

หลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญา Countertrade (Security for Performance)

และผลทางกฎหมายของการผิดสัญญา Countertrade

1. การผิดสัญญา

การผิดสัญญา ในกรณีทั่วไปหมายถึง การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนตามสัญญา หรือกระทำการใดๆ ที่ไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของตนตามสัญญา อันเป็นผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย จึงอาจเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อย หรือความเสียหายรุนแรงถึงขนาดที่ไม่อาจให้สัญญามีผลต่อไปได้ จึงต้องมีการบอกเลิกสัญญา¹

ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) กำหนดว่า การผิดสัญญา หมายถึง การไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ทุกชนิดของคู่สัญญา ไม่ว่าจะป็นหนี้ประธานหรือหนี้อุปกรณ์ และไม่คำนึงว่าบ่อเกิดแห่งหนี้ นั้นจะมาจากสัญญาซื้อขายฉบับนั้นเอง จารัตและประเพณีปฏิบัติทางการค้า หรืออนุสัญญานี้ก็ตาม เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ย่อมส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถที่จะเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานั้น หรือเรียกให้ปฏิบัติตามสัญญา หรือบอกเลิกสัญญานั้นก็ได้ ขึ้นอยู่กับลักษณะการผิดสัญญาว่ารุนแรงมากน้อยเพียงใด และขึ้นอยู่กับความต้องการระหว่างคู่สัญญา

ในการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศ ดังที่กล่าวมาแล้วว่า มีสัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องบางครั้งมากกว่าหนึ่งสัญญา ซึ่งการเข้าทำสัญญา (ในกรณีที่มีการทำ Countertrade agreement กันไว้ โดยยังไม่ได้เข้าทำสัญญา) และการปฏิบัติตามสัญญา (ในกรณีที่มีการเข้าทำสัญญากันเรียบร้อยแล้ว) ไม่ว่าจะกรณีใดก็ตามคู่สัญญาก็มีหน้าที่ที่ต่างกัน การผิดสัญญาของคู่สัญญาอาจจะเป็นการไม่ดำเนินการเข้าทำสัญญาต่อกันในขั้นแรก หลังจากมีการทำ Countertrade agreement กันแล้ว และถึงแม้จะมีการเข้าทำสัญญาแล้วแต่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ถือว่าเป็นการผิดสัญญาอีกเช่นกัน เนื่องจาก

¹ รัชลี ภูมิทองแก้ว, "การผิดสัญญาในสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ"

(สารนิพนธ์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546)

การค้าต่างตอบแทนในบางประเภทประกอบด้วยสัญญามากกว่าหนึ่งสัญญา หน้าที่ตามสัญญาที่ ย่อมมากขึ้นเช่นกัน

การผิดสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในทางการค้าต่างตอบแทนอาจจะส่งผลกระทบต่อ อย่างร้ายแรงต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ตามสัญญาแรกมีการผิดสัญญา ทำให้ผู้ที่ จะทำการจัดหาตอบแทน ไม่ได้รับสินค้าที่วางแผนไว้ว่าจะนำไปใช้เป็นทุนสำหรับจัดหา สินค้าอื่น ๆ ตอบแทน หรือการที่ผู้ที่ จะทำการจัดหาตอบแทน (ซึ่งเป็นผู้จัดซื้อตามสัญญาแรก) ไม่ได้รับสินค้าตามสัญญาแรกทำให้ไม่สามารถดำเนินการตามแผนการที่จะมีสินค้าเพื่อที่จะนำไป เปิดตลาดการค้าใหม่ๆได้ หรือการที่ผู้จัดซื้อตามสัญญาแรกไม่ได้รับสินค้าตามที่วางแผนไว้ว่าจะ นำไปขายเพื่อนำไปจัดหาสินค้าตอบแทนในอีกสัญญาหนึ่ง เป็นต้น

2. หลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญา Countertrade (Security for Performance)

คู่สัญญาอาจกำหนดให้มีคู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามต้องจัดหา หลักประกันสำหรับการทำ ให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ ได้แก่ หลักประกันสำหรับหน้าที่ในการจัดหาสินค้า หรือ หน้าที่ในการจัดซื้อสินค้า หรือหน้าที่ทั้งสองด้าน

โดยหลักประกันนั้นอาจจะเป็นอิสระแยกจากสัญญาหลักหรืออาจเป็นสัญญาอุปกรณ์ ของสัญญาก็ได้ ในกรณีที่หลักประกันเป็นอิสระจากสัญญา ผู้รับประกันจะผูกพันตนที่จะจ่ายเงิน ตามหลักประกัน เมื่อผู้รับประกันแสดงความต้องการในการขอรับเงินตามหลักประกันและยื่น เอกสารตามที่กำหนดภายใต้ข้อตกลงของการประกันต่อผู้รับประกันโดยไม่ต้องทำการพิสูจน์ว่ามี การทำผิดหน้าที่ตามสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งเอกสารที่ต้องยื่น อาจเป็นเอกสารที่ผู้รับประกันแจ้ง ต่อผู้รับประกันว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น หรือหนังสือรับรองจากผู้เชี่ยวชาญ ขึ้นอยู่กับข้อตกลง ของคู่สัญญา แต่สามารถปฏิเสธการจ่ายเงินตามเอกสารได้ในกรณีที่การกล่าวอ้างสิทธิเกิดจาก การฉ้อฉล หากเป็นหลักประกันที่ถือว่าเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาหลัก ผู้รับประกันจะจ่ายเงิน ตามหลักประกันก็ต่อเมื่อผู้รับประกันได้ทำการพิสูจน์ว่าการกระทำผิดหน้าที่ตามสัญญาหลัก จริง

คู่สัญญาอาจตกลงให้มีการค้ำประกันค้ำประกันของตนเองในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ เพื่อเป็นการรับประกันแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าตนจะปฏิบัติหน้าที่ของตน และใน Countertrade agreement อาจกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีหลักประกันให้ซึ่ง กันและกัน รวมทั้งกรณีที่หากสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับ การค้าต่างตอบแทนนั้น ก็อาจกำหนดให้บุคคลภายนอกจะต้องจัดให้มีหลักประกันด้วย ซึ่ง ข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักประกันควรมีเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1. การเลือกผู้รับประกัน
2. เงื่อนไขในการได้รับการจ่ายเงินตามหลักประกัน
3. จำนวนหลักประกันและการลดจำนวนเงิน
4. ระยะเวลาในการจัดหาหลักประกัน
5. ระยะเวลาการมีผลบังคับของหลักประกัน
 - วันสิ้นสุด
 - การคืนหลักประกัน
6. การขยายระยะเวลาของหลักประกัน

3. เงื่อนไขเกี่ยวกับค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับ

(Liquidated Damages and Penalty Clause)

คู่สัญญาจะต้องจ่ายค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญา ปฏิบัติหน้าที่แต่ล่าช้ากว่าเวลาที่กำหนดเอาไว้ หรือการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา การปฏิบัติตามสัญญาล่าช้าหรือการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องนั้น จะต้องได้รับเงินค่าเสียหายล่วงหน้าตามที่ตกลงกันไว้ในเวลาเริ่มต้นทำข้อตกลงเกี่ยวกับสัญญา

การกำหนดเบี้ยปรับแม้จะมีความสัมพันธ์กับการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าจนอาจกล่าวได้ว่า เบี้ยปรับเป็นการกำหนดอีกรูปค่าเสียหายล่วงหน้าอีกรูปแบบหนึ่ง แต่มีลักษณะไม่เหมือนกันเลยทีเดียว กล่าวคือ เบี้ยปรับอาจจะกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าไว้สูงกว่าค่าเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้มากเกินไปจนสมควร ขณะที่ค่าเสียหายล่วงหน้ากำหนดค่าเสียหายไม่สูงไปกว่าค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้น

การกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับนั้น มีวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ

(1) กำหนดเพื่อกระตุ้นให้มีการปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญา เนื่องจากในการค้าต่างตอบแทนบางประเภทคู่สัญญาเพียงแต่ต้องการส่งออกสินค้าของฝ่ายตน โดยยอมตกลงทำการค้าต่างตอบแทน หากจึงต้องมีการกำหนดเบี้ยปรับไว้เพื่อป้องกันคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา เพราะหากไม่ตามสัญญา ฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องจ่ายเบี้ยปรับซึ่งเป็นผลร้ายมากกว่าการผิดสัญญา จึงมีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเกิดความตระหนักก่อนที่จะผิดข้อตกลง

(2) กำหนดเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติล่าช้า และเกิดความสะดวกในกรณีที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ผู้กระทำผิดสัญญาจะต้องชดเชยค่าเสียหายตามจำนวนที่กำหนดไว้ล่วงหน้า โดยไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ถึงความเสียหายอีก

คู่สัญญาอาจกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับสำหรับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดใน Countertrade agreement ในการทำให้การค้าต่างตอบแทนสมบูรณ์ เช่น ค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับในการที่คู่สัญญาไม่เปิด Letter of credit ในการชำระราคา หรือในการขนส่งสินค้า เป็นต้น

ในการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้านั้นจะต้องพิจารณาถึงลักษณะของการค้าต่างตอบแทนด้วย หากเป็นการค้าต่างตอบแทนประเภทที่ไม่มีการเกี่ยวข้องกับการชำระเงินตรา การกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและการลงโทษที่เป็นจำนวนเงินจะมีผลจูงใจต่อคู่สัญญาบ่อย จึงควรกำหนดการปรับเป็นการส่งสินค้าตามปริมาณและคุณภาพที่กำหนดมากกว่าการกำหนดเป็นจำนวนเงิน และในบางระบบกฎหมายได้กำหนดเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าไว้ว่า คู่สัญญาไม่สามารถกำหนดค่าเสียหายเอาไว้อย่างตายตัวได้ คู่สัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้จะต้องรับผิดชอบความเสียหายตามที่เกิดขึ้นจริงตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายทั่วไป และในกฎหมายบางระบบก็ยอมรับในการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าแต่ก็ยังไม่ให้อำนาจศาลในการลดค่าเสียหายลงจากที่คู่สัญญาตกลงกันได้ และอาจสามารถเพิ่มจำนวนค่าเสียหายขึ้นจากจำนวนที่ตกลงกันได้ จึงต้องพิจารณาถึงกฎหมายของแต่ละประเทศด้วย

ในการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดลักษณะของเบี้ยปรับไว้ใน มาตรา 379² และใน มาตรา 383³ กำหนดว่าถ้าเบี้ยปรับที่กำหนดกันไว้สูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดลงได้ตามที่ศาลเห็นสมควร ที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น กฎหมายให้วิเคราะห์ทางได้เสียของทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สินเท่านั้น แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติว่าทางได้เสียของเจ้านี้ดังกล่าวนี้ได้แก่อะไรบ้าง จึงต้องศึกษาจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก โดยศาลไทยถือว่าค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง และนอกจากการปรับลดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ยังมีการปรับลดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคและได้บัญญัติถึงกรณีที่ศาลสามารถใช้อำนาจลดเบี้ยปรับในสัญญาได้หลาย

² มาตรา 379 ถ้าลูกหนี้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่ง เป็นเบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ก็ดี หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร ก็ดี เมื่อลูกหนี้ผิดนัดก็ให้ปรับเบี้ยปรับ ถ้าการชำระหนี้อันจะพึงทำนั้น ได้แก่งวดวันการอันใดอันหนึ่ง หากทำการอันนั้นฝ่าฝืนมูลหนี้เมื่อใด ก็ให้ปรับเบี้ยปรับเมื่อนั้น

³ มาตรา 383 ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอ สมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้วิเคราะห์ถึงทาง ได้เสียของเจ้านี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียใน เชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้วสิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป

ประการและกว้างกว่าการใช้อำนาจลดเบี้ยปรับของศาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในบางสัญญาที่มีการกำหนดข้อสัญญาที่อาจจะไม่แตกต่างจากเบี้ยปรับ แต่ซ่อนเร้นอยู่ในรูปแบบต่างๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการที่ศาลจะใช้อำนาจปรับลด

ประเทศสหรัฐอเมริกา การพิจารณาว่าข้อกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าในสัญญาจะบังคับใช้ได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล หากศาลเห็นว่าข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะเป็นเชิงลงโทษหรือเบี้ยปรับ ศาลจะไม่บังคับให้ถึงแม้ว่าสัญญาจะระบุชื่อข้อกำหนดนั้นเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าหรือไม่ก็ตาม เหตุผลที่ศาลสหรัฐอเมริกาไม่บังคับข้อกำหนดในสัญญากำหนดเบี้ยปรับเพราะการที่มีการกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนที่ไม่เป็นสัดส่วนโดยชัดเจนกับค่าเสียหายที่แท้จริง เป็นการยับยั้งการผิดสัญญา โดยการบังคับ ส่งผลเป็นการชู้ ทำให้เกิดความกลัวในความสูญเสียทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง จึงเป็นการบังคับให้ลูกหนี้จำต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ในขณะที่เจ้าหนี้สามารถเก็บเกี่ยวกำไรที่เกินจากความเสียหายที่แท้จริง⁴

