้ตามคำฟ้องเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของนาย อ. ต่อธนาคารกลางแห่งเมียนมาร์ตามคำขอของจำเลยถือได้ว่า เป็นการที่โจทก์ผู้ให้บริการซึ่งอยู่ในประเทศไทยให้บริการประกันความเสี่ยงต่อการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้แก่ธนาคารแห่งเมียนมาร์ผู้รับบริการซึ่งอยู่ที่ประเทศสหภาพพม่า การออกสแตนด์บายเลตเตอร์ออฟเครดิตดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาการให้บริการจากผู้ให้บริการในประเทศหนึ่งเพื่อให้ผู้รับบริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการนั้นในอีกประเทศหนึ่ง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาการให้บริการ

ระหว่างประเทศ ดังนี้ การที่จำเลยขอให้โจทก์เปิดสแตนด์บายเลตเตอร์ออฟเครดิตดังกล่าวโดยสัญญาว่าหากโจทก์ต้องชำระเงินแก่ธนาคารกลางแห่งเมียนมาร์ เพราะเหตุที่นาย อ. ผิดนัดไม่ชำระหนี้แก่ธนาคารดังกล่าวจำเลยจะชำระเงินที่โจทก์ต้องชำระไปนั้นแก่โจทก์ยอมเป็นนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาการให้บริการระหว่างประเทศดังกล่าวซึ่งเป็นนิติกรรมหลัก โจทก์อ้างในคำฟ้องว่านาย อ. ได้ผิดนัดชำระหนี้ต่อธนาคารดังกล่าว และโจทก์ได้ชำระเงินตามสแตนด์บายเลตเตอร์ออฟเครดิตแก่ธนาคารดังกล่าวแล้ว จึงขอให้บังคับจำเลยชำระเงินดังกล่าวแก่โจทก์ตามนิติกรรมที่จำเลยขอให้โจทก์เปิดสแตนด์บายเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้นแก่โจทก์ แต่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ดังนั้น การวินิจฉัยว่าจำเลยจะต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ตามคำฟ้องหรือไม่นั้น นอกจากจะมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับนิติกรรมการขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ระหว่างจำเลยกับโจทก์แล้วยังต้องวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิต ระหว่างโจทก์กับธนาคารกลางแห่งเมียนมาร์ว่าการที่โจทก์ได้ชำระเงินแก่ธนาคารดังกล่าวนั้น ถูกต้องตามเงื่อนไขแห่งสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตหรือไม่ด้วย ทั้งนี้ เพราะความรับผิดชอบของจำเลยจะเกิดขึ้นต่อเมื่อโจทก์ได้ปฏิบัติถูกต้องตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตดังกล่าว โจทก์จึงต้องนำสืบข้อเท็จจริงที่โจทก์ได้ปฏิบัติถูกต้องตามสัญญานั้นด้วย เมื่อคดีมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิต ซึ่งเป็นสัญญาการให้บริการระหว่างประเทศอันเป็นนิติกรรมหลัก และนิติกรรมการขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตอันเป็นนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมหลักดังกล่าว คดีนี้จึงเป็นคดีแพ่งเกี่ยวกับสัญญาการให้บริการระหว่างประเทศและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง ตามบทบัญญัติมาตรา 7 (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ⁴⁰

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นที่น่าสนใจ คือ เหตุใดศาลจึงได้วินิจฉัยว่าคดีนี้เป็นคดีแพ่งเกี่ยวกับสัญญาการให้บริการระหว่างประเทศ และนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้องตามบทบัญญัติมาตรา 7 (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ทั้งที่ในบทบัญญัติมาตรา 7 (6) ก็ได้บัญญัติครอบคลุมถึงธุรกรรมที่เกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตไว้อยู่แล้ว โดยในมาตรา 7 (6) บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า "มาตรา 7 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง

⁴⁰ วุฒิสถิต, กฎหมายศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ : ตัวบท พร้อมข้อสังเกตเรียงมาตราและคำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 180-182.

ประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้ ... (6) คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิต ที่ออกเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมตาม (5)...” ในเมื่อมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นนี้เหตุใดคำวินิจฉัยนี้จึงมองว่าสัญญา Standby Letter of Credit นั้นมีลักษณะเป็น “การให้บริการอย่างหนึ่งในกิจการให้บริการของธนาคารพาณิชย์” แทนที่จะเห็นว่าสัญญา Standby Letter of Credit นั้นมีลักษณะเป็นเลตเตอร์ออฟเครดิตประเภทหนึ่ง

ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญา Standby Letter of Credit นั้นน่าจะถือได้ว่ามีลักษณะเป็นเลตเตอร์ออฟเครดิตประเภทหนึ่งดังนั้นเมื่อสัญญา Standby Letter of Credit มีลักษณะเป็นเลตเตอร์ออฟเครดิตประเภทหนึ่งคดีดังกล่าวก็น่าจะเป็น “คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมตาม (5)” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 (6) มากกว่าที่จะคดีแพ่งเกี่ยวกับสัญญาการให้บริการระหว่างประเทศและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้องตามบทบัญญัติมาตรา 7 (5) แต่อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่า การตีความถึงลักษณะของสัญญา Standby Letter of Credit ตามคำวินิจฉัยดังกล่าวจะไม่ถูกต้องเสียทีเดียว เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 7 (5) นั้น กฎหมายมิได้ให้คำนิยามของคำว่า “การให้บริการระหว่างประเทศ” ไว้ ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้องการให้บทบัญญัติในมาตรา 7 (5) เป็นบทบัญญัติที่เปิดช่องในการนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศให้ครอบคลุมนอกเหนือจากที่ได้บัญญัติไว้แล้วใน (1) - (11) ดังนั้นจึงทำให้การตีความเพื่อนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในมาตรานี้จึงมีความยืดหยุ่นค่อนข้างมาก

4.2.2.2 หลักเรื่องพยานหลักฐาน

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แบ่งพยานหลักฐานออกเป็น 3 ประเภท คือ⁴¹

1. พยานบุคคล
2. พยานเอกสาร
3. พยานวัตถุ

⁴¹ ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 20-22.

1. พยานบุคคล

คือบุคคลที่มาเบิกความให้ข้อเท็จจริงในคดีต่อศาล ศาลรับรู้ข้อเท็จจริงจาก พยานชนิดนี้โดยการที่พยานเล่าเรื่อง หรือตอบคำถามของศาลหรือคู่ความเกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือ เหตุการณ์ที่พยานได้เห็นได้ฟังหรือได้ทราบมาก่อน ความจริงแล้วสิ่งที่เป็นพยานหลักฐานก็คือ คำเบิกความหรือถ้อยคำของพยาน หาใช่ตัวพยานเองไม่ ฉะนั้น เมื่อกล่าวถึงพยานชนิดนี้จึง หมายถึง “คำเบิกความของพยาน” หรือบางที่เรียกว่าเป็น “พยานถ้อยคำ” เพราะถ้าพยานอยู่เฉย ๆ ไม่เบิกความ ศาลก็จะไม่ได้ข้อเท็จจริงอะไร ผิดกับพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ ซึ่งตัวอักษรหรือ วัตถุชิ้นนั้นเองแสดงข้อเท็จจริงต่อศาล หรือศาลตรวจดูได้เอง และเนื่องจากศาลต้องบันทึก คำเบิกความของพยานเป็นลายลักษณ์อักษรเก็บรวบรวมไว้ในสำนวน เพื่อเป็นหลักฐานในการ วินิจฉัยคดี พยานบุคคลจึงหมายถึงบันทึกคำพยานที่ปรากฏอยู่ในสำนวน ซึ่งใช้ในการตัดสินคดี นั้นเอง แต่ถ้าบันทึกคำพยานดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้ในอีกคดีหนึ่ง ก็อาจกลายเป็นพยานเอกสาร ไปได้

2. พยานเอกสาร

หมายถึง สิ่งซึ่งมีการบันทึกตัวอักษร ตัวเลข รูปรอยหรือเครื่องหมาย ซึ่งสามารถแสดงข้อความหรือความหมายอย่างใดอย่างหนึ่งให้ศาลตรวจดูได้ สิ่งนั้นจะเป็นอะไร ก็ได้ และจะบันทึกไว้โดยวิธีเขียนด้วยมือ พิมพ์ พิมพ์ดีด แกะสลัก ถักร้อยหรือวิธีอื่นใดก็ได้ ถ้าสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้ พยานเอกสารอาจจะเป็นหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียน หนังสือสัญญา จดหมาย บันทึกข้อความ สมุดบัญชี บันทึกคำให้การ ฯลฯ ซึ่งปกติก็มักจะเป็นการ บันทึกข้อความด้วยตัวอักษรไว้บนแผ่นกระดาษ ซึ่งสามารถสื่อความหมายหรือแสดงข้อเท็จจริง บางอย่างได้ แต่อาจบันทึกไว้ในวัสดุอื่นนอกจากกระดาษ เช่นบันทึกไว้ในผ้า กระดาษ แผ่นโลหะ หรือมีการบันทึกไว้ที่กำแพง ถ้าเป็นการนำสืบถึงถ้อยคำหรือความหมายที่บันทึกไว้ กำแพงนั้นก็ อาจเป็นเอกสารได้ แม้การบันทึกตัวเลขที่เครื่องยนต์ของรถยนต์ก็เป็นเอกสารได้เช่นกัน สิ่งที่จะ พิสูจน์ข้อเท็จจริงก็คือ ข้อความหรือความหมายของตัวอักษร ตัวเลข หรือเครื่องหมายที่บันทึกไว้ หาใช่วัสดุที่ใช้บันทึกไม่ ถ้าจะนำสืบเกี่ยวกับตัววัตถุ เช่น นำสืบถึงความมีอยู่และรูปลักษณะ วัตถุ นั้นก็เป็นพยานวัตถุไป

3. พยานวัตถุ

ได้แก่ วัตถุ หรือสิ่งใดที่อาจพิสูจน์ความจริงต่อศาลได้โดยการตรวจดูมิใช่ โดยการอ่านหรือพิจารณาข้อความที่บันทึกไว้ ตัวอย่างเช่น มีดหรือปืนของกลางที่โจทก์นำสืบ เพื่อแสดงว่าจำเลยกระทำความผิด สถานที่ที่คู่ความขอให้ศาลไปเดินเผชิญสืบเพื่อพิสูจน์ว่ามี การบุกรุกกันหรือไม่ หรือบาดแผลที่ตัวผู้เสียหาย เพื่อแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาเพียงทำร้าย หรือมีเจตนาฆ่า หรือข้อต่อสู้ของจำเลยในเรื่องป้องกันตัวฟังขึ้นหรือไม่ เอกสารที่นำสืบเพื่อพิสูจน์ว่าได้มีการทำขึ้นหลายปีแล้วหรือเพิ่งทำขึ้น หรือนำสืบเพื่อแสดงว่ามีการทำความผิดฐานปลอมแปลงเอกสาร มิได้นำสืบหรือพิสูจน์ข้อความที่บันทึกไว้ เช่นนี้ ย่อมเป็นการนำสืบพยานวัตถุ ตัวบุคคลเองก็อาจเป็นพยานวัตถุได้ เช่น การที่ศาลดูบาดแผลที่ตัวผู้เสียหาย เป็นต้น

พยานหลักฐานทั้งสามประเภทนี้ ต่างก็มีวิธีการนำสืบและข้อห้ามบางประการที่แตกต่างกันไป อีกทั้งพยานหลักฐานแต่ละประเภทก็มีความเหมาะสมหรือนำหนักที่แตกต่างกันด้วย โดยพยานบุคคลนั้นนับว่าเป็นพยานที่มีความสำคัญที่สุดในคดีทุกประเภท ส่วนพยานเอกสารก็นับได้ว่าเป็นพยานที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในคดีแพ่ง เพราะในคดีแพ่งมักจะมีการทำข้อตกลงกันไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก่อน และในบางกรณีกฎหมายก็บังคับว่านิติกรรมจะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ด้วย ส่วนพยานวัตถุก็มักจะถูกนำมาใช้เพื่อการสนับสนุนให้พยานบุคคล และพยานเอกสารมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากขึ้น นอกจากนี้ ศาลยังสามารถตรวจเห็นข้อเท็จจริงบางประการได้เองโดยอาศัยพยานวัตถุ ซึ่งย่อมดีกว่าพยานบุคคลที่ไปเห็นเหตุการณ์หรือทราบข้อเท็จจริงแล้วมาถ่ายทอดให้ศาลฟังอีกต่อหนึ่ง เพราะอาจมีการผิดพลาดหลงลืมหรือเบิกความไม่ตรงความจริงได้

