

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

Standby Letter of Credit เป็นเครื่องมือทางการเงินที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ในการเป็นหลักประกันตามสัญญา ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวได้รับความนิยมและมีการใช้อย่างแพร่หลายไม่เฉพาะแต่เพียงในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศต้นกำเนิดเท่านั้น แต่การนำเครื่องมือประเภท Standby Letter of Credit มาใช้ในฐานะที่เป็นหลักประกันตามสัญญาได้กระจายไปยังภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วทุกมุมโลก

เมื่อการเจริญเติบโตทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ มีอัตราการขยายตัวสูงขึ้น การหาหลักประกันที่มีความมั่นคงสามารถสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ย่อมมีอัตราการใช้งานสูงขึ้นตามไปด้วย เมื่อ Standby Letter of Credit เป็นเครื่องมือทางการเงินอีกประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการใช้เป็นเครื่องมือในการค้าประกันการปฏิบัติตามสัญญา และ Standby Letter of Credit ก็เป็นเครื่องมือที่สามารถสร้างความมั่นใจให้กับคู่สัญญาได้ในระดับที่น่าพอใจ ดังนั้น จึงส่งผลทำให้อัตราการใช้ Standby Letter of Credit เป็นหลักประกันในทางธุรกิจการค้าจึงเพิ่มสูงขึ้นและมีแนวโน้มว่าจะเพิ่มสูงขึ้นต่อไป

เมื่อการใช้ Standby Letter of Credit มีการใช้ที่ขยายวงกว้างออกไปและมีการใช้ในทางระหว่างประเทศมากขึ้น บรรดาผู้เกี่ยวข้องกับธุรกรรมดังกล่าวทั้งหลายจึงได้เรียกร้องให้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ออกมา เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมประเภทนี้ได้นำไปยึดถือปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพราะเนื่องจากการนำใช้ Standby Letter of credit ในฐานะของหลักประกันตามสัญญาในทางการค้าระหว่างประเทศค่อนข้างประสบปัญหาในการใช้พอสมควร เนื่องจากธุรกรรมประเภทนี้ยังมีได้มีกฎเกณฑ์หรือแบบธรรมเนียมปฏิบัติที่ชัดเจน ประกอบกับปัญหาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศต่อธุรกรรม Standby Letter of Credit มีความแตกต่างกัน

สภาหอการค้านานาชาติได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าว จึงได้จัดการแก้ไขปัญหานี้โดยมีมติให้เพิ่มเติมธุรกรรม Standby Letter of Credit เข้าไปในข้อกำหนด UCP

ด้วยเนื่องจากหอการค้านานาชาติเห็นว่าธุรกรรม Standby Letter of Credit ถือเป็นเลตเตอร์ออฟเครดิตประเภทหนึ่ง ดังนั้น จึงให้นำข้อกำหนด UCP ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ได้กล่าวถึงแบบธรรมเนียมและพิธีปฏิบัติเกี่ยวกับเครดิตที่มีเอกสารประกอบมาปรับใช้กับ Standby Letter of Credit โดยได้บัญญัติเพิ่มเติมเข้าไปในข้อกำหนด UCP หมายเลข 400 และได้นำแบบธรรมเนียมและพิธีปฏิบัติของข้อกำหนด UCP มาปรับใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน คือข้อกำหนด UCP หมายเลข 500

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของข้อกำหนด UCP ได้ร่างขึ้นเพื่อตอบสนองกับแบบธรรมเนียมและพิธีปฏิบัติของเลตเตอร์ออฟเครดิตทางการค้าโดยเฉพาะ ดังนั้น เมื่อนำข้อกำหนดดังกล่าวมาปรับใช้กับ Standby Letter of Credit จึงทำให้เกิดปัญหาพอสมควร เพราะบทบัญญัติบางมาตราของข้อกำหนดดังกล่าว มีความไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับ Standby Letter of Credit

ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้หอการค้านานาชาติเห็นสมควรให้นำเอาข้อกำหนด ISP 98 ซึ่งร่างขึ้นโดย Institute of International Banking Law and Practice, Inc. ประเทศสหรัฐอเมริกา มาใช้โดยได้ประกาศให้การยอมรับและถือเสมือนว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่ออกโดยหอการค้านานาชาติ ซึ่งมีผลบังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2542

อาจกล่าวได้ว่าข้อกำหนด ISP 98 นั้น เป็นข้อกำหนดที่นำเอาหลักการของข้อกำหนด UCP มาใช้เป็นพื้นฐานในการร่างข้อกำหนดดังกล่าวขึ้นมา โดยข้อกำหนด ISP 98 นี้ได้นำเอาบทบัญญัติของข้อกำหนด UCP ที่ไม่ชัดเจนมาเขียนเสียใหม่ให้ชัดเจน ตัดทอนบทบัญญัติที่ไม่เกี่ยวข้องกับ Standby Letter of Credit ออกไป และเพิ่มรายละเอียดที่เกี่ยวกับ Standby Letter of Credit ซึ่งข้อกำหนด UCP มิได้บัญญัติไว้เพิ่มเติมเข้ามา โดยข้อกำหนดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปใช้เป็นแบบธรรมเนียมและพิธีปฏิบัติเกี่ยวกับเอกสารประเภท Standby โดยเฉพาะซึ่งเอกสารประเภท Standby นั้น มิได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะ Standby Letter of Credit เท่านั้น แต่หมายความถึงเอกสารทุกประเภทที่มีลักษณะดังที่ได้ระบุไว้ในกฎข้อที่ 1.06 ของข้อกำหนด ISP 98 ดังนั้น หนังสือค้ำประกัน (Bank Guarantee) ก็ถือเป็นเอกสารประเภท Standby อย่างหนึ่งซึ่งอาจนำข้อกำหนดดังกล่าวนี้มาใช้บังคับในระหว่างคู่สัญญาก็ได้ หากคู่สัญญาตกลงระบุให้นำข้อกำหนดนี้มาใช้บังคับกับสัญญาของตน

ข้อกำหนด ISP และข้อกำหนด UCP ได้บัญญัติกฎเกณฑ์บางประการที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการใช้งานที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งมีข้อแตกต่างที่สำคัญดังต่อไปนี้

1. ข้อกำหนด ISP ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยให้คำนิยามของคำศัพท์ต่าง ๆ เอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในข้อกำหนด UCP มิได้กล่าวถึงเลย เช่น การบันทึกข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Record) การยื่นเสนอเอกสารผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Presentation) ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ (Signature) เป็นต้น
2. ผู้เปิดเครดิตและผู้ยืนยันเครดิตตามข้อกำหนด ISP ไม่จำเป็นต้องเป็นธนาคารเท่านั้น ผู้เปิดเครดิตและผู้ยืนยันเครดิตอาจเป็นใครก็ได้ไม่จำกัดว่าต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในขณะที่ข้อกำหนด UCP ได้จำกัดไว้เพียงแต่ธนาคารเท่านั้น
3. ในกรณีที่วันหมดอายุมีเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ทำให้ไม่สามารถยื่นเรียกร้องสิทธิได้ตามข้อกำหนด UCP 500 มาตรา 17 ผู้รับประโยชน์จะไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องที่หมดอายุลงได้กล่าวคือ ข้อกำหนด UCP 500 จะไม่ยอมยืดกำหนดระยะเวลาการเรียกร้องสิทธิให้อย่างเด็ดขาดแต่ข้อกำหนด ISP ได้ยินยอมต่ออายุให้โดยอัตโนมัติถึง 30 วันปฏิทินนับแต่วันแรกที่เปิดทำการ
4. ข้อกำหนด ISP ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการตรวจสอบเอกสารประเภทต่าง ๆ เอาไว้อย่างชัดเจนนอกจากนี้ยังได้กำหนดไว้ว่าเอกสารลักษณะใดถือว่าเป็นเอกสารต้นฉบับและเอกสารในลักษณะใดเป็นสำเนาเอกสาร แต่ข้อกำหนด UCP ได้บัญญัติถึงเรื่องการตรวจสอบเอกสารไว้ในมาตรา 13 โดยอ้างถึง International Standard Banking Practice ซึ่งไม่มีความชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติมากพอสมควร ส่วนในเรื่องของเอกสารต้นฉบับและสำเนาเอกสารข้อกำหนด UCP มิได้กล่าวถึงไว้เลย
5. ในกรณีที่มีการตรวจสอบเอกสารที่ไม่ได้รับความเชื่อถือ ข้อกำหนด ISP กำหนดให้แจ้งภายในระยะเวลา 3 วันทำการนับจากวันถัดจากวันที่ยื่นเสนอเอกสารจึงจะถือว่ามีเหตุสมควรหากปล่อยให้เวลาล่วงเลยเกินกว่า 7 วันทำการไปแล้วจะถือว่าไม่มีเหตุผลอันสมควร แต่ในข้อกำหนด UCP มิได้กำหนดระยะเวลาการแจ้งที่ถือว่ามีเหตุผลอันสมควรเอาไว้ เพียงแต่ระบุ

ให้ทำการแจ้งภายใน 7 วันทำการโดยนับถัดจากวันยื่นเอกสาร ซึ่งผู้แจ้งอาจทำการแจ้งเสียเมื่อใดก็ได้เพียงแต่ต้องอยู่ภายในกำหนดระยะเวลาเท่านั้น ทำให้กำหนดระยะเวลาการแจ้งตามข้อกำหนด UCP ขาดความชัดเจน

6. ข้อกำหนด ISP ยินยอมให้มีการโอนต่อกันไปได้หลายครั้ง แต่การโอนจะต้องโอนไปทั้งจำนวน ซึ่งในข้อกำหนด UCP ได้กำหนดให้การโอนสามารถกระทำได้เพียงครั้งเดียว แต่สามารถโอนเพียงบางส่วนได้ นอกจากนี้ ข้อกำหนด ISP ยังได้เพิ่มเติมถึงการโอนโดยผลของกฎหมายเข้าไปด้วย

7. ข้อกำหนด ISP ได้เพิ่มเติมเรื่องการรวมกันทำการ (Syndication) หรือร่วมกันทำการออก Standby (Participation) ในกรณีที่จำนวนของผู้เปิดเครดิตมีมากกว่าหนึ่งคน แต่ในข้อกำหนด UCP มิได้บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวไว้

นอกจากข้อแตกต่างที่สำคัญที่ได้กล่าวถึงแล้ว ข้อกำหนด ISP ยังมีรายละเอียดปลีกย่อยอีกมากมายที่ได้กล่าวถึงในที่นี้ ประเด็นที่น่าสนใจต่อไปก็คือ ข้อกำหนด ISP 98 นั้นมีสถานะอย่างไรในทางกฎหมายไทย และหากประเทศไทยได้มีการนำข้อกำหนดดังกล่าวมาใช้จะส่งผลอย่างไรตามกฎหมายไทย

เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิจัยแล้วพบว่าข้อกำหนด ISP 98 มีสถานะตามกฎหมายไทยเป็นเพียงข้อตกลงหนึ่งในสัญญาเท่านั้น ซึ่งคู่สัญญาจะสามารถนำข้อกำหนดนี้มาบังคับใช้กับสัญญาของตนได้ก็ต่อเมื่อ คู่สัญญาได้ตกลงยินยอมกันอย่างชัดแจ้งว่าตนประสงค์ให้นำข้อกำหนดนี้มาใช้บังคับกับสัญญาของตน

การที่นำข้อกำหนดดังกล่าวมาบังคับใช้กับสัญญา Standby Letter of Credit ในประเทศไทยย่อมส่งผลในทางกฎหมายให้จำต้องพิจารณาว่าสัญญา Standby Letter of Credit นั้นมีลักษณะเป็นอย่างไรตามกฎหมายไทย และการนำข้อกำหนด ISP มาบังคับใช้ในประเทศไทยก่อให้เกิดผลอย่างไรบ้าง

ในแง่ของนิติกรรมสัญญา สัญญาประเภท Standby Letter of Credit ถือเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งมีลักษณะที่เป็นสัญญาย่อย 3 ฉบับมาต่อกัน อันได้แก่ 1. สัญญาการ

ขอเปิดเครดิตซึ่งเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สาม 2. สัญญาตัวแทน และ 3. สัญญา ระหว่างผู้รับประโยชน์และผู้แจ้งเครดิตซึ่งเป็นสัญญาไม่มีชื่อ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามมูลหนี้ภายใต้สัญญาที่ตนเข้าผูกพันแยกต่างหากออกจากกัน

เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญากันแล้ว ในกรณีที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ผู้ที่ได้รับ ความเสียหายอันเนื่องมาจากเหตุผิดสัญญา ย่อมสามารถเรียกให้ผู้กระทำผิดสัญญาชดใช้ ค่าเสียหายแก่ตนได้ โดยอาศัยมูลเหตุแห่งการผิดข้อตกลงตามสัญญา อย่างไรก็ตาม การกระทำ ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย บางครั้งมิได้เกิดจากมูลเหตุของการผิดสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว บางครั้งอาจเกิดจากการกระทำโดยทุจริตจงใจให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ดังนี้ การเรียกให้ชดใช้ ค่าเสียหายอาจเรียกร้องได้จากมูลเหตุแห่งการทำให้ละเมิดได้ด้วย ทั้งนี้ ผู้ได้รับความเสียหายจะ ต้องพิจารณาเสียก่อนว่า มูลเหตุแห่งความเสียหายของตนนั้นเข้าองค์ประกอบในเรื่องละเมิด หรือไม่ เนื่องจากมิใช่ข้อเท็จจริงในทุกกรณีที่จะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายตามมูลละเมิดได้ แต่จะต้องปรากฏ ข้อเท็จจริงเสียก่อนว่ามีการกระทำอันเป็นการละเมิดตามที่กฎหมายได้บัญญัติ ไว้เสียก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิเรียกร้องได้

ในส่วนของสัญญาค้ำประกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญา Standby Letter of Credit นี้ มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาค้ำประกัน เนื่องจากเหตุผลที่สำคัญ 2 ประการคือ 1. การ เรียกร้องให้ชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit เป็นการเรียกให้ชำระหนี้ในฐานะ ลูกหนี้ลำดับต้นหรือลูกหนี้ตามสัญญา แต่การเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกัน เป็นการเรียกให้ชำระหนี้ในฐานะลูกหนี้ลำดับรอง ซึ่งลูกหนี้จะถูกบังคับชำระหนี้ก็ต่อเมื่อหนี้ถึง กำหนดชำระแล้ว ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นอกจากนี้ ลูกหนี้ยังมีสิทธิเกี่ยงให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้ เองกับเจ้าหนี้เสียก่อนก็ได้ หากปรากฏว่าการบังคับชำระเอาแก่เจ้าหนี้ไม่เป็นการยาก 2. การ เรียกให้ชำระหนี้ตามสัญญา Standby Letter of Credit ถือเอาตามการยื่นและตรวจสอบเอกสาร ตามที่ได้ตกลงไว้เป็นสำคัญ กล่าวคือ หากผู้รับประโยชน์ได้นำเอกสารมายื่นถูกต้องตามเงื่อนไข ข้อตกลง ผู้เปิดเครดิตก็ต้องจ่ายเงินให้ทันทีโดยปราศจากข้อโต้แย้ง ทั้งนี้ ผู้เปิดเครดิตไม่จำเป็นต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงเลยว่าผู้รับประโยชน์จะได้กระทำผิดสัญญาตามข้อตกลงจริงหรือไม่ เมื่อ ผู้เปิดเครดิตได้จ่ายเงินไปตามเงื่อนไขของเครดิตโดยถูกต้องแล้ว ผู้เปิดเครดิตสามารถเรียกให้ผู้ขอ เปิดเครดิตชำระเงินที่ตนได้จ่ายไปแล้วคืนได้ทันที โดยผู้ขอเปิดเครดิตจะอ้างว่าไม่ปรากฏ ข้อเท็จจริงดังกล่าวในสัญญาเกิดขึ้นไม่ได้ แต่การเรียกให้ชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกัน จะต้อง ปรากฏข้อเท็จจริงเสียก่อนว่าลูกหนี้ได้กระทำผิดตามสัญญา เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ค้ำ

ประกันชำระหนี้ หากผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปโดยที่มิได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าลูกหนี้ผิดนัดจริง ผู้ค้ำประกันจะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระเงินที่ตนได้จ่ายไปให้แก่เจ้าหนี้คืนให้ตนไม่ได้

เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้น สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาคือศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งในกรณีของสัญญา Standby Letter of Credit แบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือ 1. กรณีที่ Standby Letter of Credit มีการเปิดและใช้ภายในประเทศเท่านั้น ในกรณีนี้ศาลที่มีเขตอำนาจ ก็คือ ศาลแพ่ง 2. กรณีที่ Standby Letter of Credit มีการเปิดและใช้ในทางการค้าระหว่างประเทศ ในกรณีนี้ ศาลที่มีเขตอำนาจ ก็คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งการที่สัญญา Standby Letter of Credit ที่มีการใช้ในลักษณะต่างกันและขึ้นศาลที่มีเขตอำนาจต่างกัน ส่งผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีก็มีความแตกต่างกันไปด้วย เนื่องจากศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศมีวิธีการดำเนินกระบวนการแตกต่างจากวิธีการดำเนินกระบวนการของศาลทั่วไป โดยเฉพาะในเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานของศาล

เนื่องจากข้อกำหนด ISP เป็นข้อกำหนดที่นำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่ได้กำหนดถึงรายละเอียดและสาระสำคัญของสัญญาไว้ครบถ้วนโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถต่อรองหรือแก้ไขได้เลย อันมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form) อย่างไรก็ดี แม้ข้อกำหนดดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในรายละเอียดของข้อสัญญาแล้วจะพบว่าข้อสัญญาดังกล่าวมิได้มีส่วนใดเลยที่ร่างขึ้นเพื่อเป็นการให้เปรียบแก่คู่สัญญาเกินสมควร แต่อย่างไรก็ดี ข้อกำหนด ISP ก็ยังคงมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปอยู่นั่นเอง ไม่ว่าข้อกำหนด ISP จะมีลักษณะของสัญญาที่ได้ให้เปรียบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ก็ตาม แต่ก็ยังคงต้องนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาใช้บังคับสัญญาอยู่เช่นเดิม

เมื่อได้พิจารณาไปถึงรายละเอียดของข้อกำหนด ISP ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะนำกฎเกณฑ์บางข้อมาพิจารณา เนื่องจากเห็นว่ากฎเกณฑ์นั้นอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการของสัญญา Standby Letter of Credit ในประเทศไทยได้ ดังเช่นในกฎข้อที่ 2 ได้บัญญัติถึงผู้เปิดเครดิตและผู้ยืนยันเครดิตไว้โดยใช้คำว่า "Issuer" และ "Confirmer" ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่าผู้เปิดเครดิตและผู้ยืนยันเครดิตตามความหมายของข้อกำหนด ISP อาจเป็นบุคคลใดก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นธนาคารเท่านั้น ซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบันผู้ที่ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเลตเตอร์ออฟ

เครดิตจะต้องเป็นธนาคารเท่านั้น และธนาคารที่จะประกอบธุรกิจนี้ได้จะต้องเป็นธนาคารที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทยด้วย ดังนั้น หากมีการนำกฎข้อที่ 2 ของข้อกำหนดดังกล่าวมาใช้ในส่วนของคุณบุคคล ในฐานะผู้เปิดเครดิตและผู้ยืนยันเครดิตก็ยังคงต้องเป็นธนาคารอยู่นั่นเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ออกมาสนับสนุน และสอดคล้องกับข้อกำหนด ISP นี้ เนื่องจากผู้เขียนมองว่าการเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปสามารถประกอบธุรกิจนี้ในลักษณะเช่นนี้จะกระทำไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดี หากมีการพิจารณาเพื่อเปิดโอกาสในการประกอบธุรกิจประเภทนี้ให้แก่บุคคลทั่วไป รัฐก็ควรมีมาตรการออกมาควบคุมผู้ประกอบการธุรกรรมดังกล่าวให้อยู่ในขอบเขตและสามารถตรวจสอบได้ เพื่อก่อให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้รับบริการและสร้างมาตรฐานให้แก่ผู้ประกอบการในลักษณะนี้ด้วย

ผู้เขียนได้ลองพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการใช้กระบวนการของ Standby Letter of Credit เป็นช่องทางในการกระทำโดยทุจริต เช่น การฟอกเงิน เป็นต้น ซึ่งปัจจุบันนี้ได้มีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ออกมาบังคับใช้แล้ว โดยในมาตรา 5 ได้ให้คำนิยามของการกระทำความผิดฐานฟอกเงินไว้ อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้มุ่งตรวจสอบที่สถาบันการเงินเป็นหลัก ดังนั้น หากธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยมิได้กระทำผ่านสถาบันการเงินบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ย่อมไม่มีผลบังคับไปถึง ผู้เขียนได้พิจารณาไปถึงในกรณีในประเทศไทย มีกฎหมายที่เปิดกว้างและยอมรับให้เอกชนทั่วไปสามารถประกอบธุรกรรมประเภท Standby Letter of Credit ได้ โดยที่เอกชนนั้นมิได้เป็นสถาบันการเงิน ดังนั้น กฎหมายในเรื่องดังกล่าวย่อมครอบคลุมไปไม่ถึง ซึ่งอาจก่อให้เกิดเป็นช่องทางให้แก่เหล่ามิจฉาชีพในการฟอกเงินโดยอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายนี้ กระทำความผิดที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวงต่อเศรษฐกิจของประเทศได้

เมื่อประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาใช้ ทำให้ปัญหาในการทำธุรกรรมผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์หมดไป ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของการทำนิติกรรมสัญญา การรับฟังพยานหลักฐานหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็ตาม โดยพระราชบัญญัตินี้ได้ร่างขึ้นภายใต้หลักการพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการ คือ หลักความเท่าเทียมกัน และ หลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี ซึ่งหลักการทั้งสองนี้นำมาขยายผลเป็นมาตราต่าง ๆ ในพระราชบัญญัตินี้ และด้วยเหตุของการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้เองที่ทำให้การทำสัญญา Standby Letter of Credit ผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ สามารถมีผลผูกพันและบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ซึ่งจะช่วยให้การทำธุรกรรมผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีอัตราขยายตัวเพิ่มสูงขึ้น

แต่อย่างไรก็ดี ในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวก็กำหนดให้ธุรกรรมบางประเภทที่ได้กำหนดประกาศไว้ในพระราชกฤษฎีกาจะต้องได้รับอนุญาตเสียก่อน จึงจะประกาศธุรกรรมนั้นผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ขณะนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีกำหนดการประกาศไว้ในพระราชกฤษฎีกาแต่อย่างใด

ข้อเสนอแนะ

1. แม้ว่าในปัจจุบันนี้ ประเทศไทยจะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาบังคับใช้กับธุรกรรมที่ได้กระทำผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์แล้วก็ตาม แม้ว่าบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้จะได้เข้ามาแก้ปัญหาส่วนใหญ่ ที่เกิดจากการทำธุรกรรมทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์แล้วก็ตาม แต่ปัญหาที่สำคัญที่พระราชบัญญัติไม่สามารถแก้ไขได้ คือ ความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นจากกลไกของคอมพิวเตอร์ ซึ่งหากมีกรณีความผิดพลาดดังกล่าวเกิดขึ้น คู่กรณีย่อมได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดนั้น เพราะไม่ว่าคอมพิวเตอร์หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะทำงานได้ดี และมีประสิทธิภาพมากเพียงใดก็ตาม แต่ก็ไม่มีผู้ใดสามารถรับรองได้ว่าจะไม่มีความผิดพลาดจากการทำงานเกิดขึ้น

ดังนั้น ผู้เขียนใคร่เสนอแนะให้คู่กรณีที่ต้องการทำนิติกรรมใด ๆ ผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ควรทำสัญญาตกลงยินยอมให้ทำนิติกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ระหว่างกันได้เสียก่อน รวมถึงควรวางข้อกำหนดไว้ในสัญญาด้วยว่า หากเกิดความผิดพลาดขึ้นฝ่ายใดจะเป็นผู้รับผิดชอบเสียหายนั้นไป ในกรณีที่คู่กรณีได้ทำนิติกรรมที่มีมูลค่าสูงระหว่างกันควรมีการทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของข้อมูลบนแผ่นกระดาษซ้อนไว้อีกชั้นหนึ่งด้วย เพื่อป้องกันมิให้มีการโต้เถียงกันได้ภายหลัง

2. ในเรื่องของกฎหมายพยานหลักฐาน แม้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้จะได้กำหนดให้รับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายด้วยก็ตาม แต่มิได้กำหนดว่า ให้รับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในฐานะพยานหลักฐานประเภทใด ซึ่งการกำหนดให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จัดอยู่ในลักษณะของพยานหลักฐานในรูปแบบใด ย่อมส่งผลไปถึงวิธีการนำสืบความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่น หากกำหนดให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเป็นพยานเอกสาร ย่อมต้องใช้ต้นฉบับเอกสารในการนำสืบความถูกต้องแท้จริง เป็นต้น

ในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่ากฎหมายจะกำหนดให้ข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะที่เป็นพยานหลักฐานที่มีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ ไม่ใช่ทั้งพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ แต่ควรจะกำหนดให้เป็นพยานทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะ และวิธีการนำสืบความถูกต้องแท้จริงก็ควรกำหนดเป็นวิธีการเฉพาะ เนื่องจากข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะตัว แตกต่างจากพยานหลักฐานทั้งสามประเภทแรก ดังนั้น หากกฎหมายไม่แบ่งแยกพยานหลักฐานในประเภทนี้ ออกมาต่างหากอย่างชัดเจน อาจส่งผลให้เกิดปัญหาที่ยุ่งยากตามมาในอนาคตได้

3. ในส่วนของการประกอบธุรกรรมประเภท Standby Letter of Credit ซึ่งปัจจุบันนี้กฎหมายไทยได้กำหนดให้มีเพียงธนาคารเท่านั้น ที่สามารถประกอบธุรกรรมดังกล่าวนี้ได้ แต่ผู้เขียนกลับมีความเห็นว่าธุรกรรมการจัดหาหลักประกันดังกล่าว ความสำคัญของหลักประกันนี้มีได้ขึ้นอยู่ที่ว่าบุคคลใดเป็นผู้ออกหลักประกัน แต่น่าจะอยู่ที่ความเชื่อถือในตัวหลักประกันนั้น โดยตรงมากกว่า ดังนั้น หากผู้รับประโยชน์ให้ความเชื่อถือและยอมรับในหลักประกันดังกล่าวแล้ว ย่อมแสดงถึงความยอมรับในความสามารถในตัวบุคคลผู้ออกหลักประกันอยู่ในตัว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้เปิดกว้าง และขยายขอบเขตของบุคคลผู้ประกอบธุรกรรมดังกล่าวนี้ มิให้จำกัดอยู่เฉพาะแต่เพียงธนาคารเท่านั้น แต่เปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลอื่น นอกจากธนาคารสามารถประกอบธุรกรรมเช่นนี้ได้ อย่างไรก็ดี ควรบัญญัติกฎหมายออกมาควบคุมบุคคลผู้ประกอบธุรกรรมดังกล่าวด้วย โดยอาจให้มีการจดทะเบียนผู้ประกอบการ เพื่อให้รัฐสามารถเข้าตรวจสอบการทำงานได้ นอกจากนี้ ยังควรมีองค์กรที่เข้ามาควบคุมหรือกำกับดูแลผู้ประกอบการในลักษณะนี้อีกด้วย ทั้งนี้ อาจเป็นการเข้าควบคุมกำกับดูแล โดยองค์กรซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐโดยตรง หรืออาจเป็นองค์กรอิสระที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดูแลกันเอง (SRO – Self Regulation Organization) ก็ได้

4. หากประเทศไทยได้มีการแก้ไขกฎหมาย หรือได้ยินยอมให้ธุรกรรมประเภท Standby Letter of Credit สามารถออกโดยบุคคลทั่วไปที่มีธนาคารได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมา ก็คือ อาจมีผู้กระทำโดยทุจริตโดยอาศัยช่องทางของกระบวนการของระบบ Standby Letter of Credit เป็นสื่อกลางในการผ่องถ่ายเงินที่เกิดจากการกระทำโดยทุจริตออกไปนอกประเทศ โดยอาศัยมูลเหตุจากการผิดสัญญาแล้วบังคับเอากับหลักประกันประเภท Standby Letter of Credit

ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงินยังไม่ถึง ทำให้อาจเป็นช่องทางอีกทางหนึ่งที่เหล่า
มิจฉาชีพจะใช้เพื่อปกปิดถึงที่มาของเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิด

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากได้มีการยอมรับให้บุคคลทั่วไปที่มีฐานะสามารถ
ประกอบธุรกรรมประเภท Standby Letter of Credit ได้ ก็ควรมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการ
ฟอกเงินให้มีเนื้อหาในเรื่องอำนาจการตรวจสอบให้ครอบคลุมไปถึง ผู้ประกอบการดังกล่าวด้วย
เพื่อป้องกันมิให้ธุรกรรมดังกล่าวเป็นช่องทางในการกระทำความผิดได้ .



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย