

UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction

1. ที่มาของ UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction

Legal Guide on International Countertrade Transaction ถูกจัดทำขึ้นโดย UNCITRAL (the United Nations Commission on International Trade Law) และโดย คณะทำงานด้านการชำระเงินระหว่างประเทศของ UNCITRAL ได้ร่วมการเตรียมการกับ ตัวแทนของรัฐและองค์กรระหว่างประเทศต่างๆด้วย

คณะกรรมการทั้งหมดได้เริ่มพิจารณาความเป็นไปได้ในดำเนินการเกี่ยวกับการค้าต่างตอบแทนในปี 1986 และในปี 1989 ก็มีการตัดสินใจที่จะจัดเตรียมคู่มือแนะนำทาง กฎหมายในการดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยให้ สำนักเลขาธิการ (Secretariat) จัดเตรียมต้นร่างของของบทต่างๆในคู่มือแนะนำทางกฎหมาย และมีการอภิปรายต้นร่างดังกล่าวในปี 1990 (ในการประชุมครั้งที่ 23) และมีการปรับปรุง แก้ไขต้นร่างและให้สัตยาบันคู่มือแนะนำทางกฎหมายในการดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศ ในการประชุมครั้งที่ 25 (4-22 พฤษภาคม 1992) ที่ New York

ในการจัดเตรียมเนื้อหาของต้นร่าง เพื่อให้คณะกรรมการและคณะทำงานร่วมกัน พิจารณานั้น สำนักเลขาธิการได้ปรึกษาขอความเห็นจากผู้ปฏิบัติและผู้เชี่ยวชาญในด้านธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนในทางการค้าระหว่างประเทศ พร้อมทั้งมีการตรวจสอบรูปแบบของ สัญญา เงื่อนไขของสัญญาโดยทั่วไปและสัญญาเฉพาะจากส่วนต่างๆในโลก ซึ่งการมีข้อมูล อย่างมากมายนี้ ทำให้ยากที่จะสามารถทราบได้ง่ายได้ จำเป็นต้องมีการรวบรวมข้อมูล อย่างหนักในการจัดทำ

การจัดทำ Legal Guide on International Countertrade Transaction ได้ พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนอาจจะขาด ความรู้ด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องและอาจขาดประสบการณ์ที่จำเป็นในการดำเนินธุรกรรม การค้าต่างตอบแทน อันส่งผลให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถตอบคำถามต่างๆที่เกิดขึ้นจากการ ทำธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน เนื่องจากกฎหมายของแต่ละประเทศในปัจจุบันมักจะไม่ มี บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการค้าต่างตอบแทนโดยเฉพาะ และผลทางกฎหมายของประเทศที่ พัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนามักจะมีผลที่แตกต่างกัน จุดประสงค์ของการจัดทำ

Legal Guide ขึ้นก็เพื่อให้คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าต่างตอบแทนที่ขาดความรู้ทางกฎหมาย และขาดประสบการณ์ ได้มีแนวทางในการทำสัญญา การดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน และเพื่อลดปัญหาความขัดแย้งที่อาจตามมาจากการไม่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องของการค้าต่างตอบแทน

2. องค์ประกอบของ Legal Guide on International Countertrade Transaction

Legal Guide on International Countertrade Transaction แบ่งออกเป็น 14 บท ประกอบด้วย

(1) บทที่ 1 Scope and terminology of the Legal Guide บรรยายถึงลักษณะของธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนที่คู่มือแนะนำทางกฎหมายนี้ครอบคลุมถึงว่าจะต้องเป็นธุรกรรมที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจัดหาสินค้า บริการ เทคโนโลยี หรือมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นใดให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สอง โดยในทางกลับกัน คู่สัญญาฝ่ายแรกก็จัดซื้อสินค้า บริการ เทคโนโลยี หรือมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นใดจากคู่สัญญาฝ่ายที่สองด้วย โดยคู่มือแนะนำทางกฎหมายนี้มุ่งเน้นที่จะใช้กับธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนที่มีการส่งสินค้าข้ามพรมแดนของประเทศ (ในคู่มือทางกฎหมายนี้จะใช้คำว่าสินค้าแทนความหมายของสินค้า บริการ เทคโนโลยี หรือมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นใด เพื่อให้เกิดความกระชับมากขึ้น)

ในบทที่ 1 กำหนดว่าในบางประเทศ การทำการค้าต่างตอบแทนจะอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของรัฐ ซึ่งอาจจะเป็นการส่งเสริมหรือควบคุมการดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนก็เป็นได้ ซึ่งข้อกำหนดของรัฐบางอย่างไม่ได้เป็นข้อกำหนดที่ใช้กับการค้าต่างตอบแทนโดยตรง หรือข้อกำหนดอาจมีความแตกต่างกันหรือมีการเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้ง จึงจะต้องมีการตกลงกันถึงข้อกำหนดของรัฐด้วย ซึ่งเป็นการแนะนำให้ดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนโดยคำนึงถึงนโยบายของภาครัฐเป็นสำคัญ เนื่องจากในปัจจุบันประเทศต่างๆ ในโลก ภาครัฐได้ใช้การค้าต่างตอบแทนเป็นนโยบายทางด้านเศรษฐกิจของประเทศ จึงมีการออกกฎเกณฑ์บางประการเพื่อควบคุมการค้าต่างตอบแทน

บทที่ 1 นี้เป็นการปูความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการค้าต่างตอบแทนโดยทั่วไป เพื่อให้สามารถทำความเข้าใจในเนื้อหาส่วนต่อไปของคู่มือทางกฎหมายได้ ซึ่งจะเป็นผลดีแก่บุคคลทั่วไปที่ไม่มีความรู้ทางกฎหมาย และทั้งที่มีความรู้ทางกฎหมายด้วย พร้อมทั้งมีการอธิบายความหมายของการค้าต่างตอบแทนประเภทต่างๆ ทำให้สามารถเข้าใจถึงลักษณะของการค้าต่างตอบแทนแต่ละประเภท อธิบายถึงความหมายของคำศัพท์ของประเภทของธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน โดยแบ่งออกเป็น “barter” “counter-purchase” “buyback” “direct offset” และ “indirect offset” และได้อธิบายถึงความหมายของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายโดยใช้คำว่า “supplier” “party” “exporter”

(“counter importer”) “importer” (“counter exporter”) และองค์ประกอบต่างๆที่เกี่ยวกับธุรกรรม การค้าต่างตอบแทน