ในส่วนข้อสัญญา Standby Letter of Credit ประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาในเรื่องพยานหลักฐานก็คือ ในส่วนของพยานเอกสาร เนื่องจากพยานเอกสารเป็นพยานที่มีลักษณะพิเศษกว่าพยานอื่นหลายประการ กล่าวคือ พยานเอกสารเป็นพยานที่มีลักษณะเฉพาะตัวและมีลักษณะครบถ้วนบริบูรณ์ในตัวเอง วิธีการนำสืบจึงค่อนข้างยุ่งยากและมีรายละเอียดมาก เมื่อเทียบกับพยานบุคคลและพยานเอกสาร

การนำสืบพยานเอกสาร ต้องนำสืบด้วยต้นฉบับตามหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด เว้นแต่จะเป็นกรณีเข้าข้อยกเว้น ในบางกรณีตัวเอกสารจะเป็นพยานหลักฐานที่ต้องฟังเป็นยุติเกี่ยวกับนิติกรรมที่ทำขึ้นโดยเอกสารนั้น จะนำสืบพยานบุคคลแทนเอกสาร หรือนำพยานบุคคล

มาสืบเพื่อเพิ่มเติม ดัดทอน เปลี่ยนแปลงแก้ไขเอกสารนั้นไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการนำสืบว่าเอกสารนั้นปลอมหรือไม่ถูกต้องหรือสัญญาหรือหนี้ไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

การนำสืบพยานหลักฐานทุกประเภทในคดีเกี่ยวกับสัญญา Standby Letter of Credit ไม่ที่จะเป็นการเปิดเครดิตเพื่อใช้ภายในประเทศหรือระหว่างประเทศก็ตาม เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลไทย การบังคับใช้กฎหมายย่อมตกอยู่ภายใต้วิธีพิจารณาความตามกฎหมายไทย ซึ่งมักจะนำวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เป็นหลัก

4.2.3 ผลสภาพบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

ในชีวิตประจำวันของเรา โดยเฉพาะผู้เกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้าต่าง ๆ คงหลีกเลี่ยงการเจรจาและทำความตกลงกับบุคคล เพื่อดำเนินกิจการของตนไปไม่ได้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนี้ หากมุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแล้วกฎหมายย่อมจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับและใช้บังคับได้ตามเจตนารมณ์ของการทำความตกลงของคู่สัญญาหรือเรียกว่า เป็นนิติกรรมสัญญา

นักกฎหมายในประเทศได้ให้ความสำคัญ และยอมรับหลักเสรีภาพของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาเป็นอย่างมาก ซึ่งบางครั้งความมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่นี้อาจไม่ได้เป็นผลดีเพียงด้านเดียว แต่อาจมีผลกระทบต่อความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญาให้ ลุล่วงและก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง เพราะในปัจจุบันเราจะปฏิเสธเรื่องอำนาจการต่อรองของสัญญาที่อีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ตั้งแต่อำนาจทาง เศรษฐกิจ ระบบการผลิตและจัดจำหน่าย ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนคือสัญญาจะซื้อ จะขายบ้านพร้อมที่ดินที่เจ้าของโครงการทำกับประชาชนผู้บริโภค เป็นต้น แม้ว่าจะมองอีกมุมหนึ่ง ได้ว่าหากเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมก็มีสิทธิที่จะเลือกไม่ทำสัญญาได้ก็ตาม แต่เหตุที่ว่า คู่สัญญาจำเป็นต้องได้มาเพื่อจุดมุ่งหมายของการทำสัญญา เช่น ความต้องการได้มาซึ่งสินค้าหรือ บริการต่าง ๆ โดย ไม่มีทางเลือกเลยไปทำสัญญากับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายรายอื่น ๆ ได้ ก็ทำให้ จำยอมรับสัญญาที่มีเงื่อนไขโดยฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่านั้นกำหนดขึ้น

การที่บังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว ก็ถือได้ว่าเป็นการใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นธรรมเช่นกัน แต่ปัญหาที่ตามมาก็คือจะมีหลักเกณฑ์อย่างไรออกมากำหนดว่า ข้อสัญญาอย่างใดมีความเป็นธรรมกับคู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาต่างได้แสดงเจตนายอมรับว่าจะปฏิบัติตามสัญญานั้นแล้ว และหากจะออกกฎหมายมาบังคับให้แตกต่างจากที่คู่สัญญากำหนดกันไว้ จะเป็นการชอบด้วยหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาและความมีเสรีทางการค้าหรือไม่

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นส่วนหนึ่งของความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้บรรเทาเบาบางลง โดยมุ่งที่จะให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบสัญญาที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ว่า มีลักษณะของการเอาเปรียบกันมากเกินไปหรือไม่ หากเป็นการเอาเปรียบกันเกินสมควร ก็ให้ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้มีผลบังคับกันได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี กล่าวโดยสรุปก็คือ พระราชบัญญัตินี้ให้ศาลมีอำนาจที่จะปรับลดระดับความรุนแรง ของการเอาเปรียบกันทางสัญญาลงได้ ตามสมควรโดยได้วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจของศาลไว้อย่างแยบยล ดังนั้น ความสำเร็จของพระราชบัญญัตินี้ จึงขึ้นอยู่กับบทบาทและสำนึกแห่งความยุติธรรมของศาลเป็นสำคัญ⁴²

นิติกรรมสัญญาประเภทที่อยู่ในขอบอำนาจของพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่

- (1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่ผู้ประกอบธุรกิจได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร
- (2) สัญญาสำเร็จรูปซึ่งหมายถึงสัญญาที่ได้ทำขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาซึ่งเป็นสาระสำคัญไว้แล้วล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใดและคู่สัญญาฝ่ายใดได้นำมาใช้ในกิจการของตนที่ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้นได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง
- (3) สัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

กรณีที่ (1) ถึง (3) นั้นกฎหมายได้ให้ตัวอย่างของข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับผิดเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ อันเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

⁴² จรัญ ภักดีธนากุล, สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, ดุลพาน, 45(มกราคม-มิถุนายน 2541): 79.

- ข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
 - ข้อตกลงให้ต้องรับผิด หรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
 - ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
 - ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
 - ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้อง หรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
 - ข้อตกลงในสัญญาขายฝาก ที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี
 - ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
 - ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภค ต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับค่าใช้จ่าย หรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีผิดนัดชำระหนี้ หรือเกี่ยวเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้
 - ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้น ที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
- (4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรม ที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (ไม่ว่าจะตกลงไว้ในสัญญาประเภทใด)
- (5) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ของผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพในความชำรุดบกพร่อง หรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้กับผู้บริโภคตามสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ
- (6) ข้อสัญญาที่กำหนดให้มีการวางมัดจำ และเป็นกรณีที่ต้องรับเงินมัดจำ แต่จำนวนเงินนั้นสูงเกินส่วน
- (7) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ท้าวล่วงหน้าเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดในการละเมิดหรือผิดสัญญา
- (8) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด

ความหมายของข้อสัญญา นั้น หมายความว่า บรรดาข้อตกลง ความตกลง ความยินยอม รวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดชอบ โดยกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้ ได้แก่ ผู้บริโภคที่ทำสัญญาในฐานะเป็นผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกัน หรือบุคคลใดที่ทำสัญญาเพื่อต้องการได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์ โดยมีค่าตอบแทนและรวมถึงผู้รับประกันของบุคคลดังกล่าวด้วย กับอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ซึ่งเข้าทำสัญญาในฐานะตรงข้ามกับผู้บริโภค เนื่องจากเป็นไปเพื่อการค้าปกติของผู้ประกอบการค้าหรือให้บริการนั้น

การทำสัญญาตาม (1) ถึง (8) ยังมีผลบังคับได้ตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้และไม่เป็นโมฆะ เพียงแต่ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจบังคับให้เพียงบางส่วนที่เห็นว่าเหมาะสมและเป็นธรรม เว้นแต่บางกรณีที่มีผลเป็นโมฆะ ซึ่งจะกล่าวในลำดับต่อไป

การใช้ดุลพินิจของศาล หากไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาเสียเลย ก็อาจเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ กฎหมายจึงวางหลักให้ศาลจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาได้กล่าวอ้างให้ศาลเห็น และศาลจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ อันได้แก่

- ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

- ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

- เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

- การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

- กรณีตาม (2) หากมีข้อสงสัยให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่าย ซึ่งมีได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

- กรณีตาม (4) การวินิจฉัยว่าข้อตกลงทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่นั้น ให้วิเคราะห์ถึงขอบเขตในด้านพื้นที่ ระยะเวลาของการจำกัดสิทธิรวมถึงความสามารถ และโอกาสในการประกอบอาชีพ การงานกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญา ในบางกรณีที่คู่สัญญากำหนดข้อสัญญากันไว้ ซึ่งมีผลเป็นโมฆะตามกฎหมายนี้ ซึ่งได้แก่

- สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ ซึ่งมีข้อ

สัญญาในการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้กับผู้บริโภค โดยข้อสัญญาได้ตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบการในความชำรุดบกพร่อง หรือการรอนสิทธิในทรัพย์สิน โดยผู้บริโภคจะต้องไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่อง หรือเหตุแห่งการรอนสิทธิในขณะที่ทำสัญญา มิฉะนั้นแล้วข้อสัญญานั้นก็จะมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรเท่านั้น โดยไม่เป็นโมฆะ

- ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ทำให้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการที่ทะเลาะเมิดหรือการผิดสัญญา สำหรับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันความเสียหายนั้น เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือบุคคลที่ผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความจะต้องร่วมรับผิดด้วย

- ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหาย ในคดีละเมิดต่อการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้เพื่อป้องกันความสับสนของการใช้บังคับตามสัญญาที่อาจมีขึ้น ในระหว่างที่กฎหมายนี้กำลังจะใช้บังคับ จึงได้กำหนดว่าบรรดานิติกรรม หรือสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นก่อนวันที่กฎหมายใช้บังคับ ไม่ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายนี้ แต่เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว คู่สัญญาใดจะกำหนดยกเว้นว่ามีให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้บังคับนั้น ให้ถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ

เมื่อข้อกำหนด ISP 98 มีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่า ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงให้นำข้อกำหนด ISP 98 มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญานี้ จะทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วยหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งแรกที่ต้องพิจารณา ก็คือ ข้อกำหนด ISP 98 มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมสัญญาประเภทนั้น ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ ซึ่งอาจเห็นได้ข้อกำหนด ISP 98 มีลักษณะที่อาจเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้ เนื่องจากคำว่า “สัญญาสำเร็จรูป” หมายถึงสัญญาที่ได้ทำขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาซึ่งเป็นสาระสำคัญไว้แล้วล่วงหน้าไม่ว่าจะทำในรูปแบบใดและคู่สัญญาฝ่ายใดได้นำมาใช้ในกิจการของตน⁴³

⁴³ ภาณุกร ดุลสัมพันธ์, ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, เอกสารภาชีอากร, (มกราคม 2541): 83.