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ แบ่งจำนวนเงินที่จะต้องจ่ายในการผิดสัญญา เป็น 2 ประเภท คือ Liquidated Damages Clause และ Penalty Clause ซึ่งก็คือค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับนั่นเอง หากถือว่าเป็นค่าเสียหายล่วงหน้า ถือเป็นข้อตกลงที่มีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย เนื่องจากเป็นความพยายามที่แท้จริงในการจะประมาณความเสียหายล่วงหน้า แต่หากถือว่าเป็นเบี้ยปรับถือเป็นการชู้เงินบังคับเอาแก่อีกฝ่ายเพื่อจะเรียกเงินเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริง

ส่วนประเทศเยอรมันกับญี่ปุ่น ข้อกำหนดในเรื่องเบี้ยปรับสามารถให้บังคับได้ โดยถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของความเสียหาย ซึ่งในประเทศญี่ปุ่นเองศาลจะไม่แทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาในเรื่องเบี้ยปรับ เว้นแต่เป็นกรณีเกี่ยวกับผู้บริโภค หรือเป็นการเสื่อมสวัสดิภาพแก่ประชาชน ส่วนประเทศเยอรมันนั้นแม้จะถือว่าเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายแบบหนึ่งแต่แยกแยะระหว่างเบี้ยปรับและค่าเสียหายล่วงหน้าไว้ชัดเจน โดยถือว่าเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายขั้นต่ำที่เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องได้โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ แต่ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องหากเป็นกรณีที่เกิดจากความไม่เป็นธรรมและลูกหนี้มีคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งลด

ในการค้าต่างตอบแทนนั้น แต่ละสัญญาผู้ซื้อ (Importer) มีค้ำประกันที่จะซื้อสินค้า และในส่วนของผู้ขาย (Exporter) ก็เช่นกันที่มีหน้าที่ในการจัดหาสินค้า หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องชำระเงินตามข้อกำหนดในเรื่องค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับ โดยเงื่อนไขในการ

⁴ Larry A. Dimatteo ,A Theory of Efficient of Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages,38 Am. Bus .L. J. P633 (2001)

ชำระค่าเบี้ยปรับนั้น อาจครอบคลุมถึงค้ำประกันในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ทั้งหมด หรือเพียงแต่บางส่วนก็ได้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่สัญญา

การกำหนดเงื่อนไขของค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับไม่สามารถกำหนดร่วมกับการกำหนดเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) เงื่อนไขที่กำหนดจำกัดอัตราสูงสุดในการชดเชยความเสียหาย โดยเฉพาะความเสียหายที่พิสูจน์ได้ คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เพราะการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับนั้น ผู้ผิดสัญญาจะชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับโดยไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์จำนวนความเสียหายแต่อย่างใด

(2) เงื่อนไขที่กำหนดให้มีทางเลือกว่าจะปฏิบัติตามหน้าที่หรือจ่ายเงินค่าชดเชยอย่างใดอย่างหนึ่ง เพราะการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับนั้น ไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาเลือกปฏิบัติได้ ต้องทำตามหน้าที่ในการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับเท่านั้น

การกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับนั้นอาจกำหนดไว้เป็นจำนวนที่แน่นอน หรือกำหนดเป็นอัตราเปอร์เซ็นต์ (%) ของมูลค่าหน้าที่ที่ไม่ได้รับการปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน ซึ่งการกำหนดเป็นอัตราเปอร์เซ็นต์ (%) นั้นจะมีประโยชน์ในเรื่องความยืดหยุ่น เนื่องจากค่าเสียหายล่วงหน้าและค่าปรับจะลดลงตามจำนวนมูลค่าการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามข้อตกลงในการค้าต่างตอบแทนที่เหลืออยู่

หากเป็นการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับในกรณีที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า อาจกำหนดให้ค่าปรับเพิ่มขึ้นตามจำนวนเวลาที่ล่วงเลยเกินกว่ากำหนดเวลาที่กำหนดไว้ โดยอาจกำหนดเป็นอัตราก้าวหน้าก็ได้

(ก) ข้อดีของการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและค่าปรับ

- ไม่เป็นการยุ่งยากในการพิสูจน์ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริงๆเท่าใด ไม่จำเป็นต้องนำสืบในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการตัดปัญหาความยุ่งยาก เพราะถึงแม้จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลหรือให้อนุญาตตุลาการตัดสินชี้ขาด ก็ยังคงมีความไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับรายละเอียดและการตัดสินในแต่ละครั้ง

- เป็นการชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้ทุกอย่างไม่เฉพาะแต่ทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เพราะในบางกรณีเจ้าหนี้อาจไม่ได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินเลย เจ้าหนี้ก็ยังมีสิทธิรับเบี้ยปรับ อันเป็นการลงโทษลูกหนี้ในฐานะผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ เช่น ลูกหนี้ผิดสัญญาไม่ซื้อสินค้า แต่สินค้ามีราคาเพิ่มสูงขึ้น แม้เจ้าหนี้ไม่ได้รับความเสียหายก็มีสิทธิรับเบี้ยปรับได้ตามสัญญาเว้นแต่เบี้ยปรับนั้นจะสูงเกินส่วน ซึ่งศาลมีอำนาจลดลงได้เป็นจำนวนที่พอสมควร

- เป็นการจำกัดจำนวนความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการไม่ดำเนินการทำให้คำมั่นในการทำให้การค้าต่างตอบแทนสมบูรณ์ ซึ่งจะมีการกำหนดอัตราสูงสุดของจำนวนค่าความรับผิดที่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามคู่สัญญายังสามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากที่ตกลงกันได้ หากเข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ เช่น ในบางกฎหมายกำหนดให้สามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากที่ตกลงกันได้ ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจงใจที่จะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ เป็นต้น

(ข) ผลของการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับ

เมื่อมีการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับแล้ว ก็จะทำให้เกิดปัญหาหนึ่งตามมาประการหนึ่ง คือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและค่าปรับแล้ว คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะหลุดพ้นจากหน้าที่ในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ของตนหรือไม่ เพียงใด ในกรณีการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในการ Countertrade commitment ให้สมบูรณ์ มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับนั้น เสียสิทธิในการเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติหน้าที่ในการค้าต่างตอบแทนต่อไป แต่สำหรับกรณีการกำหนดค่าปรับในกรณีการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า ถึงแม้จะมีการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับอันเนื่องมาจากการล่าช้าไปแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติล่าช้าก็ยังคงมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามข้อกำหนดในการค้าต่างตอบแทนอยู่ดังนั้น ในการกำหนดเกี่ยวกับผลของการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับ จึงต้องมีการกำหนดให้ชัดเจนว่า ผลจะเป็นเช่นไร เนื่องจากหากไม่กำหนดไว้ผลของการชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับก็จะไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับของประเทศนั้น หรือพิจารณาตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา เช่น พิจารณาจากจำนวนเงินที่คู่สัญญาที่กำหนดไว้ ถ้ากำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับไว้เพียงเล็กน้อยไม่เท่ากับมูลค่าของสินค้าที่จะต้องจัดส่ง เมื่อคู่สัญญาจัดส่งสินค้าล่าช้าและชำระค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับในความล่าช้าไปแล้วนั้น ก็น่าจะถือได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองมีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้มีการขนส่งสินค้าต่อไป เป็นต้น

(ค) กำหนดเวลาในการเรียกร้องค่าเสียหายล่วงหน้าและค่าปรับ

การกำหนดระยะเวลาในการเรียกร้องค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับนั้น คู่สัญญาทั้งฝ่ายอาจตกลงกันให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย เสียสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับ หากไม่ทำการเรียกร้องภายในระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ จุดประสงค์ที่ต้องมีการกำหนดระยะเวลาในการเรียกร้องค่าเสียหายล่วงหน้าและค่าเบี้ยปรับให้ชัดเจน ก็หลีกเลี่ยงปัญหาว่าเวลาใดคือเวลาที่เพียงพอสำหรับคู่สัญญาที่จะตัดสินใจว่าจะถือให้เวลาใดเป็นเวลาที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น และจะเริ่มเรียกค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับในเวลาใด

ในกรณีที่ระยะเวลาในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์นั้นถูกแยกออกเป็นช่วงย่อยๆ (Sub period) ก็ควรจะตั้งข้อกำหนดว่าค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับที่คู่สัญญากำหนดไว้่นั้นเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับสำหรับแต่ละช่วงเวลาหรือเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าและค่าปรับของระยะเวลาในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ทั้งหมด

(ง) การสิ้นสุดของ Countertrade commitment และเงื่อนไขในการจ่ายค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับ

คู่สัญญาอาจตกลงที่จะกำหนดว่า ในกรณีที่จำนวนเงินค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับเนื่องจากการปฏิบัติล่าช้าเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้ายังไม่ดำเนินการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์โดยสิ้นเชิง หากจำนวนค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับนั้นเพิ่มขึ้นจนถึงจำนวนที่กำหนดไว้ ก็ให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้านั้นไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ได้ เช่น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ไม่ดำเนินการส่งมอบสินค้าภายในระยะเวลาที่กำหนดจนจำนวนค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับอันเนื่องมาจากการส่งมอบสินค้าล่าช้าเกินครึ่งหนึ่งของราคาสินค้าทั้งหมด ให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่สามารถส่งมอบสินค้าได้เลย เป็นต้น

คู่สัญญาอาจกำหนดให้ต้องมีการจ่ายค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับอันเนื่องมาจากความล่าช้า และเมื่อจำนวนค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับถึงกำหนด ก็ยังคงต้องจ่ายค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับสำหรับการไม่สามารถปฏิบัติตาม Countertrade commitment ได้อย่างสิ้นเชิงอีกด้วย การกำหนดดังกล่าวเป็นการหลีกเลี่ยงความคลุมเครือที่อาจเป็นผลมาจากกฎเกณฑ์ในกฎหมายบางระบบที่กำหนดให้การสิ้นสุดของสัญญาที่มีผลกระทบต่อหน้าที่ที่กำหนดก่อนที่สัญญานั้นสิ้นสุด

อย่างไรก็ตาม หาก Countertrade commitment สิ้นสุดลงโดยสาเหตุอื่นที่ไม่ใช่กรณีค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับในการปฏิบัติล่าช้าถึงจำนวนที่กำหนด คู่สัญญาอาจกำหนดให้การสิ้นสุดนั้นไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการเรียกร้องเงินค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับที่เกิดจากความล่าช้าจนถึงวันที่ Countertrade commitment สิ้นสุด

4. การเยียวยา (Remedies)

เมื่อมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิที่จะใช้วิธีเยียวยาความเสียหายโดยการบอกเลิกสัญญาเพื่อระงับความสัมพันธ์ที่มีอยู่ตามสัญญา แต่หากฝ่ายที่ได้รับความเสียหายยังต้องการได้รับประโยชน์จากสัญญา หรือให้โอกาสแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจเลือกที่จะใช้วิธีการอย่างอื่นแทนการบอกเลิกสัญญา เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาในการระหว่างประเทศจะมีผลรุนแรงมากกว่าสัญญาในประเทศ เพราะต้องมีการเสียค่าใช้จ่ายในการส่งคืนสินค้าหรือค่าใช้จ่ายด้านการขนส่ง การประกันภัย ที่ได้จ่ายไปแล้ว

การใช้วิธีเยียวยาวิธีอื่นนอกจากการบอกเลิกสัญญา จะถูกใช้เมื่อเป็นการผิดสัญญาที่ไม่ใช่สาระสำคัญ หรือถึงแม้เป็นความเสียหายที่เป็นสาระสำคัญแต่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายต้องการที่จะได้รับประโยชน์จากสัญญาก็อาจเลือกใช้วิธีการเยียวยาอย่างอื่นนอกจากการบอกเลิกสัญญาก็ได้ เช่น การเรียกให้ปฏิบัติตามสัญญา การเรียกให้ส่งสินค้ามาทดแทน การเรียกให้ซ่อมแซมสินค้า การลดราคาสินค้า การขยายเวลา การเรียกค่าเสียหายการโอนความเสี่ยงภัย เป็นต้น

หากเปรียบเทียบกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ คศ. 1980 ที่กำหนดเกี่ยวกับสัญญาซื้อขาย ซึ่งในสัญญาการค้าต่างตอบแทนบางกรณีที่จะมีสัญญาซื้อขายรวมอยู่ด้วย เช่น Counter-purchase นั้น จะเห็นได้ว่าในอนุสัญญาได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดในการที่คู่สัญญาจะบอกเลิกสัญญา โดยคู่สัญญาจะบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้อันเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนภายในระยะเวลาที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายขยายให้ แต่หากเป็นกรณีผิดสัญญาในส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ทำได้แต่เพียงเยียวยาความเสียหายอย่างอื่นแทน

วิธีการเยียวยาตามที่กำหนดใน UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction

UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction ได้แนะนำวิธีการเยียวยาสำหรับการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศเอาไว้ โดยไม่ได้แนะนำถึงการบอกเลิกสัญญาแต่อย่างใด เพียง 2 ข้อ คือ

