



ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้
ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

โดย

นางสาวอรุณทัย ไทยสวัสดิ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

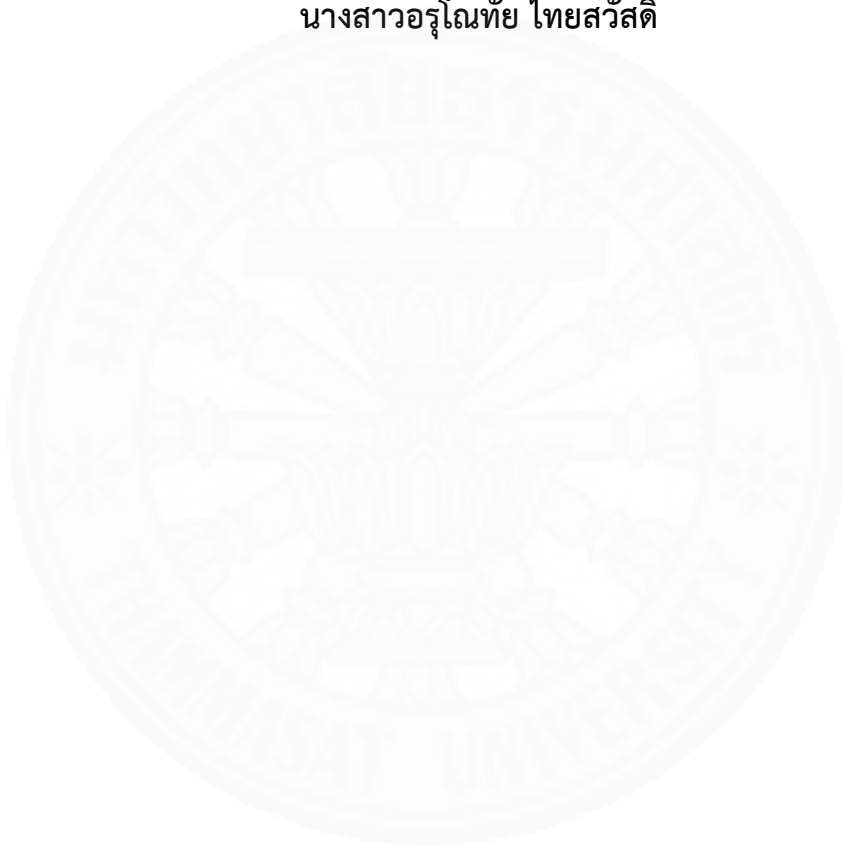
ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้
ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

โดย

นางสาวอรุณทัย ไทยสวัสดิ์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

EFFECTS OF ECONOMIC CRISES ON PERFORMANCE
OF OBLIGATIONS UNDER CONTRACTS FOR
INTERNATIONAL SALE OF GOODS

BY

MISS ARUNOTHAI THAISAWAT



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
INTERNATIONAL TRADE REGULATION
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2017
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวอรุณทัย ไทยสวัสดิ์


เรื่อง

ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้
ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

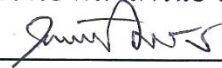
เมื่อ วันที่ 24 กรกฎาคม พ.ศ. 2561

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



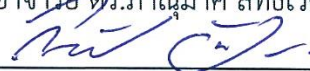
(รองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ณ นคร)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร. ภาณุมาศ สิริทธิเวคิน)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ
ชื่อผู้เขียน	นางสาวอรุณทัย ไทยสวัสดิ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ฦ นคร
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจในสถานการณ์ปัจจุบันมักส่งผลกระทบต่อปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้สองลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไปหรือหากกระทำได้ การปฏิบัติการชำระหนี้นั้นก็ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรอย่างมากแก่คู่สัญญา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีจุดประสงค์เพื่อศึกษาหลักกฎหมายเรื่อง force majeure และ hardship ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาทั่วไปอันเป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวโดยตรง

สำหรับ force majeure จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่อุปสรรคได้เกิดขึ้นขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญา โดยอุปสรรคนั้นจะต้องอยู่เหนือการควบคุมของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงนั้นและไม่อาจเอาชนะอุปสรรคหรือผลของมันได้ ตัวอย่าง เช่น การออกกฎหมายห้ามส่งออกสินค้า, การตัดสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ หรือการจำกัดการแลกเปลี่ยนเงินตรา เป็นต้น ส่วน hardship คือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงดุลยภาพที่เป็นรากฐานของสัญญาไม่ว่าจะเป็นเพราะค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้นหรือเพราะมูลค่าที่ได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนมีมูลค่าลดลง ตัวอย่างเช่น การเกิดสภาวะเงินเฟ้อ, ความผันผวนของค่าเงินหรืออัตราแลกเปลี่ยน เป็นต้น ในขณะที่ผลทางกฎหมายของทั้งสองเรื่องดังกล่าวก็มีความแตกต่างกันออกไปด้วยเช่นกัน กล่าวคือ สำหรับ force majeure คู่สัญญาย่อมหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้นั้น ในขณะที่ hardship คู่สัญญายังคงมีหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อกัน แต่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ (disadvantage party) มีสิทธิร้องขอให้เจรจาใหม่ (renegotiation) เพื่อปรับแก้ข้อสัญญา

(adaptation) ให้สอดคล้องกับสภาวะการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป หรือหากการเจรจาและการปรับแก้ข้อสัญญาไม่เป็นผลก็มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลปรับแก้ข้อสัญญาหรือยุติสัญญา (termination) ตามวันและข้อตกลงที่กำหนดโดยศาลได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาการปฏิบัติการชำระหนี้ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมากเกินไปจนสมควรจากการได้รับชำระหนี้ตอบแทนที่เพิ่มมากขึ้นเป็นอย่างมากและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เสียเปรียบมากเกินไปจนสมควรจากค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นที่ตนต้องเสียไปเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา ผลในทางกฎหมายของ hardship จึงมีความยืดหยุ่นและเป็นธรรมชาติมากกว่า force majeure

ในขณะที่กฎหมายไทยมิได้มีกฎหมายสำหรับการซื้อขายหรือการค้าระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะ ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศย่อมต้องกลับมาใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับหรือหากคู่สัญญาตกลงใช้บังคับกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายแม่แบบก็ต้องใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเช่นกัน ดังนั้น เมื่อกฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเช่นเดียวกับ hardship และยังไม่ปรากฏว่าศาลไทยนำหลัก hardship มาปรับใช้แก้คดีโดยวิธีใดๆ คงมีเฉพาะหลักกฎหมายเรื่องการชำระหนี้เป็นพันวิสัย ตามมาตรา 218 และมาตรา 219 เท่านั้น ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้น ผู้เขียนจึงทำการศึกษาเปรียบเทียบและเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาโดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาหรือ hardship เพื่อให้เกิดความชัดเจนและนำมาปรับแก้คดีโดยไม่ต้องผ่านการตีความจากบทมาตรานอื่นๆ นอกจากนี้การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวยังเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้ในเรื่องอื่นๆ ต่อไปด้วย

คำสำคัญ: การชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา, เหตุขัดข้องในการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ, สภาวะการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป

Thesis Title	EFFECTS OF ECONOMIC CRISES ON PERFORMANCE OF OBLIGATIONS UNDER CONTRACTS FOR INTERNATIONAL SALE OF GOODS
Author	Miss Arunothai Thaisawat
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	International Trade Regulation Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Pinai Nanakorn, Ph.D.
Academic Years	2017

ABSTRACT

Oftentimes, the aftermaths of economic crises on the current situation can affect the performance of obligations under Contracts for International Sale of Goods. There are two natures to such effects: the performance is impossible, and if possible, it becomes excessively onerous for either party. This thesis aims to study the doctrine of force majeure and hardship under the General Contract Principles, which is directly related to the effects.

For force majeure, it must be an event that obstructs the party's performance of obligations, and is beyond their control; at the time of the conclusion of the contract, they could not foresee the damage nor overcome the impediments or their consequences. The examples of such impediments are legislation prohibiting exportation, termination of economic relations and limitation of foreign exchange. As for hardship, it's an event that occurs and fundamentally alters the equilibrium of the contract—either because the cost of a party's performance has increased or the value of the performance received by a party has diminished—for example, the occurrence of inflation and the volatility of currency or exchange rates. Thus, the legal consequences of the two doctrines are divergent. That is, for force majeure, the party

is excused from specific performance and from paying the damages of non-performance. For hardship, on the other hand, the party is still bound to fulfill the obligation as per mutual agreement; however, the disadvantaged party is entitled to request renegotiation to adapt the contract according to change in circumstances, or file a lawsuit or go before an arbitral tribunal for the contract to be adapted or terminated if renegotiation and adaptation resulted in inefficient outcomes. Therefore, to solve the issue that one of the party has become overly advantageous from the significantly increased performance and the other party has become overly disadvantageous from the increased costs of performance. The legal consequences of hardship are more flexible and fairer than those of force majeure.

Thailand does not have a specific law on International Trade. As a result, when a dispute over International Sale contract arises, the Civil and Commercial Code of Thailand is applied. If the parties agree to apply foreign law or model law, it shall apply to the extent that is not contrary to the Thai Civil and Commercial Code. Since the country has not yet enacted laws similar to hardship and it does not appear that Thai court has adopted hardship principle in any case by any means, the only applicable principles to apply are the Impossibility Performance under Section 218 and 219. To solve problems that may arise, the author has suggested a solution: amending the provisions of the Thai Civil and Commercial Code on performance that has become excessively onerous for either party or hardship for clarification so that it can be implemented on any case without interpreting other sections. Furthermore, such amendment can be of use in other aspects as well.

Keywords: force majeure, hardship, changed of circumstance, impossibility

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของท่านรองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ฦ นคร ที่ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียน ให้คำแนะนำตั้งแต่เริ่มต้นขั้นตอนการหาหัวข้อวิทยานิพนธ์ คำแนะนำในการค้นคว้าหาข้อมูลที่เป็นประโยชน์ เอกสารทางวิชาการ หนังสือกฎหมายทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และชี้แนะแนวทางการเขียนวิทยานิพนธ์ที่ถูกต้อง ตลอดจนกำลังใจที่มีให้แก่ผู้เขียน รวมถึงการตรวจพิจารณาและให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเรียบเรียงและปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น หากปราศจากความกรุณาของท่านแล้วความสำเร็จของผู้เขียนคงมิเกิดขึ้น ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ฦ นคร เป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

นอกจากนี้ ความสำเร็จของผู้เขียนในครั้งนี้จะเกิดขึ้นมิได้เลยหากปราศจากกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทั้งสามท่าน ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านในการรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.ภาณุมาศ สิทธิเวकिन และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันท์แจ่มใจ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ให้กำลังใจและเมตตาผู้เขียนทุกครั้งที่ทำการสอบและที่สำคัญที่สุดท่านอาจารย์ทุกท่านได้มอบความรู้ ข้อสังเกตในประเด็นการเขียนต่างๆ ที่ผู้เขียนมองข้ามไป ตลอดจนแนวทางและข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจนทำให้ผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เสร็จสมบูรณ์

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดามารดาของผู้เขียนที่ให้การสนับสนุนในทุกๆ ด้าน ให้โอกาสผู้เขียนได้เติบโตและเลือกตัดสินใจในการใช้ชีวิตการศึกษาและกำลังใจสำคัญที่มอบให้แก่ผู้เขียนเสมอมา ผู้เขียนขอขอบคุณนายประธาน สักกะพลางกูร ผู้ซึ่งเป็นอีกหนึ่งกำลังใจสำคัญของผู้เขียนที่คอยสนับสนุนผู้เขียนและดูแลผู้เขียนเป็นอย่างดีเช่นกัน นอกจากนี้ผู้เขียนขอบคุณกัลยาณมิตรทุกท่านของผู้เขียนสำหรับความช่วยเหลือและกำลังใจที่มีให้กันโดยเฉพาะอย่างยิ่งนางสาวชลธิชา รัตนวิทยากรณ์ กัลยาณมิตรที่ช่วยเหลือผู้เขียนและเป็นธุระเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสมอมา ผู้เขียนขอขอบคุณทุกท่านจากใจจริง

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่บุคคลใดๆ ผู้เขียนขอยกคุณงามความดีให้แก่ผู้มีพระคุณของผู้เขียนทุกท่าน ส่วนความบกพร่องประการใดที่เกิดขึ้นผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

นางสาวอรุณทัย ไทยสวัสดิ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญตาราง	(11)
สารบัญรูปภาพ	(12)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 ขอบเขตการศึกษา	6
1.4 วิธีการศึกษา	6
1.5 สมมติฐาน	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้	8
2.1 การปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ (force majeure)	9
2.1.1 ลักษณะการปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ตามหลักสัญญาทั่วไป	9
2.1.1.1 การสันนิษฐานความเสี่ยงของคู่สัญญา	11
2.1.1.2 การคาดหมายได้ตามสมควรในขณะเข้าทำสัญญา	18
2.1.1.3 อุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา	21
2.1.2 ขอบเขตการใช้ force majeure	31
2.1.3 ผลในทางกฎหมายของ force majeure	32

2.1.3.1	การยกเว้นสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย	33
2.1.3.2	การยกเว้นสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง	34
2.1.3.3	สิทธิในการเลิกสัญญา	36
2.1.3.4	การระงับการปฏิบัติการชำระหนี้	38
2.1.3.5	การขอปรับลดราคา	38
2.1.3.6	ภาระการพิสูจน์	39
2.2	การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา (hardship)	39
2.2.1	ลักษณะของ hardship ภายใต้หลักสัญญาทั่วไป	41
2.2.1.1	การสันนิษฐานความเสี่ยงของคู่สัญญา	44
2.2.1.2	แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสัญญา	47
2.2.2	สภาวะเงินเฟ้อกับข้อยกเว้นความรับผิด hardship	52
2.2.2.1	สภาวะเงินเฟ้อระดับอ่อน (creeping inflation)	53
2.2.2.2	สภาวะเงินเฟ้อระดับรุนแรง (extreme inflation)	55
2.2.3	ผลในทางกฎหมายของ hardship	56
2.2.3.1	หน้าที่ในการเจรจาใหม่	57
	(1) ลักษณะและผลในทางกฎหมายกรณีฝ่าฝืนหน้าที่	57
	(2) องค์ประกอบของหน้าที่เจรจาใหม่	60
	(3) การใช้สิทธิร้องขอเจรจาใหม่	60
	(4) หน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้แม้มีการยื่นคำขอให้เจรจาใหม่	61
	(5) สิทธิของคู่สัญญาในการนำคดีขึ้นสู่ศาล	62
2.2.3.2	อำนาจของศาลและอนุญาโตตุลาการในการปรับแก้สัญญา	63
2.2.3.3	การยุติสัญญาตามวันและข้อกำหนดโดยศาล	64
บทที่ 3	เหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ	68
3.1	หลัก frustration ประเทศอังกฤษ	68
3.1.1	การพัฒนาและสาระสำคัญของ หลัก Frustration	69
3.1.2	ผลของหลัก Frustration	71
3.1.2.1	การสิ้นสุดของสัญญาและการหลุดพ้นจากหนี้ในอนาคต	72
3.1.2.2	Total Failure of Consideration	72
3.1.2.3	Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943	72

3.2 หลัก Impracticability สหรัฐอเมริกา	73
3.3 หลัก Geschäftshrundlage ประเทศเยอรมัน	76
3.3.1 ช่วงก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	76
3.3.2 ช่วงมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	77
3.4 หลัก Imprévision ประเทศฝรั่งเศส	78
3.4.1 หลัก imprévision กับกฎหมายปกครอง	80
3.4.2 หลัก imprévision กับหลักอื่นๆ	82
3.4.2.1 force majeure (เหตุสุดวิสัย)	82
3.4.2.2 หลักสุจริตและเป็นธรรม	83
3.5 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG)	84
3.5.1 การพัฒนาแก้ไขปรับปรุงมาตรา 79 จากมาตรา 74 ULIS	84
3.5.2 ข้อยกเว้นเมื่อมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ ได้ตามมาตรา 79	85
3.6 หลัก Force Majeure และ หลัก Hardship ใน The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)	86
3.6.1 หลัก Force Majeure	86
3.6.2 หลัก Hardship	88
3.6.3 ผลของ Hardship	89
3.6.3.1 คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่	89
3.6.3.2 คำขอให้เจรจาใหม่ จะต้องกระทำโดยมิชักช้า	90
3.6.3.3 เหตุในการร้องขอให้เจรจาใหม่	90
3.6.3.4 การร้องขอให้เจรจาใหม่และการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้	91
3.6.3.5 การเจรจาใหม่ต้องกระทำโดยสุจริต	91
3.6.3.6 การนำคดีขึ้นสู่ศาลเมื่อไม่สามารถตกลงกันได้	91
3.6.3.7 มาตรการของศาลกรณีเกิด hardship	92
3.7 หลัก Change of circumstances ในหลักกฎหมายสัญญายุโรป (PECL)	93
3.8 หลัก Change of circumstances ใน Draft Common Frame of Reference (DCFR)	94
3.8.1 ขอบเขตของบทบัญญัติ	96
3.8.2 บทบาทของการเจรจาต่อรอง	97

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	134
5.1 บทสรุป	134
5.2 ข้อเสนอแนะ	141
5.2.1 พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย	141
5.2.2 การปรับใช้หลักกฎหมายโดยการตีความ	143
5.2.3 การกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวความรับผิดชอบ	144
บรรณานุกรม	146
ภาคผนวก	151
ภาคผนวก ก. บทบัญญัติกฎหมาย Force majeure	152
ภาคผนวก ข. บทบัญญัติกฎหมาย Hardship	154
ประวัติผู้เขียน	157

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างมูลค่าที่จะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทน กับค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้	51
2.2 ความแตกต่างของข้อยกเว้นความรับผิด force majeure และ hardship	65
2.3 เปรียบเทียบผลในทางกฎหมายของข้อยกเว้นความรับผิด force majeure และ hardship	67
3.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้	101
3.2 ข้อยกเว้นความรับผิด hardship ภายใต้ Model Laws	104



สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
4.1 อาคารสารยูนีค	112
4.2 ความก้าวหน้าในการสร้างอาคารสารยูนีค	114



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อลักษณะสำคัญของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ คือสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายซึ่งอยู่กันคนละประเทศตกลงชำระราคาด้วยวิธีที่แตกต่างไปจากสัญญาซื้อขายภายในประเทศพร้อมด้วยการส่งสินค้าข้ามพรมแดนไปยังประเทศของผู้ซื้อ สถานการณ์เศรษฐกิจทั้งภายในประเทศของผู้ซื้อและผู้ขาย รวมไปถึงประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจจึงมีความสำคัญและถือได้ว่าเป็นปัจจัยพื้นฐานในการขับเคลื่อนธุรกิจและการค้าของทุกประเทศทั่วโลก อย่างไรก็ตาม ปัญหาทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ตามปกติแต่มักจะเป็นปัญหาเศรษฐกิจภายในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น ประเด็นที่น่าสนใจคือ เมื่อปัญหาเศรษฐกิจของประเทศหนึ่งขยายตัวจนกลายเป็นวิกฤติเศรษฐกิจที่รุนแรงจนส่งผลกระทบต่อประเทศอื่นๆทั่วโลก จะส่งผลกระทบต่อสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในลักษณะใดได้บ้าง และผลกระทบดังกล่าวจะมีผลในทางกฎหมายประการใด เมื่อสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นสัญญาที่อาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของประเทศคู่สัญญา อนุสัญญาระหว่างประเทศ หรือขนบธรรมเนียมประเพณีการค้าระหว่างประเทศ

ผู้เขียนตัวอย่างวิกฤติเศรษฐกิจครั้งใหญ่ที่สำคัญของโลก เช่น วิกฤติเศรษฐกิจปลายศตวรรษ 1930 หรือ Great Depression ที่นับว่าเป็นวิกฤติเศรษฐกิจครั้งสำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่นำไปสู่ภาวะถดถอยครั้งใหญ่ของเศรษฐกิจโลก วิกฤติเศรษฐกิจครั้งนี้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อการปรับระดับราคาสินค้าอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออกลดลงอย่างต่อเนื่อง ก่อให้เกิดการขาดดุลการค้าและการชำระเงิน ทำให้ระบบการเงินของสหรัฐอเมริกาพังทลายลงในที่สุด และด้วยเหตุที่สหรัฐอเมริกาเป็นศูนย์กลางในการผลิตและการลงทุนของโลกในสัดส่วนที่สูงมาก การพังทลายของระบบเศรษฐกิจในประเทศตนเองจึงส่งผลกระทบต่อการพังทลายของระบบการเงินของประเทศอื่นๆตามมาโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ผลกระทบจากวิกฤติเศรษฐกิจในครั้งนี้ทำให้สหรัฐอเมริกาออกนโยบายกฎหมายต่างๆ เพื่อรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจของตนไว้ เช่น การใช้นโยบายเพิ่มภาษีนำเข้า และการจำกัดการนำเข้าเพื่อปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศ การใช้นโยบายควบคุมการค้าขายเงินตราต่างประเทศ การควบคุมอัตราแลกเปลี่ยน ซึ่งวิธีการที่กำหนดขึ้นมานั้นส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาที่ทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศกับสหรัฐอเมริกาอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้

วิกฤติเศรษฐกิจในละตินอเมริกาช่วงทศวรรษ 1980 เป็นอีกหนึ่งวิกฤติเศรษฐกิจที่ขยายตัวและส่งผลกระทบต่อทั้งละตินอเมริกา มีผลผลิตทางการเกษตรเป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญของหลายประเทศในละตินอเมริกา แต่เนื่องด้วยข้อจำกัดในภูมิภาคทำให้การผลิตสินค้าส่งออกมีความใกล้เคียงกันขาดความหลากหลาย ทำให้สินค้าเหล่านี้มีราคาผันผวนตามราคาสินค้าในตลาดโลกและสถานะเศรษฐกิจในช่วงนั้นๆ รวมถึงการเปิดเสรีทางการเงินในช่วงทศวรรษ 1970 โดยขาดการควบคุมการก่อหนี้ต่างประเทศที่เหมาะสมส่งผลให้หนี้ต่างประเทศมีการสะสมเพิ่มขึ้นมากกว่าร้อยละ 70 ในกลางทศวรรษ 1980 หลายประเทศจึงเปลี่ยนระบบอัตราแลกเปลี่ยนแทนระบบอัตราแลกเปลี่ยนแบบคงที่ประกอบกับสหรัฐอเมริกาพิจารณาถึงปัญหาเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจึงปรับอัตราดอกเบี้ยเพิ่มสูงขึ้นเกินกว่าร้อยละ 10 ต่อปี ยิ่งทำให้ภาระหนี้การกู้ยืมเงินตราต่างประเทศปรับสูงขึ้นเป็นอย่างมากตอกย้ำภาคเอกชนจำนวนมากที่ไม่สามารถจ่ายคืนหนี้สินดังกล่าวได้ ผลกระทบจากวิกฤติเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในละตินอเมริการั้งนี้มีได้แตกต่างไปจากวิกฤติเศรษฐกิจ Great Depression ของสหรัฐอเมริกาเท่าใดนัก กล่าวคือ สถาบันการเงินและธุรกิจล้มละลายลงเป็นจำนวนมาก ตามมาด้วยการเกิดสถานะเงินเฟ้ออย่างสูง (Hyperinflation) ความผันผวนของราคาสินค้า และการปรับเปลี่ยนระบบอัตราแลกเปลี่ยน

และวิกฤติเศรษฐกิจสุดท้ายที่ผู้เขียนนำเสนอเป็นวิกฤติเศรษฐกิจที่สำคัญและส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อประเทศไทย คือ วิกฤติเศรษฐกิจเอเชีย ค.ศ. 1997 หรือวิกฤติเศรษฐกิจไทย พ.ศ. 2540 วิกฤติเศรษฐกิจครั้งนี้ยังส่งผลกระทบต่อประเทศต่างๆ ในเอเชีย เช่น อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ และเกาหลีใต้ เป็นต้น จุดเริ่มต้นมาจากการที่ประเทศไทยมีการเปิดประเทศและพึ่งพาการค้าระหว่างประเทศในระดับสูงทั้งการส่งออกและนำเข้ารวมไปถึงการพึ่งพาเงินทุนจากต่างประเทศ ส่งผลให้หนี้ต่างประเทศของไทยเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วในขณะที่การเปิดเสรีทางการเงินกลับไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ดังกล่าว เนื่องจากรัฐบาลเลือกใช้นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนแบบคงที่เป็นเหตุให้ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศมีได้คำนึงถึงความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนที่อาจเกิดขึ้นได้ เมื่อค่าเงินบาทสูงกว่ามูลค่าความเป็นจริงจึงก่อให้เกิดการเก็งกำไรและโจมตีค่าเงินบาทในปี พ.ศ. 2540 จนธนาคารแห่งประเทศไทยต้องปล่อยให้ค่าเงินบาทลอยตัว ผลกระทบในครั้งนี้ทำให้ค่าเงินบาทอ่อนตัวลงไปกว่าหนึ่งร้อยเปอร์เซ็นต์ กล่าวคือ จาก 1 ดอลลาร์สหรัฐเท่ากับ 25 บาท มาเป็น 1 ดอลลาร์เท่ากับ 50 บาท ในทันใด ส่งผลกระทบต่อภาคเอกชน เกิดการล้มละลายของธุรกิจสถาบันการเงินและการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

จากตัวอย่างวิกฤติเศรษฐกิจข้างต้นเห็นได้ว่า ผลกระทบที่เกิดขึ้นตามมานั้นไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนโยบายเพิ่มภาษีนำเข้าและการจำกัดการนำเข้า การออกกฎหมายควบคุมการซื้อขายเงินตราต่างประเทศ การควบคุมอัตราแลกเปลี่ยน การเกิดสถานะเงินเฟ้อในระดับสูง หรือความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนที่เกินกว่าจะคาดหมายได้ ล้วนเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญา

ซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศทั้งสิ้น ซึ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายนี้มีได้จำกัดเฉพาะ การชำระราคาเท่านั้นแต่ยังรวมไปถึงการส่งมอบสินค้าด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่าผลกระทบจากวิกฤติ เศรษฐกิจก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ทั้งระบบ ตั้งแต่ขั้นตอนการจัดหาสินค้า การชำระราคาสินค้า และการส่งมอบสินค้า ซึ่งคู่สัญญาที่ ประสบปัญหาและได้รับผลกระทบดังกล่าวมักหิบบกขึ้นมาเป็นข้ออ้างให้ตนหลุดพ้นจากการ ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา โดยให้เหตุผลว่าผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจเหล่านั้นทำให้ตน ไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม แม้ผลกระทบจากวิกฤติเศรษฐกิจเป็น อุปสรรคต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ และมีบทกฎหมายทั้งใน ระดับกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่กฎหมาย แม่แบบ (Model Law) บัญญัติรองรับผลของการเกิดอุปสรรคดังกล่าวไว้ ก็ยังคงต้องพิจารณาถึงการ เกิดอุปสรรคดังกล่าวว่ามีลักษณะถาวรจนทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ได้อีกต่อไปหรือไม่ หรือเป็นเพียงการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาเท่านั้น และอุปสรรค ดังกล่าวคู่สัญญาสามารถสันนิษฐานหรือคาดเห็นได้หรือไม่ หรือคู่สัญญาตกลงยอมรับความเสี่ยง ดังกล่าวประการใด เพราะประเด็นเหล่านี้จะส่งผลให้ผลในทางกฎหมายแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับ วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ

อย่างไรก็ดี เมื่อคู่สัญญาต่างมีเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลัก Freedom of Contract ที่คู่สัญญาจะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้ และเมื่อกำหนดไว้แล้วกฎหมายก็จะรับรอง ให้สัญญามีผลตามเจตนาและต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดตามหลัก Pacta sunt servanda หรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา แต่เมื่อมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งดังเช่น ผลกระทบจากวิกฤติ เศรษฐกิจเกิดขึ้นหลังจากการเข้าทำสัญญา อันทำให้สภาวะการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไปอย่าง มากจากวันที่คู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาต่อกันและคู่สัญญาก็มีอาจคาดหมายได้ถึงเหตุการณ์เช่นนั้น การปฏิบัติการชำระหนี้อย่างเคร่งครัดตามสัญญาเดิมอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง จะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทน ระหว่างกันจะไม่สมดุลกันอีกต่อไป สัญญาจึงอาจถูกผ่อนคลายลงได้ตามหลักกฎหมายโรมัน Clausula Rebus Sic Stantibus ซึ่งส่งผลต่อสัญญาในสองประการด้วยกันกล่าวคือ ประการแรก ผลกระทบ จากวิกฤติเศรษฐกิจทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้อีกต่อไปเพราะเหตุสุดวิสัยหรือ force Majeure ประการที่สอง ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาหรือ hardship ดังนั้น ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดขึ้นถือเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้การปฏิบัติการ ชำระหนี้ของคู่สัญญาเป็นไปในลักษณะใด เพราะหลักกฎหมายทั้งสองเรื่องดังกล่าวมีผลต่อคู่สัญญา แตกต่างกันไป กล่าวคือ หากเหตุการณ์ดังกล่าวถือเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้อีก ต่อไปตามหลัก force Majeure คู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาทันที แต่

หากเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาตามหลัก Hardship แล้วเช่นนี้คู่สัญญาย่อมไม่หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ แต่มีสิทธิร้องขอให้เจรจาใหม่ (renegotiation) เพื่อปรับแก้ข้อสัญญา (adaptation) หรือ ให้สัญญานั้นสิ้นสุดลงได้ (termination)

ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อในประเทศ A ทำสัญญาซื้อขายเหล็กกล้าจากผู้ขายประเทศ B โดยตกลงราคาซื้อขายเป็นจำนวนที่แน่นอน หลังจากทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นผู้ขายในประเทศ B ประสบปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจทำให้ได้รับผลกระทบจากสถานะเงินเฟ้ออย่างเฉียบพลันถึง 75% ส่งผลให้ราคาของเหล็กกล้าเพิ่มสูงขึ้นกว่า 100% เกินกว่าที่ผู้ขายจะคาดหมายได้ขณะทำสัญญา อีกทั้งค่าเงินที่ใช้ในการชำระหนี้ผันผวนมากกว่า 100% หากผู้ขายต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่ได้ทำก่อนเกิดวิกฤติเศรษฐกิจนั้นก็จะส่งผลให้มูลค่าที่ผู้ขายจะได้รับชำระหนี้ตอบแทนกับมูลค่าที่ตนต้องชำระหนี้กลับไปเกิดความไม่สมดุลกันอย่างมาก เช่นนี้การปฏิบัติการชำระหนี้ของผู้ขายยังอยู่ในวิสัยที่กระทำได้ แต่การชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่ผู้ขาย สิทธิของผู้ขายเป็นไปอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ถูกนำมาใช้บังคับ ในเรื่องดังกล่าวกฎหมายต่างประเทศทั้งระบบ civil law และ common law และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) ต่างได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายและนำไปปรับใช้ได้เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายแม่แบบ Model Laws ได้บัญญัติหลักกฎหมายทั้งสองเรื่องไว้อย่างชัดเจนเหมาะสมกับสถานการณ์โลกที่เปลี่ยนแปลงไป แต่หากข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่ศาลไทยจะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้แก่กรณี ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายไทยยังมิได้มีกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะ ข้อกล่าวอ้างของคู่สัญญาที่ว่าไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้จึงต้องปรับบทในเรื่องของการชำระหนี้เป็นพันวิสัย ตามมาตรา 218 หรือมาตรา 219 ขึ้นอยู่กับการพันวิสัยนั้นเป็นเหตุที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหรือไม่ โดยยึดหลักว่าการชำระหนี้เป็นพันวิสัยจะต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้อย่างถาวรเท่านั้นซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า กฎหมายไทยมิได้มีบทบัญญัติในลักษณะเช่นเดียวกับ Hardship และยังไม่ปรากฏว่าศาลไทยนำหลัก Hardship มาปรับใช้แต่อย่างใด จากตัวอย่างดังกล่าวเมื่อข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลไทย ผู้ขายยังคงต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอย่างเคร่งครัดเพราะการเกิดสถานะเงินเฟ้อมิได้ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้อย่างถาวร เพียงแต่การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่ลูกหนี้เท่านั้น จึงนำพิจารณาว่าการกำหนดให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดแม้ภายหลังเกิดการเปลี่ยนแปลงไปของสถานการณ์จนทำให้เกิดความไม่สมดุลกันมากเกินกว่าที่จะยอมรับได้จะเป็นการขัดหรือแย้งกับหลักสุจริตหรือไม่ การผ่อนคลายความเคร่งครัดโดยให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการขอเจรจาใหม่ (renegotiation) เพื่อปรับแก้ข้อสัญญา (adaptation) หรือหากการปรับแก้สัญญานั้นไม่เป็นผล ให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการนำคดีขึ้นสู่ศาล เพื่อให้ศาลเลิกสัญญาตามวันเวลาและข้อกำหนดโดยศาล (termination) จะเป็นการอำนวยความสะดวกมากกว่าหรือไม่

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเล็งเห็นถึงความสำคัญของผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจ ที่อาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาและส่งผลต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ได้มากกว่าสาเหตุด้านอื่นๆ การใช้หลักการชำระหนี้เป็นพันธสัญญาตามมาตรา 218 หรือมาตรา 219 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพียงอย่างเดียวจึงไม่ยืดหยุ่นเพียงพอเท่ากับการนำหลัก Hardship มาปรับใช้ด้วยในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่มีลักษณะซับซ้อนและมูลค่าของสัญญาสูงมาก พอที่จะทำให้ระบบเศรษฐกิจหนึ่งๆ พังทลายลงได้หากสัญญาดังกล่าวมิได้มีบทกฎหมายรองรับที่ชัดเจน ผู้เขียนจึงทำการศึกษาเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติมในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนวทางการแก้ปัญหาในรูปแบบอื่นต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่อง force majeure และ hardship โดยมุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ
2. เพื่อทราบถึงหลักกฎหมายในระบบ Common Law ได้แก่ หลัก Frustration ของประเทศอังกฤษ และหลัก Commercial Impracticability ประเทศสหรัฐอเมริกา
3. เพื่อทราบถึงหลักกฎหมายในระบบ Civil Law ได้แก่ หลัก Geschäftsgrundlage หรือหลักพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปของประเทศเยอรมัน และหลัก Imprévision ของประเทศฝรั่งเศส
4. เพื่อทราบถึงหลักกฎหมายเรื่อง Force majeure ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG), หลักกฎหมายเรื่อง Hardship ใน UNIDROIT Principles, หลักกฎหมายเรื่อง Change of Circumstance ในหลักกฎหมายสัญญายุโรป (The Principles of European of Contract Law หรือ PECL) และ Draft Common Frame of Reference หรือ DCFR
5. เพื่อทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายไทยเรื่องการชำระหนี้เป็นพันธสัญญา กรณีหยิบยกประเด็นวิกฤติทางเศรษฐกิจเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เพื่อนำมาวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายกฎหมายเดิม รวมถึงกฎหมายที่อาจมีการยกร่างขึ้นใหม่ภายหลัง

1.3 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า หากเกิดวิกฤติเศรษฐกิจขึ้นภายหลังจากการทำสัญญาและส่งผลกระทบต่อความสามารถในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาเกิดความยากลำบากในการชำระหนี้เป็นอย่างมาก หรือมูลเหตุสำคัญในสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไป คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากวิกฤติเศรษฐกิจดังกล่าวจะยกขึ้นเป็นข้ออ้างหลุดพ้นจากหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา หรือยกเป็นข้ออ้างในการขอเจรจาปรับสัญญาใหม่ หรือเลิกสัญญาได้หรือไม่อย่างไร โดยจะศึกษาจากหลักกฎหมายในระบบ Common Law ได้แก่ กฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ระบบ Civil Law ได้แก่ กฎหมายของประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส รวมถึงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG), UNIDROIT Principles (UPICC), The Principles of European of Contract Law (PECL) และ Draft Common Frame of Reference หรือ DCFR

1.4 วิธีการศึกษา

การศึกษาจะใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary research) การรวบรวมข้อมูลจากหนังสือกฎหมาย หนังสือวิชาการ วิทยานิพนธ์ วารสาร บทความ คำพิพากษาศาลฎีกา และเอกสารที่เกี่ยวข้องต่างๆ ของประเทศไทย รวมถึงหนังสือกฎหมายของต่างประเทศ บทความ วารสาร และตัวอย่างคำตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศจากห้องสมุดและจากระบบฐานข้อมูลในเว็บไซต์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบความเหมือนความต่างกับกฎหมายไทย เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาต่อไป

1.5 สมมติฐาน

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติไว้เฉพาะหลักกฎหมายเรื่องการชำระหนี้เป็นพันวิสัยตามมาตรา 218 และมาตรา 219 เท่านั้น ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นได้เมื่อผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจส่งผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาเป็นภาระหนักขึ้นอย่างมาก แต่เมื่อไม่มีบทกฎหมายรองรับคู่สัญญาก็ยังคงต้องผูกพันและปฏิบัติการชำระหนี้ตามเดิมอย่างเคร่งครัด อันก่อให้เกิดความไม่สมดุลกันระหว่างหนี้ที่ได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนกับหนี้ที่

ต้นตอปฏิบัติการชำระหนี้กลับไป จึงสมควรมีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องให้มีความเหมาะสมต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่อง Force majeure และ Hardship โดยมุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

2. ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายในระบบ Common Law ได้แก่ หลัก Frustration ของประเทศอังกฤษ และหลัก Commercial Impracticability ของประเทศสหรัฐอเมริกา

3. ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายในระบบ Civil Law ได้แก่ หลัก Geschäftsgrundlage หรือหลักพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาเปลี่ยนแปลงไปของประเทศเยอรมัน และหลัก Imprévision ของประเทศฝรั่งเศส

4. ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายเรื่อง Force majeure ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG), หลักกฎหมายเรื่อง Hardship ใน UNIDROIT Principles, หลักกฎหมายเรื่อง Change of Circumstance ในหลักกฎหมายสัญญายุโรป (The Principles of European of Contract Law หรือ PECL) และ Draft Common Frame of Reference หรือ DCFR

5. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายไทยเรื่องการชำระหนี้เป็นพันวิสัย กรณีหยิบยกประเด็นวิกฤติทางเศรษฐกิจเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เพื่อนำมาวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายกฎหมายเดิมรวมถึงกฎหมายที่อาจมีการร่างขึ้นใหม่ภายหลัง

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการเกิดขึ้นของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศจะพบว่า มิได้มีความแตกต่างประการใดกับการเกิดสัญญาทั่วไป กล่าวคือ คู่สัญญามีสิทธิและเสรีภาพในการเลือกเข้าทำสัญญากับบุคคลใดก็ได้ กำหนดเนื้อหาของสัญญาหรือผลของสัญญาเช่นใดก็ได้ และถูกสันนิษฐานไว้ก่อนแล้วว่าคู่สัญญามีความเท่าเทียมกันจึงได้เข้าทำสัญญาต่อกัน อันเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) และเมื่อกำหนดไว้แล้วกฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนาและจะไม่ถูกแทรกแซงโดยอำนาจของกฎหมาย ดังนั้นคู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยหลัก Clausula rebus sic stantibus อันเป็นหลักที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา เนื่องจากภายหลังที่ได้ทำสัญญาต่อกันแล้วยังมิได้มีการปฏิบัติตามชำระหนี้อันเป็นผลของสัญญาแต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติตามชำระหนี้ไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา เช่น วิกฤติทางเศรษฐกิจที่ถือได้ว่าเป็นเหตุการณ์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในปัจจุบัน หากคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อไปก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมากเกินไปเกินสมควรและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมากเกินไปเกินสมควรทำให้ ณ เวลาที่มีการชำระหนี้ การปฏิบัติตามชำระหนี้และการปฏิบัติตามชำระหนี้ตอบแทนจะไม่สมดุลกันสัญญาจึงไม่ควรเป็นสัญญาอีกต่อไป¹

ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจถือเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้การปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาไม่อาจกระทำได้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ การปฏิบัติตามชำระหนี้ นั้นไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย หรือ force majeure และการปฏิบัติตามชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญา หรือ Hardship ซึ่งต่างพัฒนามาจากหลัก Clausula rebus sic stantibus ด้วยกันทั้งสิ้นเพราะมีลักษณะการเกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติตามชำระหนี้ไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญาแต่มีความแตกต่างกันตรงที่ในกรณีหนึ่งการปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เลย ในขณะที่อีกกรณีหนึ่งการปฏิบัติตามชำระหนี้ชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่กระทำได้แต่การชำระหนี้ที่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาและเกิดการเปลี่ยนแปลงความเท่าเทียมกันของสัญญาอย่างเป็นนัยสำคัญ

¹ ศันนกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น.261.

2.1 การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย (Force Majeure)

ภายใต้หลักสัญญาทั่วไป ภาพรวมของแนวคิดการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ (non-performance) หมายความว่ารวมถึงข้อกล่าวอ้างที่เกิดขึ้นจากอุปสรรคในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่อยู่นอกเหนือความควบคุมของคู่สัญญาและคู่สัญญามีได้คาดหมายถึงความเสี่ยงนั้นหรือที่เรียกว่าข้อกล่าวอ้างการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย หรือ force majeure อันเป็นข้ออ้างการยกเว้นความผิดอย่างหนึ่ง (exemption) ซึ่งข้อกล่าวอ้างลักษณะดังกล่าวสามารถพบได้ใน มาตรา 79 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1964) หรือ CISG , มาตรา 7.1.7 UNIDROIT Principles (UNIDROIT Principles Commercial Contracts 2010) หรือ UPICC และ มาตรา 8:108 หลักกฎหมายสัญญายุโรป (Principles of European Contract Law) หรือ PECL² ซึ่งใน UNIDROIT Principles ได้ใช้คำว่า “force majeure” เป็นชื่อเรียกของ มาตรา 7.1.7 ด้วยสาเหตุที่ว่า force majeure เป็นที่ยอมรับอย่างมากในการปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศจากการได้รับการเขียนไว้ในสัญญาระหว่างประเทศในข้อกำหนด “force majeure clause”³

2.1.1 ลักษณะของการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ภายใต้หลักสัญญาทั่วไป

การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย หรือ force majeure เป็นลักษณะอย่างหนึ่งของหลักทั่วไปในการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ หรือ non-performance ที่มีได้ต้องการความผิด (fault) ของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาและข้อกล่าวอ้าง force majeure ก็มีได้ให้ความหมายของ “การไม่ปรากฏความผิด” (absence of fault) แต่ใช้หลัก “อุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้จะต้องอยู่เหนือการควบคุมของคู่สัญญา

² นับแต่นั้นต่อไปเมื่อใช้คำว่า “CISG” ให้ความหมายถึง อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) หรือ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1964 (CISG), “UPICC” ให้ความหมายถึง UNIDROIT Principles Commercial Contracts 2010 และ “PECL” ให้ความหมายถึง Principles of European Contract Law

³ “Comment No.1 on Article. 7.1.7 UNIDROIT Principles,” Retrieved on July 17, 2017, from <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/404-chapter-7-non-performance-section-1>.

ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้และคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่อาจคาดหมายได้อย่างชัดเจนหรือโดยนัยถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์นั้น” เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งทั้งมาตรา 79 CISG, มาตรา 7.1.7 UPICC หรือ มาตรา 8:108 หลักกฎหมายสัญญายุโรป PECL ก็บัญญัติหลักการในลักษณะเดียวกัน ตัวอย่างเช่น มาตรา 7.1.7(1) UPICC⁴ ให้ความหมายของ force majeure ว่า “คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ต้องรับผิดชอบที่ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ของตน ถ้าพิสูจน์ได้ว่ากรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ได้นั้นเป็นผลเนื่องมาจากอุปสรรคที่อยู่เหนือความควบคุมของตนและไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าถึงเหตุการณ์เช่นนั้นได้หรือหลีกเลี่ยงหรือเอาชนะผลของอุปสรรคนั้นได้”

ดังนั้นจึงอาจสรุปลักษณะของ force majeure ภายใต้อحكامสัญญาทั่วไปได้ 4 ลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ

1. คู่สัญญา (ลูกหนี้) ไม่อาจคาดหมายได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์หรืออุปสรรค โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่อาจคาดหมายถึงอุปสรรคนั้นได้ในขณะทำสัญญา
 2. อุปสรรคนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา (ลูกหนี้) และ
 3. อุปสรรคนั้นหรือผลของอุปสรรคไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือเอาชนะได้ ซึ่งอุปสรรคอาจเกิดขึ้นหลังจากทำสัญญาอันถือเป็นเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (supervening event) หรืออุปสรรคนั้นอาจมีอยู่ก่อนขณะทำสัญญาก็ได้ (antecedent event) และ
 4. การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้นั้นมีสาเหตุจากอุปสรรคดังกล่าว
- สำหรับประโยคที่ว่า “คู่สัญญา (ลูกหนี้) ไม่อาจคาดหมายได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์หรืออุปสรรค โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่อาจคาดหมายถึงอุปสรรคนั้นได้ในขณะทำสัญญา” ที่แม้มิได้กล่าวถึงอย่างชัดเจนใน มาตรา 79 CISG, มาตรา 7.1.7 UPICC หรือมาตรา 8:108 PECL แต่ก็ได้รับการยอมรับในบทบัญญัติดังกล่าว⁵ จากคำว่า “อุปสรรคนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุม” หรือ “อุปสรรคนั้นต้องไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้น” อีกทั้งในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ยืนยันรับรองการปฏิบัติตามชำระหนี้ไว้หรือคาดหมายได้ว่าอุปสรรคนั้นอาจเกิดขึ้นอย่าง

⁴ Article 7.1.7(1) UNIDROIT Principles

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

⁵ UNITED NATIONS, UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (Austria : Vienna International Centre, 2012), p.389.

แน่นอนหรือยอมรับเอาความเสี่ยงภัยก็จะก่อให้เกิดภาระผูกพันมากยิ่งขึ้นต่อคู่สัญญา ถือไม่ได้ว่ามีอุปสรรคเกิดขึ้น เช่นนี้คู่สัญญายังคงผูกพันและรับผิดชอบตามสัญญาแม้อุปสรรคที่ขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้จะเกิดขึ้นโดยมิใช่ความผิดของตนก็ตาม เช่น ผู้ขายรับเอาความเสี่ยงภัยในการจัดหาโดยไม่จำกัดแหล่งที่มาของการจัดหา เช่นนี้ย่อมไม่มีอุปสรรคที่จะมาขัดขวางการชำระหนี้ได้ตราบเท่าที่สินค้าชนิดเดียวกันยังคงมีอยู่ในท้องตลาด อย่างไรก็ตามข้อกำหนดที่ว่าความเสี่ยงของเหตุการณ์จะต้องไม่อาจคาดหมายได้จากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ (disadvantaged party) นั้น ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องข้อยกเว้นการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา หรือ Hardship Exemption ใน UNIDROIT Principles และ หลักกฎหมายสัญญายุโรป PECL⁶ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงต่อไป

2.1.1.1 การสันนิษฐานความเสี่ยงของคู่สัญญา

ข้อกล่าวอ้างเหตุสุดวิสัย (force majeure excuse) แยกระหว่างเหตุสุดวิสัยที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ภายนอก (force majeure events) กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายในขอบเขตการควบคุมของลูกหนี้ซึ่งเป็นองค์ประกอบหลักของข้อกำหนดเบื้องต้น (default rule) ที่คู่สัญญาสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ตามที่ลูกหนี้มีหน้าที่รับผิดชอบต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและตกอยู่ในขอบเขตการควบคุมและความเสี่ยงของตน โดยเฉพาะอุปสรรคในการปฏิบัติการชำระหนี้มีสาเหตุมาจากภายในบริษัทหรือกิจการของลูกหนี้เอง (intra-firm) หรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิต ไม่ว่าจะเป็นการเตรียมการตามปกติ การจัดการและการดำเนินการตามมาตรการที่มีความจำเป็นในการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งหากลูกหนี้รับประกันถึงความสามารถของตนในการปฏิบัติการชำระหนี้ ลูกหนี้จะไม่สามารถยกข้อกล่าวอ้างเหตุสุดวิสัยหรือการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินควรมายกเว้นความรับผิดได้ ถ้าการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญากลายเป็นภาระหนักขึ้น (more burdensome) หรือน้อยกว่าที่คาดไว้ เว้นแต่การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญากลายเป็นภาระอย่างมากต่อคู่สัญญา (excessively onerous) อย่างไรก็ตามคู่สัญญาสามารถตกลงแก้ไขหลักเกณฑ์หรือกฎเกณฑ์ในการกระจายความเสี่ยงของข้อยกเว้นความรับผิดในเหตุสุดวิสัยได้ กล่าวคือ คู่สัญญาที่ไม่ต้องการรับเอาความเสี่ยงของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายในขอบเขตการควบคุมของตนและไม่ต้องการที่จะรับเอาหน้าที่ครอบคลุมอย่างกว้างตามสัญญา (extensive an obligation) อาจทำสัญญาโดยกำหนดหน้าที่ผูกพันให้น้อยลงและไม่รวมถึงการสันนิษฐานถึงความเสี่ยงภัยนั้นโดยเฉพาะ ตัวอย่างเช่น การกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดหรือกำหนดข้อจำกัดความเสี่ยงในการจัดหา เป็นต้น⁷ ในทางตรงกัน

⁶ Article 6.2.2(d) UNIDROIT Principles, Article 6:111(2) PECL.

⁷ Christoph Brunner, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, (The Netherlands : Kluwer Law International, 2009), p.117.

ข้าม ขอบเขตการควบคุมของลูกหนี้อาจขยายออกไปได้โดยการสันนิษฐานถึงความเสี่ยงจากหน้าที่ตามสัญญาโดยการที่ลูกหนี้อาจให้การรับประกันที่แน่นอนโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าจะปฏิบัติตามชำระหนี้ตามหน้าที่ในสัญญาซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ความรับผิดชอบแม้ว่าจะเกิดอุปสรรคที่อยู่นอกเหนือขอบเขตการควบคุมหรืออำนาจจัดการของลูกหนี้ ในกรณีเช่นนี้เจ้าหนี้ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เนื่องจากเหตุการณ์อันเป็นพันวิสัยแต่ยังคงมีสิทธิที่จะได้รับชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการสันนิษฐานถึงความเสี่ยงของลูกหนี้เอง (the obligor's risk assumption) ตัวอย่างเช่น ผู้ขายทำการรับประกันว่าตนได้รับอนุญาตให้ส่งออกสินค้า หากไม่สามารถทำการส่งออกได้แม้ว่าผู้ขายจะได้ดำเนินการด้วยความพยายามถึงที่สุดก็ไม่อาจได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบและผู้ขายยังคงต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายด้วย เป็นต้น

ดังนั้นจุดเริ่มต้นของการวิเคราะห์เหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้เพราะเหตุสุดวิสัยจึงเป็นเรื่องการประเมินถึงความเป็นไปได้ของเงื่อนไขของสัญญาและสถานการณ์แวดล้อมว่าลูกหนี้สันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงภัยว่าอยู่นอกเหนือจากขอบเขตการควบคุมโดยทั่วไปของตนหรือความเสี่ยงภัยโดยเฉพาะที่ได้รับการยกเว้นจากขอบเขตความเสี่ยงภัยและความควบคุมของลูกหนี้ที่ตามปกติแล้วจะต้องรับผิดชอบตามที่สัญญากำหนดหรือไม่ ซึ่งการวิเคราะห์เช่นนี้จะต้องกระทำโดยอาศัยการตีความสัญญา (contract interpretation) เข้าร่วมด้วย ตัวอย่างเช่น การพิจารณาอาจเป็นไปตามพื้นฐานของเหตุการณ์นั้นๆ เป็นการเฉพาะว่าผู้ขายสินค้าทั่วไป (generic goods) คาดว่าจะได้รับความเสี่ยงในการจัดหาหรือไม่หรือขอบเขตความเสี่ยงนั้นคืออะไร ถ้าในขณะที่ทำสัญญาคู่สัญญาได้ทราบถึงความเสี่ยงภัยในสงครามที่อาจจะกำลังเกิดขึ้นในไม่ช้าหรือความเสี่ยงของราคาสินค้าที่ผันผวนอย่างมากในตลาด หากการตีความสัญญาไม่ปรากฏการจัดสรรความเสี่ยงที่เฉพาะเจาะจงก็จะยอมรับให้ใช้การจัดสรรความเสี่ยงของหลักเกณฑ์ที่คู่สัญญาตกลงเป็นอย่างอื่นได้ (the default rule) นั่นคือ การยกเว้นความรับผิดชอบตาม force majeure และการยกเว้นความรับผิดชอบตามหลัก hardship หรือการปฏิบัติตามชำระหนี้ที่ก่อภาระเกินควรให้แก่คู่สัญญามาพิจารณานอกจากนี้ยังเป็นการชี้ให้เห็นถึงความเชื่อมต่อบริเวณกำหนดกฎเกณฑ์ของสัญญาเกี่ยวกับการจัดสรรความเสี่ยงโดยการตีความสัญญาและการปรับใช้การยกเว้นความรับผิดชอบตาม force majeure และ hardship ได้อย่างลงตัว โดยเฉพาะประเด็นปัญหาภายใต้การยกเว้นความรับผิดชอบตาม force majeure และ hardship มักมีขึ้นว่า “อุปสรรค” (an impediment) ควรจะเกิดขึ้นในเวลาขณะทำสัญญาหรือคาดหมายได้ตามสมควรว่าจะเกิดขึ้น (reasonable foreseeability) เชื่อมโยงกับประเด็นเรื่องการสันนิษฐานถึงความเสี่ยงภัยโดยนัยของหน้าที่ตามสัญญาของลูกหนี้

อย่างไรก็ดี คู่สัญญาอาจคาดหมายถึงความเสี่ยงในการปฏิบัติตามชำระหนี้ว่าไม่สามารถเป็นไปได้อีกหรือก่อให้เกิดภาระมากขึ้นให้แก่คู่สัญญาจากเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดหมายได้เพราะคู่สัญญาได้ให้คำมั่นโดยชัดแจ้งในการปฏิบัติตามชำระหนี้ (an explicit

undertaking) หรือการรับประกัน (guarantee) ในการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น คดี *Rowe v. Town of Peabody*⁸ เป็นกรณีเกี่ยวกับสัญญาซุติอุมงค์ให้แก่เทศบาลเมืองโดยในสัญญาได้เขียนอย่างชัดเจนว่า “แผนผังใต้ดิน (the underground plot) ยังมีได้ถูกตรวจสอบซึ่งเทศบาลเมืองปฏิเสธความรับผิดชอบใดๆ หากความเสียหายเกิดขึ้นจากลักษณะพิเศษของอุมงค์ที่ยังมิได้ตรวจสอบ และผู้รับเหมา (คู่สัญญา) ตกลงยินยอมที่จะแบกรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความแตกต่างตามธรรมชาติของพื้นดินตามที่ตนได้คาดหมายไว้” หรือ คดี *Gulf Oil Corp. v. F.P.C.*⁹ ศาลตัดสินว่า “การรับประกันมีผลผูกพันมากกว่าคำสัญญา ซึ่งการรับประกันถึงความพร้อมที่จะให้บริการปริมาณแก๊สอย่างเพียงพอ Gulf oil Corp. ย่อมสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของเงื่อนไขในอนาคตทั้งหมดว่าอาจมีการปรับเพิ่มราคาแก๊สได้” เป็นต้น

นอกจากนี้ ในสัญญาหลายๆ มักจะกำหนดข้อสัญญาที่มีการจัดสรรเหตุการณ์ความเสี่ยงโดยทั่วไปและความเสี่ยงเฉพาะเจาะจงระหว่างคู่สัญญาไว้เรียบร้อยแล้ว ตัวอย่างของการจัดสรรความเสี่ยงทั่วไปโดยชัดเจนที่ปรากฏให้เห็นอยู่ทั่วไป เช่นข้อสัญญา “hell or high water clause” หรือข้อสัญญาในสัญญาเช่าที่กำหนดให้ชำระค่าเช่าโดยไม่คำนึงถึงความยากลำบากหรือสถานการณ์ใดๆ ตัวอย่างเช่น คดี *Wells Fargo Bank, N.A. v. BrooksAmerica Mortgage Corp.*¹⁰ ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ว่า “ข้อสัญญา hell or high water clause ที่เป็นประเด็นปัญหานี้ ได้ก่อให้เกิดภาระผูกพันแก่ BrooksAmerica ในการจ่ายค่าเช่าโดยไม่มียกเว้นใดๆ” หรือในบริบทของสัญญาเช่าการเงิน (finance lease) ก็มักประกอบด้วยข้อสัญญา “hell or high water” ที่ผู้เช่าจะต้องทำการชำระเงินโดยไม่คำนึงถึงการปฏิบัติการชำระหนี้ชำระดอกเบี้ยหรือในส่วนของผู้ให้เช่าด้วยเช่นกัน

ข้อสัญญาที่จัดสรรความเสี่ยงโดยเฉพาะเจาะจงที่มีอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญาแก่คู่สัญญาอาจถูกพบในส่วนหนึ่งของสัญญารวมถึงการชี้แจงข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แถลงและกำหนดข้อเท็จจริงในสัญญาให้อีกฝ่ายหนึ่งในช่วงเวลาหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างให้เห็นภาพรวมของข้อเท็จจริงซึ่งมีความสำคัญต่อธุรกิจของผู้รับประโยชน์ที่จะตัดสินใจเข้าสู่การดำเนินการทางธุรกิจ ดังนั้น คู่สัญญาที่ทำการชี้แจงข้อเท็จจริงย่อมสันนิษฐานถึงความเสี่ยงได้ว่าถ้าการชี้แจงข้อเท็จจริงนั้นไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นความจริง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเรียกร้องค่าเสียหายหรือการเยียวยาทางอื่นจากการชี้แจงข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องนั้นในสัญญา ไม่ว่าจะคู่สัญญาที่ทำการแถลงข้อเท็จจริงนั้นจะได้ตระหนักถึงความถูกต้องของการแถลงข้อเท็จจริงนั้นในเวลาทำสัญญาหรือไม่ก็ตาม

⁸ 93 N.E. 604 (Mass. 1911).

⁹ 563 F.2d 588 (3d Cir 1977).

¹⁰ 419 F.3d 107, 110 (2nd Cir.2005).

เช่น คู่สัญญาที่แถลงข้อเท็จจริงว่าได้รับการอนุมัติทั้งหมดจากรัฐบาลแล้ว ความเสี่ยงจากการไม่ได้รับอนุมัติโดยเฉพาะในบางเรื่องที่จะขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้สามารถสันนิษฐานได้โดยคู่สัญญาฝ่ายนั้น อย่างไรก็ตามคู่สัญญาอาจให้การแถลงข้อเท็จจริงล่วงหน้าในอนาคตหรือรับประกันเกี่ยวกับเหตุการณ์ข้อเท็จจริงในอนาคตก็ได้ เช่น ในเรื่องเกี่ยวกับการได้รับการอนุมัติจากรัฐบาลตามข้อกำหนดในการดำเนินการทางธุรกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้ข้อกำหนดว่าด้วยเสถียรภาพ (a stabilization clause) ของรัฐหรือคู่สัญญาที่เป็นของรัฐของประเทศที่มีการลงทุน (state-owned party of a host country) ซึ่งเป็นปกติธรรมดาของประเทศที่มีระบอบการเมืองที่ไม่มั่นคงหรือที่ไม่สามารถคาดเดาได้โดยการรับประกันถึงการออกกฎหมาย หลักเกณฑ์ หรือนโยบายของรัฐที่มีการลงทุน (the host state) ว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาของสัญญาในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาหรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางการค้าของผู้ลงทุนเอกชน ผลที่ตามมา คือ รัฐบาลหรือสภานิติบัญญัติไม่ถูกละเว้นจากการใช้อำนาจอธิปไตยและถึงแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย หลักเกณฑ์ หรือนโยบาย อย่างไรก็ตามถ้าเป็นเช่นนั้นก็จะมีการผูกพันตามสัญญาที่จะยกเว้นคู่สัญญาเอกชนจากพฤติการณ์เหล่านั้น หรือชดเชยค่าเสียหายให้ในทางอื่น หรือในส่วนของข้อกำหนดว่าด้วยเสถียรภาพภาษี (a tax stabilization clause) โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง สันนิษฐานถึงความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงที่ไม่พึงประสงค์ของการจัดเก็บภาษีอากรอาจรวมอยู่ในสัญญาระหว่างคู่สัญญาเอกชน ซึ่งในสัญญาระหว่างคู่สัญญาเอกชนข้อกำหนดเกี่ยวกับภาษีอาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย สำหรับการเปลี่ยนแปลงที่ไม่พึงประสงค์ในการจัดเก็บภาษีอากรเป็นต้น¹¹

นอกจากนี้ ความเสี่ยงของการปรับเปลี่ยนระดับราคาทั่วไป หรือกำลังการซื้อลดลง (ภาวะเงินเฟ้อ) ยังมีความเกี่ยวข้องกับข้อตกลงโดยปริยายที่ยอมให้มีการปรับเพิ่มราคาหรืออัตราค่าตอบแทนระหว่างกัน หรือที่เรียกว่า “escalator or index clause”¹² ดังนั้น ผู้รับสินค้าหรือบริการจึงเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงของการเพิ่มราคาหรือค่าใช้จ่ายตามปกติ

คำถามจึงอาจเกิดขึ้นได้ว่า ข้อตกลงจัดสรรความเสี่ยงของเหตุการณ์บางเหตุการณ์ที่เฉพาะเจาะจงจะปรับใช้กับเหตุการณ์บางส่วนหรือเหตุการณ์ที่มีลักษณะคล้ายกันได้หรือไม่ กรณีดังกล่าวขึ้นอยู่กับสภาวะการณ์แวดล้อมในขณะนั้นว่าข้อตกลงนั้นจะถูกตีความเช่นไร ในกรณีที่เป็นที่สงสัยควรนำข้อตกลงจัดสรรความเสี่ยงเฉพาะเจาะจงในทางที่แตกต่างจากข้อยกเว้นความรับผิดชอบตาม force majeure หรือ hardship มาตีความอย่างแคบ (construed narrowly) ซึ่งกระบวนการนี้ยังเป็นผลมาจากกฎการตีความสัญญาเมื่อเกิดข้อสงสัยด้วย เช่น กรณีที่จะต้องนำข้อ

¹¹ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.120.

