

บทที่ 3

การฟ้องคดีละเมิดในสัญญารับขนของทางทะเลตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ

ก่อนที่จะมีการพิจารณาถึงบทบัญญัติของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสัญญารับขนของทางทะเล จะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับการฟ้องคดีในมูลละเมิดตามสัญญารับขนของทางทะเลเสียก่อน

ที่มาในการฟ้องละเมิดในการรับขนของทางทะเล

เมื่อพิจารณาตามสัญญารับขนของทางทะเลแล้วจะเห็นได้ว่า นอกจากผู้ส่งของและผู้รับขนของทางทะเลแล้ว ยังมีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการรับขนของทางทะเลด้วยอีกส่วนหนึ่งไม่ว่าจะเป็นผู้ขนส่งอื่นซึ่งเป็นบุคคลที่มีได้เป็นคู่สัญญากับผู้ส่งของในสัญญารับขนของทางทะเล แต่ได้รับมอบหมายจากผู้ขนส่งให้ทำการขนส่งตามสัญญานั้นแม้เพียงระยะทางช่วงใดช่วงหนึ่ง และให้หมายรวมถึงบุคคลอื่นใดซึ่งผู้ขนส่งอื่นได้มอบหมายช่วงต่อไปให้ทำการขนส่งของนั้นด้วย และยังมีบุคคลอีกจำพวกหนึ่งซึ่งไม่ได้เป็นทั้งผู้ขนส่งและผู้ขนส่งอื่น แต่เป็นตัวแทนเรือที่ได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามประเพณีในธุรกิจการรับขนของทางทะเลให้เป็นตัวแทนผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นในการดำเนินงานอันเกี่ยวเนื่องกับการรับขนของทางทะเล เช่น พิธีการเข้าเมือง พิธีการศุลกากร การนำร่อง การเข้าท่า การออกจากท่า การบรรทุกของลงเรือ การขนถ่ายของขึ้นลงจากเรือ หรือการส่งมอบของแก่ผู้รับตราส่ง เป็นต้น และนอกจากนี้ในการรับขนของทางทะเลยังต้องประกอบไปด้วยลูกจ้างของผู้ขนส่งและรวมถึงลูกจ้างของผู้ขนส่งอื่นด้วย ซึ่งทั้งตัวแทนเรือ ลูกจ้างของผู้ขนส่งและลูกจ้างของผู้ขนส่งอื่นนั้นต่างก็ไม่มีนิติสัมพันธ์ใดในสัญญารับขนของทางทะเลต่อผู้ส่งของหรือผู้รับตราส่งเช่นกัน¹

บางครั้งในการฟ้องคดีละเมิดในสัญญารับขนของทางทะเล ผู้ฟ้องคดีอาจทำเพื่อหลีกเลี่ยงข้อจำกัดในเรื่องอายุความ หรือในกรณีที่ผู้ขนส่งอื่นได้ทำการละเมิดทำให้เกิดความสูญหายหรือเสียหายแก่ของที่ขนส่ง ผู้ฟ้องคดีอาจเลือกที่จะฟ้องผู้ขนส่งอื่นในมูลละเมิด โดยอาจเป็นเพราะผู้ฟ้องคดีอาจเห็นว่า การฟ้องผู้ขนส่งอื่นอาจจะดีกว่า เพราะผู้ขนส่งอื่นอาจมีสถานะ

¹ สุภัทญา วีระเชี่ยวชาญชัย. “ร่างพระราชบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 : ผลกระทบและความสอดคล้องกับผลประโยชน์ของประเทศไทย” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.39-42.

ทางการเงินดีกว่าผู้ขนส่ง แต่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าของสินค้านั้นไม่มีนิติสัมพันธ์โดยตรงกับผู้ขนส่งอื่น จึงนำคดีมาฟ้องในมูลละเมิดเพื่อให้ผู้ขนส่งอื่นรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้กับตน

นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีอาจจะได้ประโยชน์จากการฟ้องผู้ขนส่งในมูลละเมิดเนื่องจากข้อจำกัดในเรื่องอายุความ เหตุจำกัดความรับผิด เหตุยกเว้นความรับผิด ซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาารับขนของทางทะเล ซึ่งตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ได้มีการกำหนดให้ผู้ขนส่งสามารถจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดได้ซึ่งผู้ขนส่งอื่น ตัวแทนหรือลูกจ้างควรจะได้รับควบคุมครองตามกฎหมายดังกล่าวด้วยเช่นกัน โดยการฟ้องคดีละเมิดนั้น หากนำมาใช้กับสัญญาารับขนของทางทะเลแล้ว จะพบความไม่เหมาะสมและความไม่เป็นธรรม อยู่มากตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และเรื่องทำนองเดียวกันนี้เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศมาก่อนแล้ว ดังนั้น จึงมีการกำหนดให้มีการนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายรับขนของทางทะเลมาใช้ แม้จะมีการฟ้องผู้ขนส่งเป็นคดีละเมิด โดยพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศดังต่อไปนี้

3.1 อนุสัญญากรุงบรัสเซลว่าด้วยการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับใบตราส่ง (Hague Rules ค.ศ.1924, Hague-Visby Rules ค.ศ. 1968 และ ค.ศ.1979)

อนุสัญญากรุงบรัสเซล ว่าด้วยการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับใบตราส่ง ลงวันที่ 25 สิงหาคม ค.ศ. 1924 (International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25th August 1924) หรือที่เรียกกันว่า Hague Rules ค.ศ.1924² อนุสัญญาฉบับนี้นับได้ว่าเป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการรับขนของทางทะเลฉบับแรก เกิดขึ้นจากความพยายามของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ(The International Law Association) ที่จะทำให้กฎหมายและประเพณีปฏิบัติที่เกี่ยวกับสัญญาารับขนของทางทะเลของประเทศต่างๆมีความเป็นเอกภาพ จึงได้มีการจัดประชุมที่เมือง Hague ในปีค.ศ. 1921 เพื่อทำร่างกฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับแก่การขนส่งสินค้าทางทะเลตามใบตราส่ง แต่ก็ยังไม่เป็นผลสำเร็จออกมาเป็นอนุสัญญา ต่อมาในปี ค.ศ. 1922 จึงได้มีการจัดประชุมอีก ซึ่งในการประชุมครั้งนี้ได้ใช้กฎเกณฑ์ที่ร่างไว้ที่เมือง Hague มาเป็นพื้นฐานในการพิจารณา ต่อมาร่างอนุสัญญาฉบับนี้ได้ถูกจัดทำขึ้น และพอถึงวันที่ 25 สิงหาคม ค.ศ. 1924

² ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า Hague Rules ค.ศ. 1924

จึงได้เปิดให้มีการลงนามรับรองอนุสัญญา³ โดยวัตถุประสงค์หลักของ Hague Rules ค.ศ.1924 นั้น ได้จัดทำขึ้นเพื่อที่จะกำหนดจำนวนเงินความรับผิดขั้นต่ำของผู้ขนส่งซึ่งไม่อาจกำหนดลดลงไปได้ต่ำกว่าที่กำหนดเอาไว้และเพื่อไม่ให้ผู้ขนส่งต้องรับผิดสูงเกินกว่าที่ตนจะต้องรับผิด⁴

ในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ขนส่งในการยกข้อต่อสู้ขึ้นอ้างต่อผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่ว่าจะเป็นข้อต่อสู้ที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดหรือเหตุจำกัดความรับผิด หรือข้อต่อสู้อื่นใดก็ตาม มีเพียงบทบัญญัติตามมาตรา 2 ของ Hague Rules ค.ศ. 1924 เท่านั้นที่กำหนดไว้เกี่ยวกับเรื่องนี้นี้ โดยมาตรา 2 ของ Hague Rules ค.ศ. 1924 บัญญัติว่า

“ Subject to the provisions of Article 6, under every contract of carriage of goods by sea the carrier, in relation to the loading, handling, stowage, carriage, custody, care and discharge of such goods, shall be subject to the responsibilities and liabilities, and entitled to the rights and immunities hereinafter set forth.”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า Hague Rules ค.ศ. 1924 นั้น ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ขนส่งหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาฉบับรับขนของทางทะเลสามารถยกข้อต่อสู้หรืออ้างเหตุจำกัดความรับผิดขึ้นต่อสู้ในกรณีที่มีการฟ้องร้องบุคคลดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องในมูลสัญญาหรือมูลละเมิดเอาไว้อย่างชัดเจนแน่นอน โดยมาตรา 2 ของ Hague Rules ค.ศ. 1924 กำหนดไว้แต่เพียงว่าให้ผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นสามารถอ้างข้อต่อสู้ตามที่อนุสัญญากำหนดไว้ โดยมีได้กำหนดว่าหากมีการฟ้องผู้ขนส่งในมูลละเมิดแล้วผู้ขนส่งจะสามารถอ้างข้อต่อสู้ดังกล่าวได้หรือไม่ ดังนั้นจึงยังมีความไม่ชัดเจนอยู่ว่า Hague Rules ค.ศ. 1924 นั้นครอบคลุมถึงการฟ้องผู้ขนส่งหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาฉบับรับขนของทางทะเลในมูลละเมิดหรือไม่ อีกทั้งอนุสัญญาฉบับดังกล่าวกำหนดให้ผู้ขนส่งเพียงผู้เดียวเท่านั้นที่จะสามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดและเหตุจำกัดความรับผิดได้⁵

³ ไผทชิต เอกจริยกร, รับขนของทางทะเล, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2541), น.31-33.

⁴ William Tetley, Marine cargo claims, Second edition, (Canada :Blais International Shipping Publications,1988) , pp.79.

⁵ มาตรา 4(1) และ (2) ของ Hague Rules ค.ศ. 1924 ได้บัญญัติถึงเหตุต่างๆที่ผู้ขนส่งสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้หลุดพ้นความรับผิดได้ถึง 18 ประการ และตามมาตรา 4(5) ของอนุสัญญาเดียวกันได้บัญญัติถึงเหตุจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่ง

ผลจากบทบัญญัติของ Hague Rules ค.ศ. 1924 ที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอนทำให้มีการพยายามหลบเลี่ยงข้อต่อผู้ในการยกเว้นและจำกัดความรับผิดที่ผู้ขนส่งมีสิทธิอยู่ตาม Hague Rules ค.ศ. 1924 ด้วยการฟ้องคดีในมูลละเมิด โดยมีตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ คือ

คดี Alder v. Dickson (The HIMALAYA)⁶ โดยเป็นคดีระหว่าง นาง Alder ซึ่งเป็นผู้โดยสารบนเรือ S.S.Himalaya และนาย Dickson ซึ่งเป็นกัปตันเรือ โดยมีข้อเท็จจริงว่านาง Alder ได้รับความเจ็บสาหัสจากการพลัดตกจากเส้นทางเดินสำหรับขึ้นลงเรือ (Gangway) อันเป็นความประมาทเลินเล่อของกัปตันเรือ เนื่องจากในตัวโดยสารได้มีการระบุข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งเอาไว้ นาง Alder จึงเลือกที่จะฟ้องกัปตันเรือและสร้างเรือ (Boatswain) ในมูลละเมิดแทนเพื่อให้ได้รับชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวน ศาลตัดสินว่า ในการขนส่งผู้โดยสารตลอดจนขนส่งสินค้า กฎหมายยินยอมให้ผู้ขนส่งสามารถระบุข้อกำหนดที่เป็นประโยชน์ต่อตนเองรวมถึงบุคคลภายนอกที่ผู้ขนส่งใช้ในการขนส่งตามสัญญาได้ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนั้น อาจเกิดจากการระบุโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่เนื่องจากศาลเห็นว่าข้อกำหนดในตัวโดยสารดังกล่าวไม่ได้มีการระบุให้รวมถึงตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่ง ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดในข้อสัญญาโดยปริยายหรือโดยชัดแจ้ง ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่ากัปตันเรือต้องรับผิดในมูลละเมิดที่เกิดขึ้น⁷

คดี Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.⁸ ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่าผู้ขนส่งได้รับดำเนินการขนส่งสินค้าประเภทถังบรรจุสารเคมีจากประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ โดยในใบตราส่งกำหนดให้สัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายการขนส่งสินค้าทางทะเล (COGSA 1936)⁹ ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีการจำกัดความรับผิดในของที่เสียหายไว้ที่ 500 เหรียญสหรัฐหรือ 179 ปอนด์ต่อหนึ่งหน่วยการขนส่ง ผู้ขนส่งได้ว่าจ้างให้ผู้รับจ้างขนสินค้าขึ้นลงจากเรือทำการยกขนของ ในระหว่างการยกขนของผู้รับจ้างขนสินค้า

⁶ [1954] 2 Lloyd's Rep.267.

⁷ William Tetley, Marine cargo claims, Third Edition, (Montreal : International Shipping Publication, 1988), pp.758.

⁸ [1962] A.C.446.

⁹ The Carriage of Goods by Sea หรือ COGSA 1936 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้สัตยาบันอนุสัญญากรุงบรัสเซล ว่าด้วยการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับใบตราส่ง หรือ Hague Rules ค.ศ.1924

ได้ประมาณเงินเล็กน้อยทำให้สินค้าที่เป็นถังบรรจุสารเคมีหล่นลงบนพื้น เป็นเหตุให้ของเกิดความเสียหายและสูญหายบางส่วน คิดเป็นค่าเสียหายประมาณ 593 ปอนด์ ผู้รับตราส่งได้ฟ้องผู้รับจ้างยกขนสินค้าในมุลละเมิดให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด แต่ผู้รับจ้างยกขนสินค้าได้ยกข้ออ้างในใบตราส่งขึ้นต่อผู้ว่า ตนมีสิทธิจำกัดความรับผิดในความเสียหายของสินค้าเพียงจำนวน 500 เหรียญสหรัฐหรือ 179 ปอนด์ต่อหนึ่งหน่วยการขนส่งสินค้าเท่านั้น ศาลได้ตัดสินว่า ผู้รับจ้างยกขนสินค้าขึ้นลงจากเรือไม่อาจใช้สิทธิในการจำกัดความรับผิดตามที่ระบุไว้ในใบตราส่งได้ตามที่กล่าวอ้าง เนื่องจากผู้รับจ้างยกขนสินค้าขึ้นลงจากเรือไม่ใช่ “ผู้ขนส่ง” ตาม The Carriage of Goods by Sea 1936 และผู้ขนส่งไม่ได้ทำสัญญารับขนของทางทะเล ในฐานะตัวแทนของผู้รับจ้างยกขนสินค้าขึ้นลงจากเรือ ผู้รับจ้างยกขนสินค้าขึ้นลงจากเรือจึงต้องรับผิดชอบในมุลละเมิด

เมื่อ Hague Rules ค.ศ.1924 ใช้บังคับมานานพอสมควร ในช่วงระยะเวลา 45 ปี นับตั้งแต่มีการลงนามอนุสัญญา ได้พบว่าอนุสัญญาฉบับดังกล่าวมีข้อบกพร่องหลายประการ รวมถึงกรณีการฟ้องร้องผู้ขนส่งในมุลละเมิดที่ไม่ใช่การฟ้องร้องตามสัญญาจึงได้มีการประชุมเพื่อแก้ไข Hague Rules ค.ศ.1924 ขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1963 แต่ต้องยืดเยื้อมาเป็นเวลาหลายปีเพราะเกิดความขัดแย้งระหว่างฝ่ายเจ้าของสินค้ากับฝ่ายเจ้าของเรือ จนกระทั่งในการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายพาณิชย์นาวี (The Diplomatic Conference on Maritime Law) สมัยปี ค.ศ. 1967-1968 จนในที่สุดได้มีการลงนามในพิธีสารกรุงบรัสเซล ค.ศ.1968(Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, February, 23, 1968) หรือที่เรียกว่า Hague-Visby Rules ค.ศ.1968¹⁰ ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ต่างๆของ Hague Rules ค.ศ.1924 เช่น ขอบเขตการบังคับใช้ จำนวนเงินสูงสุดที่ผู้ขนส่งจะต้องรับผิด การนับหน่วยการขนส่ง การสิ้นสุดสิทธิในการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่ง การยกเว้นและการจำกัดความรับผิดของลูกเรือ และอายุความฟ้องร้องคดี เป็นต้น

ต่อมาได้เกิดปัญหาในเรื่องของการคำนวณค่าของฟรังค์ (Francs or Poincaré) ซึ่งเป็นหน่วยของจำนวนเงินในการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่ง จึงมีการเรียกประชุมที่กรุงบรัสเซลอีกครั้ง และในที่สุดทำให้เกิดพิธีสารแก้ไข ฉบับลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ.1979 (Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating

¹⁰ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า Hague-Visby Rules ค.ศ. 1968

to Bills of Lading, 25 August 1924 as amended by the Protocol of 23 February 1968, Brussels, December, 21, 1979) หรือที่เรียกว่า Hague-Visby Rules ค.ศ.1979¹¹ โดยพิธีสารฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลงจำนวนเงินที่ผู้ขนส่งจะต้องรับผิดชอบสูงสุดจากระบบฝรั่งเศสมาเป็นระบบ SDR. (Special Drawing Right) ซึ่งเป็นระบบเงินตราที่ตั้งขึ้นโดยกองทุนระหว่างประเทศ ในปัจจุบันประกอบด้วยเงิน 4 สกุลด้วยกัน คือ เงินดอลลาร์ 45% เงินยูโร 29% เงินเยน 15% และเงินปอนด์สเตอร์ลิง 11% พิธีสารฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1984

ผลจากการฟ้องคดีในคดี Adler v Dickson และคดี Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd. จึงทำให้ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม Hague Rules ค.ศ.1924 ในส่วนที่เกี่ยวกับการอ้างข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดและการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งและผู้ขนส่งอื่น ให้สามารถอ้างต่อผู้ฟ้องคดีแก่การฟ้องร้องผู้ขนส่งเพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความสูญหายหรือเสียหายแห่งของไม่ว่าการฟ้องคดีนั้นจะเป็นการฟ้องร้องให้รับผิดในมูลสัญญาหรือในมูลละเมิด¹² และได้กำหนดให้บรรดาลูกจ้างและตัวแทนของผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่น มีสิทธิที่จะอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดและการจำกัดความรับผิดของตนเองได้เช่นกัน

ตาม มาตรา 4 ทวิ (1) ของ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 บัญญัติว่า “ The defences and limits of liability provided for in this Convention shall apply in any action against the carrier in respect of loss or damages to goods covered by a contract of carriage whether the action be founded *in contract* or *in tort*”

จากบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ ผู้ขนส่งนั้นสามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดและเหตุจำกัดความรับผิด หรือข้อต่อสู้อื่นใดตามอนุสัญญาดังกล่าวขึ้นต่อผู้ฟ้องคดีได้ แม้ผู้ฟ้องคดีจะฟ้องคดีในมูลที่ไม่ใช่มูลผิดสัญญา

¹¹ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า Hague-Visby Rules ค.ศ.1979

¹² Francis Reynolds, The Hague Rules, the Hague-Visby Rules, and the Hamburg Rules, (the MLAANZ New Zealand Branch Conference held at Tokaanu in April 1990), pp.20-21.

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 4 ทวิ (2) ของ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 ที่บัญญัติว่า
 “ If such an action is brought against a servant or agent of the carrier (such servant or agent not being an independent contractor), such servant or agent shall be entitled to avail himself of the defences and limits of liability which the carrier is entitled to invoke under this Convention.”

จะเห็นได้ว่านอกจาก มาตรา 4 ทวิ (1) ของ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 จะได้กำหนดให้ผู้ขนส่งและผู้ขนส่งอื่นสามารถอ้างข้อต่อสู้อันเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดและเหตุจำกัดความรับผิดได้ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ตามมาตรา 4 ทวิ (2) ของอนุสัญญาดังกล่าวยังได้มีการกำหนดให้ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งมีสิทธิจำกัดความรับผิดได้เช่นเดียวกับผู้ขนส่ง โดยหลักการดังกล่าวมีที่มาจากข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่ผู้ขนส่งระบุไว้ในสัญญารับขนของทางทะเลหรือในใบตราส่งที่เรียกว่า “Himalaya Clause” ซึ่งเงื่อนไขหรือข้อตกลงนี้ผู้ขนส่งระบุไว้เพื่อช่วยให้ลูกจ้างหรือตัวแทนเรือ หรือในบางกรณีจะมีการระบุเพิ่มผู้รับจ้างอิสระ (Independent Contractor) ที่เป็นคู่สัญญาจ้างทำของกับผู้ขนส่งเข้าไปด้วย เช่น ผู้รับจ้างยกขนสินค้าขึ้นลงจากเรือ (Stevedores) ที่ทำหน้าที่ขนถ่ายสินค้าขึ้นลงเรือ เป็นต้น สามารถจำกัดความรับผิดได้เช่นเดียวกับสิทธิของผู้ขนส่งที่มีอยู่ แต่การที่บุคคลต่าง ๆ ดังกล่าวนอกจากผู้ขนส่งจะสามารถยกข้อต่อสู้ของผู้ขนส่งขึ้นอ้างเป็นประโยชน์แก่ตนได้โดยอาศัยข้อสัญญา Himalaya Clause นั้นบุคคลดังกล่าวจะต้องมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากับผู้ขนส่งหรือได้รับการว่าจ้างจากผู้ขนส่งในการปฏิบัติงานในหน้าที่ของผู้ขนส่งตามสัญญารับขนของ¹³ ดังนั้น หากบุคคลดังกล่าวได้รับการว่าจ้างจากบุคคลอื่น เช่น ผู้ส่งของหรือผู้รับตราส่งจึงไม่อาจยกข้อต่อสู้ของผู้ขนส่งขึ้นอ้างได้ ดังนั้นหากมีการฟ้องบุคคลดังกล่าวในมูลละเมิด บุคคลดังกล่าวย่อมไม่สามารถอ้างข้อต่อสู้ของผู้ขนส่งขึ้นอ้างผู้ฟ้องคดีได้ จึงส่งผลให้มีการยกวางพิธีสารแก้ไข ค.ศ.1968 โดยคณะอนุกรรมการของ C.M.I. พยายามกำหนดขอบเขตให้มีการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่เข้าร่วมในกระบวนการขนส่งกับผู้ขนส่ง คือ ตัวแทนและ/หรือลูกจ้างของผู้ขนส่ง รวมทั้งผู้รับจ้างทำของ แต่เสียงส่วนใหญ่ในคณะอนุกรรมการได้คัดค้านไม่ต้องการให้รวมผู้รับจ้างทำของไว้ในร่างพิธีสารด้วย¹⁴ และในที่สุด

¹³ Ralph De Wit, Multimodal Transport , (London: Lloyd's of London Press Ltd.), 1995, pp.491.

¹⁴ John F. Wilson, Carriage of Goods by Sea , Fourth Edition, (Great Britain: Pitman Publishing imprint , 1998), pp.205.

Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 ตามมาตรา 4 ทวิ (2) ก็บัญญัติระบุให้แต่เฉพาะลูกจ้างและตัวแทนของผู้ขนส่งที่มีสิทธิอ้างข้อยกเว้นความรับผิดและข้อจำกัดความรับผิดขึ้นต่อผู้ได้เช่นเดียวกับผู้ขนส่ง โดยลูกจ้างและตัวแทนดังกล่าวต้องไม่ใช่ผู้รับจ้างอิสระ (Independent Contractor)

นอกจากนี้ ตามมาตรา 4 ทวิ (3) ของ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 บัญญัติว่า “The aggregate of the amounts recoverable from the carrier, and such servants and agents, shall in no case exceed the limit provided for in these Rules.”

ตามมาตราดังกล่าวได้กำหนดจำนวนเงินจำกัดความรับผิดรวมเพื่อความรับผิดของผู้ขนส่ง ลูกจ้าง และตัวแทนผู้ขนส่ง เมื่อรวมกันแล้วจะไม่เกินจำนวนเงินจำกัดความรับผิดตามที่อนุสัญญากำหนดไว้ คือ กำหนดจำนวนเงินจำกัดความรับผิดไว้ที่ 666.67 SDR. ต่อหีบห่อ หรือหน่วยการขนส่ง หรือกิโลกรัมละ 2 SDR. (ตาม Hague-Visby Rules ค.ศ.1979) เมื่อมีการฟ้องคดีละเมิดต่อผู้ขนส่งและตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งให้ร่วมกันรับผิด ทั้งผู้ขนส่งและตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งก็รับผิดชดใช้ค่าเสียหายเท่าที่กฎหมายกำหนดให้สามารถจำกัดความรับผิดได้ เพื่อมิให้ผู้ขนส่งและตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งต้องรับผิดเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 ที่กำหนดให้ผู้ขนส่งสามารถจำกัดความรับผิดได้

แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งผู้ขนส่ง ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งจะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดหรือข้อต่อผู้ดังกล่าวไม่ได้ หากผู้ขนส่ง ตัวแทน หรือลูกจ้างของผู้ขนส่งนั้นกระทำไปโดยเจตนาหรือละเลยไม่เอาใจใส่ ทั้งที่รู้ว่าจะเกิดความสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกเข้าจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำนั้นๆ¹⁵

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติใน Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 นั้นต่างจาก Hague Rules ค.ศ.1924 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ทำให้ตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งสามารถอ้างเหตุต่างๆขึ้นต่อผู้ฟ้องคดีได้ ซึ่งทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถหาช่องว่างของกฎหมายมาทำให้

¹⁵ มาตรา 4 ทวิ (4) ของ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968

“Nevertheless, a servant or agent of the carrier shall not be entitled to avail himself of the provision of this Article, if it is proved the damage resulted from an act or omission of the servant or agent done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result.”

ผู้ขนส่ง ตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบเกินกว่าที่ตนมีสิทธิจำกัดความรับผิด ตามกฎหมายรวมถึงข้อต่อผู้ส่งอื่นด้วย เช่น เรื่องอายุความ เป็นต้น

ดังนั้น ภายใต้ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 นั้นอนุญาตให้ฟ้องคดีได้ทั้งใน มูลผิดสัญญาและมูลละเมิด แต่ไม่ว่าจะฟ้องมาในมูลใดก็ตาม ผู้ขนส่ง ตัวแทนผู้ขนส่งและ ลูกจ้างผู้ขนส่งย่อมสามารถยกข้อต่อผู้ที่เป็นประโยชน์จากบทบัญญัติใน Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 ขึ้นอ้างต่อผู้ฟ้องคดีได้

เมื่อพิจารณาตาม Hague Rules ค.ศ.1924 ที่ถูกแก้ไขโดย Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 และ ค.ศ.1979 แล้ว จะพบว่าอนุสัญญาและพิธีสารทั้งสองฉบับดังกล่าว ได้มีการกำหนดเอาไว้ว่าหากมีการฟ้องร้องผู้ขนส่ง ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่ง ในเรื่องที่เกี่ยวข้อง กับสัญญารับขนของทางทะเลแล้ว บุคคลต่างๆตามที่กฎหมายกำหนดย่อมสามารถอ้างข้อยกเว้น ความรับผิด ข้อจำกัดความรับผิด หรือข้อต่อผู้ใดๆขึ้นกล่าวอ้างเพื่อประโยชน์ในการสู้คดีได้ โดยบุคคลต่างๆที่ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 กำหนดให้สามารถยกข้อต่อผู้ตามที อนุสัญญากำหนดเอาไว้มีดังนี้ คือ

- 1) ผู้ขนส่ง
- 2) ลูกจ้างของผู้ขนส่ง
- 3) ตัวแทนของผู้ขนส่ง

หมายเหตุ ลูกจ้างและตัวแทนของผู้ขนส่งต้องไม่ใช่ผู้รับจ้างอิสระ (Independent Contractor)

มีข้อสังเกตว่า ตาม Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 นั้นกำหนดแต่เฉพาะผู้ขนส่ง ตัวแทนและลูกจ้างของผู้ขนส่งเท่านั้นที่สามารถยกข้อต่อผู้ส่งของผู้ขนส่งได้ แต่ไม่รวมถึงผู้ส่งอื่น เนื่องจากในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวระบุความหมายของผู้ขนส่งเพียงแต่ว่า ผู้ขนส่ง รวมถึง เจ้าของ หรือหรือผู้เช่าเหมาเรือ ซึ่งทำสัญญารับขนของกับผู้ส่งของ¹⁶ ซึ่งทำให้เกิดปัญหา ความยากลำบากในการตัดสินใจเลือกฟ้องผู้ที่ต้องรับผิดโดยตรง และผู้ที่ถูกฟ้องมักปฏิเสธ

¹⁶ มาตรา 1 (a) ของ Hague Rules ค.ศ.1924

“ “Carrier” includes the owner or the charterer who enters into a contract of carriage with the shipper.”

ความรับผิดชอบโดยอ้างว่าตนไม่ใช่ผู้ขนส่ง¹⁷

3.2 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการรับขนของทางทะเล ค.ศ.1978 (Hamburg Rules ค.ศ.1978)

จะเห็นได้ว่า Hague Rules ค.ศ.1924 ได้ถูกปรับปรุงแก้ไขมาแล้วถึง 2 ครั้ง เพื่อให้เข้ากับวิวัฒนาการของการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ แต่ยังคงมีความไม่พึงพอใจต่อกฎเกณฑ์ฉบับนี้อยู่ โดยสืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงหลายๆประการ ในช่วงระยะเวลากว่า 50 ปี ที่ Hague Rules ค.ศ.1924 และ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 และ ค.ศ.1979 ได้มีขึ้น เช่น

1. เรือเดินทะเลได้มีขนาดใหญ่ขึ้นกว่าสมัยก่อนที่มีการลงนาม Hague Rules ค.ศ. 1924 และมีการนำเครื่องยนต์ที่เดินด้วยเครื่องจักรที่ใช้ น้ำมันมาแทนเครื่องจักรไอน้ำทำให้การเดินทางเรือเป็นไปอย่างรวดเร็ว

2. มีการพัฒนาเกี่ยวกับการคมนาคม การพยากรณ์อากาศที่แม่นยำมากขึ้น ทำให้เรือสามารถคาดหมายเหตุการณ์ทางธรรมชาติได้ดียิ่งขึ้น

3. มีการนำตู้คอนเทนเนอร์มาใช้ในการบรรจุสินค้า ทำให้สินค้าได้รับความปลอดภัยมากขึ้น การยกของขึ้นจากเรือทำได้รวดเร็วขึ้นและทำให้เรือเสียเวลาที่ท่าเรือแต่ละแห่งน้อยลง

4. สมัยที่มีการร่าง Hague Rules ค.ศ.1924 นั้น ประเทศอัฟริกันและเอเชียส่วนใหญ่ยังคงตกอยู่ภายใต้อาณานิคม ซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่มีกองเรือพาณิชย์เป็นของตนเองอย่างเพียงพอในการขนส่งของ ต้องพึ่งพากองเรือพาณิชย์ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ไม่ได้มีส่วนร่วมในการร่างอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย เมื่อประเทศเหล่านี้ได้รับเอกราชจึงทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและเศรษฐกิจระหว่างประเทศและมีการเรียกร้องสิทธิในการเข้ามา มีบทบาททั้งในด้านการเมือง เศรษฐกิจและกฎหมายมากขึ้น ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการขนส่งของทางทะเล ประเทศเหล่านี้ส่วนใหญ่เห็นว่าหลักเกณฑ์ของ Hague Rules ค.ศ.1924 นั้น ให้ประโยชน์แก่ผู้ขนส่งมากเกินไป โดยเห็นว่าอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดความรับผิดชอบ

¹⁷ เปมะภัทร์ มาหมั่น, "การยกเว้นและจำกัดความรับผิดชอบของผู้รับจ้างยกสินค้าขึ้นลงจากเรือ" (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.38.

ผู้ขนส่งไว้ในระดับที่ต่ำมาก ทำให้การสูญหาย เสียหายของสินค้าตกเป็นภาระแก่ผู้ส่งสินค้า¹⁸ อันเป็นการทำให้ผู้ส่งของหรือผู้รับตราส่งเสียเปรียบ

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้เกิดการร่างอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการขนส่งทางทะเลขึ้นมาใหม่ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวที่ร่างขึ้นมาใหม่นี้เรียกว่า อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการรับขนของทางทะเล ค.ศ. 1978 หรือที่เรียกว่า Hamburg Rules ค.ศ.1978¹⁹ โดยในที่สุดมีการลงนาม Hamburg Rules ค.ศ.1978 ในวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ.1978 และเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ.1992

ตาม Hamburg Rules ค.ศ.1978 ได้มีการบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับการยกข้อต่อสู้ขึ้นกล่าวอ้างกรณีที่มีการฟ้องผู้ขนส่งในมูลละเมิด ไว้ในมาตรา 7 ว่า

“ (1) The defences and limits of liability provided for in this Convention apply in any action against the carrier in respect of loss of or damage to the goods covered by the contract of carriage of goods by sea, as well as of delay in delivery whether the action is founded in *contract*, in *tort* or *otherwise*.

(2) If such an action is brought against a servant or agent of the carrier, such servant or agent, if he proves that he acted within the scope of his employment, is entitled to avail himself of the defences and limits of liability which the carrier is entitled to invoke under this Convention.

(3) Except as provided in article 8, the aggregate of the amounts recoverable from the carrier and from any persons referred to in paragraph 2 of this article shall not exceed the limits of liability provided for in this Convention.”

และมาตรา 10 (2) บัญญัติว่า

“All the provisions of this Convention governing the responsibility of the carrier also apply to the responsibility of the actual carrier for the carriage performed by him. The provisions of paras.2 and 3 of art. 7 and of para. 2 of art. 8 apply if an action is brought against a servant or agent of the actual carrier.”

¹⁸ อ่างแก้ว, *เชิงอรรถที่ 3*, น.39-40.

¹⁹ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า Hamburg Rules ค.ศ. 1978

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตาม Hamburg Rules ค.ศ.1978 กำหนดให้ผู้ขนส่งสามารถยกข้อต่อสู้ใดๆที่ตนมีตามที่อนุสัญญาบัญญัติเอาไว้ขึ้นกล่าวอ้างได้หากมีการฟ้องคดีต่อผู้ขนส่งไม่ว่าจะเป็นในมุลละเมิดสัญญา มุลละเมิดหรืออื่นๆ ซึ่งหมายความว่า ไม่ว่าผู้ฟ้องคดีจะฟ้องให้ผู้ขนส่งรับผิดตามสัญญารับขนของทางทะเล หรือฟ้องให้ผู้ขนส่งรับผิดในมุลละเมิดหรือมุลอื่นใดก็ตาม ผู้ขนส่งสามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิด เหตุจำกัดความรับผิดหรือข้อต่อสู้ใดๆที่ผู้ขนส่งมีต่อผู้ฟ้องคดีขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ได้

เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 มาตรา 7 (2) ของ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ได้กำหนดให้ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งมีสิทธิจำกัดความรับผิดได้เช่นเดียวกันกับผู้ขนส่ง ดังนั้น แม้ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งหากถูกฟ้องร้องในมุลละเมิดสัญญาหรือมุลละเมิด ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งก็สามารถยกเหตุยกเว้นความรับผิด เหตุจำกัดความรับผิด หรือข้อต่อสู้ใดๆภายใต้อนุสัญญานี้ยกขึ้นต่อสู้ผู้ฟ้องคดีได้ โดยที่ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำไปภายในขอบอำนาจหน้าที่ของตน

นอกจากนี้ตามมาตรา 10 (2) ของ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ได้กำหนดบทบัญญัติรับรองสิทธิเกี่ยวกับการยกข้อต่อสู้ขึ้นเพื่ออ้างเหตุยกเว้นความรับผิดหรือเหตุจำกัดความรับผิดหรือข้อต่อสู้ใดๆของผู้ขนส่งจริง (actual carrier บางครั้งมักจะเรียกว่า performing carrier²⁰)²¹ไว้ด้วย เนื่องจากว่าในการปฏิบัติการขนส่งสินค้านั้น หากว่าในการปฏิบัติการขนส่งทั้งหมดหรือบางช่วงที่ได้มีการมอบหมายให้ผู้ขนส่งอื่นกระทำ ไม่ว่าจะการปฏิบัติการดังกล่าวนี้จะเป็นสิทธิเลือกที่กำหนดไว้ในสัญญารับขนของทางทะเลหรือไม่ก็ตาม ผู้ขนส่งยังต้องรับผิดเพื่อการขนส่งทั้งหมดและในส่วนของขนส่งที่กระทำโดยผู้ขนส่งจริง ผู้ขนส่งก็ยังคงต้องรับผิดในการกระทำและการละเว้นกระทำการของผู้ขนส่งจริง หรือลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งจริง

²⁰ เปมะภัทร์ มาหมั่น,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น.38.

²¹ มาตรา 1 (2) ของ Hamburg Rules ค.ศ. 1978

“ “Actual carrier” means any person to whom the performance of the carriage of goods, or of part of the carriage, has been entrusted by the carrier, and includes any other person to whom such performance has been entrusted.”

ที่กระทำการภายในหน้าที่ของตน²² โดยในอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้นำเอาบทบัญญัติส่วนที่ว่าด้วยความรับผิดของผู้ขนส่ง ให้ใช้บังคับแก่ความรับผิดของผู้ขนส่งจริงสำหรับการขนส่งที่กระทำการโดยผู้ขนส่งจริงด้วย

ดังนั้น หากผู้ขนส่งจริงถูกฟ้องไม่ว่าในมูลผิดสัญญา มูลละเมิด หรือมูลอื่นๆ ก็ตาม ผู้ขนส่งจริงสามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิด เหตุจำกัดความรับผิดหรือข้อต่อสู้อื่นใดภายใต้ อนุสัญญาฉบับนี้ ขึ้นต่อสู้ผู้ฟ้องคดีได้ และในตอนที่ห้าของมาตรา 10 (2) ยังกำหนดให้ใช้กับ ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งจริงด้วย²³ และอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้ผู้ขนส่งและผู้ขนส่งจริง รับผิดร่วมกันและแทนกันด้วย²⁴ ซึ่งอันที่จริงแล้วการที่ Hamburg Rules ค.ศ.1978 บัญญัติให้ ผู้ขนส่งจริง ตัวแทนผู้ขนส่ง ลูกจ้างผู้ขนส่ง ตัวแทนผู้ขนส่งจริงหรือลูกจ้างผู้ขนส่งจริงนั้น ก็เพื่อที่จะ แก้ไขและหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องร้องบุคคลอื่นนอกจากผู้ขนส่งในมูลละเมิดเพื่อไม่ให้ อ้างเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาที่เคยมีอยู่ตาม Hague Rules ค.ศ.1924 เนื่องจากอนุสัญญา Hague Rules 1924 กำหนดในประเด็นดังกล่าวไม่ชัดเจนทำให้

²² มาตรา 10 (1) ของ Hamburg Rules ค.ศ. 1978

“Where the performance of the carriage or part thereof has been entrusted to an actual carrier, whether or not in pursuance of a liberty under the contract of carriage by sea to do so, the carrier nevertheless remains responsible for the entire carriage according to the provisions of this Convention. The carrier is responsible, in relation to the carriage performed by the actual carrier, for the acts and omissions of the actual carrier and of his servants and agent acting within the scope of their employment.”

²³ มาตรา 10 ของ Hamburg Rules ค.ศ.1978

“...(2) All the provisions of this Convention governing the responsibility of the carrier also apply to the responsibility of the actual carrier for the carriage performed by him. The provisions of paras.2 and 3 of art. 7 and of para. 2 of art. 8 apply if an action is brought against a servant or agent of the actual carrier.”

²⁴ มาตรา10 ของ Hamburg Rules ค.ศ.1978

“...(4) Where and to the extent that both the carrier and the actual carrier are liable, their liability is joint and several.”

บุคคลดังกล่าวต้องร่างข้อสัญญาที่เรียกว่า Himalaya Clause เพื่อปกป้องตนเองจากการรับผิดเต็มจำนวนนั่นเอง

ตามมาตรา 7 (3) ของ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ได้กำหนดว่า จำนวนเงินรวมที่ผู้เสียหายหรือผู้รับช่วงสิทธิผู้เสียหายจะได้รับจากการชดใช้ของผู้ขนส่ง ลูกจ้างของผู้ขนส่ง และตัวแทนผู้ขนส่ง ผู้ขนส่งจริง ตัวแทนและลูกจ้างของผู้ขนส่งจริง เมื่อรวมกันแล้วจะต้องไม่เกินจำนวนเงินจำกัดความรับผิดตามที่อนุสัญญากำหนดไว้ ซึ่งก็คือ 835 SDR. ต่อหน่วยการขนส่ง หรือ 2.5 SDR. ต่อกิโลกรัม เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 แต่แตกต่างกันที่จำนวนเงินที่ต้องรับผิดซึ่ง Hamburg Rules ค.ศ.1978 ได้กำหนดไว้ในจำนวนที่สูงกว่า

ตาม Hamburg Rules ค.ศ.1978 ได้ให้ความคุ้มครองผู้ขนส่ง ผู้ขนส่งจริง ลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่ง รวมทั้งลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้ขนส่งจริง ให้สามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิด เหตุจำกัดความรับผิดหรือข้อต่อสู้อื่นใดภายใต้อนุสัญญานี้ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะถูกฟ้องในมูลคดีสัญญา มูลละเมิด หรืออื่นๆด้วย ดังนี้ ย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอาจต้องการหลีกเลี่ยงเหตุยกเว้นความรับผิด เหตุจำกัดความรับผิด หรือข้อต่อสู้อื่นใด โดยยังอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาที่ยังคงให้ผู้ขนส่งรับผิดเท่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาโดยไม่ต้องรับผิดเพิ่มขึ้นหรือเกินไปกว่าที่กำหนดไว้

เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญา Hague-Visby Rules ค.ศ. 1968 และ Hamburg Rules ค.ศ.1978 แล้ว มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า อนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองฉบับดังกล่าวได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) ด้วยหรือไม่

ในส่วนของ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 นั้น ตามมาตรา 4 ทวิ (1) และ (2) กำหนดให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้ขนส่ง ตัวแทนผู้ขนส่งและลูกจ้างผู้ขนส่งเท่านั้น โดยที่มาตรา 4 ทวิ (2) ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าไม่รวมถึงผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) ดังนี้ ตามอนุสัญญานี้ดังกล่าว หากมีการฟ้องผู้รับจ้างอิสระในมูลละเมิดแล้ว บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองที่จะอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดหรือเหตุจำกัดความรับผิดได้ ต้องรับผิดในความสูญหายหรือเสียหายของสินค้าเต็มจำนวน

ในส่วนของ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้โดยชัดเจน เช่นเดียวกับที่ Hague-Visby Rules 1968 ค.ศ.1968 ที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าไม่ต้องการให้รวมถึงผู้รับจ้างอิสระด้วย แต่ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ได้เพิ่มบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ขนส่งจริง (Actual carrier) เข้ามา จึงทำให้เกิดปัญหาที่ต้องมีการตีความว่าผู้รับจ้างอิสระจะสามารถยก

ข้อต่อสู้ของผู้ขนส่ง ในฐานะผู้ขนส่งจริง ขึ้นต่อสู้ได้หรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวยังคงไม่มีความแน่นอน โดยอาจแยกความเห็นของนักกฎหมายในต่างประเทศออกได้เป็น 3 ฝ่าย คือ

1) ฝ่ายที่หนึ่งมีความเห็นว่า Hamburg Rules ค.ศ.1978 ให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะตัวแทนและลูกจ้างของผู้ขนส่งเท่านั้น ไม่รวมถึงผู้รับจ้างอิสระด้วย²⁵

2) ฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า ตามนิยามของผู้ขนส่งจริง ในมาตรา 1 (2) แห่ง Hamburg Rules ค.ศ.1978 หมายถึง ผู้รับจ้างยกขนของขึ้นลงจากเรือและผู้รับจัดการขนส่งด้วยซึ่งบุคคลดังกล่าวมีลักษณะเป็นผู้รับจ้างอิสระ จึงหมายความว่าอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับจ้างอิสระด้วย โดย Professor William Tetley เห็นว่าวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ก็เพื่อแก้ปัญหาทางทฤษฎีเกี่ยวกับข้อสัญญา Himalaya Clause ของ Hague Rules ค.ศ. 1924 และ Hague-Visby Rules 1968 ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น²⁶

3) ฝ่ายที่สามมีความเห็นแยกเป็นสองกลุ่มย่อยว่า โดยกลุ่มแรกเห็นว่า หากผู้รับจ้างอิสระดำเนินการอันมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้ขนส่งจริง ผู้รับจ้างอิสระก็ย่อมได้รับความคุ้มครองโดยอ้างข้อต่อสู้ของผู้ขนส่งจริง²⁷ และกลุ่มที่สองเห็นว่าผู้รับจ้างอิสระอาจได้รับความคุ้มครองในการยกข้อต่อสู้ของผู้ขนส่งขึ้นกล่าวอ้าง หากผู้รับจ้างอิสระพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ปฏิบัติหน้าที่ในการเป็นลูกจ้างหรือเป็นตัวแทนภายในขอบอำนาจหน้าที่ของตน²⁸ตามมาตรา 7 (2) ของ Hamburg Rules ค.ศ.1978 โดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ไม่ได้ระบุห้ามมิให้ผู้รับจ้างอิสระยกข้อต่อสู้ของผู้ขนส่งขึ้นกล่าวอ้างไว้อย่างชัดเจนเหมือนที่ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 บัญญัติไว้

²⁵ Ralph de Wit, *supra note* 13, pp.479-480.

²⁶ William Tetley, *supra note* 7, pp.779.

²⁷ Samir Mankabady, "Comments on The Hamburg Rules." in The Hamburg Rules on the Carriage of Goods by Sea, ed. Samir Mankabady (London: Chameleon Press, 1978), pp.70-71.

²⁸ Robert Force, "A Comparison of the Hague, Hague-visby and Hamburg Rules: Much Ado About?", Tulane Law Review, Vol.70, No.6, (June 1996), pp.2076-2077.

อย่างไรก็ดี เมื่อบทบัญญัติใน Hamburg Rules ค.ศ.1978 มิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งย่อมอาจทำให้ผู้รับจ้างอิสระไม่ได้รับความคุ้มครองในการยกข้อต่อสู้ของผู้ขนส่งขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ เพราะคู่ต่อสู้อาจกล่าวอ้างว่าผู้ขนส่งจริงนั้นไม่ได้หมายความรวมถึงผู้รับจ้างอิสระด้วย อันเป็นปัญหาที่ศาลต้องใช้ดุลพินิจในการตีความ ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละคดี ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนได้

เมื่อ Hague-Visby Rules ค.ศ. 1968 ที่ระบุไม่รวมผู้รับจ้างอิสระ และ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ที่ไม่มีความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม หากบุคคลดังกล่าวถูกฟ้องคดีในมูลละเมิด เนื่องจากการขนส่งสินค้าไม่ใช่แต่เฉพาะการขนส่งโดยทางเรือเท่านั้น แต่น่าจะรวมถึงช่วงที่ของถูกบรรทุกลงเรือและขนถ่ายขึ้นจากเรือด้วย และวัตถุประสงค์หลักประการหนึ่งของอนุสัญญาทั้งสองฉบับก็คือ การพยายามป้องกันการหลบเลี่ยงของผู้มีสิทธิในของที่จะไม่ฟ้องผู้ขนส่งแต่ไปฟ้องบุคคลภายนอกที่ช่วยเหลือผู้ขนส่งในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น ตัวแทน ลูกจ้างและผู้รับจ้างอิสระ เป็นต้น เพื่อหลีกเลี่ยงข้อยกเว้นและข้อจำกัดความรับผิดที่ระบุไว้ในอนุสัญญาและใบตราส่ง ดังนั้นการที่บุคคลดังกล่าวดำเนินการอันเกี่ยวกับสัญญารับขนของทางทะเลย่อมน่าจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้ขนส่งด้วย จึงจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่บุคคลดังกล่าวด้วย มิเช่นนั้นแล้วบุคคลดังกล่าวจะต้องใช้ข้อกำหนด Himalaya Clause ซึ่งจะมีผลทำให้บุคคลเหล่านั้นสามารถอ้างสิทธิประโยชน์ในเหตุยกเว้นและเหตุจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งทางทะเล แต่อย่างไรก็ดี ในแต่ละประเทศอาจตีความว่า ข้อกำหนด Himalaya Clause นั้น ชัดต่อกฎหมายใช้บังคับไม่ได้ หรือหากมีการฟ้องร้องบุคคลดังกล่าวมาในมูลละเมิดเนื่องจากผู้ฟ้องคดีมิได้มีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากับผู้รับจ้างอิสระ ผู้รับจ้างอิสระย่อมไม่สามารถอ้าง Himalaya Clause ได้ เนื่องจากข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับได้เฉพาะกับคู่สัญญาเท่านั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้นจึงสมควรกำหนดให้ผู้รับจ้างอิสระได้รับประโยชน์จากเรื่องดังกล่าวไว้ โดยไม่ต้องอ้างอิง Himalaya Clause และจะทำให้การยกเว้นและการจำกัดความรับผิดเป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ และจะสามารถแก้ปัญหาเรื่องการตีความของแต่ละประเทศว่า Himalaya Clause ใช้ได้หรือไม่²⁹

²⁹ ไผทชิต เอกจริยกร, “ปัญหาความรับผิดของตัวแทนเรือ (Ship's agent) ในการขนส่งระหว่างประเทศ”, วารสารนิติศาสตร์ 31 (กันยายน), น.619.

3.3 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาฉบับของระหว่างประเทศทั้งหมด หรือบางส่วนทางทะเล ค.ศ.2009 (United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea 2009 หรือ ที่เรียกว่า Rotterdam Rules ค.ศ.2009)

บทบัญญัติที่กำหนดไว้ใน Hague Rules ค.ศ.1924 และ Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 และ ค.ศ.1979 นั้น เป็นบทบัญญัติที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ขนส่งมากกว่าผู้ส่งของ ในขณะที่ Hamburg Rules ค.ศ.1978 นั้น ได้เอื้อประโยชน์แก่ผู้ส่งของมากกว่า อีกทั้ง อนุสัญญาทั้งสองฉบับมีความแตกต่างกันในเรื่องหลักเกณฑ์ความรับผิด การยกเว้นความรับผิดและการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของอนุสัญญาการขนส่งของทางทะเลระหว่างประเทศ และไม่สามารถรักษาผลประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องได้ทั้งหมดทุกฝ่าย คู่สัญญาทุกฝ่ายย่อมต้องเลือกเอากฎเกณฑ์ที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากกว่ามาใช้บังคับกับสัญญาฉบับของทางทะเลที่ตนได้เข้าทำสัญญา อันทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติในการขนส่งของทางทะเลระหว่างประเทศ ทำให้คู่กรณีสามารถเลือกเขตอำนาจศาลที่มีหลักกฎหมายที่เอื้อประโยชน์แก่ตนในการฟ้องร้องและบังคับคดี (forum shopping) จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและเกิดความความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติและการกำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดของคู่สัญญา รวมทั้งยังทำให้ขาดความคล่องตัวในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ ประกอบกับในปัจจุบันได้มีการนำเทคโนโลยีใหม่ๆ มาใช้ในการค้าระหว่างประเทศเพิ่มขึ้น เช่น การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น จึงทำให้เกิดปัญหาความไม่แน่นอนอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายว่าด้วยการขนส่งของทางทะเล และทำให้อนุสัญญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่สอดคล้องกับพัฒนาการทางการค้าระหว่างประเทศในรูปแบบใหม่นี้³⁰

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติลักษณะของรูปแบบการทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ เป็นระบบแบบส่งถึงมือผู้ซื้อ (door-to-door) การขนส่งของมักจะประกอบด้วย การขนส่งต่อเนื่อง

³⁰ จีราภา เลิศอรียรังสี, “ข้อคิดทางกฎหมายต่อการกำหนดท่าทีของประเทศไทยในร่างหลักเกณฑ์สากลว่าด้วยกฎหมายขนส่งทางทะเลในกรอบ UNCITRAL ศึกษาประเด็นระบบความรับผิดของผู้ขนส่งตามร่างหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขนส่งทางทะเลของคณะทำงานที่ 3 (กฎหมายขนส่ง) การประชุมสมัยที่ 12 ณ กรุงเวียนนา วันที่ 6-17 ตุลาคม 2546”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.14.

หลายรูปแบบ (Multimodal Transport) ซึ่งในแต่ละธุรกรรมประกอบด้วยภาระขนส่งของทางทะเล ทางบก และทางอากาศ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในความรับผิดชอบแตกต่างกัน

เมื่อตระหนักถึงความสำคัญของการขนส่งของทางทะเลที่มีบทบาทมากขึ้น ในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศและปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางทะเลที่เกิดขึ้น จึงมีความพยายามที่จะสร้างหลักเกณฑ์สากลว่าด้วยการขนส่งฉบับใหม่ขึ้นเพื่อให้มีความทันสมัย ความชัดเจน ความแน่นอน และสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ โดยมีความมุ่งหวังว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศกลุ่มผู้ให้บริการ หรือประเทศกลุ่มผู้ใช้บริการก็ตาม จนสามารถนำไปใช้แทนที่อนุสัญญาการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพของหลักเกณฑ์และหลักปฏิบัติของการขนส่งของทางทะเลระหว่างประเทศต่อไป

จากปัญหาที่เกิดขึ้นของการบังคับใช้อนุสัญญาการขนส่งของทางทะเลในปัจจุบัน ประกอบกับพัฒนาการของระบบการค้าที่ทันสมัยเพิ่มมากขึ้น จึงเป็นที่มาของ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea 2009 หรือที่เรียกว่า Rotterdam Rules ค.ศ.2009³¹ โดยในปี ค.ศ.1996 คณะทำงาน (Working Group) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ “UNCITRAL”) ได้พิจารณาข้อเสนอที่จะทบทวนวิธีปฏิบัติและกฎหมายในปัจจุบันเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศ ในด้านของความจำเป็นของการจัดให้มีกฎเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในเรื่องที่ยังไม่มี กฎเกณฑ์ใช้บังคับและด้านของการพัฒนากฎเกณฑ์ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพื่อให้ครอบคลุม ถึงผลประโยชน์ที่หลากหลายในการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศ

อนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้มีการพัฒนาบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ส่งของผู้ขนส่ง และผู้รับตราส่งตามสัญญาขนส่งจากภูมิลำเนาของผู้ขายถึงภูมิลำเนาของผู้ซื้อ (door-to-door) ที่มีการขนส่งทางทะเลรวมอยู่ด้วย โดยบทบัญญัติใน Rotterdam Rules ค.ศ. 2009 นั้น ได้มีการพัฒนาให้มีลักษณะที่ความเป็นเอกภาพและมีความทันสมัย นอกจากนี้ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ยังกำหนดกรอบของกฎหมายให้ครอบคลุมถึงเทคโนโลยี การค้า ระบบการบรรจุสินค้าในตู้คอนเทนเนอร์ ความต้องการในการทำสัญญาการขนส่งแบบถึงมือผู้ซื้อ ภายใต้สัญญาฉบับเดียวโดยไม่ต้องแยกทำเป็นสัญญาเฉพาะประเภทการขนส่ง และเอกสาร

³¹ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า Rotterdam Rules ค.ศ.2009

การขนส่งอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการพัฒนามากขึ้นจากเดิม โดยในการประชุม คณะทำงานฯ ได้นำเอาหลักการของ Hague Rule ค.ศ.1924 Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 และ ค.ศ.1979 และ Hamburg Rules ค.ศ.1978 มาผสมกันให้เป็นหลักเกณฑ์ที่ทั้งฝ่ายที่เดิมใช้บทบัญญัติตาม Hague Rule ค.ศ.1924 Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 และ ค.ศ.1979 และ Hamburg Rules ค.ศ.1978 จะยอมรับได้

ในวันที่ 23 กันยายน 2552 ได้มีพิธีการเปิดให้มีการลงนามใน Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ณ กรุงรอตเทอร์ดัม ประเทศเนเธอร์แลนด์ และสามารถลงนามหลังจากวันดังกล่าวได้ ณ สำนักงานใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ เมืองนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยอนุสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นเวลา 1 ปี หลังจากมีประเทศให้สัตยาบัน ยอมรับ รับรอง หรือภาคยานุวัติครบ 20 ประเทศ³²

โดยตาม Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่ผู้ขนส่งจะสามารถยกข้อต่อสู้ตามที่อนุสัญญากำหนดไว้ข้างต้นกล่าวข้าง หากมีการฟ้องผู้ขนส่งให้รับผิดชอบในมูลละเมิดอันมีเหตุเกี่ยวเนื่องมาจากสัญญารับขนของทางทะเล ไว้ดังนี้

ในมาตรา 4 บัญญัติว่า

“1. Any provision of this Convention that may provide a defence for, or limit the liability of, the carrier applies in any judicial or arbitral proceeding, whether founded *in contract, in tort, or otherwise*, that is instituted in respect of loss of, damage to, or

³² มาตรา 88 ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009

1. This Convention is open for signature by all States at Rotterdam, the Netherlands, on 23 September 2009, and thereafter at the Headquarters of the United Nations in New York.

2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3. This Convention is open for accession by all States that are not signatory States as from the date it is open for signature.

4. Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

delay in delivery of goods covered by the contract of carriage or for the breach of any other obligation under this Convention against:

- (a) The carrier or a maritime performing party
- (b) The master, crew or any other person that performs services on board the ship; or
- (c) Employees of the carrier or a maritime performing party.

2. Any provision of this Convention that may provide a defence for the shipper or the documentary shipper applies in any judicial or arbitral proceeding, whether founded *in contract, in tort, or otherwise*, that is instituted against the shipper, the documentary shipper, or their subcontractors, agents or employees.”

จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 4 (1) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้กำหนดให้ผู้ขนส่งสามารถยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อผู้ฟ้องคดีหรือยกข้อจำกัดความรับผิดที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้ได้ ไม่ว่าจะฟ้องมาในมูลสัญญา มูลละเมิด หรือกรณีอื่นใดก็ตาม และไม่ว่าจะเป็นกรณีที่น่าคดีไปฟ้องต่อศาลหรือเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด ซึ่งการฟ้องคดีดังกล่าวมีมูลเหตุมาจากการที่ของสูญหาย เสียหายหรือส่งมอบล่าช้าที่อยู่ภายใต้สัญญารับขนของทางทะเลอันเป็นการกระทำผิดสัญญาหรือการกระทำผิดหน้าที่ที่กำหนดไว้ภายใต้ร่างอนุสัญญาฉบับนี้

ตามมาตรา 4 (1) (a) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้มีการบัญญัติถึงบุคคลขึ้นอีกประเภทหนึ่งนอกจากผู้ขนส่ง โดยเรียกว่า “ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล” หรือ “Maritime Performing Party”³³ ซึ่งการที่จะดูค่านิยามของผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลได้นั้น จะต้องไปพิจารณาค่านิยามของผู้ปฏิบัติการขนส่ง หรือ Performing Party เสียก่อน

³³ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล

โดยใน Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้ให้คำนิยามของผู้ปฏิบัติการขนส่ง หรือ Performing Party³⁴ว่า หมายถึง บุคคลอื่นใดนอกเหนือจากผู้ขนส่งที่ได้ปฏิบัติการหรือรับที่จะปฏิบัติการตามหน้าที่ใดๆของผู้ขนส่งภายใต้สัญญาฉบับของในส่วนที่เกี่ยวกับการรับ การบรรจุ การยกขน การเก็บรักษา การขนส่ง การดูแล การขนถ่ายของ หรือการส่งมอบ อันเกี่ยวข้องกับของ ซึ่งบุคคลดังกล่าวปฏิบัติงานโดยได้รับการร้องขอ หรือภายใต้การควบคุมดูแล ไม่ว่าจะโดยทางตรงโดยทางอ้อมของผู้ขนส่ง แต่ผู้ปฏิบัติการขนส่งนั้นไม่รวมถึงบุคคลซึ่งได้รับการว่าจ้างไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากผู้ส่งของ ผู้ที่มีชื่อระบุไว้ในเอกสารการขนส่งว่าเป็น ผู้ส่งของ (Documentary Shipper) ผู้มีสิทธิควบคุมของที่อยู่ระหว่างการขนส่ง³⁵ (Controlling party) หรือ ผู้รับตราส่งที่มีใช้ผู้ขนส่ง

³⁴ มาตรา 1 (6) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009

“(a) “Performing party” means a person other than the carrier that performs or undertakes to perform any of the carrier’s obligations under a contract of carriage with respect to the receipt, loading, handling, stowage, carriage, care, unloading or delivery of the goods, to the extent that such person acts, either directly or indirectly, at the carrier’s request or under the carrier’s supervision or control.

(b) “Performing party” does not include any person that is retained, directly or indirectly, by a shipper, by a documentary shipper, by the controlling party or by the consignee instead of by the carrier.”

³⁵ ผู้มีสิทธิควบคุมของที่อยู่ในระหว่างการขนส่ง หรือ Controlling Party หมายถึง บุคคลตามมาตรา 51 ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 มีสิทธิที่จะใช้สิทธิควบคุม (right of control)

โดยจะมีสิทธิดังต่อไปนี้

(a) สิทธิที่จะสั่งหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งในการจัดการของที่ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาฉบับ

(b) สิทธิที่จะรับมอบของ ณ ท่าเรือที่เรือแวะจอดตามตาราง หรือถ้าหากมีการขนส่งภายในประเทศ ย่อมรวมถึงสถานที่ในระหว่างเส้นทางด้วย และ

(c) สิทธิที่จะเปลี่ยนผู้รับตราส่งเป็นบุคคลอื่น ซึ่งรวมถึงผู้มีสิทธิควบคุมของในระหว่างการขนส่งด้วย

ดังนั้น เมื่อทราบคำนิยามของผู้ปฏิบัติการขนส่ง (Performing Party) แล้วจึงจะสามารถทราบได้ว่า ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล (Maritime Performing Party) หมายถึงบุคคลใด โดย Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้กำหนดคำนิยามของผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล หรือ Maritime Performing Party³⁶เอาไว้ว่าหมายถึง ผู้ปฏิบัติการขนส่ง (performing party) ที่ดำเนินการหรือรับที่จะดำเนินการตามหน้าที่ของผู้ขนส่งในช่วงระหว่างเวลาที่ของมาถึง (arrival of the goods) ณ ท่าเรือที่ทำการบรรทุกของลงเรือ (port of loading of a ship) และเวลาที่ของนั้นออกไปจากท่าเรือที่ของถูกขนถ่ายขึ้นจากเรือ (port of discharge of a ship) สำหรับผู้ขนส่งภายในประเทศ (inland carrier) นั้น จะถือว่าเป็นผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลในกรณีที่ได้ให้บริการหรือรับที่จะให้บริการเฉพาะภายในบริเวณท่าเรือเท่านั้น³⁷ และมาตรา 19³⁸ ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้

โปรดดู วิรุฒน์ ปริชม, “ผู้มีสิทธิควบคุมของที่อยู่ระหว่างการขนส่ง”, (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.10-11.

³⁶ มาตรา 1 (7) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009

“Maritime performing party” means a performing party to the extent that it performs or undertakes to perform any of the carrier's obligations during the period between the arrival of the goods at the port of loading of a ship and their departure from the port of discharge of a ship. An inland carrier is a maritime performing party only if it performs or undertakes to perform its services exclusively within a port area.”

³⁷ ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจาก Rotterdam Rules ค.ศ.2009 เป็นอนุสัญญาที่ใช้บังคับกับการขนส่งของระหว่างประเทศที่เป็นการขนส่งทางทะเลทั้งหมดหรือบางส่วน จึงต้องมีการแยกระหว่างผู้ปฏิบัติการขนส่งกับผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล เพราะในการขนส่งของอาจจำเป็นต้องใช้รูปแบบการขนส่งมากกว่าหนึ่งชนิดขึ้นไป เช่น ทางถนน ทางรถไฟ หรือทางอากาศ เป็นต้น ร่วมกับการขนส่งทางทะเล โดยในการขนส่งรูปแบบอื่นนอกจากทางทะเล ผู้ขนส่งอาจมอบหมายหรือทำสัญญาช่วงให้ผู้ขนส่งรายอื่นทำการขนส่งสินค้าแทน ซึ่งผู้ขนส่งรายอื่นที่ทำการขนส่งสินค้าแทนตาม Rotterdam Rules ค.ศ.2009 เรียกว่า ผู้ปฏิบัติการขนส่ง หรือ Performing Party และในกรณีที่ผู้ปฏิบัติการขนส่งอาจมอบหมายให้ผู้ขนส่งทางทะเลรายอื่นหรือบุคคลที่ดำเนินการปฏิบัติหน้าที่สำคัญแทนผู้ขนส่งทางทะเล ซึ่ง Rotterdam Rules ค.ศ.2009 เรียกว่า ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล หรือ Maritime Performing Party นั่นเอง และตามอนุสัญญาดังกล่าวได้มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ปฏิบัติการขนส่งและผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลแยกต่างหากจากผู้ขนส่งอีกด้วย

กำหนดว่าผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลมีหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับที่อนุสัญญากำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขนส่งเอาไว้ และผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลมีสิทธิยกข้อต่อสู้ใดๆ และจำกัดความรับผิดชอบได้ตามที่อนุสัญญากำหนดไว้ โดย Rotterdam Rules ค.ศ.2009 กำหนดว่าผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลจะมีสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวต่อเมื่อ

(1) ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลได้รับของที่จะทำการขนส่งในรัฐภาคีหนึ่ง หรือได้ส่งมอบของ ณ รัฐภาคี หรือได้ปฏิบัติกิจกรรมของตนที่เกี่ยวกับการขนของนั้นในรัฐภาคี และ

(2) เมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบของชกซ้ำ ได้เกิดขึ้น

(i) ในช่วงระยะเวลาที่ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลได้รับมอบของ ณ ท่าเรือที่บรรทุกของลงเรือจนถึงเวลาที่ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลได้ปล่อยของออก ณ ท่าเรือที่ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลได้ยกของออกจากเรือ

(ii) ในขณะที่ของนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล

(iii) ในช่วงระยะเวลาอื่นใดที่ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลได้ปฏิบัติการหรือดำเนินการใดๆ อันเกี่ยวเนื่องกับสัญญารับขนของ

³⁸ มาตรา 19 ของ Rotterdam Rules ค.ศ. 2009

“ 1. A maritime performing party is subject to the obligations and liabilities imposed on the carrier under this Convention and is entitled to the carrier’s defences and limits of liability as provided for in this Convention if :

(a) The maritime performing party received the goods for carriage in a Contracting State, or delivered them in a Contracting State, or performed its activities with respect to the goods in a port in a Contracting State; and

(b) The occurrence that caused the loss, damage or delay took place: (i) during the period between the arrival of the goods at the port of loading of the ship and their departure from the port of discharge from the ship; (ii) while the maritime performing party had custody of the goods; or (iii) at any other time to the extent that it was participating in the performance of any of the activities contemplated by the contract of carriage....”

Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้กำหนดให้ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลต้องรับผิดชอบร่วมกันกับผู้ขนส่งในความสูญหาย เสียหาย หรือการส่งมอบชั่งช้ำ โดยรับผิดชอบร่วมกันไม่เกินจำนวนเงินจำกัดความรับผิดที่อนุสัญญากำหนดไว้³⁹ อันเหมือนกับที่ Hamburg Rules ค.ศ.1978 บัญญัติไว้

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของผู้ปฏิบัติการขนส่ง (Performing Party) และผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล (Maritime Performing Party) แล้ว จะเห็นได้ว่ามีหลักการคล้ายกับบทนิยามของผู้ขนส่งจริง (Actual Carrier) ในมาตรา 1 (2) ของ Hamburg Rules ค.ศ.1978 กล่าวคือ มีการกำหนดให้มีบุคคลอีกคนหนึ่งเพิ่มขึ้นโดยบุคคลดังกล่าวไม่ใช่ผู้ขนส่ง แต่บุคคลดังกล่าวได้เข้าร่วมปฏิบัติงานในหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้ขนส่งไม่ว่าส่วนใดส่วนหนึ่งตามสัญญา รับขนของ เช่น การขนส่งของ การจัดการ การจัดวางของ หรือการยกของขึ้นลงจากเรือ เป็นต้น โดยมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ผู้ปฏิบัติการขนส่ง หรือ Performing Party มีหลักการที่ขยายออกไปไกลกว่าผู้ขนส่งจริงตาม Hamburg Rules ค.ศ.1978 โดยรวมถึงบุคคลอื่นที่ผู้ขนส่งใช้บริการ โดยจ้างให้ทำการยกขนของเข้าตู้และการเก็บรักษาของ (handling or storage the goods) ในขณะที่ผู้ขนส่งจริงตาม Hamburg Rules ค.ศ.1978 จำกัดความหมายอยู่แต่เฉพาะผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้ขนส่งให้ทำการขนส่งไม่ว่าทอดใดทอดหนึ่งเท่านั้น⁴⁰ ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับผู้ขนส่งอื่นตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มากกว่า โดยผู้เขียนเห็นด้วยว่าทั้งผู้ปฏิบัติการขนส่งและผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลมีความหมายกว้างกว่าผู้ขนส่งจริงตาม Hamburg Rules ค.ศ.1978 ซึ่งผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลตาม Rotterdam Rules ค.ศ.2009 นั้นน่าจะรวมถึงผู้รับจ้างอิสระ (Independent Contractor) เช่น ผู้รับจัดการขนส่งและผู้รับจ้างยกสินค้าขึ้นลงจากเรือ เป็นต้น

³⁹ มาตรา 20 (1) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009

“ 1. If the carrier and one or more maritime performing parties are liable for the loss of, damage to, or delay in delivery of the goods, their liability is joint and several but only up to the limits provided for under this Convention.”

⁴⁰ ประมวล จันทรชิวะ. “Draft Instrument on Transport Law.” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (Special Issue 2002) ธันวาคม 2545 : น.342.

จากข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าหากผู้รับจ้างอิสระ (Independent Contractor) ถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบในความสูญหายหรือเสียหายแห่งของตามสัญญาฉบับหนึ่งของทางทะเล ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องมาในมูลสัญญา มุลละเมิด หรือมูลอื่นใดภายใต้ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 บุคคลดังกล่าวย่อมสามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิด เหตุจำกัดความรับผิด และข้อต่อสู้ใดๆของผู้ขนส่งขึ้นกล่าวอ้างเพื่อประโยชน์ของตนได้ตามมาตรา 4 (1) (a) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 โดยผู้เขียนเห็นว่าผู้รับจ้างอิสระดังกล่าวน่าจะหมายถึงเพียงบุคคลที่ทำการเกี่ยวกับการขนส่งอันเป็นหน้าที่สำคัญของผู้ขนส่งเท่านั้น (เช่น การขนส่ง การจัดการ การดูแล หรือการเก็บรักษาของ) ไม่น่าจะรวมถึงบุคคลที่ทำการแทนผู้ส่งของหรือผู้รับตราส่งแต่อย่างใด

ตามมาตรา 4 (1) (b) และ (c) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ยังได้กำหนดให้นายเรือ ลูกเรือ บุคคลใดๆที่ดำเนินการให้บริการบนเรือ ลูกจ้างของผู้ขนส่ง หรือลูกจ้างของผู้ปฏิบัติการขนส่งให้สามารถยกเหตุยกเว้นหรือเหตุจำกัดความรับผิดหรือข้อต่อสู้ใดๆของผู้ขนส่งขึ้นอ้างเพื่อประโยชน์ของตนได้เช่นเดียวกันกับผู้ขนส่ง หากผู้นั้นถูกฟ้องคดีต่อศาลหรือคู่กรณีได้เสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีมาในมูลสัญญา มุลละเมิดหรือกรณีอื่นใด

นอกจากนี้ ตามมาตรา 4 (2) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ยังได้กำหนดไว้ให้ผู้ส่งของหรือผู้ที่มีชื่อระบุไว้ในเอกสารการขนส่งว่าเป็นผู้ส่งของ (documentary shipper) ผู้เข้าทำสัญญาช่วง (subcontractor) ตัวแทนหรือลูกจ้างของบุคคลดังกล่าว สามารถอ้างข้อต่อสู้ใดๆที่ผู้ส่งของหรือผู้ส่งของตามที่ระบุไว้ในเอกสารมีต่อผู้ขนส่งหรือผู้ฟ้องคดี ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีต่อศาลหรือเป็นการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด และไม่ว่าจะเป็นการเรียกให้รับผิดชอบในมูลสัญญา มุลละเมิดหรือกรณีอื่นใดก็ตาม

มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่าตาม Rotterdam Rules ค.ศ. 2009 ได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดด้วย อันแตกต่างจาก Hague-Visby Rules ค.ศ. 1968 และ Hamburg Rules ค.ศ. 1978 ที่ไม่ได้มีการบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวเอาไว้

ตามมาตรา 20 (2) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้กำหนดว่า เมื่อมีบุคคลที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันหลายคน เช่น ผู้เสียหายหรือผู้รับช่วงสิทธิของผู้เสียหายอาจเลือกฟ้องทั้งผู้ขนส่ง ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล และลูกจ้างของผู้ขนส่งให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดว่าเมื่อรวมจำนวนเงินที่บุคคลทั้งหลายต้องรับผิดชอบร่วมกันแล้วต้องไม่เกินจำนวน

เงินจำกัดความรับผิดตามที่อนุสัญญากำหนดเอาไว้ ตามมาตรา 59 (1)⁴¹ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009 เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 และ Hamburg Rules ค.ศ.1978 คือรับผิดไม่เกิน 875 SDR. ต่อหีบห่อหรือหนึ่งหน่วยการขนส่ง หรือรับผิดไม่เกินกิโลกรัมละ 3 SDR. ซึ่งมีจำนวนสูงกว่าที่กำหนดไว้ใน Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 และ Hamburg Rules ค.ศ.1978

โดยสรุปแล้ว Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ได้ขยายขอบเขตการใช้บังคับให้กว้างกว่าที่ Hague Rule ค.ศ.1924 Hague-Visby Rules ค.ศ.1968 และ ค.ศ.1979 และ Hamburg Rules ค.ศ.1978 ได้กำหนดไว้ โดยนอกจากจะมีขอบเขตการใช้บังคับกับการขนส่งแบบ “port-to-port” ซึ่งเป็นการขนส่งโดยทางทะเลทั้งหมด (wholly by sea) แล้ว ยังรวมไปถึง การขนส่งแบบ “port-to-place”, “place-to-port” และแบบ “place-to-place” ซึ่งเป็นการขนส่งโดยทางทะเลบางส่วน (partly by sea) ด้วย อีกทั้งยังกำหนดให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในหลายประเภทมากกว่าอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศฉบับอื่นๆอีกด้วย

จากการศึกษาอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งสามฉบับข้างต้น จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้ขนส่ง ผู้ขนส่งจริง ผู้ปฏิบัติการขนส่ง ผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเล ตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งหรือของผู้ขนส่งอื่นนั้น สามารถอ้างข้อต่อสู้ ข้อยกเว้นความรับผิด ข้อจำกัดความรับผิดที่มีต่อผู้ฟ้องคดี ยกขึ้นต่อสู้ผู้ฟ้องคดีได้ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีมาในมูลสัญญา มุลละเมิดหรือที่ยิ่งไปกว่านั้นคือในกรณีอื่นใด โดยใน Rotterdam Rules ค.ศ.2009 ยังได้กำหนดให้ความคุ้มครองขยายไปถึงผู้ปฏิบัติการขนส่งทางทะเลอีกด้วย ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อ

⁴¹ มาตรา 59 (1) ของ Rotterdam Rules ค.ศ.2009

“ 1. Subject to articles 60 and 61, paragraph 1, the carrier’s liability for breaches of its obligations under this Convention is limited to 875 units of account per package or their shipping unit, or 3 units of account per kilogram of the gross weight of the goods that are the subject of claim or dispute, whichever amount is higher, except when the value of the goods has been declared by the shipper and included in the contract particulars, or when a higher amount than the amount than a amount of limitation of liability set out in this article has been agreed upon between the carrier and the shipper.”

บุคคลดังกล่าวเนื่องจากวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศนั้นมีขึ้นเพื่อให้ผู้ขนส่ง ผู้ขนส่งอื่น ตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นสามารถที่จะอ้างข้อต่อสู้ เหตุยกเว้นความรับผิด หรือเหตุจำกัดความรับผิดได้ ซึ่งหากมิได้กำหนดให้ผู้ขนส่งหรือบุคคลดังกล่าวจะสามารถอ้างเหตุดังกล่าวได้นอกจากการเรียกให้รับผิดตามสัญญาก็จะเกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมและเกิดปัญหาความไม่แน่นอนเกิดขึ้นได้