(1) การให้คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายหลุดพ้นจากหน้าที่ตาม Countertrade commitment ทั้งหมดหรือบางส่วน โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจหลุดพ้นจากหน้าที่ตาม Countertrade commitment หากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ดำเนินการตามที่จำเป็นในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ ซึ่งอาจกำหนดถึงเงื่อนไขที่จะให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหลุดพ้นจากหน้าที่เอาไว้ใน Countertrade agreement รวมถึงกำหนดขอบเขตของการหลุดพ้นจากหน้าที่ว่ามีอย่างน้อยเพียงใด ถือว่าเป็นการเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายทางหนึ่ง

มีสาเหตุหลายประการที่คู่สัญญาอาจจะหลุดพ้นจากหน้าที่ภายใต้ Countertrade commitment ซึ่งอาจเป็นผลมาจากการชำระเบี้ยปรับหรือการถูกลงโทษตามที่กำหนดไว้ใน Countertrade agreement ในกรณีที่ไม่ดำเนินการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ เมื่อหน้าที่ในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ได้สิ้นสุดลง เมื่อมีการชำระเบี้ยปรับถึงจำนวนที่ตั้งไว้ หรือจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำบางประการของคู่สัญญาอีกฝ่าย เมื่อมีสถานการณ์ตามที่กำหนดไว้ การเข้าเงื่อนไขของการเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ (Exempting impediment) ตามที่กำหนดไว้ใน Countertrade agreement หรือเมื่อคู่สัญญาจัดหาสินค้าในทางหนึ่งสิ้นสุดลงก็ตาม

ในกรณีที่มีการแบ่งระยะเวลาในการดำเนินการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์เป็นช่วงๆ ตามขั้นตอนการดำเนินงานต่างๆ คู่สัญญาที่ไม่สามารถดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในช่วงเวลานั้นๆ อาจจะทำต่อไปโดยนางงานในช่วงนั้นมาบวกรวมกับขั้นตอนต่อไปได้ โดยอาจจะต้องจ่ายค่าปรับหรือถูกลงโทษในทางอื่น และอาจมีการขยายระยะเวลาเพิ่มเติมให้เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น

(2) การชดเชยเป็นจำนวนเงิน คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ใน Countertrade commitment อาจกล่าวอ้างสิทธิในการได้รับค่าชดเชยจากคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่สามารถดำเนินการตาม Countertrade commitment ได้ ซึ่งการเยียวยาในวิธีนี้ มีปัญหาประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือ เรื่องการรับผิดก่อนสัญญาเกิด (Culpa in Contrahendo) เนื่องจากในกฎหมายของบางประเทศ กฎหมายเกี่ยวกับการรับผิดก่อนสัญญาเกิดยังไม่มีผลชัดเจนหรือไม่ได้รับการพัฒนา และปัญหาในเรื่องการกำหนดขอบเขตของความเสียหายที่เกิดขึ้นหากใน Countertrade agreement กำหนดถึงรายละเอียดของข้อกำหนดสำคัญ เช่น ชนิด ปริมาณสินค้า เอาไว้ไม่เพียงพอ ก็จะทำให้ไม่สามารถคำนวณความเสียหายออกมาเพื่อกำหนดเป็นจำนวนเงินชดเชยได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามคู่สัญญาสามารถกำหนดจำนวนเงินชดเชยไว้ใน Countertrade agreement เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว

5. เหตุยกเว้นความรับผิด (Exempting impediment)

หลักทั่วไปมีอยู่ว่า หากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระหนี้ตามสัญญาได้ หรือก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญา อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถทำความตกลงกัน โดยอาจตกลงเปลี่ยนแปลงความรับผิดทางสัญญาให้เบาบางลงได้ โดยอาจกำหนดว่าเหตุการณ์ใดหากเกิดขึ้นแล้วทำให้คู่สัญญาไม่สามารถดำเนินการชำระหนี้ตามสัญญาได้ เมื่อเกิดเหตุการณ์นั้นคู่สัญญาไม่ต้องรับผิดหากไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้

UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction ได้บรรยายไว้ว่าในระหว่างระยะเวลาการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ อาจเกิดเหตุการณ์ที่เป็นอุปสรรคต่อคู่สัญญาในการจัดทำสัญญาจัดหาสินค้าตอบแทน หรือปฏิบัติหน้าที่อื่นใดในการทำให้ Countertrade commitment สมบูรณ์ ได้ เช่น มีข้อกำหนดของกฎหมายภายในประเทศที่ห้ามนำเข้าสินค้าชนิดนั้นๆ หรือเกิดภัยธรรมชาติที่ทำให้ไม่สามารถผลิตสินค้าได้ เป็นต้น คู่สัญญาที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตาม Countertrade commitment เนื่องจากเหตุต่างๆ ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ใน Countertrade agreement หรือตามที่กฎหมายกำหนด มีสิทธิที่จะได้รับการขยายระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ หรือ อาจทำให้หลุดพ้นจากหน้าที่ดังกล่าวหากการขยายระยะเวลาไม่สามารถทำให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นปฏิบัติหน้าที่ได้สำเร็จ

กฎหมายในหลายประเทศได้กำหนดเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ได้รับการยกเว้นหน้าที่เอาไว้ เช่น เหตุสุดวิสัย แต่ก็อาจทำให้เกิดผลที่ขัดแย้งกับเจตนาของของคู่สัญญาในการทำการค้าต่างตอบแทน หรือไม่สามารถปรับใช้กับการค้าต่างตอบแทนได้ คู่สัญญาจึงต้องกำหนดถึงผลทางกฎหมายที่ต้องการให้เกิดขึ้นเอาไว้ใน Countertrade agreement รวมถึงกำหนดว่าเหตุใดบ้างที่ทำให้คู่สัญญาได้รับการยกเว้นหน้าที่ในการทำ Countertrade commitment ให้สมบูรณ์ โดยอาจกำหนดเป็นคำจำกัดความกว้างๆ หรือกำหนดเป็นเหตุการณ์ร้ายเหตุการณ์ไป

การกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิด มีพื้นฐานมาจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ที่ว่าบุคคลจะเข้าทำนิติกรรมสัญญากันมีข้อความใดๆ ก็ได้ ภายใต้บังคับแห่งหลักเกณฑ์และขอบเขตในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา และความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา แต่อย่างไรก็ตามการจะกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญานั้น ก็จะต้องพิจารณาว่าข้อกำหนดดังกล่าวกฎหมายยอมให้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นหรือไม่

เหตุยกเว้นความรับผิด (Exempting impediment) มีคำที่ผู้ใช้เรียกแตกต่างกัน ออกไป ซึ่งได้ถูกเชื่อมโยงเข้าด้วยกันโดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่าง ประเทศ คศ.1980 หรือ CISG มาตรา 79⁵ แต่ความหมายตาม CISG อาจมีความแตกต่างจาก เหตุยกเว้นความรับผิด (Exempting impediment) ตามที่กำหนดใน UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction ในบางกรณี เนื่องจากใน CISG กำหนดว่าการจะเป็น เหตุยกเว้นความรับผิดในมาตรา 79 นั้น จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่ไม่อาจควบคุมและไม่สามารถ คาดหมายได้ แต่สำหรับ จากเหตุยกเว้นความรับผิด (Exempting impediment) ตามที่กำหนดใน UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction จะหมายความถึง เหตุการณ์ใดๆก็ได้ที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ว่าถ้าเกิดเหตุการณ์นั้นขึ้นแล้ว ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งไม่สามารถดำเนินการตามหน้าที่ในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ต้องรับผิดหากไม่สามารถ ชำระหนี้ตามสัญญาได้ ซึ่งอาจจะเป็นเหตุสุดวิสัย หรือแม้กระทั่งเหตุการณ์ที่คู่สัญญาสามารถ

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

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

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

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

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

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

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

คาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้น เช่นการขาดแคลนวัตถุดิบ หรือวัตถุดิบขึ้นราคาจนถึงอัตราที่ตั้งไว้สูงสุด เป็นต้น

6. ผลของการไม่เข้าทำสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา (Effect on countertrade transaction of failure to conclude or perform supply contract)

ในกฎหมายของหลายประเทศ ได้กำหนดเกี่ยวกับผลของหน้าที่ของคู่สัญญาที่มีตอบแทนซึ่งกันและกันในสัญญาสัญญาหนึ่ง ซึ่งคือสัญญาต่างตอบแทน โดยมีหลักทั่วไปที่ว่าหากมีการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในส่วนของตนได้ และในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถบอกเลิกสัญญาได้

เมื่อการค้าต่างตอบแทนได้ทำให้เกิดสัญญาจัดหาสินค้า/บริการขึ้น 2 สัญญา โดยต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่จัดหาสินค้า/บริการให้กันและกันนั้น อันมีลักษณะเป็นการต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน แต่เป็นหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสัญญาคนละฉบับ แต่ถูกเรียกโดยรวมว่าเป็นการทำ Countertrade commitment สมบูรณ์ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือหากมีการไม่ดำเนินการจัดทำหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาจัดหาสินค้า/บริการตามสัญญาหนึ่งจะส่งผลกระทบต่อหน้าที่ในการดำเนินการจัดทำหรือการปฏิบัติตามสัญญาอีกสัญญาหนึ่งหรือไม่ โดยปกติแล้วกฎหมายจะไม่กำหนดถึงเรื่องการเชื่อมโยงของสิทธิหน้าที่ของทั้งสองสัญญาเอาไว้ คู่สัญญาในการค้าต่างตอบแทนจึงควรกำหนดให้ชัดเจนว่าหน้าที่ตามสัญญาทั้งสองมีความเกี่ยวพันหรือเป็นอิสระต่อกันอย่างไรไว้ใน Countertrade agreement เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่แน่นอน ซึ่งควรกำหนดดังต่อไปนี้

(1) กรณีใดที่ถือว่าเป็นการไม่เข้าทำสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาในการค้าต่างตอบแทน

(2) การสิ้นสุดของสัญญามีผลกระทบต่อการค้าต่างตอบแทน โดยแบ่งผลกระทบเป็น 3 ประการดังนี้

ก. การสิ้นสุดของสัญญาหนึ่งไม่มีผลกระทบต่อคำมั่นในการทำสัญญาอีกสัญญาหนึ่งหรือไม่มีผลถึงการปฏิบัติหน้าที่ในอีกสัญญาหนึ่ง

ข. การสิ้นสุดของสัญญาหนึ่ง ทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากหน้าที่ในการทำสัญญาอีกสัญญาหนึ่ง แต่หากสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาต่างก็ต้องผูกพันในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาต่อไป

ค. การสิ้นสุดของสัญญาหนึ่ง มีผลให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากหน้าที่ในการทำหรือปฏิบัติหน้าตามสัญญาอีกสัญญาหนึ่ง ถึงแม้มีการเข้าทำสัญญาแล้วก็เป็นอันสิ้นผลไป แต่อาจกำหนดข้อยกเว้นว่าถ้าได้มีการดำเนินการใดๆอันเป็นการจัดเตรียม การปฏิบัติตามสัญญาแล้ว เช่น มีการดำเนินจัดส่งสินค้าแล้ว เป็นต้น ก็ให้สัญญานั้นยังคงมีผลบังคับอยู่

(3) การไม่ชำระราคา การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระราคาตามสัญญาหนึ่งอาจทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะระงับการชำระราคาของตนตามอีกสัญญาหนึ่งได้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่สัญญา นอกจากนี้คู่สัญญาอาจตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่รับชำระราคาสามารถเอาเงินจำนวนที่ตนต้องชำระหักลบกับจำนวนเงินที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ยอมชำระได้

แต่อย่างไรก็ดี คู่สัญญาอาจกำหนดให้หน้าที่ในการชำระราคาในสัญญาหนึ่งแยกต่างหากจากหน้าที่การชำระราคาในอีกสัญญาหนึ่งก็ได้ หากมีการตกลงเช่นนั้นแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมไม่มีสิทธิที่จะยึดหน่วงราคาฝ่ายที่ตนจะต้องชำระไว้ จะต้องดำเนินการชำระราคาตามหน้าที่ของตน แม้อีกฝ่ายจะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการชำระราคาในอีกสัญญาเลยก็ตาม

(4) การไม่ส่งมอบสินค้า/บริการ การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ส่งมอบสินค้า/บริการตามสัญญาหนึ่งอาจทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะระงับการส่งมอบสินค้า/บริการของตนตามอีกสัญญาหนึ่งได้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่สัญญา

ซึ่ง UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction ได้แนะนำไว้ว่า คู่สัญญาควรกำหนดให้มีวิธีการแก้ไขความผิดพลาดที่เกิดขึ้น เช่น การเจรจา ซึ่งจะดีกว่าการระงับหรือยกเลิกสัญญา หรือข้อตกลงการค้าต่างตอบแทน

7. กฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law)

การค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศ จะต้องมีระบบกฎหมายอย่างน้อย 2 ระบบเข้ามาเกี่ยวข้อง คือระบบกฎหมายของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย จึงเกิดประเด็นที่ว่าจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ แต่ไม่ว่าคดีจะเกิดขึ้นในศาลของประเทศใด ศาลของแต่ละประเทศย่อมต้องนำหลักกฎหมายขัดกันมาใช้ประกอบด้วย สำหรับแม่บทของกฎหมายขัดกันของไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ซึ่งใช้เพื่อชี้ว่าปัญหาในกรณีที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาบังคับใช้

ภายใต้กฎเกณฑ์ของ Conflict of law หรือ Choice of law rules ซึ่งก็คือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คู่สัญญาได้รับอนุญาตในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ได้ โดยการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา⁶ ซึ่งเป็นทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมาย ถึงแม้ว่าในบางระบบกฎหมายจะไม่ให้สิทธิดังกล่าวก็ตาม หากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างกัน หลักกฎหมายขัดกันก็จะกำหนดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญานั้น ซึ่งไม่ว่ากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้จะมีที่มาจากข้อตกลงของคู่สัญญาหรือจากหลักกฎหมายขัดกันสิ่งสำคัญที่ควรจะต้องพิจารณาคือ ผลกระทบจากระเบียบหรือกฎหมายที่เป็นข้อบังคับซึ่งไม่อาจยกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงได้ (Mandatory rules) ของแต่ละประเทศของคู่สัญญาด้วย นอกจากนี้ขอบเขตในการเลือกใช้กฎหมายอาจถูกจำกัดโดยข้อกำหนดของรัฐ เช่น รัฐกำหนดให้คู่สัญญาห้ามเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้เกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ เป็นต้น

การกำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับการค้าต่างตอบแทนนั้น ช่วยทำให้เกิดความแน่นอนและทำให้คู่สัญญาได้รู้ถึงสิทธิและหน้าที่ของตนตามกฎหมายนั้นๆ ซึ่งขอบเขตของสิทธิของคู่สัญญาที่จะเลือกใช้กฎหมายนั้น จะถูกกำหนดในกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบังคับ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของกฎหมายบางระบบจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนา และกำหนดให้สามารถเลือกใช้กฎหมายได้เฉพาะกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับสัญญาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี โดยส่วนมากแล้วคู่สัญญาจะสามารถเลือกใช้กฎหมายได้โดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ และในการเลือกใช้กฎหมายที่จะนำมาบังคับกับ Countertrade agreement และกับสัญญาในการจัดหาสินค้า/บริการทั้งสองสัญญานั้น อาจเลือกใช้กฎหมายเดียวกัน หรือแตกต่างกันก็ได้ เช่น ใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งกับ Countertrade agreement และใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่งกับสัญญาในการจัดหาสินค้า/บริการ เป็นต้น

การจะกำหนดให้นำกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับ จะต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ เช่น ความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญาที่มีต่อกฎหมายนั้น หรือความสามารถในการทำ ความเข้าใจเรียนรู้กฎหมายนั้น ความเหมาะสมของกฎหมายกับลักษณะของการทำการค้าต่าง

⁶ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Doctrine of party autonomy) คือหลักที่แสดงถึงอำนาจของคู่สัญญาที่เลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับกับสัญญา เรื่องใดที่กฎหมายไม่ห้าม คู่ความมีอำนาจทำสัญญากันได้ ข้อความที่คู่สัญญาตกลงกันเปรียบได้กับกฎหมาย เพราะแท้จริงแล้วในเรื่องของสัญญานั้น กฎหมายมีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่คุณภาพไม่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น เว้นแต่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ตอบแทน เป็นต้น และคู่สัญญาควรกำหนดถึงกรณีที่ถูกกฎหมายที่ได้อีกไว้ให้มีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นภายหลังที่มีการทำสัญญา ว่าคู่สัญญาต้องการให้ใช้กฎหมายที่มีอยู่ขณะทำสัญญา หรือกฎหมายที่มีการเปลี่ยนแปลงแล้ว

หากคู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ก็จะเกิดความไม่แน่นอนว่าจะนำกฎหมายได้มาใช้บังคับเนื่องจากสาเหตุดังต่อไปนี้

(1) กรณีดำเนินคดีทางศาล ซึ่งศาลก็จะใช้กฎหมายขัดกันของประเทศนั้นมาใช้บังคับว่าท้ายที่สุดกฎหมายขัดกันจะชี้ให้ไปใช้กฎหมายของประเทศใด แต่ถ้าหากนำคดีไปให้อনুญาโตตุลาการตัดสิน กฎหมายที่ถูกนำมาบังคับใช้จะถูกเลือกโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งยากที่จะคาดเดาได้ว่าเป็นกฎหมายของประเทศใด

(2) ถึงแม้ว่าจะสามารถทราบได้ล่วงหน้าว่าจะระบบกฎหมายขัดกันระบบใดจะถูกนำมาใช้บังคับ หลักเกณฑ์และแนวคิดของระบบกำหนดนั้นก็อาจกว้างและคลุมเครือเกินกว่าที่คู่สัญญาจะสามารถคาดเดาว่าในท้ายที่สุดแล้ว กฎหมายขัดกันระบบนั้น จะชี้ไปให้ใช้กฎหมายของประเทศใด

ก. กฎหมายขัดกัน

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) หรือที่มีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า กฎหมายขัดกัน (Conflict of Laws) เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่อบุคคลด้วยกันในทางแพ่งหรือทางพาณิชย์ ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่กระทบถึงระบบกฎหมายของประเทศสองประเทศขึ้นไปโดยกฎเกณฑ์นี้จะกำหนดว่า ข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหานั้น ให้ใช้ระบบกฎหมายของประเทศใดบังคับแก้คดี

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะนำกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งก็คือกฎหมายใดก็ตามที่ไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่ศาลนั้นพิจารณายู่ และไม่ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ มาบังคับกับข้อเท็จจริง หรือนิติสัมพันธ์ของเอกชนตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศพัวพันเข้ามา⁷ เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากความแตกต่างกันของบทบัญญัติกฎหมายของประเทศต่างๆ และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี โดยผู้ใช้กฎหมายจะต้องคำนึงถึงว่านิติสัมพันธ์ดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับใกล้ชิดกับกับจุดเกาะเกี่ยว (Connecting Point or Point of Contract) ไตมากที่สุด ไม่ว่าจะคดีจะมีการฟ้องศาลที่แนวทางแก่ผู้พิพากษาใช้เลือกวิธีการเลือกกฎหมายต่างประเทศเท่านั้น แต่ในการวินิจฉัยสาระสำคัญที่เป็น

⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

ประเด็นพิพาทของคดีโดยตรงก็ยังขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศเป็นสำคัญ เว้นแต่จะมีกรณีการย้อนส่งกลับ (Remission) ให้มาใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศเดิมนั้น หรือกรณีที่กฎหมายต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หรือกรณีที่คู่ความไม่อาจพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่น่าพอใจแก่ศาล รวมทั้งกรณีที่คู่สัญญาตกลงให้ใช้กฎหมายภายในของศาลที่พิจารณาคดี

จุดเกาะเกี่ยว(Connecting Point or Point of Contract) เป็นเครื่องบ่งชี้ว่าจะใช้กฎหมายแพ่งต่างประเทศของประเทศใดมาปรับใช้ได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม หากเลือกใช้กฎหมายตามอำเภอใจขาดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณา ก็จะเกิดการขาดความแน่นอนและเป็นธรรม โดยในแต่ละข้อเท็จจริงอาจมีจุดเกาะเกี่ยวมากกว่าหนึ่งจุดก็เป็นได้ จุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญ ได้แก่ สัญชาติ ภูมิลำเนา สถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ สถานที่ที่เกิดการกระทำตามข้อเท็จจริง⁸ และจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก

ในอดีต จุดเกาะเกี่ยว ที่เป็นสถานที่ที่เกิดการกระทำตามข้อเท็จจริง ซึ่งในกรณีการทำสัญญา ก็คือถิ่นที่มีการทำสัญญาหรือเกิดสัญญาขึ้น เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ในหลายระบบกฎหมายใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยว เนื่องจากในสมัยก่อนการทำสัญญาหรือการเกิดขึ้นของสัญญายังไม่มีความซับซ้อน มักจะเป็นการตกลงกันทำสัญญาแบบเฉพาะหน้ากัน อยู่ในประเทศเดียวกันในเวลาทำสัญญา แต่ต่อมา การเกิดขึ้นของสัญญา มีความเปลี่ยนแปลงไปมาก เนื่องจากความเจริญในการสื่อสารโทรคมนาคม เทคโนโลยี ทำให้เป็นการยากที่จะรู้ได้แน่ชัดว่าสัญญาเกิดขึ้น ณ ที่ใด การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ทำให้คู่สัญญาสามารถเจรจาทำคำเสนอคำสนองได้ในทุกที่ จึงเป็นการยากที่จะรู้ว่าคำเสนอคำสนองต้องตรงกันที่ใด อันเป็นการเกิดสัญญาขึ้นนั่นเอง ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่างๆ รวมทั้งอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาต่างๆ จึงไม่นิยมหลักถิ่นที่มีการทำสัญญาเป็นจุดเกาะเกี่ยว แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายขัดกันของไทย ยังคงใช้จุดเกาะเกี่ยวตามหลักถิ่นที่มีการทำสัญญาเป็นจุดเกาะเกี่ยว

นอกจากจุดเกาะเกี่ยวแล้ว สิ่งสำคัญที่จะนำมาร่วมพิจารณาคือหลักการย้อนส่ง (Renvoi) เกิดขึ้นเมื่อกฎหมายขัดกันของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดีชี้ไปให้ใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่ง และกฎหมายของประเทศนั้นบัญญัติให้ย้อนส่งกลับมาใช้กฎหมายของประเทศเดิม กรณีนี้เรียกว่า การย้อนส่งกลับ (Remission) ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของหลายประเทศได้รับรองการย้อนส่งกลับอย่างชัดเจน เช่น ประเทศไทย ประเทศเยอรมัน

⁸ คณิ่ง ภาไชย,คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล,(กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา).

ประเทศเกาหลีเหนือ เป็นต้น แต่หากกฎหมายของอีกประเทศนั้นกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สาม ก็เรียกว่า การย่นส่งต่อไป (Transmission)

การย่นส่งทำให้เกิดความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาของศาล ทำให้ผลของคดีไม่แตกต่างกัน หากใช้กฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศบังคับ โดยไม่พิจารณาถึงกฎหมายขัดกันแล้วผลก็จะแตกต่างกันกับการพิจารณาที่ใช้กฎหมายขัดกันแล้วซึ่งไปยังกฎหมายของประเทศใดต่อไป แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นและเป็นที่ยกข้อถกเถียงอย่างมาก คือการย่นส่งก่อให้เกิดความไม่แน่นอน

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของการย่นส่งก็คือ การย่นส่งนี้จะไม่ใช่กับเรื่องสัญญา ตามหลัก Exclusion of renvoi ซึ่งหมายความว่าหากคู่สัญญาตกลงเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญา ก็จะไม่ใช้การย่นส่งกับสัญญานั้น ซึ่งหลักการปฏิเสธการย่นส่งในเรื่องสัญญาได้ถูกรับรองไว้ในอนุสัญญากรุงโรมว่าด้วยหนี้ และ The Hague Trusts Convention และที่ถือความเป็นที่ยอมรับของนักนิติศาสตร์และศาลในประเทศต่างๆ

ข. คู่สัญญาเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญา

หลักกฎหมายที่สำคัญในการทำสัญญา ก็คือ หลัก Party Autonomy กล่าวคือ คู่สัญญามีสิทธิเสรีภาพที่จะแสดงเจตนา คู่สัญญามีสิทธิที่จะเลือกกฎหมายแพ่งหรือพาณิชย์ของประเทศใดๆมาบังคับกับสัญญาตามที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันได้

แต่อย่างไรก็ดีในบางประเทศ เสรีภาพของคู่สัญญาดังกล่าวอาจจะถูกจำกัดไม่สามารถกำหนดกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ได้ตามอำเภอใจ กล่าวคือ การจะเลือกใช้กฎหมายของประเทศใดต้องคำนึงว่ามีความสัมพันธ์หรือมีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาหรือไม่ เช่น กฎหมายที่เลือกเป็นกฎหมายสัญชาติของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ เป็นกฎหมายของประเทศที่วัตถุประสงค์แห่งนั้นตามสัญญาตั้งอยู่หรือไม่ เพราะฉะนั้น หากคู่สัญญาเลือกกฎหมายที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือความเกี่ยวพันใดๆกับสัญญา ศาลอาจไม่ถือว่ามีทางเลือกใช้กฎหมายของประเทศนั้นและเลือกใช้กฎหมายอื่นแทน ประเทศที่ใช้หลักนี้มีหลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สิทธิของคู่สัญญาที่จะมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา อาจจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่เป็นข้อบังคับ (Mandatory Rules) ของประเทศนั้นๆ เช่น กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศออสเตรเลีย ที่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญาว่า หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชาวออสเตรเลีย หรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นชาวออสเตรเลียซึ่งได้ทำสัญญาที่ประเทศออสเตรเลียแล้ว กฎหมายที่จะต้องใช้บังคับแก่สัญญา คือ

