

บทที่ 3

การตีความของคำนิยามของคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ตามกฎหมายต่างประเทศและหลักกฎหมายสากล

ในปัจจุบันการพัฒนากฎหมายพาณิชย์ของแต่ละประเทศมีแนวโน้มที่จะพัฒนากฎหมายพาณิชย์ให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทุกประเทศ แต่เนื่องจากมีความแตกต่างกันทั้งในด้านระบบกฎหมายตลอดจนความจำเป็นภายในประเทศ และผลประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจจึงทำให้การพัฒนากฎหมายพาณิชย์ให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทุกประเทศกระทำได้ยาก ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาการตีความของคำนิยามของคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ตามกฎหมายต่างประเทศและหลักกฎหมายสากล เพื่อนำมาปรับใช้ให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงในเรื่องของการตีความของคำนิยามของคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทุกประเทศ

3.1 การตีความของคำนิยามของคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ตามกฎหมายของประเทศต่างๆ

3.1.1 การตีความของคำนิยามของคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ในการบัญญัติเรื่องเกี่ยวกับการรับผิดชอบทางแพ่งของประเทศฝรั่งเศสนั้น จะประกอบด้วย ความรับผิดชอบออก 2 ลักษณะ คือ ความรับผิดชอบในเรื่องของการไม่ชำระหนี้ หรือในทางกฎหมาย เรียกว่า ความรับผิดชอบในทางสัญญา (La Responsibilite Contractuelle) ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสตั้งแต่มาตรา 1146 ถึงมาตรา 1155 และลักษณะของความผิดอีกประเภทหนึ่ง คือ ความรับผิดชอบในทางละเมิด (La Responsibilite Delictutelle) โดยได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสตั้งแต่มาตรา 1382 ถึงมาตรา 1386 ดังนั้น ความรับผิดชอบในทางสัญญาก่อให้เกิดหนี้ และความรับผิดชอบในทางละเมิดเป็นหนี้ที่เกิดจากการทำตามกฎหมาย แต่ลักษณะความรับผิด ทั้งสองลักษณะเป็นผลที่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้น¹

¹ จี๊ด เศรษฐบุตร. (2546). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ เดือนตุลา.

3.1.1.1 เหตุสุควิสัยในทางสัญญาตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

คำว่า “เหตุสุควิสัย” ตรงกับหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1148 เป็นเรื่องของการรับผิดชอบทางสัญญาจากการไม่ชำระหนี้ ถ้าเกิดจากเหตุภายนอกซึ่งคำหนีลูกหนี้ไม่ได้แล้วลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความหมายของคำว่า “เหตุภายนอก” ซึ่งหมายถึงเหตุสุควิสัยนั่นเอง ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติความหมายของคำว่า “เหตุสุควิสัย” ในลักษณะที่มีความหมายแตกต่างกันออกไป แต่ที่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นหมายถึงสิ่งที่เกิดขึ้นนั้นมาจากอำนาจที่เกินกว่ามนุษย์หรืออยู่นอกเหนืออำนาจของมนุษย์ (Superior) เป็นต้น มาตราที่ได้มีการบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เช่น มาตรา 607 เรื่องสิทธิเก็บกิน, มาตรา 855 เรื่องมรดก, มาตรา 1302 เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ต้องส่งมอบเกิด การสูญหาย, มาตรา 1784 สัญญาการขนส่งทางบกและทางน้ำ, มาตรา 1881 เรื่องสัญญาเช่า, มาตรา 1929 เรื่องสัญญาเช่าฝาก เป็นต้น

ลักษณะของคำว่าเหตุสุควิสัยตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หมายถึง สิ่งที่ไม่อาจคาดหมายได้และเป็นเหตุที่เกิดจากปัจจัยภายนอกที่ไม่อาจควบคุมได้ เช่น เหตุภายนอกได้มีการนำมาอ้างเพื่อใช้เป็นข้อต่อสู้ของจำเลยเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบหรือยกเว้นความรับผิด ดังนั้น “เหตุสุควิสัย” หมายถึง สถานการณ์ที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากที่คู่สัญญาคาดหมายและไม่อาจจะควบคุมหรือใช้กำลังความสามารถเพื่อไม่ให้เกิดขึ้นได้ ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นทำให้ไม่สามารถจะปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาได้จะต้องมีองค์ประกอบที่เป็นลักษณะของเหตุสุควิสัยอยู่ 3 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง ไม่อาจต้านทานได้ (Irresistibility)

ลักษณะของการที่ไม่อาจต้านทานได้ (Irresistibility) หมายถึง อำนาจที่เหนือเกินกว่ามนุษย์ที่จะป้องกันทำให้ไม่อาจจะระทำการชำระหนี้ได้ทั้งหมดหรือบางส่วนไม่ได้รวมถึงเหตุการณ์ที่เกิดจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติเท่านั้น แต่จะพิจารณาการกระทำมนุษย์ที่ทำให้เกิดขึ้นด้วยความสำคัญที่ไม่อาจต้านทานได้ต้องมีขนาดที่จะทำให้คู่สัญญาไม่สามารถที่จะทำอะไรได้เมื่อมีเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้น เช่น ฟ้าผ่าต้นตอกใจโดยเหตุภายนอก คือ ฟ้าผ่าแต่เจ้าของไม่รู้จึงคิดว่าสามารถจะบังคับม้าได้แต่ไม่ทำกับอยู่เฉยๆ เป็นเหตุให้ม้าไปทำความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะอ้างเรื่องเหตุสุควิสัยไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องที่จะป้องกันได้แต่ตนไม่ป้องกันจึงต้องรับผิดชอบจากการกระทำนั้น

ประการที่สอง ไม่อาจคาดหมายได้ (Unforeseeability)

ลักษณะที่ไม่อาจคาดหมายได้ (Unforeseeability) หมายถึง เหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้อย่างแน่นอน ถ้าสามารถคาดหมายได้หรือเป็นที่สงสัยว่าจะเกิดขึ้นก็ถือว่าไม่อาจคาดหมายหรือป้องกันได้และเป็นสิ่งที่บังเอิญชนหรือบุคคลทั่ว ๆ ไปไม่สามารถจะใช้เครื่องวัดหรือตรวจสอบให้รู้ล่วงหน้าเพื่อหลบเลี่ยงหรือป้องกันเหตุการณ์นั้นได้ เช่น ในกรณีของการนัดหยุดงาน

ของคณงานในระหว่างปี ค.ศ.1960 ศาลได้มีการใช้กฎหมายที่อยู่ในลักษณะที่มีความหมายแคบหรือในวงจำกัดและปฏิเสธการนัดหยุดงานว่าเป็นเหตุสุดวิสัย ตามคดีที่ได้มีการพิจารณาของศาลในปี ค.ศ.1983 การนัดหยุดงานของคณงานขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงหรือข้อเท็จจริงว่าจะเป็เหตุสุดวิสัยหรือไม่ ลักษณะเช่นนี้จะพิจารณาจากการคาดหมายของวิญญูชนว่าคาดหมายได้หรือไม่ โดยไม่ได้นำเอาตัวผู้กระทำความผิดมาใช้ในการพิจารณา (In Abstracto) แต่ในบางกรณีก็มีการอ้างอิงตามข้อเท็จจริง คือ การพิจารณาจากการกระทำของตัวผู้กระทำความผิดเอง (In Concreto) และปัจจัยที่เหมาะสมตามสถานการณ์ เช่น เจ้าของม้าได้เทียมลากม้าไปตามถนนมีรถยนต์ขับผ่านไปมาม้าตื่นตกใจจึงไปก่อความเสียหายขึ้น ดังนี้ ไม่ใช่เหตุสุดวิสัยเพราะเหตุที่เกิดกับรถยนต์เจ้าของม้าคาดหมายได้ว่าการจี้รถม้าไปตามท้องถนนที่ต้องมีรถแล่นผ่านไปมาจะทำให้ม้าตื่นง่ายจึงเป็นความบกพร่องของเจ้าของม้า เจ้าของม้าต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้น

ประการที่สาม เกิดจากเหตุภายนอก (Externality)

เหตุที่เกิดจากภายนอก (Externality) เป็นเหตุการณ์ซึ่งไม่ได้เกิดจากการกระทำทั้งทางตรงและทางอ้อมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือเกิดจากจำเลยเป็นผู้ก่อให้เกิด เหตุภายนอกไม่เพียงแต่เกิดจากสภาพการณ์ภายนอกแต่เกิดจากการกระทำภายนอกของคู่สัญญา ดังนั้น ผลเสียหายที่เกิดกับสินค้าหรือยานพาหนะที่ใช้ในการขนส่งเพื่อใช้ในการชำระหนี้ และการกระทำของลูกจ้างไม่อาจนับรวมเข้าใน “เหตุสุดวิสัย” เช่นการก่อสร้างอาคารที่ไม่แข็งแรงหรือการหยุดกระบวนการผลิตเนื่องจากความไม่คล่องตัวทางการเงินเพราะเป็นสิ่งที่ไม่ได้เกิดจากสาเหตุภายนอกแต่เป็นเหตุที่มาจากตัวลูกหนี้เอง

กรณีที่ดีถือว่าเป็นเหตุภายนอก เช่น การที่ฟ้าผ่าลงมาใกล้ ๆ ทำให้ม้าตื่นตกใจวิ่งไปก่อความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่เกิดจากเหตุภายนอกหรือการที่รถไฟวิ่งผ่านมาอย่างรวดเร็วโดยไม่รู้ตัวทำให้ม้าตื่นก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัย

องค์ประกอบทั้งสามที่ประกอบกันทั้งหมดเหมือนกับว่าเป็นสาเหตุของเหตุการณ์ที่เป็นการกระทำที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจเป็นไปได้ แม้ว่าจะเกิดจากสาเหตุภายนอกที่ไม่ได้มาจากการกระทำของคู่สัญญา เพื่อเป็นการสนับสนุนองค์ประกอบของลักษณะที่เป็นเหตุสุดวิสัยที่ต้องมีการแยกพิจารณาให้มึน้ำหนักเท่าเทียมกัน

หลักกฎหมายแห่งประเทศฝรั่งเศสได้มีการตีความอย่างเคร่งครัดกับสถานการณ์หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากปัจจัยเหล่านี้จะเป็นปัญหาในข้อเท็จจริงรวมทั้งเหตุการณ์ที่เกิดจากธรรมชาติต้องเกิดโดยไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้นทันทีทันใดและไม่อาจต่อต้านได้หรืออาจเกิดจากอุบัติเหตุซึ่งเป็นผลจากการกระทำของอำนาจที่ไม่อาจต่อต้านได้และไม่อาจคาดหมายได้ ลักษณะของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่เป็นทั้งเหตุสุดวิสัยในทางกฎหมายและในข้อเท็จจริง เช่น เกิดฝนฟ้าคะนอง

อย่างรุนแรงต้นไม้ล้มลงก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมา เหตุการณ์เหล่านี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นทันทีทันใด เป็นเหตุการณ์ที่ไม่ใช่เรื่องปกติธรรมดาที่จะคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้น

ในเรื่องสัญญาการขนส่งสินค้า ถ้ากรณีเกิดอุปสรรคเนื่องจากการเดินขบวน เหตุการณ์เหล่านี้ก็อาจจะถือได้ว่าเป็นเรื่องของเหตุสุดวิสัย แต่ในเหตุการณ์ของความเปลี่ยนแปลงในเรื่องรสนิยมของประชาชนหรือการแนะนำสินค้าใหม่เพื่อเข้าในตลาดหรือ การแทรกแซงของอำนาจฝ่ายบริหารจะไม่ถือว่าเป็นลักษณะของเหตุสุดวิสัยเพราะถือว่าเป็นเหตุการณ์ที่อาจคาดหมายได้จากพฤติกรรมที่เกิดจากการกระทำของคนในการพิจารณาเรื่องความเป็นไปไม่ได้ในทบบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับเอกเทศสัญญานั้นจะพิจารณาจากความสมเหตุสมผลของข้อตกลงตามที่มีการทำกันไว้

ดังนั้น ในความหมายของความเป็นไปไม่ได้ที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงจะต้องคำนึงถึงด้านเศรษฐกิจและสิ่งที่จะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาเป็นข้อพิจารณาในเรื่องของเหตุสุดวิสัย บุคคลที่ไม่มีความสามารถหรือลูกหนี้ที่ไม่สามารถจะชำระหนี้ได้อย่างสมบูรณ์ก็อาจจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในหนี้นั้นโดยอ้างเรื่องเหตุสุดวิสัยได้ ในกรณีของการเกิดไฟไหม้โรงงานที่มีการผลิตสินค้าตามข้อตกลงในสัญญาอาจไม่ถือเป็นเหตุสุดวิสัยหรือการประกาศของฝ่ายบริหารในกรณีเหตุฉุกเฉิน และกรณีการล้มละลายก็ไม่เป็นการยกเลิกความเป็นหนี้ได้โดยอัตโนมัติสิ่งเหล่านี้ไม่อาจถือได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัยเสมอ ไปขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง

ผลจากเหตุสุดวิสัยในเรื่องของอายุความอาจจะลดหยุดลงในเวลาที่หนี้ถึงกำหนดเวลาที่จะชำระหรือต้องมีการปฏิบัติตามสัญญา แต่ไม่อาจกระทำตามที่กำหนดไว้ในสัญญาได้เนื่องจากลูกหนี้ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ที่ถึงกำหนดเวลาได้เพราะเกิดจากอำนาจที่อยู่เหนือการควบคุมของลูกหนี้หรือเป็นเหตุที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น การประท้วงของพนักงานไปรษณีย์และการประท้วงของบริษัทขนส่ง เป็นต้น อันเป็นเหตุการณ์ที่เข้ามาขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้

อายุความสะดุดหยุดลงจนกว่าสาเหตุที่เป็นอุปสรรคที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ จะหมดไปจากผลของเหตุสุดวิสัยที่เกิดขึ้นจะก่อให้เกิดผลอยู่สองลักษณะ คือ

ประการแรก ลูกหนี้หลุดพ้นจากความเสียหายจากการที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องอันมีผลมาจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้

ประการที่สอง คือ ลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากความเป็นหนี้นั้น

เหตุสุดวิสัยที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลตัวอย่างในกรณีเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นลักษณะที่เป็นเหตุสุดวิสัย เช่น การเดินขบวนประท้วงของคณาจารย์ทั้งหลายอาจเป็นเรื่องที่คาดหมายได้ เรื่องเกี่ยวกับการประท้วงของคณาจารย์รถไฟในการพิจารณาของศาลได้ถือหลักว่าอำนาจหน้าที่ของการรถไฟมีหน้าที่ต้องแก้ไขปัญหาในการขนส่ง โดยไม่ได้พิจารณาว่ามีวิธีอื่นอีกหรือไม่ที่จะป้องกัน

ไม่ให้เกิดการรวมตัวกันจากการประท้วงของคนงานเพราะ โดยทั่วไปการประท้วงมักจะไม่เป็นเรื่องของเหตุสุจริตวิสัย เหตุผลคือนายจ้างต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างในความเสียหายจากการกระทำที่ลูกจ้างกระทำผิดกฎหมายและการประท้วงอาจเป็นเรื่องที่คาดหมายได้และป้องกันได้ จึงไม่เข้าองค์ประกอบของลักษณะที่เป็นเหตุสุจริตวิสัย

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1147 ในการอ้างอิงเรื่องเหตุสุจริตวิสัยต้องมีลักษณะของรูปธรรมที่เป็นเหตุที่เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ซึ่งต้องมีการพิจารณาจากสิ่งที่เกิดขึ้น ในกรณีการขยายขอบเขตของการทำสงครามอาจจะทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาเป็นไปได้ลำบากขึ้น แต่ไม่ถึงกับเป็นไปได้ที่จะทำให้ธุรกิจไม่อาจดำเนินการต่อไปได้

ลักษณะของความผิดที่เกิดจากสัญญาที่ศาลถือว่าเป็นเหตุสุจริตวิสัยที่ไม่อาจคาดหมายได้ในเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นหรืออาจจะป้องกันหรือหลีกเลี่ยงได้ เช่น อุบัติเหตุในท้องถิ่นเป็นลักษณะของความผิดทางละเมิดที่มีการชนคนโดยสารตามสัญญาในกรณีที่ผู้ขับรถยนต์สามารถที่จะอ้างเรื่องเหตุสุจริตวิสัยได้และถ้าเป็นเช่นนั้นผู้เสียหายจากการเดินทางโดยรถโดยสารก็จะไม่ได้รับการเยียวยาเพราะอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นนั้นมีสาเหตุมาจากเหตุสุจริตวิสัย แต่การเยียวยาผู้เสียหายสามารถกระทำได้จากการใช้กฎหมายคุ้มครองบุคคลที่สามซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกันภัยบุคคลที่สาม ลงวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2528 ที่ได้มีการประกาศบังคับใช้

คำที่มีความหมายเกี่ยวกับเหตุสุจริตวิสัยได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1148 โดยใช้คำว่าเกินความคาดหมายของมนุษย์และไม่อาจป้องกันได้หรือใช้ความระมัดระวัง ซึ่งในบทบัญญัติของกฎหมายประเทศฝรั่งเศสไม่ปรากฏว่าได้มีการบัญญัติไว้แต่มีการนำคำว่าเหตุสุจริตวิสัยมาใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อให้หลุดพ้นไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดอันเป็นเพียงข้ออ้างหรือข้อต่อสู้เดียวที่เป็นไปได้

ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1384 ในเรื่องสิ่งของที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของบุคคล ถ้ามีสิ่งที่เป็นอุปสรรคที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้นและส่งผลให้เกิดความเสียหายโดยอุปสรรคเหล่านั้นอาจเป็นสิ่งที่มาจากเหตุภายนอก เช่น เป็นการกระทำที่เกิดจากความผิดของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นมาจากเหตุปัจจัยเหล่านี้ บุคคลภายนอกที่มีส่วนผิดในการก่อให้เกิดความเสียหายแต่ไม่ใช่ทั้งหมด ดังนั้นความเสียหายต้องมีการแบ่งความรับผิดชอบตามอัตราส่วนของความผิดที่แต่ละฝ่ายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดขึ้น โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดค่าความเสียหาย

3.1.1.2 เหตุสุจริตวิสัยตามกฎหมายละเมิดฝรั่งเศส

กฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติไว้เพียง 5 มาตรา คือ มาตรา 1382 ถึงมาตรา 1386 โดยในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้รับแนวความคิดว่า

บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนเองที่เกิดจากความจงใจ (Willfully) หรือประมาทเลินเล่อ (Negligently) ของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 ที่บัญญัติว่า “การกระทำของบุคคลซึ่งทำให้บุคคลอื่นเสียหายโดยการกระทำผิดของตนต้องชดใช้ ค่าสินไหมทดแทน” ดังนั้น การกระทำที่เป็นละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจึงอยู่บนพื้นฐานของการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ

เนื่องจากระบบกฎหมายที่ใช้กันอยู่ของแต่ละประเทศและประเพณีที่ถือปฏิบัติแตกต่างกัน การบัญญัติคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้เริ่มมาจากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องสัญญา แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับละเมิดไม่ได้มีการบัญญัติไว้ ดังนั้น เรื่องเหตุสุดวิสัยในทางละเมิดจึงมาจากการที่ศาลของประเทศฝรั่งเศสได้นำเอาบทบัญญัติจากกฎหมายในเรื่องสัญญาที่ถือว่าเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้กับความรับผิดทางละเมิด²

ในประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งอย่างชัดเจนระหว่างกรณีการชำระหนี้เป็นเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) กับเรื่องของสถานการณ์ซึ่งทำให้สัญญาที่เงื่อนไขทางเศรษฐกิจอันเป็นรากฐานสำคัญเกิดความไม่แน่นอนและเกิดการเปลี่ยนแปลงที่มีผลกระทบต่อสัญญาอย่างมาก (Imprévision) โดยหลักประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสถ้าสัญญาไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับพฤติกรรมต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปจะต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญาโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาใดๆ ทั้งสิ้น

ซึ่งศาลฝรั่งเศสไม่สนับสนุนให้มีการประเมินสถานการณ์ทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาหรือ ไม่ใช้หลักความเป็นธรรมตีความถ้อยคำในสัญญา กล่าวคือการจะหลุดพ้นจากความรับผิดในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คือกรณีเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) เท่านั้น ศาลฝรั่งเศสจะไม่ยอมรับหลักเรื่องของสถานการณ์ซึ่งทำให้สัญญาที่เงื่อนไขทางเศรษฐกิจอันเป็นรากฐานสำคัญเกิดความไม่แน่นอนและเกิดการเปลี่ยนแปลงที่มีผลกระทบต่อสัญญาอย่างมาก (Imprévision) แต่ก็ไม่ได้ปฏิเสธหลักนี้อย่างสิ้นเชิง

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1142 วางหลักว่าหนี้ใดๆ ที่ต้องกระทำ หรืองดเว้นการกระทำนั้นสิ้นสุดลง โดยความเสียหายเมื่อใดก็ตามที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 1148 ได้กำหนดว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องไม่ใช้ในกรณีของเหตุสุดวิสัย โดยกำหนดเงื่อนไข 4 ประการ คือ ต้องเป็นเหตุการณ์ที่ไม่อาจต้านทานให้เกิดขึ้นได้ (Irresistible) และเหตุการณ์นั้นต้องไม่อาจคาดเห็นได้ (Unforeseeable) เหตุการณ์นั้นเป็นเรื่องที่เกิดจากภายนอก

² ปรีดี เกษมทรัพย์. (2542). นิติปรัชญาภาคสอง: บทนำทางประวัติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์. หน้า 270-271.

(To Be An Outside) และต้องไม่ใช่ความผิดของลูกหนี้ (The Debtor is not at Fault) มาตรฐานยอมรับว่า สัญญาสามารถสิ้นผลเนื่องจากเหตุสุดวิสัย แต่มาตรฐานนี้ไม่ใช่บทบังคับเด็ดขาด (Mandatory Law) คู่สัญญาสามารถกำหนดกรณีต่างๆ ให้เป็นเหตุสุดวิสัยได้และศาลต้องถือตามเจตนาของคู่สัญญานั้น (Autonomie de la Volonte)³

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ประเทศฝรั่งเศสมีการตีความของคำนิยามของคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ที่แคบเกินไปไม่ทันต่อยุคสมัยในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไปมาก ซึ่งในปัจจุบันนี้วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจและกรณีที่มีการชำระหนี้เกิดความยากลำบากอย่างมาก (Hardship) ซึ่งเป็นผลกระทบต่อ การประกอบกิจการของคู่กรณีทำให้ไม่สามารถชำระหนี้ได้กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ยังไม่ได้อธิบาย เป็นเหตุสุดวิสัย แต่กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังเปิดช่องให้คู่สัญญาสามารถกำหนดกรณีต่างๆ ให้เป็นเหตุสุดวิสัยได้และศาลต้องถือตามเจตนาของคู่สัญญานั้น ต่อมาประเทศฝรั่งเศสได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) ซึ่งถ่านำ Article 79 ของ CISG มาบังคับใช้แก่สัญญา คู่สัญญาจึงจะได้รับการคุ้มครองในเรื่องสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ การเมืองและสงคราม แต่ Article 79 ของ CISG จะมีผลบังคับใช้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาตกลงให้ใช้บังคับ กับสัญญาและการจะนำมาใช้ได้นั้นต้องเป็นประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญานี้เท่านั้น

3.1.2 การตีความของคำนิยามของคำว่าเหตุสุดวิสัยตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้รับเอา Uniform Law on International Sale of Goods และ Uniform Law on the Formation of the Contracts for the International Sale of Goods ซึ่งร่างมาจากผลของการประชุมที่กรุง Hague ในปี ค.ศ.1954 มาบัญญัติเป็นกฎหมายของอังกฤษแต่กฎหมายนี้จะใช้บังคับกับคู่สัญญาก็ต่อเมื่อคู่สัญญาตกลงให้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้เท่านั้น

นับตั้งแต่ Uniform Law on International Sales Act (1967) มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1972 เป็นต้นมาปรากฏว่าไม่ได้มีการนำมาใช้กันในทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา กฎหมายฉบับนี้ไม่ค่อยมีความสำคัญเพราะจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อคู่สัญญาตกลงให้ใช้กฎหมายฉบับนี้บังคับ

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงให้นำบทบัญญัติของ Uniform Law on International Sales Act (1967) มาใช้และเป็นกรณีที่สัญญาต้องบังคับตามกฎหมายอังกฤษก็จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของ The Sale of Goods Act ซึ่งได้บัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกใน ค.ศ.1983

The Sale of Goods Act นี้ได้มีการแก้ไขหลายครั้งระหว่างปี ค.ศ. 1954-1977 ซึ่งการแก้ไขต่างๆ นั้นได้นำมาประมวลไว้ใน The Sale of Goods Act (1979)⁴

³ Zweigert K. & Kotz H. (1992). *Introduzione al Diritto Comparato* Vol.1 : Principi Fondamentali Traduzione di Barbara Pozzo (Giuffeè : Milano). P. 563 - 565.

⁴ Halsbury's Laws of England. (1983). para. 605. at 558-559(Lord Hailsham 4th ed).

ภายใต้ The Sale of Goods Act (1979) สัญญาซื้อขายซึ่งอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยประทับตราหรือไม่ก็ได้ (Either with or Without Seal) หรือกระทำโดยวาจา (By Word of Mouth) หรือบางส่วนโดยลายลักษณ์อักษรบางส่วนโดยวาจาหรือโดยลักษณะท่าทางของคู่สัญญาก็ได้

กฎหมายซื้อขายของประเทศอังกฤษ คือ The Sale of Goods Act 1979 (SGA) ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายสัญญา (Law of Contract) ในระบบ Common Law อันมีความแตกต่างในสาระสำคัญหลายประการจากหลักกฎหมายสัญญาในระบบ Civil Law อาทิ หลักการให้สิ่งตอบแทนในการทำสัญญา (Consideration) หลักการเยียวยาลำดับแรกหรือการเยียวยาขั้นพื้นฐาน (Primary Remedy) หลักการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้า (Liquidated Damages) หลักเหตุสุดวิสัย เป็นต้น ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกันกับหลักกฎหมายในระบบ Civil Law โดยสังเขปดังนี้

1. หลักสิ่งตอบแทนในการทำสัญญา (Consideration) ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการเกิดสัญญา หรือ Formation of Contract ในระบบ Common Law ที่นอกเหนือจาก ‘คำเสนอ’ (Offer) และ ‘คำสนองรับ’ (Acceptance) โดยในระบบ Common Law นอกเหนือจากการที่คู่สัญญาต้องทำคำเสนอและคำสนองให้ถูกต้องตรงกันแล้วคู่สัญญาจะต้องให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งเรียกว่า Consideration เพื่อเป็นการตอบแทนในการทำสัญญาแก่กันและกันด้วย โดย Consideration ไม่จำเป็นต้องเป็นเงินก็ได้ อาจเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นหรือเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ต้องมีมูลค่า (Value) ทางจิตใจมีเช่นนั้นแล้วจะถือว่ายังไม่ครบองค์ประกอบในการทำสัญญา ซึ่งจะทำให้สัญญาใช้บังคับกันไม่ได้ อนึ่งหลัก Consideration ไม่ปรากฏในระบบ Civil Law ดังนั้นจึงเป็นข้อควรระวังที่คู่สัญญาควรต้องทราบในขณะที่เข้าทำสัญญา

2. หลักการเยียวยาลำดับแรก (Primary Remedy) หรือหลักการเยียวยาขั้นพื้นฐานซึ่งในระบบ Common Law คือ การเรียกค่าเสียหาย (Claiming Damages) ในขณะที่ระบบ Civil Law คือ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance)⁵ โดยหลักทั้งสองนี้มีผลในทางกฎหมาย (Legal Consequences) แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญกล่าวคือ หากเป็นสัญญาในระบบ Common Law คู่สัญญาพึงระวังว่าสัญญาที่ตนเข้าทำนั้นเสี่ยงต่อการถูกยกเลิก (Termination of Contract) เพื่อนำไปสู่การเรียกค่าเสียหายซึ่งเป็นหลักการเยียวยาลำดับแรก (Primary Remedy) ซึ่งเคร่งครัดกว่าสัญญาในระบบ Civil Law ที่เปิดโอกาสให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก่อนการเลิกสัญญา และสามารถเรียกค่าเสียหาย (อันเป็นเหตุผลที่ CISG กำหนดให้ Specific Performance เป็น Primary Remedy

⁵ Will. Michael. (1987). *Remedy for Breach of Contract by the Seller: Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*. eds. C.M. Bianca/M.J. Bonell. Milan: Giuffrè. p. 333.

เช่นเดียวกับระบบ Civil Law)⁶เนื่องจากมีความสอดคล้องกับลักษณะของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเหตุผลสำคัญของความแตกต่างนี้เกิดจากการที่ระบบกฎหมายทั้งสองมีที่มาแตกต่างกัน

โดยระบบกฎหมาย Common Law พัฒนามาจากพ่อค้า (Merchant)⁷ หลักกฎหมายต่างๆ จึงมุ่งเน้นในการแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติระหว่างพ่อค้าด้วยกันเองและเพื่อให้การค้าเดินไปได้ หลักกฎหมายเหล่านี้ต้องมีความเคร่งครัดจับต้องได้ อาทิหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาก็ต้องเปิดโอกาสให้อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้โดยพลัน เพื่อเปิดโอกาสให้เข้าไปทำสัญญาใหม่กับผู้ค้ารายอื่นการค้าจะได้ไม่หยุดชะงัก เป็นต้น ผลพลอยได้อีกประการหนึ่งก็คือหลักกฎหมายที่เคร่งครัดเช่นนี้ก็ถือเป็นการป้องปรามให้คู่สัญญาเกรงกลัวการผิดสัญญา

ในขณะที่ระบบ Civil Law พัฒนามาจากพระและนักปรัชญาทั้งหลายในยุคความรุ่งเรืองของอาณาจักรโรมันซึ่งมิได้มุ่งแก้ปัญหาในทางปฏิบัติของพ่อค้า หลักกฎหมายต่างๆ จึงมีความผสมผสานของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Equity) ซึ่งหนึ่งในนั้น คือ Specific Performance ที่มีความเคร่งครัดน้อยกว่าหลัก Claiming Damages ในระบบ Common Law ในเรื่องการผิดสัญญาดังกล่าว ดังนั้น มีคำกล่าวว่ระบบกฎหมาย Civil Law คำนึงถึงศีลธรรม และปรัชญามากกว่าระบบ Common Law (Civil Law is described as being more Moral and Philosophical than the Common Law)

อย่างไรก็ตามในทางกลับกันถึงแม้ระบบกฎหมาย Common Law อาจดูว่ามีศีลธรรมน้อยกว่าแต่ในทางปฏิบัติแล้วมีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาระหว่างคู่สัญญาได้มากกว่าระบบกฎหมาย Civil Law

3. หลักการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้า (Liquidated Damages) ซึ่งในระบบ Common Law มีความแตกต่างจากหลักกฎหมายในระบบ Civil Law ที่เรียกว่า ‘Penalty’ หรือ ‘การลงโทษ’ กล่าวคือสิ่งที่ถือได้ว่าเป็น Liquidated Damages และศาล Common Law จะยอมบังคับให้นั้นต้องมีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ล่วงหน้าในการผิดสัญญาอย่างแท้จริงมิใช่เพื่อการลงโทษ (Penalty) ดังนั้นเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจึงมีสิทธิในการเรียกร้อง Liquidated Damages ได้ โดยไม่ต้อง มีการพิสูจน์ความเสียหายเสียก่อนและศาลก็ไม่มีอำนาจในการปรับลดจำนวนค่าเสียหายลงได้อันแตกต่างจากกฎหมายไทยซึ่งได้รับอิทธิพลจาก

⁶ Lookofsky. Joseph. (1995). *Understanding the CISG in the USA: A Compact Guide to the 1980 UN Conventions on Contracts for the International Sales of Goods*. Boston/The Hague/London: Kluwer Law International. p. 66.

⁷ Draetta Ugo,. Lake Ralph B. (1992). *Nanda Ved P Breach and Adaptaion of International contracts: An Introduction to Lex Mercatoria*. New Hamshire: Butterworth Legal Publishers. pp. 33-35.

ระบบ Civil Law ที่ยอมรับให้มีการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าเพื่อจะลงโทษ (Penalize) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ก็ให้ดุลพินิจศาลในการปรับลดจำนวนค่าเสียหายลงได้หากเห็นว่าสูงเกินไป ทั้งนี้อาจเป็นเพราะค่าเสียหายที่ถูกกำหนดขึ้นไว้เพื่อเป็นการลงโทษอาจมีจำนวนสูงเพื่อให้เกิดความเกรงกลัว

4. หลักเหตุสุดวิสัยระบบ Common Law ที่เรียกว่า 'Frustration of Contract' อันมีประเพณีการปฏิบัติและการบังคับใช้ (Legal Tradition) แตกต่างจากหลักที่ใกล้เคียงกันนี้ กล่าวคือ หลักกฎหมาย Common Law เป็นหลักกฎหมายที่มีความเคร่งครัด ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในระบบ Common Law จะอ้างเหตุสุดวิสัยภายใต้หลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญานั้นมักกระทำไม่ได้โดยง่ายไม่ว่าจะโดยกระบวนการบัญญัติกฎหมาย (Legislation) หรือโดยคำพิพากษาของศาล (Judge-Made Law/Judicial Decision)⁸ จนกระทั่งมีข้อเสนอแนะให้คู่สัญญาใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract/Party Autonomy) เพื่อกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับเหตุสุดวิสัยขึ้นใช้บังคับระหว่างกันตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลัก Mandatory Rules อันเป็นสิ่งที่ไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ โดยข้อเสนอแนะดังกล่าวก็คือ การให้นำข้อสัญญาที่เรียกว่า Force Majeure ซึ่งใช้กันโดยทั่วไปในสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ รวมทั้งสัญญาซื้อขายมากำหนดไว้นั่นเอง

5. หลักการแบ่งแยกข้อสัญญาในระบบ Common Law (Contract Term) ที่มีการแบ่งข้อสัญญาออกเป็น 2 ประเภทหลัก ๆ คือ 'Condition' และ 'Warranty' เพื่อกำหนดหรือแบ่งแยกว่าอะไรคือข้อสัญญาหลัก (Major Term หรือ Condition) และอะไรคือข้อสัญญารอง (Minor Term หรือ Warranty) เพื่อประโยชน์ในการให้การเยียวยาทางกฎหมาย (Remedy) กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้หากเป็นการผิดสัญญาในข้อที่เป็น Condition

แต่การผิดสัญญาในข้อที่เป็น Warranty นั้น จะเลิกสัญญาไม่ได้จะกระทำได้อีกก็เพียงการเรียกค่าเสียหาย (Damages) เท่านั้น หลักกฎหมายสัญญาดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 13-15 ของ SGA ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการซื้อขาย โดยกำหนดให้ทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นจะต้องมีคุณภาพ (Quality) และความเหมาะสมในการใช้งาน (Fitness) ที่เรียกว่า 'General Rules of Implied Terms as to Quality and Fitness' ข้อกำหนดดังกล่าวจึงถือว่าเป็น Condition ตามหลักกฎหมาย

⁸ Ewan Mc Kendrick. (1995). *Force Majeure and Frustration—Their Relationship and A Comparative Assessment in Force Majeure and Frustration of Contract*, London/New York/Hamburg/Hong Kong : Lloyds of London Press Ltd. p. 33.

⁹ Jumpita Ruangvichathorn. (1999). *Breach of Contract in International Sale of Goods : An Evaluation of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1994 UNIDROIT Principles as Compared with English Law and the (US) Uniform Commercial Code*, Ph. D Thesis, University of Exeter. England. Chapter 3 และ Chapter 4).

ทั่วไปดังกล่าวในข้อ 241 ดังนั้น หากผู้ขายผิดสัญญาอันเนื่องมาจากบทบัญญัติทั้งหลายในมาตรา 13-15 ของ SGA ซึ่งเป็นหัวใจของสัญญาซื้อขายผลที่ตามมาคือผู้ซื้อสามารถบอกปิดไม่รับสินค้า (Reject the Goods) และเรียกเงินที่จ่ายไปแล้วคืน (Recover the Price Paid) และฟ้องเรียกค่าเสียหายสำหรับการไม่ส่งสินค้าได้อีก (Sue for Damages for Non-Delivery)¹⁰ ปัญหาที่คือภายใต้กฎหมายซื้อขายของอังกฤษการเลิกสัญญา (Repudiation of Contract) ถือเป็นเรื่องปกติในทางปฏิบัติ (Practice)¹¹

ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายอังกฤษ มีลักษณะคล้ายกับแนวความคิดของ CISG ซึ่งถูกบัญญัติหรือออกแบบขึ้นเพื่อใช้กับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศโดยเฉพาะเนื่องจากสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบอื่นๆ อีกมากมายไม่ว่าจะเป็นในเรื่อง (1) ระยะทางที่ต้องเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาอื่นๆ อีกหลายฝ่าย อาทิผู้ขนส่งและผู้รับประกันภัย (2) เงินลงทุนที่สูง และ (3) ระยะเวลาของสัญญาที่ยาวกว่า (Longer Duration) การเลิกสัญญาย่อมไม่ก่อให้เกิดผลดีแก่คู่สัญญาฝ่ายใดเลย

ดังนั้น เหตุที่จะมีการบอกเลิกสัญญาได้ภายใต้บทบัญญัติของ CISG คือ เหตุซึ่งเข้าองค์ประกอบที่เรียกว่าการผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือ 'Fundamental Breach' ในมาตรา 25¹² โดยหากไม่เข้าองค์ประกอบครบตามมาตรา 25 แล้วก็จะเลิกสัญญาไม่ได้และทางที่จะต้องพิสูจน์ตามมาตรา 25 ดังกล่าวก็เป็นผลทำให้การเลิกสัญญาแตกต่างจากหลักของ SGA นั่นเอง ดังนั้น หากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ผู้ประกอบการไทยเข้าทำกับคู่สัญญาชาวอังกฤษมีการกำหนดให้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา (Governing Law) ผู้ซื้อชาวไทยพึงต้องระวังในประเด็นดังกล่าวเหล่านี้ด้วย

¹⁰ SGA มาตรา 51 "(1) Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintain an action against the seller for damages for non-delivery."

¹¹ Similar Reform in UK Sales Law has been urged by the Law Reform Commission, and was brought a little closer by the 1994 amendments to the SGA

¹² Article 25 "คู่สัญญาฝ่ายใดผิดสัญญาจะถือเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ ถ้าเป็นผลให้เกิดความเสียหายถึงขนาดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับสิ่งที่เขาพึงจะได้ตามสัญญา เว้นเสียแต่ว่าคู่สัญญาที่ผิดสัญญาไม่สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าและวิญญูชนในลักษณะเดียวกันและภายใต้สถานการณ์เดียวกัน ไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าเช่นกัน"

3.1.2.1 การตีความของคำนิยามของคำว่าเหตุสุดวิสัยตามหลักกฎหมายของประเทศ

อังกฤษ

ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุสุดวิสัยนั้น จะมีการใช้คำว่า "การกระทำของพระเจ้า" (Act of God) ซึ่งหมายถึง อุบัติเหตุหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยมนุษย์มิได้เกี่ยวข้องกับภัยเป็นเหตุการณ์ทางธรรมชาติ เช่น พายุหรือแผ่นดินไหว เป็นต้น แต่จะแยกลักษณะของต้นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยมีการแบ่งตามลักษณะของสาเหตุที่เป็น Act of God อยู่ด้วยกันสองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง มีสาเหตุมาจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ

ประการที่สอง มีสาเหตุมาจากการกระทำของคนอื่น ได้แก่การกระทำของบุคคลที่สามหรือการกระทำของบุคคลภายนอกและการกระทำของคนแปลกหน้า

เหตุสุดวิสัยที่เกิดจากการกระทำของคนอื่น ได้แก่การกระทำที่เกิดจากบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามมีข้อที่ควรพิจารณาอยู่ 3 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง บุคคลภายนอก หมายถึง ผู้บุกรุกหรือบุคคลผู้ได้รับอนุญาตอันเกิดจากการควบคุมดูแลป้องกันที่บกพร่องซึ่งต้องจัดให้มีอย่างเหมาะสมรอบพื้นที่

ประการที่สอง เกิดจากความประมาทของบุคคลภายนอกหรือผู้เสียหายแต่ก็เป็นปัญหาของจำเลยที่จะพิสูจน์ว่าเกิดจากความประมาทของบุคคลภายนอกหรือผู้เสียหาย

ประการสุดท้าย คือ การกระทำของบุคคลภายนอกหรือผู้เสียหายซึ่งจำเลยจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนเองไม่อาจคาดหมายได้จากการกระทำเช่นนั้น

ลักษณะทั้งสามประการนี้เป็นแนวทางในการพิจารณาเหตุสุดวิสัยอันเกิดจากการกระทำของคน ความหมายของคำว่าอุบัติเหตุ คือ เหตุที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือป้องกันได้แม้จะได้อาศัยความระมัดระวัง

การใช้ความระมัดระวัง เช่น วิทยุชนหรือคนธรรมดาทั่วไปเป็นเกณฑ์ขณะนั้น และในสถานการณ์เช่นนั้นรวมทั้งการบรรทัดฐานของความรู้ของบุคคลทั่วไปที่จะปกป้องดูแลอย่างสมเหตุสมผลที่อาจเป็นไปได้ แต่ไม่ต้องปกป้องดูแลด้วยเหตุที่อาจเกินกว่าปกติ เช่น ขณะขับรถยนต์ไปตามถนนเกิดพายุหิมะเป็นเหตุที่ไม่สามารถควบคุมรถยนต์ได้เกิดการลื่นไถลเป็นสถานการณ์ที่ไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้

การกระทำที่เกิดจากบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามสามารถนำมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้พ้นผิดโดยไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำทางละเมิดอันได้แก่ คดีที่เป็นการกระทำละเมิดต่อบุคคล จำเลยอ้างเรื่องอุบัติเหตุที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หรือเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นความรับผิด เนื่องจากจำเลยเป็นเด็กใช้ปืนกระด้างยิงไกลเกิดการสะท้อนกับ

ต้นไม้ในมุมที่ผิดปกติเพราะผิวของต้นไม้เป็นเหตุให้โจทก์บาดเจ็บ เนื่องจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดหมายได้หรือใช้ความระมัดระวังตามสภาพการณ์เช่นนั้น

3.1.2.2 หลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป (ผลกระทบจากวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจ)¹³

ในปัจจุบันสัญญาหลายฉบับที่ประเทศไทยทำกับต่างประเทศระบุให้กฎหมายอังกฤษหรือกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ (Governing Law หรือ Applicable Law) ในกรณีเช่นว่านั้นกฎหมายคอมมอนลอว์จึงใช้บังคับกับสัญญาด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นคือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ประสบปัญหาทางเศรษฐกิจมักจะหาทางหลุดพ้นจากความผูกพันทางสัญญาโดยอ้างว่าภัยพิบัติหรือวิกฤติทางเศรษฐกิจทำให้ตนไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป คู่สัญญาชาวไทยที่ทำสัญญากับต่างประเทศไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ตามสัญญาที่ฝ่ายไทยเสียเปรียบอันสืบเนื่องมาจากวิกฤติทางเศรษฐกิจเพราะสามารถอ้าง FORCE MAJEURE ที่มีในกฎหมายต่างประเทศนั้นมาเป็นเหตุที่จะหลุดพ้นจากการผูกพันทางสัญญาได้ ความเข้าใจเช่นว่านั้นเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องเนื่องจากกฎหมายในแต่ละประเทศมีการตีความ FORCE MAJEURE ไว้แตกต่างกัน

หลัก Frustration (The Doctrine of Frustration) เป็นหลักกฎหมายดั้งเดิมตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งพัฒนามาจากหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation)

(1) หลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา

ในเริ่มแรกนั้น Common Law มีหลักที่ว่าเมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาแล้วก็ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา แม้การปฏิบัติชำระหนี้จะกลายเป็นพันวิสัยหรือไม่สามารถปฏิบัติได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม คู่สัญญาก็ไม่อาจจะยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญา ถ้าประสงค์จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาก็ต้องกำหนดข้อสัญญาระหว่างกันอย่างชัดแจ้ง (Express Stipulation) หลักนี้เรียกว่า “หลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา” (Absolute Contractual Obligation) เช่น ในคดี *Bottoms v. York Corp.*¹⁴ ผู้รับเหมาก่อสร้างบ้านไม่อาจอ้างได้ว่าตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้เนื่องจากความบกพร่องของพื้นดินที่ทำให้ตนไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้

¹³ พินัย ฒ นคร. (2545). “หลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป : ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32 (ฉบับที่ 1). หน้า 138-153.

¹⁴ *Bottoms v. York Corp.* (1892) 2 Hudson's BC (4th edn.). p. 208.

(2) สาเหตุสำคัญของหลัก Frustration

เพื่อคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา ศาลอังกฤษได้สร้างหลัก Frustration ขึ้นในเวลาต่อมา โดยศาลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้นั้นได้ถ้ามีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายเกิดขึ้น (Supervening Event) และเป็นผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป ดังนั้นในกรณีที่ทรัพย์สินตามสัญญาถูกทำลายไปโดยสิ้นเชิงภายหลังที่ได้มีการทำสัญญา (Total Destruction of The Contemplated Subject – Matter of The Contract) สัญญาก็จะสิ้นสุดโดยเหตุของ Frustration เช่นคดี Taylor V. Caldwell¹⁵ ซึ่งผู้เช่าทำสัญญาเช่าโรงละครเพื่อเล่นคอนเสิร์ตเป็นเวลา 4 วัน ต่อมาก่อนถึงวันแสดงคอนเสิร์ตโรงละครถูกไฟไหม้โดยไม่ใช่ความผิดของคู่สัญญา ศาลตัดสินว่าสัญญานี้สิ้นสุดโดยเหตุของ Frustration

กรณีที่สัญญานี้สิ้นสุดไปโดยเหตุของ Frustration ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเมื่อปรากฏว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไปเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันหรือมีความเข้าใจร่วมกัน (Contemplation) ให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาและต่อมามีเหตุการณ์อันไม่คาดคิดเกิดขึ้นจนถึงขนาดที่ว่าแม้ยังอยู่ในวิสัยที่คู่สัญญาจะปฏิบัติการชำระหนี้ได้ก็ตาม แต่หากปฏิบัติการนั้นสิ่งที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับจะผิดแผกแตกต่างไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาในสาระสำคัญ เช่น คดี Krell v. Henry คู่สัญญาทำสัญญาเช่าห้อง 1 วัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดูขบวนเสด็จของกษัตริย์ Edward ที่ 7 ที่เป็นที่รู้จักกันทั้งสองฝ่ายแต่ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญา เมื่อถึงวันเสด็จกษัตริย์ Edward ที่ 7 ประชวร ขบวนเสด็จจึงถูกยกเลิกศาลตัดสินว่าสัญญานี้สิ้นสุดโดยเหตุของ Frustration เนื่องจากเหตุที่เกิดขึ้นทำให้แตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญาเข้าใจร่วมกันว่าเป็นรากฐานหรือสาระสำคัญ¹⁶

(3) ผลของ Frustration ตามคอมมอนลอว์ (Common Law)

- การสิ้นสุดของสัญญาและการหลุดพ้นจากหนี้ในอนาคต ตามหลัก คอมมอนลอว์ (Common Law) เมื่อมีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดคิดและทำให้การปฏิบัติตามสัญญาไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไปหรือการปฏิบัติตามสัญญาจะเป็นการแตกต่างไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาโดยสิ้นเชิงสัญญานี้จะสิ้นสุดลงทันที (Automatic Termination) และคู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญานั้น (Discharge of Contractual Obligations) อย่างไรก็ตาม การหลุดพ้นจาก

¹⁵ Taylor V. Caldwell. (1863). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1953/6.html>. [2553, 18 ตุลาคม].

¹⁶ Krell v Henry. (1903). 2 KB 740 is an English Case which sets forth the Doctrine of Frustration of Purpose in Contract Law.

การชำระหนี้เป็นการหลุดพ้นจากหนี้ในอนาคตเท่านั้น (De Futuro) ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีความผูกพันต้องชำระค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้สิ้นสุดลงโดยเหตุของ Frustration ไปแล้ว ถ้าค่าตอบแทนนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว (Due) คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ยังคงต้องมีความผูกพันต้องชำระค่าตอบแทนต่อไป ส่วนหนี้เงินที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระนั้นถือว่าเป็นหนี้ในอนาคต คู่สัญญาหลุดพ้นจากหนี้ เช่น ในคดี Chandler v. Webster ในกรณีที่มีการเช่าสถานที่เพื่อดูขบวนเสด็จในพิธีขึ้นครองราชย์ของกษัตริย์และผู้ให้เช่ากำหนดให้ผู้เช่าชำระราคาในวันที่ทำสัญญาเลย ต่อมาเมื่อขบวนเสด็จถูกยกเลิกไปและสัญญาเป็นอันสิ้นสุดลงโดยเหตุของ Frustration ผู้เช่าเรียกร้องเอาค่าเช่าคืนไม่ได้เพราะถือว่าหนี้ในส่วนนั้นถึงกำหนดชำระหนี้แล้วมิใช่หนี้ในอนาคต

(4) FORCE MAJEURE CLAUSE ในสัญญา

(4.1) หลักทั่วไป : การยกเว้น The Doctrine of Frustration ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในกรณีที่คู่สัญญามีข้อสัญญากำหนดผลของสัญญาเมื่อมีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นอันเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถกระทำได้นั้น ศาลอังกฤษจะบังคับให้เป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญา โดยถือว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาประสงค์ที่จะไม่ใช้สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันนั้นต้องเป็นไปตามหลัก Frustration ในคอมมอนลอว์ ข้อสัญญาในลักษณะนี้เรียกกันว่า Force Majeure Clause

การที่คู่สัญญากำหนด Force Majeure Clause นั้นคู่สัญญามักระบุเหตุการณ์ต่าง ๆ หากเกิดขึ้นแล้วผลของสัญญาก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา คู่สัญญาอาจกำหนดให้มีการบอกกล่าวเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ การกำหนดผลของสัญญาเมื่อมีเหตุการณ์ตามที่ระบุใน Force Majeure Clause เกิดขึ้นนั้นคู่สัญญาอาจกำหนดทั้งในลักษณะที่ให้สัญญาหรือการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาสิ้นสุดลงก็ได้หรือไม่ให้สัญญาหรือการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต้องสิ้นสุดลงแต่ให้ชะลอหรือขยายกำหนดเวลาชำระหนี้ออกไปก็ได้ เช่น ระบุว่าหากมีการประท้วงหยุดงาน การก่อกองกลางก็ให้กำหนดเวลาสำหรับการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาขยายออกไปเป็นระยะเวลา 15 วัน และหากครบกำหนดเวลาที่ขยายออกไปแล้วแต่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นก็ยังไม่ได้สิ้นสุดลงอีกก็ให้สัญญาเป็นอันระงับลง เป็นต้น

ในคำพิพากษาของศาลอังกฤษ เมื่อเหตุการณ์ที่ระบุในสัญญาเกิดขึ้นคู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตามสิ่งที่กำหนดใน Force Majeure Clause อย่างเคร่งครัด เช่น หากใน Force Majeure Clause กำหนดว่าคู่สัญญาที่ประสงค์จะอ้าง Force Majeure Clause มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยพลันหรือภายในกำหนดเวลาใดเวลาหนึ่ง การไม่บอกกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบจะมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะอ้าง Force Majeure Clause ไม่สามารถที่จะถือเอา

ประโยชน์จาก Force Majeure Clause ได้อีกต่อไป ในสัญญาที่คู่สัญญาทำกันนั้นคู่สัญญาเองก็มีภาระว่า หากคู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะอ้าง Force Majeure ไม่ได้ปฏิบัติการใดที่ระบุใน Force Majeure Clause แล้ว ก็อ้าง Force Majeure Clause ไม่ได้ เช่น ในคดี Joseph Constantine S.S. Line Ltd. V. Imperial Smelting Co. Ltd.¹⁷ ซึ่ง Lord Simon กล่าวว่า “ไม่มีการหลุดพ้นจากการรับผิดชอบโดยเหตุที่ไม่สามารถปฏิบัติการตามสัญญาได้ถ้าหากว่าคู่สัญญาได้กำหนดข้อสัญญาได้กำหนดข้อสัญญาไว้อย่างชัดเจนให้ต้องปฏิบัติการนั้น ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นและขัดขวางการปฏิบัติการตามสัญญาก็ตาม

(4.2) การตีความ Force Majeure Clause สำหรับการตีความว่าเหตุการณ์ใด เหตุการณ์หนึ่งตามที่ระบุใน Force Majeure Clause หรือไม่นั้น ศาลอังกฤษค่อนข้างตีความในลักษณะที่เคร่งครัดเพราะถือว่าเป็นกรณีที่อาจมีผลกระทบต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่แม้คู่สัญญาจะกำหนด Force Majeure Clause กัน โดยระบุเหตุการณ์ต่างๆ ไว้ แต่หากศาลเห็นว่า เมื่อพิจารณาเหตุหรือความประสงค์ของคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญาประสงค์ให้หมายถึง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราวเท่านั้นมิได้มุ่งถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นระยะเวลายาวนานกว่าปกติ ในกรณีเช่นนั้น Force Majeure Clause ตามสัญญาที่จะยังไม่เกิดผล คู่สัญญาก็ยังมีความผูกพันที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอยู่เช่นเดิม แต่เมื่อปรากฏต่อไปว่าเหตุการณ์นั้นยังคงมีอยู่ต่อไป ยาวนานมากจนทำให้ “การปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไปจะกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญาประสงค์อย่างมาก” (Radical or Fundamental Difference) ศาลก็จะยกเอาหลัก Frustration ตามหลักคอมมอนลอว์กลับมาใช้โดยให้มีผลว่าสัญญาสิ้นสุดไป เช่น ในคดี The Playa Larga¹⁸ ซึ่งเป็นกรณีที่ สัญญาซื้อขายน้ำตาลมี Force Majeure Clause กำหนดไว้ว่าเมื่อผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าได้ ภายในกำหนดเวลาที่ระบุก็ถือว่าคู่สัญญาขยายระยะเวลาส่งมอบออกไปเป็นระยะเวลาหนึ่ง ต่อมา มีการตัดความสัมพันธ์ทางการทูตระหว่างประเทศผู้ซื้อและผู้ขาย ศาลพิพากษาว่า Force Majeure Clause ที่คู่สัญญากำหนดกันนั้นมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีที่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นขัดขวางการปฏิบัติการตามสัญญาเพียงชั่วคราวเท่านั้น (ในขณะที่การตัดความสัมพันธ์ทางการทูตในกรณีนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นค่อนข้างถาวร) การตัดความสัมพันธ์ทางการทูตในครั้งนี้มิทำให้คู่สัญญามีสิทธิขยายระยะเวลาส่งมอบสินค้าออกไปเป็นระยะเวลาหนึ่งตาม Force Majeure Clause แต่สัญญานี้สิ้นสุดลงโดยเหตุของ Frustration ตามหลักของกฎหมายคอมมอนลอว์

¹⁷ Joseph Constantine S.S. Line Ltd. V. Imperial Smelting Co. Ltd. (1942). AC 154 at 163.

¹⁸ The Playa Larga. (1983). 2 Lloyd's Rep 171.

(5) ผลทางกฎหมายของเหตุการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาต้องรับภาระหนักขึ้น หรือวิกฤติทางเศรษฐกิจ

- วิเคราะห์ตาม **Force Majeure Clause** ในระบบคอมมอนลอว์ ดังที่ได้กล่าวข้างต้น มักจะเข้าใจกันว่าเมื่อคู่สัญญาต้องรับภาระทางการเงินหนักขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดความหมายได้ (เช่น การลดค่าเงิน) คู่สัญญาก็อาจอ้างได้ว่าสัญญาสิ้นสุดลง หากวิเคราะห์ตามหลักคอมมอนลอว์ในเรื่อง Frustration แล้ว จะเห็นว่าสัญญาจะสิ้นสุดลงตามหลัก Frustration ในกรณีนี้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับว่าเหตุการณ์นั้นทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้กลับกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญาประสงค์ร่วมกันให้เป็นสาระสำคัญหรือรากฐานของสัญญา สัญญาจะไม่สิ้นสุดผลโดยเหตุของ Frustration แม้ว่าจะมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดความหมายเกิดขึ้นและมีผลกระทบต่อนั้นมากจนให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ต้องสูญเสียประโยชน์รับภาระหนักขึ้นหรือปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยความลำบากมากกว่าที่คาดคิดก็ตาม ศาลและนักกฎหมายจึงมักกล่าวว่า “ถ้าพึงความยากลำบากหรือความไม่สะดวกที่เกิดแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะทำให้ต้องหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา” (“Mere Hardship or Inconvenience To one of The Parties is not Sufficient to Justify Discharge”)

ตัวอย่างคดีหลายคดีที่ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ต้องรับบาปเคราะห์ในผลกระทบจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดคิดมาก่อน โดยที่ไม่ปรากฏว่าสิ่งที่ถูกระทบนั้นเป็นสิ่งที่คู่สัญญาเข้าใจหรือประสงค์ร่วมกันให้เป็นสาระสำคัญหรือรากฐานของสัญญา บางครั้งก็ยากที่จะหยั่งรู้เหมือนกันว่าคู่สัญญาประสงค์ให้สิ่งนั้น ๆ เป็นสาระสำคัญหรือรากฐานของสัญญาหรือไม่ ดังนั้นจึงปรากฏว่าในบางคดีแม้มีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันกับคดีที่ศาลเคยตัดสินให้สัญญาสิ้นสุดโดยเหตุของ Frustration แต่ศาลในคดีหลังกลับตัดสินว่าสัญญาไม่สิ้นสุดผลไปโดยเหตุของ Frustration ความแตกต่างในผลของคดีที่เกิดขึ้นนี้มิได้เกิดเพราะหลักกฎหมายไม่ลงตัว แต่เกิดจากการตีความของศาลว่าศาลเห็นว่าสิ่งที่ได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นเป็นสิ่งที่คู่สัญญามุ่งหมายให้เป็นสาระหรือรากฐานของสัญญาหรือไม่นั่นเอง

ผลของคำพิพากษาในคดี *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH* ข้างต้น (ซึ่งเกี่ยวกับการปิดคลองสุเอซ) ก็เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าการรับภาระหนักขึ้นโดยผลมาจากที่มีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดคิดเกิดขึ้นไม่ทำให้สัญญาสิ้นสุดผลหากสิ่งที่ถูกระทบนั้นมิใช่สิ่งที่คู่สัญญาตกลงหรือเข้าใจตรงกันว่าเป็นสาระสำคัญหรือรากฐานของสัญญา ในคดีนี้ House of Lords มีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่าการปิดคลองสุเอซยังถือไม่ได้ว่าทำให้รากฐานของสัญญาต้องเสื่อมเสียไปในสาระสำคัญ ทั้งนี้ เนื่องจากคู่สัญญามีข้อตกลงเกี่ยวกับกำหนดเวลาที่สินค้าต้องมาถึงผู้ซื้อ อันที่จริงศาลก็ได้วินิจฉัยด้วยว่าตามสัญญานี้คู่สัญญาไม่ได้กำหนดเส้นทางการเดินเรือกันไว้

แน่นอนจึงยังถือไม่ได้ว่าคู่สัญญา มุ่งหมายให้ผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้โดยการส่งสินค้าไปกับเรือที่เดินทางผ่านคลองสุเอซเท่านั้น เมื่อคลองสุเอซถูกปิดผู้ขายจึงยังต้องส่งสินค้าไปกับเรือที่เดินทางผ่านแหลม Good Hope แม้จะเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นเพียงใดก็ตามผู้ขายก็ไม่หลุดพ้นจากหนี้ตามสัญญาผู้ขายต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นอย่างมากนั้น ผลของคำพิพากษาในแนวนี้เองเป็นที่มาของข้อสัญญาที่เรียกว่า “Suez Canal Clause” ในสัญญา Charterparty ทั่วไปในปัจจุบันซึ่งเป็นข้อสัญญาที่คู่สัญญากำหนดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาในกรณีที่เรือจะต้องเดินทางผ่านแหลม Food Hope แทนที่จะเดินทางผ่านคลองสุเอซ ข้อสัญญานี้เป็น Forec Majeure Clause นั้นเอง

หลักที่ว่า “ถ้าฟังความยากลำบากหรือความไม่สะดวกที่เกิดแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญาโดยเหตุของ Frustration” ใช้กับกรณีการประสบปัญหาทางการเงินด้วย ทั้งนี้ศาลเคยตัดสินในคดี Universal Corpn v. Fiveways Properties Ltd. ว่าการที่คู่สัญญาประสบปัญหาทางการเงินและไม่มีเงินเพียงพอที่จะชำระหนี้ตามสัญญาได้ ไม่เป็นเหตุที่ทำให้คู่สัญญาต้องสิ้นผลโดยเหตุของ Frustration ดังนั้น แม้ว่าเศรษฐกิจ จะอยู่ในภาวะตกต่ำประการใดหากคู่สัญญามีได้มีข้อสัญญาให้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว คู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปเกี่ยวกับเรื่องนี้ Lord Denning MR เคยตัดสินในคดีหนึ่งให้สัญญาสิ้นผล โดยเหตุของ Frustration เมื่อมีภาวะเงินเฟ้อหรือเมื่อปรากฏว่านับแต่วันที่ทำสัญญาระยะเวลาได้ผ่านพ้นมานานจนกระทั่งค่าตอบแทนที่กำหนดกันเป็นอัตราแน่นอนในสัญญานั้นกลับกลายเป็นค่าตอบแทนที่ไม่เหมาะสมอีกต่อไป¹⁹ ในระยะหลังๆ จะเห็นว่าศาลมีความเห็นว่าความเปลี่ยนแปลงทางภาวะเศรษฐกิจไม่ทำให้สัญญาสิ้นผลไปโดยเหตุของ Frustration ได้เลย²⁰

3.1.2.3 ผลของเหตุสุดวิสัยตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ

(1) กรณีเหตุสุดวิสัยที่มาขัดขวางนั้นมีอยู่ก่อนทำสัญญา สัญญาอาจเป็นโมฆะเช่นเดียวกันกับที่สัญญาเป็น โมฆะตามหลักการพ้นวิสัยตั้งแต่แรกเริ่มในกฎหมายเยอรมัน แต่ของอังกฤษเป็น โมฆะตามหลักความสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญา

(2) กรณีที่เหตุสุดวิสัยนั้นเกิดขึ้นภายหลังทำสัญญา กฎหมายอังกฤษถือว่าคู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญาเช่นเดียวกับหลักการพ้นวิสัยภายหลังในกฎหมายเยอรมัน แต่ตามกฎหมายอังกฤษคู่สัญญาหลุดพ้นความรับผิดตามหลักการไม่บรรลุผลของสัญญา

¹⁹ คดี Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co. (1978). 3 All E.R. p. 769.

²⁰ คดีเหล่านี้เป็นคดีที่คู่สัญญาได้มี Forec Majeure Clause ในสัญญาและศาลต้องตีความว่าความเปลี่ยนแปลงทางภาวะเศรษฐกิจหรือผลกระทบทางเศรษฐกิจที่ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้นั้นเป็น Forec Majeure Event ตามสัญญาหรือไม่ นอกจากศาลตัดสินว่าไม่เป็น Forec Majeure Event แล้ว ศาลยังได้กล่าวต่อไปว่าเหตุลักษณะดังกล่าวนี้ก็ไม่สามารถทำให้สัญญาสิ้นผลโดยเหตุของ Frustration ได้.

(Frustration of Contract) นอกจากนั้น ตามกฎหมายอังกฤษคู่สัญญาอาจหลุดพ้นความรับผิดโดยหลักการไม่บรรลุผลตามความมุ่งหมายของสัญญา (Frustration of Purpose) ซึ่งไม่เป็นกรณีเหตุสุดวิสัยโดยแท้เพียงแต่ว่าหลังจากทำสัญญาแล้วเหตุเปลี่ยนแปลงไปมากจนทำให้ความคาดหวังของคู่สัญญาที่จะได้รับการทำสัญญาสูญสิ้นไป

สรุป จากหลักกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับ The Doctrine of Frustration และเกี่ยวกับ Forec Majeure Clause จะเห็นได้ว่าการเกิดขึ้นของวิกฤติทางเศรษฐกิจหรือการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประสบกับปัญหาทางการเงินหรือต้องรับภาระหนักขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุอันไม่อาจคาดคิดนั้นมิได้ทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญา (อันที่จริงแล้วหลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องนี้ก็เป็นไปในทิศทางเดียวกับกฎหมายในระบบซีวิลลอว์) ดังนั้น เมื่อต้องทำสัญญาที่ต้องรับเอากฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา จึงไม่ควรเข้าใจผิดว่าสามารถหลุดพ้นจากความรับผิดทางสัญญาโดยเหตุดังกล่าว แต่ควรกำหนด Forec Majeure Clause โดยระบุให้ชัดเจนถึงเหตุการณ์อันไม่อาจคาดคิดที่หากเกิดขึ้นแล้วทำให้คู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้อีกต่อไป หรือมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันตามที่ระบุกันไว้ อย่างไรก็ตามต้องตระหนักว่าศาลจะตีความ Forec Majeure Clause อย่างเคร่งครัดมาก ข้อสัญญาดังกล่าวจึงต้องเขียนให้ชัดเจนและรัดกุมมากที่สุด เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการตีความในลักษณะที่ขัดกับความประสงค์ของคู่สัญญา

3.2 การตีความของคำนิยามของคำว่าเหตุสุดวิสัยตามหลักกฎหมายสากล

3.2.1 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980 หรือ CISG)

การทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศแต่เดิมนั้น ไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับต่อสัญญา โดยเฉพาะ ดังนั้นคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะพยายามเจรจาต่อรองที่จะให้กฎหมายภายในประเทศของตนมีผลบังคับใช้ในสัญญา ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะมีอำนาจต่อรองมากกว่ากันและเป็นไปได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการซื้อขายของประเทศหนึ่งมักจะแตกต่างจากอีกประเทศหนึ่ง จึงทำให้เกิดความไม่มั่นใจในสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายที่อยู่ต่างรัฐกันซึ่งเป็นปัญหาประการหนึ่งและในกรณีที่ว่าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงโดยชัดแจ้งในสัญญาว่าจะเลือกกฎหมายใดมาบังคับใช้ก็เป็นปัญหาอีกประการหนึ่งในการเลือกใช้กฎหมายที่บังคับต่อสัญญา ซึ่งอาจแก้ไขได้โดยการใช้กฎหมายขัดกันของศาลในประเทศที่คู่สัญญาได้นำเสนอข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่อาจเกิดตามมาก็คือกฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายและไม่ทันสมัย อีกทั้งไม่สอดคล้องกับวิธีปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศด้วย

เพื่อเป็นการขจัดอุปสรรคทางการค้าและสร้างกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เป็นเอกภาพคณะกรรมการกฏหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) จึงได้ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980 หรือที่เรียกสั้นๆ ว่า CISG ขึ้น ซึ่งเป็นผลสำเร็จเมื่อปี ค.ศ.1980 และเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1988 มีประเทศภาคีจำนวนทั้งสิ้น 71 ประเทศ

วัตถุประสงค์ของ CISG คือว่า “CISG ไม่ได้เป็นกฎเกณฑ์ที่รวบรวมแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศจึงไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดต่างๆ ที่ครอบคลุมในเรื่องสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศทุกเรื่อง แต่มีจุดมุ่งหมายในการบัญญัติสิทธิหน้าที่และการเยียวยาขั้นพื้นฐานของผู้ซื้อและผู้ขายในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศอันเป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากการผสมผสานและประนีประนอมของระบบกฎหมายต่างๆ ทำให้อนุสัญญานี้ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ”²¹

CISG ครอบคลุมเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยการก่อให้เกิดสัญญา (Formation of Contract) และสิทธิหน้าที่ของผู้ขายและผู้ซื้อที่เกิดจากสัญญาซื้อขาย (Right and Obligations of the Parties) โดยจะไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อขายสินค้าหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของข้อสัญญาซื้อขายหรือการนำมาใช้ และผลกระทบของสัญญาซื้อขายที่อาจจะมิต่อเรื่องกรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ซื้อขายกัน เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้งใน CISG²² และ CISG ไม่ใช่กับความรับผิดชอบของผู้ขายสำหรับกรณีที่เกิดการเสียชีวิตหรือบาดเจ็บของบุคคลอันมีสาเหตุมาจากสินค้า

²¹ ดังนั้น จะพบว่า การนำ CISG มาใช้บังคับเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในก็จะได้รับประโยชน์ในเรื่องของการก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศและการตีความสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายตลอดจนการเยียวยาระหว่างคู่สัญญา นอกจากนี้ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของ CISG ก็ยังเปิดช่องให้คู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญา โดยจะยกเว้นไม่นำบทบัญญัติของ CISG มาใช้บางส่วนหรือไม่ใช้ทั้งหมดก็ได้ ในขณะที่หลายประเทศมีการนำ CISG ไปใช้อย่างกว้างขวาง

²² Article 4 of CISG: This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

(a) The validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;

(b) The effect which the contract may have on the property in the goods sold.

เนื่องจาก CISG ไม่ได้ถูกออกแบบมาให้มีบทบัญญัติครอบคลุมในทุกเรื่อง ดังนั้นจึงให้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายใน (Domestic Law) ของแต่ละรัฐในบางเรื่อง

ที่ทำการซื้อขาย²³ อีกทั้งการบังคับใช้ CISG ให้นำไปใช้เฉพาะกับการซื้อขายระหว่างประเทศโดยไม่
นำไปใช้กับผู้บริโภค²⁴

CISG ยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาดังปรากฏในมาตรา 6 ของ CISG²⁵ ซึ่งอนุญาต
ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะไม่นำ CISG มาใช้หรือตกลงยกเลิกบางส่วนหรือแปลงผลของ
บทบัญญัติใดๆ ใน CISG ได้ ดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์
ของ CISG ที่มีอยู่ได้

ในเรื่องของเหตุสุดวิสัยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่าง
ประเทศ (CISG) Article 79 ได้ให้คำนิยามไว้ดังนี้

"(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves
that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be
expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract
or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged
to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) He is exempt under the preceding paragraph; and

(b) The person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of
that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the
impediment exists.

²³ Article 5 of CISG : This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury
caused by the goods to any person.

²⁴ ปิยกุล บุญเพิ่ม. (2524). *ความรับผิดในการผลิต และการจำหน่ายสินค้า*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ,
บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 6-7.

²⁵ Article 6 of CISG : The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12,
derogate from or vary the effect of any of its provisions.

Article 12 of CISG : Any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a
contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of
intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business
in a Contracting State which has made a declaration under article 96 of this Convention. The parties may not
derogate from or vary the effect of this article.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention."

เงื่อนไขการพิสูจน์ตามมาตรา 79 ของ CISG ได้กำหนดว่าการที่คู่สัญญาจะอ้างเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดเนื่องจากมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ โดยจะต้องพิสูจน์ว่าการที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้นั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากอุปสรรคที่อยู่เหนือการควบคุมของเขาและเขาไม่อาจจะคาดการณ์ล่วงหน้าถึงเหตุการณ์เช่นนั้นได้หรือไม่อาจคิดการหลีกเลี่ยงหรือเอาชนะอุปสรรคหรือผลของมันได้ในขณะทำสัญญา

ก) อุปสรรคที่อยู่เหนือการควบคุม

คำว่า “อุปสรรค” (Impediment) ที่อยู่เหนือการควบคุมของคู่สัญญาใน Article 79 ต้องเป็นอุปสรรคที่เป็นภาวะวิสัย กล่าวคือ เป็นเหตุการณ์ภายนอกซึ่งได้แก่ เหตุทางธรรมชาติ เช่น แผ่นดินไหว ฟ้าผ่า ไฟไหม้ พายุ ฯลฯ หรือเหตุการณ์การเมืองหรือสังคม เช่น สงคราม การปฏิวัติ จลาจล หรืออุปสรรคทางกฎหมาย เช่น การจับกุมเรือขนส่งสินค้า การห้ามนำเข้าหรือส่งออกสินค้า การห้ามโอนเงินตราต่างประเทศและอุปสรรคชนิดอื่นๆ เช่น การสูญเสียเรือบรรทุกสินค้า การถูกโจรปล้น หรือถูกก่อวินาศกรรมระหว่างการขนส่งสินค้าซึ่งการเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นอาจจะทำลายโรงงานหรือสถานประกอบการของผู้ขายหรือขัดขวางผู้ขายในการขนส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อหรือตัวแทนของผู้ซื้อหรือเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายหรือสูญหายแก่สินค้าไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนหรือขัดขวางผู้ซื้อในการชำระราคา จึงกล่าวได้ว่าเหตุการณ์ที่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบและความเสี่ยงของคู่สัญญาจะไม่ถือเป็นอุปสรรคตาม Article 79 ดังนั้นกรณีความล้มเหลวทางธุรกิจ ความไม่สามารถทางบุคลากร การล้มละลาย การป่วยการตายของบุคคล ระบบการผลิตหรือระบบบัญชีเสียหาย การที่ผู้จัดหาวัตถุดิบ (Supplier) ไม่สามารถหาวัตถุดิบมาให้ได้ หรือการเพิ่มขึ้นของราคาวัตถุดิบ จะไม่ปลดเปลื้องความรับผิดของคู่สัญญาจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา²⁶ กรณีเช่นนี้ไม่อาจอ้าง Article 79 ได้เพราะในทางการค้าโดยทั่วไปมักเป็นที่เข้าใจกันว่าเรื่องเหล่านี้ย่อมตกเป็นความเสี่ยงของแต่ละฝ่ายเอง²⁷

²⁶ Dionysios p. Flambouras. (1980). “The Doctrine of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European

ข) อุปสรรคนั้นไม่สามารถคาดเห็นได้ในขณะทำสัญญา

นอกจากจะพิสูจน์ว่ามีอุปสรรคที่เขาไม่สามารถควบคุมได้แล้ว ยังต้องพิสูจน์ให้เห็นด้วยว่าเขาไม่อาจคาดเห็นถึงอุปสรรคนั้นได้ในขณะทำสัญญา (Be expected to have taken the Impediment into Account at time of the Conclusion of the Contract) กล่าวคือ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบจากการไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากอุปสรรคที่อยู่เหนือการควบคุมของตนครบเท่าที่อุปสรรคนั้นตนสามารถคาดเห็นได้ในตอนทำสัญญา เนื่องจากคู่สัญญาสามารถคาดเห็นถึงอุปสรรคได้ขณะทำสัญญานั้นถือว่าเป็นการยอมรับการเสี่ยงภัยของตนจะอ้าง Article 79 มาเป็นข้อยกเว้นไม่ได้²⁸

อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่ากรณีใดที่สามารถคาดเห็นถึงอุปสรรคได้เป็นปัญหาที่ยังยากเนื่องจากอุปสรรคที่สามารถคาดเห็นได้ของแต่ละบุคคลแตกต่างกัน เช่น กรณีสงคราม พายุไฟไหม้ การถูกห้ามค้าขายระหว่างประเทศโดยรัฐบาลหรือการปิดช่องทางเดินเรือซึ่งเคยเกิดขึ้นในอดีตและอาจเกิดขึ้นได้อีกในอนาคตนั้นเป็นสิ่งที่คาดหมายได้หรือไม่ ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งเป็นเรื่องของการประเมินถึงองค์ประกอบต่างๆ เกี่ยวกับความสามารถในการคาดเห็น เช่น เรื่องระยะเวลาในการทำสัญญาสั้นหรือยาว เรื่องข้อเท็จจริงเกี่ยวกับราคาของสินค้าที่มีแนวโน้มจะแปรผันในตลาดระหว่างประเทศหรืออุปสรรคนั้นเริ่มสังเกตได้ก่อนแล้วในเวลาทำสัญญา²⁹

ค) ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือเอาชนะอุปสรรคหรือผลของมันได้

กรณีนี้ต้องพิสูจน์ทั้งสองประการว่าอุปสรรคนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงและไม่สามารถเอาชนะได้ (Avoided or Overcome) เป็นการแสดงความมุ่งหมายให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ชำระหนี้จะต้องทำทุกอย่างภายในอำนาจของเขาเพื่อให้บรรลุการชำระหนี้ให้ได้และเขาไม่ควรยอมจำนนให้เหตุนั้นมาทำให้เขาไม่สามารถชำระหนี้ได้ง่ายๆ³⁰ ตัวอย่างเช่นเลือกเส้นทางการเดินเรือใหม่จากเส้นทางเดิมที่เคยถูกปิด ผู้ทำสัญญาจะต้องไม่อาจคาดเห็นถึงความเสี่ยงที่อาจเกิด

Contract Law : A Comparative Analysis," เข้าถึงได้จาก : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html>. [2253, 19 พฤษภาคม].

²⁷ Schlechtrim, Peter. (1998). Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods. 2nd edition, Oxford : Clarend on Press. p. 608.

²⁸ Schlechtrim, Peter. supra note 119. p. 611.

²⁹ Dionysios P. Flambouras. supra note 118.

³⁰ Honnold. John O. (1989). (Documentary History of the Uniform Law for International Sales). Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers. p. 445.

ขึ้นกับตนเพราะว่าถ้าคาดเห็นได้แล้วคู่สัญญาสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยการทำประกันภัยไว้ในสัญญา หรือกำหนดข้อตกลงต่างๆ ลงไปในสัญญาซื้อขายหรือตกลงกันให้มีการปรับเปลี่ยนราคาได้ อย่างไรก็ตามเป็นการยากที่จะบอกว่าจะอย่างไรไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงหรือเอาชนะได้ ซึ่งเรื่องนี้จะต้องใช้มาตรฐานของวิญญูชนและพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป เช่น ในเขตพื้นที่ที่มีผลกระทบจากแผ่นดินไหวย่อมสามารถเอาชนะอุปสรรคได้โดยมีวิธีการก่อสร้างเป็นพิเศษ

Article 79 ซึ่งให้เห็นว่ากรณีที่มีการเพิ่มขึ้นของราคาหรือการเปลี่ยนแปลงอื่นๆ ในโครงสร้างทางเศรษฐกิจ ซึ่งทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เกิดความยากลำบากอย่างคาดไม่ถึง (Hardship) เช่น ต้องชำระราคาแพงมากขึ้นกว่าปกติหรือขาดกำไรนั้น ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า "Impediment" ดังนั้น กรณีเช่นนี้คู่สัญญาไม่อาจอ้าง Article 79 ของ CISG เพื่อยกเว้นความรับผิดได้

แนวคำวินิจฉัยที่คู่สัญญาอ้างถึงการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าหรือมูลค่าในการชำระหนี้ เพื่อยกเว้นจากความรับผิดนั้น ในหลายข้ออ้างฟังไม่ขึ้นและศาลได้วินิจฉัยว่าคู่สัญญายอมรับในการสันนิษฐานถึงความเสี่ยงในการแปรผันของราคาในตลาดและเป็นกรณีที่คู่สัญญาสามารถคาดเห็นถึงการเปลี่ยนแปลงของราคาเช่นนั้นได้ ศาลจึงไม่วินิจฉัยให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดตาม มาตรา 79 ของ CISG ทางด้านผู้ขายมักจะอ้าง การเพิ่มขึ้นของราคาสินค้า การที่โรงงานหยุดผลิต สินค้าหรือการที่ผู้จัดหาสินค้าให้แก่ผู้ขายไม่สามารถจัดหาสินค้าเพื่อจัดส่งได้เพื่อยกเว้นจากความเสียหายในการที่ตนไม่สามารถส่งสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้ ซึ่งในคดีระหว่างผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ซื้อในประเทศอียิปต์กับผู้โต้แย้งซึ่งเป็นผู้ขายในประเทศยูโกสลาเวีย วินิจฉัยไว้โดย ICC เมื่อปี ค.ศ. 1989 (Case Number 6281 of 1989) (CLOUT no.102) ผู้ซื้อในประเทศอียิปต์ทำสัญญาซื้อ Steel Bars จากผู้ขายในประเทศยูโกสลาเวีย โดยในสัญญาซื้อขายมีข้อตกลงให้ผู้ซื้อมีสิทธิที่จะซื้อสินค้าเพิ่มขึ้นในราคาเท่าเดิมต่อมาผู้ซื้อได้สั่งซื้อสินค้าเพิ่มในราคาเดิม ผู้ขายปฏิเสธที่จะส่งมอบสินค้าในราคาเดิม เพราะราคาสินค้าในตลาดได้สูงขึ้นประมาณ 13% ทำให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่นในราคาที่สูงกว่าผู้ซื้อจึงเรียกค่าเสียหาย คณะอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาข้อพิพาทวินิจฉัยว่าการที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าในราคาเดิมนั้นผู้ขายผิดสัญญา ผู้ขายจะได้รับการยกเว้นจากหน้าที่จะต้องส่งมอบสินค้าในราคาตอนที่ทำสัญญาก็ต่อเมื่อสัญญามีข้อตกลงให้มีการปรับราคาและวินิจฉัยว่าการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าในตลาดไม่ได้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นทันทีทันใดไม่เป็นสาระสำคัญและไม่ได้เป็นกรณีที่คาดเห็นไม่ได้ทำให้ผู้ขายไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 79 ของ CISG

ในคดีระหว่างโจทก์ผู้ซื้อในประเทศอังกฤษกับจำเลยผู้ขายในประเทศเยอรมัน วินิจฉัยโดยคณะอนุญาโตตุลาการในประเทศรัสเซีย เมื่อปี ค.ศ.1997 (Case Number I U 167/95) (CLOUT no. 277) ผู้ซื้อในประเทศอังกฤษกับผู้ขายในประเทศเยอรมันทำสัญญาจัดหาเหล็กจากประเทศจีนในราคา CIF กำหนดส่งมอบในเดือนตุลาคม 1994 ปรากฏว่าผู้ขายไม่ได้ส่งสินค้าให้กับ

ผู้ซื้อ โดยที่ผู้ขายไม่ได้รับสินค้าจากผู้จัดหาสินค้าให้แก่ผู้ขายซึ่งอยู่ในประเทศจีน ผู้ซื้อได้แจ้งการขยายเวลาในการส่งมอบสินค้าแต่ผู้ขายก็ไม่ส่งมอบสินค้า ตามเวลาที่กำหนดนั้น ผู้ซื้อจึงซื้อสินค้าชนิดเดียวกันจากผู้ขายรายอื่นและฟ้องเรียกให้ ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายในส่วนต่างที่ผู้ซื้อชำระราคากับผู้ขายรายอื่นกับราคาตามที่ตกลงกับ ผู้ซื้อ ศาลวินิจฉัยว่าผู้ขายไม่ได้รับการยกเว้นจากความรับผิดชอบ กล่าวคือกรณีไม่จัดอยู่ภายใต้ Force Majeure Clauses ของสัญญาและกรณีไม่เข้ามาตรา 79 ของ CISG ศาลวินิจฉัยว่าผู้ขายต้องรับเอาความเสี่ยงในการที่ตนจะ ได้รับสินค้าจากผู้จัดหาสินค้าของตน หรือไม่ก็ตาม ผู้ขายจะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบได้ในกรณีที่สินค้าคุณภาพ และชนิดเดียวกัน ไม่สามารถหาในตลาดได้ ยิ่งไปกว่านั้นศาลวินิจฉัยว่าเป็นหน้าที่ของผู้ขายที่ต้องรับเอาความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นของราคาสินค้าในตลาดในเวลาที่ผู้ซื้อทำสัญญาซื้อขายสินค้าจากผู้ขายรายอื่น แม้ว่าราคาสินค้าในตลาดได้เพิ่มขึ้นประมาณ 3 เท่าแต่เป็นราคาที่ได้ออมรับกันแล้วในเวลาที่ทำสัญญา

จากคำวินิจฉัยต่างๆ ส่วนมากจะวินิจฉัยไปในประเด็นที่ว่า การเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือการเปลี่ยนแปลงค่าเงินเป็นสิ่งที่คู่สัญญาคาดเห็นได้หรือสามารถเอาชนะได้ แต่ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นการตีความคำว่า “Impediment” โดยตรงมีเพียงคดีเดียวที่วินิจฉัยถึงประเด็นเรื่อง Hardship ว่ารวมถึงอยู่ในความหมายของคำว่า “Impediment” มาตรา 79 ของ CISG หรือไม่ คือ ในคดี Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall Int’l A.B ระหว่างโจทก์ผู้ขายในประเทศอิตาลีกับจำเลยผู้ซื้อในประเทศสวีเดนตัดสินเมื่อปี ค.ศ.1993³¹ โดยศาลประเทศอิตาลี [Case R.G.4267/88] [CLOUT no.54] โจทก์ผู้ขายชาวอิตาลีได้ทำสัญญาขายเหล็ก โครเมียม (Ironchrome) กับผู้ซื้อในประเทศสวีเดนในวันที่ 3 ก.พ.1988 โดยตามสัญญาผู้ขายจะต้องจัดส่งเหล็กจำนวน 1,000 ตัน ในสัญญากำหนดให้ผู้ขายสามารถเลือกวันจัดส่งได้ระหว่าง 20 มี.ค.1988 กับ 10 เม.ย.1988 ในระหว่างนั้นราคาของเหล็กโครเมียมเพิ่มขึ้นประมาณ 30 % ผู้ขายจึงร้องต่อศาลขอให้ยกเลิกสัญญาโดยให้เหตุผลว่าเกิดความยากลำบากอย่างสิ้นเหลือโดยไม่คาดคิด (Hardship) จากการที่สินค้าในตลาดเพิ่มขึ้นอย่างมากทำให้ผู้ขายไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้ ข้อเท็จจริงชัดว่าสัญญาซื้อขายไม่ได้ระบุข้อตกลงเฉพาะเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีเหตุสุดวิสัยไว้ (Force Majeure Clause) ศาลประเทศอิตาลีปฏิเสธคำร้องขอของผู้ขายและวินิจฉัยว่า CISG ไม่ใช่ในกรณีนี้ แต่แม้ว่า CISG ใช้บังคับตามมาตรา 79 คู่สัญญาจะหลุดพ้นความรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่อุปสรรคที่เกิดขึ้นโดยไม่คาดคิดทำให้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยเท่านั้น

³¹ Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall Int’l A.B . เข้าถึงได้จาก : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>. [2554, 16 กันยายน].

คดีนี้มีข้อสังเกตว่า ประเด็นที่สำคัญในคดีคือการแบ่งระหว่างการพ้นวิสัยและอุปสรรคที่มากเกินไป (Hardship) เนื่องจากคดีนี้ศาลอิตาลีตีความมาตรา 79 ของ CISG โดยใช้กฎหมายแห่งอิตาลีเป็นกรอบในการตีความ และตีความความหมายของคำว่า “Impediment” ว่าต้องเป็นกรณีการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย

กล่าวโดยสรุป จากมาตรา 79 ของ CISG บัญญัติหลักเกณฑ์ และความหมายในลักษณะกว้างๆ แต่ไม่ได้ระบุโดยชัดแจ้งว่าคำว่า “Impediment” จะรวมถึงกรณีการชำระหนี้ที่มีความยากลำบากอย่างมากหรือไม่ (Hardship) จึงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันมากที่สุดของมาตรา 79 นี้ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายหลายท่านได้กล่าวไว้ว่ามาตรา 79 ของ CISG คลุมเครือและไม่ชัดเจน และมีถ้อยคำที่ยืดหยุ่น ซึ่งจะเปลี่ยนไปตามการตีความของแต่ละระบบกฎหมาย³² นอกจากนี้ ถ้อยคำในมาตรา 79 ของ CISG ที่ว่า “เนื่องจากอุปสรรค” (Due to Impediment) และคำว่า “ไม่อาจคาดเห็นที่จะเอาชนะอย่างสมเหตุผล” (Not Reasonably Expected to Overcome) ยังเปิดช่องให้มีการตีความซึ่งโดยปกติศาลหรืออนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะอ้างอิงไปยังกฎหมายของประเทศตนและจะทำให้ได้คำวินิจฉัยที่แตกต่างกัน

ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีที่มีพฤติการณ์ที่ทำให้การชำระหนี้มีความยากลำบากอย่างมาก (Hardship) โดยเฉพาะในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าอย่างมากซึ่งถ้าปล่อยให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ต่อไปย่อมจะเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้จึงควรหามาตรการแก้ไข แต่เนื่องจากมาตรา 79 ของ CISG ไม่คุ้มครองในกรณีนี้และผลของเหตุยกเว้นก็ไม่สามารถให้มีการเจรจาหรือปรับเปลี่ยนสัญญากันได้ ซึ่งผู้วิจัยพบว่าหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract (2004)) สามารถให้ความเป็นธรรมได้มากกว่าในกรณีนี้ดังจะได้อธิบายต่อไป

3.2.2 เหตุสุดวิสัย (Force Majeure) และกรณีการชำระหนี้ที่มีความยากลำบากอย่างมาก (Hardship Clauses) เปรียบเทียบกับมาตรา 79 ของ CISG

แนวทางปฏิบัติเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) และกรณีการชำระหนี้ที่มีความยากลำบากอย่างมาก (Hardship Clauses) มักจะถูกกำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาในกรณีที่มีเหตุการณ์ใดๆ ที่ทำให้การปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถกระทำได้ โดยจะระบุเหตุการณ์ต่างๆ ที่หากเกิดขึ้นแล้วผลก็จะนำไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งข้อตกลงที่ได้

³² Rimke Joern. (2001). “Force Majeure and Hardship : Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and The UNIDROIT Principles of International. เข้าถึงได้จาก : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jenkins.html>. [2553, 15 มิถุนายน]

กำหนดไว้ในสัญญาที่ศาลจะยอมรับตามที่กำหนดไว้ในสัญญา³³ ดังนั้นกรณีที่ CISG ใช้บังคับกับสัญญา คู่สัญญาสามารถกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดชอบไว้มากกว่าที่มีกำหนดไว้ในมาตรา 79 ของ CISG ก็ได้ โดยต้องถือตามเจตนาของคู่สัญญานั้น³⁴

จากการที่มาตรา 79 ของ CISG ถูกสร้างขึ้นมาโดยบัญญัติถ้อยคำไว้กว้างๆ และไม่คุ้มครองถึงกรณีการชำระหนี้เกิดภาระอย่างมาก (Hardship) และจากคำพิพากษาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ พบว่าค่อนข้างที่ใช้มาตรฐานที่สูงในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้แล้วอ้างมาตรา 79 ของ CISG เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด ดังนั้นการกำหนด Force Majeure และ Hardship Clauses จึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่ช่วยอุดช่องโหว่ของมาตรา 79 ของ CISG

ในกรณี Force Majeure Clauses ตามปกติจะใช้ในสัญญาที่ทำกันระยะสั้นซึ่งมีข้อจำกัดในการขนส่งสินค้าและชำระราคา³⁵ โดยจะกำหนดเหตุการณ์ต่างๆ และกำหนดผลของกรณีนั้นเมื่อมีเหตุการณ์ตามที่ระบุเกิดขึ้น เช่น คู่สัญญาต้องบอกกล่าวถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบภายใน 7 วัน ถ้ามีการประท้วงหยุดงาน การจลาจลเครื่องจักรเสียหาย ไฟไหม้ ฯลฯ ก็ให้ขยายเวลาชำระหนี้ออกไปและหากครบกำหนดเวลาที่ขยายออกไปแล้ว แต่เหตุการณ์ที่ระบุไว้แล้วยังไม่สิ้นสุดลง ก็ให้สัญญาระงับ ในบางกรณีที่มาตรา 79 ของ CISG ไม่ได้กล่าวไว้ชัด เช่น กรณีมีอุปสรรคเกิดขึ้น ทำให้การชำระหนี้สามารถทำได้เพียงบางส่วนคู่สัญญาจะหลุดพ้นตามมาตรา 79 หรือไม่ และแม้บางกรณีที่เป็นอุปสรรคที่คู่สัญญาคาดเห็นได้ซึ่งไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 79 คู่สัญญาก็สามารถกำหนด Force Majeure Clauses ให้ครอบคลุมถึงได้³⁶

³³ Jenkins, Sarah Howard. (1998). Exemption for Non-Performance : UCC,CISG, UNIDROIT Principles-A Comparative Assessment, 72 Tul. L. Rev. 2015, 2024. เข้าถึงได้จาก : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jenkins.html>. [2553, 15 มิถุนายน].

³⁴ Article 6 of CISG “The parties may exclude the application of this Convention or subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.”

³⁵ Chengwei Liu. (2003). “Remedies for Non – Performance : CISG UNIDROIT Principles & PECL,”. เข้าถึงได้จาก : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Chengwei-79.html>. [2553, 15 มิถุนายน].

³⁶ Jennifer M. Bund. (1998). “Force Majeure Clauses : Drafting Advice for the CISG Practitioner,” Journal of Law and Commerce. P. 381-413. เข้าถึงได้จาก : <http://www.cisg.law.pace.edu/html>. [2553, 18 มิถุนายน].

ส่วน Hardship Clauses จะใช้กับสัญญาที่ทำกันระยะยาวและใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้ว เปลี่ยนแปลงคุณภาพของสัญญา (Equilibrium) ทำให้คู่สัญญาเกิดการระงับอย่างมากในการปฏิบัติการ ชำระหนี้ เช่น กรณีลดค่าเงินลงอย่างทันทีทันใดโดยปกติจะใช้ Hardship Clauses เพื่อให้มีการปรับเปลี่ยน สัญญาให้สอดคล้องกับพฤติกรรมที่เปลี่ยนไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับสัญญาในทางการค้าระหว่าง ประเทศที่มีระยะเวลาในการทำสัญญายาวนาน โดยที่ไม่ต้องการให้เลิกสัญญาแต่ยังคงให้สัญญาให้มีผล

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น CISG ไม่สามารถแก้ปัญหากรณี Hardship ได้ ดังนั้น Force Majeure Clauses และ Hardship Clauses จึงมีความจำเป็นอย่างมากในสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศที่กำหนด ให้ใช้ CISG บังคับโดยต้องตกลงกันไว้ในสัญญาให้ละเอียดและชัดเจนในเรื่องนี้

3.2.3 INCOTERMS

INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS เป็นกฎข้อตกลงทางการค้าที่กล่าวในเรื่องสิทธิและความรับผิดชอบของระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในกระบวนการค้าระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง การส่งมอบสินค้าจากผู้ขายไปให้ผู้ซื้อว่าแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบมีภาระหน้าที่ต้องกระทำอะไรบ้าง ในการส่งมอบตลอดจนถึงค่าใช้จ่ายในการขนส่งต่าง ๆ และความรับผิดชอบในเรื่องความเสียหายของ สินค้าดังกล่าวหากเกิดขึ้น INCOTERMS เป็นประเพณีปฏิบัติทางธุรกิจระหว่างประเทศที่ได้มีการปฏิบัติจนเป็นที่ยอมรับ โดยจะนำมาบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาระบุไว้ในสัญญาโดยถือว่า ประเพณีปฏิบัติทางธุรกิจระหว่างประเทศนี้เป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งในสัญญา จึงไม่ถือว่าเป็นสถานะทาง กฎหมายและไม่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา³⁷

INCOTERMS เป็นข้อกำหนดของสภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce : ICC) ที่กำหนดความหมายของคำเฉพาะทางการค้า (Trade Term) เพื่อใช้สำหรับการค้า ระหว่างประเทศแต่ก็สามารถนำไปใช้ในการทำสัญญาซื้อขายภายในได้ด้วย INCOTERMS ให้ความหมาย และบ่งบอกถึงหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ขายและผู้ซื้อในการจัดส่งสินค้าตลอดจนค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงซึ่งช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ซื้อและผู้ขายในการทำสัญญาซื้อขายเพราะเพียง ระบุข้อกำหนดของการซื้อขายตาม INCOTERMS ไว้ในสัญญาซื้อขาย โดยไม่ต้องบรรยายรายละเอียด ขั้นตอนความรับผิดชอบในการจัดส่งสินค้าค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงลงไว้ในสัญญาซื้อขายก็ถือว่าเป็นการตกลงที่เข้าใจและรับรู้กันว่าผู้ขายมีหน้าที่รับผิดชอบอย่างไรในการจัดส่งสินค้าและต้อง รับภาระค่าใช้จ่ายในการส่งสินค้าเพียงใด ถึงจุดใด ความเสี่ยงต่อความสูญเสียหรือความเสียหาย ของสินค้าที่ซื้อขายกันจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อใด โดยมีการนำข้อกำหนดตาม INCOTERMS

³⁷ สรรพ ปิติยาศักดิ์. (2545). *กฎหมายธุรกรรมระหว่างประเทศและกฎหมายธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์*. ใน วารสาร กฎหมายธุรกิจธรรมมาธิราช. ปีที่ 14, (ฉบับที่ 2). หน้า 119-163.

ไปใช้ในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าบางประเภทกันทั่วโลกเป็นที่ยอมรับและใช้กันอย่างแพร่หลาย กว้างขวางโดยเฉพาะเทอม EXW (Ex Works), FOB (Free On Board), CFR (Cost And Freight) และ CIF (Cost, Insurance and Freight)

การทำสัญญาการค้าระหว่างประเทศของไทย ส่วนมากจะนำหลัก INCOTERMS มาใช้ แม้แต่การทำสัญญาซื้อขายในประเทศบางกรณีก็มีการอ้างอิงอินโคเทอมด้วย สำหรับการบังคับใช้ INCOTERMS ตามกฎหมายไทยนั้น ถ้าเป็นสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศและตกลงกันโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายให้นำ INCOTERMS มาใช้บังคับและเป็นกรณีที่ต้องระงับข้อพิพาทในศาลไทยหรือกรณีเป็นสัญญาซื้อขายในประเทศที่มีการใช้ INCOTERMS ศาลก็จะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงของกลุ่มสัญญา

หลังจากใช้ INCOTERMS 2000 มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 จนถึงปี พ.ศ. 2551 ทางหอการค้านานาชาติก็เริ่มพิจารณาแก้ไขปรับปรุง INCOTERMS 2000 เหตุผลที่ต้องมีการแก้ไขปรับปรุงตาม ถ้อยแถลงของประธานหอการค้านานาชาติประการหนึ่ง คือ มีการนำ INCOTERMS บางข้อกำหนด ไปใช้อย่างผิดความหมาย มีการแปลความแตกต่างกันในแต่ละประเทศทำให้เกิดข้อพิพาทและมีการฟ้องร้องกันเกิดขึ้นและตามเอกสารของหอการค้านานาชาติก็ได้ระบุถึงความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้สอดคล้องกับข้อปฏิบัติทางการค้าด้วยเทคโนโลยีและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่พัฒนาเปลี่ยนแปลงไปจึงมีการแก้ไขปรับปรุงมาเป็น INCOTERMS 2010 คือ ลดข้อกำหนดการค้าที่กำหนดไว้ตาม INCOTERMS 2000 จาก 13 เหลือ 11 ข้อกำหนดเป็นข้อกำหนดตาม INCOTERMS 2000 เดิม 9 ข้อกำหนดเป็นข้อกำหนดใหม่ 2 ข้อกำหนดและจากเดิมแยกกลุ่มเป็น 4 กลุ่ม เหลือเพียง 2 กลุ่ม โดยแยกตามการขนส่ง

INCOTERMS 2000 และ INCOTERMS 2010 เป็นที่รับทราบกันว่า บรรดาสัญญาซื้อขายที่ทำภายใต้ INCOTERMS/2000/ ยังมีผลใช้บังคับได้ แม้จะล่วงเลยปี พ.ศ.2555 ก็ตาม นอกจากนั้น การทำสัญญาซื้อขายสินค้าภายหลังจากนี้คู่สัญญายังสามารถเลือกว่าจะใช้ข้อกำหนดการค้าตามอินโคเทอมฉบับใดก็ได้ แต่ต้องระบุไว้ในสัญญาให้ชัดแจ้งเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทขึ้น

INCOTERMS ถือว่าเป็นแนวปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมากที่สุดและเข้ามาผูกพันคู่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ โดยเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเนื่องจากคู่สัญญาระบุอย่างชัดแจ้ง (Explicitly) หรือโดยปริยาย (Implicitly) ให้ใช้ INCOTERMS บังคับแก่สัญญานั้นๆ³⁸

³⁸ J. Salacuse. W. Schommers. and J. Ram. (1984). Phys. Rev. A 30. 374.

วัตถุประสงค์ที่มีการนำเอา INCOTERMS มาใช้ก็เพื่อสนับสนุนนักธุรกิจระหว่างประเทศ
ระบุในข้อตกลงนี้ในสัญญาและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติ
หรือธรรมเนียมทางการค้าระหว่างประเทศให้เป็นมาตรฐานเดียวกันอันจะเป็นการลดอุปสรรคทาง
การค้าที่เกิดจากปัญหาการตีความข้อตกลงทางการค้าที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ

แม้ว่า INCOTERMS จะกำหนดหน้าที่ของผู้ซื้อ และผู้ขายในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่าง
ประเทศโดยละเอียด แต่ยังไม่ครอบคลุมถึงเรื่องต่างๆ ที่จำเป็นทั้งหมด เช่น เรื่องการเกิดของสัญญาและ
ผลของการเลิกสัญญา ความผิดกรณีที่ผู้ซื้อหรือผู้ขายผิดสัญญาหรือสิทธิของคู่สัญญากรณีที่มีอีกฝ่ายหนึ่ง
ไม่ปฏิบัติตามสัญญา การผ่านความเสี่ยงแห่งภัยพิบัติกรณีซื้อขายสินค้าระหว่างการขนส่งและ
ข้อยกเว้นหน้าที่ตามสัญญากรณีเกิดเหตุสุดวิสัย เป็นต้น³⁹ ข้อพิพาทเกี่ยวกับประเด็นที่ INCOTERMS
ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวจึงต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา ซึ่งอาจได้แก่
กฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทตามสัญญาในเรื่องของการตีความของคำว่าเหตุสุดวิสัยก็จะ
ไม่ได้รับการคุ้มครองจาก INCOTERMS เพราะไม่ครอบคลุมถึงการผ่านความเสี่ยงแห่งภัยพิบัติ
กรณีซื้อขายสินค้าระหว่างการขนส่งและข้อยกเว้นหน้าที่ตามสัญญากรณีเกิดเหตุสุดวิสัย อีกทั้ง
INCOTERMS ยังไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้ความหมายของคำนิยามของคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ให้
หมายความรวมถึงวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจและกรณีการชำระหนี้เกิดภาระอย่างมาก (Hardship) ไว้ด้วย

3.2.4 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ⁴⁰ (Unidroit Principle of International Commercial Contract (2004)) ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้ชื่อย่อว่า UNIDROIT

การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่าง
ประเทศ (UNIDROIT) นั้น ได้วางหลักในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยให้คู่สัญญาต้อง
ผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้รู้และปฏิบัติกันมาจนไม่ต้องเขียนไว้ใน
ข้อสัญญาและคู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้
ซึ่งคู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายและได้รับ
การปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาที่ทำธุรกิจนั้น โดยถือว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นส่วนหนึ่ง
ของสัญญา นอกจากนั้น ในบางกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ในเรื่องดังกล่าวหากมีปัญหาเกิดขึ้น
คือ มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาขึ้นแล้วไม่ว่าจะเป็นเพราะข้อสัญญามีความ

³⁹ สุทธิพล ทวีชัยการ. (2545). *บทวิเคราะห์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง INCOTERMS และกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศ*. ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ. ม.ป.ท.. หน้า 125-144.

⁴⁰ จุมพล นันทศิริผล. (2546). “ประมวลว่าด้วยข้อบังคับและหลักปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ: มุมมองของ
อนุญาโตตุลาการ”, ใน บทบัญญัติ, เล่ม 59. (ตอน 2). ม.ป.ท. หน้า 88.

ไม่ชัดเจนกำกวมมีความหมายได้หลายนัยหรือคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในเรื่องพิพาทไว้เลยทำให้ไม่ทราบว่าคุณสัญญาที่มีความประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร มีปัญหาว่าจะบังคับตามสัญญาหรือกำหนดสิทธิหน้าที่ของคุณสัญญาอย่างไรก็ต้องนำหลักกฎหมายว่าด้วยการตีความสัญญามาใช้โดยในการตีความสัญญาตามมาตรา 4.3 วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาพิจารณาในการตีความสัญญาด้วย

UNIDROIT Principle of International Commercial Contract (2004) ไม่ได้มีลักษณะเป็นข้อสัญญาหรือสัญญามาตรฐาน แต่มีลักษณะที่ครอบคลุมกฎหมายสัญญา ในทุกเรื่องโดยไม่จำกัดถึงธุรกรรมใดธุรกรรมหนึ่งโดยเฉพาะและมีได้อยู่ในรูปแบบของอนุสัญญาระหว่างประเทศแต่เป็นเครื่องมือระหว่างประเทศที่มีได้มีผลบังคับผูกพันรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะแต่สามารถนำมาปรับใช้ได้ในทางปฏิบัติโดยอาศัยเหตุผลสำคัญว่า “หลักดังกล่าวมีคุณค่าควรแก่การยึดถือและปฏิบัติตาม”

3.2.4.1 การตีความถ้อยคำหรือการกระทำใดๆ ของคู่สัญญาตามมาตรา 4.3 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principle of International Commercial Contract (2004))

ปัญหาในการตีความสัญญาเกิดขึ้นในกรณีที่คุณสัญญาที่มีความเห็นในถ้อยคำที่ใช้ในสัญญาแตกต่างกันอาจเป็นเพราะสัญญาที่สร้างขึ้นมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนหรืออาจมีความหมายได้หลายนัย โดยเฉพาะข้อสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญาทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่าคุณสัญญาที่มีความประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร จึงต้องมีวิธีการเพื่อช่วยค้นหาความหมายของถ้อยคำในสัญญานั้น ซึ่งหากข้อสัญญาที่สร้างขึ้นนั้นมีความชัดเจนอยู่แล้วก็ต้องถือตามข้อความที่ปรากฏเพราะถือว่าไม่ใช่กรณีที่จะต้องมีการตีความสัญญา วัตถุประสงค์ที่สำคัญในการตีความสัญญา คือ การค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคุณสัญญา นอกจากนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าในการตีความสัญญานั้นเป็นการตีความถ้อยคำที่ได้แสดงออกมาแล้วโดยคู่สัญญา ดังนั้น โดยทั่วไปคู่สัญญาไม่สามารถนำพยานหลักฐานแสดงให้ศาลเห็นถึงเจตนาที่แท้จริงที่มีได้แสดงออกมาว่าอันที่จริงแล้วตนมีเจตนาเช่นไร มาตรา 4.1 UNIDROIT⁴¹ วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการตีความสัญญาไว้ดังนี้

⁴¹ Article 4.1

(1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.