เมื่อพิจารณาถึงข้อกำหนด ISP 98 ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า และผู้เปิดเครดิตได้นำข้อกำหนดดังกล่าวมาใช้กับกิจการของตน แต่อย่างไรก็ดี ผู้เปิดเครดิตมิได้เป็นผู้กำหนดข้อกำหนด ISP 98 นี้ขึ้นเองในทางตรงกันข้าม ข้อกำหนด ISP 98 เป็นข้อกำหนดที่เกิดขึ้นและได้รับการยอมรับจากสภาหอการค้านานาชาติ (ICC) และเป็นข้อกำหนดที่ได้รับการยอมรับ และมีการใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศต่าง ๆ อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดภายในข้อกำหนดนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีส่วนหนึ่งส่วนใดในข้อกำหนดนี้ที่ก่อให้เกิดการได้เปรียบระหว่างคู่สัญญาฝ่ายใดเลย แม้กระนั้นก็ดี ข้อกำหนด ISP 98 ก็ยังคงมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปอยู่นั่นเอง แม้จะไม่มีข้อสัญญาใดที่ได้กำหนดขึ้น เพื่อให้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ตาม แต่การที่ข้อกำหนด ISP 98 มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปนี้เองที่ทำให้ข้อกำหนด ISP 98 ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ส่วนการที่ข้อกำหนด ISP 98 จะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่เข้าข่ายว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ให้เปรียบคู่สัญญาอันเป็นเรื่องของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาแยกต่างหากออกไป มิใช่ว่าหากข้อกำหนด ISP 98 มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ให้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ข้อกำหนด ISP 98 จะไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด

4.2.4 ผลสภาพบังคับตามพระราชบัญญัติอื่น ๆ

4.2.4.1 พระราชบัญญัติ การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505

เนื่องจากในข้อกำหนด ISP 98 มิได้กำหนดไว้ให้ชัดเจนเหมือนในข้อกำหนด UCP 500 ว่าผู้ที่จะเป็นผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต รวมไปถึงผู้ยืนยันเครดิตจะต้องเป็นธนาคารเท่านั้น โดยข้อกำหนดดังกล่าวได้ใช้คำว่า "Issuer" "Adviser" และ "Confirmer" ซึ่งผิดกับข้อกำหนด UCP 500 ซึ่งใช้คำว่า "Issuing Bank" "Advising Bank" และ "Confirming Bank" อันหมายความว่า ผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต ตลอดจนผู้ยืนยันเครดิตจะต้องเป็นธนาคารเท่านั้น จึงอาจทำให้เข้าใจได้ว่าข้อกำหนด ISP 98 นี้มิได้จำกัดไว้แต่เพียงว่าผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต รวมไปถึงผู้ยืนยันเครดิตจะต้องเป็นธนาคารเท่านั้น ซึ่งหากตีความย้อนกลับไปยังอรรถาธิบายความว่า ข้อกำหนด ISP 98 อนุญาตให้บุคคลใดก็ได้เป็นผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต และผู้ยืนยันเครดิต ทำให้เกิดปัญหาที่นำคิดว่าคำว่า "บุคคลใด" ในที่นี้นั้น หมายถึงผู้ใดบ้าง ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าตามหลักกฎหมายไทย คำว่า "บุคคล" ย่อมหมายถึง "บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล"

ดังนั้น บุคคลที่สามารถเป็นผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต และผู้ยืนยันเครดิตนี้ ย่อมเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตามการตีความโดยอาศัยหลักกฎหมายไทย

ปัญหาที่เกิดขึ้นต่อมาก็คือใครบ้างที่จะสามารถเป็นผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต และผู้ยืนยันเครดิตได้บ้างตามกฎหมายไทย ซึ่งในประเด็นนี้พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดนอกจากธนาคารพาณิชย์ประกอบการธนาคารพาณิชย์” ซึ่งย่อมหมายความว่าบุคคลใดหากมิได้สถานะเป็นธนาคารพาณิชย์ย่อมไม่สามารถประกอบกิจการเช่นเดียวกับธนาคารพาณิชย์ได้ ดังนั้น หากเราตีความว่าการออกเลตเตอร์ออฟเครดิตถือเป็นการประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ประเภทหนึ่ง ย่อมส่งผลทำให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีได้ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ ไม่สามารถเป็นผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต หรือผู้ยืนยันเครดิตได้

ปัญหาที่ตามมาก็คือ ธุรกิจเกี่ยวกับการออกเลตเตอร์ออฟเครดิต⁴⁴ เป็นธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายไทยหรือไม่ ในมาตรา 9 ทวิ พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ได้บัญญัติว่า “นอกจากการธนาคารพาณิชย์แล้ว ธนาคารพาณิชย์อาจกระทำธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์ หรือธุรกิจอันเป็นประเพณีที่ธนาคารพาณิชย์พึงกระทำเช่นการเรียกเก็บเงินตามตั๋วเงิน การรับอวัลตั๋วเงิน การรับรองตั๋วเงิน การออกเลตเตอร์ออฟเครดิต หรือการค้าประกัน หรือธุรกิจทำนองเดียวกันด้วยก็ได้ เมื่อได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย แต่จะประกอบการค้าหรือธุรกิจอื่นใดมิได้” ซึ่งเป็นการตอกย้ำให้นักแน่นขึ้นอีกว่าการออกเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้น ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีใช้ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถประกอบกิจการประเภทนี้ได้ เพราะแม้แต่ธนาคารพาณิชย์เอง หากประสงค์จะดำเนินธุรกิจประเภทดังกล่าว ก็ยังต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทยเสียก่อนจึงจะดำเนินการได้ ดังนั้น ในกรณีนี้ที่ผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต และผู้ยืนยันเครดิตมิใช่ธนาคารก็ย่อมไม่น่าที่จะดำเนินกิจการเกี่ยวกับการออกเลตเตอร์ออฟเครดิตได้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ข้อกำหนด ISP 98 มิได้กำหนดโดยเฉพาะเจาะจงว่าให้บุคคลใดมีสถานะเป็นผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต รวมถึงผู้ยืนยันเครดิตได้ ด้วยความต้องการที่จะให้บุคคลทั่วไปสามารถประกอบกิจการเกี่ยวกับ

⁴⁴ สืบเนื่องมาจาก Standby Letter of Credit นั้น ถือว่าเป็นเลตเตอร์ออฟเครดิตประเภทหนึ่ง ดังนั้น การนำธุรกรรมดังกล่าวมาพิจารณาจึงต้องขึ้นอยู่กับหลักการเดียวกับเลตเตอร์ออฟเครดิต

Standby Letter of Credit ได้โดยไม่จำกัดขอบเขตไว้แต่เพียงธนาคารเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับประเทศไทยได้ เนื่องจากกฎหมายไทยมิได้เปิดช่องให้มีการประกอบกิจการประเภทนี้ได้โดยอิสระ ดังนั้น ผู้ออกเครดิต ผู้แจ้งเครดิต และผู้ยืนยันเครดิตตาม Standby Letter of Credit ในประเทศไทย ก็ยังคงต้องเป็นธนาคารพาณิชย์ ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการการออกเลตเตอร์ออฟเครดิตอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนยังมีความเห็นในอีกมุมหนึ่งด้วยว่า โดยหลักทั่วไปของเครื่องมือที่ใช้เป็นหลักประกัน ความสำคัญนั้นหาได้อยู่ที่ผู้ทำให้เครื่องมือขึ้นขึ้นมาไม่ หากแต่อยู่ที่ตัวผู้รับหลักประกันเป็นสำคัญว่า ผู้รับหลักประกันพึงพอใจและมั่นใจในหลักประกันที่ตนยึดถือไว้หรือไม่ต่างหาก ดังนั้น การใช้ Standby Letter of Credit เป็นเครื่องมือเพื่อเป็นหลักประกันความสำคัญของเรื่องมิได้อยู่ที่ตัวผู้ออกหลักประกัน กล่าวคือ ผู้ออกหลักประกันไม่จำเป็นต้องมีฐานะเป็นธนาคารก็สามารถออกหลักประกันได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับตัวผู้รับประโยชน์ว่าจะยอมรับหรือมั่นใจในหลักประกันที่ตนยึดถือไว้หรือไม่ หากผู้รับประโยชน์ไม่พอใจที่จะรับหลักประกันที่มีได้เปิดมาโดยธนาคารผู้รับประโยชน์ก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับหลักประกันนั้นได้ ในทางกลับกัน หากผู้รับประโยชน์พึงพอใจกับหลักประกันที่เปิดมา แม้ว่าหลักประกันดังกล่าวจะมีได้เปิดโดยธนาคารก็ตามผู้รับประโยชน์ก็น่าจะเข้าผูกพัน และบังคับเอากับหลักประกันในลักษณะนี้ได้

ดังนั้น แม้ในปัจจุบันการทำธุรกรรมประเภท Standby Letter of Credit ของไทยจะจำกัดให้เป็นธนาคารเท่านั้นที่สามารถเปิดเครดิตออกไปได้ แต่ผู้เขียนคาดว่าต่อไปในอนาคตกฎหมายน่าจะมีการแก้ไขและเปิดกว้างสำหรับธุรกรรมประเภทนี้มากขึ้น โดยอาจยอมให้บุคคลที่มีใช้ธนาคารสามารถทำธุรกรรมประเภทนี้ได้ด้วย

4.2.4.2 พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

พ.ศ. 2542

เนื่องจากปัจจุบันนี้ ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 สิงหาคม 2542 เป็นต้นมา ส่งผลทำให้การทำธุรกรรมทางการเงินภายในประเทศ ต้องถูกจำกัดอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การมุ่งที่จะป้องกันมิให้อาชญากรนำเงินที่ได้จากการกระทำความผิดมาแปลงสภาพให้กลายเป็นเงินที่ถูกกฎหมาย ซึ่งการป้องกันและปราบปรามดังกล่าวมุ่งเน้นไปที่สถาบันการเงินเป็นหลัก ดังนั้น หากมีการตีความโดยเคร่งครัดก็จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ไม่ครอบคลุมถึงธุรกรรมที่มีได้กระทำโดยสถาบันการเงิน

ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีของ Standby Letter of Credit ที่เปิดเครดิตภายใต้เงื่อนไขของข้อกำหนด ISP 98 ซึ่งมีได้กำหนดให้ผู้เปิดเครดิตต้องมีสถานะเป็นธนาคารเท่านั้น ทำให้ผู้เปิดเครดิตอาจเป็นสถาบันการเงินอื่น หรือนิติบุคคลอื่นก็ได้ แต่การที่ข้อกำหนดดังกล่าวมิได้ระบุว่าผู้เปิดเครดิตต้องเป็นผู้ใดนี้ ทำให้สามารถตีความไปในทางกว้างได้ว่า ผู้เปิดเครดิตอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เมื่อเป็นเช่นนี้ก็อาจเกิดปัญหาต่อเนื่องตามมาได้ก็คือ กระบวนการควบคุมโดยรัฐอาจครอบคลุมไปไม่ถึง

จากประเด็นที่ได้สัมผัสขึ้นมาข้างต้น หากผู้เปิดเครดิตเป็นนิติบุคคลอื่นซึ่งมิได้เป็นนิติบุคคลที่ถูกควบคุมภายใต้พระราชบัญญัตินี้ หรือผู้เปิดเครดิตมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดา การใช้กฎหมายเข้าไปเพื่อป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินย่อมไม่เป็นผล ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากประเทศไทยจะยอมรับข้อกำหนด ISP 98 มาใช้ และแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางการเงินให้สอดคล้องกับข้อกำหนดนี้ ก็ควรจะต้องพิจารณาถึงผลพวงที่จะตามในอนาคตด้วย

อีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจสำหรับผลที่อาจเกิดขึ้นจากกระบวนการ Standby Letter of Credit ต่อพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินก็คือ ในประเด็นเรื่องการนำพระราชบัญญัตินี้มาบังคับใช้กับธุรกรรม Standby Letter of Credit

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า ธุรกรรม Standby Letter of Credit นั้น มุ่งผูกพันกันเฉพาะแต่เงื่อนไขที่ปรากฏขึ้นบนหน้าแห่งเอกสารเท่านั้น ซึ่งธนาคารไม่มีหน้าที่จะต้องตรวจสอบถึงความถูกต้องแท้จริงของการกระทำตามเงื่อนไขแห่งสัญญา เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงอาจทำให้ผู้ที่ไม่สุจริตอาศัยช่องโหว่ตรงจุดนี้เป็นเครื่องมือช่วยในการม่องถ่ายเงินได้ โดยอาศัยมูลเหตุจากเงื่อนไขตาม Standby Letter of Credit ได้ และหากอาชญากรอาศัยช่องทางดังกล่าวเป็นช่องทางในการฟอกเงินก็ย่อมเป็นการยากที่จะตรวจสอบหรือป้องกันได้ เพราะแม้กฎหมายจะบัญญัติให้เจ้าหน้าที่สามารถเข้าไปตรวจสอบธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยได้ก็ตาม แต่หากอาชญากรใช้ช่องทางของ

