



บทที่ 3

การปรับใช้หลักการเจตจำนงเสรีความเสียหายทั่วไปตามกฎหมายไทย

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ถึงแนวความคิดในเรื่องการเจตจำนงเสรีความเสียหายทั่วไปซึ่งถือปฏิบัติกันอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ในบทนี้จะได้พิจารณาต่อไปว่าหลักเกณฑ์พื้นฐานของการเจตจำนงเสรีความเสียหายทั่วไปที่ยอมรับกันโดยทั่วไปนั้นเมื่อพิจารณาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายไทยแล้ว จะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร สอดคล้องกับวิธีปฏิบัติที่ยึดถือกันมานานในประเทศหรือไม่ .

บ่อเกิดแห่งหนี้ตามกฎหมายไทย และสิทธิหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเจตจำนงเสรีความเสียหายทั่วไป

โดยทั่วไปผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งย่อมเกิดขึ้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงที่เข้าองค์ประกอบหรือปรับได้กับสถานการณ์ข้อเท็จจริงที่เป็นต้นแบบ (a model fact situation) ในองค์ประกอบที่เป็นส่วนเหตุ¹ ในกรณีผลทางกฎหมายอันเป็นการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ก็เป็นไปตามหลักเกณฑ์นี้เช่นกัน กล่าวคือ ในองค์ประกอบที่เป็นส่วนเหตุจะกำหนดสถานการณ์ข้อเท็จจริงที่จะก่อให้เกิดผลอันเป็นการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิขึ้นและเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตรงตามองค์ประกอบที่เป็นส่วนเหตุดังกล่าวแล้ว ผลทางกฎหมายอันเป็นการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิก็จะเกิดขึ้นตามมาบรรดาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ถูกนำมากำหนดเป็นสถานการณ์ต้นแบบในองค์ประกอบที่เป็นส่วนเหตุของกฎหมายนี้เรียกว่า นิติเหตุ (legal fact) ซึ่งสามารถแบ่งประเภทของนิติเหตุออกได้ตามสาเหตุที่ทำให้เกิดนิติเหตุได้คือ²

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2525), หน้า 52.

² ประจบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : มงคลการพิมพ์, 2509), หน้า 4.

(1) นิติเหตุที่เกิดจากการกระทำของบุคคล เช่น สัญญา จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรได้ ละเมิด เป็นต้น

(2) นิติเหตุที่มีได้เกิดจากการกระทำของบุคคลซึ่งได้แก่เหตุการณ์ตามธรรมชาติ เช่น การได้กรรมสิทธิ์ในสิ่งอกรรมสิทธิ์ เป็นต้น

เมื่อมีการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเกิดขึ้น ก็จะทำให้บุคคลมี “หนี้” อย่างใดอย่างหนึ่งตามข้อกำหนดของกฎหมาย ส่วนหนี้ที่มีที่มาหรือบ่อเกิดอย่างไรบ้างนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ แต่การที่ทราบว่าจะอะไรเป็นที่มา เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้หรือเป็นมูลให้เกิดสิทธิเรียกร้องนั้น เป็นข้อสำคัญ เพราะถ้าการนั้น ๆ ไม่เป็นข้อมูลให้เกิดหนี้แล้วก็จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายไม่ได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าหนี้ อาจเกิดได้จากการเหล่านี้ คือ³

(1) นิติกรรมสัญญา

(2) จัดการงานนอกสั่ง

(3) ลากมีควรได้

(4) ละเมิด

(5) นิรโทษกรรม

(6) บทบัญญัติของกฎหมายอื่นบัญญัติไว้ เช่น ประมวลรัษฎากรกำหนดให้บุคคลเสียภาษีเงินได้ เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายบัญญัติไว้

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาว่า หลักการสำคัญของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องนั้น สามารถบังคับโดยอาศัยมูลหนี้ใดได้หรือไม่ โดยจะศึกษาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเรื่องที่มีการกล่าวถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเอาไว้

³ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 3 และ 136 - 138.

1 มุขนี้ตามหลักนิติกรรมสัญญา

นิติกรรมเป็นเครื่องมือของกฎหมาย ที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวของสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลหรือกล่าวได้ว่าเป็นที่มาของมูลหนี้อย่างหนึ่ง⁴ ทั้งนี้ ระบบกฎหมายได้ให้อำนาจอิสระในการบังคับระหว่างกันเองในระดับหนึ่งแก่เอกชน กล่าวคือ ให้อิสระที่จะจัดระเบียบความสัมพันธ์ที่มีต่อกันโดยผ่านทางกลไกที่กฎหมายจัดตั้งขึ้นที่เรียกว่า “นิติกรรม” และโดยกลไกนี้แบบแผนหรือกฎเกณฑ์(norm) จะถูกสร้างขึ้น เพื่อกำหนดความประพฤติของคู่กรณีในนิติกรรมนั้น จึงอาจกล่าวอีกแง่หนึ่งได้ว่า นิติกรรมคือการกระทำที่เอกชนได้รับอำนาจจากระบบกฎหมายให้จัดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ที่มีต่อกัน

ลักษณะนิติกรรมมีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 4 ตั้งแต่มาตรา 149-153 โดยมาตรา 149 อธิบายว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” จะเห็นได้ว่าตามนิยามของกฎหมาย สาธารณประโยชน์ของนิติกรรมคือการแสดงเจตนาเพื่อมุ่งให้เกิดผลในกฎหมาย

นิติกรรมที่เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป คือสัญญานั้นเป็นบ่อเกิดของหนี้ที่สำคัญอย่างหนึ่งที่กฎหมายได้รับรองไว้ภายใต้หลักของเสรีภาพในการทำสัญญา หมายความว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาในรูปลักษณะอย่างใดก็ได้ และจะให้เกิดผลเป็นประการใดก็ได้ภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายบางประการ เช่น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แบบของนิติกรรม เป็นต้น กล่าวโดยสรุป สัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องมีองค์ประกอบสำคัญคือ⁵

⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 271.

⁵ ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 131-132.

(1) ต้องมีคู่สัญญา กล่าวคือ ต้องมีบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปร่วมกันกระทำ จึงจะเกิดเป็นสัญญาขึ้นได้

(2) ต้องมีการตกลงยินยอมกัน กล่าวคือสัญญาเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งต้องมีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ และมีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองถูกต้องตรงกับคำเสนอนั้น สัญญาจึงจะเกิดขึ้น

จากหลักการสำคัญของเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาดังกล่าวข้างต้นจะได้พิจารณาต่อไปว่า มูลเหตุในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป สามารถเกิดจากหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาได้หรือไม่ ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ในสถานการณ์ที่เรือและทรัพย์สินทั้งหลายที่อยู่บนเรือต้องตกอยู่ในภัยอันตรายอันมีมาพร้อมกัน จึงมีความจำเป็นที่นายเรือต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในขณะนั้น เพื่อให้สามารถรอดพ้นจากภัยอันตรายดังกล่าวมาได้ และจากการกระทำหรือการดำเนินการของนายเรือในสถานการณ์ดังกล่าวนั่นเอง เป็นผลทำให้ทรัพย์สินบางส่วนได้รับความเสียหาย เช่นสินค้าถูกทิ้งทะเล กรณีดังกล่าวนี้แนวปฏิบัติที่ยึดถือมาแต่โบราณคือเจ้าของทรัพย์สินอื่นที่รอดปลอดภัยมาได้ ต้องช่วยกันรับเอาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินดังกล่าวตามสัดส่วนของมูลค่าทรัพย์สินของตน

การกระทำของนายเรือที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไป (general average act) เป็นการกระทำโดยเจตนาเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยร่วมกัน หรือเพื่อประโยชน์แก่ทรัพย์สินทั้งหลายร่วมกัน การกระทำดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างกันไปตามสถานการณ์ (general average situation) ที่เกิดขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่ใช่เป็นการกระทำที่เป็นการแสดงเจตนาเพื่อมุ่งต่อผลในกฎหมายโดยการกอนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย กรณีจึงไม่มีประเด็นเกี่ยวกับเงื่อนไขของการแสดงเจตนาหรือความสมบูรณ์ของนิติกรรม หน้าที่ของเจ้าของทรัพย์สินที่ได้รับประโยชน์จากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไป (general average act) ในอันที่จะต้องจ่ายค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น เกิดขึ้นโดยไม่เกี่ยวกับการที่คู่กรณีทั้งหลายต้องแสดงเจตนาเสนอและสนองให้ถูกต้องตรงกันแต่อย่างใด

กรณีเช่นนี้จึงสรุปได้ว่า หลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาไม่ได้เป็นที่มาของสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ส่วนการที่ปรากฏว่าในทางปฏิบัติโดยทั่วไปมักมีการแสดงเจตนาตกลงกันในเรื่องเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เช่น การตกลงกันให้ใช้ York - Antwerp Rules (YAR) บังคับกันระหว่างคู่กรณีทั้งหลาย ความตกลงดังกล่าวไม่ได้เป็นการตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่เป็นเพียงการตกลงเปลี่ยนแปลงสิทธิ

หน้าที่บางประการซึ่งได้เกิดขึ้นมาก่อนแล้ว โดยการตกลงเปลี่ยนแปลงนี้ย่อมสามารถทำได้ภายใต้กรอบของมูลหนี้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่เกิดขึ้นแล้ว

2 มูลหนี้ในนิติเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มูลหนี้ตามหลักนิติกรรมสัญญาดังที่กล่าวมาแล้ว ถือเป็นนิติเหตุหรือเหตุในกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย โดยขึ้นอยู่กับการแสดงเจตนาของนิติสัมพันธ์เป็นสำคัญ นิติเหตุอย่างอื่นที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีอยู่หลายประการด้วยกัน แต่จะนำมาพิจารณาเฉพาะที่อาจมีแนวความคิดปรับได้กับหลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปคือ

2.1 จัดการงานนอกสั่ง

บทบัญญัติว่าด้วยจัดการงานนอกสั่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีอยู่ในมาตรา 395 ถึง 405 โดยมาตรา 395 อธิบายถึงลักษณะของจัดการงานนอกสั่งไว้ว่า

บุคคลใดเข้าทำกิจการแทนผู้อื่นโดยเขามีได้ว่าชานวานใช้ให้ทำก็ดี หรือโดยมิได้มีสิทธิที่จะทำการงานนั้นแทนผู้อื่นด้วยประการใดก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องจัดการงานไปในทางที่จะให้สมประโยชน์ของตัวการ ตามความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ หรือตามที่พึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประสงค์ของตัวการ

การเข้าจัดการงานของผู้อื่นนี้ มิใช่สัญญาหรือนิติกรรมระหว่างผู้จัดการกับตัวการ เพราะมิได้มีการแสดงเจตนาต่อกันและต่างกับลามิควรได้ในมาตรา 406 เพราะหน้าที่เกิดขึ้นผูกพันตัวการเป็นลูกหนี้ให้ชดใช้แก่เจ้าหนี้คือผู้จัดการนั้น ไม่ได้ถือเอาตามจำนวนทรัพย์สินที่เกิดขึ้นเป็นลากขึ้นแก่ตัวการ แต่ถือเอาตามจำนวนทรัพย์สินที่ผู้จัดการต้องออกเงินใช้จ่ายไปทั้งไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 ด้วย เพราะแม้ผู้จัดการเข้าทำกิจการของตัวการโดยมิได้มีการมอบหมายก็จริง

แต่ก็ได้ทำไปเพื่อให้สมประโยชน์ของตัวการมิได้ทำให้ตัวการเกิดความเสียหาย⁶

การจัดการงานนอกสั่งทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่ผู้จัดการและตัวการ ดังนี้

(1) หน้าที่ของผู้จัดการ

(ก) ผู้จัดการต้องจัดการไปในทางที่จะให้สมประโยชน์ของตัวการ ตามความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ หรือตามที่พึงจะสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประสงค์ของตัวการ (มาตรา 395 ตอนท้าย)

(ข) ถ้าผู้จัดการ ทำการผิดความประสงค์ของตัวการ และทำให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการแล้ว ตนจะต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทน (มาตรา 396) เว้นแต่กรณีที่ผู้จัดการทำการขัดความประสงค์ของตัวการนั้น เป็นเรื่องที่ตัวการมีหน้าที่ต้องทำเพื่อสาธารณประโยชน์ หรือมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะบำรุงรักษาผู้อื่น (มาตรา 397)

(ค) ผู้จัดการต้องบอกกล่าวแก่ตัวการโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ว่า ตนได้เข้าจัดการงานแทน และต้องรอฟังคำวินิจฉัยของตัวการ เว้นแต่ภัยจะมีขึ้นเพราะการที่หน่วงเหนี่ยว นอกจากนี้ก็ให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 809 ถึง 811 อันบังคับแก่ตัวแทนมาใช้บังคับแก่หน้าที่ของผู้จัดการโดยอนุโลม (มาตรา 399)

การที่กฎหมายบังคับให้ผู้จัดการแจ้งแก่ตัวการทราบโดยเร็วว่า ตนได้เข้าจัดการงานแทนนั้นดำเนินตามหลักเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 809 ว่าด้วยตัวแทน การที่กำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อฟังคำสั่งของตัวการว่า ได้จัดการแทนไปแล้วจะให้ทำอะไรต่อไป จะรับเอาการที่ได้จัดการไปแล้วหรือไม่ เมื่อตัวการเห็นชอบด้วยและรับรองการที่ได้ทำไปแล้ว จึงจะได้นำมาตรา 809 ถึง 811 ว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับโดยอนุโลม เช่น ต้องแถลงบัญชี ต้องส่งทรัพย์สินหรือสิทธิที่ผู้จัดการได้มาเพราะการจัดการงานนอกสั่ง และถ้าเอาเงินไปใช้ก็ต้องเสียดอกเบี้ย ฯลฯ

(ง) ถ้าผู้จัดการเป็นผู้ไร้ความสามารถ ท่านว่าจะต้องรับผิดชอบเพียงตามบทบัญญัติว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด และว่าด้วยการคืนลาภมิควรได้เท่านั้น (มาตรา 400)

⁶ จิตติ ดิงศภทิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526) หน้า 112.

(2) หน้าที่ของตัวการ

(ก) เมื่อการที่ได้จัดการไปนั้น เป็นการสมประโยชน์ของตัวการและต้องความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ ตัวการจะต้องชดใช้เงินอันผู้จัดการได้ออกไป (มาตรา 400) รวมทั้งผู้จัดการอาจเรียกให้ตัวการชำระหนี้ที่ผู้จัดการเข้ารับภาระในการจัดการแทนตัวการ หรือให้หาประกันไว้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระด้วยก็ได้

(ข) ถ้าการที่ได้ทำไปนั้นไม่สมประโยชน์หรือความประสงค์ของตัวการ หรือว่าไม่ใช่หน้าที่ที่กฎหมายบังคับให้ตัวการต้องทำเพื่อสาธารณประโยชน์หรืออุปการะเลี้ยงดูผู้อื่น ตัวการต้องคืนสิ่งทั้งหลายบรรดาที่ได้มาเพราะเขาจัดการงานให้แก่ผู้จัดการตามบทบัญญัติอันว่าด้วยลาภมิควรได้ ถ้าตัวการให้สัตยาบันการที่ได้จัดทำนั้นก็ให้ใช้หลักเรื่องตัวแทนบังคับแล้วแต่กรณี (มาตรา 402)

เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์ที่ปรากฏอยู่ทั่วไปในการรับขนทางทะเล ขณะที่มิถุนายนรายคุกคามต่อความปลอดภัยของทรัพย์สินบนเรือทั้งหมดรวมกัน นายเรือซึ่งเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนของเจ้าของเรือ จะเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการตามที่เห็นสมควรเพื่อบรรลุถึงความปลอดภัยร่วมกัน กรณีนี้อาจถือได้ว่านายเรือเป็นผู้จัดการที่ได้จัดการงานไปเพื่อให้สมประโยชน์ของตัวการซึ่งอาจมีหลายคนที่ได้รับประโยชน์จากการกระทำของผู้จัดการ⁷ และเป็นการจัดการแทนตัวการ ซึ่งหมายตลอดถึงทำแทนผู้อื่นร่วมกับทำเพื่อประโยชน์ตนเองในขณะเดียวกันด้วย⁸ หากกรณีเป็นเช่นนี้ก็จะเกิดมูลหนี้จัดการงานนอกสั่งขึ้นระหว่างผู้จัดการคือนายเรือกับตัวการ คือเจ้าของทรัพย์สินที่รอดปลอดภัยมาได้ แต่ผลแห่งมูลหนี้ดังกล่าวไม่ได้ทำให้มีการกระจายความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการดำเนินการของนายเรือเพื่อความปลอดภัยร่วมกัน นอกจากนั้น ในระหว่างเจ้าของทรัพย์สินบนเรือด้วยกันก็ไม่มีสิทธิหน้าที่ใดๆ ต่อกันตามหลักกฎหมายในเรื่องจัดการงานนอกสั่งเพราะไม่ได้มีความสัมพันธ์ในฐานะผู้จัดการกับตัวการแต่อย่างใด

กรณีข้างต้นจึงสรุปได้ว่า หลักกฎหมายในเรื่องจัดการงานนอกสั่งไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในอันที่จะทำให้มีการเฉลี่ยความเสียหาย ในระหว่างบรรดาเจ้าของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการผจญภัยในทะเลด้วยกัน

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 114.

2.2 ลากมิกวได้

บทกฎหมายอันว่าด้วยลากมิกวได้นั้น เป็นบทอันบังคับไว้สำหรับวางระเบียบหน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สินบุคคลหนึ่งได้มาจากอีกบุคคลหนึ่งโดยทำให้เขาเสียเปรียบ ในเมื่อการที่ได้มานั้น ไม่ได้เป็นการผิดกฎหมาย ฉะนั้น จึงเป็นบทบัญญัติเพื่อความยุติธรรมว่าบุคคลหนึ่งจะร่ำรวยขึ้นมาโดยให้คนอื่นเขาเสียหายไม่ได้⁹

มาตรา 406 ได้กำหนดหลักการทั่วไปของลากมิกวได้อันเป็นที่มาแห่งนี้ไว้ คือ

บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินใด เพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชำระหนี้ก็ดี หรือได้มาโดยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินแก่เขา อนึ่งการรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือหาไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย

บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์สินมา เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้วนั้นด้วย

เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของมูลหนี้ที่เกิดจากลากมิกวได้แล้ว จะปรากฏจากมาตรา 406 ดังนี้คือ

(1) เป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินใดสิ่งหนึ่ง

หลักเกณฑ์ประการแรกก็คือต้องมีการได้มา ดังนั้น ถ้าเป็นการงดเว้นไม่ปฏิบัติ การให้ทรัพย์สินของตนหมดไป จะว่าเป็นการได้มาอันเป็นลากมิกวได้ไม่ได้ เช่นไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญา ทรัพย์สินยังอยู่ที่ตน จะว่าเป็นลากมิกวได้ไม่ได้ แต่เป็นการไม่ชำระหนี้อันเกิดแต่

⁹ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรม และหนี้ หน้า 435.

มูลสัญญา¹⁰ นอกจากนี้ การได้มาต้องเป็นการได้มาในลักษณะเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของผู้ได้มา¹¹ ส่วนพฤติการณ์ที่จะได้ทรัพย์สิ่งใดมานั้นอาจเป็นการได้มาโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้

สิ่งที่ได้มานั้น ตัวบทใช้ความว่า “ทรัพย์สิ่งใด” ในที่นี้หมายความรวมทั้งทรัพย์ตามมาตรา 137 และทรัพย์สินตามมาตรา 138 ด้วย กล่าวคือ รวมถึงประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้¹²

(2) โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้

การที่ปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายอันใดมาอ้างอิงเพื่อยึดถือเอาทรัพย์นั้นไว้ได้ เช่น ถ้าลูกหนี้เอาเงินมาชำระ เจ้าหนี้จะเอาเงินนั้นไว้ได้ก็ต้องปรากฏว่าตนเป็นเจ้าของหนี้เขาจริง ซึ่งการที่เป็นเจ้านั้นนั้น เป็นมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ ส่วนคำว่ามูลอันจะอ้างกฎหมายได้นั้น เป็นคำกว้างหมายถึงเรื่องต่างๆ กัน คือ เช่นไม่มีมูลหรือมูลได้สิ้นไปแล้วในการชำระหนี้

โดยปกติมูลอันจะอ้างกฎหมายได้นี้เกิดมาจากความผูกพันซึ่งมีอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งอาจมาจากความผูกพันโดยมูลหนี้นิติกรรมหรือสัญญา หรือโดยมูลหนี้อื่นตามที่กฎหมายได้รับรองไว้ เมื่อไม่สามารถอ้างสิทธิตามกฎหมายใดๆ ได้แล้วจึงจะมาอ้างสิทธิเรียกร้องในลาภมิควรได้ ซึ่งในแง่สิทธิเรียกร้องในมูลหนี้ลาภมิควรได้จึงเป็นสิทธิเรียกร้องสำรอง หรืออนุเคราะห์หรืออุปกรณ¹³

(3) เป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งเสียเปรียบ

การที่เป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งเสียเปรียบนั้น ต้องมีการได้มาซึ่งทรัพย์สิ่งใด โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ตามที่กล่าวในส่วนที่ (1) และ (2) เสียก่อน เช่นนี้แล้วก็จะเกิด

¹⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, หน้า 454.

¹¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 133.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 134.

¹³ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พ.ศ. 2526), หน้า 99.

ลามมิควรได้ “และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบ” กรณีมีความหมายว่าการได้มาซึ่ง ลางอกกับความเสียเปรียบนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กัน¹⁴ กล่าวคือ การกระทำอันเดียวกันซึ่งทำ ให้ฝ่ายหนึ่งได้ลางอกขณะที่ฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ หรือการที่ได้ลางอกเกิดจากความเสียเปรียบ ของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งประโยชน์หรือลางอกนั้นอาจเป็นผลโดยตรงของความสูญเสียหรือความ เสียเปรียบที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับหรือไม่ก็ได้¹⁵

เมื่อนำหลักเกณฑ์ในเรื่องลามมิควรได้ มาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในสถานการณ์ที่เกิด ความเสียหายทั่วไป (general average situation) จะเห็นได้ว่าการที่ทรัพย์สินต่างๆ บนเรือได้ร่วม เดินทางและต้องเผชิญกับการเสี่ยงภัยในท้องทะเลมาด้วยกันและเมื่อทรัพย์สินทั้งหมดต้องตกอยู่ใน สถานการณ์ที่คุกคามต่อความปลอดภัยของทรัพย์สินดังกล่าว การที่ได้เสียสละทรัพย์สิน บางอย่างไปเพื่อให้สามารถพ้นจากภัยดังกล่าวมาได้นั้น ย่อมเห็นได้ว่าการเสียสละดังกล่าวทำให้ เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเสียสละไปได้รับความเสียหาย และเจ้าของทรัพย์สินที่รอดปลอดภัยมาได้ ได้รับประโยชน์จากการเสียสละนั้น การดังกล่าวทำให้เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเสียสละไปต้องเสีย เปรียบอย่างเห็นได้ชัด แต่จะเห็นได้ว่าฝ่ายเจ้าของทรัพย์สินที่ปลอดภัยมาได้นั้นไม่ได้รับประโยชน์ ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของตนแต่ประการใด กล่าวคือ มิได้เกิด “ลาม มิควรได้” ขึ้นแก่ฝ่ายเจ้าของทรัพย์สินที่ปลอดภัย อันจะทำให้ต้องตกเป็นหนี้ชดใช้ลางที่ออกขึ้นมา นั้น คืนแก่เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเสียสละไป ดังนั้นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้รับ ความเสียหายดังกล่าว จึงไม่อาจเรียกร้องให้มีการชดใช้ความเสียหายแก่ตนโดยอาศัยมูลหนี้ในเรื่องลามมิควรได้นี้ได้

กล่าวคือหลักกฎหมายในเรื่องลามมิควรได้ ไม่ได้เป็นที่มาแห่งมูลหนี้อันจะมีผลทำ ให้มีการเฉลี่ยความเสียหาย ที่เกิดจากการเสียสละทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยร่วมกัน ของเรือและทรัพย์สินบนเรือ ในระหว่างบรรดาเจ้าของทรัพย์สินที่ร่วมเผชิญภัยในทะเลด้วยกัน

อนึ่ง ในประเทศฝรั่งเศสเคยปรากฏว่า มีการใช้หลักกฎหมายในเรื่องลามมิควรได้มา อธิบายถึงแนวความคิดของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปว่า เมื่อมีการเสียสละทรัพย์สินทำให้เจ้า ของทรัพย์สินดังกล่าวต้องยากจนลง ขณะเดียวกันที่ทรัพย์สินของบุคคลอื่นรอดปลอดภัยจึงเกิด เป็นลามมิควรได้ขึ้น ทำให้เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเสียสละไปเพื่อความปลอดภัยร่วมกันมีสิทธิฟ้อง

¹⁴ เรื่องเดียวกัน , หน้า 97.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน , หน้า 98.

เรียกค่าเสียหายจากเจ้าของทรัพย์สินที่ช่วยเหลือให้พ้นจากภัยอันตรายมาได้ แนวความคิดนี้ใช้อยู่ในฝรั่งเศสเป็นเวลานาน แต่ปัจจุบันนี้ไม่ได้รับการยอมรับแล้ว¹⁶

2.3 การนิรโทษกรรมกรณีทำลายทรัพย์สินเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่มีมาโดยฉุกเฉิน

คำว่านิรโทษกรรมตามที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่า การกระทำอันผู้กระทำนั้นไม่ต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทน แม้มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น กล่าวคือ การกระทำนั้นเป็นละเมิดแต่กฎหมายเห็นความจำเป็นว่า ไม่ควรให้ผู้กระทำต้องรับผิดจึงกำหนดหลักเกณฑ์การที่จะไม่ต้องรับผิดไว้ เมื่อการกระทำใดเข้าตามกรณีที่กำหนดไว้แล้ว ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย หรือให้ชดเชยน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง¹⁷

ความเสียหายทั่วไปอาจเกิดจากการเสียหายเฉพาะ หรือการทำลายทรัพย์สินบางส่วนเพื่อความปลอดภัยร่วมกันของเรือและทรัพย์สินบนเรือ นอกเหนือไปจากความเสียหายทั่วไปที่เกิดจากการกระทำหรือการเลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย ณ เมืองท่าหลบภัย โดยในกรณีนี้จะได้พิจารณาว่า การเสียหายหรือการทำลายทรัพย์สินในสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไป (general average situation) นั้น ปรับได้กับหลักกฎหมายในเรื่องนิรโทษกรรมอย่างไร

บทบัญญัติต่าง ๆ อันรวมอยู่ในหมวดว่าด้วยนิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กล่าวถึงกรณีต่างๆ ที่บุคคลได้กระทำการใด ๆ ไปและอาจอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้ว่าเป็นการที่ชอบแล้วที่ได้ทำไป และไม่ต้องรับผิดชดเชยค่าเสียหายแต่อย่างใด กรณีต่างๆ อันเป็นการที่นิรโทษกรรมนั้น แยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

¹⁶ ไผทชิต เอกจิรยกร, กฎหมายพาณิชย์นาวี (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537), หน้า 318.

¹⁷ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2530), หน้า 201.

(1) พฤติการณ์อันสนับสนุนการกระทำของผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย

พฤติการณ์อันบุคคลซึ่งได้ตกอยู่ในฐานะเช่นนั้น และก่อให้เกิดความเสียหาย คือ

(ก) การป้องกัน บุคคลซึ่งได้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หารต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ (มาตรา 449 วรรค 1)

(ข) การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย บุคคลที่กระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย ถ้าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หารต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ (มาตรา 449 วรรค 1)

(ค) การทำการป้องกันภัยอันตรายอันมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ถ้าบุคคลทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัดปิดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ท่านว่าไม่จำเป็นต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน (มาตรา 450 วรรค 1)

(ง) การปิดป้องภัยอันตรายแก่เอกชนโดยฉุกเฉิน ถ้าบุคคลทำบุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัดปิดป้องภัยอันตรายอันมีแก่เอกชนโดยฉุกเฉิน ผู้นั้นต้องใช้คืนทรัพย์สิน (มาตรา 450 วรรค 2)

(จ) การป้องกันอันตรายอันจะเกิดแก่ตัวเองหรือผู้อื่นเพราะทรัพย์สินนั้นเองเป็นเหตุ ถ้าบุคคลทำบุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะป้องกันสิทธิของตนหรือของบุคคลภายนอกจากภัยอันตรายอันมีมาโดยฉุกเฉินเพราะตัวทรัพย์สินนั้นเองเป็นเหตุ บุคคลเช่นว่านี้ หารต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ หากว่าความเสียหายไม่เกินสมควรแก่เหตุ แต่ถ้าภัยอันตรายนั้นเกิดขึ้นเพราะความผิดของบุคคลนั้นเองแล้ว ท่านว่าจำเป็นต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ (มาตรา 450 วรรค 3)

(2) การป้องกันสิทธิของตน

(ก) การใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิ ถ้าตามพฤติการณ์จะขอให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ช่วยเหลือให้ทันท่วงที่ไม่ได้และถ้ามิได้ทำในทันใด มีภัยอยู่ด้วยการที่ตนจะได้สมดังสิทธินั้นจะต้องประวิงไปมากหรือถึงแก่สาบสูญได้ บุคคลผู้กระทำการดังกล่าวไม่ต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทน

(ข) ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์กระทำต่อสัตว์ของผู้อื่น ที่เข้ามาทำความเสียหายแก่อสังหาริมทรัพย์ของตน (มาตรา 452)

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นซึ่งกฎหมายนิรโทษกรรมให้ไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ประกอบด้วยการกระทำในหลาย

ลักษณะด้วยกันซึ่งเมื่อนำมาพิจารณากับเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ในสถานการณ์ที่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไป (general average act) ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและคุกคามต่อความปลอดภัยของทรัพย์สินทั้งหมด การดังกล่าวอาจได้รับนิโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นถ้าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันอันตรายอันมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ทั้งนี้เป็นกรณีที่ภัยอันจะเกิดขึ้นนั้นจะต้องทำให้เกิดผลพิบัติคือ เสียหายแก่ส่วนรวม ซึ่งอาจจะเกิดแก่บุคคลทั่ว ๆ ไปในกลุ่มนั้นหรือเกิดแก่ทรัพย์สินของส่วนรวม แม้จะเป็นเพียงทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดเท่านั้น แต่เป็นการสงวนประโยชน์ส่วนใหญ่ไว้โดยสละประโยชน์ส่วนน้อย จึงยอมให้ทำลายหรือทำให้บุบสลายแก่ทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดเพื่อป้องกันภัยอันเกิดแก่ส่วนรวม ไม่ว่าจะเป็ทรัพย์สินหรือชีวิตของคนทั่วไปในกลุ่มนั้นโดยส่วนรวม¹⁸ สถานการณ์ลักษณะนี้อันเป็นสาเหตุที่มาของความเสียหายทั่วไป เช่น เรือประสบภัยจากพายุในทะเลทำให้ต้องทิ้งสินค้าลงทะเลบางส่วนเพื่อให้เรือและทรัพย์สินอื่นๆ สามารถฝ่าพายุมาได้อย่างปลอดภัย หากความเสียหายจากการทิ้งสินค้านั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุอันตรายหมายความว่ามิได้ทำให้เสียหายเกินสมควร¹⁹ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนใดๆ เลย ตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาเช่น ฎีกาที่ 594/2492²⁰ น้ำในห้วยเขาะดินโค้งเข้าฝ่ายหลวง อีควาเศษก็จะถึงฝ่ายหลวง หากฝ่ายหลวงพังก็จะทำให้เสียหายแก่นาถึง 3 ตำบล จำเลยเป็นกำนันในท้องที่กับกรมการรักษาดินฝ่ายหลวง ปรีชากันแล้วจึงนำราษฎรขุดร่องน้ำในนาของโจทก์ ชักน้ำให้เดินไปทางอื่น ทำให้น้ำเขาะนาโจทก์เสียหาย เป็นการทำลายทรัพย์สินของโจทก์เพื่อบำบัดป้องกันอันตรายอันมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน และไม่เกินแก่เหตุ จึงไม่ต้องรับผิดชอบละเมิดและไม่มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

กล่าวโดยสรุปแล้วหลักกฎหมายในเรื่องนิโทษกรรม เป็นเรื่องที่ยกกฎหมายเห็นความจำเป็นว่า ไม่ควรให้ผู้กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นในบางกรณีต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน หรืออาจมองได้อีกแง่หนึ่งว่า เป็นกรณีที่มีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย ทำให้

¹⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 206.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 207.

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

นอกจากจะไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งแล้ว ยังทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาด้วย²¹ อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้นำไปสู่การที่จะทำให้มีการเฉลี่ยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันได้รับนิรโทษกรรมดังกล่าว หลักกฎหมายเรื่องนิรโทษกรรมจึงเป็นเพียงขอกฎหมายซึ่งผู้ที่ได้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหาย สามารถยกขึ้นอ้างเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเท่านั้น หากได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตามที่กล่าวในบทที่ 2 แต่ประการใด

3. มูลหนี้ตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า มูลแห่งหนี้อาจเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องใดๆ โดยเฉพาะก็ได้ ในกรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวถึง “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” ในขณะนี้ 3 ฉบับด้วยกัน คือ พระราชบัญญัติการรับชดเชยของทางทะเล พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติการกักเรือ พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติการจำนองเรือและนริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 โดยในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นที่มาของสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปหรือไม่ หรือมีความเกี่ยวข้องกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอย่างไร

3.1 พระราชบัญญัติการรับชดเชยของทางทะเล พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติการรับชดเชยของทางทะเลเป็นกฎหมายเอกชน ที่กำหนดสิทธิหน้าที่ในทางแพ่งระหว่างคู่สัญญารับชดเชยของทางทะเลระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ โดยมีขอบเขตของการใช้บังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เป็นกฎหมายที่เข้ามาแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาดังกล่าวให้เป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนด โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ขนส่งทำสัญญาเอาเปรียบผู้ส่งของ ทั้งนี้ เพราะผู้ขนส่งมีอำนาจในการเจรจาต่อรองทำสัญญาที่เหนือกว่าผู้ส่งของมาก

²¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 27.

มาตรการที่สำคัญประการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อคุ้มครองผู้ส่งของ คือการห้ามกำหนดข้อสัญญา ที่มีผลเป็นการลดความรับผิดชอบของผู้ขนส่งให้น้อยไปกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายให้ผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบในความเสียหาย อันเป็นผลจากการที่ของซึ่งได้รับมอบจากผู้ส่งของสูญหาย เสียหาย หรือมีการส่งมอบชักช้า ถ้าเหตุแห่งการสูญหาย เสียหาย หรือการส่งมอบชักช้า นั้นเกิดขึ้นระหว่างที่ของดังกล่าวอยู่ในความดูแลของตน (มาตรา 39 วรรค 1) แต่ขณะเดียวกัน กฎหมายก็ได้กำหนดเหตุต่าง ๆ ที่ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่เกิดจากความไม่เหมาะสมในการเดินทะเลของเรือที่บรรทุกของนั้น แต่ผู้ขนส่งต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างดี เพื่อที่จะทำให้เรือนั้นมีความเหมาะสมในการเดินทะเลแล้ว (มาตรา 51)

(2) กรณีที่เกิดจากเหตุใดๆ ซึ่งนอกเหนือวิสัยที่ผู้ขนส่งจะควบคุมบังคับได้และเหตุนั้นมีได้เกิดขึ้นจากความผิดหรือประมาทเลินเล่อของฝ่ายผู้ขนส่ง เช่น เหตุสุดวิสัย ภัยอันตรายแห่งท้องทะเล สงคราม โจรสลัด เป็นต้น (มาตรา 52)

(3) กรณีที่เกิดอัคคีภัย ซึ่งอัคคีภัยนั้นมิได้เกิดจากความผิดหรือประมาทเลินเล่อของฝ่ายผู้ขนส่ง (มาตรา 53)

(4) กรณีที่เกิดจากการกระทำเพื่อระงับอัคคีภัย หรือเพื่อหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาผลเสียหายจากอัคคีภัยซึ่งฝ่ายผู้ขนส่งมิได้กระทำโดยผิดหรือประมาทเลินเล่อ (มาตรา 54)

(5) กรณีที่เกิดจากการช่วยชีวิตมนุษย์ในทะเล หรือเกิดจากการกระทำอันสมควรเพื่อช่วยทรัพย์สินในทะเล (มาตรา 55)

* มาตรา 17 ข้อกำหนดใดในสัญญารับขนของทางทะเลซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายดังต่อไปนี้ ข้อกำหนดนั้นเป็นโมฆะ

(1) ปลดเปลื้องผู้ขนส่งจากหน้าที่หรือความรับผิดใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้

(2) กำหนดความรับผิดของผู้ขนส่งให้น้อยกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 58 หรือมาตรา 60 ...

(6) กรณีที่เป็นการขนส่งสัตว์มีชีวิต และเหตุเกิดจากสภาพตามธรรมชาติของสัตว์นั้น ทั้งที่ผู้ขนส่งได้ปฏิบัติตามคำแนะนำเกี่ยวกับสัตว์นั้นที่ผู้ส่งของให้ไว้แก่ตนแล้ว (มาตรา 56)

(7) กรณีที่เป็นการขนส่งของมีค่าซึ่งผู้ส่งของ ไม่ได้แจ้งถึงสภาพและราคาแพงของนั้น ให้ผู้ขนส่งทราบ (มาตรา 57)

เหตุยกเว้นความรับผิดดังกล่าวข้างต้นมีที่มาจาก ทั้ง Hague Rule และ Hamburg Rules²² และมีกรณีที่กล่าวถึง “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” ไว้คือ ในมาตรา 55 ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งประการหนึ่ง กำหนดว่า

ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกช้า ถ้าพิสูจน์ได้ว่าการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกช้า นั้น เป็นผลจากการใช้มาตรการทั้งปวง เพื่อช่วยชีวิตมนุษย์ในทะเล หรือจากการใช้มาตรการอันสมควรเพื่อช่วยทรัพย์สินในทะเล แต่ผู้ขนส่งยังคงต้องรับผิดตามส่วนของตนในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ถ้ามี

ตามมาตรานี้จะเห็นได้ว่า แม้ผู้ขนส่งจะไม่ต้องรับผิดในมูลหนี้ตามสัญญารับขนของทางทะเลโดยผลของกฎหมาย แต่ยังคงต้องรับผิดในมูลหนี้ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป โดยเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล ฯ กล่าวถึงผลของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่มีต่อผู้ขนส่งกรณีที่มาตราการที่ผู้ขนส่งได้กระทำไปตามมาตรา 55 ดังกล่าวนั้น เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไป (general average act) โดยยืนยันว่ากรณีเช่นนี้ ผู้ขนส่งยังคงต้องรับผิดตามส่วนของตนในมูลหนี้ที่เกิดจากการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป กรณีเช่นนี้จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ ไม่ได้กำหนดรับรองถึงมูลอันเป็นที่มาของความรับผิดในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป กล่าวคือพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่ได้เป็นบ่อเกิดแห่งมูลหนี้

²² คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม , “ปัญหาข้อกฎหมายในสัญญารับขนของทางทะเลและแนวทางแก้ปัญหามาตราพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ...” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 186-200.

ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่ก็เป็นการยืนยันว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเป็นความ สัมพันธ์ทางกฎหมายอย่างหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีความเกี่ยวพันอยู่กับการรับขนของทาง ทะเลเป็นอย่างมาก ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเล ของประเทศต่างๆ โดยส่วนใหญ่ซึ่งมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับ Hague Rules กล่าวคือ ต่างก็ รับรองถึงผลของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้ในทำนองเดียวกัน กล่าวคือยอมรับให้คู่สัญญา สามารถเพิ่มข้อกำหนดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ไว้ในสัญญารับขนของทางทะเลได้ (Hague Rules Article V) ซึ่งการที่ต้องรับรองไว้เช่นนั้น เพราะมิฉะนั้นแล้วอาจมีการยกขึ้นอ้างได้ ว่า ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการลดความรับผิดชอบของผู้ขนส่งให้น้อยลงโดยปริยาย หลักการดังกล่าว Hamburg Rules ก็ได้รับรองไว้เช่นเดียวกันใน Article 24

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล ฯ ของไทยในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจะเห็นว่า ไม่ได้มีหลักการดังเช่นกฎหมายของต่างประเทศหรือ อนุสัญญาระหว่างประเทศที่บัญญัติรับรองว่าการเพิ่มเติมข้อกำหนดในสัญญาในเรื่องเกี่ยวกับการ เฉลี่ยความเสียหายทั่วไปสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อันจะทำให้มีปัญหาในการตีความ ตามมาว่าการตกลงกันในเรื่องดังกล่าวเป็นการทำให้ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งลดลงหรือไม่ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงที่มาของเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล ฯ

* เช่น The Greek Code of Private Maritime Law:

Article 142 Any agreement releasing the carrier from his obligations and liabilities as described in this chapter or restricting them in any way shall be void. Any agreement varying the rules as to the burden of proof shall be void.

Article 143 The preceding article shall not operate to avoid:

- a. stipulations concerning the obligations of the carrier prior to loading and subsequent to discharge;
- b. agreements relating to matters of general average.

ในมาตรา 55 นั้น มีที่มาจาก Hamburg Rules Article 5 paragraph 6 “The carrier is not liable, except in general average, where loss, damage or delay in delivery resulted from measures to save life or from reasonable measures to save property at sea”

การที่นำเอาเหตุยกเว้นความรับผิดใน Hague Rules และ Hamburg Rules มาเขียนรวมกันโดยไม่คำนึงถึงปัญหาทางเทคนิคของการร่างกฎหมาย จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาเพราะการกำหนดพื้นฐานของความรับผิด (basis of liability) ต่างกัน โดยเฉพาะในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตามมาตรา 55 ทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายตามมาคือ ปัญหาว่ากรณีที่ผู้ขนส่งได้รับยกเว้นความรับผิดในกรณีอื่นตามที่กฎหมายกำหนด แต่เป็นกรณีที่ความเสียหายซึ่งได้รับยกเว้นไม่ต้องรับผิดตามสัญญาฉบับนั้น เป็นความเสียหายที่เข้าหลักเกณฑ์ของความเสียหายทั่วไป เช่นนี้ ผู้ขนส่งยังคงต้องรับผิดตามส่วนของตนในความเสียหายทั่วไปดังกล่าวหรือไม่ ในเมื่อมาตราอื่น ๆ ที่กล่าวถึงเหตุยกเว้นความรับผิด ไม่ได้เขียนไว้ในทำนองเดียวกับมาตรา 55 ว่า ให้ผู้ขนส่งยังคงต้องรับผิดตามส่วนของตนในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

ความสูญหายหรือเสียหายในกรณีอื่น ๆ นอกไปจากกรณีตามมาตรา 55 ที่ผู้ขนส่งอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายได้เช่น กรณีความเสียหายจากการใช้มาตรการเพื่อระงับอัคคีภัย (มาตรา 54) กรณีนี้ จะเห็นได้ว่าหากอัคคีภัยดังกล่าวคุกคามต่อความปลอดภัยของทรัพย์สินส่วนรวมทั้งหมด ความเสียหายแก่ทรัพย์สินเนื่องจากการใช้มาตรการเพื่อระงับอัคคีภัยย่อมถือเป็น ความเสียหายทั่วไป (ตามกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป) แต่กฎหมายไม่ได้เขียนไว้ในลักษณะเดียวกับที่เขียนไว้ในมาตรา 55 ทั้งที่มีสาระทางกฎหมายเช่นเดียวกันจึงอาจทำให้ตีความไปได้ว่า ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนอกเหนือไปจากกรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนซึ่งเห็นว่ากฎหมายมิได้มุ่งประสงค์เช่นนั้นอย่างแน่นอน

กล่าวโดยสรุป การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเข้ามาเกี่ยวข้องกับภาระรับขนของตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ เพราะคู่สัญญารับขนของทางทะเลอาจมีสิทธิหน้าที่ต่อกันในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปด้วย นอกเหนือไปจากสิทธิหน้าที่ต่อกันตามสัญญา ทั้งนี้ ความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายที่เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญา อาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายทั้งตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และเกิดผลทางกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปแยกจากกันได้ โดยบทบัญญัติในมาตรา 55 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นข้อยืนยันถึงความเกี่ยวพันนี้ กล่าวคือ แม้ผู้ขนส่งจะไม่ต้องรับผิดต่อความเสียหายแก่ผู้ส่งของ เพราะมีเหตุที่ตนได้รับยกเว้นความรับผิด แต่ผู้ขนส่งอาจต้องรับผิดตามส่วนของตนหากความเสียหาย ที่เกิดขึ้นตามสัญญาฉบับนั้น เป็นความเสียหายทั่วไป

อย่างไรก็ตาม ตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ กล่าวถึงเฉพาะกรณีที่ผู้ขนส่งอาจต้องรับผิดชอบส่วนของตนในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่ในสภาพการณ์ของการรับขนตามข้อผูกพันในสัญญา ความเสียหายทั่วไปที่เกิดขึ้นอาจทำให้ผู้ส่งของหรือเจ้าของสินค้าต้องรับผิดชอบในทำนองเดียวกับผู้ขนส่งได้เช่นเดียวกัน การที่กฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเลไม่ได้เขียนไว้หรือคู่สัญญาไม่ได้ตกลงไว้นั้น ไม่ได้ทำให้ผู้ส่งของไม่ต้องรับผิดชอบในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ทั้งนี้ เพราะความรับผิดในการเฉลี่ยความเสียหายเป็นมูลหนี้ตามกฎหมายอีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปว่ามีอยู่อย่างไร

3.2 พระราชบัญญัติการกักเรือ พ.ศ. 2534

หลักการที่สำคัญของพระราชบัญญัติการกักเรือฯ อาจสรุปได้ 4 ประการคือ

(1) เพื่อให้ศาลไทยมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งที่เจ้าของเรือเดินทะเล ซึ่งไม่มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรถูกฟ้องเป็นจำเลย

(2) เพื่อให้เจ้าหนี้ซึ่งดำเนินคดีแพ่งต่อเจ้าของเรือต่างประเทศ มีหลักประกันการชำระหนี้ตามคำพิพากษา เนื่องจากจำเลยไม่มีทรัพย์สินอื่นอยู่ในราชอาณาจักร จึงจำเป็นต้องกักเรือไว้เป็นประกัน

(3) เพื่อให้สามารถดำเนินการกักเรือได้ทันเวลา ก่อนที่เรือของลูกหนี้จะออกไปนอกราชอาณาจักร จึงให้เจ้าหนี้ขอ กักเรือของลูกหนี้ก่อนฟ้องคดีได้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โจทก์จะขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์ของจำเลย (ไข้วชั่วคราวก่อนพิพากษา) ได้ก็ต่อเมื่อฟ้องคดีแล้วหรืออย่างรวดเร็วที่สุดก็ต้องฟ้องคดีพร้อมกับขออายัด

(4) เพื่อให้สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อกันไปได้โดยไม่ต้องหยุดชะงัก เพราะเนื่องจากไม่อาจส่งคำคู่ความให้แก่จำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการกักเรือฯ สรุปได้คือ

(1) ผู้มีสิทธิขอให้กักเรือและมูลหนี้ที่เป็นเหตุให้ขอ กักเรือได้

ก. ต้องเป็นเจ้าหนี้ของเจ้าของเรือผู้ครอบครองเรือ

ข. หนี้ดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็น “สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือ” ตามบทนิยามในมาตรา 3 เช่น “การช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล” “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” “ค่าจ้างนายเรือหรือคนประจำเรือ” เป็นต้น

ค. เจ้าหนี้ดังกล่าวต้องมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร

(2) เรือที่เจ้าหน้าอาจขอให้กักได้

ก. เป็นเรือเดินทะเลที่ใช้ในการขนส่งของ หรือคนโดยสารทางทะเลระหว่างประเทศ

ข. เป็นเรือลำใดลำหนึ่งของลูกหนี้

ค. เป็นเรือที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ แต่ยกเว้นกรณีที่สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือ เป็นเรื่องกรรมสิทธิ์ สิทธิของเจ้าของรวม หรือการจำนองเรือ สามารถกักได้ เฉพาะเรือลำพิพาทตามมูลหนี้

(3) การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล

เมื่อได้กักเรือไว้เป็นการชั่วคราวแล้ว ไม่ว่าลูกหนี้จะมีภูมิลำเนาอยู่ที่ใดและ มูลคดีจะเกิดขึ้นที่ใด ไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักร เจ้าหน้าสามารถฟ้องคดีเพื่อบังคับตามสิทธิของตนได้โดยยื่นคำฟ้องต่อศาลใดศาลหนึ่งคือ

ก. ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ข. ศาลที่สั่งกักเรือ

มูลหนี้ที่เจ้าหน้าสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อขอให้ศาลสั่งกักเรือตามพระราชบัญญัตินี้ มีอยู่หลายอย่างด้วยกัน ซึ่งแตกต่างกันไปตามลักษณะของกิจกรรมหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของเรือ กล่าวโดยเฉพาะในเรื่องของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเท่ากับเป็นการยอมรับว่าเป็นมูลหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนึ่ง โดยใน (จ) ของมาตรา 3 ได้อธิบายถึงสาระสำคัญของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปว่ามีอยู่อย่างไร ซึ่งก็มีสาระสำคัญตรงตามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรืออันเป็นเหตุที่เจ้าหน้าสามารถขอให้ศาลกักเรือได้ตามมาตรา 3 วรรคสอง (จ) นั้น คือ สิทธิเรียกร้องอันเกิดจาก

การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ในกรณีที่เจ้าของเรือ ผู้ขนส่งและเจ้าของของที่บรรทุกมาในเรือ นั้น มีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่สูญหายหรือเสียหายจากการกระทำโดยเจตนาด้วยความจำเป็นตามสมควร เพื่อความปลอดภัยร่วมกันของเรือและของที่บรรทุกมาในเรือ นั้น หรือต้องชดเชยค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปด้วยความจำเป็นเป็นกรณีพิเศษเพื่อประโยชน์ร่วมกันของทุกฝ่ายหรือเพื่อความปลอดภัยร่วมกันของเรือและของที่บรรทุกมาในเรือ

นั้น ทั้งนี้ เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือสัญญาระหว่างคู่กรณีกำหนด
ความรับผิดในเรื่องนี้ได้

การที่กฎหมายรับรองว่า “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” เป็นสิทธิเรียกร้องประการ
หนึ่ง ทำให้เจ้านี้ ในมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปสามารถฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับตาม
สิทธิของตนได้เช่นเดียวกับสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือประการอื่น ซึ่งรายละเอียดของสิทธิเรียกร้อง
จะเป็นประการใด ก็ย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายที่รองรับมูลหนี้อันเป็นที่มาของสิทธิเรียกร้อง
นั้น ๆ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการกักเรือมิได้กำหนดว่าสิทธิหน้าที่ของมูลหนี้ต่างๆ มีอยู่อย่างไร

การที่กฎหมายว่าด้วยการกักเรือกล่าวถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น เป็นการ
กล่าวถึงมูลหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนึ่ง อันเป็นเหตุที่ยกขึ้นอ้างเพื่อชอกรักเรือได้และทำให้
สามารถฟ้องร้องคดีบังคับตามสิทธิเรียกร้องในมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ได้ต่อไปตาม
มาตรา 28 ของกฎหมายดังกล่าว

กรณีจึงมีปัญหาว่า กฎหมายไทยที่รองรับมูลหนี้อันก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับ
การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีอยู่ ณ ที่ใด โดยในวรรคสอง (จ) ของมาตรา 3 แห่งพระราช
บัญญัติการกักเรือ ๔ ได้กล่าวถึงองค์ประกอบหรือสาระสำคัญของมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหาย
ทั่วไปเอาไว้เพราะ “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” ซึ่งแปลมาจาก “general average” นั้น เป็น
คำที่ไม่แพร่หลายนักในกฎหมายไทย ผู้ร่างกฎหมายจึงเห็นควรให้เขียนอธิบายสาระสำคัญของ
มูลหนี้ดังกล่าวไว้ เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจกฎหมาย ให้มีความหมายชัดเจนตรงตามที่
เข้าใจกันโดยสากล”²³ และได้มีการเขียนไว้ในตอนท้ายของ (จ) ดังกล่าวว่า “ทั้งนี้ เมื่อมีบท
บัญญัติแห่งกฎหมายหรือสัญญาระหว่างคู่กรณีกำหนดความรับผิดในเรื่องนี้ได้”

ปัญหามีกฎหมายใดรองรับมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปหรือไม่ นั้น มีความ
สำคัญในทางกฎหมาย 2 ลักษณะคือ

²³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “หนังสือที่ นร 0601/478”, 19 มีนาคม 2530.
ทั้งนี้ (จ) ดังกล่าว ปรากฏอยู่ตั้งแต่ชั้นยกร่างที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์
ส่วนการเพิ่มเติมความหมายของ “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” เพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกัน
นั้น เพิ่มเข้ามาในชั้นตรวจพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 5)

ประการแรก ถ้าไม่มีกฎหมายใดรองรับการมีอยู่ตามกฎหมายของมูลหนี้ดังกล่าว ผู้ที่อ้างว่าเป็นเจ้าหนี้ก็จะขอให้หักเรือไม่ได้ซึ่งก็มีความเกี่ยวเนื่องต่อมาคือ

ประการที่สอง หากศาลสั่งให้หักเรือไว้ ก็จะมีผลทำให้เจ้าหนี้สามารถฟ้องลูกหนี้เป็นจำเลยต่อศาลในมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ ซึ่งศาลจะต้องสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ให้ตรงกับที่เข้าใจกันโดยสากล ดังเช่นที่กล่าวไว้ในนิยามความหมายของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ซึ่งการที่ศาลจะทำได้เช่นนี้นั้น จะต้องมียุติบัญญัติของกฎหมายว่าไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ หากศาลสั่งหักเรือไปแล้วต่อมามีการฟ้องคดี ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีนั้นต่อไป จะอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีไม่ได้²⁴ ซึ่งก็จะมีปัญหาว่าศาลจะสามารถบังคับการตามสิทธิเรียกร้องในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้อย่างไร

กรณีจึงเห็นได้ว่า มูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปต้องมีอยู่ก่อนตามกฎหมายแล้ว จึงจะทำให้มีการร้องขอให้หักเรือโดยอาศัยมูลหนี้ดังกล่าวได้ ซึ่งในตอนท้าย (จ) ของมาตรา 3 ดังกล่าว ก็ได้กำหนดเงื่อนไขต่อท้ายสิทธิเรียกร้องอันจะเกิดจากการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ว่า “ทั้งนี้ เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือสัญญาระหว่างคู่กรณีกำหนดความรับผิดชอบในเรื่องนี้ไว้”

ตามเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น ถ้าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป และไม่มีสัญญาระหว่างคู่กรณี ก็จะมีการขอให้หักเรือโดยอ้าง (จ) ของมาตรา 3 ดังกล่าวไม่ได้ แต่ถ้าพิจารณาตามตัวอักษรแล้วย่อมจะต้องเข้าใจว่า หากมีเพียงกฎหมายหรือสัญญาระหว่างคู่กรณีกำหนดความรับผิดชอบในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เพียงอย่างเดียวหนึ่งก็จะเป็นผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้หักเรือได้ และในการชี้แจงการใช้บังคับ (จ) ดังกล่าวในชั้นการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) ได้มีการอ้างถึงสัญญาระหว่างคู่กรณีว่า เพื่อให้ขณะระหว่างที่ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น หากมีข้อตกลงในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไประหว่างคู่กรณี ซึ่งมักจะเขียนไว้ในสัญญารับขนของทางทะเล (ในใบตราส่ง) หรือสัญญาเช่าเรือ (charterparty) ก็จะสามารถเป็นเหตุอ้าง ขอให้หักเรือได้²⁵

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134

²⁵ กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 5, “ร่างพระราชบัญญัติการหักเรือที่ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์ปรับปรุงเสนอ,” 3 กรกฎาคม 2529.