(2) บทที่ 2 Contracting Approach บรรยายถึงโครงสร้างของธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนโดยแบ่งเป็นแบบสัญญาเดี่ยว (Single contract) และแบบที่เป็นสัญญาแยกจากกัน (Separate contract) ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับประเภทของการค้าต่างตอบแทนที่คู่สัญญาเลือกใช้ โดยคู่มือทางกฎหมายได้อธิบายเพิ่มเติมในส่วนของสัญญาแบบที่แยกจากกันว่าถ้าการจัดส่งสินค้าทั้งสองทางในการค้าต่างตอบแทนอยู่ในสัญญาที่แยกจากกัน จะมีรูปแบบที่นำมาใช้แยกออกได้หลายรูปแบบ รูปแบบแรก คือ มีการทำ Export contract และ Countertrade agreement ขึ้นพร้อมกัน และจะมีการทำ Counter-export contract ตามมาในภายหลัง ซึ่งจะมีการส่งสินค้าในทางหนึ่งก่อนที่จะมีการส่งสินค้าในอีกทางหนึ่งตามมา และอีกรูปแบบ คือ มีการทำ Countertrade agreement ขึ้นมาก่อนแล้วกำหนดหน้าที่ว่าจะมีการทำสัญญาจัดหาสินค้าทั้งสองทางในภายหลัง และรูปแบบสุดท้ายคือ การทำ Countertrade agreement และสัญญาจัดหาสินค้าทั้งสองทางขึ้นพร้อมกัน

นอกจากนี้ในบทที่ 2 ยังกล่าวถึงการมีหลักประกันเพื่อรับประกันความเสี่ยงที่อาจเกิดจากการที่ฝ่ายของตนได้จัดส่งสินค้า บริการ เทคโนโลยี หรือมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นใดไปก่อน อาจจะไม่ได้รับการดำเนินการชำระหนี้ตอบแทน และคู่สัญญาอาจต้องการการกู้ยืมเงินเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินธุรกรรมของตน

(3) บทที่ 3 Countertrade commitment ระบุถึงลักษณะทั่วไปของ Countertrade commitment ซึ่งคู่มือทางกฎหมายได้อธิบายว่าเป็นการดำเนินการที่จะทำสัญญาในอนาคตหรือชุดของสัญญาจัดหาสินค้าในทางหนึ่งทางใดหรือทั้งสองทาง คู่มือแนะนำทางกฎหมายกำหนดถึงลักษณะของ Countertrade commitment ว่าควรจะมีการตกลงถึงเรื่องต่างๆ เช่น จำนวนของสินค้าที่จะถูกจัดซื้อโดยคู่สัญญา ซึ่งอาจถูกกำหนดในรูปแบบของมูลค่าสินค้าหรืออัตราร้อยละของสินค้าที่ทำการจัดซื้อในครั้งแรก หรืออาจกำหนดเป็นจำนวนหน่วยของสินค้า เป็นต้น

คู่สัญญาในทางการค้าต่างตอบแทนมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ ซึ่งคู่มือทางกฎหมายได้แนะนำให้คู่สัญญากำหนดร่วมกันว่าวิธีการใดจะถือว่าเป็นวิธีการที่ทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ซึ่งอาจจะกำหนดให้ถือเอาการเข้าทำสัญญาจัดหาสินค้าทั้งสองทางเป็นการทำ Countertrade commitment สมบูรณ์ โดยคู่สัญญาอาจจะกำหนดระยะเวลาในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ ซึ่งอาจกำหนดเป็นระยะเวลาหรือวันที่โดยเฉพาะลงไป และในการกำหนดระยะเวลาในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์นี้ จะต้องพิจารณาถึงปัจจัยหลายประการ

คู่มือแนะนำทางกฎหมายได้แยกเรื่องของ Countertrade commitment ออกไปเป็นอีกหนึ่งในบทที่ 3 เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและเป็นลักษณะที่มีเฉพาะในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนเท่านั้น เนื่องจากสัญญาอื่นเมื่อมีการดำเนินการตามหน้าที่ในสัญญาก็ถือว่าสัญญานั้นได้มีการดำเนินการตามสัญญาที่สมบูรณ์แล้ว แต่สำหรับการค้าต่างตอบแทนนั้น Countertrade commitment เป็นภาพรวมทั้งหมดที่จะถือว่ามีการทำหน้าที่ในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนอย่างสมบูรณ์แล้ว ซึ่งอาจไม่ใช่การดำเนินการตามหน้าที่ในสัญญาได้สัญญาหนึ่งเท่านั้นตามข้อกำหนดบางกรณีการดำเนินการตามสัญญาจัดหาเป็นเพียงแค่ส่วนหนึ่งของการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ ซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการทำ Countertrade commitment สมบูรณ์ก็ได้

(4) บทที่ 4 General remarks on drafting กำหนดในเรื่องต่างๆ ที่คู่สัญญาในทางการค้าต่างตอบแทนจะต้องนำมาพิจารณาในขั้นตอนการเจรจาและการร่างสัญญาหรือข้อตกลงในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนเพื่อให้การดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนเป็นไปได้อย่างสมบูรณ์ครบถ้วน ป้องกันปัญหาที่จะตามมาหากมีเรื่องใดที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ โดยคู่มือทางคู่สัญญาพิจารณาถึงกฎหมายที่บังคับใช้ซึ่งอาจจะกำหนดให้มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถึงอย่างไรก็ตามหากกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ไม่กำหนดไว้เช่นนั้นแล้ว คู่มือแนะนำทางกฎหมายก็ยังคงแนะนำว่าคู่สัญญาควรจะทำสัญญาขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อประโยชน์ในการนำมาใช้เป็นหลักฐานระหว่างคู่สัญญา

ในบทที่ 4 ได้กำหนดว่า ในการร่างสัญญาเกี่ยวกับการค้าต่างตอบแทนมีปัจจัยสำคัญหลายประการที่จะต้องคำนึงถึง เช่น การตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดขึ้นมาเพื่อควบคุมการเตรียมร่างสัญญา ข้อกำหนดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการตีความสัญญาและข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา การใช้สัญญามาตรฐานแทนการร่างข้อสัญญาขึ้นมาโดยเฉพาะ ข้อกำหนดทั่วไปในสัญญา การเลือกใช้ภาษาหนึ่งภาษาหรือมากกว่าหนึ่งภาษาของเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญา และรายละเอียดของตัวแทนของคู่สัญญาในการร่วมร่างสัญญา เป็นต้น

(5) บทที่ 5 Type, quality and quantity of goods บรรยายเกี่ยวกับการกำหนดถึงประเภท คุณภาพและปริมาณของสินค้า ซึ่งในคู่มือทางกฎหมายนี้ ใช้คำว่า สินค้า (goods) ใช้แทนทั้งสินค้า การให้บริการ เทคโนโลยี และการลงทุนที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน และการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเกี่ยวกับสินค้าการให้บริการ เทคโนโลยี และการลงทุนดังกล่าว

คู่สัญญาทางการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศอาจจะกำหนดประเภทของสินค้าไว้ใน Countertrade agreement ซึ่งจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งในสัญญาจัดหาที่จะทำขึ้นในอนาคต ถ้าในขณะที่ทำ Countertrade agreement คู่สัญญายังไม่สามารถตัดสินใจในเรื่องนี้ได้ คู่สัญญาอาจจะกำหนดเฉพาะประเภทของสินค้าไว้ แล้วจึงค่อยทำการตัดสินใจเกี่ยวกับคุณภาพและปริมาณของสินค้าไว้ภายหลัง แต่อย่างไรก็ดีคู่มือทางกฎหมายแนะนำว่าการเลือกประเภทของสินค้าอาจจะถูกจำกัดโดยข้อกำหนดของรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้อง แต่หากคู่สัญญาไม่ได้กำหนดประเภทของสินค้าเอาไว้ใน Countertrade agreement ก็อาจจะมีการกำหนดรายชื่อประเภทของสินค้าที่คู่สัญญาจะเลือกในอนาคต ดังเช่นประเทศไทยที่มีการกำหนดประเภทของสินค้าให้คู่สัญญาต่างประเทศเลือกว่าจะจัดซื้อสินค้าประเภทใดจากประเทศไทยตอบแทน

ในส่วนของคุณภาพของสินค้านั้นมีสองประเด็นหลักที่คู่สัญญาอาจจะกำหนดเกี่ยวกับการเลือกคุณภาพสินค้าใน Countertrade agreement คือ การกำหนดระดับของคุณภาพสินค้าที่ถูกเสนอเพื่อทำการจัดซื้อ และการกำหนดวิธีการที่จะเลือกคุณภาพของสินค้าทำก่อนที่จะมีการทำสัญญาจัดหาสินค้าขึ้น

ปริมาณของสินค้าที่จะถูกจัดซื้ออาจจะถูกกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงใน Countertrade agreement หรืออาจถูกกำหนดในภายหลังตอนที่มีการทำสัญญา โดยปริมาณของสินค้าอาจถูกกำหนดอยู่ในรูปของมูลค่าสินค้าหรือจำนวนหน่วยของสินค้า

ในกรณีที่เป็นการดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนที่มีระยะเวลายาวนานซึ่งอาจมีปัจจัยหลายประการที่ทำให้สมควรที่จะมีการเปลี่ยนแปลง ข้อกำหนดของธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนคู่สัญญาก็อาจจะต้องมีการทบทวนข้อกำหนดเกี่ยวกับประเภท คุณภาพและปริมาณของสินค้า เพื่อแก้ไขให้เหมาะสม คู่มือแนะนำทางกฎหมายแนะนำให้คู่สัญญากำหนดถึงเงื่อนไขที่คู่สัญญาจะสามารถเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดดังกล่าวได้ ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะของธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนที่บางประเภทใช้ระยะเวลาในการดำเนินการยาวนาน เช่น Offset “การหักกลบ” เป็นต้น

(6) บทที่ 6 Pricing of goods บรรยายถึงการกำหนดราคาของสินค้าสำหรับธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนบางประเภทที่มีการชำระเงินตราหรือต้องมีการกำหนดราคาเข้ามาเกี่ยวข้อง การกำหนดสกุลเงินตรา การกำหนดราคาโดยพิจารณาวิธีต่างๆ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงราคากันในภายหลังจากมีการทำสัญญาหรือข้อตกลงแล้ว

คู่สัญญาอาจจะยังไม่สามารถกำหนดราคาของสินค้าจัดหาสินค้าในอนาคตของสัญญาในขณะที่ทำ Countertrade agreement ก็สามารถที่จะกำหนดเงื่อนไข หรือวิธีการกำหนดราคาเอาไว้คร่าวๆ ได้ เช่น กำหนดตามราคาตลาดในขณะที่ทำสัญญา กำหนดตามราคาของผู้แข่งขันในทางการค้า เป็นต้น ซึ่งจะแตกต่างจากสัญญาซื้อขายทั่วไปที่จะต้องมีการตกลงราคาของ

สินค้ากันให้เรียบร้อยเสียก่อน แต่การทำธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนนั้นสัญญาอาจจะยังไม่เกิดขึ้นเลย ในกรณีที่มีการทำ Countertrade agreement ก่อนที่จะมีการทำสัญญาจึงยังไม่ต้องมีการกำหนดราคาของสินค้า

คู่มือทางกฎหมายกำหนดว่าคู่สัญญาการค้าต่างตอบแทนอาจจะกำหนดใน Countertrade agreement ว่าราคาที่จะต้องถูกชำระภายใต้สัญญาจัดหาสินค้าอาจจะถูกนำมาเจรจากันใหม่ได้เมื่อถึงระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นผลดีกับการค้าต่างตอบแทนที่มีกำหนดระยะเวลายาวนาน

การกำหนดราคาสินค้าในสัญญาซื้อขายทั่วไปนั้นมีความจำเป็นเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายที่คู่สัญญาจะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ในสัญญาการค้าต่างตอบแทนนั้น ในบางกรณีไม่มีการชำระราคาเข้ามาเกี่ยวข้อง จะมีการกำหนดมูลค่าของสินค้าไว้ก็เพื่อประโยชน์ในการวัดมูลค่าสำหรับแลกเปลี่ยนสินค้าเท่านั้น อย่างไรก็ตามการกำหนดราคาต่างตอบแทนที่มีการชำระราคาเข้ามาเกี่ยวข้อง คู่สัญญาสามารถพิจารณาข้อกำหนดเกี่ยวกับการชำระราคาจาก บทที่ 6 ได้

(7) บทที่ 7 Participation of third party บรรยายถึงการเข้ามามีส่วนร่วมในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนของบุคคลที่สาม ซึ่งอาจเข้ามาเกี่ยวข้องในการเป็นผู้จัดซื้อหรือจัดหาสินค้าตามธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน คู่มือทางกฎหมายแนะนำให้มีการกำหนดการเลือกบุคคลที่สามที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในสัญญาไว้ใน Countertrade agreement โดยอาจจะกำหนดเป็นคุณสมบัติคร่าวๆ หรืออาจกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงเอาไว้ รวมทั้งแนะนำให้กำหนดถึงความรับผิดชอบของบุคคลที่สามด้วยว่าใครเป็นผู้รับผิดชอบหากมีการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของบุคคลที่สาม เนื่องจากบุคคลที่สามสามารถที่เข้ามาทำหน้าที่ได้หลายหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นการเข้ามาทำหน้าที่ในการจัดหาสินค้า หรือการทำหน้าที่ในการจัดซื้อสินค้าแทนคู่สัญญาเดิมในสัญญา และมีความรับผิดชอบอย่างน้อยเพียงใด

ในธุรกรรมการค้าทั่วไปนั้น มักจะมีการชำระราคาเป็นเงินตราซึ่งไม่ว่าประเทศใดก็สามารถจัดหาเงินตราได้ เพราะเป็นการชำระหนี้ที่เป็นสากลจึงไม่ต้องมีบุคคลภายนอกมาทำหน้าที่ในการชำระราคาแทน แต่เนื่องจากธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนเป็นธุรกรรมที่มีการจัดส่งสินค้า บริการ เทคโนโลยี หรือมูลค่าเศรษฐกิจอื่นใดแทนที่จะมีการชำระเงิน ดังนั้นหากมีเงื่อนไขในการจัดหาสินค้าตอบแทนที่ประเทศนั้นๆไม่สามารถดำเนินการจัดหาได้เอง หรือสินค้าที่ตกลงทำการค้าต่างตอบแทนไม่เป็นที่ต้องการของประเทศนั้นๆจริง ก็จะต้องมีประเทศอื่นซึ่งเป็นบุคคลที่สามเข้ามาทำหน้าที่แทน จึงเป็นการสอดคล้องกับธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนที่คู่มือแนะนำทางกฎหมายได้บัญญัติเรื่องการเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลที่สามไว้ในคู่มือทางกฎหมาย

(8) บทที่ 8 Payment บรรยายถึงการชำระเงินซึ่งในทางการค้าต่างตอบแทนอาจจะมีการชำระราคาเป็นเงินเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยได้ ในบางครั้ง มีการตกลงกันว่าจะมีการดำเนินจัดส่งสินค้าในทางหนึ่งเพื่อที่จะทำให้เกิดเงินทุนที่จะจ่ายสำหรับการจัดส่งสินค้าอีกทางหนึ่งตอบแทน หรืออาจมีการกำหนดเกี่ยวกับการชำระราคาว่าการชำระราคาสำหรับการจัดส่งสินค้าในทางแรก จะถูกยับยั้งไว้จนกว่าจะถึงกำหนดการชำระราคาในอีกทางหนึ่งตอบแทน ซึ่งคู่มือแนะนำทางกฎหมายได้แนะนำวิธีการชำระเงินไว้สองวิธีซึ่งเป็นวิธีที่มีความสอดคล้องและเหมาะสมกับการค้าต่างตอบแทนโดยเฉพาะ คือ Blocked account และ Crossed letters of credit ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องการมีหลักประกันว่าเมื่อตนได้ปฏิบัติการตามหน้าที่ตนมีแล้วจะได้รับการดำเนินการตอบแทน

คู่มือทางกฎหมายได้แนะนำว่าคู่สัญญาในทางการค้าอาจตกลงหักกลบลบมูลค่าสินค้าที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องชำระซึ่งกันและกัน โดยอาจชำระส่วนต่างโดยการส่งสินค้าเพิ่มเติมหรือชำระเป็นเงินแทน ซึ่งคู่สัญญาอาจจะตกลงกันโดยทำเป็นบัญชีสำหรับการหักกลบ “Offset account” โดยเฉพาะ ซึ่งบัญชีการหักกลบอาจจะดำเนินการหักกลบโดยตัวคู่สัญญาเองหรือโดยธนาคาร

(9) บทที่ 9 Restrictions on resale of countertrade goods บรรยายถึงการกำหนดข้อจำกัดในการขายต่อสินค้าที่ทำการค้าต่างตอบแทนใน Countertrade agreement โดยเน้นให้คู่สัญญาคำนึงถึงข้อกำหนดของรัฐที่เกี่ยวข้องด้วย เนื่องจากข้อจำกัดดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิของคู่สัญญา ซึ่งโดยปกติแล้ว บุคคลโดยอ้อมมีสิทธิที่จะใช้ จำหน่าย จ่าย โอน สิ่งของที่เป็นกรรมสิทธิ์ของตนได้โดยเสรี ดังนั้นหากคู่สัญญาต้องการที่จำกัดสิทธินั้นก็จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายของแต่ละประเทศที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค หรือเศรษฐกิจของประเทศด้วย

การจำกัดสิทธิในการขายต่อสินค้านั้น ในบทที่ 9 กำหนดว่าอาจจะเป็นการจำกัดโดยกำหนดอาณาเขต กำหนดราคาขั้นต่ำที่จะขายต่อ กำหนดลักษณะการบรรจุหีบห่อสินค้าที่จะนำไปขายต่อ

เนื่องจากการจัดหาสินค้าในทางการค้าต่างตอบแทนในบางกรณีเป็นลักษณะของการดำเนินการระหว่างประเทศที่นอกจากความต้องการของสินค้าแล้วคู่สัญญายังพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเองเป็นองค์ประกอบสำคัญอีกด้วย เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญอาจทำให้ผู้จัดหาสินค้าไม่ได้คำนึงถึงผลกำไรทางธุรกิจมากเท่าใดนัก โดยจัดทำให้โดยคิดมูลค่าที่ต่ำกว่าราคาปกติที่ขายให้ประเทศอื่นและหากปล่อยให้คู่สัญญาที่ตนจัดหาสินค้าให้ไปนั้น นำสินค้าไปขายแข่งขันกับตน ย่อมทำให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศคู่สัญญาเอง จึงควรต้องมีการจำกัดการขายต่อไว้ในสัญญาการค้าต่างตอบแทน

(10) บทที่ 10 Liquidated damages and penalty clauses บรรยายถึงการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับ ที่จะต้องชำระเมื่อคู่สัญญาไม่

สามารถปฏิบัติตามหน้าที่ซึ่งตนมีอยู่ตามสัญญาไม่ว่าจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเลยหรือไม่สามารถปฏิบัติให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับขึ้นเพื่อกระตุ้นให้การปฏิบัติตามสัญญา หรือเพื่อชดใช้ความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือเพื่อวัตถุประสงค์ทั้งสองอย่าง

บทที่ 10 จะเน้นไปที่ข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับที่ครอบคลุมการไม่สามารถทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ โดยแบ่งเป็นการไม่ดำเนินการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์เลย หรือมีการดำเนินการแต่เป็นการดำเนินการที่ล่าช้า ซึ่งข้อกำหนดที่จะต้องมีการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าหรือเบี้ยปรับนั้น อาจจะถูกกำหนดสำหรับการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย โดยคู่มือแนะนำทางกฎหมายกำหนดพิจารณาถึงข้อกำหนดของประเทศไทยซึ่งมีหลายประเทศที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับแตกต่างกันออกไป โดยบางประเทศไม่อนุญาตให้กำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าหรือเบี้ยปรับ หรือบางประเทศอนุญาตให้คู่สัญญากำหนดได้แต่ศาลมีอำนาจที่จะปรับลดจำนวนลงได้

(11) บทที่ 11 Security of performance บรรยายเกี่ยวกับหลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญา และข้อกำหนดที่ควรมีในหลักประกัน ซึ่งหลักประกันอาจถูกนำมาใช้สำหรับการประกันหนี้ในการจัดซื้อ หรือจัดหาสินค้าในทางใดทางหนึ่ง หรืออาจจะเป็นหลักประกันสำหรับทั้งสองทางเชื่อมโยงกัน โดยหลักประกันในสัญญาการค้าต่างตอบแทนบางกรณีนั้นจะเป็นหลักประกันการชำระหนี้ที่มีลักษณะเชื่อมโยงกัน ต่างจากลักษณะของสัญญาซื้อขายตามปกติที่มีการออกหลักประกันสำหรับการชำระราคาสินค้าให้ผู้ขายมั่นใจว่าจะได้รับเงินหากทำการส่งสินค้าไปให้แก่ผู้ซื้อ แต่สัญญาการค้าต่างตอบแทนนั้นการชำระราคาเป็นการจัดส่งสินค้าตอบแทน ซึ่งอาจมีการเชื่อมโยงกัน

คู่มือทางกฎหมายได้แบ่งหลักประกันออกเป็น 2 แบบ คือหลักประกันแบบที่เป็นอิสระ (Independent guarantee) และหลักประกันแบบที่มีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ (Accessory guarantee) ซึ่งในบทที่ 11 นี้จะกล่าวถึงเฉพาะหลักประกันที่เป็นหลักประกันแบบอิสระเท่านั้น และยังกล่าวถึงการรับประกันในรูปแบบอื่นคือ Standby Letter of credit ด้วย ซึ่งเป็นรูปแบบที่ใช้แพร่หลายในโลกปัจจุบัน

เมื่อมีการใช้หลักประกันสำหรับประกันหนี้ในทางการค้าต่างตอบแทนคู่มือทางกฎหมายกำหนดว่าควรมีการกำหนดใน Countertrade agreement เกี่ยวกับเรื่องต่างๆ เช่น ใครเป็นคนจัดหาหลักประกัน การถูกริบหลักประกันจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกริบหลุดพ้นจากหน้าที่ในการทำให้การค้าต่างตอบแทนสมบูรณ์หรือไม่ การกำหนดตัวผู้รับประกันหรือวิธีการเลือกผู้รับประกัน เอกสารที่จะต้องนำมาแสดงเพื่อให้มีการจ่ายเงินตามหลักประกัน เป็นต้น

(12) บทที่ 12 Failure to complete countertrade transaction กำหนดเกี่ยวกับผลของการไม่เข้าทำสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา วิธีการเยียวยา เหตุยกเว้นความรับผิด โดยจะกล่าวถึงเฉพาะการทำการค้าต่างตอบแทนแบบ firm commitment ซึ่งคือข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงกันอย่างแน่นอนที่จะเข้าทำธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน ไม่ใช่เป็นเพียงแค่ข้อตกลงขั้นต้นที่เป็นเพียงความพยายามที่เข้าทำธุรกรรมเท่านั้น

ในบทที่ 12 จะเริ่มกล่าวถึงผลของการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ดำเนินการตามหน้าที่ของตนว่าจะมีผลกระทบต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือมีผลกระทบต่อธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนทั้งหมดอย่างไร และได้กำหนดถึงวิธีการเยียวยาสำหรับการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศเอาไว้ เป็น 2 ประเภทคือ การให้คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายหลุดพ้นจากหน้าที่ตาม Countertrade commitment ทั้งหมดหรือบางส่วน และการชดเชยเป็นจำนวนเงิน โดยไม่ได้แนะนำถึงการบอกเลิกสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งเป็นหลักการรักษาสัญญา เนื่องจากการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศการบอกเลิกสัญญาย่อมก่อให้เกิดความเสียหายตามมาจากการดำเนินการตามสัญญาในขั้นต้นก่อนที่จะมีการบอกเลิกสัญญาของทั้งคู่สัญญาทั้งสอง ไม่ว่าจะเป็นการส่งสินค้ากลับคืน การเตรียมการผลิตสินค้า เป็นต้น

มีการกำหนดเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความรับผิดเอาไว้ในบทนี้ ซึ่งจะมีความหมายกว้างกว่าเหตุสุดวิสัยเนื่องจากคู่มือทางกฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาสามารถเลือกที่จะกำหนดให้เหตุการณ์ใดๆ ก็ตามที่เกิดขึ้นแล้วทำให้คู่สัญญาไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาการค้าต่างตอบแทนได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ต้องรับผิด ซึ่งจะเป็นเหตุการณ์ใดๆ ก็ได้ตามที่คู่สัญญาตกลงกัน ไม่จำกัดเฉพาะเหตุสุดวิสัยอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งเหตุยกเว้นความรับผิดในคู่มือทางกฎหมายใช้คำว่า Exempting impediment

ในส่วนสุดท้ายของบทที่ 12 ได้กำหนดถึงปัญหาสำคัญที่เป็นลักษณะเฉพาะของการค้าต่างตอบแทนว่า หากการเข้าทำสัญญาจัดหาสินค้าเป็นเงื่อนไขในการเข้าทำสัญญาจัดหาสินค้าในอีกทางหนึ่ง จะเกิดผลอย่างไรเนื่องจากเป็นหนี้ที่มีความเชื่อมโยงกัน ซึ่งกฎหมายของประเทศต่างๆ จะไม่มีคำตอบโดยตรงต่อคำถามนี้ คู่มือทางกฎหมายจึงแนะนำให้คู่สัญญาควรกำหนดเอาไว้ถึงผลของปัญหาดังกล่าว โดยกำหนดใน Countertrade agreement นอกจากนี้ยังกำหนดถึงการสิ้นสุดของสัญญา การไม่สามารถชำระราคาภายใต้สัญญาจัดหาสินค้า หรือการไม่สามารถส่งสินค้าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายภายใต้สัญญาจัดหาสินค้าด้วย

(13) บทที่ 13 Choice of law บรรยายถึงกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ที่ให้คู่สัญญาสามารถตกลงร่วมกันเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ระหว่างคู่สัญญา ถึงแม้ว่าจะมีกฎในบางประเทศที่จะมีกฎหมายที่จำกัดสิทธิใน

การเลือกใช้กฎหมายมาบังคับใช้ และถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับระหว่าง คู่สัญญาเอาไว้ หลักกฎหมายขัดกันก็จะชี้ไปยังกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ

นอกจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล หรือกฎหมายขัดกัน คู่มือ แนะนำทางกฎหมายยังแนะนำว่าในบางกรณีธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนอาจอยู่ภายใต้บังคับ ของกฎหมายระหว่างประเทศอื่น คือ United Nations Convention on the International Sale of Goods เนื่องจากการค้าต่างตอบแทนนั้นมีบางส่วนที่เป็นสัญญาซื้อขายซึ่งจะต้องอยู่ในบังคับของ อนุสัญญาหากเข้าเงื่อนไขของอนุสัญญาดังกล่าว

อย่างไรก็ตามเพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนของกฎหมายที่ถูกนำมาใช้บังคับ คู่สัญญาการค้าต่างตอบแทนควรที่จะตกลงกันไว้โดยชัดแจ้ง โดยคู่มือทางกฎหมายได้กำหนด ปัจจัยต่างๆ ที่ควรนำมาพิจารณาเพื่อหาข้อตกลงร่วมกันในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ เช่น ความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญาเกี่ยวกับกฎหมายนั้น และข้อจำกัดของกฎหมายที่เป็น Mandatory Rules ซึ่งจำกัดสิทธิในการเลือกใช้กฎหมายของคู่สัญญา เป็นต้น

การกำหนดเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับของคู่มือทางกฎหมายนี้ โดยหลักแล้วจะ ไม่แตกต่างจากการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่การทำสัญญาในทางการค้าระหว่าง ประเทศทั่วไป เป็นเพียงการสร้างความสำเร็จเบื้องต้นที่เป็นหลักทั่วไปเท่านั้น จะมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับ การค้าต่างตอบแทนโดยตรงเฉพาะเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายที่อาจจะมีการกำหนดให้ แตกต่างกันในส่วนของ การบังคับใช้กฎหมายกับ Countertrade agreement และสัญญาจัดหา สินค้าทั้งสองทาง โดยสัญญาแต่ละสัญญาคู่สัญญาอาจตกลงให้กฎหมายที่นำมาบังคับใช้ แตกต่างกันไปก็ได้

(14) บทที่ 14 Settlement of disputes ได้แนะนำให้คู่สัญญาควรที่จะกำหนด เกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากการการค้าต่างตอบแทน ไม่ว่าจะ เป็นข้อ พิพาทที่เกิดจาก Countertrade agreement หรือเกิดจากสัญญาจัดหาสินค้า บรรยายถึงการ ระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งประกอบด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทประกอบด้วย การเจรจา (Negotiation) การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) และ การดำเนินคดีต่อศาล (Judicial Proceeding) ซึ่งวิธีต่างๆ นั้น คู่มือกฎหมายจะเปรียบเทียบใน ส่วน ของระยะเวลาในการดำเนินการ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการวิธีต่างๆ และที่สำคัญคือ การที่จะ สามารถรักษาความลับในทางการค้าระหว่างคู่พิพาทเอาไว้ โดยกำหนดลักษณะทั่วไปของการ เลือกวิธีระงับข้อพิพาทว่าในขั้นต้นคู่กรณีมักจะดำเนินการเจรจาก่อน หากไม่ได้ผลก็อาจจะนำข้อ พิพาทไปทำการประนอมข้อพิพาท ก่อนที่จะมีการอนุญาโตตุลาการหรือนำคดีเสนอต่อศาลต่อไป โดยข้อตกลงของคู่สัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทนี้อาจจะตกลงให้ ใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการประนอมข้อพิพาทโดยเฉพาะได้แก่ UNCITRAL Conciliation Rules

การกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของคู่มือทางกฎหมายนี้ถึงแม้จะมีกำหนดประเภทและลักษณะการระงับข้อพิพาทเหมือนกับการระงับข้อพิพาททั่วไป แต่มีสิ่งที่กำหนดขึ้นมา โดยเฉพาะที่คำนึงถึงลักษณะของการค้าต่างตอบแทน คือ การที่ในบางกรณีการค้าต่างตอบแทนประกอบด้วยสัญญามากกว่าหนึ่งสัญญาขึ้นไป ทำให้การค้าต่างตอบแทนธุรกรรมหนึ่งๆนั้น อาจเกิดข้อพิพาทหลายข้อพิพาทซึ่งมาจากสัญญาที่ต่างกันไป ดังนั้น นอกจากการกำหนดว่าวิธีใดที่จะนำมาใช้กับการระงับข้อพิพาทแล้ว คู่มือแนะนำทางกฎหมายจึงแนะนำให้คู่สัญญาควรกำหนดให้ครอบคลุมกรณีที่จะมีข้อพิพาทมากกว่าหนึ่งข้อพิพาทเกิดขึ้นว่าจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทใด หรือหน่วยงาน บุคคลใดเข้ามาดำเนินการระงับข้อพิพาทต่างๆที่อาจเกิดขึ้นนั้น เช่น การกำหนดศาลหรือบุคคลที่จะเป็นผู้ดำเนินการประนีประนอมข้อพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้น เป็นต้น

ซึ่งข้อกำหนดต่างๆ ในแต่ละบทที่กล่าวมานั้น มีความใกล้เคียงกับการดำเนินการของคู่สัญญาในสัญญาทั่วไปที่จะต้องพิจารณาในดำเนินการอยู่แล้ว ซึ่งหากเป็นการทำสัญญาทั่วไป คู่สัญญาก็จะมีการกำหนดกันตั้งแต่มีการเข้าทำสัญญาแล้ว แต่เนื่องจากสัญญาการค้าต่างตอบแทนบางกรณีเริ่มต้นที่การทำ Countertrade agreement ก่อน โดยยังไม่มีการเข้าทำสัญญาจัดหาสินค้าโดยตรง ดังนั้นจึงมีการกำหนดเรื่องต่างๆ ไว้ใน Countertrade agreement อันเป็นเงื่อนไขที่แท้จริงแล้วคู่สัญญามีความประสงค์ที่จะกำหนดเอาไว้ในสัญญาจัดหาสินค้าแต่ละทางที่เป็นส่วนประกอบของการทำการค้าต่างตอบแทน ซึ่งเป็นสิ่งที่ เป็นลักษณะเฉพาะของการค้าต่างตอบแทนที่กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาโดยทั่วไปไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้

3. ลักษณะทางกฎหมายและขอบเขตการบังคับใช้

Legal Guide on International Countertrade Transaction เป็นคู่มือที่ช่วยให้คู่สัญญาทำการเจรจาในการดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยแสดงประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น การเกิดขึ้นของสัญญา ไปจนถึงการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน เป็นต้น และบรรยายถึงวิธีการต่างๆที่เป็นไปได้ วิธีการแก้ไขปัญหาประเด็นต่างๆ โดยถูกออกแบบมาเพื่อถูกใช้โดยบุคคลหลายระดับที่เกี่ยวข้องกับการเจรจาในการร่างสัญญา มีเจตนาที่จะให้ทั้งนักกฎหมายและบุคคลทั่วไปที่ไม่มีพื้นฐานความรู้ด้านกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามใน Legal Guide on International Countertrade Transaction ก็ระบุไว้ว่า ไม่ควรถือว่าสิ่งที่กำหนดใน Legal Guide นี้เป็นคำแนะนำทางด้านกฎหมายจากผู้แนะนำที่มีความชำนาญและมีประสบการณ์ กล่าวคือไม่ควรยึดถือเสียทีเดียวเหมือนเช่นเวลาที่ขอคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้นผู้ที่ศึกษาจึงจะต้องพิจารณาปัจจัยด้านอื่นๆ เพื่อประกอบการตัดสินใจด้วย

นอกจากจะมีการกำหนดข้อแนะนำในส่วนของกฎหมายแล้วยังมีส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับความหมายของคำศัพท์โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการค้าต่างตอบแทน เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

Legal Guide on International Countertrade Transaction ใช้กับธุรกรรมที่ถูกครอบคลุมซึ่งได้แก่ ธุรกรรมทั้งหลายที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจัดหาสินค้า บริการ เทคโนโลยี หรือมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นใดให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายแรกนั้นตกลงที่จะจัดซื้อสินค้า บริการ เทคโนโลยี หรือมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นใด กลับคืนจากคู่สัญญาฝ่ายที่สอง ลักษณะเฉพาะของธุรกรรมนี้ คือความเชื่อมโยงระหว่างการจัดหาสินค้า บริการ เทคโนโลยี หรือมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นใด ทั้งสองทาง โดยทั้งสองสัญญามีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน

Legal Guide on International Countertrade Transaction ใช้เป็นคู่มือแนะนำเฉพาะธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนในทางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น เพราะมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับการค้าต่างตอบแทนภายในประเทศ เนื่องจากกำหนดมาโดยเฉพาะให้เข้ากับลักษณะของการค้าระหว่างประเทศ แต่ทว่า ถ้าธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนแบบภายในประเทศใด อยู่ในขอบเขตของ Legal Guide ก็สามารนำไปปรับใช้ได้

Legal Guide on International Countertrade Transaction เป็นเพียงคู่มือแนะนำทางกฎหมาย จะไม่ถูกนำมาบังคับใช้ระหว่างคู่สัญญา เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันไว้อย่างชัดเจนในสัญญาตั้งแต่ต้นหรือเป็นผลมาจากกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ระหว่างความสัมพันธ์ของคู่สัญญาที่กำหนดให้นำ Legal Guide ไปบังคับใช้ และไม่สามารถนำ Legal Guide มาใช้เพื่อตีความข้อตกลงหรือสัญญาในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันไว้ก่อน

การที่ UNCITRAL ออก Legal Guide หรือคู่มือแนะนำทางกฎหมายซึ่งมีลักษณะไม่ผูกพัน ไม่มีสภาพบังคับให้คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม แทนที่จะเป็น Model Law หรือกฎหมายระหว่างประเทศ นั้น เนื่องจากการออกเป็น Legal Guide มีผลดีในทางหนึ่งคือ เมื่อไม่ผลผูกมัดเป็นลักษณะบังคับยอมทำให้บุคคลทั่วไป หรือนักธุรกิจพ่อค้าที่เกี่ยวข้องกับการค้าต่างตอบแทน มีความสนใจที่จะทำความเข้าใจ ศึกษาเกี่ยวกับ Legal Guide มากกว่าการกำหนดเป็นกฎหมาย เพราะโดยลักษณะธรรมชาติของมนุษย์นั้นจะไม่ชอบการถูกบังคับผูกมัดให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่ง Legal Guide เอง มีลักษณะเป็นเพียงข้อแนะนำว่าในการทำการค้าต่างตอบแทน ควรจะคำนึงถึงปัจจัยอะไรบ้าง มีข้อควรระวังในการทำธุรกรรมอย่างไร เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ที่ปฏิบัติตามและเนื่องจากการเป็นคู่มือแนะนำทางกฎหมายไม่ใช่บทบัญญัติทางกฎหมายจึงสามารถเลือกใช้คำธรรมดาที่สามารถสื่อสารให้เข้าใจง่ายกว่าถ้อยคำทางกฎหมายที่ยากจะเข้าใจสำหรับบุคคลที่ไม่มีพื้นฐานความรู้ทางกฎหมาย และไม่จำเป็นต้องมีการตีความใดๆ อย่างไรก็ดี ถึงแม้ Legal Guide จะไม่มีลักษณะบังคับ แต่หากมีการปฏิบัติตาม Legal Guide เป็นระยะเวลา

นาน เป็นที่ยอมรับและถือตามของบุคคลทั่วไป โดยเห็นว่าการปฏิบัติตาม Legal Guide ถือเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ควรทำ ก็จะทำให้ Legal Guide กลายเป็น ประเพณีปฏิบัติในทางการค้า¹ไปในที่สุด

เนื่องจาก Legal Guide ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายโดยตัวเอง เป็นเพียงคำแนะนำที่คู่สัญญาหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องควรคำนึงถึง ดังนั้นจึงมีการแบ่งคำแนะนำออกเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้

(1) ระดับสูงสุดซึ่งเป็นระดับที่ระบุว่าส่งผลสำคัญอย่างมาก เป็นการกระทำที่มีเหตุผลและความจำเป็นทางกฎหมายอย่างสูงสุด โดย Legal Guide จะใช้คำว่า “should” (ต้อง) เช่น The parties should take into account the mandatory legal rules of administrative in the country of each party that are relevant to the countertrade transaction. (คู่สัญญาควรพิจารณาถึงกฎหมายที่เป็นบทบังคับซึ่งใช้อยู่ในประเทศที่คู่สัญญา ธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนที่เกี่ยวข้อง)

(2) ระดับกลาง เป็นระดับที่คู่สัญญาควรนำไปพิจารณา โดยจะใช้คำว่า “advisable หรือ desirable” เช่น It is advisable that the countertrade agreement specify the language of the contracts. (แนะนำว่าควรกำหนดใน countertrade agreement ว่าจะใช้สัญญาเป็นภาษาใด)

(3) ระดับต่ำสุดของคำแนะนำ จะกำหนดโดยใช้คำว่า “the parties may wish to consider” หรือ “the parties might wish to provide” หรือ “might” เป็นเพียงคำแนะนำเพื่อให้คู่สัญญาหรือผู้ที่เกี่ยวข้องอาจจะพิจารณาข้อกำหนดนั้นๆ เช่น “The parties may wish to consider whether the countertrade agreement is to contain introductory recitals. (คู่สัญญาอาจจะพิจารณาว่า countertrade agreement จะมีการกำหนดการบรรยายแบบเกริ่นนำหรือไม่)

¹ ประเพณีปฏิบัติในทางการค้า ได้แก่ การที่มีการปฏิบัติจนได้รับการยอมรับกัน ประกอบด้วย แนวปฏิบัติทางการค้า (Practise) ขนบธรรมเนียม (Usages) หรือมาตรฐานทางการค้า ประเพณีการปฏิบัติในทางการค้า มีปรากฏอย่างมากในทางการค้าระหว่างประเทศ เช่น ประเพณีปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับความเข้าใจทางศัพท์ทางการค้า อันเป็นที่มาของ Incoterms เป็นต้น

4. หลักเกณฑ์ที่สำคัญของ Legal Guide on International Countertrade Transaction

Legal Guide on International Countertrade Transaction เป็นเพียงคู่มือทางกฎหมายที่แนะนำผู้ที่ต้องการจะเข้าเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศ ได้ทราบถึงลักษณะต่างๆในการค้าต่างตอบแทน และที่สำคัญได้บรรยายถึงการกำหนดข้อกำหนดต่างๆในสัญญาและข้อตกลงว่าควรจะคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง โดยให้ข้อสังเกตแต่ไม่ได้มีลักษณะของการบังคับแต่อย่างใด ซึ่งก็ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นพื้นฐานของการเข้าทำสัญญาคือ เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party autonomy)

ก. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract)

แนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาเกิดจากความคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Laissez-Faire) ที่เน้นเสรีภาพของมนุษย์ เกิดจากปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม ที่ถือว่าเจตนา มีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นพื้นฐานขอเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์² เสรีภาพในการแสดงเจตนาหมายถึงการที่บุคคลมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ มีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการจัดการสัญญานั้นอย่างไรก็ได้³ ตราบเท่าที่สัญญานั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หลักเสรีภาพในการทำสัญญาถือว่าสัญญามีพื้นฐานมาจากการตกลงร่วมกันของคู่สัญญา เกิดจากความสมัครใจและเจตนาของคู่สัญญา หน้าที่เกิดขึ้นมาจากสัญญาถือว่าเป็นหน้าที่ยุติธรรม เนื่องจากคู่สัญญามีเสรีภาพอิสระที่จะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าเห็นว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายเอาเปรียบหนี้ยางฝ่ายตนมากกว่าหนี้ยางของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรมก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับเอาหนี้ยางนั้น แต่ถ้าหากคู่สัญญาเห็นว่าหนี้ยางนั้นมีความยุติธรรม จึงมาตกลงทำสัญญากัน ลูกหนี้ยางนี้จะมากล่าวอ้างภายหลังว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้⁴ บุคคลทุกคนต้องมีเสรีภาพ เว้นแต่ในบางกรณีที่เหมาะสมวางข้อจำกัดในเรื่องเสรีภาพลง ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนควรมีความสามารถที่จะกำหนดความสัมพันธ์ตามกฎหมายกันขึ้นเองได้ ภายในกรอบหรือกฎเกณฑ์ที่กฎหมายวางข้อกำหนดไว้ ซึ่งกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่สังคมควรจะมีนั้นก็ คือ กฎเกณฑ์ที่

² ดาราวพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้วไขเพิ่มเติม(กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542) น. 15.

³ Konrad Zweigert and Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law, trans. Tony Weir 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992) p.335.

⁴ ไชยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้วไขเพิ่มเติม(กรุงเทพมหานคร, 2525) น.72-73.

คู่สัญญามีความเท่าเทียมกันในการที่จะทำความตกลงกันเอง รัฐต้องไม่ออกบทบัญญัติของกฎหมายมาบีบบังคับการทำสัญญาของเอกชน ควรปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่สัญญาของตนเองได้ตามลำพัง

ข. หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party autonomy)

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เป็นหลักที่นักปรัชญากฎหมายในสมัยศตวรรษที่ 18 ให้ความสำคัญสนับสนุนโดยหลักนี้ได้พัฒนาไปพร้อมกับหลักเสรีภาพทางเศรษฐกิจที่เริ่มมีเพิ่มมากขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยในสมัยศตวรรษที่ 18 นั้น นักปรัชญาทางกฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้บุคคลหลุดพ้นจากข้อบังคับในทางสังคม รวมถึงในทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ เพราะต้องการให้เรื่องของกฎข้อบังคับให้เป็นเรื่องของช้อยกเว้นเท่านั้น นอกจากนี้ยังเห็นว่าการวางกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดในการใช้บังคับแก่คู่สัญญานั้นไม่มีอะไรจะดีไปกว่ากฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาที่มีความเท่าเทียมกันเป็นผู้ตกลงเอาไว้โดยถือว่าเป็นกฎหมายอันหนึ่งที่คู่สัญญาเจตนาจะใช้บังคับแก่กรณีของตน โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน แนวความคิดเหล่านี้จึงนำไปสู่ “หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา” กล่าวคือ ให้คู่กรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา โดยรัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับการทำสัญญาของเอกชน เพื่อให้เอกชนสามารถวางหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่สัญญาของตนเองตามลำพัง โดยกฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องด้วยก็แต่เฉพาะในกรณีให้เห็นสมควรเป็นพิเศษเท่านั้น⁵

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ถือว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์ เป็นไปตามหลักเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ การแสดงเจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิเจตนาที่มีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิ บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ⁶ ภายใต้หลักศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา คู่สัญญามีสิทธิที่จะกำหนดรายละเอียดของข้อกำหนดในสัญญาเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ของตนได้อย่างอิสระ เช่น การกำหนดราคาของสินค้าที่ทำการค้าต่างตอบแทนนั้น Legal Guide on International Countertrade Transaction ได้กำหนดแนะนำวิธีการที่จะนำมาใช้ในการกำหนดราคาไว้ 5 วิธีคือ

⁵ สุธาบัติ สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบ 1, (กรุงเทพมหานคร: แผนกวิชานิติศาสตร์บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), น. 1.

⁶ ดาราพร ติระวัฒน์, กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2542, น. 12.

1. พิจารณาจากราคาตลาดสำหรับสินค้าและบริการ (Market prices for goods or service)

2. พิจารณาจากต้นทุนการผลิต (Production cost)

3. ราคาของผู้แข่งขัน (Competitor 's price)

4. กำหนดราคาสินค้าโดยการอ้างอิงจากราคาต่ำสุดของสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกันที่ผู้ขาย (Exporter) ได้เคยขายให้แก่ลูกค้ารายอื่น Most-favored customer clause

5. มาตรฐานหลายๆส่วนร่วมกัน (Use of more than one standard)

และนอกจากปัจจัย 5 ประการที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อาจมีการกำหนดราคาโดยให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญา หรือกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ซื้อ(Importer) หรือผู้ขาย(Exporter) ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้น เป็นต้น

สำนักหอสมุด