ธุรกรรม Standby Letter of Credit แล้ว ย่อมแทบจะไม่มีความเป็นไปได้เลยที่จะพบข้อพิรุณซึ่งจะส่งผลให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อเข้าไปตรวจสอบได้

4.2.4.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544

เนื่องจากปัจจุบันนี้ ประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาเพื่อบังคับใช้กับธุรกรรมที่ได้กระทำผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2545 เป็นต้นมา ดังนั้น หากธุรกรรมใดได้กระทำขึ้นภายหลังจากที่พระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ ธุรกรรมดังกล่าวย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัตินี้

พระราชบัญญัตินี้ ได้ร่างขึ้นตามแนวทางของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Model Law on Electronic Commerce 1996) และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Model Law on Electronic Signatures 2001) ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL)⁴⁵ โดยมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

1. หลักความเท่าเทียมกัน (Functional Equivalent Approach)
2. หลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี รวมทั้งหลักการความเป็นกลางของสื่อ (Technology Neutrality / Media Neutrality)

1. หลักความเท่าเทียมกัน

หมายถึงความเท่าเทียมกัน ระหว่างการใช้เอกสารที่อยู่ในรูปของกระดาษ (Paper-Based Documentation) และ การใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Computer – Based Information) กล่าวคือ การติดต่อสื่อสารหรือการผูกนิติสัมพันธ์ผ่านสื่อที่อยู่ในรูปของกระดาษ หรือ การทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะต้องให้ผลทางกฎหมายที่เท่าเทียมกัน⁴⁶

⁴⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ทวีศักดิ์ กอนันตกุล และสุรางคณา แก้วจรรย์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544, (กรุงเทพมหานคร : จีระการพิมพ์, 2545), หน้า 11.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

2. หลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี รวมทั้งหลักการความเป็นกลางของสื่อ

หมายถึง ในการติดต่อสื่อสารจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติเทคโนโลยีใดเทคโนโลยีหนึ่งโดยเฉพาะ ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้ได้เปิดกว้าง เพื่อรับรองติดต่อสื่อสารด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในทุกรูปแบบ กล่าวคือ บางช่วงอาจมีการจัดทำให้ข้อความอยู่ในรูปของดิจิทัล (Digitized Information) บางช่วงติดต่อกันทางโทรศัพท์ โทรสาร หรือการติดต่อกันผ่านทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งกำหนดให้โปรแกรมอัตโนมัติกระทำการแทน และวางหลักการเพื่อรับรองเทคโนโลยีทั้งที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะมีการพัฒนาขึ้นในอนาคต⁴⁷

มาตราหลักที่อาจถือได้ว่าเป็นมาตราที่สำคัญที่สุดในพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ มาตรา 7⁴⁸ ซึ่งได้กำหนดหลักการพื้นฐานโดยห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างสิ่งที่ได้จัดทำขึ้นในรูปของกระดาษกับสิ่งที่ได้จัดทำขึ้นในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

อย่างไรก็ดี แม้บทบัญญัติมาตรา 7 จะได้กำหนดหลักการพื้นฐานในการรับรองผลหรือสถานะทางกฎหมายของข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้ก็ตาม แต่ก็เป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อมิให้มีการปฏิเสธผลทางกฎหมายเท่านั้น หาได้เป็นการรับรองถึงความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อความที่อยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์แต่อย่างใดไม่

ดังนั้น มาตรา 7 จึงเป็นเพียงหลักทั่วไปที่นำมาปรับใช้กับข้อความทุกประเภทที่อยู่ในรูปของข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น หากต้องการทำข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ให้อยู่ในรูปของหนังสือ ลงลายมือชื่อ หรือเพื่อประโยชน์อย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นเรื่อง ๆ ไป

ในส่วนของ Standby Letter of Credit นั้น ข้อกำหนด ISP กำหนดให้ธุรกรรมประเภท Standby Letter of Credit นั้น สามารถเปิดผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ ดังนั้น ปัญหาจึงมีขึ้นว่าหากคู่สัญญาได้เปิด Standby Letter of Credit ผ่านมาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ จะเกิดผลอย่างไรภายใต้บทบัญญัติในเรื่องการทำ ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของไทย

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

⁴⁸ มาตรา 7 ห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความใดเพียงเพราะเหตุที่ข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ผู้เขียนขอแบ่งประเด็นที่น่าสนใจที่จะนำมาวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ออกเป็น 2 ส่วนใหญ่ คือ

- ก. ประเด็นในเรื่องของสัญญา
- ข. ประเด็นในเรื่องของพยานหลักฐาน

ก. ประเด็นในเรื่องของสัญญา

โดยในประเด็นเรื่องของสัญญาผู้เขียนขอแบ่งกล่าวเป็นหัวข้อย่อย 4 ข้อ ดังต่อไปนี้

1. การแสดงเจตนาและการเกิดของสัญญา
2. แบบของนิติกรรม
3. ลายมือชื่อ
4. สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

1. การแสดงเจตนาและการเกิดของสัญญา

ตามหลักกฎหมายไทยนั้น นิติกรรมจะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยการแสดงเจตนาของบุคคลซึ่งอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และด้วยการแสดงเจตนาตัวเองที่มีผลทำให้สัญญาเกิด เนื่องจากสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้มีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและคู่สัญญาที่ได้รับคำเสนอนั้น ได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้เสนอเมื่อคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาต้องตรงกันสัญญาย่อมเกิด ดังนั้น การแสดงเจตนาจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้นิติกรรมต่าง ๆ เกิดขึ้น

กฎหมายไทยได้แบ่งประเภทของการแสดงเจตนาออกเป็น 2 ประเภท คือ

- 1.1 การแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา 168
- 1.2 การแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง ตามมาตรา 169

1.1 การแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า

การแสดงเจตนาในลักษณะนี้ หมายถึง การที่คู่กรณีแห่งนิติกรรมสามารถติดต่อทำความเข้าใจกันได้โดยทันที ไม่จำเป็นต้องเป็นการเห็นหน้ากันเท่านั้น เช่น การสื่อสารกัน

ทางโทรศัพท์ เป็นต้น ซึ่งการแสดงเจตนาประเภทนี้ให้ถือว่า มีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนา ได้ทราบตัวการแสดงเจตนา นั้นแล้ว

1.2 การแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง

การแสดงเจตนาในลักษณะนี้ เป็นกรณีที่คู่กรณีแห่งนิติกรรมไม่สามารถติดต่อสื่อสารกันได้ในทันที ต้องใช้ระยะเวลาระยะหนึ่งในการติดต่อสื่อสารทำความเข้าใจ เช่น การส่งจดหมาย โทรเลข เป็นต้น ซึ่งการแสดงเจตนาประเภทนี้จะมีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นี้ได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา

เมื่อได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น โดยนำมาเปรียบเทียบกับวิธีการทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ของสัญญา Standby Letter of Credit แล้ว จะเห็นได้ว่าการเปิด Standby Letter of Credit ผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อาจมีลักษณะของการแสดงเจตนาได้ ทั้งการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าและการแสดงเจตนาของบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของการติดต่อสื่อสารของคู่สัญญาว่าเป็นไปในรูปแบบใด

กล่าวคือ หากคู่สัญญาได้ตกลงติดต่อสื่อสารผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยใช้โปรแกรมการสนทนาโต้ตอบระหว่างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบนเครือข่าย เช่น Chat หรือ ICQ เป็นต้น คู่สัญญาย่อมสามารถสื่อสารทำความเข้าใจกันได้ทันที โดยผ่านกระบวนการรับส่งข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งการสื่อสารโดยใช้โปรแกรมในลักษณะนี้สามารถเปรียบเทียบกับ การสื่อสารทางโทรศัพท์ ย่อมทำให้การสื่อสารในลักษณะนี้เป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าตามมาตรา 168⁴⁹ ผลที่ตามมาคือการแสดงเจตนามีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนา ได้ทราบตัวการแสดงเจตนา นั้นแล้ว

แต่ในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงสื่อสารกันผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นโปรแกรมแบบการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) คู่สัญญาอาจไม่สามารถสื่อสารทำความเข้าใจกันได้ ในทันที อาจเทียบขั้นตอนการทำงานของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นี้ ได้กับวิธีการส่งไปรษณีย์แบบปกติ ผลที่ตามมาคือการแสดงเจตนาในลักษณะนี้มีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นี้ได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา

⁴⁹ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19/2476

ในเรื่องผลของการแสดงเจตนา นั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในการก่อให้เกิดนิติกรรมในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งในกรณีตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็คือ สัญญา Standby Letter of Credit โดยการแสดงเจตนา ดังกล่าวจะเป็นสิ่งสำคัญที่บ่งบอกให้ทราบถึงเวลาและสถานที่เกิดของสัญญา ซึ่งการทราบถึงเวลาที่สัญญาเกิดและสถานที่เกิดสัญญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาที่มีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศที่ต้องพิจารณาไปถึงในเรื่องของกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญานั้นต่อไปด้วย

สิ่งสำคัญประการแรกในการพิจารณาถึงการทำสัญญาผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ คือ การทำความเข้าใจเสียก่อนว่าการแสดงเจตนา และการทำคำเสนอคำเสนอเป็นสิ่งที่แยกออกจากกัน กล่าวคือ การแสดงเจตนาของบุคคลผ่านทางสื่ออาจมีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น จึงมิได้หมายความว่า การแสดงเจตนาของบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นการทำคำเสนอหรือคำสนองเสมอไป บางครั้งการแสดงเจตนาของบุคคลอาจเป็นไปเพียงเพื่อแจ้งข้อมูลให้ทราบเท่านั้นก็ได้ ไม่จำเป็นว่าการแสดงเจตนาของบุคคลจะต้องเป็นไปเพื่อการทำคำเสนอหรือคำสนองเท่านั้น

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 13 มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 โดยในมาตรา 13 ได้บัญญัติไว้ว่า

"คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้น ได้ทำคำเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์"

จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้ให้การยอมรับ และบังคับใช้กับนิติกรรมอันเกิดจากการทำสัญญาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลทางกฎหมายโดยอ้างว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้นโดยทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเมื่อกฎหมายให้การยอมรับบังคับใช้กับการทำสัญญาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์แล้ว ปัญหาต่อมาก็คือ การแสดงเจตนาเกิดขึ้นเมื่อใดและที่ใด

ในมาตรา 22 และมาตรา 23 ได้บัญญัติถึงเรื่องการรับและการส่งข้อมูลไว้ซึ่งการให้ความหมายของการรับส่งข้อมูล ย่อมส่งผลไปถึงในเรื่องของคำเสนอคำสนองและการเกิดสัญญา เนื่องจากเมื่อเราทราบถึงเวลาและสถานที่ในการรับ และส่งข้อมูลก็จะทำให้เราทราบต่อไปถึงการ

ได้รับหรือส่งคำสั่งและคำสั่งของคู่สัญญา ซึ่งส่งผลให้เราทราบถึงเวลาและสถานที่ของการเกิดสัญญา อันจะทำให้เราสามารถนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

โดยในมาตรา 22 และมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้บัญญัติว่า

มาตรา 22 “การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่าได้มีการส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล”

มาตรา 23 “การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่ามิผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูล

หากผู้รับข้อมูลได้กำหนดระบบข้อมูลที่ประสงค์จะใช้ในการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ โดยเฉพาะ ให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูลได้กำหนดไว้ นั้น แต่ถ้าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ส่งไปยังระบบข้อมูลอื่นของผู้รับข้อมูลซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่ ผู้รับข้อมูลกำหนดไว้ ให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ได้เรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบนั้น

ความในมาตรานี้ให้ใช้บังคับแม้ระบบของผู้รับข้อมูล ตั้งอยู่ในสถานที่อีกแห่งหนึ่งต่างหากจากสถานที่ที่ถือว่าผู้รับข้อมูลได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 24”

จากมาตรา 22 และมาตรา 23 ข้างต้น สามารถสรุปได้ว่ากฎหมายได้กำหนดให้การส่งข้อมูลมีผลเมื่อข้อมูลนั้นได้เข้าสู่ระบบที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูลแล้ว เช่น ในกรณีของการส่งข้อมูลผ่านทางเครื่องคอมพิวเตอร์ จะถือว่าผู้ส่งได้ส่งข้อมูลก็ต่อเมื่อผู้ส่งกดปุ่ม Enter เพื่อส่งข้อมูลออกไป เป็นต้น

ส่วนในกรณีของการรับข้อมูล กฎหมายได้แบ่งการรับข้อมูลออกเป็น 2 กรณีคือ

1. กรณีของการรับข้อมูลทั่วไป และ
2. กรณีที่ได้มีการตกลงกำหนดระบบข้อมูลที่ประสงค์จะใช้กันไว้โดยเฉพาะ

ในกรณีของการรับข้อมูลทั่วไป กฎหมายจะถือว่า การรับข้อมูลมีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลได้เข้าสู่ระบบของผู้รับ

ส่วนในกรณีที่ได้มีการตกลงกำหนดระบบข้อมูล ที่ประสงค์จะใช้กันไว้โดยเฉพาะจะแบ่งออกเป็นอีก 2 กรณีย่อย คือ

- 2.1 กรณีที่ผู้ส่งได้ส่งข้อมูลไปยังระบบที่ได้กำหนดกันไว้โดยเฉพาะ และ
- 2.2 กรณีที่ผู้ส่งได้ส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลอื่นซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่ได้กำหนดกันไว้

ในกรณีที่ผู้ส่งได้ส่งข้อมูลไปยังระบบที่ได้กำหนดกันไว้โดยเฉพาะ กฎหมายจะถือว่า การรับข้อมูลมีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ได้เข้าสู่ระบบที่ผู้รับข้อมูลได้กำหนดไว้ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะสามารเปรียบเทียบได้กับการส่งจดหมายทางไปรษณีย์ ไปยังผู้รับตามที่อยู่ ที่ปรากฏในสัญญา เมื่อจดหมายไปถึงยังผู้รับการแสดงความยอมมีผลนับแต่ผู้รับได้รับจดหมายนั้น ไม่ว่าผู้รับจะได้เปิดจดหมายนั้นออกอ่านหรือไม่ก็ตามการแสดงความนั้นก็เกิดผลแล้ว เป็นหน้าที่ของผู้รับเองที่จะต้องเปิดจดหมายออกอ่าน เพื่อให้ทราบถึงเจตนาและวัตถุประสงค์ที่ผู้ส่งมีมาถึงผู้รับ

ส่วนในกรณีที่ผู้ส่งได้ส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลอื่น ซึ่งมีใช้ระบบข้อมูลที่ได้กำหนดกันไว้ กฎหมายให้ถือว่า การรับข้อมูลมีผลนับแต่เวลาที่ได้เรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเทียบได้กับกรณีการส่งจดหมายทางไปรษณีย์ข้างต้นเช่นกัน กล่าวคือ เมื่อสัญญาได้กำหนดสถานที่ติดต่อไว้ในสัญญา เช่น ระบุให้ติดต่อตามที่อยู่ของสำนักงานใหญ่ของบริษัท A แต่ถึงเวลาส่งจดหมายผู้ส่งกลับส่งจดหมายไปยังสำนักงานสาขาของบริษัท A ดังนี้ กฎหมายให้ถือว่าบริษัท A ได้รับข้อมูลนับแต่เวลาที่ได้ทราบว่าจดหมายได้ส่งไปยังสำนักงานสาขาของบริษัท A ตรวบใดที่บริษัท A ยังไม่ทราบว่าจดหมายได้ส่งไปยังสำนักงานสาขา การแสดงเจตนาที่ย่อมจะยังไม่มืผลจนกว่าบริษัท A จะได้ทราบถึงการกระทำนั้นแล้ว เพราะหากกฎหมายยินยอมให้การแสดงเจตนามีผลนับแต่เวลาที่จดหมายได้ส่งไปถึงยังสำนักงานสาขาโดยที่บริษัท A ยังไม่ทราบถึงการกระทำนั้น ย่อมไม่เป็นการยุติธรรม หากจะต้องทำให้บริษัท A ต้องเข้าผูกพันกับการแสดงเจตนาที่ตนไม่อาจทราบได้มาก่อน

บทบัญญัติในวรรคสุดท้ายของมาตรา 23 ได้กำหนดไว้ในกรณีที่ผู้รับข้อมูลได้รับข้อมูลอยู่ในสถานที่อีกแห่งหนึ่งต่างหากจากสถานที่ที่ถือว่าผู้รับข้อมูลได้รับข้อมูล เนื่องจาก

ปัจจุบัน เทคโนโลยีมีความก้าวหน้าไปมาก ทำให้เครื่องมือสื่อสารและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ได้มีการพัฒนารูปแบบให้เหมาะสมและสะดวกในการใช้งานมากขึ้น จึงทำให้มีคอมพิวเตอร์ขนาดพกพาที่มีประสิทธิภาพใกล้เคียงกับคอมพิวเตอร์ทั่วไป ซึ่งผู้ใช้อาจนำติดตัวไปได้ทุกที่และสามารถติดต่อสื่อสารกันผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้จากทั่วทุกมุมโลก จึงอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่าการได้รับข้อมูลจะถือเอาว่าได้รับจากสถานที่ใด ซึ่งในมาตรา 24 ได้บัญญัติไว้ว่า

“การส่งหรือการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้ถือว่าได้ส่ง ณ ที่ทำการงานของผู้ส่งข้อมูล หรือได้รับ ณ ที่ทำการงานของผู้รับข้อมูล แล้วแต่กรณี

ในกรณีที่ผู้ส่งข้อมูลหรือผู้รับข้อมูลมีที่ทำการงานหลายแห่ง ให้ถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับธุรกรรมนั้นเป็นที่ทำการงานเพื่อประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่สามารถกำหนดได้ว่าธุรกรรมนั้นเกี่ยวข้องกับที่ทำการงานแห่งใดมากที่สุด ให้ถือเอาสำนักงานใหญ่เป็นสถานที่ที่ได้รับหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

ในกรณีที่ไม่ปรากฏที่ทำการงานของผู้ส่งข้อมูลหรือผู้รับข้อมูล ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ความในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับกับการส่ง และการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยวิธีการทางโทรเลขและโทรพิมพ์ หรือวิธีการสื่อสารอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องสถานที่เกิดของสัญญา มาตรา 24 จึงได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการส่งหรือการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่าได้ส่ง ณ ที่ทำการงานของผู้ส่งข้อมูล หรือได้รับ ณ ที่ทำการงานของผู้รับข้อมูล กล่าวคือ ไม่ว่าผู้ส่งหรือผู้รับจะทำการรับหรือส่งข้อมูล ณ ที่แห่งใดในโลกกฎหมายให้ถือว่าได้ส่งหรือรับ ณ ที่ทำการงานของผู้ส่งหรือผู้รับแล้วแต่กรณี

นอกจากนี้ยังได้กำหนดไว้ถึงกรณีที่ผู้ส่ง หรือผู้รับมีสถานที่ทำการงานหลายแห่งว่าให้ถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นมากที่สุดเป็นสถานที่ทำการงาน แต่ถ้ายังไม่สามารถกำหนดได้อีกว่า ที่ทำการงานแห่งใดเกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นมากที่สุด ก็ให้ถือเอาสำนักงานใหญ่เป็นสถานที่ทำการงาน และหากไม่ปรากฏว่าผู้รับหรือผู้ส่งมีสถานที่ทำการงาน ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ที่รับหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และในวรรคสุดท้ายได้บัญญัติถึงวิธีการที่มีให้ใช้บังคับบัญญัตินี้ในการบังคับ ซึ่งได้แก่วิธีการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ทาง

โทรเลข และโทรพิมพ์ หรือวิธีการสื่อสารอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในขณะนี้ ยังมีได้มีการกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาแต่อย่างใด

2. แบบของนิติกรรม

โดยปกติการทำนิติกรรมใด ๆ ย่อมอาศัยหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงทำนิติกรรมใด ๆ โดยการแสดงเจตนาตามหลักกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ คู่สัญญาอาจตกลงกันด้วยวาจา หรืออาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เพียงแต่ทำนิติกรรมนั้นให้ถูกต้องตามหลักทั่วไปแห่งการทำนิติกรรมก็เป็นอันใช้ได้ แต่ในบางกรณี การทำนิติกรรมบางประเภท กฎหมายถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ กฎหมายจึงกำหนดให้ต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเคร่งครัด หากไม่กระทำตามแบบหรือกระทำผิดจากแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น จึงเกิดเป็นปัญหาว่าในกรณีที่คู่สัญญาได้ทำธุรกรรมผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ นั้นเป็นกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้วหรือไม่

ตามบทบัญญัติมาตรา 8 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 9 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มีการจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงได้และนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแล้ว”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการขยายผลมาจากหลักทั่วไปตามมาตรา 7 ซึ่งห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความใด เพียงเพราะข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จากหลักการนี้เองที่นำมาขยายผลเพื่อทำให้การกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์สามารถมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการนำข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะได้รับการรับรองสถานะไว้ในมาตรา 7 แล้วก็ตาม แต่การนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ตามมาตรา 8 ก็ยังคงต้องตกอยู่

⁵⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 237.

ภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญ คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น จะต้องสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดย ความหมายไม่เปลี่ยนแปลง

คำว่า “สามารถเข้าถึงได้” นี้ ตามความหมายของสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการ เทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติได้หมายความรวมถึง ข้อความที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ที่สามารถอ่านออกและอธิบายได้ โดยการโปรแกรมหรือซอฟต์แวร์ และรวมถึงข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์ที่จำเป็นต้องแปลงข้อมูลนั้นให้สามารถอ่านเข้าใจได้ด้วย ส่วนคำว่า “นำกลับมา ใช้ได้” นั้น มิได้หมายความครอบคลุมเฉพาะมนุษย์เท่านั้นที่ใช้ได้ แต่ยังหมายความรวมถึงการใช้ โดยการประมวลผลด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วย และในส่วนของคำว่า “ความหมายไม่ เปลี่ยนแปลง” หมายความว่า ข้อมูลนั้นต้องมีลักษณะถาวร ไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ ข้อมูลนั้นต้องไม่ได้สร้างขึ้นโดยใช้มาตรฐานที่ต่ำเกินไป และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นต้องสามารถ อ่านและเข้าใจได้⁵¹

จะเห็นได้ว่าปัจจุบันนี้ กฎหมายได้ยอมรับบังคับให้การนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ เพื่อให้การทำนิติกรรมนั้น เป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนด คู่สัญญาจึงอาจนำข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในฐานะของข้อความที่ได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสาร มาแสดงได้ อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาประสงค์จะนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในฐานะของข้อความ ที่ได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดง คู่สัญญาพึงต้องพิจารณาถึง ข้อมูลดังกล่าวด้วยว่าจะต้องเป็นข้อมูลที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 8 ได้กำหนดไว้ หากมิฉะนั้น แล้ว คู่สัญญาก็จะไม่สามารถนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น มาใช้ในในฐานะของข้อความที่ได้ทำเป็น หนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงได้

3. ลายมือชื่อ

บทบัญญัติในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่บุคคลพึงลงลายมือชื่อในหนังสือ ให้ถือว่าข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์นั้นมีการลงลายมือชื่อแล้ว ถ้า

- (1) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของ

⁵¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์และคณะ, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544, (กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, 2545), หน้า 63-64.

ลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตน และ

(2) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 9 นี้ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นภายใต้พื้นฐานของหลักความเท่าเทียมกันของลายมือชื่อบนกระดาษกับลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นที่น่าสังเกตว่าบทบัญญัติในมาตรานี้ มิได้บัญญัติไว้เพื่อรองรับกับเทคโนโลยีใดเทคโนโลยีหนึ่งโดยเฉพาะ แต่กลับเปิดกว้างให้สามารถรองรับกับลายมือชื่อ ที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ทุกรูปแบบ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่กรณีว่าประสงค์จะใช้ลายมือชื่อที่สร้างขึ้นหรือกำหนดขึ้นมาด้วยวิธีการทางเทคโนโลยีที่สลับซับซ้อนเพียงใด

นอกจากมาตรา 9 ที่เป็นมาตราหลักในเรื่องของลายมือชื่อแล้ว ในหมวดที่ 2 ของพระราชบัญญัตินี้ยังได้บัญญัติเสริมหลักการตามมาตรา 9 ไว้ในมาตรา 26 ถึงมาตรา 31 อีกด้วย เพื่อกำหนดแนวทางในการพิจารณาเกี่ยวกับวิธีการที่น่าเชื่อถือ ซึ่งเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี

ดังนั้น หากคู่สัญญาต้องการทำสัญญาโดยมีความประสงค์จะลงลายมือชื่อ ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แม้ว่ากฎหมายจะได้ให้การรับรองถึงควมมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมายแล้วก็ตาม แต่คู่สัญญาก็ควรตรวจสอบอยู่เสมอว่าลายมือชื่อที่ปรากฏนั้นมีวิธีการที่น่าเชื่อถือเพียงใด เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาต่าง ๆ ที่อาจตามมาในภายหลังได้

4. สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

แม้ว่าปัจจุบันนี้ ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติ ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาใช้บังคับแล้วก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงการบัญญัติขึ้นเพื่อรับรองถึงควมมีผลทางกฎหมายของธุรกรรมที่ได้กระทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น มิใช่เป็นการยอมรับถึงความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ดังนั้น จึงอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ที่ได้แลกเปลี่ยนหรือทำธุรกรรมต่อกันนั้นมีความถูกต้องแท้จริงมากน้อยเพียงใด สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่มีอยู่ระหว่างกันมีผลผูกพันหรือไม่เพียงใด เพราะแม้ว่าคอมพิวเตอร์

จะทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพดีเยี่ยมเพียงใด แต่ก็ไม่มีผู้ใดหรือเครื่องมือใดที่จะสามารถตรวจสอบและรับรองผลได้ 100% ว่าจะไม่มีความผิดพลาดเกิดขึ้น

ดังนั้น เพื่อตัดปัญหาที่อาจเกิดการโต้เถียงขึ้น ในระหว่างคู่สัญญาถึงความมีผลในนิติกรรมที่ได้กระทำต่อกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าคู่สัญญาควรจะทำสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของแต่ละฝ่ายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยทำสัญญาลงในกระดาษเขียนขึ้นหนึ่งก่อน โดยอาจเพิ่มเติมข้อตกลงระหว่างกันให้คู่สัญญาสามารถติดต่อสื่อสารและทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยคู่สัญญาทุกฝ่ายได้ยินยอมเข้าผูกพันตนตามนิติกรรม ที่ได้กระทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ คู่สัญญาควรระบุถึงสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไว้ให้ชัดเจนด้วย ในกรณีที่เกิดความผิดพลาดขึ้นว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้รับเอาความเสียหายที่เกิดขึ้นไป

ข. ประเด็นในเรื่องของพยานหลักฐาน

ในประเด็นเรื่องของพยานหลักฐาน ผู้เขียนขอแบ่งออกเป็นประเด็นย่อยดังต่อไปนี้

1. รูปแบบของพยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์
2. ต้นฉบับของพยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์

1. รูปแบบของพยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์

เนื่องจากปัจจุบัน สังคมได้เปลี่ยนแปลงมาสู่ยุคข้อมูลข่าวสาร ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ถือเป็น การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ ที่มีผลต่อวิถีชีวิตและวัฒนธรรมของมนุษย์ ผลกระทบที่สำคัญที่สุดคือการเปลี่ยนแปลงในระบบการสื่อสารของมนุษย์ซึ่งเคยพึ่งพาภาษาและตัวหนังสือเป็นหลักมาเป็นการสื่อสารด้วยภาษาอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีประสิทธิภาพที่กว้างขวางไร้ขอบเขตจำกัด สิ่งที่มีมนุษย์เคยบันทึกไว้ในหนังสือ เอกสาร หรือวัสดุอื่น ๆ อาจถูกนำมาบันทึกด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถดึงกลับมาใช้ให้ได้ความตามทีบันทึกไว้ได้ ซึ่งความจริงแล้วก็เคยมีการบันทึกลักษณะนี้ในสื่ออื่น ๆ มาแล้ว เช่น กล้องถ่ายรูป กล้องถ่ายภาพยนต์ ฟิล์ม เครื่องบันทึกเสียง แต่สื่ออิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะพิเศษและมีประสิทธิภาพมากกว่าเดิมเพราะการเดินทางของสื่อ นั้นไม่มีขอบเขตจำกัด ไร้พรมแดน และมีผลในทันที นอกจากนั้น สื่ออิเล็กทรอนิกส์ยังมีประสิทธิภาพในการประมวลผลโดยเฉพาะในทางคณิตศาสตร์ และในทางวิทยาศาสตร์อื่น ๆ โดยสามารถแสดงคำตอบและผลลัพธ์ออกมาได้ ซึ่งอาจค้นหาและอ่านได้เป็นภาษามนุษย์ และด้วยเหตุที่คอมพิวเตอร์นั้น เป็นเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ที่มีแตกต่างจากเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ประเภทอื่น ตรงที่คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือประเภทเดียวที่สามารถ

ทำงานได้หลายอย่างในเครื่องเครื่องเดียว เช่น ใช้ในการบันทึกข้อมูล ใช้ในการคำนวณใช้ในการเปรียบเทียบหรือสรุปข้อมูล หรือใช้ในการจำลองภาพเหตุการณ์ต่าง ๆ เป็นต้น การที่คอมพิวเตอร์สามารถทำงานได้หลากหลายในเครื่องเครื่องเดี่ยวนี้ ทำให้คอมพิวเตอร์นั้นมีลักษณะพิเศษคือเครื่องจะไม่สามารถทำงานได้ด้วยตัวของมันเอง โดยคอมพิวเตอร์จะทำงานได้ก็ต่อเมื่อมีโปรแกรมสั่งงาน (execute program) โดยผู้ใช้ (user or programmer) จะต้องเป็นผู้เขียนโปรแกรมสั่งเข้าไปว่าต้องการให้คอมพิวเตอร์ทำงานอย่างไร คอมพิวเตอร์จึงจะทำงานให้ตามโปรแกรมที่เขียนสั่งไปนั้นอย่างเที่ยงตรง ดังนั้น จะเห็นได้ว่าคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือที่ทำงานตามโปรแกรมที่เขียนสั่งงานไว้ มิใช่เครื่องมือที่จะสามารถทำงานได้ด้วยตัวของมันเอง

ดังนั้น จึงเกิดปัญหาในทางการพิจารณาว่าในกรณีที่คุณความได้นำเสนอเอกสารจากคอมพิวเตอร์ต่อศาล เพื่อใช้ความหมายของข้อความหรือเครื่องหมายนั้นพิสูจนข้อเท็จจริงตามที่ตนกล่าวอ้างหรือหักล้างข้อเท็จจริงของคุณความอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลจะถือว่าเอกสารจากคอมพิวเตอร์ที่คุณความได้นำเสนอต่อศาลนั้น เป็นพยานหลักฐานประเภทใด

แม้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 11 ได้บัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายเพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ในการชี้แจงนำพยานหลักฐานว่า ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดนั้น ให้พิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการที่ใช้สร้างเก็บรักษา หรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลักษณะหรือวิธีการรักษาความครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อมูล ลักษณะหรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง”

ก็เป็นเพียงกำหนดให้ศาลต้องรับฟังพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่ก็ได้กำหนดว่าศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานนี้ในรูปของพยานประเภทใด หรือวิธีการใด ผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องจากพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างออกไปจากพยานหลักฐานประเภทอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุก็ตาม ดังนั้น การนำเอาวิธีการนำสืบพิสูจนรวมตลอดจนถึงชี้แจงนำพยานหลักฐานของพยานเอกสาร หรือพยานวัตถุมาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงยังไม่เหมาะสมเท่าใดนัก ด้วยเหตุนี้เองผู้เขียนจึงเห็นว่าน่าจะมีการบัญญัติเพิ่มเติมในส่วนของวิธีการนำสืบพิสูจน และการชี้แจงนำพยานของพยานหลักฐานที่อยู่

ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ โดยเฉพาะโดยให้มีวิธีการนำสืบพิสูจน์และการชี้แจงน้ำหนักพยานที่เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของพยาน หลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

2. ต้นฉบับของพยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์

นอกจากการกำหนดประเภทของสื่อที่ใช้เป็นพยานหลักฐาน เพื่อประโยชน์ในการนำสืบพยานแล้ว ควรพิจารณาถึงระดับคุณค่าในทางกฎหมายของข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย เนื่องจากข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีระดับคุณค่าในทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจพิจารณาได้ในแง่ของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลได้เป็น 3 ระดับ⁵² ดังนี้

ข้อมูลที่เป็นผลผลิตในลักษณะพิมพ์ดีด

การใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในลักษณะพิมพ์ดีดแล้วพิมพ์ออกมาเป็น printout ซึ่ง printout ที่ได้นี้ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่าไม่ใช่ข้อมูลที่ได้จากเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่ถือว่าเป็นเอกสารพิมพ์ดีด ส่วนกฎหมายไทยนั้น ยังคงเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ ฝ่ายที่เห็นว่าเป็นพิมพ์ดีดก็เพราะลักษณะของการบันทึกเป็นแบบเดียวกับพิมพ์ดีด ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะพิมพ์ดีดนั้นไม่มีตัวพิมพ์ภาษาไทย ต้องมีการแปลงข้อมูลจากภาษาเครื่องเป็นตัวอักษรไทยเสียก่อน เมื่อมีการแปลงข้อมูลจึงถือว่าเป็นข้อมูลจากคอมพิวเตอร์

ข้อมูลที่บันทึกโดยภาษามนุษย์หรือโดยรหัสอื่นใดแล้วมีการเปลี่ยนแปลงสภาพข้อมูลซึ่งสามารถอ่านได้เป็นภาษามนุษย์

ลักษณะของข้อมูลประเภทนี้ จะเป็นการบันทึกข้อความหรือข่าวสารตามปกติ เช่น ก. บันทึกคำสั่งเสนอซื้อหุ้นบริษัทหนึ่ง ณ ราคาหนึ่งไปยังตลาดหลักทรัพย์ ส่วน ข. บันทึกคำสั่งเสนอขายหุ้นบริษัทเดียวกันนั้นในราคาและรายที่ตรงกัน เครื่องคอมพิวเตอร์จะทำงานทำให้เกิดสัญญาซื้อขายขึ้น ข้อมูลดังกล่าวนี้มีบันทึกไว้ สามารถค้นหาอ่านได้และพิมพ์ออกมาได้ เพื่อพิสูจน์การกระทำของ ก. และ ข. และนิติกรรมที่เกิดขึ้น การบันทึกข้อมูลในเครื่องฝาก-ถอนเงินอัตโนมัติ (ATM) ก็มีลักษณะเป็นข้อมูลประเภทเดียวกัน

⁵² พรเพชร วิชิตชลชัย, "การรับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน : ปัญหาและข้อเสนอนั้น", ตุลพาน, 2 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม - ธันวาคม) 2538 : 96.

ข้อมูลที่บันทึกเข้าไปแล้วมีการประมวลผลด้วยระบบสมองกล

ข้อมูลลักษณะนี้มีการบันทึกเข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์หรือสื่ออื่น ๆ แล้วมีการประมวลผลโดยเฉพาะการประมวลผลทางคณิตศาสตร์มีมากที่สุด เช่น บัญชีเดินสะพัดของบุคคลที่มีการฝาก - ถอนเงินกับสถาบันการเงิน มีการคิดดอกเบี้ยเงินกู้-เงินฝากซึ่งกันและกันโดยหักทอนบัญชีกัน จะเห็นได้ว่าข้อมูลที่บันทึกเข้าไป (Input) กับข้อมูลที่ได้หลังจากการประมวลผล (Output) แตกต่างกันไปและไม่เหมือนกับข้อ ข. ข้อมูลระดับ ค. นี้ย่อมทำให้นักกฎหมายต้องคิดหนักในการที่จะยอมรับผลลัพธ์ของมัน เพราะผลลัพธ์หรือ Output ของมันมีลักษณะแตกต่างจากข้อมูลลักษณะ ก. และ ข. เนื่องจากตาม 2 ข้อดังกล่าวเป็นการบันทึกข้อมูลซึ่งได้ผลลัพธ์ตามที่บันทึกไว้แต่ตามข้อ ค. นี้มีการประมวลผลเพิ่มเติมขึ้นมาด้วย การที่จะยอมรับการประมวลผลเพิ่มเติมนี้ นักกฎหมาย บางส่วนมีแนวคิดว่ามันไม่แตกต่างกับการยอมรับการประมวลผลด้วยคนซึ่งใช้กันมาก่อน คนที่มีความสามารถในการประมวลผลเช่นนี้ กฎหมายลักษณะพยานเรียกว่า พยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Witness) ดังนั้น เมื่อเปลี่ยนมาเป็นการประมวลผลด้วยเครื่องวิธีการนำสืบพยานหลักฐานประเภทนี้ก็ควรเป็นแบบเดียวกับพยานผู้เชี่ยวชาญ จะนำสืบ Printout ของข้อมูลลักษณะนี้แบบพยานเอกสาร ที่ต้องการเพียงการรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication) ไม่เพียงพอ อย่างไรก็ตามนักกฎหมายบางส่วนไม่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้ เช่น ประเทศในประชาคม ยุโรปซึ่งมีกฎหมายที่กำหนดไว้ในเรื่องนี้ ได้แสดงจุดยืนชัดเจนให้ยอมรับ Printout ของข้อมูลประเภท ค. โดยมีวิธีการรับรองความถูกต้องแท้จริงเช่นเดียวกับข้อมูลประเภท ข. มีคำอธิบาย หลักกฎหมายนี้ว่า ศาลมีอำนาจกำหนดข้อเท็จจริงที่ศาลรู้อเองว่ากลไกของเครื่องประมวลผลมีประสิทธิภาพและความแม่นยำที่เชื่อถือได้ ซึ่งต่อมาประเทศอังกฤษก็ยอมผ่อนผันให้มีการนำเสนอข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์โดยมีคำรับรอง (Authentication) จากผู้ที่เกี่ยวข้องเป็นเพียงพอ ส่วนในศาลของสหรัฐอเมริกา ศาลรัฐบาลกลางและศาลมลรัฐส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์กฎหมายไว้โดยชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติการนำเสนอข้อมูลลักษณะนี้จะมีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญประกอบคดีเสมอ

ความจริงแล้วผลลัพธ์จากคอมพิวเตอร์ นั้นมีหลายรูปแบบทั้งในรูปแบบของเอกสารจากคอมพิวเตอร์, magnetic tape, diskette แต่ผลลัพธ์จากคอมพิวเตอร์ที่จะสามารถเสนอเป็นพยานหลักฐานได้นั้น จะต้องเป็นรูปแบบที่ศาลสามารถอ่านเข้าใจได้ โดยจะต้องทำในรูปแบบของเอกสารที่สามารถอ่านหรือดูได้เข้าใจ

ปัญหาต่อมาคือข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ มิได้มีความมุ่งหมายที่จะให้เกิดความสะดวกในการจัดเก็บเอกสารดังเช่นไมโครฟิล์มเสมอไป แต่สื่อเหล่านี้สามารถเก็บรวบรวมข้อมูลแห่งเอกสารนั้นได้และนำกลับมาดูได้ใหม่ ข้อมูลบางอย่างมีผลในทางนิติกรรมสัญญา ซึ่งต้องการการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริง เมื่อมีการอ้างส่ง Printout ต่อศาล ปัญหาว่าสิ่งใดเป็นต้นฉบับถึงแม้จะมีผู้เถียงว่าข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ไม่ใช่เอกสาร แต่เมื่อพิจารณาถึงฐานะบทบาทตลอดจนคุณค่าของข้อมูลจากสื่อแล้ว ย่อมเห็นได้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับพยานเอกสารมาก เพราะข้อมูลจากสื่อเป็นพยานที่สามารถสื่อความหมายให้ทราบถึงเนื้อหาแห่งข้อมูลนั้นได้ โดยมีผู้ให้ความหมายของเอกสารจากคอมพิวเตอร์ไว้ว่า “เอกสารจากคอมพิวเตอร์ หมายถึง แผ่นกระดาษหรือแผ่นอื่นใดที่สามารถพิมพ์ข้อความประกอบต่าง ๆ ได้โดยข้อความ ประกอบต่าง ๆ นั้น พิมพ์โดยใช้เครื่องพิมพ์ซึ่งรับข้อมูลการพิมพ์มาจากเครื่องคอมพิวเตอร์”⁵³

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนกลับมีความเห็นไปอีกทางหนึ่งว่าข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น มิได้มีลักษณะคล้ายพยานเอกสารแต่อย่างใด เนื่องจากพยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น โดยตัวของมันเองแล้วมิได้มีลักษณะเป็นทั้งพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ เพียงแต่เมื่อมีการ Print ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาแสดงไว้ในแผ่นกระดาษ จึงทำให้ดูเหมือนว่าพยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะคล้ายกับพยานเอกสาร แต่แท้ที่จริงแล้วพยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างจากพยานหลักฐานประเภทอื่นเป็นอย่างมาก การที่ปัจจุบันนี้การนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยส่วนใหญ่มักใช้วิธีการเดียวกับการนำสืบพยานเอกสารโดยเทียบเคียง Printout ให้ถือเสมือนเป็นเอกสารนั้น ทำให้เกิดปัญหาตามมาในทางนำสืบว่าอะไรคือต้นฉบับของเอกสารที่นำมาแสดง แม้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ จะได้บัญญัติถึงลักษณะของต้นฉบับที่กฎหมายให้การรับรองไว้ในมาตรา 10⁵⁴

⁵³ เลิศลักษณ์ ปานเลิศ, “การใช้เอกสารจากคอมพิวเตอร์เป็นพยานในศาล,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิตภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531) หน้า 61.

⁵⁴ มาตรา 10 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นำเสนอหรือเก็บรักษาข้อความใดในสภาพที่เป็นมาแต่เดิมอย่างเอกสารต้นฉบับ ถ้าได้นำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าได้มีการนำเสนอหรือเก็บรักษาเป็นเอกสารต้นฉบับตามกฎหมายแล้ว

- (1) ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ใช้วิธีการที่เชื่อถือได้ในการรักษาความถูกต้องของข้อความตั้งแต่การสร้างข้อความเสร็จสมบูรณ์ และ
- (2) สามารถแสดงข้อความนั้นในภายหลังได้

ก็ตาม ก็เป็นแต่เพียงการบัญญัติไว้กว้าง ๆ ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จะถือว่าเป็นเอกสารต้นฉบับได้นั้น จะต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดคือจะต้องเป็นข้อมูลที่ใช้วิธีการที่เชื่อถือได้ในการรักษาความถูกต้องของข้อความและสามารถแสดงข้อความนั้นได้ในภายหลังอย่างครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงเท่านั้น แต่กฎหมายยังมีได้ระบุให้ชัดเจนลงไปว่าสิ่งที่เป็นต้นฉบับตามพระราชบัญญัตินี้ คือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถอ่านออกได้โดย Printout ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าน่าจะมีการบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้มีวิธีการนำสืบพิสูจน์ถึงความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยแยกต่างหากจากพยานหลักฐานประเภทอื่น เพื่อความเหมาะสมในการนำพยานหลักฐานเข้าสืบของคู่สัญญาต่อไป

4.3 การเปรียบเทียบกันระหว่างการมีระเบียบ ISP และการที่ไม่มีระเบียบ

เนื่องจากการจะทำ Standby Letter of Credit แต่ละฉบับต้องจะทำขึ้นโดยอาศัยความรู้ ความเข้าใจเป็นอย่างดีของผู้จะทำ หรือต้องจัดทำขึ้นมาให้เหมาะสมกับแต่ละสถานการณ์ โดยต้องคำนึงถึงเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตด้วย

จึงเกิดคำถามขึ้นกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการเปิด Standby Letter of Credit คือ Standby Letter of Credit ควรอยู่ภายใต้ระเบียบกฎเกณฑ์ใด ๆ หรือไม่ และกฎเกณฑ์หรือเนื้อความที่ปรากฏในหนังสือ Standby Letter of Credit ควรมีเนื้อหาที่ครอบคลุมเพียงใด

การร่าง Standby Letter of Credit ที่ดีนั้นไม่เพียงจะต้องจัดให้มีการรับรองด้านการเงินกับปัญหาที่ต่าง ๆ ที่เห็นได้ชัดเท่านั้น แต่ต้องเตรียมการให้พร้อมทั้งกับเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ ประเด็นเหล่านี้มักจะไม่ได้รับความสนใจ เมื่อสถานการณ์ที่ไม่คาดฝันเกิดขึ้นและทำให้การชำระราคาไม่ได้ นั่นไม่เพียงแต่จะเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่พึงประสงค์เท่านั้น แต่บางครั้งอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหาก Standby Letter of Credit นั้นเกี่ยวข้องกับเงินจำนวนมาก นอกจากนี้ ลักษณะของ Standby Letter of Credit ยังมีความแตกต่างกับ

ความถูกต้องของข้อความตาม (1) ให้พิจารณาถึงความครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดของข้อความ เว้นแต่การรับรองหรือบันทึกเพิ่มเติม หรือการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ตามปกติในการติดต่อสื่อสาร การเก็บรักษา หรือการแสดงข้อความซึ่งไม่มีผลต่อความถูกต้องของข้อความนั้น

ในการวินิจฉัยความน่าเชื่อถือของวิธีการรักษาความถูกต้องของข้อความตาม (1) ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการสร้างข้อความนั้น

Letter of Credit ทางการค้า เพราะ Standby Letter of Credit นั้นมักจะไม่มีแหล่งเงินอื่นที่จะนำไปชำระราคาได้

คำถามมีว่า ทำไมจึงต้องคำนึงถึงประเด็นว่า ใครจะให้ผู้เชี่ยวชาญมาจัดทำ Standby Letter of Credit ที่เหมาะสมกับสถานการณ์ เนื่องจากปัญหาส่วนใหญ่ได้ถูกระบุไว้ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยระเบียบและวิธีปฏิบัติ (Rules of Practice) แล้ว ดังนั้นหากมีการปรับปรุงกฎระเบียบให้มีความเหมาะสมกับ Standby Letter of Credit แต่ละฉบับน่าจะก่อให้เกิดผลดีมากกว่าการจัดทำเครดิตเป็นราย ๆ ไป โดยเฉพาะในกรณีที่ Standby Letter of Credit ที่มีประเด็นเช่นเดียวกับประเด็นที่กล่าวไว้ในกฎเกณฑ์แล้ว

เนื่องจากข้อกำหนด ISP นั้นมีการร่างไว้อย่างเป็นกลางและมีลักษณะเฉพาะเจาะจงมากกว่าที่จะแสดงออกเป็นนัย ๆ ซึ่งทำให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันในหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ล่วงหน้าได้ หากมีปัญหาเกิดขึ้น

นอกจากนี้ ข้อกำหนด ISP ยังถูกออกแบบมาให้เหมาะสมกับกานำไปใช้กับธุรกรรมได้หลายแบบ คู่สัญญาอาจยอมรับ ปฏิเสธหรือแก้ไขให้ต่างจากกฎเกณฑ์ก็ได้ ผลก็คือการทำธุรกรรมจะง่ายขึ้นลดค่าใช้จ่ายและก่อให้เกิดปัญหาน้อยลง ที่สำคัญคือ บรรดาที่ปรึกษาและธนาคารต่างก็คุ้นเคยกับกฎเกณฑ์นี้เป็นอย่างดี ทำให้สามารถให้ความคุ้มครองผู้ขอเปิดเครดิตและผู้รับประโยชน์ใน Standby Letter of Credit ได้เป็นอย่างดี