¹² *Ibid.*, p.121.

สัญญาว่าตีความในแง่ของกฎหมายที่ใช้บังคับ หากคู่สัญญาประสงค์ที่จะไม่ใช้กฎหมายที่ใช้บังคับอื่น คู่สัญญาจะต้องกระทำในลักษณะที่ชัดเจนเพียงพอ¹³ เป็นต้น ดังนั้น บนพื้นฐานของข้อตกลงจัดสรร ความเสี่ยงของเหตุการณ์เฉพาะเจาะจงควรพิจารณาว่าคู่สัญญาได้รับความเสี่ยงจากเหตุการณ์อื่นๆ หากผลดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเหตุอื่น ๆ โดยนัยอย่างชัดแจ้ง ซึ่งหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษได้ กล่าวไว้ในลักษณะที่คล้ายกัน คือ “An express provision in a contract for some events which might otherwise frustrate it does not exclude the possibility of frustration by other events” ดังตัวอย่างคดีของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับการตีความอย่างแคบของข้อตกลงโดย เฉพาะเจาะจงเพื่อที่จะไม่ขัดขวางการปรับใช้หลักการสิ้นสุดสัญญาโดยหลัก frustration¹⁴ เช่น คดี *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co.*,¹⁵ ได้กล่าวไว้ว่า ข้อตกลงโดยเฉพาะเจาะจง ที่เขียนไว้ตามตัวอักษรนั้นกว้างพอที่จะครอบคลุมถึงเหตุการณ์ แต่กลับยึดตาม การตีความตาม เจตนารมณ์ที่แท้จริงของข้อตกลงที่จะไม่ใช้ผลบังคับนี้ กล่าวคือ ในเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 1914 ผู้รับ จ้างตกลงที่จะก่อสร้างอ่างเก็บน้ำในช่วงระยะเวลา 6 ปี ซึ่งในสัญญากำหนดเหตุการณ์ของความล่าช้า (the event of the delays) ว่า “ไม่ว่าการล่าช้าจะเกิดจากสาเหตุใดก็ตาม” ผู้ว่าจ้างจะต้องมีการ ขยายระยะเวลาให้กับผู้รับจ้าง ต่อมาในเดือนกุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 1916 ผู้รับจ้างได้ถูกบังคับให้หยุดงาน โดยคำสั่งของคณะรัฐบาลและต้องขายโรงงานของตนไป แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวนั้นเมื่อพิจารณาแล้วจะ เข้าลักษณะของข้อตกลงเกี่ยวกับความล่าช้า (the delay clause) ก็ต้องถือว่าสัญญานั้นสิ้นสุดลงโดย เหตุ frustration เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมีความประสงค์ที่จะใช้กับกรณีความยากลำบากเป็นการ ชั่วคราว (temporary difficulties) เช่น การขาดแคลนแรงงาน สภาพอากาศที่เลวร้าย หรือความขัด ของในการจัดหาแหล่งสินค้า เป็นต้น แต่ไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่มีการขัดขวางเป็นคุณลักษณะสำคัญหรือ ระยะเวลาที่เป็นรากฐานสำคัญที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของสัญญาและคู่สัญญาไม่อาจ พิจารณาได้โดยตรงได้ในขณะทำสัญญา หรือในคดี *Bank Line v. Arthur Capel & Co.*¹⁶ ได้มีการ ถกเถียงในเรื่องที่อาจจะอนุมานได้จากผลที่ตามมาในเชิงลบ (negative implication) จากข้อกำหนด เฉพาะเจาะจง (specific clause) ที่คู่สัญญาสามารถสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ซึ่งในคดีดังกล่าวนี้เจ้าของเรือได้ถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการไม่สามารถส่งมอบเรือได้ภายใต้

¹³ Bonell, Michale Joachim, “Unification by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts,” *American Journal of Comparative Law*, 40 p. 617-633 (1992).

¹⁴ Christoph Brunner, *supra note 7*, p.123.

¹⁵ [1918] A.C. 119.

¹⁶ [1919] A.C. 435.

สัญญาเช่าเรือ (charterparty) ในขณะที่เจ้าของเรือได้กล่าวอ้างว่าสัญญาได้สิ้นสุดลงด้วยเหตุ frustration จากการที่ถูกลูกเรือไป (the requisition of the ship) ส่วนผู้เช่าเรือโต้แย้งว่า frustration นั้นถูกยกเว้นโดยข้อตกลงสองข้อในสัญญาไม่ได้เป็นไปตามที่เจ้าของเรือกล่าวอ้าง ซึ่งเหตุที่จะบอกเลิกสัญญาได้มีอยู่ 2 กรณีด้วยกัน คือ 1. หากเรือนั้นถูกลูกเรือไป หรือ 2. ไม่สามารถส่งมอบเรือนั้นได้ในวันที่ 30 เมษายน ค.ศ. 1915 House of Lord ของอังกฤษได้ตัดสินว่า สัญญาเช่าเรือนั้นสิ้นสุดลงด้วยเหตุ frustration ซึ่งพิจารณาได้จากข้อกำหนดให้สิทธิบอกเลิกสัญญา (the cancelling clause) นั้นให้สิทธิแก่ผู้เช่า (charterer) ในการเลิกสัญญาแม้ว่าสัญญาจะมีได้สิ้นสุดลงด้วยเหตุ frustration¹⁷

ในทางตรงกันข้าม ผู้เขียนขอยกตัวอย่างเหตุการณ์ต่อไปนี้ที่บ่งบอกเป็นนัยถึงการตีความอย่างกว้างของข้อตกลงการกระจายความเสี่ยง กล่าวคือ ถ้าสัญญาประกอบไปด้วยข้อกำหนดให้ปรับราคา (an escalator clause) แล้วข้อสัญญาดังกล่าวจะครอบคลุมถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกันทั้งหมด¹⁸ เช่น ในคดี *Publicker Industries v. Union Carbide Corp.*,¹⁹ ของชาวอเมริกันที่ในสัญญาประกอบด้วยข้อตกลงให้ปรับขึ้นราคาซึ่งขึ้นอยู่กับระดับราคาสูงสุดที่ยอมให้ปรับขึ้น การทำข้อตกลงเช่นนี้คู่สัญญาที่มีความมุ่งหมายให้ความเสี่ยงของการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญและคาดเห็นไม่ได้ของราคาหรือค่าใช้จ่ายตกเป็นภาระของผู้ขาย

หรือสถานการณ์อื่นๆ ที่อาจแสดงให้เห็นถึงข้อสรุปที่ว่าคู่สัญญาสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์ของอุปสรรคโดยเฉพาะเจาะจง เช่น กรณีแรก ลักษณะการเก็งกำไรของการทำธุรกรรม (speculative nature of the transaction) การจัดสรรความเสี่ยงโดยนัยอาจเป็นผลมาจากลักษณะการเก็งกำไรของการทำธุรกรรม โดยเฉพาะในกรณีสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าโภคภัณฑ์ (commodities) หรือหลักทรัพย์ (securities) ในราคาที่กำหนดไว้คงที่ หรือในสัญญาระยะยาว (long-term contracts) ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้จะถูกหยิบยกเกี่ยวกับประเด็นปัญหาเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ตัวอย่างเช่น คดีพิพาทของประเทศอังกฤษ *Larrinaga & Co. v. Société Franco – Américaine des Phosphates de Médulla*²⁰ ที่สัญญาขนส่งสินค้าได้ทำขึ้นใน

¹⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ปัญหาขัดข้องในการชำระหนี้ เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (Supervening Events),” รายงานการวิจัย (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.14.

¹⁸ See *Missouri Pub. Serv. Co. v. Peabody Coal Co.*, 583 S.W.2d7211 (Mo. App. 1979).

¹⁹ 17 UCC Rep.Serv. 989 (E.D.Pa. 1975).

²⁰ [1923] 92 L.J.K.B. 455.

ปี ค.ศ. 1913 เพื่อทำการขนส่งฟอสเฟต (phosphates) ระหว่างเดือนมีนาคม ค.ศ. 1918 ถึงเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1920 หลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่งสิ้นสุดลง ผู้ขนส่งยกข้อโต้แย้งขึ้นว่าสัญญาสิ้นสุดลงโดยเหตุ frustration เพราะเงื่อนไขการขนส่งที่มีอยู่ในขณะนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งข้อโต้แย้งดังกล่าว House of Lords ได้คัดค้านด้วยเหตุที่ว่าสัญญาในลักษณะเช่นนี้การปฏิบัติการชำระหนี้ได้เกิดขึ้นหลังจากทำสัญญาแล้วเป็นเวลาหลายปีนั้นค่อนข้างมีความเสี่ยง คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจึงตระหนักได้ถึงความเสี่ยงที่เงื่อนไขการขนส่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว กรณีที่สอง หน้าที่ของผู้ผลิตในการปฏิบัติการชำระหนี้ครอบคลุมถึงความเสี่ยงที่มีอยู่เป็นปกติวิสัยที่อาจทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย หรือมีภาระหนักขึ้นมากพอที่จะทำให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ นั้นได้ ตัวอย่างเช่น คดี *United States v. Wegematic Corp.*,²¹ ที่บริษัทผู้ผลิต (Wegematic) จำเลยในคดีนี้ได้เข้าทำสัญญากับคณะกรรมการธนาคารสหรัฐอเมริกาเพื่อทำการผลิตสินค้าเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัยเพื่อการขายหรือให้เช่าคอมพิวเตอร์และยื่นข้อเสนอส่งมอบสินค้าภายในเก้าเดือนนับจากได้รับสัญญา คณะกรรมการฯ ยอมรับข้อเสนอดังกล่าวและกำหนดวันนัดส่งมอบสินค้าในวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1957 ซึ่งในสัญญามีข้อตกลงระบุว่าในเหตุการณ์ที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญานี้ คณะกรรมการฯ อาจจัดหาบริการจากแหล่งอื่นและจำเลยจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นนั้น ต่อมาจำเลยแจ้งคณะกรรมการฯ ให้ทราบเป็นครั้งแรกว่า การขนส่งอาจล่าช้ากว่าที่กำหนดไว้เพราะจำเลยทำการออกแบบระบบของผลิตภัณฑ์ขึ้นใหม่จากปัญหาทางด้านวิศวกรรม (basic engineering difficulties) ซึ่งเป็นการปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้ดีขึ้น หลังจากนั้นจำเลยได้แจ้งเหตุขัดข้องอันทำให้การขนส่งล่าช้าอีกครั้งที่สอง คณะกรรมการฯ รับพิจารณาการแจ้งดังกล่าวแต่ปฏิเสธการขยายระยะเวลาการขนส่งให้แก่จำเลย จำเลยจึงยื่นหนังสือบอกกล่าวให้แก่คณะกรรมการฯ (โจทก์) ว่าการขนส่งสินค้านั้นไม่อาจกระทำได้ (impracticable) ในเวลานี้ เพราะจะต้องใช้เวลาอย่างน้อยหนึ่งถึงสองปีและอาจมีค่าใช้จ่ายสูงถึงหนึ่งล้านห้าแสนดอลลาร์ในการแก้ปัญหาดังกล่าว ศาลตัดสินว่า Commercial impracticability ที่จะทำให้ยกเว้นการปฏิบัติการชำระหนี้ขึ้นไม่รวมถึงปัญหาพื้นฐานทางด้านวิศวกรรมที่เกิดขึ้นขัดขวางการขนส่งตามเวลาที่กำหนด และจำเลยแสดงให้เห็นแล้วว่าหากจำเลยได้รับการขยายเวลาและเพิ่มจำนวนเงิน จำเลยจะสามารถแก้ปัญหาาระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้ ซึ่งสิ่งที่มีอาจเป็นไปได้ คือ การส่งมอบตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาและจำเลยไม่อาจใช้ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวเพื่อยกเว้นการปฏิบัติการชำระหนี้ของตนได้เพราะ

²¹ 360 F.2d 674 (2d Cir.1966), Retrieved on August 2, 2017, from <http://www.casebriefs.com/blog/law/commercial-law/performance/united-states-v-wegematic-corp/>.

จำเลยสามารถสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของ “ความสำเร็จของการปฏิวัติเทคโนโลยี” ที่อาจทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ (impracticable)

2.1.1.2 การคาดหมายได้ตามสมควรในขณะที่เข้าทำสัญญา

ข้อกำหนดหนึ่งอย่างของคู่สัญญาฝ่ายที่จะยกข้อกล่าวอ้างขึ้น คือ คู่สัญญาฝ่ายที่จะยกข้อกล่าวอ้าง (เสียประโยชน์) จะต้องไม่อาจคาดหมายได้ตามสมควรถึงอุปสรรคที่จะเกิดขึ้นในขณะที่เข้าทำสัญญาซึ่งเป็นข้อกำหนดที่มีไว้สำหรับข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure และข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ตามอนุสัญญา CISG, UPICC และ PECL²² ซึ่งอุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาที่ไม่ทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบนั้นมีหลากหลายลักษณะด้วยกัน เช่น การขยายวงของสงครามที่ถูกประกาศให้ทราบล่วงหน้าเป็นเดือน หรืออุทกภัยที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาเดิมของทุกปี เป็นต้น เพราะเหตุการณ์เหล่านี้สามารถถูกนำมาพิจารณาได้ตั้งแต่ในขณะที่ทำสัญญาจนถึงการทำสัญญาเสร็จสมบูรณ์ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เหตุผลที่คู่สัญญาจะไม่ได้รับการยกเว้นความผิดในสถานการณ์เช่นนี้เพราะถือว่าคู่สัญญาสามารถสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์ซึ่งควรจะมีการพิจารณาหรือคาดการณ์ไว้โดยเฉพาะในขณะที่ทำสัญญา

นอกจากนี้กฎหมายหลายฉบับยังนิยมใช้คำว่า “unforeseeable” หรือ “ไม่อาจคาดหมายได้” แทนคำว่า “taken into accounts” หรือ สามารถพิจารณาได้²³ ซึ่งอาจทำให้เกิดการเข้าใจผิดได้เพราะอุปสรรคนั้นอาจคาดหมายได้โดยเฉพาะในช่วงเวลาที่คาดการณ์ไว้แต่ยังมิได้นำมาพิจารณาถึงจุดประสงค์ของการจัดสรรความเสี่ยงของอุปสรรคเช่นนั้นต่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่ควรเน้นย้ำถึงความสำคัญของข้อกำหนดการคาดหมายถึงอุปสรรคนั้นได้ในบริบทของการจัดสรรความเสี่ยงหากอุปสรรคนั้นคาดหมายได้โดยเฉพาะเจาะจงในช่วงเวลาทำสัญญา นั้นอาจสันนิษฐานได้ว่าคู่สัญญาสามารถสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์ ซึ่งข้อสันนิษฐานนี้อาจถูกโต้แย้งหากสถานการณ์นั้นปรากฏชัดแจ้งว่าลูกหนี้ (คู่สัญญา) ไม่สามารถสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องด้วย ดังนั้น ลูกหนี้อาจได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบแม้ว่าอุปสรรคที่เกิดขึ้นอาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดหรือเกิดขึ้นอย่างแน่นอน เพราะข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure และ hardship จะถูกนำไปกำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ที่คู่สัญญาตกลงกันถึงการจัดสรรความเสี่ยง ซึ่งอาจถูกแทนที่โดยการจัดสรรความเสี่ยงหน้าที่ตามสัญญาอย่างอื่นที่กำหนดโดยคู่สัญญา ดังนั้น ข้อกำหนดที่กล่าวว่า “ต้องมี

²² Art.79 CISG, 7.1.7(1) UPICC (force majeure), 6.2.2(b) UPICC (definition of hardship), Art.8:108(1) PECL (Excuse due to an impediment, 6:111(2)(b) PECL (Change of circumstances).

²³ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.157.

อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา” จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้การจัดสรรความเสี่ยงเฉพาะอื่น ๆ โดยคู่สัญญาด้วยเช่นกัน

ในทางปฏิบัติเราอาจใช้วิธีการสามขั้นตอนดังต่อไปนี้เพื่อพิจารณาว่าอุปสรรคโดยเฉพาะเจาะจงเกิดขึ้นตามสมควร(สมเหตุสมผล)หรือไม่และความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องได้ถูกสันนิษฐานโดยลูกหนี้หรือไม่ กล่าวคือ

1. ขอบเขตและระยะเวลาของอุปสรรคต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ที่คาดการณ์ได้ กล่าวคือ อุปสรรคนั้นมิใช่อุปสรรคโดยทั่วไป แต่ยังเป็นสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งโดยเฉพาะในกรณีนั้นๆ ที่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้โดยเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น เมื่อพิจารณาถึงพื้นฐานของประสบการณ์ที่ผ่านมาอาจทำให้สันนิษฐานได้ว่าลูกหนี้ควรคาดหมายได้ถึงเหตุการณ์แผ่นดินไหวขนาดย่อม หรือการประท้วงนัดหยุดงานทั่วไปที่อาจเกิดขึ้นขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นการชั่วคราวและขึ้นอยู่กับสถานการณ์นั้นๆที่ไม่อาจคาดหมายได้ตามสมควรว่าลูกหนี้สามารถคาดหมายได้ถึงเหตุการณ์แผ่นดินไหวหรือการประท้วงนัดหยุดงานจะเกิดขึ้นเป็นระยะเวลานานหรือไม่ ในทำนองเดียวกับราคาสินค้าในท้องตลาดที่ผันผวนตลอดเวลาเป็นสิ่งที่สามารถคาดหมายได้เสมอ ขอบเขตของการคาดหมายถึงความผันผวนของราคาสินค้าในท้องตลาดขึ้นอยู่กับสถานการณ์นั้นๆ โดยเฉพาะการเก็งกำไรของสินค้าแต่ละชนิด ดังนั้น หากกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นและถูกยกขึ้นมากลึงกันก่อนการทำสัญญานั้นแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์สามารถสันนิษฐานเหตุการณ์เหล่านั้นได้อย่างสมเหตุสมผล

2. ระดับการคาดการณ์ของความเป็นไปได้ของเหตุการณ์ในการเกิดอุปสรรคว่าในระดับใดถึงจะสรุปได้ว่าลูกหนี้สันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ลูกหนี้ถูกคาดหวังว่าจะป้องกันความเสี่ยงตามสัญญาได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น ภัยพิบัติทางธรรมชาติที่เป็นเรื่องปกติทั่วไปและสามารถคาดเห็นได้เสมอแต่ยังคงขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เคยเกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมาที่สะท้อนให้เห็นข้อมูลทางสถิติที่แสดงถึงความเป็นไปได้ของเหตุการณ์ภัยพิบัติที่อาจจะไกลเกินกว่าที่ลูกหนี้จะสามารถคาดหมายได้ตามสมควรถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์นั้นๆ

3. ถ้าขอบเขตการคาดหมายได้และความเป็นไปได้ของเหตุการณ์ในการเกิดอุปสรรคนั้นสรุปได้ว่าลูกหนี้สามารถคาดหมายได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์เหล่านั้น ลูกหนี้ที่ต้องการยกข้อยกเว้นความรับผิดชอบอันยังคงมีหน้าที่พิสูจน์ว่าคู่สัญญาได้ตกลงกันถึงการจัดสรรความเสี่ยงอย่างอื่นไว้ตามที่กล่าวไปข้างต้นหรือไม่ คู่สัญญาอาจกำหนด (โดยปริยายก็ได้) ว่าคู่สัญญาไม่สามารถสันนิษฐานถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์ในการเกิดอุปสรรคแม้ว่าจะสามารถคาดหมายได้ตามสมควรในขณะที่ทำสัญญาโดยเฉพาะการจัดสรรความเสี่ยงที่อาจเป็นผลมาจากการเจรจาต่อรองกัน (the course of negotiation) รวมไปถึงข้อเสนอต่างๆ ในเรื่องของราคาที่แตกต่างกันออกไปโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ที่แตกต่างกัน เช่นเดียวกันกับคู่สัญญาอาจกำหนดไว้ว่า

ถ้าเหตุการณ์ที่คาดหมายได้เกิดขึ้น ผลที่เกิดขึ้นต่อสัญญาจะเป็นเช่นไร ข้อตกลงดังกล่าวอาจแสดงเป็นนัยว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจสันนิษฐานไม่ได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์ ซึ่งทำให้คู่สัญญานั้นมีสิทธิที่จะยกข้อยกเว้นความรับผิด force majeure ขึ้นอ้างได้แม้ว่าอุปสรรคนั้นจะคาดการณ์ได้ว่า จะเกิดขึ้นก็ตาม

คำถามจึงมักเกิดขึ้นว่า ในสถานการณ์ของคู่สัญญาที่ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ วิทยุชนทั่วไปสามารถสันนิษฐานได้ตามสมควรถึงอุปสรรคนั้นหรือไม่ เป็นข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ดังเช่นกรณีดังต่อไปนี้

กรณีการห้ามส่งออกสินค้า (export prohibition) ของคณะอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าและอุตสาหกรรมประเทศบัลแกเรีย คดีที่ 56/1995 April 24, 1996²⁴ ที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ขายประเทศยูเครนและผู้ซื้อประเทศบัลแกเรียตกลงทำสัญญาซื้อขายถ่านหิน ต่อมาผู้ขายให้เหตุผลว่าตนไม่สามารถส่งมอบถ่านหินตามที่ตกลงกันได้ทั้งหมดเพราะรัฐบาลยูเครนออกข้อกำหนดห้ามส่งออกสินค้า ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าแม้ข้อห้ามการส่งออกสินค้าจะแสดงให้เห็นว่าเป็นอุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา แต่ข้อห้ามส่งออกสินค้านั้นใช้บังคับอยู่แล้ว ในขณะที่คู่สัญญาตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันจึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาสามารถคาดเห็นได้ว่าอุปสรรคนั้นต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ผู้ขายจึงไม่ได้รับการยกเว้นความผิดจากการล้มเหลวในการปฏิบัติการชำระหนี้ ตามมาตรา 79 CISG

กรณี ความล้มเหลวของคู่สัญญาที่จะได้รับชำระหนี้ในสกุลเงินต่างประเทศ เช่น คำตัดสินของ ICC ที่ 7197 ปี 1992²⁵ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ขายประเทศออสเตรียและผู้ซื้อประเทศบัลแกเรียตกลงชำระราคาสินค้าตามสัญญาโดยวิธีการเปิด documentary credit ก่อนวันถึงกำหนดนัด ซึ่งผู้ซื้อมิได้ปฏิบัติการชำระหนี้ กล่าวคือ มิได้ทำการเปิด documentary credit โดยให้เหตุผลว่า รัฐบาลบัลแกเรียมีคำสั่งให้ระงับการชำระหนี้ต่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าผู้ซื้อไม่หลุดพ้นจากความรับผิดเพราะเหตุรัฐบาลบัลแกเรียมีคำสั่งระงับการชำระหนี้ต่างประเทศ ตามมาตรา 79 CISG เพราะผู้ซื้อมิได้พิสูจน์ให้เห็นว่าความล้มเหลวในการเปิด documentary credit เป็นผลมาจากคำสั่งระงับการชำระหนี้ต่างประเทศ อีกทั้งคำสั่งระงับการชำระหนี้ต่างประเทศนี้ได้ประกาศขัดแย้งแล้วในเวลาทำสัญญา ดังนั้น บรรดาอุปสรรคหรือข้อขัดข้องใดๆ ในการดำเนินการเปิด documentary credit นั้น สามารถคาดเห็นได้ตามสมควรอยู่ก่อนแล้วและคำตัดสินดังกล่าวเป็นไป

²⁴ Decision of 24.04.1996, “CISG-online No.435”, Retrieved on October 25, 2017, from <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>.

²⁵ ICC Arbitration Case No. 7197 of 1992, Retrieved on August 7, 2017, from <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/927197i1.html>.

ตามคำตัดสินก่อนหน้าของคณะอนุญาโตตุลาการในปีค.ศ. 1975 ที่ยึดหลักว่าความล้มเหลวของคู่สัญญาที่จะได้รับการชำระหนี้ในสกุลเงินต่างประเทศสามารถคาดหมายได้โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภาวะเปรียบเทียบควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรามีผลใช้บังคับอยู่แล้วในขณะทำสัญญา²⁶

กรณี ความผันผวนของสกุลเงินและการลดค่าเงิน จากอดีตที่ผ่านมาใน ส่วนของสัญญาระยะยาว (long-term contract) คำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ ในปี ค.ศ. 1999 กรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญาเกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1996-2006 อนุญาโตตุลาการ แห่งสหพันธรัฐ (กรุงมอสโก รัสเซีย) ได้ยกข้อเรียกร้องขอแก้ไขหนี้เงินตราต่างประเทศด้วยเหตุผล ที่ว่า โจทก์ตระหนักได้ถึงความไม่แน่นอนของตลาดเงิน (currency market) และความเป็นไปได้ของ การตกต่ำลงของสกุลเงินรูเบิล (Rouble) อย่างที่เคยเกิดขึ้นในปี ค.ศ.1993 โจทก์จึงยกข้อกล่าวอ้าง hardship ขึ้นว่า ค่าของสกุลเงินรูเบิลลดต่ำลงอย่างฉับพลันทันใดจากผลของการขึ้นตระหนักในวง กว้างภายในสัปดาห์ที่รัฐบาลรัสเซียและธนาคารกลางได้ประกาศร่วมกันเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 1998 เกี่ยวกับการเลื่อนการจ่ายเงินสำหรับพันธบัตรรัฐบาลและประกาศเลื่อนระยะเวลาการชำระหนี้ของ ธนาคารรัสเซียแก่นักลงทุนต่างชาติออกไปอีก 6 เดือน ในคดี *Himpurna California Energy Ltd. (Burmuda) v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*²⁷ สัญญาซื้อขายพลังงาน ที่มีระยะเวลากำหนดไว้ 30 ปี ถูกทำขึ้นเมื่อปีค.ศ. 1994 อนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อต่อสู้ของผู้ซื้อที่ ยกข้อกล่าวอ้าง hardship ขึ้นเพราะเหตุการณ์วิกฤติเศรษฐกิจทางการเงินครั้งใหญ่ของเอเชียในปี ค.ศ.1997-1998 ที่ส่งผลกระทบต่อค่าเงินสกุลรูเปีย (Rupiah) ของประเทศอินโดนีเซียอย่าง หนักหน่วง อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าผู้ซื้อสามารถสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของการลดค่าเงินสกุลรู ปเปียโดยเฉพาะอย่างยิ่งวิกฤติเศรษฐกิจดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นกับอินโดนีเซียเป็นครั้งแรก เพราะเคยเกิด เหตุการณ์ในยุคของประธานาธิบดีซูการ์โน ในกลางปีทศวรรษ 1960 ที่สถานะเศรษฐกิจอยู่ในความ วุ่นวายพร้อมกับการเกิดสภาวะเงินเฟ้อถึง 1000% ต่อปี

2.1.1.3 อุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา

(1) ลักษณะของอุปสรรค

เหตุการณ์ทั่วไปที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงต่อไปนี้เป็นล้วนแต่ได้รับการยอมรับว่าอยู่ นอกเหนือขอบเขตการควบคุมของลูกหนี้และเป็นที่รู้จักดีในฐานะผลของการกำหนด force majeure clause ในสัญญา ซึ่งอาจแบ่งได้หลายลักษณะ เช่น เหตุสุทธวิสัยตามธรรมชาติ (Act of God) ภัยพิบัติ

²⁶ ICC award in Case No.2216 of 1975, Retrieved on August 7, 2017, from https://www.trans-lex.org/202216/_/icc-award-no2216-clunet-1975-at-917-et-seq/.

²⁷ UNCITRAL Ad Hoc-Award of 4 May 1999, YCA XXV (2000), 13 et seq., Retrieved on August 7, 2017, from <https://www.trans-lex.org/262700.html>.

ทางธรรมชาติที่กระทบต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ เช่น อุทกภัย แผ่นดินไหว พายุฝนฟ้าคะนอง อัคคีภัย ภัยแล้ง และโรคระบาด ภัยพิบัติทางอุตสาหกรรม หรือภัยพิบัติที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ เช่น การระเบิดของโรงไฟฟ้านิวเคลียร์เชอร์เนอบิล (Chernobyl) ภัยสงคราม การจลาจล การก่อการร้าย การโจรกรรม อัคคีภัย การระเบิดหรือการทำลายเครื่องจักรโดยคู่สัญญาฝ่ายที่สาม การกระทำละเมิด (tortuous act) การก่อความวุ่นวายของแรงงานทั่วไป (general labour disturbances) ความเสียหายของการขนส่งหรือการไฟฟ้าที่ยึดเชื้อ การแทรกแซงของภาครัฐ เช่น การห้ามส่งออกสินค้า การตัดสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ การจำกัดการนำเข้าส่งออกสินค้า หรือ การจำกัดการแลกเปลี่ยนเงินตรา

ซึ่งใน Force majeure Clause 2003 ของ สภาก่อการค้านานาชาติ หรือ ICC ข้อที่ 3(a)ถึง(g)²⁸ ก็ได้รวมรายละเอียดของอุปสรรคภายนอกที่อาจพบได้ทั่วไปในการร่าง/ กำหนด force majeure clause ในลักษณะที่คล้ายกันด้วย

²⁸ ICC Force Majeure Clause 2003

[3] In the absence of proof to the contrary and unless otherwise agreed in the contract between the parties expressly or impliedly, a party invoking this Clause shall be presumed to have established the conditions described in paragraph 1[a] and [b] of this Clause in case of the occurrence of one or more of the following impediments:

[a] war (whether declared or not), armed conflict or the serious threat of same (including but not limited to hostile attack, blockade, military embargo), hostilities, invasion, act of a foreign enemy, extensive military mobilisation;

[b] civil war, riot rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, civil commotion or disorder, mob violence, act of civil disobedience;

[c] act of terrorism, sabotage or piracy;

[d] act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction, curfew restriction, expropriation, compulsory acquisition, seizure of works, requisition, nationalisation;

[e] act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought;

(2) การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้หรือไม่สมเหตุผลเชิง

เศรษฐกิจ

การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้หรือไม่สมเหตุผลเชิงเศรษฐกิจ (Economic Unaffordability or Unreasonableness) อาจประกอบด้วยอุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ *force majeure* ซึ่งเป็นไปตามการตีความมาตรา 79 CISG และจากแนวคำตัดสินในทางปฏิบัติ ในมุมมองทั่วไปยอมรับว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบ *force majeure* ที่ปรากฏในมาตรา 79 CISG ไม่ได้ปรับใช้เฉพาะกรณีทางกายภาพหรือข้อเท็จจริงเป็นพันวิสัยเท่านั้นแต่ยังปรับใช้ในสถานการณ์ที่การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นภาระหนักขึ้นอย่างมาก (*excessively onerous*) (มิใช่เพียงแต่เป็นภาระหนักขึ้นตามปกติธรรมดา) ต่อลูกหนี้²⁹ ในเรื่องดังกล่าว Jones & SCHLECHTRIEM ได้กล่าวไว้ว่า “เป็นที่ชัดเจนว่าความจำเป็นที่ต้องแนะนำบทบัญญัติพิเศษหรือบทบัญญัติทั่วไปสำหรับกรณี *Clausula rubus sic stantibus* มิได้มีความจำเป็นเร่งด่วนอะไร เมื่อบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบและการหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของลูกหนี้มิได้มุ่งไปที่การเป็นพันวิสัย (*impossibility*) และความผิดของลูกหนี้เท่านั้น แต่มุ่งไปที่แนวคิด “อุปสรรคนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของลูกหนี้” ถึงแม้ว่าจะมีข้อถกเถียงขึ้นมากในขั้นต้นของกระบวนการทำงานของ UNCITRAL แต่แนวความคิดการตีความตามมาตรา 79(1) CISG ในปัจจุบันเกี่ยวกับการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้เพราะเหตุทางเศรษฐกิจอันเป็นเหตุแห่งข้อยกเว้นความรับผิดชอบนั้นก็ครอบคลุมถึงกรณีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาวะการณ์แวดล้อมด้วยเป็นส่วนใหญ่

ด้วยเหตุนี้ ข้อกล่าวอ้าง *force majeure* จึงอาจใช้บังคับได้กับสถานการณ์การพันวิสัยทางเศรษฐกิจ ดังเช่น การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้ (*unaffordability*) หรือไม่สมเหตุผล (*unreasonableness*) ซึ่งเป็นกรณี *hardship* หรือการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาและข้อยกเว้นความรับผิดชอบ *hardship* ยังรวมไปถึงกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้เพราะเหตุทางเศรษฐกิจด้วย ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างข้อยกเว้นความรับผิดชอบ *force majeure* และ *hardship* จึงจำเป็นต้องอธิบายให้ชัดเจน กล่าวคือ

[f] explosion, fire, destruction of machines, equipment, factories and of any kind of installation, prolonged break-down of transport, telecommunication or electric current;

[g] general labour disturbance such as but not limited to boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.

²⁹ CISG-AC Opinion No.7 (2007), Retrieved on May 3, 2017, from <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>.

ข้อกล่าวอ้าง force majeure จะต้องมีการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นนี้มิได้ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการปฏิบัติการชำระหนี้ อันเป็นผลมาจากความไม่ได้สัดส่วนระหว่างภาระและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นของลูกหนี้กับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่ได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้

ในขณะที่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship จะต้องมีการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นนี้จะต้องส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่จะได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้ และการปฏิบัติการชำระหนี้ที่จะได้รับจากคู่สัญญาที่มีมูลค่าลดลงไม่ว่าจะเป็นเพราะการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงของสภาวะตลาด (market condition) หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาเสียไป (frustration of purpose)

หากในสถานการณ์ที่การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้เพราะเหตุทางเศรษฐกิจนั้นถูกประเมินภายใต้ข้อกล่าวอ้าง force majeure แล้วในข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ก็ต้องใช้เกณฑ์เช่นเดียวกับที่ใช้ประเมินภายใต้ข้อกล่าวอ้าง force majeure ด้วย ซึ่งเพียงพอที่จะทราบได้ถึงความแตกต่างพื้นฐานของสองเหตุการณ์ระหว่างการปฏิบัติการชำระหนี้กลายเป็นภาระหนักขึ้น (onerous) และการปฏิบัติการชำระหนี้กลายเป็นภาระหนักขึ้นอย่างมาก (excessively onerous) ซึ่งทั้งข้อกล่าวอ้าง force majeure และข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship จะนำมาใช้ในกรณีหลังและส่งผลให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ของตน (ผลทางกฎหมายของข้อกล่าวอ้าง force majeure) หรือ ศาลมีคำสั่งให้ปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญานั้น (ผลทางกฎหมายของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship)³⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความเสี่ยงของการปฏิบัติการชำระหนี้กลายเป็นภาระหนักขึ้นหรือเพิ่มสูงขึ้นแม้ว่าเหตุการณ์เช่นนี้จะไม่สามารถคาดเห็นหรือคาดการณ์ได้ในขณะทำสัญญา ตามปกติทั่วไปแล้วลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่รับผิดชอบต่อเหตุการณ์นั้นโดยเฉพาะความเสี่ยงของราคาตลาดของสินค้าที่จะขายลดลงหลังจากการบังคับตามสัญญาหรือมูลค่าของสินค้านั้นลดลง ในทางกลับกันความเสี่ยงในการเพิ่มขึ้นของราคาตลาดหรือการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการจัดหาหรือต้นทุนการผลิตก็เป็นความรับผิดชอบของผู้ขายที่จะต้องแบกรับไว้เช่นกัน³¹

ตามที่กล่าวไปข้างต้น ข้อกำหนดหลักของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure กำหนดไว้ว่า การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้เพราะอุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวางอยู่นอกเหนือการควบคุมของลูกหนี้ รวมถึงสถานการณ์ที่อุปสรรคทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้

³⁰ Article 6.2.1-6.2.2 UPICC, Article 6:111 PECL, ICC Hardship Clause (2003) (ICC Publ. No.650).

³¹ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.214.

ยากลำบากขึ้นอย่างไม่สมเหตุสมผล กล่าวคือ ไม่เพียงแต่เป็นภาระหนักขึ้นเท่านั้น (more onerous) แต่เป็นภาระหนักขึ้นอย่างมาก (excessively onerous) ตามแนวความคิดเรื่อง hardship

ข้อกำหนดเฉพาะอย่างของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship และ force majeure ต่างมีหลักการที่เหมือนกันและข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ก็มีได้มีองค์ประกอบที่นอกเหนือไปจาก force majeure เพียงแต่มีขอบเขตที่แคบกว่าและเฉพาะเจาะจงกว่าเท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะอุปสรรค (การเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์) ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสัญญา อย่างไรก็ตามการอธิบายความแตกต่างอย่างชัดเจนถึงขอบเขตการบังคับใช้หรือความสัมพันธ์ของทั้งสองข้อยกเว้นความรับผิดชอบเป็นเรื่องที่สำคัญเพราะต่างมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ในขณะที่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายจากการปฏิบัติการชำระหนี้ ส่วนข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship อนุญาตให้ศาลปรับแก้ข้อสัญญาเพื่อให้คุณภาพแห่งสัญญากลับคืนหรือยุติสัญญานั้นตามวันและข้อตกลงที่กำหนดขึ้น ดังนั้น เมื่อเกิดอุปสรรคขึ้น (การเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์) และทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นภาระหนักขึ้นอย่างมากต่อลูกหนี้จึงต้องพิจารณาเสมอว่าสถานการณ์ดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure หรือ hardship โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานการณ์การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้เพราะเหตุทางเศรษฐกิจ (economic unaffordability) ควรจะอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นใด จากกรณีดังกล่าวมีประเด็นที่ควรพิจารณาด้วยกันสองประเด็น กล่าวคือ 1) ขอบเขตของข้อต่อสู้ทั้งสอง (force majeure และ hardship) ในความเป็นจริงแล้วทับซ้อนกันหรือไม่ และ 2) ข้อขัดแย้งเหล่านี้ได้รับการแก้ไขอย่างไร³² ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. การลดลงของมูลค่าในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่จะได้รับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship เท่านั้น

การเปลี่ยนแปลงของคุณภาพในสาระสำคัญของสัญญาที่อาจกลายเป็น hardship ได้นั้นอาจแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนด้วยเหตุการณ์นั่นเองไม่ว่าจะเป็นการลดลงของมูลค่าที่จะได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้น³³ ซึ่งในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการลดลงของมูลค่าที่จะได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้มิได้เป็นข้อกำหนดที่กล่าวไว้ในข้อกล่าวอ้าง force majeure เนื่องจากค่าใช้จ่ายของลูกหนี้ในการปฏิบัติการชำระหนี้มิได้รับผลกระทบจากการลดลงของมูลค่าการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายในสถานการณ์เช่นนี้จึงควรตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ซึ่งข้อสรุป

³² *Ibid.*, p.221.

³³ Article 6.2.2 UPICC, Article 6:111 PECL

เดียวกันนี้ได้ถูกนำมาใช้ภายใต้กฎหมายเยอรมันในการเปรียบเทียบระหว่าง หลัก ‘Unmöglichkeit’ หรือ การพ้นวิสัย (impossibility) (เปรียบเทียบกับหลัก force majeure) และหลัก ‘Störung der Geschäftsgrundlage’ หรือ การแทรกแซงรากฐานแห่งสัญญา (เปรียบเทียบกับหลัก hardship) นอกจากนี้ การพิจารณาสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการลดลงของมูลค่าการปฏิบัติการชำระหนี้ที่จะได้รับตอบแทนภายใต้แนวความคิด hardship ควรได้รับความยุติธรรมจากผลทางกฎหมายที่ยืดหยุ่นมากกว่า เช่น การปรับแก้ข้อสัญญาหรือการยุติสัญญาโดยข้อกำหนดของศาล

การลดลงของมูลค่าการปฏิบัติการชำระหนี้ทั้งที่เป็นหนี้เงินและมีใช้หนี้เงินที่จะได้รับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจเป็นผลจากการเปลี่ยนแปลงที่รุนแรงของเงื่อนไขทางการตลาด (drastic changes in market conditions) หรือวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการชำระหนี้ตามที่ต้องการเสียไปในทั้งสองสถานการณ์อาจเป็นการไม่เหมาะสมที่จะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์โดยง่าย ตัวอย่างเช่น การลดค่าเงินอย่างมากของราคาซื้อขายสกุลเงินอย่างรวดเร็วซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวการจัดสรรความเสี่ยงแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นสิ่งที่เหมาะสมกว่าการให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงนั้น ในทำนองเดียวกัน กรณีวัตถุประสงค์ของสัญญาเสียไป หรือ frustration of purpose ที่อาจมีความเหมาะสมในการปรับสัญญาให้เป็นไปตามสถานการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป³⁴ เช่น หากสัญญาเกิดขึ้นและมีข้อกำหนดห้ามส่งสินค้าออกนอกประเทศตามมาในภายหลังเช่นนี้ถือได้ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้เสียไปก็มีความจำเป็นที่ต้องปรับสัญญา เป็นต้น

2. การเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship

ในกรณีสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการเพิ่มอย่างมากของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ ข้อกล่าวอ้าง force majeure อาจปรับใช้นอกเหนือจากข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ได้เนื่องจากค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นอาจถูกพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผลทางกฎหมายของข้อกล่าวอ้าง force majeure มีความเข้มงวดมากกว่าผลทางกฎหมายของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ในสถานการณ์เช่นนี้การตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship จึงมีความเหมาะสมมากกว่า

3. ข้อยกเว้น ลูกหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเมื่อสถานการณ์นั้นนำไปสู่การเพิ่มอย่างมากของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ซึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์การปฏิบัติการชำระหนี้ของเจ้าหนี้

³⁴ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.222.

ข้อยกเว้นประการเดียวของการปรับใช้ผลทางกฎหมายของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ที่ดูเหมือนจะไม่มี ความเหมาะสมเกี่ยวข้องกับสถานการณ์ที่อุปสรรค (ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น) ทำให้ผลประโยชน์ของการปฏิบัติการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ไม่ได้รับผลกระทบจากความไม่ได้สัดส่วนกันอย่างมากระหว่างค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นของลูกหนี้และผลประโยชน์ของการปฏิบัติการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ ดังนั้น หากอุปสรรค (ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น) นำไปสู่ความไม่ได้สัดส่วนกันอย่างมากระหว่างความพยายามของลูกหนี้ในการปฏิบัติการชำระหนี้และผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว (ซึ่งมีได้รับผลกระทบประการใด) ลูกหนี้อาจได้รับการยกเว้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 7.2.2(b) UPICC³⁵ และมาตรา 9:102 PECL³⁶ คู่สัญญาไม่อาจเรียกร้อง

³⁵ Article 7.2.2 UPICC

Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless

(a) performance is impossible in law or in fact;

(b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive;

(c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source;

(d) performance is of an exclusively personal character; or

(e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance.

³⁶ Article 9:102: Non-monetary Obligations PECL

(1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.

(2) Specific performance cannot, however, be obtained where:

(a) performance would be unlawful or impossible; or

(b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; or

(c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or

(d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.

ให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้หากปรากฏว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สมเหตุสมผล เป็นภาระหรือค่าใช้จ่ายสูงมากเกินไปสำหรับลูกหนี้ ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้สามารถเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นอ้าง *force majeure* ได้ เนื่องจากมีผลทางกฎหมายเหมือนกัน คือ ยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่ลูกหนี้ คำถามคือ ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ขึ้นอยู่กับบังคับของข้อยกเว้นอ้าง *force majeure* ด้วยหรือไม่³⁷ ดังนั้น ขณะที่ลูกหนี้อาจได้รับการยกเว้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงภายใต้มาตรา 7.2.2(b) UPICC และ มาตรา 9:102(2)(b) PECL อาจยังคงมีความรับผิดชอบในค่าเสียหายภายใต้ข้อยกเว้นอ้าง *force majeure* ได้ในฐานะที่ไม่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ ตัวอย่างเช่น ลูกหนี้สามารถสันนิษฐานถึงความเสียหายที่เกี่ยวข้องได้ เป็นต้น

การกำหนดขอบเขตของบทบัญญัติดังกล่าวด้วยแนวคิด *hardship* (มาตรา 6.2.1 UPICC และมาตรา 6:111 PECL) มิได้ระบุไว้อย่างชัดเจนใน UPICC หรือ PECL³⁸ และดูมีความเหมาะสมที่จะใช้การทดสอบความได้สัดส่วน (*proportionality test*) เกี่ยวกับผลประโยชน์จากการปฏิบัติการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ในลักษณะขอบเขตที่เป็นเกณฑ์แน่นอน โดยแท้จริงแล้วความพยายามของลูกหนี้ในการเอาชนะเหตุการณ์การเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่มีความสมดุลกันอย่างมากกับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่ได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง การนำผลทางกฎหมายของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ *hardship* มาปรับใช้อาจไม่มีความเหมาะสมเท่าใดนักโดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับแก้ข้อสัญญา ซึ่งความแตกต่างนี้ได้รับจากนักกฎหมายของเยอรมันในครั้งมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องหลักการชำระหนี้เป็นพันวิสัย มาตรา 275(2) BGB

ตัวอย่างเช่น เรือบรรทุกสินค้าเฉพาะสิ่งอย่างหนึ่ง มูลค่า 100 ล่มในมหาสมุทรด้วยเหตุสุดวิสัยทางธรรมชาติหลังจากที่ผู้ขายได้ขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อแล้ว แต่ยังมีได้ทำการ

(3) The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.

³⁷ Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis and Mariel Dimsey, *International Sales Law*, second edition (United Kingdom : Hart Publishing Ltd., 2012), p.584-586.

³⁸ Comment No.3.b. on Art.7.2.2 UPICC , Comment F. on Art. 9:102 PECL, Retrieved on June 5, 2017, from <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp7.html> and <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/article-7-2-2-performance-of-non-monetary-obligation>.

ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ (กล่าวคือ ก่อนที่ความเสี่ยงในการสูญหายเสียหายจะโอนไปยังผู้ซื้อ) ค่าใช้จ่ายในการกู้เรือบรรทุกสินค้าจากใต้มหาสมุทรประมาณ 100,000 ผลประโยชน์ของผู้ซื้อจากการปฏิบัติการชำระหนี้ของผู้ขายมิได้รับผลกระทบหรือเปลี่ยนแปลงอย่างใดจากอุปสรรคที่เกิดขึ้น เนื่องจากผลประโยชน์ของเจ้าหนี้จากเรือบรรทุกสินค้ายังมีมูลค่าเท่าเดิมคือ 100 (มูลค่าของเรือบรรทุกสินค้า) ซึ่งไม่สมเหตุสมผลที่จะคาดหมายว่าลูกหนี้ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอย่างมหาศาล แสดงถึงความไม่ได้สัดส่วนกันระหว่างค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เพิ่มขึ้นของลูกหนี้กับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่จะได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น เนื่องจากผู้ขายจะต้องทำการขนส่งสินค้าที่ระบุเป็นการเฉพาะเจาะจงเท่านั้นที่อาจได้รับการยกเว้นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งผู้ซื้ออาจยุติสัญญาและยึดราคาซื้อขายนั้นไว้

ในทางตรงกันข้าม ตัวอย่างต่อไปนี้เป็นกรณีที่ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่ได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้ได้รับผลกระทบจากอุปสรรคที่เกิดขึ้น กรณีของการขายผลิตภัณฑ์อย่างหนึ่งที่ค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือจัดซื้อผลิตภัณฑ์นั้นในตลาดเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้ได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้ก็ไม่ได้ต่ำไปกว่าตัวอย่างก่อนหน้าแต่กลับเพิ่มขึ้นในลักษณะเช่นเดียวกับความพยายามของลูกหนี้ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการขายกลายเป็นมีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้นตามมูลค่าของตลาดที่เพิ่มขึ้นและผู้ซื้อเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากมูลค่าที่เพิ่มขึ้นนี้อย่างชัดเจน ดังนั้นในตัวอย่างนี้ลูกหนี้จะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิดจากผลกระทบจากการปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยสาเหตุ *force majeure* เพราะไม่ปรากฏความไม่ได้สัดส่วนระหว่างความพยายามของลูกหนี้ในการปฏิบัติการชำระหนี้และผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่ได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้

อย่างไรก็ตามแม้ว่าลูกหนี้จะได้รับการยกเว้นความรับผิดจากการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 7.2.2(b) UPICC, มาตรา 9:102(2)(b) PECL แต่อาจยังมีความรับผิดในค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากอุปสรรคนั้นมิได้เกินกว่าขอบเขตการควบคุมความเสี่ยงของตน เช่น เรือบรรทุกสินค้าล่มในมหาสมุทรเพราะความประมาทของผู้ขาย³⁹ เพื่อให้มั่นใจว่าเจ้าหนี้จะได้รับผลประโยชน์ที่คาดหมายไว้ (เช่น ความเสียหายที่ครอบคลุมราคาซื้อขาย) นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายจากการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (เท่ากับ 100,000 ตามตัวอย่างก่อนหน้า) คำถามที่ว่า ลูกหนี้ได้รับการยกเว้นความรับผิดจากการชำระค่าเสียหายจากผลกระทบของการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่นั้นยังต้องพิจารณาภายใต้ข้อกล่าวอ้าง *force majeure* ตามมาตรา 79 CISG, มาตรา 7.1.7 UPICC และมาตรา 8:108 PECL ซึ่งถ้าอุปสรรคนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากตัวลูกหนี้เอง เช่น เรือบรรทุกสินค้าล่มในมหาสมุทรเพราะ

³⁹ Article 28 CISG, Retrieved on June 5, 2017, from <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni28.html>.

ความประมาทของลูกเรือที่ลูกหนี้มีหน้าที่รับผิดชอบเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงการเพิ่มขึ้นของความไม่ได้สัดส่วนระหว่างค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นของลูกหนี้กับผลประโยชน์จากการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ เพื่อที่จะยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้จากหน้าที่การปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

(3) อุปสรรคมีอยู่ในขณะ/ก่อนทำสัญญา

ในกรณีอุปสรรคมีอยู่ก่อนการปฏิบัติการชำระหนี้ (an initial impediment) จะต้องพิจารณาว่าภายใต้สถานการณ์เดียวกันวิญญูชนทั่วไปสามารถตระหนักถึงอุปสรรคเหล่านั้นได้หรือไม่หากลูกหนี้รู้หรือควรจะรู้ถึงอุปสรรคที่มีอยู่ก่อนนั้นและยังคงเข้าทำสัญญาต่อไปโดยไม่แจ้งให้เจ้าหนี้ทราบถึงอุปสรรคเหล่านั้นหรือตั้งข้อสงวนใดๆไว้ในสัญญาเช่นนี้ลูกหนี้ยังคงมีความรับผิดชอบต่ออุปสรรคนั้นเพราะถือได้ว่าอุปสรรคที่เกิดขึ้นไม่เกินกว่าขอบเขตการควบคุมความเสี่ยงของลูกหนี้ นอกจากนี้ลูกหนี้ยังอาจต้องรับผิดชอบนอกเหนือไปจากขอบเขตการควบคุมตามปกติของตนหากได้รับประกันถึงความมีอยู่ของข้อเท็จจริงใดๆ หรือการสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของอุปสรรคที่มีอยู่ก่อนหน้า⁴⁰ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีขั้นตอนการตกลงเจรจาจนทำสัญญาลูกหนี้อาจรับประกันว่าไม่มีอุปสรรคทางกฎหมายใดๆที่จะขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ของตนได้ เช่น การประกาศข้อห้ามการส่งออกสินค้า แม้ว่าลูกหนี้จะไม่สามารถรู้ถึงการมีอยู่ของข้อห้ามนั้นในเวลาขณะทำสัญญาก็ตาม ลูกหนี้ยังมีหน้าที่รับผิดชอบต่ออุปสรรคนั้น สำหรับอุปสรรคที่มีอยู่ก่อนการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกี่ยวกับปริมาณหรือคุณภาพของสินค้าจะมีความเกี่ยวข้องกับหน้าที่ส่งมอบสินค้าเฉพาะสิ่งที่ระบุไว้แล้วหรือสินค้าที่มีแหล่งที่มาจำกัดซึ่งแหล่งที่มาทั้งหมดได้รับผลกระทบจากอุปสรรคนั้น ในกรณีสินค้าทั่วไป (generic goods) ลูกหนี้สันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงในกระบวนการขั้นตอนการผลิตเช่นนี้จะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิด เว้นแต่สินค้าทั่วไปชนิดเดียวกันทั้งหมดนั้นจะได้รับผลกระทบจากอุปสรรค⁴¹

(4) อุปสรรคชั่วคราว/เพียงบางส่วน

CISG, UPICC และ PECL กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า อุปสรรคจะมีผลกระทบเฉพาะในช่วงเวลาที่มีอุปสรรคเกิดขึ้นและมีอยู่เท่านั้น⁴² อุปสรรคชั่วคราว เช่น ข้อห้ามการส่งออกสินค้าชั่วคราวจะยกเว้นความรับผิดแก่ลูกหนี้ที่ทราบเท่าที่อุปสรรคนั้นมีอยู่เท่านั้น กล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือสิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้หรือให้ชำระค่าเสียหายจะยังคงเป็นการชั่วคราวในระหว่างเกิดอุปสรรค ซึ่งการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ยังถือได้ว่าเป็นการเยียวยาความ

⁴⁰ Magnus Ulrich, *The International Sale of Goods Revisited*, (The Netherlands : Kluwer Law International, 2001), p.18.

⁴¹ Christoph Brunner, *supra note 7*, p.234.

⁴² Art.79(3) CISG, Art.7.1.7(2) UPICC and Art.8:108(2) PECL

เสียหายเบื้องต้นภายใต้ force majeure clause⁴³ และในทันทีที่อุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวางการชำระหนี้สิ้นสุดลงลูกหนี้มีหน้าที่ภายใต้หลักสุจริตในการแจ้งอุปสรรคดังกล่าวให้เจ้าหนี้ทราบ⁴⁴ และทำการปฏิบัติการชำระหนี้อีกครั้ง ผลกระทบของข้อยกเว้นความรับผิด force majeure คือการขยายระยะเวลาการปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ เจ้าหนี้จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้าจากการที่ลูกหนี้ได้รับการยกเว้น ความล่าช้าอันเกิดจากผลกระทบของอุปสรรคนั้น ตัวอย่าง คำตัดสินคดี ICC Case No.8873⁴⁵ ข้อโต้แย้งดังกล่าวเกิดขึ้นจากสัญญาการก่อสร้างระหว่างกลุ่มบริษัทร่วมค้าที่ตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสและกลุ่มองค์กรประเทศแอลจีเรียในการก่อสร้างถนนในประเทศแอลจีเรีย ต่อมาผู้รับจ้างในสัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้าและถูกประเมินมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้รับจ้างกล่าวอ้างว่าความล่าช้าที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจาก force majeure และตนไม่ควรต้องรับผิดในความเสียหายนั้น คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วพบว่าความยากลำบากที่ทำให้ปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้าตามที่ผู้รับจ้างกล่าวอ้าง กล่าวคือ การปิดถนนทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้าไป 15 วัน และปัญหาจากผู้จัดหาทรายแอสฟัลต์ซึ่งเป็นวัตถุดิบสำคัญในการก่อสร้างถนนจำนวน 20 วัน ดังนั้น หน้าที่ในการชำระค่าเสียหายของผู้รับจ้างจึงลดลงไปเป็นจำนวน 35 วัน

2.1.2 ขอบเขตการใช้ force majeure

ข้อกล่าวอ้าง force majeure จะถูกกล่าวอ้างโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามที่ที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวนำไปใช้โดยไม่คำนึงถึงความล้มเหลว (failure to perform) ในการชำระหนี้เนื่องมาจากบางอุปสรรค แม้เพียงบางส่วนหรือชั่วคราวมีอยู่ในเวลาทำสัญญา หรือเกิดขึ้นหลังจากนั้น และอุปสรรคมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่สาม (third-party rights) เช่น คุณภาพของสินค้าที่ต้องส่งมอบหรือการปฏิบัติการชำระหนี้ในด้านอื่นๆ ซึ่งความสอดคล้องกันกับหลักแนวคิดการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ที่มีได้แยกความแตกต่างของความล้มเหลวในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การชำระหนี้ล่าช้า (delay) การชำระหนี้บกพร่อง (defective performance) การชำระหนี้เป็นพันวิสัยทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เป็นต้น ดังนั้นข้อกล่าวอ้าง force majeure จึงสามารถนำมาใช้ได้กับทุกความล้มเหลวใน

⁴³ Marcle Fontaine, “Content and Performance,” 40 *The American Journal of Comparative Law* 3, p.645 (1992).

⁴⁴ Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis and Mariel Dimsey, *supra note* 37, p.593.

⁴⁵ ICC Case No.8873, Retrieved on April 20, 2017, from <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=641&step=Abstract>.

การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา และยังใช้กับหน้าที่ใดๆที่เกิดขึ้นจากสัญญา รวมถึงหน้าที่ในการชำระราคาด้วย⁴⁶ (obligation to pay money) หรือหน้าที่ในการชดเชยค่าเสียหายจากผลของการเลิกสัญญา (Termination of contract) ในทางปฏิบัติข้ออ้างดังกล่าวมักเกิดขึ้นในกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้าและการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้เลย

นอกจากนี้ ขอบเขตของข้อยกเว้นการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย (force majeure) ยังขยายไปถึงสถานการณ์ การพันวิสัยทางเศรษฐกิจ (economic impossibility) การชำระหนี้เป็นสิ่งที่ปฏิบัติได้ยาก (impracticability) การไม่สามารถชำระหนี้ได้ทางเศรษฐกิจ (unaffordability) และ การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อภาระเกินควรแก่คู่สัญญา (hardship) แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการเกิดขึ้นของสถานการณ์ ความคาดหมายของคู่สัญญาในสถานการณ์ดังกล่าว ผลในทางกฎหมายของหลัก hardship จะใช้ถูกนำมาปรับใช้มากกว่าเพื่อรักษาสัญญาให้คงอยู่เนื่องจากลูกหนี้จะไม่หลุดพ้นจากหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาและค่าเสียหายได้โดยง่าย แต่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะอาศัยอำนาจของหลักดังกล่าวมาปรับแก้ข้อสัญญาหรือให้สัญญาสิ้นสุดลง

2.1.3 ผลในทางกฎหมายของ force majeure

การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบตามข้อกล่าวอ้าง force majeure มิได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้⁴⁷ หรือร้องขอให้ปฏิบัติการชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง⁴⁸ อย่างไรก็ตามการยกเว้นความรับผิดชอบในการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้มิได้ขัดขวางเจ้าหนี้ในการใช้สิทธิการเยียวยาอื่นๆ ที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งการเยียวยาอื่นๆ นั้นหมายรวมถึงสิทธิในการเลิกสัญญากรณีการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ในสาระสำคัญ⁴⁹ สิทธิระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ สิทธิปรับลดราคาและสิทธิเรียกดอกเบี้ยเมื่อหนี้เงินถึงกำหนดชำระ⁵⁰ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้มิได้ทำให้หลุดพ้นจากหนี้โดยอัตโนมัติหรือระงับผลของการปฏิบัติการชำระหนี้ของ

⁴⁶ Christoph Brunner, *supra note 7*, p.158.

⁴⁷ Article 79(5) CISG; Article 7.1.7(4) UPICC, Article 8:102(2) PECL, see also Comment No.2 on Art.7.1.7 UPICC, Retrieved on April, 20, 2017, from <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-010/417-chapter-7-non-performance-section-2-right-to-performance/1048-article-7-2-2-performance-of-non-monetary-obligation>.

⁴⁸ Article 8:101(2) PECL; Article 7.1.7(4) UPICC; CISG Art.79(5).

⁴⁹ Christoph Brunner, *supra note 7*, p.1724.

⁵⁰ *Ibid.*, p.1727.

เจ้าหนี้ หน้าที่(หนี้)ที่ส่งผลต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนจะถูกหลีกเลี่ยงถ้าสัญญาหนี้สิ้นสุดลง แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้อาจระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ตราบเท่าที่การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ของ ลูกหนี้และสัญญายังคงอยู่ ตามหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการเลิกสัญญา(termination) การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ในสาระสำคัญถือเป็นข้อกำหนดหนึ่งของการเยียวยาความเสียหายและให้สิทธิแก่ เจ้าหนี้เท่านั้น มิได้ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ อย่างไรก็ตามในกรณีของอุปสรรคเกิดขึ้นทั้งหมดและเป็นการ ถาวรสัญญาจะยุติลงโดยอัตโนมัติ ณ เวลาที่อุปสรรคนั้นเกิดหรือมีขึ้น เจ้าหนี้จะเลือกการเยียวยาโดย การยุติสัญญาหากต้องการหลุดพ้นจากผลกระทบต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนหรือเพื่อที่จะ เรียกคืนสิ่งซึ่งได้ชำระหรือส่งมอบไปตามสัญญา

ข้อกล่าวอ้าง force majeure ยินยอมให้ยกเว้นความรับผิดชอบในขอบเขตของ อุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นการชั่วคราว ข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวจะมี ผลระหว่างช่วงเวลา que อุปสรรคนั้นเกิดขึ้นหรือผลของอุปสรรคยังคงมีอยู่ในขณะที่การปฏิบัติการชำระ หนี้ของลูกหนี้จะถูกระงับไว้ชั่วคราวและการยกเว้นความรับผิดชอบในการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้มิได้ให้ สิทธิในการเรียกร้องให้ชำระค่าเสียหาย กรณีอุปสรรคที่เกิดขึ้นเพียงบางส่วนขัดขวางการปฏิบัติการ ชำระหนี้ นั้นจะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับ อุปสรรคเพียงบางส่วนเท่านั้น⁵¹ หากเจ้าหนี้ไม่มีผลประโยชน์(ส่วนได้เสีย)ที่สมเหตุสมผลกับการ ปฏิบัติการชำระหนี้ส่วนที่ไม่ได้รับผลกระทบจากอุปสรรค อาจเลิกสัญญาได้ด้วยเหตุการณ์ไม่ ปฏิบัติการชำระหนี้ในสาระสำคัญ (fundamental non-performance)

2.1.3.1 การยกเว้นสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย

ผลในทางกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure คือการยกเว้นสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย อย่างไรก็ตามก็มีปัญหาเกิดขึ้นเสมอว่าหากใน ข้อสัญญากำหนดค่าเสียหายล่วงหน้า (liquidated damages) หรือ เบี้ยปรับ (penalty) ไว้ ผลในทาง กฎหมายของ force majeure ในข้อนี้จะนำมาปรับใช้หรือไม่นั้นจะต้องใช้วิธีการตีความสัญญาเข้ามา ช่วยในการพิจารณา ซึ่งภายใต้อนุสัญญา CISG หากข้อสัญญา กำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าหรือเบี้ย ปรับไว้แต่ไม่สามารถกำหนดได้บนพื้นฐานของสัญญานั้นหรือจากการตีความสัญญาแล้ว อนุสัญญา CISG กำหนดให้นำกฎหมายภายในมาปรับใช้⁵² อย่างไรก็ตามภายใต้หลักกฎหมายสัญญาทั่วไปปัญหา

⁵¹ “Comment B on Art. 9:401 PECL,” Retrieved on August 20, 2017, from <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp.html>.

⁵² Article 4 CISG

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In

ดังกล่าวได้รับการแก้ไขตามที่กล่าวข้างต้น เมื่อข้อบังคับตามสัญญาหรือหน้าที่ตามสัญญาถูกแทนที่ด้วยค่าเสียหายชดเชยวงเงินความรับผิด force majeure จึงถูกนำมาปรับใช้และนี่คือกรณีทั่วไปสำหรับค่าเสียหายล่วงหน้าที่คู่สัญญาจะกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าในอนาคตไว้เป็นจำนวนแน่นอนเมื่อเกิดการผิดสัญญาหรือค่าเสียหายที่คาดการณ์ได้เพื่อปลดปล่อยหน้าที่ของเจ้าหนี้ในการพิสูจน์ขอบเขตของค่าเสียหายและเพื่อจำกัดความรับผิดของลูกหนี้เป็นจำนวนที่แน่นอน ในทางตรงกันข้ามเบี้ยปรับมีจุดประสงค์เพื่อรับประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้และไม่ต้องสันนิษฐานถึงเหตุการณ์ความเสียหายที่แท้จริง⁵³ ดังนั้น ทั้งค่าเสียหายล่วงหน้าและเบี้ยปรับมิได้มีลักษณะเป็นค่าสินไหมทดแทน (compensation) คู่สัญญาอาจตกลงกันว่าหากเกิดความเสียหายที่แท้จริงสามารถเรียกร้องเพิ่มเติมไปจากเบี้ยปรับหรือส่วนที่เกินไปจากความเสียหายที่แท้จริงก็ได้ ทำให้ชดเชยวงเงินความรับผิด force majeure อาจไม่ครอบคลุมเบี้ยปรับหรือส่วนที่เกินจากเบี้ยปรับหากเบี้ยปรับนั้นมีจุดประสงค์เพื่อรับประกันถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่จะได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้ต่างๆที่เหตุการณ์ force majeure เกิดขึ้นขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ นอกจากนี้ การคาดการณ์ความเสี่ยงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อประเมินความเสี่ยงโดยการตีความสัญญาโดยพิจารณาจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นที่สงสัยคู่สัญญาควรนำข้อสัญญาหรือข้อตกลงการชำระหนี้เมื่อคู่สัญญาไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ (agreed payments for non-performance) มาปรับใช้แทนผลของชดเชยวงเงินความรับผิด force majeure⁵⁴

2.1.3.2 การยกเว้นสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาทั่วไป ไม่เพียงเฉพาะสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย (right to claim damages) แต่ยังรวมถึงสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (right to claim specific performance) ที่จะถูกยกเว้นเมื่อเกิดกรณีการยกเว้นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ (non-performance) ซึ่งสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายนี้มีความเชื่อมโยงกับสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในฐานะที่เป็นข้อสันนิษฐานก่อนหน้าว่าการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังไม่เกิดขึ้น⁵⁵ ซึ่งภายใต้ UPICC และ PECL จะ

particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

(a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage...”

⁵³ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.348.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Magnus Ulrich, *supra* note 40, p.23.

ยกเว้นทั้งสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ในขณะที่ มาตรา 79(5) บัญญัติแตกต่างไปจากนั้นซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงต่อไป อย่างไรก็ตาม การยกเว้นสิทธิในการปฏิบัติการชำระหนี้ก็เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ถูกบอกเลิกสัญญาจากการกำหนดระยะเวลาเพิ่มเติมในการปฏิบัติการชำระหนี้และการเยียวยาโดยการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นทดแทน (substitute performance) ที่อาจถูกยกเว้นโดยข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure การร้องขอให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอาจเกี่ยวข้องกับหนี้เงินหรือมิใช่หนี้เงินก็ได้ เช่น หนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบสิ่งของ เป็นต้น ในทางปฏิบัติแล้วคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ยังคงต้องปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอยู่หากผลประโยชน์พิเศษที่เกิดขึ้นจากการชำระหนี้ไม่ได้รับการชดเชยในค่าเสียหาย⁵⁶ อย่างไรก็ตาม สำหรับสิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้ที่มีหนี้เงินมีความแตกต่างกันระหว่างกฎหมายระบบคอมมอนลอว์และซิวิลลอว์⁵⁷ กล่าวคือ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีหลักที่ว่า “ค่าเสียหาย” ถือเป็นมาตรการการเยียวยาหลักในชั้นแรก ในขณะที่การปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะเกิดขึ้นในกรณีพิเศษเท่านั้น ซึ่งระบบคอมมอนลอว์ให้เหตุผลว่า คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์สามารถคาดหวังถึงภูมิหลังทางเศรษฐกิจได้ก่อนหน้าที่จะเข้าทำสัญญาใดๆ รวมไปถึงการปฏิบัติการชำระหนี้ที่จะได้รับตอบแทนกลับมาหรือแม้กระทั่งค่าเสียหายล่วงหน้าได้ ส่วนระบบกฎหมายซิวิลลอว์ ยึดหลักที่ว่า “การปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง” ถือเป็นมาตรการหลักในการเยียวยาความเสียหายและค่าเสียหายถือเป็นมาตรการรอง อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงสำหรับโลกธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ สิทธิในการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหลายๆ กรณียังไม่สามารถปฏิบัติได้จริง เช่นการดำเนินการทางธุรกรรมถูกพักไว้เป็นการชั่วคราวในระหว่างคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับสิทธิในการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและการบังคับตามคำพิพากษานั้นอาจนำมาซึ่งปัญหาเพิ่มเติม

ภายใต้มาตรา 8:101(2) PECL คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ (the aggrieved party) นอกจากจะเสียสิทธิในการเรียกค่าเสียหายเมื่อเกิดการยกเว้นความรับผิดชอบจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้แล้วยังเสียสิทธิในการเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอีกด้วย บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวยังสามารถพบได้ใน มาตรา 7.1.7(4) UPICC ที่บัญญัติว่า “มิได้มีการจำกัดสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับปฏิบัติการชำระหนี้ในการเลิกสัญญา (termination) หรือระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ (withhold performance) หรือเรียกดอกเบี้ยเมื่อหนี้เงินถึงกำหนดชำระ

⁵⁶ Lando, Ole & Hugh Beale (eds), The Principles of European Contract Law, Part I and II, (The Netherland : Kluwer Law International,2000,) p.400.

⁵⁷ *Ibid.*, p.399.

(request interest on money due)” การเยียวยาที่มีได้กล่าวถึงใน มาตรา 7.1.7(4) คือ สิทธิในการเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเมื่อเกิดการยกเว้นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้

ในขณะที่ภายใต้ CISG เกิดประเด็นปัญหาขึ้นว่า การเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นถูกยกเว้นเมื่อเกิดกรณีการยกเว้นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้หรือไม่ ซึ่งถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 79(5) CISG จะยกเว้นเฉพาะค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความล้มเหลวในการปฏิบัติการชำระหนี้เท่านั้น แต่การเยียวยาความเสียหายอื่นยังคงมีอยู่ เช่น การเรียกร้องให้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทน การชดเชยราคา มาตรา 50 สิทธิขอให้ชำระหนี้ มาตรา 46 และ 62 หรือการบอกเลิกสัญญา มาตรา 49 และ 64 เป็นต้น⁵⁸

2.1.3.3 สิทธิในการเลิกสัญญา

สิทธิของเจ้าหนี้ในการเลิกสัญญาเมื่อลูกหนี้ได้รับการยกเว้นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้อันเนื่องมาจาก *force majeure* นั้นกำหนดไว้อย่างชัดเจนทั้งใน CISG, UPICC และ PECL กล่าวคือ เจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาได้เมื่อการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ (fundamental non-performance)⁵⁹

กรณีสิทธิตามสัญญาในการเลิกสัญญา (a contractual right to terminate) อาจให้สิทธิเจ้าหนี้บอกเลิกสัญญาได้เมื่อเกิดเหตุการณ์การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้โดยไม่ต้องคำนึงว่าการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญหรือไม่ คำถามจึงอาจเกิดขึ้นได้ว่าหากเป็นกรณีการยกเว้นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญาทั้งๆที่การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่เป็นสาระสำคัญได้หรือไม่ และนี่คือการตีความสัญญาที่อาจเกิดข้อโต้แย้งขึ้นได้ว่าการเลิกสัญญาควรจำกัดเฉพาะกรณีการยกเว้นความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ⁶⁰ ซึ่งในสถานการณ์ดังกล่าวลูกหนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะหลีกเลี่ยงการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ได้ สิทธิในการเลิกสัญญาจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการแก้ปัญหาว่าการปฏิบัติการชำระหนี้จะสามารถกระทำได้หรือไม่หลังจากเกิดอุปสรรคขัดขวางเพียงชั่วคราว ซึ่งเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลอย่างยิ่ง

⁵⁸ Joem Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts,” Retrieved on September 25, 2017, from <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>.

⁵⁹ Christoph Brunner, *supra note 7*, p.367.

⁶⁰ Magnus Ulrich, *supra note 40*, p.25.

ว่า ถ้าไม่ปรากฏเหตุการณ์อย่างอื่นเจ้าหนี้จะต้องรอให้การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้นั้นกลายเป็นสาระสำคัญเสียก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้

ตัวอย่างเช่น คดี *Patch v. Solar Corp.*⁶¹ ที่โจทก์ให้ใบอนุญาต (licensed) จำเลยในการใช้นวัตกรรมการผลิตเครื่องซักผ้าโดยจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้ในอัตรา 0.20 USD ต่อเครื่องซักผ้าหนึ่งเครื่อง และมีสิทธิในการเลิกใบอนุญาตนี้หากค่าลิขสิทธิ์ลดต่ำกว่า 5,000 USD ในแต่ละปี ต่อมาเมื่อประกาศกฎข้อบังคับสงครามห้ามมิให้ผลิตเครื่องจักรใดๆ โจทก์ไม่อาจเลิกสัญญาด้วยเหตุ frustration of purpose (อันเป็นการระงับสิทธิในการเลิกใบอนุญาตของโจทก์) ได้เพราะว่าระยะเวลาการประกาศข้อบังคับสงครามยังไม่ชัดเจนและสิทธิบัตรดังกล่าวมีอายุถึงสิบสี่ปี การระงับการผลิตชั่วคราวไม่ได้เป็นสาเหตุแห่งความยากลำบากหรือเพิ่มค่าใช้จ่ายแก่โจทก์ อยุ่ไรก็ดี ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาทั่วไปโจทก์อาจเลิกสัญญาได้เมื่อพิจารณาระยะเวลาสิบสี่ปี(อายุสิทธิบัตร) กับระยะเวลาการเกิดอุปสรรคขึ้นเพียงชั่วคราวอาจเป็นเหตุที่นำไปสู่การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้เป็นสาระสำคัญได้

การเลิกสัญญาในกรณีนี้คู่สัญญาจะต้องทำการบอกกล่าวไปยัง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก่อน⁶² และเมื่อการปฏิบัติตามชำระหนี้เกิดความล่าช้าหรือชำระดบกพร่อง เจ้าหนี้จะเสียสิทธิในการบอกเลิกสัญญา เว้นแต่จะบอกกล่าวให้ทราบภายในระยะเวลาอันสมควรภายหลัง จากที่รู้หรือควรรู้ได้ถึง การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้⁶³ ถ้าการปฏิบัติตามชำระหนี้ล่าช้าหรือพ้นกำหนดเวลาไปแล้วเจ้าหนี้อาจรออีกสักช่วงเวลาหนึ่งก่อนใช้สิทธิเลิกสัญญาก็ได้ แต่หากกำหนดเวลาในการปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ล่วงพ้นไปแล้วเจ้าหนี้มีได้เรียกร้องให้ปฏิบัติตามชำระหนี้ในเวลาอันสมควร เช่นนี้ลูกหนี้อาจสันนิษฐานได้ว่าเจ้าหนี้มิได้ยื่นกรานให้ปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง⁶⁴ อยุ่ไรก็ตามการบอกกล่าวเพื่อเลิกสัญญาอาจเป็นการบอกโดยนัยก็ได้แต่จะต้องกระทำในลักษณะที่ชัดเจนเพียงพอภายใต้สถานการณ์นั้นโดยไมอาจตีความเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากนี้ คำบอกกล่าวในการเลิกสัญญาเป็นข้อบังคับที่คู่สัญญาจะต้องบอกกล่าวไปยังอีกฝ่ายแม้ว่าการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

⁶¹ 149 F.2d 558 (7th Cir.1945).

⁶² Arts. 26, 49, 64 CISG; Art.7.3.2 UPICC; Art. 9:303 PECL.

⁶³ “Arts. 49(2), 64(2) CISG; Art. 7.3.2 UPICC and Comment No.3,” Retrieved on March 26, 2018, from <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/405-chapter-7-non-performance-section-3-termination/1043-article-7-3-2-notice-of-termination>.

⁶⁴ Christoph Brunner, *supra note 7*, p.368.

นั้นไม่เป็นสาระสำคัญก็ตามหรือสามารถกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าการเลิกสัญญาจะไม่เกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัตินั่นเอง⁶⁵

ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการหน้าที่การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาและการได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนในอนาคตแต่ไม่กระทบถึงสิทธิและความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในเวลาเลิกสัญญา (เพื่อเป็นการรักษาสิทธิในการเรียกค่าเสียหายและสิทธิอื่นๆที่เชื่อมโยงกัน เช่น สิทธิในการเรียกค่าเสียหายล่วงหน้า เป็นต้น) ทำให้สัญญาดังกล่าวเหลือเพียงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดลง

2.1.3.4 การระงับการปฏิบัติการชำระหนี้

สิทธิในการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ (withhold performance) ได้ถูกบัญญัติไว้ใน UPICC มาตรา 7.1.7(4) มาตรา 7.1.3 และ PECL มาตรา 8:101(2) มาตรา 9:201 กรณีการยกเว้นความรับผิดชอบจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเลิกสัญญา เช่น ไม่ต้องชำระราคา ยิ่งไปกว่านั้นเจ้าหนี้อาจระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ของตนได้ หากภายหลังจากการทำสัญญาเป็นที่ปรากฏชัดแจ้งว่าลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ที่เป็นสาระสำคัญได้เพราะผลจากอุปสรรคที่เกิดขึ้นนอกเหนือการควบคุมของลูกหนี้⁶⁶

2.1.3.5 การขอปรับลดราคา

เป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าการขอปรับลดราคา (price reduction) เป็นการเยียวยาตามความเป็นจริงของการยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure ดังมาตรา 79(5) CISG ร่วมกับมาตรา 50 CISG (remedy of reduction price) และมาตรา 8:101(2) มาตรา 9:401 PECL และอาจกล่าวโดยนัยได้ว่าการเยียวยาโดยการขอปรับลดราคาได้รับการยอมรับใน UPICC เช่นเดียวกัน การเยียวยาโดยการขอปรับลดราคามีวัตถุประสงค์คงความเท่าเทียมกันตามที่ตกลงไว้เบื้องต้นตามสัญญาและมีได้มีลักษณะเป็นข้อเรียกร้องค่าเสียหาย (ซึ่งการเรียกร้องค่าเสียหายเป็นข้อยกเว้นของการยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure) ตัวอย่างเช่น กรณีการเกิดอุปสรรคขึ้นเพียงบางส่วนหากเจ้าหนี้เรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนที่ลูกหนี้ไม่ได้รับผลกระทบจากอุปสรรคนั้นราคาก็จะถูกปรับลดลงตามส่วน นอกจากนี้การขอปรับลดราคายังอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีความไม่ถูกต้องครบถ้วนของสินค้ามีสาเหตุจากอุปสรรคนั้น

⁶⁵ *Ibid.*, p.369.

⁶⁶ Magnus Ulrich, *supra note 40*, p.32.

2.1.3.6 ภาระการพิสูจน์

คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติชำระหนี้จะต้องเป็นผู้แบกภาระการพิสูจน์ถึงข้อกำหนดของข้อยกเว้นความรับผิด force majeure กล่าวคือ การไม่ปฏิบัติชำระหนี้มีสาเหตุจากอุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของตนและไม่สามารถคาดเห็นความเสี่ยงของการเกิดอุปสรรคหรือไม่สามารถพิจารณาคาดหมายถึงอุปสรรคได้สมเหตุสมผล (อุปสรรคนั้นเกินกว่าขอบเขตความเสี่ยงของลูกหนี้) และไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือเอาชนะอุปสรรคหรือผลของมันได้อย่างสมเหตุสมผล คู่สัญญาที่เรียกร้องค่าเสียหายด้วยเหตุที่ว่า การแจ้งหรือส่งคำบอกกล่าวไม่เป็นไปตามข้อกำหนดจะต้องเป็นผู้แบกรับภาระการพิสูจน์ว่าคำบอกกล่าวมีได้มาถึงในเวลาอันสมควร กล่าวคือ เจ้าหนี้จะต้องพิสูจน์ว่าคำบอกกล่าวมีได้มาถึงภายในเวลาอันสมควรรับแต่ได้รู้ถึงอุปสรรคนั้นและลูกหนี้ก็ต้องพิสูจน์ในทางกลับกันว่าคำบอกกล่าวมาถึงเจ้าหนี้ในเวลาอันสมควรด้วย

2.2 การปฏิบัติชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา (Hardship)

สำหรับเหตุการณ์บางเหตุการณ์ เช่น ความล้มเหลวของระบบเศรษฐกิจ หรือปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจ ความตึงเครียดหรือความวุ่นวายทางการเมือง ภัยพิบัติสงคราม หรือสภาพภูมิอากาศที่ผิดปกติ สามารถเปลี่ยนสิ่งที่ได้ตกลงกันตามที่ทั้งสองฝ่ายได้คำนวณความเสี่ยง ค่าใช้จ่าย และผลกำไรภายใต้สัญญานั้นไว้ เช่น เหตุการณ์แทรกซ้อนที่ไม่อาจคาดเห็นได้สามารถบิดเบือนความเท่าเทียมกันในการปฏิบัติชำระหนี้ และการได้รับชำระหนี้ตอบแทน ตลอดจนมูลค่าหรือประโยชน์ที่เกี่ยวข้องและทำให้รากฐานความสมดุลของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป คำถามจึงเกิดขึ้นว่า เช่นนี้ คู่สัญญาควรจะแบกรับความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงสภาวะการณ์เช่นนั้นในขอบเขตเช่นไร อย่างไรก็ตาม ก็ตาม เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าคำถามที่เกิดขึ้นนั้นจะถูกตัดสินโดยการพิจารณาอยู่บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (sanctity of contracts) หรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) กับหลักสุจริต (the principle of good faith) อย่างเท่าเทียมกัน ในทางตรงกันข้ามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาจะกำหนดให้คู่สัญญาอย่างคงมีความผูกพันตามข้อตกลงในสัญญาตราบเท่าที่ การปฏิบัติชำระหนี้ยังคงกระทำได้ในทางกายภาพ ในขณะที่การปฏิบัติชำระหนี้ตามข้อผูกพันจะต้องอยู่ภายใต้หลักสุจริตอันถือเป็นหัวใจสำคัญ ซึ่งหลักสุจริตนี้อาจถูกฝ่าฝืนโดยการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาที่กำหนดตามเงื่อนไขเดิม ถ้าการปฏิบัติชำระหนี้กลายเป็นภาระเกินสมควรอย่างมากเกินกว่าจะยอมรับได้สำหรับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ได้สัดส่วนในทางกายภาพ⁶⁷

⁶⁷ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.392.

ดังนั้น เมื่อนำหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาหรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา และหลักสุจริตมาพิจารณาเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสม จึงเกิด 3 แนวคิดที่แตกต่างกันขึ้น กล่าวคือ

1. กฎหมายอาจจะกำหนดให้ลูกหนี้มีความผูกพันต่อหน้าที่ของตน โดยไม่คำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงของสภาวะการณ์ที่ตามมาและศาลอาจจะเลือกการแก้ปัญหาด้วยวิธีนี้ ถ้าการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญามีได้หนักเกินสมควร หรือ กฎหมายที่ใช้บังคับในฐานะจารีตประเพณี เช่น ในคดีของประเทศฝรั่งเศส (เฉพาะคดีตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น ไม่รวมถึงคดีตามกฎหมายปกครอง) ที่เคร่งครัดต่อหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*)

2. กฎหมายอาจกำหนดให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้อันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงสภาวะการณ์แวดล้อมและอนุญาตให้มีการเลิกสัญญาได้โดยขึ้นอยู่กับสภาวะการณ์นั้นๆ และอาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์รู้สึกไม่เป็นธรรมแก่ตน

3. การเปลี่ยนแปลงของสภาวะการณ์ความเสี่ยงทางเศรษฐกิจอาจถูกแบ่งปันส่วนระหว่างคู่สัญญาด้วยกันโดยให้อำนาจแก่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะปรับแก้สัญญาให้กลับมามีความสมดุลกันระหว่างคู่สัญญาได้และโดยทั่วไปแล้วการปรับแก้สัญญา (*adaptation*) มีผลทางกฎหมายที่เข้มงวดน้อยกว่าการเลิกสัญญาตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ (*termination of the contract*)

สำหรับ UNIDROIT Principles (UPICC) และ หลักกฎหมายสัญญายุโรป (PECL) ได้บัญญัติขึ้นตามแนวทางข้อที่ 3 กล่าวคือ หากกรณี *Hardship* ได้เกิดขึ้นคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิที่จะร้องขอให้มีการเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่สัญญาได้ใหม่ (*renegotiation*) แต่หากการเจรจกันใหม่นั้นไม่ประสบผลสำเร็จหรือข้อตกลงที่เกิดขึ้นใหม่ยังไม่เป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย ผลในทางกฎหมายก็จะให้มีการปรับแก้สัญญา (*adaptation*) โดยมีจุดมุ่งหมายให้สัญญากลับมาเกิดความสมดุล ตัวอย่างเช่น การปรับแก้ราคาที่ตกลงกันหรือการปรับแก้สัญญาอื่นๆ ที่กำหนดในสัญญา อย่างไรก็ตาม การปรับแก้สัญญา (*adaptation*) ไม่จำเป็นจะต้องสะท้อนให้เห็นถึงความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ต้องประสบอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์ เนื่องจากขอบเขตซึ่งคู่สัญญาจะต้องแบกรับความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องจะต้องเกิดขึ้นในขณะที่ตกลงทำสัญญา⁶⁸

นอกจากนี้ข้อยกเว้นความรับผิด *Hardship* อาจถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อกล่าวอ้าง *force majeure* ที่อุปสรรคในการปฏิบัติการชำระหนี้ (*the impediment to performance*) ประกอบด้วยการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์แวดล้อมและส่งผลให้เกิด *hardship* ขึ้น แต่ผลในทางกฎหมายของ *hardship* นั้นมีความยืดหยุ่นกว่าข้อกล่าวอ้าง *force majeure* แต่ถึงอย่างไรข้อกำหนดพื้นฐานของข้อยกเว้นความรับผิดทั้ง *Hardship* และ *force majeure* นั้นมี

⁶⁸ *Ibid.*, p.393.

องค์ประกอบที่เหมือนกัน กล่าวคือ ประเด็นสำคัญของการจัดสรรความเสี่ยงของคู่สัญญายังคงเป็นอันดับแรกที่ต้องนำมาพิจารณาในแง่ของเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายบนพื้นฐานของการตีความสัญญาและดุลยภาพและสาระสำคัญของสัญญาเปลี่ยนไปหรือไม่ ในสถานการณ์ของ Hardship จะมีคำถามขึ้นเป็นปกติว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ระดับใดจึงจะเป็นกรณีก่อให้เกิดภาระเกินสมควรอย่างมากและลูกหนี้ยังคงแบกรับความเสี่ยงของสภาวะการณืแวดล้อมที่เปลี่ยนไปในระดับที่เหมาะสม ซึ่งหากเปรียบเทียบกับ กรณีของ force majeure ที่เกิดขึ้นตามจริง จะพบว่าประเด็นปัญหาของการกระจายความเสี่ยงของเหตุการณ์ hardship จำเป็นต้องมีการพิจารณาความสำคัญในขอบเขตที่ค่อนข้างกว้างว่าทำไมความเสี่ยงการไม่ได้รับความยุติธรรมจึงไม่ควรตกอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

ดังนั้น รากฐานสำคัญของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าปรากฏอยู่ในหลักสุจริต (the principle of good faith) หากการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณืส่งผลให้เกิดความไม่สมดุลกันที่มากเกินไปจนกว่าจะยอมรับได้ระหว่างการปฏิบัติการชำระหนี้และการได้รับชำระหนี้ตอบแทนแล้ว คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหาย (the aggrieved party) ยังคงต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอย่างเคร่งครัดตามข้อสัญญาก็อาจจะเป็นการขัดแย้งกับหลักสุจริต และอาจกลายเป็นการใช้สิทธิในทางมิชอบ(an abuse of right) ได้ ดังนั้นกฎหมายทุกฉบับจึงต้องกำหนดว่า ความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาวะการณืจะต้องไม่อาจคาดหมายได้โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย⁶⁹

2.2.1 ลักษณะของ Hardship ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาทั่วไป⁷⁰

มาตรา 6.2.1 – มาตรา 6.2.3 UPICC ในเรื่อง hardship ได้ถูกนำเสนอว่าเป็นนวัตกรรมใหม่ของวิธีการแก้ปัญหาที่ได้รับอิทธิพลมาจากความต้องการของประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ⁷¹ ซึ่งสมาชิกคณะทำงานของ the UNIDROIT ได้กล่าวไว้ว่า “ในเรื่องบางเรื่องเช่นกรณี Hardship เราได้นำวิธีการแก้ปัญหาที่ไม่มีปรากฏในกฎหมายภายในของประเทศใดหรือระบบกฎหมายระหว่างประเทศแต่ได้รับแรงบันดาลใจมาจากประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ” สาระสำคัญของบทบัญญัติ Hardship ใน UPICC มีจุดสำคัญของการมารวมกันกับข้อเสนอแนะการจัดทำร่างข้อกำหนด hardship (hardship clause) โดยสภาหอการค้านานาชาติ หรือ ICC (the

⁶⁹ *Ibid.*, p.394.

⁷⁰ *Ibid.*, p.396.

⁷¹ Bonell, Michale Joachim, *supra note 13*, p.628.

International Chamber of Commerce) ในปี 1985⁷² และเป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่า ข้อกำหนด hardship ใหม่เมื่อปี 2003 นั้นได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 6.2.2 UPICC และข้อเสนอแนะการจัดทำร่างของ ICC เมื่อปี 1985 ยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานความแตกต่างอย่างชัดเจนตามที่วางลงไปในมาตรา 6.2.1 มาตรา 6.2.2 ของ UPICC และมาตรา 6:111(1) - (2) PECL ถึงความแตกต่างระหว่างสถานการณ์ซึ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ได้กลายเป็นก่อให้เกิดภาระมากขึ้น (ซึ่งไม่ใช่กรณี hardship) และสถานการณ์ซึ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้กลายเป็นก่อให้เกิดภาระเพิ่มขึ้นอย่างมากไม่ว่าจะเป็นเพราะค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มมากขึ้นหรือเป็นเพราะการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนลดลง⁷³

ในขณะที่ถ้อยคำของการยกเว้นความรับผิดชอบไม่ได้ร่างมาจากระบบกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งโดยเฉพาะแต่ปรากฏในข้อกำหนดพื้นฐานที่อาจจะพบในทฤษฎีของระบบกฎหมายภายในหลายระบบซึ่งกำหนดไว้คล้ายคลึงกันดังเช่นในกรณีของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาพการณ์แวดล้อม (changed of circumstance)

อย่างไรก็ตาม นิยามความหมายของ hardship ตามมาตรา 6.2.2 UPICC ได้รับอิทธิพลอย่างมากมาจากมาตรา 79 CISG และงานเขียนต่างๆ ของนักวิชาการในเรื่องบทบัญญัติดังกล่าวที่แลกเปลี่ยนมุมมองกันว่ามาตรา 79 CISG นั้นครอบคลุมถึงเหตุการณ์ hardship ด้วย และข้อยกเว้นความรับผิด force majeure ก็ควรที่จะถูกพิจารณารวมถึงเหตุการณ์ hardship ด้วยเช่นกัน ซึ่งเป็นผลให้ข้อกำหนดของข้อยกเว้นความรับผิด hardship และ force majeure มีหลักการที่เหมือนกัน กล่าวคือ hardship ไม่ได้มีองค์ประกอบเพิ่มเติมใดๆ ที่นอกเหนือไปจาก force majeure เพียงแต่อุปสรรค (สภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป) ที่เกิดขึ้นนั้นจะมีความเฉพาะเจาะจงมากกว่าและมีขอบเขตที่แคบกว่า force majeure โดยต้องพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงไปของดุลยภาพของสัญญา (fundamentally alters the equilibrium of the contract)

นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ (the disadvantaged party) อาจจะถูกห้ามโดยกฎหมายจากการยกข้ออ้างข้อยกเว้นความรับผิด hardship หากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้เกิดขึ้นก่อนที่จะเกิดเหตุการณ์ hardship และตระหนักได้ถึงถึงการเปลี่ยนแปลงไปของสภาพการณ์ในระยะเวลาหนึ่งโดยปราศจากการยกประเด็นดังกล่าวต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่น

⁷² “ICC (ed.), “Force majeure and hardship, Paris 1985 (ICC Publ No.421),” Retrieved on May 15, 2017, from https://www.trans-lex.org/700650/_/icc-force-majeure-and-hardship-paris-1985-/.

⁷³ “ICC Publ No.421, Comment No.3,” Retrieved on May 15, 2017, from https://www.trans-lex.org/700650/_/icc-force-majeure-and-hardship-paris-1985-/.

ซึ่งมาตรา 6.2.2 UPICC⁷⁴ ได้ให้ความหมายของ hardship ไว้ว่า “การเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่โดยพื้นฐานแล้วเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเปลี่ยนแปลงดุลยภาพของสัญญา ไม่ว่าจะเพราะค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้นหรือเป็นเพราะมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนลดมูลค่าลง...” อันมีความหมายคล้ายคลึงกับมาตรา 6:111(1),(2) PECL⁷⁵ ส่วนกรณีค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เพิ่มสูงขึ้น และมูลค่าที่ได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนที่ลดลงต้องสามารถวัดได้บนพื้นฐานของความเป็นจริงเช่นกัน กล่าวคือ ความเห็นส่วนตัวของคู่สัญญาที่ได้รับชำระหนี้ที่เปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับมูลค่าการปฏิบัติการชำระหนี้ นั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกัน⁷⁶

อย่างไรก็ดี หลักการ hardship มีความแตกต่างจากหลัก force majeure ในเรื่องเกี่ยวกับผลทางกฎหมาย กล่าวคือ hardship มิได้ก่อให้เกิดผลในการยกข้อกล่าวอ้างในเรื่องการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้และค่าเสียหายประกอบกับ “การเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่โดยพื้นฐานแล้วเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะเปลี่ยนแปลงดุลยภาพของสัญญา” มิได้ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ในทางกายภาพเป็นอันพันวิสัยแต่อาจทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ (impracticable) ภายใต้อำนาจสัญญาในสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้แต่แรก ดังนั้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นจึงต้องการผลทางกฎหมายที่ยืดหยุ่นมากกว่าหลัก force majeure ซึ่งในกรณีของ hardship คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้มีการเจรจาใหม่อีกครั้ง (renegotiation) และหากการเจรจานั้นล้มเหลวศาล

⁷⁴ Article 6.2.2 UPICC : Definition of hardship

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, ...

⁷⁵ Article 6:111 PECL : Change of circumstances

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: ...

⁷⁶ “Comment No. 2b.on art. 6.2.2 UPICC,” Retrieved on May 15, 2017, from <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/article-7-3-1-right-to-terminate-the-contract>.

อาจให้มีการเลิกสัญญาตามระยะเวลาและข้อตกลงที่กำหนดหรืออาจแก้ไขปรับข้อสัญญาเพื่อให้เกิดความสมดุลกันระหว่างคู่สัญญา⁷⁷ ซึ่งผลในทางกฎหมายได้อธิบายถึงเหตุผลว่าเพราะเหตุใด มาตรา 6.2.1 - 6.2.3 UPICC ที่เกี่ยวกับ hardship จึงได้บัญญัติไว้ในบทที่ 6 เรื่อง การปฏิบัติการชำระหนี้ (performance) ในขณะที่มาตรา 7.1.7 UPICC เรื่อง force majeure ได้บัญญัติไว้ในบทที่ 7 เรื่อง การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ (non-performance) ซึ่งใน PECL ก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ มาตรา 6:111 เรื่องการเปลี่ยนแปลงไปของสถานการณ์แวดล้อม หรือ change of circumstances บัญญัติไว้ในบทที่ 6 เรื่อง เนื้อหาและผลของสัญญา ในขณะที่มาตรา 8:108 ข้อกล่าวอ้างอันเนื่องมาจากอุปสรรค หรือ excuse due to an impediment ได้บัญญัติไว้ในบทที่ 8 เรื่องการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้และการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งความแตกต่างของทั้งสองหลักการได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ร่างที่กำหนดให้ hardship อยู่ในบริบทของการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาและให้ผลในทางกฎหมายมีความยืดหยุ่นเพียงพอที่จะทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญายังสามารถกระทำได้

2.2.1.1 การสันนิษฐานความเสี่ยงของคู่สัญญา

เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วลูกหนี้ตามสัญญาจะถูกพิจารณาให้แบกรับความเสี่ยงอันเนื่องมาจากการปฏิบัติการชำระหนี้จากการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์แวดล้อมที่อาจกลายเป็นการก่อให้เกิดภาระเพิ่มขึ้น ในทางตรงกันข้ามภายใต้ข้อตกลงที่คู่สัญญาอาจยกเลิกได้ของข้อยกเว้นความรับผิด hardship ลูกหนี้ไม่ต้องแบกรับความเสี่ยงในการเปลี่ยนแปลงความสมดุลในสาระสำคัญของสัญญาเนื่องจากค่าใช้จ่ายของผลกระทบในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มขึ้นอย่างมากหรือมูลค่าที่

⁷⁷ Article 6.2.3(3),(4) : UPICC

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

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

Article 6:111(3) : PECL

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

(a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or

(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

จะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนกลับคืนโดยคู่สัญญาฝ่ายอื่นลดลงอย่างมาก ซึ่งคู่สัญญาอาจยกเว้นการบังคับใช้ข้อตกลงดังกล่าวได้โดยการตกลงยอมรับการจัดสรรความเสี่ยงอย่างอื่น⁷⁸

ในขั้นแรกจึงต้องมีการตีความสัญญาว่าลูกหนี้สามารถสันนิษฐานถึงความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาวะการณ์ได้โดยชัดแจ้งหรือโดยนัยหรือลูกหนี้อาจสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงที่ค่อนข้างมากขึ้นซึ่งเกินกว่าความเสี่ยงที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดนัดชำระหนี้ (the default risk) และเกินกว่าสิ่งซึ่งได้จำกัดไว้ซึ่งเป็นปกติธรรมดาของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship หรือไม่ เกณฑ์ของจุดเริ่มต้นของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship จึงอาจต้องถูกยกขึ้นมา ในทางกลับกันความเสี่ยงของลูกหนี้ อาจถูกจำกัดหรือยกเว้นโดยสัญญา ดังนั้น หน้าที่ในการจัดสรรความเสี่ยงของคู่สัญญาจะเหนือกว่าเกณฑ์เริ่มต้นของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ซึ่งจุดประสงค์ในทางปฏิบัติอาจกล่าวได้ว่า ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship มิได้เป็นไปในลักษณะของข้อบังคับที่คู่สัญญาอาจกำหนดความเสี่ยงโดยเฉพาะเจาะจงหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขนั้นได้

ตัวอย่างเช่น หากการซื้อขายนั้นมีความเสี่ยงตามปกติธรรมดาจะถือว่าลูกหนี้สามารถสันนิษฐานถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ได้อย่างสมบูรณ์และเกณฑ์เริ่มต้นของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship จะถูกกำหนดในระดับที่สูงกว่าปกติอย่างมีนัยสำคัญโดยเฉพาะธุรกรรมการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ (commodities) ในราคาที่กำหนดไว้อย่างแน่นอนที่โดยทั่วไปแล้วมักมีการเก็งกำไร เช่น ระหว่างผู้ขายประเทศเยอรมันกับผู้ซื้อประเทศอังกฤษ ตกลงทำสัญญาซื้อขายเหล็กโม่ดิบดินนํมาจากประเทศจีน ซึ่งแม้ว่าราคาตลาดจะเพิ่มขึ้นสูงกว่าสามเท่าตัวจากราคาที่ตกลงกันในขณะทำสัญญา ผู้ขายก็มิได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบตามมาตรา 79 CISG เนื่องจากภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นราคาที่สูงขึ้นมิได้ถูกพิจารณาว่าเป็นการเพิ่มภาระเกินสมควรอย่างมากแก่ผู้ขายเพราะธุรกรรมเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่ามีการเก็งกำไรสูง⁷⁹ สำหรับสัญญาในภาคการเงิน (Contracts in the financial sector) ที่คู่สัญญาคาดการณ์เก็งกำไรในช่วงระยะเวลาหนึ่งจากอัตราแลกเปลี่ยนหรืออัตราดอกเบี้ย เช่น สัญญาป้องกันความเสี่ยง (hedging contracts) หรือสัญญาอัตราแลกเปลี่ยนดอกเบี้ย (interest exchange contracts) ที่มีการถูกระบุว่าเป็นสัญญาที่มีความเสี่ยง เช่นนี้ ความเสี่ยงคือตัวของสัญญานั้นๆ ทำให้โดยทั่วไปแล้วคู่สัญญาจะถูกงดเว้นมิให้ยกข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ขึ้นอ้าง⁸⁰ ดังนั้น อัตราผลกำไรที่สูงผิดปกติอาจชี้ให้เห็นได้ว่าผู้ขายสามารถสันนิษฐานได้ถึง

⁷⁸ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.423.

⁷⁹ “CISG-online No. 261,” Retrieved on May 15, 2017, from <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>.

⁸⁰ Draetta, “Hardship and Force Majeure Clauses,” *International Business Law Journal* 3-4, p.347-358 (2002).

ความเสี่ยงที่มากขึ้นตามสัดส่วนและถ้าสัญญามีลักษณะเสี่ยงโชคหรือมีผลตอบแทนที่ไม่แน่นอน เช่น สัญญาประกันภัยคู่สัญญาที่ไม่อาจกล่าวได้ว่าความเสี่ยงนั้นเกิดขึ้นแม้ว่าเหตุการณ์นั้นจะห่างไกลกว่าที่จะสามารถคาดเห็นล่วงหน้าได้ ดังนั้น หากผู้รับประกันภัยได้กำหนดกรรมธรรม์ครอบคลุมถึงความเสี่ยงภัยสงครามและการจลาจล แม้ว่าภัยสงครามหรือการก่อจลาจลนั้นได้ลุกลามไปยังประเทศอื่นในภูมิภาคเดียวกันผู้รับประกันภัยก็ยังคงมีข้อผูกพันตามกรรมธรรม์ดังกล่าว⁸¹

อีกตัวอย่างหนึ่ง คำตัดสินคดีของสภาหอการค้านานาชาติ หรือ ICC หมายเลข 8486⁸² เรื่อง ผู้ผลิตชาวเนเธอร์แลนด์และผู้ซื้อชาวตุรกีได้ตกลงเข้าทำสัญญาซื้อขายเครื่องจักรในอุตสาหกรรมการผลิตน้ำตาลก้อนสำหรับตลาดในประเทศตุรกี แต่เนื่องจากปัญหาทางการเงินทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถเปิดสัญญาเครดิตออฟเครดิต (letter of credit) ได้และสามารถชำระเงินล่วงหน้าตามสัญญาได้เพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น จากการตกลงเจรจาที่ไม่ประสบความสำเร็จนี้ทำให้ผู้ผลิตฟ้องร้องค่าเสียหายในกรณีที่บางส่วนของระบบการผลิตเครื่องจักรนั้นไม่สามารถขายต่อให้แก่ผู้ซื้อรายอื่นได้เพราะระบบการผลิตเครื่องจักรได้สร้างขึ้นเพื่อผู้ซื้อชาวตุรกีโดยเฉพาะ ส่วนทางฝ่ายผู้ซื้ออ้างว่าตนได้หลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญาด้วยเหตุที่ราคาของน้ำตาลก้อนในตลาดตุรกีลดลงเป็นอย่างมากอันเป็นกรณีการเกิด hardship ขึ้น ซึ่งในคดีนี้ศาลได้กล่าวไว้ว่า จำเลย(ผู้ซื้อ)ได้ตระหนักถึงความไม่แน่นอนของสถานการณ์ทางการค้าในประเทศตุรกี การเพิ่มขึ้นของการผลิตภาคเอกชนและการลดต่ำลงที่เกี่ยวข้องกับราคาสินค้าก็เป็นสถานการณ์การค้าโดยทั่วไปในประเทศตุรกีซึ่งอยู่ในกรอบของสถานการณ์เศรษฐกิจของประเทศตุรกีและถือว่าอยู่ในขอบเขตความเสี่ยงของจำเลย(ผู้ซื้อ)ด้วยเช่นกัน ข้อสรุปของศาลอาจจะนำมาเปรียบเทียบกับหลักทั่วไปว่าผู้รับประกันโยชน์เป็นผู้แบกรับความเสี่ยงของความสามารถในการใช้หรือจำหน่ายสิ่งของหรือบริการที่ได้รับซึ่งเตรียมการไว้ตั้งแต่ในขณะทำสัญญา ดังนั้นจึงถือว่าจำเลยสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยง

หลังจากนั้นในขั้นที่สอง หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแสดงให้เห็นว่าสามารถสันนิษฐานตามสัญญาได้ถึงความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงสภาวะการณ์โดยเฉพาะเจาะจงโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปลี่ยนแปลงนั้นก็ไม่สามารถคาดเห็นได้อย่างเหมาะสม (reasonably foreseeable) จึงต้องมีการพิจารณาถึงการปฏิบัติการชำระหนี้ในความเป็นจริงว่ากลายเป็นภาระเกินสมควรอย่างยิ่งหรือไม่

⁸¹ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.425.

⁸² “ICC Award No. 8486, YCA 1999, at 162 et seq,” Retrieved on May 15, 2017, from https://www.trans-lex.org/208486/_/icc-award-no-8486-yca-1999-at-162-et-seq/.

2.2.1.2 แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงดุลยภาพของสัญญา

คำถามมักเกิดขึ้นว่าการเปลี่ยนแปลงดุลยภาพของสัญญาระดับใดที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงในรากฐานของสัญญาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในทางปฏิบัติ ซึ่งยังเป็นเรื่องยากที่จะตอบคำถามโดยเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกันจะต้องเกิดขึ้นขณะที่กำหนดเส้นแบ่งระหว่างสถานการณ์อันเนื่องมาจากเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (supervening events) หรือการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญากลายเป็นเพียงภาระมากขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับสถานการณ์ซึ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญากลายเป็นภาระอย่างมาก (so excessively onerous) เช่นว่านั้นคู่สัญญาไม่สามารถคาดเห็นถึงผลกระทบต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามความในข้อตกลงของสัญญานั้นได้

เพราะฉะนั้น การยอมรับและการนำเกณฑ์ hardship มาปรับใช้นั้นคือการกำหนดเปอร์เซ็นต์ (ร้อยละ) (percentage) ของค่าใช้จ่ายหรือมูลค่าของการปฏิบัติการชำระหนี้ที่มีแนวโน้มจะกลายเป็นการเปลี่ยนแปลงไปของดุลยภาพในรากฐานอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา (fundamental alteration of equilibrium of the contract) ซึ่งเป็นการทำให้บรรลุผลในทางปฏิบัติ แต่มีข้อสังเกตว่าการหาจุดเริ่มต้นใดๆ สามารถใช้เป็นเพียงบรรทัดฐานหรือจุดเริ่มต้นของการวิเคราะห์ทางกฎหมายได้เท่านั้นและไม่สามารถขัดขวางการประเมินสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจงในคดีนั้นๆ ได้ ซึ่งการพัฒนาบรรทัดฐานดังกล่าวดูเหมือนจะมีประโยชน์ทั้งในฐานะเครื่องมือที่ใช้ในทางปฏิบัติตรงข้ามกับความคิดเห็นของนักวิเคราะห์กฎหมายบางท่านที่เชื่ออย่างเด็ดขาดว่าการทดสอบหาจุดเริ่มต้นทั่วไปใดๆ ไม่มีประโยชน์และไม่สามารถลงความเห็นได้⁸³ อย่างไรก็ตาม การพัฒนาบรรทัดฐานดังกล่าวอาจยังเป็นประโยชน์ในฐานะเครื่องมือในทางปฏิบัติที่เป็นไปได้จึงมีความพยายามที่จะพัฒนาการทดสอบหาจุดเริ่มต้นทั่วไป เพื่อที่จะเปรียบเทียบสถานการณ์อื่นๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันและเพื่อให้แน่ใจว่าในสถานการณ์เดียวกันจะได้รับการประเมินตามมาตรฐานที่เหมือนกัน⁸⁴

สำหรับคำถามข้างต้นและขอบเขตของการทดสอบเกณฑ์มาตรฐานของ hardship ที่สามารถนำไปปรับใช้ได้หรือที่จะต้องได้รับการประเมินโดยวิธีการตีความสัญญาเป็นอย่างไรนั้น คู่สัญญาจะต้องตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยในการจัดสรรความเสี่ยงโดยเฉพาะเจาะจงรวมไปถึงหน้าที่ตามสัญญาตามหลักสุจริตและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (good faith and fair dealing)

⁸³ Peter Schlechtriem, “Art. 79 CISG para. 40,” Retrieved on May, 15, 2017, from <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html>.

⁸⁴ Christoph Brunner, *supra note 7*, p.427.

อย่างไรก็ดี ตามความคิดเห็นอย่างเป็นทางการของ The UNIDROIT Principles ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994 ประกอบด้วยข้อแถลงความอย่างชัดเจน (an explicit statement) เกี่ยวกับระดับความต้องการที่จะก่อให้เกิดเป็นสถานการณ์ hardship⁸⁵ กล่าวคือ แม้ว่าการเปลี่ยนแปลงในรากฐานอันเป็นสาระสำคัญของแต่ละกรณีจะขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ หากการปฏิบัติการชำระหนี้สามารถวัดผลเป็นต้นทุนได้อย่างแม่นยำ การเปลี่ยนแปลงของราคาหรือค่าใช้จ่ายหรือมูลค่าของการปฏิบัติการชำระหนี้มีจำนวนมากกว่าหรือเท่ากับ 50% ถือได้ว่าการเปลี่ยนแปลงในรากฐานอันเป็นสาระสำคัญ (fundamental) ตัวอย่างเช่น ราคาหรือค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเป็น 13%, 30%, 44% หรือ 25-50% นั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าการเปลี่ยนแปลงความเท่าเทียมกันของสัญญาในสาระสำคัญตามข้อกำหนดของข้อยกเว้น hardship

ตัวอย่างเช่นความเห็นในคำตัดสินชี้ขาด คดี ICC case No.6281⁸⁶ ที่คู่สัญญาระหว่างชาวอียิปต์และยูโกสลาเวีย ตกลงทำสัญญาซื้อขายเหล็ก 80,000 ตัน ในราคาตันละ 190 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อวันที่ 20 สิงหาคม 1987 ซึ่งจะมีการขนส่งสินค้าระหว่างวันที่ 15 กันยายน 1985 และวันที่ 15 มกราคม 1988 ไปยังท่าเรือประเทศยูโกสลาเวีย ต่อมาวันที่ 15 ธันวาคม 1987 ผู้ซื้อต้องการซื้อเหล็กเพิ่มเติมอีกจำนวน 80,000 ตัน ในราคาและเงื่อนไขตามสัญญาเดิมแต่ผู้ขายปฏิเสธและขอเพิ่มราคาเป็น 215 ดอลลาร์สหรัฐต่อตันสำหรับการสั่งซื้อเพิ่มเติมในครั้งหลังเนื่องจากราคาตลาดได้เพิ่มสูงขึ้น กรณีดังกล่าว Blagojevic-Krulj ได้ให้ความเห็นไว้ว่าศาลจะต้องประเมินปัญหาเช่นนั้นว่าจำนวนความเสียหายจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่เกิดขึ้นมีจำนวนเท่าใด หรือระยะเวลาที่คู่สัญญาต้องแบกรับความเสียหายหรือมีเหตุอันสมควรอื่นใดหรือไม่ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจต้องทนแบกรับความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาโดยมิได้มีการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา ความเสียหายเช่นนี้จะต้องเกินกว่าความเสี่ยงตามสมควรที่ผู้ประกอบการจะคาดหมายได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวการเพิ่มขึ้นของราคาตลาดโลกที่มาจาก 190 ดอลลาร์สหรัฐต่อตัน เป็น 215 ดอลลาร์สหรัฐต่อตันคิดเป็นเพียง 13.16% เท่านั้น ถือว่าเป็นการเพิ่มขึ้นเพียงเล็กน้อยที่อยู่

⁸⁵ “Comment No. 2 on Art. 6.2.2 UPICC (1994 edition.)” Retrieved on May, 15, 2017, from <https://www.unidroit.org/instruments/commercialcontracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1058-article-6-2-2-definition-of-hardship>.

⁸⁶ “ICC Arbitration Case No. 6281 of 26 August 1989 (*Steel bars case*),” Retrieved on May 20, 2017, from <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/896281i1.html#ct> Excerpt 13.

ในขอบเขตตามปกติของผู้ประกอบการ ผู้ขายจึงต้องขายสินค้าตามราคาที่ตกลงกันไว้ตามสัญญาในครั้งแรกแทนราคาที่เพิ่มขึ้นอีก 13.16% ในครั้งหลัง

คำตัดสินชี้ขาดคดี ICC case No.2508⁸⁷ ที่ศาลปฏิเสธข้อกล่าวอ้าง hardship ของผู้ขายเพราะไม่สามารถพิสูจน์ได้ถึงระดับการเพิ่มขึ้นของราคาปิโตรเลียม เนื่องจากผู้ขายปฏิเสธที่จะให้รายละเอียดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของการจัดหาปิโตรเลียมและอาศัยเพียงปัจจัยพื้นฐานเพื่อแสดงการเพิ่มขึ้นของราคาปิโตรเลียมเท่านั้น ต่อมาในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจากการเรียกร้องค่าเสียหายของผู้ซื้อ ผู้ขายได้ยอมรับว่าราคานั้นเพิ่มขึ้นเพียง 25-50% แสดงให้เห็นว่าการเพิ่มขึ้นเช่นนี้มิได้เป็นการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญเพียงพอที่จะนำทฤษฎีการเปลี่ยนแปลงไปของสถานการณ์ (Doctrine of change of circumstances) ภายใต้อาณัติของสัญญาใช้ได้

อย่างไรก็ตาม ในทางตรงกันข้าม การทดสอบจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลง (threshold test) ที่ 50% ที่ถูกเสนอความคิดเห็นใน The UNIDROIT Principles ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 1994 นั้น นักกฎหมายของ CISG ได้เสนอความคิดเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงนั้นควรเป็นการเปลี่ยนแปลงทั้งหมด 100%⁸⁸ ต่อมา The UNIDROIT Principles ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 2004 ได้ลบประโยคที่กล่าวว่าการเปลี่ยนแปลงนั้นมีจำนวนมากกว่าหรือเท่ากับ 50% ทิ้งไปเนื่องมาจากการวิจารณ์ของนักกฎหมายและแทนที่ประโยคดังกล่าวด้วยคำว่า “หากการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงในพื้นฐานสาระสำคัญ”

(1) หลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดให้มีการเปลี่ยนแปลง 100%

จุดเริ่มต้นการพิจารณาการทดสอบอัตราส่วนร้อยละ (percentages) ที่จะก่อให้เกิด hardship ควรจะต้องพบว่ามี การเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้และมูลค่าที่จะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนจากคู่สัญญาอื่นลดน้อยลงโดยทั้งสองเหตุการณ์ควรได้รับการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เดียวกัน ซึ่งตามหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นผู้ขายหรือคู่สัญญาที่มีค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากไม่ควรถูกแบกรับความเสี่ยงของผู้ซื้อ กล่าวคือ ความเสียหายของมูลค่าของราคาตามสัญญา (the loss of value of the contract price)

เนื่องจากระบบกฎหมาย common law โดยเฉพาะกฎหมายอังกฤษ และระบบ Civil law ยอมรับการยกเว้นความรับผิดชอบอันเนื่องมาจาก frustration of purpose และ

⁸⁷ “ICC Case No.2508,” Retrieved on May 15, 2017, from https://www.translex.org/201512/_/icc-award-no-1512-yca-1976-at-128-et-seq/.

⁸⁸ John O. Honnold, “Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed. (1999),” Retrieved on May 20, 2017, from <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ho79.html>.

ความเปลี่ยนแปลงในขอบเขต 80%-100% ของมูลค่าที่ได้รับชำระหนี้ลดลง การเพิ่มขึ้นที่สอดคล้องกันของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ของการสั่งซื้อในจำนวนที่เหมือนกัน (ไม่รวมถึงอัตราผลกำไร) หรือประมาณ 100-125 % (รวมถึงกำไรทุกอย่างไป) อาจถูกมองว่าเป็นหลักทั่วไปในการอ้างอิงสำหรับจุดเริ่มต้น hardship ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาทั่วไป หลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นนี้สอดคล้องกับอัตราส่วนร้อยละที่ถูกเสนอจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลและความเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมายทั้งระบบ civil law และ common law รวมถึง CISG ที่กล่าวถึงไปข้างต้น

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนั้นสามารถใช้ได้กับสถานการณ์ที่เป็นมาตรฐาน (standard situation) เท่านั้น กล่าวคือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงทั้งหมดหรือแต่บางส่วน สำหรับสถานการณ์ที่มีได้เป็นมาตรฐาน (non-standard situation) คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบไม่อาจอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ได้หากการเปลี่ยนแปลงความสมดุลของสัญญานั้นไม่เกินกว่าขอบเขตความเสี่ยงในสัดส่วน 100%

ตัวอย่างเช่น คดี *Maple Farms Inc. v. City School District Elmira*⁸⁹ ที่บริษัท Maple Farms ได้ทำสัญญากับโรงเรียนในเมือง Elmira รัฐนิวยอร์ก ในการจัดหานมสดสำหรับปี ค.ศ. 1973-1974 โดยกำหนดราคาแน่นอนในสัญญาตามราคาตลาดในเดือนมิถุนายนปี ค.ศ. 1973 ต่อมาเดือนธันวาคมปีเดียวกันนั้น ราคาน้ำมันในตลาดเพิ่มสูงขึ้นจากราคาในสัญญา 23% ซึ่งหมายความว่า หากบริษัท Maple Farms ยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันจะเกิดความเสียหายประมาณ 7,350 ดอลลาร์สหรัฐ จึงได้นำกรณีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลและต่อสู้ว่า “ราคาน้ำมันดิบที่ปรับเพิ่มสูงขึ้นเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดเห็นได้ขณะทำสัญญาและเมื่อพิจารณาถึงราคาที่เพิ่มขึ้นเช่นนี้จึงถือได้ว่าเป็นกรณี Commercial impracticability หรือการชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้” ศาลปฏิเสธข้อต่อสู้ของบริษัท Maple Farms และให้ความเห็นว่าหลัก Commercial impracticability จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าและความเสี่ยงของเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้นั้นจะต้องไม่ถูกกระจายความเสี่ยงโดยข้อตกลงหรือโดยจารีตประเพณีการค้าอื่นๆ ซึ่งกรณีดังกล่าวพบว่าเหตุการณ์ที่เป็นสาเหตุทำให้ราคาน้ำมันดิบเพิ่มสูงขึ้นนั้นไม่ใช่เหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ทั้งหมดเพราะราคาน้ำมันดิบจากจุดต่ำสุดในปี ค.ศ. 1972 จนถึงวัน ทำสัญญาในเดือนมิถุนายน 1973 นั้นเพิ่มขึ้นเพียง 10% ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจควรจะตระหนักได้ถึงสถานะเงินเพื่อทั่วไปในประเทศระหว่างปีก่อนและปีปัจจุบัน อีกทั้งวัตถุประสงค์ของสัญญาทำขึ้น

⁸⁹ Gaylord A. Jentz, Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller, *West's business law*, (St. Paul : West Pub. c1987), p.429.

เพื่อป้องกันความผันผวนของราคาคตามงบประมาณพื้นฐานของโรงเรียนอันแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาสามารถสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของการเพิ่มราคาน้ำมันดิบ

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปตามที่กล่าวไปข้างต้นนั้น มักใช้กับสถานการณ์ที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องเอาชนะอุปสรรคที่เกี่ยวข้องนั้น โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายสินค้าทั่วไป (generic goods) ที่ผู้ขายต้องแบกรับความเสี่ยงความเสี่ยงในการจัดหาและถูกบังคับให้เอาชนะอุปสรรคที่เกี่ยวข้อง เช่น ข้อจำกัดในการจัดหาที่มีสาเหตุมาจากภัยทางธรรมชาติซึ่งการแบกรับความเสี่ยงและเอาชนะอุปสรรคเช่นนี้ย่อมทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ของผู้ขายมีมูลค่าสูงขึ้น

ยิ่งไปกว่านั้น หากผลกำไรของผู้ขายหรือผู้ผลิตได้ถูกนำมาพิจารณาแล้วพบว่าไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่าค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้มีความสัมพันธ์กับมูลค่าราคาตามสัญญา ดังนั้นการลดลงของมูลค่าที่จะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้จากคู่สัญญาอื่น แม้จะสูงถึง 100% ก็ย่อมไม่สัมพันธ์กันกับการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ 100% เช่นกัน ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นโดยการเปรียบเทียบความเสียหายที่เป็นจำนวนที่แท้จริงของคู่สัญญาเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์ทั้งสองเหตุการณ์เพราะว่าผลกำไรของผู้ขายและผู้ผลิต ค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่เท่ากับมูลค่าราคาตามสัญญาหรือมูลค่าตามความเป็นจริงของวัตถุดิบ รายละเอียดดังตารางด้านล่าง

ตัวแปร	มูลค่าที่ได้รับจากคู่สัญญา อีกฝ่ายลดลง		ค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการ ชำระหนี้เพิ่มขึ้น	
	A	B	A	B
ราคาตามสัญญา/มูลค่าที่แท้จริง	100	100	100	100
ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ที่คาดหมาย /ส่วนต่าง			80 20 (20%)	80 20 (20%)
มูลค่าที่แท้จริงหลังจากเหตุการณ์ แทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย	0 (ลดลง 100)	20 (ลดลง 80)		
ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ที่เพิ่มขึ้น ทั้งหมดหลังจากเหตุการณ์แทรกซ้อน เหนือความคาดหมาย			เพิ่มขึ้น 100 เป็น 180	เพิ่มขึ้น 80 เป็น 160
ความเปลี่ยนแปลง	-100%	-80%	125%	100%
ความเสียหายที่แท้จริง	-100	-80	-100	-80

ตารางที่ 2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างมูลค่าที่จะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ตรงกับค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้

ดังนั้น หากสันนิษฐานว่าอัตรากำไรอยู่ที่ 20% ลดลงจาก -80% เป็น -100% สัมพันธ์กับค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจาก 100% เป็น 125% นอกจากนี้ยังขึ้นอยู่กับสถานการณ์ต่างๆ ความเสี่ยงที่มากขึ้นอาจชี้ให้เห็นว่าผู้ผลิตสินค้าสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงที่มากขึ้นเกี่ยวกับเหตุการณ์ความไม่แน่นอนต่างๆ อันแสดงให้เห็นถึงจุดเริ่มต้นของอัตราส่วนร้อยละที่สูงขึ้น

นอกจากนี้ การเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องควรคำนวณด้วยการเปรียบเทียบค่าใช้จ่ายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจริงหรือค่าใช้จ่ายที่คาดไว้บนพื้นฐานความเป็นจริงกับค่าใช้จ่ายบนพื้นฐานความจริงโดยประมาณหลังจากเกิดเหตุการณ์แทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (supervening events) สำหรับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นในขณะที่ทำสัญญากรณีผู้ผลิตคาดว่าจะมีค่าใช้จ่ายที่ต่ำกว่าที่คาดไว้แต่ความจริงกลับสูงกว่าที่คาดไว้ผู้ผลิตเป็นผู้ต้องแบกรับความเสี่ยงนั้นไว้เอง อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่านโต้แย้งขึ้นว่าเกณฑ์มาตรฐานของค่าใช้จ่ายที่คาดหมายไว้เบื้องต้น (an initially expected cost) ควรถูกแทนที่ด้วยราคาตามสัญญา (a contract price) เพื่อที่จะยกเว้นไม่นำผลกำไรที่ผู้ผลิตคาดว่าจะได้รับมาพิจารณาด้วยเหตุผลที่ว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ไม่ควรรวมถึงการรับประกันอัตราผลกำไรของผู้ผลิต ซึ่งวิธีการดังกล่าวข้างต้นไม่อาจพิจารณาได้ถึงความสะดวกของสัญญาตามที่ตกลงกันไว้ในเบื้องต้น⁹⁰ ในเหตุการณ์ต่างๆ หากความเปลี่ยนแปลงระหว่างราคาตามสัญญาและค่าใช้จ่ายบนพื้นฐานความเป็นจริงโดยประมาณหลังจากเกิดเหตุการณ์แทรกซ้อนเหนือความคาดหมายไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ผลิต ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ก็ไม่ควรนำมาปรับใช้

2.2.2 สภาวะเงินเฟ้อกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship

กรณีการเกิดสภาวะเงินเฟ้อเป็นที่หยาบคายขึ้นมากถกเถียงกันอย่างกว้างขวางว่า สภาวะเงินเฟ้อก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสัญญาหรือไม่ ในทางเศรษฐศาสตร์การเกิดสภาวะเงินเฟ้อคือภาวะการณ์ที่ระดับราคาสินค้าโดยทั่วไปเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่สถานการณ์ hardship อาจเกิดขึ้นได้เมื่อค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการจัดหาสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตเพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก การเกิดสภาวะเงินเฟ้อโดยทั่วไปจึงควรถูกวิเคราะห์ในฐานะปัญหาการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายเพราะโดยปกติจะสภาวะเงินเฟ้อส่งผลให้เกิดการลดมูลค่าของการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ผู้ผลิตจะได้รับซึ่งในบางครั้งอาจเรียกสภาวะเงินเฟ้อว่าเป็นปัญหาการลดค่าเงิน (devaluation) อย่างไรก็ตาม สภาวะเงินเฟ้อโดยทั่วไป (general inflation) หมายถึงการลดลงของมูลค่าตลาดหรืออำนาจซื้อของในระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบกับมูลค่าเงิน (currency devaluation) ที่เป็นการลดลงของมูลค่าตลาดของค่าเงินระหว่างประเทศในระบบเศรษฐกิจ

⁹⁰ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.434.

ในระบบกฎหมายต่างๆ โดยทั่วไปยอมรับการใช้สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ตามสัญญาตามสกุลเงินและจำนวนที่กำหนดไว้เท่านั้นโดยไม่คำนึงถึงความผันผวนของมูลค่าสกุลเงินนั้นๆ ในระหว่างวันที่ทำสัญญาจนถึงวันกำหนดชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงพยายามที่จะหาทางหลีกเลี่ยงและป้องกันความเสี่ยงของตนเองจากการลดลงของมูลค่าสกุลเงิน โดยการกำหนดข้อตกลงโดยปริยายที่ยอมให้มีการปรับเพิ่มราคาหรืออัตราค่าตอบแทนระหว่างกัน (escalator clause) เพราะข้อกำหนดเหล่านี้มักอ้างอิงกับดัชนีค่าครองชีพ (a cost-of-living index) และสามารถบังคับใช้ในทางกฎหมายได้ นอกจากนี้ผู้ขายที่ต้องซื้อสินค้าหรือบริการที่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติการชำระหนี้ในสกุลเงินต่างประเทศอาจป้องกันความผันผวนที่ไม่อาจคาดหมายได้ของสกุลเงินนั้นด้วยการกำหนดราคาตามสัญญาในสกุลเงินที่เป็นส่วนสำคัญของค่าใช้จ่ายนั้น

อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาทั่วไปกรณีการเกิดสภาวะเงินเฟ้อจะต้องพิจารณาถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ในลักษณะที่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship มีข้อกำหนดว่า “คุณภาพของสัญญาในสาระสำคัญจะต้องเปลี่ยนแปลงไป” กล่าวคือ คู่สัญญาไม่อาจยกการเกิดสภาวะเงินเฟ้อขึ้นกล่าวอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้เพียงเพราะการเกิดสภาวะเงินเฟ้อทำให้ผลประโยชน์ที่แท้จริงตามข้อสัญญาที่คู่สัญญาคาดหวังว่าจะได้รับตามสัญญาลดลงแต่ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าคุณภาพของสัญญาในสาระสำคัญเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรใด ดังนั้นจึงมีความสำคัญและจำเป็นที่ต้องแยกแยะระหว่าง “สภาวะเงินเฟ้อระดับอ่อน หรือ creeping inflation กับสภาวะเงินเฟ้ออย่างรุนแรง หรือ extreme inflation” ออกจากกัน เพราะโดยทั่วไปแล้วข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship นั้นอาจเกิดขึ้นได้ในเฉพาะกรณีสภาวะเงินเฟ้ออย่างรุนแรง (extreme inflation) เท่านั้นและจะต้องปรากฏต่อไปด้วยว่าคู่สัญญาจะต้องไม่มีการจัดสรรความเสี่ยงโดยเฉพาะเจาะจง เช่น การกำหนดข้อตกลงโดยปริยายที่ยอมให้มีการปรับเพิ่มราคาหรืออัตราค่าตอบแทนระหว่างกัน (escalator clause) เป็นต้น

2.2.2.1 สภาวะเงินเฟ้อระดับอ่อน หรือ creeping inflation

ตามหลักการทั่วไปแล้วการเกิดสภาวะเงินเฟ้อระดับอ่อน หรือ creeping inflation นั้น หน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญายังคงมีอยู่และมีได้รับผลกระทบแต่อย่างไรก็ตามเพราะความเสี่ยงของการเกิดสภาวะเงินเฟ้อระดับอ่อนคือความเสี่ยงโดยปกติทั่วไปที่จะถูกนำมาพิจารณาและถูกสันนิษฐานโดยผู้ขาย (หรือผู้ผลิตสินค้าหรือบริการรายอื่นๆ) หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า คู่สัญญาตระหนักได้ถึงสภาวะเงินเฟ้อในระดับปกติอยู่ก่อนแล้วในขณะที่ทำสัญญาและมองหาวิธีป้องกันจากความเสียหายเหล่านี้ตามวิธีการที่เหมาะสม เช่น คู่สัญญาเลือกวิธีป้องกันความเสี่ยงจากการลดค่าของเงิน (depreciation of the currency) โดยการยืนยันให้ระบุข้อตกลงโดยปริยายที่ยอมให้มีการปรับเพิ่มราคาหรืออัตราค่าตอบแทนระหว่างกัน (escalator clause) ไว้ในสัญญาหากคู่สัญญาตกลงยอมรับ

ข้อตกลงปรับเพิ่มราคาที่ไม่สามารถคาดหมายได้ในขณะนั้นย่อมสะท้อนให้เห็นถึงความเสี่ยงของค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในส่วนที่เกี่ยวข้องซึ่งแม้ว่าคู่สัญญาสันนิษฐานถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องก็ตาม

ตัวอย่างเช่น คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ Hamburg ปีค.ศ. 1977⁹¹ กล่าวไว้ว่า สาระสำคัญของหลักทั่วไป “โดยทั่วไปแล้ว หนี้เงิน คือหนี้ที่มีมูลค่าตามตัวเลขที่ระบุไว้ (the nominal value) ของสกุลเงินนั้นเมื่อถึงกำหนดชำระและแม้มูลค่าของค่าเงินนั้นจะลดลง การชำระหนี้ตามตัวเลขก็ทำให้หนี้นั้นระงับ ยกเว้นเพียงกรณีเดียวคือการประกาศเพิ่มค่าเงิน⁹² จากสถานะเงินเพื่อ (post-inflation revaluation of a currency) โดยวิธีการปฏิรูปทางการเงิน” และไม่มีเหตุผลที่จะต้องรับมือกับข้อยกเว้นนี้ในกรณีที่เกิดขึ้นเพราะจนถึงปัจจุบันนี้สกุลเงินปอนด์ของประเทศอังกฤษมิได้มีแนวโน้มที่จะเกิดการปฏิรูปทางการเงิน ความเสี่ยงที่อาจคาดเห็นได้ล่วงหน้าของการลดค่าเงินเพิ่มเติมของสกุลเงินปอนด์ประเทศอังกฤษอาจถูกทำให้ลดค่าลงโดยการรับประกันความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยน ซึ่งการรับประกันดังกล่าวสามารถทำได้ตั้งแต่ตั้งแต่วันไปจนถึงห้าปี ดังนั้นเจ้าหนี้ในประเทศ (a domestic creditor) ก็ถูกคาดหวังที่จะป้องกันตัวเองจากความเสี่ยงของอัตราแลกเปลี่ยนที่นำมาซึ่งค่าใช้จ่ายค่อนข้างเล็กน้อย

หากปรากฏว่าเจ้าหนี้ไม่ได้ป้องกันตัวเองจากความเสี่ยงในการเกิดสถานะเงินเพื่อก็อาจเป็นไปได้ว่าเจ้าหนี้อาจสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงในการเกิดสถานะเงินเพื่อในระดับปกติ และสัญญาที่อยู่ภายใต้เฉพาะสถานการณ์พิเศษอื่นๆ เท่านั้นที่อาจถูกทำให้สิ้นสุดสัญญา (terminated) หรือปรับเปลี่ยน (adapted) ในสถานการณ์เช่นนั้นแม้ว่าระยะเวลาตามสัญญาจะขยายออกไปเป็นระยะเวลาสั้น ตัวอย่างเช่น เมื่อสถานะเงินเพื่อในระดับปกติ (creeping inflation) กลายเป็นสถานะเงินเพื่ออย่างรุนแรง (extreme inflation)

สำหรับข้อตกลงปรับเพิ่มราคา (escalator clause) มักมีบทบาทสำคัญในสัญญาก่อสร้าง (construction contract) มากกว่าในสัญญาขนส่งสินค้าทั่วไป ทั้งนี้เป็นเพราะสัญญาก่อสร้างส่วนใหญ่จะดำเนินการเป็นระยะเวลานานจึงมีความเสี่ยงทางเศรษฐกิจที่เพิ่มขึ้นตามไปด้วย เช่นนี้ ข้อตกลงการปรับเพิ่มราคาจึงถูกนำมาใช้บังคับ

⁹¹ Arbitral Tribunal of Hamburg Friendly Arbitration, “award of 02.05.1977, Y.B. Com. Arb., 1979,” Retrieved on May 20, 2017, from http://www.arbitration-icca.org/publications/consolidated_list_of_arbitral_awards.html.

⁹² การประกาศเพิ่มค่าเงิน คือ การประกาศเพิ่มค่าของเงินสกุลหนึ่ง เมื่อเทียบกับค่าเงินตราสกุลอื่นๆ

2.2.2.2 สถานะเงินเฟ้อในระดับรุนแรง หรือ extreme inflation

ตรงกันข้ามกับสถานการณ์ปกติหรือสถานะเงินเฟ้อในระดับปกติ ในกรณีของการลดค่าเงินอย่างรุนแรงเช่นเดียวกับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งศาลเยอรมันยึดหลักว่า “เจ้าหนี้ไม่ต้องแบกรับความเสี่ยงดังกล่าว” ในเบื้องต้นศาลสูงเยอรมันอาศัยหลัก “การพ้นวิสัยทางเศรษฐกิจ หรือ Economic Impossibility” และให้สัญญาสิ้นสุดลงหรือปลดปล่อยหน้าที่เยียวยาผลที่เกิดขึ้น (the remedial consequence) ศาลสูงเยอรมันได้นำหลักการชำระหนี้เพิ่มขึ้น (increased-payment) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (case law) ที่เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย โดยให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องการชำระหนี้ที่เพิ่มมากขึ้นแทนสิทธิในการบอกเลิกสัญญา อันเป็นผลมาจากการยอมรับเอาสิทธิในการเรียกร้องให้ชำระหนี้เพิ่มขึ้น การปรับแก้สัญญาจนกลายเป็นการเยียวยาที่โดดเด่นซึ่งศาลในประเทศสวีเดนและนอร์เวย์ยึดหลักการที่คล้ายคลึงกัน โดยยึดถือหลักว่าหากเกิดสถานะเงินเฟ้ออย่างรุนแรงและเป็นสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้ ศาลอาจปรับแก้สัญญาได้โดยอาศัยหลักสุจริตและการปฏิบัติอย่างธรรม (good faith and fair dealing) และอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการสันนิษฐานเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา ในทางตรงกันข้ามระบบซวีลลอร์ประเทศฝรั่งเศส ศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปแทรกแซงสถานการณ์เช่นนั้นและยกเว้นการปฏิบัติชำระหนี้ภายใต้หลัก force majeure เท่านั้น มุมมองที่เคร่งครัดของศาลฝรั่งเศสเช่นนี้ นำไปสู่การแทรกแซงโดยสภานิติบัญญัติในปี ค.ศ. 1918 และค.ศ. 1949 ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ได้ทำขึ้นก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 และ 2

ในขณะที่สถานการณ์เดียวกันนี้ภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ TREITEL ได้บันทึกไว้ว่า กฎหมายอังกฤษและกฎหมายอเมริกามีได้ให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ในสถานการณ์ลดค่าเงินและในสถานการณ์เกิดสถานะเงินเฟ้อในประเทศ ช่วงทศวรรษ 1970 และ 1980 ที่อาจจะดูรุนแรงแต่ไม่ถึงกับร้ายแรงอย่างที่สุด ซึ่งในหนังสือ “Corbin Contracts”⁹³ ของอเมริกาและในหนังสือ “Mann on the Legal Aspect of Money” ของอังกฤษให้คำแนะนำว่า “การลดค่าเงินอย่างรุนแรงอาจเป็นมูลเหตุแห่งการหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้”⁹⁴ (an extreme depreciation of currency might be a ground of discharge) ซึ่งคำแนะนำดังกล่าว JONES & SCHLECHTRIEM ได้ร่วมให้ความเห็นโดยชี้ให้เห็นว่า “คดีที่เกิดขึ้นยังคงได้รับการยอมรับน้อยมากซึ่ง

⁹³ Corbin on Contracts was a leading American textbook on US contract law written by Arthur Linton Corbin. It was influential in the development of contract theory and practice in the 50 American states, and throughout the common law world.

⁹⁴ Treitel, Guenter Heinz, Frustration and force majeure, (London : Thomson/Sweet & Maxwell, 2004), p.635.

สะท้อนให้เห็นความจริงที่แตกต่างไปจากประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส นั่นเป็นเพราะประเทศคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่ในระหว่างศตวรรษดังกล่าวไม่ได้รับผลกระทบจากสภาวะเงินเฟ้อทั้งในระดับปกติและระดับรุนแรง” และยังคงยึดหลักว่าถ้าสถานการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นศาลจะต้องถือว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ในขณะนี้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากการพิจารณาไต่ตรองขณะทำสัญญา

ดังนั้น ภายใต้หลักสัญญาทั่วไป คำถามสำคัญที่เกิดขึ้นคือ สถานการณ์ลักษณะเช่นใดที่ถือกำเนิดสภาวะเงินเฟ้อระดับรุนแรงขึ้น (extreme inflation) และตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ศาลรัฐบาลกลางของเยอรมัน (German Bundesgerichtshof) จึงได้กำหนดแนวทางปฏิบัติขึ้นในคำตัดสินคดีสัญญาเช่าที่ดินเพื่อสร้างอาคารในลักษณะสืบทอดกันต่อมา (hereditary building lease agreement) ที่อาจใช้ในฐานจะจุดอ้างอิงอย่างกว้าง ซึ่งในกรณีที่ปรากฏข้อตกลงปรับเพิ่มราคาระหว่างกัน (index clause) หรือข้อตกลงจัดสรรความเสี่ยงอื่นใดเจ้าของที่ดิน (ผู้ให้เช่า) จึงต้องเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงในการเกิดสภาวะเงินเฟ้อขึ้นด้วยตนเอง ซึ่งในคดีนี้สภาวะเงินเฟ้อได้เพิ่มสูงขึ้นถึง 150% ของค่าครองชีพตามดัชนีค่าครองชีพในขณะนั้น⁹⁵ หากสภาวะเงินเฟ้อเพิ่มสูงขึ้นเกินกว่านี้เจ้าของที่ดิน (ผู้ให้เช่า) อาจมีสิทธิในการเรียกค่าเช่าเพิ่มขึ้นเพื่อให้ได้สัดส่วนกับค่าครองชีพที่เพิ่มสูงขึ้น ตัวอย่างเช่น ค่าครองชีพเพิ่มขึ้นกว่า 150% ในช่วงระยะเวลาสามสิบปีที่ผ่านมาอาจถือได้ว่าเพียงพอที่จะให้ผู้ให้เช่ามีสิทธิขอปรับแก้สัญญาได้⁹⁶ แต่การเพิ่มขึ้นเพียง 133% ในช่วงระยะเวลาสี่สิบห้าปีนั้นยังไม่ถูกพิจารณาว่าเพียงพอที่จะให้ผู้ให้เช่ามีสิทธิขอปรับแก้สัญญาได้⁹⁷

2.2.3 ผลในทางกฎหมายของ Hardship

เมื่อเกิดเหตุการณ์ Hardship ขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจากันใหม่ (renegotiation) ได้โดยมุ่งหวังให้เกิดการปรับแก้สัญญา (adaptation) หรือยุติสัญญา (termination) และเมื่อไม่สามารถบรรลุความตกลงได้ในระยะเวลาที่เหมาะสม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีการปรับแก้สัญญาตามสถานการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปหรือให้ยุติสัญญาตามระยะเวลาและข้อตกลงที่กำหนดโดยศาลหรือ

⁹⁵ Ewoud Hondius and Hans Christoph Grigoleit, *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, (Cambridge : Cambridge University, 2011.), p.183.

⁹⁶ BGH 77, 194, NJW (1980): 2241.

⁹⁷ Christoph Brunner, *supra note 7*, อ้างถึง BGHZ 86, 167 (1982), NJW (1983): 1309.p.459.

อนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ตาม Article 1.11 UPICC และ Article 1:301(2) PECL กำหนดให้ “ศาล” หมายความรวมถึงอนุญาโตตุลาการด้วย⁹⁸

Article 6.2.3 UPICC และ Article 6:111 PECL ล้วนเกี่ยวข้องกับผลในทางกฎหมายของ Hardship ทั้งยังมีหลักการเหมือนกัน กล่าวคือ

2.2.3.1. หน้าที่ในการเจรจาใหม่ (Duty to renegotiate)

(1) ลักษณะและผลในทางกฎหมายกรณีฝ่าฝืนหน้าที่การเจรจาใหม่

Article 6.2.3(1) UPICC และ Article 6:111(2) PECL บัญญัติไว้ว่า ในกรณีเกิด Hardship ขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์จะต้องร้องขอต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายเพื่อเข้าเจรจาท่องใหม่ด้วยเจตนาที่จะก่อให้เกิดการปรับเปลี่ยนข้อสัญญา (adaptation) หรือยุติสัญญานั้น (terminated) ซึ่งหน้าที่ของคู่สัญญาในการเจรจาต่อรองใหม่นั้นอาจกล่าวได้ว่ามีที่มาจากหลักสุจริต (principle of good faith) ที่เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญแฝงอยู่ในข้อยกเว้นความรับผิด hardship ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบยังคงต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัด แม้ว่าจะเกิดเหตุการณ์ hardship ขึ้นและการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัดนั้นดูเหมือนจะขัดหรือแย้งต่อหลักสุจริต คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์จึงมีความคาดหวังที่จะได้ทำการเจรจาท่องใหม่โดยสุจริตกับคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งหน้าที่ของคู่สัญญาในการเจรจาท่องใหม่นั้น อ้างอิงจากแนวคิด consideration of efficiency และ หลักความอิสระของคู่สัญญา (party autonomy)

อย่างไรก็ดี ในกฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative Law) ไม่อาจกล่าวได้ว่าข้อกำหนดของหน้าที่ในการเจรจาท่องใหม่ (the requirement of duty to renegotiate) ได้รับการยอมรับเนื่องจากบทบังคับแห่งกฎหมายทั้งหลาย ตัวอย่างเช่นกฎหมายของประเทศเยอรมัน นั้นเกี่ยวข้องกับหลักพฤติการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป (change of circumstances) มิได้กล่าวถึงหน้าที่ในการเจรจาท่องใหม่ แต่คำถามและข้อถกเถียงก็เกิดขึ้นจากนักวิชาการทางกฎหมายทั้งหลายเป็นต้นว่า ภายใต้กฎหมายเยอรมันบทบัญญัติมาตรา 313 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

⁹⁸ Article 1.11 UPICC : DEFINITIONS

In these Principles

- "court" includes an arbitral tribunal

Article 1:301(2) PECL : Meaning of Terms

In these Principles, except where the context otherwise requires:

- (2) 'court' includes arbitral tribunal

ให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิปรับเปลี่ยนข้อสัญญาโดยไม่ต้องมีการเจรจาต่อรองในขั้นต้นก่อน แต่อย่างไรก็ตามนักวิชาการทางกฎหมายบางคนมีความเห็นว่า สิทธิในการปรับแก้ข้อสัญญาหรือยุติสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์นั้นถูกสันนิษฐานไว้แล้วว่าการร้องขอเจรจาใหม่ได้เกิดขึ้นก่อนหน้าแต่ไม่ประสบความสำเร็จ ซึ่งนักวิชาการกฎหมายบางคนก็ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเจรจาต่อรองใหม่ที่เกิดจากการตกลงร่วมกันหรือเป็นผลมาจากการตีความทางกฎหมายไม่ควรที่จะถูกบังคับโดยกฎหมาย

ตามที่กล่าวไปข้างต้นย่อมแสดงให้เห็นว่ามีผลที่ดีที่จะสนับสนุนในการกำหนดหน้าที่โดยทั่วไปของคู่สัญญาในการเจรจาใหม่ (renegotiation) อย่างไรก็ตามการกำหนดผลในทางกฎหมายกรณีฝ่าฝืนหน้าที่การเจรจาใหม่นั้นควรคำนึงถึงการเต็มใจยอมรับ (reluctance) ของกฎหมายภายในที่มีอิทธิพลต่อการยอมรับหน้าที่ในการเจรจาใหม่ที่สัมพันธ์กับข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ในเริ่มแรก ยิ่งไปกว่านั้นในสถานการณ์ที่สัญญากำหนดข้อตกลงในการเจรจาใหม่ไว้แล้วก็ควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากสัญญาที่มีได้กำหนดข้อตกลงเช่นนั้นไว้ นอกจากนี้ควรพิจารณาว่าเมื่อมีการร้องขอการเจรจาใหม่เกิดขึ้นอาจมีกรณีที่ข้อมูลบางอย่างบางประการที่คู่สัญญาไม่อาจพิสูจน์ความจริงได้ เช่นข้อมูลนั้นสามารถหาได้ในขั้นตอนการสืบพยานหลักฐานระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือของศาลเท่านั้น จึงอาจเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมและไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะกำหนดการลงโทษทางกฎหมายแก่คู่สัญญาเมื่อต้องเผชิญกับการเรียกร้องให้เจรจาใหม่และปฏิเสธการเข้าเจรจา

ดังนั้น ภายใต้หลักสัญญาทั่วไปและกรณีที่ไม่ปรากฏข้อตกลงการเจรจาใหม่ (a renegotiation clause) การฝ่าฝืนหน้าที่เจรจาใหม่โดยคู่สัญญาที่ต้องเผชิญกับการเรียกร้องให้มีการเจรจาใหม่เกิดขึ้นไม่สมควรที่จะส่งผลให้เกิดความรับผิดชอบในค่าเสียหาย และหากคู่สัญญาตกลงเข้าเจรจาใหม่การเจรจานั้นจะต้องกระทำโดยสุจริต รวมถึงหากการเจรจาหรือการล้มเลิกการเจรจาเป็นในทางไม่สุจริต คู่สัญญานั้นต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาอีกฝ่ายอันเป็นไปตามมาตรา 2.15 UPICC (Negotiations in bad faith)⁹⁹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วความเสียหายนั้นจำกัดเฉพาะ

⁹⁹ Article 2.15 - Negotiations in Bad Faith

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

ค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ที่เกิดขึ้นในระหว่างการเจรจาเท่านั้นและจะไม่รวมถึงความเสียหายจากการสูญเสียกำไรหรือความคาดหวังว่าจะได้กำไร ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจจะได้รับการชดเชยจากคู่สัญญาที่ดำเนินการเจรจาต่อไปโดยสุจริต ในทำนองเดียวกันหากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีเหตุผลที่จะเชื่อว่าการเจรจาใหม่นั้นล่าช้าเกินสมควรจนทำให้เกิดความเสียหายแก่ตน คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิที่จะนำเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้ในทันที

อย่างไรก็ตาม การไม่ปรากฏบทลงโทษทางกฎหมายมิได้หมายความว่า การฝ่าฝืนหน้าที่ในการเจรจาใหม่จะไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ตามมาเพราะจุดประสงค์ของหน้าที่ในการเจรจาใหม่คือการสนับสนุนให้คู่สัญญาแก้ปัญหาด้วยตัวเองก่อน หากการเจรจาใหม่นั้นไม่ประสบผลสำเร็จคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่างก็มีสิทธิที่จะนำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการได้ ในกฎหมายบางฉบับการปฏิบัติตามขั้นตอนการเจรจาใหม่ (renegotiation phase) ให้ครบครบถ้วนสมบูรณ์เป็นเงื่อนไขสำหรับการเริ่มต้นกระบวนการทางศาลและอนุญาโตตุลาการ ในแง่ของความเชื่อมโยงระหว่างขั้นตอนการเจรจาใหม่และกระบวนการพิจารณาคดีที่ตามมาได้รับการยอมรับว่าเมื่อไม่ปรากฏข้อตกลงให้เจรจาใหม่ การฝ่าฝืนหน้าที่ในการเจรจาใหม่ควรก่อให้เกิดผลเฉพาะในบริบทการจัดสรรค่าใช้จ่ายกระบวนการของศาลและอนุญาโตตุลาการที่ตามมาเท่านั้น

การฝ่าฝืนหน้าที่ในการเจรจาใหม่ควรถูกพิจารณาโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการเมื่อมีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา กฎเกณฑ์แนวทางปฏิบัติ (procedural rules) ที่ใช้บังคับทั่วไปจะอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการหรือศาลพิจารณการจัดสรรค่าใช้จ่ายโดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดนอกเหนือไปจากความสำเร็จระหว่างกันของคู่สัญญาที่อาจจะรวมไปถึงการฝ่าฝืนหน้าที่ของคู่สัญญาในการเจรจาใหม่ที่เกิดขึ้นก่อนการเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ¹⁰⁰ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องดูที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (an arbitration clause) กำหนดให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายของตนเอง และการตีความที่สมเหตุสมผลของข้อสัญญาเช่นนี้อาจชี้ให้เห็นได้ว่าขอบเขตของข้อสัญญาดังกล่าวจำกัดต่อสถานการณ์ที่คู่สัญญายอมทำตามหน้าที่ขั้นตอนที่ประกอบไปด้วยหน้าที่การเจรจาใหม่ด้วยความสุจริตก่อนที่จะเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ the privilege principle ยังเกี่ยวข้องกับหลักฐานจากการเจรจาระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาจะไม่ถูกนำมาใช้ในกรณีที่มีการตกลงเจรจามีได้ทำขึ้นด้วยความสุจริตโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเจรจาได้ทำขึ้นโดยปฏิเสธหรือฝ่าฝืนหน้าที่ในการเจรจาใหม่

¹⁰⁰ Article 40 UNCITRAL

นอกจากนี้ กฎเกณฑ์แนวทางปฏิบัติ (procedural rules) ยังเปิดช่องให้สำหรับการจัดสรรค่าใช้จ่ายโดยคำนึงถึงข้อเสนอสำหรับข้อกำหนดหน้าที่ตามสัญญาที่อาจเลือกปฏิบัติได้ (alternative contractual terms) ที่ถูกทำขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งและข้อเสนอเช่นนี้จะทำขึ้นในระหว่างช่วงระยะเวลาการเจรจาใหม่หรือภายหลังจากนั้นก็ได้และอาจถูกพิจารณาว่าเป็นสถานการณ์พิเศษ (special circumstances) ที่อนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งพิจารณาตัดสินในเรื่องปัญหาการจัดสรรค่าใช้จ่ายได้

(2) องค์ประกอบของหน้าที่ในการเจรจาใหม่

คู่สัญญาที่ต้องเผชิญหน้ากับคำร้องขอให้เจรจาใหม่ไม่อาจปฏิเสธหรือยกเลิกการเจรจาโดยขัดต่อหลักสุจริตและการตกลงอย่างเป็นธรรม (good faith and fair dealing) และไม่อาจปฏิเสธโดยไม่สมเหตุสมผลที่จะพิจารณาข้อกล่าวอ้างของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ถึงสภาพการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงไม่อนุญาตให้ปฏิเสธการเจรจาใหม่ใดๆ โดยปราศจากการพิจารณาถึงข้อโต้แย้งที่สนับสนุนคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์และเพื่อเป็นการรักษาพยานหลักฐาน/ข้อพิสูจน์ คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องอาจต้องการใช้เอกสารประกอบการประเมินคำร้องขอ เช่น เอกสารที่ให้ความเห็นโดยทนายความหรือนักกฎหมายจากภายนอก เป็นต้น แต่ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์เพิกถอนคำร้องขอให้เจรจาใหม่ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้หน้าที่ในการพิจารณาหรือประเมินคำร้องขอให้เจรจาใหม่นั้นหากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีสภาพการณ์ที่เป็นสาระสำคัญใหม่เกิดขึ้น

ผลจากการร้องขอให้เจรจาใหม่ทำให้คู่สัญญาที่เผชิญหน้ากับคำร้องขอให้เจรจาใหม่จะต้องใช้ความพยายามอย่างที่สุดในการประเมินคำร้องขอนั้น โดยจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบทั้งหมดที่คู่สัญญายกข้อกล่าวอ้าง hardship ขึ้นและการประเมินคำร้องขอนี้ก็จะต้องกระทำด้วยความสุจริตเช่นเดียวกัน เช่น คู่สัญญาจะต้องไม่เพิกเฉยต่อรายละเอียดของข้อกล่าวอ้างที่ยอมรับแล้วว่ามีอยู่จริง เป็นต้น สำหรับคำร้องขอที่ปราศจากการสนับสนุนของหลักฐานใดๆ คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจจำกัดขอบเขตการประเมินได้จึงไม่มีความจำเป็นต้องค้นหาเหตุผลที่แฝงอยู่ในคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์¹⁰¹

(3) การใช้สิทธิในการร้องขอให้เจรจาใหม่

คำร้องขอให้เจรจาใหม่จะต้องกระทำขึ้นโดยไม่ล่าช้าเกินสมควร (undue delay) หลังจากเวลาที่คู่สัญญาได้อ้างว่าเกิด hardship ขึ้น¹⁰² ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวสอดคล้องกับ

¹⁰¹ Christoph Brunner, *supra* note 7, p.485.

¹⁰² “Art.6.2.3 (1) 2nd sentence UPICC,” Retrieved on June 4, 2017, from <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer1.html>.

ข้อกำหนดการบอกกล่าวถึงกรณี force majeure ในเรื่องการยกเว้นความรับผิดโดย force majeure และในเรื่องของ hardship ก็ควรจะนำมาปรับใช้ในลักษณะที่เหมือนกันเช่นกัน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ถูกกำหนดให้แจ้งและร้องขอให้มีการเจรจาใหม่ในเวลาที่เหมาะสม ผลก็คือ ตั้งแต่รู้หรือควรจะรู้ถึงเหตุการณ์ hardship และผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นต่อสัญญา¹⁰³ การพิจารณาถึงระยะเวลาที่เหมาะสมจะขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะที่เกิดขึ้นและอาจจะเป็นเวลาที่ยาวนานก็ได้ ถ้าการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์เกิดขึ้นทีละเล็กละน้อย¹⁰⁴

คำขอให้เจรจาใหม่จะต้องกล่าวถึงเหตุผลอย่างชัดเจน¹⁰⁵ และมีรายละเอียดมากพอที่จะให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถประเมินว่าคำร้องขอให้เจรจาใหม่นั้นเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ รวมไปถึงหน้าที่ของคู่สัญญาในการยืนยันคำร้องขอให้เจรจาใหม่อย่างสมเหตุสมผลว่ามีอยู่จริงอันเป็นการแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ของภูมิหลังหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายในการเข้าร่วมเจรจาใหม่และถ้าคำร้องขอนั้นไม่ได้รับการยืนยันจากคู่สัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายก็ไม่มีหน้าที่ต้องพิจารณาคำขอ ดังนั้นในการประเมินคำร้องขอให้เจรจาใหม่ คู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องพิจารณาเฉพาะองค์ประกอบที่ระบุมาในข้อกล่าวอ้าง hardship ที่คู่สัญญา ยกขึ้นมาเท่านั้น นอกจากนั้นคำขอให้เจรจาใหม่ที่ไม่สมบูรณ์หรือไม่ได้รับการยืนยันว่ามีอยู่จริงโดยชัดเจนจะถือว่ามิได้ยื่นคำร้องขอให้เจรจาใหม่ในเวลาที่เหมาะสม¹⁰⁶

อย่างไรก็ดี คำร้องขอเจรจาใหม่ที่ล่าช้าไม่ได้ขัดขวางคู่สัญญาในการยกข้อต่อสู้ hardship ขึ้น¹⁰⁷ การบอกกล่าวล่าช้าอาจก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะอื่น เช่น อาจส่งผลกระทบต่อถึงการพิสูจน์ว่า hardship ยังคงมีอยู่จริงหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจมีสิทธิเรียกค่าเสียหายเมื่อในที่สุดแล้วสัญญาได้ถูกแก้ไขข้อสัญญาหรือยุติสัญญานั้นโดยศาล เป็นต้น

(4) หน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้แม้มีการยื่นคำขอให้เจรจาใหม่

การยื่นคำร้องขอให้เจรจาใหม่มิได้ยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์จากหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่ง มาตรา 6.2.3(2) UNIDROIT principles

¹⁰³ Art. 79(4) CISG; Art. 7.1.7(3) UPICC

¹⁰⁴ “Comment No.2 on Art.6.2.3 UPICC,” Retrieved on June 4, 2017, from <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1057-article-6-2-3-effects-of-hardship>.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

กำหนดไว้ว่า “คำร้องขอให้เจรจาใหม่มิได้ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ระงับการปฏิบัติการชำระหนี้”¹⁰⁸ トラบเท่าที่สัญญายังไม่ได้แก้ไขปรับเปลี่ยนหรือยุติสัญญาโดยศาล คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ยังไม่หลุดพ้นจากหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ ดังนั้น ถ้ามิได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นการปฏิบัติการชำระหนี้ยังต้องดำเนินอยู่ในระหว่างการเจรจาใหม่ หากกำหนดให้ระงับการปฏิบัติการชำระหนี้เพราะการยื่นคำขอให้พิจารณาใหม่จะเป็นการเปิดโอกาสให้อ้างข้อยกเว้นความรับผิดในทางที่มีขอบได้ เช่น การไม่ปรากฏเหตุการณ์วิกฤติทางเศรษฐกิจที่จะทำให้คู่สัญญาชำระหนี้ระงับการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นระยะเวลาหลายสัปดาห์หรือหลายเดือนได้ เป็นต้น

ในทางปฏิบัติคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มิได้เต็มใจหรืออยู่ในฐานะที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ตามข้อตกลงในสัญญาได้จะต้องประเมินความน่าจะเป็นของผลในการร้องขอให้เจรจาใหม่กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือคำตัดสินของศาลในชั้นสุดท้าย เนื่องจากมาตรการที่กำหนดขึ้นโดยศาลอาจมีผลกระทบย้อนหลังซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจระงับการปฏิบัติการชำระหนี้เพราะเชื่อว่าในท้ายที่สุดตนจะหลุดพ้นจากความรับผิดโดยการปรับเปลี่ยนข้อสัญญาหรือการยุติสัญญา อย่างไรก็ตาม การกระทำในลักษณะเช่นนี้ค่อนข้างไม่แน่นอนและมีความเสี่ยงเพราะถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ก็ยังคงมีความรับผิดในค่าเสียหาย ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ย่อมมีความเป็นไปได้อย่างมากที่ศาลจะปฏิเสธการแก้ไขข้อสัญญาหรือยุติสัญญานั้น

(5) สิทธิของคู่สัญญาในการนำคดีขึ้นสู่ศาล

ในเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถเจรจาในข้อตกลงทางเลือกได้เป็นผลสำเร็จในเวลาที่เหมาะสมคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจนำเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่ศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการและร้องขอให้มีการปรับแก้ข้อสัญญาหรือยุติสัญญานั้นโดยไม่คำนึงถึงลักษณะทางกฎหมายของหน้าที่ในการเจรจาใหม่ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำเรื่องขึ้นสู่ศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการได้ในทันทีและร้องขอให้กระบวนการนั้นระงับไว้ชั่วคราวในเวลาที่เหมาะสมระหว่างการเจรจาใหม่ของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจดำเนินการในลักษณะดังกล่าวเพื่อสร้างความกดดันต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือเพื่อขัดขวางการดำเนินการตามกฎหมายที่บังคับใช้ ถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายบรรลุข้อตกลงก่อนที่การดำเนินการจะเริ่มขึ้น ผู้เรียกร้อง (the claimant) จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นวันแต่จะโต้เถียงกันไว้เป็นอย่างอื่น

ในการทำงานเดียวกัน ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์นำเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่ศาลในทันทีก่อนที่จะมีการร้องขอให้เจรจาใหม่ ศาลจะไม่ปฏิเสธข้อเรียกร้องแต่อาจจะระงับกระบวนการในระยะเวลาที่เหมาะสมเพื่อที่จะอนุญาตให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการเจรจาใหม่

¹⁰⁸ Lando, Ole & Hugh Beale (eds), *supra* note 56, p.322.

ในกรณีที่คู่สัญญาปฏิเสธการเข้าร่วมหรือดำเนินการเจรจาใหม่อย่างสิ้นเชิง คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจนำเรื่องร้องต่อศาลได้ในทันทีโดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลาที่เหมาะสม หากคู่สัญญาปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือในการเริ่มการเจรจาและไม่ให้เหตุผลที่สมเหตุสมผล ข้อเท็จจริงต้องปรากฏอย่างเพียงพอว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้พยายามที่จะเริ่มต้นการเจรจาใหม่แล้ว ยิ่งไปกว่านั้นหากไม่มีเวลาเหลือพอสำหรับการเจรจาใหม่ (เช่น เวลาในการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ) เนื่องจากพยานหลักฐานเบื้องต้นที่ว่าเหตุแห่งความล่าช้าเกิดจากการเริ่มต้นเจรจาหรือการเริ่มเจรจาอีกครั้งหลังจากหยุดดำเนินการไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ คู่สัญญานั้นก็ควรที่จะมีสิทธิเริ่มต้นกระบวนการทางศาลโดยไม่ชักช้า และในกรณีเช่นนี้คู่สัญญาอาจร้องขอให้มีมาตรการชั่วคราวก็ได้ (interim measures)

2.2.3.2 อำนาจของศาลและอนุญาโตตุลาการในการปรับแก้สัญญา

ในระบบกฎหมาย civil law ได้ยอมรับหลักทฤษฎีเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์ หรือ changed of circumstances และยังยอมรับอำนาจของศาลในการปรับแก้สัญญา ซึ่งภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 313(1) ให้สิทธิในการปรับแก้สัญญา (adaptation of the contract) อันเป็นการเยียวยาตามปกติในกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์ ซึ่งหลักทั่วไปนี้ได้รับการเพิ่มเติมขึ้นใน วรคดีที่ 3 กล่าวคือ “ถ้าการปรับแก้สัญญาไม่อาจเป็นไปได้หรือไม่เหมาะสมแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจยุติสัญญานั้นได้”¹⁰⁹ ส่วนในระบบ common law หลักทฤษฎี frustration ของกฎหมายอังกฤษ กำหนดให้ศาลไม่มีอำนาจแก้ไขสัญญาตามเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (supervening events)¹¹⁰ ซึ่งเมื่อมองในมุมมองกฎหมายจารีตประเพณีของระบบ common law จะพบว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะให้สัญญาดำเนินไปต่อไปเพื่อที่จะปรับเปลี่ยนข้อสัญญาใหม่ในสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป¹¹¹

ผู้ร่างกฎหมาย UCC ของประเทศอเมริกา ตั้งใจที่จะให้มีสถานการณ์ที่อนุญาโตให้มีการปรับแก้ข้อสัญญาได้ ดังที่อธิบายใน Comment No.6 มาตรา § 2-615 UCC ว่า

¹⁰⁹ Art.313 BGB Paragraph 3

“If adaptation of the contract is not possible or cannot reasonably be imposed on one party, the aggrieved party may terminate the contract”

¹¹⁰ Treitel, Guenter Heinz, The Law of Contract, (London : Sweet & Maxwell, 1995), p.15-036, 15-040.

¹¹¹ Ewan McKendrick, The Law of Contracts Vol.1, (London : Oxford University Press, 1997), p.709.

“in situation in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of 'excuse' or 'no excuse', adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith.”

ทั้งนี้ นักกฎหมายยังให้ข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ความเห็นดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายระบบ civil law ที่เน้นย้ำถึงหลักการสำคัญของ “หลักสุจริตในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา” และ “สะท้อนให้เห็นถึงทัศนคติของผู้ร่าง UCC ที่ต้องการทำให้ธุรกรรมทางการค้ามีความสะดวกมากขึ้นโดยการเพิ่มความยืดหยุ่นในการตีความสัญญา” ซึ่งตรงกันข้ามกับทฤษฎีที่เคร่งครัดของกฎหมายระบบ common law

จึงสรุปได้ว่า สาระสำคัญของกฎหมายสารบัญญัติ อำนาจของศาลในการปรับแก้ข้อสัญญาเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงสภาวะการณ์แวดล้อมตามที่กล่าวไว้ใน UNIDROIT Principles และ PECL อาจถูกนำไปพิจารณาในฐานะหลักสัญญาทั่วไป แม้กฎหมายในระบบ common law จะไม่ยอมรับผลดังกล่าวและบางประเทศในระบบ civil law จะอนุญาตให้เฉพาะการปรับแก้ข้อสัญญาและยุติสัญญาเท่านั้น แนวคิดเรื่องหลักสุจริต (good faith) ความเป็นธรรม (fairness) ความสมเหตุสมผล (reasonableness) และการอุดช่องว่าง (gap-filling) ก็ยังคงได้รับการยอมรับในระบบ common law ที่ศาลอาจมีคำสั่งให้ปรับแก้ข้อสัญญามากกว่าจะให้ยุติสัญญานั้น¹¹²

อย่างไรก็ตาม การปรับแก้ข้อสัญญาจะกระทำได้เมื่อกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural law) ที่บังคับใช้กำหนดให้กระทำเช่นนั้น หลักการกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) ที่อนุญาตให้มีการปรับแก้ข้อสัญญาได้เมื่อเกิดสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจะต้องเข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law) ที่บังคับใช้ด้วย

2.2.3.3 การยุติสัญญาตามวันและข้อกำหนดโดยศาล

ในการร้องขอให้เจรจาใหม่ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจจะไม่เรียกร้องให้มีการปรับแก้ข้อสัญญาใหม่เพียงเท่านั้นแต่อาจมีการเรียกร้องให้ยุติสัญญา เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายล้มเหลวในการเจรจาคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการให้ปรับแก้ข้อสัญญาหรือยุติสัญญาตามวันและข้อสัญญาที่กำหนดขึ้นโดยศาล¹¹³

¹¹² Bonell, An International Restatement of Contract Law, 122 at n.89.

¹¹³ Article 6:111(3) PECL, Art. 6.2.3(4)(a)(b) UPICC.

ในกรณีที่มีการปรับแก้ข้อสัญญา สัญญานั้นจะไม่เป็นการยุติสัญญาโดยผลของกฎหมาย (ipso iure) เมื่อมีการปฏิบัติตามข้อกำหนด hardship ในทางตรงกันข้ามยังกำหนดให้มีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา หรือ a declaration of the court ด้วย ซึ่งศาลจะไม่อนุญาตให้แสดงเจตนายุติสัญญาถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับการบรรเทาความเสียหายซึ่งการบรรเทาความเสียหายจะต้องไม่แตกต่างไปจากที่คู่สัญญาประสงค์ด้วย ตัวอย่างเช่น หากคู่สัญญาได้มีการยื่นขอให้ยุติสัญญาหรือปรับแก้ข้อสัญญา ศาลก็ไม่อาจอนุญาตให้มีการยุติสัญญาหรือปรับแก้ข้อสัญญาได้ ซึ่งหากเป็นกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าควรจะยุติสัญญา ศาลจะต้องมั่นใจว่าจะไม่เป็นการพิจารณาเกินกว่าความประสงค์ของคู่สัญญา สำหรับเงื่อนไขในการยุติสัญญาอาจเป็นไปในลักษณะเช่นว่า จำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนหรือขอบเขตการชดใช้ค่าเสียหายที่อาจจะถึงกำหนดชำระและวันที่การยุติสัญญามีผลใช้บังคับจะต้องครอบคลุมถึงการบรรเทาความเสียหายของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วย

หลังจากที่ผู้เขียนได้อธิบายถึงรายละเอียด หลักการสำคัญ ผลในทางกฎหมายและความแตกต่างของหลักการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย หรือ force majeure และการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา หรือ hardship ไว้ในเนื้อหาก่อนหน้านี้ เพื่อความเข้าใจที่ง่ายขึ้นและเป็นการสรุปสาระสำคัญของทั้งสองหลักอีกครั้งหนึ่ง ผู้เขียนขอแนะนำเสนอในรูปแบบของตารางเปรียบเทียบหลักทั้งสอง ดังนี้

ลำดับ	เงื่อนไข	Force majeure	hardship
1.	อุปสรรค (สภาวะการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป)	อุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้จะต้องประกอบไปด้วย 4 ลักษณะคือ 1. คู่สัญญา (ลูกหนี้) ไม่อาจคาดหมายได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์หรืออุปสรรค โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่อาจคาดหมายถึงอุปสรรคนั้นได้ในขณะทำสัญญา 2. อุปสรรคอยู่นอกเหนือการควบคุมของสัญญา 3. อุปสรรคหรือผลของอุปสรรคไม่อาจหลีกเลี่ยง	อุปสรรคที่เกิดขึ้นจะต้องทำให้คุณภาพของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปไม่ว่าจะเป็นเพราะค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้นหรือมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนลดลง

		หรือเอาชนะได้ซึ่งอุปสรรค อาจเกิดขึ้นหลังจากทำ สัญญาอันถือเป็นเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย หรืออุปสรรคนั้นอาจมีอยู่ ก่อนขณะทำสัญญาก็ได้ และ 4.การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้มีสาเหตุจากอุปสรรคดังกล่าว	
2.	คู่สัญญาจะต้องไม่อาจ สันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยง	ลูกหนี้จะต้องไม่สามารถ สันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของ การเกิดอุปสรรค โดยเฉพาะ จะต้องไม่สามารถสันนิษฐาน ได้อย่างสมเหตุสมผลในขณะ เวลาทำสัญญา	เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น คู่สัญญา ฝ่ายที่เสียประโยชน์จะต้อง ไม่อาจพิจารณาได้อย่าง สมเหตุสมผลในขณะเวลาทำ สัญญาหรือภายหลังจาก สัญญาเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ และความเสี่ยงที่จะเกิด เหตุการณ์ดังกล่าวคู่สัญญา ฝ่ายที่เสียประโยชน์ก็จะต้อง ไม่อาจสันนิษฐานได้ด้วย
3.	จะต้องเป็นเหตุการณ์ ภายนอกเท่านั้น (นอกเหนือการควบคุม ของลูกหนี้)	อุปสรรคหรือเหตุการณ์ จะต้องอยู่เหนือการควบคุม ของลูกหนี้	จะต้องอยู่นอกเหนือการ ควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่ เสียประโยชน์ (disadvantaged party)
4.	สาเหตุที่ก่อให้เกิดขึ้น	มีสาเหตุจากอุปสรรคที่ เกิดขึ้นขัดขวาง	การปฏิบัติตามชำระหนี้ตาม สัญญาก่อให้เกิดภาระเกิน สมควรแก่คู่สัญญาเพราะ สภาวะการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นได้ เปลี่ยนแปลงไป

5.	เหตุการณ์นั้นไม่อาจเอาชนะได้	อุปสรรคหรือผลของอุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวางคู่สัญญาจะต้องไม่สามารถเอาชนะหรือหลีกเลี่ยงได้	อุปสรรคหรือผลของอุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวาง คู่สัญญาจะต้องไม่สามารถเอาชนะหรือหลีกเลี่ยงได้อันทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงดุลยภาพและสาระสำคัญของสัญญาด้วย
6.	ช่วงเวลาการเกิดอุปสรรค	อุปสรรคอาจเกิดขึ้นหลังจากทำสัญญาอันถือเป็นเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมายหรืออุปสรรคนั้นอาจมีอยู่ก่อนขณะทำสัญญาก็ได้	อุปสรรคเกิดขึ้นหรือคู่สัญญาได้รู้ถึงเหตุการณ์นั้นภายหลังจากสัญญาได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว

ตารางที่ 2.2 ความแตกต่างของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure และ hardship

Force majeure	hardship
1. คู่สัญญาได้รับการยกเว้นสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย	1. คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาแม้จะเกิด hardship ขึ้น
2. คู่สัญญาได้รับการยกเว้นสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง	2. คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้เจรจาใหม่ (renegotiation) เพื่อมุ่งหวังให้เกิดการปรับแก้ข้อสัญญา
3. คู่สัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ	3. คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้ปรับแก้ข้อสัญญา (adaptation)
4. คู่สัญญามีสิทธิระงับการปฏิบัติตามชำระหนี้	4. คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการพิจารณาปรับแก้ข้อสัญญาให้สอดคล้องกับสภาวะการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปหรือยุติสัญญานั้น
5. คู่สัญญามีสิทธิขอปรับลดราคา	
6. คู่สัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้มีหน้าที่พิสูจน์ถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure	

ตารางที่ 2.3 เปรียบเทียบผลในทางกฎหมายของข้อยกเว้นความรับผิดชอบ force majeure และ hardship

บทที่ 3

เหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ

เนื่องด้วยในสถานการณ์ปัจจุบันวิกฤติทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาโดยอาจเกิดเพียงลำพังของตนเองหรือเกี่ยวโยงมาจากสถานการณ์อื่นๆ เช่น สถานการณ์สงครามโลก ภัยธรรมชาติ เหตุการณ์ความไม่สงบทางการเมือง วิกฤตการณ์พลังงาน เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนแต่ส่งผลกระทบต่อโลกธุรกิจและสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมากทำให้การปฏิบัติตามชำระหนี้ของคู่สัญญาหยุดชะงัก หลายประเทศทั่วโลกตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวจึงมีการพัฒนาและร่วมกันพัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีกลไกรองรับปัญหาดังกล่าวได้ ในบทนี้ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ตามสัญญาของกฎหมายประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เยอรมันและฝรั่งเศส อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) และกฎหมายแม่แบบต่างๆ อันได้แก่ UNIDROIT Principles (UPICC), หลักกฎหมายสัญญายุโรป (The Principles of European of Contract Law หรือ PECL) และ Draft Common Frame of Reference หรือ DCFR ในด้านการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ การบัญญัติใช้และการปรับใช้แก้ข้อพิพาทในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 หลัก Frustration ของประเทศอังกฤษ

หลัก Frustration (The Doctrine of Frustration) เป็นหลักกฎหมายดั้งเดิมตามระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) พัฒนามาจากหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation) ซึ่งหลักดังกล่าวถือเป็นข้อยกเว้นหลักความรับผิดชอบทางสัญญา¹ กล่าวคือ ในเริ่มแรกนั้น Common Law มีหลักดั้งเดิมที่ว่าเมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาแล้วก็ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญานั้น แม้การปฏิบัติตามชำระหนี้จะกลายเป็นพันวิสัยหรือไม่สามารถปฏิบัติได้ว่าจะด้วยเหตุที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม ข้อยกเว้นของหลักเรื่องนี้มาจาก 2 แหล่งสำคัญด้วยกันคือ จากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานในคดี *Taylor v. Caldwell*² ซึ่งศาลได้วาง

¹ พินัย ญ นคร, “หลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป : ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32, ฉบับที่ 1, น.138 (มีนาคม 2545)

² (1863) 3 B.&S. 826.

แนวบรรทัดฐานไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งย่อมไม่ต้องผูกพันตามสัญญาซึ่งมีผลให้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการผิดสัญญา หากปรากฏว่าความมีอยู่ของทรัพย์สินใดเป็นเงื่อนไขสำคัญของการชำระหนี้ตามสัญญาและทรัพย์สินนั้นได้สูญหายหรือเสียหายไปเพราะเหตุสุดวิสัยก่อนที่หนี้ตามสัญญานั้นจะถึงกำหนด

ในสมัยหลังมานี้ มีการนำหลักดังกล่าวมาขยายให้กว้างออกไปอีก ตัวอย่างจากคดี *Robinson v. Devison*³ ในคดีนี้มีนักเปียโนตกลงเล่นเปียโนในงานคอนเสิร์ตแห่งหนึ่ง แต่เกิดล้มป่วยกะทันหันจนเป็นเหตุให้ต้องยกเลิกการแสดง หากเทียบเคียงกับคดี *Taylor v. Caldwell* ก็จะพบว่า การที่นักเปียโนป่วยกะทันหัน ย่อมถือได้ว่านักดนตรีสูญเสียคุณสมบัติในการเล่นดนตรี การมีอยู่ของคุณสมบัติของนักดนตรีถือเป็นสาระสำคัญของสัญญา

3.1.1 การพัฒนาและสาระสำคัญของ หลัก Frustration

ศาลอังกฤษได้สร้างหลัก Frustration เพื่อคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา โดยศาลในคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ถ้ามีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น (supervening event) และเป็นผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป ดังนั้นในกรณีที่ทรัพย์สินตามสัญญาถูกทำลายไปโดยสิ้นเชิงภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญา สัญญาก็จะสิ้นผลโดยเหตุของ Frustration อย่างเห็นได้ชัด ตัวอย่างเช่น คดี *Taylor v. Caldwell* ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการเช่าโรงละครเพื่อจัดงานแสดงคอนเสิร์ต แต่ต่อมาโรงละครนั้นถูกไฟไหม้ ศาลจึงตัดสินให้สัญญาสิ้นสุดลงด้วยเหตุของ Frustration

อย่างไรก็ตาม การสิ้นผลของสัญญาโดยหลัก Frustration ยังรวมไปถึงกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันหรือมีความเข้าใจร่วมกันให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นรากฐานสำคัญของสัญญา และต่อมามีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้นจนถึงขนาดที่แม้ยังอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ได้ แต่การปฏิบัติการชำระหนี้ที่แตกต่างไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาในสาระสำคัญ เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้ขนส่งสินค้าโดยใช้เส้นทางใดเป็นการเฉพาะ หากปรากฏว่าเส้นทางนั้นถูกปิด แม้คู่สัญญาที่มีหน้าที่ต้องขนส่งสินค้าจะยังสามารถขนส่งสินค้าโดยใช้เส้นทางอื่นได้ แต่การกระทำเช่นนั้นจะแตกต่างไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาในสาระสำคัญ หรือในกรณีที่มีการกำหนดกฎหมายห้ามการส่งออกหรือนำเข้าสินค้า คู่สัญญาก็หลุดพ้นจากความผูกพันที่จะต้องส่งมอบ

³ (1871), L.R. 6 Exch 269.