กฎหมายของออสเตรเลีย บทบัญญัตินี้ ถือเป็นบทบัญญัติเป็นข้อบังคับคู่สัญญาไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้

มีหลักอีกประการหนึ่งที่ว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้นจะต้องเป็นกฎหมายของรัฐ เพราะสัญญาจะดำรงอยู่ลอยๆ โดยปราศจากกฎหมายรับรองถึงสิทธิตามกฎหมาย หน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาตามกฎหมายไม่ได้ ดังนั้น คู่สัญญาจะตกลงให้สัญญาอยู่ภายใต้สิ่งที่ไม่ใช่กฎหมายไม่ได้ เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติของพ่อค้า (lex mercatoria) หรือหลักการ (Principle) ของ UNIDROIT หรือแนวปฏิบัติ (Guideline) ของ UNCITRAL ซึ่งก็หมายความว่ารวมถึง UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction ที่เป็นคู่มือแนะนำการดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนในทางการค้าระหว่างประเทศ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถระบุให้ธรรมเนียมปฏิบัติของพ่อค้า (lex mercatoria) หรือหลักการ (Principle) ของ UNIDROIT หรือแนวปฏิบัติ (Guideline) ดังกล่าวเป็นข้อกำหนดในสัญญาได้ กรณีเรียกว่า Incorporation of foreign law ซึ่งต่างจาก Party Autonomy

8. การระงับข้อพิพาท (Settlement of Disputes)

ข้อพิพาท คือ ข้อโต้แย้งที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกิดขึ้นและยังไม่เป็นที่ยอมรับกันในระหว่างคู่กรณี⁹ ในทางการค้าต่างตอบแทนหรือแม้แต่การค้าระหว่างประเทศใดๆก็ตาม เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น คู่สัญญาก็ย่อมต้องการทำให้ข้อพิพาทระงับไปโดยเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อย และเกิดความเป็นธรรม รวมทั้งรักษาความลับในทางการค้าของตนให้ได้มากที่สุด

เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นในทางการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศ อาจเกิดจากในส่วนของเกี่ยวข้องกับ Countertrade agreement หรืออาจจากสัญญาจัดหาสินค้าทางใดทางหนึ่งก็ตามแต่ ในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction แนะนำให้คู่สัญญาควรกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งอาจเกิดขึ้นในอนาคตทั้งจาก Countertrade agreement และข้อพิพาทจากสัญญาในการจัดหาสินค้า ซึ่งวิธีการในการระงับข้อพิพาทประกอบด้วย การเจรจา (Negotiation) การประนีประนอมยอมความ (Conciliation) การตัดสินข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) และการดำเนินคดีต่อศาล (Litigation) โดยปกติแล้ววิธีการที่จะสร้างความพึงพอใจให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มากที่สุด คือ

⁹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, (พิมพ์ครั้งที่ 1) (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.3.

วิธีการเจรจา หากคู่สัญญาไม่สามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจาได้สำเร็จ ก็อาจตกลงการประนีประนอมยอมความกันก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล หรือนำไปให้อนุญาตตุลาการตัดสินในที่สุด ในการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทของคู่สัญญาอาจจะกำหนดไว้วิธีการเดียวเพื่อบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตาม หรืออาจจะกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทไว้หลายๆวิธีแต่กำหนดขั้นตอนให้ใช้วิธีการต่างๆตามลำดับ เช่น หากเกิดข้อพิพาทให้คู่สัญญาทำการเจรจากันก่อน หากไม่สำเร็จจึงค่อยนำไปฟ้องต่อศาล เป็นต้น ข้อสัญญาเช่นนี้ เรียกว่า ข้อสัญญาการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clause)

การระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งสามารถนำมาใช้กับการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศมีอยู่ทั้งหมด 4 แนวทาง คือ

ก. การเจรจา (Negotiation)

เป็นการเจรจาระหว่างคู่ความโดยไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง มีความสะดวก ประหยัด และป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลภายนอกทราบข้อมูลหรือความลับที่คู่กรณีไม่ต้องการเปิดเผย รวมทั้งทำให้เกิดการกระทบกระทั่งกันของคู่กรณีน้อยที่สุด การเจรจาเป็นกระบวนการที่เสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดเพราะไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมให้แก่บุคคลภายนอก และมีความรวดเร็วหากคู่กรณีสามารถตกลงกันได้เอง

แต่อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ เพราะมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายตั้งใจไม่ให้ความร่วมมือ การเจรจาก็อาจจะกินระยะเวลานานมาก และถึงแม้ว่าจะได้ผลการเจรจาแล้ว ผลการเจรจานั้นก็ไม่มีผลผูกมัดคู่กรณีและบุคคลภายนอก เว้นแต่จะต้องมีการชี้ขาดโดยอนุญาตตุลาการหรือตัดสินโดยผู้พิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความตามที่เจรจากันนั้น

การเจรจาเป็นวิธีการที่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่งสำหรับธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนที่มีระยะยาว ซึ่งมีการกำหนดเกี่ยวกับข้อสัญญาจัดหาสินค้าในอนาคตไว้ใน Countertrade agreement แบบกว้างๆ มากกว่ากำหนดข้อกำหนดแบบเฉพาะเจาะจงเอาไว้ เพื่อที่จะสามารถเจรจาตกลงร่วมกันภายใต้ขอบเขตกว้างๆ ที่กำหนด

ในการตกลงระงับข้อพิพาทโดยวิธีการเจรจานั้น ถึงแม้ว่าโดยปกติแล้วคู่พิพาทมักจะต้องการให้มีการเจรจาก่อนแล้วจึงค่อยดำเนินการระงับข้อพิพาทในทางอื่นต่อไปหากการเจรจาไม่สำเร็จ แต่ก็ควรจะกำหนดเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทไว้ในสัญญาเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดคู่พิพาทข้ามขั้นตอนไปใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอย่างอื่นก่อนที่จะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการเจรจาจะสิ้นสุดลง แต่อย่างไรก็ตามคู่สัญญาตามสัญญาการค้าต่างตอบแทนอาจกำหนดให้สามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นก่อนที่จะระยะเวลาการเจรจาจะสิ้นสุดได้ในบางกรณี เช่น เมื่อในระหว่างการเจรจา ปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้เตรียมพร้อมเพื่อทำการเจรจา

คู่พิพาทอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทไปดำเนินการโดยวิธีอื่นได้ หรือมีความจำเป็นในการนำข้อพิพาทเสนออนุญาโตตุลาการ หรือเสนอคดีต่อศาลก่อนสิ้นระยะเวลาการเจรจาเนื่องจากเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นหรือคดีใกล้จะหมดอายุความ

ในกรณีที่มีบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่พิพาทแต่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาการค้าต่างตอบแทน ซึ่งอาจมีผลกระทบจากผลในการระงับข้อพิพาทของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ก็ควรได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมในการเจรจาได้ด้วย เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลภายนอกที่เข้ามาจัดซื้อสินค้าแทนคู่สัญญาเดิมกับผู้จัดหาสินค้า ซึ่งผู้จัดซื้อสินค้าตามสัญญาเดิมอาจต้องรับผิดชอบการจ่ายเบี้ยปรับหากบุคคลภายนอกที่เข้ามาจัดซื้อสินค้าแทนตนไม่สามารถดำเนินการจัดซื้อสินค้าได้ตามข้อตกลงใน Countertrade agreement ถือว่าผู้จัดซื้อสินค้าตามสัญญาเดิมเป็นบุคคลภายนอกของข้อพิพาทที่ควรมีส่วนร่วมในการเจรจาด้วย

ข. การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation)

การประนีประนอมยอมความ¹⁰ นั้นจะมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันให้เป็นผู้ดำเนินการประนีประนอมยอมความ ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งผลของการประนีประนอมยอมความ นั้นเป็นเพียงการชี้แนะเท่านั้น ไม่มีผลบังคับแก่คู่สัญญาแต่อย่างใด เว้นแต่จะมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบในสัญญาประนีประนอมยอมความกัน จึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ หากคู่สัญญาไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความเช่นเดียวกับการเจรจา

เนื่องจากการประนีประนอมข้อพิพาท จะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย จะช่วยแก้ไขปัญหาที่คู่กรณีไม่ยอมเข้าเจรจา เพราะคู่กรณีจะมีความเกรงใจมากกว่าการเจรจากันเอง แต่ก็จะมีค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้น

ปัจจุบัน ในระเบียบของศาลได้มีการให้อำนาจศาลในการประนีประนอมข้อพิพาทด้วย

เมื่อมีความล้มเหลวในการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาก่อนที่จะนำข้อพิพาทไปเสนอต่ออนุญาโตตุลาการหรือเสนอต่อศาล คู่พิพาทอาจต้องการให้มีการดำเนินการประนีประนอมข้อพิพาทก่อน โดยให้ผู้ดำเนินการประนีประนอมที่ได้รับความเชื่อถือจากคู่พิพาทเข้ามาดำเนินการช่วยเหลือ

ผู้ดำเนินการประนีประนอมซึ่งเป็นบุคคลที่สามคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ นั้น จะเข้าร่วมในการเจรจาระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทด้วย โดยทำหน้าที่ในการสืบค้นหาข้อเท็จจริงและทำรายงานพร้อมทั้งข้อเสนอก่อนเพื่อให้คู่พิพาทพิจารณา ทั้งนี้รายงานและข้อเสนอของผู้

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 “อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้น ให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน”

ประนีประนอมเช่นนั้น จะไม่ถือเป็นคำชี้ขาดตัดสินหรือมีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ประการใด คู่พิพาทยังคงมีสิทธิที่จะใช้ดุลยพินิจว่าจะยอมรับรายงานหรือข้อเสนอของผู้ประนีประนอมหรือไม่

11

เมื่อคู่พิพาทจะนำข้อพิพาทให้ผู้ดำเนินการประนีประนอมดำเนินการ คู่พิพาทจะต้องกำหนดจำนวนประเด็นข้อพิพาทที่จะนำไปให้พิจารณาและอาจจะกำหนดในข้อตกลงที่จะนำมาใช้ในการประนีประนอม ซึ่งอาจจะเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการประนีประนอมข้อพิพาทโดยถือตามองค์กรระหว่างประเทศ เช่น UNICITRAL Conciliation Rules หรือกฎหมายของประเทศใดๆ ก็ได้

ค. การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการ เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่งซึ่งต่างกับวิธีการฟ้องคดีในศาล วิธีการนี้ คือ การที่คู่พิพาทหรือคู่สัญญาได้แต่งตั้งผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลเดียวหรือหลายบุคคลก็ได้¹²

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในลักษณะที่สำคัญก็คือ ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น คู่พิพาทสามารถเลือกบุคคลซึ่งจะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้และสามารถเลือกใช้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ และในบางครั้งยังสามารถเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้อีกด้วย ในขณะที่การระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น คู่พิพาทไม่สามารถเลือกผู้พิพากษา กระบวนการพิจารณา และแม้กระทั่งกฎหมายที่ใช้บังคับใช้ แต่สิ่งที่เหมือนกันคือ คู่พิพาทต้องผูกพันตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น โดยปกติกระบวนการจะมีกฎหมายของแต่ละรัฐที่กำหนดเกี่ยวกับการนำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา คู่สัญญาจึงต้องกำหนดว่าต้องการให้นำกฎหมายของรัฐใดมาใช้บังคับ และควรกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ จำนวนของอนุญาโตตุลาการ สถานที่ทำการชี้ขาด ภาษาที่ใช้ในการดำเนินการ เป็นต้น

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเริ่มต้นจากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น แต่ก็มีข้อยกเว้น

¹¹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540) น.17.

¹² โกศล ฉันทิกุล, กฎหมายและการปฏิบัติเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.131.

บางกรณีนี้อาจเกิดจากการที่มีกฎหมายบังคับให้คู่กรณีพิพาทต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธี
นี้

การอนุญาโตตุลาการแบ่งเป็นการอนุญาโตตุลาการในศาลและการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ซึ่งการอนุญาโตตุลาการในศาลนั้น จะมีผู้พิพากษาเข้ามาเกี่ยวข้อง ถือเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานคดีของผู้พิพากษาที่รับผิดชอบคดีที่ฟ้องต่อศาล กล่าวคือในกรณีนี้คู่กรณีจะต้องนำคดีขึ้นฟ้องศาลแล้วนั่นเอง แต่สำหรับการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สำคัญที่สุดในการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ คู่สัญญา มักจะกำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งบังคับว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นคู่สัญญาจะต้องนำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาวินิจฉัย

ข้อดีของการอนุญาโตตุลาการคือ คู่กรณีจะได้ผู้เชี่ยวชาญที่รู้เกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทมาตัดสิน และมีความรวดเร็วเพราะไม่ต้องรอฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเพราะอนุญาโตตุลาการมีความเชี่ยวชาญเพียงพอแล้ว และค่าตัดสินของอนุญาโตตุลาการก็ผูกมัดคู่กรณี สามารถบังคับใช้ได้ทั่วโลก ในขณะที่คำพิพากษาบังคับได้แต่เพียงเขตอำนาจศาลของศาลนั้นหรือศาลในต่างประเทศที่รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษานั้น แต่การอนุญาโตตุลาการก็มีข้อเสียคือ มีค่าใช้จ่ายในเรื่องค่าธรรมเนียม และไม่อาจรักษาความลับของคู่กรณีได้

เมื่ออนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆที่คู่พิพาทเสนอแล้ว ก็จะต้องทำคำชี้ขาด หากคู่พิพาทที่ชนะยังต้องการบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายที่บัญญัติไว้สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาด เช่น ยื่นคำร้องขอศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น นอกจากนี้การรับรองและการบังคับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีอนุสัญญาระหว่างประเทศรับรองทำให้สามารถนำมาบังคับใช้ได้ดี ซึ่งดีกว่าการนำคดีขึ้นเสนอต่อศาล คือ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Award 1985¹³ ซึ่งมีหลักการให้ประเทศภาคียอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

ง. การดำเนินคดีต่อศาล

การฟ้องคดีเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธินำข้อพิพาทของตนไปฟ้องเป็นคดีต่อศาล ซึ่งศาลจะเป็นผู้ทำการพิจารณาพยานหลักฐานโดยปฏิบัติตามวิธีการต่างๆที่เรียกว่าวิธีพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความและพิพากษาคดีนั้น หากคู่สัญญาไม่เลือกที่

¹³ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เป็นอนุสัญญาที่องค์การสหประชาชาติร่างและประกาศใช้ในปี 1985 ซึ่งจัดทำขึ้น ณ กรุงนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมักเรียกกันว่า อนุสัญญานิวยอร์ก

จะนำข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการตัดสินก็สามารถที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาโดยกำหนดศาลของประเทศที่ต้องการดำเนินคดีเอาไว้

คำพิพากษาของศาลนั้นมีผลผูกพันคู่กรณีและบุคคลภายนอก แต่ก็มีข้อเสียคืออาจจะใช้ระยะเวลายาวนานเพราะมีศาลหลายชั้น และเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากถึงแม้จะไม่เท่าค่าใช้จ่ายในการอนุญาตตุลาการก็ตาม และรักษาความลับไม่ได้ เพราะคำพิพากษานั้นจะต้องถูกเปิดเผยและตีพิมพ์เผยแพร่ และมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องจำนวนมาก เช่น ทนายความ พยาน ผู้พิพากษา เป็นต้น

โดยทั้ง 4 วิธีจะเรียงลำดับในด้านอำนาจควบคุมของคู่กรณีจากมากที่สุดไปยังวิธีที่คู่กรณีมีอำนาจควบคุมน้อยที่สุด กล่าวคือในการเจรจาคู่กรณีมีอำนาจในการตัดสินใจมากที่สุด แต่ในการอนุญาตตุลาการคู่กรณีมีอำนาจตัดสินใจเพียงแค่ตัดสินใจร่วมกันที่จะนำข้อพิพาทไปให้อนุญาตตุลาการตัดสิน ส่วนวิธีสุดท้ายในการดำเนินคดีต่อศาลนั้น คู่กรณีไม่อำนาจควบคุมอะไรเลย

9. การบังคับคดี

ในธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนในทางการค้าระหว่างประเทศ เมื่อเกิดข้อพิพาทและมีคำพิพากษาแล้ว การบังคับคดีตามคำพิพากษาถ้าอยู่ในเขตอำนาจศาลเดียวกัน สามารถทำได้โดยไม่มีปัญหาแต่อย่างไร แต่หากคู่สัญญามีการฟ้องร้องคดีในเขตอำนาจศาลหนึ่ง แต่การบังคับคดีตามคำพิพากษาแก่คู่สัญญาซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจศาลอื่น หรือทรัพย์สินที่พิพาทตามสัญญาที่อยู่ในเขตอำนาจศาลของอีกประเทศหนึ่งนั้น ก็เกิดปัญหาที่ว่าคำพิพากษานั้นจะนำมาใช้บังคับในเขตอำนาจศาลอื่นได้หรือไม่อย่างไร

คำพิพากษาของศาลภายในประเทศจะไม่มีผลบังคับนอกเขตอำนาจศาลของประเทศในเขตอำนาจศาลของอีกประเทศหนึ่ง จะมีผลเฉพาะทรัพย์สินของจำเลยที่ตั้งอยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นเท่านั้น แต่คำพิพากษาของศาลในเขตอำนาจศาลหนึ่งก็อาจจะสามารถบังคับในอีกเขตอำนาจศาลได้ ถ้าศาลในอีกเขตอำนาจศาลอื่นนั้นเต็มใจที่จะรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษา หรือถูกผูกพันด้วยสนธิสัญญาที่จะต้องยอมรับให้คำพิพากษานั้นมีผลภายในเขตอำนาจศาลนั้น

การรับรองตามคำพิพากษา คือการที่ศาลในอีกเขตอำนาจศาลหนึ่งมีความเชื่อถือในคำตัดสินของศาลในอีกเขตอำนาจศาล โดยไม่พิจารณาคดีนั้นอีกเพราะข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณามาแล้วในศาลอื่น ส่วนการบังคับตามคำพิพากษา เป็นเรื่องที่ศาลใช้อำนาจบังคับให้จำเลยหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษาซึ่งได้ตัดสินมาแล้ว การรับรองตามคำพิพากษานั้น ไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการบังคับตามคำพิพากษาเสมอไป แต่การบังคับ

ตามคำพิพากษาโดยปราศจากการรับรองนั้นจะมีไม่ได้ กล่าวคือ การรับรองคำพิพากษาเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการบังคับตามคำพิพากษา การที่ศาลบังคับตามคำพิพากษาเท่ากับเป็นการรับรองคำพิพากษาต่างประเทศดังกล่าวแล้วไปในตัว¹⁴

หลักเกณฑ์การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลตามระบบกฎหมายต่างๆ

ก. ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ผู้พิพากษาอังกฤษได้วางเงื่อนไขไว้ 3 ประการ คือ

- (1) ศาลต่างประเทศที่ตัดสินทำคำพิพากษาจะต้องมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีทั้งตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศนั้นๆหรือตามกฎหมายขัดกัน
- (2) เป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด
- (3) คำพิพากษานั้นจะต้องเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวกับการชำระหนี้เงินที่แน่นอน ไม่ใช่กับหนี้ที่เป็นการกระทำการหรือคำพิพากษาในส่วนของคดีอาญา

ข. ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ประเทศต่างๆก็มีแนวคิดหรือหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป

- ประเทศเยอรมัน มีหลักเกณฑ์ในการรับรองและบังคับตามคำพิพากษา ดังนี้

- 1 ศาลต่างประเทศต้องมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีทั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของศาลประเทศนั้นและตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน
- 2 คำพิพากษานั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี
- 3 คำพิพากษานั้นต้องถึงที่สุด
- 4 ศาลเยอรมันจะรับรองและบังคับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ หากศาลต่างประเทศรับรองและบังคับตามคำพิพากษาเป็นการตอบแทน แต่ในปัจจุบันศาลเยอรมันผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักต่างตอบแทนลงแล้ว

¹⁴ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนานิช, การรับรองและการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร:คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น. 6.

- ประเทศสเปน มีหลักเกณฑ์ในการรับรองและบังคับตามคำพิพากษา ดังนี้

1 การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาให้เป็นไปตามสนธิสัญญาที่ประเทศสเปนทำกับประเทศอื่นๆ

2 ในกรณีที่ไม่มีการทำสนธิสัญญากับประเทศนั้นๆ ไว้ ให้พิจารณาหลักต่างตอบแทน

- ประเทศอิตาลี

1 แยกเรื่องการรับรองออกจากการบังคับตามคำพิพากษาออกจากกัน โดยมีกระบวนการที่ต่างกัน

2 จะรับรองหรือบังคับตามเฉพาะคำพิพากษาเท่านั้น ไม่รวมถึงคำสั่ง คำทูลเอาใดๆ และต้องเป็นคำพิพากษาที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคดี ไม่ใช่กระบวนการพิจารณาความ

3 คำพิพากษาต้องผ่านเงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจศาลทั้งของกฎหมายตามประเทศนั้นๆ และกฎหมายอิตาลีด้วย

4 ต้องปรากฏว่าคำพิพากษานั้นมาจากการพิจารณาที่มีความเป็นธรรม

5 คำพิพากษานั้นต้องถึงที่สุดแล้ว

อนุสัญญาบรัสเซลส์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการรับรองและการบังคับคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับเรื่องในทางแพ่งและพาณิชย์ (the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgment in Civil and Commercial Matters) เป็นอนุสัญญาที่ใช้บังคับเฉพาะประเทศที่เป็นสมาชิกประชาคมยุโรปเท่านั้น และใช้กับคำพิพากษาที่เกี่ยวกับหนี้ในทางแพ่งและพาณิชย์ แต่ไม่ใช้กับการรับรองสถานะความสามารถของบุคคล ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในทางทรัพย์สิน กฎหมายล้มละลาย มรดก และพินัยกรรมและไม่ใช้กับคำพิพากษาคดีอาญา ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว ศาลของประเทศรัฐภาคีด้วยกันจะต้องรับรองคำพิพากษาของศาลในประเทศรัฐภาคีด้วยกัน โดยมีต้องอาศัยกระบวนการพิจารณาความอื่นใดอีก ส่วนการบังคับตามคำพิพากษานั้น ยังขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก

สำหรับประเทศไทยนั้น ไม่มีการบัญญัติเรื่องการรับรองและบังคับตามพิพากษาของศาลต่างประเทศเอาไว้ และไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาใดๆ ที่กำหนดถึงการรับรองและบังคับตามพิพากษาของศาลต่างประเทศ เช่น อนุสัญญาบรัสเซลส์ และไม่ได้เข้าทำสนธิสัญญาทวิภาคี

กับต่างประเทศในเรื่องดังกล่าวด้วย แต่มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 585/2461¹⁵ ที่เกี่ยวข้องกับแนวทางกรวยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศไทย ได้กำหนดหลักเกี่ยวกับการรับรองและบังคับตามพิพากษา ดังนี้

1. คำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะต้องเป็นคำพิพากษาของศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดี
2. ต้องเป็นคำพิพากษาที่ได้วินิจฉัยถึงมูลคดีข้อพิพาทในระหว่างคู่ความสำเร็จเด็ดขาด

¹⁵ คำพิพากษาที่ 585/ พ.ศ. 2461 ซึ่งพิจารณาและพิพากษาคดีโดยพระยาเทพวิฑูรพหุลศรุตตาบตี พระยานรนิติบัญญัติ นายบัสชาติ และ นายซีเนียด นายตรันวันเนียวได้ทำสัญญาที่เมืองไซ่ง่อน ประเทศเวียดนาม ขายเป็นรถลาก 15 คัน และรถจักรยาน 2 คันให้กับนางฟามที่เลียนเป็นราคา 1,550 เหรียญ นางฟามที่เลียนอ้างว่า นายตรันวันเนียว รับเงินไปแล้ว แต่ห้ามอบรถให้แก่นางฟามที่เลียนตามสัญญาไม่นางฟามที่เลียนจึงได้ยื่นฟ้องนายตรันวันเนียวต่อศาลเมืองไซ่ง่อน ศาลนี้พิพากษาให้นายตรันวันเนียวจำเลยใช้เงิน 1,550 เหรียญ พร้อมทั้งดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมให้แก่นางฟามที่เลียนต่อมานายตรันวันเนียวได้เข้ามาอยู่ในกรุงเทพฯ นางฟามที่เลียนจึงทำหนังสือมอบอำนาจให้นายเวียนวันน่ายอ มาเป็นโจทก์ฟ้องคดีนี้ในศาลแพ่งไทยนายเวียนวันน่ายอ ได้ฟ้องคดีนี้แทนนางฟามที่เลียน เพื่อขอเรียกเงินตามคำพิพากษาของศาลเมืองไซ่ง่อน รวมทั้งดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมคิดเป็นเงินตราสยาม 5,000 บาท และขอเรียกดอกเบี้ยต่อไปโดยอัตราร้อยละ 12 ต่อปีจนกว่าจะชำระเงินเสร็จ กรรมการศาลฎีกาชี้ขาดว่าคดีของนายเวียนวันน่ายอ โจทก์ยังสืบไม่สมว่า คำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อนที่โจทก์อ้างเป็นคำพิพากษาที่สำเร็จเด็ดขาด อันศาลในเมืองต่างประเทศจะพึงรับบังคับบัญชาและดำเนินตามแม้ว่าคำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อนจะเป็นคำพิพากษาของศาล ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดี แต่เมื่อคำพิพากษานี้มิใช่คำพิพากษาที่ได้วินิจฉัยถึงมูลคดีข้อพิพาทในระหว่างคู่ความสำเร็จเด็ดขาดศาลไทยจึงไม่อาจจะรับบังคับตามคำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อนในเรื่องที่เกี่ยวกับหนี้สินค้างชำระได้