เนื่องจากกฎเกณฑ์มีประโยชน์ต่าง ๆ หลายประการ ดังนั้น Standby Letter of Credit หลายฉบับจึงใช้กฎเกณฑ์ของ UCP แต่เนื่องจากกฎเกณฑ์ของ UCP นั้นถูกออกแบบมาเพื่อใช้กับเลตเตอร์ออฟเครดิตทางการค้า ซึ่งผู้ใช้ Standby Letter of Credit นั้นต้องพบกับความยุ่งยากในการบังคับใช้ จึงได้มีการออกแบบ ISP ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ความได้เปรียบของ ISP คือ:

1. ผู้รับประโยชน์มองว่ากฎเกณฑ์ UCP ในเรื่อง forfeiture – on closure rule นั้นไม่ยุติธรรม และมักจะถูกปฏิเสธในการเจรจาทำ Standby Letter of Credit
2. ISP ไม่มีกับดักสำหรับการชำระเงินเป็นรายงวดดังที่ UCP ระบุไว้ ซึ่งผู้รับประโยชน์มักจะมองข้ามไป
3. ผู้อ่านกฎเกณฑ์นี้สามารถเข้าใจได้ แม้ไม่ได้เป็นผู้เชี่ยวชาญเรื่องเลตเตอร์

ออฟเครดิต เพราะเป้าหมายของการใช้ ISP นั้นไม่ใช่สำหรับบรรดาธนาคารผู้นำเข้าผู้ส่งออก หรือผู้ขนส่งสินค้า

4. ISP มีข้อกำหนดที่ดัดแปลงมาจากความคาดหวังของผู้รับประโยชน์โดยที่ ข้อกำหนดใน UCP จะมาจากความคาดหวังอื่นที่ต่างกันไปมาก

5. คู่สัญญาสามารถนำกฎเกณฑ์นี้ใช้กับการค้าประกันเป็นราย ๆ แยกออกจาก กันได้และทำให้ธนาคารของสหรัฐและคู่สัญญาที่ไม่คุ้นเคยกับการแยกค้าประกัน มีความสบายใจ ยิ่งขึ้น

6. กฎเกณฑ์นี้สามารถนำไปใช้กับการยื่นเอกสารโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้

7. กฎเกณฑ์นี้จัดมาตรฐานของความเฉพาะเจาะจงในการรับฟังเอกสารเพื่อขจัด ข้ออ้างที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีขั้นสูงเพื่อกระทำการไม่สุจริต หากคู่สัญญาไม่ต้องการข้อความ มาตรฐานเช่นนั้น ก็มีข้อกำหนดเกี่ยวกับทางเลือกอื่นเพื่อให้มีความแน่นอนเกิดขึ้น

8. กฎเกณฑ์จะเตือนผู้ขอเปิดเครดิตให้ทราบถึงความเสี่ยงที่แฝงอยู่ใน Standby Letter of Credit และระบุรายละเอียดของประเด็นต่าง ๆ ที่ธนาคารผู้ออกเครดิตต้องไตร่ตรอง อย่างระมัดระวัง

9. กฎเกณฑ์กล่าวถึง ปัญหาเรื่อง “การยืดระยะเวลาหรือการชำระเงิน” (extend or pay) ในการกระทำที่สมดุลกันหรือเชื่อมโยงกัน

10. กฎเกณฑ์วางหลักในเรื่องสิทธิการยื่นเอกสารใหม่ (re – presentation) และการบรรเทาความเสียหาย และความแตกต่างระหว่างการยื่นเอกสารที่แยกออกจากกัน

11. ISP สนับสนุนกฎเกณฑ์ในการขจัดข้ออ้าง (preclusion rule) โดยวางหลักว่า จะไม่อนุญาตให้มีการยกข้ออ้างถึงความไม่ตรงกันของเอกสารที่อาจยกขึ้นมาได้จากการยื่น เอกสารในครั้งก่อนมากว่าข้ออ้างอีกครั้งในการยื่นเอกสารครั้งใหม่

12. มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและสมดุลสำหรับสถานการณ์ที่ ผู้รับ ประโยชน์ไม่ได้มีต้นฉบับของ Standby Letter of Credit อยู่ในมืออีกต่อไป

13. มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและสมดุลสำหรับสถานการณ์ที่ ผู้ขอเปิด เครดิตต้องการยกเลิกเครดิต

14. มีการขจัดข้อเรียกร้องว่าเอกสารต่าง ๆ ของคู่สัญญานั้นต้องมีความ สอดคล้องกันและเรียกร้องให้ธนาคารผู้ออกเครดิต ต้องแจ้งให้ผู้รับประโยชน์ได้ทราบถึงข้อเรีย ก้องเกี่ยวกับความสอดคล้องของเอกสารด้วย

15. กฎเกณฑ์ฯ มีรายละเอียดเกี่ยวกับลายมือชื่อบนเอกสาร ความแท้จริงของ เอกสาร และเอกสารต้นฉบับ

16. มีกฎเกณฑ์ที่ได้รับการปรับปรุงใหม่ในเรื่องเงื่อนไขที่ไม่ปรากฏในเอกสาร

17. กำหนดวิธีการในการเปลี่ยนสถานที่ในการยื่นเอกสารโดยไม่มี การเรียกร้อง ให้มีการแก้ไข Standby Letter of Credit ที่กระทบต่อสิทธิของผู้รับประโยชน์
18. กล่าวถึงปัญหาในการเปลี่ยนชื่อของธนาคาร
19. กำหนดกฎเกณฑ์มาตรฐานสำหรับเอกสารประกอบทั่วไป
20. ระบุถึงกฎเกณฑ์ที่สมดุลและชัดเจนสำหรับเหตุการณ์ที่มีผู้กล่าวอ้างว่าเป็น ผู้สืบทอดของผู้รับประโยชน์ที่ถูกระบุชื่อ
21. วางหลักเกี่ยวกับระยะเวลาที่ใช้สำหรับการตรวจสอบเอกสารเพื่อที่ ผู้รับ ประโยชน์สามารถวางแผนการยื่นเอกสารได้
22. มีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับการยกเว้น
23. มีการเรียกร้องให้ผู้ขอเปิดเครดิตเข้ามาอยู่ในตำแหน่งในเอกสารที่อ้างถึง ISP
24. มีหลักที่ชัดเจนในเรื่องการมอบหมายให้ดำเนินการ
25. มีการกล่าวถึงปัญหาแฝงเร้นที่เกี่ยวข้องกับ (counter – standbys) และ วางหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องการใช้จ่ายเงินคืน (reimbursement) การรวมตัวกัน (syndication) การมีส่วนร่วม (participation)

โดยสรุปแล้ว ตัว ISP เองขาดความไม่เข้าใจและข้อแก้ตัวเกี่ยวกับการไม่ชำระเงิน มีคนให้ความเห็นว่า ISP เป็นการบีบให้แคบลง (removing wiggle-room) ซึ่งตัวระเบียบเอง กำหนดให้คู่สัญญาทราบถึงเหตุการณ์ที่ถูกคาดหวังไว้อยู่ตลอดเวลา หากกรณีปรากฏว่าสิ่งที่ ต้องการนั้นไม่ใช่ระบบการชำระเงินที่เชื่อถือได้ ก็ไม่ควรนำ ISP มาใช้

UCP ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นปัญหาข้างต้น หรือไม่ได้กล่าวถึงขั้นตอนการยื่นเอกสาร ใ่ว่างชัดเจน ตัว UCP สามารถปรับปรุงให้ครอบคลุมถึงประเด็นเหล่านั้นในเนื้อหาของ Standby Letter of Credit ได้ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเช่นนั้นใช้เวลามากและ ผู้ที่เกี่ยวข้องหลายรายต้องเจรจากันเพื่อทำ Standby Letter of Credit เป็นราย ๆ ไป ทำยที่สุดแล้วตัว Standby Letter of Credit นั้นเองอาจต้องนำหลักตาม ISP มาใช้

กรณีปัญหาที่หยิบยกมาข้างต้นอาจไม่เกิดขึ้นเสมอไป เหตุผลที่ผู้ใช้ Standby Letter of Credit ไม่ได้ตระหนักถึงปัญหาเหล่านี้ก็เพราะว่ามักจะไม่มี การร่างเครดิตขึ้นใช้เป็นกรณี ๆ ไป เว้นแต่ในกรณี Standby Letter of Credit ด้านการเงิน แต่ถ้าหากมีการร่าง Standby Letter of Credit ขึ้นใช้ก็จะมีโอกาสที่จะเกิดปัญหาสูง แม้ความเป็นไปได้ที่จะเกิด ปัญหานั้นอาจเกิดขึ้นได้ หนึ่งครั้งในช่วงสิบปี แต่จะมีคู่สัญญาสักกี่คนพร้อมที่จะเผชิญกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้

หลักของ ISP เหมาะกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับ Standby Letter of Credit และทุกฝ่ายที่ไม่ได้รับการสนับสนุนและช่วยเหลือด้านคำแนะนำ โดยผู้เชี่ยวชาญระดับโลก อาจกล่าวได้ว่าผู้เชี่ยวชาญในการทำเครดิตอาจทำได้ดีกว่าผู้ที่ปฏิบัติตาม ISP เพียงเฉพาะบางประเด็นหากให้เวลาพอ ๆ กันมีเพียงไม่กี่สถานการณ์ที่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับ Standby Letter of Credit พร้อมทั้งจะจ่ายค่าคำปรึกษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการปรับปรุงเครดิตนั้นไม่ใช่เรื่องหลัก สิ่งที่ ISP ทำก็คือการนำความรู้ของผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเครดิตจัดทำรูปแบบของ Standby Letter of Credit ที่มีความแน่นอน ชัดเจนและสามารถนำไปใช้ได้ มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า ISP นั้นสะท้อนถึงระเบียบปฏิบัติที่ดีกว่าสำหรับผู้ปฏิบัติ

ISP ไม่ได้ถูกยกย่องมาเพื่อเป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กฎเกณฑ์บางประการอาจดูเหมือนเอื้อประโยชน์ให้ฝ่ายใดมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ตัวระเบียบเพียงแต่ระบุไว้ชัดเจนว่าคู่สัญญาไม่สามารถถือประโยชน์ทั้งสองทางซึ่งเป็นเรื่องที่ทุกคนต้องการ ผู้ขอเปิดเครดิตไม่สามารถบังคับให้ธนาคารออกเครดิตที่เพิกถอนไม่ได้และไม่สามารถควบคุมว่าจะมีการชำระเงินเมื่อใดก็ได้ตามที่ผู้ขอเปิดเครดิตต้องการ ผู้รับประโยชน์ไม่สามารถได้รับประโยชน์จากเครดิตโดยไม่มีอรรถประโยชน์ในการสร้างความมั่นใจว่าจะได้รับเอกสารประกอบได้ภายในเวลาที่กำหนด

ธนาคารเองก็ไม่สามารถหยิบยกข้อยกเว้นที่ไม่เป็นสาระมาปฏิเสธการชำระเงินได้โดยทั่วไปแล้วผู้ที่เกี่ยวข้องไม่สามารถถือโอกาสเข้าทำประโยชน์โดยหลีกเลี่ยงพันธกรณีที่ต้องกระทำ เว้นแต่ว่าโอกาสนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับหัวใจสำคัญของ Standby Letter of Credit นั้น ๆ

ภายหลังจากการบังคับใช้ ISP มาเป็นเวลาไม่ถึงปี ตัวกฎเกณฑ์เองได้รับการยอมรับจากผู้ที่ใช้ที่เป็นหน่วยงานของรัฐและบริษัทสำคัญ ๆ หลายบริษัท ธนาคารหลัก ๆ ได้รายงานว่ามี Standby Letter of Credit ใหม่ ๆ ในตลาดสำคัญที่ได้ออกมาโดยใช้ ISP นั้นอยู่ในระหว่างร้อยละ 35 – 60 ของ Standby Letter of Credit ทั้งหมด ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีการนำ ISP มาปรับใช้เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ตามที่มีการเพิ่มขึ้นทางโอกาสทางการศึกษาและการแปลความได้มี การนำ ISP ไปใช้ทั่วโลกและต่อไป ISP เองจะเป็นที่ยอมรับให้เป็นระเบียบปฏิบัติมาตรฐานที่ใช้กับ Standby Letter of Credit เพราะว่า ISP ได้ถูกนำมาเพื่อใช้กับ Standby Letter of Credit โดยเฉพาะ