

บทที่ 4

วิเคราะห์ผลกระทบของนิติกรรมและสัญญาอันเนื่องมาจากการไม่แยกกฎหมาย แพ่งออกจากกฎหมายพาณิชย์

ในปัจจุบันปัญหาในการใช้กฎหมายแพ่งกับกฎหมายพาณิชย์ยังมีให้เห็นอยู่มากทั้งในการบังคับใช้ และการตีความโดยเหตุผลหลักที่ทำให้เกิดปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยยังมีการบังคับใช้ปะปนกันอยู่เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งเราจะเห็นได้ว่ากฎหมายพาณิชย์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับแบบและหลักฐานของประเทศไทยยังไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพทางเศรษฐกิจที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยยังไม่สามารถรองรับปัญหาทางการค้าพาณิชย์ในปัจจุบันได้ดีพอ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการแยกประมวลกฎหมายแพ่งออกจากประมวลกฎหมายพาณิชย์ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แท้จริงและเหมาะสมสอดคล้องรองรับกับสภาพเศรษฐกิจที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน กฎหมายในเรื่องแบบและหลักฐานในทางแพ่งและพาณิชย์ก็เช่นกัน ควรมีการแบ่งแยกกันให้ชัดเจนว่าส่วนใดใช้ในกฎหมายแพ่งและส่วนใดใช้ในกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งการที่เรานำกฎหมายในเรื่องแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญา มาบังคับใช้ร่วมกันนั้นจะทำให้เกิดปัญหาในด้านการตีความและในทางการบังคับใช้ที่มีความเคร่งครัดจนเกินไป เพราะในบางกรณีกฎหมายแพ่งต้องมีแบบและมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น แต่ในทางพาณิชย์อาจจะไม่จำเป็นต้องมีแบบหรือหลักฐานดังเช่นในกฎหมายแพ่งก็สามารถบังคับชำระหนี้ได้เช่นกัน

การที่ประเทศไทยไม่แยกระบบกฎหมายพาณิชย์ออกจากกันไว้อย่างชัดเจนทำให้เกิดผลเสียในด้านการครอบงำระบบกฎหมายพาณิชย์ด้วยระบบกฎหมายแพ่ง ทำให้บางครั้งในการใช้กฎหมายมีการหยิบยกเอาหลักกฎหมายแพ่งพื้นฐานระหว่างปัจเจกชนไปใช้กับนิติสัมพันธ์ของพ่อค้าพาณิชย์ ซึ่งจะทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับระบบการทำงานหรือกลไกทางการค้าพาณิชย์ ดังคดีตัวอย่างต่อไปนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3246/2537 โจทก์เป็นบริษัทในประเทศ สวิตเซอร์แลนด์ส่งคำสั่งซื้อข้าวหนึ่ง 5% จำนวน 5,250 ตัน ทางโทรพิมพ์ จากบริษัทโจทก์ จำเลยส่งคำสั่งทางโทรพิมพ์กลับไปให้โจทก์แล้วโจทก์จึงเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต (L/C) ผ่านธนาคารกรุงเทพ ซึ่งได้แจ้งให้จำเลยทราบแล้ว แต่จำเลยปฏิเสธที่จะส่งข้าวหนึ่งให้โจทก์ตามสัญญา โจทก์จึง

มาฟ้องขอให้ศาลบังคับจำเลยปฏิบัติตามสัญญาและชดใช้ค่าเสียหายฐานผิดสัญญา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการซื้อข้าวหนึ่งระหว่างโจทก์จำเลยได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้วตามเอกสารโทรพิมพ์หมายเลข จ.5 ถึง จ.9 แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 วรรคสอง กำหนดว่าสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีราคา 500 บาท (ปัจจุบันเปลี่ยนเป็น 20,000บาท) หรือกว่านั้นขึ้นไป ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ หรือได้วางประจำไว้ หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้วจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ ทว่าคดีนี้แม้จะมีหลักฐานการซื้อขายเป็นหนังสือตามเอกสารหมายเลข จ.5 ถึง จ.9 แต่ไม่ปรากฏลายมือชื่อของจำเลยทั้งไม่มีการวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนแต่อย่างใด โจทก์จึงไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีแก่จำเลยได้ พิพากษายกฟ้อง

ซึ่งคดีดังกล่าวได้เป็นไปตามหลักกฎหมายอย่างถูกต้องเป็นธรรมในหลักนิติสัมพันธ์ในทางแพ่ง แต่เมื่อเป็นในทางการค้าพาณิชย์ โดยเฉพาะการค้าระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากที่จะมีการเดินทางมาเซ็นสัญญากันในทางการค้าพาณิชย์ การติดต่อทำสัญญาซื้อขายอาจเกิดขึ้นได้ด้วยการติดต่อทางโทรศัพท์ก็มีผลผูกพันตามหลักสุจริตได้ แต่เมื่อกฎหมายไทยใช้ระบบกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์ร่วมกัน นักกฎหมายไทยกลับเห็นว่า ศาลตัดสินถูกต้องตามหลักกฎหมายแต่ในมุมมองของพ่อค้าเห็นว่าไม่เป็นธรรมและได้ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมากในระบบการพิจารณาของศาลไทยเหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะกฎหมายแพ่งมีความเคร่งครัดมากจนเกินไป จนไม่สามารถนำมาใช้ในทางพาณิชย์ได้ ซึ่งถ้าหากเรานำมาใช้ร่วมกันก็จะเป็นการขัดต่อประเพณีการค้าของพ่อค้าพาณิชย์ได้และจะส่งผลให้การใช้กฎหมายพาณิชย์ไม่เกิดความเป็นธรรมแก่บรรดาพ่อค้าและผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อการขยายตัวทางการค้าและการลงทุนในระยะยาวได้ จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายในทางแพ่งและในทางพาณิชย์ควรที่จะแยกกันให้ชัดเจนเพื่อที่ผู้ใช้กฎหมายจะได้รับประโยชน์สูงสุด

เมื่อเราพิจารณาระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ แล้วก็จะพบว่าหลักกฎหมายของประเทศใดที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับประเทศไทย โดยจะพิจารณาจากประเทศที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้วข้างต้นคือ ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ ซึ่งวิเคราะห์จากความเป็นมาและวัตถุประสงค์ตลอดจนนิติวิธีและแนวความคิดทฤษฎีกฎหมายที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ และในประเทศเหล่านั้นก็ได้ถือว่าวิวัฒนาการในทางการค้าเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายพาณิชย์เช่นกัน

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศส ก็มีที่มาจากจารีตประเพณีทางการค้าของพ่อค้า อีกทั้งในประเทศฝรั่งเศสก็มีการแยกประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์ออกจากกันโดยกฎหมายพาณิชย์ก็มีความสัมพันธ์กับกฎหมายแพ่งอยู่หลายประการกล่าวคือ กฎหมายพาณิชย์ก็ตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานของกฎหมายแพ่งจะแตกต่างกันก็เพียงทฤษฎีและประเพณีปฏิบัติ หรืออาจจะ

กล่าวได้อีกนัยหนึ่งก็คือกฎหมายแพ่งเป็นหลักทั่วไปแต่กฎหมายพาณิชย์เป็นข้อยกเว้น ด้วยเหตุนี้หลักเกณฑ์ในการพิสูจน์เกี่ยวกับแบบและหลักฐานในการทำสัญญาสำหรับ ธุรกิจทางพาณิชย์ก็ได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ มีอัตราความเสียหายที่บรรดาพ่อค้าจะต้องชดใช้สูงกว่าธุรกิจทางแพ่ง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสคู่สัญญามีอิสระเต็มที่ในการแสดงเจตนาทำสัญญากันตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาแต่ในสัญญาบางประเภท กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยการกำหนดหลักกฎหมายในเรื่องนี้อาจจะเป็นในรูปแบบแห่งนิติกรรม สำหรับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ไม่มีแบบสำหรับซื้อขายสังหาริมทรัพย์โดยตรงแต่ได้มีการกำหนดไว้ว่าถ้ามีการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาเกินกว่า 150 ฟรังก์ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ เว้นแต่การซื้อขายสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งในข้อกำหนดดังกล่าวเป็นเพียงการคุ้มครองสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น เพราะถึงแม้คู่สัญญาจะไม่ทำตามแบบก็ไม่ทำให้สัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาตกเป็นโมฆะ เพียงแต่นำสัญญานั้นมาใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกไม่ได้เท่านั้น