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การค้าต่างตอบแทน (Countertrade) มีบทบาทอย่างมากในการค้าระหว่างประเทศ คู่สัญญาในประเทศต่างๆ เริ่มที่จะเลือกดำเนินธุรกรรมของตนผ่านทางการค้าต่างตอบแทนมากขึ้น ประเทศต่างๆ ใช้การค้าต่างตอบแทนเป็นแนวทางหนึ่งในนโยบายทางการค้าระหว่างประเทศ จึงมีการพัฒนาการค้าต่างตอบแทนในหลายรูปแบบ ทั้งในรูปแบบการแลกเปลี่ยนแบบไม่ใช้เงินตรา และแบบใช้เงินตรา โดยประเทศไทยได้นำการค้าต่างตอบแทนมาเป็นวิธีหนึ่งในการแก้ปัญหาการขาดดุลบัญชีเดินสะพัด และนอกจากประเทศไทยแล้ว ประเทศต่างๆ ก็ได้ให้ความสนใจในการทำธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนเช่นกัน

การค้าต่างตอบแทนหมายถึง การค้าที่มีข้อผูกพันแบบเหมารวมโดยเป็นทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในเวลาเดียวกัน โดยบางกรณีอาจมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง เป็นระบบการค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาตกลงแลกเปลี่ยนสินค้าด้วยความต้องการที่สอดคล้องกัน หรือผู้ขายยอมรับการชำระหนี้ด้วยสินค้าเป็นบางส่วนหรือเต็มจำนวน หรืออาจรวมเอาระบบสินเชื่อ การถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือการร่วมลงทุนไว้ในข้อตกลงแทนการรับชำระด้วยสินค้าก็ได้

การค้าต่างตอบแทนมีหลายรูปแบบแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของการดำเนินธุรกรรมและโครงสร้างของสัญญาว่ามีจำนวนข้อกำหนดที่เป็นส่วนประกอบของสัญญามากน้อย หรือละเอียดเพียงใด นอกจากนี้การค้าต่างตอบแทนยังมีความแตกต่างกันในด้านจุดมุ่งหมายหลักในการทำสัญญา ในหลายกรณีที่คู่สัญญามุ่งหวังผลประโยชน์ในการส่งออกสินค้าของตนมากกว่าการต้องการได้มาซึ่งสินค้าจากอีกฝ่าย กล่าวคือสนใจเพียงแต่การส่งออกสินค้าของตนฝ่ายเดียวแต่มีความจำเป็นที่ต้องทำการค้าต่างตอบแทน และในบางกรณีคู่สัญญาให้ความสนใจทั้งการส่งออกสินค้าของตนเท่าๆ กับการนำเข้าสินค้าจากคู่สัญญาอีกฝ่าย

รูปแบบของการค้าต่างตอบแทน (Countertrade) โดยทั่วไปแบ่งออกเป็น 5 ประเภทคือ

1. Barter “การแลกเปลี่ยนสินค้า”
2. Counter-purchase “การซื้อกลับตอบแทน”
3. Buy-back หรือ Compensation “การซื้อกลับคืน”
4. Offset “การหักกลบ”
5. Switching Trade or Triangular Trade “การค้าสามฝ่าย”

นอกจากนี้ยังมีรูปแบบอื่นๆ เช่น การหักบัญชี และการแลกเปลี่ยนทดแทน (Swap) เป็นต้น

ธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน ประกอบด้วย

1. Countertrade agreement คือ ข้อตกลงพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับวิธีการที่จะทำให้ธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนทั้งหมดสำเร็จขึ้น ซึ่งมีข้อตกลงย่อยๆ ที่เกี่ยวกับข้อกำหนดของสัญญาที่จะถูกทำขึ้น

2. Countertrade commitment ถูกใช้เรียกค้ำประกันของผู้สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาเดียวหรือหลายสัญญาในอนาคตหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ผู้สัญญาตกลงให้ถือว่าเป็น Countertrade commitment

3. Supply contract ใช้เรียกสัญญาในการจัดหาสินค้า ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องเข้าทำและปฏิบัติตามหน้าที่ในส่วนของฝ่ายตนเพื่อให้ Countertrade commitment สมบูรณ์

การค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศในปัจจุบันไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่จะใช้บังคับได้โดยเฉพาะ หากพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่กำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาซื้อขายในทางระหว่างประเทศที่สำคัญ ก็คือ United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG) ซึ่งการจะพิจารณาว่าสัญญาการค้าต่างตอบแทนจะอยู่ภายใต้บังคับของ CISG หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่า สัญญาการค้าต่างตอบแทนถือเป็นสัญญาซื้อขายหรือไม่ ซึ่งความหมายของสัญญาซื้อขาย คือจะต้องเป็นสัญญาที่การส่งมอบสินค้าและการชำระราคาตอบแทน ดังนั้นสัญญาที่เป็นลักษณะการจ้างบริการ การจ้างงาน ที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนจึงไม่อยู่ในบังคับของ CISG และสัญญา Barter “การแลกเปลี่ยนสินค้า” ที่เป็นการแลกเปลี่ยนสินค้าโดยไม่มีการชำระเงินเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็ไม่ถือเป็นสัญญาซื้อขายซึ่งจะอยู่ภายใต้บังคับของ CISG และสินค้าตามสัญญาซื้อขายนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ (Movable) และเป็นวัตถุมีรูปร่าง (Tangible) ดังนั้นถ้าสินค้าในสัญญาต่างตอบแทนเป็นเทคโนโลยีและมูลค่าเศรษฐกิจอื่นใดที่ไม่ได้มีลักษณะที่สามารถเคลื่อนที่ได้ และเป็นวัตถุมีรูปร่าง ถึงแม้จะเป็นลักษณะของสัญญาซื้อขายแต่ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG นอกจากนี้ การค้าต่างตอบแทนในบางประเภทประกอบด้วยสัญญามากกว่า 1 สัญญาร่วมเข้าด้วยกัน CISG อาจจะนำมาบังคับใช้กับสัญญาแต่ละสัญญาได้ แต่ไม่ได้ใช้บังคับได้โดยตรงกับความเชื่อมโยงของสัญญาเพราะลักษณะธรรมชาติทางสัญญาการค้าต่างตอบแทนยังมีความแตกต่างกับสัญญาซื้อขายโดยปกติทั่วไป จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ามีกฎหมายที่จะสามารถเข้ามาบังคับใช้กับการค้าต่างตอบแทนได้โดยตรง เพราะมีสัญญาการค้าต่างตอบแทนหลายกรณีที่ไม่สามารถนำมาใช้ได้

UNIDROIT Principles of International Commercial contracts ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวข้องกับการค้าต่างตอบแทนโดยตรง ถึงแม้ว่าสัญญาในทางพาณิชย์จะมีความหมายรวมไปถึงการซื้อขาย การจ้างงาน การบริการก็ตาม แต่ลักษณะโครงสร้างของธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนแบบมีหลายสัญญารวมกันนั้น ซึ่งมีข้อตกลงก่อนการเข้าทำสัญญาซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของ

การค้าต่างตอบแทนที่ไม่สามารถนำ UNIDROIT Principles of International Commercial contracts มาบังคับใช้ได้

UNCITRAL หรือ United Nations Commission on International Trade Law ได้จัดทำคู่มือด้านกฎหมายเกี่ยวกับการค้าต่างตอบแทนขึ้น คือ UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction จุดประสงค์ของการจัดทำ Legal Guide เพื่อเป็นแนวทางในการทำสัญญา การดำเนินธุรกรรมการค้าต่างตอบแทน โดยเป็นเพียงคู่มือทางกฎหมายซึ่งไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย จะไม่ถูกนำมาบังคับใช้ระหว่างคู่สัญญา เว้นแต่ว่าคู่สัญญาจะตกลงกันไว้อย่างชัดเจนในสัญญาตั้งแต่ต้นหรือเป็นผลมาจากกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ระหว่างความสัมพันธ์ของคู่สัญญาที่กำหนดให้ นำ Legal Guide ไปบังคับใช้ ซึ่ง ประกอบด้วยเนื้อหาทั้งหมด 14 บท ซึ่งข้อกำหนดต่างๆ ในแต่ละบท มีความใกล้เคียงกับการดำเนินการของคู่สัญญาในสัญญาทั่วไป ซึ่งหากเป็นการทำสัญญาทั่วไปคงจะมีการกำหนดกันตั้งแต่มีการเข้าทำสัญญาแล้ว แต่สัญญาการค้าต่างตอบแทนบางกรณีเริ่มต้นที่การทำ Countertrade agreement ก่อน โดยยังไม่มี การเข้าทำสัญญากัน ดังนั้นจึงมีการกำหนดเรื่องต่างๆ ไว้ใน Countertrade agreement ซึ่งเป็นสิ่งที่ เป็นลักษณะเฉพาะของการค้าต่างตอบแทน

ลักษณะประการหนึ่งที่สัญญาการค้าต่างตอบแทนมีความแตกต่างกับสัญญาทั่วไป คือการเกิดขึ้นของสัญญา เนื่องจากธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนมีทั้งแบบสัญญาเดี่ยวที่เหมือนกับสัญญาทั่วไปและแบบที่ประกอบด้วยสัญญาหลายสัญญา จึงสามารถแบ่งลักษณะการเกิดขึ้นของสัญญาได้ดังต่อไปนี้

1. สัญญาเดี่ยว (Single contract) เป็นกรณีที่คู่สัญญาทำสัญญาเพียงสัญญาเดี่ยว สำหรับการดำเนินการจัดหาสินค้าให้แก่กันและกัน ได้แก่ Barter Contract และ Merged Contract ซึ่งมีหลักในการพิจารณาการเกิดของสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไป
2. สัญญาที่แยกจากกัน (Separate Supply Contracts) แบ่งเป็น 3 รูปแบบดังนี้
 - 2.1 Export Contract และ Countertrade agreement ถูกทำขึ้นพร้อมๆกัน โดยจะทำ Counter-Export Contract กันในภายหลัง
 - 2.2 Countertrade agreement ถูกทำขึ้นก่อนและเข้าทำสัญญา Export Contract และ Counter-Export Contract กันภายหลัง
 - 2.3 Countertrade agreement และสัญญาทั้งสอง (Export Contract และ Counter-Export Contract) ทำขึ้นพร้อมกัน

กรณีธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนประกอบด้วยสัญญาหลายสัญญาดังกล่าว ถือว่า ทั้ง Export Contract Counter-Export Contract และ Countertrade agreement ต่างก็เป็นสัญญาในแต่ละอันในตัวของมันเอง โดยการจะพิจารณาว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ก็ต้องพิจารณา

เป็นรายสัญญาไป รวมถึงการพิจารณาถึงกฎหมายที่อาจจะนำมาบังคับใช้กับแต่ละสัญญาด้วย
คู่สัญญาในการค้าต่างตอบแทน สามารถแบ่งเป็น 2 ฝ่าย ดังต่อไปนี้

(1) Exporter หรือ Counter-Importer

Exporter ใช้สำหรับบุคคลที่ตามสัญญาฉบับแรกถือเป็นผู้จัดหาสินค้าซึ่งก็เป็นผู้ส่งออก (Exporter) และในทางกลับกันตามสัญญาจัดส่งสินค้าอีกทางหนึ่ง ก็ถือเป็นผู้ที่ทำการจัดซื้อตอบแทน (Counter-Importer) ในบางกรณีคู่สัญญาที่อยู่ในฐานะ Exporter และ Counter-Importer อาจเป็นฝ่ายเดียวกัน แต่บางกรณีอาจเป็นคนละฝ่าย หากเป็นกรณีที่มีบุคคลที่สามมาเกี่ยวข้อง

(2) Importer หรือ Counter-Exporter

Importer ใช้สำหรับบุคคลที่ตามสัญญาฉบับแรกถือเป็นผู้จัดซื้อสินค้าซึ่งก็เป็นผู้นำเข้า (Importer) และในทางกลับกันตามสัญญาจัดส่งสินค้าอีกทางหนึ่ง ก็ถือเป็นผู้ที่ทำการจัดหาสินค้าตอบแทน (Counter-Exporter) คืนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในบางกรณีคู่สัญญาที่อยู่ในฐานะ Importer และ Counter-Exporter อาจเป็นฝ่ายเดียวกัน แต่บางกรณีอาจเป็นคนละฝ่าย หากเป็นกรณีที่มีบุคคลที่สามมาเกี่ยวข้อง

การทำการค้าต่างตอบแทนบางกรณีคู่สัญญาเดิมอาจตกลงให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่สาม โดยเข้ามาทำหน้าที่จัดซื้อหรือจัดจ้างแทนคู่สัญญาเดิม คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้จัดซื้ออาจไม่ต้องการจัดซื้อสินค้านั้น ต้องการเพียงแต่ขายสินค้าของตนเท่านั้น หรือในทางกลับกันคู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องจัดหาสินค้าก็อาจจะไม่มีความสามารถในการจัดหาสินค้านั้นเองได้ จึงต้องให้บุคคลภายนอกเข้ามาทำหน้าที่แทน

ในทางการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศ คู่สัญญาอาจจะกำหนดวิธีการชำระเงินที่ออกแบบมาเพื่อรับประกันว่ากระบวนการในการส่งสินค้าที่ตนได้กระทำไปจะได้รับชำระเงินหรือดำเนินการใดๆ ตอบแทน ซึ่งใน UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transaction ได้กล่าวไว้ 2 วิธี คือ

(1) Blocked account โดยผู้ซื้อต้องนำเงินที่จะชำระฝากไว้ในบัญชีของสถาบันการเงินที่คู่สัญญาได้ตกลงร่วมกันไว้ โดยการให้หรือจ่ายเงินจากบัญชีนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการกระทำเข้าตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดร่วมกันไว้

(2) Crossed letter of credit เมื่อคู่สัญญาตกลงที่จะใช้วิธีการชำระเงินแบบ Crossed letter of credit ผู้ซื้อจะเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตเพื่อชำระเงินตามสัญญา Export contract ซึ่งตนเป็นฝ่ายซื้อ เรียกว่า Export L/C โดยใช้เป็นสิ่งที่จะนำไปแสดงสำหรับการออกเลตเตอร์ออฟเครดิตในการชำระเงินในสัญญาอีกสัญญาหนึ่ง (Counter-export contract) ซึ่งเรียกว่า Counter-export L/C

ผลของการไม่เข้าทำสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา (Effect on countertrade transaction of failure to conclude or perform supply contract) มีหลักของสัญญาทั่วไปที่ว่า หากมีการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในส่วนของตนได้ และในบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถบอกเลิกสัญญาได้แต่สำหรับการค้าต่างตอบแทนการไม่ดำเนินการจัดทำหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาจัดหาสินค้า/บริการตามสัญญาหนึ่ง จะส่งผลกระทบต่อหน้าที่ในการดำเนินการจัดทำหรือการปฏิบัติตามสัญญาอีกสัญญาหนึ่งหรือไม่ โดยปกติแล้วกฎหมายจะไม่กำหนดถึงเรื่องการเชื่อมโยงของสิทธิหน้าที่ของทั้งสองสัญญาเอาไว้ คู่สัญญาในการค้าต่างตอบแทนจึงควรกำหนดให้ชัดเจนว่าหน้าที่ตามสัญญาทั้งสองมีความเกี่ยวข้องกันหรือเป็นอิสระต่อกันอย่างไรไว้ใน Countertrade agreement เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่แน่นอน ซึ่งควรกำหนดว่ากรณีใดที่ถือว่าเป็นการไม่เข้าทำสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาในการค้าต่างตอบแทนการสิ้นสุดของสัญญามีผลกระทบต่อการค้าต่างตอบแทน โดยแบ่งผลกระทบเป็น 3 ประการดังนี้

1.1 การสิ้นสุดของสัญญาหนึ่งไม่มีผลกระทบต่อคำมั่นในการทำสัญญาอีกสัญญาหนึ่งหรือไม่มีผลถึงการปฏิบัติหน้าที่ในอีกสัญญาหนึ่ง

1.2 การสิ้นสุดของสัญญาหนึ่ง ทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากหน้าที่ในการทำสัญญาอีกสัญญาหนึ่ง แต่หากสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาต่างก็ต้องผูกพันในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาต่อไป

1.3 การสิ้นสุดของสัญญาหนึ่ง มีผลให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากหน้าที่ในการทำหรือปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาอีกสัญญาหนึ่ง ถึงแม้มีการเข้าทำสัญญาแล้วก็ให้เป็นอันสิ้นสุดไป แต่อาจกำหนดข้อยกเว้นว่าถ้าได้มีการดำเนินการใดๆ อันเป็นการจัดเตรียม การปฏิบัติตามสัญญาแล้ว เช่น มีการดำเนินการจัดส่งสินค้าแล้ว เป็นต้น ก็ให้สัญญานั้นยังคงมีผลบังคับอยู่

ถึงแม้ว่าการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศจะมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาประเภทอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาซื้อขาย การพิจารณาถึงการเกิดขึ้นของสัญญา การผิดสัญญา ตลอดจนการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และการบังคับคดี ก็มีหลักกฎหมายทั่วไปเหมือนสัญญาทั่วไป แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของสัญญาทั่วไปไม่สามารถครอบคลุมถึงการค้าต่างตอบแทนได้ทุกกรณี เนื่องจากสัญญาการค้าต่างตอบแทนในบางประเภทประกอบด้วยสัญญามากกว่าหนึ่งสัญญาที่เชื่อมโยงเข้าด้วยกัน จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดแนวทางเฉพาะสำหรับการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อให้มีกรอบแนวทางปฏิบัติเดียวกัน

ผลการดำเนินการธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนของประเทศไทยที่ผ่านมาไม่ประสบความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของนโยบายทางเศรษฐกิจ ถึงแม้มูลค่าการค้าต่างตอบแทนจะ

เพิ่มขึ้นมาก แต่ก็ยังเป็นสัดส่วนน้อยในการส่งออกรวมของไทย เช่น ปี 2547 การค้าต่างตอบแทนมีมูลค่า 21,300 ล้านบาท แต่ก็ถือเป็นเพียงร้อยละ 0.6 ของการส่งออกทั้งหมด การค้าต่างตอบแทนจึงไม่มีผลแต่อย่างใดต่อดุลการค้าของประเทศไทยและ สินค้าที่ทำการค้าต่างตอบแทนของประเทศไทยมักจะเป็นสินค้าเกษตรที่ เช่น ปี 2544 เป็นไก่แช่แข็ง อาหารแช่แข็ง และมันสำปะหลัง ปี 2545 เป็นไก่แช่แข็ง น้ำตาล กุ้งแช่แข็ง ปี 2547 เป็นข้าวหอมมะลิ แป้งมันสำปะหลัง กุ้งแช่แข็ง เป็นต้น ซึ่งเป็นสินค้าส่งออกสำคัญของไทยอยู่แล้ว มีตลาดในต่างประเทศที่เข้มแข็งยาวนาน ขายได้ดีมาตลอด ไม่มีปัญหาส่งออก และไม่มีปัญหาล้นเกินในประเทศ การค้าต่างตอบแทนจึงเพียงแต่บิดเบือนรูปแบบการค้าจากการที่ลูกค้าต่างประเทศซื้อสินค้าเหล่านี้จากประเทศไทยในตลาดเปิด เปลี่ยนมาซื้อผ่านการค้าต่างตอบแทนกับหน่วยงานรัฐของไทยเท่านั้น จึงมิได้เป็นการขยายตลาดและมูลค่าการค้าสินค้าเหล่านี้ และก็ไม่ได้สร้างประโยชน์เพิ่มให้กับเกษตรกร นอกจากนี้ การค้าต่างตอบแทนที่หน่วยงานราชการเป็นตัวกลางนั้น กระทำผ่านบริษัทตัวแทน ซึ่งมีรายชื่อทางการอยู่ทั้งหมด 17 บริษัท กระจายในหลายธุรกิจ ทั้งสินค้าเกษตร เกษตรแปรรูป วัสดุ ก่อสร้าง เคมี เหล็ก เป็นต้น แต่เนื่องจากสัญญาการค้าต่างตอบแทนมูลค่าสูงที่ผ่านมานวนเวียนอยู่กับสินค้าเกษตรแปรรูปเพียงไม่กี่รายการ ได้แก่ ไก่แช่แข็ง กุ้งแช่แข็ง อาหารแช่แข็ง ข้าว ทำให้ในทางเป็นจริง มีบริษัทตัวแทนเพียงไม่กี่แห่งเท่านั้น ที่ได้ประโยชน์จากการค้าวิธีนี้ จึงมีแนวคิดของหลายฝ่ายที่เห็นควรให้ประเทศไทยยกเลิกการกำหนดให้หน่วยงานรัฐจะต้องทำการค้าต่างตอบแทน

จนในที่สุดเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2550 คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติตามที่กระทรวงพาณิชย์เสนอเกี่ยวกับการยกเลิกการค้าต่างตอบแทน โดยได้ยกเลิกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินการการค้าต่างตอบแทน พ.ศ. 2547 รวมทั้งยกเลิกการค้าแบบแลกเปลี่ยนโดยได้ยกเลิกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการค้าแบบแลกเปลี่ยน พ.ศ. 2549 แล้ว โดยกระทรวงพาณิชย์ได้สรุปข้อเสียว่าไม่ทำให้เกิดการแข่งขันอย่างแท้จริง ทำให้ได้สินค้านำเข้าราคาสูงขึ้น ผลประโยชน์จากการทำการค้าต่างตอบแทนไม่ได้ตกแก่ภาครัฐแต่ตกแก่บริษัทที่มาจัดการแทน และใช้ระยะเวลาในการเจรจายาวนานทำให้ส่งผลกระทบต่อแผนการดำเนินงานของหน่วยงานภาครัฐ

ถึงแม้ว่าภาครัฐจะมีนโยบายที่จะลดการทำการค้าต่างตอบแทนโดยคณะรัฐมนตรีจะพิจารณาเป็นรายกรณีว่ามีความเหมาะสมที่จะทำการค้าต่างตอบแทนหรือไม่ ไม่ได้หมายความว่าเราจะต้องละทิ้งการค้าต่างตอบแทนไปโดยสิ้นเชิง ภาคเอกชนยังสามารถเข้าดำเนินการค้าต่างตอบแทนได้ขึ้นอยู่กับความสามารถในการต่อรองเพื่อให้การค้าต่างตอบแทนก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด และอาจได้ผลดีกว่าเนื่องจากมีระบบการทำงานที่แตกต่างกัน ประเทศไทยอาจจะไม่มีความจำเป็นถึงขนาดที่จะต้องบัญญัติกฎหมายในเรื่องการค้าต่างตอบแทนออกมาเนื่องจากไม่มีการทำ

การค้าต่างตอบแทนมากเท่าไรนัก และเนื่องจากการค้าต่างตอบแทนมีรูปแบบที่หลากหลาย อีกทั้งมีข้อตกลงที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เห็นร่วมกัน

ในการดำเนินการค้าต่างตอบแทนที่ผ่านมาของประเทศไทยนั้น ในช่วงแรกจะเป็นการส่งเสริมให้ทำธุรกรรมการค้าต่างตอบแทนแบบ Counter-purchase “การซื้อกลับตอบแทน” และต่อมาในช่วงปี 2549 ภาครัฐจะเน้นไปทางด้านการทำการค้าต่างตอบแทนแบบ Barter “การแลกเปลี่ยนสินค้า” แทน แต่ในท้ายที่สุดนโยบายดังกล่าวก็ลื่นไถลลง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการยกเลิกการทำการค้าต่างตอบแทนทั้งสองประเภทดังกล่าวนี้ เนื่องจากไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ที่แท้จริงแก่ประเทศไทยอย่างที่ภาครัฐได้คาดหมายไว้ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะการดำเนินการดังกล่าวไม่เหมาะสมกับประเทศไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่าการดำเนินการค้าต่างตอบแทนที่น่าจะเหมาะสมกับประเทศไทยนั้น มีสองประเภทซึ่งมีความใกล้เคียงกัน ประเภทแรก คือการทำการค้าต่างตอบแทนแบบ Buy-back การซื้อกลับคืน โดย Buy-back จะมีความใกล้เคียงกับ Counter-purchase ที่ประเทศไทยเคยดำเนินการคือมีสองสัญญาเกี่ยวเนื่องกัน แต่ Buy-back ฝ่ายผู้ขายจะขายสินค้าเครื่องจักร อุปกรณ์เทคโนโลยี หรือโรงงานสำเร็จรูป และได้รับชำระเงินทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ซื้อ เมื่อถึงระยะเวลาที่ตกลง ฝ่ายผู้ขายจะต้องซื้อสินค้าแบบซื้อกลับคืน นอกจากนี้ยังมีการนำเสนอการถ่ายทอดเทคโนโลยีและการฝึกอบรมเข้าสู่กระบวนการผลิตอีกด้วย ซึ่งจะเป็นผลดีกับประเทศไทย หากอยู่ในฐานะผู้ขาย เนื่องจากจะได้รับการถ่ายทอดความรู้ในการผลิตจากผู้ซื้อ ทำให้สามารถนำเทคโนโลยีความรู้ที่ได้มาไปผลิตสินค้าเองได้ในอนาคต ซึ่งจะส่งผลต่อเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาว

อีกประเภทหนึ่งที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทย คือ การค้าต่างตอบแทนแบบ Direct Offset “การหักลบแบบชดเชยโดยตรง” ซึ่งเป็นรูปแบบการค้าที่ผู้เสนอขายสินค้ารับที่จะช่วยผู้ซื้อให้มีรายได้เป็นเงินตราต่างประเทศเพื่อชำระเป็นค่าสินค้าของผู้เสนอขาย เช่น การโอนเทคโนโลยีการผลิตให้ประเทศผู้ซื้อ เพื่อให้ผู้ซื้อที่มีเงินตราไปชำระราคาที่เขาให้ โดยมักจะใช้กับการจัดหาสินค้าที่มีมูลค่าสูง หรือความชำนาญทางด้านเทคโนโลยี อาจรวมถึง Know-how และการลงทุน ซึ่งมีความใกล้เคียงกับ Buy-back อันจะเกิดประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้เรียนรู้เทคโนโลยี Know-how และส่งเสริมการลงทุนในประเทศอีกด้วย