

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

จากปัญหาที่กล่าวมาแล้ว สามารถแยกวิเคราะห์ปัญหาโดยแบ่งแยกตามโครงที่วางไว้ในบทที่ 3 ได้ดังนี้

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาทั่วไปของบทบัญญัติที่กำหนดให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ

##### 4.1.1 การฟ้องให้ทำหลักฐานเป็นหนังสือ

การที่คู่สัญญาไม่ได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือกันไว้จะถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้กันหรือไม่ โดยหลักการบังคับชำระหนี้ตามมาตรา 213 เป็นหลักทั่วไปในหมวด 2 ว่าด้วยผลแห่งหนี้ ในส่วนของการไม่ชำระหนี้ บัญญัติว่า

“ ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้น โดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการนิติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้ ”

ตามมาตรา 213 วรรคสอง ตอนท้ายที่ว่า “ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการ ” นั้น ต้องเป็นกรณีเฉพาะการกระทำการนิติกรรมที่ต้องมีการแสดงเจตนาอยู่ในตัว แต่การทำหลักฐานเป็นหนังสือเป็นเพียงการแสดงเจตนาออกมาในรูปของหลักฐานเท่านั้น ไม่ใช่ถึงขนาดเป็นการมุ่งก่อให้เกิดเป็นนิติกรรม จึงเป็นกรณีไม่ต้องด้วยตัวบทมาตรา 213 วรรคสอง ซึ่งใช้เฉพาะการกระทำการนิติกรรมที่ต้องมีการแสดงเจตนาอยู่ในตัวด้วยเท่านั้น<sup>1</sup> ดังนั้น การทำหลักฐานเป็นหนังสือจึงไม่ใช่เรื่องกระทำการนิติกรรม แต่ถือว่า เป็นเรื่องของความสมัครใจของคู่สัญญาโดยแท้ ที่จะทำหลักฐานเป็นหนังสือ คู่สัญญาจึงไม่สามารถฟ้องร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำหลักฐานเป็นหนังสือได้ แม้จะ

---

<sup>1</sup>ไพจิตร บุญญพันธุ์, “ การสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการฟ้องให้จดทะเบียน , ”  
วารสารนิติศาสตร์ 27 ( กันยายน 2540 ) : 750-751.

ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ก็ไม่สามารถบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ได้ เพราะกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การฟ้องร้องบังคับคดีไว้ชัดเจนว่า ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิด จึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้

ส่วนสัญญาประกันภัย เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายกำหนดให้ผู้รับประกันภัยต้องส่งมอบกรมธรรม์ประกันภัยแก่ผู้เอาประกันภัย ไว้ใน มาตรา 867 วรรคสอง ว่า " ให้ส่งมอบกรมธรรม์ประกันภัยอันมีเนื้อความต้องตามสัญญาประกันภัยแก่ ผู้เอาประกันภัยฉบับหนึ่ง " กรณีนี้จะต่างจากสัญญาประเภทอื่นที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะกฎหมายกำหนดเป็นหน้าที่ให้ผู้รับประกันภัยต้องทำกรมธรรม์ประกันภัย ซึ่งเป็นหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งที่ผู้รับประกันภัยต้องรับผิด และกำหนดให้ส่งมอบให้แก่ผู้เอาประกันภัย ถ้าผู้รับประกันภัยไม่ทำกรมธรรม์ประกันภัยส่งมอบแก่ผู้เอาประกันภัย ก็ถือว่าผู้รับประกันภัยเป็นฝ่ายผิดสัญญา เพราะตามหลักถือว่าเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว มีหน้าที่ผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม ถ้าไม่ทำตามเป็นการไม่ชำระหนี้ กรณีนี้ สัญญาประกันภัยเกิดขึ้นแล้วแต่ยังไม่หลักฐานการฟ้องร้องเท่านั้น การที่ผู้รับประกันภัยไม่ออกกรมธรรม์ประกันภัยให้ ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตาม แม้จะถือว่าผู้รับประกันภัยผิดสัญญาแล้วก็ตาม การที่จะบังคับให้ผู้รับประกันภัยต้องรับผิด โดยออกกรมธรรม์ประกันภัยและส่งมอบแก่ผู้เอาประกันภัยก็จัดว่า เป็นการบังคับตามสัญญาประกันภัยจะต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 867 วรรคแรกที่ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดหรือตัวแทนของผู้ต้องรับผิดด้วย ดังนั้น ถ้าผู้รับประกันภัยไม่ได้ออกกรมธรรม์ประกันภัยให้ผู้เอาประกันภัย ผู้เอาประกันภัยก็ไม่สามารถบังคับตามสัญญาแก่ผู้รับประกันภัยได้ แม้จะเป็นแต่เพียงการฟ้องร้องให้ออกกรมธรรม์ประกันภัย ก็ถือว่าเป็นการบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาประกันภัยแล้ว อันเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่ถ้ามียุติหลักฐานเป็นหนังสืออย่างอื่นที่มีการลงลายมือชื่อของผู้รับประกันภัย หรือตัวแทนของผู้รับประกันภัยแล้ว แม้จะไม่ใช้กรมธรรม์ประกันภัย ก็อาจฟ้องร้องบังคับคดีแก่ผู้รับประกันภัยได้

#### 4.1.2 การฟ้องบังคับจดทะเบียน

ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 538 กำหนดแต่เพียงว่า ให้สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่าสามปี ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยมีได้กำหนดว่าต้องทำการจดทะเบียนเมื่อใด จึงมีปัญหาว່ว่าต้องจดทะเบียนในวันเดียวกับที่ตกลงทำสัญญาเช่าหรือไม่ หากตกลงทำสัญญากันแล้วจะไปจดทะเบียนกันในวันหลังได้หรือไม่นั้น สามารถแยกวิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ถ้าจดทะเบียนในวันเดียวกับที่ทำสัญญาเช่าย่อมไม่มีปัญหา การจดทะเบียนยอมสมบูรณ์บังคับได้ตามระยะเวลาที่จดทะเบียน

2. ถ้าจดทะเบียนหลังวันที่ทำสัญญาเช่า สามารถแยกได้เป็น 2 กรณี

ก. หากคู่สัญญายินยอมพร้อมใจกันไปจดทะเบียนก็ไม่น่าจะมีปัญหา เพราะเมื่อจดทะเบียนแล้วก็สมบูรณ์บังคับกันได้ ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 538 ก็ไม่ได้บัญญัติว่าต้องจดทะเบียนทันที

ข. หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมไปจดทะเบียนการเช่า มีปัญหาว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะฟ้องร้องบังคับให้ฝ่ายที่ไม่ยอมจดทะเบียน ไปจดทะเบียนการเช่าได้หรือไม่ สามารถแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. กรณีที่ไม่มีข้อตกลงว่าจะไปจดทะเบียนการเช่า แสดงให้เห็นว่าคู่กรณีมีเจตนาหลีกเลี่ยงการจดทะเบียนการเช่า ตามมาตรา 538 ดังนั้น ไม่สามารถฟ้องบังคับให้จดทะเบียนการเช่าได้

2. กรณีมีข้อตกลงจะไปจดทะเบียนการเช่า มี 2 ความเห็น

ความเห็นแรกว่า ฟ้องบังคับให้จดทะเบียนการเช่าไม่ได้ เพราะการที่คู่สัญญาตกลงจะนำสัญญาไปจดทะเบียนหากก่อให้เกิดผลทางกฎหมายไม่ ผู้เช่าจะอ้างข้อสัญญาดังกล่าวขึ้นฟ้องร้อง เพื่อบังคับให้ผู้ให้เช่าไปจดทะเบียนสัญญาเช่าตามที่ตกลงไว้หาได้ไม่ ถ้าหากยอมรับบังคับบัญชาให้เช่นนั้นแล้ว คู่สัญญาก็คงต้องจะอาศัยการทำสัญญากันเป็นส่วนตัว เพื่อหลีกเลี่ยงให้ไม่ต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 538 ซึ่งความเห็นนี้มีแนวคำพิพากษาศาลชั้นต้น

อีกความเห็นว่า ฟ้องบังคับให้จดทะเบียนการเช่าได้ เพราะเมื่อมีสัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์ และสัญญานั้นยังอยู่ในภาวะที่จะจดทะเบียนได้แล้ว ทำไมจึงไม่ยอมให้จดทะเบียน จะไปถือว่า เมื่อทำสัญญาเกิน 3 ปีแล้วไปจดทะเบียนจะบังคับได้เพียง 3 ปีนั้น ไม่ได้ เพราะมีข้อสัญญาให้จดทะเบียนการเช่า<sup>2</sup>

<sup>2</sup> สำเร็จ เมฆเกรียงไกร, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย เช่าทรัพย์, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 128 -130.

ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีที่มีข้อตกลงจะไปจดทะเบียนการเช่านั้น ถือเป็นกรอก่อให้เกิดหนี้ผูกพันระหว่างคู่กรณีแล้ว โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 บัญญัติว่า “ เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้..... ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้ ” ซึ่งการที่จะสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ ต้องเป็นเรื่องที่ลูกหนี้ได้ทำนิติกรรมกับเจ้าหนี้มาก่อน เมื่อถือว่ามีหนี้ผูกพันกันตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ถ้าหากผู้เช่าและผู้ให้เช่าตกลงกันจะจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือมีเจตนาตั้งใจที่จะให้การจดทะเบียนนั้นเป็นข้อตกลงในสัญญาด้วย เมื่อผู้ให้เช่าไม่ยอมไปจดทะเบียนการเช่าตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งน่าจะฟ้องบังคับให้จดทะเบียนการเช่าได้ และเมื่อกรณีนี้เป็นเรื่องที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้กันได้ตามมาตรา 213 บรรดาสองตอนท้าย ผู้เช่าจึงต้องฟ้องร้องต่อศาลให้มีคำพิพากษามาให้ผู้ให้เช่าปฏิบัติตามการชำระหนี้ เพราะการฟ้องบังคับให้ไปจดทะเบียนการเช่าเป็นการบังคับตามมูลหนี้อันเกิดจากนิติกรรมสัญญาที่ตกลงกันว่าจะต้องจดทะเบียน แต่ทั้งนี้ ต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกัน หรือมีเจตนาร่วมกันจะไปจดทะเบียน จึงจะสามารถฟ้องร้องให้จดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้ สังเกตว่า การเช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่า 3 ปีแต่ไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สามารถที่จะฟ้องร้องบังคับได้ 3 ปีนั้น กรณีนี้ต้องเข้าหลักเกณฑ์ของสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ ที่มีระยะเวลาไม่เกิน 3 ปี ที่ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ ดังนั้น การฟ้องร้องให้จดทะเบียนการเช่านี้ก็ต้องเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย

#### 4.1.3 การบอกเลิกสัญญาที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

การบอกเลิกสัญญาที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น การบอกเลิกสัญญาดังกล่าว เพียงแต่ผู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาด้วยวาจาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ถือว่าสัญญาเป็นอันเลิกกันแล้ว ทั้งนี้ การที่จะถือว่าการบอกเลิกสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับได้ต้องดูว่า คู่สัญญาฝ่ายที่จะขอเลิกสัญญามีสิทธิในการเลิกสัญญาด้วยหรือไม่ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิขอเลิกสัญญา ได้บอกกล่าวเพียงวาจาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ถือว่าสัญญาเป็นอันเลิกกัน แต่ถ้าไม่มีสิทธิขอเลิกสัญญา แม้ได้แสดงเจตนาขอเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม เมื่อคู่สัญญาที่ได้รับการบอกเลิกสัญญาจะเพิกเฉยต่อการเลิกสัญญาดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าสัญญานั้นเป็นอันเลิกกัน ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5876/2541 ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 386 แสดงให้เห็นว่า ผู้ที่ใช้สิทธิเลิกสัญญาได้นั้นจะต้องเป็นผู้มีสิทธิเลิกสัญญา โดยข้อสัญญาหรือโดยบท

บัญญัติของกฎหมาย มิใช่ว่าจะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ เมื่อไม่ปรากฏว่า จำเลยที่ 2 ผู้ค้าประกันจำเลยที่ 1 โดยยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม มีสิทธิเลิกสัญญาโดยเหตุใด การที่โจทก์ได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาค้าประกันของจำเลยที่ 2 และมีได้โต้แย้งคัดค้านหาผลเป็นการเลิกสัญญาดังกล่าวไม่ เพราะโจทก์ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องโต้แย้งคัดค้านการบอกเลิกสัญญาของจำเลยที่ 2

ข้อสังเกต เกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงิน มาตรา 653 วรรคสอง ที่ว่า " ท่านว่าการนำสืบการใช้เงินได้ ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อผู้ให้ยืมมาแสดง หรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้นได้เวนคืน หรือได้แทงเพิกถอนลงในเอกสาร " ก็ต้องนำหลักฐานบอกเลิกสัญญาทั่วไปมาใช้บังคับ แต่สัญญากู้ยืมเงิน กฎหมายได้กำหนดบทบังคับเด็ดขาดว่า การนำสืบการใช้เงิน ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ให้ยืม หรือเวนคืนหลักฐานการกู้ยืมหรือได้แทงเพิกถอนลงในเอกสารนั้น บทบัญญัตินี้เป็นเรื่องของการนำสืบว่าหนี้ระงับแล้วหรือไม่ ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการบอกเลิกสัญญา เพราะฉะนั้น แม้จะถือว่าสัญญาเป็นอันเลิกกันแล้วตามหลักการบอกเลิกสัญญาทั่วไป แต่หนี้จะระงับหรือไม่ ต้องมีหลักฐานการพิสูจน์ตามหลักการนำสืบการใช้เงินนี้

ส่วนสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์จะมีกรณีที่สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ครบกำหนดเวลาการเช่า แล้วผู้เช่ายังคงอยู่ในที่เช่า และผู้ให้เช่าก็ไม่ทักท้วง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 570 ถือว่า คู่สัญญาเป็นอันได้ทำสัญญาเช่ากันใหม่โดยไม่มีกำหนดเวลา ซึ่งการบอกเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ในช่วงระยะเวลาี้ ไม่สามารถนำหลักการบอกเลิกสัญญาทั่วไปมาใช้ได้ แต่ต้องเป็นการบอกเลิกสัญญาตามบทบัญญัติมาตรา 566 ที่ต้องมีการบอกกล่าวซึ่งอาจจะด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่ต้องให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้ตัวก่อนกำหนดระยะเวลาชำระค่าเช่า ระยะเวลาหนึ่งเป็นอย่างน้อยก่อน แล้วการบอกเลิกสัญญาจะมีผลต่อเมื่อช่วงระยะเวลาดังกล่าวสิ้นสุด อันแตกต่างจากหลักการบอกเลิกสัญญาทั่วไป

ทั้งนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 566 นี้ไม่ใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงสามารถที่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น หากในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เดิมทำเป็นสัญญาเช่าที่มีกำหนดเวลา และมีข้อตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขและวิธีการบอกเลิกสัญญา ก็สามารถทำได้ อย่างไรก็ตาม การบอกเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นี้อาจมีปัญหาเกี่ยวกับ การตกลงเรื่องระยะเวลาของการบอกเลิกสัญญาได้ โดยเมื่อครบเวลาตามสัญญาเช่า แล้วผู้เช่าอยู่ต่อมา โดยผู้ให้เช่าไม่ทักท้วงถือว่าเป็นสัญญาเช่าที่มีได้กำหนดระยะเวลา

เวลา การบอกเลิกสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดเวลานี้ ผู้ให้เช่าจะต้องบอกกล่าวให้ถูกต้องตามมาตรา 566 ก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวตามระยะเวลาที่ระบุไว้ในสัญญา ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 944/2520 ว่าสัญญาเช่าเดิมกำหนดว่าการบอกเลิกสัญญาต้องบอกกล่าวล่วงหน้า 1 ปี แต่เมื่อสัญญาครบกำหนดการเช่าแล้ว ผู้เช่ายังคงอยู่ในที่เช่าต่อมา อันถือว่าเป็นการเช่าไม่มีกำหนดเวลาไปแล้ว ผู้ให้เช่าหาจำต้องบอกกล่าวแก่ผู้เช่าให้ทราบล่วงหน้าก่อน 1 ปีตามสัญญาเดิมนั้นไม่ ผู้ให้เช่าบอกกล่าวให้ทราบล่วงหน้าเพียง 2 เดือนก็มีอำนาจฟ้องขับไล่ผู้เช่าได้ตามมาตรา 566

ดังนั้น ถ้าคู่สัญญาตามสัญญาเช่าพยายามเลี่ยงบทบังคับแห่งมาตรา 538 โดยทำสัญญาเช่าโดยไม่มีกำหนดเวลา แต่มีข้อตกลงกันอันเป็นข้อยกเว้นมาตรา 566 ว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสัญญาเช่านี้ จะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 ปี ข้อตกลงดังกล่าวนี้จะใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย

ฝ่ายแรก เห็นว่าใช้บังคับไม่ได้ เพราะพฤติการณ์แห่งกรณีแสดงให้เห็นได้ชัดอยู่แล้วว่า คู่สัญญาประสงค์จะผูกพันถึงเกินกว่า 3 ปี กล่าวคืออย่างน้อยก็ต้อง 6 ปี โดยมีได้ปฏิบัติตามมาตรา 538 ดังนั้นจึงใช้บังคับไม่ได้

อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องของมาตรา 566 ไม่ใช่ปัญหามาตรา 538 ดังนั้นจึงต้องบังคับตามเจตนาของคู่สัญญา<sup>3</sup>

ผู้วิจัยเห็นว่าในบทบัญญัติมาตรา 538 ถือว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายบังคับเกี่ยวกับหลักฐานแห่งการฟ้องร้องดั่งที่กล่าวมาแล้ว การที่คู่สัญญาตกลงกันหลีกเลี่ยงบทบัญญัติมาตรา 538 ไปใช้ข้อตกลงตามมาตรา 566 ก็ไม่น่าที่จะบังคับใช้ได้ ดังเช่นคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้น ดังนั้น หลักของการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 566 นั้นคู่สัญญาสามารถตกลงเงื่อนไขเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาได้ แต่เกี่ยวกับระยะเวลาการบอกเลิกสัญญาไม่น่าที่จะตกลงเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ มิฉะนั้นคู่สัญญาจะตกลงกันเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติมาตรา 538

<sup>3</sup>มานะ พิทยาภรณ์, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ : บริษัทพบลิต บิเนสพริ้น จำกัด, 2531), หน้า 49.

## 4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือมีความแตกต่างกันในบางสัญญานั้น เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือมีความแตกต่างกันออกไป ทำให้ลักษณะการบัญญัติกฎหมายไม่เหมือนกัน แต่ทั้งนี้เจตนารมณ์พื้นฐานก็ยังคงเป็นอย่างเดียวกัน คือเพื่อให้เป็นหลักฐานการฟ้องร้องเบื้องต้นมาสู่ศาล

### 4.2.1 สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือหลักฐานการฟ้องร้องประเภทอื่น

กฎหมายกำหนดหลักฐานการฟ้องร้องไว้หลายประเภทซึ่งรวมถึงหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดนั้น โดยกฎหมายบัญญัติไว้เพียงแค่ว่าในสัญญาซื้อขายตามมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม สัญญาแบ่งปันมรดกมาตรา 1750 และสัญญาอนุญาตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ มาตรา 6 เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้มีความแน่นอนชัดเจนว่ามีการทำสัญญากันจริง แต่อย่างไรก็ตาม หลักฐานการฟ้องร้องบางประการในสัญญาบางประเภท มีความไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติธุรกิจ ทำให้ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักฐานการฟ้องร้องนี้ต้องส่งเสริมวัตถุประสงค์ของสัญญาและต้องบัญญัติให้มีประโยชน์ต่อแนวทางปฏิบัติด้วย

ในปัจจุบันความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก อันส่งผลต่อการทำสัญญาประเภท ที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิด เพื่อที่จะสนองต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว จึงควรที่จะได้นำเอาเทคโนโลยีต่าง ๆ ที่สามารถนำมาพิจารณาใช้เป็นหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีได้ เป็นต้นว่า การติดต่อสื่อสารเพื่อซื้อขายสินค้ากันมักจะติดต่อทางโทรศัพท์ และสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยการสื่อสารจำพวกนี้มีความน่าเชื่อถือ และสามารถตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงได้ ประกอบกับเมื่อได้นำเทคโนโลยีดังกล่าวมาพิจารณาเป็นหลักฐานแห่งการฟ้องร้องก็ไม่น่าจะทำให้วัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายที่ต้องการหลักฐานในการพิสูจน์ว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้นจริงหรือไม่เสียไป เมื่อได้เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักฐานการฟ้องร้องในสัญญาอนุญาตตุลาการ โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ตราขึ้นในปี พ.ศ. 2530 ห่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือนี้ถึง 59 ปี จะเห็นได้ว่า กฎหมายอนุญาตตุลาการได้ขยาย

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักฐานการฟ้องร้องไปมาก เพราะกฎหมายกำหนดให้มีแต่เพียงหลักฐานเป็นหนังสือเท่านั้นก็พอ ไม่ต้องลงลายมือชื่อ ซึ่งหลักฐานเป็นหนังสือนี้ยังขยายความรวมถึง กรณีมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์หรือเอกสารอื่นอันมีลักษณะทำนองเดียวกัน ด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดหลักฐานการฟ้องร้องในสัญญาอนุญาโตตุลาการ เทียบกับสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่า หลักฐานเป็นหนังสือ เพื่อใช้เป็นหลักฐานแห่งสัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการ บัญญัติหลักกฎหมายไว้ในลักษณะที่กว้าง ซึ่งสามารถนำบทบัญญัติกฎหมายนี้มาปรับบังคับใช้กับหลักฐานที่เกิดจากวิทยาการสมัยใหม่ได้ เพราะหลักกฎหมายเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือนี้เปลี่ยนแปลงไปจากหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่จำเป็นต้องมีการลงลายมือชื่อของฝ่ายที่ต้องรับผิด ก็สามารถนำหลักฐานดังกล่าวมาฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ จึงควรที่จะขยายหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้กว้างขึ้น โดยเฉพาะเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อของฝ่ายผู้รับผิดจึงจะสามารถนำมาฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ โดยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ ให้สามารถนำมาปรับใช้กับหลักฐานที่เกิดจากวิทยาการสมัยใหม่ได้ ซึ่งถ้ามีการขยายหลักกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดการลงลายมือชื่อของฝ่ายผู้ต้องรับผิดในหลักฐาน เทียบเคียงกับหลักกฎหมายสัญญาอนุญาโตตุลาการ จะทำให้หลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือนี้ โดยเฉพาะที่บัญญัติในสัญญาที่เกี่ยวกับธุรกิจการพาณิชย์ มีความทันสมัยและนำมาปรับบังคับใช้กับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น อันจะเป็นการส่งเสริมให้กฎหมายมีความคล่องตัว และนำมาปรับใช้กับแนวทางปฏิบัติทางธุรกิจ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายนี้ ที่ต้องการเพียงหลักฐานการพิสูจน์เบื้องต้นถึงความมีอยู่ของสัญญา

แต่อย่างไรก็ตาม การลงลายมือชื่อในสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ก็ยังมีความสำคัญ เพราะสัญญาบางประเภทกฎหมายต้องการควบคุมดูแลผลประโยชน์ของเอกชน คู่สัญญามีให้มีการเอาเปรียบกันมาก เนื่องจากสภาพทางสังคมและเศรษฐกิจของทุกยุคทุกสมัยย่อมประกอบด้วยบุคคลหลายชนิดแตกต่างกันตามสภาพฐานะทางเศรษฐกิจและที่เห็นได้ชัดที่สุดคือชนชั้นที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกับชนชั้นที่มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำ ซึ่งเป็นหลักความจริงที่ว่าชนชั้นที่มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำหรือยากจน ย่อมพึ่งพาอาศัยปัจจัยทางการเงิน ด้วยการกู้ยืมเงินจากชนชั้นที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี และร่ำรวยกว่า ด้วยเหตุนี้ภาครัฐควรที่จะต้องเข้ามาดูแลกำหนดระเบียบข้อบังคับ เพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามในรูปของกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ลำพังการที่คู่สัญญาตกลงด้วยวาจาอาจมีปัญหาการพิสูจน์ว่ามีการ



ทำสัญญากันจริง หรือไม่ และเป็นผู้ทำเอกสารดังกล่าวหรือไม่ อันอาจจะทำให้เกิดความเอารัดเอาเปรียบต่อ คู่สัญญาที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าได้ กฎหมายจำพวกนี้ เช่น กู้ยืมเงิน ค่าประกัน สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น จึงไม่ควรที่จะขยายหลักเกณฑ์ดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่ควรกำหนดการลงลายมือชื่อของผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ เพื่อรับรองว่าตนได้ทำสัญญานั้นจริง

ข้อสังเกต ปัจจุบันเทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์ คอมพิวเตอร์ และเทคโนโลยีโทรคมนาคมกำลังได้รับการพัฒนาไปอย่างไม่หยุดยั้ง สังคมมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายให้สามารถรองรับกับการพัฒนาเทคโนโลยีดังกล่าวได้ โดยเฉพาะในเรื่องของการค้าและการติดต่อสื่อสาร ที่ผู้ร่วมค้าและผู้ติดต่อสื่อสารกันจะต้องมี " ความไว้วางใจ " ที่จะทำธุรกรรมระหว่างกัน โดยเฉพาะการค้าในรูปแบบใหม่ที่มีชื่อเรียกว่า " พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ " ( Electronic Commerce ) ที่ธุรกรรมสามารถเกิดขึ้นได้โดยบุคคลไม่จำเป็นต้องเคยพบ หรือรู้จักกันมาก่อน หรือในกระบวนการทำธุรกรรมอาจไม่มีเอกสารที่เป็นกระดาษเข้ามาเกี่ยวข้องเลยก็เป็นได้ เทคโนโลยีด้านลายมือชื่อดิจิตอล ( Digital Signature ) จึงเป็นเทคโนโลยีที่สำคัญในการทำให้เกิดความไว้วางใจ และเป็นเทคนิคในการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริง ( Authentication ) ของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกได้พัฒนาเทคโนโลยีโครงสร้างพื้นฐานและกฎหมาย เพื่อให้สามารถนำลายมือชื่อดิจิตอล มาใช้เพื่อพัฒนาประเทศได้อย่างสมบูรณ์<sup>4</sup> เกี่ยวกับหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ประเทศไทยกำลังพิจารณาอยู่ในขั้นตอนการร่างกฎหมาย ชื่อว่า " ร่างพระราชบัญญัติ ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ..... "

อีกทั้ง ควรที่จะขยายหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักฐานการฟ้องร้องของสัญญาประเภทอื่น ที่กฎหมายไว้แต่เพียงให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบ ซึ่งอาจนำหลักทางปฏิบัติมาบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นในกฎหมาย โดยเทียบกับสัญญาซื้อขายทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม ที่กำหนดวิธีการวางมัดจำ การชำระหนี้บางส่วน มาเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องได้

<sup>4</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่องกฎหมาย ลายมือชื่อดิจิตอล , พิมพ์ครั้งที่ 1 ( กรุงเทพฯ : โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ, 2542 ), หน้า 1.

#### 4.2.2 บทบัญญัติที่กำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิด หรือตัวแทนของฝ่ายผู้ต้องรับผิด

การที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาประกันภัย และสัญญาประนีประนอมยอมความ แตกต่างจากสัญญาอื่น ที่เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ โดยบัญญัติให้รวมถึงการลงลายมือชื่อของตัวแทนด้วยนั้น ก็เพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น ส่วนสัญญาประเภทอื่นที่กำหนดไว้เฉพาะลายมือชื่อของผู้ต้องรับผิดเท่านั้น เพราะสัญญาพวกนี้สามารถที่จะนำเอาหลักกฎหมายลักษณะตัวแทนมาปรับใช้ได้อยู่แล้ว โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 798 วรรคสองที่ว่า เมื่อกิจการใดกฎหมายบัญญัติให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการเหล่านั้นก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย และเมื่อมีการตั้งตัวแทนโดยทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ ตัวแทนไปลงลายมือชื่อในหลักฐานแห่งสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยตัวแทนกระทำไปในกรอบอำนาจกรณีนี้ถือว่าตัวแทนไม่ต้องรับผิด เพราะเป็นการทำแทนตัวการตามหลักตัวการตัวแทน

เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ไม่จำเป็นต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญา แต่ต้องมีอยู่ในขณะการฟ้องร้องคดีและหลักฐานเป็นหนังสือนี้อาจเกิดขึ้น โดยบังเอิญก็ได้ กรณีเช่นนี้ ถ้าอำนาจของตัวแทนมีเพียงแค่นั้นชั้นทำสัญญาก็จะไม่มีปัญหา แต่หลักฐานเป็นหนังสือสามารถเกิดขึ้นภายหลังทำสัญญากันแล้วก็ได้ ซึ่งถ้าเป็นกรณีที่ตัวการเป็นผู้ที่ลงลายมือชื่อ ในหลักฐานที่เกิดขึ้นภายหลังทำสัญญาก็ไม่มีปัญหา เพราะตัวการมีอำนาจกระทำได้อยู่แล้ว

แต่กรณีที่ตัวแทนไปทำหลักฐานเป็นหนังสือ โดยกระทำหลังจากการตกลงทำสัญญากันแล้ว กรณีนี้ต้องดูขอบของอำนาจตัวแทนเป็นหลักว่า ตัวการมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำได้เพียงใด ถ้าไม่ได้กำหนดขอบอำนาจของตัวแทนไว้ชัดเจน ก็ต้องอาศัยการตีความกฎหมายว่าตัวแทนมีอำนาจเพียงใด โดยในกรณีนี้ที่ว่าตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้ทำสัญญา แล้วตัวแทนได้ไปตกลงทำสัญญาเรียบร้อยแล้ว แต่ไม่ได้มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ ต่อมาภายหลังตัวแทนไปทำหลักฐานเป็นหนังสือให้คู่สัญญาไว้ ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีนี้ แม้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วตามหลักของคำเสนอคำสนองตรงกัน โดยตัวแทนไปทำสัญญาแทนตัวการ ถือว่าตัวการได้มอบอำนาจให้ตัวแทนทำการแทนในการตกลงทำสัญญา ซึ่งตัวแทนก็ยังมีอำนาจในการกระทำเพื่อให้สัญญาเกิดขึ้นสมบูรณ์ เพราะถือว่าเป็นการทำให้สิ่งนั้นให้สำเร็จตามที่ตัวการต้องการอำนาจของตัวแทนคงจะไม่หมดไปทันที เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว เพราะในส่วนที่เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ

อันเกี่ยวกับการฟ้องร้องนั้น น่าที่จะถือว่ายังอยู่ในเรื่องที่ตัวกรมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำได้ตามมาตรา 807 ที่บัญญัติว่า " ตัวแทนต้องทำการตามคำสั่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายของตัวการ เมื่อไม่มีคำสั่งเช่นนั้น ก็ต้องดำเนินตามทางที่เคยทำกันมาในกิจการค้าขายอันเขาให้ตนทำอยู่นั้น " ดังนั้น ถ้าตัวกรมอบอำนาจให้ทำสัญญาที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ก็คงมองแต่เพียงในชั้นทำสัญญาไม่ได้ ต้องรวมถึงภายหลังสัญญาเกิดขึ้นด้วย ถ้าตัวแทนไปทำหลักฐานให้แก่คู่สัญญา หลักฐานที่ตัวแทนทำขึ้นนี้น่าที่ผลจะผูกพันตัวการ เพราะยังถือว่าตัวแทนได้กระทำภายในกรอบอำนาจ ถ้าตัวการไม่ต้องการที่จะรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนในภายหลังสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ก็สามารถที่จะบอกเลิกสัญญาตัวแทนได้อยู่แล้ว

ทั้งนี้ เพื่อที่จะไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าว ตัวการก็ควรต้องระบุอำนาจหน้าที่ของตัวแทนว่ามีเพียงใด โดยเฉพาะสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในช่วง ภายหลังสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เพื่อให้เกิดความชัดเจน และในส่วนที่ว่าจะควรบัญญัติให้สัญญาประเภทอื่นต้องระบุว่า หลักฐานเป็นหนังสือนั้นให้ขยายรวมถึง การลงลายมือชื่อของตัวแทนด้วยหรือไม่นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าไม่มีความจำเป็น เพราะกรณีนี้สามารถที่จะนำบทบัญญัติการตั้งตัวแทนใน มาตรา 798 วรรคสอง มาปรับใช้ได้อยู่แล้ว

### **4.3 วิเคราะห์ปัญหาเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ**

#### **4.3.1 สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไป**

กฎหมายกำหนดให้สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาท ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อมิให้เป็นการไม่สะดวกกับเรื่องกู้ยืมเงินเล็กๆน้อยๆ อันไม่ควรที่จะเสียเวลาที่จะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ แต่บทบัญญัติมาตรานี้กำหนดขอบเขตว่าเฉพาะการกู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาทเท่านั้น ที่จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยสมัยที่บัญญัติกฎหมายนี้มาตั้งแต่ปี พ.ศ.2467 จนปัจจุบันกฎหมายที่กำหนดไว้ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลง แม้ว่าสภาพเศรษฐกิจจะได้เปลี่ยนแปลงไปมากแล้วก็ตาม

ทั้งนี้ เมื่อศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือของประเทศฝรั่งเศส ก็ได้กำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องมีการทำหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ เพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ว่ามีการทำสัญญากันจริง ตามบทบัญญัติกฎหมายแห่งฝรั่งเศส

มาตรา 1341 โดยกำหนดให้การกระทำนิติกรรมใด ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีมูลค่าเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา ต้องมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาในเอกสารถึงจะพิสูจนถึงความมีอยู่ของสัญญาได้ (พระราชกฤษฎีกาที่ใช้อุปัจจุบันกำหนดจำนวนเงินไว้ที่ 5,000 ฟรังก์) โดยเกี่ยวกับหลักกฎหมายนี้ไม่มีการเปลี่ยนแปลง เพียงแต่แก้ไขจำนวนเงินให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจในแต่ละยุค โดยมีการแก้ไขจำนวนเงินมาหลายครั้งแล้ว ดังนี้ ปี ค.ศ.1566 กำหนดจำนวนเงินไว้ที่ 100 ปอนด์ และปี ค.ศ.1804 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดจำนวนเงินไว้ที่ 150 ฟรังก์ และในปี ค.ศ.1928 แก้ไขเป็นจำนวน 500 ฟรังก์ จนปี ค.ศ.1980 ได้แก้ไขเป็นจำนวน 5,000 ฟรังก์ เพราะค่าของเงินในประเทศฝรั่งเศสมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย กฎหมายจึงต้องเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับสภาพทางเศรษฐกิจด้วย<sup>5</sup>

ดังนั้น เมื่อศึกษาหลักกฎหมายของไทยเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ ในสัญญากู้ยืมเงิน เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะคล้ายกัน แต่กฎหมายในประเทศฝรั่งเศสมีการเปลี่ยนแปลงจำนวนเงินให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจค่าของเงิน เพื่อให้สอดคล้องเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่หลักกฎหมายไทยไม่เคยมีการแก้ไขเกี่ยวกับเรื่องนี้เลย ทั้งๆที่ค่าของเงินบาทมีความตกต่ำลงไปมาก จึงสมควรที่จะกำหนดจำนวนเงินกันใหม่ให้เหมาะสมกับเจตนารมณ์ ส่วนจะเป็นจำนวนเท่าใดก็คงจะต้องพิจารณาจาก ค่าของเงินบาทในปัจจุบันเปรียบเทียบกับ สมัยที่มีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรานี้ขึ้นมา

ส่วนปัญหาที่ว่า ถ้ามีการกู้ยืมเงินกันเกินกว่าห้าสิบบาท แต่มิได้มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือกันไว้ คู่สัญญาจะสามารถฟ้องร้องต่อศาล ขอให้บังคับเพียงห้าสิบบาทนี้ได้หรือไม่ นั้น มีความเห็นของนักกฎหมายบางท่านว่า ไม่น่าจะกระทำได้<sup>6</sup> เพราะเท่ากับเป็นการเลี่ยงบทบัญญัติมาตรา 653 ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องร้องไว้ และมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1396/2496 ว่า “ ฟ้องเรียกเงินที่โจทก์กล่าวว่าได้ให้จำเลยไปทำทุนตามฟ้อง ดังนี้เป็นเรื่องยืมเงินไปคราวเดียว 393 บาท โดยมีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ดังนั้นผู้ให้ยืมฟ้องเรียกเงินจำนวนนี้คืนไม่ได้เลย ไม่เฉพาะแต่ที่เกิน 50 บาท ” สนับสนุน ด้วยความเคารพ

<sup>5</sup> Planiol, M., Treatise on the Civil Law volume 2 Part 1 . translated by The Louisiana State Law Institute , 1939 , p.635-636.

<sup>6</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร , ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์สิน พิมพ์ครั้งที่ 3 ( กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531 ), หน้า 50.

ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว แม้ว่าบทบัญญัติที่กำหนดให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้เป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังที่กล่าวมาแล้ว จึงต้องถือว่าบทบัญญัตินี้เป็นบทกฎหมายที่จำกัดสิทธิการฟ้องร้อง จึงควรที่จะต้องตีความโดยเคร่งครัด โดยสัญญากู้ยืมเงินที่จะถูกต้องห้ามตามบทบัญญัตินี้ต้องครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงจะสามารถนำมาตราปรับใช้ได้ โดยกฎหมายกำหนดจำนวนเงินไว้ว่าเกินกว่าห้าสิบบาท แต่กรณีนี้จำนวนเงินไม่เกินห้าสิบบาท จึงไม่ครบตามเงื่อนไขของกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่น่าที่จะอยู่ภายใต้บทบังคับห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดีได้ แต่ปัญหานี้คงเกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะจำนวนเงินที่จะฟ้องร้องกันนี้มีจำนวนเล็กน้อยมาก ถ้าคู่สัญญาจะดำเนินการฟ้องร้องบังคับคดีกัน ก็จะมีค่าใช้จ่าย เช่น ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียม เป็นต้น ซึ่งเมื่อเทียบกับจำนวนเงินที่จะฟ้องร้อง ก็จะไม่คุ้มค่าของการดำเนินคดี

#### 4.3.2 สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าตั้งแต่ห้าร้อยบาทขึ้นไป

หลักเกณฑ์ที่กำหนดให้สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ที่มีมูลค่าตั้งแต่ห้าร้อยบาทขึ้นไป ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิด และหลักฐานการฟ้องร้องประเภทอื่นนั้น เจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อต้องการที่จะพิสูจน์ว่ามีหนี้ต่อกันหรือไม่ อีกทั้งที่กำหนดหลักฐานการฟ้องร้องไว้หลายประเภท ก็เพื่อให้มีความสอดคล้องกันระหว่างหลักกฎหมายกับแนวทางการประกอบธุรกิจที่ต้องการความสะดวกรวดเร็วในการทำธุรกรรม

โดยเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือที่บัญญัติไว้ในสัญญาซื้อขายนี้ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ กำหนดให้สัญญาซื้อขายอาจทำเป็นหนังสือประทับตรา จดทะเบียน มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือกระทำด้วยวาจาก็ได้ หลังจากได้มีการยกเลิก มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขาย เมื่อ พ.ศ.2497 แล้ว สัญญาซื้อขายไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสืออีกต่อไปก็สมบูรณ์และฟ้องร้องบังคับคดีได้ ทั้งนี้ ไม่คำนึงว่าทรัพย์สินนั้นจะมีราคามากน้อยเพียงใด ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายลักษณะซื้อขายของประเทศอังกฤษมีขอบเขตจำกัด โดยครอบคลุมการซื้อขายสินค้าที่เป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น<sup>7</sup>

<sup>7</sup> วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2532), หน้า 209.

ส่วนกฎหมายฝรั่งเศส การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ราคาเกินกว่า 150 ฟรังก์ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ แสดงว่า กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสไม่มีแบบสำหรับสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์นั่นเอง เว้นแต่ การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญบางประเภท จึงจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ เรือ เครื่องบิน แพ ลิทิบัตร<sup>๑</sup> (ปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงจำนวนเงินเป็น 5,000 ฟรังก์)

เมื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของไทยในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือในสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์มีลักษณะใกล้เคียงกัน คือไม่ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรม แม้ทำด้วยวาจาก็ใช้ได้ เพราะสัญญาซื้อขายต้องการความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินการซื้อขาย และยังเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น กฎหมายจึงไม่ต้องการให้มีพิธีตรองกันมาก แต่ทั้งนี้ หลักกฎหมายไทยคล้ายกับฝรั่งเศสที่กำหนดให้สัญญาซื้อขายต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพื่อที่จะให้มีหลักฐานในการพิสูจน์ว่ามีการทำสัญญากันจริง จึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ซึ่งต่างจากหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ที่ตกลงเพียงวาจาก็สามารถนำมาฟ้องร้องกันได้แล้ว

ดังนั้น เมื่อทราบหลักเกณฑ์เรื่องนี้ของประเทศไทยมีลักษณะคล้ายกับประเทศฝรั่งเศส จะเห็นว่า จำนวนเงินที่ระบุไว้ในหลักกฎหมายที่ให้สัญญาซื้อขายที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือของประเทศไทยไม่มีการเปลี่ยนแปลง แม้ค่าของเงินจะตกต่ำลงไปมากก็ตาม อันทำให้หลักกฎหมายนี้ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ต่างจากประเทศฝรั่งเศสที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขการกำหนดมูลค่าของเงิน ในการซื้อขายที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยปัญหานี้คล้ายกับสัญญากู้ยืมเงินดังที่กล่าวมาแล้ว จึงควรที่จะทำการแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์

ปัจจุบันการดำเนินการทางธุรกิจได้เปลี่ยนแปลงไปมาก โดยมีการใช้เครื่องมือสื่อสารทางโทรคมนาคมติดต่อเพื่อทำการซื้อขายสินค้ากันมาก โดยเฉพาะในสัญญาซื้อขายที่ไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า ซึ่งมักจะใช้การติดต่อทำสัญญากันทางโทรศัพท์ โทรพิมพ์ และสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เพราะจะทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่าย การติดต่อซื้อขายสินค้าโดยวิธีการสื่อสารดังกล่าวนี้ ต้องอยู่ภายใต้บังคับเรื่องหลักฐานการฟ้องร้องตามมาตรา 456 วรรคสองและสามด้วย โดยในส่วนของที่เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องมี

<sup>๑</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 213.

หลักฐานเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบ แต่เมื่อพิจารณาถึงแนวทางปฏิบัติทางธุรกิจแล้ว โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า การติดต่อสื่อสารเพื่อซื้อขายสินค้ากันก็มักติดต่อโดยทางโทรพิมพ์ โทรภาพ และสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น เช่น E-Mail เป็นต้น ซึ่งน่าจะเชื่อถือได้และอาจตรวจสอบถึงความถูกต้องแท้จริงได้ ดังนั้นจึงอาจมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่อาจไม่มีการลงลายมือชื่อตามความหมายที่ใช้กันเป็นปกติตามมาตรา 456 วรรคสองและสามได้<sup>9</sup> ทำให้หลักกฎหมายตามมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม ไม่สอดคล้องกับสภาพแนวทางปฏิบัติธุรกิจ เพราะหลักกฎหมายนี้บัญญัติมาตั้งแต่ ปี พ.ศ.2471 ซึ่งแต่เดิมเทคโนโลยีไม่มีความก้าวหน้าดังเช่นในปัจจุบัน จึงควรที่ขยายความของหลักฐานการฟ้องร้องให้รวมถึง หลักฐานของสัญญาที่มีการติดต่อกัน โดยการส่งข้อความผ่านสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย และโดยเฉพาะในส่วนเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อของหลักฐานนั้น ก็ควรที่จะทำการปรับปรุงแก้ไข โดยอาจจะศึกษาเทียบเคียงกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 6 ว่า “ สัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ” ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อ 4.2.1 ซึ่งถ้ามีการขยายหลักกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ โดยไม่จำกัดบัญญัติเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบในหลักฐาน โดยเทียบกับสัญญาอนุญาโตตุลาการข้างต้นนี้ ก็จะทำให้หลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือนี้ มีความทันสมัย และนำมาปรับบังคับใช้กับสัญญาบางประเภทที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือประเภทอื่นได้ อันจะเป็นการส่งเสริมให้มีความสะดวก และสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติทางธุรกิจอีกด้วย

#### 4.3.3 สัญญาประกันภัย

ด้วยเหตุที่ว่า การทำสัญญาประกันภัยและการออกกรมธรรม์ประกันภัยเป็นขั้นตอนที่แยกออกจากกัน ในทางปฏิบัติอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ กล่าวคือ เมื่อได้ตกลงกันทำสัญญาประกันภัยเรียบร้อยแล้ว และผู้เอาประกันภัยอยู่ในระหว่างรอรับกรมธรรม์ประกันภัย ซึ่งอาจจะต้องใช้เวลาประมาณ 2 -4 วัน หากเกิดความเสียหายในระหว่างนั้น ผู้เอาประกันภัยจะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือของฝ่ายผู้รับประกันภัย ถ้าเป็นการประกันภัยในวงเงินจำนวนมากและความเสียหายก็เป็น

<sup>9</sup> ธาดา ศาสตราธิต , “ การระงับข้อพิพาท : ปัญหาการเจรจาข้ามวัฒนธรรม,” วารสารนิติศาสตร์ 29 ( มีนาคม 2542) : 51.

จำนวนมากด้วย บริษัทผู้รับประกันภัยอาจปฏิเสธความรับผิด ผู้เอาประกันภัยก็ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องผู้รับประกันภัยได้ เพราะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิด แต่ทั้งนี้ หลักฐานการฟ้องร้องไม่ใช่มีเพียงแต่กรมธรรม์ประกันภัยเท่านั้น ถ้าคู่สัญญามีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างอื่นต่อกันเช่น ใบเสร็จรับเงินชั่วคราว ก็อาจใช้เป็นหลักฐานการฟ้องร้องได้

ปัญหาในการขาดหลักฐานเป็นหนังสือฟ้องร้องบังคับคดีในช่วงระยะเวลาการรับประกันภัยนี้ เป็นปัญหาที่ควรที่ปรับปรุงแก้ไข เพราะช่วงระยะเวลาการรับประกันภัย หากเกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างเวลานั้น ผู้เอาประกันภัยจะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือของฝ่ายผู้รับประกันภัย ถ้าเป็นการประกันภัยในวงเงินมาก และความเสียหายก็เป็นจำนวนมากด้วย ถ้าบริษัทประกันภัยปฏิเสธความรับผิด ผู้เอาประกันภัยก็ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องผู้รับประกันภัย กรณีนี้กรมประกันภัยควรจะกำหนดมาตรการบางประการเพื่อคุ้มครองผู้เอาประกันภัย เช่นบังคับให้ผู้รับประกันภัยจะต้องออกใบคุ้มครองชั่วคราวให้แก่ผู้เอาประกันภัย เมื่อคู่สัญญาทั้งสองได้ตกลงทำสัญญาแล้ว โดยใบคุ้มครองชั่วคราวนี้คุ้มครองภายใต้ข้อความในกรมธรรม์ประเภทนั้น ๆ จนกว่าผู้เอาประกันภัยจะได้รับกรมธรรม์ประกันภัยจากผู้รับประกันภัย<sup>10</sup> ซึ่งผู้วิจัย เห็นว่า กรณีปัญหาที่ดังกล่าวมานั้น ควรมีการแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติประกันชีวิต และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย เพราะกรณีนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักฐานการฟ้องร้องนี้ เป็นปัญหาของขั้นตอนการบริหารงาน ที่ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาจให้มีหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวกับการประกันภัยเข้ามาควบคุม ดูแลเกี่ยวกับการออกกฎเกณฑ์การจัดทำหลักฐานการฟ้องร้องอย่างหนึ่งอย่างใด ขึ้น ขณะได้มีการทำสัญญาประกันภัยเกิดขึ้น เพื่อให้ผู้เอาประกันภัยมีหลักฐานในการฟ้องร้อง หรือแก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวให้มีบทยกเว้น หลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 867 วรรคแรก ซึ่งจะทำให้เกิดความเป็นธรรม และเป็นการสอดคล้องกันระหว่างแนวทางปฏิบัติและหลักกฎหมายด้วย

ในกรณีที่สัญญาประกันภัยอยู่ในระหว่างที่สิ้นอายุสัญญาแล้ว และกำลังตกลงทำสัญญากันใหม่นี้ ปัญหาเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ อาจจะเกิดขึ้นในช่วงต่ออายุกรมธรรม์ประกันภัยได้ โดยถ้ามีการต่ออายุกรมธรรม์ประกันภัย ในกรมธรรม์ประกันภัยฉบับเดิมมีข้อตกลงว่า ถ้าสัญญาประกันภัยตามกรมธรรม์ประกันภัยฉบับเดิมสิ้นอายุกรมธรรม์แล้ว ให้ถือว่าสัญญาประกันภัยมีผลผูกพันคู่สัญญาต่อไปทันที จะมีปัญหาว่า กรณีนี้ถือว่ามีหลักฐานเป็น

<sup>10</sup> ประสิทธิ์ โมวิไลกุล, การตีความกฎหมาย สัญญาและกรมธรรม์ประกันภัย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 53.



หนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 867 วรรคแรกหรือไม่ จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงในสัญญาประกันภัยที่ว่ามีผลผูกพันคู่สัญญาต่อไปนั้น เป็นข้อตกลงที่ใช้บังคับได้ เพราะข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และตามหลักเกณฑ์ของสัญญาประกันภัยดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า เพียงคู่สัญญาตกลงทำสัญญากันด้วยวาจา สัญญาประกันภัยก็เกิดขึ้นแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะขั้นตอนการเกิดขึ้นของสัญญากับการเกิดขึ้นของหลักฐานเป็นหนังสือเป็นคนละขั้นตอนกัน กรณีตามปัญหานี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดี เพราะเมื่อถือว่าสัญญาประกันภัยมีผลบังคับได้ต่อไป แต่กรรมกรรมประกันภัยที่ผู้เอาประกันภัยมีอยู่นั้น เป็นกรรมกรรมฉบับเดิม ที่ระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของการคุ้มครองไว้ชัดเจน ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นในช่วงที่ต่ออายุสัญญาประกันภัยแล้ว ผู้วิจยเห็นว่า ผู้เอาประกันภัยไม่น่าที่จะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกับผู้รับประกันภัยได้ เพราะผู้เอาประกันภัยมีเพียงกรรมกรรมประกันภัยฉบับเดิมที่ถือว่าเป็นหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีในช่วงระยะเวลาที่ระบุไว้ในสัญญาเท่านั้น แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เอาประกันภัยนั้น เป็นระยะเวลาที่ตามสัญญาประกันภัยใหม่แล้ว กรณีนี้จึงถือว่า ผู้เอาประกันภัยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามสัญญาประกันภัยใหม่ จึงไม่สามารถฟ้องร้องผู้รับประกันภัยได้ แต่ถ้าคู่สัญญาตกลงกันในสัญญาประกันภัยฉบับเดิมมีข้อความว่า ถ้าหมดระยะเวลาคุ้มครองตามสัญญาประกันภัยแล้ว ให้ถือว่า กรรมกรรมประกันภัยฉบับนี้เป็นกรรมกรรมประกันภัยชั่วคราวในระหว่างที่รอรับกรรมกรรมประกันภัยฉบับใหม่ ดังนี้ จะถือว่ามีผลเป็นหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อการฟ้องร้องได้หรือไม่นั้น ผู้วิจยเห็นว่า ในช่วงระยะเวลาที่ต่ออายุกรรมกรรมประกันภัยนี้ ถ้ามีข้อตกลงชัดเจนข้างต้นนี้ น่าที่จะบังคับได้ เพราะถือว่า มีหลักฐานการฟ้องร้องแล้ว โดยข้อตกลงนั้นปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในกรรมกรรมประกันภัย ที่ผู้รับประกันภัยลงลายมือชื่อแล้ว ดังนั้น ผู้เอาประกันภัยจึงสามารถที่จะนำกรรมกรรมประกันภัยฉบับที่มีข้อตกลงดังกล่าวมาฟ้องร้องได้ โดยถือว่ากรรมกรรมประกันภัยนี้เป็นหลักฐานการฟ้องร้องแล้ว เพราะเจตนารมณ์เกี่ยวกับหลักฐานการฟ้องร้องนั้น ต้องการเพียงพิสูจน์ว่ามีการตกลงทำสัญญากันจริง เมื่อข้อความดังกล่าวชัดเจนพอสมควร ก็น่าที่จะเป็นหลักฐานได้ แต่อย่างไรก็ตาม การต่อกรรมกรรมประกันภัย เพื่อที่จะไม่ให้เกิดปัญหา ก็ควรที่จะต่อเวลาก่อนที่กรรมกรรมประกันภัยจะหมดอายุ มิฉะนั้นผู้เอาประกันภัยจะตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบ

การประกันภัยต่อนั้นถือว่าเป็นการประกันความรับผิดชอบอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ถือกรรมกรรมประกันภัยไม่มีสิทธิตามสัญญาใด ๆ ที่จะติดต่อกับผู้รับประกันภัยต่อ แต่การที่ผู้รับประกันภัย มีความสามารถที่จะได้รับคืนส่วนหนึ่งของความเสียหาย ตามสัญญาจากผู้รับประกันภัยต่อ จึงเท่า

กับว่าผู้รับประกันภัยต่อเป็นเสมือนตัวประกัน สำหรับสัญญาที่ผู้รับประกันภัยออกให้แก่ผู้ถือกรรมธรรม<sup>11</sup>

แต่จะถือว่าเป็นสัญญาประกันภัยหรือไม่ คงต้องดูว่าประกันภัยต่อนั้นมีองค์ประกอบครบตามหลักมาตรา 861 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าลักษณะของการประกันภัยต่อตามที่อธิบายมาในบทที่แล้ว มีลักษณะครบองค์ประกอบตามสัญญาประกันภัยตามมาตรา 861 กล่าวคือ ผู้รับประกันภัยต่อตกลงที่จะใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับประกันภัยรายแรก โดยมีเงื่อนไขของการใช้เงินว่า ถ้ามีเหตุการณ์เกิดขึ้นในอนาคตอันเป็นวินาศภัยหรือเหตุอย่างอื่นอันได้ระบุไว้ในสัญญา ซึ่งกรณีนี้ถือว่าเป็นการประกันภัยความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัยคนแรก ( LIABILITY INSURANCE ) และผู้รับประกันภัยคนแรกจะส่งเบี้ยประกันภัยให้ผู้รับประกันภัยต่อ โดยนำเงินเบี้ยประกันภัยจากผู้เอาประกันภัยไปเฉลี่ยแบ่งให้แก่ผู้รับประกันภัยต่อ จึงถือว่า การประกันภัยต่อเป็นสัญญาประกันภัยประเภทหนึ่ง ทั้งนี้ลักษณะการประกันภัยต่อเป็นเช่นเดียวกับการประกันภัยครั้งแรก หรือประกันภัยโดยตรงกับผู้รับประกันภัยคนแรก เพียงแต่การประกันภัยต่อ เป็นการรับประกันภัยระหว่างผู้รับประกันภัยด้วยกันเท่านั้น ดังนั้น หลักเกณฑ์ของการประกันภัยทั่วไปย่อมนำมาใช้กับการประกันภัยต่อได้<sup>12</sup> จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าการประกันภัยต่อนี้เป็นสัญญาประกันภัยประเภทหนึ่ง ดังนั้น สัญญาประกันภัยต่อจึงควรที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักเกณฑ์ของสัญญาประกันภัย ซึ่งรวมถึงเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบหรือตัวแทน มิฉะนั้นไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ตามมาตรา 867 วรรคแรกด้วย

<sup>11</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยประกันภัย, พิมพ์ครั้งที่ 4 ( กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540 ), หน้า 318.

<sup>12</sup> สิทธิโชค ศรีเจริญ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการประกันภัย ( กรุงเทพฯ : ประชุมทองการพิมพ์, 2528 ), หน้า 172.