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของเยอรมัน ถือเป็นกฎหมายพิเศษของพ่อค้าโดยเฉพาะ และความสัมพันธ์ของกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์ก็ไม่สามารถแยกออกจากกัน ได้อย่างเด็ดขาด เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส แต่หลักเกณฑ์ในเยอรมันที่สำคัญคือ ให้มีการนำเอาจารีตประเพณีทางการค้าและวิธีปฏิบัติทางการค้าของพ่อค้ามาประกอบการพิจารณาตีความสัญญาและผลของสัญญา อีกทั้งการทำสัญญาในทางการค้าด้วยวาจาจะหวางผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ถ้าได้มีการส่งหนังสือยืนยัน (Letter of Confirmation) การทำสัญญาไปยังคู่กรณีอีกฝ่าย และถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายมีข้อคัดค้านหรือปฏิเสธจะต้องทำหนังสือคัดค้านหรือปฏิเสธกลับไปยังผู้ส่งหนังสือ โดยทันที มิเช่นนั้นจะถือว่า มีผลผูกพันคู่กรณี หลักนี้เรียกว่า การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการทำสัญญาด้วยการนิ่ง ถือว่าเป็นการยกเว้นหลักทั่วไปในทางกฎหมายแพ่งที่ว่าการนิ่งไม่ถือเป็นการแสดงเจตนา และในกรณีที่มีหนังสือยืนยัน ระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ในการทำสัญญาซื้อขาย จะต้องมีการริบตรวจสอบสภาพสินค้าเพื่อให้ทราบถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้า แต่ก็มีเรื่องแบบและหลักฐานเป็นหนังสือบางประการที่ไม่ให้นำมาใช้กับธุรกิจทางพาณิชย์ เช่น การซื้อสินค้าแบบผ่อนชำระ

ในประเทศอังกฤษได้มีการออกกฎหมายพาณิชย์ในรูปแบบของพระราชบัญญัติแยกออกมาจากกฎหมายสัญญา (Law of Contract) เพื่อให้กฎหมายพาณิชย์มีความชัดเจนในการปรับใช้เฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจทางการค้า แต่ในประเทศอังกฤษหลักฐานเป็นหนังสือจะมีแต่เพียงการซื้อขายสินค้าเท่านั้นถ้าเป็นนิติกรรมในทางพาณิชย์ประเภทอื่นไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็สามารถฟ้องร้องคดีได้

ดังนั้น การที่ประเทศไทยยังไม่ได้มีการแยกกฎหมายแพ่งออกจากกฎหมายพาณิชย์นั้น การนำกฎหมายในเรื่องแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญาทางแพ่งที่ถือเป็นหลักทั่วไปโดยได้มีการกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด เมื่อนำมาใช้กับนิติกรรมสัญญาทางพาณิชย์จะต้องมีบทบัญญัติผ่อนปรนให้คลายความเคร่งครัดลง เพราะผู้ที่เข้ามาประกอบธุรกิจการค้าย่อมที่จะมีความรู้ความเข้าใจในการทำนิติกรรมสัญญาพอสมควร ไม่เหมือนกับประชาชนทั่วไปที่ยังไม่มีความสันทัดในการทำนิติกรรมสัญญา จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาต่างๆตามมา เช่น

1. ในกรณีสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์พิเศษที่มีทะเบียนกรรมสิทธิ์ที่ผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ทำต่อกันในทางการค้านั้น แม้จะมีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ควรมีบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่กรณีมีเจตนาทำสัญญาจะซื้อจะขายกัน มิใช่สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ดังนั้น แม้จะมีได้จดทะเบียนก็ไม่ตกเป็นโมฆะ

2. กรณีสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ทางแพ่งนั้น ถ้าทรัพย์ที่ซื้อขายมีราคาตั้งแต่ 2,000 บาทขึ้นไป จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ หรือวางมัดจำ หรือชำระหนี้บางส่วนจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ บทกฎหมายดังกล่าวไม่เหมาะที่จะนำมาใช้ในการซื้อขายทางพาณิชย์อย่างยิ่ง เพราะจะขัดต่อทางปฏิบัติในวงการค้าพาณิชย์ และส่งผลให้เกิดอุปสรรคในการทำสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์อย่างชัดเจน ดังนั้น จึงควรมีบทบัญญัติยกเว้นให้สำหรับสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์อาจต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือโดยไม่ต้องลงลายมือชื่อก็ได้แล้วดังเช่นตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการนอกศาล พ.ศ.2545 มาตรา 11 วรรค 2

สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามิใช่สัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

เป็นต้น หรือไม่เช่นนั้น อาจมีการกำหนดให้ใช้หลักฐานดังกล่าวกับสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์ที่มีราคาสูงเป็นพิเศษก็ได้ ซึ่งแนวทางผ่อนปรนในลักษณะนี้ควรจะนำไปใช้กับสัญญาคู่ยืมเงิน คำประกัน และเช่าอสังหาริมทรัพย์ในทางพาณิชย์ด้วย

3. ในกรณีที่กฎหมายแพ่งบังคับว่าสัญญาบางชนิดที่กฎหมายกำหนดแบบหรือวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของสัญญาดังกล่าวนั้น แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยมักจะ ไม่ยอมรับให้มีสัญญาจะทำสัญญาดังกล่าว เพราะเกรงว่าจะเกิดการหลีกเลี่ยงไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบและวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ อันจะส่งผลให้กฎหมายนั้นเป็นหมันไปดังในกรณีของสัญญาจะจ้างง้อ สัญญาจะกู้ยืม หรือสัญญาจะเช่าอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

แต่ในทางพาณิชย์นั้น ไม่มีความจำเป็นจะต้องถือเคร่งครัดเช่นนั้น จึงควรมีบทบัญญัติผ่อนปรนให้ศาลสามารถบังคับคู่กรณีให้ปฏิบัติตามสัญญาจะทำสัญญาเหล่านั้นได้

ทั้งนี้ การแบ่งแยกกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม หลักกฎหมายทั่วไป และควรจะได้เทียบเคียงกฎหมายต่างประเทศด้วย เพราะสังคมมนุษย์ย่อมมีชีวิตและดำเนินการประกอบอาชีพและการค้าขายคล้ายคลึงกัน เช่น การอยู่กินระหว่างสามีภริยา ในฐานผัวเดียวเมียเดียวเป็นต้น โดยเหตุนี้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงคล้ายคลึงกัน ที่กฎหมายต่างกันไปบ้างก็เพราะขนบธรรมเนียมประเพณีของชาตินั้น ๆ แตกต่างกัน แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการพาณิชย์แล้ว เกือบจะพูดได้ว่าคล้ายคลึงกันมากทีเดียว จนถึงกับมีนักกฎหมายคิดจะมีให้ประเทศต่าง ๆ มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายและกฎหมายว่าด้วยตัวเงินเป็นอย่างเดียว ตามที่กล่าวมานี้ย่อมแสดงว่า การเทียบเคียงกฎหมายต่างประเทศย่อมจะทำให้พบหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและในการเทียบเคียงกฎหมายต่างประเทศนี้ ก็ย่อมจะต้องคำนึงถึงคำรากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศประกอบด้วย เพื่อพิจารณาว่าสิ่งใดอาจขาดตกบกพร่องอยู่ในกฎหมายต่างประเทศที่ดี หรือที่ยังมีอุปสรรคอยู่ในกฎหมายต่างประเทศที่ดี ถ้าร่างกฎหมายไทยจะเทียบเคียงเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ ก็จะต้องแก้ไขข้อขาดตกบกพร่องหรือข้อจัดอุปสรรคนั้น ๆ ให้หมดไป อนึ่ง มีข้อที่ควรระลึกเหมือนกันว่าไม่ใช่บทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศจะดีไปหมด เพราะอาจเป็นไปได้ว่าเมื่อคำนึงถึงภูมิประเทศ นิสัยใจคอ และความต้องการของชนชาติไทยแล้ว การนำกฎหมายต่างประเทศเทียบเคียงมาใช้อาจไม่เหมาะสมก็ได้ เช่น กฎหมายต่างประเทศซึ่งได้บัญญัติไว้ สำหรับต่างประเทศที่เป็นประเทศที่ร่ำรวย สามารถหาเครื่องมือเครื่องใช้ที่มีประสิทธิภาพมาดำเนินการได้ แต่ไม่เหมาะสมที่เทียบเคียงนำมาใช้ในประเทศของเราซึ่งเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาเป็นต้น ฉะนั้น จึงต้องพิจารณาในแง่ที่ว่า ถ้านำเอากฎหมายต่างประเทศเทียบเคียงมาใช้ในประเทศไทยแล้ว จะเหมาะสมกับฐานะความเป็นอยู่ของประเทศไทย ตลอดจนนิสัยใจคอและความต้องการของคนไทยหรือไม่ เพื่อให้การแยกกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นไปอย่างเหมาะสมกับสภาพความเป็นอยู่ของประเทศไทย