(2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

(1) การตีความสัญญาต้องตีความไปตามเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญา

(2) หากในกรณีที่เจตนาเช่นว่านั้น ไม่อาจหยั่งรู้ได้ให้ตีความสัญญาไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนในฐานะและพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญาเข้าใจ

สัญญานั้น เกิดจากการแสดงเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้น หลักการพื้นฐานประการแรกที่ใช้ในการตีความสัญญานั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 4.1 (1) ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มาจากทฤษฎีการตีความในทางอัตวิสัย (Subjective Theory)⁴² คือ มุ่งค้นหาความหมายของสัญญาจากตัวผู้ทำสัญญาเอง คือ จากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาเอง⁴³

หากไม่สามารถหยั่งทราบเจตนาเช่นว่านั้นได้ให้ตีความสัญญาไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนในฐานะ และพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญาเข้าใจตามมาตรา 4.1 (2) ซึ่งเป็นการตีความในทางภาวะวิสัย (Objective Theory) เป็นการตีความที่มุ่งค้นหาความหมายของสัญญาจากสภาพแวดล้อมหรือข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่แน่นอนที่อยู่นอกเหนือตัวผู้ทำสัญญา และจะใช้ทฤษฎีนี้ก็ต่อเมื่อมีการตีความตามทฤษฎีแรกยังไม่สามารถให้ความหมายที่กระจ่างชัด⁴⁴

มาตรา 4.1 (1) ซึ่งวางหลักไว้ว่า⁴⁵ ในการตีความสัญญานั้นให้ตีความไปตามเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญา คือ ในการตีความสัญญาหรือการพิจารณาความหมายที่ปรากฏในข้อสัญญานั้นให้พิจารณาถึงเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา เนื่องมาจากในบางครั้งข้อความที่คู่สัญญาใช้ในสัญญานั้นอาจแตกต่างไปจากความหมายตามตัวอักษรและอาจแตกต่างไปจากความหมายที่วิญญูชนจะเข้าใจ แต่ความหมายที่แตกต่างกันนั้นจะต้องเป็นความหมายที่คู่สัญญาทั้งสองเข้าใจร่วมกันในขณะที่เข้าทำสัญญานั้น ดังนั้น ในการตีความสัญญาโดยหลักแล้วจะต้องพิจารณาจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาในขณะที่เข้าทำสัญญา เนื่องจากคู่สัญญาอาจใช้คำๆ หนึ่งที่มีความหมายแตกต่างไปจากที่บุคคลทั่วไปเข้าใจแต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติก็ไม่ควรที่จะคาดหมายกับหลักการนี้มากเกินไป เนื่องจากเหตุผลประการแรก คือ แม้ว่าคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์อาจใช้ภาษาที่ ต่างกันไปจากความหมายทั่วไปแต่ก็ไม่น่าที่จะใช้ความหมายที่แตกต่างกัน โดยสิ้นเชิงกับความหมายทั่วไป และเหตุผลประการที่สอง คือ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นอาจเป็นการยากมากที่จะพิสูจน์ความหมายเฉพาะ

⁴² Joseph M. Perillo. (2008). "Editorial remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement CISG Article 8", available from. เข้าถึงได้จาก : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni8.html>. [2553, 20 ธันวาคม].

⁴³ ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธ์. (2551). *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 320.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 125.

⁴⁵ Official Comment Article 4.1 available from: <http://www.unilex.info> (August 2008).

ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอ้างว่าเป็นเจตนาร่วมกันนั้นจริง ๆ แล้วคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าใจความหมายนั้นในขณะที่ทำสัญญาด้วยหรือไม่

ในกรณีที่ไม้อาจยังทราบถึงเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาได้นั้น มาตรา 4.1(2) ได้วางหลักไว้ดังนี้ หากในกรณีที่เจตนาเช่นนั้นไม่อาจหยั่งรู้ได้ให้ตีความสัญญาไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนในฐานะ และพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญาเข้าใจ โดยพิจารณาจากความเข้าใจซึ่งมีเหตุผลอันควรคาดหมายได้จากบุคคลนั้นๆ โดยอาจพิจารณาจากความรู้ทางภาษาทักษะทางเทคนิคหรือประสบการณ์ทางธุรกิจในระดับเดียวกับคู่สัญญา ในการที่จะพิจารณาว่าคู่สัญญามีเจตนาร่วมกันหรือไม่และถ้ามีเจตนาร่วมกันนั้นเป็นอย่างไร จึงต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดซึ่งได้กำหนดไว้ใน มาตรา 4.3 ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นนี้ใช้ในการพิจารณาถึงความเข้าใจของวิญญูชนในกรณีที่ไม้อาจยังทราบเจตนาของคู่สัญญาด้วย⁴⁶

นอกจากการตีความสัญญาสองฝ่ายตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น UNIDROIT ยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตีความนิติกรรมฝ่ายเดียวอีกด้วย เช่น ถ้อยคำหรือการกระทำอื่นใดของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4.2⁴⁷ ซึ่งได้วางหลักไว้ดังนี้

(1) ถ้อยคำและการกระทำใดๆ ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้ตีความไปตามเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายนั้น ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้หรือควรที่จะรู้ถึงเจตนาเช่นนั้น

(2) หากความในวรรคก่อนนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้ ถ้อยคำ หรือการกระทำใดๆ ดังเช่นว่านั้น ให้ตีความไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนที่อยู่ในฐานะและพฤติการณ์เดียวกับคู่สัญญาเข้าใจ การตีความนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งอาจเป็นถ้อยคำหรือการกระทำอื่นๆ โดยหลักแล้วให้ถือตามเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายนั้น หากคู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรที่จะรู้แต่ถ้าหากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่รู้หรือไม่ควรที่จะรู้การแสดงเจตนาหรือถ้อยคำเช่นว่านั้น ให้ตีความตามความเข้าใจของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเดียวกับคู่สัญญาในพฤติการณ์เดียวกันกับคู่สัญญา โดยเทียบเคียงกับมาตรา 4.1⁴⁸

⁴⁶ Official Comment on Article 4.1 available from: <http://www.unilex.info> (August 2008).

⁴⁷ Article 4.2

(1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the party would give to it in the same circumstances.

⁴⁸ Official Comment on Article 4.2 available from: <http://www.unilex.info>(August 2008)

หลักเกณฑ์ในมาตรานี้สอดคล้องกับมาตรา 8(1) และ (2) ของ CISG ซึ่งอาจใช้ในการพิจารณาว่าการที่คู่สัญญาได้แสดงถ้อยคำ และกระทำการซึ่งมีนัยสำคัญทางกฎหมายนั้น ในท้ายที่สุดแล้วสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้วหรือยัง อย่างไรก็ตามนิติกรรมฝ่ายเดียว บางประเภทอาจทำขึ้นหลังจากที่ได้ทำสัญญากันแล้วและอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้ เช่น การแจ้งถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้าหรือการเลิกสัญญา เป็นต้น

ทั้งนี้ ในการปรับใช้หลักอัตวิสัย (Subjective Theory) ตาม (1) และ “ความมีเหตุผล” ตาม (2) เพื่อค้นหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาหรือการพิจารณาความเข้าใจของวิญญูชนนั้น ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ซึ่งมาตรา 4.3⁴⁹ ได้กำหนดถึงพฤติการณ์ที่สำคัญไว้ โดยกำหนดว่าการหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาหรือการพิจารณาความเข้าใจของวิญญูชนตามมาตรา 4.1 และ 4.2 นั้น ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงซึ่งรวมถึง

- (a) การเจรจาเบื้องต้นระหว่างคู่สัญญา
- (b) แนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้กระทำระหว่างกัน
- (c) การกระทำของคู่สัญญาหลังจากที่ทำสัญญากันแล้ว
- (d) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญา
- (e) ความหมายทั่วไปของข้อความและถ้อยคำในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง
- (f) จารีตประเพณีทางการค้า

ในการหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาหรือความเข้าใจของวิญญูชนตามมาตรา 4.1 และ 4.2 นั้น ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งพฤติการณ์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.3 นั้น เป็นเพียงตัวอย่างของพฤติการณ์สำคัญที่นำมาประกอบในการตีความเท่านั้นมิได้จำกัดเฉพาะ 6 กรณีที่กำหนดไว้พฤติการณ์ที่กำหนดไว้ในมาตรานี้บางพฤติการณ์ก็มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์เฉพาะที่มีระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในขณะที่บางสถานการณ์มีลักษณะเป็นการทั่วไป จะเห็นได้ว่าตาม (a)-(c) เป็นความสัมพันธ์เฉพาะระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นการใช้ทฤษฎีอัตวิสัย ส่วน (d)-(f) เป็นพฤติการณ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป

⁴⁹ Article 4.3 In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) Preliminary negotiations between the parties;
- (b) Practices which the parties have established between themselves;
- (c) The conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) The nature and purpose of the contract;
- (e) The meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
- (f) Usages.

ตัวอย่างของการเจรจาเบื้องต้นของคู่สัญญา เช่น สัญญาจ้างเขียนหนังสือระหว่าง A ซึ่งเป็นนักเขียนและ B ซึ่งเป็นสำนักพิมพ์ ระบุว่า “หนังสือควรมีประมาณ 300 หน้า” ในระหว่างการเจรจา B ได้รับรองกับ A ว่าการกำหนดจำนวนหน้าของหนังสือนั้นเป็นความจำเป็นเกี่ยวกับเหตุผลในทางบริหารเท่านั้นและแจ้งว่า A ไม่จำเป็นต้องถือตามจำนวนหน้าที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด โดยอาจมีจำนวนหน้าเกินกว่านั้นก็ได้อีกหากจำเป็นปรากฏว่า A ได้ส่งต้นฉบับซึ่งมีจำนวน 500 หน้าให้แก่ B ในการศึกษาความหมายของคำว่า “ประมาณ 300 หน้า” นั้น ต้องพิจารณาถึงการเจรจาเบื้องต้นด้วยทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 4.3 (a) ดังนั้นจะถือว่า A ผิดสัญญาไม่ได้

ส่วนพฤติการณ์ที่กำหนดไว้ใน (d)-(f) ซึ่งก็คือลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญา ความหมายทั่วไปของถ้อยคำหรือข้อความในทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีทางการค้าเป็นพฤติการณ์ที่ใช้หลักเกณฑ์ “ความมีเหตุผล” หลักเกณฑ์ใน (e) และ (f) อาจจะดูเหมือนกับซ้ำซ้อนกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาให้ดีจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการนี้ ก็มีความแตกต่างกันโดยที่ “จารีตประเพณีทางการค้า” ตาม (f) นั้น ใช้เฉพาะเมื่อเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 1.9⁵⁰ กล่าวคือ ให้ใช้จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกันหรือแม้ไม่ได้ตกลงกันก็ผูกพันโดยจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปในทางการค้าระหว่างประเทศ ในขณะที่ “ความหมายทั่วไปของข้อความและถ้อยคำในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง” นั้น อาจใช้ในการช่วยตีความได้ แม้ว่าจะเป็นลักษณะเฉพาะทางการค้าของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือแม้แต่ไม่ใช่ฝ่ายใดเลยก็ตาม ทั้งนี้ ถ้อยคำหรือข้อความนั้นจะต้องเป็นเรื่องธรรมดาในทางการค้า

ตัวอย่างของความหมายทั่วไปของข้อความและถ้อยคำในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง A เจ้าของเรือเช่าทำสัญญาชาร์เตอร์เรือกับ B เพื่อขนส่งข้าวซึ่งสัญญาดังกล่าวมีข้อสัญญามาตรฐานข้อหนึ่งกำหนดว่า “Whether in Berth or Not” เกี่ยวกับระยะเวลา การเริ่มนับ Laytime ของเรือ หลังจากที่เดินทางมาถึงท่าเรือปลายทางปรากฏว่าในภายหลังคู่สัญญาได้เข้าใจความหมายในข้อสัญญาข้อนี้แตกต่างกันออกไป ดังนี้เมื่อมิได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นย่อมต้องเข้าใจในความหมายทั่วไปของธุรกิจการเดินเรือตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4.3 (e) ความหมายทั่วไปของข้อความและถ้อยคำในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง

⁵⁰ Article 1.9

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such usage would be unreasonable.

ตัวอย่างของจารีตประเพณีทางการค้า A และ B ทำสัญญาซื้อขายน้ำมันในราคา 20.5 เหรียญดอลลาร์สหรัฐต่อบาร์เรล ต่อมาภายหลังคู่สัญญาไม่เห็นพ้องต้องกันกับขนาดของบาร์เรลตามที่อ้างไว้ โดย A ตั้งใจที่จะหมายถึงบาร์เรลที่มี 42 แกลลอนมาตรฐาน ส่วน B ตั้งใจจะหมายถึง 36 อิมพีเรียลแกลลอน การที่ไม่ได้กำหนดไว้และก่อให้เกิดความขัดแย้งกันเช่นนี้ ความเข้าใจของ A ย่อมเหนือกว่าความเข้าใจของ B เนื่องจากในการค้าน้ำมันระหว่างประเทศเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่มาตรวัดบาร์เรลคิดในแกลลอนมาตรฐานไม่ใช่อิมพีเรียลแกลลอน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4.3(ก) จารีตประเพณีทางการค้า

3.2.4.2 ข้อสัญญาตามมาตรา 1.9 หลักทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract 2004)

มาตรา 1.9 (1)⁵¹ วางหลักเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าไว้ดังนี้ คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกันและแนวปฏิบัติทางการค้าที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกันโดยผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพันคู่สัญญาโดยอัตโนมัติ ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงยกเว้นโดยชัดแจ้งการจะวินิจฉัยว่าคู่สัญญา ได้สร้างแนวปฏิบัติกันไว้ นั้นต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมในแต่ละกรณีพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำในธุรกรรมครั้งก่อนหน้านั้น ถือว่าไม่เพียงพอที่จะเป็นแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน⁵²

ตัวอย่างของแนวปฏิบัติทางการค้าที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน เช่น ผู้ขายเคยได้รับการร้องเรียนหลายครั้งจากผู้ซื้อในการชำระคบกพร่องของสินค้าเป็นเวลาเกินกว่า 2 สัปดาห์ หลังจากได้รับสินค้า ดังนั้นเมื่อผู้ซื้อได้ร้องเรียนในเรื่องการชำระคบกพร่องของสินค้าอีกเป็นเวลาเกินกว่า 2 สัปดาห์ ผู้ขายจะปฏิเสธคำร้อง โดยอ้างว่าการแจ้งคำบอกกล่าวล่าช้าเป็นระยะเวลาเกินกว่า 2 สัปดาห์ไม่ได้ เนื่องจากการกระทำก่อนๆ ทำให้ 2 สัปดาห์เป็นระยะเวลาที่คู่สัญญาทั้งสองได้สร้างขึ้น ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน ดังนั้นผู้ขายจำต้องผูกพันตามแนวปฏิบัติดังกล่าว

⁵¹ Article 1.9 (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

⁵² Jorge Oviedo Alban. (2008). Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9, available from. เข้าถึงได้จาก : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni9.html>. [2554, 22 มกราคม].

จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาต้องผูกพันนั้น คือ จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกันตาม Article 1.9 (1) นำมาใช้โดยเป็นไปตามหลักอิสระในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยคู่สัญญาสามารถเจรจาตกลงถึงข้อสัญญาในสัญญา โดยอ้างถึงแหล่งที่มาอื่นๆ ซึ่งรวมถึงจารีตประเพณีทางการค้าก็ได้และคู่สัญญาสามารถระบุให้นำจารีตประเพณีทางการค้าใดๆ รวมถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่ถูกสร้างขึ้นในวงการค้าซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้อยู่ในวงการค้านั้นก็ได้หรือจารีตประเพณีทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประเภทอื่น

กล่าวโดยสรุป คู่สัญญาสามารถตกลงให้นำจารีตประเพณีทางการค้าใดๆ ก็ได้ มาใช้กับสัญญาของตน UNIDROIT Article 1.9(2)⁵³ วางหลักไว้ว่าให้คู่สัญญาต้องผูกพันตามจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) อย่างใดอย่างหนึ่งที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) นั้น ต้องเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในระหว่างคู่สัญญาที่ทำธุรกิจนั้นซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับ CISG Article 9 ซึ่งมีเงื่อนไขว่าจารีตประเพณีทางการค้าที่จะนำมา ใช้้นั้นต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่มีความเป็นระหว่างประเทศ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการอ้างจารีตประเพณีทางการค้าที่สร้างขึ้นภายในประเทศมาใช้กับชาวต่างชาติ

จารีตประเพณีทางการค้าของท้องถิ่นหรือจารีตประเพณีที่ใช้กันอยู่ในท้องถิ่น นั้นๆ ที่จะสามารถผูกพันคู่สัญญาได้โดยไม่ต้องอ้างโดยคู่สัญญา คือ จารีตประเพณีทางการค้าได้รับไปปฏิบัติในธุรกรรมระหว่างประเทศและพ่อค้าในวงการการค้าส่วนใหญ่ได้ยอมรับจารีตประเพณีทางการค้านั้น ดังนั้นจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันในท้องถิ่นก็อาจบังคับใช้กับคู่สัญญาตามมาตรา 1.9(2) ได้ถ้าเห็นได้ว่าคู่สัญญาในสถานการณ์เดียวกันรู้และได้มีการปฏิบัติต่อกันตามจารีตประเพณีทางการค้านั้น เช่น จารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ ณ ท่าเรือแห่งหนึ่งเกี่ยวกับการขนถ่ายสินค้า ถ้าถูกนำมาใช้กับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศถือได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีความเป็นระหว่างประเทศแล้ว นอกจากนั้นนักธุรกิจที่เข้าทำสัญญาหลายๆ ฉบับที่มีลักษณะเหมือนกันกับต่างประเทศ จึงอาจต้องถูกผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่สร้างขึ้นภายในประเทศนั้นๆ

ตัวอย่างของจารีตประเพณีทางการค้า จารีตประเพณีทางการค้าที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย เช่น A เป็นผู้ดำเนินการปลายทางที่ทำเรือแห่งหนึ่งอ้างถึงจารีตประเพณีทางการค้าท้องถิ่นที่ใช้กันอยู่ทั่วไปที่ท่าเรือ B ผู้ขนส่งที่เป็นชาวต่างชาติ ดังนั้น B จะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าวหากท่าเรือนั้นถูกใช้กันอยู่เป็นปกติโดยชาวต่างชาติและมีการใช้จารีตประเพณีดังกล่าวอย่างเป็นทางการทั่วไปและสม่ำเสมอกับผู้ใช้ท่าเรือนั้น โดยไม่คำนึงถึงสถานที่ทำธุรกิจหรือสัญชาติของผู้ที่

⁵³ (2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

ทำธุรกิจนั้น A เป็นนายหน้าอยู่ที่ประเทศ X ได้รับข้อเรียกร้องจาก B ซึ่งเป็นลูกค้าอยู่ที่ประเทศ Y โดย B ขอส่วนลด 10% ซึ่งเป็นจารีตประเพณีทางการค้า ถ้าหากชำระราคาด้วยเงินสด โดย A ไม่สามารถปฏิเสธจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าวที่ใช้กันอยู่ในประเทศ Y ถ้าหาก A ได้ทำธุรกิจในประเทศ Y มาอย่างยาวนาน

ความแตกต่างระหว่าง UNIDROIT Article 1.9 กับ CISG Article 9 คือ UNIDROIT วางหลักให้คู่สัญญาไม่ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable) โดยมีเหตุผลว่าในบางกรณีจารีตประเพณีทางการค้าอย่างหนึ่งอาจได้รับการปฏิบัติกันอย่างแพร่หลายในธุรกิจนั้น ๆ แต่อาจไม่เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างความสัมพันธ์ของคู่กรณีก็ได้ อาจเป็นเพราะคู่สัญญาได้มีการตกลงกำหนดเงื่อนไขกันให้แตกต่างออกไปจากที่คนส่วนใหญ่ทำการค้ากันอยู่จารีตประเพณีทางการค้านั้นจึงไม่อาจนำมาใช้กับกรณีที่เกิดขึ้น

ผลทางกฎหมายสำหรับการนำจารีตประเพณีทางการค้าหรือแนวปฏิบัติใด ๆ ที่คู่สัญญาต้องผูกพันตามมาตรา 1.9 ถ้าหากจารีตประเพณีทางการค้าที่เข้าเงื่อนไขมาตรา 1.9 มีความขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ให้ถือจารีตประเพณีทางการค้าเป็นหลักเนื่องจากมาตรานี้มีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะเป็นข้อสัญญาโดยปริยาย UNIDROIT นั้นเป็นหลักทั่วไปที่นำมาใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยไม่ได้เน้นเรื่องการซื้อขายอย่างเดียวแต่รวมถึงสัญญาอื่น ๆ ทางพาณิชย์ด้วย⁵⁴

3.2.4.3 หลักกรณีไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้หรือสามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้แต่เกิดภาวะ หรือความยากลำบากอย่างมาก (Hardship) และเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles)

UNIDROIT Principles คือ ประมวลว่าด้วยหลักเกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศหรือข้อบังคับและหลักปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งถูกร่างขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1944 โดยคณะทำงานของสถาบันเพื่อความสอดคล้องกันของกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ (The International Institute for the Unification of Private Law) ซึ่งประกอบด้วย นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงจากหลายประเทศร่วมกันร่างหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ UNIDROIT Principles จึงเป็นผลจากการเริ่มโดยกลุ่มเอกชนและเป็นเครื่องมือระหว่างประเทศที่มีได้มีผลบังคับผูกพันประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะแต่สามารถนำมาปรับใช้ได้ในทุกปฏิบัติ

⁵⁴ Unidroit Preamble (Purpose of the Principles) These Principles set forth General Rules for International Commercial Contracts.

ในประเด็นเรื่องพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติ การชำระหนี้ตามสัญญาได้หรือสามารถปฏิบัติชำระหนี้ได้แต่เกิดภาวะหรือความยากลำบาก อย่างมาก หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) ได้แบ่งไว้ 2 กรณี คือ Force Majeure และ Hardship

1) เหตุสุดวิสัย (Force Majeure)

1.1) หลักเกณฑ์ UNIDROIT Principles บัญญัติหลัก Force Majeure ไว้ใน Article 7.1.7⁵⁵ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ Article 79 (1) ของ CISG แล้วพบว่ามี ความคล้ายคลึงกันมากกล่าวคือ กำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาต้องพิสูจน์เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเหมือนกันและหน้าที่แจ้งคำ บอกล่าวเหมือนกัน โดยที่ Article 7.1.1⁵⁶ of UNIDROIT Principles ยังให้ความหมายของการไม่ ปฏิบัติการชำระหนี้ (Non- Performance) ว่ารวมถึงการชำระหนี้บกพร่องและการชำระหนี้ล่าช้าด้วย

สิ่งที่แตกต่างกัน คือ Article 7.1.7 of UNIDROIT Principles ไม่ได้กล่าวถึง กรณีการไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้โดยบุคคลที่สาม

1.2) ผลของ Force Majeure ใน Article 7.1.7 (4) of UNIDROIT Principles ไม่ได้จำกัดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้รับชำระหนี้ที่จะขอเลิกสัญญา ถ้าการไม่ชำระหนี้ นั้นเป็น สาเหตุสำคัญ ส่วนคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้รับยกเว้นความรับผิดในค่าเสียหายกรณีมี อุปสรรคทำให้การชำระหนี้ล่าช้า มาตรฐานให้ขยายระยะเวลาในการชำระหนี้ได้ ซึ่งการขยาย ระยะเวลาในการชำระหนี้ อาจจะมากกว่าหรือน้อยกว่าช่วงเวลาที่อุปสรรคมีอยู่ก็ได้

⁵⁵ Article 7.1.7 of UNIDROIT Principles “Force Majeure”

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the Non-Performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.

(3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.

(4) Nothing in this article prevents a party from exercise a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.

⁵⁶ Article 7.1.1 of UNIDROIT Principles “Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.”

2) Hardship

เนื่องจากมีเหตุการณ์บางอย่างเข้ามาแทรกแซงภายหลังจากการทำสัญญาทำให้เกิดความยากลำบากในการชำระหนี้หรือเป็นภาระหนักเกินควรแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจต้องปฏิบัติการชำระหนี้มากเกินไป และในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับการชำระหนี้ในมูลค่าที่สูงเกินไป แต่กลับปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนเท่าเดิมจนเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันเกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งขึ้นซึ่งหากจะต้องให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาเช่นเดิมทุกประการก็อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น

2.1) หลักเกณฑ์ Article 6.2.1⁵⁷ of UNIDROIT Principles กำหนดหลักว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกลายเป็นภาระอย่างมาก คู่สัญญาต้องผูกพันในการชำระหนี้ตามสัญญาโดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขของ Hardship

UNIDROIT Principles กำหนดคำนิยามของคำว่า Hardship ไว้ใน Article 6.2.2⁵⁸ กล่าวคือ การเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงดุลยภาพที่เป็นรากฐานของสัญญาเนื่องจากค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระหนี้ของคู่สัญญามีมูลค่าสูงขึ้น หรือเนื่องจากมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับชำระหนี้มีมูลค่าลดลงและจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขดังนี้ คือ

- a) เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญาหรือคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้ทราบภายหลังจากได้ทำสัญญา
- b) คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายไม่อาจคาดหมายถึงเหตุการณ์นั้นได้ในขณะที่ทำสัญญา
- c) เหตุการณ์นั้นอยู่เหนือการควบคุมของคู่สัญญาและ
- d) ความเสี่ยงของเหตุการณ์นั้นต้องไม่ถูกสันนิษฐานเอาเองจากคู่สัญญา

⁵⁷ Article 6.2.1 of UNIDROIT Principles “Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.”

⁵⁸ Article 6.2.2 of UNIDROIT Principles “There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and The events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract: The events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of conclusion of the contract; The events are beyond the control of the disadvantaged party ; and The risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

ตามหลักทั่วไปการเปลี่ยนของเหตุการณ์ไม่มีผลต่อการชำระหนี้ เว้นแต่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสัญญาซึ่งเป็นรากฐาน ปัญหาว่าอย่างไรถึงจะเป็นการเปลี่ยนแปลง “รากฐาน” (Fundamental) ของสัญญาซึ่งมีผลให้คู่สัญญาอ้าง Hardship ได้ ในเรื่องนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า ถ้าการชำระหนี้สามารถวัดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนได้ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงของมูลค่าหรือราคา ตั้งแต่ 50% หรือมากกว่านั้นขึ้นไปถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงรากฐานของสัญญา

ค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระหนี้ของคู่สัญญาที่มีมูลค่าสูงขึ้นนั้น เช่น มีการเพิ่มขึ้นของราคาวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าอย่างมาก หรือมีการออกกฎระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัยในการผลิตทำให้ต้นทุนในการผลิตแพงมาก ส่วนมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับชำระหนี้มีมูลค่าลดลง

นอกจากนี้ คู่สัญญาจะกล่าวอ้าง Hardship ได้ เฉพาะในส่วนที่ยังไม่ได้ชำระหนี้เท่านั้น ส่วนที่คู่สัญญาชำระหนี้ไปแล้วจะไม่สามารถอ้าง Hardship ได้

ตัวอย่างเช่น A เป็นบริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศ X ทำสัญญากับ B ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐบาล เพื่อสร้างโรงงานในประเทศ Y โดยจะต้องมีการนำเครื่องจักรเข้ามาแต่เนื่องจากการลดค่าเงินบาทในประเทศ Y โดยไม่คาดคิดทำให้มูลค่าเครื่องจักรเพิ่มขึ้นมากกว่า 50% ดังนี้ A มีสิทธิที่ร้องขอ B ให้มีการเจรจาตกลงกันใหม่ แต่ถ้าในสัญญามีข้อตกลงให้มีการปรับเปลี่ยนราคาโดยอัตโนมัติถ้ามีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงก็ต้องเป็นไปตามนั้น คู่สัญญาไม่มีสิทธิที่จะร้องขอให้มีการเจรจากันใหม่เว้นแต่ว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้อยู่ในข้อตกลง

2.2) ผลของ Hardship Article 6.2.3⁵⁹ of UNIDROIT Principles เป็นทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีพิจารณาความ⁶⁰ ซึ่งกำหนดว่าในกรณีที่ เป็น Hardship (ตาม Article 6.2.2) คู่สัญญาที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้มีการเจรจากันใหม่ (Renegotiation) ซึ่งการร้องขอนั้นจะต้องทำโดยไม่ชักช้ากล่าวคือ ต้องร้องขอโดยเร็วที่สุดเท่าที่เป็นไปได้หลังจากที่เกิดเหตุ Hardship ขึ้นและต้องชี้แจงถึงเหตุผลแห่งการร้องขอนั้นด้วย

⁵⁹ Effects of Hardship

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiations does not itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to The court.

(4) If the court hardship it may, if reasonable

a) Terminate the contract at a date and on terms to be fixed, of

b) Adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

⁶⁰ Rimke Joern. (2001), “Force Majeure and Hardship”, supra note 126, p. 112.

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการร้องขอนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายไม่มีสิทธิพักการชำระหนี้ตาม Article 6.2.3 (2) ตัวอย่างเช่น A ทำสัญญากับ B เพื่อก่อสร้างโรงงานในประเทศ X หลังจากที่ได้มีการทำสัญญาได้มีการออกกฎระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัยขึ้นใหม่ในประเทศ X ซึ่งบังคับให้มีอุปกรณ์และเครื่องมือเพิ่มขึ้น ดังนั้นถือได้ว่าการเปลี่ยนแปลงของสัญญาที่เป็นรากฐาน A มีสิทธิเรียกร้องให้มีการเจรจาใหม่และอาจจะพักการชำระหนี้ในเวลาที่ต้องการเครื่องมือสำหรับกฎระเบียบความปลอดภัยใหม่นั้น แต่ไม่มีสิทธิหยุดส่งเครื่องมือเพิ่มขึ้นตราบเท่าที่ยังไม่ได้ตกลงมีการเปลี่ยนแปลงราคากัน

นอกจากนี้ ในการเจรจาใหม่นี้คู่สัญญาจะต้องกระทำโดยสุจริต⁶¹ และคู่สัญญาจะต้องให้ความร่วมมือด้วย กล่าวคือคู่สัญญาฝ่ายที่ร้องขอให้มีการเจรจานั้นต้องเชื่อโดยสุจริตว่ามีเหตุแห่ง Hardship อยู่ไม่ไหวเพื่อเป็นแผนการเพื่อประวิงเวลา

ถ้าการร้องขอให้มีการเจรจาใหม่นั้นไม่ประสบผลสำเร็จในเวลาอันควร คู่สัญญาอาจอาศัยอำนาจศาลให้พิจารณาตาม Article 6.2.3 (3) เนื่องจากบางทีคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจไม่ยอมเจรจาหรืออาจเป็นกรณีที่เจรจาดกกลงกันหาข้อยุติไม่ได้ ซึ่งถ้าศาลเห็นว่าเป็นกรณี Hardship ศาลมีอำนาจบอกล้างสัญญาหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยอาศัยการฟื้นฟูดุลยภาพตาม Article 6.2.3 (4)

ตัวอย่าง A เป็นผู้ส่งออกตกลงทำสัญญากับ B นำเข้าเบียร์มายังประเทศ X เป็นเวลา 3 ปี ต่อมาสองปีหลังจากทำสัญญาประเทศ X ได้ออกกฎหมายห้ามซื้อขายและบริโภคเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ B จึงอ้างว่าเป็นกรณี Hardship และเรียกร้องต่อ A ให้มีการเจรจาใหม่ ซึ่ง A ยอมรับว่ามีกรณี Hardship เกิดขึ้นแต่ปฏิเสธที่จะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาหลังจากนั้นหนึ่งเดือน B จึงมาร้องต่อศาล กรณีถ้า B สามารถที่จะขายเบียร์ ในประเทศข้างเคียงได้แม้ว่าจะต้องขายในราคาที่ต่ำ ศาลอาจให้ถือตามสัญญาเดิมแต่ให้มี การลดราคา กรณีถ้า B ไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ศาลอาจให้มีการเลิกสัญญาได้

⁶¹ Article 1.7 of UNIDROIT Principles

“(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.”

3.2.4.4 การนำ UNIDROIT Principles มาปรับใช้

จากการศึกษาพบว่าหลัก UNIDROIT Principles ให้กำหนดรายละเอียดที่ชัดเจน และให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญามากกว่า CISG แต่ก็ยังมีปัญหาว่าในกรณีที่ CISG ใช้บังคับแก่สัญญาแล้วจะสามารถนำ UNIDROIT Principles มาใช้ได้ภายในขอบเขตแค่ไหน ซึ่งเมื่อพิจารณาศาลหรืออนุญาโตตุลาการสามารถนำหลัก UNIDROIT Principles มาปรับใช้ตามวัตถุประสงค์ของหลักนี้ได้หลายวิธีด้วยกัน ได้แก่

(1) การใช้ในกรณีที่ตัวสัญญาระบุให้นำหลักนี้มาใช้

กรณีนี้หลัก UNIDROIT Principles ถูกนำมาใช้บังคับเหมือนกับเป็นข้อสัญญาทั่วไป แต่มีข้อสังเกตว่ากรณีนี้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญายังคงจะต้องถูกคัดค้าน โดยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในเรื่องอำนาจศาลเป็นผลให้หลัก UNIDROIT Principles จะผูกพันคู่สัญญาเฉพาะเท่าที่หลักเหล่านั้น ไม่ขัดแย้งกับกฎหมายภายใน

(2) ใช้ได้เมื่อคู่สัญญามีข้อตกลงให้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “กฎหมายพาณิชย์”

(Lex Mercatoria) หรือหลักอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกันมาใช้บังคับแก่สัญญา

(3) ใช้หลักเพื่อแก้ไขประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น เมื่อพิสูจน์ถึงความเป็นไปได้ในการกำหนดข้อบังคับที่เกี่ยวข้องของกฎหมายที่บังคับใช้

กรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายภายในที่มีอยู่กล่าวคือแม้ว่าหลัก UNIDROIT Principles จะไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในสัญญา แต่เมื่อใดก็ตามมีบางประเด็นปัญหาและเป็นที่พิสูจน์ได้แล้วว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะใช้กฎหมายภายในนั้น ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะนำหลัก UNIDROIT Principles มาปรับใช้แต่อย่างไรก็ตามการพึ่งพาการใช้หลัก UNIDROIT Principles เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายภายในโดยมักจะใช้เป็นที่ยึดสุดท้าย⁶² ในกรณีที่กฎหมายภายในไม่มีการบัญญัติไว้

(4) หลักนี้ถูกใช้เพื่อการตีความ หรือเป็นส่วนเสริมกฎหมายระหว่างประเทศให้มีความสอดคล้องเป็นหนึ่งเดียวกัน

กรณีนี้ทำให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการมีวิธีการที่เหมาะสมกว่าต่อการนำไปใช้กับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเพราะว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสอดคล้องกัน ควรได้รับการตีความอย่างเป็นเอกเทศ กล่าวคือตีความไปในแนวทางเดียวกันซึ่งย่อมจะดีกว่าจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง

⁶² Michael Joachim Bonell. (2008). “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?”. เข้าถึงได้จาก : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ulr96.html>. [2554, 18 ธันวาคม].

(5) ใช้หลักเป็นแม่แบบของการบัญญัติกฎหมาย

นอกจากนี้หลัก UNIDROIT Principles อาจเป็นต้นแบบสำหรับออกกฎหมาย ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดความ สอดคล้องกันของการใช้ตีความถ้อยคำ ถ้ามีการยอมรับหลัก UNIDROIT Principles นี้เป็นอันหนึ่ง อันเดียวในระดับระหว่างประเทศ