สินค้านั้นเพราะหากส่งมอบก็จะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งถือได้ว่าเป็นสิ่งที่แตกต่างจากที่คู่สัญญาเข้าใจร่วมกันว่าเป็นรากฐานของสัญญา⁴

ในการพิจารณาว่าสัญญาสิ้นสุดโดยเหตุ Frustration หรือไม่ ศาลจะพิจารณาถึงเจตนาหรือความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ตัวอย่างเช่น คดี *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton*⁵ ซึ่งมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาเช่าเรือโดยระบุในข้อสัญญาว่า เป็นการเช่าเรือเพื่อชมพิธีตรวรกองเรือหลวงและเพื่อนำผู้โดยสารล่องเรือชมกองเรือ” อย่างไรก็ตาม พิธีตรวรกองเรือได้ถูกยกเลิกไป แต่กองเรือยังคงมีอยู่ ศาลจึงพิพากษาว่า การล้มเลิกพระราชพิธี ไม่กระทบต่อความผูกพันตามสัญญาแต่อย่างใด สัญญาไม่สิ้นสุดด้วยเหตุ Frustration เนื่องจากลูกหนี้ยังสามารถใช้เรือเพื่อนำผู้โดยสารล่องเรือชมกองเรือได้ แม้จะไม่มีพิธีตรวรกองเรือ กล่าวคือ ศาลตีความว่าคู่สัญญามีได้ประสงค์ร่วมกันให้ทั้ง การชมพิธีตรวรกองเรือ และการล่องเรือเพื่อชมกองเรือ เป็นสาระสำคัญของการเช่าเรือ⁶

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเจตนาหรือความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาอาจมิได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร หากสันนิษฐานหรือเป็นที่เข้าใจได้ว่าคู่สัญญาที่มีความประสงค์ร่วมกันให้สิ่งใดเป็นรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญาและต่อมาเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทำให้สิ่งนั้นต้องเสื่อมเสียไปมากจนถึงขนาดที่หากจะปฏิบัติการชำระหนี้กันต่อไปจะทำให้เป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญาประสงค์โดยสิ้นเชิง สัญญาก็จะสิ้นสุดลงโดยหลัก Frustration

เงื่อนไขของหลัก Frustration สามารถสรุปได้ดังนี้

1) เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดคิด คือ คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ใช่กรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาครอบคลุมถึงเหตุต่าง ๆ นั้นไว้แล้ว แต่ถ้าเป็นกรณีที่ภายหลังทำสัญญามีกฎหมายกำหนดให้การชำระหนี้ตามสัญญากลายเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย การคาดเห็นถึงการออกกฎหมายดังกล่าวไม่ถือว่าไม่เข้าเงื่อนไขของ Frustration⁷

2) เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญาไม่สามารถบรรลุสิ่งที่คู่สัญญาตกลงหรือเข้าใจตรงกันว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาได้หรือสามารถที่จะปฏิบัติตามสัญญาได้แต่ก็ผิดไปจากความประสงค์ในสาระสำคัญ โดยจะพิจารณาองค์ประกอบต่างๆ ดังนี้

⁴ พินัย ณ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.139.

⁵ [1903] 2 KB 683

⁶ *เพ็งอ้าง*, น.142

⁷ Donalf Harris and Danis Tallon, อ้างถึงใน ภารวี กษิตินนท์, “การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 139.

ก. พฤติการณ์แห่งคดีต้องปรากฏว่าคู่สัญญาประสงค์ให้สิ่งนั้นเป็นสาระสำคัญของสัญญา เช่นคดี *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* ที่ได้กล่าวไปข้างต้น

ข. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องกินระยะเวลายาวนานจนทำให้แม้จะมีการชำระหนี้ตามสัญญาในภายหลังก็จะแตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญามุ่งหมายร่วมกัน

ค. เพียงความยากลำบากหรือต้องรับภาระหนักขึ้นในการชำระหนี้ไม่เพียงพอที่จะทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา ตัวอย่างเช่น คดี *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH*⁸ เป็นคดีผู้ขายตกลงขายถั่วชูดานให้กับผู้ซื้อ โดยปกติการขนส่งจะใช้เส้นทางผ่านคลองสุเอซ แต่ภายหลังได้มีการปิดคลองสุเอซ ศาลในคดีจึงตัดสินว่า การปิดคลองสุเอซยังถือไม่ได้ว่าทำให้รากฐานของสัญญาต้องเสื่อมเสียไปในสาระสำคัญ ทั้งนี้เนื่องจากคู่สัญญามีได้ตกลงเกี่ยวกับกำหนดเวลาที่สินค้าต้องมาถึงผู้ซื้อและในสัญญามีได้กำหนดเส้นทางการเดินเรือกันไว้อย่างแน่นอนจนถึงถือไม่ได้ว่าคู่สัญญามุ่งหมายให้ผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้โดยการส่งสินค้าไปกับเรือที่เดินทางผ่านคลองสุเอซเท่านั้น เมื่อคลองสุเอซถูกปิดผู้ขายจึงยังต้องส่งสินค้าโดยผ่านทางแหลม Good hope แม้จะเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นเพียงใดก็ตาม ผู้ขายไม่หลุดพ้นจากหนี้ตามสัญญา

หลักที่ว่า “ลำพังเพียงความยากลำบากหรือความไม่สะดวกที่เกิดแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาโดยเหตุของ Frustration” ใ้กับกรณีการประสบปัญหาทางการเงินด้วย ตัวอย่างเช่น คดี *Universal Corpn v. Fiveways Properties Ltd.*⁹ ว่าการที่คู่สัญญาประสบปัญหาทางการเงินและไม่มีเงินเพียงพอที่จะชำระหนี้ตามสัญญาได้ ไม่เป็นเหตุให้สัญญาสิ้นสุดโดยเหตุของ Frustration

3) เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นโดยมิใช่ความผิดหรือความประมาทของคู่สัญญาฝ่ายใดหรือของคนที่คู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบ

4) ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย ซึ่งมีแนวคิดกว้างกว่าคำว่า เหตุสุดวิสัย Force majeure ตามกฎหมายฝรั่งเศส คือ รวมถึงกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนทำให้การชำระหนี้กลายเป็นข้อเสนอในทางการค้าที่แตกต่างไปจากที่คาดไว้ หรือ เรียกว่า พันธวิสัยในทางปฏิบัติ

3.1.2 ผลของหลัก Frustration

เมื่อเกิดเหตุที่ทำให้ไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ได้อีกต่อไป ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ดั้งเดิมจะถือว่าสัญญาจะสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ ส่วนเรื่องการชำระหนี้ตามสัญญาแยกได้ดังนี้

⁸ [1962] AC 93; [1961] 2 All E.R. 179

⁹ [1979] 1 All E.R. 552

3.1.2.1 การสิ้นสุดของสัญญาและการหลุดพ้นจากหนี้ในอนาคต

ตามหลักคอมมอนลอว์เดิม เมื่อมีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดคิดและทำให้การปฏิบัติตามสัญญาไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป หรือการปฏิบัติตามสัญญาจะเป็นการแตกต่างไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาโดยสิ้นเชิง สัญญาจะสิ้นสุดลงทันทีและคู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการปฏิบัติชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญานั้น

อย่างไรก็ตาม การหลุดพ้นจากการปฏิบัติชำระหนี้เป็นการหลุดพ้นจากหนี้ในอนาคต ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีความผูกพันต้องชำระค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติชำระหนี้ที่ได้สิ้นสุดลงโดยเหตุของ Frustration ไปแล้ว ถ้าค่าตอบแทนนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว คู่สัญญาฝ่ายนี้ก็ยังคงต้องมีความผูกพันต้องชำระค่าตอบแทนต่อไปและเงินที่ได้ชำระไปแล้ว ก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดด้วยเหตุ Frustration ก็จะเรียกคืนไม่ได้ ส่วนหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระถือว่าเป็นหนี้ในอนาคต คู่สัญญาหลุดพ้นจากหนี้

3.1.2.2 Total Failure of Consideration¹⁰

การที่ศาลอังกฤษยึดหลักที่ว่า การสิ้นสุดของสัญญาโดยเหตุของ Frustration มีผลเป็นการสิ้นสุดลงเฉพาะหนี้ที่จะต้องปฏิบัติกันในอนาคตเท่านั้น แต่ไม่เป็นผลกระทบต่อหนี้ที่ถึงกำหนดชำระไปแล้วก่อนหน้าที่จะมีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดคิดและทำให้การปฏิบัติตามสัญญาไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป นั่นทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ยังต้องผูกพันชำระค่าตอบแทนตามสัญญาต่อไปหากหนี้ของตนถึงกำหนดชำระก่อนแล้ว จึงได้นำหลัก Total Failure of Consideration มาใช้ในคดี *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*¹¹ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้ชำระเงินไปเป็นค่าตอบแทนการปฏิบัติชำระหนี้ซึ่งอีกฝ่ายได้หลุดพ้นไปโดยเหตุของ Frustration สามารถเรียกคืนได้โดยเหตุที่ว่าตนไม่ได้รับอะไรตอบแทนจากการที่คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตามหากคู่สัญญาได้เริ่มทำการอย่างใดอย่างหนึ่งไปบ้างแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายก็จะไม่สามารถเรียกเอาเงินที่ชำระไปแล้วกลับคืนจากอีกฝ่ายหนึ่งได้ เพราะมีใช้กรณี Total Failure of Consideration

3.1.2.3 Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943

พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติหลัก Frustration ขึ้นมาใหม่แต่อย่างใด เพียงแต่เสริมหลักผลของสัญญาเมื่อเกิด Frustrating event ขึ้นแล้ว โดยยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสมเมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดไปโดยเหตุของ Frustration

¹⁰ พินัย ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.145.

¹¹ [1943] AC 32, [1942] 2 All E.R. 122

อย่างไรก็ตาม หลัก Frustration มิได้ยอมรับหลัก Hardship หรือ การปฏิบัติชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญา อันจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์สามารถร้องขอให้เจรจาใหม่เพื่อปรับแก้สัญญาได้ตามหลัก Hardship แต่อย่างใด

3.2 หลัก Impracticability ของสหรัฐอเมริกา

ตามกฎหมายสัญญาของสหรัฐฯ จะมีการแบ่งแยกว่าพฤติการณ์ที่เปลี่ยนไปนี้มีผลทำให้การปฏิบัติชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยหรือไม่อาจกระทำลงได้ ตามหลัก Impracticability หรือไม่ หรือพฤติการณ์เช่นนั้นจะเป็นเหตุให้การปฏิบัติชำระหนี้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ ตามหลัก Frustration หรือไม่ ซึ่งสำหรับการพ้นวิสัยตามกฎหมายของสหรัฐฯ มิได้หมายถึงเฉพาะกรณีที่มีพฤติการณ์ชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้อย่างเด็ดขาดหรือพ้นวิสัยเด็ดขาดอย่างเดียวกันนั้น และกรณีพ้นวิสัยตามกฎหมายอเมริกันนั้นก็ยังมีได้จำกัดแต่เฉพาะกรณีที่มีพฤติการณ์ที่การชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นพ้นวิสัยเด็ดขาด¹² ตัวอย่างเช่น กรณีการเกิดไฟไหม้โรงแสดงคอนเสิร์ตหรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ได้ซื้อขายกันนั้นแตกทำลายไปก่อนที่ความเสี่ยงจะได้โอนไปยังผู้ซื้อเพียงเท่านั้น แต่ยังคงรวมถึงกรณีพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ยังสามารถชำระหนี้ได้ แต่การชำระหนี้กลายเป็นเรื่องที่ยุ่งยาก ไม่อาจกระทำลงได้ หรือเป็นภาระเกินควรแก่ลูกหนี้ที่ควรจะคาดหมายได้ด้วย ซึ่งเรียกหลักนี้ว่า “Commercial Impracticability” ตาม section 261 ของ Restatement Contracts 2d 1981 ในเรื่อง “Discharge by impracticability” ที่กำหนดไว้ว่า หลังจากที่ได้ทำสัญญากัน หากการชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้เพราะพฤติการณ์ที่โทษลูกหนี้ไม่ได้และพฤติการณ์เช่นนั้นอยู่นอกเหนือขอบเขตความหมายอันเป็นพื้นฐานที่ทำให้สัญญานั้นเกิดขึ้น ลูกหนี้นยอมหลุดพ้นจากการชำระหนี้¹³

¹² กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544), น.171.

¹³ Section 261 of Restatement Contracts 2d 1981

Where, after a contract is made, a party's performance is made impractical; without his fault by the occurrence of an event, the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharge, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

กฎหมายสหรัฐใช้คำว่า impracticability (ไม่อาจกระทำลงได้) แทนที่จะใช้คำว่า impossibility (เป็นพันวิสัย) ซึ่งหมายถึง ภาวะหรือความยากลำบากอย่างมากในการปฏิบัติการชำระหนี้ เพื่อให้มีข้อความกว้างขึ้น

ในทำนองเดียวกัน section 2-615 UCC¹⁴ กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยสัญญาซื้อขายไว้ว่า การผิดนัดหรือการไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่จัดเป็นการผิดสัญญา ถ้าปรากฏว่าการชำระหนี้ที่ตกลงกันนั้นไม่อาจกระทำลงได้เพราะมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดนอกเหนือความคาดหมายของคู่กรณีเกิดขึ้น หากคู่กรณีควรคาดหมายได้ตามเงื่อนไขหรือข้อสันนิษฐานเบื้องต้นอันเป็นรากฐานให้เกิดสัญญานั้นๆ ขึ้นว่าเหตุเช่นนั้นจะไม่เกิดขึ้น

เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วเป็นที่ประจักษ์ชัดว่า ข้อความที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้มีได้มีเนื้อหาชัดเจนแน่นอนแต่อย่างใด ดูจะเป็นแต่เพียงข้อความที่วางหลักเกณฑ์นามธรรมกว้างๆ อย่างเลื่อนลอยไว้เท่านั้น ซึ่งจะเห็นภาพได้ชัดเจนขึ้นว่าภายใต้เงื่อนไขแบบไหนอย่างไรที่ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปก็ต่อเมื่อได้ทำการศึกษาคำพิพากษาของศาลอเมริกันในคดีเหล่านี้ด้วยแล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตามสำหรับกรณีที่มีเหตุทำให้ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้สูงขึ้น ไม่อาจนับว่าเป็นเหตุที่ทำให้การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้ หรือ impracticability แต่อย่างใด แต่กรณีเช่นนี้ก็ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุทำให้ค่าใช้จ่ายสูงขึ้นนั้นอยู่ในความรับผิดชอบของใคร หรือขึ้นอยู่กับว่ากรณีนั้นๆ คู่สัญญาฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ต้องรับเอาความเสี่ยงจากเหตุการณ์เช่นนั้น เช่น การที่ราคาวัตถุดิบเปลี่ยนแปลงไป ปกติย่อมเป็นความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องจัดหาวัตถุดิบมาชำระหนี้ หรือกรณีที่แหล่งสินค้าทั่วไปถูกปิดลงเพราะเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ แต่หากยังสามารถที่จะหาสินค้าดังกล่าวจากแหล่งอื่นได้ เพียงแต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้นเท่านั้น หรือกรณีคู่สัญญาฝ่ายใดสัญญาว่าจะทำการจัดส่งสินค้าไปยังสถานที่แห่งใด ดังนี้แล้วคู่สัญญาฝ่ายนั้นย่อมต้องผูกพันตามสถานที่ที่ได้ตกลงกัน แม้จะประสบเหตุที่ต้องใช้เส้นทางอื่นที่ไกลกว่าหรือต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายที่สูงกว่าสืบเนื่องจากเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปโดยมิได้คาดหมายไว้¹⁵ เป็นต้น

แต่สำหรับกรณีที่เกิดเหตุการณ์นอกเหนือขอบเขตความเสี่ยงอันพึงมีตามสัญญาหรือนอกเหนือความคาดหมายถึงขนาด กรณีย่อมแตกต่างกันออกไป ตัวอย่างเช่น การเกิดภาวะสงคราม การเกิดการปิดล้อมปิดกั้นเส้นทาง หรือกระทั่งการเกิดเหตุทุกขภัยในฤดูกาลเก็บเกี่ยวที่นอกเหนือการควบคุมหรือคาดหมายได้ จนเป็นเหตุให้สินค้ามีราคาแพงขึ้นเป็นอย่างมากหรือเกิดปัญหาอุปสรรคในการบริหารจัดการสินค้า เป็นต้น

¹⁴ Section 2-615 UCC

¹⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.174.

กรณีที่พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปเป็นเหตุให้ผู้สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้ นั้น แม้ว่ายังอาจรับชำระหนี้และชำระค่าตอบแทนได้ แต่หนี้ที่รับชำระนั้นกลายเป็นอันไร้ประโยชน์หรือไม่สมความมุ่งหมายในสาระสำคัญ ในขณะที่ Frustration ในกฎหมายอังกฤษครอบคลุมไปถึงกรณีการชำระหนี้เป็นพันวิสัยอีกด้วย ตัวอย่างสำคัญได้แก่ กรณีที่การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้เพราะมีอุปสรรคอันสืบเนื่องมาจากมาตรการของรัฐหรือการเกิดความไม่สงบในแบบสงครามกลางเมือง หรือกรณีของภัยธรรมชาติ เช่น ไม่อาจเข้าไปใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ได้ตกลงเช่าไว้หรือไม่อาจส่งสินค้าออกไปยังประเทศหรือไปยังท้องที่ที่ตกลงกันไว้ได้¹⁶

ตัวอย่างคดี *Iowa Electric Light & Power Co. v. Atlas Corp.*¹⁷ ที่เป็นการตกลงจัดหาแร่ยูเรเนียมเพื่อใช้ในกิจการปรมาณูมีกำหนด 4 ปี ตามราคาที่กำหนดไว้พร้อมดัชนีปรับราคาตั้งแต่ ค.ศ. 1975 ส่งมอบแร่ยูเรเนียม แต่ Atlas Corp. ปฏิเสธการส่งมอบโดยอ้างว่าราคาแร่ยูเรเนียมเพิ่มสูงขึ้นเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ ทำให้ต้องขาดทุนกว่า 1.8 ล้านดอลลาร์ จึงขอให้มีการปรับราคาตามข้อสัญญาใหม่ ศาลจึงตัดสินว่า แม้จะพบว่ามิตันทุนสูงขึ้นกว่าร้อยละ 50 ก็ยังไม่อาจถือว่าเกินกว่าที่ควรคาดหมาย เพราะบุคคลในทางการค้าเช่นนี้ย่อมคาดหมายได้อยู่แล้วในขณะทำสัญญาว่าราคาอาจสูงขึ้นมาก ศาลจึงพิพากษาให้ Atlas Corp. ชำระหนี้ตามสัญญาตามฟ้อง

ในคดี *Lloyd v. Murphy*¹⁸ ซึ่งผู้เช่าที่ดินเพื่อใช้เป็นสถานที่ประกอบกิจการค้าขายรถยนต์ ตกลงทำสัญญากันก่อนที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะเข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐบาลอเมริกันได้ดำเนินมาตรการจำกัดการซื้อขายรถยนต์ใหม่อย่างเข้มงวดภายหลังที่ได้เข้าร่วมสงครามเป็นเหตุให้ผู้เช่าที่ดินเพื่อประกอบกิจการค้ารถยนต์ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาเช่า ซึ่งศาลในคดีนี้พิพากษาว่าสัญญายอมมีผลผูกพันต่อไป โดยให้เหตุผลว่า ผู้เช่าซึ่งเช่าที่ดินซึ่งมีถนนตัดผ่านย่อมมีทางใช้สอยทำประโยชน์ในที่ดินหลากหลายวิธี หรือใช้เพื่อประกอบกิจการอย่างอื่น และการที่รัฐบาลดำเนินมาตรการจำกัดดังกล่าวในยามสงครามก็เป็นสิ่งที่พอค่าที่มีประสงการณ์ยอมคาดเห็นได้อยู่แล้ว และการค้าขายรถยนต์ก็มิได้ถูกห้ามโดยสิ้นเชิง เพียงแต่ถูกจำกัดลงเท่านั้น ส่วนหลัก Frustration ย่อมปรับใช้ได้เฉพาะอุปสรรครุนแรงอย่างยิ่งเท่านั้น ซึ่งโดยปกติผู้ประกอบการย่อมต้องเตรียมการต่างๆไว้ล่วงหน้าและต้องการความแน่นอนของสัญญา แต่ในกรณีของข้อบังคับดังกล่าวไม่ถึงกับห้ามมิให้ประกอบธุรกิจตามความมุ่งหมายของสัญญาเช่า แม้อุปสรรคดังกล่าวจะทำให้กิจการมีกำไรน้อยลง

¹⁶ เพิ่งอ้าง., น.175.

¹⁷ *Iowa Electric Light & Power Co. v. Atlas Corp.*, 467 F.Supp.129 (N.D.Iowa 1978), revised on other grounds, 603 F.2d 1301 (8th Cir. 1979), but cert. denied, 445 U.S. 911 (1980)

¹⁸ *Lloyd v. Murphy* 25 Cal.2d 48, 153 P 2d 47 [1947]

แต่เหตุเหล่านี้ก็ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นอุปสรรคร้ายแรงที่จะทำให้สัญญาเช่าระงับสิ้นไป หรือเป็นเหตุให้ผู้เช่าหลุดพ้นจากหนี้ตามสัญญาเช่าได้

3.3 หลัก Geschäftshrundlage ของประเทศเยอรมัน

สำหรับหลักกฎหมายเรื่องเหตุที่ทำให้ลูกหนี้ไม่อาจปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ตามสัญญา ในประเทศเยอรมันได้มีการศึกษาแบ่งออกเป็น 2 ช่วง คือ ช่วงก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและช่วงที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายเยอรมัน

3.3.1 ช่วงก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ช่วงก่อนที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีหลักการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย ตามมาตรา 275 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้ ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ที่ต้องปฏิบัติตามชำระ ถ้าหลังจากเมื่อได้ทำสัญญาแล้วการปฏิบัติตามชำระหนี้เป็นพันธวิสัยโดยที่มีใช้ความประมาทเลินเล่อของลูกหนี้เองหรือความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างของลูกหนี้¹⁹ การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยตามกฎหมายเยอรมันแบ่งได้ 2 กรณี คือ

- 1) การพันธวิสัยต่อบุคคลทั่วไป ไม่เป็นการพันธวิสัยเฉพาะบุคคลบางคน หรือเฉพาะตัวลูกหนี้ที่ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ได้เท่านั้น²⁰ (Objective Impossibility)
- 2) การพันธวิสัยเป็นเรื่องเฉพาะตัวลูกหนี้เท่านั้นที่ไม่อาจทำการชำระหนี้ได้ แต่การปฏิบัติตามชำระหนี้นี้อาจจะยังกระทำได้โดยบุคคลอื่น

ต่อมาได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่อง ทฤษฎีพื้นฐานของการทำสัญญา หรือ Geschäftshrundlage ในกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปจากความประสงค์ของคู่สัญญาเกิดขึ้น ภายหลังจากที่ทำสัญญาและเปลี่ยนแปลงไปจากสิ่งที่คู่สัญญาคาดหวังหรือสันนิษฐานว่าจะได้รับจากสัญญาซึ่งได้มีการแสดงออกมาขณะที่ทำสัญญาต่อกัน อันมีผลให้สัญญาระงับหรือสิ้นสุดลงไปได้

ซึ่งหลัก Geschäftshrundlage แบ่งออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ 1. ทฤษฎีพื้นฐานของการทำสัญญาทางอัตวิสัย (Subjective) คือกรณีที่สภาวะการณ์แวดล้อมเป็นสิ่งที่ชัดเจนอยู่แล้วขณะทำสัญญาและเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดคู่สัญญาตกลงเข้าทำสัญญา และ 2. ทฤษฎีพื้นฐานของการทำสัญญาทางภาวะวิสัย (Objective) คือกรณีที่สภาวะการณ์ที่คู่สัญญาไม่ได้มีอยู่ภายในใจตั้งแต่เมื่อเข้าทำสัญญา แต่เป็นสิ่งที่มิได้อยู่เพื่อให้สัญญาเกิดผลขึ้นในทางภาวะวิสัย

¹⁹ มาตรา 275 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

²⁰ ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล, คำบรรยายกฎหมายแพ่งเยอรมันเปรียบเทียบ 2, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.ป.), น.22.

ดังนั้นศาลเยอรมันจึงได้นำทฤษฎีต่างๆ มาปรับใช้ในกรณีที่ภายหลังจากทำสัญญาเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้และส่งผลกระทบต่อความเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ตามสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ ซึ่งศาลมองเห็นว่าหากเกิดเหตุการณ์ขึ้นภายหลังจากทำสัญญา โดยเหตุการณ์นั้นไม่อาจคาดเห็นได้มาก่อนและส่งผลให้ความเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ตามสัญญาเปลี่ยนแปลงไป โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องรับภาระในการชำระหนี้มากขึ้นกว่าตอนที่ตกลงทำสัญญากัน ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับชำระหนี้ตอบแทนเกินกว่าที่ตกลงกัน อันจะทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันของสัญญา ซึ่งเป็นลักษณะของหลักการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญา หรือ หลัก Hardship ตัวอย่างเช่น หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 เยอรมันประสบปัญหาทางเศรษฐกิจจากภาวะสงครามอย่างรุนแรง ทำให้เกิดภาวะค่าเงินลดลงอย่างมาก มีผลให้สัญญาต่างๆที่เกิดขึ้นก่อนสงครามได้รับผลกระทบ เช่น ราคาที่เพิ่มสูงขึ้น การจัดหาวัตถุดิบยากขึ้น เป็นต้น ส่งผลกระทบต่อความเท่าเทียมกันในการชำระหนี้ของคู่สัญญา

อย่างไรก็ตาม ก่อนหน้านี้ ศาลเยอรมันยึดหลักการว่าการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจไม่อาจทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้เลย ตามมาตรา 275 เพราะมิใช่เป็นกรณีการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย แต่การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจดังกล่าวเป็นกรณีที่การชำระหนี้ยังคงอยู่ในวิสัยที่ทำการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ เพียงแต่การชำระหนี้ที่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา ด้วยเหตุนี้ ศาลเยอรมันจึงผ่อนคลายนความเคร่งครัดของ มาตรา 275 ลงโดยการตีความควบคู่ไปกับหลักสุจริต ตามมาตรา 242 มาปรับใช้โดยรวมถึงกรณีการพันธวิสัยทางเศรษฐกิจด้วย

แนวคำพิพากษากรณีการพันธวิสัยทางเศรษฐกิจ มีด้วยกัน 2 กลุ่ม ดังต่อไปนี้

กลุ่มแรก รับรองการพันธวิสัยทางเศรษฐกิจเฉพาะกรณีที่มีเหตุขัดข้องสำคัญในการชำระหนี้ที่เป็นพันธมาจาสงคราม การปฏิวัติ หรือเกิดอุปสรรคยุ่งยากในการขนส่ง ซึ่งศาลเยอรมันมองว่า การบังคับให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ในกรณีเหล่านี้ มีค่าเสมือนกับการบังคับให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้อื่นซึ่งไม่ใช่หนี้ที่ได้ตกลงกันมาแต่ต้น

กลุ่มที่สอง จะถือว่าเป็นการพันธวิสัยทางเศรษฐกิจ หากปรากฏว่าการจัดหาและการส่งมอบทรัพย์สินที่ได้ตกลงกันไว้ตามวิสัยและพฤติการณ์แห่งสัญญาถือได้ว่าเป็นสิ่งที่เกินควรแก่เหตุหรือเกินควรแก่การคาดหมายของคู่กรณี

3.3.2 ช่วงมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

มีการบัญญัติหลักกฎหมายเพิ่มเติมเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ทันสมัยและชัดเจนยิ่งขึ้น หนึ่งในนั้นคือ หลัก Geschäftshrundlage หรือหลักเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ตามมาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน²¹ โดยบัญญัติว่า

²¹ มาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

“การแทรกแซงในเรื่องพื้นฐานของสัญญา

(1) ถ้าสภาวะการณ์แวดล้อมซึ่งเป็นมูลเหตุของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ภายหลังจากที่ได้มีการตกลงทำสัญญากัน และคู่สัญญาจะไม่เข้าทำสัญญาหรือจะได้รับการใดๆ ตามที่มีการตกลงแตกต่างไปจากข้อตกลง หากคู่สัญญาได้รู้ล่วงหน้าถึงการเปลี่ยนแปลงไป เช่นว่านั้น ก็อาจเรียกร้องให้มีการปรับปรุงข้อสัญญาได้เท่าที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามเฉพาะกรณี เป็นการเฉพาะตามสัญญา หรือตามที่กฎหมายได้กำหนดถึงความเสี่ยงภัยไว้ หากคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาเดิมที่ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลง

(2) ถ้าข้อสันนิษฐานเป็นสาระสำคัญซึ่งเป็นมูลเหตุพื้นฐานของสัญญาได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ข้อตกลงนั้นก็อาจได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาวะการณ์

(3) ถ้าการปรับปรุงข้อสัญญาไม่อาจกระทำได้ หรือไม่สามรถกำหนดข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นได้ตามสมควรต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์อาจเรียกร้องให้มีการเลิกสัญญาได้ สำหรับกรณีของสัญญาเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาว สิทธิในการเลิกสัญญาจะถูกแทนที่โดยสิทธิในการเลิกสัญญาโดยการบอกกล่าวล่วงหน้า

ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว เป็นการบัญญัติหลัก Hardship ไว้ คือ หากมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดมาก่อนเกิดขึ้นภายหลังจากที่ทำสัญญากัน อันมีผลให้หน้าที่ตามสัญญาของแต่ละฝ่ายเปลี่ยนแปลงไปจนเกิดความไม่เท่าเทียมกันของสัญญาขึ้น ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ยังคงอยู่ในวิสัยที่กระทำได้เพียงแต่ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญาเท่านั้น ซึ่งหากนำมาตรา 313 มาปรับใช้ก็จะทำให้คู่สัญญามีสิทธิขอปรับสัญญาให้เหมาะสมได้ และหากไม่สามารถปรับข้อสัญญาได้ คู่สัญญาก็มีสิทธิเรียกร้องให้เลิกสัญญาได้ ซึ่งเป็นการรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

3.4 หลัก Imprévision ของประเทศฝรั่งเศส

สำหรับกฎหมายฝรั่งเศส หลัก “imprévision” (แปลว่าไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า²²) เป็นหลักที่มีแนวคิดเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลของสภาวะการณ์แวดล้อมที่ไม่สามารถคาดหมายได้กับหน้าที่ตามสัญญา (on contractual obligations) ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วหมายถึงสถานการณ์เศรษฐกิจที่ไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าและมาปรากฏชัดเจนภายหลังที่สัญญาเกิดขึ้น

²² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.147.

โดยสมบูรณ์แล้ว ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ยากลำบากมากขึ้นหรือค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นอย่างมากแต่ มิได้ถึงขนาดทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย²³

หลัก “imprévision” ตั้งอยู่บนสมมติฐานว่า ความไม่สมดุลทางเศรษฐกิจเกิดขึ้น ระหว่างคู่สัญญา ณ เวลาปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาและจะไม่ปรับใช้กับสัญญาที่มีการเก็งกำไร (speculative contract) เช่น ธุรกิจกรรมในตลาดหลักทรัพย์ต่างๆ ซึ่งโดยลักษณะของสัญญานั้นมีการ เก็งกำไรทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เมื่อพิจารณาในทางทฤษฎีแล้ว แนวคิดหลัก imprévision ถูก พัฒนาขึ้นเพื่อแก้ปัญหาค่าความขัดแย้งระหว่างความเป็นธรรมในการแลกเปลี่ยน (commutative justice) กับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)

ในกฎหมายโรมัน แนวคิดเรื่อง force majeure (เหตุสุดวิสัย) ได้รับการยอมรับเป็น อย่างมาก ในขณะที่ยุคกลาง (medieval period) ให้ความสำคัญกับความเป็นธรรมในการแลกเปลี่ยน (การปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนระหว่างกัน) ซึ่ง Saint Thomas of Aquinas กล่าวว่า “บุคคลใดได้ ให้สัญญาไว้และไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้เพราะเงื่อนไขนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง เช่นนี้จึงไม่อาจตำหนิเขาได้ว่าไม่มีความซื่อสัตย์ คำสอนดังกล่าวสะท้อนให้เห็นแนวความคิดของหลัก Clausula rebus sic stantibus ที่การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นโดย สมบูรณ์แล้วจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและสภาวะการณ์แวดล้อมเดิมตามที่ตกลงกันไว้ อย่างไรก็ตาม สำนักรรณการจารย์ (Post-glossator or Commentator) รับเอาหลัก imprévision มาปรับใช้ ในขณะที่นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส Cujas และ Pothier กลับไม่กล่าวถึงหลักดังกล่าว²⁴ และใน ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (The French Civil Code) ก็มีได้ยอมรับหลัก imprévision เนื่องด้วย การยอมรับอิทธิพลของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายโรมัน (the historical school of Roman law) สำนักกฎหมายธรรมชาติ (the natural law school) และลัทธิเศรษฐกิจเสรีนิยม (the liberal economy)²⁵ ซึ่งมาตรา 1134 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส²⁶บัญญัติขึ้นภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์

²³ Ewoud Hondius and Hans Christoph Grigoleit, Unexpected Circumstances in European Contract Law, (Cambridge : Cambridge University Press, 2011), p.144.

²⁴ *Ibid.*, p.145.

²⁵ Liberalism, as the predominant philosophical stream in the eighteenth century, gave rise to some ideas which were incompatible with a restrictive application of the rebus sic stantibus doctrine as provided by the canonists. Pacta sunt servanda, on the contrary, was perfectly coherent with the concept of laissez faire. Therefore the code enacted during this period did not adopt rebus sic stantibus.

²⁶ มาตรา 1134 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ของสัญญา (sanctity of contract) และหลักการเดียวกันนี้ก็ยังคงปรากฏในมาตรา 1793 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสด้วย การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้เป็นการยืนยันให้เห็นว่ากฎหมายฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) และมาตรา 1134 ยังทำให้อนุมานได้ว่าบทบัญญัติมีการแบ่งระหว่างอำนาจของศาลและการห้ามมิให้ผู้พิพากษาเข้าแทรกแซงสัญญา

อย่างไรก็ดี ประการแรก เราจะสังเกตเห็นการเพิ่มจำนวนบทบัญญัติกฎหมายหรือการพิจารณาคดีที่ยกเว้นหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวถูกตราขึ้นในลักษณะของกฎหมายชั่วคราว (temporary legislation) ที่มีความเกี่ยวข้องกับ hardship โดยเฉพาะการตรากฎหมายดังกล่าวมีขึ้นเพื่อต้องการรับมือกับเหตุการณ์สงครามโลกและวิกฤตทางเศรษฐกิจ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 นักกฎหมายพยายามมองหาเหตุผลในวาระกรรมทางกฎหมายต่างๆ เพื่อให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้เพราะการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรอย่างมากไม่ต้องรับผิดตามสัญญา ซึ่งแนวความคิด *rebus sic stantibus* ก็ได้รับความสนใจและได้รับการยอมรับใน *The Loi Faillot* ที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1918 โดยกฎหมายฉบับนี้อุญาตให้คู่สัญญาเลื่อนการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาออกไปได้สำหรับสัญญาที่จัดทำขึ้นก่อนปี.ศ. 1914 ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่ามีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ และส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับหลัก *imprévision* ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติที่ประกาศใช้เมื่อ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 1930 (มาตรา 37 และมาตรา 20) ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประกันภัย พระราชบัญญัติที่ประกาศใช้เมื่อ 11 มีนาคม ค.ศ. 1957 เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ มาตรา 37 และพระราชบัญญัติที่ประกาศใช้เมื่อ 25 มกราคม ค.ศ. 1985 เกี่ยวกับสัญญาเช่าซื้อ มาตรา 98(2) เป็นต้น ซึ่งตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาและการตีความหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาที่อาจมีการยกเว้นได้เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในสังคมนั้น²⁷

3.4.1 หลัก *imprévision* กับกฎหมายปกครอง

ในด้านของกฎหมายปกครอง หลัก *imprévision* ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ตั้งแต่ครั้งที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (*Conseil d'État*) มีคำพิพากษาในคดี *Gaz de*

“สัญญาที่ได้ทำขึ้นโดยชอบ ย่อมมีผลบังคับแก่คู่กรณีที่ตกลงกันเช่นกฎหมาย สัญญาย่อมเลิกกันโดยความยินยอมของคู่กรณี หรือโดยผลของกฎหมาย การปฏิบัติตามสัญญาต้องเป็นไปตามหลักสุจริต”

²⁷ Ewoud Hondius and Hans Christoph Grigoleit , *supra note 14*, p.146.

*Bordeaux*²⁸ เมื่อวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1916 ที่สัญญาสัมปทานให้บริการสาธารณูปโภคส่งแก๊สและไฟฟ้าระหว่างเมือง Bordeaux และผู้ประกอบการเอกชนรายหนึ่ง สัญญาฉบับนี้มีระยะเวลา 30 ปี โดยตกลงราคาแก๊สในอัตราลูกบาศก์เมตรละ 8 ซองติมส์ ต่อมาเมื่อเกิดสงครามโลกขึ้น ราคาถ่านหินที่เป็นวัตถุดิบเพิ่มสูงขึ้นจากเฉลี่ยตันละ 28 ฟรังก์เป็น 117 ฟรังก์ ผู้ประกอบการจึงร้องขอให้มีการปรับราคาแก๊สให้เหมาะสมกับสภาวะการณที่เปลี่ยนแปลงไป คดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง โดยศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษายกคำร้องขอปรับราคาของผู้ประกอบ แต่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้มีการเจรจาราคากันใหม่ (renegotiate) ภายใต้สถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ กล่าวคือในสถานการณ์ที่ไม่อาจหมายราคาถ่านหินที่เพิ่มขึ้นได้ทำให้ความสมดุลในการชำระหนี้ของคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน (concession contract) เสียลงและยังส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมอันเป็นรากฐานทางเศรษฐกิจของสัญญาดังกล่าวนี้อย่างรุนแรง นอกจากนี้ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ หรือไม่ปรากฏข้อตกลงชดใช้ค่าเสียหายในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังสามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่คู่สัญญาได้โดยคำนึงถึงความต่อเนื่องของบริการสาธารณะประโยชน์ที่ไม่ควรขาดตอน หลักดังกล่าวยังนำมาใช้กับการขนส่งสาธารณะ การบริการสาธารณูปโภค และสัญญาจ้างทำงานก่อสร้างสาธารณะ (public works) ด้วย อย่างไรก็ตาม ความไม่สมดุลของสัญญาจะต้องเกิดจากเหตุการณ์ภายนอกและเป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดเห็นได้ และเหตุการณ์นั้นต้องส่งผลกระทบต่อในลักษณะการเพิ่มภาระอย่างมากต่อคู่สัญญา หากความไม่สมดุลของสัญญาเกิดขึ้นเป็นการถาวรแล้วนั้น สัญญาดังกล่าวก็สามารถยุติลงได้²⁹ ในทางกลับกัน ศาลแพ่งฝรั่งเศสกลับปฏิเสธการยอมรับหลักการพื้นฐานของหลัก *imprévision* เรื่อยมา แต่ก็ยังพอสังเกตเห็นได้ถึงแนวโน้มที่ผู้พิพากษาคดีแพ่งพยายามแทรกแซงแม้ว่าขอบเขตการแทรกแซงจะมีอยู่อย่างจำกัด และนี่คือมุมมองที่ตรงกันข้ามกันระหว่างศาลปกครองและศาลแพ่งที่แสดงให้เห็นถึงความยากที่จะนำหลัก *imprévision* ไปบัญญัติหรือปรับใช้ในกฎหมายฝรั่งเศส

หลังจากที่ความพยายามในการยอมรับหลัก *imprévision* ในช่วงการเริ่มต้นศตวรรษที่ 19 ไกล่จะประสบผลสำเร็จ ศาลแพ่งสูงสุดของฝรั่งเศสกลับปฏิเสธหลัก *imprévision* ในปี ค.ศ.1856³⁰ และบัญญัติหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาขึ้นในคำพิพากษาคดี *Gallifet v. Commune de Pélassanne* วันที่ 6 มีนาคม ค.ศ.1867³¹ หรือเป็นที่รู้จักในชื่อคดี Canal de Craponne กล่าวคือ

²⁸ DP 1916.3.25. see also Ewoud Hondius and Hans Christoph Grigoleit, *supra* note 23, p.153.

²⁹ CE. 9 December 1932, Tramways de Cherbourg.

³⁰ Cass. Civ., 9 January 1856 (7 cases) DP 1856, 1, p.33, report Nicias-Gaillard.

³¹ DP 1876. 1. 193

สัญญาทำขึ้นในปีค.ศ. 1560 และปี ค.ศ.1567 โดยตกลงขนส่งน้ำสำหรับคลองชลประทานในเมือง อาร์ล (Arles) ตกลงราคาที่แน่นอน ต่อมาในต้นศตวรรษที่ 19 คู่สัญญาเผชิญหน้ากับสภาวะเงินเฟ้อ ค่าเงินลดต่ำลงด้วยเหตุปัญหาทางเศรษฐกิจและค่าแรงเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ จึงเรียกร้องให้มีการปรับเพิ่มราคาสัญญา ศาลอุทธรณ์เมือง Aix พิพากษาให้คู่สัญญาสามารถปรับเพิ่มราคาได้เพื่อให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปและเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาดังกล่าวกลับถูกยกโดยศาลสูงในคดีแพ่ง (the Cour de Cassation) และให้เหตุผลว่าศาลอุทธรณ์จะยกพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปขึ้นเป็นเหตุให้มีการปรับเปลี่ยนราคาตามสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญานั้นมิได้ เนื่องจากมาตรา 1134 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมิได้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการปรับแก้ข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น

3.4.2 หลัก *imprévision* กับหลักอื่นๆ

หลัก *imprévision* สามารถแยกออกจากแนวคิดอื่นๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับสภาวะการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ตัวอย่างเช่น

3.4.2.1 *force majeure* (เหตุสุดวิสัย)

โดยทั่วไปแล้ว ศาลไม่อาจยอมรับได้ว่าเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้มีภาระเพิ่มมากขึ้นเทียบเท่าได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย ดังนั้น แม้มีเหตุการณ์ใหม่ที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ในสาระสำคัญยากลำบากมากขึ้นก็ไม่อาจถือได้ว่าการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย อย่างไรก็ตามคำพิพากษาหลายๆ คดีก็ตีความหลัก *force majeure* ในความหมายอย่างกว้างพอที่จะครอบคลุมถึงกรณีสภาวะการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างเช่นในคดี *Dispot Merlin v. Robillard*³² ซึ่งเป็นที่รู้จักในกฎหมายเปรียบเทียบจากการนำหลัก *force majeure* ไปปรับใช้กรณี Frustration of purpose กล่าวคือ สัญญาทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาเพื่อการควบคุมการให้บริการทางด่วนพิเศษระหว่างเมืองรูอ็อง (Rouen) และกรุงปารีส ต่อมาอีกสองปีระบบขนส่งทางรางรถไฟได้ถูกสร้างขึ้นเชื่อมเมืองระหว่างสองเมืองด้วยกัน คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ถึงเหตุการณ์การเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ศาลจึงพิพากษาให้สัญญาลิ้นสุดลงโดยการนำหลัก *force majeure* มาปรับใช้ ทั้งๆที่เรื่องดังกล่าวสัญญาควรสิ้นสุดลงด้วยเหตุ frustration เป็นต้น

เหตุสุดวิสัย (*force majeure*) ที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยหรือปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ได้ ต้องมีลักษณะ 3 ประการคือ³³

³² Comm. Rouen, 28 August 1843, upheld on appeal Rouen, 9 February 1844, D., 1845, p.4.

³³ จิต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะหนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 20, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.29-31.

1. เป็นพฤติการณ์ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันได้ (irrésistibilité) กล่าวคือ คู่สัญญายอมรับว่ามีสภาพการณ์บางอย่างที่อยู่เหนือความสามารถที่จะป้องกันได้ หรือความเป็นไปไม่ได้ที่จะป้องกันไม่ให้เกิดพฤติการณ์นั้นขึ้น ซึ่งต้องเป็นไปไม่ได้ในลักษณะเด็ดขาดและมีลักษณะแตกต่างจากความยากลำบากที่จะชำระหนี้ เช่น ในกรณีที่ลูกหนี้ประสบอุปสรรคที่จะต้องมีการหนักขึ้น หรือ ต้องใช้เงินค่าใช้จ่ายมากขึ้นเพื่อปฏิบัติการชำระหนี้ หรือยากลำบากในการชำระหนี้ เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยในการชำระหนี้ ลูกหนี้ยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไป

2. เป็นพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นโดยคาดเห็นไม่ได้ (imprévisibilité : unforcéseable) เพราะถ้าเป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าแล้ว ลูกหนี้สามารถใช้ความระมัดระวังเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงพฤติการณ์นั้นได้ หรือลูกหนี้อาจเลี่ยงโดยไม่ตกลงทำสัญญาแต่แรกในข้อที่จะต้องรับภัยที่คาดเห็นล่วงหน้าอยู่แล้ว

3. เป็นพฤติการณ์ที่อยู่ในเงื่อนไขว่าจะต้องมีลักษณะเกิดขึ้นนอกขอบเขตที่ลูกหนี้จะตอบโต้ได้ (extériorité) หรือไม่อาจเอาชนะได้ (insurmountable) เพราะถ้าเป็นความบกพร่องที่เกิดขึ้นจากวัตถุหรือบุคคลที่อยู่ในกิจการของลูกหนี้แล้ว แม้จะเป็นกรณีที่ป้องกันและคาดเห็นไม่ได้ก็ตามลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบอยู่

ซึ่งเมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยขึ้นทำให้ไม่สามารถชำระหนี้ได้แล้ว ลูกหนี้ก็จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้โดยเด็ดขาด เว้นแต่ กรณีที่เหตุสุดวิสัยดังกล่าวเกิดขึ้นเพียงชั่วคราวและยังสามารถชำระหนี้ได้โดยล่าช้าไปพอสมควร (reasonable delay) เช่น การนัดหยุดงานในช่วงระยะเวลาสั้นๆ หรือเป็นกรณีที่การชำระหนี้เป็นพันวิสัยไปเพียงบางส่วน³⁴

3.4.2.2 หลักสุจริตและเป็นธรรม

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว คู่สัญญาย่อมผูกพันตามเนื้อหาขอสัญญาและจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้นตามบรรทัดฐานของกฎหมาย การถือปฏิบัติและความเป็นธรรม ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างหลักสุจริต ตามมาตรา 1134(3) ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและหลักความเป็นธรรมยังมิได้รับการกำหนดความหมายไว้อย่างชัดเจน อาจทำให้เข้าใจได้ว่าหลักสุจริตสามารถก่อให้เกิดสิทธิในการเจรจาสัญญาใหม่ได้ แต่ผลของการปรับใช้หลักสุจริตก็ยังมีได้ชัดเจนในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งคำพิพากษาในปัจจุบัน ศาลแพ่งสูงสุดของฝรั่งเศสปฏิเสธการแทรกแซงเกี่ยวกับเนื้อหา หน้าที่ ข้อผูกพันตามสัญญา ภายหลังสัญญาได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ ยกเว้นเกิดกรณีการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่เป็นธรรม

³⁴ P.V.D Marsh, Comparative Contract Law: England, France, Germany, (England : Gower, 1994), p.41.

3.5 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG)

หลักเกณฑ์ของเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) ปรากฏอยู่ในมาตรา 79 ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.5.1 การพัฒนาแก้ไขปรับปรุงมาตรา 79 จากมาตรา 74 ULIS

การแก้ไขปรับปรุงมาตรา 79 มาจากคณะทำงาน UNCITRAL มีความเห็นว่า มาตรา 74(1) “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการนั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นพิสูจน์ได้ว่ากรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากพฤติการณ์ซึ่งเจตนาของคู่สัญญา ในขณะที่ทำสัญญามีได้กำหนดไว้ หรือมิได้หาทางหลีกเลี่ยงไว้ หรือมิได้หาทางแก้ไขเอาไว้ การที่มีได้ กำหนดไว้ตามเจตนาของคู่สัญญานั้นจะได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับพฤติการณ์ที่คู่สัญญาเจตนาตกลงกันไว้” เป็นการปลดเปลื้องความรับผิดชอบของฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาบางส่วนไป คือ เพียงแต่พิสูจน์ว่ามีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งตามเจตนาแล้ว เขาไม่ต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติหรือเลี่ยงเหตุการณ์นั้น ดังนั้นที่ประชุมของคณะทำงานจึงมีมติเห็นชอบให้มีการแก้ไขให้จำกัดเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ 2 แนวทางด้วยกัน³⁵ คือ

แนวทางแรก กำหนดยกเว้นความรับผิดชอบในการชดเชยค่าเสียหายได้เฉพาะเกิดเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นโดยไม่ใช้ความผิดของคู่สัญญา ซึ่งทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย หรือทำให้การชำระหนี้เปลี่ยนแปลงไปจากสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาอย่างมาก และกรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้หรือเอาชนะได้ และได้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบให้มีหน้าที่บอกกล่าวแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วย

แนวทางที่สอง กำหนดเหตุยกเว้นความผิดไว้เพียงกว้างๆ อุปสรรค (impediment) ใดๆที่ไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญาหรือไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือไม่อาจเอาชนะได้ และก็ได้กำหนดหน้าที่บอกกล่าวไว้ด้วย รวมถึงไม่เสียสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาหรือเรียกให้ลดราคาจากชื่อยกเว้นความรับผิดชอบนี้ เว้นแต่อุปสรรคที่มาขัดขวางนั้นเกิดจากการกระทำของฝ่ายเจ้าหนี้เอง

โดยคณะทำงานได้นำแนวความคิดทั้งสองฝ่ายมาพิจารณารวมกัน เป็นมาตรา 50 และ มาตรา 51 เรื่องชื่อยกเว้นความรับผิดชอบ (Exemption) ของ The 1997 Vienna Draft ซึ่งใน

³⁵ John O. Honnold, *Documentary history of the uniform law for international sales*, (Deventer, Netherlands : Kluwer Law and Taxations, c1989), p.185-186.

ประเด็นที่ว่าลูกหนี้จะต้องไม่มีความผิด ถูกแทนที่ด้วยหลักต้องเป็นเหตุการณ์ที่อยู่เหนือการควบคุมของคู่สัญญา และมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในหลายประเด็น เช่น เหตุที่ไม่อาจคาดเห็นได้ การยกเว้นความรับผิดชอบค่าเสียหาย หน้าที่ในการบอกกล่าว ซึ่งทั้งหมดได้รับการยอมรับและกลายมาเป็นมาตรา 79 CISG

3.5.2 ข้อยกเว้นเมื่อมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ตามมาตรา 79 CISG

มาตรา 79(1)³⁶ CISG กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ต้องรับผิดชอบที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ของตน ถ้าพิสูจน์ได้ว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้นั้น เป็นผลมาจากอุปสรรคที่อยู่เหนือการควบคุมของตน และไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าถึงเหตุการณ์เช่นนั้นได้ หรือหลีกเลี่ยง หรือเอาชนะอุปสรรคหรือผลของมันได้

มาตรา 79(1) มิได้กำหนดว่าจะต้องเป็นความล้มเหลวในการชำระหนี้แบบใด เช่น การชำระหนี้ล่าช้า, การชำระหนี้บกพร่อง หรือการไม่ชำระหนี้เลย นอกจากนี้คำว่า อุปสรรค (impediment) จะต้องเป็นอุปสรรคที่เป็นภาวะวิสัย คือ เป็นเหตุการณ์ทางการเมือง หรือ อุปสรรคทางกฎหมาย เช่น การห้ามนำสินค้าเข้าหรือออก การห้ามโอนเงินตราต่างประเทศ ดังนั้น หากอุปสรรค หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบ และความเสียหายของคู่สัญญา จะไม่ถือเป็นอุปสรรค impediment ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 79(1) ตัวอย่างเช่น ความล้มเหลวทางธุรกิจ ความไม่สามารถของบุคลากร การล้มละลาย การเพิ่มขึ้นของราคาวัตถุดิบ เหล่านี้จะไม่ทำให้คู่สัญญาที่ประสบอุปสรรคหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้เลย

ทั้งนี้อุปสรรคที่มาขัดขวางการปฏิบัติการชำระหนี้ อาจเกิดหรือมีขึ้นอยู่ในขณะที่ทำสัญญาก็ได้ หรือจะเกิดภายหลังจากที่ตกลงทำสัญญาเสร็จสิ้นแล้วก็ได้ เพราะมาตรา 79 นี้มิได้กำหนดช่วงเวลาในการเกิดอุปสรรคไว้โดยเฉพาะ

นอกจากนี้คู่สัญญายังมีหน้าที่พิสูจน์ด้วยว่า เหตุการณ์หรืออุปสรรคที่เกิดขึ้นนั้น ไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าถึงเหตุการณ์เช่นนั้นได้ หรือหลีกเลี่ยง เอาชนะเหตุการณ์หรืออุปสรรคของมันได้ กล่าวคือ คู่สัญญา(ลูกหนี้) ยังคงต้องรับผิดชอบจากการไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจาก

³⁶ Article 79(1) CISG

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.

อุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของตนตราบเท่าที่อุปสรรคนั้นสามารถคาดเห็นได้ในตอนทำสัญญา เนื่องจากหากคู่สัญญาสามารถคาดเห็นถึงอุปสรรคที่อาจจะเกิดขึ้นได้ขณะทำสัญญา ถือเป็น การยอมรับเอาความเสี่ยงนั้น จะใช้มาตรา 79 เพื่อยกเว้นตนจากหน้าที่ตามสัญญาไม่ได้

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น ข้อยกเว้นเมื่อมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ตามมาตรา 79 CISG จะเห็นได้ว่า มาตรา 79(1) ใช้คำว่า ‘impediment’ หรือ อุปสรรค ซึ่งเป็นคำทั่วไปมีความหมายกว้างและในอนุสัญญา CISG ก็มีได้ให้คำจำกัดความของคำว่า impediment ว่ารวมถึงเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติการชำระหนี้เกินสมควรว่าที่จะคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา (hardship) หรือไม่

3.6 หลัก Force Majeure และหลัก Hardship ใน The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)

3.6.1 หลัก Force Majeure ตามมาตรา 7.1.7

มาตรา 7.1.7 (1)³⁷ ได้กำหนดลักษณะของพฤติการณ์ที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ เพราะการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย หรือ force majeure ไว้ว่า “คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ต้องรับผิดชอบที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ของตน ถ้าพิสูจน์ได้ว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้นั้นเป็นผลเนื่องมาจากอุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของตนและไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าถึงเหตุการณ์เช่นนั้นได้ หรือคิดหลีกเลี่ยง หรือเอาชนะผลของมันได้”

อุปสรรค หรือ impediment ตามมาตรา 7.1.7(1) ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาต้องเป็นอุปสรรคที่เป็นเหตุการณ์ภายนอก เช่น เหตุทางธรรมชาติ เหตุการณ์ทางการเมือง สังคม เช่น สงคราม การปฏิวัติ หรืออุปสรรคทางกฎหมาย เช่นการออกกฎหมายควบคุมเงินตรา กฎหมายห้ามการนำเข้าส่งออก เป็นต้น

ประกอบกับอุปสรรคนั้นจะต้องไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา โดยจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตนไม่อาจควบคุมอุปสรรคนั้นได้และไม่อาจคาดหมายถึงอุปสรรคนั้นได้ขณะทำสัญญา กล่าวคือ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบจากการไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากอุปสรรคที่อยู่เหนือ

³⁷ Article 7.1.7 UPICC

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

ความควบคุมของตนตราบเท่าที่อุปสรรคนั้นตนสามารถคาดเห็นได้ขณะทำสัญญา เพราะหากคู่สัญญาสามารถคาดหมายเหตุการณ์อุปสรรคเช่นนั้นได้ ถือว่าเป็นการยอมรับเอาความเสี่ยงภัยของตนแล้ว จะยกมาตรา 7.1.7 ให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดไม่ได้

อย่างไรก็ตาม การที่จะเป็นกรณีไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือเอาชนะอุปสรรคหรือผลของมันได้นั้น ผู้ทำสัญญาจะต้องไม่อาจคาดเห็นถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับตนเพราะหากคาดเห็นได้แล้วคู่สัญญาก็จะหลีกเลี่ยงโดยการทำประกันไว้ภายในสัญญา หรือกำหนดข้อตกลงต่างๆ ลงไปในสัญญา เช่น ข้อตกลงให้ปรับเปลี่ยนราคาได้ (escalator clause) เป็นต้น

ดังนั้นหากเหตุการณ์อุปสรรคที่เกิดขึ้นมีลักษณะตามมาตรา 7.1.7(1) คู่สัญญาฝ่ายนั้นสามารถอ้างได้ว่าตนหลุดพ้นความรับผิดจากหน้าที่ในสัญญาและก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ต้องทำหนังสือบอกกล่าวแจ้งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายให้ทราบถึงอุปสรรคที่เป็นเหตุให้ตนไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ โดยต้องบอกกล่าวภายในระยะเวลาอันสมควรและคู่สัญญาฝ่ายนั้นยังมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากความล้มเหลวในการบอกกล่าวด้วย³⁸

สำหรับผลของ Force Majeure ตามมาตรา 7.1.7 ต่อคู่สัญญาที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ก็จะได้รับยกเว้นความรับผิดในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความล้มเหลวในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา (ค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา)³⁹ สำหรับคู่สัญญาที่ไม่ได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ นั้นไม่ได้จำกัดสิทธิที่จะขอเลิกสัญญาได้ถ้าการไม่ชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ หรือ มีสิทธิระงับการชำระหนี้ หรือมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในหนี้เงินที่ถึงกำหนดชำระ⁴⁰

³⁸ Article 7.1.7 UPICC

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

³⁹ Article 7.1.7 UPICC

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

⁴⁰ Article 7.1.7 UPICC

3.6.2 หลัก Hardship

ตามมาตรา 6.2.1 กำหนดให้ หากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญา คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติหลักในเรื่องของความยากลำบากในการชำระหนี้ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่อง Hardship ตามมาตรา 6.2.2 และมาตรา 6.2.3⁴¹

ซึ่งมาตรา 6.2.2⁴² ได้ให้ความหมายของคำว่า Hardship หมายถึง การเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความเท่าเทียมกันของสัญญาอย่างเป็นนัยสำคัญ (เปลี่ยนแปลงดุลยภาพที่เป็นรากฐานของสัญญา) เนื่องจากค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระหนี้ของคู่สัญญามีมูลค่าสูงขึ้นหรือเนื่องจากมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับชำระหนี้มีมูลค่าลดลง และเหตุการณ์นั้นจะต้องเป็นไปตามที่มาตรา 6.2.2 กำหนด กล่าวคือ

(a) เหตุการณ์นั้นต้องเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญา หรือคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบได้ทราบภายหลังจากได้ทำสัญญา

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

⁴¹ Article 6.2.1 UPICC

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

⁴² Article 6.2.2 UPICC

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

(b) คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบไม่อาจคาดหมายถึงเหตุการณ์นั้นได้ในขณะทำสัญญา

(c) เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ

(d) ความเสี่ยงภัยของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องไม่ใช่สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์สามารถสันนิษฐานได้

3.6.3 ผลของ Hardship

ตามมาตรา 6.2.3

1) ในกรณีเกิด hardship ขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่ คำร้องขอนั้นจะต้องมีโดยไม่ชักช้าและจะต้องระบุถึงเหตุที่ต้องมีคำขอดังกล่าวด้วย

2) คำขอให้มีการเจรจาใหม่มีได้ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ในการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้

3) เมื่อตกลงกันไม่ได้ในระยะเวลาอันสมควร คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลได้ หากศาลเห็นว่าเป็นกรณีเกิด hardship ขึ้น ศาลอาจดำเนินการดังต่อไปนี้ตามที่เห็นสมควร

(a) ให้สัญญาเป็นอันเลิกกันในเวลาและตามเงื่อนไขที่กำหนด

(b) ปรับเปลี่ยนข้อสัญญาเพื่อให้ดุลยภาพของสัญญากลับคืนมา

3.6.3.1 คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่

เนื่องจาก hardship ประกอบด้วยการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นดุลยภาพของสัญญา ตาม มาตรา 6.2.3(1) จึงให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์เป็นอันดับแรกในการร้องขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าเจรจาใหม่ในข้อสัญญาเดิมที่เคยตกลงกันได้ด้วยความมุ่งหวังที่จะปรับแก้ข้อสัญญาภายใต้สภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

ตัวอย่างที่ 1 บริษัทรับเหมาก่อสร้าง A ตั้งอยู่ในประเทศ X ตกลงเข้าทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างโรงงาน กับ B หน่วยงานของรัฐในประเทศ Y โดยเครื่องจักรที่ทันสมัยและจำเป็นต้องใช้ในการก่อสร้างครั้งนี้ส่วนใหญ่จะต้องนำเข้าจากต่างประเทศ ต่อมาเกิดเหตุการณ์ลดค่าเงิน (devaluation of the currency) โดยไม่คาดคิดของประเทศ Y ขึ้นซึ่งเป็นสกุลเงินที่ใช้ชำระหนี้ ทำให้ค่าใช้จ่ายในการนำเข้าเครื่องจักรเพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก เช่นนี้ถือได้ว่าเกิดกรณี hardship ขึ้น A เป็นคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ จึงมีสิทธิร้องขอให้ B เข้าเจรจาใหม่ตามข้อสัญญาเดิมเพื่อปรับแก้ข้อสัญญาให้เหมาะสมกับสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

ประกอบกับ คำร้องขอเช่นนี้จะไม่ได้รับการพิจารณาหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในสัญญาดังกล่าวประกอบไปด้วยข้อสัญญาให้ปรับเพิ่มราคาหรืออัตราค่าตอบแทน

ระหว่างกัน (escalator clause) เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดให้มีการปรับเพิ่มราคาโดยอัตโนมัติเมื่อมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งที่กำหนดเกิดขึ้น

ตัวอย่างที่ 2 ข้อเท็จจริงเดียวกับตัวอย่างที่ 1 และเพิ่มเติมว่า ในสัญญาดังกล่าวนั้นประกอบด้วยข้อสัญญาให้ปรับเพิ่มราคาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงราคาวัสดุก่อสร้างและแรงงาน เช่นนี้ A แม้ A จะเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ ก็ไม่มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่เพื่อปรับแก้ข้อสัญญาได้

อย่างไรก็ตาม หากในสัญญากำหนดข้อสัญญาที่ให้สิทธิคู่สัญญาเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญา (adaptation clause) แต่ไม่ได้พิจารณาถึงเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิด hardship เช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ยังสามารถร้องขอให้มีการเจรจาใหม่ได้ และการเจรจาใหม่นั้นจะไม่ถูกตัดสิทธิ

ตัวอย่างที่ 3 ข้อเท็จจริงเดียวกับตัวอย่างที่ 2 และเพิ่มเติมว่า ราคา/ค่าใช้จ่ายของ A ที่เพิ่มสูงขึ้นมากนั้นเป็นผลมาจากข้อกำหนดด้านความปลอดภัยของประเทศ Y ที่มีการเปลี่ยนแปลง เช่นนี้ เมื่อค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นมิได้เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของราคาวัสดุก่อสร้างและแรงงาน ตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้ A จึงมีสิทธิร้องขอให้ B เข้าเจรจาใหม่ตามข้อสัญญาเดิม (ราคา) เพื่อมุ่งให้เกิดการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาภายใต้สภาวะการณ์ที่เปลี่ยนไป

3.6.3.2 คำขอให้เจรจาใหม่ จะต้องกระทำโดยมิชักช้า

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ยืนยันว่าเกิดกรณี hardship ขึ้น การร้องขอให้มีการเจรจาใหม่จะต้องกระทำให้เร็วที่สุดเท่าที่คู่สัญญาจะกระทำได้ เวลาที่เหมาะสมในการร้องขอให้มีการเจรจาใหม่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์แต่ละกรณี เช่น ระยะเวลาอาจยาวนานขึ้นเมื่อการเปลี่ยนแปลงสภาวะการณ์เกิดขึ้นทีละเล็กละน้อย เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้การร้องขอให้เจรจาใหม่จะเกิดขึ้นล่าช้าเกินสมควร คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ก็ได้เสียสิทธิในการร้องขอให้เจรจาใหม่ เพียงแต่ความล่าช้านั้นอาจทำให้พิสูจน์ได้ยากกว่า hardship เกิดขึ้นจริงและมียังคงมีอยู่ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อผลของสัญญาด้วยเช่นกัน

3.6.3.3 เหตุในการร้องขอให้เจรจาใหม่

ตามมาตรา 6.2.3(1) กำหนดไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีหน้าที่ระบุเหตุแห่งการร้องขอให้เจรจาใหม่ เพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายพิจารณาว่าคำขอเช่นนั้นมีความสมเหตุสมผลหรือไม่ คำร้องที่ไม่สมบูรณ์ (an incomplete request) จะไม่ถูกนำมาพิจารณาในขณะนั้น เว้นเสียแต่ว่าเหตุการณ์ hardship ที่กล่าวอ้างนั้นจะปรากฏชัดเจนเสียจนไม่ต้องระบุในคำร้องขอ

อย่างไรก็ดี การไม่ระบุเหตุแห่งการร้องขอให้เจรจาใหม่ ก่อให้เกิดผล เช่นเดียวกันกับการร้องขอให้เจรจาใหม่เกิดขึ้นล่าช้าเกินสมควร กล่าวคือ การไม่ระบุเหตุแห่งการร้องขอให้เจรจาใหม่ อาจทำให้พิสูจน์ได้ยากกว่า hardship เกิดขึ้นจริง

3.6.3.4 การร้องขอให้เจรจาใหม่และการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้

ตามมาตรา 6.2.3(2) กำหนดว่า การร้องขอให้เจรจาใหม่มิได้ให้สิทธิแก่ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ในการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นลักษณะสำคัญของ hardship ที่มุ่งเน้นการรักษาสัญญาและการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้อาจเป็นธรรมเนียมเฉพาะในกรณีที่เกิดเหตุการณ์พิเศษเท่านั้น (extraordinary circumstances)

ตัวอย่างที่ 4 A ตกลงเข้าทำสัญญากับ B เพื่อก่อสร้างโรงงานขึ้นในประเทศ X ต่อมาในภายหลัง ประเทศ X ได้เพิ่มกฎระเบียบด้านความปลอดภัยขึ้นใหม่ โดยกำหนดให้มีการเพิ่มอุปกรณ์ เครื่องมือความปลอดภัยบางประการ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสัญญาที่การปฏิบัติการชำระหนี้ของ A เป็นภาระเกินสมควร เช่นนี้ A มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่และอาจระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ในช่วงเวลาที่ต้องการอุปกรณ์สำหรับกฎระเบียบด้านความปลอดภัยใหม่นั้น แต่ไม่อาจระงับการขนส่งอุปกรณ์เครื่องมือที่เพิ่มขึ้นได้ตราบเท่าที่การปรับเปลี่ยนราคายังตกลงกันไม่ได้

3.6.3.5 การเจรจาใหม่ต้องกระทำโดยสุจริต

แม้ว่าจะมิได้กล่าวถึงในมาตรานี้ว่าการเจรจาใหม่จะต้องกระทำโดยสุจริต การร้องขอให้เจรจาใหม่โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์และการกระทำระหว่างคู่สัญญาด้วยกันในขั้นตอนกระบวนการเจรจาใหม่คู่สัญญาจะต้องให้ความร่วมมือตามมาตรา 5.1.3 จะต้องอยู่ภายใต้หลักสุจริตและการตกลงอย่างยุติธรรม ตามมาตรา 1.7 ทั้งคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์จะต้องเชื่อโดยสุจริตว่าเกิดกรณี hardship ขึ้นจริงมิใช่ร้องขอให้มีการเจรจาใหม่เพื่อเป็นกลวิธีในการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ในทำนองเดียวกัน เมื่อมีการร้องขอให้เจรจาใหม่เกิดขึ้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องกระทำโดยสร้างสรรค์ กล่าวคือ ยับยั้งอุปสรรคขัดขวางต่างๆ และให้ข้อมูลที่จำเป็นทั้งหมดแก่คู่สัญญา

3.6.3.6 การนำคดีขึ้นสู่ศาลเมื่อไม่สามารถตกลงกันได้

เมื่อคู่สัญญาไม่สามารถตกลงปรับแก้ข้อสัญญาในสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ภายในระยะเวลาที่สมควร ตามมาตรา 6.2.3(3) ที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำคดีขึ้นสู่ศาล โดยที่การตกลงกันไม่ได้ อาจเกิดได้จากคู่สัญญาฝ่ายที่ได้เสียประโยชน์ปฏิเสธอย่างสิ้นเชิงที่จะเจรจาใหม่หรือเพราะการเจรจาใหม่ แม้ว่าคู่สัญญาจะได้ปฏิบัติต่อการอย่างสุจริตก็ตาม ส่วนคู่สัญญาจะต้องรอนานแค่ไหนก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลได้นั้นขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของแต่ละกรณีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องราวๆ ไป

3.6.3.7 มาตรการของศาลกรณีเกิด hardship

ตามมาตรา 6.2.3(4) เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นสถานการณ์ hardship ยังคงมีอยู่ ศาลสามารถดำเนินการได้ในสองทางด้วยกัน คือ ในทางแรก ศาลอาจกำหนดให้สัญญาขึ้นเป็นอันเลิกกัน อย่างไรก็ตามการเลิกสัญญาในกรณีนี้มิได้ขึ้นอยู่กับ การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ซึ่งผลของการปฏิบัติตามชำระหนี้ที่เกิดขึ้นแล้วอาจแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในเรื่องการบอกเลิกสัญญาโดยทั่วไป (มาตรา 7.3.1) ดังนั้น มาตรา 6.2.3(4)(a) จึงกำหนดให้การเลิกสัญญาเกิดขึ้นในเวลาและตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด

ในทางที่สอง ศาลอาจปรับเปลี่ยนข้อสัญญาเพื่อให้ดุลยภาพของสัญญากลับคืนมา ตามมาตรา 6.2.3(4)(b) เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งการปรับเปลี่ยนข้อสัญญาดังกล่าวอาจมิได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของ hardship หรือเกี่ยวข้องกับ การปรับเปลี่ยนราคาเพียงเท่านั้น หรือหากเกี่ยวข้องกับปรับเปลี่ยนราคาก็ไม่ได้จำเป็นต้องสะท้อนความเสียหายทั้งหมดที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสภาวะการณ์ เพราะศาลจะพิจารณาถึงขอบเขตที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ยอมรับเอาความเสี่ยงและขอบเขตที่คู่สัญญามีสิทธิได้รับการปฏิบัติตามชำระหนี้ที่ยังเป็นประโยชน์จากการปฏิบัติตามชำระหนี้

ซึ่งในมาตรา 6.2.3(4) ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ศาลจะเลิกสัญญา หรือปรับเปลี่ยนข้อสัญญาได้เมื่อเห็นสมควรเท่านั้น อีกทั้งเมื่อการเลิกสัญญาหรือการปรับเปลี่ยนข้อสัญญามีได้เป็นทางเลือกที่เหมาะสมแก่คู่สัญญาแล้ว ศาลอาจกำหนดให้คู่สัญญาเข้าเจรจากันใหม่อีกครั้งเพื่อให้เกิดความสำเร็จในการเจรจา หรือเพื่อยืนยันถึงข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันก่อนหน้าแต่ไม่ประสบผลสำเร็จ

ตัวอย่างที่ 5 A ผู้ส่งออกสินค้า ตกลงทำสัญญากับ B ผู้นำเข้าเปียร์ในประเทศ X เป็นเวลา 3 ปี สองปีแรกหลังจากสัญญาได้ทำขึ้น ปรากฏว่าประเทศ X ได้ออกกฎหมายใหม่เกี่ยวกับการขายและการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ทำให้ B ไม่สามารถนำเข้าเปียร์สู่ประเทศ X ได้ตามกฎหมายเดิม เช่นนี้ B จึงยกข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ขึ้น และร้องขอให้ A เข้าเจรจาใหม่เพื่อปรับแก้ข้อสัญญา A ยอมรับว่าเกิดกรณี hardship ขึ้น แต่ปฏิเสธไม่ยอมรับข้อสัญญาใหม่ที่แก้ไขโดย B หนึ่งเดือนต่อมา หลังจากการเจรจาที่ไร้ประโยชน์ B จึงนำคดีดังกล่าวขึ้นสู่ศาล ซึ่งศาลอาจกำหนดแนวทางให้ โดย ทางแรก หาก B สามารถขายเปียร์ให้แก่ประเทศเพื่อนบ้านได้ แม้จะขายได้ในราคาที่ต่ำกว่ามาก ศาลอาจตัดสินให้ B ปฏิบัติตามสัญญา แต่ให้ลดราคาที่ได้ตกลงกันหรือในทางที่สอง หาก B ไม่สามารถขายเปียร์ให้แก่ประเทศเพื่อนบ้านได้ ศาลอาจกำหนดให้มีการเลิกสัญญาต่อกัน ในขณะเดียวกัน B ก็ต้องชำระหนี้ให้แก่ A สำหรับสินค้าที่อยู่ระหว่างการขนส่ง

3.7 หลัก Change of circumstances ในหลักกฎหมายสัญญายุโรป (PECL)

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้ในหลักกฎหมายสัญญายุโรป หรือ PECL อยู่ในเรื่อง “การเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาวะการณ์แวดล้อม” หรือ Change of circumstance” ในมาตรา 6:111⁴³

“การเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาวะการณ์แวดล้อม”

⁴³ Article 6:111 PECL : Change of circumstances

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

(a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or

(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.

(1) คู่สัญญาผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา ถึงแม้การปฏิบัติตามชำระหนี้จะกลายเป็นภาระหนักมากขึ้น ไม่ว่าจะเพราะเหตุค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามชำระหนี้เพิ่มขึ้น หรือเป็นเพราะมูลค่าของการชำระหนี้ที่ได้รับลดน้อยลง

(2) อย่างไรก็ตาม ถ้าการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญากลายเป็นสิ่งที่หนักเป็นอย่างมาก เพราะเกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพการณ์แวดล้อม คู่สัญญาผูกพันที่จะต้องเข้าเจรจากันเพื่อที่จะปรับปรุงหรือเลิกสัญญาเสีย โดยมีการกำหนดว่า

(a) การเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาพการณ์แวดล้อม จะต้องเกิดขึ้นภายหลังจากเวลาทำสัญญา

(b) ความเป็นไปได้ของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาพการณ์แวดล้อม จะต้องไม่เป็นสิ่งที่สามารถคำนึงได้ตามสมควรในเวลาทำสัญญา

(c) ความเสี่ยงภัยของการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาพการณ์แวดล้อม จะต้องไม่เป็นสิ่งที่คู่สัญญาที่ได้รับผลกระทบจะสามารถทนรับไว้ได้

(3) ถ้าคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลาอันสมควร ศาลอาจจะ

(a) เลิกสัญญาตามระยะเวลาและข้อตกลงที่กำหนดโดยศาล

(b) ปรับข้อสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและยุติธรรมระหว่างคู่สัญญาในส่วนที่เสียหายและผลที่จะได้รับจากการเปลี่ยนแปลงซึ่งสภาพการณ์แวดล้อม

ในแต่ละกรณี ศาลอาจจะให้ค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิเสธที่จะเจรจาหรือยุติการเจรจาโดยขัดต่อหลักสุจริตและการตกลงที่เท่าเทียมกัน

จากมาตรา 6:111 แสดงให้เห็นชัดเจนว่ายังคงยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา โดยคู่สัญญา ยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา แม้ว่าจะเกิดสภาพการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไปขึ้นภายหลังจากทำสัญญาแล้วส่งผลให้การปฏิบัติตามชำระหนี้ นั้นเกิดภาระอย่างมากแก่คู่สัญญาซึ่งมิใช่กรณีที่การปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เลยหรือเป็นพันวิสัย โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาไว้ในมาตรา 6:111 ข้างต้น

3.8 หลัก Change of Circumstances ใน Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Draft Common Frame of Reference หรือ DCFR เป็นแนวทางว่าด้วยหลักกฎหมายในทวีปยุโรป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศต่างๆ ในยุโรปมีหลักกฎหมายแพ่งร่วมกัน ดำเนินการร่างโดย กลุ่มศึกษาประมวลแพ่งยุโรป (The Study Group on a European Civil Code) และกลุ่มวิจัยกฎหมายเอกชนที่ปรากฏในประชาคมยุโรป (Research Group on Existing EC Private Law

or the “Acquis Group”) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2546 โดยร่างฉบับสมบูรณ์ (Outline Edition) ของ DCFR ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2552

หลัก Change of Circumstance ถูกบัญญัติอยู่ใน Model Rules Book III เรื่อง Obligations and Corresponding Rights ในมาตรา III-1:110 ดังรายละเอียดต่อไปนี้

“มาตรา III.-1:110⁴⁴ การเปลี่ยนแปลงหรือการยุติสัญญาโดยศาลในกรณีสภาวะการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป

⁴⁴ Article III.-1 : 1 1 0 : Variation or termination by court on a change of circumstances

(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:

(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred,

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and

(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.

(1) คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ผูกพันในสัญญา แม้ว่าการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาจะกลายเป็นภาระที่หนักขึ้น ไม่ว่าจะเป็เพราะค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้นหรือเพราะมูลค่าที่จะได้รับชำระหนี้ตอบแทนลดน้อยลง

(2) อย่างไรก็ตามถ้าการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาหรือหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากการกระทำฝ่ายเดียว กลายเป็นภาระอย่างมากเพราะการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์พิเศษซึ่งไม่เป็นธรรมดาแก่ลูกหนี้ที่ต้องผูกพันตามหน้าที่นั้นอย่างชัดเจน ศาลอาจจะ

(a) ปรับเปลี่ยนสัญญาให้สมเหตุสมผลและยุติธรรมภายใต้สภาวะการณ์แวดล้อมใหม่นั้น หรือ

(b) เลิกสัญญาตามระยะเวลาและข้อตกลงที่กำหนดโดยศาล

(3) ข้อ (2) จะปรับใช้เมื่อ

(a) สภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้เกิดขึ้นหลังจากหน้าที่ตามสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว

(b) ลูกหนี้ไม่อาจพิจารณาได้ในขณะทำสัญญาหรือคาดหมายได้โดยสมเหตุสมผลถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดสภาวะการณ์เปลี่ยนแปลงไปเช่นในขณะทำสัญญา

(c) ลูกหนี้ไม่สามารถสันนิษฐานหรือพิจารณาได้โดยสมเหตุสมผลถึงความเสี่ยงที่จะเกิดสภาวะการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป และ

(d) ลูกหนี้จะต้องใช้ความพยายามและความสุจริตเพื่อให้การเจรจานั้นสมเหตุสมผลและเกิดความยุติธรรมในการปรับเปลี่ยนข้อสัญญา”

3.8.1 ขอบเขตของบทบัญญัติ

อำนาจของศาลในการปรับแก้ข้อสัญญาหรือยุติสัญญานั้นเกิดขึ้นเฉพาะกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้จากหน้าที่ตามสัญญาและหน้าที่นั้นเกิดขึ้นจากการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral juridical act) เท่านั้น หากหน้าที่ตามสัญญานั้นเกิดขึ้นจากผลบังคับของกฎหมายการให้อำนาจศาลในการปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญานั้นอาจเป็นการไม่เหมาะสมแม้ว่าหน้าที่นั้นจะเป็นหนึ่งในขอบเขตของข้อกำหนดเหล่านี้ก็ตาม⁴⁵

ตัวอย่างที่ : A ให้สัญญาแก่ B หลานสาวของตนในการจ่ายค่าเล่าเรียนหลักสูตรมหาวิทยาลัย จำนวน 5 ปี สัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นและมีผลบังคับตามกฎหมาย ข้อตกลงหนึ่งในขณะทำสัญญาได้กำหนดว่า “ค่าธรรมเนียมของมหาวิทยาลัย 90% รัฐบาลจะเป็นผู้สนับสนุน” และไม่

⁴⁵ The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definition and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition (Germany : European law publishers, 2009), p.738.

ปรากฏความไม่สมเหตุสมผลที่จะคาดหมายได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะเปลี่ยนแปลง ในเวลาต่อมา B พร้อมทั้งจะเข้าเรียนหลักสูตรซึ่งรัฐบาลเป็นผู้สนับสนุน แต่หลักสูตรดังกล่าวกลับถูกยกเลิก และ A ผู้เกษียณอายุการทำงานและมีรายได้จำกัดไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้ ทางเดียวที่จะชำระได้คือ ต้องขายบ้านของตน A จึงร้องขอให้ B รับเงินสนับสนุนจากตนในจำนวนที่ลดน้อยลงและเข้ารับประโยชน์จากโครงการเงินกู้สำหรับนักเรียนที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐที่เป็นโครงการแทนที่โครงการเดิมที่ถูกยกเลิกไป แต่ B ยืนยันว่า A ควรขายบ้านของเขาและปฏิบัติการชำระหนี้เต็มจำนวน เช่นนี้หน้าที่ตามสัญญาดังกล่าวอาจถูกปรับเปลี่ยนหรือยุติลงได้

3.8.2. บทบาทของการเจรจาต่อรอง

หลักกฎหมายสัญญายุโรปหรือ PECL มาตรา 6:111 กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาในการเข้าเจรจาต่อรองโดยมุ่งต่อการปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญานั้น และกำหนดค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่มีสาเหตุจากการปฏิเสธการเจรจาต่อรองหรือการเจรจานั้นเป็นไปในทางไม่สุจริตและเป็นธรรม ซึ่งศาลจะมีอำนาจปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญานั้นได้ต่อเมื่อการเจรจานั้นไม่ประสบความสำเร็จ อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์จากผู้มีส่วนได้เสียบางรายที่มองว่าวิธีการเช่นนี้ซับซ้อนและเป็นภาระหนักแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเกินไป และในบทบัญญัตินี้เล็งเห็นถึงปัญหาจึงมิได้กำหนดหน้าที่การเข้าเจรจาต่อรองไว้แต่กำหนดให้คู่สัญญาต้องใช้ความพยายามด้วยความสุจริตในการเข้าเจรจาเพื่อปรับแก้สัญญานั้นให้สมเหตุสมผลและยุติธรรม ด้วยเหตุนี้จึงไม่ปรากฏคำถามในกรณีการฝ่าฝืนการเจรจาต่อรองและรับผิดชอบในความเสียหายเมื่อการเจรจานั้นไม่เป็นผล สำหรับ UPICC มาตรา 6.2.3 ก็ได้นำหลักการที่มีความคล้ายคลึงกันมาปรับใช้โดยกำหนดว่า เมื่อเกิด hardship ขึ้นคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องให้มีการเจรจาต่อรองใหม่ และเฉพาะการปรับแก้สัญญาไม่ประสบความสำเร็จในเวลาที่เหมาะสมเท่านั้นคู่สัญญาจึงจะมีสิทธินำเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่ศาลได้ อย่างไรก็ตามใน DCFR ไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดสิทธิของคู่สัญญาในการร้องขอให้เจรจาใหม่ เพราะคู่สัญญามีสิทธิร้องขอให้เจรจาใหม่ได้ทุกช่วงเวลา⁴⁶

3.8.3 การเกิดขึ้นของอำนาจศาล

บทบัญญัติมาตรานี้กำหนดอำนาจของศาลในการปรับแก้หรือยุติสัญญาอันเนื่องมาจากสถานการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไปไว้อย่างจำกัด เนื่องจากการปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญานบนพื้นฐานของข้อยกเว้นความรับผิด hardship อาจเป็นการทำลายหลักการพื้นฐานของสัญญาหรือความสัมพันธ์ของคู่สัญญาตามหลัก freedom of contract ได้หากไม่มีการจำกัดขอบอำนาจของศาลไว้ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้⁴⁷

⁴⁶ *Ibid.*, p.738.

⁴⁷ *Ibid.*, p.739.

3.8.3.1 ลักษณะของสภาวะการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป

ข้อกำหนดนี้แสดงให้เห็นโดยนัยของมาตราในหลักกฎหมายสัญญายุโรป หรือ PECL ที่ใช้คำว่า “change of circumstance” มิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งดังเช่น DCFR ที่ใช้คำว่า “an exceptional change of circumstance” ดังนั้นเป็นที่ชัดแจ้งว่าอำนาจของศาลจะเกิดขึ้นเมื่อการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์แวดล้อมเป็นเหตุการณ์พิเศษเท่านั้น

ตัวอย่าง โรงงานผลิตซอสมะเขือเทศทำสัญญาซื้อมะเขือเทศล่วงหน้าก่อนมีการเกี่ยวผลผลิตที่กิโลกรัมละ 10 เซ็นต์ ต่อมาเมื่อถึงฤดูการเกี่ยวเกี่ยวเกิดอุทกภัยขึ้นทำให้ราคาตลาดของมะเขือเทศลดลงไปเหลือเพียงกิโลกรัมละ 5 เซ็นต์ ในสถานการณ์เช่นนี้ไม่อาจถือได้ว่าเป็นเหตุการณ์พิเศษ เพราะเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการสามารถคาดเห็นได้ถึงความเสี่ยงเป็นปกติอยู่ก่อนแล้ว ศาลจึงไม่อาจปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญาภายใต้บทบัญญัตินี้ได้

3.8.3.2 การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเพิ่มขึ้นและไม่เป็นธรรม

การเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์จะต้องก่อให้เกิดการปฏิบัติการชำระหนี้มีภาระเพิ่มขึ้นและไม่เป็นธรรมต่อลูกหนี้ในการแบกรับหน้าที่ดังกล่าวไว้ กล่าวคือการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์ทำให้น้ำที่ตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเกิดความไม่สมดุลและสาระสำคัญของสัญญาเปลี่ยนไปเพราะเหตุการณ์ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ภาระที่เพิ่มขึ้นอย่างมากอาจเป็นผลโดยตรงจากการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ เช่น การเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการขนส่ง ดังเช่นคดี *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH*⁴⁸ ที่มีการปิดคลองซูเอซ (Suez Canal) ทำให้เรือต้องเดินทางอ้อมแหลม Good hope เป็นต้น หรือภาระที่เพิ่มขึ้นอย่างมากเป็นผลโดยตรงจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทน (counter-performance) มีมูลค่าลดลง เช่น ดัชนีราคาของสินค้าลดลงอย่างรุนแรงโดยมีอาจคาดหมายได้ ทำให้มูลค่าที่ลูกหนี้จะได้รับชำระหนี้ตอบแทนลดลงจนแทบจะไม่ได้ประโยชน์ใดๆ เป็นต้น

3.8.3.3 ช่วงเวลาการเกิดการเปลี่ยนแปลงสภาวะการณ์

ข้อกำหนดต่อไปคือการเปลี่ยนแปลงของสภาวะการณ์จะต้องเกิดขึ้นหลังจากหนี้ที่ตามสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือ ในกรณีหนี้ตามสัญญาโดยปกติแล้วมีขึ้นในเวลาทำสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทราบถึงสถานการณ์ที่ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นภาระเพิ่มขึ้นอย่างมากแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนแล้วในขณะที่ทำสัญญาบทบัญญัตินี้จะไม่ถูกนำมาปรับใช้ แต่จะใช้หลักสำคัญผิด (the rules on mistake) มาปรับใช้แทน

ตัวอย่างเช่น ผู้รับเหมาก่อสร้างเสนอราคาประมาณการการก่อสร้างบ้านด้วยหิน เจ้าของบ้านยอมรับข้อเสนอราคาประเมินนั้น หลังจากบ้านหลังเก่าถูกรื้อถอน

⁴⁸ [1962] AC 93; [1961] 2All E.R. 179

ผู้รับเหมาก่อสร้างร้องขอราคาเพิ่มขึ้นด้วยเหตุผลว่า ในขณะที่เขาเสนอราคาประมาณการนั้นเขามีได้ตระหนักถึงราคาหินที่เป็นวัสดุหลักในการก่อสร้างว่าจะมีราคาเพิ่มสูงขึ้นอย่างมากในปัจจุบันนี้ เช่นนี้เจ้าของบ้านมีสิทธิที่จะอ้างว่านั่นเป็นสิ่งที่ผู้รับเหมาก่อสร้างควรตรวจสอบก่อนมีการเสนอราคาประมาณการ และเหตุการณ์เช่นนี้ไม่อาจถือได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลงของสภาวะการณ์หลักจากสัญญาได้ทำขึ้น ผู้รับเหมาก่อสร้างไม่มีสิทธิได้รับการเยียวยาตามบทบัญญัติมาตรานี้

3.8.3.4 การคาดหมายถึงสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลง

อำนาจของศาลในการปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญาจะไม่เกิดขึ้นหาก ณ เวลาที่สัญญาเกิดขึ้นลูกหนี้พิจารณาหรือคาดหมายถึงความเป็นไปได้ในการเกิดการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์⁴⁹

ตัวอย่างเช่น ถนนในภูมิภาคหนึ่งถูกผู้ขับรถบรรทุกปิดล้อมเพื่อประท้วงรัฐบาลเป็นช่วงๆ ทำให้ช่วงเวลาดังกล่าวไม่อาจใช้ถนนสายนั้นสัญจรไปมาได้ เช่นนี้วิญญูชนทั่วไปจะไม่เลือกใช้ถนนสายดังกล่าวเพียงเพราะคาดหวังว่าในวันนั้นผู้ขับรถบรรทุกจะไม่ปิดล้อมถนนและสามารถสัญจรไปมาได้ปกติ แต่วิญญูชนทั่วไปเลือกจะใช้ถนนสายอื่นแทน แสดงให้เห็นว่าวิญญูชนทั่วไปสามารถพิจารณาหรือคาดหมายได้ถึงความเป็นไปได้ในการเกิดการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์ อำนาจของศาลในการปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญาจึงไม่เกิดขึ้น

ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ก็ไม่อาจยกขึ้นอ้างได้หากวิญญูชนทั่วไปสามารถคาดเห็นได้หรือพิจารณาได้ในสถานการณ์เช่นเดียวกับลูกหนี้ ส่วนผู้ประกอบการในฐานะผู้มีความรู้เชี่ยวชาญและประสบการณ์ทางธุรกิจการค้าถือว่าสามารถพิจารณาหรือคาดหมายได้ในสถานการณ์ดังเช่นการผันผวนของราคาวัตถุดิบในตลาดซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ผู้บริโภคไม่สามารถคาดหมายและตระหนักถึงได้

สำหรับในปัจจุบันมีเหตุอันควรคาดหมายหรือพิจารณาถึงระดับความผันผวนที่รุนแรงของมูลค่าค่าเงินสกุลต่างๆ และราคาตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นระยะเวลายาวนาน แต่อย่างไรก็ดี หากเป็นความผันผวนที่เกิดขึ้นเป็นพิเศษหรือฉับพลันทันใดที่วิญญูชนทั่วไปไม่สามารถคาดหมายได้ เช่นนี้ก็อาจเข้าองค์ประกอบของบทบัญญัตินี้

3.8.3.5 การสันนิษฐานความเสี่ยง

อำนาจของศาลในการปรับแก้สัญญาหรือยุติสัญญาจะไม่เกิดขึ้น ถ้าลูกหนี้สันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณ์ และแม้ว่าไม่ปรากฏการสันนิษฐานความเสี่ยงที่แท้จริงอำนาจของศาลก็จะไม่เกิดขึ้นเช่นกันถ้าในสภาวะการณ์เช่นนั้นลูกหนี้ถูกถือว่าสามารถ

⁴⁹ The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *supra* note 45, p.740.

พิจารณาได้อย่างสมเหตุสมผลถึงการความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงนั้น เช่น ในสัญญาที่โดยลักษณะแล้วเป็นธุรกรรมการเก็งกำไร ดังเช่น สัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้า (future contract) หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในขอบเขตควบคุมของลูกหนี้เอง ในกรณีที่ผู้ประกอบการทำสัญญากับผู้บริโภคโดยทั่วไปแล้วก็จะถือว่าผู้ประกอบการสามารถคาดหมายหรือพิจารณาความเสี่ยงของสภาวะการณ์ที่เกี่ยวข้องได้ภายในขอบเขตธุรกิจความรู้ความชำนาญของตน

3.8.3.6 ลูกหนี้ต้องใช้ความพยายามในการเจรจาต่อรองตกลงชำระหนี้

ตามที่กล่าวไปข้างต้น ในบทบัญญัตินี้การเจรจาต่อรองมิได้ถูกกำหนดให้เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ และเพื่อเป็นการสนับสนุนการแก้ปัญหาโดยการเจรจาต่อรองเมื่อเกิดกรณีสภาวะการณ์เปลี่ยนแปลงไปจึงได้กำหนดให้ลูกหนี้ต้องใช้ความพยายามและความสุจริตเพื่อให้การเจรจานั้นสมเหตุสมผลและการปรับแก้สัญญาเป็นที่น่าพอใจ ซึ่งคำว่า “สมเหตุสมผลและความสุจริต” นั้น โดยนัยแล้วหมายถึงเวลาที่เหมาะสม (reasonable time) ที่จะเริ่มกระบวนการการเจรจาต่อรอง ดังนั้นหากการเจรจาต่อรองเพื่อปรับแก้ข้อสัญญาเป็นที่น่าพอใจก็ไม่มี ความจำเป็นที่ต้องดำเนินการฟ้องร้องต่อกันอีก

3.8.4 อำนาจของศาล

ในบทบัญญัตินี้ให้อำนาจศาลในการยุติสัญญาหรือปรับแก้ข้อสัญญา ซึ่งการปรับแก้ข้อสัญญามีจุดมุ่งหมายให้สัญญาเกิดความเป็นธรรมและเหมาะสมภายใต้สภาวะการณ์แวดล้อมใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป เช่นการปรับแก้หน้าที่ตามสัญญาเพื่อให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแบกรับค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากสภาวะการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนไปโดยไม่อาจคาดหมายได้อย่างยุติธรรมไม่ใช่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แบกรับฝ่ายเดียว⁵⁰

การปรับแก้สัญญาสามารถกระทำได้ในหลายลักษณะ อาจเป็นการขยายระยะเวลาการปฏิบัติการชำระหนี้, การเพิ่มหรือลดราคา, การเพิ่มหรือลดสิ่งซึ่งต้องจัดหาหรือจัดเตรียม และไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขในลักษณะใดการปรับแก้สัญญายังต้องยึดหลักความเท่าเทียมกันและสมเหตุสมผลของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายภายใต้สถานการณ์ใหม่

หรือในบางกรณีที่สถานการณ์เปิดโอกาสเพียงให้ศาลยุติสัญญา ศาลจะต้องกำหนดเวลายุติสัญญาและพิจารณาถึงขอบเขตการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นแล้วซึ่งเวลาดังกล่าวคือเวลาที่จะใช้พิจารณาขอบเขตกำหนดเวลาการชำระหนี้ อีกทั้งบทบัญญัติมาตรานี้ยังให้อำนาจศาลในการยุติสัญญาตามข้อตกลงที่กำหนด เช่น การกำหนดค่าเสียหาย เป็นต้น นอกจากนี้ยังอาจมีคำสั่งให้จ่ายเงินนอกเหนือจากราคาหรือค่าเสียหายสำหรับช่วงระยะเวลาที่จำกัดและการยุติสัญญาเมื่อสิ้นระยะเวลาดังกล่าว

⁵⁰ Ibid., p.741.

อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัตินี้จะให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวาง ประสบการณ์ของแต่ละประเทศที่พบเจอต่างทำให้มีกฎหมายหรือบทบัญญัติในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การใช้อำนาจอย่างพอประมาณโดยหลีกเลี่ยงการลดความสำคัญของความสัมพันธ์ของคู่สัญญาตามความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา

3.9 ตารางสรุปสาระสำคัญของหลักกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อต่อไปนี้จะเขียนจะทำการสรุปสาระสำคัญของหลักกฎหมายต่างประเทศต่างๆ อีกครั้งหนึ่งในรูปแบบของตารางเพื่ออำนวยความสะดวกทำความเข้าใจ

หลักกฎหมาย	สาระสำคัญ	ผลในทางกฎหมาย
Frustration (ประเทศอังกฤษ)	คู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้นั้นจะต้องมีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น (supervening event) และเป็นผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป รวมถึงกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกัน หรือมีความเข้าใจร่วมกันให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นรากฐานสำคัญของสัญญา และต่อมามีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้นจนถึงขนาดที่แม้ยังอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ได้แต่การชำระหนี้ที่แตกต่างไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาในสาระสำคัญ ลำพังเพียงความยากลำบาก หรือต้องรับภาระเกินสมควรในการชำระหนี้ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญา	สัญญาจะสิ้นสุดลงทันทีและคู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญานั้นเฉพาะหนี้ในอนาคต ถ้าค่าตอบแทนนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว คู่สัญญาฝ่ายนี้ก็ยังคงต้องมีความผูกพันต้องชำระค่าตอบแทนต่อไปและเงินที่ได้ชำระไปแล้วก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดผลด้วยเหตุ Frustration ก็จะเรียกคืนไม่ได้ ต่อมาศาลอังกฤษได้นำหลัก Total Failure of Consideration มาปรับใช้โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ชำระเงินไปเป็นค่าตอบแทนการปฏิบัติการชำระหนี้ซึ่งอีกฝ่ายได้หลุดพ้นไปโดยเหตุของ Frustration สามารถเรียกคืน

	<p>นอกจากนี้เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องมิได้เกิดจากความผิดหรือความประมาทของคู่สัญญาฝ่ายใดหรือคนที่คู่สัญญาต้องรับผิดชอบ</p>	<p>ได้โดยเหตุที่ว่าตนไม่ได้รับอะไรตอบแทนจากการที่คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเลย</p> <p>Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 ยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสมเมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาสิ้นผลไปโดยเหตุของ Frustration</p> <p>จึงอาจสรุปได้ว่า หลัก Frustration มิได้ยอมรับหลัก Hardship แต่ประการใด</p>
<p>Impracticability (ประเทศสหรัฐอเมริกา)</p>	<p>เป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกรณีพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ยังสามารถชำระหนี้ได้ แต่การชำระหนี้กลายเป็นเรื่องที่ยุ้งยาก ไม่อาจกระทำลงได้ หรือเป็นภาระเกินควรแก่ลูกหนี้ที่ควรจะสามารถทำได้ด้วย ซึ่งเรียกหลักนี้ว่า “Commercial Impracticability”</p> <p>ตาม section 2-615 U.C.C อย่างไรก็ดี กรณีที่มีเหตุทำให้ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้สูงขึ้น ไม่อาจนับว่าเป็นเหตุที่ทำให้การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้ หรือ impracticability แต่อย่างใด แต่กรณีเช่นนี้ก็ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุทำให้ค่าใช้จ่ายสูงขึ้นนั้นอยู่ในความรับผิดชอบของใคร หรือขึ้นอยู่กับว่ากรณีนั้นๆ</p>	<p>section 2-615 U.C.C ใช้เฉพาะผู้ชาย โดยผู้ชายจะหลุดพ้นจากการชำระหนี้หากพิสูจน์ได้ว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นผู้ชายไม่อาจคาดหมายได้หรือเกิดขึ้นโดยบังเอิญและสิ่งที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ของผู้ชายเป็นภาระหนักเกินสมควร</p>

	คู่สัญญาฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ต้องรับเอาความเสี่ยงจากเหตุการณ์เช่นนั้น	
Geschäftsgrundlage (ประเทศเยอรมัน)	มีการบัญญัติหลักกฎหมายเพิ่มเติมเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ทันสมัยและชัดเจนยิ่งขึ้น คือ มาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยหากสภาวการณ์แวดล้อมซึ่งเป็นมูลเหตุของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ภายหลังจากได้มีการตกลงทำสัญญากัน หากคู่สัญญาได้รู้ล่วงหน้าถึงการเปลี่ยนแปลงไปเช่นนั้น ก็อาจเรียกร้องให้มีการปรับปรุงข้อสัญญาได้เท่าที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามเฉพาะกรณี	ถ้าการปรับปรุงข้อสัญญาไม่อาจกระทำได้ หรือไม่สามารถกำหนดข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นได้ตามสมควรต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์อาจเรียกร้องให้มีการเลิกสัญญาได้ สำหรับกรณีของสัญญาเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาว สิทธิในการเลิกสัญญาจะถูกแทนที่โดยสิทธิในการเลิกสัญญาโดยการบอกกล่าวล่วงหน้า
Imprévision (ประเทศฝรั่งเศส)	หลัก “imprévision” ตั้งอยู่บนสมมติฐานว่า ความไม่สมดุลทางเศรษฐกิจเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา ณ เวลาปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา และจะไม่ปรับใช้กับสัญญาที่มีการเก็งกำไร โดยได้รับการยอมรับเฉพาะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเท่านั้นแต่ไม่ได้รับการยอมรับในศาลแพ่ง	คู่สัญญาจะหลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญาตามหลัก force majeure เท่านั้น ไม่รวมรวมถึงกรณี hardship หรือการปฏิบัติการชำระหนี้ ก่อให้เกิดภาวะเกินสมควร

ตารางที่ 3.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้

CISG	UNIDROIT Principles	PECL	DCFR
ไม่ครอบคลุมหลัก hardship	มาตรา 6.2.1-6.2.3	มาตรา 6:111	มาตรา III.-1:110
	<p>บัญญัติรองรับหลักกฎหมายเรื่อง hardship โดยจะต้องเป็นการเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความเท่าเทียมกันของสัญญาอย่างเป็นนัยสำคัญ (เปลี่ยนแปลงดุลยภาพที่เป็นรากฐานของสัญญา) เนื่องจากค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระหนี้ของคู่สัญญามีมูลค่าสูงขึ้นหรือเนื่องจากมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับชำระหนี้มีมูลค่าลดลง และคู่สัญญายังคงมีหน้าที่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา แม้จะเกิดเหตุการณ์ hardship</p> <p>ผลในทางกฎหมายมีความเหมือนกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาไม่สามารถทำการเจรจาใหม่เพื่อปรับแก้ข้อสัญญาได้แล้ว ย่อมมีสิทธินำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยศาลมีอำนาจให้สัญญาสิ้นสุดลงตามวันเวลาและเงื่อนไขที่กำหนดโดยศาลหรือปรับเปลี่ยนข้อสัญญาเพื่อให้ดุลยภาพของสัญญากลับคืนมา</p>		
	กำหนดการร้องขอให้เจรจาใหม่ (renegotiation) เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์	การร้องขอให้เจรจาใหม่มิได้ถูกกำหนดให้เป็นหน้าที่ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์สามารถร้องขอเจรจาใหม่ได้ทุกช่วงเวลา	
	การเกิด hardship จะต้องเกิดจากเหตุการณ์หรือสภาวะการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป (Event/change of circumstance)	การเกิด hardship จะต้องเกิดจากพฤติการณ์พิเศษเท่านั้น (an exceptional change of circumstance)	

ตารางที่ 3.2 ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ hardship ภายใต้ Model Laws

บทที่ 4

การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ตามกฎหมายไทย (กรณีผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจ)

การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องสัญญา ซึ่งตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอย่างเคร่งครัด สำหรับการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่อาจกระทำได้ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดเพียงกรณีเดียวเท่านั้น คือการชำระหนี้เป็นพันวิสัย ตามมาตรา 219 ที่มีผลให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 ว่าผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจเป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไปอย่างมากจนมีอาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา ในบางกรณีก็มิได้ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่อาจอาจกระทำได้เลยหรือเป็นพันวิสัยไป แต่มักจะทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่กระทำได้เพียงก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่ลูกหนี้หรือคู่สัญญาเท่านั้น ปัญหาจึงมีว่า หากเป็นกรณีดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาอย่าอมไม่หลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาอย่างแน่นอน การที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาดังเช่นเดิมแม้จะมีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบเกินสมควร ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเกินสมควรเช่นนี้จะเป็นการยุติธรรมต่อคู่สัญญาหรือไม่ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.1 การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ตามกฎหมายไทย

4.1.1 ความหมายของการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันวิสัย

มีหลักทั่วไปว่า สัญญาซึ่งเป็นไปได้เป็นโมฆะ ไม่มีบุคคลใดเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ (impossibilium nulla obligatio) กรณีที่การชำระหนี้เป็นพันวิสัยมาแต่ต้น วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นไปได้จึงไม่มีสัญญาเกิดขึ้น ในกรณีที่สัญญากลายเป็นพันวิสัยในตอนหลังคู่สัญญาก็หลุดพ้นจากการชำระหนี้

การชำระหนี้เป็นพันวิสัย หมายความว่า การชำระหนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้หรือเป็นไปได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือไม่อาจชำระหนี้ให้สำเร็จได้ตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้เอง ซึ่งมีหลักอีกประการหนึ่งว่า วัตถุประสงค์ต้องเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ถ้าเป็นสิ่งที่เป็นไม่ได้ ก็ไม่มีหนี้อันชอบด้วยกฎหมายที่ลูกหนี้จะต้องชำระ การชำระหนี้ซึ่งเป็นไปได้นี้อาจเป็นไปได้โดยสิ้นเชิง คือ ไม่มีทางชำระหนี้ได้เลยทุกส่วน หรือ อาจเป็นการชำระหนี้ไม่ได้ในส่วนใหญ่หรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ส่วนที่ยังคงชำระได้ไม่เป็น

ประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ หรืออาจจะเป็นการชำระหนี้ไม่ได้เพียงบางส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญก็ได้ ซึ่งมีผลทางกฎหมายต่างกัน¹

ศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพ อธิบายการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยว่า หมายความว่า ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้สำเร็จตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้เป็นการถาวร การชำระหนี้ไม่ได้เพียงชั่วคราว หรือยังไม่แน่นอนว่าจะชำระหนี้ไม่ได้ ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย²

การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยอาจเกิดจากเหตุสุดวิสัยตามที่ให้ความหมายในมาตรา 8 หรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ถ้าเกิดจากเหตุสุดวิสัย นอกจากการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยแล้ว ยังถือว่าเป็นเหตุที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบด้วย ลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้โดยสิ้นเชิงตามมาตรา 219 ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงต่อไป

การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยมีฐานความคิดจากหลักกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือ ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้เฉพาะหนี้ที่มีความเป็นไปได้ที่จะชำระเท่านั้น ดังนั้นเจ้าหนี้จะบังคับให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ที่ไม่อาจชำระได้หรือที่เป็นไปไม่ได้นั้นบังคับไม่ได้เพราะเท่ากับบังคับให้ลูกหนี้ทำในสิ่งที่ทำไม่ได้ ดังนั้น ทุกครั้งที่การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้เสมอ ส่วนลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่า การชำระหนี้ที่กลายเป็นพันธวิสัยนั้นโทษลูกหนี้ได้หรือไม่³

กรณีใดจะถือได้ว่าการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย มีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2490 เจ้าพนักงานที่ดินไม่ทำการโอนที่ดินให้อีกฝ่ายหนึ่ง แต่ยังมีกรรงเรียนไปเพื่อทำการโอน ดังนั้นยังไม่ถือว่าการชำระหนี้เป็นการพันธวิสัย อันจะทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219

คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2521 นับตั้งแต่จำเลยจัดสรรที่ดินให้เช่าซื้อ และโจทก์ทำสัญญาเช่าซื้อสินค้าจนส่งเงินค่าเช่าซื้อครบถ้วนเป็นเวลาหลายปี จำเลยมีโอกาสนวนขวายจัดหาซื้อวัสดุก่อสร้างเตรียมไว้ดำเนินการตามสัญญาเช่าซื้อได้ การที่วัสดุก่อสร้างที่ราคาแพงขึ้นมิใช่ว่าจะหาซื้อไม่ได้เสียทีเดียว ในกรณีเช่นนี้ไม่ใช่เหตุสุดวิสัยอันจะทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย และจำเลย

¹ โสภณ รัตนาร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2553), น.108.

² ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา, 2554), น.199.

³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.218.

หลุดพ้นจากการชำระหนี้ เมื่อจำเลยไม่ได้ทำถนนคอนกรีตและท่อระบายน้ำตามสัญญาเช่าซื้อ จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องรับผิดชอบโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 1768/2549 แม้กระทรวงการคลังมีคำสั่งระงับการดำเนินกิจการของจำเลยที่ 1 และสั่งห้ามมิให้จำเลยที่ 1 ชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินพิพาทแก่โจทก์ในวันที่ตัวสัญญาใช้เงินพิพาทถึงกำหนด แต่จำเลยที่ 1 ยังสามารถที่จะฟื้นฟูกิจการและอาจดำเนินกิจการต่อไปได้ในอนาคตหากแก้ไขฐานะและการดำเนินงานของจำเลยที่ 1 ได้สำเร็จ และกระทรวงการคลังได้แจ้งให้ผู้ถือตัวสัญญาใช้เงินของจำเลยที่ 1 ที่มีจำเลยที่ 2 เป็นผู้รับอวัลลไปติดต่อเพื่อขอรับชำระเงินจากจำเลยที่ 2 ผ่านจำเลยที่ 1 ได้ตามปกติเมื่อตัวสัญญาใช้เงินถึงกำหนด ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินพิพาทแก่โจทก์ตามกำหนดจึงไม่ใช่กรณีที่มีการชำระหนี้ตกเป็นอันพ้นวิสัยเนื่องจากจำเลยที่ 1 กลายเป็นคนไม่สามารถชำระหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 วรรคสองไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1074/2546 การที่โจทก์ส่งมอบข้าวเปลือกของโจทก์ให้จำเลยสี่เป็นข้าวสารแล้วส่งคืนข้าวสารแก่โจทก์ โดยโจทก์ให้ค่าตอบแทนแก่จำเลยเป็นปลายข้าวและรำข้าว ถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่ง เมื่อขณะที่ไฟไหม้โรงสีไม่มีข้าวเปลือกแล้วมีแต่ข้าวสาร แสดงว่าข้าวสารที่จำเลยจะต้องส่งมอบแก่โจทก์เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว เมื่อที่จำเลยไม่สามารถส่งมอบข้าวสารให้แก่โจทก์ได้เนื่องมาจากไฟไหม้โรงสีของจำเลย โดยไม่ปรากฏว่าเกิดจากการกระทำของผู้ใด จึงถือไม่ได้ว่าเหตุที่เกิดไฟไหม้โรงสีนั้นเนื่องมาจากพฤติการณ์ที่จำเลยต้องรับผิดชอบ การชำระหนี้ของจำเลยด้วยการส่งมอบข้าวสารแก่โจทก์ย่อมกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์ซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาฎีกาที่ 10514-10515/2558 สัญญาเช่าระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 มีข้อตกลงว่า ให้มีการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างเดิมและก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างใหม่ตามแบบแปลนท้ายสัญญาเช่า โดยมีการกำหนดเวลาเริ่มลงมือก่อสร้างและเวลาก่อสร้างให้แล้วเสร็จไว้ การที่โจทก์ไม่สามารถเริ่มลงมือก่อสร้างได้ สืบเนื่องมาจากพื้นที่เช่าได้รับการขึ้นทะเบียนจากกรมศิลปากรให้เป็นโบราณสถานภายหลังจากทำสัญญาเช่าแล้ว การรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างเดิมและก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างใหม่ของโจทก์เพื่อให้เป็นไปตามสัญญาเช่าย่อมเป็นไปไม่ได้ ถือได้ว่าการชำระหนี้โดยการปฏิบัติตามสัญญากลายเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อ ลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 219 วรรคหนึ่ง โจทก์จึงไม่อาจฟ้องบังคับให้จำเลยที่ 1 ปฏิบัติตามสัญญาและเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่สัญญาเช่าระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 เป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งคู่สัญญามีหน้าที่จะต้องชำระหนี้ตอบแทนกัน แม้จำเลยที่ 1 จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ก็ตาม แต่จำเลยที่ 1 ก็ยังมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ตอบแทนไม่ตาม

ป.พ.พ. มาตรา 372 วรรคหนึ่ง โจทก์จึงมีสิทธิเรียกเอาค่าตอบแทนการเช่าที่ชำระไปแล้วในวันทำสัญญาคืนจากจำเลยที่ 1 ได้

4.1.2 พฤติการณ์ซึ่งทำให้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย

เหตุหรือเหตุการณ์ที่ทำให้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย อาจจะเป็นเพราะตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้สูญหายหรือถูกทำลายไปทั้งหมดหรือในบางส่วนสำคัญ หรือในกรณีที่หนี้เป็นการโอนกรรมสิทธิ์หรือก่อตั้งทรัพย์สินในทรัพย์สิน แต่ทรัพย์สินนั้นได้โอนไปยังผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ซึ่งเป็นการพ้นวิสัยทางวัตถุ หรือกรณีของสัญญาว่าจ้างซึ่งมีลักษณะการอันส่วนตัวอันลูกหนี้จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้เอง ถ้าลูกหนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ได้เพราะตาย หรือพิการ หรืออาจเป็นเพราะการชำระหนี้ต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือขัดต่อศีลธรรมเหล่านี้ล้วนแต่ทำให้ไม่อาจมีการชำระหนี้หรือการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยทั้งสิ้น

การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย เป็นหลักกฎหมายซีวิลลอว์ ในคอมมอนลอว์ไม่มีหลักกฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอังกฤษถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาโดยเคร่งครัด กล่าวคือ คู่สัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญา่อมผิดสัญญา ต้องชดใช้ค่าเสียหายโดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่สัญญานั้นได้ทำผิดอะไรหรือไม่ แตกต่างจากซีวิลลอว์ซึ่งถือว่าคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบเมื่อตนมีส่วนต้องรับผิดชอบในการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ตามหลักที่ว่าไม่ต้องรับผิดชอบโดยไม่มี ความผิด นอกจากนั้นวิธีแก้ปัญหของ 2 ระบบกฎหมายก็แตกต่างกัน กล่าวคือ ซีวิลลอว์ ถือว่าการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการหลัก การชำระค่าเสียหายเป็นมาตรการรอง ส่วนคอมมอนลอว์ถือว่าการชำระค่าเสียหายเพราะผิดสัญญาเป็นมาตรการหลัก การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นข้อยกเว้น ซีวิลลอว์ถือว่าหากลูกหนี้ไม่อาจชำระหนี้ได้เพราะมีสิ่งภายนอกมาขัดขวาง ซึ่งลูกหนี้ไม่อาจป้องกันแก้ไขได้นั้น เป็นกรณีของเหตุสุดวิสัย ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่กรณีเช่นนี้คอมมอนลอว์ถือว่าเป็นเรื่องผิดสัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งจะต้องชดใช้ค่าเสียหายกันเป็นเงิน การชำระเงินไม่ถือว่าจะมีเหตุสุดวิสัยมาขัดขวางได้⁴

ตามซีวิลลอว์ โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้กล่าวถึงการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยไว้โดยละเอียด การพ้นวิสัยที่จะชำระหนี้อาจเกิดขึ้นตั้งแต่แต่แรก (initial impossibility) หรืออาจเป็นการพ้นวิสัยภายหลังที่เกิดขึ้นแล้ว (subsequent impossibility) นอกจากนั้นการพ้นวิสัยอาจเป็นการต่างๆ ไป และมีลักษณะเด็ดขาด ที่ใครๆก็ไม่อาจชำระหนี้ได้ ซึ่งเป็นการพ้นวิสัยตามภาวะวิสัย (objective impossibility) ซึ่งเป็นการพ้นวิสัยเกี่ยวกับสิ่งที่ต้องทำเพื่อชำระหนี้นั่นเอง หรืออาจเป็นการพ้นวิสัยซึ่งไม่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สิน แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสามารถชำระหนี้ การขาดคุณสมบัติของลูกหนี้อันเป็นเรื่องเฉพาะตัวของลูกหนี้เอง ซึ่งเป็นการพ้นวิสัยตามอัตวิสัย

⁴ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.110.

(subjective impossibility) ก็ได้ซึ่ง ในกรณีหลังนี้มีลักษณะไปในทางที่ลูกหนี้ไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ ถ้าไม่ใช่เป็นกรณีของสัญญาซึ่งลูกหนี้ต้องชำระเป็นส่วนตัว อาจไม่ใช่เรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยโดยแท้ก็ได้⁵

ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้โดยที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ เมื่อเกิดกรณีเหตุสุดวิสัยในการชำระหนี้ เพราะคำว่าเหตุสุดวิสัย (la force majeure) เป็นคำที่ตรงข้ามกับคำว่า ความผิด (la faute) เมื่อเป็นเหตุสุดวิสัยก็ไม่มี ความผิดอยู่ พฤติการณ์ที่เข้าลักษณะเป็นเหตุสุดวิสัยในการชำระหนี้ได้ต้องมีลักษณะทั้ง 3 ประการ คือ 1) เป็นพฤติการณ์ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงป้องกันได้ (irresistible) 2) เป็นพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นโดยคาดเห็นไม่ได้ (unforeseeable) และ 3) เป็นพฤติการณ์ที่อยู่ในเงื่อนไขว่าจะต้องมีลักษณะเกิดขึ้นนอกขอบเขตที่ลูกหนี้จะตอบโต้ได้หรือไม่อาจเอาชนะได้ (insurmountable)⁶

นอกจากนี้ การชำระหนี้ไม่ได้เพียงชั่วคราว ก็ไม่ใช่กรณีของการพันธวิสัย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 521/2488 ผู้ทำสัญญาขายที่ดินยังอาจโอนที่ดินให้ผู้ซื้อได้ แต่อยู่ในระหว่างเวนคืนที่ดิน มีการห้ามโอนที่ดินชั่วคราวหรือยังโอนไม่ได้เพราะติดขัดเรื่องการรังวัดที่ดิน และในบางกรณีที่มีการชำระหนี้แม้จะไม่เป็นการพันธวิสัยโดยเด็ดขาด แต่การชำระหนี้จะต้องเสียค่าใช้จ่ายหรือมีความยุ่งยากลำบากเกินส่วนของประโยชน์ที่จะได้รับการชำระหนี้ ก็อาจถือได้ว่าการชำระหนี้นั้นกลายเป็นพันธวิสัยเช่นกัน เช่น ผู้ขายทำเพชรตกลงไปในแม่น้ำในขณะที่จะนำเพชรไปส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ เพชรเม็ดนั้นมีคุณสมบัติพิเศษ มีไขเพชรทั่วๆ ไป จะถือว่าการส่งมอบเพชรกลายเป็นพันธวิสัยโดยสิ้นเชิงเพราะเพชรสูญหายไปแล้วก็ไม่ชัดเจนนัก เนื่องจากเพชรยังคงอยู่ในแม่น้ำ หากค้นหาเพชรเม็ดนั้นก็อาจทำได้แต่การกระทำเช่นนั้นย่อมต้องใช้ค่าใช้จ่ายเกินส่วนมาก จึงต้องถือว่าเป็นกรณีการพันธวิสัยเช่นกัน รวมไปถึงกรณีที่ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ไม่อาจกล่าวได้ว่าเกินส่วนไปมาก เพียงแต่มากกว่าที่ลูกหนี้ได้คาดคิดมาก่อน ซึ่งลูกหนี้ไม่อาจอ้างว่าเป็นการพันธวิสัยได้นั้น ในบางกรณีการเรียกร้องให้ชำระหนี้เช่นนั้นอาจกลายเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตก็ได้ แต่อย่างไรก็ดีถ้าค่าใช้จ่ายของลูกหนี้มากเกินสมควร มีไขเพียงต้นทุนการผลิตที่สูงขึ้นตามธรรมดา หากแต่แพงขึ้นเป็นพิเศษจนทางการค้าถือว่าเป็นไปไม่ได้ ในบางประเทศถือว่าเป็นกรณีการพันธวิสัยทางเศรษฐกิจ (economic impossibility) ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ได้เหมือนกัน เช่น ผู้ทำสัญญาขายปลาแซลมอน ไม่อาจหา

⁵ เฟิงอ๋าง., น.112.

⁶ จิต เศรษฐบุตร์, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.) น. 29.

ปลาชนิดนั้นมาส่งได้ เพราะแหล่งผลิตถูกทำลายโดยสงคราม หรือผู้ขายสินค้าบางอย่างที่หาได้ยากในระหว่างสงคราม และสินค้าถูกทางราชการยึดไป ไม่อาจหาจากที่อื่นได้ในราคาตลาด

4.1.3 การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยกับเหตุสุดวิสัย (Force Majeure)

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย หมายถึง การชำระหนี้ที่ไม่อาจกระทำได้อีกแล้ว ซึ่งอาจเกิดได้จากเหตุการณ์กระทำของบุคคลทั้งลูกหนี้ เจ้าหนี้ และบุคคลภายนอกก็ได้ หรืออาจเกิดจากเหตุสุดวิสัย หรืออุบัติเหตุก็ได้ ส่วนเหตุสุดวิสัยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 ได้บัญญัติไว้ว่า “เหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็จะต้องให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่มีใครจะอาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสพหรือใกล้จะต้องประสพ จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น” ซึ่งเหตุสุดวิสัยนี้อาจจะเป็นเหตุที่เกิดจากธรรมชาติโดยแท้ เช่น ฝนตก น้ำท่วม แผ่นดินไหว ไฟป่า เป็นต้น หรืออาจเกิดจากอุบัติเหตุที่มีมนุษย์เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยแต่ป้องกันไม่ได้ก็ได้ ดังนั้น การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยกับเหตุสุดวิสัยนั้นมีความต่างกัน โดยจะเห็นได้ว่าการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยเป็นผล ส่วนเหตุสุดวิสัยนั้นเป็นเหตุและการปฏิบัติชำระหนี้เป็นพันธวิสัยนั้นอาจเกิดจากเหตุสุดวิสัยก็ได้หรือมิใช่เหตุสุดวิสัยก็ได้ ดังนั้นอาจจะสรุปลักษณะของเหตุสุดวิสัย⁷ ได้ว่า

1. เป็นเหตุการณ์พิเศษ
2. เป็นเหตุการณ์ที่ป้องกันไม่ได้ หลีกเลี่ยงไม่ได้
3. เป็นเหตุการณ์ที่เอาชนะไม่ได้
4. อาจเป็นเหตุการณ์ที่คาดหมายได้หรือคาดหมายไม่ได้ก็ตาม

เหตุสุดวิสัยจะทำให้การชำระหนี้ของลูกหนี้ตกเป็นอันพันธวิสัย คือเป็นไปไม่ได้หรือไม่อยู่ในวิสัยที่ลูกหนี้จะชำระได้ ซึ่งโดยปกติเหตุสุดวิสัยจะเป็นเหตุที่ตัดความรับผิดชอบของลูกหนี้ เพราะการไม่ชำระหนี้และที่ตัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในองค์ประกอบเรื่องจงใจประมาทเลินเล่อด้วยเช่นกัน⁸ ดังนั้น เหตุสุดวิสัยจึงมีความกว้างมากกว่าการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยเพราะเกี่ยวข้องกับมูลหนี้อื่นด้วย แต่การชำระหนี้พันธวิสัยอันเกิดแต่เหตุสุดวิสัยนั้นจะนำมาพิจารณาความรับผิดชอบของลูกหนี้เฉพาะกรณีที่ลูกหนี้ไม่ผิดเท่านั้น เพราะเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้เพราะเหตุสุดวิสัยย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าลูกหนี้ไม่ผิด โดยหลักจึงให้ลูกหนี้รับผิดชอบไม่ได้ เว้นแต่การชำระหนี้พันธวิสัยเพราะเหตุสุดวิสัยของลูกหนี้เกิดในระหว่างผิดนัด ซึ่งถือว่าลูกหนี้ผิดตั้งแต่ผิดนัดแล้ว ลูกหนี้จึงต้องรับผิดชอบ⁹

⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว* เชียงธรรมที่ 3, น.220.

⁸ เพิ่งอ้าง.

⁹ เพิ่งอ้าง., น.221.

นอกจากนี้เหตุสุดวิสัย ก็มิได้ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเสมอไป อาจเป็นเพียงทำให้การชำระหนี้ขณะนั้นทำไม่ได้เพียงช่วงเวลา ทำให้การชำระหนี้ล่าช้าเท่านั้น แต่ไม่พ้นวิสัยก็ได้ เช่น มีหนี้ต้องส่งมอบสินค้าในวันที่ 10 มกราคม ปรากฏว่าเกิดเหตุน้ำท่วมฉับพลันไม่สามารถส่งมอบสินค้าได้ตามกำหนด การที่เกิดเหตุน้ำท่วมฉับพลันก็เป็นเหตุสุดวิสัย แต่ก็มีผลเพียงทำให้ไม่อาจส่งมอบสินค้าได้ตามกำหนดเท่านั้น แต่การชำระหนี้ยังคงต้องกระทำอยู่ ยังไม่พ้นวิสัย เมื่อน้ำท่วม ลูกหนี้ก็มีหน้าที่ต้องไปชำระหนี้อยู่นั่นเอง¹⁰

4.1.4 วิกฤติทางเศรษฐกิจกับการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย

แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐานเดียวกันมาตลอดว่า การเกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจแล้วส่งผลกระทบต่อลูกหนี้ตามสัญญาเป็นเพียงการพ้นวิสัยทางเศรษฐกิจเท่านั้น มิใช่การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยที่จะทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหน้าที่ของตนตามสัญญา

อย่างไรก็ดีผู้เขียนขอแนะนำเสนอผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจครั้งสำคัญของประเทศไทยเมื่อปี 2540 หรือวิกฤติต้มยำกุ้ง ที่แม้จะผ่านมาแล้วกว่าสองทศวรรษก็ยังคงทิ้งร่องรอยให้ศึกษาเพื่อค้นหาวิธีการแก้ปัญหาและป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์เช่นเดิมอีก ดังนี้

บริษัท อาคารสารญูนีค จำกัด เป็นหนึ่งในผู้ประกอบการธุรกิจอสังหาริมทรัพย์รายใหญ่ของไทย ที่ได้รับผลกระทบอย่างใหญ่หลวงจากการเกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจในครั้งนั้น หนึ่งในผลงานของบริษัทดังกล่าวนี้คือ “อาคารสารญูนีค” ปัจจุบันคือตึกร้างสูงระฟ้าตั้งอยู่ใจกลางกรุงเทพมหานคร ทั้งเขตบางรัก สาทร และมีสถานีรถไฟฟ้า BTS อยู่ห่างออกไปเพียงเล็กน้อยเท่านั้น นอกจากนี้ตึกร้างแห่งนี้ยังตั้งอยู่ใกล้จุดขึ้นลงทางด่วนชั้นที่สอง ชั้นบนสุดของตึกสามารถรับชมทัศนียภาพที่สวยงามของคู่้งน้ำเจ้าพระยาแม่น้ำสายหลักของกรุงเทพมหานครได้กว้างกว่า 180 องศา



ภาพที่ 4.1 อาคารสารญูนีค

¹⁰ สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555,) น.134.

ที่มาของอาคารสาธตยูนิคเกิดขึ้นมาตั้งแต่วิกฤติเศรษฐกิจปีพ.ศ. 2540 โดยอาคารสาธตยูนิค เป็นตึกของโครงการสาธตยูนิคแต่เดิมถูกพัฒนาให้เป็นคอนโดมิเนียมพักอาศัย โดยเป็นคอนโดมิเนียมในยุคที่อาคารพักอาศัยแนวสูงเริ่มเฟื่องฟูในประเทศไทย โครงการดังกล่าวเป็นโครงการของบริษัทสาธต ยูนิค จำกัด โดยมี ผศ.รังสรรค์ ต่อสุวรรณ นักธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ชาวไทย ที่เป็นทั้งนักสถาปนิก อดีตอาจารย์และอดีตหัวหน้าภาควิชาสถาปัตยกรรม คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นผู้พัฒนาและเป็นสถาปนิกในโครงการนี้ด้วย โดยบริษัทได้ลงทุนซื้อที่ดินแปลงหนึ่งซึ่งเป็นที่ตั้งของโครงการนี้แล้วดำเนินการขอสินเชื่อจากบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ไทยแมกซ์ ในวงเงินตามสัญญาจำนวนทั้งสิ้น 660 ล้านบาท วิธีปฏิบัติทางการค้าของบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ ภายใต้กฎหมายเครดิตฟองซิเอร์ในสมัยนั้นก็จะต้องบังคับให้บริษัทผู้พัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์ ให้ทำการตลาดทันที คือ ขายห้องชุดให้กับประชาชนคนทั่วไปก่อน ที่เรียกกันว่า pre-sale โดยจะต้องเก็บเงินดาวน์และค่างวดตามที่กำหนดไว้ โดยโครงการสาธตยูนิคสามารถขายห้องชุดได้มากกว่า 90% ภายในระยะเวลาเพียงไม่กี่เดือน อีกทั้งการผ่อนชำระของลูกค้าโครงการก็ถือว่าอยู่ในระดับสูงมากด้วยเช่นกัน คือประมาณ 50% ของราคาห้องชุดทั้งหมดด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าโครงการสาธตยูนิคประสบความสำเร็จทางการตลาดเป็นอย่างมาก¹¹ และเมื่อโครงการมีลูกค้าจองซื้อ ทางบริษัทก็จะนำเงินของลูกค้าและของบริษัทมาลงทุนเป็นค่าก่อสร้างอาคาร เมื่อทางบริษัทชำระค่าก่อสร้างเป็นงวดๆ ทางสถาบันการเงินก็จะปล่อยเงินกู้สมทบเข้าไปเช่นกัน ซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับโครงการอื่นๆ ในสมัยนั้น จะเห็นได้ว่าโครงการสาธตยูนิคได้ดำเนินการก่อสร้างมากกว่า 90% ของทั้งโครงการแล้ว ตามที่ปรากฏตั้งตระหง่านเห็นกันได้โดยทั่วไป คือเหลือแต่เพียงโครงสร้างปิดหลังคาโดมเท่านั้น ทั้งนี้ การก่อสร้างดำเนินไปมากกว่าที่รับวงเงินกู้มาจากสถาบันการเงินเสียอีก คือบริษัทได้รับเงินกู้ตามสัญญาเพียง 440 ล้านบาท หลังจากนั้นก็เกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจขึ้นในปีพ.ศ.2540 บรรดาสถาบันการเงินหรือที่เรียกว่าบริษัทไฟแนนซ์ทั้ง 56 แห่ง ซึ่งบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ไทยแมกซ์เป็นหนึ่งในนั้นได้ถูกปิดลงโดยคำสั่งของรัฐบาลไทย

¹¹ พรณิษฐ์ ต่อสุวรรณ, “2 ทศวรรษตึกร้างสาธตยูนิค วิกฤติกรรมจากมาเพียงใหญ่ชื่อ ‘รัฐไทย,’” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2561, จาก https://www.prachachat.net/news_detail.php=1442838409.



ภาพที่ 4.2 ความก้าวหน้าในการสร้างอาคารสาธัญนิค

หลังจากวิกฤติเศรษฐกิจในครั้งนั้น นักธุรกิจผู้ประกอบการการค้าระดับกลางและรายเล็กจำนวนมากก็ต้องสูญเสียธุรกิจของตนเอง สำหรับอาคารสาธัญนิคนั้น การต่อสู้บนศาลอาศัยระยะเวลาที่ยาวนานจนกระทั่งสภาพทางเศรษฐกิจได้เปลี่ยนแปลงไป ระยะเวลาเกือบสองทศวรรษทำให้ราคาค่าก่อสร้างถีบตัวสูงขึ้นไปหลายเท่า การที่บริษัทจะหาเงินลงทุนก่อสร้างต่อเพื่อจะสามารถโอนห้องชุดให้กับลูกค้าที่จองซื้อไว้แต่แรกในอัตราเฉลี่ยตารางเมตรละ 25,000 บาทจึงเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้เลย นายพรณิษฐ์ ต่อสุวรรณ ให้สัมภาษณ์ไว้ว่า

“การพัฒนาหรือสร้างต่อโดยบริษัทตนเอง เป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้เลย เนื่องจากการลงทุนและค่าก่อสร้างจะต้องใช้เงินอย่างน้อย 1.2 พันล้านบาท เนื่องจากราคาซื้อขายเมื่อ 20 ปีที่แล้ว ตารางเมตรละ 25,000 บาท ลูกค้าจองไป 90% แล้ว ถ้าสร้างตึกนี้เสร็จและส่งมอบให้ทุกคนได้ตามสัญญาเดิมจะได้เงินมาแค่ 600 ล้านบาท ขณะที่ค่าก่อสร้างตึกในปัจจุบันให้แล้วเสร็จ จะต้องใช้เงินขั้นต่ำ 1.2 พันล้านบาท แล้วขณะนี้สถาบันการเงินที่ไหนจะให้กู้ทั้งๆที่รู้ว่าขาดทุนแน่ๆ”

ในระยะเวลาต่อมาบริษัท สาธัญนิค จำกัด ถูกฟ้องเป็นจำเลยให้ชำระหนี้แก่โจทก์ซึ่งเป็นลูกค้าของบริษัทสาธัญนิคจำกัด และมีคำพิพากษาในปี 2557 ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16469/2557 การชำระหนี้ที่ตกเป็นพันวิสัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 มีความหมายว่า ในเวลาที่คู่สัญญาก่อนหน้านั้น วัตถุประสงค์หนี้เป็นสิ่งที่สามารถชำระหนี้ได้ หากแต่มีพฤติการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นภายหลังจากก่อนหน้าเป็นเหตุให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้อย่างเด็ดขาดและเป็นการถาวรตลอดไป ลูกหนี้จึงจะหลุดพ้นจากหนี้ได้

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ จำเลยทำสัญญาจะขายอาคารชุดให้แก่โจทก์ โดยอ้างว่าในช่วงเวลาที่จำเลยกำลังก่อสร้างอาคารชุดสาทร ยูนิค ทาวเวอร์ จำเลยได้รับสินเชื่อจากบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ไทยเม็กซ์ จำกัด (มหาชน) บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ธนทรัพย์ จำกัด (มหาชน) และบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ธนไทย จำกัด (มหาชน) รวมเป็นเงินทั้งสิ้น 640,000,000 บาท แต่จำเลยได้รับสินเชื่อมาใช้ในการก่อสร้างอาคารชุด 440,000,000 บาท ส่วนอีก 200,000,000 บาท จำเลยไม่ได้รับสินเชื่อจากบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์เลย เนื่องจากกระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทยสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการของบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ธนทรัพย์ จำกัด (มหาชน) และบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ไทยเม็กซ์ จำกัด (มหาชน) ไว้ก่อน หลังจากนั้นได้มีพระราชกำหนดการปฏิรูปสถาบันการเงิน พ.ศ.2540 ออกใช้บังคับ เป็นเหตุให้จำเลยไม่สามารถขอรับสินเชื่อจากสถาบันการเงินเหล่านั้นมาใช้ในการก่อสร้างอาคารชุดได้ ถือได้ว่ามีพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ซึ่งจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ เป็นเหตุให้การชำระหนี้ตกเป็นอันพ้นวิสัย จำเลยยอมหลุดพ้นจากหนี้ที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดให้แก่โจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยต่อศาลนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้" แต่การชำระหนี้ที่ตกเป็นอันพ้นวิสัยตามมาตรานี้มี ความหมายว่า ในเวลาที่คู่สัญญาก่อนหน้านั้นวัตถุแห่งหนี้เป็นสิ่งที่สามารถชำระหนี้ หากแต่มีพฤติการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นภายหลังจากก่อนหน้าเป็นเหตุให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้อย่างเด็ดขาด และเป็นการถาวรตลอดไป ลูกหนี้จึงจะหลุดพ้นจากหนี้ได้ แต่ที่จำเลยฎีกาว่า การที่สถาบันการเงินที่ให้สินเชื่อแก่จำเลยถูกระงับไม่ให้ดำเนินกิจการ ส่งผลให้จำเลยไม่มีแหล่งทุนที่สนับสนุนให้จำเลยใช้ในการก่อสร้างอาคารชุดให้สำเร็จ แม้ความจริงจะเป็นดังที่จำเลยฎีกา แต่เหตุดังกล่าวไม่ใช่พฤติการณ์ที่ทำให้การก่อสร้างอาคารชุดของจำเลยตกเป็นอันพ้นวิสัย เป็นเพียงเหตุขัดข้องที่ทำให้จำเลยต้องแสวงหาแหล่งทุนแห่งใหม่ อันอาจทำให้จำเลยต้องเสียเวลาในการก่อสร้างอาคารชุดและเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นกว่าเดิม แต่ไม่ถึงกับเป็นอุปสรรคขัดขวางไม่ให้จำเลยก่อสร้างอาคารชุดอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า การที่สถาบันการเงินที่ให้สินเชื่อแก่จำเลยถูกปิดกิจการไม่เป็นพฤติการณ์ที่ส่งผลให้การก่อสร้างอาคารชุดตกเป็นอันพ้นวิสัย จำเลยไม่หลุดพ้นจากหนี้ที่ต้องสร้างอาคารชุดแล้ว โอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดให้แก่โจทก์

แม้คำพิพากษาข้างต้นจะยังไม่เชื่อมโยงกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ แต่เหตุการณ์ดังกล่าวก็มีสาเหตุจากผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจเช่นกัน อีกทั้งยังแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจในกรณีนี้มีได้ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้หรือเป็นพ้นวิสัย เพียงแต่การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรอย่างมาก แก่คู่สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเดิมอย่างเคร่งครัดแม้สภาวะการณ์แวดล้อมในขณะเข้า

ทำสัญญาจะเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นอย่างมาก กรณีดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนทั้งลักษณะของเหตุการณ์ การพิจารณาขอบเขต ความหมายและลักษณะของการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยตามมาตรา 219 และแนวทางการพิพากษาของศาลฎีกา

อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการยืนยันถึงแนวทางของคำพิพากษาของศาลฎีกาผู้เขียนได้รวบรวมประเด็นดังกล่าวเพิ่มเติม ดังจะกล่าวต่อไปนี้

กรณีการชำระหนี้ไม่ถึงกับกระทำไม่ได้โดยแน่แท้ เพียงแต่ว่าการชำระหนี้จะก่อให้เกิดความยุ่งยากหรือเพิ่มภาระแก่ลูกหนี้เกินกว่าที่ลูกหนี้คาดคิดไว้ หรือกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงมีผลให้ลูกหนี้ต้องใช้จ่ายในการชำระหนี้เพิ่มขึ้น ไม่ถือว่าเป็นการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยแต่อย่างใดไม่ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2125/2521 ผู้ที่ประมุขทำและขายส่งสุราเสนอให้ค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนแก่รัฐบาลเป็นจำนวนสูงมาก จะมาอ้างว่าปฏิบัติตามสัญญาแต่ขาดทุนการชำระหนี้จึงกลายเป็นพันธวิสัยหาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3506/2546 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า วิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจอาจทำให้ลูกหนี้บางคนไม่สามารถชำระหนี้ได้ตามปกติ แต่จะถือว่าเป็นพฤติการณ์ที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยตามมาตรา 219 เสียทีเดียวไม่ได้ ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป จำเลยจะอ้างวิกฤติทางเศรษฐกิจมาปลดปล่อยให้ตนหลุดพ้นจากการบังคับคดีหาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1678/2546 การประสบปัญหาทางการเงิน ไม่ถือเป็นเหตุสุดวิสัย ดังนี้ การที่จำเลยไม่สามารถชำระราคาสินค้าที่ซื้อจากโจทก์ เพราะผู้ซื้อสินค้านั้นต่อจากจำเลยประสบปัญหาทางการเงินไม่สามารถชำระหนี้ให้จำเลยได้นั้น หาเป็นเหตุสุดวิสัยอันจะทำให้จำเลยหลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 219 วรรคหนึ่งไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566/2551 การเกิดวิกฤติเศรษฐกิจทำให้ลูกหนี้ไม่มีเงินชำระหนี้เป็นเพียงการพันธวิสัยทางเศรษฐกิจ มิใช่การชำระหนี้เป็นพันธวิสัย

ดังนั้น จึงสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้กระทำไม่ได้ อย่างถาวรเท่านั้น การปฏิบัติการชำระหนี้ที่ยังอยู่ในวิสัยกระทำได้ เพียงแต่ก่อให้เกิดภาระเกินควรในอันที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้นในการชำระหนี้แก่คู่สัญญาหรือลูกหนี้เกินกว่าที่คู่สัญญาจะคาดหมายได้นั้น ไม่ถือเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย ที่จะทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิด คู่สัญญา ยังคงต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไป

4.1.5 ผลในทางกฎหมายของการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย

ผลในทางกฎหมายของการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย แบ่งพิจารณาได้ 2 กรณีด้วยกัน กล่าวคือ กรณีแรก การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยก่อนหรือขณะทำนิติกรรม ตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150¹² กล่าวคือ การใดที่ได้ตกลงไปเช่นนั้นไม่มีผลทางกฎหมายใดๆ เกิดขึ้น และกรณีที่สอง การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยภายหลังการทำนิติกรรม ผลในทางกฎหมายจะเป็นประการใดขึ้นอยู่กับว่าพฤติการณ์ที่เป็นสาเหตุนั้นใครเป็นฝ่ายต้องรับผิดชอบ ดังนี้

4.1.5.1 การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ

พฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ตามมาตรา 218¹³ นั้นจะต้องเป็นพฤติการณ์ที่เกิดจากการกระทำของลูกหนี้เอง หรือเกิดจากการกระทำของบุคคลที่อยู่ในความรับผิดชอบของลูกหนี้¹⁴ โดยมีลักษณะการใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือลูกหนี้มิได้ใช้ความสามารถอย่างเต็มที่เพื่อที่จะทำการปฏิบัติตามชำระหนี้ หรือเกิดจากพฤติการณ์ภายนอกซึ่งมีสาเหตุมาจากการกระทำของลูกหนี้เอง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาได้ว่าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย เนื่องมาจากพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ตามที่กล่าวไปข้างต้น จะเกิดผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง และเจ้าหนี้มีสิทธิปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ได้ในกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยบางส่วน และบางส่วนยังเป็นวิสัยที่จะชำระหนี้ได้นั้นเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 218 วรรคสอง นอกจากนี้เจ้าหนี้มีสิทธิไม่ปฏิบัติหน้าที่ชำระหนี้ตอบแทนให้แก่ลูกหนี้ได้ตามหลักของการชำระหนี้ในสัญญาต่างตอบแทนตาม

¹² มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันธวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

¹³ มาตรา 218 ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยจะทำได้เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบไซ้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อค่าเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้

ในกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยแต่เพียงบางส่วน ถ้าหากว่าส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้นั้นจะเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะไม่ยอมรับชำระหนี้ส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้นั้นแล้ว และเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้เสียทั้งหมดทีเดียวก็ได้

¹⁴ มาตรา 220 ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตนแห่งตนกับทั้งของบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้ นั้นโดยขนาดเสมอกับว่าเป็นความผิดของตนเองฉะนั้น แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนี้ด้วยไม่

มาตรา 369¹⁵ และมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 389¹⁶ ทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่ จะมีการทำสัญญากัน และไม่กระทบถึงสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 391¹⁷

4.1.5.2 การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้อง รับผิดชอบ

ลักษณะของพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ มาตรา 219¹⁸ กล่าวคือ ลูกหนี้ได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามระดับมาตรฐานที่กฎหมายได้ กำหนดไว้แล้ว หรือ ลูกหนี้ได้ใช้ความสามารถอย่างเต็มที่เพื่อให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว หรือ กรณีมีพฤติการณ์ภายนอกเข้ามาขัดขวางอันอาจเกิดจากเหตุสุดวิสัยตามมาตรา 8 ซึ่งเกิดจากภัย ธรรมชาติหรือเกิดจากบุคคลภายนอกเข้ามากระทำอันไม่มีสาเหตุจากตัวลูกหนี้เลย หรือกรณีการ ปฏิบัติการชำระหนี้เกิดขึ้นไม่ได้เพราะมีกฎหมายห้ามเด็ดขาด ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยที่ จะปฏิบัติได้ เช่นนี้ก็เป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ แม้จะเกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม

ผลในทางกฎหมายสำหรับกรณีนี้คือ เมื่อการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตาม มาตรา 219 ทันที

4.1.6 การตีความ การชำระหนี้เป็นพันวิสัย ตามมาตรา 219

การตีความ หรือ “interpretation” หมายถึงการค้นหาความหมายของกฎหมาย ที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจนแน่นอนหรือเคลือบแคลงสงสัย ซึ่งอาจแปลความหมายได้หลายทาง เพื่อให้ทราบ ถ้อยคำในกฎหมายมีความหมายอย่างไร อย่างไรก็ตาม ท่านอาจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ท่านเคย

¹⁵ มาตรา 396 ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่าย หนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด

¹⁶ มาตรา 389 ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอย่างใด อย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ไซ้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้

¹⁷ มาตรา 391 วรรคสี่ การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ไม่

¹⁸ มาตรา 219 ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้น ภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระ หนี้นั้น

ถ้าภายหลังที่ได้ก่อหนี้ขึ้นแล้วนั้น ลูกหนี้กลายเป็นคนไม่สามารถจะชำระหนี้ได้ไซ้ ท่านให้ถือเสมือนว่าเป็นพฤติการณ์ที่ทำให้การชำระหนี้ตกเป็นอันพันวิสัยฉะนั้น

อธิบายไว้ว่า การใช้กฎหมายนั้นต้องมีการตีความเสมอ แม้กฎหมายนั้นจะไม่กำกวมหรือชัดเจนแล้วก็ตาม¹⁹

เมื่อประเทศไทยได้ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) กฎหมายที่บัญญัติขึ้น ผู้ร่างกฎหมายจะต้องร่างกฎหมายให้สั้น กะทัดรัด และมีความหมายลึกซึ้ง ซึ่งบางครั้งก็อาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการใช้กฎหมายในทางปฏิบัติขึ้นมาได้ เพราะเมื่อนำมาอ่านทั้งประโยคอาจมีความหมายที่เคลือบคลุม สามารถแปลความหมายออกไปได้หลายทาง จึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาพิเคราะห์ตัวอักษรแห่งถ้อยคำของกฎหมายให้ได้ใจความว่าหมายถึงอะไร และเมื่อทราบความหมายของตัวอักษรที่เป็นถ้อยคำของกฎหมายได้อย่างถูกต้องกระจ่างชัดแล้ว ก็นำเอาตัวอักษรที่เป็นถ้อยคำของกฎหมายไปสู่การพิจารณา พิเคราะห์ถึงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ ประกอบกับการพิจารณาไปด้วย ดังนั้น การตีความที่กล่าวมา มิได้เป็นเพียงการพิจารณาตัวอักษรที่เป็นถ้อยคำของกฎหมายหรือความมุ่งหมาย หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายเพียงด้านใดด้านหนึ่งเท่านั้น แต่การตีความจะต้องพิจารณาพิเคราะห์ทั้งสองด้าน กล่าวคือพิจารณาทั้งด้านตัวอักษรที่เป็นถ้อยคำของกฎหมาย และความมุ่งหมายที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบการพิจารณาไปพร้อมๆ กันด้วย²⁰

ท่านรองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย ได้อธิบายการตีความไว้ว่า “เนื่องจากการตีความกฎหมายเป็นการค้นหาคำตอบสำหรับคดีข้อพิพาทระหว่างคน การตีความจึงต้องเกี่ยวกับคดีข้อพิพาทอยู่เสมอ ลักษณะเช่นนี้จึงเรียกว่า “ความเกี่ยวเนื่องกับคดีของการตีความ” ด้วยเหตุนี้จึงต้องวินิจฉัยให้เป็นธรรม คือให้เหมาะสมเหมาะสมกับคดี แต่ในขณะเดียวกันการตีความนั้นก็ต้องตีตามถ้อยคำของกฎหมายหรือต้องให้ความเป็นธรรมตามกฎหมายมิใช่ตามใจชอบ ดังนั้น การตีความจึงมีลักษณะพิเศษที่ต้องยึดกฎหมาย ไม่ทิ้งกฎหมายและยึดความยุติธรรมในขณะเดียวกันด้วย”²¹

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น จึงก่อให้เกิดหลักของการตีความที่สำคัญ 2 ประการคือ²²

¹⁹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552,) น.341.

²⁰ รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2555), น.98.

²¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2551), น.175.

²² ปรีดี เกษมทรัพย์, “การใช้การตีความกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 15, น. 71-72 (ไตรมาส 1 2530).

1) ยึดมั่นในตัวบทกฎหมาย หรือความซื่อสัตย์ต่อกฎหมาย (Fidelity to Law) หมายความว่า จะไม่ละทิ้งกฎหมายในการสร้างคุณธรรม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่บิดเบือนกฎหมาย กฎหมายว่าอย่างไร ก็เป็นไปตามนั้น

2) แน่วแน่ในการเสาะแสวงหาความเป็นธรรม เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการตีความก็เพื่อให้ได้ผลที่เป็นธรรมกับตัวบทและเป็นธรรมกับเรื่องราวที่พิพาท ที่ว่าเป็นธรรมกับเรื่องราว หมายความว่าให้ตัดสินเหมาะสมกับคดี เป็นธรรมแก่คู่ความ และเป็นธรรมแก่ส่วนรวม สังคมหรือคนที่เกี่ยวข้องด้วย จึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างกว้างซึ่งจะต้องพิจารณาให้ละเอียดรอบคอบ

อย่างไรก็ดี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” จะเห็นได้ว่า การตีความมีหลักเกณฑ์ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ การตีความตามตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์

การตีความตามตัวอักษร คือการอธิบายหรือการค้นหาคำความหมายจากตัวหนังสือที่บัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายนั้น ๆ ส่วนการตีความตามเจตนารมณ์ คือการค้นหาคำความหมายของถ้อยคำในตัวบทกฎหมายจากความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ กล่าวคือ การที่จะหยั่งทราบความหมายของถ้อยคำในตัวบทกฎหมายว่ามีความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายว่ามีความประสงค์ที่จะใช้บังคับแก่กรณีใด

เมื่อประเด็นที่ต้องพิจารณามีอยู่ว่า ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนอย่างรุนแรง การออกกฎควบคุมอัตราแลกเปลี่ยนสถานะเงินเพื่อขึ้นรุนแรง มีผลให้มูลค่าของสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องชำระหนี้ และได้รับชำระหนี้ตอบแทนเพิ่มขึ้นหรือลดลงเป็นจำนวนมากเช่นนี้ สามารถตีความโดยอาศัยมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย ตามมาตรา 219 หมายความว่ารวมถึงกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ ผู้เขียนขออธิบาย ดังต่อไปนี้

เมื่อพิจารณามาตรา 219 ตามตัวอักษร คำว่า “การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย” ย่อมหมายถึง ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้สำเร็จได้ตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้เป็นการถาวร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การไม่สามารถชำระหนี้ได้อีกต่อไปแล้วเท่านั้น

แต่เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจที่กล่าวไปข้างต้น ทุกกรณียังคงอยู่ในวิสัยที่สามารถจะปฏิบัติการชำระหนี้ได้ เพียงแต่บางกรณีเกิดอุปสรรคทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้เพียงชั่วคราวหรือยังไม่แน่นอนว่าจะชำระหนี้ไม่ได้เท่านั้น เช่น การออกกฎควบคุมอัตราแลกเปลี่ยน การใช้นโยบายเพิ่มภาษีนำเข้า เป็นต้น ส่วนในบางกรณี เพียงแต่ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้หรือมูลค่าของสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องชำระหนี้ และได้รับชำระหนี้ตอบแทนเพิ่มขึ้นหรือลดลงเป็นจำนวนมากเท่านั้น เช่น ความผันผวนของอัตรา

แลกเปลี่ยน สภาวะเงินเฟ้อ เป็นต้น จะถือว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไปแล้ว ไม่ได้ เพราะโดยสภาพความเป็นจริง การปฏิบัติการชำระหนี้ยังคงกระทำได้อยู่เพียงแต่ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญาเท่านั้น ซึ่งท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวไว้ว่า “ว่ากันตามความหมายที่ถูกต้องแท้จริงแล้วหนี้เงินจะกลายเป็นพันธวิสัยไปไม่ได้ เพราะมีเงินหมุนเวียนเปลี่ยนมือกันใช้อยู่เสมอ ถ้าลูกหนี้ชวนขวยให้ตีก็มีทางหาเงินมาได้ ที่ไม่มีเงินใช้เป็นแต่อย่างหาไม่ได้ต่างหาก ไม่ใช่พันธวิสัยที่จะหาไม่ได้”²³

เมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของมาตรา 219 ที่ว่า “ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้” ย่อมแสดงให้เห็นว่า ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย เพราะพฤติการณ์ซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ส่งผลให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ นั้น เป็นการยืนยันว่าลูกหนี้จะรับผิดชอบในการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยก็เฉพาะเมื่อตนมีความผิดเท่านั้น เมื่อลูกหนี้ไม่ผิด ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ ในขณะที่การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยโดยพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ตามมาตรา 218 กลับมิได้บัญญัติให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ทั้งๆ ที่ทั้งสองมาตราล้วนเป็นกรณีการชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้เป็นเพราะเจตนารมณ์ความมุ่งหมายของมาตรา 219 ผู้ร่างกฎหมายมีความมุ่งหมายให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ทั้งหมดคือทั้งหนี้หลักและหนี้รอง โดยหนี้รองหมายถึงหนี้ที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนกรณีมาตรา 218 แม้ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหนี้หลัก แต่ก็ยังคงต้องชำระหนี้รองอันได้แก่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในทางกลับกัน เมื่อการชำระหนี้ไม่ถือเป็นการพันธวิสัยแล้วนั้น การจะให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ ซึ่งหากตีความว่า การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยหมายความว่ารวมถึงกรณีผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจ (ทั้งที่ในความจริงแล้วยังอยู่ในวิสัยที่จะชำระได้) มีผลให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ย่อมขัดต่อหลักสำคัญของการตีความ 2 ประการที่กล่าวไปข้างต้น ที่ว่า การตีความจะต้องยึดมั่นในตัวบทกฎหมาย ไม่บิดเบือนกฎหมาย และแน่นอนในการเสาะแสวงหาความเป็นธรรม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความและส่วนรวม ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า มีอาจใช้มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ในการตีความผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจให้กลายเป็นกรณีการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยตามมาตรา 219 ได้

²³ สุนทร มณีสวัสดิ์, อ้างถึงแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.133.

4.2 การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรต่อคู่สัญญา (hardship)

ตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา หรือที่เรียกว่า Hardship ตามหลักสัญญาทั่วไป มีความแตกต่างอย่างชัดเจนไปจากการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ หรือ force majeure อยู่หลายประการ ประการหนึ่งที่สำคัญคือ การปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญายังคงอยู่ในวิสัยที่กระทำได้ เพียงแต่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็เพราะค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้น หรือเป็นเพราะมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับชำระหนี้ตอบแทนมีมูลค่าลดลง

4.2.1 ลักษณะเหตุการณ์การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื่องจากหลักการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา หรือ hardship มิได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อีกทั้งยังไม่เคยปรากฏว่า ศาลไทยนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้แก่คดี ดังนั้น จึงไม่มีคำนิยามลักษณะของ hardship ที่เป็นกิจจะลักษณะทำให้เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นนักกฎหมายไทยจะมุ่งวิเคราะห์เพียงว่า เหตุการณ์ดังกล่าวมีลักษณะของการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้หรือการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย ตามมาตรา 219 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่แล้วจึงไปวิเคราะห์องค์ประกอบอื่นๆ ต่อไป ทั้งนี้ในความเป็นจริงแล้วยังปรากฏข้อเท็จจริงอีกเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เมื่อเกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจ ผลของมันย่อมส่งผลกระทบต่อปฏิบัติการชำระหนี้ทั้งในลักษณะการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้อีกต่อไปและการปฏิบัติการชำระหนี้ยังคงกระทำได้ เพียงแต่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา

หลักการ hardship มีความแตกต่างจากหลัก force majeure ในเรื่องผลทางกฎหมายโดยที่ hardship มิได้ก่อให้เกิดการยกข้อกล่าวอ้างในเรื่องการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ (ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อไปยังสิทธิในการเลิกสัญญาที่จะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป) ประกอบกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยพื้นฐานแล้วเป็นการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสัญญามิได้ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ในทางกายภาพเป็นพ้นวิสัย เพียงแต่อาจทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ภายใต้ข้อสัญญาที่ทำไว้แต่แรก ดังนั้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรม hardship จึงต้องการผลทางกฎหมายที่ยืดหยุ่นกว่า force majeure การขาดบทบัญญัตินิยามความหมายจึงเหมือนเป็นการไม่เปิดช่องให้ผู้ใ้กฎหมายได้นำความแตกต่างระหว่างสองหลักมาปรับใช้ได้ แต่กลับต้องยึดหลักในเรื่องการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยเท่านั้น ซึ่งการตีความการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 219 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ครอบคลุมไปถึงการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา (hardship) ก็ไม่ได้อีก

เช่นกันเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ว่า “ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ร่ากันว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้” ย่อมแสดงให้เห็นว่าถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ส่งผลให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ นั้น ในขณะที่มีการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยโดยพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ตามมาตรา 218 กลับมิได้บัญญัติให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ทั้งๆ ที่ทั้งสองมาตราล้วนเป็นกรณีการชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้เป็นเพราะเจตนารมณ์ ความมุ่งหมายของมาตรา 219 ผู้ร่างกฎหมายมีความมุ่งหมายให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ทั้งหมดคือทั้งหนี้หลักและหนี้รอง โดยหนี้รองหมายถึงหนี้ที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนกรณีมาตรา 218 แม้ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหนี้หลัก แต่ก็ยังคงต้องชำระหนี้รองอันได้แก่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในทางกลับกัน เมื่อการชำระหนี้ไม่ถือเป็นการพันธวิสัยแล้วนั้น การจะให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ นั้นจึงเป็นเหตุผลที่ว่าทำไมกรณีที่เกิดกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาวะเกินสมควรแก่คู่สัญญา (hardship) จึงควรมีผลที่ยืดหยุ่นกว่า การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ (force majeure) และจึงควรมีบทนิยามที่ชัดเจนเพราะหลักในเรื่องการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้

นอกจากนี้ การพิจารณากรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาวะเกินสมควรแก่คู่สัญญา (hardship) ยังอาศัยองค์ประกอบต่างๆ นอกเหนือไปจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติการชำระหนี้หนักเกินสมควร เช่น ตามมาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดว่า 1. จะต้องเป็นพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ 2. คู่สัญญาจะต้องไม่อาจคาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นได้ล่วงหน้าในขณะที่เข้าทำสัญญา 3. พิจารณาเรื่องการแบกรับความเสี่ยง ในขณะที่ UPICC กำหนดว่า 1. จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความเท่าเทียมกันของสัญญาอย่างเป็นนัยสำคัญ เนื่องจากค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระหนี้ของคู่สัญญามีมูลค่าสูงขึ้นหรือเนื่องจากมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับชำระหนี้มีมูลค่าลดลง 2. เหตุการณ์นั้นต้องเกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญา และอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ 3. คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบไม่อาจคาดหมายถึงเหตุการณ์นั้นได้ในขณะทำสัญญา และ 4. ความเสี่ยงภัยของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องไม่ใช่สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์สามารถสันนิษฐานได้ เป็นต้น แสดงให้เห็นว่ามีใช้ทุกกรณีที่ฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติการชำระหนี้หนักเกินสมควรแล้วจะสามารถยกเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อต้องการผลในทางกฎหมายได้เสมอไป การกำหนดบทนิยามที่ชัดเจนย่อมทำให้เห็นขอบเขตของหลักการดังกล่าวไม่เกิดปัญหาในการตีความและสร้างบรรทัดฐานเดียวกันให้แก่ผู้ใช้กฎหมาย โดยมีต้องผ่านการใช้หลักสุจริต ตามมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ยังอาจคลาดเคลื่อนไปได้ตามแต่การวิเคราะห์

ดังนั้น นอกจากจะควรมีการบัญญัติคำนิยามหรือถ้อยคำลงในกฎหมายไทยแล้ว ยังควรบัญญัติให้ชัดเจนและครอบคลุมองค์ประกอบของการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา (hardship) ด้วย กล่าวคือ 1. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสัญญาหรือความเท่าเทียมกันของสัญญาอย่างเป็นนัยสำคัญ 2. การคาดเห็นได้/การแบกรับความเสี่ยงของคู่สัญญา 3. ลักษณะของคู่สัญญาที่จะร้องขอสิทธิตามกรณีนี้ได้

4.2.2 เปรียบเทียบผลในทางกฎหมายของกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามหลักกฎหมายทั่วไป

ตามที่ศึกษาไปในบทที่ 2 ภายใต้หลักสัญญาทั่วไปเมื่อเกิดเหตุการณ์การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา (hardship) ขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่ (renegotiation) ได้โดยมุ่งหวังให้เกิดการปรับแก้ข้อสัญญา (adaptation) หรือยุติสัญญา (termination) และเมื่อไม่สามารถบรรลุความตกลงได้ในระยะเวลาที่เหมาะสม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีการปรับแก้ข้อสัญญาตามสภาวะการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป หรือให้ยุติสัญญาตามระยะเวลาและข้อตกลงที่กำหนดโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการ

4.2.2.1 สิทธิของคู่สัญญาในการร้องขอเจรจาใหม่

ผลประการหนึ่งเมื่อเกิดเหตุการณ์การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา (hardship) คือ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่โดยมุ่งหวังให้มีการปรับแก้ข้อสัญญา หรือยุติสัญญานั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้วพบว่าไม่มีบทบัญญัติในเรื่องใดที่รับรองหรือให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการร้องขอเจรจาใหม่แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อเกิดกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่ตน นั้นเป็นเพราะกฎหมายไทยยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญา อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ผู้เข้าทำสัญญาจะตกลงทำสัญญากับใครอย่างไรก็ได้เพียงแต่ต้องอยู่ในกรอบของ มาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁴ ซึ่งการร้องขอให้เจรจาใหม่เป็นเสมือนขั้นตอนก่อนการเริ่มทำสัญญา กล่าวคือ สัญญายังมีได้เกิดขึ้นจนกว่าคู่สัญญาจะยอมรับการเจรจาใหม่นั้น หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ การร้องขอเจรจาใหม่ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นเสรีภาพและความสมัครใจของคู่สัญญาฝ่ายที่เข้าร้องขอและฝ่ายที่รับการร้องขอให้เจรจาใหม่โดยเฉพาะ นั้นหมายถึงเมื่อไม่กำหนดไว้เป็นหน้าที่หรือสิทธิย่อมไม่มีผลต่อการฝ่าฝืนหน้าที่โดยตรงหรือผลต่อความสมบูรณ์(เงื่อนไข)ในการนำคดีขึ้นสู่ศาลต่อไปแต่อย่างใด

²⁴ มาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี การนั้นไม่เป็นโทษ

ในขณะที่หลักกฎหมายทั่วไป UPICC หรือ PECL ต่างกำหนดผลในทางกฎหมายของเหตุการณ์การปฏิบัติการณ์ชำระหนี้ก่อให้เกิดภาวะเกินสมควรแก่คู่สัญญา (hardship) แทบจะไม่มี ความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์จะต้องร้องขอต่อ คู่สัญญาอีกฝ่ายเพื่อเจรจาใหม่ด้วยเจตนาที่จะก่อให้เกิดการปรับเปลี่ยนข้อสัญญาหรือยุติสัญญานั้น นั้นหมายความว่ากฎหมายทั้งสองฉบับกำหนดให้การร้องขอให้เจรจาใหม่เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่ เสียประโยชน์ใน ซึ่งเมื่อเป็น “หน้าที่” ของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์แล้ว ย่อมมีหลักเกณฑ์ที่ต้อง ปฏิบัติและผลของการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามมา

เมื่อพิจารณาประเด็นผลต่อการฝ่าฝืนหน้าที่การเจรจาต่อรองใหม่ พบว่า ตามหลักกฎหมายทั่วไป UPICC มาตรา 2.15 อันเป็นหลักความสุจริตในขั้นตอนก่อนเกิดสัญญา บัญญัติไว้ว่า หากคู่สัญญาตกลงเข้าเจรจาใหม่ การเจรจาจะต้องกระทำโดยสุจริต หากการเจรจาหรือ ล้มเลิกการเจรจาเป็นในทางไม่สุจริต คู่สัญญานั้นต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่อีกฝ่าย ตัวอย่างการล้มเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริต เช่น รู้อยู่แล้วว่าไม่ได้ตั้งใจจะทำสัญญาหรือการให้ความ เชื่อมั่นกับอีกฝ่ายว่าจะทำสัญญาแน่นอนและฝ่ายนั้นเชื่อโดยสุจริต ต่อมาจึงล้มเลิกการเจรจา เป็นต้น ซึ่งความเสียหายในกรณีนี้จำกัดเฉพาะค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ที่เกิดขึ้นในระหว่าง การเจรจาเท่านั้นแต่ไม่รวมถึงความเสียหายที่เกิดจากการสูญเสียกำไรหรือความคาดหวังว่าจะได้กำไร ที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจจะได้รับการชดใช้เมื่อดำเนินการเจรจานั้นต่อไปด้วยความสุจริต ซึ่ง เป็นที่น่าสนใจว่า UPICC ได้มีการบัญญัติถึง หลักสุจริตในขั้นตอนก่อนเกิดสัญญา (ขั้นเจรจา) ในขณะที่ หลักสุจริตตามมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” หมายความว่าความตามมาตรา 5 มีความมุ่งหมายหรือมีวัตถุประสงค์ที่ว่า เมื่อมีนิติสัมพันธ์แล้วทุกคนมีความผูกพันกันทางกฎหมาย จะต้องมีความซื่อสัตย์และไว้วางใจซึ่งกันและกัน กล่าวคือ เมื่อบุคคลเข้ามาทำสัญญากันก็จะก่อให้เกิด มูลหนี้เกิดขึ้นซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิและอีกฝ่ายหนึ่งจะมีหน้าที่ หลักสุจริตตามมาตรา 5 จะใช้ เมื่อมีบุคคลผูกพันทางกฎหมายมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ซึ่งทำให้เกิดมูลหนี้ที่จะก่อให้เกิดสิทธิและ หน้าที่ระหว่างคู่สัญญา แต่หากยังไม่เกิดสัญญา ยังไม่มีการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ความผูกพันระหว่าง คู่สัญญาก็ยังไม่เกิดขึ้น เพราะสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ ดังนั้น หลักสุจริตตามมาตรา 5 จึงมุ่งเฉพาะ คู่สัญญาที่จะมีการใช้สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันเท่านั้น²⁵ ซึ่งตามที่กล่าวไปข้างต้น การร้องขอให้เจรจา ใหม่เป็นเสมือนขั้นตอนก่อนการเริ่มทำสัญญา แม้คู่สัญญาเข้าเจรจาโดยไม่สุจริตก็ไม่ถือว่าเป็นการฝ่า ฝืนการเจรจาใหม่ จึงไม่อาจนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในขั้นตอนการเจรจาใหม่ได้ อย่างไรก็ตาม มิได้

²⁵ รัฐสิทธิ์ ศุรุสุวรรณ, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : นิติ ธรรม, 2555), น.230-231.

หมายความว่า การเจรจาโดยไม่สุจริตของคู่สัญญาจะไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด ดังจะกล่าวต่อไปนี้

เราสามารถนำหลักความรับผิดเรื่องละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี แก่อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” มาปรับใช้ในการร้องขอให้เจรจาใหม่ของคู่สัญญาอันเป็นขั้นต้นก่อนเกิดสัญญาได้ กล่าวคือ หากคู่สัญญาเข้าเจรจาท่อกันโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อจนทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย ก็อาจต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น เช่น การเข้าเจรจาโดยข่มขู่หรือทำกลฉ้อฉล เป็นต้น อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาจะมีความรับผิดทางละเมิดเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ซึ่งในบางครั้งการล้มเลิกการเจรจาหรือการไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินการ เช่นนี้แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตแต่ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย คู่สัญญาก็ไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าทดแทนเพื่อความเสียหาย

นอกจากนี้ หน้าที่ในการเจรจาใหม่ของคู่สัญญา UPICC ได้กำหนดจุดมุ่งหมายของการเจรจาใหม่ไว้ว่าจะต้องเป็นการมุ่งให้เกิดการปรับแก้สัญญา หรือเพื่อยุติสัญญานั้นเสีย ซึ่งหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถบรรลุการปรับแก้สัญญาใหม่กันได้ หรือหากไม่สามารถปรับแก้ได้ก็ตกลงกันให้เลิกสัญญา ทั้งสองกรณีจะเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่คู่สัญญาสมัครใจตกลงกำหนดผลของสัญญาขึ้นเอง โดยไม่ต้องพิจารณาถึงสิทธิตามกฎหมายหรือผลตามกฎหมายในกรณีอื่น แต่หากการเจรจาใหม่นั้นไม่ประสบผลสำเร็จ UPICC ก็กำหนดผลในทางกฎหมายรับรองเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ดังจะกล่าวถึงต่อไป ในทางกลับกัน เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนอกจากจะไม่มีบทบัญญัติถึงหน้าที่ในการเจรจาใหม่ของคู่สัญญาในบทมาตราใดแล้ว ย่อมแสดงว่า การเจรจาใหม่ การตกลงปรับแก้ข้อสัญญา หรือการยุติสัญญา เป็นสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญา โดยแท้ที่จะไม่ถูกแทรกแซงโดยศาล ดังนั้นการเจรจาใหม่ไม่ประสบผลสำเร็จ ไม่สามารถปรับแก้ข้อสัญญาระหว่างกันได้หรือการยุติสัญญาก็ไม่อาจจะตกลงกันได้ คู่สัญญาก็จะต้องนำเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่ศาลเพื่อร้องขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดแล้วจะก่อให้เกิดผลประการใด ผู้เขียนจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดหน้าที่ร้องขอให้เจรจาใหม่ของคู่สัญญา เมื่อเกิดเหตุการณ์การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา เป็นสิ่งที่ควรกระทำ เพราะจุดประสงค์ของการเจรจาใหม่คือการสนับสนุนให้คู่สัญญาแก้ปัญหาด้วยตนเองก่อนและผลที่เกิดจากการเจรจาใหม่ย่อมเป็นไปตามที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายประสงค์ การกำหนดหน้าที่ร้องขอให้เจรจาใหม่จึงเปรียบเสมือนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่อาจเป็นการลดปริมาณการนำคดีขึ้นสู่ศาลได้

4.2.2.2 การเลิกสัญญาและอำนาจของศาลในการปรับแก้สัญญา

การเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้กระทำ ได้ 3 วิธีด้วยกัน คือ วิธีแรกเป็นการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีเจตนาพร้อมกันในสัญญาที่ตนทำขึ้น สิ้นสุดลงด้วยเหตุผลบางประการที่เห็นพ้องต้องกัน จึงตกลงกันเลิกสัญญา วิธีที่สองคือการบอกเลิก สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการเลิกสัญญาจึงทำเป็นคำเสนอขอเลิกสัญญาส่งไปคู่สัญญาอีกฝ่าย หากเห็นพ้องต้องกันคู่สัญญาฝ่ายนั้นก็จะสนองรับกลับมาให้สัญญาเป็นอันเลิกกัน และวิธีสุดท้าย คือการบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำต้อง เห็นพ้องด้วย ซึ่งวิธีสุดท้ายนี้คู่สัญญาฝ่ายที่จะขอเลิกสัญญาต้องมีสิทธิ ตามที่จะกล่าวถึงต่อไป

อย่างไรก็ดี เมื่อการร้องขอให้เจรจาใหม่ของคู่สัญญาโดยมีความมุ่งหวังที่ จะปรับแก้ข้อสัญญาหรือยุติสัญญานั้นประสบผลสำเร็จไม่ว่าจะด้วยการปรับแก้ข้อสัญญาก็ดี หรือด้วย การยุติสัญญาก็ดี ผลของสัญญาจะเป็นไปตามที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกัน แต่หากการเจรจาใหม่นั้น ไม่ประสบผลสำเร็จ กล่าวคือ คู่สัญญาไม่อาจหาวิธีการปรับแก้ข้อสัญญาได้หรือตกลงที่จะยุติสัญญากัน ก็ไม่อาจทำได้เช่นนี้การยุติสัญญาจะกระทำได้โดยมีบทบัญญัติใดรองรับ เมื่อศึกษาเรื่องการระงับของ สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) การเลิกสัญญาเมื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาวะเกิน สมควรแก้สัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า หากการบอกเลิกสัญญาเป็นการบอกเลิก โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว คู่สัญญาฝ่ายที่จะขอเลิกสัญญาต้องมี “สิทธิ” ที่รองรับใน การเลิกสัญญา ซึ่งสิทธิในการเลิกสัญญาอาจมีที่มาจาก ข้อสัญญา คือ ได้มีการระบุไว้ในสัญญาที่ทำว่า ถ้ามีการผิดสัญญาหรือมีการไม่ชำระหนี้เป็นอย่างหนึ่งของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ก็ให้อีกฝ่ายมีสิทธิที่จะ เลิกสัญญาได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 6239/2551 การที่ผู้เช่าบอกเลิกสัญญาเช่าโดยไม่มีเหตุที่มาจาก ข้อสัญญาหรือบทบัญญัติของกฎหมาย สัญญาจึงไม่ระงับ เมื่อผู้เช่าไม่ชำระค่าเช่า ผู้เช่าจึงเป็นฝ่ายผิด สัญญา ผู้ให้เช่ามีสิทธิฟ้องเรียกค่าเช่าที่ค้างชำระก่อนครบกำหนดสัญญาเช่าได้แม้ผู้เช่าจะขนย้าย ทรัพย์สินออกจากที่เช่าก่อนครบกำหนดก็ตาม อย่างไรก็ตาม สิทธิเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ใน สัญญาเดิมที่ก่อหนี้ จะทำสัญญากันใหม่ภายหลังกำหนดสิทธิเลิกสัญญาก็ได้ หรือบทบัญญัติของ กฎหมาย คือ ในกรณีที่ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาเป็นการเฉพาะว่าถ้ามีการผิดสัญญาของฝ่ายหนึ่ง ให้อีก ฝ่ายหนึ่งเลิกสัญญาได้ก็ตาม สิทธิในการเลิกสัญญาที่อาจเกิดขึ้นได้จากบทบัญญัติของกฎหมาย

1 สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่ออีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ ตามมาตรา 387

มาตรา 387 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายจะ กำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่าย นั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไว้ อีกฝ่ายจะเลิกสัญญาเสียก็ได้” ซึ่งสิทธิตามมาตรา

สามารถใช้ได้ทั้งกับการชำระหนี้ที่มีกำหนดเวลาและการชำระหนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลา กล่าวคือ กรณีที่ การชำระหนี้มีกำหนดเวลา แต่เวลาในการชำระหนี้ไม่ใช่สาระสำคัญ เมื่อถึงเวลาที่กำหนด ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาทันทียังไม่ได้ เจ้าหนี้จะต้องกำหนดระยะเวลาตามสมควรระยะเวลาหนึ่ง แล้วให้ลูกหนี้ชำระภายในกำหนดระยะเวลาเวลานั้นก่อน หากลูกหนี้ยังไม่ชำระ เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเมื่อมีสิทธิแล้วเจ้าหนี้จะใช้สิทธินั้นหรือไม่ก็ได้ ส่วนกรณีที่การชำระหนี้ไม่มีกำหนดเวลา แต่เจ้าหนี้ได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ก็ยังไม่ชำระหนี้ กรณีนี้แม้เจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ก็เป็นแต่เพียงเตือนให้ลูกหนี้ทราบว่าตนต้องชำระหนี้แล้ว ยังไม่ถือเป็นการบอกกล่าวเจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาทันทียังไม่ได้ จะต้องกำหนดระยะเวลาตามสมควรก่อนและให้ลูกหนี้ชำระภายในกำหนดนั้น หากลูกหนี้ยังไม่ชำระอีกเจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญา

อย่างไรก็ดี การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ ตามความหมายของ มาตรา 387 ย่อมหมายถึงการไม่ชำระหนี้สิ้นเชิงหรือบางส่วนก็ได้ และไม่ว่าจะเป็นการชำระหนี้หรือหนี้ อุปกรรม เช่น ดอกเบี้ยก็ได้²⁶

2 สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ตามเวลาในกรณีที่เวลาเป็นสาระสำคัญ ตามมาตรา 388

มาตรา 388 บัญญัติว่า “ถ้าวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนด ก็ดี หรือภายในเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดี และกำหนดเวลาหรือระยะเวลาอันนั้นได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไซ้ ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มีพักต้องบอกกล่าวดังว่าไว้ในมาตราก่อนนั้นเลย”

การที่เจ้าหนี้จะมีสิทธิเลิกสัญญาตามมาตรานี้ได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ นั้น จะต้องเป็นกรณีที่การชำระหนี้ตามเวลาเป็นสาระสำคัญโดยสภาพของการชำระหนี้ตนเองหรือโดยเจตนา สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ การกำหนดเวลาในการชำระหนี้ไว้ มิได้หมายความว่าเวลาในการชำระหนี้จำเป็นต้องเป็นสาระสำคัญ²⁷ อันจะส่งผลให้การไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ตามเวลาก่อให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาแก่เจ้าหนี้ ส่วนการบอกเลิกสัญญาตามมาตรานี้โดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อนนั้นมิได้หมายความว่าไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญาหมายความว่าเพียงเจ้าหนี้ไม่ต้องกำหนดเวลาแล้วบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระก่อนเหมือนมาตรา 387

²⁶ จิตติ ติงศัทพ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, น.96.

²⁷ ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), น.435.

เท่านั้น แต่หากเจ้าหนี้ต้องการให้สัญญาเลิก เจ้าหนี้ยังคงต้องใช้สิทธิบอกสัญญา เพราะบทบัญญัติใน มาตรานี้ก่อให้เกิดเฉพาะ “สิทธิ” ในการบอกเลิกสัญญาเท่านั้น มิใช่สัญญาจะเลิกกันโดยอัตโนมัติ

3. สิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยโดยโทษ
ลูกหนี้ได้ตามมาตรา 389

มาตรา 389 บัญญัติว่า “ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน กลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ไซ้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้” การพันวิสัยในความหมายของมาตรานี้ หมายถึงการชำระหนี้ตามสัญญานั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะ กระทำได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และที่การชำระหนี้ไม่อยู่ในวิสัยที่กระทำได้ต้องเป็นความผิด ของลูกหนี้เท่านั้น ดังนั้น ถ้าการชำระหนี้เป็นพันวิสัยโดยลูกหนี้ไม่ได้แต่โทษเจ้าหนี้ได้ หรือโทษใคร ไม่ได้เลยเพราะเป็นเหตุสุดวิสัย เช่นนี้เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรานี้ ข้อสังเกตประการ หนึ่งของมาตรา 389 คือ การที่เจ้าหนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะการชำระหนี้เป็นพันวิสัยโดยโทษ ลูกหนี้ได้นี้ เจ้าหนี้จะต้องใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาด้วย หากเจ้าหนี้ไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาสัญญาก็ยัง ไม่เลิกแม้การชำระหนี้จะพันวิสัยก็ตาม²⁸

สำหรับผลในการเลิกสัญญาย่อมเป็นไปตามมาตรา 391²⁹ กล่าวคือ ให้คู่สัญญาได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่จะทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่และไม่ กระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย นอกจากนี้มาตรา 392³⁰ ยังบัญญัติให้การชำระหนี้ของ คู่สัญญาอันเกิดแต่การเลิกสัญญาเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 369 ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิไม่ชำระ หนี้ จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้เป็นการตอบแทน

²⁸ เพิ่งอ้าง, น.436.

²⁹ มาตรา 391 เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีก ฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่ยุติของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้า ด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นภาระงานอันได้กระทำให้เป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะขอใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญาที่กำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่

³⁰ มาตรา 392 การชำระหนี้ของคู่สัญญาอันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น ให้เป็นไปตาม บทบัญญัติแห่งมาตรา 369

ผลของการเลิกสัญญาที่มาตรา 391 ให้คู่สัญญาได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ย่อมเป็นไปดังนี้³¹

1. ทรัพย์สินที่ได้ส่งมอบหรือโอนให้แก่กันไปตามสัญญา ต้องกลับสู่สภาพเดิมก่อนที่จะมีการส่งมอบหรือโอนกันโดยการคืนทรัพย์สินนั้น ถ้าเป็นพันวิสัยที่จะคืนได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหาย

2. เงินที่ชำระแก่กันตามสัญญา ผู้รับต้องคืนเงินพร้อมดอกเบี้ยนับแต่วันที่รับเงินไว้ ถ้ามิได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ ให้ใช้อัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี และการคืนเงินตามมาตรา 391 ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 224 ซึ่งให้คิดดอกเบี้ยนับแต่วันผิดนัด

3. การงานที่ได้กระทำให้แก่กันตามสัญญาซึ่งโดยสภาพไม่อาจคืนได้ ต้องใช้เงินแทนตามสมควรแก่ค่าของงานนั้น ถ้าในสัญญาได้กำหนดจำนวนเงินที่ต้องใช้ตอบแทนไว้ ก็ให้เป็นไปตามนั้น

4. การยอมให้ใช้ทรัพย์สินตามสัญญา โดยสภาพก็ไม่อาจคืนให้แก่กันได้ จึงต้องชดใช้เงินแทนตามสมควรแก่ค่าของการใช้ทรัพย์สินนั้น ถ้าในสัญญาได้กำหนดจำนวนเงินที่จะใช้ตอบแทนไว้ก็ให้เป็นไปตามนั้น

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาลักษณะการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติสิทธิในการเลิกสัญญาด้วยเหตุดังกล่าวไว้เป็นกรณีเฉพาะ อีกทั้งสาระสำคัญของการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาคือการรักษาสัญญาไว้ไม่ให้การเลิกสัญญาเกิดขึ้นได้โดยง่ายจึงเป็นเหตุผลที่หากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์จะระงับหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ของตนไม่ได้และมีให้ถือว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติการชำระหนี้หรือผิดนัดชำระหนี้ ทำให้ไม่สามารถรับเข้าสิทธิในการเลิกสัญญาด้วยบทบัญญัติของกฎหมายตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ทั้ง 3 มาตรา เพราะจะเข้ามาตรา 387 และมาตรา 388 ต้องปรากฏว่ามีการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้นโดยอาจมีกำหนดเวลาเป็นสาระสำคัญและจะเข้ามาตรา 389 เมื่อปรากฏว่าการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ใดก็ดี กรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและหลักสุจริตที่นอกจากจะมุ่งให้สัญญาไม่เลิกกันโดยง่ายแล้วการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้นก็ต้องเป็นไปด้วยความสุจริตและเป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาด้วยความสุจริตและเป็นธรรมคือการปฏิบัติการชำระหนี้และการได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนเป็นไปตามมูลค่าที่ตกลงกันไว้

³¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2557), น.520-522.

ภายใต้สถานการณ์ขณะเข้าทำสัญญา ดังนั้นการปฏิบัติการชำระหนี้และการได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนที่สูงหรือน้อยเกินไปส่วนไปอย่างมากจึงอาจเป็นการไม่สุจริตและเป็นธรรมก็ได้

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติหลักกฎหมายเรื่องการตีความสัญญาไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 368 ว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย” ซึ่งหมายความว่า ในการตีความสัญญานั้น ต้องคำนึงถึงความประสงค์หรือเจตนาอันมีส่วนร่วมกันของคู่สัญญาซึ่งเป็นเจตนาที่คาดหมายได้ในทางสุจริตและต้องคำนึงประเพณีปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาเองหรือประเพณีในทางการค้าด้วย ยิ่งไปกว่านั้น สัญญา เป็นการใช้หลักอิสระในทางแพ่ง ที่คู่สัญญาได้กำหนดขอบเขตผลในทางกฎหมายของตนเอง การตีความสัญญาจึงเป็นการตรวจสอบค้นหาความหมายของสิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนด การตีความสัญญาจึงมิใช่เพียงการค้นหาความหมายจากเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่เป็นการค้นหาความหมายจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาและต้องเป็นเจตนาที่ได้แสดงออกมาตามเนื้อหาของสัญญา และเนื่องจากสัญญาเป็นนิติกรรมชนิดหนึ่งซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ดังนั้นจึงจำเป็นต้องอาศัยหลักในการตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 ประกอบด้วย โดยมาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร”³² นั่นคือจะต้องค้นหาเจตนาที่แท้จริงซึ่งไม่ใช่การค้นหาเจตนาที่แท้จริงที่อยู่ภายในใจเพราะเจตนาที่อยู่ภายในนั้นไม่มีใครที่จะล่วงรู้ได้และเจตนาที่อยู่ภายในก็อาจไม่ตรงกับเจตนาที่แสดงออกก็ได้ ดังนั้น การค้นหาเจตนาที่แท้จริงในความหมายนี้จึงหมายถึงเจตนาที่แท้จริงตามที่ได้แสดงออกมา และมีใช้พิจารณาเฉพาะถ้อยคำ สำนวน ซึ่งอาจจะเป็นคำพูดหรือคำนิ่งถึงตัวอักษรเมื่อมีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม³³ ซึ่งในกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา มีผู้วิเคราะห์และให้ความเห็นไว้ว่า หลักสุจริตในมาตรา 5 หลักการตีความสัญญาตามมาตรา 368 ประกอบมาตรา 171 จึงอาจนำมาปรับใช้ในกรณีเช่นนี้ได้³⁴ โดยการตีความว่า สัญญาเกิดขึ้นจากความตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายภายใต้สภาวะการณ์ขณะนั้นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและเมื่อมีหนี้ต่อกันคู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสุจริต แต่เมื่อภายหลังจากการทำสัญญาสภาวะการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปจนคู่สัญญาก็มีอาจคาดหมายถึงเหตุการณ์เช่นนั้นได้หรือหากคาดหมายได้ก็จะต้องไม่ตกลงทำสัญญาเช่นนั้น การยึดถือการปฏิบัติการ

³² ดารารพร เตชะกำฟู, “ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 132 และมาตรา 368 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 9, ฉบับที่ 1, น. 62-70 (2527).

³³ ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, *อ้างถึงแล้ว* *เชิงอรรถที่ 27.*, น.381.

³⁴ อนงค์ สมบุญเจริญ, “ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.99.

ชำระหนี้โดยเคร่งครัดตามสัญญาเดิมจึงขัดหรือแย้งกับหลักสุจริต เมื่อการเจรจาของคู่สัญญาเพื่อการปรับแก้สัญญาไม่เป็นผลก็ควรให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการเลิกสัญญาได้หากสัญญาซื้อขายมีลักษณะ ก่อหนี้ให้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ในครั้งเดียว คู่สัญญาก็ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่หากมีลักษณะต้อง ปฏิบัติการชำระหนี้หลายครั้งต่อกันไป การเลิกสัญญาก็มีผลระงับเฉพาะหนี้ในอนาคต

อย่างไรก็ดี ในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การตีความสัญญาตามมาตรา 368 ประกอบมาตรา 171 กับหลักสุจริตตามมาตรา 5 อาจมีข้อบกพร่องในบาง ประการ เช่น การตีความเช่นนี้ย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่านซึ่งอาจแตกต่างกันไป ตามแต่ประสบการณ์และมุมมอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตีความในลักษณะเช่นนี้ไม่เคยปรากฏในคำ พิพากษาใดมาก่อนอีกทั้งยังไม่ปรากฏการนำทฤษฎีหรือหลักกฎหมายเรื่องการปฏิบัติการชำระหนี้ ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญามาปรับแก้คดีโดยผ่านมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและ พยานิชย์ของไทยจึงทำให้ยังไม่มีบรรทัดฐานที่แน่นอนในการตีความ ประกอบกับการให้สิทธิแก่ คู่สัญญาในการเลิกสัญญาเช่นนี้อาจเป็นการขัดกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้เนื่องจากอาจเป็น การแทรกแซงสัญญาภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์แล้ว ด้วยเหตุนี้ ข้อบกพร่องที่ ผู้เขียนได้กล่าวไปจึงแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ชัดเจนต่อไป

(2) อำนาจของศาลในการปรับแก้สัญญา

เนื่องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติให้ อำนาจแก่ศาลในการปรับแก้สัญญาไว้เป็นการเฉพาะ และไม่เคยปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาใดที่ศาล สามารถอาศัยการตีความหรือบทบัญญัติมาตรา 4 ในการปรับแก้สัญญาได้ ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมาย ของไทยในเรื่องสัญญายึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและเคารพหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่าง เคร่งครัด ซึ่งความหมายของหลักเสรีภาพในการทำสัญญามีด้วยกัน 2 ความหมาย กล่าวคือ ใน ความหมายแรก หมายถึง เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา และอีกความหมายหนึ่งคือ เสรีภาพจะ ไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว³⁵

สำหรับเสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญานั้น หมายถึง เสรีภาพใน การเริ่มต้น ดำเนินการ หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา ส่วนเสรีภาพที่จะไม่ถูก แทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว หมายถึง เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามทฤษฎี ปัจเจกชนนิยม³⁶ ทั้งนี้เป็นเพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนมีตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแล้ว

³⁵ ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธ์, *อ้างถึงแล้ว เชิงอรรถที่ 27.*, น.287.

³⁶ ดารารพร ธีระวัฒน์, *กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อ สัญญาไม่เป็นธรรม.*, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม., (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2542.) น.15-16.

ดังนั้นเมื่อสัญญาเกิดขึ้นรัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญากำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้ เพราะหากปล่อยให้ทำเช่นนั้น เสรีภาพของปัจเจกชนก็จะถูกทำลายไป³⁷

ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญากันไว้โดยเสรีและเนื้อหาของสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ศาลก็ย่อมจะบังคับตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันดังนั้น ในทางกลับกันก็ตีความได้ว่าหากคู่สัญญามีได้ตกลงกันในเรื่องใดไว้ ศาลก็ไม่สามารถบังคับให้ต้องปฏิบัติตามหรือแทรกแซงเนื้อหาของสัญญาได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6550/2547³⁸ การมอบอำนาจให้ฟ้องคดีนั้น มิได้มีข้อจำกัดตามกฎหมายว่าจะต้องมอบอำนาจให้ฟ้องบุคคลใดเป็นคดีเรื่องใดโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น เมื่อหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวมีข้อความระบุไว้ชัดเจนว่าโจทก์ได้มอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจคือ นาย ส. ฟ้องคดีแทนได้แล้ว นาย ส. ก็มีอำนาจที่จะฟ้องคดีต่าง ๆ แทนโจทก์ได้ รวมทั้งฟ้องจำเลยทั้งห้าซึ่งเป็นลูกหนี้ของโจทก์เป็นคดีนี้ได้โดยชอบด้วย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องทำหนังสือมอบอำนาจระบุเป็นการเฉพาะให้ฟ้องจำเลยทั้งห้าอีก

ตามสัญญาทรัสต์รีซีทีซึ่งโจทก์และจำเลยที่ 1 ทำกันไว้มีข้อตกลงว่า "...ข้าพเจ้า (จำเลยที่ 1) จะต้องนำเงินมาชำระค่าสินค้าในจำนวนและกำหนดเวลาที่ระบุไว้ตามรายละเอียดแนบท้ายให้แก่ธนาคาร โดยคำนวณเงินตราต่างประเทศที่ระบุไว้ในรายละเอียดแนบท้ายเป็นเงินไทยตามอัตราแลกเปลี่ยนที่ธนาคารต้องชำระค่าสินค้าแทนข้าพเจ้า หรือตามอัตราที่ตกลงกันไว้ หรือในอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคาร ณ วันครบกำหนดชำระเงินตามทรัสต์รีซีทีหรือในอัตราที่ได้กำหนดไว้แนบท้ายหนังสือนี้ โดยข้าพเจ้ายินยอมให้ธนาคารเป็นผู้เลือกที่จะใช้อัตราใดแล้วแต่จะเห็นสมควร..." แสดงว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 ได้ตกลงกันไว้ว่าอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศเป็นเงินไทยจะใช้อัตราแลกเปลี่ยนวันใดให้โจทก์เป็นผู้มีสิทธิเลือกตามแต่โจทก์จะเห็นสมควร ข้อตกลงเช่นนี้ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมใช้บังคับกันได้โดยชอบ การที่โจทก์คิดอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศตามที่โจทก์จ่ายไปตามเลตเตอร์ออฟเครดิตเป็นเงินไทยในวันครบกำหนดที่จำเลยที่ 1 ต้องชำระเงินคืนให้แก่โจทก์ตามที่ระบุไว้ในหนังสือสัญญาทรัสต์รีซีทีนั้นจึงเป็นกรณีที่โจทก์ใช้สิทธิที่มีอยู่ตามข้อตกลงในหนังสือสัญญาทรัสต์รีซีที

³⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างถึงแล้ว เชิงอรรถที่ 27*, น.287.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6550/2547, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2560, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

ซึ่งในประเด็นดังกล่าวมีผู้วิเคราะห์และให้ความเห็นว่าน่าจะนำเอาบทบัญญัติมาตรา 5 และมาตรา 368 มาใช้บังคับเพื่อให้ศาลมีอำนาจปรับแก้เนื้อหาของสัญญาได้ แต่ผู้เขียนมีความคิดเห็นที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ หากคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญากันไว้โดยเสรีและเนื้อหาของสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้พิจารณาถึงความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาแล้วจึงได้ตกลงเข้าทำสัญญาและกำหนดผลของสัญญาที่ประสงค์ ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏบทบัญญัติโดยเฉพาะในกรณีให้อำนาจศาลในการปรับแก้เนื้อหาของสัญญาไว้แล้ว การตีความเพื่อให้อำนาจศาลในการปรับแก้สัญญาจึงเป็นการทำลายหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา อย่างไรก็ตามกรณีนี้แตกต่างไปจากค่าเสียหายที่ศาลเป็นผู้กำหนดให้ตามดุลพินิจรวมถึงมีอำนาจปรับลดหรือเพิ่มได้แล้วแต่ความเสียหายที่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เมื่อคู่สัญญาตกลงเข้าทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศภายใต้สถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องผูกพันและปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญานั้นอย่างเคร่งครัด ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา แต่ในบางโอกาสสถานการณ์ทางเศรษฐกิจที่เป็นปัจจัยพื้นฐานในการขับเคลื่อนการค้าของทุกประเทศทั่วโลกกลับกลายเป็นปัญหาเศรษฐกิจและขยายวงกว้างเป็นวิกฤติทางเศรษฐกิจที่ส่งผลกระทบต่อหลายประเทศทั่วโลก ซึ่งผลกระทบที่เกิดจากวิกฤติทางเศรษฐกิจมักส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติตามชำระหนี้ของคู่สัญญาอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ด้วยเหตุนี้ คู่สัญญาจึงมักหยิบยกเอาเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้ออ้างไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาและตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ นั้น อย่างไรก็ตาม ปรากฏการณ์ทางเศรษฐกิจถือได้ว่าเป็นอุปสรรคต่อการชำระหนี้ก็ยังคงต้องพิจารณาต่อไปว่าเหตุดังกล่าวมีลักษณะเช่นใด เนื่องจากทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้มีด้วยกัน 2 ทฤษฎี คือ 1. การปฏิบัติชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุสุดวิสัย หรือ force majeure และ 2. การปฏิบัติตามชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา หรือ hardship ซึ่งหลักกฎหมายทั้งสองเรื่องมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญและผลในทางกฎหมาย การจะตอบคำถามว่าคู่สัญญาหลุดพ้นจากการชำระหนี้หรือไม่จะต้องวิเคราะห์ให้ได้เสียก่อนว่าผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจมีลักษณะเช่นไร ที่สำคัญกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญานั้นมีเรื่องดังกล่าวบัญญัติไว้ในกฎหมายหรือไม่

จากการศึกษาในบทที่ผ่านมา สามารถสรุปความเหมือนและความต่างของทั้งสองหลักได้ดังต่อไปนี้

1. อุปสรรคหรือสภาวะการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป สำหรับ force majeure อุปสรรคที่เกิดขึ้นขัดขวางการปฏิบัติตามชำระหนี้ จะต้องประกอบไปด้วย 4 ลักษณะคือ 1. คู่สัญญา (ลูกหนี้) ไม่อาจคาดหมายได้ถึงความเสี่ยงของเหตุการณ์หรืออุปสรรค โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่อาจคาดหมายถึงอุปสรรคนั้นได้ในขณะทำสัญญา 2. อุปสรรคนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของสัญญา 3. อุปสรรคนั้นหรือผลของอุปสรรคไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือเอาชนะได้ ซึ่งอุปสรรคอาจเกิดขึ้นหลังจากทำสัญญาอันถือเป็นเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย หรืออุปสรรคนั้นอาจมีอยู่ก่อนขณะทำสัญญาก็ได้ และ 4. การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้มีสาเหตุจากอุปสรรคดังกล่าว ในขณะที่ Hardship อุปสรรคที่เกิดขึ้นจะต้อง

ทำให้คุณภาพของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปไม่ว่าจะเป็นเพราะค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้นหรือมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนลดลง

2. คู่สัญญาจะต้องไม่อาจสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยง สำหรับ force majeure ลูกหนี้จะต้องไม่สามารถสันนิษฐานได้ถึงความเสี่ยงของการเกิดอุปสรรค โดยเฉพาะจะต้องไม่สามารถสันนิษฐานได้อย่างสมเหตุสมผลในขณะเวลาทำสัญญา ส่วน hardship เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบจะต้องไม่อาจพิจารณาได้อย่างสมเหตุสมผลในขณะเวลาทำสัญญาหรือภายหลังจากสัญญาเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์และความเสี่ยงที่จะเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบก็ต้องไม่อาจสันนิษฐานได้ด้วย

3. อุปสรรคหรือเหตุการณ์นั้นจะต้องเป็นเหตุการณ์ภายนอก กล่าวคือ สำหรับ force majeure อุปสรรคหรือเหตุการณ์จะต้องอยู่เหนือการควบคุมของลูกหนี้ ในขณะที่ hardship เหตุการณ์นั้นจะต้องอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์

4. force majeure การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้มีสาเหตุจากอุปสรรคที่เกิดขึ้นชัดเจน ส่วน hardship การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาก่อให้เกิดภาระอย่างมากเพราะสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้เปลี่ยนแปลงไป

5. ทั้ง force majeure และ hardship อุปสรรคหรือผลของอุปสรรคที่เกิดขึ้นคู่สัญญาจะต้องไม่สามารถเอาชนะหรือหลีกเลี่ยงได้ และสำหรับ hardship การที่คู่สัญญาไม่อาจเอาชนะหรือหลีกเลี่ยงอุปสรรคหรือผลของอุปสรรคได้จะต้องทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคุณภาพและสาระสำคัญของสัญญาด้วย

6. ช่วงเวลาการเกิดอุปสรรค สำหรับ force majeure อุปสรรคอาจเกิดขึ้นหลังจากทำสัญญาอันถือเป็นเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย หรืออุปสรรคนั้นอาจมีอยู่ก่อนขณะทำสัญญาก็ได้ ในขณะที่ hardship อุปสรรคเกิดขึ้นหรือคู่สัญญาได้รู้ถึงเหตุการณ์นั้นภายหลังจากสัญญาได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว

สำหรับผลในทางกฎหมายของ force majeure กล่าวโดยสรุปได้ว่า การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบตามข้อกล่าวอ้าง force majeure มิได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้ หรือร้องขอให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตามการยกเว้นความรับผิดชอบในการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้มิได้ชัดเจนเจ้าหนี้ในการใช้สิทธิการเยียวยาอื่นๆ ที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งการเยียวยาอื่นๆ นั้นหมายรวมถึงสิทธิในการเลิกสัญญากรณีการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ในสาระสำคัญ สิทธิระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ สิทธิรับลดราคาและสิทธิเรียกดอกเบี้ยเมื่อหนี้เงินถึงกำหนดชำระ ช้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้มิได้ทำให้หลุดพ้นจากหนี้โดยอัตโนมัติหรือระงับผลของการปฏิบัติการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ หน้าที่(หนี้)ที่ส่งผลต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนจะถูกหลีกเลี่ยงถ้าสัญญานั้นสิ้นสุดลง แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้อาจระงับการปฏิบัติการชำระหนี้ได้

ตราบเท่าที่การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้และสัญญายังคงอยู่ ตามหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการเลิกสัญญา (termination) การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ในสาระสำคัญถือเป็นข้อกำหนดหนึ่งของการเยียวยาความเสียหายและให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เท่านั้น มิได้ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ อย่างไรก็ตามในกรณีของอุปสรรคเกิดขึ้นทั้งหมดและเป็นการถาวรสัญญาจะยุติลงโดยอัตโนมัติ ณ เวลาที่อุปสรรคนั้นเกิดหรือมีขึ้น เจ้าหนี้จะเลือกการเยียวยาโดยการยุติสัญญาหากต้องการหลุดพ้นจากผลกระทบต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนหรือเพื่อที่จะเรียกคืนสิ่งซึ่งได้ชำระหรือส่งมอบไปตามสัญญา

ส่วนผลในทางกฎหมายของ hardship ภายใต้หลักสัญญาทั่วไปเมื่อเกิดเหตุการณ์ Hardship ขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจากันขึ้นใหม่ (renegotiation) ได้โดยมุ่งหวังให้เกิดการปรับแก้ข้อสัญญา (adaptation) หรือยุติสัญญา (termination) และเมื่อไม่สามารถบรรลุความตกลงได้ในระยะเวลาที่เหมาะสม คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีการปรับแก้ข้อสัญญาตามสภาวะการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป หรือให้ยุติสัญญาตามระยะเวลาและข้อตกลงที่กำหนดโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ตาม Article 1.11 UPICC และ Article 1:301(2) PECL กำหนดให้ “ศาล” หมายความรวมถึงอนุญาโตตุลาการด้วย

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 แสดงให้เห็นว่าแต่ละประเทศมีแนวทางการรับมือปัญหาดังกล่าวตามบทบัญญัติกฎหมายของตนอยู่แล้ว ในหลายประเทศก็ได้ยอมรับหลักกฎหมายเรื่องการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา หรือ hardship ยังคงยึดมั่นในหลักกฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด ในขณะที่บางประเทศเช่นประเทศเยอรมันกลับมีวิวัฒนาการในการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับปัจจุบันโดยการแก้ไขบทบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งของตนให้มีความทันสมัยรองรับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ดังที่ผู้เขียนจะกล่าวต่อไปนี้

ประเทศอังกฤษ ยังคงยึดมั่นในหลัก frustration ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นหลักความรับผิดชอบทางสัญญา ศาลอังกฤษได้สร้างหลัก Frustration เพื่อคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา โดยศาลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ถ้ามีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น (supervening event) และเป็นผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป ดังนั้นในกรณีที่ทรัพย์ตามสัญญาถูกทำลายไปโดยสิ้นเชิงภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญา สัญญาก็จะสิ้นผลโดยเหตุของ Frustration อย่างไรก็ตาม การสิ้นผลของสัญญาโดยหลัก Frustration ยังรวมไปถึงกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันหรือมีความเข้าใจร่วมกันให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นรากฐานสำคัญของสัญญาและต่อมามีเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้นจนถึงขนาดที่แม้ยังอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ได้ แต่การปฏิบัติการชำระหนี้ที่แตกต่างไปจากความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาในสาระสำคัญ โดยลักษณะสำคัญของ

หลัก frustration “ลำพังเพียงความยากลำบากหรือความไม่สะดวกที่เกิดแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาโดยเหตุของ Frustration” ใช้กับกรณีการประสบปัญหาทางการเงินด้วย ตัวอย่างเช่น คดี *Universal Corpn v. Fiveways Properties Ltd.* ว่าการที่คู่สัญญาประสบปัญหาทางการเงินและไม่มีเงินเพียงพอที่จะชำระหนี้ตามสัญญาได้ ไม่เป็นเหตุให้สัญญาสิ้นสุดโดยเหตุของ Frustration

ประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีการแบ่งแยกว่าพฤติการณ์ที่เปลี่ยนไปนี้มีผลทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยหรือไม่อาจกระทำลงได้ ตามหลัก Impracticability หรือไม่ หรือพฤติการณ์เช่นนั้นจะเป็นเหตุให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ ตามหลัก Frustration หรือไม่ ซึ่งสำหรับการพ้นวิสัยตามกฎหมายของสหรัฐฯ มิได้หมายถึงเฉพาะกรณีที่มีพฤติการณ์การชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้อย่างเด็ดขาดหรือพ้นวิสัยเด็ดขาดอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีที่ลูกหนี้ยังสามารถชำระหนี้ได้ แต่การชำระหนี้กลายเป็นเรื่องที่ยุ้งยาก ไม่อาจกระทำลงได้ หรือเป็นภาระเกินควรแก่ลูกหนี้ที่ควรจะคาดหมายได้ด้วยซึ่งเรียกหลักนี้ว่า “Commercial Impracticability” ตาม section 261 ของ Restatement Contracts 2d 1981 ที่กำหนดไว้ว่า หลังจากที่ได้ทำสัญญากัน หากการชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้เพราะพฤติการณ์ที่โทษลูกหนี้ไม่ได้และพฤติการณ์เช่นนั้นอยู่นอกเหนือขอบเขตความหมายอันเป็นพื้นฐานที่ทำให้สัญญานั้นเกิดขึ้น ลูกหนี้นยอมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ในทำนองเดียวกัน section 2-615 UCC กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยสัญญาซื้อขายไว้ว่าการผัดผ่อนหรือการไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่จัดเป็นการผิดสัญญา ถ้าปรากฏว่าการชำระหนี้ที่ตกลงกันนั้นไม่อาจกระทำลงได้เพราะมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดนอกเหนือความคาดหมายของคู่กรณีเกิดขึ้น หากคู่กรณีควรคาดหมายได้ตามเงื่อนไขหรือข้อสันนิษฐานเบื้องต้นอันเป็นรากฐานให้เกิดสัญญานั้นๆ ขึ้นว่าเหตุเช่นนั้นจะไม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามเหตุที่ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้สูงขึ้น ไม่อาจนับว่าเป็นเหตุที่ทำให้การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้ หรือ impracticability แต่อย่างใด แต่กรณีเช่นนี้ ก็ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุที่ทำให้ค่าใช้จ่ายสูงขึ้น หรือขึ้นอยู่กับว่ากรณีนั้นๆ คู่สัญญาฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ต้องรับเอาความเสี่ยงจากพฤติการณ์เช่นนั้น เช่น การที่ราคาวัตถุดิบเปลี่ยนแปลงไป ปกติย่อมเป็นความเสี่ยงของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องจัดหาวัตถุดิบมาชำระหนี้ หรือกรณีที่แหล่งสินค้าทั่วไปถูกปิดลงเพราะพฤติการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ แต่หากยังสามารถหาจากแหล่งอื่นได้เพียงต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้นเท่านั้น เป็นต้น

ประเทศเยอรมัน หลักกฎหมายเรื่องเหตุที่ทำให้ลูกหนี้ไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ได้ตามสัญญา แบ่งออกเป็น 2 ช่วง คือ ช่วงก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและช่วงที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ ประการแรก ช่วงก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีหลักการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย ตามมาตรา 275 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ที่ต้องปฏิบัติการชำระ ถ้าหลังจากเมื่อได้ทำสัญญาแล้วการปฏิบัติการชำระหนี้

เป็นพันธมิตรโดยที่มีโช้ความประมาทเลินเล่อของลูกหนี้เองหรือความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างของลูกหนี้ ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่อง ทฤษฎีพื้นฐานของการทำสัญญา หรือ Geschäftshrundlage ในกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปจากความประสงค์ของคู่สัญญาเกิดขึ้น ภายหลังจากที่ทำสัญญาและเปลี่ยนแปลงไปจากสิ่งที่คู่สัญญาคาดหวังหรือสันนิษฐานว่าจะได้รับจากสัญญาซึ่งได้มีการแสดงออกมาขณะที่ทำสัญญาต่อกัน อันมีผลให้สัญญาระงับหรือสิ้นสุดลงไปได้ อย่างไรก็ตาม ก่อนหน้านั้น ศาลเยอรมันยึดหลักว่าการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจไม่อาจทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ได้เลย ตามมาตรา 275 เพราะมิใช่เป็นกรณีการชำระหนี้เป็นพันธมิตร แต่การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจดังกล่าวเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ยังคงอยู่ในวิสัยที่ทำการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ เพียงแต่การชำระหนี้ที่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา ด้วยเหตุนี้ ศาลเยอรมันจึงผ่อนคลายความเคร่งครัดของ มาตรา 275 ลงโดยการตีความควบคู่ไปกับหลักสุจริต ตามมาตรา 242 มาปรับใช้โดยรวมถึงกรณีการพ้นวิสัยทางเศรษฐกิจด้วย ประการที่สอง ช่วงที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีการบัญญัติหลักกฎหมายเพิ่มเติมเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ทันสมัยและชัดเจนยิ่งขึ้น หนึ่งในนั้นคือ หลัก Geschäftshrundlage หรือหลักเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ตามมาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีหลักว่า ถ้าสภาวะการณ์แวดล้อมซึ่งเป็นมูลเหตุของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ภายหลังจากที่ได้มีการตกลงทำสัญญากัน หากคู่สัญญาได้รู้ล่วงหน้าถึงการเปลี่ยนแปลงไปเช่นนั้น ก็อาจเรียกร้องให้มีการปรับปรุงข้อสัญญาได้เท่าที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามเฉพาะกรณี เป็นการเฉพาะตามสัญญา หรือตามที่กฎหมายได้กำหนดถึงความเสี่ยงภัยไว้ หากคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาเดิมที่ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลง ถ้าการปรับปรุงข้อสัญญาไม่อาจกระทำได้ หรือไม่สามารกำหนดข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นได้ตามสมควรต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์อาจเรียกร้องให้มีการเลิกสัญญาได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว เป็นการบัญญัติหลัก Hardship ไว้คือ หากมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดมาก่อนเกิดขึ้นภายหลังจากที่ทำสัญญากัน อันมีผลให้หน้าที่ตามสัญญาของแต่ละฝ่ายเปลี่ยนแปลงไปจนเกิดความไม่เท่าเทียมกันของสัญญาขึ้น ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ยังคงอยู่ในวิสัยที่กระทำได้เพียงแต่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาเท่านั้น ซึ่งหากนำมาตรา 313 มาปรับใช้ก็จะทำให้คู่สัญญามีสิทธิขอปรับสัญญาให้เหมาะสมได้ และหากไม่สามารถปรับข้อสัญญาได้ คู่สัญญาก็มีสิทธิเรียกร้องให้เลิกสัญญาได้ ซึ่งเป็นการรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ประเทศฝรั่งเศส มีหลัก “imprévision” ซึ่งเป็นหลักที่มีแนวคิดเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลของสภาวะการณ์แวดล้อมที่ไม่สามารถคาดหมายได้กับหน้าที่ตามสัญญา แนวความคิดดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วหมายถึงสถานการณ์เศรษฐกิจที่ไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าและมาปรากฏชัดแจ้ง ภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว ทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ยากลำบากมากขึ้นหรือค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นอย่างมากแต่มิได้ถึงขนาดทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นพันธมิตร ซึ่งในด้านของ

กฎหมายปกครอง หลัก *imprévision* ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปตั้งแต่ครั้งที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (*Conseil d'État*) มีคำพิพากษาในคดี *Gaz de Bordeaux* กล่าวคือในสถานการณ์ที่ไม่อาจหมายราคาถ่านหินที่เพิ่มขึ้นได้ทำให้ความสมดุลในการชำระหนี้ของคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน (*concession contract*) เสียลงและยังส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมอันเป็นรากฐานทางเศรษฐกิจของสัญญาดังกล่าวนี้อย่างรุนแรง นอกจากนี้ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้หรือไม่ปรากฏข้อตกลงชัดใช้ค่าเสียหายในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังสามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่คู่สัญญาได้โดยคำนึงถึงความต่อเนื่องของบริการสาธารณะประโยชน์ที่ไม่ควรขาดตอน หลักดังกล่าวยังนำมาใช้กับการขนส่งสาธารณะ การบริการสาธารณสุขปโภค และสัญญารับจ้างทำงานก่อสร้างสาธารณะ (*public works*) ด้วย ในทางตรงกันข้าม ศาลแพ่งสูงสุดของฝรั่งเศสกลับปฏิเสธหลัก *imprévision* ในคดี *Canal de Craponne* โดยให้เหตุผลว่าศาลอุทธรณ์จะยกพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปขึ้นเป็นเหตุให้มีการปรับเปลี่ยนราคาตามสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญานั้นมิได้ เนื่องจากมาตรา 1134 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมิได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการปรับแก้ข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น และคำพิพากษาในปัจจุบันก็ดำเนินตามคดีนี้ โดยศาลแพ่งสูงสุดของฝรั่งเศสปฏิเสธการแทรกแซงเกี่ยวกับเนื้อหา หน้าที่ ข้อผูกพันตามสัญญา ภายหลังสัญญาได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ ยกเว้นเกิดกรณีการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่เป็นธรรม

อนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ CISG หลักเกณฑ์ของเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) ปรากฏอยู่ในมาตรา 79 กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ต้องรับผิดชอบปฏิบัติการชำระหนี้ของตน ถ้าพิสูจน์ได้ว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้นั้นเป็นผลมาจากอุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของตน และไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าถึงเหตุการณ์เช่นนั้นได้ หรือหลีกเลี่ยง หรือเอาชนะอุปสรรคหรือผลของมันได้ ซึ่งมีได้กำหนดว่าจะต้องเป็นความล้มเหลวในการชำระหนี้แบบใด เช่น การชำระหนี้ล่าช้า, การชำระหนี้บกพร่อง หรือการไม่ชำระหนี้เลย นอกจากนี้คำว่า อุปสรรค (*impediment*) จะต้องเป็นอุปสรรคที่เป็นภาวะวิสัย คือ เป็นเหตุการณ์ทางการเมือง หรือ อุปสรรคทางกฎหมาย เช่น การห้ามนำสินค้าเข้าหรือออก การห้ามโอนเงินตราต่างประเทศ ดังนั้น หากอุปสรรค หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบ และความเสียหายของคู่สัญญา จะไม่ถือเป็นอุปสรรค *impediment* ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 79(1) และข้อยกเว้นเมื่อมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ตามมาตรา 79 CISG จะเห็นได้ว่า มาตรา 79(1) ใช้คำว่า '*impediment*' หรือ อุปสรรค ซึ่งเป็นคำทั่วไป มีความหมายกว้าง และในอนุสัญญา CISG ก็มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า *impediment* ว่ารวมถึงเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติการชำระหนี้เกินสมควรว่าที่จะคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา (*hardship*) หรือไม่

The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) , หลักกฎหมายสัญญายุโรป (PECL) และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ต่างบัญญัติรองรับเรื่องการปฏิบัติการค้าที่ก่อให้เกิดภาวะเกินสมควรแก่คู่สัญญาหรือ hardship ไว้อย่างครบถ้วนและสมบูรณ์ เพียงแต่ UPICC ใช้คำว่า hardship ในขณะที่ PECL และ DCFR ใช้คำว่า Changed of circumstances แต่กฎหมายทั้งสามฉบับก็มีรายละเอียดในสาระสำคัญที่เหมือนกัน กล่าวคือ ความหมายของ hardship จะต้องเป็นการเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความเท่าเทียมกันของสัญญาอย่างเป็นนัยสำคัญ (เปลี่ยนแปลงดุลยภาพที่เป็นรากฐานของสัญญา) เนื่องจากค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระหนี้ของคู่สัญญามีมูลค่าสูงขึ้น หรือเนื่องจากมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับชำระหนี้มีมูลค่าลดลง ช่วงเวลาการเกิดจะต้องเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญา หรือคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบได้ทราบภายหลังจากได้ทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบไม่อาจคาดหมายถึงเหตุการณ์นั้นได้ในขณะทำสัญญา เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบและความเสี่ยงภัยของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องไม่ใช่สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์สามารถสันนิษฐานได้ ส่วนผลของ hardship คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่เพื่อปรับแก้สัญญา และหากการปรับแก้สัญญาไม่เป็นผลคู่สัญญามีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้สัญญาเลิกกันในเวลาและตามเงื่อนไขที่กำหนด หรือให้ศาลปรับเปลี่ยนข้อสัญญาเพื่อให้ดุลยภาพของสัญญากลับคืนมา

ในส่วนของการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในเรื่องดังกล่าว พบว่ามีเฉพาะการบัญญัติเรื่องการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยตามมาตรา 219 เท่านั้น ซึ่งการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยมีหมายความว่า ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้สำเร็จตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้เป็นการถาวร การชำระหนี้ไม่ได้เพียงชั่วคราว หรือยังไม่แน่นอนว่าจะชำระหนี้ไม่ได้ ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย และการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยอาจเกิดจากเหตุสุดวิสัยตามที่ให้ความหมายในมาตรา 8 หรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ถ้าเกิดจากเหตุสุดวิสัย นอกจากการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยแล้ว ยังถือว่าเป็นเหตุที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบด้วย ลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้โดยสิ้นเชิงตามมาตรา 219 และกรณีการชำระหนี้ไม่ถึงกับกระทำไม่ได้โดยแน่แท้ เพียงแต่ว่าการชำระหนี้จะก่อให้เกิดความยุ่งยากหรือเพิ่มภาระแก่ลูกหนี้เกินกว่าที่ลูกหนี้คาดคิดไว้ หรือกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงมีผลให้ลูกหนี้ต้องใช้จ่ายในการชำระหนี้เพิ่มขึ้น ไม่ถือได้ว่าเป็นการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยแต่อย่างใดไม่ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16469/2557 การชำระหนี้ที่ตกเป็นพันธวิสัยตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 มีความหมายว่า ในเวลาที่คู่สัญญาก่อนหน้านั้น วัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นสิ่งที่สามารถชำระหนี้ได้ หากแต่มีพฤติการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นภายหลังจากก่อนหน้าเป็นเหตุให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้อย่างเด็ดขาดและเป็นการถาวรตลอดไป ลูกหนี้จึงจะหลุดพ้นจากหนี้ได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2125/2521 ผู้ที่ประมูลทำและขายส่งสุราเสนอให้ค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนแก่รัฐบาลเป็น

จำนวนสูงมาก จะมาอ้างว่าปฏิบัติตามสัญญาแต่ขาดทุน การชำระหนี้จึงกลายเป็นพันวิสัยหาได้ไม่ หรือกรณีที่ใช้จ่ายในการชำระหนี้ไม่อาจกล่าวได้ว่าเกินส่วนไปมาก เพียงแต่มากกว่าที่ลูกหนี้ได้ คาคิดมากก่อน ซึ่งลูกหนี้ไม่อาจอ้างว่าเป็นการพันวิสัยได้นั้น ในบางกรณีการเรียกร้องให้ชำระหนี้ เช่นนั้นอาจกลายเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตก็ได้ แต่อย่างไรก็ดีถ้าค่าใช้จ่ายของลูกหนี้มากเกินไปจนสมควร มิใช่เพียงต้นทุนการผลิตที่สูงขึ้นตามธรรมดา หากแต่แพงขึ้นเป็นพิเศษจนทางการค้าถือว่าเป็นไปไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจอาจทำให้ลูกหนี้บางคนไม่สามารถชำระ หนี้ได้ตามปกติ แต่จะถือว่าเป็นพฤติการณ์ที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยตามมาตรา 219 เสีย ทีเดียวไม่ได้ ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป จำเลยจะอ้างวิกฤตทางเศรษฐกิจมาปลดเปลื้องให้ตนหลุดพ้น จากการบังคับคดีหาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3506/2546)

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าหลักการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญา หรือ hardship มิได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อีกทั้งยังไม่เคยปรากฏ ว่าศาลไทยนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้แก่คดีใดเลย ซึ่งผู้เขียนเล็งเห็นว่า วิกฤตทางเศรษฐกิจเป็น เหตุการณ์ที่สามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา และด้วยลักษณะของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ประการหนึ่งคือการซื้อขายสินค้ากับประเทศอื่นๆ ย่อมต้องมีโอกาสประสบเหตุการณ์ดังกล่าวอย่าง แน่นนอน ซึ่งการไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับปัญหาเหล่านี้นอกจากจะไม่เป็นการอำนวยความสะดวก ยุติธรรมให้แก่คู่สัญญาแล้วยังอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจในลักษณะปัญหาลูกโซ่ ตามมาอีกด้วย จึงได้เสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหามาในหัวข้อถัดไป ดังนี้

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่อง ของการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้ ให้บัญญัติถึงการชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่ ลูกหนี้ ในลักษณะของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ. ... โดยยกร่างหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติดังนี้

หลักการและเหตุผล

“เนื่องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใน บรรพ 2 เรื่องนี้ ได้ บังคับใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานโดยมิได้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับเหตุการณ์ที่ เกิดขึ้นในปัจจุบัน โดยเฉพาะปัญหาทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาทั้งในประเทศและ ต่างประเทศ เนื่องจากในปัจจุบันธุรกิจการค้าระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็วแต่ บทบัญญัติกฎหมายในปัจจุบันมิได้สอดคล้องกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอีกทั้งไม่รองรับรูปแบบ

การค้าหรือปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่จึงเห็นสมควรที่จะได้มีการปรับปรุงกฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ กล่าวคือ การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดการเกินสมควรแก่คู่สัญญา ให้ทันสมัยเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อรองรับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ต่อไป”

ร่างกฎหมาย

“การปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดการเกินสมควรแก่คู่สัญญา”

(1) คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ผูกพันในสัญญา แม้ว่า การเกิดขึ้นของ เหตุการณ์จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความเท่าเทียมกันของสัญญาอย่างเป็นนัยสำคัญ เนื่องจาก ค่าใช้จ่ายที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญามีมูลค่าสูงขึ้นหรือเนื่องจากมูลค่าที่คู่สัญญาจะได้รับ การปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนมีมูลค่าลดลง

(2) เมื่อเหตุการณ์ข้อ (1) ได้เกิดขึ้นคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์มีสิทธิร้องขอให้มีการเจรจาใหม่ คำร้องขอนั้นจะต้องมีโดยไม่ชักช้าและจะต้องระบุถึงเหตุที่ต้องมีคำขอดังกล่าวด้วย และคำขอเช่นนั้นมิได้ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ในการระงับการปฏิบัติการชำระหนี้

(3) เมื่อตกลงกันไม่ได้ในระยะเวลาอันสมควร คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลได้ หากศาลเห็นว่าเป็นกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ก่อให้เกิดการเกินสมควรแก่คู่สัญญา ขึ้น ศาลอาจดำเนินการดังต่อไปนี้ตามที่เห็นสมควร

(a) ให้สัญญาเป็นอันเลิกกันในเวลาและตามเงื่อนไขที่กำหนด

(b) ปรับเปลี่ยนข้อสัญญาเพื่อให้ดุลยภาพของสัญญากลับคืนมา

(4) ข้อ (1) – (3) จะปรับใช้เมื่อ

(a) เหตุการณ์นั้นต้องเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญา หรือคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ได้ทราบภายหลังจากได้ทำสัญญา

(b) คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ไม่อาจคาดหมายถึงเหตุการณ์นั้นได้ในขณะทำสัญญา

(c) เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์และ

(d) ความเสี่ยงภัยของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องไม่ใช่สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์สามารถสันนิษฐานได้”

จากร่างที่ผู้เขียนเสนอ ผู้เขียนได้กำหนดหลักสำคัญขึ้นว่า แม้จะเกิดเหตุการณ์ hardship ไม่ว่าจะเพราะการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาจะกลายเป็นภาระที่หนักขึ้นหรือเป็นเพราะค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้นหรือเพราะมูลค่าที่จะได้รับชำระหนี้ตอบแทนลดน้อยลง ซึ่งภาระที่เพิ่มขึ้นอย่างมากอาจเป็นผลโดยตรงจากการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ลำพังการเปลี่ยนแปลงไปของสภาวะการณปกติธรรมดายังไม่เข้าลักษณะของ

บทบัญญัตินี้คู่สัญญาก็ยังมีหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา อย่างไรก็ตามในร่างกฎหมายดังกล่าว ผู้เขียนได้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์ในการร้องขอให้เจรจาใหม่ในข้อสัญญาเดิมด้วยความมุ่งหวังที่จะปรับแก้ข้อสัญญาภายใต้สถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีข้อสังเกตที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์จะร้องขอให้มีการเจรจาใหม่ได้นั้นในสัญญาจะต้องไม่ปรากฏข้อสัญญาให้ปรับเพิ่มราคาหรืออัตราค่าตอบแทนระหว่างกันด้วย หากปรากฏข้อสัญญาดังกล่าวคำร้องขอให้เจรจาใหม่ก็ไม้อาจได้รับการพิจารณา นอกจากนี้คำร้องขอให้เจรจาใหม่จะยังต้องมีขึ้นโดยไม่ชักช้าและระบุเหตุแห่งการขอไว้ด้วย หากคู่สัญญาอีกฝ่ายตอบตกลงการเข้าเจรจาใหม่ การเจรจาของคู่สัญญาทั้งสองจะต้องกระทำโดยสุจริตภายใต้บทบัญญัติมาตรา 5 หลักสุจริต แต่หากการร้องขอเจรจาใหม่ของคู่สัญญาไม่ประสบผลสำเร็จภายในระยะเวลาอันสมควร คู่สัญญาอาจนำคดีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลได้โดยศาลจะมีอำนาจตาม (3) และเมื่ออำนาจศาลเกิดขึ้น ศาลอาจจะยุติสัญญาหรือปรับแก้ข้อสัญญา ซึ่งการปรับแก้ข้อสัญญามีจุดมุ่งหมายให้สัญญาเกิดความเป็นธรรมและเหมาะสมภายใต้สถานการณ์แวดล้อมใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป เช่นการปรับแก้หน้าที่ตามสัญญาเพื่อให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแบกรับค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากสถานการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนไปโดยไม่อาจคาดหมายได้อย่างยุติธรรมไม่ใช่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แบกรับฝ่ายเดียว การปรับแก้สัญญาสามารถกระทำได้ในหลายลักษณะ อาจเป็นการขยายระยะเวลาการปฏิบัติการชำระหนี้, การเพิ่มหรือลดราคา, การเพิ่มหรือลดสิ่งซึ่งต้องจัดหาหรือจัดเตรียม และไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขในลักษณะใดการปรับแก้สัญญายังต้องยึดหลักความเท่าเทียมกันและสมเหตุสมผลของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายภายใต้สถานการณ์ใหม่ หรือในบางกรณีที่สถานการณ์เปิดโอกาสเพียงให้ศาลยุติสัญญา ศาลจะต้องกำหนดเวลายุติสัญญาและพิจารณาถึงขอบเขตการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้เกิดขึ้นแล้วซึ่งเวลาดังกล่าวคือเวลาที่จะใช้พิจารณาขอบเขตกำหนดเวลาการชำระหนี้ อีกทั้งบทบัญญัติมาตรานี้ยังให้อำนาจศาลในการยุติสัญญาตามข้อตกลงที่กำหนด เช่น การกำหนดค่าเสียหาย เป็นต้น นอกจากนี้ยังอาจมีคำสั่งให้จ่ายเงินนอกเหนือจากราคาหรือค่าเสียหายสำหรับช่วงระยะเวลาที่จำกัดและการยุติสัญญาเมื่อสิ้นระยะเวลาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัตินี้จะให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวาง การใช้อำนาจอย่างพอประมาณโดยหลีกเลี่ยงการลดความสำคัญของความสัมพันธ์ของคู่สัญญาตามความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาจะอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่สัญญาได้

ดังนั้น หากสามารถบัญญัติร่างกฎหมายดังกล่าวข้างต้นได้ ผู้เขียนเชื่อว่าจะช่วยแก้ปัญหาในกรณีดังกล่าวได้โดยมิต้องใช้หลักกฎหมายผ่านการตีความเลย การบัญญัติให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

5.2.2 การปรับใช้หลักกฎหมายโดยการตีความ

จากการที่ได้ทำการศึกษาในบทที่ 3 ในส่วนของกฎหมายเยอรมันนั้น พบว่ามีสถานการณ์บางอย่างที่คล้ายคลึงกับกฎหมายไทยในขณะนี้ กล่าวคือในช่วงก่อนการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ก่อนที่จะมีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 313) กฎหมายเยอรมันมีเพียง

บทบัญญัติเรื่องการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยตามมาตรา 275 กำหนดให้ ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ที่ต้องปฏิบัติตามชำระ ถ้าหลังจากเมื่อได้ทำสัญญาแล้วการปฏิบัติตามชำระหนี้เป็นพันธวิสัยโดยที่มีใช้ความประมาทเลินเล่อของลูกหนี้เองหรือความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างของลูกหนี้เท่านั้น แต่เนื่องด้วยประเทศเยอรมันได้รับผลกระทบจากสงครามโลก ทำให้สถานการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ศาลจึงจำเป็นต้องหาทางแก้ไขปัญญาในเรื่องดังกล่าวโดยพิจารณาควบคู่ไปพร้อมกับหลักสุจริตตามมาตรา 242 ให้ครอบคลุมถึงกรณีการพันธวิสัยทางเศรษฐกิจด้วย โดยศาลให้ปรับแก้ข้อสัญญาได้และหากการปรับแก้ข้อสัญญาไม่เป็นผลก็ให้คู่สัญญาเลิกสัญญาได้ ดังนั้น ศาลไทยจึงอาจใช้วิธีเดียวกันกับศาลเยอรมัน โดยอาศัยการตีความสัญญาตามมาตรา 368 และหลักสุจริตในการตีความสัญญาที่ได้รับผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจว่าหากคู่สัญญาจะต้องเผชิญกับการปฏิบัติตามชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาเป็นอย่างมากอันทำให้สาระสำคัญของสัญญาเสียไป อาจผ่อนคลายความเคร่งครัดของสัญญาโดยการให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการร้องขอให้ปรับแก้สัญญาหรือหากการปรับแก้สัญญาไม่เป็นผลก็ให้สิทธิเลิกสัญญาแก่คู่สัญญา

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตไว้ว่า เหตุที่ศาลเยอรมันค้นหาวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนั้นเป็นเพราะประเทศเยอรมันต้องประสบผลกระทบที่เกิดจากสงครามโลกอย่างหนักหนาสาหัส หากไม่หาวิธีแก้ปัญหาก็เพื่อช่วยเหลือประชาชน/ภาคเอกชนแล้ว ระบบเศรษฐกิจของเยอรมันอาจล่มสลายลงได้ แต่สำหรับประเทศไทยที่วิกฤติทางเศรษฐกิจมิได้เกิดขึ้นบ่อยนักการตีความเช่นนี้อาจมีข้อบกพร่องจากดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่านซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามแต่ประสบการณ์และมุมมอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงเป็นวิธีที่น่าจะแก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างตรงจุดมากกว่า

5.2.3 การกำหนดข้อสัญญายกเว้นความรับผิด

หากข้อเสนอแนะให้พิจารณาแก้ไขบทบัญญัติเพิ่มเติมกฎหมายยังมิได้รับการตอบรับและข้อเสนอที่ให้ศาลไทยนำหลักสุจริตตามมาตรา 5 และหลักการตีความสัญญาตามมาตรา 368 มาตีความเมื่อเกิดผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจก่อให้เกิดกรณีการปฏิบัติตามชำระหนี้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่คู่สัญญาก็ยังไม่เป็นที่นิยม ผู้เขียนเห็นว่าในทางปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศทั่วไปมักมีข้อกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดไว้ เรียกว่า hardship clause ซึ่งหมายถึงข้อกำหนดสัญญาที่อนุญาตให้มีการเปลี่ยนแปลงได้เมื่อสถานการณ์แวดล้อมได้เปลี่ยนแปลงความสมดุลหน้าที่ตามสัญญาอันส่งผลให้เกิดภาระเกินสมควรขึ้นแก่คู่สัญญา ซึ่งเหตุผลที่ hardship clause นิยมใช้ในสัญญาการค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นเพราะข้อกำหนดดังกล่าวเปรียบเสมือนกลไกที่สร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาว่าสัญญาจะดำเนินต่อไปแม้เกิดเหตุการณ์ hardship ขึ้น นอกจากนี้ hardship clause ยังมักพบในสัญญาระยะเวลาที่เกี่ยวข้องกับพลังงานต่างๆ

เช่น การจัดหาน้ำมันดิบ หรือก๊าซธรรมชาติ เป็นต้น เนื่องจากสินค้าเหล่านี้ปรับขึ้นลงตามสถานการณ์ทางเศรษฐกิจตลอดเวลา

คู่สัญญาควรร่าง hardship clause ขึ้นโดยมีการกำหนดว่าการเปลี่ยนแปลงไปของสถานการณ์มีลักษณะเช่นไรที่จะเพียงพอต่อการหยิบยกสิทธิข้อกล่าวอ้าง hardship ขึ้นได้ ทั้งนี้ อาจกำหนดถึงระดับความยากลำบากของสถานการณ์ กล่าวคือ ภาวะที่เกิดขึ้นเกินสมควรแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียประโยชน์หรืออาจเป็นภาระทางการเงิน/เศรษฐกิจก็ได้ เพราะข้อสัญญาที่คลุมเครืออาจก่อให้เกิดการใช้และการตีความโดยไม่สุจริตเนื่องจาก hardship clause มีความอิสระมากกว่าเกณฑ์ hardship โดยทั่วไป นอกจากนี้คู่สัญญายังควรพิจารณาถึงกระบวนการเจรจาต่อรองใหม่มาปรับใช้เมื่อเกิดเหตุการณ์ hardship ขึ้นรวมถึงผลของมันเมื่อการเจรจาต่อรองเพื่อปรับแก้สัญญานั้นล้มเหลว แต่หากไม่มีการระบุข้อตกลงดังกล่าวไว้ชัดเจนนั้นอาจแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาตั้งใจให้อำนาจแก่ศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการในการอุดช่องว่างเมื่อคู่สัญญาไม่สามารถบรรลุผลตามสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมักนิยามกำหนดวิธีการชำระหนี้เมื่อมีการเลิกสัญญา (termination payments) ในกรณี force majeure และ hardship ด้วย

ซึ่งการที่คู่สัญญากำหนด hardship clause ขึ้นเป็นอีกแนวทางในการแก้ปัญหา ในกรณีที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน และสัญญาสามารถก็ดำเนินต่อไปได้โดยไม่หยุดชะงักหรือเลิกสัญญา

ท้ายที่สุด ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศก็ยังคงต้องอยู่ในบทบัญญัติพื้นฐานของหลักกฎหมายเรื่องนี้อันเป็นหลักทั่วไปของสัญญา ดังนั้นการศึกษาประเด็นปัญหาดังกล่าวมิได้มีประโยชน์เฉพาะกับผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาต่อยอดในด้านของกฎหมายลักษณะหนี้ของไทยอีกด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือ

- ก่อศักดิ์ ไชยรัศมีศักดิ์, ปราณิ ทินกร, ตีรณ พงศ์มขพัฒน์ และบรรยง พงษ์พานิช. Crisis: วิกฤตเศรษฐกิจโลก วิกฤตเศรษฐกิจไทย. กรุงเทพมหานคร : โอเพ่นบุ๊กส์, 2552.
- กำชัย จงจักรพันธ์. กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้ = Good faith & supervening events : ในระบบกฎหมาย เยอรมัน ฝรั่งเศส แองโกลอเมริกัน และไทย. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555
- ครูกแมน พอล. เศรษฐกิจวิบัติ The Return of Depression Economics. แปลโดย ศิริพงษ์ วิทยวิโรจน์ กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2548.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ชวลิต อรรถศาสตร์. คำอธิบายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ : กฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายระหว่างประเทศและการชำระเงินค่าสินค้าระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- ดาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- นภาพรณัฏ์ พิพัฒน์. โคตรวิกฤต หายนะฟองสบู่ซับไพร์ม สู่วิกฤตโลก. กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2552.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา, 2554.
- รวี ลงกานี. ไล่ล่าวิกฤตเศรษฐกิจโลก : เรียนรู้เพื่ออยู่รอด. กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2552.
- รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2555.

ศันนกรณ(จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน, 2553.

_____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน
,2555.

ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 11
กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2557.

โสภณ รัตนากกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จ
ทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2553.

ดารารพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็น
ธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

บทความ

ดารารพร เตชะกำพ. “ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 132 และมาตรา 368 ประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์” วารสารกฎหมาย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (2527):62-70.

ปรีดี เกษมทรัพย์. “การใช้การตีความกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 1. ปีที่ 15. (ไตรมาส 1
2530) :71-72.

พินัย ณ นคร. “หลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้
ตามสัญญาได้อีกต่อไป: ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจ.” วารสารนิติศาสตร์
ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2545): 137-153.

วิทยานิพนธ์

ภารวีร์ กษิตินนท์. “การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

อนงค์ สมบุญเจริญ. “ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา.” วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

พรรนิษฐ์ ต่อสุวรรณ. “2 ทศวรรษตีกร่างสารบัญญัติ’วิบากกรรมจากมาเฟียใหญ่ชื่อ’รัฐไทย’;
https://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1442838409” 13 มีนาคม
2561.

เอกสารอื่นๆ

กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2549). ปัญหาขัดข้องในการชำระหนี้ เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

BOOKS

Beatson, Jack, and Friedman, Daneil. Good faith and Fault on Contract Law. Oxford Clarendon, 1997.

Christoph Brunner. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

Ewan McKendrick. The Law of Contracts Vol.1. London : Oxford University Press, 1997.

Ewoud Hondius and Hans Christoph Grigoleit. Unexpected Circumstances in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University, 2011.

Honnold, John O. Documentary History of the Uniform Law for International Sale. Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis and Mariel Dimsey. International Sales Law. Second Edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.

Lando, Ole & Hugh Beale (eds). The Principles of European Contract Law, Part I and II. The Netherland : Kluwer Law International, 2000.

Lisa Spagnolo. CISG Exclusion and Legal Efficiency. The Netherlands: Kluwer Law International, 2014.

Magnus Ulrich. The International Sale of Goods Revisited. The Netherlands : Kluwer Law International, 2001.

Sir. Guenter TREITEL. Frustration and Force Majeure. England: Sweet & Maxwell, 2004.

ARTICLES

Bonell, Michale Joachim. "Unification by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts." 40. American Journal of Comparative Law, 617 (1992) : p.617-633.

Gaylord A. Jentz. Kenneth W. Clarkson. Roger LeRoy Miller. West's business law. (St. Paul : West Pub. c1987). p.429.

ELECTRONIC MEDIA

Ingeborg Schwenzer. "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts." <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39>. May 16, 2016.

Rodrigo Momberg Uribe. "Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law. The Approach of The CISG, PICC, PECL and DCFR." <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe>. May 10, 2016.

OTHER MATERIALS

"360 F.2d 674 (2d Cir.1966)." <http://www.casebriefs.com/blog/law/commercial-law/performance/united-states-v-wegematic-corp/>, no date.

"Article 28 CISG." <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni28.html>, no date.

"CISG-AC Opinion No.7 (2007)." <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, no date.

"CISG-AC Opinion No.7 (2007)." <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, no date.

"Comment B on Art. 9:401 PECL." <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp.html>, no date.

"Comment F. on Art. 9:102 PECL." <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/article-7-2-2-performance-of-non-monetary-obligation>, no date.

"Comment No.3.b. on Art.7.2.2 UPICC." <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp7.html>, no date.

"Decision of 24.04.1996, CISG-online No.435., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>, no date.

- “ICC Arbitration Case No. 6281 of 26 August 1989 (*Steel bars case*).”
<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/896281i1.html#ct> Excerpt 13., no date.
- “ICC Arbitration Case No. 7197 of 1992.” <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/927197i1.html>., no date.
- “ICC award in Case No.2216 of 1975.” https://www.trans-lex.org/202216/_/icc-award-no2216-clunet-1975-at-917-et-seq/. no date.
- “ICC Award No. 8486, YCA 1999, at 162 et seq.” https://www.trans-lex.org/208486/_/icc-award-no-8486-yca-1999-at-162-et-seq/., no date.
- “ICC Case No.8873.” <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=641&step=Abstract>, no date.
- “UNCITRAL Ad Hoc-Award of 4 May 1999, YCA XXV (2000), 13 et seq.”
<https://www.trans-lex.org/262700.html>., no date.





ภาคผนวก

ภาคผนวก ก
บทบัญญัติกฎหมาย Force Majeure

CISG

Article 79 CISG

(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.

UNIDROIT Principles

ARTICLE 7.1.7 (FORCE MAJEURE)

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not

reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

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

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

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

Principles of European Contract Law – PECL

CHAPTER 8: NON-PERFORMANCE AND REMEDIES IN GENERAL

Article 8:108: Excuse Due to an Impediment

(1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the obligee may treat it as such.

(3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.

ภาคผนวก ข
บทบัญญัติกฎหมาย Hardship

UNIDROIT Principles

ARTICLE 6.2.1 (CONTRACT TO BE OBSERVED)

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

ARTICLE 6.2.2 (DEFINITION OF HARDSHIP)

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

ARTICLE 6.2.3 (EFFECTS OF HARDSHIP)

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

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

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

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

- (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or

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

Principles of European Contract Law – PECL

CHAPTER 6: CONTENTS AND EFFECTS

Article 6:111: Change of Circumstances

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

(a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or

(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.

Draft Common Frame of Reference : DCFR

III.-1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances

(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:

(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred,

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and

(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวอรุโณทัย ไทยสวัสดิ์
วันเดือนปีเกิด	25 มกราคม 2534
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2555 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2559 : เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 69 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
ตำแหน่ง	นิติกร ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรัง
ผลงานทางวิชาการ	อรุโณทัย ไทยสวัสดิ์. “ผลกระทบจากวิกฤติทางเศรษฐกิจต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขาย สินค้าระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต (กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ) คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
ประสบการณ์ทำงาน	2559 – ปัจจุบัน นิติกร ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรัง