

บทที่ 3

หลักการพิคสัญญญาที่คาดหมายได้ตามอนุสัญญญาซื้อขายสินค้ำระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980

3.1 ประวัติความเป็นมาของอนุสัญญญาซื้อขายสินค้ำระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980

3.1.1 ความเป็นมาของอนุสัญญญาซื้อขายสินค้ำก่อนสมัชการประชมที่กรุงเวียนนาปี ค.ศ. 1980

ความพยายามที่จะจัดทำกฎหมายว่าด้วยลักษณะสัญญญาซื้อขายของประเทศต่าง ๆ ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้นได้เริ่มขึ้นมาเป็นเวลานานมาแล้ว นับตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมาได้มีการกล่าวถึงเรื่องนี้ในตำราต่าง ๆ อยู่เสมอ อย่างไรก็ตามในที่นี่จะกล่าวถึงความเป็นมาของเรื่องนี้แต่เพียงสังเขปเท่านั้น

นับตั้งแต่ปี 1930 เป็นต้นมา สถาบันเพื่อการจัดทำกฎหมายเอกชนให้เป็นเอกภาพ (UNIDROIT) ซึ่งตั้งอยู่ ณ กรุงโรม ได้เริ่มงานเตรียมการจัดทำอนุสัญญญาว่าด้วยสัญญญาซื้อขายขึ้น งานครั้งนั้นนับได้ว่าเป็นผลมาจากแรงกระตุ้นของนักนิติศาสตร์เยอรมันท่านหนึ่ง คือ Ernst Rabel ซึ่งเป็นผู้ริเริ่มศึกษาค้นคว้าเปรียบเทียบกฎหมายลักษณะสัญญญาซื้อขายของประเทศต่าง ๆ อยู่ในขณะนั้น¹ หลังจากที่ได้มีการจัดทำร่างอนุสัญญญาทั้งสิ้นถึง 4 ฉบับด้วยกันคือ ฉบับปี 1935, 1939, 1956, 1963 ประกอบกับการชะงักงันในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นเวลาหลายปี ในที่สุดก็มีการประชุมตัวแทนของนานาชาติตกลงทำสัญญญากันได้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1964 ที่กรุงเฮก โดยตกลงให้ทำเป็นอนุสัญญญา 2 ฉบับ คือ :

อนุสัญญญาเกี่ยวกับประมวลกฎหมายนานาชาติลักษณะสัญญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์

¹ Rabel, Das Recht des Warenkaufs, 2 Bde., Berlin 1936, 1958.(อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, “อนุสัญญญาว่าด้วยสัญญญาซื้อขายระหว่างประเทศ (UN- Convention on Contracts for the International Sale of Goods)”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 17 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2530) น. 93-96

ระหว่างประเทศ² (1964 Hague Sales Convention)

อนุสัญญาเกี่ยวกับประมวลกฎหมายนานาชาติว่าด้วยการก่อให้เกิดสัญญา ในกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ³ (1964 Hague Formation Convention)

น่าเสียดายว่าความหวังที่อนุสัญญาทั้งสองจะอำนวยความสะดวกให้กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศลงรอยเป็นเอกภาพกันได้ทั่วโลกนั้นมิได้สัมฤทธิ์เป็นจริงขึ้นมาแต่อย่างใด เหตุผลในเรื่องนี้นอกจากปัญหาเรื่องความไม่ลงรอยกันในแง่กฎหมายในรายละเอียดบางประการแล้ว ข้อที่สำคัญที่สุดก็คือการที่มีประเทศมาเข้าร่วมประชุมตกลงกันน้อยเกินไป คือมีเพียง 28 ประเทศเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นประเทศส่วนใหญ่ที่เข้าร่วมประชุมก็ล้วนเป็นประเทศภาคพื้นยุโรป ส่วนบรรดาตัวแทนของประเทศด้อยพัฒนานั้นมิได้เข้ามามีส่วนร่วมด้วย ทำให้อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับไม่ได้รับความนิยมนานาชาติอย่างทั่วถึงเท่าที่ควร

ทว่าเนื่องจากกฎหมายลักษณะสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการค้าพาณิชย์ระหว่างประเทศต่าง ๆ ดังนั้นที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติจึงได้มอบหมายให้คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) ในปี ค.ศ. 1967 เพื่อทำหน้าที่พิจารณาปัญหาว่าจะทำอย่างไรให้อนุสัญญาฉบับกรุงเฮกได้รับการยอมรับจากบรรดาชาติทั้งหลายได้ คณะกรรมการ UNCITRAL จึงได้จัดตั้งคณะทำงานขึ้นชุดหนึ่งประกอบด้วยผู้แทนของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โดยให้คณะกรรมการชุดนี้พิจารณาอนุสัญญากรุงเฮกอีกครั้งหนึ่ง แต่เนื่องจากมีความเห็นแตกต่างกันมากทั้งในแง่กฎหมายและในแง่เศรษฐกิจในที่สุด UNCITRAL จึงมีมติให้จัดทำร่างอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศขึ้นใหม่ โดยมีการปรึกษารื้อกับบรรดาประเทศทั้งหลายอย่างใกล้ชิด

ในระหว่างที่มีการพิจารณาร่างอนุสัญญาใหม่โดย UNCITRAL นี้เอง อนุสัญญาฉบับกรุงเฮกทั้งสองฉบับได้เริ่มมีผลบังคับใช้ในหมู่ประเทศภาคี คือตั้งแต่เดือนสิงหาคม 1972

² The Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods : United Nations, Treaty Series, Vol. 834, No. 11929, p. 107. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 93-96

³ The Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods : United Nations, Treaty Series, Vol. 834, No. 11930, p. 107. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 93-96

เป็นต้นมา แต่การเตรียมร่างอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายลักษณะซื้อขาย UNCITRAL ที่ก้าวหน้าขึ้นทุกวันนี้ได้ส่งผลให้อนุสัญญานับกรุงเฮกได้รับความสนใจจากนานาชาติน้อยลงด้วย กลุ่มประเทศที่อนุสัญญามีผลบังคับใช้จึงจำกัดอยู่เพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้น คือ อังกฤษ เยอรมัน เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ อิตาลี ลักแซมเบิร์ก อิสราเอล ซานมาริโนและแกมเบีย การที่อนุสัญญานับกรุงเฮกมีผลบังคับได้เป็นที่จริงแล้วเป็นผลมาจากความตกลงของบรรดาประเทศผู้ริเริ่มก่อตั้งประชาคมยุโรป (EEC) ที่ตกลงให้อนุสัญญานี้มีผลบังคับในกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมพร้อมกัน อย่างไรก็ตาม ภารกิจของกรุปประชาคมยุโรปข้อนี้มิได้สำเร็จลงอย่างบริบูรณ์ เมื่อปรากฏว่า UNCITRAL ได้ริเริ่มจัดทำอนุสัญญาขึ้นใหม่แล้วนั้น รัฐสภาฝรั่งเศสได้มีมติไม่ยอมให้สัตยาบันต่ออนุสัญญานับกรุงเฮก นอกจากนี้ยังมีประเทศสมาชิกใหม่ของประชาคมยุโรปบางประเทศไม่ยอมให้สัตยาบันต่ออนุสัญญานี้ เช่น ประเทศไอร์แลนด์และประเทศเดนมาร์ก เป็นต้น ด้วยเหตุนี้อนุสัญญากรุงเฮกจึงมีผลเฉพาะในประเทศประชาคมยุโรปบางส่วนเท่านั้น ประเทศที่สำคัญๆ ในตลาดโลกหลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา รัสเซีย ฝรั่งเศส จีน เหล่านี้มิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงเฮก

3.1.2 การประชุมพิจารณาร่างอนุสัญญาที่กรุงเวียนนา ค.ศ. 1980

ขั้นตอนการพิจารณาว่าจะเป็นร่างอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 นี้สามารถแยกพิจารณาได้ 3 ช่วงด้วยกัน คือ ช่วงที่ 1 เป็นชั้นคณะทำงาน (The UNCITRAL Working Group) ในปี ค.ศ. 1970-1977 โดยมีสมาชิกของคณะกรรมการ UNCITRAL อยู่ 36 ประเทศด้วยกัน⁴ ในชั้นนี้คณะทำงานได้ร่างอนุสัญญาออกเป็น 2 ฉบับด้วยกัน โดยฉบับแรกคือ The 1976 Draft Convention on Sales ซึ่งกำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายภายใต้สัญญาซื้อขาย และฉบับที่ 2 คือ The Draft on Formation of the Sales Contract ซึ่งเสร็จเรียบร้อยในเดือนกันยายน 1977

ช่วงที่ 2 คือ ชั้นพิจารณาร่างโดยคณะกรรมการ (Commission) ในปี ค.ศ. 1977-1978 โดยในชั้นนี้คณะกรรมการได้พิจารณา The 1976 Draft Convention on Sales และ The 1977

⁴ ซึ่งประกอบไปด้วย แอฟริกา 9, เอเชีย 7, ยุโรปตะวันออก 5, ลาตินอเมริกา 6, ยุโรปตะวันตก และประเทศอื่นๆ อีก 9 ซึ่งยุโรปตะวันตกและประเทศอื่นๆ นี้ รวมถึงออสเตรเลีย, แคนาดา, สหรัฐอเมริกา และนิวซีแลนด์)

Draft on Formation of the Sales Contract ที่คณะทำงานได้จัดทำขึ้นและได้รวบรวมร่างทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็นฉบับเดียว กลายเป็น The 1978 Draft Convention on Contracts for International Sale of Goods โดยร่างดังกล่าวได้รับความเห็นชอบด้วยมติเอกฉันท์และคณะกรรมการได้เสนอร่างดังกล่าวให้ที่ประชุมของ UN (The U.N. General Assembly) เพื่อให้มีการประชุมของผู้แทนทางการทูต (Diplomatic Conferences) เพื่อทบทวนร่างดังกล่าวอีกครั้งหนึ่งและทำให้อนุสัญญาดังกล่าวเสร็จสมบูรณ์

ช่วงที่ 3 คือ ชั้นที่ประชุมทางการทูต (The Diplomatic Conference) ในปี ค.ศ. 1980 ในขั้นนี้ The U.N. General Assembly ได้จัดให้มีการประชุมพิจารณาร่างอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศขึ้นที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ในการนี้มีประเทศต่าง ๆ ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุมทั้งสิ้น 62 ประเทศ การประชุมดำเนินไปเป็นเวลา 5 สัปดาห์ โดยมี Prof. Eorsi ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเปรียบเทียบชาวฮังการีเป็นประธาน ในการลงคะแนนเสียงปรากฏว่ามีผู้แทนของประเทศต่าง ๆ รวม 42 ประเทศ ลงคะแนนเสียงรับรอง และมี 10 ประเทศงดออกเสียง⁶

ข้อน่าสังเกตอย่างยิ่งในการประชุมครั้งนั้นคือ การประชุมนี้ได้ดำเนินไปโดยปลอดจากการรวมกลุ่มผลักดันโดยอาศัยผลประโยชน์ทางการเมืองเป็นเกณฑ์ กลุ่มประเทศสังคมนิยมและกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมได้ร่วมประชุมกันด้วยดี ส่วนกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่มีการ

⁵ อียิปต์ อาร์เจนตินา ออสเตรเลีย เบลเยียม โบลิเวีย บราซิล พม่า ชิลี จีน คอสตาริกา เดนมาร์ก เยอรมันตะวันตก เยอรมันตะวันออก เอกวาดอร์ ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส กานา กรีซ อังกฤษ อิตาลี อินเดีย อิรัก อิหร่าน ไอร์แลนด์ อิสราเอล ญี่ปุ่น ยูโกสลาเวีย คานาดา เคนยา โคลัมเบีย เกาหลีใต้ ลิเบีย ลักแซมเบิร์ก เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ ไนจีเรีย นอร์เวย์ ออสเตรีย ปากีสถาน ปานามา เปรู ฟิลิปปินส์ โปแลนด์ ปอร์ตุเกส ภูมาเนีย ลิงคโปร์ สเปน สวีเดน สวิต ไทย เชกโกสโลวาเกีย ตุนิเซีย ตุรกี ฮังการี อูรุกวัย สหรัฐอเมริกา มลรัฐอุเครน มลรัฐรัสเซียขาว สหภาพโซเวียต แซร์ ไซปรัส และยังมีประเทศเวเนซุเอล่า และองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ ส่งผู้แทนเข้าสังเกตการณ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 93-96

⁶ จีน ไทย พม่า อิหร่าน เคนยา โคลัมเบีย ปานามา เปรู ตุรกี และแซร์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 93-96

รวมตัวกันเฉพาะในประเด็นที่เห็นว่าต้องเสียเปรียบในบางเรื่องเท่านั้น ซึ่งหลักการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ถือเป็น 1 เรื่องที่ก่อให้เกิดข้อคัดค้านสำคัญจากประเทศกำลังพัฒนา⁷

ตามอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (United Nations Contracts for the International Sale of Goods) มาตรา 99 (1) อนุสัญญานี้จะมีผลบังคับเมื่อพ้น 1 ปี นับตั้งแต่วันที่มิประเทศต่าง ๆ ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญานี้ครบ 10 ประเทศแล้ว ปรากฏว่าเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1986 ได้มีประเทศต่าง ๆ ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญานี้ครบ 10 ประเทศ ดังนั้นอนุสัญญานี้ก็จะมีผลบังคับแก่ประเทศภาคีอนุสัญญานับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1988 ประเทศต่าง ๆ ที่ให้สัตยาบันในอนุสัญญานี้แล้วได้แก่ อียิปต์ อาร์เจนตินา ฝรั่งเศส อิตาลี ยูโกสลาเวีย เลโซโธ แซมเบีย ซีเรีย ฮังการี สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหรัฐอเมริกา ปัจจุบันมีประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ทั้งหมดจำนวน 72 ประเทศ⁸ (ข้อมูล ณ วันที่ 1 มีนาคม 2551)

3.1.3 ประวัติความเป็นมาของบทบัญญัติเรื่องการผิดสัญญาที่อาจคาดหมายได้ในอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980

บทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 71-73 แห่งอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 นำมาจากบทบัญญัติในมาตรา 73, มาตรา 76 และมาตรา 75 แห่งอนุสัญญาเกี่ยวกับประมวลกฎหมายนานาชาติลักษณะสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (1964 Hague Sales Convention ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า ULIS) และต่อมาก็ได้รับการแก้ไขปรับปรุงทั้งในชั้นคณะทำงาน,

⁷ See also Official Recs., A/CONF.97/SR.9, PP. 218-219, A/CONF.97/C.1.SR.26, PP. 374-377; Sr. 27, pp.377-378, and especially SR. 35, pp. 420-422, and SR. 38, pp. 432-433. See also Zweigel, “The Remedial Provision in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives”, in Parker School of Foreign and Comparative Law Symposium, § 9.05, at pp. 9-35 (เนื่องจากระบบกฎหมายนั้นมีหลากหลายอย่างกว้างขวางในการเยียวยาของการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ ดังนั้นผู้ร่างต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก)

⁸ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), “Status 1980-United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.” http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html , 1st March 2008

คณะกรรมการ จนมาถึงขั้นที่ประชุมทางการทูต โดยในส่วนนี้จะขอล่าถ่วงถึงประวัติในการร่าง บทบัญญัติในมาตรา 71-73 ในชั้นของที่ประชุมทางการทูต โดยสังเขป ดังนี้

หลักการผิดสัญญาที่คาดหมายได้เป็นเรื่องหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดข้อคัดค้านที่สำคัญจาก ประเทศกำลังพัฒนา โดยตัวแทนจากโลกที่สามจำนวนมากคัดค้านมาตรา 71 และมาตรา 72 เนื่องจากความไม่คุ้นเคยกับหลักการดังกล่าว⁹ โดยประเด็นสำคัญของประเทศกำลังพัฒนาที่ วิพากษ์วิจารณ์บทบัญญัติในเรื่องของการพักชำระหนี้และการเลิกสัญญาที่คาดหมายได้นั้นมีอยู่ 2 เรื่องด้วยกัน เรื่องแรก คือ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการลงโทษคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญารุนแรงเกินไป โดยการบอกเลิกสัญญาด้วยการบอกกล่าวรวมถึงการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจัดหา หลักประกันที่เพียงพอก่อนที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจพักชำระหนี้หรือบอกเลิกสัญญา ซึ่งแม้ คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะจัดหาหลักประกันไว้พร้อมแล้วก็ตาม การพักชำระหนี้ในช่วงเวลาสั้นๆ ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญ เช่น การบอกเลิกสัญญากับ บุคคลภายนอกได้ ส่วนเรื่องที่สอง เป็นเพราะบทบัญญัติของการพักชำระหนี้วางอยู่บนหลักที่ ได้เถียงกันที่ได้รับความรู้สึกส่วนตัวซึ่งมีความเป็นไปได้อย่างมากที่คู่สัญญาฝ่ายที่ ประสงค์จะเลิกสัญญานั้นจะใช้ในทางที่ผิด โดยคู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจกระทำโดยการเอาเปรียบ จากสถานการณ์ที่ไม่แน่นอนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ยิ่งไปกว่านั้นเงื่อนไขของความแตกต่างทาง เศรษฐกิจและความไม่แน่นอนทางการเมืองในประเทศกำลังพัฒนาอาจทำให้ภาพลักษณ์ของ สถานการณ์ที่ไม่แน่นอนนั้นแย่ลงซึ่งทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาอย่างไม่เป็นธรรม จากสถานการณ์ของคู่สัญญาที่อยู่ในประเทศกำลังพัฒนา¹⁰

แต่อย่างไรก็ดี ในการประชุมที่เวียนนา ตัวแทนจากประเทศต่างๆ ได้ร่วมกันหาข้อยุติ เพื่อลดความเป็นไปได้สำหรับการบังคับใช้บทบัญญัติในเรื่องการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ในทางที่ ผิด เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าการอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งดำเนินการโดยตรงใน วิธีการบอกเลิกสัญญาที่มีความอันตรายมากเกินไปสำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่อาจจะผิดสัญญา¹¹ โดยมี ข้อเสนอสนับสนุนข้อคัดค้านดังกล่าว คือ การที่มาตรา 63 ของร่างอนุสัญญาฯ (ซึ่งตรงกับมาตรา 72) ให้

⁹ Peter Schlectriem, Uniform Sales Law (1986), p, 93. (ตัวแทนของประเทศ เยอรมันตะวันตกในการประชุมที่เวียนนา)

¹⁰ M. Gilbey Strub, The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries, International and Comparative Law Quarterly [Vol. 38], July 1989, p 476

¹¹ See also Official Record, A/CONF.97/C.1/SR.35, p. 641.

อำนาจคู่สัญญาในอันที่จะบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องทำหนังสือบอกกล่าวให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา¹² ในขณะที่มาตรา 62 ของร่างอนุสัญญาฯ (ซึ่งตรงกับมาตรา 71) กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้ต้องมีหนังสือแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทันทีที่มีการพักชำระหนี้และต้องปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไปถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ให้¹³ อันจะเห็นได้ว่าสำหรับกรณีของมาตรา 63 ของร่างอนุสัญญาฯ (ซึ่งตรงกับมาตรา 72) คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาถูกกีดกันจากโอกาสที่จะเสนอหลักประกันที่เพียงพอและไม่ได้รับโอกาสที่จะปิดเป่าอันตรายที่ขยายไปจนถึงการบอกเลิกสัญญา

ดังนั้นตัวแทนจากประเทศอียิปต์ (ซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาและเป็นผู้ที่มีบทบาทในการโต้เถียงในเรื่องนี้) ได้โต้เถียงอย่างแข็งขันว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาควรได้รับโอกาสที่จะจัดการกับตัวเองใหม่และแม้ในกรณีล้มละลายก็ตามเพราะศาลได้แต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ที่อาจอยู่ในฐานะที่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ดังนั้นผู้พิทักษ์ทรัพย์ก็ควรมีสติที่จะทำได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวตัวแทนจากประเทศอียิปต์จึงเสนอว่าควรกำหนดให้มีหนังสือบอกกล่าวโดยไม่คำนึงถึงว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นจะใช้สิทธิในการพักชำระหนี้หรือจะใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญา¹⁴

ประเทศกำลังพัฒนาวิจารณ์ว่ามาตรา 62 ของร่างอนุสัญญาฯ (ซึ่งตรงกับมาตรา 71) นั้นใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาที่ได้รับอิทธิพลจากความรู้สึกส่วนตัวมากเกินไปอันมีผลทำให้คู่สัญญา

¹² UNCITRAL Art. 63 provides: “If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach, the other party may declare the contract avoided,”

¹³ UNCITRAL Art. 62 provides, inter alia:

“(1) A party may suspend the performance of his obligations if it is reasonable to do so because, after the conclusion of the contract, a serious deterioration in the ability to perform or in the creditworthiness of the other party or his conduct in preparing to perform or in actually performing the contract gives good grounds to conclude that the other party will not perform a substantial part of his obligations.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice to the other party thereof and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.”

¹⁴ *Ibid.* pp.489-490.

ฝ่ายที่มีความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจอาจใช้สิทธิตามมาตราดังกล่าวในทางที่ผิดได้¹⁵ โดยมาตรา 62 ของร่างอนุสัญญาฯ อนุญาตให้คู่สัญญาพักชำระหนี้ของตนได้ “ถ้ามีเหตุให้ควรเชื่อว่าทำได้” เพราะความเสื่อมลงอย่างร้ายแรงในความสามารถในการปฏิบัติชำระหนี้หรือในความน่าเชื่อถือของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือพฤติกรรมในการเตรียมการชำระหนี้ก่อให้เกิดเหตุผลที่ดีที่พอจะสรุปได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนสำคัญ ตัวแทนจากประเทศอียิปต์ได้เถียงว่ามันเป็นอันตรายอย่างมากที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะถอนตัวจากความผูกพันตามสัญญาโดยอาศัยหลักที่ได้รับอิทธิพลจากความรู้สึกส่วนตัว (subjective criteria) โดยลำพังและปราศจากการดูแลตรวจสอบหรือควบคุมจากศาล¹⁶

แต่ในส่วนของการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 63 ของร่างอนุสัญญาฯ (ซึ่งตรงกับมาตรา 72) เป็นที่พอใจของตัวแทนจากประเทศอียิปต์เนื่องจากมาตราดังกล่าววางอยู่บนหลักที่ชัดเจนมากกว่าและอาศัยหลักที่ได้รับอิทธิพลจากความรู้สึกส่วนตัวน้อยกว่า โดยในการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 63 ของร่างอนุสัญญาฯ ต้องเป็นที่ “ชัดเจน” ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในสาระสำคัญ (fundamental breach) โดยในส่วนนี้ตัวแทนจากประเทศอียิปต์ได้แนะนำว่าให้นำความเป็นรูปธรรม คือ คำว่า “เป็นที่ชัดเจน” มารวมเข้าด้วยกันทั้งในกรณีการพักชำระหนี้ตามมาตรา 62 ของร่างอนุสัญญาฯ และการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 63 ของร่างอนุสัญญาฯ

ตัวแทนของประเทศอียิปต์เสนอที่จะแก้ไขโดยการรวมบทบัญญัติในมาตรา 62 และมาตรา 63 ของร่างอนุสัญญาฯ (ซึ่งตรงกับมาตรา 71 และมาตรา 72 ตามลำดับ) เข้าด้วยกันเป็นมาตราเดียว โดยเป็นการประนีประนอมกันระหว่างผลประโยชน์ของประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งบัญญัติว่า

Egypt’s amendment to Art. 62 provides:

“(1) If prior to the date for performance of the contract, it becomes apparent that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may notify him of his intention to suspend performance of his obligations if the first party fails to provide adequate assurances, within a reasonable period of time, of properly performing his obligations.

(2) If the party which has been notified fails to provide the assurances described under paragraph (1) of this article, the other party may declare the contract avoided.”

¹⁵ See also A/CONF.97/C.1/L.249 and 250

¹⁶ See also A/CONF.97/C.1/L.249 and 250

ข้อเสนอของประเทศอียิปต์ข้างต้นเห็นได้ว่าเป็นการเชื่อมโยงของวิธีการบอกเลิกสัญญากับการพักชำระหนี้ โดยบทบัญญัติที่แก้ไขดังกล่าวอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแสดงเจตนาที่จะพักชำระหนี้ของตนไว้ ถ้า “มันเป็นที่ปรากฏ” (it becomes apparent)¹⁷ ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับหนังสือบอกกล่าวไม่ได้จัดหาหลักประกันที่เพียงพอให้ภายในเวลาที่สมควร คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจพักชำระหนี้ได้ และถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับหนังสือบอกกล่าวไม่ได้จัดหาหลักประกันให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเลย แม้แต่น้อย ผลของภายใต้ข้อเสนอของตัวแทนประเทศอียิปต์ข้างต้น คือ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้

จากบทบัญญัติที่แก้ไขและเสนอโดยตัวแทนของประเทศอียิปต์นั้น ประเทศกำลังพัฒนาพยายามที่จะชักชวนให้ที่ประชุมบังคับใช้ตามบทบัญญัติที่แก้ไขดังกล่าว โดยประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าบทบัญญัติที่แก้ไขนั้นจะได้รับความเท่าเทียมกันในผลประโยชน์ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพราะเป็นการให้ความคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีสถานะทางเศรษฐกิจที่อ่อนแอกว่าโดยพยายามให้โอกาสด้วยการให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นสามารถจัดหาหลักประกันที่เพียงพอมาให้ก่อนที่จะให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายในอันที่จะพักชำระหนี้หรือบอกเลิกสัญญา¹⁸ และถ้อยคำที่ว่า “it is apparent” นั้นเป็นบททดสอบในเชิงวิเคราะห์ (objective test) ซึ่งช่วยเหลือศาลในการตัดสินใจได้แย้งในเรื่องเขตอำนาจศาลว่าไม่มีบทบัญญัติที่เทียบเท่ากับหลักการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศเหล่านั้น¹⁹

ข้อเสนอดังกล่าวท้ายที่สุดก็ถูกปฏิเสธด้วยคะแนนเสียง 19-19²⁰ โดยฝ่ายที่คัดค้านเห็นว่าการกำหนดให้การพักชำระหนี้ที่เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อบังคับของหนังสือบอกกล่าวนั้นในบางกรณีก็จะเป็นภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญา กล่าวคือ เมื่อความบกพร่องในการปฏิบัติการชำระ

¹⁷ เป็นการแปลมาจากภาษาฝรั่งเศสที่ไม่ถูกต้อง กล่าวคือ ควรที่จะแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า it is clear ดู idem, SR. 35, para. 10-11, p.421. The Egyptian delegation intended the phrase “il est manifeste” in order to retain the “it is clear” language of UNCITRAL Art. 63. “Il est manifeste” was improperly translated as “it is apparent”. There apparently was attempt to correct the error since the Egyptian amendment failed to be adopted.

¹⁸ Idem. SR. 35, para. 8, p. 421 (statement of Mr. Sami, delegate from Iraq)

¹⁹ Idem, SR. 35, para. 16, p. 422 (statement of Mr. Adal, delegate from Turkey).

²⁰ Idem, SR. 35, para.21-22,p. 422.

หนึ้นมีความร้ายแรงและไม่อาจโต้แย้งได้ การดำเนินการที่รวดเร็วย่อมจำเป็นมากที่สุด²¹ มีการต่อต้านที่จะยอมรับวิธีการเยียวยาพร้อมกัน กล่าวคือ การพักชำระหนี้เป็นเพียงมาตรการป้องกันไว้ก่อนและใช้ได้เพียงชั่วคราวเท่านั้น ในทางตรงข้ามการบอกเลิกสัญญาเป็นวิธีการที่พึงประสงค์ท้ายที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะใช้เมื่อการไม่ชำระหนี้ใกล้จะเกิดขึ้น²²

ข้อยุติของการประชุม

หลังจากที่ข้อเสนอที่จะแก้ไขดังกล่าวของประเทศอียิปต์ตกไป คณะทำงานจาก 10 ประเทศได้หาทางแก้ปัญหที่ประนีประนอมกัน²³ โดยร่างของข้อยุติของการประชุมกลายเป็นการแก้ไขครั้งสุดท้ายของมาตรา 71 และมาตรา 72 ของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 และค่อนข้างที่จะเหมือนกับต้นร่างมาตรา 62 และมาตรา 63 ของ UNCITRAL²⁴ การตกลงร่วมกันในบทบัญญัติของการพักชำระหนี้ประกอบด้วยวลีข้อความที่ว่า “when there are good grounds to conclude” จากร่างของ UNCITRAL เพราะว่าถ้อยคำดังกล่าวถูกพิจารณาว่ามีความเป็นอัตวิสัยมากเกินไป (คือได้รับอิทธิพลจากความรู้สึกส่วนตัวมากเกินไป) และตามบทบัญญัติที่แก้ไขโดยตัวแทนของประเทศอียิปต์ก็เสนอให้ลบข้อความดังกล่าวเช่นกัน โดยมีกรเพิ่มข้อความว่า “When it appears” เข้ามาแทน และต่อมาก็กลายเป็นข้อความว่า “when it becomes apparent” ในร่างสุดท้าย²⁵ อย่างไรก็ตามความแตกต่างระหว่างข้อความที่ว่า “it becomes apparent” กับข้อความที่ว่า “good grounds to conclude” นั้นแตกต่างเพียงเล็กน้อยไม่มีความสำคัญ²⁶

²¹ Idem, SR. 35, para.1, p.420 (statement of Mr. Rognlien, delegate from Norway)

²² Idem, SR.35, para. 3, pp.420-421 (statement of Mr. Bonell, delegate from Italy).Professor Schlectriem of West Germany agreed: idem, para. 5, p.421.

²³ Idem, SR. 35, paras.23-25, p.422. The Working Group consisted of delegates from Argentina, Egypt, Finland, France, East and West Germany, Iraq, Mexico, Republic of Korea and the US.

²⁴ Idem, SR. 27, para. 95, p. 431; see also A/CONF.97/C.1/252. p.130 (ad hoc Working Group amendment).

²⁵ *Ibid*, para.95; see also idem, SR. 38, paras.11-12,p. 433, The debate over the proper translation of the French draft was revived: see idem, SR. 37, para. 95, p. 431. The French delegation explained that the expression “il apparait” is objective and that it is synonymous with “il est établi” (it is established). Some members of the Working Group were sceptical and wanted the expression “ il est manifeste” (it is evident). The Ghanaian delegate argued that it should be

คณะทำงานยังคงไว้ซึ่งตัวอย่างเฉพาะเจาะจงของเหตุสำหรับการพักชำระหนี้ (ความบกพร่องอย่างสำคัญในความสามารถปฏิบัติการชำระหนี้หรือความน่าเชื่อถือ หรือพฤติกรรมในการเตรียมการชำระหนี้หรือในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา)²⁷ บทบัญญัติที่แก้ไขโดยตัวแทนของประเทศอียิปต์ได้ลบตัวอย่างดังกล่าวออกเพื่อให้มาตรฐานการบอกเลิกสัญญามีความเข้มงวดมากขึ้นในกรณี “when it becomes apparent that one of the parties will commit a fundamental breach”

ร่างที่คณะทำงานได้เสนอเกี่ยวกับวิธีการเยียวยาในการเลิกสัญญานั้นคล้ายกับมาตรา 72 ในอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980²⁸ และในความมุ่งมั่นของการตกลงร่วมกัน คณะทำงานได้นำข้อกำหนดที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายที่ได้รับหนังสือบอกกล่าวและได้รับโอกาสที่จะเสนอหลักประกันที่เพียงพอเมื่อ “if time allows”²⁹ โดยมาตราดังกล่าวกำหนดว่า “If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party” เพื่อที่จะอนุญาตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ให้³⁰ ตัวแทนของประเทศอียิปต์คัดค้านข้อความที่ว่า “if time allows” เพราะข้อความดังกล่าวจะนำไปสู่การใช้มาตราดังกล่าวอย่างผิดๆ ตัวแทนจากประเทศจีนก็เสนอให้ลบข้อความดังกล่าว การได้เถียงกัน ได้ยุติลงโดยคำร้องขอของตัวแทนจากประเทศแคนาดาที่ว่า เนื้อหาของคณะทำงานถูกนำมาใช้โดยไม่ได้มีการแก้ไขเนื่องจากมันเป็นผลงานของการถกเถียงอย่างเข้มข้นและเป็นตัวแทนของการตกลงร่วมกัน หลังจากนั้นข้อเสนอที่ให้ลบข้อความที่ว่า “if time allows” ของประเทศจีนก็ถูกปฏิเสธ³¹

replaced with “it is clear”: idem, para. 97, p. 431. Ultimately, “it appears” was retained so that the criteria entitling a party to suspension would be slightly easier to meet than those for avoidance: idem, paras. 104-105 (statements of US delegate Honnold and Norwegian delegate Rognlien).

²⁶ Idem, SR.38, para.8,p.433(little difference between the implications of “it appears” and “good grounds”) (statement of Canadian delegate Zweigel)

²⁷ Working Group amendment, loc. Cit. supra m. 107.

²⁸ See also A/CONF.97/C.1/C.253, p. 130.

²⁹ Idem, SR. 37, para. 96, p. 431

³⁰ Idem, A/CONF. 97/C.1/C.253, p.130. CISG, Art. 72(2) is identical.

³¹ Idem, SR. 38, para. 6, p. 433; para.2,p.432 (since Professor Chafik of Egypt had

ในส่วนของมาตรา 73 ของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 เป็นบทบัญญัติเฉพาะที่ใช้กับการผิดสัญญาสำหรับการส่งมอบสินค้าเป็นงวด โดยมาตรา 73(1) กล่าวถึงสิทธิในการเลิกสัญญาไม่เพียงแต่เลิกสัญญาทั้งฉบับเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการเลิกสัญญาเฉพาะงวดใดงวดหนึ่งด้วย (ซึ่งไม่มีในระบบกฎหมายในบางประเทศ) ส่วนมาตรา 73(2) เกี่ยวกับกรณีเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในงวดหนึ่งก่อให้เกิดเหตุที่จะสรุปได้ว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นในงวดอนาคต และมาตรา 73(3) บัญญัติไว้สำหรับการส่งมอบสินค้าเป็นงวดที่ต้องพึ่งพาอาศัยกัน โดยมาตรา 73 นี้ นำมาจากมาตรา 75 ของ ULIS ที่บัญญัติว่า

(1) Where, in the case of contracts for delivery of goods by instalments, by reason of any failure by one party to perform any of his obligations under the contract in respect of any instalment, the other party has good reason to fear failure of performance in respect of future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided he does so promptly.

(2) The buyer may also, provided that he does so promptly, declare the contract avoided in respect of future deliveries or in respect of deliveries already made or both, if by reason of their interdependence such deliveries would be worthless to him.

ความเป็นมาของการบัญญัติมาตรา 73(1) มีที่มาจากกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจผู้ขายในอันที่จะเลิกสัญญาได้บางส่วนในขณะที่ผู้ซื้อจะมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้บางส่วน (มาตรา 51) ดังนี้ผู้ร่างจึงเห็นว่ามาตรา 73(1) จะเป็นประโยชน์เพราะหากความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ซื้อนั้นมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงในการชำระหนี้งวดใดงวดหนึ่ง ผู้ขายก็ควรมีสิทธิปฏิเสธที่จะไม่ชำระหนี้ตอบแทนสำหรับการชำระหนี้ในงวดนั้น แม้ว่าการไม่ชำระหนี้ของผู้ซื้อในงวดดังกล่าวไม่ได้ทำให้ผู้ขายมีเหตุสมควรที่จะเกรงว่าอาจจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นในการชำระหนี้ในงวดอนาคตก็ตาม³²

been involved in the ad hoc Working Group's compromise, he may have felt restrained from further arguing his viewpoint); para. 7, p. 433; paras. 17-18, p. 433

³² UNCITRAL Yearbook VIII, AL/CN.9/SER.A/1977, p55 para 423; Honnold,

โดยกว่าจะมาเป็นมาตรา 73 นี้มีการแก้ไขในเรื่องของถ้อยคำภาษาเพื่อให้สอดคล้องกับ บทบัญญัติในมาตราอื่นและเพื่อให้มีความเป็นรูปธรรมขึ้น³³ โดยมาตรา 73 ไม่ได้กำหนดวิธีการเยียวยาเพิ่มเติมในเรื่องของสัญญาแบ่งชำระเป็นงวด แต่กล่าวถึงหลักที่ครอบคลุมซึ่งใช้บังคับกับ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยการส่งมอบสินค้าที่ไม่เป็นที่เรียบร้อยในงวดปัจจุบันถือเป็นจุดเริ่มต้นของ ประเด็นในมาตรา 73(1) นี้

3.2 กรณีตามมาตรา 71 ว่าด้วยเรื่องการพักชำระหนี้

3.2.1 วัตถุประสงค์และหลักการของกฎหมาย

การอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะทำให้ตนพ้นจากภาระหน้าที่ที่ผูกพันตาม สัญญาเมื่อเขาคาดว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญา แม้จะเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์หลัก ของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 ที่ต้องการรักษาให้สัญญาซื้อขายระหว่าง ประเทศให้มีผลบังคับใช้ยาวนานที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อส่งเสริมเจตนาสุจริต ความซื่อสัตย์ และ ความสำคัญในธุรกรรมระหว่างประเทศ และเพื่อหลีกเลี่ยงภาระที่หนักเกินไปของการฟ้องร้อง ดำเนินคดีข้ามประเทศก็ตาม แต่ผู้ร่างอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ก็เห็นว่า คู่สัญญาที่ผูกพันตามสัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อนหรือต้องเตรียมการเพื่อปฏิบัติการชำระ หนี้ นั้นควรได้รับความคุ้มครองด้วยถ้ามีความเป็นไปได้อย่างสูงว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ ปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนสำคัญ (a substantial part of obligations) ซึ่งจริงๆแล้วผู้ร่างเชื่อว่าถ้า ข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ย่อมเป็นการไม่เหมาะสมสำหรับ

³³ เช่น คณะทำงานในปี 1974 ได้เปลี่ยนถ้อยคำภาษาของมาตรา 75 (ตรงกับมาตรา 73 ของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980) ดังกล่าวหลายครั้ง (ดู Yearbook, V(1974), 40-41) โดยในย่อหน้าแรกเพื่อให้สอดคล้องกับมาตราอื่นจึงเปลี่ยนถ้อยคำจาก “failure of performance” เป็น “a fundamental breach” และคำว่า “promptly” เปลี่ยนเป็น “within a reasonable time” ย่อหน้าที่สองถูกแก้ไขข้อกำหนดว่าผู้ซื้อต้องกระทำการ “promptly” เป็นผู้ซื้อต้องกระทำการ “at the time” และจำกัดเฉพาะการดำเนินการที่ได้มีการส่งมอบไปแล้ว (ตามหลักที่ว่า การส่งมอบใน อนาคตได้ถูกกำหนดขึ้นเรียบร้อยแล้วในย่อหน้าแรก) และเปลี่ยนข้อกำหนดในเรื่องการส่งมอบต้อง “worthless” แก่ผู้ซื้อ (เนื่องจากเห็นว่ามีความเป็นอติวิสัยมากเกินไป) เป็นการส่งมอบนั้น “could not be used for the purpose contemplated by the parties in entering the contract”

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ยังคงต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาต่อไป เพราะผลที่ตามมาคือคู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจประสบกับความสูญเสียที่ไม่สามารถเรียกคืนกลับมาได้³⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ผู้ขายตกลงส่งมอบสินค้าโดยให้เครดิตแก่ผู้ซื้อก็ควรได้รับความคุ้มครอง ถ้าก่อนถึงกำหนดเวลาส่งมอบสินค้า ผู้ซื้อกลายเป็นคนล้มละลายหรือเป็นที่แน่ชัดว่าผู้ซื้อไม่สามารถที่จะชำระค่าสินค้าได้ เช่นเดียวกับกรณีที่ผู้ซื้อตกลงที่จะชำระค่าสินค้าให้ผู้ขายก่อนส่งมอบสินค้าควรได้รับความคุ้มครองกรณีที่ก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ผู้ขายกลายเป็นคนล้มละลายหรือมีเหตุการณ์บางอย่างที่แสดงให้เห็นได้ชัดว่าผู้ขายจะไม่ส่งมอบสินค้าให้

ดังนั้น ผลที่ตามมาคือ ผู้ร่างตกลงว่าถ้ามีความเป็นไปได้สูงว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาอย่างสำคัญ (substantial part) แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (fundamental breach) ตามความหมายในมาตรา 25 ของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 โดยการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หมายถึง การผิดสัญญาใดๆ ก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายถึงขนาดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับประโยชน์ที่เขาพึงจะได้ตามสัญญา หรือกล่าวได้ว่าผลจากการผิดสัญญาทำให้วัตถุประสงค์ตามสัญญาไม่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอีกต่อไป และความเสียหายอันเป็นผลจากการผิดสัญญาต้องเป็นความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาและวิญญูชนคาดเห็นได้ล่วงหน้า โดยต้องพิจารณาจากองค์ประกอบหลายประการ เช่น ข้อตกลงในสัญญา มูลค่าความเสียหายจากการผิดสัญญาเมื่อเทียบกับผลประโยชน์โดยรวมของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายพึงจะได้รับ ความเป็นไปได้ที่จะใช้วิธีการอื่นในการเยียวยาความเสียหาย³⁵ เป็นต้น) เช่นนี้ก็ควรให้ความคุ้มครองคู่สัญญาด้วยการให้อำนาจเขาที่จะพักการชำระหนี้ไว้ชั่วคราว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ซื้อหรือผู้ขายฝ่ายที่เกรงว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจไม่ปฏิบัติตาม

³⁴ Trevor Bennett, Comments on Article 71, in Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell, Commentary on the International Sales -- The 1980 Vienna Sales Convention 513, 518 (Giuffrè 1987), available online at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb71.html>>; see also Joseph Lookofsky, The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in International Encyclopedia of Laws -- Contracts, Suppl. 29, 147 (J. Herbots & R. Blanpain eds., Kluwer Law International 2000).

³⁵ Robert Koch, “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html>, 9 May 2008.

ชำระหนี้ตามสัญญาควรได้รับการผ่อนปรนจากหน้าที่ชำระหนี้ของตนตามสัญญาไว้ชั่วคราวได้ ดังที่ปรากฏในมาตรา 71

ตัวอย่างของการผิดสัญญาในสาระสำคัญที่คาดหมายได้ เช่น การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มละลาย³⁶, การที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าทั้งหมดหรือผู้ขายจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวกับสินค้าไม่ตรงตามเลตเตอร์ออฟเครดิต³⁷, ผู้ขายส่งมอบสินค้าล่าช้าโดยกำหนดเวลาส่งมอบสินค้าเป็นสาระสำคัญของสัญญาไม่ว่าจะเป็นสาระสำคัญโดยข้อตกลงในสัญญาซื้อขายหรือโดยสภาพของสินค้า, ผู้ซื้อไม่สามารถเปิดเครดิตหรือจัดให้เครดิตได้รับการยืนยันและ/หรือแจ้งให้ผู้ขายทราบภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยความล่าช้าในการเปิดเครดิต หรือจัดให้เครดิตได้รับการยืนยันและ/หรือแจ้งให้ผู้ขายทราบนั้นต้องไม่ได้เกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้ขายเอง

3.2.2 เหตุที่ก่อให้เกิดสิทธิในการพักชำระหนี้

มาตรา 71(1)³⁸ ได้กำหนดเหตุที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตมีสิทธิที่จะพักการดำเนินการไว้ชั่วคราวเมื่อมีข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่ปรากฏว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น คือ ความไม่สามารถปฏิบัติ

³⁶ Fritz Enderlein & Dietrich Maskow, International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, §285 (Oceana Publications 1992), at 291, available online at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>; Jelena Vilus, Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer, in International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures 239, 241 (Petar Sarcevic & Paul Volken eds., Oceana Publications 1986), at 244 available online at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>>

³⁷ Ibid. at 77.

³⁸ Article 71 provides that “(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

- (a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or
- (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

หน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นเรื่องที่ยอมรับได้อย่างถูกต้อง³⁹ กล่าวคือ ในสถานการณ์เดียวกันนั้น บุคคลที่อยู่ในวงการการค้าระหว่างประเทศซึ่งมีความเป็นกลางสามารถสรุปได้ว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้อย่างสำคัญของการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้⁴⁰ จริงๆ แล้ว ความไม่สามารถชำระหนี้ที่ปรากฏขึ้นนั้นต้องไม่เพียงแต่เป็นเหตุให้เกิดความกลัวเฉพาะรายบุคคลเกี่ยวกับการชำระหนี้ตามสัญญาเท่านั้นแต่ต้องทำให้บุคคลทั่วไปคาดเห็นล่วงหน้าถึงการไม่ชำระหนี้ด้วย⁴¹ โดยสรุป คือ มาตรา 71 ต้องใช้มาตรฐานของวิญญูชนที่เป็นพ่อค้าซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงและที่มีเหตุผลซึ่งสามารถสรุปได้ว่ามีความเป็นไปได้สูงว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนสำคัญ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่จะใช้สิทธิพักชำระหนี้ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ความเสี่ยงเกี่ยวกับการพักชำระหนี้นั้นก็จะต้องตกแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง⁴²

มาตรา 71 ใช้สำหรับกรณีความไม่สามารถชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นที่ปรากฏหลังจากที่ได้ทำสัญญา เช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตอาจพักชำระหนี้ไว้ชั่วคราวได้แม้ว่าเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความไม่สามารถชำระหนี้มีอยู่ก่อนแล้วในเวลาทำสัญญา แต่ถ้าความไม่สามารถชำระหนี้เป็นที่ยอมรับชัดเจนอยู่ก่อนแล้วในเวลาที่ทำสัญญา เช่นนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่อาจที่จะพักชำระหนี้ไว้ได้⁴³ และถ้าเหตุการณ์ดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนโดยทั่วไปแต่คู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะพักชำระหนี้ไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว ในส่วนนี้นักวิชาการอื่นได้แก่ Bennett⁴⁴ และ

³⁹ Ibid., §285; John O. Honnold, Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, §430 (3rd ed., Kluwer Law and Taxation Publishers 1999), available online at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>.

⁴⁰ Ibid., §430

⁴¹ Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law -- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, §94 (Manz 1986), available online at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html>>.

⁴² Liu Chengwei, Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL § 9.2 (2003), available online at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>>.

⁴³ Ibid. at 459

⁴⁴ Trevor Bennett, Comments on Article 71, in Cesare Massimo Bianca & Michael

Enderlein/Maskow⁴⁵ ให้ความเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่สามารถที่จะพักชำระหนี้ได้ เนื่องจากในเวลาทำสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมมีหน้าที่ในการตรวจสอบฐานะของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่ามีความน่าเชื่อถือหรือไม่ โดยข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีความสามารถในการชำระหนี้จำเป็นต้องเป็นเรื่องที่ยอมรับได้อย่างถูกต้อง เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีปัญหาทางเศรษฐกิจและก็เป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ทั่วไปแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ไม่อาจที่จะใช้สิทธิพักชำระหนี้ได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีความพิพากษาของศาลในประเทศใดที่ตัดสินปัญหาดังกล่าวไว้ชัดเจน⁴⁶

นอกจากนี้ในอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ไม่ได้กำหนดมาตรฐานสำหรับการพิจารณาระดับของความแน่นอนที่นำไปสู่ข้อสรุปว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่

Joachim Bonell, Commentary on the International Sales -- The 1980 Vienna Sales Convention 513, 518 (Giuffrè 1987), available online at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb71.html>>

⁴⁵ *Ibid.* § 285

⁴⁶ Cour de Cassation – Chambre Commerciale [Société Mim... v. Société YSLP], France, 20 February 2007, ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ซื้อไม่ชำระค่าสินค้าตามสัญญาหลายงวด ผู้ขายจึงได้บอกเลิกสัญญาล่วงหน้าเป็นเวลา 6 เดือนตามที่กำหนดไว้ในสัญญา และหลังจากที่ผู้ขายบอกกล่าว ผู้ขายได้พักชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบสินค้าให้กับผู้ซื้ออีกต่อไป ผู้ซื้อจึงฟ้องผู้ขายฐานผิดสัญญาและเรียกค่าเสียหาย โดยผู้ซื้อต่อสู้ว่า ผู้ขายไม่มีสิทธิพักชำระหนี้ตามมาตรา 71 เพราะมาตราดังกล่าวนำมาใช้ในกรณีที่เป็นที่ปรากฏว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ชำระหนี้ในส่วนสำคัญหลังจากที่ได้ทำสัญญากัน แต่ในคดีนี้ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ซื้อเสี่ยงจะล้มละลายหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้วที่จะได้ทำสัญญาซื้อขายกัน ดังนั้นผู้ขายจะใช้สิทธิตามมาตรา 71 ไม่ได้ ศาลสูงปฏิเสธข้อต่อสู้ของผู้ซื้อ โดยศาลเห็นว่าผู้ขายมีสิทธิพักชำระหนี้เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าแม้ในช่วงเวลาที่ผู้ขายแสดงเจตนาที่จะไม่ต่อสัญญา ผู้ซื้อจะไม่มีหนี้ค้างอยู่ก็ตาม แต่การที่ผู้ซื้อชำระค่าสินค้าล่าช้าอย่างมากของผู้ซื้อที่ผ่านมาเป็นเหตุให้ผู้ขายเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้ซื้อจะไม่ชำระหนี้ในอนาคต ยิ่งไปกว่านั้นศาลปฏิเสธข้อต่อสู้ของผู้ซื้อที่ว่าข้อเท็จจริงที่ผู้ซื้ออยู่ในความเสี่ยงที่จะล้มละลายเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นอยู่ก่อนแล้วดังนั้นผู้ขายจะใช้สิทธิตามมาตรา 71 ไม่ได้เพราะข้อต่อสู้ดังกล่าวผู้ซื้อไม่ได้ยกขึ้นมาในศาลชั้นต้น, available at

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1186&step=Abstract>

ปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนสำคัญไว้อันมีผลทำให้ในการบังคับใช้มาตรา 71 ไม่ว่าจะใช้โดยคู่สัญญา หรือการตีความโดยอนุญาโตตุลาการและศาลในแต่ละประเทศต่างใช้ระดับความแน่นอนที่แตกต่างกัน เช่น ศาลในประเทศออสเตรีย⁴⁷ ตีความว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะใช้สิทธิพักชำระหนี้ได้ต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ภายใต้กระบวนการล้มละลายหรือระงับการส่งมอบสินค้าทั้งหมด หรือไม่ชำระเงินค่าสินค้าทั้งหมดโดยเด็ดขาด หากชำระหนี้บ้างไม่ชำระหนี้บ้างหรือไม่ปฏิบัติการชำระหนี้เพียงงวดเดียว ไม่ถือว่าก่อให้เกิดความบกพร่องในความน่าเชื่อถือทางการเงินอย่างร้ายแรง ในขณะที่ศาลของประเทศเบลเยียม⁴⁸ และหอการค้าและศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อุตสาหกรรมของเบลารุส⁴⁹ เห็นว่าการที่ผู้ซื้อชำระค่าสินค้าล่าช้าหรือการที่ผู้ซื้อไม่ชำระค่าสินค้าที่ผู้ขายส่งมอบให้ ถือเป็นเหตุอันสมควรที่ทำให้ผู้ขายสามารถใช้สิทธิพักชำระหนี้ได้

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาถ้อยคำและการบังคับใช้มาตรา 71(1) เห็นได้ว่า ต้องเป็นการพิจารณาและตีความอย่างเคร่งครัดเพราะผลของการใช้สิทธิพักชำระหนี้ย่อมเป็นการ กระทบกระเทือนสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยตรง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ระดับของความแน่นอนนั้นต้องปรากฏว่ามีความเป็นไปได้ของการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ซึ่งมีความแน่นอนอย่างแท้จริงโดยอาศัยการพิจารณาตามมาตรฐานทางธุรกิจโดยทั่วไป⁵⁰ แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้ต้องการความแน่นอนอย่างสมบูรณ์ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายที่จะพักชำระหนี้ย่อมไม่สามารถประเมินได้อย่างแม่นยำถึงความเป็นไปได้ว่าจะไม่มีการชำระหนี้เกิดขึ้นแต่ เขาสามารถทำได้เพียงแคื่อยืนยันโดยอาศัยการประเมินจากสถานการณ์ดังกล่าวด้วยตัวของเขาเอง เท่านั้นว่ามีความเป็นไปได้ว่าจะไม่มีการชำระหนี้เกิดขึ้น และแม้เหตุการณ์นั้นจะเป็นที่ชัดเจนว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ แต่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในตอนแรกนั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปก็ได้ด้วยการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ (มาตรา 71(3) นอกจากนี้ระดับความแน่นอนว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นตามมาตรา 71 มีความแน่นอนน้อยกว่า

⁴⁷ Oberster Gerichtshof 2 ob328/97 of February 1998.

⁴⁸ Rechtbank van Koophandel, Hasselt, [J.P.S> BVBA v. Kabre Mode BV],1st

March 1995, available at

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=269&step=Abstract>

⁴⁹ Belarusian Chamber of Commerce and Industry International Court of Arbitration, [ATT v.Armco], 5th October 1995, available at

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=1130&do=case>

⁵⁰ *Ibid.* at 522

เมื่อเทียบกับระดับของความแน่นอนที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 ซึ่งให้สิทธิในการเลิกสัญญาสำหรับการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ ดังที่จะได้กล่าวต่อไป ดังนั้นจึงสรุปได้ว่ามาตรา 71 ใช้ระดับมาตรฐานทางธุรกิจทั่วไป ไม่ต้องการความแน่นอนอย่างสมบูรณ์ว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น

มาตรา 71(1)(a) ได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ที่แสดงให้เห็นว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นได้ 2 กรณีด้วยกัน ได้แก่

3.2.2.1 ความบกพร่องอย่างร้ายแรงในความสามารถในการปฏิบัติชำระหนี้

ความบกพร่องดังกล่าวสามารถใช้ได้กับทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย เหตุที่ก่อให้เกิดความบกพร่องในการชำระหนี้ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกันระหว่างผู้ซื้อผู้ขาย กล่าวคือ ไม่จำเป็นว่าความบกพร่องนั้นเป็นผลมาจากความผิดของผู้หนึ่งผู้ใดหรือผู้ใดต้องรับผิดชอบสำหรับความบกพร่องดังกล่าว⁵¹ โดยความบกพร่องในความสามารถของกลุ่มสัญญาในการที่จะชำระหนี้ตามสัญญานั้นย่อมอาจเกิดขึ้นได้แม้ในกรณีที่ฐานะทางการเงินของกลุ่มสัญญานั้นจะดีเยี่ยมก็ตาม⁵² หรือความบกพร่องดังกล่าวอาจเป็นกรณีของความบกพร่องเฉพาะตัว เช่น ล้มละลาย⁵³ การไม่ชำระหนี้ตามสัญญาประเภทเดียวกันในฉบับอื่น⁵⁴ หรือใบอนุญาตหมดอายุ หรือเป็นความบกพร่องที่อยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง เช่น การนัดหยุดงานที่กำลังจะเกิดขึ้น, ไฟไหม้โรงงานของผู้ผลิต คำสั่งของราชการที่มีผลกระทบกับสัญญาหรือการชำระหนี้ เช่น คำสั่งห้ามการนำเงินออกจากประเทศของผู้

⁵¹ *Ibid.* at 286-267

⁵² *Ibid.* at 286-267

⁵³ See AUSTRIA Oberster Gerichtshof [OGH] [Supreme Court], 12 February 1998, 2 Ob 328/97t (CLOUT case No. 238), available online at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980212a3.html>, according to which art. 71(1)(a) CISG covers cases in which a party is subject to an insolvency proceeding or has completely ceased to pay but not in which payment is slow.

⁵⁴ See BELGIUM Tribunal Commercial [District Court] Bruxelles, 13 November 1992, A.R. 2700/90, available online at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/921113b1.html>, which recognizes the applicability of the Convention and the right of the seller to suspend delivery because the buyer failed to pay the price under a prior contract, but which fails to cite art. 71 CISG.

ซื้อหรือมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าเข้าออกท่าเรือ รวมถึงการที่ผู้ซื้อไม่ชำระเงินค่าสินค้า⁵⁵ ก็ถือเป็น การผิดสัญญาในส่วนสำคัญที่คาดหมายได้ เนื่องจากเงื่อนไขในการชำระค่าสินค้านั้นเป็นหน้าที่ที่ สำคัญประการหนึ่งของผู้ซื้อ ในทางตรงข้ามยังเป็นเหตุที่จะพิจารณาการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่การ ชำระเงินดังกล่าวว่าเป็นการฝ่าฝืนอย่างสำคัญอันเป็นเหตุให้ตีความได้ว่าอาจมีการผิดสัญญาใน สาระสำคัญเกิดขึ้นได้ด้วย

3.2.2.2 ความบกพร่องอย่างร้ายแรงในความน่าเชื่อถือทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง⁵⁶

ในกรณีนี้ควรตีความอย่างกว้างๆและครอบคลุมถึงเหตุการณ์เมื่อสถานการณ์ทาง เศรษฐกิจของผู้ให้หลักประกันหรือผู้จัดหาหลักประกันนั้นเลวร้ายลง⁵⁷ เช่นเดียวกับความบกพร่อง ของความสามารถในการชำระหนี้ในข้อ (1) โดยความบกพร่องของความน่าเชื่อถือทางการเงิน สามารถใช้ได้กับทั้งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่เพียงแต่ผู้ซื้อที่ถูกผูกพันให้ต้องชำระค่าสินค้าเท่านั้น แต่ ยังรวมถึงผู้ขายที่พบว่าตัวเองไม่สามารถผลิตสินค้าตามที่ขายนั้นได้เนื่องจากไม่มีเงิน ความ น่าเชื่อถือทางการเงินของผู้ซื้ออาจมีบทบาทเมื่อผู้ซื้อเป็นผู้ที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ก่อน เช่น การ จ่ายเงินล่วงหน้าหรือการเปิดเช็คเตอร์ออฟเครดิต⁵⁸ ความบกพร่องอย่างร้ายแรงในความน่าเชื่อถือ ทางการเงินสามารถเป็นที่เข้าใจได้ดี เช่น ความล่าช้าหรือการไม่ชำระเงินเมื่อถึงกำหนดสำหรับการ

⁵⁵ J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV, Rechtbank van Koophandel Hasselt, Belgium, 1 March 1995, Unilex (การชำระค่าสินค้านำเข้าเป็นเวลา 7 เดือน); Maglificio Dalmine v. Coveres, Tribunal Commercial de Bruxelles, Belgium, (13 November 1992)

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.* §9.2.

⁵⁸ *Ibid.* §9.2. See also HUNGARY Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, Arbitral award VB/94124, 17 November 1995, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951117h1.html>>, ผู้ขายมีสิทธิที่จะพักชำระหนี้เนื่องจากผู้ซื้อ ไม่ได้จัดหาหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่มีผลใช้บังคับได้ เอาหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่ หมดยุคความคุ้มครองแล้วมาใช้; CHINA International Economic & Trade Arbitration Commission, Arbitral award CISG/1996/11, 27 February 1996, available online at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960227c1.html>

ตั้งสินค้าในงวดอื่น⁵⁹ ถ้าผลของความบกพร่องดังกล่าวกลายเป็นที่ชัดเจนว่าผู้ซื้อจะไม่สามารถชำระราคาสินค้าที่ได้ส่งไปแล้ว โดยถูกต้องตามสัญญา ผู้ขายก็หลุดพ้นจากหนี้ในการผลิตหรือส่งมอบสินค้า

มาตรา 71(1)(b) ได้กล่าวถึงพฤติกรรมในการเตรียมการชำระหนี้หรือในการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยอมชำระหนี้⁶⁰

พฤติกรรมในการเตรียมการชำระหนี้หรือในการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญานั้นสามารถเข้าใจได้เมื่อพิจารณาหน้าที่ของคู่สัญญาตามที่ปรากฏในสัญญา รวมถึงหน้าที่โดยทั่วไปที่ปรากฏในอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ที่กำหนดหน้าที่เบื้องต้นในการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย เช่น การจัดเตรียมการขนส่ง (มาตรา 32) การส่งมอบเอกสาร (มาตรา 34) การเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต (มาตรา 64) หรือการจัดหาสินค้าสินค้าโดยเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้ (มาตรา 65)⁶¹ ดังนั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการจัดหาสินค้าของผู้ขายไม่เป็นไปตามที่สัญญากำหนดไว้⁶² หรือไม่มีการจัดหาหนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Bank

⁵⁹ See BELGIUM Rechtbank [District Court] van Koophandel Hasselt, (1 March 1995), A.R. 3641/94, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950301b1.html>>, and BELGIUM Tribunal Commercial Bruxelles, A.R. 2700/90, supra note 96 (not citing art. 71), ผู้ขายมีสิทธิพักชำระหนี้เนื่องจากความล่าช้าในการชำระเงินค่าสินค้าตามสัญญาฉบับก่อนของผู้ซื้อเป็นเวลา 7 เดือน ซึ่งถือเป็นความล่าช้าในการชำระหนี้ของผู้ซื้ออย่างร้ายแรง และก่อให้เกิดความสงสัยอย่างสมควรว่าจะไม่มีการชำระหนี้ในอนาคต

⁶⁰ The following cases cite subparagraph (b): NETHERLANDS Rb [District Court] 's Hertogenbosch, 9981/HAZA 95-2299, (2 October 1998), available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/981002n1.html>>; HUNGARY Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, Arbitral award Vb 94131, 5 December 1995 (CLOUT case No. 164), available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205h1.html>>; GERMANY LG Berlin, 52 S 247/94, 15/9/1994.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

guarantee) ตามที่ได้ตกลงกัน⁶³ หรือการไม่ชำระราคาสินค้า⁶⁴ กรณีดังกล่าวเป็นกรณีของมาตรา 71(1)(b)

ปัญหาที่น่าพิจารณาคือ การตีความถ้อยคำที่ว่า พฤติกรรมในการเตรียมการชำระหนี้ หรือในการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ยอมชำระหนี้ จะพิจารณาพฤติกรรมของคู่สัญญาเฉพาะสัญญาฉบับปัจจุบัน หรือต้องพิจารณาพฤติกรรมของคู่สัญญาให้ครอบคลุมถึงสัญญาฉบับอื่นที่คู่สัญญาเคยผูกพันกันด้วยหรือไม่ ในส่วนนี้มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรก⁶⁵ เห็นว่าควรพิจารณาพฤติกรรมของคู่สัญญาในสัญญาฉบับก่อนหรือสัญญาฉบับอื่นด้วย แต่ฝ่ายที่สอง⁶⁶ เห็นว่าพฤติกรรมในมาตรา 71(1)(b) เกี่ยวข้องโดยตรงเฉพาะสัญญาในปัจจุบันเท่านั้น และสำหรับกรณีและผู้ซื้อไม่ชำระราคาสินค้าในการส่งสินค้าตามสัญญาฉบับก่อน ศาลก็จะตีความว่าเป็นเรื่องของความน่าเชื่อถือทางการเงินซึ่งเป็นไปตามมาตรา 71(1)(a) ไม่ใช่กรณีมาตรา 71(1)(b)

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะพิจารณาอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ พฤติกรรมของคู่สัญญาตามสัญญาฉบับนี้เท่านั้น ถ้าพิจารณาตามถ้อยคำในมาตรา 71(1)(b) แต่อย่างไรก็ดี การที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ตามสัญญาฉบับก่อน ย่อมเข้ากรณีของมาตรา 71(1)(a) อยู่ก่อนแล้ว

มาตรา 71 ให้อำนาจแก่ผู้ซื้อหรือผู้ขายในอันที่จะพักชำระหนี้ในส่วนของตนตามสัญญาซื้อขายถ้าตนจะไม่ได้รับผลประโยชน์อย่างสำคัญจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามที่ฝ่ายนั้นได้ให้สัญญาไว้ และกรณีไม่ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้เป็นฝ่ายผิดสัญญาถ้าการพักชำระหนี้นั้นทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย⁶⁷ ในทางตรงข้ามหากคู่สัญญาฝ่ายนั้นใช้สิทธิในการพักชำระหนี้โดยไม่

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid., § 9.2 (2003) และ Lookofsky, The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in International Encyclopedia of Laws—Contracts, Suppl. 29, 147 (J.Herbots & R. Blanpain eds., Kluwer Law International 2000)

⁶⁶ Yinghao Yang, Suspension Rules Under Chinese Contract Law, the UCC and the CISG: Some Comparative Perspectives, in 18(7) China Law & Practice 23 (Euromoney Publications 2004)

⁶⁷ Landgericht Stendal, Germany, 12 October 2000, (การพักชำระหนี้ไม่เป็นการผิดสัญญาแต่เป็นการใช้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงเวลาการชำระหนี้ฝ่ายเดียว โดยสิทธิในการพักชำระหนี้จะยังคงอยู่จนกว่าการผิดสัญญานั้นจะเป็นอันระงับไปด้วยการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา ในสาระสำคัญเป็นเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญา หรือจนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะ

ชอบด้วยกฎหมาย คือ ทำโดยไม่มีสิทธิหรือไม่ได้ทำตามเงื่อนไขที่มาตรา 71 กำหนดไว้ เช่นนี้ถือว่า คู่สัญญาฝ่ายที่פקชำระหนี้เป็นฝ่ายผิดสัญญาและต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย⁶⁸

3.2.3 ประเภทของการชำระหนี้ที่อาจถูกพักชำระไว้ชั่วคราว

เมื่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่มาตรา 71 กำหนดไว้ คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตย่อมมีสิทธิพักการชำระหนี้ของตนไว้ชั่วคราวได้ ไม่ว่าจะเป็นหนี้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือหนี้ตามที่ปรากฏในอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 โดยหนี้ที่อาจถูกพักชำระไว้ชั่วคราวนั้นไม่เพียงแต่เป็นหนี้ที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ แต่ยังรวมถึงหนี้ในการเตรียมการที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ด้วย⁶⁹ ดังนั้นผู้ขายย่อมมีสิทธิที่จะส่งมอบสินค้าล่าช้า (ตามมาตรา 31-34) และยับยั้งการผลิตสินค้าหรือการจัดหาสินค้านั้นได้ถ้าผู้ขายทราบว่าผู้ซื้อกำลังจะล้มละลายหรือถ้าเป็นที่เห็นได้ชัดว่าผู้ซื้อจะไม่ชำระค่าสินค้า เช่นเดียวกับผู้ซื้อที่มีสิทธิไม่เพียงแต่ชำระค่าสินค้าให้ล่าช้าลงเท่านั้น แต่ยังระงับการออกเลตเตอร์ออฟเครดิต (มาตรา 54-59) ไว้หรือเข้าครอบครองสินค้านั้น (มาตรา 60) ถ้าเป็นที่ปรากฏชัดว่าผู้ขายจะไม่ส่งมอบสินค้าหรือผู้ขายเคยส่งมอบสินค้าที่ชำรุดบกพร่องให้กับผู้ซื้อตามสัญญาฉบับอื่นที่มีความต้องการอย่างเดียวกัน กล่าวคือใช้วัตถุุดิบที่มาจากแหล่งกำเนิดที่เดียวกันซึ่งผู้ขายประสงค์ที่จะใช้วัตถุุดิบจากแหล่งเดียวกันนั้นกับสัญญาดังกล่าวด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของความบกพร่องของความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ขาย การพักชำระหนี้ของผู้ซื้อยังรวมถึงขั้นตอนที่ไม่จำเป็นในการชำระเงินล่วงหน้า ในการเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตเพื่อครอบคลุมถึงราคาสินค้าที่จะส่งมอบในอนาคตหรือการดำเนินการในเบื้องต้น เช่น การจัดการการขนส่ง หรือการส่งมอบเอกสาร⁷⁰ นอกจากนี้การพักชำระหนี้ก็ยังรวมถึงหนี้ของผู้ขายในการส่งมอบสินค้าอื่นแทนตามมาตรา 46 ด้วย

จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ตามมาตรา 71(3); ICC award No. 8786, January 1997, Unilex (การที่ผู้ซื้อใช้สิทธิพักชำระหนี้ในส่วนของตน ไม่ถือว่าผู้ซื้อเป็นฝ่ายผิดสัญญา)

⁶⁸ CLOUT case No. 51 [Amtsgericht Frankfurt a.M., Germany, 31 January 1991] (ผู้ซื้อไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายเนื่องจากผู้ขายไม่มีหนังสือแจ้งถึงการพักการส่งมอบสินค้าโดยทันที)

⁶⁹ *Ibid.* at 284.

⁷⁰ Bennett, *supra* note 86, at 519-520.

3.2.4 การขัดขวางการส่งมอบสินค้าที่ได้มีการจัดส่งไปแล้ว

3.2.4.1 สิทธิของผู้ขายในการระงับการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่ง

มาตรา 71(2)⁷¹ ให้สิทธิแก่ผู้ขายฝ่ายเดียวในการระงับการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่ง โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้ผู้ขนส่งแล้วและผู้ขนส่งยังไม่ได้ส่งมอบสินค้านั้นให้กับผู้ซื้อ ซึ่งต่างจากมาตรา 71(1) ที่ให้สิทธิกับทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย⁷² กล่าวคือ มาตรา 71(2) เป็นกรณีที่เกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการจัดส่งสินค้าไปแล้ว ข้อเท็จจริงกลายเป็นที่ปรากฏชัดว่าผู้ซื้อจะไม่ชำระเงินค่าสินค้า ผู้ขายมีอำนาจที่จะพักการชำระหนี้ คือการส่งมอบสินค้าได้ด้วยการขัดขวางมิให้ผู้ขนส่งส่งมอบสินค้านั้นให้กับผู้ซื้อ แม้ว่าผู้ซื้อจะครอบครองเอกสารสิทธิในการรับสินค้านั้นก็ตามและแม้ว่าในสัญญานั้นจะกำหนดให้ผู้ซื้อจ่ายเงินหลังจากที่ได้รับสินค้านั้นแล้ว⁷³

⁷¹ Article 71(2) provides that “if the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller”

⁷² ข้อเสนอที่ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อในการเพิกถอนการโอนเงินดังกล่าวได้รับการปฏิเสธในระหว่างการร่างอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 เนื่องจากเกรงว่าจะทำให้ธุรกรรมชำระหนี้ระหว่างประเทศได้รับความเสียหายอย่างสำคัญและเนื่องจากในหลายประเทศการไม่ชำระหนี้ตามเช็คเป็นความผิดทางอาญา และความคุ้มครองกรณีการเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตก็ไม่มีผลจำเป็นเนื่องจากโดยปกติ ผู้ขายไม่สามารถได้รับเงินตามเลตเตอร์ออฟเครดิตได้ก่อนที่จะมีการส่งมอบสินค้า (Secretariat Commentary on art. 62 of the 1978 Draft [draft counter of art. 71 CISG], § 10, available online at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-71.html>); Chengwei, supra note 84, § 9.3.

⁷³ Secretariat Commentary on art. 62 of the 1978 Draft, § 10.

“การส่งมอบ” ในความหมายของมาตรา 71(2) นี้ไม่ได้มีความหมายอย่างเดียวกันกับ “การส่งมอบ” ตามเนื้อหาของการส่งมอบตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องซื้อขาย (เช่นในมาตรา 31⁷⁴ ของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980, FCA, FOB, CIF, CFR, CPT, CIP ใน INCOTERMS 2000: ICC OFFICIAL RULES FOR THE INTERPRETATION OF TRADE TERMS (ICC Publication No. 560, 1999)) แต่หมายถึง การโอนความครอบครองตามสัญญาขนส่ง (เช่น การส่งมอบสินค้าให้กับผู้รับตราส่ง) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มาตรา 71(2) ให้ผู้ขายมีสิทธิที่จะจัดขบวนการส่งมอบสินค้าในช่วงเวลาระหว่างการส่งมอบของผู้ขายให้กับผู้ขนส่ง (ตามกฎหมายซื้อขาย) และการส่งมอบสินค้าของผู้ขนส่งให้กับผู้ซื้อหรือผู้รับตราส่ง (ตามสัญญาขนส่ง)

สิทธิในการจัดขบวนการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่งตามมาตรา 71(2) สามารถนำมาใช้บังคับได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าความเสี่ยงของสินค้าได้โอนไปยังผู้ซื้อแล้วหรือไม่⁷⁵ กล่าวคือ โดยทั่วไปในการค้าระหว่างประเทศคู่สัญญามักจะแสดงเจตนาใช้เงื่อนไขทางการค้า (Trade Term) ให้มีผลบังคับเป็นข้อกำหนดส่วนหนึ่งในสัญญา โดยเงื่อนไขทางการค้าดังกล่าวจะกำหนดวิธีการส่งมอบสินค้าที่ซื้อขาย และกำหนดหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายไว้ชัดเจน รวมถึงเรื่องการโอนความเสี่ยงจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ อันมีลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 67 ที่ความเสี่ยงโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อพร้อมกับการส่งมอบสินค้าให้กับผู้ขนส่งรายแรก หากมีการขาย

⁷⁴ Article 31 If the seller is not bound to deliver the goods at any other particular place, his obligation to deliver consists:

(a) if the contract of sale involves carriage of the goods - in handing the goods over to the first carrier for transmission to the buyer;

(b) if, in cases not within the preceding subparagraph, the contract relates to specific goods, or unidentified goods to be drawn from a specific stock or to be manufactured or produced, and at the time of the conclusion of the contract the parties knew that the goods were at, or were to be manufactured or produced at, a particular place - in placing the goods at the buyer's disposal at that place;

(c) in other cases - in placing the goods at the buyer's disposal at the place where the seller had his place of business at the time of the conclusion of the contract

⁷⁵ Ibid. at 432.

สินค้าในระหว่างการขนส่ง ความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อ ณ เวลาที่ทำสัญญา (มาตรา 68) กรณีที่ไม่เข้ามาตรา 67 และมาตรา 68 ความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ซื้อได้รับมอบสินค้า และกล่าวได้ว่าในเรื่องของการใช้สิทธิขจัดขบวนการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างขนส่งตามมาตรา 71(2) เป็นกรณีที่มีความเสี่ยงภัยในสินค้าได้ถูกโอนไปยังผู้ซื้อแล้ว ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่มีผลกระทบกับสิทธิของผู้ขายในการใช้สิทธิขจัดขบวนการส่งมอบสินค้าให้กับผู้ซื้อตามมาตรา 71(2) เพราะวัตถุประสงค์ในการโอนความเสี่ยงภัยและการใช้สิทธิขจัดขบวนการส่งมอบสินค้าฯ ตามมาตรา 71(2) แตกต่างกัน กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของเรื่องการโอนความเสี่ยงภัย คือ เป็นการกำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นผู้ที่ต้องรับบาปเคราะห์สำหรับความสูญหายหรือเสียหายที่เกิดขึ้นกับสินค้าที่ซื้อขายนั้น ส่วนวัตถุประสงค์ของมาตรา 71(2) คือ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ขายเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่สร้างความไม่มั่นใจแก่ผู้ขายว่าผู้ซื้อจะปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ผู้ขายเมื่อหนี้ถึงกำหนดหรือไม่

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าแม้ความเสี่ยงภัยในสินค้าจะโอนมายังผู้ซื้อแล้ว หากเกิดความสูญหายหรือเสียหายแก่สินค้านั้น ผู้ซื้อก็เป็นฝ่ายที่ต้องรับบาปเคราะห์ดังกล่าวทั้งผู้ซื้อยังคงต้องรับผิดชอบชำระค่าสินค้าให้กับผู้ขายด้วยซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขทางการค้าที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกัน และหากสินค้างยังอยู่ในระหว่างการขนส่งและผู้ซื้อยังไม่ได้รับมอบสินค้า หากมีเหตุการณ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 71(1)(a) และมาตรา 71(1)(b) ผู้ขายก็สามารถใช้สิทธิขจัดขบวนการส่งมอบสินค้าตามมาตรา 71(2) ได้

3.2.4.2 ผลของการที่ผู้ขายใช้สิทธิขจัดขบวนการส่งมอบสินค้าตามมาตรา 71(2)

การที่ผู้ขายใช้สิทธิขจัดขบวนการส่งมอบสินค้าตามมาตรา 71(2) แม้จะทำให้การปฏิบัติตามชำระหนี้ของผู้ขายล่าช้าไป แต่ก็เป็นการใช้สิทธิที่ถูกต้องตามกฎหมาย และไม่ถือว่าผู้ขายเป็นฝ่ายผิดสัญญาและผู้ซื้อต้องยอมให้ผู้ขายใช้สิทธิดังกล่าว หากผู้ซื้อพยายามที่จะได้มาซึ่งการส่งมอบสินค้าก็จะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและเป็นการละเมิดสิทธิในการขจัดขบวนการส่งมอบสินค้านั้นของผู้ขาย ผล คือ ผู้ซื้อต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น

มาตรา 71(2) ตอนท้ายระบุไว้ชัดว่า มาตรา 71(2) เกี่ยวกับ “สิทธิในสินค้านั้นระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้น” กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สิทธิของผู้ขายในการขจัดขบวนการส่งมอบสินค้าให้กับผู้ซื้อไม่ทำให้สิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำสัญญาซื้อสินค้านั้นต่อจากผู้ซื้อหรือผู้รับโอนสินค้าที่ซื้อนั้นให้เสียหายไป รวมถึงจะไม่มีผลกระทบระหว่างผู้ขนส่งและผู้ซื้อ

ประการแรก ตามอนุสัญญาซื้อขายสินค้านานาชาติ ค.ศ. 1980 ผู้ขายย่อมเสียไปซึ่งสิทธิในการสั่งห้ามมิให้ผู้ขนส่งส่งมอบสินค้าให้กับผู้ซื้อเมื่อผู้ซื้อได้โอนเอกสารสิทธิให้กับ

บุคคลภายนอกที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน⁷⁶ กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์ยังคงอยู่ไม่เปลี่ยนแปลง⁷⁷ โดยกฎหมายภายในที่ใช้บังคับในการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในสินค้าของบุคคลภายนอกที่สุจริตจะกำหนดว่า บุคคลภายนอกนั้นมีสิทธิในสินค้าที่มีอยู่เหนือกว่าสิทธิของผู้ขายหรือไม่ ดังนี้ ผู้ขายจึงไม่สามารถเรียกร้องสินค้านั้นจากบุคคลภายนอกโดยอาศัยหลักของอนุสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ได้ แต่ผู้ขายอาจดำเนินการโดยอาศัยกฎหมายภายในที่ใช้บังคับ⁷⁸

ประการที่สอง สิทธิของผู้ขายในการระงับการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่งไม่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ขนส่งและผู้ซื้อ และไม่ว่าผู้ขนส่งหรือผู้เก็บรักษาสินค้าต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ขายหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับสัญญาขนส่งหรือสัญญาเก็บรักษาสินค้า กล่าวคือประเด็นที่ว่าผู้ขนส่งต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ขายหรือไม่เมื่อผู้ซื้อครอบครองเอกสารสิทธินั้นเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาขนส่งและกฎหมายที่ใช้บังคับ⁷⁹ โดยตามอนุสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ไม่มีบทบัญญัติใดที่บังคับให้ผู้ขนส่งต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ขายที่ให้ระงับการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่ง⁸⁰ ดังนั้นในสัญญาระหว่างผู้ขายกับผู้ขนส่งต้องมีการระบุเกี่ยวกับการให้สิทธิแก่ผู้ขายในการระงับการส่งมอบและขัดขวางการส่งมอบสินค้านั้นให้กับผู้ซื้อ มิฉะนั้นแล้วผู้ขายต้องขอคำสั่งนั้นจากศาล⁸¹ ถ้าประเทศของผู้ซื้อยอมรับอนุสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 หรือถ้ากฎหมายภายในประเทศของผู้ซื้อนั้นได้กำหนดเรื่องสิทธิในการระงับการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่ง เช่นนี้ผู้ขายอาจพยายามที่จะใช้สิทธิ

⁷⁶ Ibid. § 9.3; Albert H. Kritzer, Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, at 461 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1988)

⁷⁷ Ibid., at 288, according to whom “if an obligee of the buyer has the goods or if he has pledged title in the goods from a document, the rights of the seller are not governed by the CISG but by the otherwise applicable domestic law”

⁷⁸ Ibid. pp. 243-244

⁷⁹ Ibid. pp. 461. จริงๆแล้วหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับหนี้ของผู้ขนส่งที่จะทำตามคำสั่งของผู้ขายในการอายัดสินค้าจากผู้ซื้อขึ้นอยู่กับรูปแบบการขนส่งที่คู่สัญญาเลือกกัน และอนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้บังคับ

⁸⁰ Ibid., §9.3.

⁸¹ Ibid. pp288

ดังกล่าวผ่านทางศาล เช่น โดยอาศัยวิธีการบังคับชั่วคราว หรือคำสั่งอายัดทรัพย์สินไว้ชั่วคราว⁸² มิฉะนั้นแล้วหากผู้ขนส่งสมัครใจที่จะระงับการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่งนั้น ผู้ขนส่ง อาจถูกเรียกชดเชยค่าเสียหายจากผู้ซื้อได้⁸³ ผลที่ตามมาคือ เพื่อที่จะคุ้มครองผู้ขนส่ง ผู้ขายอาจต้อง กำหนดให้ผู้ซื้อส่งมอบเอกสารสิทธิคืนมายังผู้ขายหรือผู้ขนส่ง⁸⁴ (ดูมาตรา 62 และมาตรา 71(2) หรือ ผู้ขายร้องขอจากผู้ซื้อ โดยตรงมิให้ดำเนินการใดๆที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ขนส่งโดยอาศัยสิทธิที่จะระงับ การดำเนินการ⁸⁵

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนตรวจสอบคำพิพากษาแล้วพบเพียง 1 คดีที่ขึ้นมาสู่ศาลในเรื่องของผู้ขายใช้สิทธิขัดขวางการส่งมอบสินค้าที่ได้มีการจัดส่งไปแล้วเพียงคดีเดียวเท่านั้น คือ คดีของศาล ในประเทศเยอรมัน⁸⁶ แต่ในคดีดังกล่าวไม่ได้ตัดสินในประเด็นที่ว่าผู้ขายมีสิทธิขัดขวางการส่งมอบ สินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่งให้ผู้ซื้อหรือไม่ แต่เป็นเรื่องของการที่ผู้ขายไม่แจ้งให้ผู้ซื้อทราบโดย ทันทันท่วงทีหลังจากที่ผู้ขายใช้สิทธิพักชำระหนี้ดังกล่าวซึ่งไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 71(3) ไว้ ผล คือ ศาลยกฟ้องผู้ขาย

⁸² *Ibid.* pp.288

⁸³ *Ibid.*, § 9.3.

⁸⁴ *Ibid.* pp.433.

⁸⁵ *Ibid.* § 9.3.

⁸⁶ CLOUT case No. 51 [Amtsgericht Frankfurt a.M., Germany, 31 January 1991]

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญากำหนดให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าที่สถานประกอบการของผู้ซื้อโดย ค่าใช้จ่ายของผู้ขาย และยังตกลงกันว่าผู้ขนส่งจะไม่ส่งมอบสินค้าให้กับผู้ซื้อจนกว่าผู้ซื้อจะ ได้จ่ายเงินค่าสินค้าเป็นจำนวนร้อยละ 40 ของราคาสินค้าทั้งหมด โดยส่วนที่เหลือต้องจ่ายภายใน 60 วันนับแต่วันที่ส่งมอบสินค้า ผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้ผู้ขนส่งพร้อมอินวอยส์แล้ว อย่างไรก็ตามผู้ขาย ได้สั่งให้ผู้ขนส่งระงับการส่งมอบสินค้านั้นไว้ก่อน หลังจากนั้น 5 เดือนผู้ซื้อได้ชำระค่าสินค้าน้อย ละ 40 ของค่าสินค้าทั้งหมดตามที่ตกลงกัน ผู้ขนส่งจึงส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อ และหลังจากที่ผู้ขนส่ง ได้ส่งมอบสินค้าแล้วแทนที่ผู้ซื้อจะจ่ายเงินที่ค้างอีกร้อยละ 60 ผู้ซื้อจ่ายเงินเพียงแต่ 1000 DM ดังนั้นผู้ขายจึงฟ้องเรียกค่าสินค้าที่ค้าง ศาลยกฟ้องผู้ขาย เพราะตามมาตรา 71(3) กำหนดว่าทันทีที่ ผู้ขายใช้สิทธิพักชำระหนี้ ผู้ขายต้องแจ้งให้ผู้ซื้อทราบทันที แต่ในคดีนี้ผู้ขายไม่ได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบ ถึงการพักชำระหนี้ดังกล่าว ดังนั้น ผู้ซื้อยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 45(1)(b) ได้ด้วย

3.2.5 การแจ้งการพักชำระหนี้และหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้

3.2.5.1 การแจ้งการพักชำระหนี้

มาตรา 71(3) กำหนดให้ผู้สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้ต้องแจ้งให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงการพักชำระหนี้โดยทันที⁸⁷ โดยมาตรา 71(3) ไม่ได้กำหนดว่าการแจ้งถึงการพักชำระหนี้ นั้นต้องทำอะไร อย่างไรก็ดีอาจเป็นการแจ้งด้วยการทำเป็นหนังสือหรือการกระทำก็ถือเป็นการบอกกล่าวที่เพียงพอ เช่น การที่ผู้ซื้อปฏิเสธที่จะจ่ายค่าเก็บเฟอร์นิเจอร์ทั้งหมดที่มีข้อตกลงกันว่าจะช่วยเหลือค่าใช้จ่ายในส่วนดังกล่าว⁸⁸, การที่ผู้ซื้อที่มีหนังสือปฏิเสธการยอมรับมอบสินค้าที่ไม่ตรงตามที่ตกลงกันและเสนอที่จะส่งสินค้าคืน⁸⁹ แต่หากผู้ซื้อไม่ชำระค่าสินค้า⁹⁰ หรือการที่ผู้ซื้อที่มีหนังสือบอกกล่าวถึงความซบเซาของทรัพย์สินตามสัญญาฉบับอื่น⁹¹ เช่นนี้ไม่ถือเป็นการบอกกล่าวถึงการพักชำระหนี้ที่เพียงพอ

การแจ้งถึงการพักชำระหนี้ดังกล่าวอยู่ภายใต้มาตรา 27 กล่าวคือ การแจ้งนั้นมีผลทันทีที่ได้มีการส่งคำบอกกล่าวนั้นไปโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้รับจะได้รับทราบถึงการแจ้งดังกล่าวหรือไม่⁹² กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความเสี่ยงของการส่งคำบอกกล่าวดังกล่าวตกอยู่กับฝ่ายผู้รับ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการแจ้งถึงการพักชำระหนี้คือเพื่ออนุญาตให้ผู้รับจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการพักชำระหนี้ และอนุญาตให้ผู้สัญญาติดต่อสื่อสารและให้ความร่วมมือเพื่อที่จะ

⁸⁷ BELGIUM Hof van Beroep [Appellate Court] Gent, (26 April 2000), 1997/AR/2235, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000426b1.html>>, which points out that notice is not "immediate" when related to deliveries made seven and fourteen months before ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ขายไม่ได้ส่งมอบสินค้าและเป็นที่ยอมรับจากผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าได้ในอนาคตเนื่องจากสินค้าได้หายไปจากโรงงานในฮังการี

⁸⁸ CLOUT case no. 338 [Oberlandesgericht Hamm, Germany, 23 June 1998].

⁸⁹ Landgericht Berlin, Germany, (15 September 1994), Unilex.

⁹⁰ Landgericht Stendal, Germany, (12 October 2000), available on the Internet at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/001012glgerman.html>

⁹¹ BV BA. J.P. v. S. Ltd., Hof van Beroep Gent, Belgium, (28 April 2000) available on the Internet at <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2000-04-28.html>

⁹² *Ibid.* pp.94.

ยังคงรักษาให้สัญญาอันมีผลใช้บังคับต่อไป มันก็เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิพักชำระหนี้ที่ควรมั่นใจว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแจ้งการบอกกล่าวนั้นแล้ว

เช่นเดียวกันแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่แจ้งถึงการพักชำระหนี้ นั้นไม่มีหน้าที่ที่ต้องระบุในคำบอกกล่าวถึงเหตุสำหรับการพักชำระหนี้ แต่ก็อาจอนุมานได้จากการดำเนินการโดยสุจริตที่ควรระบุถึงเหตุดังกล่าวไว้ในคำบอกกล่าวนั้นเพื่อที่จะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตัดสินใจว่าเขาควรดำเนินการอย่างไรต่อไป⁹³

แม้มาตรา 71(3) ไม่ได้บัญญัติถึงบทลงโทษไว้อย่างชัดเจนกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิพักชำระหนี้ไม่ได้บอกกล่าวถึงการพักชำระหนี้ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยทันทีก็ตาม แต่หากพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลแล้วจะเห็นได้ว่าศาลจะมีคำพิพากษาในกรณีดังกล่าวไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ การที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย (ฝ่ายที่พักชำระหนี้) ไม่บอกกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทราบโดยตรง คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอาจไม่เพียงแต่ต้องปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสำหรับค่าเสียหาย แต่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายยังไม่อาจใช้สิทธิพักชำระหนี้ของตนอีกต่อไปได้ด้วย⁹⁴ ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้ปฏิเสธที่จะแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

⁹³ *Ibid.* § 9.4. ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการบอกกล่าวที่เพียงพอซึ่งควรระบุในคำบอกกล่าว เช่น ผู้ซื้อปฏิเสธที่จะจ่ายเงินค่าเก็บสินค้าเฟอร์นิเจอร์เมื่อได้มีการตกลงกันที่จะให้ความช่วยเหลือสำหรับค่าใช้จ่ายดังกล่าว (GERMANY OLG Hamm, 19 U 127/97(CLOUT case No. 338), available online at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980623g1.html>, จดหมายจากผู้ซื้อถึงผู้ขายโดยผู้ซื้อปฏิเสธที่จะยอมรับสินค้าที่ไม่ตรงตามสัญญาและเสนอที่จะส่งสินค้าดังกล่าวคืนให้กับผู้ขาย (*Ibid.*) ในทางตรงข้ามตัวอย่างของการบอกกล่าวที่ไม่เพียงพอที่จะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่าตนจะใช้สิทธิพักชำระหนี้ เช่น การที่ผู้ซื้อไม่ชำระค่าสินค้า (GERMANY LG Stendal, 22 S 234/94, (F.R.G.) available online at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/001012g1german.html> จดหมายที่กล่าวถึงความชำรุดบกพร่องภายใต้สัญญาฉบับอื่น (BELGIUM Hof van Beroep Gent, 1997/AR/2235, supra note 117).

⁹⁴ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, ad art. 71 CISG, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/71 (8 June 2004). See GERMANY LG Stendal, 22 S 234/94, supra note 135; RUSSIA Federation Chamber of Commerce and Industry arbitration award No. 302/1996, 27 July 1999, in 27 Rozenberg, *Praktika of Mejdunarodnogo Commercheskogo Arbitrajnogo Syda: Haychno-Practicheskij Commentariy* (1999-2000); GERMANY Amtsgericht [AG] [Petty District Court] Frankfurt a.M., 31 January

ทราบ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ถ้าเขาสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าหากเขาได้รับการแจ้งดังกล่าว เขาจะสามารถจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ให้ได้

3.2.5.2 หลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้

มาตรา 71(3) กำหนดเพียงแต่ว่า คู่สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ของตน โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือวิธีการหรือลักษณะของหลักประกันว่าต้องเป็นอย่างไร และไม่ได้กำหนดด้วยว่าต้องจัดหาหลักประกันมาให้คู่สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้ภายในเวลาใด ซึ่งในประเด็นนี้ยังไม่มีข้อพิพาทขึ้นมายังชั้นศาล

แต่อย่างไรก็ดี หากศึกษาความเห็นของนักวิชาการทั้งหลายแล้วจะเห็นได้ว่า หลักประกันที่เพียงพอ นั้นต้องแสดงให้เห็นว่าเหตุการณ์ที่นำไปสู่การพักชำระหนี้ นั้นจะไม่คงอยู่อีกต่อไป หรือมีหนทางที่สามารถเอาชนะสถานการณ์ดังกล่าว (เช่นการมอบหลักประกันที่เหมาะสมให้กับคู่สัญญาฝ่ายแรกเพื่อแสดงให้เห็นว่าจะปฏิบัติตามชำระหนี้)⁹⁵ หรือคู่สัญญาฝ่ายแรกจะได้รับการชดใช้สำหรับค่าเสียหายทั้งหมดที่เขาจะได้รับจากการปฏิบัติตามชำระหนี้ของฝ่ายนั้นตามสัญญาต่อไป⁹⁶ หรืออีกทางเลือกหนึ่ง (หลักประกันที่เพียงพอซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวนำไปสู่การระงับการพักชำระหนี้) คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกเรียกร้องให้มีการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ต้องจัดหาหลักฐานที่แสดงถึงข้อเท็จจริงที่ชัดเจนหรือการกระทำเพื่อที่จะขจัดความกลัวที่ว่าเขาจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนสำคัญของหนี้⁹⁷ แต่อย่างไรก็ดี ถ้าฟังการรับรองอีกครั้งหนึ่งโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกพักชำระหนี้ว่าจะมีการปฏิบัติตามชำระหนี้ นั้นยังไม่เพียงพอ⁹⁸ กรณีผู้ซื้ออาจนำหลักฐานมาพิสูจน์ว่าผู้ซื้อได้ทำให้การชำระเงินของตนในปัจจุบันนั้นกลับมาเป็นที่ยอมรับอีกครั้ง

1991, 32 C 1074/90-41 (CLOUT case No. 51), available online at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/910131g1.html>, ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการที่ผู้ขายไม่แจ้งให้ผู้ซื้อทราบได้ทันทีว่าตนได้ระงับการส่งมอบสินค้านั้นไว้แล้ว

⁹⁵ *Ibid.* pp.461.

⁹⁶ *Ibid.* pp.461.

⁹⁷ *Ibid.* pp 81.

⁹⁸ *Ibid.* pp 81.

หนึ่งในกรณีที่มีความกลัวว่าจะไม่มีการชำระหนี้เกิดขึ้นเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ซื้อได้เลื่อนการจ่ายเงินในหนี้ของปัจจุบัน⁹⁹ ผู้ซื้ออาจกำหนดให้มีการออกเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกโดยธนาคารชนิดเพิกถอนไม่ได้เพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้ขาย¹⁰⁰ ผู้ซื้ออาจเสนอหลักประกันที่ออกโดยธนาคารที่มีชื่อเสียงที่จะชำระเงินให้ถ้าผู้ซื้อไม่ชำระ หรือแม้แต่การเสนอผลประโยชน์ของหลักประกันในสินค้าที่เพียงพอซึ่งผู้ซื้อเป็นเจ้าของเพื่อทำให้ผู้ขายมั่นใจว่าจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย¹⁰¹ เช่นเดียวกับกรณีตัวอย่างของความกลัวว่าผู้ขายจะปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไปหรือไม่อันเป็นผลมาจากกรณีนัดหยุดงานหรือการสูญเสียแหล่งของวัตถุดิบที่จำเป็น เช่นนี้ผู้ขายอาจแสดงให้เห็นว่าจำเป็นต้องมีการจัดการกรณีนัดหยุดงานดังกล่าวให้เสร็จสิ้นหรือผู้ขายสามารถหาแหล่งผลิตวัตถุดิบสำหรับการผลิตสินค้าได้ใหม่แล้ว¹⁰² ถ้ามีการห้ามส่งออกสินค้า แต่ต่อมาผู้ขายได้รับใบอนุญาตส่งออก เช่นนี้ก็ถือเป็นหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้แล้ว¹⁰³ และหากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายพักชำระหนี้เนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ประกาศว่าเขาจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้อีกต่อไป ซึ่งต่อมาคู่สัญญาฝ่ายหลังได้บอกกล่าวใหม่อันแสดงให้เห็นถึงเจตนาและความสามารถในการชำระหนี้ เช่นนี้ก็ถือว่าเป็นหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้¹⁰⁴

จากการที่มาตรา 71(1) ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการพักชำระหนี้ เฉพาะกรณีที่เกรงว่าจะไม่มีการชำระหนี้ในส่วนสำคัญ (a substantial part) ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้จะต้องอยู่ภายใต้ความผูกพันที่จะต้องกลับเข้าสู่การชำระหนี้ตามสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้จัดหาหลักประกันที่เพียงพอมาให้แม้ว่าหลักประกันนั้นอาจเป็นหลักประกันการชำระหนี้ที่ไม่สมบูรณ์ก็ตาม เช่น หลักประกันที่เพียงพอถูกพิจารณาว่าต้องมีการจัดหาแม้มันแสดงให้เห็นว่าการชำระหนี้จะล่าช้าไปบ้างก็ตาม อย่างไรก็ตาม ปรากฏในกรณีดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายยังคงมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายโดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 74¹⁰⁵

⁹⁹ *Ibid* pp. 81.

¹⁰⁰ *Ibid.* pp.81.

¹⁰¹ Secretariat Commentary on art. 62 of the 1978 Draft, §13.

¹⁰² *Ibid* pp. 81.

¹⁰³ *Ibid.* pp.84, § 9.5.

¹⁰⁴ *Ibid.* pp.84, § 9.5.

¹⁰⁵ Article 74 provides that “Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have

นอกจากนี้การที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับการบอกกล่าวไม่จัดหาหลักประกันมาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิพักชำระหนี้ เช่นนี้จะถือได้ว่าเป็นที่เห็นชัดเจนว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในสาระสำคัญอันเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิพักชำระหนี้ใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 72 ได้หรือไม่นั้น ในปัญหานี้แม้จะยังไม่มีเรื่องขึ้นมาสู่ชั้นศาล แต่ก็มีความเห็นของนักวิชาการแยกออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน โดยฝ่ายแรก¹⁰⁶ เห็นว่า การไม่จัดหาหลักประกันไม่ได้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิพักชำระหนี้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญาตามมาตรา 72 โดยอัตโนมัติ ฝ่ายที่สอง¹⁰⁷ เห็นว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับการแจ้งถึงการพักชำระหนี้ไม่จัดหาหลักประกันที่เพียงพอให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิพักชำระหนี้ กรณีแสดงให้เห็นว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญที่คาดหมายได้ ดังนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิพักชำระหนี้สามารถที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 72 ได้

ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับการร้องขอให้มีการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้มีหลักฐานแสดงให้เห็นว่าจริงๆแล้วไม่มีเหตุที่นำมากล่าวอ้างเพื่อการพักชำระหนี้ได้หรือการพักชำระหนี้ดังกล่าวไม่ถูกต้อง เช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้จำเป็นต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นเนื่องจากการพักชำระหนี้โดยไม่มีเหตุที่ชอบด้วยกฎหมาย

การพักชำระหนี้ตามมาตรา 71 จะสิ้นสุดลงเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการชำระหนี้หรือเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้หรือจนกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่พักชำระหนี้บอกเลิกสัญญา (เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 72, 49 หรือ 64) หรือจนกว่ากำหนดเวลาที่ไว้กับสัญญานั้นได้สิ้นสุดลง¹⁰⁸

foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.”

¹⁰⁶ Ibid., §9.5, John W. Carter, Party Autonomy and Statutory Regulation: Sale of Goods, 6 Journal of Contract Law 93, 106 (North Ryde NSW 1993)

¹⁰⁷ Ibid., pp.290 (Oceana Publications 1992), Bennett, Comments on Article 71, in Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell, Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention, at 524, Honnold, Uniform Law of International Sales Under the 1980 United Nations Convention, at 436 (3rd ed., Kluwer Law and Taxation Publishers 1999)

¹⁰⁸ As explained in the Secretariat Commentary on article 62 of the 1978 Draft, § 5, "under the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, art. 8, that period would be four years. That Convention does not prescribe as to whether the rights under the

3.3 กรณีตามมาตรา 72 การบอกเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้

3.3.1 วัตถุประสงค์และหลักการของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 คือ การรักษาให้สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศนั้นยังคงอยู่และอนุญาตให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาแม้มีกรณีของเหตุการณ์ที่ไม่เป็นมิตรเกิดขึ้นเพื่อที่จะสนับสนุนความซื่อสัตย์และความสุจริตในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ดังนั้นอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 จึงได้ถูกร่างขึ้นเพื่อกำหนดให้มีการบอกเลิกสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเฉพาะกรณีที่เป็นที่ชัดเจนว่าหากยังคงให้สัญญามีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้ ดังที่ปรากฏในมาตรา 49¹⁰⁹ และมาตรา 64¹¹⁰ ที่

contract are terminated or whether it is the right of a party to commence an action to enforce such a right which is terminated.”

¹⁰⁹ Article 49

(1) The buyer may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.

(2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;

(b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:

(i) after he knew or ought to have known of the breach;

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or

(iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

¹¹⁰ Article 64

(1) The seller may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed.

(2) However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that performance has been rendered; or

(b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time:

ให้อำนาจแก่ผู้ซื้อและผู้ขายในการบอกเลิกสัญญาได้เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (fundamental breach of contract) ตามมาตรา 25 กล่าวโดยสรุป คือ การบอกเลิกสัญญาตามอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 ต้องเป็นไปเฉพาะกรณีที่จำเป็น โดยต้องมีเหตุผลมากที่สุด (extrema ratio)

มาตรา 72 ดูเหมือนว่าจะขัดแย้งกับเจตนาของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 เนื่องจาก ประการแรก มาตรา 72 ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่จะเลิกสัญญาเมื่อยังไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้นจริงๆ และเวลาสำหรับการปฏิบัติการชำระหนี้ยังไม่ผ่านพ้นไป ประการที่สอง คือ มาตรา 72 ไม่ได้จำกัดเฉพาะกรณีของความเป็นไปไม่ได้ในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง (objective impossibility of performance) เท่านั้น แต่ยังใช้บังคับในกรณีของความไม่สามารถในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้รับอิทธิพลจากความรู้สึกส่วนตัวด้วย (subjective inability to perform) ผลที่ตามมา คือ แม้มาตรา 72 โดยทฤษฎีจะกำหนดว่า อาจบอกเลิกสัญญาได้เฉพาะกรณีที่เป็นที่ปรากฏชัดเจนในความเป็นจริงหรือเป็นที่แน่นอนว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น แต่ความเสี่ยงในกรณีดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่เนื่องจากสัญญาอาจถูกบอกเลิกแม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเผชิญกับความยากลำบากในการชำระหนี้ในความเป็นจริงนั้นจะได้อำนาจไปแล้วก่อนที่จะถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน

แต่อย่างไรก็ดีมาตรา 72 เป็นผลมาจากการประชุมหารือกันจนเป็นที่พอใจของประเทศสมาชิก โดยผู้ร่างสรุปว่า ถ้าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ มีข้อเท็จจริงเป็นที่ปรากฏชัดเจนซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น เช่นนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งควรได้รับความคุ้มครองเบื้องต้น จริงๆ แล้ว ผู้ร่างเห็นว่ามาตรา 71 (สิทธิในการพักชำระหนี้) อาจให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอถ้าการผิดสัญญาที่ถูกคาดหมายนั้นเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ และผู้ร่างยังพิจารณาด้วยความคุ้มครองของคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตนั้นมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาด้วย อย่างไรก็ตามเนื่องจากหลักของการเลิก

(i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period.

สัญญาเป็นวิธีการซื้อขายล่าดับสุดท้าย ผู้ร่างจึงเห็นด้วยกับประเทศกำลังพัฒนาที่ประสงค์จะอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับการสนับสนุนว่าจะผิดสัญญาได้จัดหาหลักประกันและเพื่อขัดขวางการเลิกสัญญา (มาตรา 72(2))¹¹¹

แม้ว่ามาตรา 72 จะเป็นบทบัญญัติที่ต่อเนื่องกับมาตรา 71 แต่วัตถุประสงค์และหลักการทางกฎหมายในมาตรา 71 และมาตรา 72 ก็แตกต่างกัน กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของมาตรา 71 ว่าด้วยการเรื่องการพักชำระหนี้ คือ สัญญายังคงมีผลใช้บังคับต่อไป โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิตามมาตราดังกล่าวมีสิทธิเพียงพักการชำระหนี้ของตนไว้เพียงชั่วคราวเท่านั้น แต่วัตถุประสงค์ของมาตรา 72 คือ ต้องการให้สัญญาสิ้นสุดลง โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่จำเป็นต้องผูกพันปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอีกต่อไป ทั้งนี้เนื่องจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นการไม่ชำระหนี้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) เช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ และการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตสามารถดำเนินการใดๆต่อไปได้ เช่น หากเป็นผู้ขาย ผู้ขายก็สามารถขายสินค้าตามสัญญาให้กับผู้อื่นได้ หรือในกรณีที่เป็นผู้ซื้อ ก็อาจซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่นก็ได้ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเกรงว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนใจและเสนอที่จะปฏิบัติการชำระหนี้อีกต่อไป¹¹²

3.3.2 เงื่อนไขของการบอกเลิกสัญญา

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจได้รับความเสียหายจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ได้ดังที่บัญญัติในมาตรา 72 ต้องเป็นกรณีที่มีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นเป็นที่ปรากฏชัดเจนแก่คู่สัญญาฝ่ายที่อาจได้รับความเสียหาย จนทำให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นคาดหมายได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเมื่อวันถึงกำหนดชำระ อันเป็นผลทำให้เกิดความเสียหายถึงขนาดที่คู่สัญญาฝ่ายที่อาจได้รับความเสียหายจะไม่ได้รับสิ่งที่เขาพึงจะได้ตามสัญญา โดยมาตรา 72 มีจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเผชิญกับการผิดสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญนี้ต้องเกิดขึ้นก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ตามสัญญาเท่านั้น ดังนั้นหากมีการชำระหนี้โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว แม้การชำระหนี้นั้นมีความชำรุดบกพร่องอย่างสำคัญ ถึงขนาดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับสิ่งที่เขาพึงจะได้ตามสัญญา กรณีดังกล่าวก็ไม่เข้ากรณีตามมาตรา 72 เพราะถือได้ว่าได้มีการ

¹¹¹ *Ibid.* at 95.

¹¹² *Ibid.* pp. 439

ชำระหนี้ตามสัญญาแล้ว แม้จะมีข้อบกพร่องก็ตาม¹¹³ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว คู่สัญญาไม่ว่าฝ่ายใดก็ย่อมไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 72 ได้ แม้การชำระหนี้จะมีความบกพร่องถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่พึงได้รับสิ่งที่เขาพึงจะได้ตามสัญญาจนถือได้ว่าเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญก็ตาม โดยบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวก็เป็นไปตามกรณีการผิดสัญญาโดยทั่วไป กล่าวคือมาตรา 25 ประกอบกับมาตรา 49 หรือมาตรา 64 ไม่ใช่มาตรา 72

จากข้อเท็จจริงที่การบอกเลิกสัญญาต้องเป็นไปเฉพาะกรณีที่น่าเป็น โดยต้องมีเหตุผลมากที่สุด (extrema ratio) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อวางอยู่บนความคาดหมายว่าจะมีการผิดสัญญา (ตรงข้ามกับการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นแล้ว) มาตรา 72 จึงกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนว่าต้องเป็นที่พอใจสำหรับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการด้วยกัน คือ ระดับของความแน่นอนว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น และลักษณะและความสำคัญของการผิดสัญญา

3.3.2.1 ระดับของความแน่นอนว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น

มาตรา 72(1) ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในประการแรกว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะบอก

¹¹³ See Judgment by Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court], Germany 15 February 1995. No. VIII ZR 18/94. Translation by Walter, Conston, Alexander & Green, P.C., translation edited by William M. Barron, Esq.; Birgit Kurtz, Esq.; available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/950215g1.html>>. เป็นคดีที่ศาลตัดสินว่า ช่วงเวลาที่ผู้ซื้อสามารถบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 72 ต้องเป็นเวลาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ไม่สามารถบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 72 ได้ เมื่อผู้ซื้อรับมอบสินค้าในเดือนตุลาคม 1991 และผู้ซื้อต้องชำระเงินงวดสุดท้ายในเดือนพฤศจิกายน 1991 ดังนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้กำหนดวันที่ชำระหนี้ไว้คือ คือเดือนพฤศจิกายน 1991 ดังนั้นผู้ซื้อไม่สามารถบอกเลิกสัญญาโดยอ้างมาตรา 72 ในเดือนมีนาคม 1992 ได้ (Case abstract GERMANY: Bundesgerichtshof 15 February 1995 Case Law on UNCITRAL texts (CLOUT), abstract no. 124 Reproduced with permission from UNCITRAL

เลิกสัญญาต้องแน่ใจว่ามันเป็นที่ “ชัดเจน” (clear) ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (a fundamental breach of contract) ถ้าฟังเพียงความสงสัยยังไม่เพียงพอ¹¹⁴ แม้ว่ามาตรา 72 จะไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าระดับของความชัดเจนหรือความแน่นอนนั้นควรมีระดับเท่าใด แต่ก็สามารถพิจารณาได้ว่าระดับของความชัดเจนที่มาตรา 72 ต้องการนั้นต้องมีระดับของความชัดเจนมากกว่าระดับที่ใช้กับกรณีของมาตรา 71 แต่อย่างไรก็ดีในมุมมองของศาลนั้น ศาลเห็นว่ามาตรา 72 ไม่จำเป็นต้องเป็นความแน่นอนที่สมบูรณ์และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น¹¹⁵ คำตัดสินของศาลประเทศเยอรมันนีในปี ค.ศ. 1992 ศาล (Landgericht Berlin) ได้กล่าวไว้ว่า มาตรา 72 ต้องมีระดับของความเป็นไปได้สูง¹¹⁶ ในความเป็นจริงระดับของความแน่นอนว่ามีความเป็นไปได้สูงนั้นเกิดขึ้นจากขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรา 72(2) และมาตรา 72(3) เนื่องจากในมาตรา 72(2) และมาตรา 72(3) ไม่ได้ต้องการความแน่นอนอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ มาตรา 72(2) คาดหวังถึงความเป็นไปได้ว่าจะมีการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้มาให้และในท้ายที่สุดแล้วก็จะมีการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาแม้ว่าในตอนแรกเป็นที่ชัดเจนว่าจะจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ในขณะที่มาตรา 72(3) ระบุว่ากรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าตนจะไม่ปฏิบัติตาม

¹¹⁴ *Ibid.*, § 9.6.2.

¹¹⁵ *Ibid.* § 9.6.2; GERMANY LG Berlin, (30 September 1992), 99 O 123/92, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920930g1.html>>, ศาลตัดสินว่าการบอกเลิกสัญญานั้นต้องมีความเป็นไปได้สูงว่าจะมีการผิดสัญญาในอนาคตเกิดขึ้น แต่ไม่ต้องเป็นความแน่นอนเกือบทั้งหมด; GERMANY OLG Düsseldorf, 14 January 1994, 17 U 146/93 (CLOUT case No. 130), available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>>. ศาลตัดสินไว้ประเด็นหนึ่งว่าการเรียกร้องให้มีการเลิกสัญญาที่คาดหวังได้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการคือ (1) จำเลยต้องเจตนาที่จะผิดสัญญาก่อนถึงวันกำหนดชำระหนี้ และ (2) การผิดสัญญาดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ (UNITED STATES Federal District Court, Northern District of Illinois, 7 December 1999 (CLOUT case No. 417)).

¹¹⁶ *Ibid.*; see also GERMANY OLG Düsseldorf, (18 November 1993), 6 U 228/92, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931118g1.html>>; GERMANY LG Krefeld, (28 April 1993), 11 O 210/92, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930428g1.html>>; AUSTRALIA Supreme Court of Queensland, 17 November 2000, Civil Jurisdiction No. 10680 of 1996, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html>>.

ชำระหนี้ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจที่จะบอกเลิกสัญญาได้แม้ว่าการแจ้งของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้จะไม่ได้มีความชัดเจนอย่างแน่นอนว่าเขาจะไม่เปลี่ยนใจและจะยังปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อไปเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ¹¹⁷ ขั้นตอนที่กำหนดในมาตรา 72(2) และมาตรา 72(3) แสดงให้เห็นว่ามันเป็นที่แน่นอนในเวลาที่มีการบอกเลิกสัญญานั้นว่ามันต้องเป็นที่ชัดเจนซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตไม่ได้ถูกบังคับที่จะต้องแน่ใจว่าจะมีความแน่นอนที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นตลอดเวลาจนกว่าจะถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ มิฉะนั้นแล้วมาตรา 72 ก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ทางปฏิบัติ นอกจากนี้การผิดสัญญาในส่วนสำคัญที่คาดหมายได้เป็นข้อสันนิษฐานซึ่งอาศัยองค์ประกอบที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง ณ เวลาใดเวลาหนึ่งโดยเฉพาะ¹¹⁸ ยกเว้นกรณีที่มีการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 72(3)

ไม่ว่าในกรณีใด การคาดการณ์ว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นต้องเกิดขึ้นโดยเหตุที่อยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง โดยเหตุที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงดังกล่าวต้องแสดงให้เห็นว่า มันเป็นที่ “ชัดเจน” ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ¹¹⁹ ประเด็นที่ว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายที่จะผิดสัญญาไม่จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ตามที่มาตรา 72(2) กำหนดไว้ทำให้เป็นที่ชัดเจนโดยอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ ศาลในประเทศเยอรมันได้มีคำพิพากษาในกรณีดังกล่าวไว้แล้วว่า การที่ผู้ซื้อไม่จัดหาหลักประกันที่เพียงพอทำให้เป็นที่ชัดเจนว่าเขาจะไม่ชำระค่าสินค้า¹²⁰ นอกจากนี้ นักวิชาการยังให้ความเห็นไว้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมันไว้ด้วยเช่นกันว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่จัดหาหลักประกันที่เพียงพอว่าเขาจะปฏิบัติตามที่ได้รับบริการเรียกร้องอย่างเหมาะสมตามมาตรา 71(3) เช่นนี้อาจช่วยทำให้เห็นเป็นที่ “ชัดเจน” ว่าเขาจะผิดสัญญาในสาระสำคัญ (fundamental breach)¹²¹

¹¹⁷ *Ibid.*, at 438.

¹¹⁸ *Ibid.*, at 291.

¹¹⁹ *Ibid.* pp.177

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.* at 305; see also, for the same conclusion, *Ibid.*, at 524, *Ibid.* at 466,

ในปัญหานี้จึงสรุปได้ว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคาดหมายว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในสาระสำคัญ และได้เรียกร้องให้มีการจัดหาหลักประกันตามมาตรา 71(3) การที่คู่สัญญาที่ได้รับการเรียกร้องดังกล่าวไม่จัดหาหลักประกันตามที่ถูกร้องนั้นทำให้เห็นเป็นที่ “ชัดเจน” ตามความหมายในมาตรา 72(1) ว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น

แม้มาตรา 72 ไม่ได้กำหนดว่าการผิดสัญญาที่ได้รับการคาดหมายนั้นต้องเป็นที่ “ชัดเจน” อันเป็นผลมาจากพฤติกรรมหรือเหตุการณ์ใดโดยเฉพาะ¹²² ซึ่งต่างจากมาตรา 71 ที่กำหนดเหตุการณ์ที่อาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนสำคัญ (substantial part) ของหนี้นั้นไว้ อย่างไรก็ตามก็ยังสามารถนำเหตุการณ์ที่ระบุไว้ในมาตรา 71 อันได้แก่ ความบกพร่องอย่างร้ายแรงในความสามารถชำระหนี้ของลูกหนี้หรือความน่าเชื่อถือทางการเงิน หรืออาจเป็นผลจากพฤติกรรมในการเตรียมการชำระหนี้หรือในการปฏิบัติตามชำระหนี้ มาใช้พิจารณาว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะก่อให้เกิดการผิดสัญญาในสาระสำคัญในอนาคตหรือไม่ ทั้งยังรวมถึงเหตุการณ์อื่นๆที่ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายด้วย โดยการผิดสัญญาในสาระสำคัญที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นอาจเห็นได้ชัดเจนจากคำพูด การกระทำ หรือข้อเท็จจริงที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง เช่น โรงงานของผู้ขายพังทลายลงเนื่องจากถูกไฟไหม้, การออกข้อกำหนดห้ามเรือสินค้าเข้าออกท่าเรือ การควบคุมซึ่งเกี่ยวกับการเงินอันจะทำให้การปฏิบัติตามชำระหนี้ในอนาคตนั้นเป็นไปได้¹²³ การที่ผู้ซื้อหรือผู้ขายแจ้งว่าเขาจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือถ้าเขาปฏิเสธความมีอยู่ของสัญญาซื้อขายอย่างเด็ดขาด¹²⁴ การที่ผู้ขายขายสินค้านั้นต่อไปให้บุคคลภายนอกทั้งที่ผู้ขายทำสัญญากับผู้ซื้อไว้แล้วว่าจะส่งมอบสินค้านั้นให้กับผู้ซื้อ หรือถ้าผู้ขายขายโรงงานซึ่งผู้ขายได้ให้ค้ำประกันสัญญาว่าจะผลิตสินค้านั้นให้กับผู้ซื้อ หรือขายเครื่องจักรที่ผู้ขายตกลงที่จะใช้ในการผลิตสินค้านั้นให้กับผู้ซื้อ¹²⁵ ดังนั้นหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ขายได้แจ้งว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาอีกต่อไปและจะขายวัตถุดิบไปที่อื่น เช่นนี้ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเลิก

¹²² Trevor Bennett, Comments on Article 72, in Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell, Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention 528, 529 (Giuffrè 1987), available online at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb72.html>

¹²³ Secretariat Commentary on article 63 of the 1978 Draft [draft counterpart of art. 72 CISG]

¹²⁴ Ibid. § 9.6.2.

¹²⁵ Ibid., at 438.

สัญญาได้¹²⁶ การที่ผู้ซื้อไม่ชำระค่าสินค้าที่ส่งไปในงวดก่อน¹²⁷ การที่ผู้ซื้อไม่เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต¹²⁸ ผู้ขายไม่ลดราคาและไม่ส่งมอบสินค้าแพคเกจขึ้นภายในเวลาที่กำหนด¹²⁹ ผู้ขายระงับการส่งมอบสินค้าโดยเจตนา¹³⁰

นอกจากนี้ในคดีส่วนมากการชำระเงินล่าช้ายังเป็นเหตุในการที่จะพักชำระหนี้ด้วย แต่ไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการบอกเลิกสัญญา โดยในส่วนี้ถ้าฟังข้อสันนิษฐานที่ว่า การไม่ชำระเงินนั้น อาจสามารถนำมาประเมินได้ว่าเป็นสัญญาที่แสดงให้เห็นในเบื้องต้นว่าการผิดสัญญาในสาระสำคัญนั้นกำลังจะเกิดขึ้น ดังเช่นในคดีหนึ่งของศาลในประเทศเยอรมันนี้¹³¹

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในสัญญาฉบับแรก ผู้ซื้อตั้งชื่อรองเท้าจากผู้ขาย และผู้ขายได้ส่งมอบรองเท้าให้ผู้ซื้อเรียบร้อยแล้ว แต่ผู้ซื้อยังคงชำระเงินค่าสินค้าเป็นเวลา 2 เดือน ต่อมาผู้ซื้อได้ตั้งชื่อสินค้าจากผู้ขายเป็นอีกสัญญาฉบับหนึ่ง ซึ่งต่อมา 3 เดือนหลังจากนั้นผู้ขายได้เรียกให้ผู้ซื้อชำระเงินค่าสินค้าตามสัญญาฉบับแรกให้แล้วเสร็จภายใน 1 สัปดาห์และเรียกให้ผู้ซื้อจัดหาหลักประกันสำหรับค่าสินค้าที่สั่งซื้อในสัญญาฉบับที่สอง ถ้าผู้ซื้อไม่ปฏิบัติตาม เช่นนี้ผู้ขายจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ซึ่งหลังจากที่ผู้ขายได้บอกกล่าวแก่ผู้ซื้อแล้ว ผู้ซื้อไม่ดำเนินการใดๆ ดังนั้นผู้ขายจึงได้ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินค้าที่ค้างชำระตามสัญญาฉบับแรกและบอกเลิกสัญญาฉบับที่สองและขายสินค้านั้นให้กับบุคคลอื่นต่อไป

ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ขายมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาฉบับที่สองตามมาตรา 72(1) และ 72(2) เนื่องจากก่อนที่จะส่งมอบสินค้าตามสัญญาฉบับที่สอง ข้อเท็จจริงเป็นที่ชัดเจน (clear) ว่าผู้ซื้อจะไม่ชำระเงินค่าสินค้าและจะผิดสัญญาในสาระสำคัญ (a fundamental breach of contract)

¹²⁶ UNITED STATES Federal District Court, Northern District of Illinois

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ ICC award No. 8786, (January 1997), available online at

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html>

¹³⁰ SWITZERLAND Zürich Handelskammer [ZHK] [Zürich Chamber of Commerce], Arbitral award No. 273/95, (31 May 1996), available online at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html>

¹³¹ Abstract of Case 11 O 210/92, LG Krwefeld [Germany] (Apr. 28 1993), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930428g1.html>

อย่างไรก็ดีหากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายไม่ใช่สิทธิบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอาจถูกผูกพันให้ต้องยอมรับการปฏิบัติการชำระหนี้หากคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิเสธที่จะชำระหนี้ นั้นเปลี่ยนใจที่จะปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

3.3.2.2 ความสำคัญของการผิดสัญญาที่ถูกละเลย

เงื่อนไขประการที่สองที่กำหนดในมาตรา 72(1) สำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตที่จะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ คือ การผิดสัญญาที่ถูกละเลยนั้นต้องเป็นสาระสำคัญตามความหมายที่ปรากฏในมาตรา 25¹³² ซึ่งบัญญัติว่า “คู่สัญญาฝ่ายใดผิดสัญญา จะถือเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญถ้าเป็นผลให้เกิดความเสียหายถึงขนาดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับสิ่งที่เขาพึงจะได้ตามสัญญา เว้นเสียแต่ว่าคู่สัญญาที่ผิดสัญญาไม่สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้า และวิญญูชนในลักษณะเดียวกันและภายใต้สถานการณ์เดียวกัน ไม่อาจคาดเห็นล่วงหน้าเช่นกัน” ดังนั้น ความหมายของการผิดสัญญาในสาระสำคัญตามมาตรา 25 จึงหมายความว่า การผิดสัญญาใดๆ ก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายถึงขนาดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับประโยชน์ที่เขาพึงจะได้ตามสัญญา หรือกล่าวได้ว่า ผลจากการผิดสัญญาทำให้วัตถุประสงค์ตามสัญญาไม่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอีกต่อไป และความเสียหายอันเป็นผลจากการผิดสัญญาต้องเป็นความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาและวิญญูชนคาดเห็นได้ล่วงหน้า

ดังนั้นในการพิจารณาว่ากรณีใดเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญตามมาตรา 25 หรือไม่ชอบที่จะพิจารณาจากองค์ประกอบหลายประการ เช่น ข้อตกลงในสัญญา มูลค่าความเสียหายจากการผิดสัญญาเมื่อเทียบกับผลประโยชน์โดยรวมของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายพึงจะได้รับความเป็นไปได้ที่จะใช้วิธีการอื่นในการเยียวยาความเสียหาย¹³³ เป็นต้น

¹³² Article 25 provides that “A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”

¹³³ Ibid.

ตัวอย่างของการผิดสัญญาในสาระสำคัญที่คาดหมายได้ เช่น การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มละลาย¹³⁴, การที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าทั้งหมดหรือผู้ขายจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวกับสินค้าไม่ตรงตามเลตเตอร์ออฟเครดิต¹³⁵, ผู้ขายส่งมอบสินค้าล่าช้าโดยกำหนดเวลาส่งมอบสินค้าเป็นสาระสำคัญของสัญญาไม่ว่าจะเป็นสาระสำคัญโดยข้อตกลงในสัญญาซื้อขายหรือโดยสภาพของสินค้า, ผู้ซื้อไม่สามารถเปิดเครดิตหรือจัดให้เครดิตได้รับการยืนยันและ/หรือแจ้งให้ผู้ขายทราบภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยความล่าช้าในการเปิดเครดิต หรือจัดให้เครดิตได้รับการยืนยันและ/หรือแจ้งให้ผู้ขายทราบนั้นต้องไม่ได้เกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้ขายเอง

3.3.3 การบอกเลิกสัญญา

ถ้าเป็นไปได้ตามเงื่อนไขที่มาตรา 72(1) กำหนดไว้ หรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าสัญญานั้นเป็นอันสิ้นสุดลงตามมาตรา 72(3) คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตอาจบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งในกรณีนี้ไม่มีกำหนดเวลาสำหรับการบอกเลิกสัญญาเอาไว้ แต่อย่างไรก็ดีถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธินั้นตัดสินใจที่จะรอก่อน คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจบอกเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ก่อนที่กำหนดเวลาชำระหนี้จะผ่านไป¹³⁶ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่กำหนดในมาตรา 72(1) และจะมีผลเป็นการบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตได้ทำหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญานั้นส่งให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 26 ซึ่งผลคือ เมื่อได้มีการบอกเลิกสัญญาไปแล้วก็ไม่อาจเพิกถอนได้หากการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวมีผลแล้ว¹³⁷

ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าสัญญาเป็นอันเลิกกันโดยปราศจากการผิดสัญญาในสาระสำคัญที่คาดหมายได้และในกรณีนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดหมายได้ เช่นนี้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายแรกเป็นฝ่ายผิดสัญญาในสาระสำคัญ¹³⁸ และคู่สัญญาฝ่ายแรกถูกบังคับให้ยอมรับการปฏิบัติการ

¹³⁴ *Ibid.* at 291; *Ibid.*, at 244.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*, at 292.

¹³⁷ *Ibid.*, at 292.

¹³⁸ *Ibid.*, at 291.; Trevor Bennett, *Comments on Article 72*, in Cesare Massimo

ชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือหากเป็นกรณีที่ไม่มี การผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นในความเป็นจริง เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ การคาดการณ์ในตอนแรกว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นจึงไม่เป็นที่ชัดเจน ผลที่ตามมาคือการแจ้งว่าจะเลิกสัญญาดังกล่าวนั้นไม่มีผล ซึ่งในกรณีดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายที่พยายามจะเลิกสัญญาอาจเป็นฝ่ายผิดสัญญาเนื่องจากการที่เขาไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนของตน¹³⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการที่คู่สัญญาแจ้งว่าสัญญาเป็นอันเลิกกันดังกล่าวยอมเป็นโมฆะและนำไปสู่ผลที่ว่า การไม่ชำระหนี้ในส่วนของตนเองนั้นถือเป็นการผิดสัญญาและมีความเป็นไปได้ที่เขาต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายนั้น¹⁴⁰ ผลที่ตามมาคือ การแจ้งว่าสัญญาเป็นอันสิ้นสุดลงดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจเป็นการปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา อันทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาตามมาตรา 72(1) ได้¹⁴¹

3.3.3.1 หนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญา

ตามที่มาตรา 72(2) กำหนดว่าถ้ามีเวลา คู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะบอกเลิกสัญญาต้องมีหนังสือแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบภายในเวลาอันสมควรเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาหลักประกันที่เพียงพอในการชำระหนี้ โดยในคำบอกกล่าวนั้นต้องเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ด้วย มาตรา 72(2) จึงนับเป็นมาตราที่สามารถแก้ปัญหาได้เป็นอย่างดีในอันที่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาพ้นจากความสงสัยว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นถือได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้แล้วหรือไม่ และเป็น การป้องกันมิให้มีการบอกเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุอันสมควร¹⁴² ดังนี้จึงกล่าวได้ว่า หนังสือบอกกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตที่เรียกร้องให้มีการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ในเบื้องต้นมีประโยชน์อยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ

1) เป็นการลดความเสี่ยงสำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่สงสัยโดยปราศจากความแน่นอนว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ และไม่เป็นการบังคับคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตให้ต้องรอจนถึงวันที่ถึงกำหนดชำระหนี้ซึ่งไม่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของเขาได้เมื่อความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งในที่สุดแล้วคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

¹³⁹ *Ibid.*, at 46; *Ibid.*, at 150.

¹⁴⁰ *Ibid.*, at 528.

¹⁴¹ *Ibid.*, at 438.

¹⁴² *Ibid.*, § 9.7.1.

2) การมีหนังสือแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาหลักประกันที่เพียงพอให้ เป็นการป้องกันการบอกเลิกสัญญาอย่างเร่งด่วนซึ่งอาจผิดพลาดได้ หากในที่สุดแล้วปรากฏว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นสามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามเงื่อนไขในสัญญาได้

การบอกกล่าวนี้อยู่ภายใต้มาตรา 27 กล่าวคือ การบอกกล่าวนี้ไม่จำเป็นที่ผู้รับจะต้องได้รับถึงจะมีผล ดังนั้น ถ้าหนังสือบอกกล่าวนั้นหายไป คู่สัญญาที่มีสิทธิเลิกสัญญาก็ไม่เสียสิทธิดังกล่าวไป แต่เพื่อผลประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เลิกสัญญา เขาควรแน่ใจว่าหนังสือบอกกล่าวนั้นไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว¹⁴³

อย่างไรก็ดี มีบางกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญาไม่ต้องทำหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 72(2) ได้แก่

1) มาตรา 72(3) ที่กำหนดว่า “ข้อกำหนดที่บัญญัติในวรรคก่อนไม่นำมาใช้กับกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้แจ้งว่าตนจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้” โดยมาตราดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นประการแรกสำหรับหน้าที่โดยทั่วไปในการส่งหนังสือแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญา กล่าวคือ ถ้าคู่สัญญาแจ้งว่าจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายที่สุจริตอาจบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องมีหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าว¹⁴⁴ แต่อย่างไรก็ดี การบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าตนจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้นี้เป็น “สิทธิ” ไม่ใช่ “หน้าที่” ดังนั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับเสียหายไม่ใช่สิทธิในการบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเปลี่ยนใจปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปก็ได้¹⁴⁵

¹⁴³ *Ibid.*, at 293.

¹⁴⁴ *Ibid.*, at 95. In CHINA International Economic & Trade Arbitration Commission, Arbitral award CISG/1996/05, (30 January 1996), available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960130cl.html>>, คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า การบอกเลิกสัญญาในโทรสารที่ระบุว่า “มันเป็นไปไม่ได้ที่จะส่งมอบสินค้า เราจะพยายามหาแหล่งวัตถุดิบจากที่อื่น แต่เพราะมันยากที่จะหาสินค้าดังกล่าว ความเป็นไปไม่ได้ที่จะหาสินค้าได้นั้นน้อยมาก” จากเหตุผลดังกล่าว ผู้ซื้อจำเป็นต้องเตรียมการสำหรับการจัดการกับกรณีที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าดังกล่าว (รวมถึงหลักประกันของธนาคารและอื่นๆ) ผู้ขายได้แสดงออกโดยชัดแจ้งว่าผู้ขายจะไม่ส่งมอบสินค้าตามสัญญา คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าในกรณีดังกล่าวตามมาตรา 72(3) คู่สัญญาในที่นี้คือผู้ซื้อ ที่ตั้งใจแจ้งว่าสัญญาเป็นอันสิ้นสุดลง ไม่จำเป็นต้องแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้ขาย) ทราบ

¹⁴⁵ *Ibid.*, at 293

2) มาตรา 72(2) ที่กำหนดว่า “ถ้ามีเวลา คู่สัญญาฝ่ายที่เจตนาจะบอกเลิกสัญญาต้องมีหนังสือบอกกล่าวภายในเวลาอันสมควร ไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้โอกาสแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาหลักประกันเพียงพอในการปฏิบัติการชำระหนี้” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ถ้าไม่มีเวลาหรือเวลาไม่เพียงพอ คู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะบอกเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องมีหนังสือบอกกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ถ้อยคำที่ว่า “ถ้ามีเวลา” (if time allows) เป็นการยากที่จะเข้าใจความหมายของถ้อยคำดังกล่าวว่ากรณีใดบ้างที่ถือได้ว่า “ถ้ามีเวลา” แต่อย่างไรก็ดีกรณีดังต่อไปนี้ที่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นกรณีที่ “เวลาไม่พอ” ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องทำหนังสือบอกกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ได้แก่

กรณีที่ 1 ถ้าการส่งหนังสือดังกล่าวจะทำให้เกิดความล่าช้าและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริต เช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตสามารถบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องมีหนังสือบอกกล่าวก่อน

กรณีที่ 2 ถ้าระยะห่างของเวลาระหว่างตอนที่ส่งหนังสือบอกกล่าวและกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นช่วงเวลาสั้นๆ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับหนังสือบอกกล่าวมีเวลาไม่พอที่จะจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ได้ เช่นนี้ การส่งหนังสือดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นเงื่อนไขในการที่จะบอกเลิกสัญญาแต่อย่างใด¹⁴⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ คู่สัญญาฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องทำหนังสือบอกกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกรณีที่วันที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาใกล้จะถึงและอย่างไรเสียคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีเวลาไม่พอที่จะจัดหาหลักประกันที่เพียงพอภายในช่วงเวลาดังกล่าวได้ เพราะวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการมีหนังสือบอกกล่าวคือ ต้องการให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ได้ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีเวลาไม่พอที่จะจัดหาหลักประกันได้ เช่นนี้ก็ไม่มีความจำเป็นที่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวอีกต่อไป¹⁴⁷

¹⁴⁶ *Ibid.*, at 292.

¹⁴⁷ Siegfried Eiselen, Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Articles 71 and 72 of the CISG and Remarks on the Manner in which the Principles of European Contract Law May Be Used to Interpret or Supplement Articles 71 and 72 of the CISG, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni71,72.html#er> อย่างไรก็ตามมีความเห็นที่แตกต่างอย่างชัดเจนในประเด็นดังกล่าว; see, for example, GERMANY LG Düsseldorf, 9 July 1992, 31 O 223/91, available online at

ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร หากกรณีถ้าเป็นที่สงสัยว่าคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตจำเป็นต้องมีหนังสือบอกกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก่อนหรือไม่ ศาลจะตีความเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริต กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาว่าไม่ใช่หน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตที่ต้องมีหนังสือบอกกล่าวถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง¹⁴⁸

3.3.3.2 หลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้

ดังที่กล่าวข้างต้นว่า วัตถุประสงค์ของการทำหนังสือแจ้งความประสงค์ในการบอกเลิกสัญญา คือ เพื่อบอกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ให้ ตามมาตรา 72(2) โดยหลักประกันที่เพียงพอต้องพิจารณาจากองค์ประกอบหลายอย่างขึ้นอยู่กับแต่ละเหตุการณ์ ซึ่งรวมถึงฐานะและความซื่อสัตย์ของคู่สัญญา พฤติกรรมของคู่สัญญาตามสัญญาฉบับก่อน และลักษณะของเหตุการณ์ซึ่งก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในความสามารถและเจตนาในการชำระหนี้¹⁴⁹ โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นลูกหนี้ต้องทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้มั่นใจได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นลูกหนี้จะปฏิบัติตามสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้จะได้รับค่าชดเชยสำหรับความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการชำระหนี้ดังกล่าว เช่นนี้ถือได้ว่าเป็นหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้แล้ว

ตัวอย่างของหลักประกันที่เพียงพอ

สำหรับผู้ขาย เช่น หลักประกันการชำระเงินหรือเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกโดยธนาคารที่มีชื่อเสียง¹⁵⁰ ส่วนหลักประกันที่เพียงพอสำหรับผู้ซื้อกรณีผู้ซื้อมีความสงสัยว่าผู้ขายจะส่งมอบสินค้าให้หรือไม่ เช่นนี้ผู้ขายก็ต้องแสดงให้เห็นให้ผู้ซื้อมั่นใจได้ว่า ผู้ขายจะปฏิบัติตามการชำระหนี้ โดยจะส่งมอบสินค้าที่มีคุณภาพตามสัญญาให้ตรงตามกำหนดเวลาโดยปราศจากสิทธิเรียกร้องของบุคคลที่สาม และ/หรือดำเนินการอื่นใด เช่น ทำสัญญารับช่วง, การเพิ่มความสามารถในการผลิต, การ

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920709g1.html>

¹⁴⁸ *Ibid.*, § 9.6.3; *Ibid.*, at 95.

¹⁴⁹ *Ibid.*, at 305-306.

¹⁵⁰ *Ibid.*, at 306.

ยกเลิกข้อผูกมัดอื่นๆ ในการส่งมอบสินค้า, การได้มาซึ่งใบอนุญาต เป็นต้น¹⁵¹ แต่อย่างไรก็ดีคำพิพากษาเพียงคำบอกกล่าวถึงความตั้งใจว่าตนสามารถที่จะชำระหนี้ได้เท่านั้นไม่เพียงพอ¹⁵²

การไม่จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้เมื่อได้รับหนังสือบอกกล่าวตามมาตรา 72(2) ถือเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและเพียงพอที่จะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น¹⁵³ ผลที่ตามมาคือ คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตอาจบอกเลิกสัญญาได้ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ให้ เว้นแต่กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญาไม่ต้องทำหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งดังที่กล่าวแล้วในข้อ 3.3.3.1

บทบัญญัติเรื่องการทำหนังสือแจ้งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ที่คาดหมายได้ตามมาตรา 72(2) เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับเรื่อง Nachfrist Notice ตามมาตรา 49(1)(b) และมาตรา 64(1)(b) กล่าวคือ ต้องการให้โอกาสแก่ผู้มีภาระหนี้ในการปฏิบัติการชำระหนี้ของตนเป็นครั้งสุดท้าย และเพื่อที่จะขจัดอุปสรรคในการชำระหนี้ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญาออกไป โดยเรื่อง Nachfrist Notice เป็นการขจัดความไม่แน่นอนเมื่อเวลากำหนดชำระหนี้ได้ผ่านพ้นไปแล้ว ส่วนเรื่องการทำหนังสือแจ้งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ตามมาตรา 72(2) เป็นการขจัดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการปฏิบัติการชำระหนี้ซึ่งยังไม่ถึงกำหนดชำระ¹⁵⁴ โดยวัตถุประสงค์ของทั้งสองเรื่องดังกล่าว คือ ต่างต้องการที่จะรักษาให้สัญญายังคงมีผลใช้บังคับต่อไปนั่นเอง

¹⁵¹ *Ibid.*, at 292-293.

¹⁵² *Ibid.*, at 306; *Ibid.* at 434 by analogy.

¹⁵³ *Ibid.*, at 528, เห็นว่าการมีหนังสือบอกกล่าวตามมาตรา 72(2) จะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่วางแผนจะบอกเลิกสัญญาเพราะผล คือ การทำให้ข้อเท็จจริงนั้นเป็นที่ชัดเจนว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญ (fundamental breach) หรือไม่ โดยกำจัดไปซึ่งความเสี่ยงของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการบอกเลิกสัญญาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (p. 530); Koch, *supra* note 161, at 305; Kritzer, *supra* note 118, at 466; decisions of GERMANY OLG Düsseldorf, *supra* note 157 and GERMANY LG Berlin, *supra* note 157.

¹⁵⁴ *Ibid.*, at 308.

3.3.4 ผลของการบอกเลิกสัญญา

การบอกเลิกสัญญามีผลทันทีที่มีการแสดงเจตนาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบโดย คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญานั้น ไม่ต้องตกลงยินยอมด้วย หรือไม่ต้องอาศัยคำพิพากษาหรือ คำสั่งของศาล¹⁵⁵ โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ที่คาดหมายได้ (Anticipatory non-performance) ก็มีสิทธิเช่นเดียวกันกับคู่สัญญาที่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญากรณีที่มีการไม่ชำระหนี้ตามความเป็นจริง (actual non-performance) รวมถึงค่าเสียหายวันแต่เป็นค่าเสียหาย ที่ได้รับการยกเว้นเมื่อไม่มีการชำระหนี้เมื่อถึงกำหนด (มาตรา 74-76) นอกจากนี้ ยังมีสิทธิในการ เรียกหรือให้มีการชดใช้สำหรับบรรดาสิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาได้จัดหาให้ หรือได้ชำระ ราคาไปแล้วตามสัญญา (ตามมาตรา 81(2)) และสิทธิในการเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 81(1) ด้วย

ในเรื่องค่าเสียหาย กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งบอกเลิกสัญญาสามารถที่จะขายสินค้านั้นต่อไป หรือซื้อสินค้านั้นใหม่ได้ โดยไม่คำนึงถึง ข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้อาจเปลี่ยนใจและในที่สุดก็เสนอที่จะชำระหนี้ ภายในเวลาที่กำหนดในสัญญา นอกจากนี้ตามมาตรา 75 ถ้าการขายสินค้านั้นต่อไปหรือการซื้อ สินค้าอื่นทดแทนได้กระทำไปตามสมควรและภายในเวลาที่เหมาะสมภายหลังได้บอกเลิกสัญญา แล้ว (แม้ก่อนวันถึงกำหนดชำระหนี้ก็ตาม) คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบ ค่าสินไหมทดแทนอื่นรวมถึงความสูญเสียกำไรอันเป็นผลมาจากการบอกเลิกสัญญา แม้จะยังไม่ถึง กำหนดเวลาชำระหนี้ก็ตาม¹⁵⁶ ยิ่งไปกว่านั้น แม้เป็นที่ปรากฏชัดว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็น สาระสำคัญจะเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญาก็มีหน้าที่ที่ต้องบรรเทาความเสียหายที่อาจจะ เกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนเองตามมาตรา 77 ด้วย

ในกรณีที่มีการบอกเลิกสัญญาโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 72 กำหนด (เช่น ข้อเท็จจริงไม่เป็นที่ปรากฏชัดเจนว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นหรือการผิดสัญญาที่ถูกคาดหมายนั้น ไม่ได้เป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ) คู่สัญญาฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาต้องยอมรับการ ปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และอาจเป็นไปได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายหลังอาจใช้สิทธิบอก เลิกสัญญาตามมาตรา 72(1) ด้วยก็ได้¹⁵⁷

¹⁵⁵ *Ibid.*, at 292.

¹⁵⁶ *Ibid.*, at 439

¹⁵⁷ *Ibid.*, at 438.

3.4 กรณีตามมาตรา 73 การผิดสัญญาที่คาดหมายได้ในสัญญาแบ่งชำระเป็นงวด

3.4.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญาแบ่งชำระเป็นงวด

สัญญาแบ่งชำระเป็นงวด คือ สัญญาที่กำหนดให้มีการชำระหนี้โดยแบ่งเป็นงวดตามที่คู่สัญญาตกลงกัน โดยการชำระหนี้ดังกล่าวอาจแบ่งชำระด้วยสินค้าที่แตกต่างกันไปตามที่คู่สัญญาตกลงกัน¹⁵⁸ ซึ่งอาจตกลงกันให้ชำระหนี้ในวันใดวันหนึ่ง หรือจะให้มีการชำระหนี้เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้องก็ได้¹⁵⁹

มาตรา 73 ของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ใช้บังคับกับสัญญาที่จัดให้มีการส่งมอบสินค้าโดยแบ่งชำระเป็นงวด โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาที่มีการส่งมอบต่อเนื่องกันโดยไม่จำกัดเพียงแต่การชำระเงินเป็นงวดเท่านั้น นอกจากนี้มาตรา 73(2) ยังใช้กับกรณีที่การไม่ชำระเงินค่าสินค้าเมื่อสัญญากำหนดว่าต้องชำระเงินพร้อมกันกับการส่งมอบในงวดนั้น และยังใช้กับกรณีที่ผู้ซื้อผิดสัญญาด้วย เช่น การที่ผู้ซื้อไม่ยอมรับการส่งมอบสินค้า¹⁶⁰

3.4.2 วัตถุประสงค์และหลักการของกฎหมาย

หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 51(1) ที่กำหนดว่า “ถ้าผู้ขายจัดส่งสินค้าบางส่วนหรือสินค้าบางส่วนที่จัดส่งให้แก่ผู้ซื้อนั้นตรงตามสัญญา ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 46 ถึง 50 มาใช้กับส่วนที่ขาดส่ง หรือส่วนที่จัดส่งไม่ตรงตามสัญญา” เห็นได้ว่า มาตราดังกล่าวอนุญาติให้ผู้ซื้อมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาบางส่วนโดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 46-50 โดยในมาตรา 51(2) กำหนดว่า “ผู้ซื้ออาจบอกเลิกสัญญาทั้งหมดก็ได้ เฉพาะกรณีที่ไม่มี การส่งมอบสินค้าทั้งหมด หรือการที่ไม่จัดส่งสินค้าตามสัญญาจัดเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ”

มาตรา 51(1) ไม่ได้ใช้บังคับกับสัญญาที่แบ่งชำระเป็นงวด¹⁶¹ แต่ใช้บังคับกับสัญญาที่มีการส่งมอบสินค้าทั้งหมด โดยผู้ขายไม่ได้ส่งมอบสินค้าให้บางส่วน หรือเป็นกรณีที่สินค้าที่ส่งมอบ

¹⁵⁸ SWITZERLAND Hg. K. Zürich, HG 950347, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970205s1.html>

¹⁵⁹ *Ibid.*, at 294; *Ibid.*, at 534.

¹⁶⁰ *Ibid.*, at 96.

¹⁶¹ Trevor Bennett, *Comments on Article 73*, in Cesare Massimo Bianca & Michael

มานั้นมีบางส่วนที่ชำระครบพร้อม อันถือเป็นกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญา และมาตรา 51 ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อเท่านั้นในอันที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนในอันที่จะบอกเลิกสัญญาได้บางส่วนหรือทั้งหมดถ้าการผิดสัญญานั้นเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยที่มาตรา 51 ไม่ได้พูดถึงการผิดสัญญาที่อาจคาดหมายได้สำหรับสัญญาที่แบ่งชำระเป็นงวด เพียงแต่ให้สิทธิในการเลิกสัญญาในส่วนเฉพาะที่มีการผิดสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาทั้งหมดถ้าการผิดสัญญานั้นแม้จะเป็นเพียงการผิดสัญญาในบางส่วนแต่ส่วนนั้นเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญของสัญญาทั้งฉบับ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 73 โดยเฉพาะในส่วนของมาตรา 73(2) ที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาในการชำระหนี้ในอนาคตได้ ถ้าการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ของคู่สัญญาในงวดใดงวดหนึ่งทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีเหตุอันพอสรุปได้ว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้นในงวดอนาคต¹⁶² อันแสดงให้เห็นว่า มาตรา 73 บัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับกับสัญญาแบ่งชำระเป็นงวดซึ่งมาตรา 51 ไม่ได้กล่าวถึง โดยมาตรา 73 ให้สิทธิแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญาได้ เว้นแต่กรณีมาตรา 73(3)¹⁶³

3.4.3 เหตุสำหรับการบอกเลิกการชำระหนี้ในอนาคต

ตามที่มาตรา 73(1) กำหนดว่า “กรณีสัญญาที่มีการส่งมอบสินค้าโดยแบ่งชำระเป็นงวด ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในงวดใดงวดหนึ่งอันก่อให้เกิดการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญกับการชำระหนี้ในงวดนั้น เช่นนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดนั้นได้” และในมาตรา 73(2) ยังกำหนดด้วยว่า “ถ้าการไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในงวดใดงวดหนึ่งทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีเหตุอันสมควรที่จะสรุปได้ว่า จะมีการผิดสัญญาในการชำระหนี้งวดต่อไป คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้งวดอนาคตได้ แต่ต้องทำภายในเวลาที่เหมาะสม”

Joachim Bonell, Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention 531, 533 (Giuffrè 1987), available online at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb73.html>.

¹⁶² *Ibid.*, § 10.1

¹⁶³ *Ibid.*, at 533.

จากบทบัญญัติในมาตรา 73 (2) เห็นได้ว่า มาตรา 73(2) ได้กำหนดเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้น 3 ประการที่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญา มีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดอนาคตได้

เหตุที่ก่อให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในอนาคตต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข ดังนี้

3.4.3.1 การผิดสัญญางวดใดงวดหนึ่งเกิดขึ้น

เงื่อนไขประการแรก คือ ต้องมีการผิดสัญญางวดใดงวดหนึ่งเกิดขึ้นเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ซึ่งแตกต่างกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้สำหรับกรณีการใช้สิทธิพักชำระหนี้ (มาตรา 71) และการบอกเลิกสัญญา (มาตรา 72) โดยลำพังความบกพร่องในความสามารถที่จะชำระหนี้หรือในความสามารถเชื่อถือทางการเงิน หรือการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ นั้นไม่เพียงพอ¹⁶⁴ สำหรับเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 73(2) มันเป็นที่ไม่แน่นอนว่าเหตุ (ที่อนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาสรุปได้ว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น) สามารถมาจากการล้มละลายของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือคำบอกกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งว่าเขาจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในงวดอนาคตอีกต่อไปหรือไม่ ในกรณีดังกล่าวเหมาะสำหรับการใช้สิทธิตามมาตรา 72¹⁶⁵ ดังนี้เมื่อการชำระหนี้ในงวดอนาคตเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนและน่าเป็นห่วง มาตรา 73(2) จึงไม่ได้สนับสนุนความเห็นที่ว่าลำพังการปฏิเสธที่จะชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งก่อให้เกิดการผิดสัญญาในสาระสำคัญ¹⁶⁶ อย่างไรก็ตามมาตรา 73(2) ก็ไม่ได้กำหนดว่าลำพังการไม่ชำระหนี้ก็นำให้เกิดการผิดสัญญาในสาระสำคัญ เพราะการผิดสัญญาอาจเพียงนำไปสู่บทสรุปที่ว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นในอนาคตเท่านั้น¹⁶⁷ นอกจากนี้การผิดสัญญาซึ่งไม่ได้เป็นสาระสำคัญแต่เป็นการผิดสัญญาเป็นเวลาต่อเนื่องกันย่อมทำให้มีเหตุจำเป็นที่จะสรุปได้ว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้น หรือไม่มันก็เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนเพื่อใช้บังคับกับมาตรา 73(2) กรณีการเลิกสัญญาอาจทำได้หากมีการผิดสัญญาโดยไม่ชำระหนี้ในงวดหนึ่งเกิดขึ้นแล้ว¹⁶⁸

¹⁶⁴ *Ibid.*, at 296; *Ibid.*, at 536.

¹⁶⁵ *Ibid.*, at 536-537

¹⁶⁶ *Ibid.*, § 10.2

¹⁶⁷ *Ibid.*, at 296; *Ibid.*, at 535.

¹⁶⁸ *Ibid.*, at 534-535.

3.4.3.2 ไม่จำเป็นต้องเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ

การผิดสัญญาดังที่กล่าวในข้อ 3.4.3.1 ไม่จำเป็นต้องเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ¹⁶⁹ แต่การผิดสัญญาดังกล่าวเป็นเหตุสมควรให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาสรุปได้ว่า จะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นในงวดอนาคต กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การผิดสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดเหตุอันควรคาดหมายได้ว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้นที่คาดหมายได้ในอนาคต อย่างไรก็ตาม เจื่อนใจที่ว่า “เหตุสมควรที่จะสรุปได้ว่า” ในมาตรานี้มีความกดดันและมาตรฐานที่ได้รับอิทธิพลจากความรู้สึกส่วนตัวสำหรับการเลิกสัญญาน้อยกว่ามาตรฐานของความแน่นอนที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงว่าต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ตามมาตรา 72 ซึ่งกำหนดว่ามันต้องเป็นที่ “ชัดเจน” ว่าการผิดสัญญาในสาระสำคัญจะเกิดขึ้น¹⁷⁰

3.4.3.3 การบอกเลิกสัญญาในงวดอนาคตต้องกระทำ “ภายในเวลาสมควรว่าจะไม่มีการชำระหนี้เกิดขึ้น”¹⁷¹

¹⁶⁹ *Ibid.*, at 534.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ คำตัดสินดังต่อไปนี้เป็นตัวอย่างเป็นตัวอย่างของข้อเท็จจริงที่เป็นไปตามเจื่อนใจที่ตามมาตรา 73(2) กำหนดไว้ อันมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดอนาคต เช่น FRANCE CA Grenoble, 93/3275, ผู้ซื้อรับรองต่อผู้ขายว่าผู้ซื้อจะขายสินค้าในอีกครึ่งในแอฟริกาใต้ แต่จะขายงวดแรกในสเปน ซึ่งเป็นการขัดแย้งกับการตลาดของผู้ขายในประเทศสเปน ศาลตัดสินว่าผู้ซื้อเป็นฝ่ายผิดสัญญาในสาระสำคัญ โดยการที่ผู้ขายบอกเลิกสัญญาในการชำระหนี้ในงวดอนาคตเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย; GERMANY LG Ellwangen, 1KfH O 32/95, ผู้ซื้อผิดอันสมควรเชื่อว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบพริกไทยที่มีคุณภาพปลอดภัยตามระเบียบความปลอดภัยของอาหาร; SWITZERLAND Hg. K. Zurich, HG 95 0347, *supra* note 122, ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าทั้งหมดที่ได้รับคำสั่งแล้ว; SWITZERLAND ZHK Arbitral award No. 273/95, 31 May 1996, available online at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html> ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าในงวดแรก; GERMANY Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, ผู้ขายแจ้งว่าผู้ขายจะไม่ส่งมอบสินค้าอีกต่อไป; HUNGARY Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, Arbitral award in case No. VB/97142, 25

เงื่อนไขประการที่สามที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาต้องบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดอนาคต “ภายในเวลาที่สมควร” เห็นได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่ขาดความชัดเจน เพราะไม่มีการระบุว่า “เวลาที่สมควร” ในที่นี้เริ่มต้นขึ้นเมื่อไร และจะสามารถใช้สิทธิบอกเลิกได้ถึงเมื่อไรที่จะถือว่าเป็น “เวลาที่สมควร”

ประเด็นของ “เวลาที่สมควร” เริ่มต้นเมื่อไร นักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า “เวลาที่สมควร” เริ่มขึ้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้¹⁷² หรือเริ่มขึ้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายพบว่า (หรือสามารถพบได้ว่า) มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามก็มีบางกรณีซึ่งยากที่จะทราบได้ว่า เวลาใดเป็น “เวลาที่สมควร” เช่น กรณีที่ไม่มีเหตุการณ์ที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าไม่มีการปฏิบัติตามชำระหนี้เกิดขึ้น แต่เป็นกรณีการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามสัญญาต่อเนื่องกันก่อให้เกิด “เหตุอันสมควร” ที่สรุปได้ว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น และรวมถึงกรณีที่ไม่มีชำระหนี้ที่ผ่านมาเกี่ยวกับการไม่ส่งมอบ ผลที่ตามมา คือ วิธีการแก้ปัญหาที่เหมาะสมที่ถือเป็น “เวลาที่สมควร” คือ ให้พิจารณาตั้งแต่เวลาที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาามีเหตุอันสมควรที่แสดงให้ เห็นว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น¹⁷³ โดยมาตรฐานดังกล่าวแม้จะมีความไม่แน่นอน แต่ก็ เป็นวิธีแก้ปัญหาทางหนึ่งเมื่อพิจารณาถึงความหลากหลายของเหตุการณ์ต่างๆ ที่จะเกิดขึ้น¹⁷⁴

เกี่ยวกับปัจจัยที่ควรรับไว้พิจารณาเพื่อตัดสินว่าช่วงเวลาใดเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมนั้น ช่วงเวลาของระยะห่างระหว่างการชำระหนี้งวดสุดท้ายกับงวดถัดไป และ/หรือการรับสินค้างวด

May 1999 (CLOUT case No. 265), available online at <http://www.uncitral.org/english/clout/MAL-thesaurus/MAL-abstract266-e.htm> ผู้ขายปฏิเสธที่จะส่งมอบเชอร์รี่อีกต่อไปเนื่องจากราคาตลาดสำหรับสินค้าดังกล่าวเพิ่มขึ้นอย่างรุนแรง; SPAIN Audiencia Provincial de Barcelona, 729/96-B, การส่งมอบสินค้าล่าช้าไป 3 งวดก่อให้เกิดความเสียหายในการผลิตสินค้าของผู้ซื้อ; ICC award No. 9887, ผู้ขายส่งมอบสินค้าที่มีคุณภาพต่ำ

¹⁷² *Ibid.*, at 534.

¹⁷³ Harry M. Flechtner, Remedies under the New International Sales Convention: the Perspective from Article 2 of the U.C.C., Reproduced with permission from 8 *Journal of Law and Commerce* (1988) 53-108

¹⁷⁴ *Ibid.*, § 10.2.

สุดท้ายกับงวดถัดไป และการชำระค่าสินค้างวดสุดท้ายกับงวดถัดไปควรนำมาพิจารณาประกอบด้วย¹⁷⁵

สำหรับการบอกเลิกสัญญาที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 27 ของอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ดังที่กล่าวแล้ว

3.4.4 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักทั่วไปเกี่ยวกับการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ (มาตรา 72) กับการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ในสัญญาแบ่งชำระเป็นงวด (มาตรา 73)

มาตรา 72 และมาตรา 73 (2) ต่างเป็นเรื่องการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ อย่างไรก็ตาม ขณะที่มาตรา 72 ให้อำนาจในการบอกเลิกสัญญาทั้งฉบับ แต่มาตรา 73(2) ใช้สำหรับการเลิกสัญญาในสัญญาผ่อนชำระเป็นงวดสำหรับงวดในอนาคตเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นเงื่อนไขของการเลิกสัญญาที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 ก็แตกต่างจากเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 73(2) ด้วย กล่าวโดยเฉพาะคือ (ก) มาตรา 72 ใช้บังคับกรณีเป็นที่เห็นได้ชัดเจน (Clear) ว่า จะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น ส่วนมาตรา 73(2) ต้องการเพียง เหตุอันสมควรที่จะสรุปได้ว่า (Good grounds to conclude that) จะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น และมาตรา 72 ไม่ได้กำหนดถึงเหตุการณ์ที่อาจนำไปสู่บทสรุปว่า เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นที่ชัดเจน (clear) ว่า จะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น แต่มาตรา 73(2) กำหนดว่า ต้องมีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้งวดใดงวดหนึ่งเกิดขึ้น ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เพียงแต่การไม่ชำระหนี้ดังกล่าวจะแสดงให้เห็น หรือเป็นเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งพอที่จะสรุปได้ว่า จะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้นในอนาคต โดยไม่ต้องถึงขนาดเป็นที่ชัดเจนว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้นดังที่มาตรา 72 กำหนด

ความแตกต่างของมาตรฐานอย่างสำคัญในเงื่อนไขของการบอกเลิกสัญญาดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 และมาตรา 73(2) คือ มาตรา 73(2) จะใช้บังคับเมื่อได้มีการผิดสัญญาเกิดขึ้นแล้ว โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้งวดหนึ่ง ซึ่งถือเป็นเหตุแห่งข้อสันนิษฐานว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มาตรา 73(2) ใช้บังคับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริต

¹⁷⁵ In SPAIN Audiencia Provincial de Barcelona, 729/96-B, ผู้ซื้อผู้ซึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาเกี่ยวกับการชำระหนี้ในงวดอนาคตมีผลเป็นการเลิกสัญญาเมื่อผู้ซื้อได้บอกกล่าวไปยังผู้ขายภายในเวลา 48 ชั่วโมงของการส่งมอบสินค้าที่ล่าช้าเป็นครั้งที่สาม

ไม่อาจไว้วางใจคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ อันเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นเคยผิดสัญญามาแล้วงวดหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ตามนัยของมาตราดังกล่าวแม้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะจัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตก็ตาม คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตก็ยังคงมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดอนาคตได้ถ้ามีการผิดสัญญาเกิดขึ้นงวดหนึ่งแล้ว ในทางตรงข้าม แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะไม่จัดหาหลักประกันที่เพียงพอสำหรับการชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตตามที่คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตนั้นเรียกร้องอันเนื่องมาจากเหตุของความบกพร่องในความน่าเชื่อถือ หรือการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอ้างว่าไม่ประสงค์ที่จะชำระหนี้ต่อไป ก็ไม่อาจเป็นเหตุที่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ เพราะการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้นที่จะเป็นเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาในงวดอนาคต

ข้อแตกต่างประการสุดท้ายระหว่างมาตรา 72 และมาตรา 73(2) คือ มาตรา 73(2) ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการบอกเลิกสัญญาโดยการทำหนังสือแจ้งการบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก่อน แต่มาตรา 73(2) กำหนดเพียงว่า การบอกเลิกสัญญานั้นต้องทำ “ภายในเวลาอันสมควร” เท่านั้น¹⁷⁶

แต่อย่างไรก็ดี มาตรา 72 และมาตรา 73(2) ก็มีข้อเหมือนกันประการหนึ่งคือ ในบทบัญญัติทั้งสองมาตราไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับระดับของความชัดเจนหรือความสำคัญของเหตุการณ์ที่อาจทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าจะมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเกิดขึ้น และไม่ได้อธิบายถึงการกระทำหรือเหตุการณ์ที่อาจก่อให้เกิดหรือส่งผลให้เกิดการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป

¹⁷⁶Ibid., at 537.