ตาม (จ) ของมาตรา 3 ดังกล่าวนี้อธิบายถึงสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้คือสิทธิที่จะเรียกเอาเงินค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ซึ่งก็คือเงินค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องชดเชยให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่สูญหาย หรือเสียหาย จากการกระทำโดยเจตนาด้วยความจำเป็นตามสมควรเพื่อความปลอดภัยร่วมกันของเรือและของที่บรรทุกมาในเรือนั้น หรือลูกหนี้ต้องชดเชยเงินค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ได้เสียไปด้วยความจำเป็นเป็นกรณีพิเศษเพื่อประโยชน์ร่วมกันของทุกฝ่าย หรือเพื่อความปลอดภัยร่วมกันของเรือและของที่บรรทุกมาในเรือนั้น สิทธิเรียกร้องในลักษณะดังกล่าวนี้ ไม่อาจเกิดจากการแสดงเจตนาตกลงกันของคู่กรณีได้ เพราะหน้าที่ชดเชยเงินดังกล่าวผูกพันแม้ไม่ได้เป็นคู่สัญญาด้วยกันดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และการตกลงในลักษณะดังกล่าวแม้จะเป็นการตกลงกันให้นำเอา YAR มาปรับใช้ในกรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป การตกลงนั้นไม่ได้เป็นเหตุที่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เพราะแม้ไม่มีข้อตกลงดังกล่าวสิทธิเรียกร้องเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปก็ยังคงเกิดขึ้นได้ การตกลงให้ใช้ YAR เป็นการตกลงแก้ไขสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่กรณีในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปซึ่งมีมูลหนี้ต่อกันก่อนแล้ว เหตุที่มีการตกลงเปลี่ยนแปลงได้เพราะกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไม่ได้เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด โดยยอมให้คู่กรณี ทำสัญญาตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั่นเอง ที่เป็นฐานรองรับหรือให้อำนาจแก่คู่กรณีสามารถตกลงกันให้นำเอา YAR มาใช้บังคับในฐานะข้อสัญญาระหว่างกันได้

ดังนั้นหากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปรับรองการมีอยู่ของมูลหนี้แล้ว ก็จะมีการอ้างเหตุเพื่อขอให้กักเรือตามมาตรา 3 (จ) แห่งพระราชบัญญัติการกักเรือฯ ไม่ได้ แม้ว่าจะมีการเขียนข้อตกลงเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้ว่าให้นำ YAR มาปรับใช้ ข้อตกลงดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปขึ้นตามกฎหมายไทย อันจะเป็นเหตุขอให้กักเรือได้

กล่าวโดยสรุป (จ) ของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการกักเรือฯ อ้างถึงมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเพื่อเป็นเหตุให้กักเรือได้และทำให้เจ้าหนี้สามารถดำเนินคดีในศาลต่อไปเพื่อบังคับให้เป็นไปตามสิทธิเรียกร้องของตนได้ แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติไว้ว่ามูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีอยู่อย่างไร แต่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าการอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อขอให้กักเรือจะทำได้เมื่อมีกฎหมายหรือสัญญาระหว่างคู่กรณีกำหนดความรับผิดในเรื่องนี้ไว้ ซึ่งจะต้องตีความว่าต้องมีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเสียก่อน จึงจะอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อขอให้กักเรือได้ และเมื่อมีกฎหมายดังกล่าวแล้วคู่กรณีก็จะสามารถกำหนดข้อสัญญาในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปให้แตกต่างไปจากกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมาย



3.3 พระราชบัญญัติการจ้างของเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537

เหตุผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ โดยที่ปัจจุบันการจ้างของเรือเดินทะเลและบุริมสิทธิเหนือเรือเดินทะเลได้นำบทบัญญัติว่าด้วยจ้างของ และบุริมสิทธิ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ แต่โดยที่กิจการเรือเดินทะเลมีลักษณะเฉพาะที่จำเป็นต้องมีการเคลื่อนที่ไปมาในน่านน้ำของประเทศต่างๆ เกือบตลอดเวลา การนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับจึงไม่เหมาะสม จำเป็นต้องแยกการจ้างของเรือเดินทะเลและบุริมสิทธิพิเศษเหนือเรือเดินทะเลออกจากกฎหมายว่าด้วยเรือไทย ซึ่งยังคงบังคับตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยสมควรให้มีกฎหมายสำหรับใช้บังคับกับการจ้างของเรือเดินทะเลโดยตรง และกำหนดบุริมสิทธิทางทะเลขึ้นไว้โดยเฉพาะสำหรับเรือเดินทะเลเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาพาณิชย์นาวีของไทย และคุ้มครองบุคคลซึ่งมีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับเรือเดินทะเลได้อย่างเหมาะสม²⁶

พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแก่เรือกลเดินทะเลที่มีขนาดตั้งแต่ 60 ตันกรอสขึ้นไป โดยไม่จำกัดว่าเป็นเรือไทยหรือต่างประเทศ เว้นแต่จะได้บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ ว่าให้ใช้บังคับแก่เรือไทยโดยตรง สาระสำคัญประการอื่นสรุปได้คือ

(1) การกำหนดว่าจ้างของครอบคลุมเพียงใด (มาตรา 9 และมาตรา 10)

(ก) การจ้างของเรือครอบคลุมไปถึงเครื่องอุปกรณ์ประจำเรือทั้งที่มีอยู่แล้ว และจะมีขึ้นภายหลังด้วย

(ข) ในกรณีที่เรือสูญหายหรือเสียหาย ให้จ้างของครอบคลุมไปถึงสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือที่เจ้าของเรือมีต่อบุคคลภายนอกแทน เช่น ค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัยตัวเรือ ค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เป็นต้น

(2) ผลของการจ้างและการบังคับจ้างของ

(ก) ผู้รับจ้างของมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากเรือที่จ้างของนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ นอกจากเจ้าหนี้ซึ่งมี "บุริมสิทธิทางทะเล" (มาตรา 15)

²⁶

“พระราชบัญญัติการจ้างของเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537”, ราชกิจจานุเบกษา : 10.

(ข) กรณีที่บังคับจำนองแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ผู้รับจำนองยังมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ส่วนที่ขาดอยู่ได้ (มาตรา 19)

(ค) นอกจากสิทธิดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้รับจำนองมีสิทธิอื่น ๆ ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องจำนอง (มาตรา 7)

(ง) ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนองเมื่อลูกหนี้ผิดนัด เรือที่จำนองสูญหาย ฯลฯ ผู้จำนองปฏิบัติผิดเงื่อนไข

(3) ว่าด้วยมูลหนี้ที่ทำให้เกิด “บุริมสิทธิทางทะเล” ผลของบุริมสิทธิทางทะเลและการระงับสิ้นไปของบุริมสิทธิทางทะเล

หลักเกณฑ์ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เข้ามาเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเลฯ กรณีเรือที่จำนองสูญหายหรือเสียหาย กรณีที่เกิดเหตุดังกล่าวขึ้น เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเรือย่อมไม่สามารถบังคับจำนองเอากับเรือที่เอามาประกันการชำระหนี้ได้ เพราะเรืออันเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาจำนองได้สูญหายไปแล้ว หรือถ้าหากเรือดังกล่าวมิได้สูญหายไปทั้งหมด หากเพียงแต่เกิดความเสียหายแก่เรือซึ่งเป็นทรัพย์ประกันการชำระหนี้กรณีหลังนี้ย่อมทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเรือบังคับเอากับเรือที่เป็นหลักประกันดังกล่าวได้เงินมาไม่พอชำระหนี้ของตน

มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเลฯ จึงได้บัญญัติให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเรือ มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความสูญหายหรือเสียหายอันเกิดแก่เรือที่นำมาประกันการชำระหนี้แทน โดยเป็นไปตามหลักของ “ช่วงทรัพย์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* โดยมาตรา 10 ดังกล่าวบัญญัติว่า

ถ้าเรือที่จำนองสูญหายหรือเสียหาย ให้จำนองครอบไปถึงสิทธิเรียกร้องดังต่อไปนี้

- (1) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำละเมิดที่เป็นเหตุให้เรือนั้นหรือสิ่งของที่สิทธิจำนองเรือครอบไปถึง สูญหายหรือเสียหาย
- (2) ค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่เจ้าของเรือมีสิทธิได้รับเพื่อการสูญหาย หรือเสียหายของของนั้นหรือสิ่งของที่สิทธิจำนองเรือครอบไปถึง ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

* มาตรา 226 วรรคสอง “ช่วงทรัพย์ ได้แก่เอาทรัพย์สินอันหนึ่งเข้าแทนที่ทรัพย์สินอีกอันหนึ่งในฐานะนิติบัญญัติอย่างเดียวกับทรัพย์สินอันก่อน”

(3) ค่าสินไหมทดแทนที่เจ้าของเรือมีสิทธิได้รับเพื่อการสูญหายหรือเสียหายของเรือนั้นหรือสิ่งของที่สิทธิจำนองเรือครอบคลุมไปถึงอันเนื่องมาจากการใช้เรือนั้นทำการช่วยเหลือกู้ภัย

(4) ค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัยเพื่อการสูญหายหรือเสียหายของเรือนั้นหรือสิ่งของที่สิทธิจำนองเรือครอบคลุมไปถึง

เมื่อเกิดสิทธิเรียกร้องตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้จำนองแจ้งให้ผู้รับจำนองทราบโดยพลัน

ห้ามมิให้ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องซึ่งได้รู้ถึงการจำนองชำระหนี้แก่เจ้าของเรือนั้น เว้นแต่จะได้บอกกล่าวการชำระหนี้เป็นหนังสือไปยังผู้รับจำนอง และผู้รับจำนองไม่คัดค้านการชำระหนี้เป็นหนังสือภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกกล่าว มิฉะนั้นลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อผู้รับจำนอง

ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเลฯ บัญญัติให้จำนองเรือครอบคลุมไปถึงเครื่องอุปกรณ์ประจำเรือ และสิ่งอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีไว้ประจำเรือ เครื่องอุปกรณ์ประจำเรือ เช่น เครื่องกวนและสิ่งของอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีไว้ประจำเรือ เช่น เรือชูชีพ (life boat) ก็ติดจำนองไปด้วย หมายความว่าผู้รับจำนองสามารถบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินดังกล่าวได้

กรณีเรือและทรัพย์สินอื่นที่อยู่ในบังคับจำนองสูญหายหรือเสียหาย และความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายทั่วไป ทำให้เรือและทรัพย์สินดังกล่าวมีสิทธิเรียกเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป (general average contribution) จากทรัพย์สินอื่นที่ปลอดภัยตามสัดส่วนมูลค่าของทรัพย์สินนั้น สิทธิเรียกเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายดังกล่าว เป็นทรัพย์สินที่เข้ามาแทนที่ทรัพย์สินที่อยู่ในบังคับจำนองและต้องเสียหายดังกล่าวโดยผลของกฎหมาย เช่นนี้ ผู้รับจำนองสามารถเข้าถือเอาประโยชน์ในสิทธิเรียกร้องเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ ตามหลักของการช่วงทรัพย์ที่มาตรา 10 (2) บัญญัติรับรองไว้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 10 (2) ดังกล่าวกำหนดว่า สิทธิเรียกร้องเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปต้องมีกฎหมายมารองรับ จึงจะทำให้ผู้รับจำนองถือเอาประโยชน์ของการช่วงทรัพย์ตามมาตรานี้ได้ เป็นการยอมรับว่าสิทธิเรียกร้องเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเป็นสิทธิตามกฎหมายลักษณะหนึ่ง แต่ในขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในลักษณะดังกล่าว เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจึงยังไม่อาจถือเอาประโยชน์ในเรื่องนี้ได้

กรณีมีปัญหาว่าตาม (4) ของมาตรา 10 ดังกล่าวระบุว่า ผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าถือเอา สิทธิเรียกร้องในค้ำสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัย เพื่อการสูญหายหรือเสียหายของเรือนั้น หรือสิ่งของที่สิทธิจำนองครอบไปถึง เช่นนี้ ถ้าตามสัญญาประกันภัยมีการตกลงให้ความคุ้มครอง “ความเสียหายทั่วไป” ด้วย เจ้าของเรือจะมีสิทธิตามสัญญาประกันภัยดังกล่าวได้อย่างไร

ตามปกติทั่วไป ในการรับขนของทางทะเลเจ้าของเรือและเจ้าของสินค้าจะประกันภัย ที่ตนเห็นสมควรไว้กับบริษัทประกันภัย ซึ่งในสัญญาประกันภัยทางทะเลโดยทั่วไปจะมีการรับประกันความเสียหายทั่วไปด้วย โดยผู้รับประกันภัยตกลงชดใช้แก่ผู้เอาประกันภัยกรณีที่ถูกเอาประกันภัยต้องรับผิดชอบจ่ายค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

กรณีตามตัวอย่าง เช่น เรือไทยรับขนสินค้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาและที่เมืองท่า ของประเทศดังกล่าวเจ้าของเรือต้องวางเงินจ่ายค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป โดยเจ้าของเรือได้เอา ประกันภัยไว้กับบริษัทประกันภัยในประเทศไทย ซึ่งมีแบบฟอร์มของกรมธรรม์ประกันภัยทางทะเล เช่นเดียวกับที่ใช้กันโดยทั่วไปกล่าวคือมีข้อสัญญาที่ว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปด้วย ทั้งนี้ โดยอาศัยความตกลงในสัญญาประกันภัย เจ้าของเรือมีสิทธิเรียกให้บริษัทผู้รับประกันภัยรับผิดชอบ ชดใช้เงินค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่ต้องจ่ายไปตามบังคับของกฎหมายอเมริกาได้ กรณีเช่นนี้ สิทธิจำนองเรือดังกล่าวครอบไปถึงสิทธิที่เจ้าของเรือมีสิทธิเรียกให้ผู้รับประกันภัยของตน ชดใช้ เงินค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่ตนต้องจ่ายไป เป็นกรณีที่ผู้รับจำนองเรือมีสิทธิเรียกร้องเอาค่า สินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายของเรือตาม (4) ของมาตรา 10 ดังกล่าว ผู้รับประกันภัยจะอ้าง ว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไม่ได้ เพราะเป็นกรณีที่ตนต้องรับผิดชอบชดใช้ค้ำสินไหมทดแทน ตามสัญญาประกันภัยทางทะเลต่อคู่สัญญา ไม่มีกรณีที่ตนต้องบังคับตามสิทธิหน้าที่ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปแต่อย่างใด กรณีจึงต่าง จาก (2) ของมาตรา 10 ดังกล่าว เพราะสิทธิที่เจ้าของเรือจะสามารถเรียกเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจากเจ้าของทรัพย์สินอื่นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองไว้

การที่กฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ย่อมทำให้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองเรือไม่อาจถือเอาประโยชน์ตาม (2) ของมาตรา 10 นี้ได้ และในทางกลับกันเจ้า ของเรือก็ไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปต่อเจ้าของทรัพย์สินอื่นใด เพราะกฎหมาย ไทยยังไม่รองรับสิทธิหน้าที่ในลักษณะดังกล่าว (แต่อาจถูกบังคับให้ต้องรับผิดชอบโดยกฎหมายของ ต่างประเทศ เช่น เรือถูกกักไว้ที่เมืองท่าต่างประเทศและถูกฟ้องเรียกเอาค่าเฉลี่ยความเสียหาย ทั่วไปตามกฎหมายของประเทศนั้น)

กล่าวโดยสรุป บ่อเกิดแห่งหนึ่งของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตามกฎหมายไทยนั้น กฎหมายยังไม่ได้รับรองถึงมูลอันเป็นที่มาของสิทธิเรียกร้องในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ตามที่เข้าใจกันในนานาประเทศ แต่กฎหมายเฉพาะเรื่องทางพาณิชย์นาวีของไทยทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว มาข้างต้น ต่างก็ได้รับรองไว้ตรงกันว่ามูลหนึ่งของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเป็นหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายเฉพาะเรื่องอีกลักษณะหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางพาณิชย์นาวี เป็นกลไกที่มีอยู่เพื่อประโยชน์ในการติดต่อค้าขายกันทางเรือระหว่างประเทศ และเกี่ยวพันอยู่กับกฎหมายพาณิชย์นาวีในลักษณะอื่นด้วย การที่ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจึงทำให้กลไกของกฎหมายพาณิชย์นาวียังไม่บังเกิดผลมากนัก เช่น ตามกฎหมายไทยไม่อาจขอให้กักเรือและฟ้องบังคับคดีโดยอาศัยมูลหนึ่งการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ แต่เรือไทยอาจถูกกักและบังคับคดีโดยอาศัยมูลหนึ่งดังกล่าวได้ตามกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์ในกฎหมายว่าด้วยการกักเรือของประเทศไทยที่เดินตามแนวทางของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการกักเรือคือ Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Sea-Going Ships, 1952 เจ้าหนี้ในมูลหนึ่งการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปสามารถขอให้กักเรือโดยไม่จำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องของตัวเจ้าหนี้กับสถานที่ขอให้กักเรือ โดยเจ้าหนี้สามารถขอให้กักเรือได้ถ้าเรือนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลที่ยื่นขอให้กักเรือ

กล่าวได้ว่า การที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ทำให้การที่บุคคลจะใช้สิทธิของตนตามกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเล กฎหมายว่าด้วยการกักเรือ และกฎหมายว่าด้วยการจำนองเรือและนุริมสิทธิทางทะเล ต้องถูกกระทบกระเทือนไปด้วยนอกเหนือไปจากประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นโดยตรง ถ้าหากมีกฎหมายดังกล่าว

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศหรือหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

ดังได้กล่าวถึงมาแล้วในส่วนของการพัฒนาการของแนวความคิด การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปว่า เนื่องจากการค้าขายระหว่างประเทศในสมัยแรกเริ่มนั้น เกี่ยวพันอยู่อย่างใกล้ชิดกับการเดินเรือ และทำให้สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นการผจญภัยในทะเล (maritime adventure)²⁷ โดยผู้ร่วมผจญภัยสัมพันธ์กันในลักษณะของการเป็นหุ้นส่วน แม้ว่าในปัจจุบันลักษณะของการเป็นหุ้นส่วนจะไม่ปรากฏอย่างชัดเจนแล้ว แต่ในการทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในปัจจุบัน เช่นการซื้อขายในเทอม C.I.F. ซึ่งประกอบขึ้นด้วยสัญญาสำคัญ 3 ประการคือ สัญญาซื้อขาย สัญญารับขนส่งสินค้าทางทะเล และสัญญาประกันภัย ในกรณีเช่นนี้ แนวความคิดดั้งเดิมของการเป็นหุ้นส่วนยังคงปรากฏอยู่ กล่าวคือ การตกลงกันในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไประหว่างผู้มีส่วนได้เสียในการซื้อขายสินค้านี้²⁸

ในการขนส่งของทางทะเลที่มีบุคคลฝ่ายต่างๆ เข้ามาเกี่ยวข้องและต้องร่วมกันเสี่ยงภัยอันตรายในท้องทะเลนั้น โดยทางปฏิบัติบุคคลดังกล่าวจะมีนิติสัมพันธ์ต่อกันใน 2 ลักษณะ คือ

- (1) สัญญารับขนส่งของทางทะเล (contract of carriage of goods by sea)
- (2) สัญญาเช่าเรือ (charterparty)

นอกจากนี้ บุคคลที่ต้องเสี่ยงภัยอันตรายในท้องทะเลดังกล่าวมักจะทำสัญญาประกันภัยไว้กับผู้รับประกันภัยทางทะเลด้วยในขณะเดียวกัน

ในสัญญาทั้งสามลักษณะดังกล่าวข้างต้น จะมีข้อสัญญาที่ตกลงกันในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปด้วยว่า คู่สัญญาจะมีสิทธิหน้าที่ต่อกันในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอย่างไร ภายใต้เงื่อนไขเช่นไร ทั้งนี้ ได้กล่าวมาแล้วว่าการตกลงกันในลักษณะดังกล่าวไม่ใช่การตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปขึ้นมา แต่เป็นการที่คู่สัญญาดังกล่าวตกลงกันกำหนดว่าเมื่อมีมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปแล้วคู่สัญญาจะปฏิบัติต่อกันอย่างไร

²⁷ Jan Ramberg, "Synchronization of Contracts of Sale, Carriage, Insurance and Financing in International Trade", in *A Collection of Essays on International Contracts and Conflicts of Laws*, ed. Petar Sarcevic (London : Graham & Trotman, 1989), p. 87.

²⁸ Ibid.

ในส่วนนี้จะพิจารณาถึงข้อตกลงในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ที่มีการกำหนดไว้ในสัญญาฉบับของทางทะเล สัญญาชาร์เตอร์เรือ (charterparty) และสัญญาประกันภัยทางทะเล เพื่อศึกษาว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในขอบเขตของสัญญาในแต่ละลักษณะดังกล่าวสามารถบังคับกันได้เพียงใด และจะได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในประเทศไทยว่ามีปัญหาอุปสรรคในลักษณะใด

1 ข้อตกลงว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในใบตราส่งตามสัญญาฉบับของทางทะเล

ตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาตรา 3 “สัญญาฉบับของทางทะเล” หมายความว่า สัญญาที่ผู้ขนส่งรับขนของทางทะเลจากท่าหรือที่ในประเทศหนึ่งไปยังท่าหรือที่ในอีกประเทศหนึ่งโดยคิดค่าระวาง ทั้งนี้ ผู้ขนส่งคือบุคคลซึ่งประกอบการรับขนของทางทะเลเพื่อบำเหน็จเป็นทางการค้าปกติ การขนส่งในลักษณะนี้จะเป็นการให้บริการรับขนโดยเรือประจำเส้นทาง (Liner Trade)

สัญญาฉบับของทางทะเลดังกล่าวเป็นสัญญาไม่มีแบบ และในทางปฏิบัติก็ไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือ แต่ผู้ขนส่งจะออกใบตราส่ง (Bill of Lading) ให้แก่ผู้ส่งเพื่อแสดงว่าได้รับสินค้าแล้ว ซึ่งในทางปฏิบัติจะมีการเขียนข้อกำหนดต่าง ๆ ไว้ในใบตราส่งด้วย โดยในธุรกิจการเดินเรือเพื่อรับขนสินค้าประจำเส้นทาง (Line Trade) รูปแบบของใบตราส่งจะถูกกำหนดขึ้นเป็นมาตรฐานเพื่อใช้เป็นการทั่วไป ทั้งนี้ เพราะเรือที่ใช้ในการพาณิชย์สามารถเดินทางเพื่อให้บริการในประเทศต่าง ๆ ได้โดยอิสระเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎระเบียบของประเทศนั้น ๆ แล้ว

ข้อกำหนดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปซึ่งปรากฏอยู่ในใบตราส่งที่เป็นรูปแบบที่ใช้กันอยู่ทั่วไป เช่น ตาม Liner Bill of Lading “CONLINE BILL” (Liner terms approve by the Baltic and International Maritime Conference, “BIMCO”) มีข้อกำหนดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปว่า²⁹

²⁹ John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (London : Pitman Publishing, 1988), pp. 420 - 421

General Average to be adjusted at any port or place at Carrier's option and to be settled according to the York - Antwerp Rule 1974, In the event of accident, danger, damage or disaster before or after commencement of the voyage resulting from any cause whatsoever, whether due to negligence or not, for which or for the consequence of which the Carrier is not responsible by statute, contract or otherwise, the Merchant shall contribute with the Carrier in General Average to the payment of any sacrifice, losses or expenses of General Average nature that may be made or incurred, and shall pay salvage and special charge incurred in respect of the goods. If a salving vessel is owned or operated by the Carrier, salvage shall be paid for as fully as if the salving vessel or vessels belonged to strangers.

ตามข้อตกลงข้างต้น มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอยู่ 3 ประการคือ

(1) ให้ผู้ขนส่งเป็นผู้กำหนดว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจะกระทำกัน ณ เมืองท่าหรือสถานที่ใด โดยปกติจะกระทำกัน ณ เมืองท่าที่การขนส่งสิ้นสุดลง สถานที่ดังกล่าวจะเป็นที่ที่มีการเรียกให้วางหลักประกันค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ตลอดจนการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น เพื่อจัดทำรายการของความเสียหายทั่วไป (general average statement)

(2) ให้เฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตาม YAR, 1974

(3) นำเอา New Jason Clause มาเขียนไว้เพื่ออุดช่องว่างของการตีความ YAR ตามแนวทางของกฎหมายอเมริกา

ในการพิจารณาว่า การตกลงกันในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นในทางกฎหมายอย่างไรบ้างนั้น จะพิจารณาตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศที่มีการออกไปตราส่งแก่กัน และแม้ว่าสัญญาลักษณะดังกล่าวจะมีองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign element) เข้ามาเกี่ยวข้อง กรณีก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 โดยพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ เป็นกฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที

(la loi application immediate)³⁰ กับสัญญาฉบับของระหว่างประเทศดังกล่าว แต่มีข้อยกเว้น คือ ในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้เป็นผู้มีสัญชาติไทย หรือไม่ได้เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย กรณีเช่นนี้พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ ไม่มีผลบังคับอย่างเคร่งครัด³¹ ทั้งนี้ เป็นการพิจารณาภายใต้กรอบของสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาซึ่งกฎหมายกำหนดเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้ด้วย แม้ว่าขณะนี้ประเทศไทยจะยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปก็ตาม

สาระสำคัญในพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของความรับผิดของผู้ขนส่งภายใต้ข้อยกเว้นบางประการ เพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบ โดยได้กำหนดบทบัญญัติไว้ในมาตรา 17 ว่า

ข้อกำหนดใดในสัญญาฉบับของทางทะเลซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายดังต่อไปนี้ ข้อกำหนดนั้นเป็นโมฆะ

- (1) ปลดปล่อยผู้ขนส่งจากหน้าที่หรือความรับผิดใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (2) กำหนดความรับผิดของผู้ขนส่งให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 58 หรือมาตรา 60
- (3) บัดการการพิสูจน์ซึ่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ขนส่งไปให้ผู้ส่งของหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้พิสูจน์

³⁰ ชุมพร บัจจุสานนท์, “กฎหมายที่พึงบังคับใช้ทันที, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย : ผลกระทบต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”, วารสารนิติศาสตร์ 16 (ธันวาคม 2529) : 20-41.

³¹ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา - สายสุนทร, “อำนาจอธิปไตยของรัฐและนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ”, วารสารนิติศาสตร์ 23 (ธันวาคม 2536) : 755.

(4) ให้ผู้ขนส่งเป็นผู้รับประโยชน์ในสัญญาประกันแห่งของตามสัญญาการรับ
ขนของทางทะเลอันเป็นวัตถุที่เอาประกันภัย

ความเป็นโมฆะของข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งไม่กระทบกระทั่งถึงความสมบูรณ์
ของข้อกำหนดอื่นในสัญญานั้น และให้ถือว่าคู่สัญญาได้เจตนาให้ข้อกำหนดอื่น
นั้นแยกออกจากหากจากข้อกำหนดที่เป็นโมฆะตามวรรคหนึ่ง

บทบัญญัติในมาตรานี้ไม่ตัดสิทธิคู่กรณีที่จะตกลงกันกำหนดหน้าที่และความรับ
ผิดชอบของผู้ขนส่งให้มากขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้

แม้ว่าขณะนี้จะไม่ปรากฏแนวทางการตีความกฎหมายของศาลไทยว่า ข้อกำหนด
ในสัญญารับขนของทางทะเลที่มีผลโดยปริยายเป็นการปลดเปลื้อง หรือกำหนดความรับผิดของ
ผู้ขนส่งให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดนั้น มีลักษณะเช่นไร กรณีนี้ก็สามารพิจารณาเทียบเคียง
ได้จากแนวทางของการปรับใช้กฎหมายซึ่งมีสาระเช่นเดียวกัน ของประเทศที่มีบทบาทสำคัญใน
กิจการด้านพาณิชย์นาวี โดยมีความเห็นว่า ตามกฎหมายของอเมริกา อังกฤษและเยอรมัน
ข้อกำหนดในใบตราส่งกรณีรับขนสินค้าระหว่างประเทศที่ตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือ
กำหนดให้ฟ้องคดีในศาลต่างประเทศ เป็นช่องทางที่อาจทำให้ความรับผิดของผู้ขนส่งลดลง ข้อ
กำหนดดังกล่าว อยู่ในรูปของการเลือกใช้กฎหมายแก่สัญญา (applicable law) การกำหนดศาล
ที่มีอำนาจพิจารณาคดี (jurisdictional agreement) ตลอดจนการให้อนุญาตศาลการเป็นผู้ชี้ขาด
(arbitration clause)³² เหตุที่เป็นเช่นนั้น เพราะผู้ขนส่งอาจใช้เป็นช่องทางอาศัยเลือกใช้กฎหมาย
ที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุดได้ โดยหลีกเลี่ยงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับกับสัญญาซึ่งมีสาระ
สำคัญของการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อาจต้องเสียเปรียบเช่นกัน

ในกรณีของข้อตกลงในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น ดังได้กล่าวมาแล้วว่า
เป็นมูลหนี้ที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายอีกลักษณะหนึ่ง คู่สัญญารับขนของทางทะเลอาจต้องรับผิดชอบต่
กันแม้ไม่มีการตกลงให้นำ YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปส่วนในกรณีที่มีการตกลงใน
ใบตราส่งให้นำ YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป การตกลงดังกล่าวไม่ได้เป็นการเลือก

³²

Athanassios N. Yiannopoulos, "Bill of Lading and the Conflict of Laws: Validity of
"Negligence" Clause in France", The American Journal of Comparative Law 7 (Autumn 1958) :
516-540.



กฎหมายมาใช้กับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เพราะ YAR ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด และการที่ผู้เฉลี่ยความเสียหาย (average adjuster) เฉลี่ยความเสียหายโดยอาศัยกฎเกณฑ์ตาม YAR ผลที่ได้ก็ไม่ผูกพันคู่กรณี* (เว้นแต่กฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจะกำหนดให้ผูกพัน) ดังนั้นถ้าคู่กรณีโต้แย้งว่าผู้เฉลี่ยความเสียหาย (average adjuster) คิดคำนวณค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไม่ถูกต้อง หรือแย้งว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่เป็นความเสียหายทั่วไป ศาลไทยต้องพิจารณา ตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของไทย (ซึ่งจะได้ตราขึ้นมาจากกฎหมายว่าด้วยการพาณิชย์นาวีทั้งสามฉบับที่กล่าวมาแล้ว ได้อ้างอิงถึงไว้เป็นการล่วงหน้า)

อาจพิจารณาในอีกแง่หนึ่งได้ว่า มูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไม่ได้เกิดจากสัญญารับประกันของทางทะเล จึงไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการรับประกันของทางทะเลฯ แต่เมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันในเรื่องมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปกรณีก็ต้องพิจารณาด้วยว่า การตกลงกันดังกล่าวเป็นช่องทางที่ทำให้ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ลดน้อยหรือหมดไปหรือไม่อย่างไร³³

* ในประเทศที่กิจการพาณิชย์นาวีพัฒนามายาวนานจะพบว่ามี average adjuster association รวมตัวกันกำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์และแนวทางในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ซึ่งรวมทั้งแนวทางการปรับใช้ YAR และกฎหมายภายในว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของตนด้วย ซึ่งก็มีความแตกต่างกันในรายละเอียด ประเทศดังกล่าว เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ รัสเซีย แคนาดา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนจีน ดู Michael M. Cohen, ed. "Salvage and General Average", *Benedict on Admiralty* 6 (1986) : 4 - 48.4 - 4 - 97.

³³ ไมทซิด เอกจริยกร, "อุบัติเหตุทางทะเล (Evenement de mer) เรือโดนกัน การช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล และความเสียหายทั่วไปตามกฎหมายฝรั่งเศส", เอกสารประกอบการบรรยายวิชาการกฎหมายพาณิชย์ระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2538 (อัดสำเนา). ตามกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของฝรั่งเศส ลงวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1967 ข้อตกลงในใบตราส่งที่สงวนสิทธิในอันที่จะเลือกกระหวางบทบัญญัติของกฎหมายฝรั่งเศสกับบทบัญญัติอื่น จะถูกถือว่าข้อตกลงเช่นว่านี้ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ (repute non écrite) เพราะไม่ต้องการให้ผู้ขนส่งมีสิทธิเลือกกฎหมายที่ตนเห็นว่าจะได้ประโยชน์แก่ตนมากที่สุดเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว

2. ข้อตกลงว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในสัญญาเช่าเรือ (charterparty)

สัญญาเช่าเรือ (charterparty) เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเจ้าของเรือ (shipowner) กับคู่สัญญาอีกฝ่ายคือ charterer เพื่อการใช้ประโยชน์จากเรือซึ่งมีหลายลักษณะด้วยกัน คือ Bareboat Charterparty, Time Charterparty และ Voyage Charterparty

การขนส่งของทางทะเลภายใต้สัญญานี้ ไม่ได้เป็นการให้บริการโดยเรือที่วิ่งประจำเส้นทาง ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่สัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยในส่วนี้ แม้จะเกี่ยวข้องกับการขนส่งระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดหลักเกณฑ์เป็นการเฉพาะสำหรับสัญญาเช่าเรือ (charterparty) แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ ได้มีการรวมตัวของเจ้าของเรือเป็นชมรมและกำหนดแบบมาตรฐานของสัญญาเพื่อใช้ในการรับขนส่งสินค้า ชมรมดังกล่าว เช่น The Baltic and International Maritime Conference (BIMCO), The Chamber of Shipping of the United Kingdom, The International Shipowner Association (INSA), The New York Produce Exchange เป็นต้น

เนื่องจากความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในกรณีนี้ ขึ้นอยู่กับความตกลงในอันที่จะเลือกใช้แบบฟอร์มของสัญญา จึงถือว่าไม่มีฝ่ายใดได้เปรียบหรือเสียเปรียบอีกฝ่ายหนึ่ง ในประเทศไทยพบว่าแบบฟอร์ม Charterparty ที่นิยมใช้กันมากที่สุดได้แก่ "GENCON" FORM (General Cargo)³⁴

ตัวอย่างของข้อตกลงในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ในสัญญาเช่าเรือ (charterparty) แบบต่าง ๆ เช่น³⁵

The Baltic and International Maritime Conference Standard Bareboat Charter Code Name : BARECON "A" กำหนดว่า "General Average, if any, shall be adjusted according to the

³⁴ กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, "รายงานการศึกษาวิเคราะห์เรื่องปัญหาและแนวทางแก้ไขการพาณิชย์นาวีไทย", 2532 (เอกสารโรเนียว) หน้า 24, 30. เช่นปรากฏในการส่งมอบข้าวของรัฐบาลไทยต่อรัฐบาลต่างประเทศจะมีการทำสัญญาเช่าเรือ (Voyage charterparty) กับเจ้าของเรือตามแบบฟอร์มมาตรฐานเช่นที่เอกชนใช้กัน โดยไม่ได้ใช้แบบฟอร์มหรือปฏิบัติตามระเบียบสำนักงานกว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 แต่อย่างไรก็ตาม

³⁵ Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, pp. 359, 364, 393.

York – Antwerp Rules 1974 or any subsequent modification thereof current at the time of the casualty. The Charter Hire not to contribute to General Average.”

The Baltic and International Maritime Conference Uniform General Charter (as revised 1922 and 1976) Code Name: “GENCON” กำหนดว่า “General Average to be settled according to York – Antwerp Rules, 1974, Proprietors of cargo to pay the cargo’s share in the general expenses even if same have been necessitated through neglect or default of the Owners’ servants.

The Baltic and International Maritime Conference Uniform Time – Charter (Box Layout 1974) Code Name : “BALTIME 1939” กำหนดว่า “General Average to be settled according to York/Antwerp Rules, 1974. Hire not to contribute to General Average.”

ตามข้อตกลงเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปดังกล่าวข้างต้น มีสาระสำคัญอยู่ที่การนำเอา YAR มาปรับใช้กับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป อย่างไรก็ตาม ดังได้กล่าวมาแล้วว่า YAR ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้อย่างครบถ้วน กรณีเช่นนี้จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ซึ่งปกติก็คือกฎหมายของเมืองท่าที่การเดินทางสิ้นสุดลง เพราะการตกลงกันเลือกใช้ YAR ไม่ได้เป็นการเลือกใช้อกฎหมายที่ใช้บังคับกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

โดยทั่วไปในสัญญาเช่าเรือ (charterparty) จะมีการกำหนดข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาโดยอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย ซึ่งตามแนวทางการตีความของศาลสูง (House of Lord) ของอังกฤษได้ตัดสินว่า ข้อพิพาทในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตาม YAR ระหว่างคู่สัญญาเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา จึงต้องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดเช่นกัน แม้มูลหนี้อันเป็นที่มาของสิทธิและหน้าที่ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป จะไม่ได้เกิดจากสัญญาเช่าเรือดังกล่าว หากคู่สัญญาเห็นว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปควรให้ average adjuster เป็นผู้ดำเนินการโดยมีต้องอยู่ภายใต้ข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ก็ต้องกำหนดให้ชัดเจน

ตามกฎหมายไทย การรับขนของทางทะเลตามสัญญาเช่าเรือไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าวเกิดจากการแสดงเจตนาผูกพันกันตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา ข้อตกลงที่ให้นำเอา YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น หมายความว่าเมื่อคู่สัญญาต้องมีหน้าที่ต่อกันในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปก็ให้นำเอา YAR มาปรับใช้ นั่นคือต้องมีความเสียหายทั่วไปเกิดขึ้นก่อนแล้วจึงนำ YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายในระหว่างคู่สัญญา แต่กรณีดังกล่าวมาแล้วว่า

กฎหมายไทย ยังไม่มีการรับรองถึงมูลอันเป็นที่มาของสิทธิหน้าที่ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ข้อตกลงในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปดังกล่าว จึงไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน แต่ข้อสัญญาดังกล่าวยังคงมีประโยชน์เพราะอาจจะบังคับใช้ตามกฎหมายของประเทศอื่นที่เรือเข้าไปอยู่ในเขตอำนาจ หรืออาจมีผลระหว่างคู่สัญญาตามกฎหมายไทย โดยผ่านกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ตามรายละเอียดและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในหมวด 6 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

3. ข้อตกลงว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในกรรมกรรมประกันภัยทางทะเล

การประกันภัยทางทะเลได้พัฒนามาควบคู่กันกับการพาณิชย์นาวี โดยประเทศต่างๆ ที่กิจการพาณิชย์นาวีได้พัฒนามานานแล้ว จะมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้กับการประกันภัยทางทะเลโดยเฉพาะ สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น บทบัญญัติในมาตรา 868 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “อันสัญญาประกันภัยทะเลท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล” อันทำให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายต้องการให้กฎหมายการประกันภัยทางทะเลบัญญัติขึ้นต่างหากจากบทบัญญัติในเรื่องประกันภัยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ประเทศไทยยังมีได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกับการประกันภัยทางทะเลโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติของการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศย่อมต้องเกี่ยวข้องกับอย่างใกล้ชิดกับการประกันภัยทางทะเล ซึ่งพบว่ามี การนำเอาข้อกำหนดมาตรฐาน (Institute clause) ที่ใช้ในการประกันภัยทางทะเลของอังกฤษเข้ามาใช้เป็นเวลานานแล้ว โดยล่าสุดมีการปรับปรุงรูปแบบและเนื้อหาของกรรมกรรมดังกล่าวในปี ค.ศ. 1982 และผู้ประกอบการประกันภัยในประเทศไทยก็ได้รับอนุญาตจากกรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์ ให้นำข้อกำหนดดังกล่าวมาใช้ได้³⁶ ส่วนปัญหาว่าข้อกำหนดต่าง ๆ ในกรรมกรรมดังกล่าวจะสามารถบังคับตามกฎหมายไทยได้เพียงใดนั้น กรณียังไม่มีความชัดเจนเท่าใดนัก

³⁶ มนู รักรัตนศิริกุล, “การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยสินค้าทางทะเล” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 41.

ในกรณีประกันภัยแบบต่าง ๆ ที่ใช้กันอยู่ในตลาดประกันภัยโดยทั่วไป จะมีข้อกำหนดเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้ด้วยเสมอ ทั้งที่เป็นการประกันภัยสินค้า (Institute Cargo Clauses A, B, C) การประกันภัยตัวเรือ (Time Clauses Hull, Voyage Clause Hull) และประกันภัยคาระวาง (Time Clauses Freight, Voyage Clauses Freight) ข้อตกลงในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในกรณีประกันภัยแต่ละประเภทดังกล่าวจะเหมือนกัน จึงจะยกมากล่าวเฉพาะที่มีความแตกต่างคือ

Institute Cargo Clauses (A), (B), (C) กำหนดว่า

This insurance covers general average and salvage charges, adjusted or determined according to the contract of affreightment and/or the governing law and practice, incurred to avoid or in connection with the avoidance of loss from any cause except those excluded in Clause 4, 5, 6 and 7 or elsewhere in this insurance.

Institute Time/Voyage Clauses Hulls กำหนดว่า

This insurance covers the Vessel's proportion of salvage, salvage charges and/or general average, reduced in respect of any under-insurance, but in case of general average sacrifice of the Vessel the Assured may recover in respect of the whole loss without enforcing their right of contribution from other parties.

Adjustment to be according to the law and practice obtaining at the place where the adventure ends, as if the contract of affreightment contained no special terms upon the subject; but where the contract of affreightment so provides the adjustment shall be according to the York – Antwerp Rules.

When the Vessel sail in ballast, not under charter, the provisions of the York – Antwerp Rules, 1974 (excluding Rules XX and XXI) shall be applicable, and the voyage for this purposes shall be deem to continue from the port or place of departure until the arrival of the Vessel at the first port or place thereafter other than a port or place of refuge or port or place of call for

bunkering only. If at any such intermediate port or place there is an abandonment of the adventure originally contemplated the voyage shall thereupon be deemed to be terminated.

No claim under this clause shall in any case be allowed where the loss was not incurred to avoid or in connection with the avoidance of a peril insured against.

Institute Time/Voyage Clauses Freight กำหนดว่า

This insurance covers the proportion of general average salvage and/or salvage charges attaching to freight at risk of the Assured, reduced in respect of any under – insurance.

Adjustment to be according to the law and practice obtaining at the place where the adventure ends, as if the contract of affreightment contain no special terms upon the subject; but where the contract of affreightment so provides the adjustment shall be according to the York – Antwerp Rules.

No claim under this Clause shall in any case be allowed where the loss was not incurred to avoid or in connection with avoidance of a peril insured against.

มีข้อที่ควรสังเกตว่า ผู้รับประกันภัยมิได้เกี่ยวข้องกับโดยตรงกับปัญหาว่ามีความเสียหายทั่วไปเกิดขึ้นหรือไม่ หรือความเสียหายทั่วไปเกิด สืบเนื่องมาจากความผิดของผู้เอาประกันหรือไม่ หน้าที่ของผู้รับประกันภัย จะเป็นไปตามที่สัญญาประกันภัยทางทะเลและกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยทางทะเลได้กำหนดไว้ เช่นผู้รับประกันภัยปฏิเสธความคุ้มครองได้ว่าเรือออกนอกเส้นทาง (deviation) ตามที่กรมธรรม์กำหนดไว้ หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไปไม่ได้กระทำเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่เอาประกันภัยไว้ เป็นต้น ทั้งนี้ ได้กล่าวมาแล้วว่าหน้าที่ของผู้รับประกันภัย ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในเงินค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป (general average contribution) ที่ตกอยู่กับผู้เอาประกันภัยนั้น เป็นหน้าที่ (obligation) โดยผลของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยทางทะเลของประเทศต่างๆ สอดคล้องกัน และยอมให้คู่สัญญาประกันภัยทางทะเลกำหนดรายละเอียดเงื่อนไขในการชดเชยได้

ใน Institute Cargo Clauses นั้น ตกลงคุ้มครองแก่การที่สินค้าซึ่งได้ประกันภัยไว้ต้องจ่ายค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป โดยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปดังกล่าว ต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญารับประกันหรือกฎหมายและทางปฏิบัติที่บังคับแก่การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น จะเห็นได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวเขียนไว้ในหลักการอย่างกว้าง เพราะโดยทั่วไปการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจะนำ YAR ตามที่กำหนดในสัญญารับประกันมาใช้เสมอ ผู้ส่งสินค้าไม่อยู่ในฐานะที่จะเลือกใช้กฎหมายหรือทางปฏิบัติที่ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ที่จะเป็นประโยชน์แก่ตน และในกรณีที่ไม่มีข้อกำหนดเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในสัญญารับประกัน กรณีก็เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ที่ให้นำกฎหมายและทางปฏิบัติของเมืองท่าที่การเดินทางสิ้นสุดลง มาใช้บังคับกับการคิดคำนวณความเสียหายทั่วไป (general average adjustment)

ตามกฎหมายไทยเห็นว่า เจ้าของสินค้ามีสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับประกันภัยชดใช้เงินค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่ตนจ่ายไปแล้วได้ เพราะเป็นการเรียกร้องโดยอาศัยสิทธิตามสัญญา ซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้เมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้ โดยที่ความเสียหายทั่วไปอาจบังคับตาม YAR หรือกฎหมายของต่างประเทศก็ได้ ทั้งนี้ การมีอยู่ของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของไทย ไม่ก่อให้เกิดประเด็นว่าผู้รับประกันภัยจะสามารถปฏิเสธหรือจ่ายค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัยหรือไม่

ใน Institute Clauses (HULL) ได้กำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองกรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปคือ

(1) คุ้มครองค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ที่ฝ่ายเรือต้องรับผิดชอบตามสัดส่วนของมูลค่าที่ได้เอาประกันภัยไว้ แต่กรณีการเสียสละ (sacrifice) ทรัพย์สินของเรือ ผู้เอาประกันสามารถเรียกให้ชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการเสียสละนั้นได้ โดยไม่ต้องบังคับเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจากฝ่ายอื่น ๆ

(2) ความเสียหายทั่วไปที่คุ้มครองนี้ ต้องบังคับตามกฎหมายของเมืองท่าที่การเดินทางสิ้นสุดลง หรือบังคับตาม YAR ความตกลงของเจ้าของเรือในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่แตกต่างไปจากนี้จะชดใช้ให้ผู้รับประกันภัยไม่ได้

(3) ในกรณีที่เรือเดินทางโดยไม่อยู่ภายใต้สัญญารับประกัน กล่าวคือไม่มีข้อกำหนดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเอาไว้ ก็ให้เฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตาม YAR โดยยกเว้นกรณีตาม Rule XX และ XXI ในเรื่องเงินค่าบ่วงการ (commission) และค่าดอกเบี้ย (interest)

(4) ความเสียหายทั่วไปที่คุ้มครองนี้ต้องเกิดขึ้น เนื่องจากการที่ได้หลบเลี่ยงภัยอันตราย ซึ่งเอาประกันภัยไว้ตามกรมธรรม์ประกันภัย

ใน Institute Clause (Freight) จะมีสาระสำคัญเหมือนกับใน Institute Clauses (HULL) โดยตัดการคุ้มครองกรณีเรือไม่มีการบรรทุกสินค้า (ballast voyage) ออกไป เพราะไม่อาจเกิดกรณีที่จะต้องประกันภัยค่าระวาง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาประกันภัยทางทะเล ในการที่จะมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนกันตามสัญญา นั้น ต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาประกันภัยดังกล่าว และตามกฎหมายไทย ข้อตกลงชดเชยค่าสินไหมทดแทนกรณีการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือต้องห้ามตามกฎหมายใด ทั้งนี้ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ผู้ที่มีสิทธิเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น มีหน้าที่ต้องบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 223³⁷ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้

ปัญหาเรื่องความมีอยู่ของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป จะเป็นประเด็นโดยตรงในกรณีที่ผู้รับประกันภัยรับช่วงสิทธิเพื่อมาฟ้องได้เบี่ยง เช่น ในกรณีการประกันภัยตัวเรือ เมื่อมีการเสียผลประโยชน์ของเรือ ตามกรมธรรม์ประกันภัยกำหนดให้ผู้รับประกันภัยต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการเสียสละนั้นทั้งจำนวน แล้วจึงรับช่วงสิทธิมาฟ้องเรียกเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายจากทรัพย์สินฝ่ายอื่น ในทางปฏิบัติถ้าทรัพย์สินที่ผจญภัยร่วมกันได้มีการเอาประกันภัยไว้ การฟ้องได้เบี่ยงจะไม่ค่อยเป็นปัญหามากนักเพราะผู้รับประกันภัยทรัพย์สินต่างๆ สามารถ

³⁷ มาตรา 223 ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายเสียหายมากน้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้สึกถึงอันตราย แห่งการเสียหายอันเป็นอย่างไรร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือเพียงแต่ละเลยไม่บำบัดบดบัง หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้น ท่านให้นำมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ตกลงกันเองได้ เว้นแต่กรณีที่มีทรัพย์สินบางรายการไม่มีการเอาประกันภัยไว้หรือมูลค่าที่เอาประกันภัยไว้ (insured value) มีจำนวนน้อยกว่ามูลค่าที่ต้องจ่ายค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป (contributory value)

นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาถึงความสะดวกของคนไทยที่ต้องติดต่อซื้อขายสินค้าจากต่างประเทศ เช่นในกรณีการสั่งซื้อสินค้าในนามการค้าขาย F.O.B. ซึ่งผู้ซื้อเป็นผู้จัดหาประกันภัยแก่สินค้าเอง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แม้ตามข้อคุ้มครองในกรมธรรม์ที่ใช้กันทั่วไปจะกำหนดให้ใช้ YAR แต่ก็ยังเปิดช่องให้ใช้กฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของเมืองท่าปลายทางขนส่งได้ และในทางปฏิบัติการปรับใช้ YAR ก็ขึ้นอยู่กับความตามขอบเขตของกฎหมายของเมืองท่าดังกล่าว* ถ้าประเทศไทยมีกฎหมายในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ผู้รับประกันภัยในประเทศไทยย่อมสามารถนำมากำหนดไว้ในกรมธรรม์ได้เพื่อเอื้อประโยชน์แก่เจ้าของสินค้าหรือเจ้าของทรัพย์สินในประเทศไทย ที่จะสามารถตรวจสอบความถูกต้องของการตีความหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ตลอดจนการปรับใช้กฎหมายในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้

* เช่น กรมธรรม์ประกันภัยตัวเรือ (general clauses of hull insurance) ที่ใช้ในประเทศญี่ปุ่น แม้จะมีเงื่อนไขความคุ้มครองการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเช่นเดียวกับที่ปรากฏอยู่ในตลาดประกันภัยระหว่างประเทศ แต่ก็มีกระบวนการถึงกรณีที่ต้องใช้กฎหมายของญี่ปุ่นมาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเอาไว้ด้วย โดยมีการกำหนดไว้ว่า

General average contribution means the Vessel's proportion of general average based on the general average statement prepared by an adjuster appointed by the Person effecting the insurance or the Assured and general average shall be adjusted according to the laws or regulation as provided for in the contract of affreightment or, in case of no such provision in the contract of affreightment, the Japanese laws or regulations or the York - Antwerp Rules, 1974 ...

ดู Toshiaki Iguchi, "The New Japanese Hull Insurance Conditions - An Overview" the Bulletin of the Japan Shipping Exchange Inc. 28 (March 1994) : 16.

4. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในประเทศไทย

จากการที่สำนักเลขาธิการองค์การ (UNCTAD) ขอให้ประเทศไทยรวบรวมและส่งข้อมูลเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของประเทศไทย ไปเพื่อใช้ในการพิจารณาของที่ประชุมกลุ่มทำงานว่าด้วยกฎหมายการเดินเรือระหว่างประเทศ (Working Group on International Shipping Legislation, WGISL) ประเทศไทยโดยกระทรวงคมนาคม ได้รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตามที่ได้รับร้องขอ โดยได้รับความร่วมมือจากสมาคมเจ้าของเรือไทย ดังมีสาระสำคัญคือ³⁸

(1) ประสพการณ์เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป รวมทั้งปัญหาที่ประสบกรณีที่ต้องมีการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป มีทั้งที่เกิดขึ้นในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งกรณีที่เกิดเหตุการณ์แต่เจ้าของเรือไม่ได้ประกาศให้มีการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เพราะเป็นกรณีของเรือเดินประจำ (Liners) ซึ่งมีเจ้าของสินค้ามากรายแต่มูลค่าของสินค้ามีจำนวน ไม่มาก

(2) ประเภทของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่ก่อให้เกิดการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป กรณีที่เกิดขึ้นและก่อให้เกิดการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมี เช่นกรณีของภัยพิบัติที่เกิดกับเรือได้แก่ เรือเกยตื้น เรือโดนกัน และไฟไหม้เรือ รวมทั้งกรณีน้ำมันเชื้อเพลิงหมดทำให้ต้องเอาน้ำมันเชื้อเพลิงที่เป็นสินค้ามาใช้ หรือทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการเข้ารับน้ำมันจากเมืองท่าที่มีได้กำหนดไว้ และกรณีการทิ้งสินค้าในขณะที่มีสภาพอากาศเลวร้าย ส่วนจำนวนครั้งของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นยังไม่มีใครรวบรวมเป็นสถิติไว้โดยตรง

(3) จำนวนค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป จำนวนค่าเสียหายจะขึ้นอยู่กับขนาดของความเสียหาย ซึ่งแล้วแต่ว่าลักษณะเรือที่ใช้ทำการค้ำนั้นเป็นแบบ Bulk หรือ Liner ส่วนค่าใช้จ่ายขึ้นอยู่กับความยากง่ายในการรวบรวม

³⁸ UNCTAD, "TDO 270/1," 29 January 1992. และดู สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์นาวี, "หนังสือที่ คค 0902/542." 1 พฤษภาคม 2535.

หลักประกันจากเจ้าของสินค้า ซึ่งสินค้าที่ประกันภัยไว้กับบริษัทประกันภัยที่มีความชำนาญด้านประกันภัยทางทะเลจะเสียค่าใช้จ่ายในการรวบรวมหลักประกันไม่มากนัก

(4) ระยะเวลาที่ใช้ในกระบวนการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

ขึ้นอยู่กับความยากง่ายของการกู้ภัยและองค์ประกอบอื่น เช่น การดำเนินงานของบริษัทประกันภัยของเจ้าของสินค้าหรือการชี้ขาดข้อพิพาท

(5) ปัญหาเกี่ยวกับหลักประกันภัยในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

มีอุปสรรคที่เกิดจากความไม่เข้าใจในกระบวนการของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ทั้งจากเจ้าของสินค้าและบริษัทประกันภัย

(6) ประสบการณ์เกี่ยวกับสถานที่เฉลี่ยความเสียหาย (place of adjustment)

ขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีสำนักงาน average adjuster แต่สามารถเรียกใช้บริการของ average adjuster ได้จากประเทศสิงคโปร์ มาเลเซีย หรือฮ่องกง

(7) การลดความยุ่งยากในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

การให้เจ้าของเรือจัดให้มีประกันภัย ให้คุ้มครองถึงกรณีที่อาจเกิดการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปทุกรูปแบบ และกำหนดแนวทางที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องว่ากรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปหรือไม่

ตัวอย่างของเหตุการณ์ที่มีการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ของเรือที่เป็นบริษัทสมาชิกของสมาคมเจ้าของเรือไทยบริษัทหนึ่ง

เรือ A เดินทางจากญี่ปุ่นมายังประเทศไทย บรรทุกสินค้ามีมูลค่าทั้งหมดประมาณ 120 ล้านบาทเป็นเรือประกอบการค้าแบบ Liner ตัวเรือมีมูลค่า 55 ล้านบาท มีเจ้าของสินค้า 22 รายที่ประกันภัยในต่างประเทศ และมี 1 รายประกันภัยไว้กับบริษัทประกันภัยที่ไม่ค่อยมีชื่อเสียงในประเทศไทย

ขณะที่เรือ A เดินผ่านร่องน้ำเข้าสู่ท่าเรือได้ถูกเรือ B ชนที่กลางห้องเครื่องทำให้จมลงทันทีแต่สินค้ายังอยู่ในสภาพปลอดภัย เจ้าของเรือได้พิจารณาถึงจำนวนเงินที่จะเกิดขึ้นในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปโดยเปรียบเทียบระหว่างราคาของเรือที่มีมูลค่า 55 ล้านบาทก่อนที่จะจมลง กับเมื่ออยู่ในสภาพเสมือนว่าเสียหายโดยสิ้นเชิง (constructive total loss) แล้วมูลค่าของเรือจะเหลือเพียง 10 ล้านบาท ซึ่งเมื่อเทียบกับมูลค่าของสินค้า 120 ล้านบาทแล้ว เป็นอัตราส่วน 12:1 ฉะนั้น การกู้เรือและการกู้ภัยสินค้าจะต้องวางเงินค้ำมัดจำเป็นจำนวน 50 ล้านบาทเป็นอย่างน้อย เจ้าของเรือจึงต้องประกาศให้มีการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เมื่อได้ประกาศออกไปแล้วเจ้าของ

สินค้าและผู้รับประกันภัยของเจ้าของสินค้า ต่างก็เซ็นรับรองในหลักประกันค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป (general average security) จนกระทั่งผู้ช่วยเหลือภัย (salvor) รับงานกู้ภัยและจัดการกู้ภัยเสร็จภายใน 10 วัน โดยระยะเวลาที่เซ็นยินยอมในหลักประกันภัยดังกล่าว สินค้าที่ประกันภัยในต่างประเทศใช้เวลา 2 สัปดาห์ ส่วนสินค้าที่ประกันภัยในประเทศกลับใช้เวลาถึง 1 เดือน ซึ่งทำให้เจ้าของเรือต้องยึดหน่วงสินค้าไว้ในระหว่างนั้น และต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาสินค้าด้วย

หลังจากเหตุการณ์เกิดขึ้นมา 1 ปี 4 เดือน อนุญาตตุลาการได้ตัดสินให้ผู้ช่วยเหลือภัยได้รับเงินรางวัลช่วยเหลือภัย 30 ล้านบาท แต่ฝ่ายผู้รับประกันภัยสินค้าไม่ยอมรับ จึงยังคงมีการโต้แย้งกันอยู่ ทั้งนี้ ในกรณีดังกล่าวข้างต้นได้ใช้บริการของผู้ช่วยเหลือภัยและผู้เฉลี่ยความเสียหาย (average adjuster) จากประเทศสิงคโปร์



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กฎหมายไทยที่เป็นฐานรองรับการให้กฎหมายต่างประเทศหรือหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเจียมความเสียหายทั่วไป

แม้ประเทศไทยจะยังไม่มีกฎหมาย ว่าด้วยการเจียมความเสียหายทั่วไป บังคับใช้โดยเฉพาะ แต่ในทางปฏิบัติของการค้าที่ต้องเกี่ยวข้องกับการขนส่งทางเรือระหว่างประเทศนั้น ได้มีการแสดงเจตนาตกลงกันให้นำเอา YAR มาใช้ในการเจียมความเสียหายทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยในตอนนี้จะได้พิจารณาว่าความตกลงดังกล่าวมีพื้นฐานทางกฎหมายใดรองรับ และก่อให้เกิดผลตามกฎหมายไทยเช่นไร โดยจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และกฎหมายเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์นาวี ซึ่งมีการกล่าวพาดพิงถึงเรื่องการเจียมความเสียหายทั่วไปเอาไว้

1. พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

การที่ประเทศไทยในฐานะรัฐที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยจะยอมรับให้กฎหมายของต่างชาติเข้ามาใช้บังคับในดินแดนของตนได้นั้น กรณีต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการชดกันแห่งกฎหมายซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481³⁹

พระราชบัญญัตินี้มีทั้งหมด 42 มาตรา แบ่งออกเป็น 6 ภาค คือ

ภาค 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป

ภาค 2 สถานะและความสามารถของบุคคล

ภาค 3 หนี้

ภาค 4 ทรัพย์สิน

ภาค 5 ครอบครัว

ภาค 6 มรดก

³⁹ “พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย” ราชกิจจานุเบกษา 55

กล่าวโดยสรุป หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการหากฎหมายมาใช้กับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือกล่าวอีกแง่หนึ่งได้ว่า เป็นกฎหมายที่เป็นฐานรองรับการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทย กล่าวคือ มิใช่เป็นกฎหมายสาระบัญญัติ (Substantive law) ที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบุคคล ในกรณีของนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรืออยู่ในสถานการณ์ที่เกิดการขัดกันของกฎหมาย เพราะมีความเกี่ยวพันอยู่กับกฎหมายของประเทศอื่นนอกเหนือไปจากประเทศไทยด้วย กรณีเช่นนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ จะกำหนดหลักเกณฑ์ว่าจุดเกาะเกี่ยว (connecting point) ที่อาจเป็นเหตุให้สามารถนำกฎหมายของต่างประเทศมาใช้บังคับได้นั้นมีอะไรบ้าง โดยจุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายขัดกันของไทยยอมรับมีอยู่ 7 ข้อเท็จจริงคือ⁴⁰

- (1) สัญชาติของบุคคล
- (2) ภูมิลำเนาของบุคคล
- (3) เจตนาของบุคคล
- (4) ถิ่นที่ตั้งของทรัพย์สิน
- (5) ถิ่นที่นิติสัมพันธ์เกิดขึ้น
- (6) ถิ่นที่นิติสัมพันธ์มีผล
- (7) ถิ่นที่ตั้งของศาลที่พิจารณาคดี

เพื่อจำกัดประเด็นการพิจารณาเฉพาะส่วนที่อาจเกี่ยวข้องข้องกับการแสดงเจตนาตกลงให้ใช้ YAR หรือกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป กรณีจะกล่าวเฉพาะบทบัญญัติในภาค 3 ว่าด้วยหนี้ซึ่งมีอยู่ 3 มาตรา คือ มาตรา 13, 14 และ 15

มาตรา 13 เป็นการรับรองการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวคือ เจตนาของบุคคล โดยบัญญัติว่า

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁰ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา - สายสุนทร, “อำนาจอธิปไตยของรัฐและนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” วารสารนิติศาสตร์ 23 (ธันวาคม 2536) : 739

ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา นั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น สัญญายอมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น

คำว่า “สัญญา” ในที่นี้ มีความหมายเช่นเดียวกับที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ลักษณะ 2 ว่าด้วยสัญญา โดยเป็นการกำหนดว่ากฎหมายใดจะพึงใช้บังคับกับสาระสำคัญของสัญญาหรือผลแห่งสัญญา⁴¹

ตามบทบัญญัติข้างต้น อนุญาตให้คู่กรณีเลือกกฎหมายที่ตนเห็นว่าสมควรนำมาใช้บังคับกับสัญญา โดยถือว่าเจตนาของคู่กรณีเป็นปัจจัยสำคัญในการเลือกกฎหมาย หากคู่กรณีไม่เลือกกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ก็ให้ถือเอาจุดนิติสัมพันธ์เป็นหลักในการหากฎหมายมาใช้บังคับ โดยถือเอากฎหมายสัญชาติร่วมกันแห่งคู่กรณี หรือกฎหมายที่สัญญาได้เกิดขึ้นในกรณีที่คู่กรณีมีสัญชาติต่างกัน

ในกรณีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า การที่จะนำกฎหมายต่างชาติมาใช้กับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างชาติได้นั้น อำนาจทางกฎหมาย (Force Joridique) ที่แท้จริงอยู่ที่บทบัญญัติในกฎหมายขัดกันไม่ใช่อยู่ที่กฎหมายที่คู่กรณีเลือก⁴²

⁴¹ กมล สุนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2521). หน้า 277.

⁴² ชุมพร บัจจุสานนท์, “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับ กับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน” วารสารกฎหมาย 9 (มกราคม 2527) : 80

ในกรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ที่คู่สัญญาตามสัญญา รับขนของทางทะเล หรือสัญญาเช่าเรือ (charterparty) ตกกลงกันให้นำ YAR หรือกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น กรณีไม่ต้องด้วยบทบัญญัติในมาตรา 13 ดังกล่าวข้างต้น เพราะมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไม่ใช่ “สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลของสัญญา” กล่าวคือมิใช่กรณีของการที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่โดยการแสดงเจตนาตกลงกันของคู่สัญญา หากแต่เป็นมูลหนี้ในอีกลักษณะหนึ่งดังได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การตกลงกันให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศมาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจึงไม่มีผลบังคับ นอกจากนี้ YAR ก็ไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด

บทบัญญัติในมาตรา 14 และ 15 เป็นการรับรองการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ บังคับโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวของถิ่นที่นิติสัมพันธ์เกิดขึ้น โดยมาตรา 14 เป็นเรื่อง “หนี้ที่เกิดจากการจัดการงานนอกสั่งหรือลามิควรได้ ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดหนี้ขึ้น” และมาตรา 15 เป็นเรื่อง “หนี้ที่เกิดจากการละเมิดให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น” จะเห็นได้ว่ากรณีตามมาตรา ทั้งสองเป็นกรณีของนิติเหตุ กล่าวคือ เหตุที่เกิดขึ้นและกฎหมายรับรองให้มีผลในทางกฎหมาย โดยไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของบุคคลว่าต้องการที่จะผูกพันกันตามกฎหมายหรือไม่ ลักษณะของเรื่อง เช่นนี้มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมูลหนี้ที่เกิดจากการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่ก็มีใช่เป็นเรื่องเดียวกันดังได้กล่าวมาแล้ว

จากที่ได้พิจารณาข้างต้นจึงกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ไม่มีบทบัญญัติรับรองให้มีการนำเอากฎหมายต่างประเทศหรือหลักเกณฑ์อื่นใดเข้ามาใช้กับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ซึ่งกรณีสามารถเข้าใจได้เพราะกฎหมายดังกล่าวบัญญัติขึ้นโดยแบ่งหมวดหมู่ของเรื่องที่อาจเกิดการขัดกันของกฎหมาย โดยอิงอยู่กับหมวดหมู่ของเรื่อง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งไม่มีการบัญญัติในส่วนของกฎหมายพาณิชย์เอาไว้ (แต่ก็ได้รับรองไว้ว่า เป็นกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งที่จะต้องมีการตราเป็นกฎหมายขึ้นต่อไป)

โดยในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า ประเทศไทยเป็นประเทศเดียวที่นำเอากฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์รวมเข้าไว้ในประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน ทั้งนี้ ประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายอื่นๆ ที่เป็นแบบอย่างในการยกร่างประมวลกฎหมายของไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งจะแยกจากประมวลกฎหมายพาณิชย์ เช่นประเทศ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น เป็นต้น โดยในประเทศเหล่านี้ กฎหมายพาณิชย์จะถูกบัญญัติไว้ในส่วนของประมวลกฎหมายพาณิชย์และในการกั

ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนของกฎหมายพาณิชย์นั้น ประเทศโดยส่วนใหญ่จะไม่ใช้วิธีการผ่านทางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย แต่จะใช้วิธีการทำให้กฎหมายพาณิชย์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน⁴³ อันจะเห็นได้จากการประชุมยกฐานะอนุสัญญาระหว่างประเทศทางการพาณิชย์ ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายหรือมีการนำเอาหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน

กล่าวโดยเฉพาะในส่วนของ YAR นั้น ได้กล่าวมาแล้วว่าวัตถุประสงค์เริ่มแรกของการประชุมยกฐานะนั้นก็เพื่อการจัดทำประมวลกฎหมาย (code) ว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เพื่อให้ประเทศต่างๆ ยึดถือเป็นแนวทางเดียวกันอันจะช่วยให้ลดการขัดกันของกฎหมาย แต่ในที่สุด YAR ก็ไม่ได้ไปสู่จุดของการเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด เพราะประเทศต่างๆ พบว่าในทางปฏิบัติสามารถผนวกเอา YAR เข้าไว้ในระบบกฎหมายของตนได้โดยการแสดงเจตนาตกลงกันของคู่กรณีที่อ้างอิงให้นำ YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่ทั้งนี้ ประเทศที่ทำได้ เช่นนั้นคือประเทศที่มีกฎหมายภายในของตนในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอยู่แล้วและการที่คู่กรณีสามารถตกลงกันให้นำเอา YAR มาใช้นั้น ไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหาย

⁴³ Ignacio Arroyo, "Maritime Law : an Approach to the Concept," Year Book Maritime Law 1 (1984) : 32. นอกจากนี้มีผู้เห็นว่ากฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศต้องหลีกเลี่ยงการขัดกันของกฎหมายซึ่งปรากฏว่าในยุคศตวรรษที่ 16 กฎหมายดังกล่าวมีความเป็นเอกภาพสูง โดย Graveson กล่าวถึงยุคนี้ว่า

But even in Admiralty there was no conflict of laws because, in case to which the law merchant applied, there was only one law. And when, in the sixteenth century, the law merchant was taken over and administered in the courts of common law, it was applied on the theory that it was part of the common law, and not a law foreign to the court.

ดู R.H. Graveson, Conflict of laws, 7th ed., (London : Stevens & Sons, 1974), p. 33.

ทั่วไปของตน⁴⁴ กล่าวคืออำนาจทางกฎหมายที่รองรับการตกลงให้นำ YAR มาใช้ระหว่างคู่กรณีนั้น อยู่ที่กฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของประเทศนั้นๆ นั้นเอง

ในส่วนของหลักเกณฑ์ที่รับรองการตกลงให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศ ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น กฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของประเทศต่าง ๆ ยอมรับหลักเกณฑ์ที่สืบทอดมาแต่โบราณที่ว่า การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปให้บังคับตามกฎหมายของเมืองท่าที่การเดินทางสิ้นสุดลง แต่กฎหมายก็ยอมให้คู่กรณีสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้⁴⁵ ในกรณีนี้ก็จะเห็นได้เช่นเดียวกันว่า อำนาจทางกฎหมายที่รองรับการตกลงให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศนั้นปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของประเทศดังกล่าวนี้เอง

กล่าวโดยสรุป การที่คู่กรณีจะสามารถแสดงเจตนาให้นำกฎหมายของต่างประเทศ มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้นั้น กรณีต้องมีกฎหมายรับรองการแสดงเจตนาดังกล่าว กฎหมายที่ว่านั้นก็คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแต่พบว่าตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติรับรองกรณีดังกล่าวไว้ ส่วนการตกลงให้นำหลักเกณฑ์ตาม YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไประหว่างคู่กรณีนั้น ไม่ใช่เป็นการแสดงเจตนาก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่เป็นการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไประหว่างคู่กรณี และเมื่อการแสดงเจตนาดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป การแสดงเจตนาให้เฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตาม YAR ก็จะมีผลใช้บังคับได้ กล่าวคือ ไม่ใช่เป็นกรณีของการขัดกันแห่งกฎหมาย เพราะ YAR ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย ดังนั้นการตกลงให้นำ YAR มาใช้ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยนั้น กรณีจึงเห็นว่า จะทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปให้อำนาจไว้ ซึ่งจะได้พิจารณาในลำดับต่อไปว่ามีกฎหมายดังกล่าวหรือไม่อย่างไร

⁴⁴ Selmer, *The Survival of General Average - A Necessity or an Anachronism?*, (Oslo : Oslo University Press , 1958) , p.59.

⁴⁵ J.H.C. Morris, ed., *Dicey & Morris, Conflict of Laws*, 9th ed. (London : Steven & Sons, 1973) , p. 837 - 839 .

2. กฎหมายเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการพาณิชย์นาวี

แม้ว่าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายฯ จะไม่ได้รับรองการใช้กฎหมายต่างประเทศหรือหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เพื่อแก้ไขปัญหาการชดกันของกฎหมาย แต่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายพาณิชย์นาวีนั้น จะใช้วิธีแก้ ปัญหาการชดกันของกฎหมายโดยการตกลงกันบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกันทั่วโลก เช่นตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลของไทยซึ่งเป็นการผสมผสานแนวความคิดตามอนุสัญญาว่าด้วยการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลาย โดยมาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าจะนำกฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาใช้ในประเทศไทยได้ภายใต้เงื่อนไขอย่างไรบ้าง⁴⁶

โดยในตอนนี้จะได้พิจารณาต่อไปว่า บทบัญญัติในกฎหมายเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการพาณิชย์นาวีที่มีการกล่าวถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้นั้น สามารถรองรับการนำ YAR หรือกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้หรือไม่

⁴⁶ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา - สายสุนทร, “ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ,” *วารสารนิติศาสตร์* 25 (กันยายน 2538) : 536-548. ในกรณีของสัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศนั้น มีทั้งกรณีที่ต้องบังคับตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ ในฐานะที่เป็นบทบังคับแม้จะมีองค์ประกอบต่างชาติ และกรณีที่ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย เพื่อหากฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาดังกล่าว และมีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลรับรองหรืออนุญาตให้คู่สัญญาเลือกใช้ “กฎหมายระหว่างประเทศ” เพื่อใช้บังคับกับสัญญาได้ด้วยสำหรับกรณีที่ไม่เข้าลักษณะต้องบังคับให้ใช้พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ ซึ่งทำให้เห็นแนวโน้มของการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาของเอกชนอย่างกว้างขวาง

2.1 พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534

มีการกำหนดถึงเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในมาตรา 55 เพียงแห่งเดียว คือ

ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชั่งช้ำถ้าพิสูจน์ได้ว่าการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชั่งช้ำนั้น เป็นผลจากการใช้มาตรการทั้งปวง เพื่อช่วยชีวิตมนุษย์ในทะเล หรือจากการใช้มาตรการอันสมควรเพื่อช่วยทรัพย์สินในทะเล แต่ผู้ขนส่งยังคงต้องรับผิดชอบของตนในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ถ้ามี

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า นอกจากคู่สัญญารับขนของทางทะเล จะมีสิทธิหน้าที่ตามสัญญารับขนแล้วยังอาจมีสิทธิและหน้าที่ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปด้วย กล่าวคือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามมาตรา 55 นั้น ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ แต่อาจต้องรับผิดชอบในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ถ้าข้อเท็จจริงดังกล่าวตรงกับหลักเกณฑ์ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่ปรากฏว่าหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของความรับผิดในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯแต่อย่างใด กรณีจึงมีประเด็นเกิดขึ้นว่าถ้าคู่สัญญารับขนของทางทะเลตกลงกันให้นำ YAR มาใช้ จะถือได้หรือไม่ว่าบทบัญญัติในมาตรา 55 ดังกล่าวนั้นเอง ที่รับรองให้คู่กรณีสามารถตกลงกันนำเอา YAR มาใช้ และศาลสามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิหน้าที่ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่กำหนดไว้ใน YAR

เมื่อพิจารณาในรายละเอียดของหลักเกณฑ์ใน YAR จะเห็นว่า เป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง หากยอมรับว่าคู่สัญญาสามารถผูกพันกันตามสิทธิหน้าที่ดังกล่าวได้ตามเจตนาที่แสดงต่อกัน เท่ากับเห็นว่าเรื่องดังกล่าวเป็นความผูกพันตามหลักนิติกรรมสัญญา ซึ่งการแสดงเจตนาจะต้องอยู่ในบังคับของเรื่องความสามารถ กลฉ้อฉล ขมขู่ หรือความสำคัญผิดเป็นต้น แต่โดยเนื้อหาของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นไม่อาจจัดรวมเข้าในความสัมพันธ์ตามหลักนิติกรรมสัญญาได้ เพราะความเสียหายทั่วไปที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตนาของบุคคลว่าประสงค์จะผูกพันกันตามกฎหมายหรือไม่ อีกทั้งความเสียหายทั่วไป



ที่เกิดขึ้นนั้นก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่แก่บุคคลใดหลายฝ่ายด้วยกัน นอกเหนือไปจากบุคคลที่เป็นคู่สัญญารับขนของทางทะเลด้วยกัน เช่น สิทธิหน้าที่ระหว่างเจ้าของสินค้าที่บรรทุกมาในเรือลำเดียวกัน เป็นต้น

ดังนั้น ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ตามมาตรา 55 ของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ จึงไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยการตกลงกันให้นำ YAR มาใช้บังคับ การที่กฎหมายกำหนดว่า “แต่ผู้ขนส่งยังคงต้องรับผิดชอบตามส่วนของตนในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ถ้ามี” น่าจะมีความหมายเพียงว่า แม้ผู้ขนส่งจะหลุดพ้นความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ แต่ยังคงต้องรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในทางด้านกฎหมายวิธีพิจารณาความ YAR ไม่ได้มีฐานะเป็นข้อกฎหมาย แต่เป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบให้ได้ข้อยุติ และศาลจะเป็นผู้นำข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วนั้นปรับเข้ากับหลักกฎหมาย ซึ่งก็จะเกิดประเด็นขึ้นมาเช่นเดียวกันว่ากฎหมายนั้นคือกฎหมายในลักษณะใด เพราะ YAR ไม่อาจบังคับได้สมบูรณ์โดยลำพังของตัวเอง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับความตกลงของคู่สัญญาใดๆ เมื่อนำสืบเป็นที่ยุติแล้วศาลก็จะนำข้อเท็จจริงดังกล่าวปรับเข้ากับหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาเพื่อดูว่าผลในทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร เพราะสิ่งที่ตกลงกันนั้นไม่สามารถบังคับได้ในตัวเอง แต่ต้องอยู่ภายใต้กรอบของหลักกฎหมายที่รองรับการตกลงกันเช่นนั้นไม่ลักษณะใดก็ลักษณะหนึ่ง เพราะในท้ายที่สุดรัฐจะต้องเป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตนตราขึ้น

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ จึงไม่ได้เป็นกฎหมายที่รองรับให้มีการตกลงกันนำ YAR มาใช้บังคับได้ แต่ก็เป็นกรับรองว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งซึ่งคู่สัญญารับขนของทางทะเลอาจต้องรับผิดชอบ

อย่างไรก็ตามมีข้อที่ต้องพิจารณาด้วยว่าการที่พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลมาตรา 4 รับรองหรืออนุญาตให้คู่สัญญาสามารถระบุไว้ในใบตราส่งว่าให้นำ “กฎหมายระหว่างประเทศ” มาใช้ระหว่างคู่สัญญา จะมีผลครอบคลุมไปถึงการระบุไว้ในใบตราส่งให้นำ YAR มาใช้ระหว่างคู่สัญญาหรือไม่ กล่าวคือ มีปัญหาว่า “กฎหมายระหว่างประเทศ” ตามมาตรา 4 ดังกล่าวควรจะมีควมหมายอย่างไร

ต่อปัญหาข้างต้น แม้โดยทั่วไปคำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศ” จะมีความหมายตามมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) กล่าวคือหมายถึง สนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป แต่ในทางปฏิบัติ กฎหมายระหว่างประเทศที่คู่สัญญามักจะเลือกก็คืออนุสัญญาว่าด้วยการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย คือ The International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, 1924 (Hague Rules) ข้อตกลงลักษณะดังกล่าวรู้จักกันในนามของ “Paramount Clauses” ซึ่งปรากฏอยู่ในสัญญาเช่าเรือ (charterparty) โดยทั่วไป และในใบตราส่งที่ผู้ขนส่งซึ่งอยู่ภายใต้สัญญาเช่าเรือ (charterparty) ที่ออกให้แก่ผู้ส่งของ⁴⁷ และแม้จะมีผู้เห็นว่า⁴⁸ “กฎหมายระหว่างประเทศ” ตามมาตรา 4 ดังกล่าว อาจจะหมายความรวมถึง “กฎหมายเอกรูป” (Uniform Law) ที่องค์การภาคเอกชนระหว่างประเทศยกร่างกันขึ้นมาอันมีลักษณะเป็น “กฎหมายของพ่อค้า” (Lex Mercatoria) ที่กลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้า โดยมีความเห็นว่า YAR เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะดังกล่าว แต่ “กฎหมายระหว่างประเทศ” ที่สามารถเข้ามาใช้บังคับผ่านทางมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลนั้นเป็นเรื่องเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ที่กฎหมายยอมรับให้คู่สัญญาตกลงกันเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลได้ แต่ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ที่จะสามารถตกลงกันนำเอา “กฎหมายระหว่างประเทศ” เข้ามาใช้บังคับได้

⁴⁷ UNTAD Secretariat, “Charter Parties - A Comparative Analysis” TD/B/C.4/ISL/55, 27 June 1990, p. 27 - 31.

⁴⁸ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา - สายสุนทร, “ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาตามกฎหมายเอกรูปที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” วารสารนิติศาสตร์ 25 (กันยายน 2538) : 597.

2.2 พระราชบัญญัติการกักเรือ พ.ศ. 2534

ตามพระราชบัญญัติการกักเรือ ๔ มาตรา 3 ได้กล่าวถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ในฐานะที่เป็นสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือว่า ทำให้เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือสามารถขอให้กักเรือเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องดังกล่าวได้ โดยเป็นสิทธิเรียกร้องอันเกิดจาก

(๑) การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ในกรณีที่เจ้าของเรือผู้ขนส่งและเจ้าของของที่บรรทุกมาในเรือ นั้น มีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่สูญหายหรือเสียหายจากการกระทำโดยเจตนาด้วยความจำเป็นตามสมควรเพื่อความปลอดภัยร่วมกันของเรือและของที่บรรทุกมาในเรือ นั้น หรือต้องชดเชยค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไป ด้วยความจำเป็นเป็นกรณีพิเศษเพื่อประโยชน์ร่วมกันของทุกฝ่ายหรือเพื่อความปลอดภัยร่วมกันของเรือและของที่บรรทุกมาในเรือ นั้น ทั้งนี้ เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือสัญญาระหว่างคู่กรณีกำหนดความรับผิดในเรื่องนี้ไว้

ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการที่รับรองว่า มูลหนี้ในทางพาณิชย์นำลักษณะใดบ้างที่จะเป็นเหตุที่เจ้าหนี้นำมาอ้างเพื่อขอให้ศาลกักเรือได้ ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ที่เกิดจากมูลหนี้ในแต่ละเรื่องนั้น ก็เป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องนั้นๆ โดยเฉพาะ และเมื่อศาลมีคำสั่งกักเรือแล้วก็สามารถดำเนินคดีเพื่อบังคับชำระหนี้ต่อไปได้⁴⁹

ในกรณีที่คู่สัญญา รับขนของทางทะเลระหว่างประเทศตกลงไว้ในใบตราส่งว่า ให้เฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน YAR นั้น จะถือได้หรือไม่ว่า YAR สามารถบังคับได้ระหว่างคู่กรณีเพราะเป็น “สัญญาระหว่างคู่กรณี” ที่กำหนดความรับผิดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้ ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลกักเรือและมีอำนาจพิจารณาคดีได้ กล่าวคือบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการกักเรือรับรองผลในทางกฎหมายของการตกลงให้ใช้ YAR ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

⁴⁹ พระราชบัญญัติการกักเรือ พ.ศ. 2534 มาตรา 28

เมื่อพิจารณาถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติการกักเรือฯ “เจ้าหนี้” (ผู้มีสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวกับเรือ) คือเจ้าของทรัพย์สินที่สูญหายหรือเสียหาย เนื่องจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไป (general average act) มีสิทธิเรียกเอาค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจากเจ้าของเรือ ผู้ขนส่งและเจ้าของของรายอื่นที่บรรทุกมาในเรือ กรณีจะเห็นได้ว่าบุคคลที่ตกเป็นลูกหนี้นั้น นอกไปจากเจ้าของเรือและผู้ขนส่งแล้ว ยังมีเจ้าของของรายอื่น ๆ ที่บรรทุกมาในเรือด้วย ซึ่งจะต่างจากมูลหนี้ที่เป็นเหตุชดเชยเรือในกรณีอื่น ๆ เช่น “การให้บริการของท่าเรือ” “การให้บริการนำร่อง” “ค่าจ้างขนของลงเรือหรือขึ้นเรือ” เป็นต้น โดยในกรณีเหล่านี้เจ้าของเรือหรือผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบมูลหนี้ที่เกิดขึ้นดังกล่าว เพราะเป็นกรณีที่ฝ่ายเรือแสดงเจตนาผูกพันกับบุคคลอื่นตามกฎหมาย แต่กรณีของเจ้าของสินค้ารายอื่นที่อาจต้องรับผิดชอบ “เจ้าหนี้” ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในกรณีนี้เห็นได้ว่าไม่ได้เกิดขึ้นโดยผลของการแสดงเจตนาเพื่อที่จะก่อนิติสัมพันธ์กันตามกฎหมายอย่างแน่นอน ดังนั้นการที่บุคคลจะต้องผูกพันรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นโดยมิได้ขึ้นอยู่กับการแสดงเจตนาที่ก่อนิติสัมพันธ์กันนั้น ต้องมีกฎหมายรับรองไว้แล้วอย่างชัดเจน และในตอนท้ายของ (จ) ของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการกักเรือดังกล่าว ก็ได้บัญญัติรับรองไว้เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ที่ว่า “ทั้งนี้ เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือสัญญาระหว่างคู่กรณีกำหนดความรับผิดในเรื่องนี้ไว้”

ข้อความในตอนท้าย (จ) ของมาตรา 3 ดังกล่าว เป็นเงื่อนไขของการอ้างมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเพื่อขอให้ศาลสั่งกักเรือ เพราะในขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ทั้งนี้ หากศาลสั่งกักเรือโดยอาศัยมูลหนี้ดังกล่าวแล้ว ก็ต้องสามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ที่เกิดจากมูลหนี้ดังกล่าวได้ด้วย ส่วนการที่จะมีสัญญาระหว่างคู่กรณี กำหนดความรับผิดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ ไม่ได้หมายความว่ามูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปสามารถเกิดได้โดยเจตนาทำสัญญากัน เพราะจากความหมายของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่กล่าวไว้ใน (จ) ของมาตรา 3 ดังกล่าว “เจ้าของของที่บรรทุกมาในเรือ” ต้องรับผิดชอบในมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปด้วย แม้จะไม่มีสัญญาใด ๆ กับเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องให้กักเรือ

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายกล่าวถึงสัญญาระหว่างคู่กรณีที่กำหนดความรับผิดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เท่ากับเป็นการยอมรับในเบื้องต้นว่ากฎหมายยอมให้คู่กรณีตกลงเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ กล่าวคือบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการกักเรือไม่ได้รับรองว่าคู่กรณีสามารถแสดงเจตนาทำสัญญากัน เพื่อก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในเรื่องของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น การตกลงไว้ในใบตราส่ง หรือสัญญาเช่าเรือ (charterparty) ให้นำ YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น ไม่ก่อให้เกิด “สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือ” อันจะเป็นเหตุขอให้ศาลสั่งกักเรือเพื่อประกันการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรือนั้นได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความตกลงระหว่างคู่กรณีให้ใช้ YAR ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไม่ก่อให้เกิดผลผูกพัน เพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้

2.3 พระราชบัญญัติการจำนองเรือและบริษัทเดินทะเล พ.ศ. 2537

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้กล่าวถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้ในมาตรา 10 คือ

ถ้าเรือที่จำนองสูญหายหรือเสียหาย ให้จำนองครอบไปถึงสิทธิเรียกร้องดังต่อไปนี้

- (1) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำละเมิดที่เป็นเหตุให้เรือนั้น หรือสิ่งของที่สิทธิจำนองครอบไปถึง สูญหายหรือเสียหาย
- (2) ค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่เจ้าของเรือมีสิทธิได้รับเพื่อการสูญหายหรือเสียหายของเรือนั้นหรือสิ่งของที่สิทธิจำนองเรือครอบไปถึง ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น
- (3) ค่าสินไหมทดแทนที่เจ้าของเรือมีสิทธิได้รับเพื่อการสูญหายหรือเสียหายของเรือนั้นหรือสิ่งของที่สิทธิจำนองครอบไปถึงอันเนื่องมาจากการใช้เรือนั้นทำการช่วยเหลือกู้ภัย
- (4) ค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัยเพื่อการสูญหายหรือเสียหายของเรือนั้นหรือสิ่งของที่สิทธิจำนองครอบไปถึง

เมื่อเกิดสิทธิเรียกร้องตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้จำนองแจ้งให้ผู้รับจำนองทราบโดยพลัน ห้ามมิให้ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องซึ่งได้รู้ถึงการจำนองชำระหนี้แก่เจ้าของเรือนั้น เว้นแต่จะได้บอกกล่าวการชำระหนี้เป็นหนังสือไปยังผู้รับจำนอง และผู้รับจำนองไม่คัดค้าน การชำระหนี้เป็นหนังสือภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือบอกกล่าว มิฉะนั้น ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อผู้รับจำนอง

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปตามหลักการในเรื่อง “ช่วงทรัพย์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่นำมาบัญญัติในลักษณะจำเพาะเจาะจง ให้ชัดเจนตรงกับสภาพอันแท้จริงของเรือเดินทะเล กล่าวคือ ถ้าเรือที่จำนองสูญหายหรือเสียหายและทำให้เจ้าของเรือมีสิทธิที่จะ

ได้รับเงินจากบุคคลอื่นเนื่องจากการสูญหายหรือเสียหายนั้น ก็ให้ถือว่าเงินจำนวนดังกล่าวอยู่ในฐานะแทนที่เรือที่สูญหายหรือเสียหายดังกล่าว กล่าวโดยเฉพาะ ในส่วนของ “ค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” ตาม (2) ดังกล่าวข้างต้น เกิดจากการที่เรือหรืออุปกรณ์ประจำเรือต้องสูญหายหรือเสียหายเนื่องมาจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไป (general average act) และทำให้เจ้าของเรือมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจากบุคคลอื่น กรณีเช่นนี้ก็ให้สิทธิดังกล่าวอยู่ในฐานะแทนที่เรือที่สูญหายหรือเสียหาย เจ้าหนี้จำนองเข้าถือเอาประโยชน์ได้

สิทธิเรียกร้องเอาเงินตาม (1) - (4) ดังกล่าวข้างต้น เป็นสิทธิที่เจ้าของเรือซึ่งเป็นลูกหนี้จำนองมีสิทธิเรียกร้องเอากับบุคคลภายนอกได้ตามกฎหมาย ทั้งที่เป็นเรื่องมูลละเมิด และมูลสัญญา ส่วนใน (2) กรณีของเงินค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น ได้มีการเขียนเงื่อนไขเพิ่มเติมในตอนท้ายว่า “ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น” การที่ต้องมีการเขียนไว้เช่นนี้เพียงแห่งเดียวเพราะขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป กรณีเป็นการบัญญัติไว้ล่วงหน้า สำหรับการที่จะได้บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในอนาคตต่อไปภายหลัง

เมื่อพิจารณาถึงผลในทางกฎหมายของการตกลงให้ใช้ YAR ตามพระราชบัญญัตินี้ กรณีสามารถสรุปได้ดังเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นว่า การตกลงดังกล่าวไม่เกิดผลใด ๆ เพราะ “ค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” ที่บุคคลภายนอกต้องรับผิดชอบเจ้าของเรือซึ่งเป็นลูกหนี้จำนองนั้น ต้องมีกฎหมายรับรองไว้เสียก่อน

กล่าวได้ว่าแม้พระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเลฯ จะมีการกล่าวถึง “ค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” ไว้ แต่ก็ไม่ได้เป็นการรับรองว่ากรณีจะสามารถก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันโดยอาศัยหลักเกณฑ์ใน YAR แต่เพียงลำพัง เพราะหน้าที่ในการจ่ายเงินค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่จะต้องกำหนดรับรองไว้

จากที่กล่าวมาข้างต้นใน 1 และ 2 สรุปได้ว่า กฎหมายไทยยอมรับว่า “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” เป็นความผูกพันทางกฎหมายลักษณะหนึ่ง แต่ก็ยังไม่มีบทบัญญัติใดที่จะเป็นช่องทางให้มีการตกลงนำเอากฎหมายต่างประเทศหรือหลักเกณฑ์ใน YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ และถึงแม้ว่าในปัจจุบันในทางปฏิบัติของการติดต่อค้าขายระหว่างประเทศโดยทั่ว ๆ ไปจะมีการตกลงกันให้เฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตามหลักเกณฑ์ใน YAR แต่เมื่อความตกลงดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายไทยอนุญาตหรือรับรองให้ทำได้ ความตกลงดังกล่าวจึงไม่ผูกพันตามกฎหมายไทย

อย่างไรก็ตามแม้การแสดงเจตนาตกลงกันให้นำ YAR มาใช้ในการเฉลี่ยความเสียหาย
ทั่วไปจะไม่ผูกพันกันตามกฎหมาย แต่เมื่อกฎหมายไทยได้ยอมรับแล้วว่า “การเฉลี่ยความ
เสียหายทั่วไป” เป็นมูลหนี้ในทางกฎหมายลักษณะหนึ่ง กรณีจึงอาจมีประเด็นพิพาทขึ้นสู่
ศาลไทยเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ และศาลจะต้องหาหลักกฎหมายมาปรับใช้กับ
ข้อเท็จจริงที่เกิดข้อพิพาทกันขึ้น ซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปกรณีไม่มีการกำหนดข้อตกลงใดๆ ไว้

การที่กฎหมายว่าด้วยการพาณิชย์ของไทยทั้ง 3 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติ การรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติการกักเรือ พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติ การจ้างเรือและบริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 ได้กล่าวถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเรื่องดังกล่าวนั้น กรณีอาจ เกิดกรณีพิพาทโต้แย้งกันขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ กล่าวคือ ผู้ที่มีส่วนได้เสียในกรณีที่พิพาทกันตามมูลเหตุในกฎหมายเฉพาะเรื่อง ดังกล่าวอาจยกประเด็นเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปขึ้นกล่าวอ้าง ถ้าเห็นว่าทำให้ตนได้ ประโยชน์ กรณีเช่นนี้ศาลก็ต้องหากฎหมายมาปรับใช้แก้คดี โดยในตอนนี้จะได้พิจารณาว่า ศาลจะนำหลักกฎหมายใดมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาท ทั้งนี้ ในส่วนของการตกลงให้ใช้ YAR ที่กระทำกันโดยทั่วไปในกิจการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น ได้กล่าวมาแล้วว่ายังไม่มียกกฎหมายไทยรองรับอย่างชัดเจนว่าก่อให้เกิดผลผูกพัน ซึ่งจะได้พิจารณารวมไปพร้อมกับกรณีที่ไม่ มีข้อตกลงใด ๆ ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป โดยจะได้พิจารณาการหากฎหมายมา ปรับใช้กับข้อเท็จจริง และการอุดช่องว่างของกฎหมายในปัญหาที่เกิดขึ้นตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง แต่ละฉบับตลอดจนการนำหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้

1. การหากฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริง

1.1 กรณีตามกฎหมายเฉพาะเรื่องว่าด้วยการพาณิชย์

การที่มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ บัญญัติว่า ผู้ขนส่ง ไม่ต้องรับผิดเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกช้ำ ถ้าเป็นการช่วยทรัพย์สินในทะเล แต่ผู้ ขนส่งยังคงต้องรับผิดตามส่วนของตนในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ถ้ามี กรณีนี้จะเห็นได้ว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเล หลักการ ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีอยู่แต่เฉพาะในการรับขนของทางทะเลเท่านั้น ส่วนการรับขน ของทางบกหรือทางอากาศไม่มีการใช้หลักการดังกล่าว แม้ว่าจะเกิดภัยอันตรายร่วมกันแก่ทรัพย์สิน ทั้งหมดรวมกันในระหว่างการรับขนของ การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเป็นผลมาจากพัฒนาการ ในทางประวัติศาสตร์ที่เปลี่ยนแปลงคลี่คลายมาพร้อมกับการค้าขายทางเรือ โดยที่ความเสียหาย

ทั่วไป เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมดาของการที่ทรัพย์สินทั้งหลายต้องเสี่ยงอยู่กับภัยอันตรายในท้องทะเลซึ่งมีอาจคาดหมายได้ล่วงหน้า และกฎหมายได้รับรองผลที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่าง ผู้เกี่ยวข้อง ซึ่งด้วยปัญหาเทคนิคในทางกฎหมายจึงไม่อาจจัดรวมอยู่ในส่วนของสัญญารับประกัน เพราะไม่ได้เป็นเรื่องของเจตนาที่จะผูกพันกันตามกฎหมาย แต่กล่าวได้ว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการรับประกันของทางทะเล ซึ่งรวมทั้งสัญญารับประกันของทางทะเลด้วย⁵⁰

เหตุผลดังกล่าวข้างต้น อาจพิจารณาได้จากบทบัญญัติกฎหมายพาณิชย์นาวีเฉพาะเรื่องของไทยทั้ง 3 ฉบับซึ่งจะเห็นว่าในพระราชบัญญัติการกักเรือ ฯ และพระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล ฯ ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับการรับประกันของทางทะเลระหว่างประเทศเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการรับประกันของทางทะเล ฯ ได้กล่าวถึง “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” และ “ค่าเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” ที่เกี่ยวข้องอยู่กับสิทธิหน้าที่ตามพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าว โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไข “เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย..... กำหนดความรับผิดชอบในเรื่องนี้ไว้” และ “ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น” ซึ่งในทั้งสองพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะแตกต่างจาก “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการรับประกันของทางทะเล ฯ ซึ่งไม่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการที่ต้องมีกฎหมายมารองรับเสียก่อน ทั้งนี้ สิทธิหน้าที่ตามพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจะมีผลบังคับกันได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับความมีอยู่ของมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเสียก่อน

กรณีนี้อาจกล่าวได้ว่า การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีผลผูกพันคู่สัญญารับประกันของทางทะเลระหว่างประเทศ ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการรับประกันของทางทะเล ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา แม้ประเทศไทยจะยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่รับรองให้ผู้มีส่วนได้เสียฟ้องร้องบังคับชำระหนี้ได้ แต่เมื่อพิจารณาในกรอบของความผูกพันตามสัญญารับประกันของทางทะเลระหว่างประเทศซึ่งในการตีความสัญญานั้น ต้องเป็นไปตามที่มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้คือ “สัญญานั้นทำนให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” ซึ่งในกรณีที่

⁵⁰

Donaldson, Staughton and Wilson, The Law of General Average and the York – Antwerp Rules, 10th ed., (London : Steven & Sons, 1975), p. 424.

เจ้าของเรือหรือผู้ขนส่งกระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไป (general average act) ทั้งกรณีของการเสียสละ (general average sacrifice) และการก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย (general average expenditure) ทั้งสองกรณิดังกล่าวกระทำไปเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินที่ผจญอยู่กับภัยอันตรายในท้องทะเลด้วยกัน ซึ่งรวมถึงประโยชน์ของทรัพย์สินของคู่สัญญารับขนของทางทะเลด้วย และเมื่อพิจารณาจากพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ก็จะพบว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไปดังกล่าว เป็นมาตรการที่ถูกนำมาใช้ในระหว่างผู้ที่ติดต่อกันทางเรือเพื่อทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย เมื่อเกิดเหตุที่เป็นอันตรายหรือคุกคามต่อประโยชน์ของส่วนรวมทั้งหมด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึง “ปกติประเพณี” ของสัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ ตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ จึงกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” นั้น ถือเป็น “ปกติประเพณี” ของสัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ ซึ่งได้ชี้ให้เห็นมาแล้วในบทที่ 2 ว่า เป็นกลไกที่สำคัญอย่างยิ่งในการขนส่งทางทะเลนับแต่สมัยโบราณ และพัฒนามาอย่างต่อเนื่องเพื่อแก้ไขปัญหาอุปสรรคที่ผู้เกี่ยวข้องต้องเผชิญในระหว่างการเดินเรือ

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ในระหว่างคู่สัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจึงมีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะที่เป็นปกติประเพณีของการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ความมีอยู่ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศนั้น ปรากฏอย่างชัดเจนจากการที่คู่สัญญามักจะตกลงกันให้เฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ภายใต้หลักเกณฑ์ของ YAR ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพาณิชย์ที่มีการอ้างอิงมากที่สุดเรื่องหนึ่ง และในทางปฏิบัติ คู่สัญญาก็ยอมรับความมีอยู่ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมาเป็นเวลานานแล้ว อย่างไรก็ตาม แม้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจะมีผลผูกพันคู่สัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีของการรับขนของทางทะเล แต่สิทธิหน้าที่ที่ผูกพันกันดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ เช่นอายุความสิทธิเรียกร้อง ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

นอกจากนี้ในกรณีที่มีการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น ต้องเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ กรณีเช่นนี้ก็ไม่อาจอาศัยอำนาจทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ ได้ เพราะไม่ใช่กรณีของการใช้สิทธิเรียกร้องของคู่สัญญา โดยในกรณีเช่นนี้ จะต้องเรียกร้องกันตามกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

กล่าวโดยสรุป ในกรณีที่มีข้อพิพาทกันระหว่างคู่สัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป คู่สัญญาสามารถนำสืบถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปว่า ดำรงอยู่ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีของการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ ซึ่งมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้นำมาพิจารณาประกอบในการตีความสัญญาด้วย ดังนั้นในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่กำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องไว้อย่างชัดเจน เมื่อมีข้อพิพาทกันตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ศาลก็ยังคงสามารถอ่านว่ความยุติธรรมได้ โดยการตีความสัญญารับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ โดยคำนึงถึงจารีตประเพณีในการรับขนด้วย แต่ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติ การนำสืบถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีอาจมีความยากลำบากทั้งในแง่ของการนำพยานหลักฐานต่างๆ เข้าพิสูจน์ * และในด้านความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษา **

* แนวทางการใช้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อหาหลักกฎหมายมาใช้ในคดีเกี่ยวกับรับขนของทางทะเลนั้น ความเห็นของศาลไทยที่ผ่านมายืนยันออกมาในลักษณะที่ว่าประเทศไทยไม่มีจารีตประเพณีเกี่ยวกับการรับขนของทางทะเล และนำหลักกฎหมายใกล้เคียงมาใช้ แต่ก็มีผู้เห็นว่า การขนส่งสินค้าทางทะเลเป็นเรื่องการติดต่อค้าขายระหว่างประเทศ หากคู่ความนำสืบได้ว่า ศาลองจารีตประเพณีในทางขนส่งสินค้าทางทะเลนั้นเป็นสิ่งที่ยอมรับจนเป็นหลักสากล ศาลไทยก็น่าจะบังคับให้ตามนั้นได้ ดู ปริญญา ตีพิมพ์หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา ที่ 789/2531

** แม้แต่ในประเทศที่กิจการพาณิชย์นาวีเจริญก้าวหน้า ก็ยังคงมีการตั้งข้อสังเกตถึงความรู้ ความเข้าใจของผู้พิพากษาในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ดังเช่น average adjuster ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้แสดงความเห็นไว้ในคำตัดสินของตนว่า

Although the principles of the law of general average were recognized by Mediterranean merchants in the days of Rhodes, they did not come to the attention to our American Courts until the 19 th century. For the last hundred years, however, these principles have been subjected to interpretation and misinterpretation by Judges whose experience in the subject was too often nil or ill. Many cases, though correctly

ส่วนในกรณีตามพระราชบัญญัติการกักเรือฯ และพระราชบัญญัติการจำนองเรือและ
 บุริมสิทธิทางทะเลฯ นั้น การที่ไม่มีข้อตกลงใด ๆ ที่เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้
 ระหว่างคู่กรณี จะทำให้ผลในทางกฎหมายที่อาศัยเหตุจากการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปตาม
 กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวไม่เกิดขึ้น ซึ่งในกรณีนี้จะมีผลเช่นเดียวกับกรณีที่มีการตกลงเกี่ยวกับ
 การเฉลี่ยความเสียหายไว้ กรณีจึงกล่าวได้ว่าการที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมาย
 ว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ในส่วนหนึ่งมีผลทำให้สิทธิหน้าที่ของคู่กรณีตามที่มีการ
 รับรองไว้ในพระราชบัญญัติการกักเรือฯ และพระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทาง
 ทะเลฯ ยังเกิดขึ้นไม่ครบถ้วน โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

ดังนั้น การตรากฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปขึ้นมา นอกจากจะเป็น
 การรับรองวิธีปฏิบัติในทางการค้าให้มีผลในทางกฎหมายอย่างชัดเจนแล้ว ยังทำให้สิทธิหน้าที่
 ตามกฎหมายพาณิชย์นาวิเฉพาะเรื่องทั้ง 3 ฉบับ ในส่วนที่เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป
 เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ตามที่ได้มีการบัญญัติอ้างอิงถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปไว้ดังกล่าว

1.2 กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่เดิมก่อนที่คำว่า “การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป” จะปรากฏในกฎหมายไทย
 เมื่อมีการกระทำเพื่อป้องกันอันตรายที่มีมาร่วมกัน กรณีจึงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมาย
 แพ่งและพาณิชย์เพื่อทราบผลในทางกฎหมาย ทั้งนี้ ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักของการเฉลี่ยความ
 เสียหายทั่วไป ไม่ตรงกับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อมีการ

- decided, contain misleading dicta which taken out of context have given the
 impression that almost any predicament may justify a general average. The result
 has been almost chaotic, especially with respect to the doctrine upon which the
 entire edifice has been erected, namely, peril. (J. Whitney, 1968 A. M. C> 995)

ดู Buglass, Marine Insurance and General Average in the United States, 2nd
 ed., (Maryland : Cornell Maritime Press, 1981) p. 283.

กระทำใด ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายขึ้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาว่า ความเสียหาย หรือค่าใช้จ่ายนั้น ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายอย่างไร ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ ในทางกฎหมายแก่บุคคลอย่างไร

ตัวอย่างของคำพิพากษาที่มีการยกประเด็นเรื่องการทำ ความเสียหายแก่ทรัพย์สินบางส่วนโดยเจตนาเพื่อหลีกเลี่ยงภยันตรายที่มีมาเป็นส่วนรวม เช่น กรณีตามข้อเท็จจริงตาม คำพิพากษาฎีกาที่ 94 / 2530 ระหว่างบริษัทมหานครอินเตอร์เนชั่นแนลเอ็นเตอร์ไพรซ์ จำกัด โจทก์ : บริษัทรวมชัยชิปปิง จำกัด กับพวก จำเลย

โจทก์ฟ้องว่าจำเลยที่ 1 ที่ 2 เป็นนิติบุคคลประกอบกิจการขนส่ง มีจำเลยที่ 3 เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 4 เป็นเจ้าของเรือ ได้ร่วมกันรับขนไม้แปรรูป ที่โจทก์สั่งซื้อจากผู้ขายในประเทศสิงคโปร์ จำเลยส่งไม้ให้โจทก์ขาดไปคิดเป็นเงิน 462,593.26 บาท ขอให้จำเลยที่ร่วมกันชำระค่าเสียหายแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ย

จำเลยทั้งสี่ให้การว่า เรือที่ใช้งานของรายนี้ชื่ออลิสรา 1 ถูกคลื่นซัดกระแทกอย่างแรง จนลำเรือแตกร้าง นายเรือจึงสั่งให้ทิ้งสินค้าของโจทก์ส่วนหนึ่ง ซึ่งอยู่บนปากกระวางเรือราคา ประมาณ 72,000 บาทลงทะเล เพื่อป้องกันมิให้เรือคว่ำ อันเป็นการบำบัดปกป้องภยันตราย ซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉินไม่เกินสมควรแก่เหตุ นายเรือและจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบ ความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งโจทก์ได้รับมอบสินค้าที่เหลือไปแล้วโดยไม่อึดเอื้อน จำเลยจึงพ้น ความรับผิดชอบและฟ้องโจทก์ขาดอายุความขอให้ยกฟ้อง

ศาลชั้นต้นชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นว่าโจทก์ฟ้องเมื่อพ้นกำหนด 1 ปี จึงขาดอายุ ความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 624 โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่า กรณีเป็นการรับขนของทางทะเล ไม่มีกฎหมายบัญญัติอายุความไว้ จึงมีอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164 จะยกอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 624 มาใช้บังคับไม่ได้ พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้ศาลชั้นต้น วินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้ออื่นต่อไป จำเลยทั้งสี่ฎีกา ศาลฎีกาพิพากษายืน

ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่แล้ว พิพากษาให้จำเลยที่ 1 ที่ 3 ร่วมกันรับผิดชอบใช้เงิน 523,926.48 บาท แก่โจทก์ ยกฟ้องสำหรับจำเลยที่ 4

จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 ฎีกาขอแรกว่า ตามสัญญารับขนเอกสารหมาย จ.1 จำเลยที่ 1 เท่านั้นเป็นคู่สัญญากับโจทก์ ส่วนจำเลยที่ 2 ที่ 3 มิได้เป็นคู่สัญญากับโจทก์ด้วย และโจทก์มิได้แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาให้ปรากฏว่าในคำฟ้องว่า จำเลยที่ 2 ที่ 3 ต้องร่วมกันกับจำเลยที่ 1 รับผิดชอบโจทก์อย่างไร จำเลยที่ 2 ที่ 3 จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบโจทก์ด้วยนั้น เห็นว่าโจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบตามสัญญารับขนซึ่งกฎหมายมิได้บังคับให้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาอีกทั้งโจทก์บรรยายฟ้องไว้โดยแจ้งชัดแล้วว่า จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 4 ร่วมกันเป็นผู้รับขนไม้ของโจทก์ และจำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 4 เป็นผู้รับมอบไม้ของโจทก์บรรทุกลงในเรืออลิสรา 1 เป็นผู้ควบคุมตลอดจนบริหารกิจการเรืออลิสรา 1 จำเลยที่ 3 เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 2 ซึ่งต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 2 ด้วย ดังนี้เมื่อจำเลยที่ 2 ที่ 3 ให้การต่อสู้คดีโดยมิได้ปฏิเสธโดยชัดแจ้งว่า จำเลยที่ 2 มิได้ร่วมกับจำเลยที่ 1 ขนไม้ของโจทก์ และจำเลยที่ 3 มิได้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 2 ก็ต้องฟังว่าจำเลยที่ 2 ร่วมเป็นผู้ขนไม้ของโจทก์ และจำเลยที่ 3 เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 2 ตามที่โจทก์ฟ้อง เมื่อพยานหลักฐานที่โจทก์และจำเลยนำสืบฟังได้ว่า จำเลยที่ 1 ที่ 3 ซึ่งเป็นผู้ขนไม้ของโจทก์ทำไม้สูญหายไป จำเลยที่ 1 ที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบโจทก์และจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 2 ต้องร่วมรับผิดชอบโจทก์ด้วย ฎีกาขอต่อมา จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 ฎีกาว่า โจทก์รับไม้ที่จำเลยรับขนไปรวม 459 มัด ครบถ้วนจำนวนตามใบตราส่งสินค้าแล้ว ไม้ที่นายเรือสั่งให้ทิ้งทะเลไปเพื่อป้องกันเรือจม จำนวน 21-22 มัด หรือ 88 แผ่น ราคาประมาณ 70,000 บาท เป็นไม้ที่ผู้ขายส่งมอบเกินจำนวนมา หากโจทก์จะได้รับความเสียหายก็เพียงไม้ที่ทิ้งทะเลไป จำนวน 21 มัด เป็นเงิน 70,000 บาทนั้น เห็นว่าตามคำให้การของจำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 รับว่า นายเรือของจำเลยที่ 2 สั่งให้ลูกเรือทิ้งไม้ของโจทก์ลงทะเลไปจำนวน 21 มัด หรือ 1,137 แผ่น คิดเป็นเงินประมาณ 72,000 บาท คงเหลือไม้ที่มอบให้โจทก์จำนวน 438 มัด หรือ 27,545 แผ่น ทั้งมิได้ให้การว่าไม้ที่นายเรือสั่งให้ทิ้งทะเลเป็นไม้ที่ผู้ขายส่งมอบเกินจำนวนมา ดังนี้ที่จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 ฎีกาว่าได้มอบไม้ให้โจทก์รับไปครบถ้วนเต็มตามจำนวน

459 มัดแล้ว จึงเป็นฎีกานอกเหนือไปจากที่จำเลยให้การไว้รับฟังไม่ได้ ส่วนปัญหาว่าไม่ของโจทก์ที่นายเรือของจำเลยที่ 2 สั่งให้ทิ้งทะเลไปเป็นจำนวนเท่าใดนั้น ... เชื่อได้ว่า ไม่ขาดจำนวนที่โจทก์นำสืบซึ่งศาลล่างทั้งสองคำนวณราคาเป็นเงิน 454,096 บาท 98 สตางค์ ตรงกันกับจำนวนที่โจทก์มีหนังสือทวงถามไปยังจำเลยที่ 1 ตามเอกสารหมายเลข 5 ดังนี้ จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 จึงต้องชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์เป็นเงิน 454,096 บาท 98 สตางค์ พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีในต้นเงินดังกล่าว ส่วนค่าภาษีศุลกากรที่โจทก์ชำระแก่กรมศุลกากรเกินจำนวนไม่ไปเป็นเงิน 36,126 บาท 63 สตางค์ ซึ่งศาลล่างทั้งสองให้จำเลยชดเชยแก่โจทก์ด้วยนั้น เป็นจำนวนเงินที่โจทก์มิได้ขอให้จำเลยชดเชย จึงบังคับให้จำเลยชดเชยไม่ได้

พิพากษาแก่เป็นว่า ให้จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 ร่วมกันชดเชยค่าเสียหาย จำนวน 454,096 บาท 98 สตางค์ พร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีในต้นเงินดังกล่าวนับถึงวันฟ้องเป็นเวลา 11 เดือน และนับตั้งแต่วันถัดจากวันฟ้องเป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเงินจำนวนดังกล่าวเสร็จสิ้นแก่โจทก์ด้วย นอกจากนี้แก้ไขเป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

ตามคำพิพากษาข้างต้นมีการอ้างถึงข้อเท็จจริงที่ว่า มีการทิ้งสินค้าลงทะเลบางส่วน ในขณะที่เรือที่ขนส่งสินค้าถูกคลื่นซัดอย่างแรงจนลำเรือแตกร้าง โดยนายเรือได้สั่งให้ทิ้งสินค้าเพื่อป้องกันมิให้เรือคว่ำ และฝ่ายจำเลยซึ่งรับขนส่งสินค้าแก่โจทก์อ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการบำบัดป้องกันอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉินไม่เกินสมควรแก่เหตุ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายของสินค้าดังกล่าว

ข้ออ้างของจำเลยทั้งสี่เป็นการอ้างว่าการทิ้งสินค้าลงทะเลดังกล่าว เป็นกรณีที่ได้รับนิรโทษกรรม ตามวรรคแรกแห่งมาตรา 450 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵¹ อย่างไรก็ตาม โจทก์ในคดีนี้ฟ้องให้จำเลยร่วมกันรับผิดชอบตามสัญญาขนส่ง เพราะสินค้าคือไม้แปรรูปที่ส่งมอบนั้น

⁵¹ มาตรา 450 ถ้าบุคคลทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สิ่งหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัด ป้องกันอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ท่านว่าไม่จำเป็นต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หากความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุอันตราย

ขาดจำนวนไปซึ่งปรากฏว่าศาลยกฟ้องเฉพาะจำเลยที่ 4 ซึ่งเป็นเจ้าของเรือแต่ไม่ปรากฏว่าศาลให้เหตุผลว่าอย่างไร แต่น่าจะเข้าใจได้ว่าจำเลยที่ 4 ซึ่งเป็นผู้ควบคุมการเดินเรือและเป็นผู้สั่งให้ทิ้งสินค้านั้นได้รับนิรโทษกรรมตามกฎหมายดังกล่าว และการนิรโทษกรรมก็มีผลเฉพาะตัวผู้กระทำเท่านั้น จำเลยที่ 1-3 จึงไม่ได้รับผลจากเหตุดังกล่าวด้วยและยังคงต้องรับผิดชอบตามสัญญาฉบับต่อไปอีก ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดในเรื่องเหตุสุดวิสัยสภาพแห่งของ หรือความเสียหายที่โจทก์ฟ้องนั้น เกิดจากความผิดของผู้ส่งหรือผู้รับตราส่ง

กรณีตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาดังกล่าว มิใช่เป็นเรื่องที่ไม่มีกฎหมายใช้บังคับกับกรณีของการทิ้งสินค้าเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มีมารวมกัน เพราะมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิรโทษกรรมกล่าวไว้เช่นกัน ดังนั้นประเด็นที่ว่า การทิ้งสินค้าลงจากเรือในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั่วไปจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ เพราะในขณะนั้น บทบัญญัติตามกฎหมายไทยยังไม่มีกรกล่าวถึงการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในฐานะที่เป็นข้อกฎหมายใดๆ ที่จะให้อำนาจแก่ศาลหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นได้ ปัญหาในลักษณะเดียวกันนี้อาจเทียบเคียงได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 609 ที่กล่าวว่า “รับขนของทางทะเล ท่านให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น” และมาตรา 868 ที่กล่าวว่า “อันสัญญาประกันภัยทะเล ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล” ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังกล่าวเป็นการยืนยันว่า “รับขนของทางทะเล” และ “สัญญาประกันภัยทะเล” ต้องบังคับตามกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งนอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายลักษณะดังกล่าว แต่เมื่อมีการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงว่าเป็นเรื่องดังกล่าวก็จะเป็นประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณาดัดสิน ส่วนว่าจะนำหลักกฎหมายใดมาใช้ในการตัดสินคดีนั้นเป็นอีกขั้นตอนหนึ่ง ในกรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายไทยได้รับรองไว้เป็นการชัดเจนแล้วว่าเป็นมูลหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนึ่ง และถึงแม้ว่าจะยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดรายละเอียดของมูลหนี้ดังกล่าว แต่คู่กรณีก็สามารถอ้างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ว่า เป็นเรื่องตามมูลหนี้การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป และเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องหาบทกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริง ซึ่งเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดแจ้งศาลก็สามารถใช้ช่องทางตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ โดยจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

2. การใช้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 4 บัญญัติว่า

กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการปรับใช้กฎหมายในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าไว้อย่างชัดแจ้งนั้น ต้องกระทำตามลำดับคือ

- (1) การใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น
- (2) ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ให้พิจารณาโดยอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
- (3) ถ้าไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป

การแก้ปัญหากรณีของนิติสัมพันธ์ทางด้านพาณิชย์นาวี โดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 4 นั้น นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นตรงกัน⁵² เพราะแต่เดิมประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับกิจการด้านพาณิชย์นาวีอย่างชัดแจ้ง กรณีเป็นเพียงแต่การรับรองไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าเป็นกรณีที่ต้องบังคับตามกฎหมายอีกลักษณะหนึ่ง แต่เมื่อกฎหมายดังกล่าวไม่มี จึงต้องแก้ปัญหาโดยอาศัยมาตรา 4 ดังกล่าว

ข้อเท็จจริงที่เกิดเป็นปัญหาขึ้น มักเป็นเรื่องการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ และการประกันภัยทางทะเล ซึ่งในการปรับใช้มาตรา 4 ดังกล่าวมีความเห็นแตกต่างออกไปเป็น

⁵² เกริก วณิกกุล, “กฎหมายไทยที่ใช้บังคับกับคดีรับขนของทางทะเล” *จุลพาท*

4 แนวทางสรุปได้คือ⁵³

(1) เห็นว่าควรใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ความเห็นนี้เห็นว่าการขนส่งสินค้าทางทะเลระหว่างประเทศของไทยนั้น มีมาเป็นเวลานานแล้วนับย้อนได้จนถึงสมัยสุโขทัย ข้อกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ผู้ขนส่งมักเป็นผู้กำหนดขึ้นโดยอ้างว่าเป็นหลักเกณฑ์สากลที่ใช้กันทั่วไปในทางการค้าและการขนส่งทางทะเล และแม้ฝ่ายผู้ส่งสินค้าจะรู้สึกว่ามีกรณีของตนเสียเปรียบเช่นในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดต่าง ๆ แต่ก็ยังยอมรับสิทธิหน้าที่ความรับผิดของผู้ขนส่งและผู้ส่งสินค้าว่ามีอยู่เช่นนั้น และผู้ที่เกี่ยวข้องก็ยอมรับรู้และปฏิบัติตามเรื่อยมานับตั้งแต่ปลายสมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ การยอมรับรู้และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวติดต่อกันมาเป็นเวลานาน ย่อมถือได้ว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีสภาพเป็นกฎหมายคือ “กฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ซึ่งไม่จำเป็นต้องนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่โดยตรงของผู้ใช้กฎหมายที่จะต้องนำเอากฎหมายนี้มาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการรับขนของทางทะเล เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

(2) เห็นว่าควรใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

แนวความคิดเห็นนี้เป็นแนวทางที่ศาลไทยในช่วง 20 ปีหลังนี้ ได้ยึดถือในการนำเอากฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งได้แก่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เป็นหลักทั่วไปในบรรพหนึ่ง และรับขนของตามมาตรา 610 ถึง 133 ในเอกเทศสัญญาบรรพ 3 ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1583/2511, 1295/2516, 1123/2519, 447/2521, 585/2521, 848/2521, 19884/2522, 731-732/2523, 2939/2525, 1511/2526, 1980/2527, 3844/2528, เป็นต้น

(3) เห็นว่าควรใช้หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งได้แก่กฎหมายอังกฤษ

เป็นความเห็นที่ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 999/2496 และ 7350/2537 ตัดสินไว้ในกรณีของการ ประกันภัยทางทะเลว่า สัญญาประกันภัยทางทะเลให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล และเมื่อกฎหมายทะเลของประเทศไทยยังไม่มีเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งจารีตประเพณีก็ไม่ปรากฏ จึงต้องวินิจฉัยคดีเรื่องประกันภัยทางทะเลไปตามหลักกฎหมายทั่วไป โดยเทียบเคียงกับกฎหมายอังกฤษในเรื่องนี้

⁵³ Ibid., : 24 - 26.

(4) เห็นว่าควรใช้หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งหมายถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายไทยเท่านั้น

แม้ความเห็นนี้จะเห็นว่า ควรนำหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 มาใช้ก็ตาม แต่ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในที่นี้ควรหมายถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายไทยเท่านั้น ไม่ควรนำเอากฎหมายอังกฤษมาใช้บังคับ และควรนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 มาพิจารณาประกอบ กล่าวคือ ประการแรก ต้องดูว่าคู่กรณีเจตนาให้ใช้กฎหมายอะไรบังคับแก่สัญญา ไม่ว่าเจตนา นั้น จะปรากฏโดยชัดแจ้งหรือปริยาย ประการที่สอง หากไม่อาจหยั่งทราบเจตนาของคู่กรณีได้ ก็ให้ใช้กฎหมายสัญชาติอันรวมกันแห่งคู่สัญญา ประการที่สาม ถ้าคู่กรณีมิได้มีสัญชาติอันเดียวกัน ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นทำขึ้น และประการสุดท้าย ถ้าไม่อาจทราบถิ่นที่ทำสัญญาได้ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

ในการพิจารณาว่าควรใช้ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อแก้ไขปัญหาที่ประเทศไทย ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอย่างชัดแจ้งนั้น เห็นว่าประเด็นสำคัญของการพิจารณาคอร์จะอยู่ที่สาระสำคัญและการมีอยู่ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในกิจการพาณิชย์ของไทยว่ามีอยู่มากน้อยเพียงใด ส่วนความเห็นหรือแนวทางในการปรับใช้มาตรา 4 ดังกล่าวนั้นเห็นว่าไม่ควรจะเป็นประเด็นหลักเพราะความเห็นในทางกฎหมายอาจแตกต่างและเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งนี้ สิ่งที่ใช้กฎหมายควรจะต้องคำนึงถึง คือ ปัญหาที่ว่า จะสามารถรับรองให้สิทธิหน้าที่ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปสามารถมีผลตามกฎหมายไทยโดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 4 ดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งเหตุผลที่จะนำมาอ้างสนับสนุน

* ผู้ที่มีหน้าที่โดยตรงในการหากฎหมายมาใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีนี้ก็คือศาล ซึ่งจะ ต้องคำนึงด้วยว่ากรณีที่น่ามากล่าวกันนี้เป็นเรื่องของการดำเนินธุรกิจระหว่างภาคเอกชนที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การชี้ผิดถูกทางกฎหมายเป็นหลัก ความเห็นในทำนองนี้อาจพิจารณาจากสิ่งที่ผู้พิพากษา Devlin ของอังกฤษได้กล่าวไว้ในคดี The Adamastos (1957) ว่า “This Court does not exist for the purpose of correcting the exercise of commercial men, but for the purpose of giving effect to their intentions where it can penetrate to them through the often very dubious forms of words which they use.”

ก็คือสิ่งที่เป็นสาระสำคัญและความมีอยู่ของหลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในบริบทของกิจการพาณิชย์นาวี ทั้งในภาพระหว่างประเทศโดยรวม และในมุมมองภายในประเทศไทยเอง โดยสามารถสรุปได้จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ผ่านมาคือ

(1) พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป

การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปก่อตัวขึ้นมาจากจารีตประเพณีในทางการค้าที่ปฏิบัติยึดถือกันมาตั้งแต่สมัยโบราณที่มีการติดต่อค้าขายกันทางเรือ โดยที่หลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น เป็นวิธีการอย่างหนึ่งในจำนวนหลายวิธีที่ผู้ที่ค้าขายทางเรื่อนำมาใช้เพื่อให้การประกอบธุรกิจสามารถดำเนินไปได้ในภาวะที่ต้องนำชีวิตและทรัพย์สินเข้าไปเสี่ยงกับภัยอันตรายในท้องทะเล แม้อุทสาหการการค้าขายและเทคโนโลยีการขนส่งจะได้พัฒนามาอย่างรวดเร็ว ทำให้วิธีการบางอย่างที่ไม่สอดคล้องกับยุคสมัยถูกละทิ้งไป แต่หลักการของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปยังคงได้รับการยอมรับอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา เพราะยังคงเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นต่อผู้เกี่ยวข้อง

การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่ดำรงอยู่ในรูปแบบของจารีตประเพณีของพ่อค้า ได้รับการยอมรับและบังคับเป็นกฎหมายอย่างชัดเจนในสมัยอาณาจักรโรมันดังที่ปรากฏอยู่ใน Digest of Justinian, Book 14 title 2 หลักกฎหมายดังกล่าวได้วิวัฒนาการเรื่อยมาโดยไม่ขาดสาย ซึ่งจากการที่อิทธิพลของกฎหมายโรมันมีบทบาทสำคัญต่อระบบกฎหมายของนานาประเทศ ทำให้ประเทศต่าง ๆ ที่มีบทบาทด้านพาณิชย์นาวี ยอมรับหลักกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปสืบทอดต่อมาด้วย โดยประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรล้วนแต่บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป โดยอาศัยแนวความคิดดั้งเดิมที่ปรากฏอยู่ในสมัยโบราณ ส่วนประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีก็ใช้วิธีผนวกเอาหลักกฎหมายและจารีตประเพณีในทางการค้าเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเข้าเป็นกฎหมายภายในของตน ทั้งนี้ กล่าวได้ว่า แนวความคิดพื้นฐานของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้นมีความสอดคล้องกัน เพราะสืบเนื่องมาจากแหล่งเดียวกัน

การที่สังคมการค้าระหว่างประเทศยอมรับ YAR ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอย่างกว้างขวางโดยอาศัยการแสดงเจตนาผูกพันต่อกันนั้น กรณีนี้อาจมองได้ว่าเป็นความเข้มแข็งของ

จารีตประเพณีในทางการค้า * เพราะแต่เดิม YAR ถูกยกวางขึ้นมาโดยตามมุ่งหมายที่จะให้เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประมวลหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอย่างสมบูรณ์ แต่ในที่สุด YAR ก็ไม่ได้มีอำนาจทางกฎหมายโดยตัวเองแต่ YAR กลับได้รับการยอมรับและอ้างอิงถึงอย่างกว้างขวาง มีลักษณะเป็นกฎหมายของพ่อค้า (Lex mercatoria)⁵⁴

(2) ความสำคัญของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในระบบการพาณิชย์นาวีปัจจุบัน

การเดินทางเรือเพื่อรับขนของระหว่างประเทศ มีบทบาทสำคัญในกิจการพาณิชย์นาวีมานับแต่สมัยโบราณ การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ทำหน้าที่ของการเป็นหลักประกันในการทำธุรกิจแก่นักเดินเรือ (seafarers) ให้สามารถดำเนินไปได้ท่ามกลางภัยอันตรายนานับประการที่ต้องเผชิญในท้องทะเลระหว่างการเดินทาง และถึงแม้ว่าการเดินเรือในปัจจุบันจะมีความปลอดภัยมากขึ้นด้วยอำนาจแห่งเทคโนโลยีสมัยใหม่ แต่สิ่งหนึ่งที่ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงนับแต่อดีตจนกระทั่งปัจจุบัน และเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายพาณิชย์นาวีก็คือ ลักษณะของการที่ต้องตกอยู่ในภาวะอันตรายร่วมกัน (community of danger) ซึ่งเกิดขึ้นแก่เรือที่บรรทุกสินค้า โดยที่สินค้าไม่ได้เป็นของเจ้าของเรือ สถานการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นได้เสมอในการรับขนของทางทะเลและไม่ได้เกิดขึ้นบ่อยครั้งในการรับขนของทางรถยนต์หรือรถไฟ ซึ่งอันตรายที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปมักจะคุกคาม

* โดยทั่วไปในการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านพาณิชย์นาวีกระบวนการของอนุญาโตตุลาการ จะมีบทบาทสำคัญยิ่งกว่ากระบวนการยุติธรรมในทางศาล ซึ่งหลักเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการทำคำชี้ขาดก็คือสิ่งที่ประเพณีปฏิบัติกันอยู่ในวงการค้า และแม้จะเป็นเรื่องของภาคเอกชน แต่ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ยอมรับสิ่งที่คนทั่วไปประเพณีปฏิบัติกัน การฝ่าฝืนดังกล่าวสามารถบังคับกันได้โดยการลงโทษในโลกของการค้า ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามจะถูกลงโทษโดยกลุ่มของพ่อค้าด้วยกันเอง เช่น การรวมหัวไม่ติดต่อค้าขายด้วย การประณาม เป็นต้น ดังนั้นความสัมพันธ์ในทางธุรกิจจึงสามารถบังคับกันได้จริง

⁵⁴ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา - สายสุนทร, “ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ” วารสารนิติศาสตร์ 25 (กันยายน 2538) : 547-563. กฎหมายของพ่อค้าจะมีผลบังคับตราบเท่าที่การยอมรับร่วมกัน แต่เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล ศาลอาจจะไม่ยอมรับรู้ และใช้บทกฎหมายของรัฐในการตัดสินคดีก็ได้

เฉพาะของ (goods) หรือกระบวนการของการขนส่ง (means of transport)⁵⁵ ส่วนการรับขนของทางอากาศนั้น แม้สถานการณ์มีความคล้ายคลึงกับการรับขนของทางทะเลมาก แต่กฎหมายอากาศ (air law) นั้น ไม่ได้พัฒนาขึ้นมาโดยอิงอยู่กับระบบการร่วมมือช่วยเหลือกัน (system of contribution) เหมือนกับกฎหมายพาณิชย์นาวี⁵⁶

จากสถานการณ์ที่เรือและทรัพย์สินบนเรือต้องตกอยู่ในภยันตรายร่วมกัน ยังคงดำเนินอยู่ต่อไปในการรับขนของทางทะเล ทำให้หลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปยังคงได้รับการถือปฏิบัติต่อเนื่องมานับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพราะหลักการดังกล่าววางอยู่บนความเป็นธรรมชาติที่ผู้คนสามารถเข้าใจได้โดยไม่ยุ่งยากว่า การที่ต้องเสียสละทรัพย์สินไปบางส่วนในขณะที่มีภยันตรายร่วมกันเพื่อให้ทรัพย์สินอื่นปลอดภัยนั้น ทรัพย์สินที่รอดปลอดภัยมาได้ต้องร่วมกันชดเชยตามส่วนของตน แก่ทรัพย์สินที่ต้องเสียสละไป หลักการดังกล่าวเป็นแนวความคิดดั้งเดิมในเรื่องความปลอดภัยร่วมกัน (common safety) ที่ปรากฏอย่างชัดเจนนับแต่สมัยโบราณ ซึ่งกล่าวถึงไว้ในกรณีของการทิ้งสินค้าลงจากเรือ (jettison) นอกจากนี้อาจจะมองได้ในอีกแง่หนึ่งว่า แนวความคิดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีลักษณะของการช่วยเหลือกันอยู่ด้วย ซึ่งก็เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้แนวความคิดดังกล่าวยังคงมีความจำเป็นในการรับขนของทางทะเล

ส่วนการที่มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่เหมาะสม ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในระบบการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันนั้น ความเห็นของผู้เกี่ยวข้องส่วนใหญ่ยังคงเห็นความจำเป็นของระบบการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่สิ่งที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากก็คือปัญหาเรื่องความล่าช้าและค่าใช้จ่ายในการจัดการที่เพิ่มสูงขึ้น เพราะการขนส่งทางเรือมีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าเดิม นอกจากนี้สิ่งที่เป็นหลักการดั้งเดิมของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปซึ่งอิงอยู่กับแนวความคิดในเรื่องความปลอดภัยร่วมกัน (common safety) นั้น ไม่ได้ถูกตำหนิแต่อย่างใด ส่วนที่ถูกตั้งข้อสังเกตคือ ความเสียหายทั่วไปที่เพิ่มเติมเข้ามาในระยะหลังโดยอาศัยแนวความคิดในเรื่องประโยชน์ร่วมกัน (common benefit) ซึ่งได้แก่กรณีต่างๆ ของค่าใช้จ่าย ณ เมืองท่าหลบภัย

⁵⁵ Selmer, The Survival of General Average : A Necessity or an Anachronism?,

(Oslo : Oslo University Press, 1958), p 126.

⁵⁶ Ibid.

ทั้งนี้เพราะในการรับขนของทางทะเล ผู้ขนส่งคือเจ้าของเรือ มีหน้าที่ตามที่ตกลงกันที่จะต้องนำของจากที่หนึ่งไปส่งมอบยังอีกที่หนึ่งที่กำหนดไว้ โดยรับเงินค่าระวางบรรทุกเป็นการตอบแทน ดังนั้น จึงมองได้ว่า ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในระหว่างการเดินทางย่อมต้องตกเป็นภาระแก่เจ้าของเรือ หรือผู้ขนส่งเพราะเป็นเรื่องของขั้นตอนการปฏิบัติการตามหน้าที่ที่ตนมีอยู่ นอกจากนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของประเทศต่างๆ จะมีรายละเอียดแตกต่างกันในกรณีของแนวความคิดตามหลักประโยชน์ร่วมกัน (common benefit) แต่ก็ไม่ส่งผลในทางปฏิบัติมากนักเพราะมีการอ้าง YAR มาปรับใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอย่างกว้างขวาง

กล่าวโดยสรุป การเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของหลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในระบบของการรับขนของทางทะเลนั้น มีเหตุผลมาจากความจำเป็นที่ต้องการทำให้การทำธุรกิจเดินเรือเพื่อรับขนของมีระบบที่สร้างความมั่นใจแก่เจ้าของเรือหรือผู้ขนส่งว่าจะสามารถดำเนินธุรกิจ ซึ่งต้องเสี่ยงอยู่กับภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้เสมอในท้องทะเล ความจำเป็นและความเหมาะสมของระบบการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ถูกตรวจสอบและวิพากษ์วิจารณ์มากขึ้น ในสภาพที่การค้าระหว่างประเทศมีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าที่เคยเป็นอยู่ในอดีต ซึ่งทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องต่างก็เห็นตรงกันว่า ระบบการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปยังคงจำเป็นอยู่ในการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศในปัจจุบัน⁵⁷ ปัญหาที่เกิดขึ้นและถูกวิพากษ์วิจารณ์นั้น เป็นปัญหาในเรื่องการจัดการในรายละเอียดของการเฉลี่ยความเสียหายไม่ใช่ปัญหาในด้านแนวความคิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนของความเสียหายทั่วไปที่อิงอยู่กับแนวคิดเรื่องความปลอดภัยร่วมกัน (common safety) ทั้งนี้เมื่อเรือและทรัพย์สินบนเรือต้องตกอยู่ในภัยอันตราย ย่อมเป็นสิ่งที่สามารถคาดเห็นได้โดยเหตุผล

⁵⁷ The UNCTAD Secretariat, *General Average - A preliminary review* : p. 48 .

แม้จะมีความเห็นของการที่จะให้ยกเลิกหรือปรับปรุงระบบของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่ความเห็นดังกล่าวอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า ทรัพย์สินที่ต้องเกี่ยวกับภัยอันตรายในท้องทะเลนั้น ได้รับความคุ้มครองจากการที่ได้ประกันภัยไว้ โดยให้ผู้รับประกันภัยเข้ามารับประกันแทนโดยการเปลี่ยนแปลงระบบการ ประกันภัยทางทะเลเสียใหม่ แต่สถานการณ์ล่าสุดในปัจจุบันนี้ ความร่วมมือกันระหว่าง UNCTAD และภาคเอกชนคือ CMI เพื่อพิจารณาเกี่ยวกับระบบ และความเหมาะสมของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในภาวะของการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน กลับนำไปสู่การแก้ไข YAR ซึ่งมีกร ขยายขอบเขตของสิ่งที่เป็นความเสียหายทั่วไปออกไปอีก

ของเรื่องว่าจะต้องมีการกระทำใด ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากภยันตรายดังกล่าว การกระทำดังกล่าว ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจะมีกฎหมายรองรับไว้หรือไม่ แต่การที่มีกฎหมายหรือแนวความคิดในเรื่องการหลีกเลี่ยงความเสียหายทั่วไปรองรับวิธีปฏิบัติดังกล่าวไว้ ย่อมทำให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องทราบถึงสิทธิหน้าที่ของตนได้อย่างชัดเจน อันจะช่วยลดปัญหาการฟ้องร้องกันโดยไม่จำเป็นได้อีกด้วย และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

(3) การหลีกเลี่ยงความเสียหายทั่วไปในธุรกิจพาณิชย์ของไทย

(ก) การรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ

การที่อาณาเขตทางทะเลติดต่อกันเป็นผืนเดียวกันทั่วโลกและเรือเพื่อการพาณิชย์สามารถแล่นเข้าออกเมืองท่าต่างๆ เพื่อประกอบธุรกิจขนส่งได้อย่างเสรีดังเช่นที่เคยเป็นมาแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทำให้กฎระเบียบต่างๆ ที่ใช้ในการเดินเรือและการรับขนของทางทะเลต้องการความเป็นเอกภาพในระดับสูง ซึ่งในทางปฏิบัติชาวเรือทั่วโลกต่างก็มีความเข้าใจกฎระเบียบต่างๆ ในทำนองเดียวกัน ในกรณีของประเทศไทย แม้จะเพิ่งมีการบัญญัติกฎหมายพาณิชย์ขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อไม่นานมานี้เอง แต่ในทางปฏิบัติผู้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการเดินเรือล้วนรับรู้ถึงกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติต่างๆ ในการรับขนของทางทะเลมานานแล้ว เพราะการที่ต้องเดินเรือไปยังต่างประเทศ ย่อมมีโอกาสที่จะถูกฟ้องร้องในศาลต่างประเทศได้ กล่าวโดยเฉพาะ

* โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ที่อิงอยู่กับกฎหมายของอังกฤษ (เช่น สิงคโปร์, มาเลเซีย, ฮองกง) ซึ่งศาลมีดุลยพินิจอย่างมากที่จะพิจารณาคดีพาณิชย์นาวีที่แม้จะไม่มีจุดเกาะเกี่ยวใดกับสถานที่ฟ้องคดีเพียงแต่ต้องมีเรืออยู่ในเขตอำนาจศาล โดยเรื่องดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการเลือกศาลที่จะฟ้องคดี (Forum shopping) โดย Lord Denning ผู้พิพากษาที่มีชื่อเสียงของอังกฤษได้กล่าวไว้ในคดี *The Atlantic Star* (1973) ว่า "You may call this "forum shopping" if you please, but if the forum is England, it is a good place to shop in, both for the quality of the goods and the speed of the service" อย่างไรก็ตามแนวความคิดดังกล่าวถูกจำกัดด้วยแนวความคิดเรื่อง "forum non convenient" กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาคดีต่อเมื่อศาลอื่นไม่สามารถอำนวยความสะดวกได้ดีกว่า เนื่องจากมีข้อจำกัดในการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณา ดู N. J. J. Gaskell, C. Debattista and R. J. Swatton, *Chorley and Giles' Shipping Law* 8 ed., th (London : Pitman Publishing, 1987), p. 11 - 12.

ในกรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แม้ประเทศไทยจะยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แต่ในทางปฏิบัติคนไทยด้วยกันสามารถบังคับชำระหนี้ในเรื่องดังกล่าวได้ โดยกระบวนการขอให้ศาลต่างประเทศกักเรือและดำเนินคดีเพื่อบังคับชำระหนี้ต่อไปได้ ซึ่งในปัจจุบันก็มีเรือไทยที่ถูกกักไว้ ณ ต่างประเทศอยู่เป็นประจำ อันเป็นวิถีทางตามปกติธรรมดาของการประกอบธุรกิจพาณิชย์นาวี

กรณีจึงเห็นได้ว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่มีอยู่ในการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศของไทย นั้น เป็นสิ่งที่มีอยู่และได้รับการยอมรับจากผู้ที่เกี่ยวข้องว่า เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันและมีมาตรการที่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิหน้าที่ได้ ทั้งที่เป็นกระบวนการของการบังคับชำระหนี้โดยอาศัยอำนาจของศาลต่างประเทศผ่านกลไกการกักเรือ หรือ โดยการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการซึ่งมีบทบาทสำคัญยิ่งในธุรกิจพาณิชย์นาวี

(ข) การประกันภัยทางทะเล

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่า กระบวนการของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป นั้น ตกอยู่ภายใต้การดำเนินการของผู้รับประกันภัยทางทะเลแทบจะสิ้นเชิงเพราะกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยทางทะเล กำหนดให้ผู้รับประกันมีหน้าที่ต้องชดใช้กรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปด้วย นอกจากนี้ยังปรากฏอยู่ในรูปของข้อคุ้มครองมาตรฐานในกรมธรรม์ประกันภัยที่ใช้อยู่ในตลาดประกันภัยระหว่างประเทศโดยทั่วไปด้วย ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหายทั่วไปขึ้น ผู้รับประกันภัยทรัพย์สินของแต่ละฝ่าย ก็จะเข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการที่ต้องมีการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปซึ่งโดยทั่วไปแล้วก็มักจะสามารถหาข้อยุติและยอมรับกันได้

การประกันภัยทางทะเลของประเทศไทยนั้น ได้อาศัยข้อคุ้มครองมาตรฐานที่ใช้กันอยู่ทั่วไปตามที่ใช้กันในตลาดประกันภัยของอังกฤษ ซึ่งข้อคุ้มครองดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุญาตจากกรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์เสียก่อน จึงจะนำมาใช้ในประเทศไทยได้ ซึ่งทำให้เห็นว่าแม้ตามกฎหมายไทย จะยังไม่มีข้อความชัดเจนในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาประกันภัยทางทะเลเพราะยังต้องขึ้นอยู่กับการตีความของศาลอยู่เป็นอันมาก แต่การที่ทางราชการอนุญาตให้นำกรมธรรม์ประกันภัยที่นำเอาข้อคุ้มครองมาตรฐานตามแบบของอังกฤษมาใช้ได้ ซึ่งรวมเอาข้อตกลงในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอยู่ด้วยนั้น กรณีย่อมเห็นได้ว่าข้อตกลงในกรมธรรม์ประกันภัยดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และไม่เป็นการที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้รับประกันภัยและผู้เอาประกันภัย กรณีเป็นการยอมรับถึงความมีอยู่และสิทธิหน้าที่ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไประหว่างทรัพย์สินต่างๆ ที่ต้องเสี่ยงอยู่กับภัยอันตรายที่ได้เอาประกันภัยทางทะเลไว้ด้วยกัน

ในความเป็นจริงกล่าวได้ว่า การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินธุรกิจพาณิชย์นาวีในประเทศไทยอย่างแน่นอน ไม่ว่ากฎหมายจะรับรองผลในทางกฎหมายไว้ในลักษณะใด โดยอาจพิจารณาได้จากการที่ธุรกิจการประกันภัยทางทะเลในประเทศไทยยังไม่สามารถรับความเสี่ยงไว้เองได้ทั้งหมด แต่ต้องมีการทำการประกันภัยต่อกับตลาดประกันภัยระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นในทางปฏิบัติการประกันภัยทางทะเลของประเทศไทยจึงต้องดำเนินการตามมาตรฐานที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในตลาดประกันภัยระหว่างประเทศ ซึ่งรวมทั้งในส่วนของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่อยู่ภายใต้การดำเนินการของผู้รับประกันภัยด้วย เพราะเป็นวิถีทางการประกอบธุรกิจที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ส่วนปัญหาความไม่แน่นอนในผลที่จะบังคับกันตามกฎหมาย นั้น เป็นเพียงอุปสรรคอย่างหนึ่งในการประกอบธุรกิจพาณิชย์นาวีในประเทศไทย

กล่าวโดยสรุป การเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในธุรกิจพาณิชย์นาวีของไทย เป็นสิ่งที่มีอยู่และได้รับการยอมรับจากผู้ที่เกี่ยวข้องเพราะลักษณะของการประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรับขนของทางทะเลและการประกันภัยทางทะเลซึ่งเกี่ยวข้องอยู่กับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป นั้น ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเดียวกันทั่วโลก และโดยวิถีทางของการประกอบธุรกิจที่ไม่อาจจำกัดอยู่แต่เฉพาะภายในประเทศ ทำให้ผู้ประกอบการในประเทศไทยหลีกเลี่ยงไม่ได้ ที่จะต้องยอมรับรู้ถึงความมีอยู่ของสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป แม้ว่าสิทธิหน้าที่ดังกล่าวตามกฎหมายไทยจะยังไม่ชัดเจนนัก

ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนของกฎหมายที่ว่านั้น ค่อนข้างที่จะเป็นปัญหาของผู้ที่ใช้กฎหมายโดยตรงมากกว่าจะเป็นปัญหาของผู้ที่ประกอบธุรกิจ ซึ่งก็ได้กล่าวมาแล้วว่า ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเข้าใจและยอมรับหลักเกณฑ์ในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปซึ่งอยู่ในวิถีทางโดยปกติของกิจการพาณิชย์นาวีอยู่แล้ว แต่ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนของกฎหมายจะปรากฏขึ้นเมื่อศาล

* จะพบว่าเอกสารเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการประกันภัยทางทะเลของสมาคมประกัน

วินาศภัยที่เผยแพร่ต่อประชาชนโดยทั่วไปและในบรรดาบริษัทประกันภัยที่เป็นสมาชิกนั้น อธิบายความรู้และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการประกันภัยทางทะเลตามบทบัญญัติของ Marine Insurance Act 1906 และแนวปฏิบัติตามกรรมธรรม์ประกันภัยของอังกฤษ ซึ่งได้รับการยอมรับแพร่หลายทั่วโลก

ต้องหาหลักกฎหมายมาใช้บังคับกับข้อพิพาททางด้านพาณิชย์ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปถึงการแก้ปัญหาโดยการอุดช่องว่างของการที่กฎหมายไม่ชัดเจนตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยคำนึงถึงควมมีอยู่และความสำคัญของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ที่มีอยู่ในกิจการพาณิชย์ดังที่กล่าวมาข้างต้น

2.1 จารีตประเพณี

ขอบเขตความหมายของจารีตประเพณีมีอยู่อย่างไหนั้น กฎหมายไทยไม่ได้กล่าวไว้ในรายละเอียด แต่ก็สามารถพิจารณาได้จากคำอธิบายในทางตำราและแนวคำพิพากษาของศาล โดยจะนำมากล่าวโดยสังเขป เพื่อใช้ในการพิจารณาถึงลักษณะของความเป็นจารีตประเพณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปในการรับขนของทางทะเล

พระยาเทพวิฑูร เห็นว่า จารีตประเพณีนั้น หมายถึงระเบียบแบบแผนที่มนุษย์ยอมรับนับถือและปฏิบัติสืบต่อกันมาจนคนทั่วไปรู้สึกว่าเป็นข้อบังคับในกฎหมาย จารีตประเพณีที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างได้นี้ อาจจะเป็นประเพณีนิยมทั่วไปของประเทศหรือประเพณีที่นิยมกันเฉพาะท้องถิ่นก็ได้ หากเป็นกรณีประเพณีทั่วไปแล้วศาลอาจมาตัดสินได้เองโดยคู่ความมีตองนำสืบ แต่ถ้าหากเป็นประเพณีเฉพาะท้องถิ่นแล้ว เมื่อผู้ใดอ้างขึ้นมาเป็นหน้าที่ของผู้นั้นจะต้องแสดงให้ปรากฏ⁵⁸

สำหรับปัญหาว่ากรณีใดจึงจะถือว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างได้นั้น ในข้อนี้มีหลักที่ศาลฎีกาได้วางไว้ว่าต้องประกอบด้วยเหตุผลดังนี้⁵⁹

ก. ต้องเป็นประเพณีที่มีมานาน การกล่าวอ้างว่าประเพณีมา 5 - 6 ปี หรือแม้ถึงตั้ง 9 ปี 10 ปี ก็ยังไม่พอ

⁵⁸ พระยาเทพวิฑูร, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2468 บรรพ 1 และ บรรพ 2 พร้อมด้วยอุทธรณ์กรมร่างกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2509), หน้า 26 - 27.

⁵⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 104 พ.ศ. 2462 ธรรมสาร เล่ม 3, หน้า 74 - 76.

ข. ต้องเป็นประเพณีที่สมควร เช่น ไม่ขัดต่อผลประโยชน์หรือความชอบธรรมของมหาชน

ค. ต้องมีกำหนดแน่นอน มิใช่เป็นการกล่าวอ้างอย่างเลื่อนลอยและไม่มีข้อจำกัด
ยังมีได้มีประกาศพระราชบัญญัติยกเลิกหรือขัดกับประเพณีนั้น

ศาสตราจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายไว้ว่า จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นกฎหมายนั้น จะต้องมามีลักษณะสำคัญ 2 ประการคือ⁶⁰

(1) เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติต่อกันมานานและสม่ำเสมอ

(2) ประชาชนมีความรู้สึกว่าการจารีตประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และจะต้อง

ปฏิบัติตาม

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร ได้อธิบายไว้ว่าการจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้กับคดีได้นั้น จะต้องมามีลักษณะดังนี้⁶¹

(1) ต้องใช้บังคับมาเป็นเวลานาน

(2) ต้องเป็นที่ยอมรับและนับถือของมหาชนทั่วไป

(3) ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย

(4) ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ศาลฎีกาก็ได้เคยตัดสินคดี โดยใช้ประเพณีในการขนส่งไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 855/2497 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว ปรากฏว่าโจทก์ซึ่งรับจ้างจำเลยขนส่งรางรถไฟและเครื่องอุปกรณ์จากเรือเดินสมุทรซึ่งจอดอยู่ที่เกาะสีชังลงเรือลำเลียง เพื่อมาส่งที่ท่าเรือใหม่หรือท่าเรือ

⁶⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : จริยวิทย์การพิมพ์, 2525), หน้า 21.

⁶¹ ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 162-163.

ของกรมรถไฟชองนทรีย์ จังหวัดพระนครในสมัยนั้น ได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายในการขนส่ง จากจำเลยเนื่องจากมีอุปสรรคขัดขวางซึ่งไม่ใช่ความผิดของโจทก์* ทำให้การขนส่งไม่เสร็จภายใน 7 วัน จำเลยต่อสู้ว่าในสัญญาจ้างไม่มีข้อสัญญาให้เรียกค่าเสียหาย และไม่มีประเพณี ศาลฎีกา พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายในการขนส่ง โดยเห็นว่ากรณีนี้มีประเพณีในการขนส่งว่า หากการขนส่งเสียหาย ผู้ว่าจ้างต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับผู้รับขน โดยกล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า “ข้อที่จำเลยเถียงว่า ค่าเสียหายเมื่อไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาอันได้ทำกันเป็นหนังสือไว้ โจทก์ก็ ไม่มีสิทธิเรียกนั้น ศาลฎีกาก็เห็นว่าฟังไม่ขึ้นดูกัน เพราะเมื่อทั้งสองฝ่ายเข้าใจกันดีแล้ว ธรรมเนียมประเพณีในการขนส่งชนิดนี้มีอยู่อย่างไร ถ้าไม่ได้เขียนระบุไว้เป็นอย่างอื่น ประเพณี นั้น ก็ย่อมใช้บังคับกันได้เท่ากับเป็นการตกลงกันโดยปริยาย”

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเพณีในทางการค้าหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น นอกจากสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ อันเป็นกรณีช่องว่างแห่งกฎหมายแล้ว ยังสามารถนำมาปรับเพิ่มเติมข้อสัญญาที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ซึ่งมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็กำหนดว่า “สัญญาทำนให้ตีความตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” แต่ประเพณีนั้นจะต้องมีลักษณะอันสมควรไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่ขัดต่อข้อความในสัญญา และประเพณีนั้นจะต้องปฏิบัติสืบเนื่องกันตลอดมา และต้องเป็นประเพณีที่คู่สัญญาทุกฝ่ายได้รู้อยู่แล้วหรือสันนิษฐานได้ว่ารู้อยู่แล้วเพราะเป็นประเพณีที่รู้จักกันโดยทั่วไปในวงการค้า

เมื่อพิจารณาถึงการดำรงอยู่ของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ในกิจการพาณิชย์นาวี ทั้งที่ปรากฏอยู่ในอดีตและปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีคุณลักษณะเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าอย่างชัดเจน โดยอาจกล่าวได้เป็นลำดับคือ

* ค่าเสียหายในที่นี้ก็คือ ค่าดีเมอร์เรจ (Demurrage) ซึ่งเป็นวิธีปฏิบัติที่รับรู้กันโดยทั่วไปในการรับขนของทางทะเล ในประเทศที่การพาณิชย์นาวีพัฒนามานานแล้วจะปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดแจ้ง หรือในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีแล้วแต่กรณี ดู ดวงเดือน ทองสุข, “สถานะทางกฎหมายของค่าดีเมอร์เรจตามสัญญาเช่าเรือรายเที่ยว” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533) หน้า 46-64.

(1) เป็นสิ่งที่ปรากฏขึ้นนับย้อนถึงสมัยโบราณที่มนุษย์เริ่มรู้จักติดต่อค้าขายกันทางเรือ และด้วยเหตุผลแห่งความจำเป็นที่ต้องการทำให้การติดต่อค้าขายนั้น สามารถดำเนินไปได้ท่ามกลางความไม่แน่นอนของภัยอันตรายในท้องทะเลที่คุกคามต่อทรัพย์สินซึ่งร่วมผจญภัยด้วยกันและต่างกรรมลีทกัน แนวความคิดในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป จึงอุบัติขึ้นโดยอิงอยู่กับสามัญสำนึกของความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้อง

(2) หลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้แพร่กระจายไปทั่วโลก ตามความเติบโตก้าวหน้าของการค้าทางทะเลที่แผ่ปกคลุมไปยังดินแดนต่างๆ ทั่วโลก และหลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปก็ยังคงดำรงอยู่และได้รับการยอมรับเช่นเดิม โดยได้มีการนำจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าวมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งสามารถพบได้ในดินแดนที่มีความสำคัญในทางการค้า และในปัจจุบันทั่วโลกต่างก็ยอมรับให้ YAR เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ทั้งนี้ YAR เป็นผลมาจากความพยายามในการทำให้รายละเอียดในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีความสอดคล้องกันทั่วโลก

(3) หลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของไทย เพราะเป็นหลักที่ต้องการสร้างความเป็นธรรมซึ่งสามารถเข้าใจได้โดยสามัญสำนึกของคนทั่วไป นอกจากนี้ในทางปฏิบัติ กรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์ ก็ได้อนุญาตให้กรมธรรม์ประกันภัยทางทะเลที่มีข้อคุ้มครองในเรื่องการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป สามารถนำมาใช้ในธุรกิจประกันภัยทางทะเลของไทยได้

(4) ในความเป็นจริงผู้ประกอบการของไทย ยอมรับรู้และถือปฏิบัติตามหลักการของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมานานแล้ว เพราะในการค้าขายอาจต้องนำเรือไปยังเมืองท่าของต่างประเทศ ซึ่งมีกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปอย่างชัดเจน และในใบตราส่งสัญญาชาร์ทเตอร์เรือ และกรมธรรม์ประกันภัยทางทะเลที่ใช้อยู่ในประเทศไทยก็มีข้อความเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปปรากฏอยู่ดังเช่นที่ทั่วโลกถือปฏิบัติกัน เพราะการประกอบธุรกิจพาณิชย์วานี้ไม่ได้มีขอบเขตอยู่แต่เฉพาะในประเทศไทย แต่เป็นกิจการที่ติดต่อกันทั่วโลก และในโลกของการค้าข้อตกลงว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปดังกล่าว ก็สามารถบังคับกันได้จริง

2.2 กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

การใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนี้ เป็นวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายประการหนึ่งในกรณีศาลพิจารณาคดีแล้วไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ ทั้งไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่นำมาวินิจฉัยคดีได้ กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งที่นำมาใช้คือบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ในเรื่องอื่น แต่เป็นบทกฎหมายที่บัญญัติไว้สำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน⁶²

ในกรณีของข้อเท็จจริงที่มีการเสียสละ (sacrifice) ทรัพย์สินไปบางส่วนเพื่อความปลอดภัยร่วมกันของทรัพย์สินทั้งหมดในขณะที่เรือที่บรรทุกของ ต้องเผชิญอยู่กับภัยอันตรายในท้องทะเล บทบัญญัติของกฎหมายที่พอจะสามารถนำมาเทียบเคียงใช้กับกรณีนี้ คือ บทบัญญัติในเรื่องลามิควรรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นบทบัญญัติเพื่อความยุติธรรมว่า บุคคลหนึ่งจะร่ำรวยขึ้นมาโดยให้คนอื่นเขาเสียหายไม่ได้

จากที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นของบทที่ 3 สาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่ถูกนำมากำหนดเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องลามิควรรได้นั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ทั่วไป 3 ประการ คือ (1) เป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด (2) โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ (3) เป็นทางให้บุคคลหนึ่งเสียเปรียบ กล่าวโดยสรุปก็คือมีการกระทำที่ทำให้ฝ่ายหนึ่งได้ลาภออกขณะที่ฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ โดยที่ประโยชน์หรือลาภออกนั้น เป็นผลโดยตรงจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียเปรียบและเป็นประโยชน์ที่ได้มาในลักษณะเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของผู้ที่ได้มา ส่วนข้อเท็จจริงในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปที่มีความใกล้เคียงกับกรณีของลามิควรรได้นั้นก็คือ ในสถานการณ์ที่เกิดภัยอันตรายร่วมกัน การที่ได้เสียสละทรัพย์สินบางส่วนไปเพื่อให้สามารถพ้นจากภัยอันตรายมาได้นั้น ย่อมเห็นได้ว่าการเสียสละดังกล่าวทำให้เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเสียสละไปได้รับความเสียหายและเจ้าของทรัพย์สินที่รอดปลอดภัยมาได้ ได้รับประโยชน์จากการเสียสละนั้น โดยที่ทรัพย์สินที่ถูกเสียสละไปนั้นก็ได้มีหน้าที่ตามข้อผูกพันใดๆ ที่จะต้องเสียสละไปเพื่อความปลอดภัยของทรัพย์สินส่วนรวมทั้งหมด ทั้งนี้ ความแตกต่างของข้อเท็จจริงที่ทำให้การ

⁶² หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11

เฉลี่ยความเสียหายทั่วไปต่างจากลามิคอร์ได้คือ ประโยชน์ที่ได้มาในกรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมิใช่การได้มาในลักษณะเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของผู้ได้มา แต่มีความเหมือนกันในส่วนของสาระสำคัญคือ มีฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์และเป็นกรณีที่ไม่อาจบังคับกันได้โดยมูลหนี้อื่นได้อีก

กรณีดังกล่าวข้างต้นเป็นกรณีที่ไม่มียกกฎหมายที่จะยกมาปรับกับข้อเท็จจริง แต่เห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องลามิคอร์ได้เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ที่สามารถนำมาปรับแก้ข้อเท็จจริงในกรณีของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้ กล่าวคือ เมื่อมีการเสียสละทรัพย์สินไปบางส่วนเพื่อความปลอดภัยของทรัพย์สินร่วมกันทั้งหมด ประโยชน์ที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ร่วมผจญภัยด้วยกันทั้งหมด จะเท่ากับจำนวนของความเสียหายที่เกิดจากการเสียสละทรัพย์สินไป และในกรณีนี้ทรัพย์สินทั้งหมดที่ได้รับประโยชน์ มีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับเนื่องจากมาตรการเสียสละทรัพย์สินไปดังกล่าว แก่เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเสียสละไปในจำนวนตามสัดส่วนของมูลค่าของทรัพย์สินของตน ทั้งนี้ เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกเสียสละไปก็ต้องรับเอาความเสียหายไว้ตามส่วนของตนเช่นกัน เพราะการเสียสละทรัพย์สินไปดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทรัพย์สินทั้งหมดที่ตกอยู่ในภยันตรายร่วมกัน

การใช้หลักในเรื่องลามิคอร์ได้เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในกรณีการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปนั้น จะช่วยแก้ปัญหาในการอธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของทรัพย์สินต่างๆ บนเรือซึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์ใดๆ กันตามกฎหมายว่า หน้าที่ในการจ่ายเงินค่าเฉลี่ยความเสียหายเกิดขึ้นได้อย่างไร ทั้งนี้ ได้กล่าวมาแล้วว่าในอดีตประเทศฝรั่งเศสซึ่งอยู่ในระบบประมวลกฎหมาย (civil law) เช่นเดียวกับประเทศไทยได้เคยนำหลักกฎหมายเรื่องลามิคอร์ได้ มาปรับใช้กับกรณีของข้อเท็จจริงที่มีการเสียสละทรัพย์สินบางส่วน เพื่อความปลอดภัยของทรัพย์สินทั้งหมด เพราะต้องการอธิบายพื้นฐานทางกฎหมายระหว่างเจ้าของทรัพย์สินด้วยกันว่า เกิดสิทธิหน้าที่ต่อกันได้อย่างไร นอกจากนี้ คำอธิบายในทางตำราปัจจุบันก็ยังคงมีการอ้างว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีพื้นฐานทางกฎหมายอยู่บนหลักในเรื่องลามิคอร์ได้*

* ดูเชิงอรรถที่ 77 บทที่ 2

2.3 หลักกฎหมายทั่วไป

การใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 นี้ เป็นกรณีสุดท้ายซึ่งทำให้แน่ใจว่าศาลจะมีกฎหมายสำหรับตัดสินคดีทุกคดี ส่วนปัญหาว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” มีขอบเขตความหมายเพียงใดนั้นมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ 2 ความเห็นคือ

ความเห็นแรก เป็นความเห็นอย่างกว้าง เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ก็คือหลักกฎหมายที่ประเทศส่วนมากในโลกยอมรับกัน เป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันอยู่ทั่วไป ไม่เฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง และไม่หมายถึงกฎหมายภายในของไทยหรือของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น เพราะตัวบทใช้คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ต้องหมายความว่า เป็นหลักกฎหมายที่รับรองหรือรับนับถือกันอยู่ทั่วไป ที่ว่าทั่วไปนั้นไม่หมายความว่าเฉพาะในประเทศไทย เพราะตัวบทไม่อาจแปลความจำกัดเช่นนั้น และโดยปกติประเทศไทยก็ยอมรับกฎหมายอย่างเดียวกันนั่นเอง แต่ถ้าหลักกฎหมายของประเทศใดตลอดจนของประเทศไทยเป็นที่รับรองนับถือกันทั่วไปแล้วก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่การที่ประเทศใดประเทศหนึ่งบัญญัติกฎหมายว่าอย่างไรนั้น หลักที่เขายกขึ้นนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ถ้าตรงกับหลักกฎหมายทั่วไปเราก็สามารถนำมาใช้ในฐานะเป็นหลักทั่วไปตามมาตรา 4 นี้ มีหลักกฎหมายทั่วไปเป็นอันมากที่ประเทศไทยได้นำมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมาย เช่น หลักเรื่องผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat emptor) คดีส่วนตัวย่อมตายตามตัว (Actio personalis moritur cum) ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) ฯลฯ เป็นต้น หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายของโรมันที่ประเทศอารยะหลายประเทศให้การยอมรับนับถือ จึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและประเทศไทยได้อาศัยแนวมาบัญญัติเป็นบทกฎหมายไว้แล้วเป็นอันมาก⁶³

ความเห็นที่สอง เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไป หมายถึงหลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น โดยค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นที่มีหลักใหญ่พอที่จะทำเป็นหลักอ้างอิงได้ บทบัญญัติที่มีอยู่มากมายโดยปกติเกิดจากหลักทั่วไป

⁶³ ไพจิตร บุญญพันธ์, “หลักกฎหมายทั่วไป” คุลพาน 4 (เมษายน, 2507) : 6.

เพียงไม่กี่หลัก หากได้ศึกษาประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมายและศึกษาพิเคราะห์ด้วยบทหลาย ๆ มาตรการให้ต้องแท้ก็จะพบหลักใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติเหล่านั้น หลักใหญ่นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับแก้คดีได้⁶⁴

ตัวอย่างในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องนิติกรรมสัญญาเป็นหลักว่า บุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา ภาษาลาตินเรียกว่า Pacta sunt servanda หลักอันนี้เกิดจากหลักทางศีลธรรมที่ว่าคนพูดอะไรแล้วต้องรักษาคำพูด เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังมาตราต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถ้าหาหลักกฎหมายทั่วไปในตบฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับคดีไม่ได้ ศาลต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งได้แก่ความเป็นธรรมหรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ประจำจิตของมนุษย์ (Reason of Man) และจากหลักเหตุผลของเรื่อง (Nature of things)

มีข้อสังเกตว่า หลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรค 3 นี้ เดิมทีนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ. 2465 ใช้คำว่า “หลักกฎหมายอันแพร่หลาย” โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ว่า⁶⁵

มาตรา 14 ถ้าไม่มีบทกฎหมายถาวรที่ประเพณีที่จะนำมาวินิจฉัยแก้คดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นอาศัยเทียบบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งๆ เทียบหลักกฎหมายอันแพร่หลาย

Section 14 If there is neither law nor custom applicable to a case, the case shall be decided by analogy to the provision most nearly applicable or by the general principles of law .

อย่างไรก็ตาม ความเห็นของศาลฎีกาได้ตีความและใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามความเห็นแรกมาโดยตลอด เช่น

⁶⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 27.

⁶⁵ ทวี อุภักข์จาง, “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบมาตรา 4, 5, 6, 7 และ 8”, บทบัญญัติ 3 (กรกฎาคม 2505) : 606.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2481 ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า “เมื่อพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายฯ พ.ศ. 2471 มิได้ให้วิเคราะห์ศัพท์เครดิตฟองซิเอร์ไว้ว่าคืออะไร เช่นนี้ ศาลก็พึงอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณา เครดิตฟองซิเอร์เป็นกิจการที่เกิดขึ้นและรับรองโดยกฎหมายภาคพื้นยุโรป (Continental Law) ปรากฏว่าเป็นวิธีการอย่างหนึ่งซึ่งให้เครดิตการกู้ยืมเงินหรือประโยชน์อื่นในทำนองเดียวกันโดยทั่วไปแก่บุคคลทุกกลุ่ม ไม่จำเพาะแต่พวกชาวนาหรือกสิกร โดยมีอสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน ทั้งนี้ ไม่ปรากฏว่าจำเป็นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์นั่นเองเสมอไป

และในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 999/2496 ศาลได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า

จริงอยู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 868 บัญญัติไว้ว่า “อันสัญญาประกันภัยทางทะเลท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล” ซึ่งกฎหมายทะเลของประเทศไทยยังหาไม่มี ทั้งจารีตประเพณีก็ไม่ปรากฏ ควรเทียบวินิจฉัยคดีนี้ตามหลักกฎหมายทั่วไป ตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาประกันภัยรายนี้ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ ศาลฎีกาเห็นว่าควรตีกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยทางทะเลของอังกฤษเป็นกฎหมายทั่วไป เพื่อเทียบเคียงวินิจฉัยคดี ด้วยแต่อย่างไรก็ดีแม้ตามมารีน อินชัวรันซ์ แอคท์ ค.ศ. 1906 (Marine Insurance Act 1906) มาตรา 60 จะได้ให้คำจำกัดความในเรื่องสูญเสียสิ้นเชิง (total Loss) ไว้ให้มีความสูญเสียสิ้นเชิงโดยสันนิษฐาน (Constructive total loss) ด้วยก็ดี แต่ความในที่นั้นสำหรับที่จะใช้กับเรือหมายถึงแต่เฉพาะในกรณีที่เรือเป็นวัตถุที่เอาประกันภัยเท่านั้น ในคดีนี้สินค้าปูนซีเมนต์ต่างหากเป็นวัตถุที่เอาประกันภัย และได้สูญเสียไปโดยสิ้นเชิงโดยจริงแล้ว เพราะเหตุที่เรือที่บรรทุกหมดสภาพเป็นเรือที่ลอยลำได้ต่อไป ในกรณีประกันสินค้าบรรทุกเช่นนี้ก็เรียกได้ว่า เรือได้สูญเสียสิ้นเชิงแล้ว (ดู Halsbury's Law of England 2nd. ed. ข้อ 524 วรรค 3 หน้า 336.)

ข้อที่จะต้องเทียบเคียงจึงอยู่ที่ว่า “อันตราย” หรือภัยอันตรายแห่งทะเล (peril of the seas) กล่าวคือว่า สินค้าปูนซีเมนต์นั้นได้สูญเสียสิ้นเชิงไปโดยภัยอันตรายแห่งทะเลหรือไม่ มารีน อินชัวรันซ์ แอคท์ ค.ศ. 1906 (Marine Insurance Act 1906) มาตรา 55 ก็เพียงแต่กล่าวไว้ว่า ผู้รับประกันภัยจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันได้เกิดขึ้นโดยใกล้ชิดกับภัยอันตรายที่เอาประกันภัยไว้ คำว่า peril of the seas ตามที่ศาลอังกฤษ

ถือตามกันมา ก็คืออันตรายที่เกิดขึ้นโดยโชครวมจากทะเลหรือเนื่องจากทะเล คดีสำคัญที่เป็นตัวอย่างแห่งคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษก็คือ คดีแฮมิลตัน โจทก์ แพนดอร์ฟ จำเลย (Hamilton v. Pandorf) 1887, 57. L.T.Q.B. 24: 12 A.C. 518) ซึ่งปรากฏว่า ความเสียหายได้เกิดแก่สินค้าบรรทุกคือข้าว โดยน้ำทะเลได้ไหลเข้าไปท่วม เพราะหนูในเรือได้กัดท่อตะกั่วระหว่างห้องน้ำในเรือกับทะเลทะเล สภานางวินิจัยว่า นี่เป็นความเสียหายเพราะอันตรายทางทะเลแล้ว (ดู Carver's Carriage by Sea 7th Ed. หน้า 136-138) ในปี ค.ศ. 1924 ก็ได้มีคำวินิจฉัยศาลอังกฤษในคดีระหว่างโคเฮน, บุตร และบริษัท โจทก์ บริษัท แนทชั่นแนล เบนีฟิต แอสซัวร์นซ์ จำกัด จำเลย ว่าการที่ปล่อยให้ น้ำเข้าเรือโดยไม่ตั้งใจจนเป็นเหตุให้เรือจมนั้นเป็นอันตรายทางทะเล (Cohen, Sons & Co. v. National Benefit Assurance Co. Ltd. (1924) 40 T.L.R. 347 ดู Halsbury's Law of England 2nd. Ed. หน้า 298, 299) ศาลฎีกาเห็นพ้องกับแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษดังกล่าวมาแล้วนี้

ในคำพิพากษา 999/2496 ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า ศาลได้ปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในความหมายอย่างกว้าง โดยได้มีการอ้างอิงถึงกฎหมายของต่างประเทศและแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลต่างประเทศที่ยอมรับกันโดยทั่วไป นอกจากนี้การอ้างอิงดังกล่าวศาลยกขึ้นกล่าวเองโดยคู่ความมิได้นำสืบ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นไม่ใช่กฎหมายที่ประกาศใช้แต่ถือว่าศาลรู้เอง คู่ความไม่ต้องนำสืบ⁶⁶

ในกรณีของหลักกฎหมายทั่วไปในความหมายอย่างกว้างที่เห็นว่า ต้องเป็นหลักกฎหมายที่ประเทศส่วนมากในโลกยอมรับกัน ในกรณีนี้ก็จะเห็นว่าหลักกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของประเทศต่างๆ ในโลก ล้วนวางอยู่บนหลักการเดียวกันซึ่งสามารถสืบย้อนไปถึงหลักกฎหมายที่ใช้กันในสมัยโรมัน โดยมีผู้เห็นว่ามูลหนี้ของการที่ต้องร่วมกันเฉลี่ยความเสียหาย มีอยู่ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามสุภาษิตกฎหมายของโรมันที่ว่า

⁶⁶ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2517), หน้า 21.

“ibi onus esse debet ubi emolumentum” (everyone must bear the cost which has been incurred in order to preserve his property from peril — บุคคลต้องรับเอาค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการ สงวนรักษาทรัพย์สินของตน)⁶⁷

แม้ว่ากฎหมายของประเทศต่างๆ จะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง กรณีดังกล่าวก็เป็นเพียงความแตกต่างกันในรายละเอียด โดยมีได้มีความขัดแย้งกันในหลักการอันเป็นสาระสำคัญ สิ่งที่น่าสนใจข้อเท็จจริงในกรณีนี้ก็คือการที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกสามารถยอมรับ YAR ได้โดยไม่ขัดกับกฎหมายภายในว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปของตน กรณีดังกล่าวเกิดขึ้นได้เพราะหลักการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปใน YAR นั้น สอดคล้องกับหลักการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ทั่วโลก

จากแนวทางการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในคดีของศาลไทยที่ผ่านมา และความเป็นสากลของหลักกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป พอจะกล่าวได้ว่าศาลสามารถยกหลักกฎหมายทั่วไปของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป ที่เป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายมาปรับใช้ในคดีได้ โดยศาลสามารถอ้างอิงกฎหมายของต่างประเทศและแนวทางการตัดสินคดีตลอดจนคำอธิบายในตำราต่างประเทศ เพื่อยืนยันถึงความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปได้อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่ากรณีที่ศาลจะสามารถค้นหาลงถึงหลักกฎหมายทั่วไปได้ดีเพียงใดนั้น เป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถเฉพาะตัวของศาลค่อนข้างมาก เพราะไม่ใช่กรณีที่ศาลปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรง

กล่าวโดยสรุปต่อการปรับใช้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อหาหลักกฎหมายมาใช้กับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป จะเห็นว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป เป็นวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องอยู่กับการรับขนของทางทะเลซึ่งก่อตัวขึ้นในยุคโบราณและพัฒนาคืบคลานเรื่อยมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ในแง่นี้ถือได้ว่าการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปเป็นจารีตประเพณีในการรับขนของทางทะเล และหากจะพิจารณาว่าหลักของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมีความใกล้เคียงกับหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องใด กรณีก็สามารถปรับได้กับหลักกฎหมายในเรื่องลามิควรได้ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่อิงอยู่กับความเป็นธรรมตามสามัญสำนึกโดยทั่วๆ ไป

⁶⁷ Selmer, The Survival of General : A Necessity or an Anachronism?, p.125.

เช่นเดียวกับหลักของการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป นอกจากนี้การที่ประเทศที่มีการพัฒนาทางด้านพาณิชยนาวิมาชานาน ได้บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไป หรืออยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี โดยที่กฎหมายดังกล่าวล้วนมีที่มาสืบย้อนได้จนถึงกฎหมายของโรมันในอดีต ทำให้หลักกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปดำรงอยู่ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพราะความเป็นสากลของหลักกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อมีคดีที่ศาลต้องหาหลักกฎหมายว่าด้วยการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปมาปรับใช้แก่คดีการที่ศาลจะปรับใช้หลักใดในมาตรา 4 ดังกล่าว กรณีก็ต้องเป็นไปตามลำดับชั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ และขึ้นอยู่กับข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความในคดีด้วยเป็นสำคัญ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย