

การเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG)



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2562  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A study of the Right to remedies for Efficient Breaches of Contract under the CISG

1980



Miss Kamonwan Tebhasadin Na Ayudhya

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Common Course

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2019

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุ  
จูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจภายใต้  
อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่าง  
ประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG)

โดย

น.ส.กมลวรรณ เทพหัสดิน ณ อยุธยา

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัย  
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(อาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข)

..... กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล)

..... กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ)

กมลวรรณ เทพหัสดิน ณ อยุธยา : การเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายที่มี  
 มูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่า  
 ด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG). ( A study of the Right to  
 remedies for Efficient Breaches of Contract under the CISG 1980) อ.ที่ปรึกษา  
 หลัก : อ. ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาและวิเคราะห์การเยียวยาความเสียหายภายใต้อนุสัญญา  
 สหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (CISG) เนื่องจาก Article 74  
 มิได้ให้ความหมายของคำว่า “ค่าขาดผลกำไร” ไว้อย่างชัดเจน ทำให้อาจมีการตีความถ้อยคำนี้  
 แตกต่างกันได้ จึงเกิดปัญหาตามมาว่าในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายโดยมีมูลเหตุจูงใจจาก  
 ผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องการค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย  
 ตาม Article 74 ได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสุจริตในทางการค้าระหว่างประเทศและ  
 หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญา ผู้เขียนจึงเสนอให้ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผลกำไรของ  
 ผู้ขายได้โดยใช้การตีความและการอุดช่องว่าง CISG โดยอาศัยหลักการชดเชยเต็มจำนวน หลักการ  
 กลับคืนสู่ฐานะเดิม และหลักสุจริต นอกจากนี้ ผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใน  
 CISG เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่คู่สัญญาและเป็นแนวทางให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนำไปใช้ใน  
 การวินิจฉัยคดีต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
 CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
 ปีการศึกษา 2562

ลายมือชื่อนิสิต .....  
 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6185953934 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Efficient breaches of contract, Disgorgement damages, Restitution,  
Gain-based remedies

Kamonwan Tebhasadin Na Ayudhya : A study of the Right to remedies for  
Efficient Breaches of Contract under the CISG 1980. Advisor: TIDARAT  
SINLAPAPIROMSUK, Ph.D.

This thesis aims to examine contractual remedy under United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ('CISG 1980'). Article 74 leaves uncertain the meaning of the loss of profit. The main research question concerns finding out whether and to what extent disgorgement damages would have been granted under Article 74 in case of an efficient breach of contract. In pursuance of the need to promote the observance of good faith in international trade and the principle of preservation of contract, this study suggests that disgorgement damages should be accepted as remedy under CISG 1980 by applying the Convention's interpretative methodology and gap-filling mechanism, in conformity with the doctrines of full-compensation, restitution , and good-faith as the general principles on which it is based.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws

Academic Year: 2019

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกิดขึ้นและสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องด้วยความกรุณาและความเมตตาจากท่านอาจารย์หลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข ผู้จุดประกายความคิดให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และท่านกรุณาปรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์ ท่านให้ความรู้ คำแนะนำ อันเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการศึกษาและค้นคว้าข้อมูล และมอบกำลังใจให้แก่ผู้เขียนเสมอมาจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี ที่ให้ความกรุณาปรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยตลอดระยะเวลาการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ท่านให้ความรู้ คำแนะนำ ในทางวิชาการ ตลอดจนชี้แนะประเด็นในการศึกษาและแหล่งค้นคว้าข้อมูลซึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนในการค้นคว้าเพิ่มเติม นอกจากนี้ ท่านยังสละเวลาอันมีค่าในการตรวจทานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เพื่อให้ผู้เขียนแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล และท่านอาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ ที่กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านทั้งสองให้ความรู้ คำแนะนำ และข้อสังเกต ทั้งในทางกฎหมายและทางเศรษฐศาสตร์อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งและช่วยให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์กนกนัย ถาวรพานิช ที่แนะนำแหล่งค้นคว้าข้อมูลเพิ่มเติม อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อผู้เขียน และบิดา มารดา ผู้อยู่เบื้องหลังความสำเร็จของผู้เขียน รวมถึงน้องชายของผู้เขียนและนายธนต์ สุประสงค์สิน ที่คอยให้กำลังใจและรับฟังปัญหาของผู้เขียนมาโดยตลอดจนสำเร็จการศึกษา

ผู้เขียนขอขอบคุณนายสิทธิศักดิ์ ศรีทอง และนายสุฤษฏ์ สนิทวงศ์ เพื่อนร่วมงานของผู้เขียน ที่คอยรับฟังปัญหาและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในประเด็นต่าง ๆ และกัลยาณมิตรทุกท่านที่ผู้เขียนไม่อาจกล่าวนามถึงได้ทั้งหมด สำหรับความช่วยเหลือ คำแนะนำและเป็นกำลังใจให้กันเสมอมา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นวิทยานิพนธ์หนึ่งที่จุดประกายการศึกษาในลักษณะสหวิทยาการทั้งในมิติด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ และเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาวงการนิติศาสตร์ต่อไป ทั้งนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว หากท่านใดมีข้อเสนอแนะ ดิชม ผู้เขียนยินดีรับฟังด้วยความเต็มใจยิ่ง

กมลวรรณ เทพหัสดิน ณ อยุธยา

## สารบัญ

	หน้า
.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานในการศึกษาวิจัย.....	6
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย.....	8
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	9
บทที่ 2 การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) และการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages).....	13
2.1 ความนำ.....	13
2.2 ประวัติความเป็นมา ความหมาย ลักษณะและทฤษฎีทางด้านเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches).....	13

2.2.1 ความหมายของการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches).....	15
2.2.2 ทฤษฎีทางด้านเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches).....	18
2.2.2.1 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง.....	20
2.2.2.2 ทฤษฎีทางนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง.....	26
2.3 การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ในบริบทของการค้าระหว่างประเทศ.....	31
2.3.1 ลักษณะเฉพาะและหลักการที่สำคัญของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ.....	32
2.3.2 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) ในฐานะที่เป็นกฎหมายกลางในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ.....	39
2.4 การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages).....	41
2.4.1 ประเภทหรือรูปแบบการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการผิดสัญญา.....	42
2.4.2 ความหมายและลักษณะของค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages).....	48
2.4.3 ประวัติความเป็นมาและแนวคิดของการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages).....	52
2.4.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)....	57
2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) กับ การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages).....	61
2.6 บทสรุป.....	63
บทที่ 3 การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) และการเยียวยาความเสียหายภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG).....	64
3.1 ความนำ.....	64



3.2 ลักษณะการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ที่อาจเกิดขึ้นภายใต้ CISG .....	65
3.2.1 กรณีที่ผู้ซื้อคาดการณ์ได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา .....	66
3.2.2 กรณีที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ในสัญญา .....	83
3.3 การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) .....	86
3.3.1 การกำหนดค่าเสียหายภายใต้ Article 74 .....	88
3.3.1.1 ความเป็นมาและแนวความคิดพื้นฐานในการกำหนดค่าเสียหาย .....	89
3.3.1.2 ประเภทและหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหาย .....	94
3.3.1.3 กลไกการตีความและอุดช่องว่างของ CISG เพื่อกำหนดค่าเสียหายจาก ผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) .....	103
3.3.1.4 ตัวอย่างคำวินิจฉัยและคำพิพากษา .....	107
3.3.2 การคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้าภายใต้ Article 84 .....	112
3.3.2.1 ความเป็นมาและแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้า .....	112
3.3.2.2 ตัวอย่างคำวินิจฉัยและคำพิพากษา .....	116
3.4 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างค่าสินไหมทดแทนจากการผิดสัญญาตาม Article 74 กับ การคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้าตาม Article 84 .....	119
3.5 บทสรุป .....	120
บทที่ 4 เปรียบเทียบแนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในบริบทของกฎหมายต่างประเทศ .....	123
4.1 ความนำ .....	123
4.2 แนวทางการกำหนดค่าเสียหายการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร (Disgorgement Damages) ในบริบทของกฎหมายประเทศอังกฤษ .....	124
4.2.1 การตั้งใจผิดสัญญาซื้อขาย .....	126

4.2.2 การละเมิดต่อหน้าที่ผู้ได้รับความไว้วางใจ.....	128
4.2.3 การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา.....	129
4.3 แนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในบริบทของ กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา.....	132
4.3.1 การจงใจผิดสัญญาซื้อขาย.....	133
4.3.2 การละเมิดต่อหน้าที่ผู้ได้รับความไว้วางใจ.....	140
4.3.3 การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา.....	145
4.4 เปรียบเทียบเหตุผลในการกำหนดค่าเสียหายของกฎหมายประเทศอังกฤษและประเทศ สหรัฐอเมริกา.....	150
4.5 บทสรุป .....	151
บทที่ 5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วย การซื้อขายสินค้าระหว่าง ประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) และปัญหาการนำมาใช้บังคับ ในประเทศไทย.....	153
5.1 ความนำ.....	153
5.2 แนวการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) โดยการ ตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการอุดช่องว่างภายใต้ CISG.....	153
5.2.1 การอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักการชดเชยเต็มจำนวนภายใต้ Article 74 .....	158
5.2.2 การอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายใต้ Article 84 (2) .....	159
5.2.3 การตีความและการอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักสุจริต (Good Faith).....	161
5.3 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้ค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในประเทศไทย .....	166
5.3.1 กรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG).....	167
5.3.2 กรณีที่ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขาย สินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG).....	167

5.3.2.1 สิทธิของผู้ซื้อกรณีที่คาดว่าจะได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา .....	172
5.3.2.2 การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222.....	179
5.3.2.3 การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรจากผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในกรณีที่มีเบี้ยปรับตามสัญญา.....	187
5.3.2.4 ตารางเปรียบเทียบลักษณะการผิดสัญญาและหลักการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการผิดซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ ในบริบทของ CISG และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	191
5.4 สรุป .....	193
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	194
6.1 บทสรุป.....	194
6.2 ข้อเสนอแนะ .....	201
บรรณานุกรม.....	204
ภาคผนวก.....	211
ประวัติผู้เขียน.....	222

## สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างค่าสินไหมทดแทนจากการผิดสัญญา ตาม Article 74 กับผลแห่งการเลิกสัญญาตาม Article 84.....	120
ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบเหตุผลในการกำหนดค่าเสียหายของกฎหมายประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา.....	150
ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบลักษณะการผิดสัญญาและหลักการเยียวยาความเสียหาย ในกรณีที่มีการผิดซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจในบริบทของ CISG และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	191

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันเมื่อเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าทำให้การติดต่อซื้อขายสินค้าล่องตัวมากยิ่งขึ้น นานาประเทศทั่วโลกต่างมีการติดต่อการค้าแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างกันไม่ว่าจะเป็นการค้าส่งซื้อสินค้าทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือการซื้อขายสินค้าออนไลน์ผ่านทางเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันต่าง ๆ เช่น Alibaba Lazada เป็นต้น การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยนำเข้าและการส่งออกจึงมีอิทธิพลต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างมีนัยสำคัญ

การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีสัญญาซื้อขายเป็นนิติกรรมหลักที่ก่อกำเนิดสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย ซึ่งเมื่อคู่สัญญามีสถานประกอบการตั้งอยู่คนละประเทศ สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศจึงมีความแตกต่างจากสัญญาซื้อขายสินค้าภายในประเทศหลายประการ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของการค้าระหว่างประเทศ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง สัญญาซื้อขายที่คู่สัญญาอยู่คนละประเทศต้องมีการขนส่งสินค้าข้ามแดนทำให้มีเอกสารและสัญญาต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก นอกจากสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาหลักแล้วยังมีสัญญาอื่น ๆ เช่น สัญญาขนส่งระหว่างประเทศ สัญญาประกันภัยระหว่างประเทศ สัญญาว่าด้วยการเงินและการชำระราคา<sup>1</sup> เป็นต้น จึงก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินพิธีการทางศุลกากรและการทำธุรกรรมต่าง ๆ

ประการที่สอง ลักษณะของสินค้าที่คู่สัญญาตกลงซื้อขายกันโดยส่วนใหญ่เป็นสินค้าที่หายากหรือเป็นสินค้าที่มีคุณสมบัติเฉพาะตัวซึ่งคู่สัญญาอาจจะระบุลักษณะหรือประเภทของสินค้าไว้อย่างละเอียดเพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของตน นอกจากนี้หากเป็นสินค้าที่มีอยู่ในประเทศของผู้ซื้อผู้ซื้อก็อาจซื้อสินค้านั้นจากต่างประเทศ เนื่องจากราคาสินค้าต่ำกว่าที่ซื้อขายภายในประเทศของตน

ประการสุดท้าย เนื่องจากลักษณะของการค้าระหว่างประเทศต้องมีการขนส่งสินค้าข้ามแดน ดังนั้นจึงต้องดำเนินพิธีการทางศุลกากรเพื่อนำสินค้าออกจากประเทศหนึ่งและนำเข้ามายังอีกประเทศหนึ่ง

---

<sup>1</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Law), พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), หน้า 15.

ทั้งนี้ ในกระบวนการดังกล่าวอาจรวมถึงการขอใบอนุญาตนำเข้าและส่งออก ตลอดจนการชำระค่าภาษีศุลกากร เป็นต้น

จากลักษณะเฉพาะของการค้าระหว่างประเทศข้างต้นทำให้เห็นว่าต้นทุนในการดำเนินธุรกรรมของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศสูงกว่าการซื้อขายภายในประเทศ ดังนั้น หลักการพื้นฐานของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) จึงประกอบไปด้วยหลักสุจริต (Good Faith) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) และหลักการรักษาสัญญาระหว่างคู่กรณี (Preservation of Contract) เพื่อให้สัญญาไม่ถูกยกเลิกได้ง่าย จึงไม่อนุญาตให้คู่สัญญาหยิบยกเหตุเล็กน้อยมาเป็นเหตุให้สัญญาลิ้นสุดลง เพราะการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีต้นทุนค่อนข้างสูงกว่าการซื้อขายภายในประเทศ การเลิกสัญญาอาจทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับความเสียหาย<sup>2</sup>

อย่างไรก็ตาม เมื่อเศรษฐกิจการค้าเจริญเติบโตและมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น หากมีปัจจัยทางเศรษฐกิจหรือแรงกระตุ้นอื่น ๆ มาเกี่ยวข้อง คู่สัญญาอาจตัดสินใจที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยมิได้ยึดถือข้อความในเอกสารหรือปฏิบัติการชำระหนี้ตามข้อตกลงในสัญญา เช่น ผู้ขายซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันตามสัญญาโดยไม่ดำเนินการผลิตสินค้าอย่างมีจริยธรรม หรือไม่ปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนเพื่อประหยัดต้นทุนในการผลิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากประเทศตกอยู่ในสภาวะวิกฤติทำให้ขาดแคลนวัตถุดิบหรือสินค้าบางอย่าง สินค้าบางจำพวกจึงเป็นที่ต้องการของตลาดส่งผลให้การตัดสินใจในเชิงพาณิชย์ของคู่สัญญาเปลี่ยนแปลงไป เช่น ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) หน้ากากอนามัย (Mask) เป็นสินค้าที่ต้องการของตลาดทำให้สินค้ามีราคาสูงขึ้น หากมีบุคคลภายนอกหรือผู้ซื้อรายอื่นมาติดต่อซื้อหน้ากากอนามัยในราคาสูงกว่าที่ผู้ขายได้ตกลงกับผู้ซื้อรายแรก ผู้ขายมีแนวโน้มที่จะขายและส่งมอบหน้ากากอนามัยให้แก่บุคคลภายนอก เพราะได้รับผลกำไรที่สูงกว่าการขายหน้ากากอนามัยให้แก่ผู้ซื้อรายแรก ในทางกลับกันหากผู้ซื้อสามารถหาซื้อหน้ากากอนามัยได้ในราคาที่ต่ำกว่าที่ตกลงไว้กับผู้ขาย ผู้ซื้อก็อาจจงใจผิดสัญญากับผู้ขายเดิมและไปซื้อหน้ากากอนามัยกับผู้ขายรายอื่นซึ่งขายในราคาที่ต่ำกว่า

ตัวอย่างการผิดสัญญาซื้อขายข้างต้นเป็นการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้กับฝ่ายผู้ขายและฝ่ายผู้ซื้อ กล่าวคือในกรณี

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

ของผู้ขาย เมื่อนำสินค้าไปส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกในราคาที่สูงกว่าเดิม มีผลให้ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าทั้งหมดให้แก่ผู้ซื้อเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้หรือก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ ส่วนกรณีของผู้ซื้อ เมื่อตัดสินใจซื้อสินค้ากับบุคคลภายนอกในราคาต่ำกว่าสัญญาซื้อขาย มีผลให้ผู้ซื้อไม่รับมอบสินค้าและไม่ชำระราคากับผู้ขาย ซึ่งการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวหากเกิดขึ้นก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ อาจจัดอยู่ในลักษณะหนึ่งของการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้น ซึ่งมีบัญญัติใน CISG ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ตามหลักกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายโดยวัตถุประสงค์ของการเยียวยาความเสียหาย คือ การทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอยู่ในสถานะเสมือนว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่ง Article 74 ได้กำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายไว้เช่นกัน บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเยียวยาความเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) โดยใช้หลักการชดเชยอย่างเต็มจำนวนและได้จำกัดขอบเขตในการเรียกค่าเสียหายไว้ ซึ่งการเยียวยาความเสียหายในรูปแบบดังกล่าวอาจไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญาซื้อขาย โดยนำสินค้าไปขายให้บุคคลภายนอกในราคาที่สูงกว่า (Efficient Breaches) ทำให้ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งในบางกรณีผู้ซื้ออาจซื้อสินค้ามาแล้วนำมาขายต่อ หรืออาจมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกรรมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินพิธีการทางศุลกากร การเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต การเรียกร้องค่าเสียหายจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งภายใต้บทบัญญัติใน CISG ที่มีอยู่อาจทำให้ผู้ซื้อได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เพียงพอ นอกจากนั้นอาจทำให้ผู้ซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายต้องแบกรับภาระเกินสมควรไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องคดี ค่าเสียเวลาในการจัดหาสินค้าทดแทน (Searching costs) ต้นทุนในการเจรจาต่อรองหรือทำความเข้าใจกับผู้ขายรายใหม่ (Bargaining Costs) การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อและบุคคลภายนอก ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจตามมา ดังนั้น เพื่อเป็นการสนับสนุนการค้าระหว่างประเทศ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจึงควรมีการแก้ไขโดยการตรากฎหมายใหม่หรืออาศัยการตีความและการอุดช่องว่างของ CISG เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

ในทางปฏิบัติ การเยียวยาความเสียหายประเภทค่าเสียหายจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการนำสินค้าไปขายให้บุคคลภายนอกในราคาที่สูงกว่า (Disgorgement Damages) เริ่มได้รับการยอมรับมากขึ้น

ในกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>3</sup> โดยกฎหมายของประเทศอังกฤษยอมรับให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายประเภทดังกล่าวในบางสถานการณ์ ขณะเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขายไว้อย่างชัดเจนใน The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment<sup>4</sup> แต่สำหรับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ในขณะร่าง CISG ไม่มีการบัญญัติลักษณะ ความหมาย และหลักเกณฑ์กำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าว จึงยังไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนและยังคงมีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกัน ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) สามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชดใช้ความเสียหายในรูปของผลกำไรหรือประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับหรือไม่ (Disgorgement Damages) และการเรียกค่าเสียหายดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายในเรื่องใด

อย่างไรก็ดี แม้ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีของ CISG แต่ในปัจจุบัน มีประเทศภาคีสมาชิกจำนวน 98 ประเทศ<sup>5</sup>ซึ่งประกอบไปด้วยประเทศในกลุ่มอาเซียนจำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ สิงคโปร์ เวียดนาม ลาว ย่อมคาดหมายได้ว่าในอนาคตประเทศไทยก็มีแนวโน้มที่จะเข้าเป็นภาคีสมาชิกของ CISG และเมื่อถึงเวลาดังกล่าว CISG ก็จะมีผลใช้บังคับในฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศ หรือหากประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคี CISG ก็จะมีผลใช้บังคับในฐานะกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งศาลอาจต้องนำ CISG ปรับใช้ หากกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกัน นำไปสู่การใช้ CISG เช่น คู่สัญญาตกลงกันให้ใช้ CISG เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (Governing Law) ดังนั้น จึงเลี่ยงไม่ได้ที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะต้องนำ CISG มาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี

<sup>3</sup>Florence Eicher, "Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 Cisg," *LSE LAW REVIEW* Volume 3(2018): p.29

<sup>4</sup> เป็นการรวบรวมและจัดทำหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Legal Institution) ในประเด็นต่าง ๆ เช่น ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด แม้ไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติศาลได้นำหลักการต่าง ๆ ใน the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment ไปปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี เพื่อให้การใช้กฎหมายสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

<sup>5</sup> Pace Law School Institute of International Commercial Law, "Cisg: List of Contracting States " [Online] Accessed: 5 March 2020. Updated: Tuesday, February 4, 2020. Available from: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-list-contracting-states>



ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาว่า หากมีการจงใจผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ค่าเสียหายในรูปของผลกำไรหรือประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับ (Disgorgement Damages) จะเป็นค่าเสียหายซึ่งคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายสามารถเรียกร้องได้หรือไม่ อยู่บนฐานของหลักกฎหมายในเรื่องใดและศาลหรือนุญาโตตุลาการควรมีแนวทางในการตัดสินหรืออุดช่องว่างของกฎหมายอย่างไร โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวทางการตัดสินของศาลในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นกฎหมายที่คู่สัญญานิยมเลือกให้เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ<sup>6</sup> จึงมีความเหมาะสมที่จะนำมาศึกษา วิเคราะห์ และกำหนดแนวทางในการเยียวยาความเสียหายให้เกิดความชัดเจน เพื่อประโยชน์แก่ผู้ประกอบการอันจะช่วยให้ภาคธุรกิจสามารถประเมินต้นทุนและลดต้นทุนในการทำธุรกรรม รวมถึงเป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาหรือนุญาโตตุลาการนำไปปรับใช้ในการกำหนดค่าเสียหายหากมีการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าว ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยเป็นสากลมากยิ่งขึ้น

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่ออธิบายลักษณะการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจตามแนวคิดทางนิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ในบริบทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG)
2. เพื่ออธิบายหลักเกณฑ์ในการชดเชยความเสียหายในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในบริบทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) และแนวทางกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรหรือประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับ (Disgorgement Damages)
3. เพื่อศึกษาสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในการเรียกร้องผลกำไรของผู้ขาย หรือประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับ (Disgorgement Damages) ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

<sup>6</sup> Trevor Tayleur, "The Common Law System: Why London Is the Jurisdiction of Choice," [Online] Accessed: 17 September 2020. Available from: <https://www.openaccessgovernment.org/common-law-system/60421/>

ตามแนวทางของระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อนำไปใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีของศาล

4. เพื่อสามารถวิเคราะห์ สรุปปัญหา ข้อบกพร่อง และทราบแนวทางที่เหมาะสมในการเยียวยาความเสียหายกรณีที่มีการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจในบริษัทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (CISG) เพื่อนำผลการศึกษาและข้อพิจารณาที่ได้มาเสนอเป็นแนวทางในการตัดสินของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ

### 1.3 สมมติฐานในการศึกษาวิจัย

แม้บทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (United Nations Convention on Contracts for International Sales of Goods A.D.1980) หรือ CISG ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องค่าเสียหายแต่ละประเภทไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณามิติด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ การเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ควรครอบคลุมถึงค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ภายใต้เงื่อนไขบางประการ

### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นศึกษา แนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลประเทศอังกฤษและศาลประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยมีแนวโน้มที่เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีคำสั่งตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เพื่อพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเพื่อให้เป็นไปตามมติของคณะรัฐมนตรี<sup>7</sup> ซึ่งหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคี CISG ก็จะมี

<sup>7</sup> วันดี สุชาติกุลวิทย์, "ความพยายามในการจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศของไทย," ใน เอกสารประกอบการเสวนาในหัวข้อ: "ประเทศไทยกับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 สัมมนา เรื่อง ประเทศไทยกับการเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ : Towards Modernization and Harmonization of International Sale Law: Challenges and Prospects", (19 ธันวาคม 2562), หน้า 10.

ผลใช้บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคี CISG ก็อาจมีผลใช้บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ แม้คู่สัญญาจะไม่ได้มีสถานประกอบการอยู่ภายในรัฐซึ่งเป็นภาคีของ CISG แต่กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายของประเทศภาคี เช่น คู่สัญญาตกลงกันให้ใช้ CISG เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (Governing Law) CISG ก็อาจมีผลใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 โดยคู่สัญญามีหน้าที่ต้องพิสูจน์กฎหมายให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ทั้งนี้ แม้คู่สัญญาจะสามารถพิสูจน์กฎหมายจนเป็นที่พอใจแก่ศาล แต่หากกฎหมายต่างประเทศที่จะใช้ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย ศาลประเทศไทยก็จะต้องตัดสินคดีพิพาทด้วยกฎหมายภายในแห่งประเทศไทย

ด้วยเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงมุ่งศึกษาเฉพาะสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้ CISG เท่านั้น โดยประเด็นแรกในส่วนของกรณีสัญญา การที่ผู้ขายไม่ชำระหนี้อันเป็นการผิดสัญญา อาจเกิดขึ้นหลายกรณี<sup>8</sup> เช่น ผู้ขายไม่ชำระหนี้เลย (Non-performance หรือ Breach of contract) ผู้ขายไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสมควร หรือผู้ขายชำระหนี้ล่าช้า (Delayed Performance) ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาเฉพาะกรณีที่ผู้ขายเจตนาไม่ส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อ เนื่องจากผู้ขายได้ขายสินค้าตามสัญญาในราคาที่สูงกว่าและส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว (Efficient Breaches) จึงไม่สามารถส่งมอบสินค้าทั้งหมดให้แก่ผู้ซื้อได้ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาโดยไม่ชำระหนี้เลย (Non-performance หรือ Breach of contract) หรือชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ผู้ซื้อเป็นฝ่ายผิดสัญญาได้เช่นเดียวกัน แต่ผู้เขียนมุ่งศึกษาเฉพาะกรณีที่ผู้ขายเป็นฝ่ายผิดสัญญา เนื่องจากเป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน กล่าวคือในขณะที่โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนาแพร่ระบาด (COVID-19) ราคาสินค้าบางอย่างซึ่งเป็นที่ต้องการของตลาด เช่น หน้ากากอนามัย เจลแอลกอฮอล์ ย่อมมีราคาสูงขึ้น<sup>9</sup> ผู้ขายมักอาศัยโอกาสทางธุรกิจเพื่อแสวงหาผลกำไร ประกอบกับในทางปฏิบัติมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการที่ผู้ขายเป็นฝ่ายผิดสัญญาอยู่บ่อยครั้ง เพื่อผู้เขียนจะได้ศึกษาและวิเคราะห์

<sup>8</sup> พลกริชย์ พันธุ์คำเกิด, คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมสัญญาและหนี้ ภาคนิติกรรม-สัญญา และระบบพื้นฐานแห่งการบังคับชำระหนี้ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิง จำกัด 2562), หน้า 272-276.

<sup>9</sup> "สำรวจตลาด 'หน้ากากอนามัย' ราคาพุ่ง 10 เท่า บนออนไลน์," [Online] Accessed: 17 กันยายน 2563.

การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวได้อย่างละเอียดและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยคดีต่อไป

ประเด็นถัดมา เรื่องแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายในสถานการณ์ที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญาซื้อขายโดยมีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ผู้เขียนมุ่งศึกษาแนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ใน Article 74 และ Article 84 (2) ของ CISG โดยจะศึกษาว่าการเยียวยาความเสียหายประเภท Disgorgement Damages เป็นรูปแบบหนึ่งของการชดเชยเยียวยาความเสียหายภายใต้ CISG อันจะทำให้ผู้ขายต้องชดใช้ค่าเสียหายให้ผู้ซื้อหรือไม่ หรือจะอุดช่องว่างอย่างไรในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้ครอบคลุมถึงค่าเสียหายประเภทค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

### 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีศึกษาแบบวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทย และภาษาต่างประเทศในรูปแบบของตำราทางกฎหมาย บทความทางกฎหมาย ตำบทยกกฎหมายของไทยและตำบทยกกฎหมายของต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลเอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ปรากฏในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อนำมาเป็นข้อมูล วิเคราะห์ หาข้อสรุป และเสนอแนวทางที่เหมาะสมต่อไป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. ทำให้เกิดความเข้าใจพื้นฐานเกี่ยวกับการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจทั้งในด้านนิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์และในบริบทของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ แนวทางและขอบเขตในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (CISG)

3. สามารถวิเคราะห์และกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในกรณีที่มีการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจในบริบทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (CISG) และสามารถวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้ค่าเสียหายประเภทดังกล่าวในประเทศไทย

4. เพื่อเป็นแนวทางในการวินิจฉัยหรือพิพากษาของศาลและอนุญาโตตุลาการในอนาคตสำหรับการกำหนดค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจและเพื่อให้องค์กรธุรกิจเข้าใจถึงสิทธิและหน้าที่ของตนในการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากผลกำไร

### 1.7 ทบทวนวรรณกรรม

1. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เรื่อง ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ เขียนโดย นางสาวพรณิภา บุรพาชีพ (2522)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาหลักกฎหมายและปัญหาการเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยเปรียบเทียบกับหลักการเรียกค่าเสียหายในกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ เป็นต้น แต่มิได้มุ่งศึกษาการเรียกค่าเสียหาย ประเภท Disgorgement Damages ในกรณีที่มีการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจโดยเฉพาะจึงแตกต่างจากผู้เขียนที่มุ่งศึกษา แนวคิด ความเป็นมา และแนวทางการเยียวยาความเสียหายในกรณีดังกล่าว

2. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่องการกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เขียนโดย นายวิริทธิ์พล วินิตวัฒน์คุณ (2546)

วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าว ได้ศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ ตามสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 และ มาตรา 223 ซึ่งเป็นแนวทางให้ผู้เขียนในการศึกษาการเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายไทย แต่วิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจะวิเคราะห์ต่อไปว่า Disgorgement Damages อยู่ในขอบเขตที่เจ้าหนี้หรือผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกร้องได้หรือไม่

3. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง เกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขาย เขียนโดย นายกิตติ ศิลปงามเสถียร (พ.ศ.2548)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขาย ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ โดยศึกษาแนววินิจฉัยของศาล ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา โดยผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้กล่าวถึงการการเรียกค่าเสียหายในกรณีต่าง ๆ รวมถึงค่าเสียหายในกรณีที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญา แต่มิได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายไว้ชัดเจนแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนที่มุ่งเน้นศึกษาค้นคว้าแนวคิด ทฤษฎีของการจงใจผิดสัญญาซื้อขายโดยมีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ ซึ่งส่งผลต่อประเด็น

ในการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement damages เพื่อให้เกิดความเข้าใจในการนำผลกำไรหรือประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับมาชดเชยให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในรูปของค่าเสียหาย

4. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง ปัญหาในการเลิกสัญญา เขียนโดย ร้อยตำรวจโทหญิงพรนิภา อินทรเชียรศิริ (พ.ศ.2552)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้กล่าวถึงหลักทั่วไปในการเลิกสัญญา การเรียกค่าเสียหายจากการเลิกสัญญา และปัญหาในการเรียกค่าเสียหายและการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีต่าง ๆ ซึ่งในประเด็นเรื่องการเรียกค่าเสียหาย ผู้เขียนวิทยานิพนธ์มิได้มีการกล่าวถึงการเรียกค่าเสียหายจากผลกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายที่จงใจผิดสัญญาได้รับ (Disgorgement Damages)

5. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เรื่อง ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายภายหลังเลิกสัญญา เขียนโดย นางสาวสิรินภา ไทรนนทรี (พ.ศ.2560)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาหลักกฎหมาย แนวคิดและแนวคำพิพากษาของศาลในการเรียกค่าเสียหายภายหลังการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ วิทยานิพนธ์นี้มีความคล้ายคลึงกับวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน แต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนมุ่งเน้นศึกษาหลักการเรียกร้องค่าเสียหาย และประเภทของค่าเสียหายที่ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องได้ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจในบริษัทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980

6. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ เรื่อง ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษและการเรียกเอาผลกำไรจากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เขียนโดย นางสาวสิรินภา วงศ์จิรัตน์สกุล

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาเรื่องการเรียกผลกำไรจากผู้กระทำละเมิดซึ่งเหมือนกับผู้เขียน และได้ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษ ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนในการศึกษาค้นคว้าเพื่อทำความเข้าใจหลักการพื้นฐานของการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ วิทยานิพนธ์นี้ต่างกับผู้เขียน คือ วิทยานิพนธ์นี้ศึกษาในขอบเขตของกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ผู้เขียนมุ่งศึกษาการเรียกค่าเสียหายในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในบริบทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (CISG)

7. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง ค่าเสียหายที่เรียกได้ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เขียนโดย นางสาวภริชญา วีระสุขโข (พ.ศ.2552)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาว่าค่าเสียหายประเภทใดบ้างที่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ โดยศึกษาหลักเกณฑ์การเรียกค่าเสียหายตาม Article 74-78 และหยิบยกค่าเสียหายบางประเภทที่ยังมีข้อถกเถียงมาวิเคราะห์ เช่น ค่าทนายความ ค่าเสียหายต่อกู้ดวิลล์ อัตราดอกเบี้ย ทั้งนี้ ผู้เขียนวิทยานิพนธ์ได้มีการกล่าวถึงการเรียกค่าเสียหายในผลกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา (Disgorgement damages) ซึ่งเป็นประเด็นที่ผู้เขียนศึกษาอย่างละเอียด

8. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เรื่อง การกำหนดค่าเสียหาย : ศึกษากรณีผิดสัญญาและละเมิด เขียนโดย นางสาวสิริลักษณ์ กิรดิรัตน์พุกษ์ (2552)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาและเปรียบเทียบการเรียกค่าเสียหายในกรณีการผิดสัญญาและละเมิด แต่ไม่ได้มุ่งศึกษาการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจไว้โดยเฉพาะ จึงแตกต่างจากผู้เขียนที่มุ่งศึกษา แนวคิด ความเป็นมาและแนวทางการเยียวยาความเสียหายของค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages

9. บทความเรื่อง Pacta Sunt Servanda : Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG จากนิตยสาร LSE law review 2018

บทความนี้ได้อธิบายหลักการและแนวคิดพื้นฐานของการเรียกร้องค่าเสียหายในบริบทของ CISG พร้อมทั้งความคิดเห็นของนักวิชาการทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและไม่สนับสนุนแนวคิดการกำหนดค่าเสียหายในรูปผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) และยกตัวอย่างคดีที่ศาลพิพากษาให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานำผลกำไรที่ตนได้รับชดใช้เป็นค่าเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย

การค้นคว้าข้อมูลจากบทความดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนในการศึกษาค้นคว้าเพื่อทำความเข้าใจแนวคิดพื้นฐานในการกำหนดค่าเสียหายภายใต้ CISG การตีความและการอุดช่องว่าง ซึ่งผู้เขียนวิทยานิพนธ์ได้นำแนวทางการกำหนดค่าเสียหายของผู้เขียนบทความข้างต้นมาศึกษาเพื่อเสนอแนะแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขายได้อย่างเหมาะสม แต่บทความนี้มีได้กล่าวถึงแนวคิดพื้นฐานของการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ

(Efficient Breaches) ในมิติด้านนิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ จึงแตกต่างจากผู้เขียนที่มุ่งศึกษาแนวคิดพื้นฐานของการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) และการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) อย่างละเอียด เพื่อวิเคราะห์ต่อไปว่า CISG ควรยอมรับให้มีการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวหรือไม่ และหากผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะเช่นว่านี้ ศาลควรมีแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายอย่างไรเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา นอกจากนี้ ผู้เขียนได้เสนอแนวทางการตีความและการอุดช่อง CISG พร้อมทั้งเงื่อนไขในการพิจารณาเพื่อกำไรค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขายในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายโดยมีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches)

10. หนังสือกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ Law and Economics ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด และแนวคิดหลักกฎหมายและคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจของ ของศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล

หนังสือเล่มนี้ได้อธิบายลักษณะของการผิดสัญญาซื้อขายอย่างมีประสิทธิภาพ (Efficient Breaches) โดยผู้เขียนจะนำแนวคิดดังกล่าวไปต่อยอด และนำไปปรับใช้ในบริบทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดแนวทางการเยียวยาความเสียหายเนื่องจากการผิดสัญญาได้อย่างเหมาะสม



## บทที่ 2

### การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) และการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

#### 2.1 ความนำ

การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) เป็นแนวคิดกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งมีแนวคิดที่ว่ากฎหมายควรยอมให้คู่สัญญาผิดสัญญาได้ หากการผิดสัญญานั้นเป็นการกระทำที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ การผิดสัญญาส่งผลให้ผู้ผิดสัญญาได้รับผลกำไรมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญา ทฤษฎีดังกล่าวจึงเป็นทฤษฎีที่ใช้ในการอธิบายรูปแบบหนึ่งของการผิดสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในทางเศรษฐศาสตร์ที่มุ่งเน้นประสิทธิภาพและความมั่งคั่งในระบบเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านเห็นว่าทฤษฎีนี้ขัดกับหลักศีลธรรมและหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

ในบทนี้ผู้เขียนจะเริ่มจากการอธิบายความหมายของการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) แนวคิดพื้นฐานและทฤษฎีในทางเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวมากยิ่งขึ้น จากนั้นจะอธิบายแนวคิดพื้นฐานและหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายจากผลกำไรหรือประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (Disgorgement Damages) และในที่สุดท้ายของบทนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของทั้งสองทฤษฎีดังกล่าว

#### 2.2 ประวัติความเป็นมา ความหมาย ลักษณะและทฤษฎีทางด้านเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches)

การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นโดย Robert Birmingham ปี ค.ศ.1970<sup>1</sup> ซึ่งปรากฏในวารสาร law review

---

<sup>1</sup> Wenqing Liao, The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law a Comparative Law and Economics Perspective (United Kingdom Intersentia Publishing 2017), p. 46.

เรื่อง Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency และได้รับการขนานนามจากนักวิชาการ Charles Goetz และ Robert Scott. ในปี ค.ศ.1977<sup>2</sup> โดยทฤษฎีดังกล่าวมีแนวคิดไว้ในบางสถานการณ์คู่สัญญาไม่ควรถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา เนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะช่วยเพิ่มสวัสดิการของสังคม (Social Welfare) มากกว่า<sup>3</sup> ซึ่งมีนักวิชาการหลายท่านให้คำจำกัดความทฤษฎีนี้ไว้ ทั้งนี้ คำว่า สวัสดิการของสังคม (Social Welfare) ในบริบทนี้หมายความว่า หากผู้ขายเห็นว่าการปฏิบัติตามสัญญาจะทำให้ตนได้รับผลกำไรน้อยลง ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์เรียกว่า การปฏิบัติตามสัญญานั้นไม่มีประสิทธิภาพ (Inefficient) ผู้ขายมีสิทธิไม่ปฏิบัติตามสัญญา<sup>4</sup> ผู้ขายจึงสามารถเลือกที่จะผิดสัญญาโดยไม่ขายสินค้านั้นให้แก่ผู้ซื้อและขายสินค้าดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกผู้เห็นค่าในทรัพย์สินนั้นมากกว่า ซึ่งผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะทำให้ผู้ขายและบุคคลภายนอกได้รับประโยชน์ กล่าวคือการขายสินค้าให้แก่บุคคลภายนอกเป็นถ่ายโอนทรัพย์สินไปยังบุคคลภายนอกผู้เห็นค่าของทรัพย์สินนั้นมากกว่าผู้ซื้อ ส่วนผู้ขายได้รับผลกำไรเพิ่มขึ้น ในขณะที่ผู้ซื้อก็มีได้ตกอยู่ในสถานะแย่งลงเนื่องจากจะได้รับการชดใช้ความเสียหายในผลประโยชน์ที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับจากผู้ขาย ดังนั้น เมื่อผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญามีมากกว่าความเสียหายที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับและผู้ขายยินดีชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ซื้อจะส่งผลให้ผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือสังคมได้รับประโยชน์เพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตาม นักวิชาการด้านกฎหมายและนักวิชาการด้านเศรษฐศาสตร์หลายท่านเห็นว่าทฤษฎีดังกล่าวเป็นการพิจารณาที่มุ่งเน้นแต่เพียงประสิทธิภาพเท่านั้น โดยมิได้พิจารณาเหตุผลทางด้านศีลธรรม ซึ่งเป็นรากฐานของวัฒนธรรมทางการเมือง วัฒนธรรมทางศีลธรรมและจิตใจ เนื่องจากคู่สัญญามีหน้าที่ต้องรักษาสัญญา ซึ่งเป็นคุณธรรมที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป<sup>5</sup> หรือในประเด็นเรื่องความเหมาะสมในการเยียวยาความเสียหาย

การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในสัญญาซื้อขายสินค้าไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขายภายในประเทศหรือสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ เมื่อมีการผิดสัญญาซื้อขายทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายในระบบกฎหมายต่าง ๆ และในอนาคตสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า

<sup>2</sup> Ibid., p.18.

<sup>3</sup> Ibid., p.46.

<sup>4</sup> Klass Gregory, "Efficient Breach in the Philosophical Foundations of Contract Law," Oxford University Press Volume 4 (2014): p.362.

<sup>5</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract," Yale L.J Volume 89, Issue 7 (1980): p.1261.

ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (United Nations Convention on Contracts for International Sales of Goods A.D. 1980) หรือที่เรียกโดยย่อว่า CISG อาจมีเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการเยียวยาความเสียหายแตกต่างกันออกไป ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาเนื้อหาในส่วนนี้ในบริบทของ CISG กฎหมายประเทศอังกฤษ และกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ในรายละเอียดต่อไป

โดยเนื้อหาของการผลิตสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ที่ผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อ 2.1 จะเป็นลักษณะของการผลิตสัญญา และเนื่องจากการผลิตสัญญาดังกล่าวมีแรงจูงใจในด้านเศรษฐกิจเข้ามาเกี่ยวข้อง ผู้เขียนจะอธิบายแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ ประกอบกับแนวคิดด้านกฎหมายเพื่อให้ผู้อ่านเห็นมุมมองที่กว้างขึ้น

### 2.2.1 ความหมายของการผลิตสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches)

สัญญาก่อให้เกิดหนี้หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือสัญญาก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่ายได้แก่ฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ เมื่อมีนิติสัมพันธ์ทางหนี้เกิดขึ้น ฝ่ายเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้และฝ่ายลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยการชำระหนี้นั้นอาจเป็นการกระทำ การงดเว้นการอันใดอันหนึ่ง หรือส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญา มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการต่อรองราคาและเพิ่มสินทรัพย์ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย อย่างไรก็ตามคู่สัญญาคู่สัญญาได้ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญา เช่น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเป็นเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือกรณีที่ผู้ขายส่งมอบสินค้าล่าช้าหรือส่งมอบสินค้าไม่เป็นไปตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันการค้าและเศรษฐกิจเจริญเติบโตและมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น หากมีปัจจัยทางเศรษฐกิจหรือแรงกระตุ้นมาเกี่ยวข้อง คู่สัญญาอาจตัดสินใจที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยมิได้ยึดถือข้อความในเอกสารหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ใน Black's Law Dictionary<sup>6</sup> ได้ให้ความหมายการผิดสัญญา (Breach of Contract) ไว้ว่า “การผิดสัญญา หมายถึง การที่คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญา การไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดการฟ้องร้อง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจขอให้

<sup>6</sup> Black's Law Dictionary, "Breach of Contract," [Online] Accessed: March 8, 2020 Available from: <https://www.freelawdictionary.org/breach-of-contract/>

ศาลมีคำพิพากษาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชดใช้ค่าเสียหายจากการผิดสัญญา โดยมีสาเหตุจากการที่ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามข้อตกลงหรือการเจรจา ต่อรองตามสัญญา หรือมีการแทรกแซงการปฏิบัติตามชำระหนี้ หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่าจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามที่ระบุไว้ในสัญญา หรือหากการกระทำ และความประพฤติของคู่สัญญาอาจคาดหมายได้ว่าจะไม่ชำระหนี้ถือเป็นการผิดสัญญา”

เมื่อพิจารณานิติสัมพันธ์ในสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนพบว่า ผู้ขายมีสองสถานะ สถานะที่หนึ่ง คือ ในฐานะเจ้าหนี้ ผู้ขายมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ซื้อชำระราคาสินค้าตามที่ตกลงกันไว้ ตามสัญญาซื้อขาย สถานะที่สอง คือ ในฐานะลูกหนี้ ผู้ขายมีหน้าที่หลักคือต้องส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ ส่วนผู้ซื้อก็มีสองสถานะเช่นกันคือในฐานะเจ้าหนี้ ผู้ซื้อมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบสินค้า และในฐานะ ลูกหนี้ ผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องชำระราคาสินค้า ดังนั้นการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นในสัญญาซื้อขายจะเกิดขึ้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่สามารถชำระหนี้ของตนได้

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าตามสัญญาซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิเรียกให้ผู้ขายชำระหนี้ และชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการที่ผู้ขายลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ตามปกติในการชำระหนี้

จากความหมายของการผิดสัญญาข้างต้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะอธิบายความหมายของคำว่า การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ หรือ Efficient Breaches ทั้งในแง่กฎหมายและเศรษฐศาสตร์ โดยในรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะใช้คำว่า “Efficient Breaches” แทนคำว่า “การผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจาก ผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ” เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนและให้ผู้อ่านเข้าใจได้ง่าย

ในพจนานุกรมทางกฎหมาย Black’s Law dictionary<sup>7</sup>ให้ความหมายคำว่า Efficient Breaches ไว้ ว่า “เป็นการผิดสัญญาโดยเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความสะดวกหรือประโยชน์มากกว่าหากมีการปฏิบัติตามสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญายินดีชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่ง”

นอกจากนี้ Richard Allen Posner (Posner) ผู้พิพากษาและนักวิชาการด้านเศรษฐศาสตร์ ชาวอเมริกันได้ให้ความหมายของคำดังกล่าวไว้ในหนังสือ การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐกิจ

<sup>7</sup> Bryan A.Garner, Black's Law Dictionary, Seventh edition ed. (United State of America West Publishing Co., 1990).

(Economic Analysis of Law) ว่า “คู่สัญญาที่มีแนวโน้มที่จะผิดสัญญาได้โดยง่ายเพียงเพราะผลกำไรที่เกิดจากการฝ่าฝืนข้อตกลงตามสัญญามีมูลค่าสูงกว่าผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับการปฏิบัติตามสัญญา หากผลกำไรจากการฝ่าฝืนข้อตกลงตามสัญญามากกว่าผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งคาดว่าจะได้รับ หากได้มีการปฏิบัติตามสัญญา และหากค่าเสียหายถูกจำกัดเพียงความเสียหายต่อประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายคาดว่าจะได้รับ ก็จะสร้างแรงจูงใจให้คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญามากขึ้น”<sup>8</sup>

Posner อธิบายว่าการเยียวยาความเสียหายตามสัญญาควรให้สัญญาจูงใจให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา เว้นแต่ผลจากการปฏิบัติตามสัญญาจะทำให้การใช้ทรัพยากรไม่มีประสิทธิภาพ<sup>9</sup> คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาเพราะไม่มีประสิทธิภาพ จึงให้สิทธิคู่สัญญาเลือกที่จะปฏิบัติตามสัญญา หรือชดใช้ค่าเสียหายในจำนวนเท่ากับความเสียหายต่อประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดว่าจะได้รับ

การผิดสัญญาดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากนักวิชาการด้านเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากในทางเศรษฐศาสตร์มองว่าในบางสถานการณ์คู่สัญญาไม่ควรทำถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา เพราะการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ของคู่สัญญาอาจเพิ่มสวัสดิการให้สังคมมากกว่าการปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์เรียกว่า การผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากเป็นกรณีที่ทำให้ทรัพย์สินเปลี่ยนมือไปสู่ผู้ที่เห็นค่าของทรัพย์สินนั้นมากกว่า ซึ่งเป็นการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด จึงให้โอกาสแก่คู่สัญญาเลือกที่จะผิดสัญญามากกว่าการปฏิบัติตามสัญญา

จากนิยามข้างต้น สามารถอธิบายได้ว่า Efficient Breaches เป็นแนวความคิดที่ว่ากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาควรยอมให้คู่สัญญาผิดสัญญาได้ หากว่าการผิดสัญญานั้นเป็นการกระทำที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งในทางการค้าคือการค้าที่คู่สัญญาได้รับผลกำไรเพิ่มมากขึ้น ซึ่งคำว่า ประสิทธิภาพในที่นี้หมายถึง ประสิทธิภาพตามหลัก Pareto Superiority กล่าวคือ เป็นการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสถานะดีขึ้น (Better-off) และไม่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะแย่ลง (Worse-off) ซึ่งก็คือ การแสวงหาประโยชน์สูงสุด (Wealth Maximization)<sup>10</sup> หรือความมั่งคั่งที่จะเกิดขึ้นในระบบ

<sup>8</sup> Wenqing Liao, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law a Comparative Law and Economics Perspective* p. 47.

<sup>9</sup> Gregory, K., "Efficient Breach in the Philosophical Foundations of Contract Law," *Oxford University Press*: 363.

<sup>10</sup> ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายกับธุรกิจ (Law and Business)*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม), หน้า 74-75.

เศรษฐกิจ โดย Posner เห็นว่าความมั่งคั่งจะต้องถูกกำหนดโดยความเต็มใจของแต่ละบุคคลในการจ่ายเงิน เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งที่ดีมากกว่า และบุคคลนั้นต้องมีความสามารถที่จะชำระราคา

ตัวอย่างเช่น A มีซอฟต์แวร์เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ B มองว่าซอฟต์แวร์นี้มีค่าเป็นเงิน 3,000,000 บาท B สนใจที่จะซื้อซอฟต์แวร์ดังกล่าวและมองว่าซอฟต์แวร์มีค่าถึง 5,000,000 บาท A ตกลงขายซอฟต์แวร์ให้ B ในราคา 4,000,000 บาท สัญญานี้นำไปสู่ Pareto Superiority แสดงให้เห็นว่าความคาดหวังของ A และ B จะได้ประโยชน์จากสัญญานี้ 1,000,000 บาท

ต่อมา C มองว่าซอฟต์แวร์มีราคา 9,000,000 บาท จึงขอซื้อจาก A ในราคา 6,000,000 บาท หาก A ผิดสัญญาไม่ขายสินค้าให้แก่ B การผิดสัญญาของ A จะเป็นการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches กล่าวคือ C จะได้ซอฟต์แวร์ที่ตนอยากได้และยินดีซื้อในราคา 9,000,000 บาท แต่สามารถซื้อได้ในราคาเพียง 6,000,000 บาท ทำให้ C มีสถานะดีขึ้น ส่วน B จะได้รับเงินจาก A จำนวน 1,000,000 บาท ฟรี จากการชดใช้ค่าเสียหายของ A ซึ่งเป็นจำนวนตรงกับความคาดหวังของ B ส่วน A เจ้าของซอฟต์แวร์ หลังจากจ่ายเงินให้ B เนื่องจากตนผิดสัญญา จำนวน 1,000,000 บาท แล้ว A จะยังเหลือเงินที่ได้รับจาก C จำนวน 5,000,000 บาท ซึ่งมากกว่าเงินที่จะได้รับจาก B ทำให้สถานะของ A ดีขึ้นหลังจากผิดสัญญา

จากคำอธิบายและตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า Efficient Breaches เป็นการผิดสัญญาในลักษณะที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญาและยินดีชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนเท่ากับความเสียหายต่อประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายคาดว่าจะได้รับ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะได้รับผลกำไรมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งอาจเรียกในทางเศรษฐศาสตร์ว่าเป็นการผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ (Efficiency) เพราะทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะที่ดีขึ้นโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับความเสียหาย กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้รับการชดเชยความเสียหายเสมือนมีการปฏิบัติตามชำระหนี้เกิดขึ้นอย่างถูกต้องตามสัญญา ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถสร้างผลกำไรได้ที่มีจำนวนสูงกว่าที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญาฉบับแรก

### 2.2.2 ทฤษฎีทางด้านเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches)

นิติศาสตร์กับเศรษฐศาสตร์เป็นศาสตร์ที่มีความสัมพันธ์กัน โดยวิชาเศรษฐศาสตร์เป็นการศึกษาถึงวิธีการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้มีประสิทธิภาพ ซึ่งประสิทธิภาพในทาง

เศรษฐศาสตร์ (Efficiency) หมายถึง การที่สังคมได้รับประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด โดยการผลิตสินค้าและบริการต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของมนุษย์ที่มีอยู่ไม่จำกัดและเพื่อให้สังคมบรรลุสวัสดิการสูงสุด (Welfare)<sup>11</sup> ส่วนวิชานิติศาสตร์เป็นศาสตร์ที่ให้คุณค่ากับมิติด้านความยุติธรรม (Justice) เป็นสำคัญโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการกำหนดกรอบกติกาว่าด้วยการอยู่ร่วมกันเพื่อผดุงความยุติธรรมของสังคม ซึ่งความเป็นธรรมตามกฎหมาย (Equity) หมายถึง การกระจายผลลัพธ์ของผลประโยชน์ระหว่างบุคคล โดยประสิทธิภาพและความยุติธรรมต่างเป็นเป้าหมายที่สังคมต้องการ เพราะสังคมในอุดมคติคือสังคมที่กลไกตลาดทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพและปัจเจกชนได้รับความยุติธรรม

การพิจารณาว่าจะจัดสรรหรือแบ่งปันผลประโยชน์นั้นอย่างไรให้เกิดประโยชน์สูงสุด หากเปรียบเทียบกับก้อนพายเป็นประสิทธิภาพ ซึ่งหมายถึงขนาดของผลรวมประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั้งหมด (the Size of the Economic Pie) วิธีตัดแบ่งผลประโยชน์ให้แก่แต่ละฝ่าย คือ ความเป็นธรรม โดยอาจนำทฤษฎีบางอย่างมาปรับใช้เพื่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนด้วยสัญญา ซึ่งช่วยให้จัดสรรทรัพยากรมีประสิทธิภาพสูงขึ้น (Allocative Efficiency) และช่วยลดต้นทุนในการทำธุรกรรม (Reduce Transaction Costs) ซึ่งกฎหมายสัญญาสามารถทำให้คู่สัญญาประหยัดต้นทุนทั้งในด้านข้อมูลและต้นทุนในการร่วมมือ อีกทั้งเป็นการวางหลักเกณฑ์กำกับ และสร้างแบบแผนพฤติกรรมที่ควรปฏิบัติของคู่สัญญาทั้งก่อนและหลังตกลงทำสัญญา<sup>12</sup> เพราะจะช่วยให้ต้นทุนในการทำธุรกรรมต่ำลง และสมาชิกในสังคมมีความพึงพอใจมากที่สุดซึ่งเป็นเป้าหมายที่สังคมต้องการ

เนื่องจากการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches มีแรงจูงใจทางด้านเศรษฐกิจเข้ามาเกี่ยวข้อง ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงอธิบายแนวคิดดังกล่าวผ่านกรอบแนวคิด ทฤษฎีในทางเศรษฐศาสตร์ ประกอบกับแนวคิด ทฤษฎีทางด้านนิติศาสตร์ และความคิดเห็นของนักวิชาการที่เกี่ยวข้องกับการผิดสัญญา ในลักษณะดังกล่าวเพื่อให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจมากขึ้น

<sup>11</sup> ภราดร ปริดาศักดิ์, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 4.

<sup>12</sup> ศรีณย์ พิมพ์งาม, "ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 16.

### 2.2.2.1 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง

#### ก. หลักประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Efficiency)

การทำสัญญามีเป้าหมายในทางเศรษฐศาสตร์ คือ ก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยน (Exchange) และการแลกเปลี่ยนนั้นทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งประสิทธิภาพรูปแบบหนึ่งในทางเศรษฐศาสตร์คือ หลักประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto)<sup>13</sup>

หลักประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Efficiency หรือ Allocatively Efficient) นำเสนอโดยวิลเฟรโด พาเรโต (Vilfredo Pareto) นักเศรษฐศาสตร์ชาวอิตาลี ทฤษฎีนี้ว่าด้วยการแลกเปลี่ยนที่มีประสิทธิภาพเป็นการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้อยู่ในภาวะแบบใดอย่างเสียอย่าง (Trade off) โดยสามารถเพิ่มประโยชน์ให้ฝ่ายหนึ่งได้ และไม่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเสียประโยชน์ ซึ่งถือว่าเกิดประโยชน์สูงสุดในเชิงประสิทธิภาพแบบพาเรโต<sup>14</sup>

ตัวอย่างเช่น A มีซอฟต์แวร์เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยเห็นว่าซอฟต์แวร์นี้มีค่าเป็นเงิน 3,000,000 บาท B สนใจที่จะซื้อซอฟต์แวร์ดังกล่าวโดยเห็นว่าซอฟต์แวร์ดังกล่าวมีค่าถึง 5,000,000 บาท A ตกลงขายซอฟต์แวร์ให้ B ในราคา 4,000,000 บาท สัญญานี้นำไปสู่ Pareto Superiority แสดงให้เห็นว่าความคาดหวังของ B จะได้ประโยชน์จากสัญญานี้เป็นเงิน 1,000,000 บาท ซึ่งหาก A ผิดสัญญา A ต้องชดใช้เงินให้ B เป็นจำนวน 1,000,000 บาท ซึ่งตรงกับความคาดหวังของ B ในการเข้าทำสัญญา

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีดังกล่าวก็ยังมีข้อพร่อง กล่าวคือแม้จะพิจารณาว่าไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดอยู่ในสถานะที่แย่ลง เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ชดเชยค่าเสียหายตามประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายคาดหวัง แต่ในทางปฏิบัติเป็นไปได้ยากที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะทราบความคาดหวังของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า การที่คู่สัญญาเจตนาไม่ปฏิบัติตามสัญญาเนื่องจากมุ่งหวังผลกำไรที่จะเกิดขึ้น และเป็นกรณีที่ผลกำไรที่ได้รับจากการผิดสัญญามากกว่าผลกำไรที่จะได้จากการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาควรได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม

<sup>13</sup> ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ : ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 58.

<sup>14</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, Law and Economics, 6<sup>th</sup> ed. (Berkeley Law Books, 2016), p. 14.



ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เพราะเมื่อผู้ซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาตกลงทำสัญญากับผู้ขายย่อมมีต้นทุนค่าเสียโอกาสเกิดขึ้น (Opportunity Cost) เช่น คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาอาจต้องไปหาซื้อสินค้าจากผู้ขายรายใหม่ ซึ่งในการดำเนินการย่อมมีค่าใช้จ่ายในการหาข้อมูล (Searching Information Cost) ค่าใช้จ่ายในการเจรจาต่อรอง (Bargaining Cost) เป็นต้น ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์เรียกค่าเสียหายเหล่านี้ว่าค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรม (Transaction Cost) นอกจากนี้การผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ยังกระทบต่อความเชื่อใจระหว่างคู่สัญญา ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในทางธุรกิจด้วย

### ข.หลักประสิทธิภาพแบบคาลดอร์-ฮิกส์ (Kaldor-Hicks Efficiency)

นิโคลัส คาลดอร์ (Nicholas Kaldor) และจอห์น ฮิกส์ (John Hicks) นักเศรษฐศาสตร์ชาวอังกฤษ ได้เสนอหลักเกณฑ์ว่าด้วยประสิทธิภาพ ซึ่งพัฒนาจากหลักพาเรโตหลักนี้ซึ่งเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Pareto superiority ซึ่งมีความเข้มข้นในเรื่องของประสิทธิภาพน้อยกว่าหลักพาเรโต แต่สอดคล้องกับปรากฏการณ์ในโลกแห่งความจริงมากกว่า เนื่องจากหลักประสิทธิภาพของพาเรโตตั้งอยู่บนข้อสมมติพื้นฐานที่ว่า ตลาดต้องทำงานอย่างสมบูรณ์ โดยปัจเจกคนแต่ละคนตัดสินใจแลกเปลี่ยนกันด้วยความสมัครใจ แต่ในทางปฏิบัติการตัดสินใจของหน่วยเศรษฐกิจไม่ได้ขึ้นอยู่กับเสรีภาพในการแสดงเจตนาเท่านั้น เนื่องจากสังคมมีกฎกติกาโดยรัฐเป็นผู้กำกับดูแลนโยบายและมาตรการต่าง ๆ เพื่อกำกับควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมซึ่งทำให้ตลาดไม่สามารถทำงานได้อย่างสมบูรณ์<sup>15</sup>

กรณี Efficient Breaches เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจรูปแบบหนึ่ง เนื่องจากเป็นสร้างประโยชน์ส่วนเกิน เพราะเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับผลกำไรมากกว่าผลกำไรที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญาฉบับแรก ในทางเศรษฐศาสตร์มองว่าก่อให้เกิดประสิทธิภาพ เพราะทำให้ผู้ผิดสัญญาอยู่ในสถานะที่ดีขึ้นกว่าเดิม (Better-off) ในขณะที่เดียวกันคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาก็สามารถเรียกชดเชยค่าเสียหายต่อความเสียหายที่คาดหวังได้เพื่อให้อยู่ในตำแหน่งเดียวกัน เสมือนว่ามีมีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเกิดขึ้น การแลกเปลี่ยนทรัพยากรที่เกิดขึ้นจึงทำให้ทรัพยากรถ่ายโอนมาอยู่ในความครอบครองของเจ้าของคนใหม่ที่เห็นค่าของทรัพยากรมากกว่าผู้ซื้อรายแรก

<sup>15</sup> ปกป้อง จันวิทยา, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์ (มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย: 2554), หน้า 75.

หากเปรียบเทียบ Efficient Breaches เสมือนเป็นเกมการแข่งขันที่มีผู้ชนะและผู้แพ้ ในเกมนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาเปรียบเสมือนผู้ชนะเนื่องจากได้รับผลกำไรมากกว่าการสูญเสียของคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาหรือผู้แพ้ และมีความเป็นไปได้ที่ผู้แพ้จะได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างไรก็ดี การผิดสัญญายังคงมีประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากผู้ชนะยังคงได้รับผลกำไรส่วนเกินหลังจากชดเชยค่าเสียหายให้ผู้แพ้ เพราะผลกำไรที่เกิดขึ้นทั้งหมดมีมูลค่ามากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>16</sup>

ตัวอย่างเช่น A สามารถผลิตอุปกรณ์ซึ่งเป็นชิ้นส่วนของเครื่องจักรในราคาต้นทุนชิ้นละ 10 บาท โดย A ได้ทำสัญญาขายสินค้าชิ้นนี้ให้ B ในราคา 100 ชิ้น ในราคาชิ้นละ 20 บาท ซึ่งในการทำธุรกรรมครั้งนี้ A ได้รับผลกำไร 1,000 บาท (ราคาขาย 2,000 บาท - ต้นทุน 1,000 บาท) ส่วน B ต้องการนำชิ้นส่วนนี้ไปประกอบเป็นเครื่องจักร ซึ่ง B คาดว่าจะทำผลกำไรได้ 500 บาท ดังนั้น ผลกำไรของ A และ B ที่จะเกิดขึ้นคือ 1,500 บาท

แต่ต่อมา C สนใจซื้อสินค้าดังกล่าวจึงเสนอขอซื้อสินค้าเดียวกันในปริมาณเดียวกันในราคาชิ้นละ 50 บาท เมื่อ A ได้รับผลกำไร 4,000 บาท (ราคาขาย 5,000 บาท - ต้นทุน 1,000 บาท) ซึ่งมากกว่าผลกำไรที่ A จะได้รับจาก B ตามหลัก Pareto Superiority A จะต้องแบ่งผลกำไรที่ได้รับชดใช้เป็นค่าเสียหายให้ B เป็นเงินจำนวน 500 บาท ซึ่งเป็นผลกำไรที่ B คาดว่าจะได้รับ

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็อาจมีข้อโต้แย้งในปัญหาความไม่เหมาะสมของการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่นจากตัวอย่างข้างต้น A อาจไม่ทราบความคาดหวังของ B ว่าคิดเป็นตัวเงินเท่าไร เนื่องจาก B อาจนำชิ้นส่วนไปผลิตเครื่องจักรแล้วนำไปแสดงโชว์ในงานนิทรรศการซึ่งอาจได้รับผลกำไรได้มากกว่าเงินจำนวน 500 บาท ที่ B ได้รับจาก A

จากคำอธิบายข้างต้น จะเห็นได้ว่าการพิจารณาแนวคิดเรื่องประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์เป็นการมุ่งเน้นที่การเพิ่มความพึงพอใจหรือความมั่งคั่ง ไม่ได้พิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะมีอยู่ในสถานะที่ดีขึ้นหรือแย่ลง และการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายหรือไม่ จึงเป็นแนวคิดที่สนับสนุนให้เกิด Efficient Breaches ขึ้นในสังคม

<sup>16</sup> Ulen, R. C. a. T., *Law and Economics*, p. 48.

### ค.ทฤษฎีบทของโคส (Coase Theorem)

Ronald Coase นักเศรษฐศาสตร์เจ้าของรางวัลโนเบลในปี ค.ศ.1991 ผู้พัฒนาทฤษฎี Coase Theorem ซึ่งเป็นทฤษฎีที่สำคัญในทางนิติเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากเศรษฐศาสตร์เป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยการจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจให้มีประสิทธิภาพ กล่าวคือผู้บริโภคได้รับความพึงพอใจสูงสุด (Maximized Utility) จากการซื้อสินค้าหรือบริการ ในส่วนประสิทธิภาพของผู้ขายคือ สามารถขายสินค้าหรือบริการให้ได้รับผลกำไรสูงสุด (Maximized Profit) ซึ่งการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพจะเกิดขึ้นมิได้หากปราศจากสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล<sup>17</sup> Ronald Coase จึงเสนอให้มีระบบกรรมสิทธิ์เพื่อให้รัฐรับรองสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน เนื่องจากระบบกรรมสิทธิ์จะทำให้ตลาดจัดสรรทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพ

องค์ประกอบที่สำคัญสองประการของสิทธิในทรัพย์สินคือ<sup>18</sup>

(1) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของกรรมสิทธิ์ (Exclusive Right) ในการใช้ทรัพยากรของตนด้วยความเหมาะสม กล่าวคือ เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิใช้ทรัพยากรของตนอย่างไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น

(2) สิทธิในการถ่ายโอนหรือแลกเปลี่ยนโดยความสมัครใจ เจ้าของกรรมสิทธิ์สามารถโอนทรัพย์สินของตนไปสู่อีกคนหนึ่งได้โดยการแลกเปลี่ยนตามความสมัครใจของตน

ทฤษฎีบทของโคสให้ความสำคัญกับกลไกในการใช้ประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สิน กล่าวคือ ผู้ที่เป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินจากการรับรองของรัฐอาจไม่ได้เป็นผู้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั่นเอง เพราะหากมีบุคคลอื่นให้คุณค่าหรือเห็นประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นมากกว่าผู้เป็นเจ้าของอาจเจรจาต่อรองทำให้สิทธิในทรัพย์สินโอนจากเจ้าของไปยังผู้ที่คุณค่าหรือต้องการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น<sup>19</sup>

เมื่อกฎหมายรับรองสิทธิในทรัพย์สินย่อมส่งผลให้ปัจเจกชนเกิดแรงจูงใจที่จะรักษา ปรับปรุงพัฒนา หรือสร้างมูลค่าให้แก่ทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ การซื้อขายสินค้าหรือบริการในตลาดก็จะมีประสิทธิภาพมากขึ้น และเมื่อพิจารณาการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches จะพบว่าเป็นการทำให้ทรัพย์สินมีการโอนเปลี่ยนมือไปยังผู้ที่คุณค่าของทรัพย์สินนั้นมากที่สุดซึ่งก็คือ

<sup>17</sup> Ibid., p.85.

<sup>18</sup> Gerald P. O'Driscoll Jr. and Lee Hoskins, "Property Rights the Key to Economic Development," *Policy Analysis* volume 482 (2003): p.8.

<sup>19</sup> ศักดา ธนิตกุล, “แนวคิดหลักกฎหมายและคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ”, (สำนักพิมพ์นิติธรรม) พ.ศ.2557, หน้า 58

ผู้ที่ตกลงซื้อทรัพย์สินนั้นในราคาที่สูงที่สุดทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนอย่างมีประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์

### ง.ทางเลือกในการปฏิบัติการชำระหนี้ (Dual Performance Hypothesis)

Daniel Markovits และ Alan Schwartz ได้เขียนบทความ The Myth of Efficient Breach ในวารสาร Virginia Law Review ซึ่งได้รับการตีพิมพ์ในเดือนธันวาคม ค.ศ.2011 โดยวางสมมุติฐานของการชำระหนี้ตามสัญญาไว้ว่า คู่สัญญามีทางเลือกสองทางเลือกในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา คือ 1) ส่งมอบสินค้าหรือบริการตามสัญญา หรือ 2) หากไม่ส่งมอบสินค้าหรือบริการตามสัญญา เนื่องจากต้นทุนในทางการค้ามีค่าสูงขึ้นก็ต้องชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นการชดเชยค่าเสียหายในความเสียหายต่อความคาดหวังของผู้ซื้อตามทฤษฎีดังกล่าวจะถือว่าคู่สัญญาผิดสัญญาต่อเมื่อคู่สัญญาไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ทั้งสองประการข้างต้น<sup>20</sup> เนื่องจากมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ นักวิชาการจะให้ความสำคัญกับขนาดของก้อนพายมากกว่าวิธีการแบ่งพาย ดังนั้น จึงมีได้ค่านึงว่าการให้สิทธิคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะขัดกับภาระผูกพันตามสัญญาหรือไม่ ซึ่งตรงกับแนวคิดของ Oliver Wendell Holmes (Holmes) นักนิติศาสตร์และนิติปรัชญาชาวอเมริกันที่มีชื่อเสียง

Oliver Wendell Holmes (Holmes) นักกฎหมายชาวอเมริกันผู้มีบทบาทต่อแนวความคิดสังคมนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา Holmes เป็นผู้ให้กำเนิดทฤษฎี Bad man Theory ซึ่งเป็นทฤษฎีทางนิติศาสตร์ในการตอบคำถามว่า กฎหมายคืออะไร แนวคิดนี้มองว่าระบบกฎหมายของสังคมถูกกำหนดโดยการคาดการณ์ว่า กฎหมายควรมีผลกระทบต่อบุคคลอย่างไร หากการกระทำของบุคคลนั้นไม่เป็นไปตามจริยธรรมหรือศีลธรรม โดยเหตุผลของ Holmes พิจารณาอยู่บนพื้นฐานของ "คนเลว" (Bad man) เนื่องจาก Bad man ให้ความสนใจกับจริยธรรมน้อยมาก เพราะบุคคลดังกล่าวจะให้ความสำคัญกับระดับของการลงโทษที่จะเกิดขึ้นซึ่งถูกกำหนดโดยกฎหมายมหาชน ทฤษฎีของ Holmes เป็นเครื่องมือที่ช่วยวิเคราะห์ลักษณะและหน้าที่ของกฎหมายโดยมองจากมุมมองภายนอกของ Bad man

<sup>20</sup> Daniel Markovits and Alan Schwartz, "The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest," *Virginia Law Review* Volume 97, Issue 8 (2011): p.1976.

มิใช่เพียงจากการมองจากมุมมองภายในหรือคนดีแต่เพียงอย่างเดียว<sup>21</sup> เนื่องจาก Holmes เชื่อว่า กฎหมายถูกเขียนขึ้นบนบริบทของประวัติศาสตร์หนึ่ง ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ในภายหลัง ดังนั้น จึงสมควรตรวจสอบอยู่เสมอว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายยังมีความเหมาะสมอยู่หรือไม่ภายใต้เงื่อนไขของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เขาจึงเห็นว่ากฎหมายไม่ได้อยู่ที่ตรรกะ แต่อยู่ที่ประสบการณ์ (The life of law has not been logic, it has been experience) Holmes จึงได้เสนอให้มองกฎหมายจากสายตาของพวกมิจฉาชีพหรือคนไม่ดี (Bad man)<sup>22</sup>

โดยในส่วนของกฎหมายสัญญานั้น เมื่อสัญญาเกิดจากการเสนอ สอนงต้องตรงกัน ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาตามหลัก Pacta Sunt Servanda แต่ตามแนวคิดของทฤษฎี Bad man Theory มองว่าหน้าที่การรักษาสัญญาในกฎหมายทั่วไป คือ การทำนายว่าคู่สัญญาฝ่ายฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นคู่สัญญาจึงมีสิทธิเลือกว่าจะปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งค่าเสียหายดังกล่าวต้องเป็นค่าเสียหายที่สามารถคาดเห็นได้

จะเห็นได้ว่า ตามแนวคิดดังกล่าวหากการปฏิบัติตามสัญญาทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับผลกำไรน้อยลง แนวคิดนี้ให้สิทธิคู่สัญญาเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้วเลือกชดใช้เงินแทน การปฏิบัติชำระหนี้ ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้การผิดสัญญาของฝ่ายผู้ขายจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ซื้อ และไม่ชดใช้ค่าเสียหายหากไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ แนวคิดนี้จึงสนับสนุนทฤษฎี Efficient Breaches เพราะหากการปฏิบัติตามสัญญาทำให้ผู้ขายได้รับผลกำไรน้อยลง ผู้ขายมีสิทธิเลือกที่จะชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหาย ตามทฤษฎีดังกล่าวถือว่ากฎหมายได้ประกันสิทธิของผู้ซื้อแล้วโดยให้ผู้ซื้อได้รับการ เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Henry Osei Kwarteng, "The Good in the Bad Man Theory: A Quintessential Essay on Oliver Wendell Holmes's "Bad Man" Theory " [Online] Accessed: 3 March 2020 Available from: <https://www.academia.edu/11810626/>

<sup>22</sup> จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ของมหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558), หน้า 340-341.

<sup>23</sup> Schwartz, D. M. a. A., "The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest," Virginia Law Review

### 2.2.2.2 ทฤษฎีทางนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง

#### ก. หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

ระบบสัญญามีรากฐานมาจากหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาซึ่งตรงกับภาษาละตินว่า Pacta Sunt Servanda ซึ่งเป็นหลักที่กำหนดไว้ว่า เมื่อคู่สัญญาทำความตกลงใด ๆ ไว้จะต้องเคารพในข้อตกลงนั้น หลักดังกล่าวมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน คือสัญญาของ Praetor ซึ่งหากมีการผิดสัญญา โดยอ้างว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญา "มีประสิทธิภาพ" มากกว่าการปฏิบัติตามเช่นนั้นจะถูก Praetor ลงโทษ<sup>24</sup>

และต่อมาได้ปรากฏหลักการเช่นนี้ในกฎหมายพระ (Canon Law) ซึ่งมีหลักว่า เมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันก่อให้เกิดสัญญาขึ้นแล้ว สัญญาย่อมก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากเมื่อเข้าทำสัญญาคู่สัญญาย่อมมีอิสระในการตัดสินใจที่จะเข้าทำสัญญา โดยไม่ถูกแทรกแซงโดยอำนาจของกฎหมาย และโดยหลักแล้ว ในการเข้าทำสัญญา คู่สัญญาถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความเท่าเทียมกันในการเข้าทำสัญญา เพราะฉะนั้นคู่สัญญาจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามสัญญาที่ตนทำไว้ จนกระทั่งในศตวรรษที่ 17 และศตวรรษที่ 18 นักกฎหมายธรรมชาติได้ขยายหลักการนี้ไปไปสู่การให้ความสำคัญกับการปฏิบัติตามสัญญาในปัจจุบัน ดังนั้นการอนุญาตหรือส่งเสริมให้มีการผิดสัญญาจึงขัดแย้งกับพื้นฐานทางศีลธรรม<sup>25</sup>

จากความเป็นมาข้างต้นของหลักการดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าเมื่อสัญญาเกิดขึ้น สัญญาจะต้องถูกรักษา โดยคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้ และการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches จึงขัดกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เพราะผู้ขายจงใจไม่รักษาสัญญาที่ให้ไว้แก่ผู้ซื้อ

#### ข. กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาและหลักความยุติธรรม

ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งของทฤษฎี Efficient Breaches คือ ความขัดแย้งระหว่างเป้าหมายด้านประสิทธิภาพ (Efficiency Goals) กับเป้าหมายด้านความยุติธรรม (Distributive Goals) ซึ่งเป็นเป้าหมายที่สำคัญของกฎหมาย การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์

<sup>24</sup> Ronald J. Scalise Jr., "Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract," *The American Journal of Comparative Law* Volume 55, No.4 (2007): p.2.

<sup>25</sup> Ibid.

และในขณะเดียวกันไม่มีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์หรือได้รับความเสียหายตามหลัก Pareto Efficiency เมื่อพิจารณาตามหลักเศรษฐศาสตร์ที่มีเป้าหมายด้านประสิทธิภาพจะมุ่งเน้นไปที่การสร้างประโยชน์หรือความมั่งคั่งของทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการมุ่งความพึงพอใจหรือความมั่งคั่งเป็นผลลัพธ์โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าใครจะมีสภาพดีขึ้น ตรงกันข้ามกับเป้าหมายของหลักความยุติธรรม ซึ่งเป็นแก่นสารอุดมคติของกฎหมายจะเน้นว่าใครหรือประชาชนกลุ่มใดควรมีสถานะดีขึ้น<sup>26</sup>

เนื่องจากแนวคิดในทางเศรษฐศาสตร์มองว่า เศรษฐศาสตร์มีเป้าหมายที่สำคัญสองด้าน<sup>27</sup> คือ ประสิทธิภาพ (Efficiency) และการกระจาย (Distribution) ซึ่งหมายถึงการจำหน่ายสินค้าไปยังผู้บริโภค รวมถึงการนำรายได้จากการจำหน่ายสินค้ามาแบ่งปันส่วนให้แก่เจ้าของปัจจัยการผลิต จะเห็นได้ว่าเศรษฐศาสตร์มุ่งไปที่ความพึงพอใจหรือความมั่งคั่งเป็นผลลัพธ์โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าใครจะมีสภาพดีขึ้น และมองว่ากฎหมายสัญญาไม่ควรมีบทบาทในการจัดสรรผลประโยชน์หรือการกระจายรายได้ ในการจัดการควรปล่อยให้เป็นที่ของภาษีเงินได้ (Income Tax) เนื่องจากกฎหมายมีเป้าหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรม เมื่อมีรายได้เกิดขึ้นก็จะกระจายรายได้ไปยังกลุ่มเป้าหมายหนึ่งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (Social Justice) เช่น กระจายรายได้ไปยังคนยากจน ผู้หญิง หรือชนกลุ่มน้อย แทนที่จะกระจายรายได้ไปยังนักลงทุนหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้มีสิทธิจะได้รับเงินนั้นมากกว่า แตกต่างจากภาษีเงินได้ที่จัดเก็บตามสัดส่วนความสามารถในการเสียภาษีอากร เช่น การจัดเก็บภาษีในอัตราก้าวหน้า ผู้มีความสามารถในการเสียภาษีมากหรือมีรายได้มากก็ต้องเสียภาษีมาก ผู้มีความสามารถในการเสียภาษีน้อยหรือมีรายได้น้อยก็จะเสียภาษีน้อย ซึ่งก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม<sup>28</sup>

ในทางด้านกฎหมายที่มีเป้าหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นในสังคมนั้น ในกรณีทั่วไปศาลมีวิธีการที่จะแก้ไขปัญหาคความไม่ยุติธรรมที่เกิดขึ้นในสัญญา เช่น หากสัญญาไม่สมบูรณ์เพราะบกพร่องเรื่องความสามารถ เช่น ผู้เยาว์ หรือกรณีเกิดความบกพร่องในการแสดงเจตนา เช่น

<sup>26</sup> ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจ (Law and Business), หน้า 57-58.

<sup>27</sup> Ulen, R. C. a. T., Law and Economics, pp. 7-8.

<sup>28</sup> Ibid.

ถูกข่มขู่ กลฉ้อฉล ศาลจะพิพากษาให้สัญญาอันไม่มีผลใช้บังคับในรูปแบบของการพิพากษาให้สัญญาตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ แล้วแต่กรณี<sup>29</sup>

ในกรณี Efficient Breaches มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ากฎหมายควรยอมรับให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ปฏิบัติตามสัญญาได้รับประโยชน์ในการแสวงหาผลกำไรมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ เพราะหากเป็นเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นในสังคม และศาลควรมีบทบาทอย่างไรในแก้ไขปัญหาความไม่ยุติธรรมที่เกิดขึ้น

ตัวอย่างเช่น จากกรณีตัวอย่างของการซื้อขายซอฟต์แวร์ข้างต้น หาก B เป็นผู้ได้ซอฟต์แวร์ดังกล่าวตามสัญญาซื้อขายซอฟต์แวร์ B อาจนำไปแสวงหาประโยชน์ได้มากกว่าผลกำไรที่ A ได้รับ แต่จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเท่ากับว่า B จะได้รับเพียงค่าเสียหายจำนวน 1,000,000 บาท ในขณะที่ A ยังมีเงินเหลืออีก 3,500,000 บาท หลังจากชดใช้ค่าเสียหายให้ B จะเห็นได้ว่า A จะได้รับผลกำไรเพิ่มมากขึ้นเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่ A ต้องชดใช้ จึงไม่เป็นธรรมกับ B ผู้ซื้อที่ไม่ได้ซอฟต์แวร์ดังกล่าวไป

ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาหลักความยุติธรรม กฎหมายไม่ควรอนุญาตให้ผู้ใดแสวงหาประโยชน์โดยการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา ซึ่งหลักที่สำคัญประการหนึ่งของสัญญา คือ สัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) กฎหมายจึงไม่ควรยอมให้การผิดสัญญาถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลกำไรหรือประโยชน์ที่มีควรได้ กฎหมายควรส่งเสริมให้คู่สัญญาร่วมมือกันในการปฏิบัติตามสัญญาให้ได้มากที่สุด

### ค. การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance)

ความสัมพันธ์ทางหนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยลูกหนี้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้<sup>30</sup> ซึ่งบ่อเกิดของหนี้แบ่งออกเป็นนิติกรรมและนิติเหตุ สัญญาซื้อขายเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ซื้อและผู้ขาย เมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ ชำระหนี้ล่าช้า หรือชำระหนี้ไม่ตรงตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้ด้วยตนเอง เพราะเจ้าหนี้มีเพียงสิทธิเรียกร้องเท่านั้น ดังนั้น เมื่อลูกหนี้

<sup>29</sup> ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจ (Law and Business), หน้า 57-58.

<sup>30</sup> ศนรินทร์กรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), หน้า 35.



ไม่ชำระหนี้ หากหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่จะชำระได้และสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้ ในปัจจุบันเจ้าหนี้ต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้

การบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) หมายความว่า เมื่อลูกหนี้ตกลงชำระหนี้ไว้ตามสัญญาไว้อย่างไร เจ้าหนี้สามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้เช่นนั้น เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ตรงตามความประสงค์ในการทำสัญญา<sup>31</sup>

เดิมในสมัยโรมันการบังคับชำระหนี้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ กล่าวคือ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้จะไปฟ้องร้องต่อศาลเมื่อศาลเห็นว่าลูกหนี้เป็นหนี้จริงจะให้เวลาลูกหนี้ 30 วัน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลา เจ้าหนี้สามารถขอให้ศาลบังคับคดีด้วยวิธีการที่เรียกว่า manus initio โดยการที่พาลูกหนี้ไปศาลแล้วประกาศขอบังคับคดี โดยนำลูกหนี้ไปขังไว้ที่บ้านของเจ้าหนี้และหากยังไม่มีผู้ใดนำเงินมาชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถนำลูกหนี้ไปขายได้ ต่อมาใน ค.ศ.236 ได้มีกฎหมาย Lex Poetelia Papiria de Nexis เปลี่ยนวิธีการบังคับชำระหนี้เป็นการบังคับกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้<sup>32</sup>

ในปัจจุบัน เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้ด้วยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นวิธีหนึ่งที่เจ้าหนี้สามารถฟ้องต่อศาลเพื่อให้ตนได้รับการชำระหนี้ และหากยังมีความเสียหายอยู่ เจ้าหนี้ก็สามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินได้ การบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เป็นวิธีหนึ่งที่ทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ตรงตามความประสงค์ในการทำสัญญา ซึ่งเป็นอำนาจของศาลในแต่ละกรณี<sup>33</sup> เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 213 วรรค 1<sup>34</sup>

ตัวอย่างเช่น A ซื้อต้นไม้จาก B เป็นเงิน 5,000 บาท หากหนี้ถึงกำหนดแล้ว B ไม่ส่งมอบต้นไม้ให้ A สามารถบังคับชำระหนี้ได้โดยการฟ้องศาลให้บังคับให้ B ส่งมอบต้นไม้ให้แก่ตน หรือ

<sup>31</sup> Louis J. Romero, "Specific Performance of Contracts in Comparative Law : Some Preliminary Observations," *Les Cahiers de droit* Volume 27, Issue 4 (1986): p.785.

<sup>32</sup> ศนันทกรรณ์ โสทธิพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน ;, 2559), หน้า 151.

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 42

<sup>34</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 บัญญัติว่า ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

หากหนี้ถึงกำหนดแล้ว A ไม่ชำระหนี้ B สามารถฟ้องศาลให้บังคับให้ A ชำระเงินจำนวน 5,000 บาท ให้แก่ตนได้

ในระบบ Civil Law การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) ซึ่งตรงกับภาษาฝรั่งเศสว่า l'exécution en nature มีลักษณะเป็นสิทธิของเจ้าหนี้<sup>35</sup> และเป็นการเยียวยาความเสียหายในเบื้องต้นหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ (Primary Remedy)<sup>36</sup> เพื่อบังคับให้สัญญาเป็นไปตามสัญญา ซึ่งแตกต่างจากระบบ Common Law ที่มองว่าเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีทางเลือก 3 ประการคือ<sup>37</sup> 1) สิทธิในการเลิกสัญญา 2) สิทธิเรียกค่าเสียหาย 3) สิทธิเรียกให้ชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งการเยียวยาความเสียหายในเบื้องต้นจะใช้วิธีการให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดใช้ความเสียหายเป็นตัวแทนก่อน เช่น การเรียกชดใช้ความเสียหายในกรณีทรัพย์สินถูกครอบครองโดยไม่ถูกต้อง (Actions in Replevin) แต่หากการชดใช้ความเสียหายเป็นตัวแทนไม่เพียงพอ ศาลก็จะบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นไปตามหลักความเป็นธรรม (Equity Remedy)<sup>38</sup> อาจกล่าวได้ว่าในระบบ Common Law การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นการเยียวยาความเสียหายโดยศาล (Judicial Remedy)

ดังนั้น ด้วยเหตุผลข้างต้นแนวคิดเรื่อง Efficient Breaches จึงไม่ถูกยอมรับในระบบ Civil Law เท่าใดนัก หากลูกหนี้ตั้งใจผิดสัญญาและสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เจ้าหนี้จะฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งให้ลูกหนี้ส่งมอบสินค้าก่อนที่จะให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวแทน

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาแนวคิดเรื่อง Efficient Breaches ตามนิติปรัชญาแนวคิดแบบประโยชน์นิยม (Utilitarian concept) ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18-19 มีนักปรัชญาคนสำคัญคือ จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) แนวคิดดังกล่าวเป็นทัศนะทางจริยศาสตร์

<sup>35</sup> พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด, คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมสัญญาและหนี้ ภาคนิติกรรมสัญญา และระบบพื้นฐานแห่งการบังคับชำระหนี้ เล่ม 1, หน้า 182.

<sup>36</sup> Romero, L. J., "Specific Performance of Contracts in Comparative Law : Some Preliminary Observations," Les Cahiers de droit: p.789.

<sup>37</sup> พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด, คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมสัญญาและหนี้ ภาคนิติกรรมสัญญา และระบบพื้นฐานแห่งการบังคับชำระหนี้ เล่ม 1, หน้า 182.

<sup>38</sup> Romero, L. J., "Specific Performance of Contracts in Comparative Law : Some Preliminary Observations," Les Cahiers de droit: p.798-800.

ที่ถือเอาประโยชน์สุขเป็นเกณฑ์ในการตัดสินความผิดถูกชั่วดี กล่าวคือ การกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่คนจำนวนมากที่สุดถือว่าเป็นการกระทำที่ดี จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดหนึ่งที่สนับสนุนการผิดสัญญาซื้อขายในลักษณะ Efficient Breaches ให้เกิดขึ้นได้เป็นการทั่วไป<sup>39</sup> เนื่องจากการผิดสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์สุขมากที่สุด (Value-Maximization) กล่าวคือ การที่ผู้ขายจะไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายจะต้องมีการเจรจาต่อรองเพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ที่สูงกว่า ส่วนผู้ซื้อสัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็สามารถเรียกร้องความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นเท่ากับว่าไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดอยู่ในสถานะที่แย่ลง (Worse-off) หลังจากการผิดสัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลัก Pareto Superiority

### 2.3 การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ในบริบทของการค้าระหว่างประเทศ

จากหัวข้อที่ผ่านมาผู้อ่านทราบแล้วว่าแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์มีมุมมองต่อการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches แตกต่างกันอย่างออกไป ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายลักษณะเฉพาะและหลักการที่สำคัญของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ว่าในทางการค้าระหว่างประเทศส่งเสริมให้มีการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวหรือไม่

Efficient Breaches อาจเกิดขึ้นทั้งในสัญญาซื้อขายภายในประเทศและสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ซึ่งโดยสภาพของการค้าระหว่างประเทศมีความเกี่ยวข้องกับระหว่างรัฐต่าง ๆ มากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไป เนื่องจากคู่สัญญามีสัญชาติที่แตกต่างกัน หรือมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศกัน ทำให้สัญญาซื้อขายไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง ซึ่งแต่ละประเทศมีระบบกฎหมายสภาพสังคม วัฒนธรรมและสิ่งแวดล้อมแตกต่างกันออกไป ส่งผลให้คู่สัญญาไม่มีความรู้ ความเข้าใจในกฎหมายภายในของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะนำมาบังคับใช้กับคดีอันทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเกิดความไม่สะดวก ยุ่งยากและสับสน<sup>40</sup>

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศจึงได้จัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (United Nations Convention on

<sup>39</sup> Mathias Siems, "Disorgement of Profits for Breach of Contract : A Comparative Analysis," *Edinburgh Law Review* Volume 7, Issue 1 (2003): p.31.

<sup>40</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, *กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Law)*, หน้า 67.

Contracts for International Sales of Goods A.D.1980) หรือ CISG ขึ้น โดยรวบรวมหลักเกณฑ์ ประเพณีทางการค้า ในกฎหมายภายในเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าทั้งจากประเทศระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และ ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) แล้วนำมาผสมผสานกัน เพื่อเป็นกฎหมายกลาง ในการนำมาปรับใช้กับการซื้อขายสินค้านี้ระหว่างโดยเฉพาะ และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ทั้งสองฝ่าย

CISG จะมีผลใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ขายและผู้ซื้อซึ่งมีสถานประกอบธุรกิจ (Place of Business) ตั้งอยู่คนละประเทศ โดยที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องเป็นภาคีสมาชิกของ CISG ตาม Article 1 (1)(a)<sup>41</sup> โดยทั่วไปการซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศมีลักษณะเหมือนกับการซื้อขายสินค้า ภายในประเทศ กล่าวคือมีจุดมุ่งหมายในการแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการเพื่อแสวงหาผลกำไร ซึ่งสินค้าหรือบริการอาจจะเป็นผลผลิต ผลิตภัณฑ์ หรือความสามารถทางเทคนิคอันเป็นผลมาจาก ทรัพยากรธรรมชาติ และความรู้ความสามารถที่แตกต่างกันออกไปของแต่ละประเทศ ซึ่งผู้ประกอบการ อาจทำการค้าในรูปแบบของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล<sup>42</sup>

### 2.3.1 ลักษณะเฉพาะและหลักการที่สำคัญของการซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี โดยสภาพของการซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศจะต้องมีความเกี่ยวพัน ระหว่างรัฐต่าง ๆ มากกว่า 1 รัฐขึ้นไป ทำให้การทำสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศมีลักษณะเฉพาะ ที่แตกต่างจากการซื้อขายภายในประเทศดังจะกล่าวได้ดังต่อไปนี้<sup>43</sup>

ประการที่หนึ่ง การซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศเป็นการซื้อขายสินค้าข้ามพรมแดน โดยสภาพจึงต้องมีการขนส่งสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งทำให้มีสัญญาต่าง ๆ เข้ามา เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาหลักแล้ว (Main Contract of Underlying Contract) ยังก่อให้เกิดสัญญาอื่น ๆ ตามมา เช่น สัญญาขนส่งระหว่างประเทศ สัญญา

<sup>41</sup> CISG Article 1 provides:

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

<sup>42</sup> อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร วิญญูชน, 2555), หน้า 25.

<sup>43</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Law), หน้า 42.

ประกันภัยระหว่างประเทศ สัญญาว่าด้วยการเงินและการชำระราคา ค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกรรม จึงสูงกว่าการทำสัญญาซื้อขายภายในประเทศ

ประการที่สอง สินค้าที่ผู้ขายและผู้ซื้อตกลงกันโดยสภาพเป็นสินค้าที่หายากหรือต้นทุน ในการสั่งซื้อค่อนข้างต่ำ เพราะมีฉะนั้นผู้ซื้อก็สามารถหาสินค้าดังกล่าวได้ในประเทศของตน โดยผู้ขาย กับผู้ซื้อมักจะระบุ ลักษณะ ประเภทของสินค้าไว้อย่างละเอียดเพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของตน สินค้าที่ตกลงกันจึงมีคุณสมบัติค่อนข้างละเอียด หรืออาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง โดยผู้ซื้อในทางการค้าระหว่างประเทศมักจะต้องการสินค้านั้นมาใช้หรือมาจำหน่ายในประเทศของตน เช่น รถยนต์ เฟอร์นิเจอร์<sup>44</sup>

ประการที่สาม เมื่อคู่สัญญาอยู่คนละประเทศกันในส่วนของการชำระราคาระหว่างผู้ซื้อ และผู้ขายจึงมีสกุลเงินต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งสกุลเงินของแต่ละประเทศมีความผันผวนอยู่ ตลอดเวลา จึงมักมีประเด็นว่าจะชำระราคากันด้วยเงินสกุลใด ผู้ขายมักต้องการให้ผู้ซื้อชำระสกุล ในสกุลของประเทศผู้ขายมากกว่าประเทศของผู้ซื้อ ในขณะที่ผู้ซื้อไม่สามารถชำระเงินเป็นสกุลใดได้นอกจากสกุลเงินของประเทศตน<sup>45</sup> แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่สัญญา

ประการสุดท้าย เนื่องจากลักษณะของการค้าระหว่างประเทศต้องมีการขนส่งสินค้า ข้ามพรมแดน ดังนั้นจึงต้องดำเนินพิธีการทางศุลกากรเพื่อนำสินค้าออกจากประเทศหนึ่งและนำเข้ามา ยังอีกประเทศหนึ่ง โดยในกระบวนการดังกล่าวอาจรวมถึงการขอใบอนุญาตนำเข้า-ส่งออก การชำระค่าภาษีศุลกากร เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อ CISG มีลักษณะของความเป็นระหว่างประเทศ (International Character) ในการใช้และการตีความอนุสัญญาต้องคำนึงถึงความจำเป็นในการทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ตามหลักความสุจริตในทางการค้าระหว่างประเทศ (Good Faith in International Trade) ซึ่งคู่สัญญา ต้องกระทำด้วยความสุจริตตั้งแต่ขั้นตอนในการเจรจาต่อรองจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุดลง<sup>46</sup> เพื่อให้ คู่สัญญาที่เลือกใช้ CISG บรรลุวัตถุประสงค์ในทางการค้า ดังนั้นเมื่อสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ

<sup>44</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 47

<sup>45</sup> อภิญญา เลื่อนฉวี, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 26.

<sup>46</sup> Henry Deeb Gabriel, Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of U.S. And International Law, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2009), p. 16.

เกิดขึ้นคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญประการหนึ่งของหลักสุจริต (Good Faith)

นอกจากหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) CISG ยังมีหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญาหรือหลักการรักษาสัญญาระหว่างคู่กรณี (Preservation of Contract) เนื่องจากลักษณะเฉพาะของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หากยอมให้คู่สัญญาบอกเลิกสัญญากันได้โดยง่ายจะก่อให้เกิดความเสียหายต่าง ๆ ตามมาไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกพิธีศุลกากร หรือการติดต่อหาซื้อสินค้าเดิมจากผู้ขายรายใหม่ ซึ่งทำให้ผู้ซื้อเสียเวลาในการหาข้อมูลและต้องใช้เวลาในการเจรจาต่อรองความเสียหายต่าง ๆ อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ยาก หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในบทบัญญัติต่าง ๆ ของ CISG เช่น Article 25<sup>47</sup> Article 48<sup>48</sup> Article 49<sup>49</sup> เป็นต้น

<sup>47</sup> CISG Article 25 provides: A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

<sup>48</sup> CISG Article 48 provides:

(1) Subject to article 49, the seller may, even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligations, if he can do so without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of reimbursement by the seller of expenses advanced by the buyer. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

(2) If the seller requests the buyer to make known whether he will accept performance and the buyer does not comply with the request within a reasonable time, the seller may perform within the time indicated in his request. The buyer may not, during that period of time, resort to any remedy which is inconsistent with performance by the seller.

(3) A notice by the seller that he will perform within a specified period of time is assumed to include a request, under the preceding paragraph, that the buyer make known his decision.

(4) A request or notice by the seller under paragraph (2) or (3) of this article is not effective unless received by the buyer.

<sup>49</sup> CISG Article 49 provides:

(1) The buyer may declare the contract avoided:

หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญาหรือหลักการรักษาสัญญาระหว่างคู่กรณี (Preservation of Contract) มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สัญญาไม่ถูกยกเลิกได้ง่ายจึงไม่อนุญาตให้คู่สัญญาหยิบยกเหตุเล็กน้อยมาเป็นเหตุให้สัญญาล่มสลายลง โดยการเลิกสัญญาจะทำได้เฉพาะกรณีที่เป็นกรณีการผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญเท่านั้น (Fundamental Breach) เพราะการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีต้นทุนค่อนข้างสูงกว่าการซื้อขายภายในประเทศการเลิกสัญญาอาจทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับความเสียหาย<sup>50</sup>

หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Article 25 ของ CISG ความว่า การผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้ถือเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ หากการผิดสัญญานั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสูญเสียซึ่งสิทธิที่พึงคาดหมายตามสัญญา เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาไม่คาดถึงผลของการผิดสัญญาและวิญญูชนซึ่งอยู่ในฐานะและพฤติการณ์เดียวกันไม่อาจคาดเห็นถึงผลของการผิดสัญญาดังกล่าวได้

การผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) ตาม Article 25 เป็นเงื่อนไข (Prerequisite) หรือหัวใจหลักที่ก่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหายต่าง ๆ ตาม CISG<sup>51</sup> เช่น

- 
- (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or
  - (b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.
- (2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:
- (a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;
  - (b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:
    - (i) after he knew or ought to have known of the breach;
    - (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or
    - (iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

<sup>50</sup> คำชัย จงจักรพันธ์, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Law), หน้า 78.

<sup>51</sup> Alexander Lorenz, "Fundamental Breach under the Cisg," [Online] Accessed: 5 April 2020. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html#fn2>

คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญา (Avoidance)<sup>52</sup>หรือก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ซื้อในการเรียกให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าทดแทน (Substitute Goods)<sup>53</sup> นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายยังมีสิทธิได้รับการชดเชยเยียวยาเสียหาย

ทั้งนี้ Article 25 มิได้ระบุไว้ชัดเจนว่าการผิดสัญญาในลักษณะใดบ้างที่เป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จึงก่อให้เกิดการตีความที่หลากหลาย<sup>54</sup> ผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลอาจเป็นเพราะการร่างกฎหมายให้ครอบคลุมถึงทุกสถานการณ์เป็นได้ยาก จึงเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาในการพิสูจน์ และเป็นหน้าที่ของผู้ตัดสินคดีที่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี เนื่องจากแต่ละสถานการณ์มีข้อเท็จจริงและบริบทที่แตกต่างกันออกไป

นอกจากนี้ หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญาหรือหลักการรักษาสัญญาระหว่างคู่กรณี (Preservation of Contract) ยังปรากฏในเรื่องสิทธิในการบอกเลิกสัญญา (Avoidance) ซึ่งถูกบัญญัติไว้ใน Article 49 มีเนื้อความดังนี้ ผู้ซื้ออาจบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีต่อไปนี้ (1) เมื่อผู้ขายไม่ชำระหนี้ตามสัญญาหรือตาม CISG ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (2) ในกรณีที่ไม่มี การส่งมอบสินค้า หากผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าภายในกำหนดเวลาเพิ่มเติมที่ผู้ซื้อกำหนดตาม Article 47<sup>55</sup> หรือผู้ขายแจ้งว่าจะไม่ส่งมอบภายในระยะเวลาดังกล่าว กล่าวคือหากผู้ขายส่งมอบสินค้าซึ่งไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาหรือผู้ขายชำระหนี้ล่าช้า ผู้ซื้ออาจกำหนดระยะเวลาพอสมควรเพื่อให้ผู้ขายชำระหนี้ภายในกำหนดเวลานั้น หรือเรียกให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าทดแทนตาม Article 47 บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสัญญาที่เกิดขึ้นโดยให้โอกาสผู้ขายในดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา โดยระยะเวลาที่ผู้ซื้อ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>52</sup> Article 49

<sup>53</sup> Article 46 (2)

<sup>54</sup> Lorenz, A., "Fundamental Breach under the Cisg."

<sup>55</sup> CISG Article 47 provides:

(1) The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations.

(2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.



กำหนดเพิ่มเติมให้แก่ผู้ขายเรียกว่า Additional Period of Time ซึ่งตรงกับภาษาเยอรมันว่า Nachfrist<sup>56</sup>

นอกจากนั้น การกำหนดระยะเวลาดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ซื้อบรรเทาความกังวลที่เกิดขึ้นในระหว่างการรอให้ผู้ขายปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา เพราะช่วยขจัดความไม่แน่นอนของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาให้น้อยลง เนื่องจากการที่ผู้ซื้อกำหนดระยะเวลาพอสมควรเพื่อให้โอกาสผู้ขายปฏิบัติตามชำระหนี้ นั้น จะช่วยให้ผู้ซื้อทราบได้อย่างชัดเจนว่าผู้ขายจะชำระหนี้ตามสัญญาหรือไม่ โดยในระหว่างนี้ผู้ซื้อจะใช้สิทธิเยียวยาความเสียหายไม่ได้ เว้นแต่ผู้ซื้อจะได้รับคำบอกกล่าวจากผู้ขายว่าผู้ขายจะไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลาที่ผู้ซื้อขยายออกไป ซึ่งหากผู้ขายไม่ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องภายในระยะเวลาที่ผู้ซื้อกำหนดหรือบอกเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญาจะเป็นไปตามที่ Article 81<sup>57</sup> กำหนด คือ คู่สัญญาสิ้นสุดหน้าที่ที่พึงปฏิบัติต่อกันแต่ไม่กระทบถึงสิทธิของคู่สัญญาในการเรียกค่าเสียหาย

จากเนื้อหาของบทบัญญัติข้างต้นพบว่า กฎหมายกำหนดให้ผู้ซื้อมีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในสาระสำคัญเท่านั้น (Fundamental Breach) มิใช่ว่ากรณีที่ผู้ขายไม่ชำระหนี้ตามสัญญาหรือไม่ส่งมอบสินค้า ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกสัญญาซื้อขายได้ทุกกรณี กล่าวคือ หากผู้ขายส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อแล้ว แต่สินค้าดังกล่าวไม่ต้องตามความประสงค์แท้จริงแห่งมูลหนี้ ถ้ากรณีนั้นไม่ถึงกับเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ ผู้ซื้อย่อมไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา และในกรณีเช่นนี้แม้ผู้ซื้อจะกำหนดเวลาไว้พอสมควรให้ผู้ขายชำระหนี้ให้ถูกต้อง แต่ผู้ขายส่งมอบสินค้าเมื่อพ้นกำหนดเวลาโดยที่

<sup>56</sup> Chengwei Liu, "Additional Period (Nachfrist) for Late Performance: Perspectives from the Cisg, Unidroit Principles, Pecl and Case Law," [Online] Accessed: 15 April 2020 Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu4.html#iv>

<sup>57</sup> CISG Article 81 provides:

- (1) Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.
- (2) A party who has performed the contract either wholly or in part may claim restitution from the other party of whatever the first party has supplied or paid under the contract. If both parties are bound to make restitution, they must do so concurrently.

ผู้ซื้อไม่ได้บอกเลิกสัญญา สิทธิเลิกสัญญาก็เป็นอันระงับไปเช่นกัน ดังนั้น หากคู่สัญญาประสงค์จะใช้สิทธิเลิกสัญญา (Avoidance) ซึ่งเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่รุนแรงที่สุด จะต้องมีการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเสียก่อน

นอกจากนี้ กรณีที่มีเหตุให้สัญญาสิ้นความผูกพัน เช่น การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย หรือมีข้อกำหนดในสัญญาให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยประการอื่น สัญญาซื้อขายจะไม่สิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ สัญญาจะสิ้นสุดเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เกี่ยวข้องบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าความผูกพันตามสัญญาสิ้นสุดลง (A Declaration of Avoidance) ตาม Article 26<sup>58</sup>

จากลักษณะเฉพาะของการค้าระหว่างประเทศประกอบด้วยหลักการสำคัญของสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศซึ่งปรากฏให้เห็นในบทบัญญัติต่าง ๆ พบว่าแม้คู่สัญญาผิดสัญญาหรือสัญญาสิ้นสุดลงเพราะเหตุอื่น สัญญาซื้อขายจะไม่สิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ และคู่สัญญาจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาก็ต่อเมื่อการผิดสัญญาดังกล่าวที่เกิดขึ้นเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches อาจขัดกับลักษณะของ CISG เนื่องจากการซื้อขายระหว่างประเทศมีลักษณะเฉพาะของสินค้า และการทำธุรกรรมระหว่างประเทศมีสัญญาต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องมีผลให้ค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมที่เกิดขึ้นสูงกว่าการซื้อขายภายในประเทศ ไม่ว่าจะเป็นในส่วน of ค่าใช้จ่ายและความยุ่งยากในการขนส่งหรือการเก็บรักษาสินค้า บทบัญญัติและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ปรากฏใน CISG จึงมิได้เกิดจากเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียว CISG จึงไม่อนุญาตให้คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือกำหนดให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย เพราะหากเป็นเช่นนั้นย่อมก่อให้เกิดความเสียหายในทางเศรษฐกิจ ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปอย่างราบรื่น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตามกันด้วยความสุจริต หากยอมให้ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อ นอกจากนี้ การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวยังขัดกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) และหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญา (Preservation of Contract) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของ CISG

<sup>58</sup> CISG Article 26 provides: A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party

### 2.3.2 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) ในฐานะที่เป็นกฎหมายกลางในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

CISG เป็นอนุสัญญาที่ผู้ร่างได้รวบรวมและผสมผสานหลักกฎหมายในระบบ Civil Law และ Common Law เข้าไว้ด้วยกัน เพราะหากไม่มีอนุสัญญานี้นิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาอาจอยู่บนความไม่แน่นอน เพราะคู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายได้ว่าผลในทางกฎหมายจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใด เท่ากับว่านักธุรกิจหรือพ่อค้ามีความเสี่ยงเกิดขึ้น ซึ่งก็คือต้นทุนการผลิตที่จะบวกเพิ่มเข้าไปในสินค้าหรือบริการ องค์การสหประชาชาติจึงได้ร่างอนุสัญญาฉบับนี้ขึ้นมา เพื่อให้นานาชาติเข้าร่วมเป็นภาคีหรือตรากฎหมายภายในให้สอดคล้องกับ CISG อันจะมีผลให้ระบบธุรกิจในการค้าระหว่างประเทศมีลักษณะกลมกลืนกัน<sup>59</sup> และกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับใช้กับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศมีความเป็นเอกภาพ ไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง

CISG จะมีผลใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. คู่สัญญาแต่ละฝ่ายคู่สัญญามีสถานประกอบธุรกิจ (Place of Business) ตั้งอยู่คนละประเทศกัน<sup>60</sup> ซึ่งข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สัญญามีสถานประกอบธุรกิจที่ต่างกันคู่สัญญาควรต้องรู้หรือควรได้รู้ก่อนหรือขณะทำสัญญาจากการติดต่อระหว่างคู่สัญญาหรือจากการเปิดเผยข้อมูลของคู่สัญญา<sup>61</sup> และเป็นภาคีของ CISG ตาม Article 1 (1) (a) ในกรณีนี้ CISG จะมีผลใช้บังคับอัตโนมัติโดยไม่ต้องพิจารณากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล<sup>62</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>59</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ท่าพระจันทร์, 2559), หน้า 231.

<sup>60</sup> CISG Article 1 (1) (a).

<sup>61</sup> CISG Article 1 (2) provides: The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

<sup>62</sup> Huber Peter and Alastair Mullis, The Cisg: A New Textbook for Students and Practitioners (sellier european law publishers, 2007), p. 51.

2. เมื่อกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันนำไปสู่การใช้กฎหมายของรัฐภาคีและรัฐดังกล่าวเป็นภาคีของ CISG ตาม Article 1 (1) (b)<sup>63</sup>

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายมีสถานประกอบการอยู่ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาส่งรถยนต์ให้ผู้ซื้อ ซึ่งเป็นบริษัทที่มีสถานประกอบการตั้งอยู่ในประเทศไทย กรณีนี้ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ใน Article 1 (1) (a) เนื่องจากประเทศไทยมิได้เป็นภาคีของ CISG แต่หากทั้งผู้ขายในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือผู้ซื้อในประเทศไทยมีสัญชาติอเมริกันเหมือนกัน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13<sup>64</sup> ได้กำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญา คือกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีของ CISG อนุสัญญาดังกล่าวก็จะมีผลบังคับใช้บังคับกับสัญญา

ดังนั้น กรณีที่ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีของ CISG อนุสัญญาดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือกฎหมายขัดกันนำไปสู่การใช้กฎหมายของรัฐภาคีในอนุสัญญา

ตัวอย่างเช่น เมื่อผู้ซื้อและผู้ขายมีสถานประกอบการอยู่ในรัฐซึ่งมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญานี้ แต่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายระบุ Choice of Law ให้ใช้อนุสัญญานี้หรือกฎหมายของรัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับในสัญญาซื้อขาย

อย่างไรก็ดี แม้คู่สัญญามีได้ระบุให้ CISG มีผลใช้บังคับกับสัญญาซื้อขาย แต่ CISG มีลักษณะเป็นกฎหมายของพ่อค้าหรือประเพณีปฏิบัติทางการค้า (Lex Mercatoria) ที่ใช้กันทั่วไปในทางปฏิบัติของผู้ประกอบการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายของพ่อค้าดังกล่าวมีที่มาจาก

<sup>63</sup> CISG Article 1 (1)(b) provides: This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting States.Ibid., p.52.

<sup>64</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 13 บัญญัติว่า ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไมอาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในสัญญา<sup>65</sup> CISG จึงอาจนำมาใช้กับประเทศไทยได้ในฐานะจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือหลักกฎหมายทั่วไปตามหลักการอุดช่องว่างของกฎหมาย<sup>66</sup>

ทั้งนี้ ในอนาคตอันใกล้ประเทศไทยมีแนวโน้มจะเข้าเป็นภาคีของ CISG ซึ่งจะมีผลให้ CISG เป็นกฎหมายภายในประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ทำให้ CISG มีผลใช้ในประเทศไทยได้โดยอัตโนมัติ อย่างไรก็ตามก็ดี ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศมีสิทธิที่จะตกลงกันไม่นำ CISG มาใช้บังคับทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือกำหนดให้มาตราใดมาตราหนึ่งไม่มีผลใช้บังคับกับสัญญาตาม Article 6<sup>67</sup>

## 2.4 การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

ตามปกติเมื่อผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยการเรียกหรือค่าเสียหาย (Damages) ซึ่งหากผู้ขายนำสินค้าตามสัญญาขายให้แก่บุคคลภายนอกแล้วไม่ได้รับผลกำไรหรือขาดทุน ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ตามปกติ ผู้เขียนจึงมิได้ศึกษาในประเด็นดังกล่าว โดยในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายแนวคิดและลักษณะกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร (Disgorgement Damages) ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่มีลักษณะและหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายแตกต่างจากค่าเสียหายประเภทอื่น

ค่าเสียหายจากประโยชน์หรือผลกำไรของผู้สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา (Disgorgement Damages) เป็นค่าเสียหายที่คำนวณจากผลประโยชน์หรือผลกำไรของผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งได้รับจากการผิดสัญญา (Gain-based Damages) การกำหนดค่าเสียหายจึงแตกต่างจากค่าเสียหายทั่วไปที่คำนวณจากความเสียหายของผู้สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย (Harm-based Damages) โดยศาลในระบบ Common Law และระบบกฎหมายในบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศอิสราเอล ศาลได้

<sup>65</sup> พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, "CISG : อนุสัญญาสหประชาชาติที่ไม่ผูกพันประเทศไทย แต่ศาลไทยอาจปฏิเสธที่จะใช้ไม่ได้ หากมีการกล่าวอ้างกฎหมายขัดกัน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 มีนาคม 2563 แหล่งที่มา: <https://www.gotoknow.org/posts/532979>

<sup>66</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติว่า เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

<sup>67</sup> CISG Article 6 provides:

The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

พิพากษาให้ชดใช้ค่าเสียหายประเภทดังกล่าวเมื่อมีสถานการณ์หรือเงื่อนไขบางอย่างเกิดขึ้น ซึ่งมีองค์ประกอบและเหตุผลที่แตกต่างกันออกไป<sup>68</sup>

ในบริบทของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หากผู้ขายจงใจผิดสัญญาซื้อขายในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่งทำให้ผู้ขายได้รับผลกำไรมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญากับผู้ซื้อ อาจขัดกับลักษณะเฉพาะและหลักการพื้นฐานของ CISG ดังนั้น หากมีการกำหนดให้ผู้ขายต้องชดใช้ค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่ตนได้รับจากการผิดสัญญา (Disgorgement Damages) จะช่วยลดความเสี่ยงและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ซื้อจากการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ได้

ทั้งนี้ เพื่อวิเคราะห์ว่าหลักกฎหมายหรือบทบัญญัติใน CISG จะสามารถตีความครอบคลุมไปถึงค่าเสียหายในรูปของผลกำไรของผู้ขายหรือไม่ (Disgorgement Damages) ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะอธิบายรูปแบบในการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการผิดสัญญา และค่าเสียหายในรูปของผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ต่อไปนี้ในรายละเอียดดังนี้

#### 2.4.1 ประเภทหรือรูปแบบการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการผิดสัญญา

การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามข้อตกลงในสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี เช่น การผิดข้อตกลงอาจเป็นการผิดสัญญาเล็กน้อย (Minor Breach) หรือการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) นำมาสู่เลิกสัญญา หรือเป็นการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันในสัญญา กฎหมายจึงกำหนดลูกหนี้หรือคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญารับผิดชอบต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ นอกจากนี้หากเป็นการผิดสัญญาที่มีลักษณะร้ายแรง กฎหมายอาจให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายบอกเลิกสัญญาได้

การเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีการผิดสัญญานั้น ผู้เรียกร้องค่าเสียหายจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้เห็นถึงการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาของลูกหนี้ และความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำของลูกหนี้ ซึ่งระบบกฎหมายแต่ละระบบมีวิธีการเยียวยาความเสียหายที่แตกต่างกันออกไป

<sup>68</sup> Mathias Siems, "Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis," *Edinburgh Law Review* Volume 7(2013): 27-33.

โดยทั่วไปคำว่า ค่าเสียหาย (Damages) ซึ่งมีที่มาจากภาษาละตินว่า Damnum หมายถึง ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินที่ศาลเป็นผู้กำหนดให้แก่บุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหาย เพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น หากแบ่งประเภทของค่าเสียหายตามความมุ่งหมาย ประเภทของค่าเสียหายสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้<sup>69</sup>

1. ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) คือ ค่าเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิดให้ได้มากที่สุด ซึ่งค่าเสียหายประเภทนี้มีทั้งค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ และค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินไม่ได้

2. ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) คือ ค่าเสียหายที่ศาลหรือกฎหมายกำหนดขึ้นเพิ่มเติมในจำนวนที่มากกว่าความเสียหายและนอกเหนือจากค่าสินไหมทดแทน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์ และป้องปรามการกระทำละเมิดที่มีพฤติการณ์รุนแรงเพื่อมิให้จำเลยหรือบุคคลอื่นกระทำความผิดอย่างเดียวกันในอนาคต

นอกจากการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการตัดสินของศาลพบว่ายังมีการเยียวยาความเสียหายประเภทอื่นในกรณีที่คู่สัญญาฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ซึ่งศาลมีคำพิพากษาที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ในบางกรณีอาจมีการเรียกร้องค่าเสียหายหลายประเภทพร้อมกัน หรือในบางกรณีอาจมีการเรียกร้องค่าเสียหายเพียงชนิดเดียว โดยประเภทของการเยียวยาความเสียหายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นอาจแบ่งได้ 3 ประเภท ดังนี้

### 1. การกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution Damages)

การกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution Damages) เป็นการเยียวยาความเสียหายที่ศาลสั่งให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการที่จำเลยผิดสัญญา การชดเชยค่าเสียหายดังกล่าวจะแตกต่างจากชดเชยค่าเสียหายทั่วไป เนื่องจากศาลจะคำนวณค่าเสียหายจากผลกำไรที่จำเลยได้รับมากกว่าการสูญเสียของฝ่ายโจทก์ผู้เรียกร้อง ซึ่งเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เป็นธรรมระหว่างคู่สัญญา เพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับประโยชน์อันมิควรชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา อาจกล่าวได้ว่าเป็นการเยียวยาความเสียหายตามหลัก

<sup>69</sup> ฉัตรวรณท์ ภูวรักษ์พิบูล, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนอันมิใช่ตัวเงินโดยเฉพาะค่าเสียหายทางจิตใจ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกา," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีที่ 10, ฉบับที่ 2 (2562).

ลามมิควรได้นั้นเอง (Unjust Enrichment)<sup>70</sup> โดยการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่สถานะทางการเงินดั้งเดิมก่อนที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น

ตัวอย่างเช่น A ตกลงในสัญญาขายรถยนต์ให้ B ราคา 1,000,000 บาท หาก A ขายรถยนต์ให้แก่บุคคลอื่นแทน A อาจต้องชดเชยค่าเสียหายให้ B สูงสุด 1,000,000 บาท เนื่องจากเป็นสิ่งที่ระบุไว้ในสัญญา ดังนั้น แม้ว่า A จะขายรถได้ราคามากกว่า 1,500,000 บาท แต่ B สามารถเรียกร้องค่าเสียหายเฉพาะในราคาตามสัญญาคือ 1,000,000 บาท เท่านั้น

## 2. การเยียวยาทางเอ็คควิตี้ (Equitable Remedies)

หลักความเป็นธรรมทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า เอ็คควิตี้ (Equity) เป็นหลักกฎหมายที่พัฒนาในประเทศอังกฤษและเวลส์ในยุคกลางเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่ความในกรณีที่กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ไม่สามารถให้ความเป็นธรรมได้ เนื่องจากเดิมการฟ้องคดีส่วนมากจะทำได้เมื่อมีการออกหมาย (Writ) ซึ่งเป็นการใช้ภาษาทางกฎหมายที่ซับซ้อน หากมีการใช้ภาษาผิดไปก็ทำให้การฟ้องคดีเสียไปทั้งหมด คู่ความจึงต้องนำคดีไปฟ้องใหม่ที่ศาลพิเศษของพระเจ้าแผ่นดิน ซึ่งกษัตริย์มีหน้าที่ต้องช่วยเหลือราษฎร เนื่องจากศาลคอมมอนลอว์ (Common Law) เกิดจากการใช้อำนาจปกครองของกษัตริย์โดยมีขุนนางตำแหน่งลอร์ดชานเซลเลอร์ (Lord Chancellor) ทำหน้าที่ดูแลคำร้องที่ยื่นต่อกษัตริย์ คำตัดสินของชานเซลเลอร์จึงเป็นคำตัดสินที่สร้างความเป็นธรรมและเมื่อระยะเวลาผ่านไปคำตัดสินดังกล่าวพัฒนาเป็นหลัก Equity หลักดังกล่าวถูกนำไปใช้ในการตัดสินคดีของศาลชานเซลเลอร์ (The Chancellor's Court) หรือที่เรียกว่า ศาลชานเซอร์รี (Court of Chancery)<sup>71</sup>

สำหรับสัญญาเชิงพาณิชย์ส่วนใหญ่การชดเชยค่าเสียหายด้วยเงินเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสม เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย เช่นนี้ศาลก็จะไม่นำหลัก Equity มาใช้ในการตัดสินคดี แต่ในบางกรณีศาลจะใช้ดุลยพินิจในการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้คู่ความได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เป็นธรรม<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Rachel Burnett, Commercial Litigation: The Consequences of Breach of Contract – Damages and Other Remedies (Thorogood Publishing Ltd 2002), p. 45.

<sup>71</sup> สิริพันธ์ พลรบ, "หน่วยที่4 หลักความเป็นธรรมทางกฎหมายและกฎหมายทรัพย์สิน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 เมษายน 2562. แหล่งที่มา: <https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.40701-4.pdf>

<sup>72</sup> Burnett, R., Commercial Litigation: The Consequences of Breach of Contract – Damages and Other Remedies, p. 48.



ตัวอย่างคดีที่เกิดจากตัดสินคดีโดยใช้หลัก Equity คือคดี *Shell UK Ltd v Lostock Garages Ltd* ซึ่งตัดสินโดยศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1976<sup>73</sup> มีข้อเท็จจริงดังนี้ บริษัท Lostock Garage ได้ทำสัญญากับ บริษัท Shell โดย บริษัท Lostock Garage ตกลงซื้อและขายน้ำมันจาก บริษัท Shell เป็นเวลา 20 ปี ในการตกลงดังกล่าว บริษัท Lostock Garage จะได้รับส่วนลดราคา อย่างไรก็ตามหลังจากทำข้อตกลงนี้ บริษัท Shell ได้จัดหาน้ำมันให้สถานีบริการน้ำมันซึ่งตั้งอยู่ใกล้กับ บริษัท Lostock Garage สองแห่งในราคาที่ต่ำลงทำให้สถานีบริการน้ำมันของ บริษัท Lostock Garage ไม่สามารถแข่งขันกับราคาเหล่านี้ได้ บริษัทฯ จึงเริ่มรับน้ำมันจากบุคคลที่สามมาจำหน่าย บริษัท Shell จึงฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายสำหรับละเมิดข้อกำหนดในสัญญา และขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ บริษัท Lostock Garage รับน้ำมันจากบุคคลอื่นมาขาย

ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินตามหลัก Clean Hand ว่า “ผู้ที่มาขอให้ใช้หลัก Equity ต้องมาศาลด้วยมือที่สะอาด” (He who comes to equity must come with clean hand) ดังนั้นศาลจึงไม่ออกคำสั่งดังกล่าวตามที่ บริษัท Shell ร้องขอ เนื่องจากหากศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ บริษัท Lostock Garage รับน้ำมันจากบุคคลอื่นมาขายจะไม่เป็นธรรมและเท่าเทียม เนื่องจาก บริษัท Shell ให้การสนับสนุนโดยขายน้ำมันในราคาที่ต่ำกว่าให้สถานีบริการน้ำมันข้างเคียงเคียงยกเว้น บริษัท Lostock Garage ทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

การเยียวยาความเสียหายในระบบ Equity มีหลายรูปแบบ เช่น คำสั่งของศาลที่สั่งให้บุคคลกระทำ หรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง (Injunction) คำสั่งศาลที่บังคับให้คู่สัญญาชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) กล่าวคือ โดยหลักคู่สัญญาอาจเลือกไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา แต่จะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแทน แต่ในบางกรณีศาลอาจมีคำสั่งให้บุคคลนั้นชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งตามหลักแล้วการเยียวยาทาง Equity จะกระทำได้ต่อเมื่อการเยียวยาทางคอมมอนลอว์ (Common Law) ไม่เพียงพอเท่านั้น และเป็นกรณีที่ไม่มีข้อยกเว้นมิให้ออกคำสั่งประเภทนี้ได้ โดยทั่วไปการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะเกิดขึ้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินซึ่งวัตถุแห่งสัญญาเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง<sup>74</sup>

<sup>73</sup> *Shell UK Ltd v Lostock Garage Ltd 1976 [1 WLR 1187] CA*

<sup>74</sup> สิริพันธ์ พลรบ, "หน่วยที่4 หลักความเป็นธรรมทางกฎหมายและกฎหมายทรัพย์สิน.[ออนไลน์]"

### 3. การเรียกค่าเสียหายจากผลกำไร (Account of Profits)

การเยียวยาความเสียหายจากผลกำไร (Account of Profits) เป็นการเยียวยาความเสียหายกรณีพิเศษ โดยอาจกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น<sup>75</sup> ในการกำหนดค่าเสียหายจะคำนวณจากผลกำไรที่คู่สัญญาได้รับ (Gain-based damages) อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา (Breach of Contract) และนำสินค้าตามสัญญาไปแสวงหาผลกำไร ค่าเสียหายประเภทนี้มุ่งเน้นผลกำไรที่จำเลยได้รับมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ร้อง เพราะจำเลยไม่ควรได้รับผลกำไรเหล่านั้นจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องของตน จึงให้จำเลยนำผลกำไรหรือผลประโยชน์ที่ได้รับชดใช้ให้แก่ผู้ร้อง ประโยชน์ที่ได้รับอาจประกอบด้วยผลกำไรที่ได้รับหรือค่าใช้จ่ายที่จำเลยไม่ต้องใช้จ่ายซึ่งเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย

ลักษณะของการชดใช้ค่าเสียหายจากผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เกิดขึ้น อาจแบ่งได้ 2 ลักษณะ<sup>76</sup> ดังนี้

ประการแรก กำหนดให้จำเลยยอมจำนนต่อผลประโยชน์ที่ได้รับซึ่งเกิดจากการกระทำผิดของจำเลย เรียกว่า การสักรอกผลกำไร (Disgorgement) ซึ่งจะคำนวณโดยอ้างอิงจากผลกำไรที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องของจำเลย ทั้งนี้ ไม่ว่าผลกำไรที่เกิดขึ้นจำเลยจะได้รับมาจากผู้ร้องหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ร้องก็ตาม และไม่จำเป็นว่าจะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้ร้อง

ประการที่สอง กำหนดให้จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำผิดของตนให้แก่ผู้ร้อง ซึ่งเป็นการชดใช้ความเสียหายอย่างแท้ โดยจำเลยจำเป็นต้องคืนผลกำไรที่ได้รับในฐานะที่กระทำการแทนผู้ร้อง จะเห็นได้ว่าความเสียหายจากผลประโยชน์หรือผลกำไรดังกล่าวบนพื้นฐานนี้มีความสัมพันธ์ระหว่างผลกำไรของจำเลยและการสูญเสียของผู้ร้อง ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการชดใช้ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) เนื่องจากผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับเปรียบเสมือนกับความเสียหายหรือการสูญเสียของผู้ร้อง

จากการศึกษา พบกรณีศึกษาตามคำตัดสินของศาลประเทศอังกฤษ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่ศาลกำหนดค่าเสียหายโดยคำนวณจากผลกำไรเป็นพื้นฐาน ในคดี *Jegon V Vivian*<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Burnett, R., *Commercial Litigation: The Consequences of Breach of Contract – Damages and Other Remedies*, p. 55.

<sup>76</sup> Ralph Cunnington, "The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract," *The Modern Law Review Limited* Volume 71, Issue 4 (2008): 217-218.

ตัดสินโดย Lord Hatherly ผู้พิพากษาศาลชานส์เซอร์รี่ (Chancery Court) ในปี ค.ศ.1871 จากประโยคที่ว่า “This Court never allows a man to make profit by a wrong...” ซึ่งหมายถึงศาลไม่อนุญาตให้ผู้ใดสร้างผลกำไรจากการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ข้อเท็จจริงมีดังนี้ จำเลยได้บุกรุกเข้าไปในที่ของโจทก์ ซึ่งศาลตัดสินว่า แม้ว่ามูลค่าที่ดินของโจทก์อาจไม่ได้ลดลงจากการบุกรุก แต่โจทก์ได้รับความเสียหายเท่ากับสิ่งที่เขาจะได้รับหากเขาได้รับเงินสำหรับค่าใช้สิทธิเหนือพื้นดิน จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นการใช้ที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Wrongful Use of Land) ศาลจึงให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายให้แก่โจทก์

จากประโยคดังกล่าวจึงเกิดแนวคิดที่ว่า ผู้ใดทำผิดกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของผู้อื่นไม่ควรได้รับเงิน ด้วยเหตุนี้ศาลจึงกำหนดให้ผู้กระทำความผิด (Wrongdoer) เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถูกละเมิด โดยให้นำผลกำไรหรือประโยชน์ที่ได้รับมาชดเชยเป็นค่าเสียหาย<sup>78</sup>

และต่อมาปรากฏคำพิพากษาของศาลใน คดี *Wrotham Park Estate v Parkside Homes*<sup>79</sup> ตัดสินในปี ค.ศ.1974 ซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยละเมิดข้อจำกัดในสัญญา (Restrictive Covenants) ข้อเท็จจริงมีดังนี้ เจ้าของที่ดินขายที่ดินแปลงหนึ่งให้แก่ผู้พัฒนาสิ่งปลูกสร้างพร้อมกับทำสัญญาระบุข้อตกลงว่า ผู้พัฒนาสิ่งปลูกสร้างสามารถสร้างบ้านได้ตามจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญา และห้ามผู้พัฒนาฯ สร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินโดยไม่ได้รับอนุมัติจากเจ้าของที่ดิน ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวจดทะเบียนภายใต้พระราชบัญญัติค่าธรรมเนียมที่ดิน ค.ศ.1925 (Land Charges Act 1925) แต่ต่อมาผู้พัฒนาฯ ได้สร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินผืนดังกล่าว 55 หลัง ซึ่งมากกว่าจำนวนที่ตกลงไว้ในสัญญา ก่อนที่จะมีการขายที่ดินให้กับหน่วยงานท้องถิ่นในปี ค.ศ.1955 และขายต่ออีกครั้งในปี ค.ศ.1971 โจทก์จึงขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้จำเลยก่อสร้างบ้านบนที่ดินและรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวในส่วนที่ละเมิดข้อตกลง (Breach of the Covenant) ออกจากที่ดิน ซึ่งในระหว่างการพิจารณาจำเลยได้ขายบ้านและเจ้าของบ้านหลังดังกล่าวได้เข้ามาพักอาศัยแล้ว

ในคดีนี้ศาลมิได้มีคำสั่งตามคำร้องขอของโจทก์ เนื่องจากถนนและบ้านได้สร้างเสร็จสมบูรณ์แล้ว ซึ่งหากศาลมีคำสั่งตามคำร้องของโจทก์จะก่อให้เกิดความเสียหายทางสังคมและเศรษฐกิจ ประกอบกับมูลค่าของที่ดินของโจทก์ไม่ได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างบ้านใหม่

<sup>77</sup> *Jegon V Vivian*, (1871) LR 6 Ch App 742

<sup>78</sup> Ewoud Hondius André Janssen, *Disgorgement of Profits Gain-Based Remedies Throughout the World* (Springer, 2015), p. 3.

<sup>79</sup> *Wrotham Park Estate v Parkside Homes* [1974] 1 WLR 798

ศาลจึงสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้โจทก์เป็นจำนวน 2,500 ปอนด์ ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 5 ของผลกำไรที่จำเลยคาดว่าจะได้รับโดยถือว่าจำนวนเงินดังกล่าวเป็นเงินที่โจทก์อาจเรียกร้องอย่างสมเหตุสมผลเนื่องจากจำเลยกระทำความผิดโดยการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญา โดยเหตุผลที่ศาลตัดสินเช่นนี้เพราะ

- 1) การเยียวยาความเสียหายตามหลักค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) ไม่เพียงพอ
- และ 2) ศาลไม่สามารถบังคับให้จำเลยชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เพราะจะส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกและก่อให้เกิดความเสียหายทางสังคมและเศรษฐกิจ

จากคำพิพากษาข้างต้นแสดงให้เห็นว่าในบางกรณีที่โจทก์ไม่สามารถคำนวณความสูญเสียทางการเงินที่เกิดขึ้น (Financial Loss) ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายโดยใช้ผลกำไรที่ผู้ฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาได้รับเป็นฐานในการคำนวณ (Gain-based)

#### 2.4.2 ความหมายและลักษณะของค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

จากลักษณะของค่าเสียหายในผลกำไรข้างต้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายความหมายของคำว่า ค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

ในพจนานุกรมของมหาวิทยาลัย Cambridge<sup>80</sup> ได้ให้ความหมายคำว่า Disgorgement ไว้ว่า “สถานการณ์ที่บุคคลหรือองค์กรถูกบังคับให้ต้องชดใช้เงินคืนจากการกระทำในที่ผิดกฎหมาย”<sup>\*\*</sup>

เนื่องจากกฎหมายไทยมิได้กำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ไว้ เพื่อให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจ ผู้เขียนจะอธิบายการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) โดยจำลองสถานการณ์ดังนี้

ตัวอย่างเช่น A ผู้ขายตกลงจะขายพรมให้ B 100,000 บาท ต่อมา C มาติดต่อขอซื้อจาก A เป็นเงิน 300,000 บาท A จึงตัดสินใจผิดสัญญาซื้อขายกับ B แล้วชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ B ซึ่งหาก B ซื้อพรมดังกล่าวแล้วสามารถนำไปขายได้ 200,000 บาท A ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้ B ในผลกำไรที่ B คาดว่าจะได้รับคือ 100,000 บาท ตามหลัก Expectation Damages

<sup>\*\*</sup> a situation in which a person or organization is forced to pay back money that they have made in an illegal way

<sup>80</sup> Cambridge English Corpus, "Disgorgement," [Online] Accessed: 2 April 2020 Available from: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/disgorgement>

ทั้งนี้ อาจมีบางกรณี<sup>81</sup>ที่ศาลกำหนดค่าเสียหายโดยให้ A นำผลกำไรที่ได้รับจากการนำสินค้าไปขายให้แก่ C ขดใช้เป็นค่าเสียหายให้ B ซึ่งค่าเสียหายที่ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องในรูปของผลกำไรที่ผู้ขายได้รับตรงกับคำศัพท์ในภาษาอังกฤษคำว่า Disgorgement Damages หรือ Disgorgement of Profits<sup>82</sup>

ในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ศาลประเทศอิสราเอลได้มีคำพิพากษาให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายในรูปผลกำไรของผู้ขายให้แก่ผู้ซื้อ ในคดี *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*<sup>83</sup> ซึ่งตัดสินโดยศาลฎีกาของประเทศอิสราเอล เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1988 ข้อเท็จจริงมีดังนี้ จำเลยชาวเยอรมันทำสัญญาขายเหล็กให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทชาวอิสราเอล โดยคู่สัญญาได้มีการตกลงราคาซื้อขายกันไว้ แต่ต่อมาจำเลยแจ้งให้โจทก์ทราบว่าต้นทุนของสินค้ามีราคาสูงขึ้น จำเลยจึงขายสินค้าให้แก่บุคคลที่สามในราคาที่สูงกว่า เมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาโจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายซึ่งศาลในคดีดังกล่าวได้ตัดสินตามกฎหมายภายในประเทศโดยตีความ CISG และพิพากษาให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับจากการขายสินค้าให้แก่บุคคลที่สาม (Disgorgement Damages) มาชดใช้ให้โจทก์ตามหลักกลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment)

จากความหมายและตัวอย่างข้างต้น ความหมายของคำว่า Disgorgement Damages ในบริบทของสัญญาซื้อขายหมายถึง ค่าเสียหายซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องชดใช้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยคำนวณจากผลประโยชน์หรือผลกำไรที่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญาได้รับ<sup>84</sup>

การกำหนดค่าเสียหายในผลกำไร (Disgorgement Damages) นอกจากจะปรากฏในสัญญาซื้อขายแล้ว ยังปรากฏในคำพิพากษาหรือกฎหมายของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของผู้อื่น (Violation of Rights) เช่น การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา การไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Breach of a Fiduciary Duty) หรือการฝ่าฝืนหน้าที่ของทรัสต์รี (Trustee) ซึ่งการชดใช้ค่าเสียหาย

<sup>81</sup> Siems, M., "Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis," *Edinburgh Law Review*: 30-31.

<sup>82</sup> Edelman James, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, 1 edition ed. (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002), p. 77.

<sup>83</sup> *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH* 20/82, 42(1) P.D. (1988)

<sup>84</sup> James, E., *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, p. 72.

จากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่มีปรากฏในกฎหมายของสหภาพยุโรป (Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council) ตามข้อ 13 (1)<sup>85</sup> ซึ่งมีข้อกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต้องชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งมีจำนวนเท่ากับผลกำไรอันไม่เป็นธรรมซึ่งผู้ทำละเมิดสามารถหามาได้ ต่อมาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (Urheberrechtsgesetz) ของประเทศเยอรมนีก็ได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดไว้เช่นเดียวกับกฎหมายของสหภาพยุโรป ดังที่ปรากฏให้เห็นใน Section 97 (2)<sup>86</sup> ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าของสิทธิอันเป็นผลมาจากการละเมิด ซึ่งผลกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการทำละเมิดเช่นว่านั้น ท่านว่าอาจนำมาคำนวณเป็นค่าเสียหาย นอกจากนี้ ค่าเสียหายอาจคำนวณจากค่าตอบแทนที่ผู้ทำละเมิดพึงจะต้องจ่ายในจำนวนที่เป็นธรรมเสมือนกับผู้ทำละเมิดได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าว นักเขียน ผู้เขียนบทความทางวิทยาศาสตร์ (มาตรา 70) ช่างภาพ (มาตรา 72) และนักแสดง (มาตรา 73) อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพิ่มเติมเป็นจำนวนเงินสำหรับความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ ตราบเท่าที่เป็นธรรม จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่า เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าเสียหายเป็นตัวเงินจากผู้กระทำละเมิดไม่ว่าผู้กระทำละเมิดจะกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยการเรียกร้องค่าเสียหายสามารถคำนวณจากผลกำไรที่ผู้ละเมิดได้รับจากการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์

<sup>85</sup> Official Journal of the European Union, "Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights," [Online] Accessed: 2 April 2020. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29>

<sup>86</sup> Urheberrechtsgesetz section 97 (2) provides: Any person who intentionally or negligently performs such an act shall be obliged to pay the injured party damages for the prejudice suffered as a result of the infringement. When setting the damages any profit obtained by the infringer as a result of the infringement of the right may also be taken into account. Entitlement to damages may also be assessed on the basis of the amount the infringer would have had to pay in equitable remuneration if the infringer had requested authorisation to use the right infringed. Authors, writers of scientific editions (section 70), photographers (section 72) and performers (section 73) may also demand monetary compensation for damage which is non-pecuniary in nature provided and to the extent that this is equitable.

จากลักษณะของค่าเสียหายข้างต้น พบว่าค่าเสียหายดังกล่าวคำนวณจากผลประโยชน์หรือผลกำไรซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้รับ (Gain-based Damages)<sup>87</sup> จึงมีลักษณะแตกต่างจากหลักการชดเชยความเสียหายประเภทอื่น ๆ เนื่องจากตามหลักการเยียวยาความเสียหายจะชดเชยความเสียหายโดยคำนวณจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นพื้นฐาน (Harm-based) ซึ่งศาลมักจะให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับเสียหายเป็นจำนวนเท่ากับความเสียหายที่เกิดจากความคาดหวังของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้คู่สัญญาอยู่ในสถานะเดียวกันกับในกรณีที่มีการชำระหนี้ตามสัญญาเกิดขึ้น<sup>88</sup>

ทั้งนี้ เมื่อค่าเสียหายประเภทดังกล่าวคำนวณจากผลกำไรหรือผลประโยชน์ที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับ จึงมีข้อโต้แย้งจากนักวิชาการบางท่านว่า ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายที่มีได้คำนึงถึงทักษะหรือความสามารถของผู้ผิดสัญญา ซึ่งในมุมมองหนึ่งก็เป็นผู้สร้างผลประโยชน์ให้เกิดขึ้นแก่ตัวทรัพย์ เช่น จำเลยซึ่งผู้ดูแลผลประโยชน์ (Trustee) สามารถสร้างผลกำไรจากข้อมูลที่ได้รับมาจากการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของตน ซึ่งผลกำไรที่เกิดขึ้นอาจเป็นผลมาจากทักษะและประสบการณ์ของจำเลยเป็นหลัก ซึ่งแม้จะเป็นการเพิ่มความมั่งคั่งให้แก่ผู้ร้องและจำเลย<sup>89</sup> แต่เมื่อจำเลยได้ข้อมูลดังกล่าวมาโดยไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการแสวงหาผลกำไรอันได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ Trustee ศาลจึงให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับมาชดใช้เป็นค่าเสียหาย เนื่องจากเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การจัดประเภทของค่าเสียหายในผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) มีผู้ให้ความเห็นว่าไม่ควรจัดให้ Disgorgement Damages เป็นการเยียวยาความเสียหายในลักษณะ Restitutionary Damages ซึ่งเป็นคำศัพท์ที่มาจากคำในภาษาละตินว่า restituere หมายถึงผู้ถูกฟ้องจะต้องคืนสิ่งของกลับไปยังเจ้าของทรัพย์ เนื่องจากการกำหนดให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับ

<sup>87</sup> James, E., *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, p. 65.

<sup>88</sup> Siems, M., "Disgorgement of Profits for Breach of Contract : A Comparative Analysis," *Edinburgh Law Review*: p.29.

<sup>89</sup> James, E., *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, p. 72.

ชดใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์ โจทก์มิได้เป็นเจ้าของในผลกำไรหรือประโยชน์ดังกล่าว จึงควรหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า Restitution<sup>90</sup>

นอกจากนี้ ยังเป็นที่ถกเถียงในทางวิชาการว่า การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรหรือผลประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นจะทำให้โจทก์หรือคู่สัญญาที่น่าคดีมาฟ้องได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งเป็นจำนวนที่เกินไปกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับหรือไม่ (Windfall Profit)<sup>91</sup> โดยประเด็นนี้ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่ง ที่คำนวณจากผลกำไรเป็นพื้นฐาน ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในลักษณะ Efficient Breaches หากมีกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ก็จะหมายความว่า ศาลให้นำผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอกมาชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ

#### 2.4.3 ประวัติความเป็นมาและแนวคิดของการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

จากนิยามและลักษณะคำว่า “ค่าเสียหายจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับ” จะพบว่า Disgorgement Damages เป็นการชดใช้ความเสียหายโดยคำนวณจากผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เกิดขึ้น (Gain-based) ต่อไปนี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า “Disgorgement Damages” แทนคำว่าค่าเสียหายจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับเพื่อให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจโดยง่าย

Disgorgement Damages ไม่ใช่คำที่ปรากฏในกฎหมายเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) แตกต่างจากระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีปรากฏให้เห็นอยู่บ้าง แต่ก็มีใช้ค่าเสียหายอันเป็นที่รู้จักกันในวงกว้าง

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงคดี *Jegon V Vivian*<sup>92</sup> ซึ่งตัดสินโดยศาลชานส์เชอริ (Chancery Court) ในหัวข้อที่ผ่านมา ซึ่งศาลมีแนวคิดที่ผู้กระทำละเมิดหรือกระทำการใดที่ผิดกฎหมายไม่สมควรได้รับเงิน ด้วยเหตุนี้ศาลจึงกำหนดให้ผู้กระทำความผิด (Wrongdoer) เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถูกทำละเมิด

<sup>90</sup> Siems, M., "Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis," *Edinburgh Law Review*: p.28.

<sup>91</sup> Janssen, E. H. A., *Disgorgement of Profits Gain-Based Remedies Throughout the World*, p. 5.

<sup>92</sup> *Jegon V Vivian*, (1871) LR 6 Ch App 742



โดยให้นำผลกำไรหรือประโยชน์ที่ได้รับมาชดใช้เป็นค่าเสียหาย แนวคิดดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากความคิดว่า ผู้กระทำความผิดไม่ควรได้รับผลกำไรจากการแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากพิจารณาในมุมมองของกฎหมายเอกชน (Private law) จะพบว่า การให้นำผลกำไรที่ได้รับชดใช้เป็นค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเปรียบเสมือนเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งไม่ใช่หน้าที่ของกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวมีความเห็นของนักวิชาการชาวเยอรมันบางท่านเห็นว่า การต่อสู้กับการกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ได้เป็นเพียงงานของกฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่ง แต่กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง และกฎหมายเอกชน ต้องทำงานร่วมกันอย่างใกล้ชิดเพื่อให้ได้ผลลัพธ์ที่ดีที่สุด ซึ่งตรงกับภาษาเยอรมันว่า Wechselseitige Auffangordnungen โดยความคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางในระบบกฎหมายส่วนใหญ่<sup>93</sup>

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดเรื่อง Disgorgement Damages เป็นการประสานความคิดของกฎหมายสาขาต่าง ๆ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใดแสวงหาประโยชน์หรือผลกำไรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายบรรลุเป้าหมายในการป้องกันและควบคุมมิให้ผู้ใดใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินหรือข้อมูลของผู้อื่นในการแสวงหาผลกำไรหรือประโยชน์ที่มีควรได้จึงมีลักษณะคล้ายกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages)

ในช่วงถัดมา ศาลชานส์เซอร์รี (Chancery Court) หรือศาลเอคควิตี้ (Court of Equity) ได้พิพากษาให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ในกรณีที่มีการผิดสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องต่อไปนี้ 1) สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา โดยการชดใช้ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดกฎหมาย และป้องกันมิให้มีการแสวงหาผลกำไรโดยมิชอบจากงานอันมีลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาใด ๆ ของผู้อื่น โดยกำหนดให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา และ 2) การฝ่าฝืนหน้าที่ความไว้วางใจ

และต่อมาในปี ค.ศ.2000 Lord Nicholls ได้มีคำพิพากษาให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดใช้ Disgorgement Damages ในคดี *Attorney General v. Blake and Another*<sup>94</sup> ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่ทำให้การกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายมากขึ้น และเป็นคำพิพากษา

<sup>93</sup> Janssen, E. H. A., *Disgorgement of Profits Gain-Based Remedies Throughout the World*, p. p.5.

<sup>94</sup> [2001] 1 AC 268 *Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, James Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, pp. 149-151.

ที่ศาลในประเทศอื่น ๆ ใช้อ้างอิงในการตัดสิน ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินให้จำเลยนำเงินผลกำไรที่ได้รับทั้งหมด 100 ล้านปอนด์ ชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์

ข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้ George Blake (Blake) เป็นลูกจ้างของหน่วยสืบราชการลับในประเทศอังกฤษ (the Secret Intelligence Services) ระหว่างปี ค.ศ.1951 - ค.ศ.1960 ซึ่งในสัญญาจ้างได้ระบุห้ามมิให้เปิดเผยข้อมูลขององค์กร ต่อมาในปี ค.ศ.1961 เขาถูกตัดสินจำคุกเป็นเวลา 42 ปี ภายหลังหนีออกจากคุกเขาได้หนีไปอยู่ที่ประเทศรัสเซีย และใน ค.ศ.1989 Blake ได้ทำสัญญากับสำนักพิมพ์แห่งหนึ่งเพื่อพิมพ์หนังสือชื่อว่า No Other Choice ซึ่งเป็นหนังสือที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการทำงานในหน่วยสืบราชการลับในอังกฤษอันเป็นการนำข้อมูลความลับไปเปิดเผยให้ประเทศรัสเซีย จึงเป็นการกระทำที่ผิดข้อตกลงในสัญญาจ้าง และขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยความลับของประเทศไทย (the Official Secrets Act 1989) ในปี ค.ศ.1990 รัฐบาลอังกฤษจึงได้ฟ้อง Blake และสำนักพิมพ์ โดยเรียกค่าเสียหายจากผลกำไรในขายหนังสือดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ก่อนฟ้องคดีนี้รัฐบาลของประเทศไทย ประสงค์ให้ศาลมีคำสั่งระงับการตีพิมพ์แต่ไม่ทันกาล เนื่องจากหนังสือเล่มนี้ได้รับการเผยแพร่ออกไปอย่างกว้างขวางแล้ว

ในคดีนี้ศาลพิพากษาไปตามเสียงข้างมากโดยให้โจทก์มีสิทธิเรียกร้องผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Interest) จากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของจำเลย ซึ่งความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลคำนวณจากผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการจำหน่ายหนังสือ ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะในกรณีที่มีการผิดสัญญาเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ตามสัญญา ซึ่งกฎหมายได้ให้สิทธิไว้เช่นเดียวกับสิทธิในทรัพย์สินอื่น ๆ ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับจากการขายหนังสือมาชดใช้ให้โจทก์ (Disgorgement Damages)<sup>95</sup> ทั้งนี้ การเปิดเผยข้อมูลซึ่งเป็นความลับของ Blake อาจเกิดขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยความลับของประเทศไทย (the Official Secrets Act 1989) จะมีผลบังคับใช้ คือ ก่อนวันที่ 1 มีนาคม 2533 ศาลจึงตัดสินคดีโดยไม่นำพระราชบัญญัตินี้มาปรับใช้<sup>96</sup>

คดีนี้นอกจากศาลได้วินิจฉัยให้จำเลยชำระค่าเสียหายให้โจทก์ตามคำฟ้อง ศาลยังได้วางหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ดังนี้<sup>97</sup>

<sup>95</sup> HOUSE OF LORDS. *Attorney General v. Blake and Another* [2000] UKHL 45; [2000] 4 All ER 385; [2000] 3 WLR 625 (27th July, 2000)

<sup>96</sup> James, E., *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, p. 150.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p.151-155.

ประการแรก เรื่องประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายจากการปฏิบัติการชำระหนี้ (Legitimate Interest in Performance) โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่า โจทก์มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Interest) เนื่องจากจำเลยมีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญา แต่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติ และผลประโยชน์หรือผลกำไรที่จำเลยได้รับดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันกับกรณีที่มีการฝ่าฝืนการปฏิบัติการชำระหนี้ แล้วศาลสั่งให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) หรือออกคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการบางอย่าง (Injunction)

ประการที่สอง การเยียวยาความเสียหายตามปกติ (Normal Remedies) ไม่เหมาะสม เนื่องจากไม่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า เมื่อพิจารณาถึงการสูญเสียทางการเงิน (Financial Loss) หากกำหนดให้ชดเชยความเสียหายตามหลัก Compensatory Damages อาจไม่เพียงพอและไม่เป็นธรรม เนื่องจากไม่สามารถปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของโจทก์ได้ในกรณีที่จำเลยผิดสัญญา ดังนั้น เมื่อศาลเห็นว่าค่าเสียหายไม่เหมาะสมศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ได้

ประการสุดท้าย โจทก์ต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าจำเลยกระทำโดยจงใจหรือใช้กลฉ้อฉลเพื่อฉวยโอกาสในการแสวงหาผลกำไรเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่จำเลยจะต้องชดเชยให้แก่โจทก์

จากคำพิพากษาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าศาลพิจารณาว่าการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามข้อตกลงในสัญญา (Breach of Contract) ควรได้รับการชดเชยความเสียหายเช่นเดียวกับความรับผิดทางแพ่งในเรื่องอื่น ซึ่งเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง นอกจากนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากพิจารณาจากหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages อาจมีลักษณะเป็นกฎหมายปิดปาก (Estoppel) เพื่อช่วยให้ข้อตกลงที่คู่สัญญาดตกลงกันได้บรรลุผล หากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องนำผลประโยชน์หรือผลกำไรที่ได้รับชดเชยเป็นค่าเสียหาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เพื่อป้องกันมิให้ผู้ขายผิดสัญญา

ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ยอมรับค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages มากขึ้น โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำมา

บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรใน the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment<sup>98</sup> ซึ่งมีหลักที่สำคัญว่า หากผู้ใดได้รับประโยชน์หรือผลกำไรโดยไม่ยุติธรรมจากการกระทำที่ผิดหรือโดยใช้ค่าใช้จ่ายของผู้อื่นต้องรับผิดชอบโดยชดใช้ค่าเสียหาย

ในกฎหมายของประเทศเยอรมนีพบในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) มาตรา 667<sup>99</sup> ซึ่งกำหนดให้ ตัวแทนจะต้องคืนเงินหรือสิ่งที่ได้รับไว้ทั้งหมดเกี่ยวกับการเป็นตัวแทนให้แก่ตัวการ และสิ่งที่ได้มาจากการดำเนินการตามคำสั่งและจากการจัดการธุรกิจ นอกจากนั้น หลักดังกล่าวยังปรากฏในกฎหมายพิเศษของประเทศเยอรมนี คือ กฎหมายพาณิชย์ (Handelsgesetzbuch) หรือ HGB ในมาตรา 61 (1)<sup>100</sup> ซึ่งกำหนดให้ ลูกจ้าง กรรมการ หรือตัวแทนที่ได้รับผลกำไรหรือผลประโยชน์อื่นใดระหว่างการปฏิบัติงานให้นายจ้างต้องส่งมอบเงินทั้งหมดแก่นายจ้าง ซึ่งรวมถึงการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่ความซื่อสัตย์สุจริต เช่น หากลูกจ้างหรือตัวแทนการประกอบกิจการค้าแข่งขันกับนายจ้าง ลูกจ้างหรือตัวแทนต้องนำผลกำไรที่ได้รับคืนให้นายจ้างหรือตัวการ<sup>101</sup>

ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างกรณีศึกษาที่ศาลวินิจฉัยให้จำเลยต้องคืนเงินที่ได้รับมาทั้งหมดให้นายจ้าง เช่น ในคดีที่ BAG 14 July 1961, NJXW 1961, 2036 ซึ่งตัดสินโดยศาลแรงงานกลางของประเทศเยอรมนี (Bundesarbeitsgericht) เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1961 คดีนี้ลูกจ้างของบริษัทมีหน้าที่รับผิดชอบในการเจรจาทำสัญญาขนส่ง เมื่อลูกจ้างได้รับสินบนจากผู้ประกอบการขนส่งรายหนึ่ง

<sup>98</sup> American Law Institute, "Restatement, Third, Restitution and Unjust Enrichment," [Online] Accessed: 3 April 2020. Available from: <https://home.heionline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Third-Restitution-and-Unjust-Enrichment/?letter=R>

<sup>99</sup> Bürgerlichen Gesetzbuches section 667 provides: The mandatary is obliged to return to the mandator everything he receives to perform the mandate and what he obtains from carrying out the transaction.

<sup>100</sup> HGB section 61 (1) provides: If the commercial employee violates his duty under Section 60, the principal may claim damages; alternatively, he may demand that the commercial employee accept that the transactions made by him for his own account shall be considered as having been made for the principal's account, and that he surrender the remuneration received from transactions made for the account of third parties or assign his claim to such remuneration to the principal.

<sup>101</sup> Siems, M., "Disgorgement of Profits for Breach of Contract : A Comparative Analysis," *Edinburgh Law Review*: p.37-39.

จึงตัดสินใจเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการขนส่งรายนั้น ศาลวินิจฉัยว่า ลูกจ้างผิดสัญญาและการผิดสัญญาดังกล่าวเป็นเหตุให้ลูกจ้างได้รับสินบน ซึ่งได้มาจากการเข้าจัดการงานของนายจ้างโดยที่นายจ้างไม่ได้มอบหมายจึงเป็นการจัดการงานนอกสั่ง (Negotiorum Gestio) ลูกจ้างจึงต้องคืนสินบนที่ได้รับมาทั้งหมดให้แก่นายจ้าง

ถัดมาในคดี *BGH 11 Oct 1976, NJW 1977, 247 L.* ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงสุดของประเทศเยอรมนี (Bundesgerichtshof) เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ.1977 คดีนี้โจทก์ฟ้องอดีตผู้จัดการของบริษัทโจทก์ ซึ่งมีข้อสัญญาภายหลังเลิกจ้างว่าลูกจ้างจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัท แต่อดีตผู้จัดการละเมิดหน้าที่นี้โดยชักจูงให้หุ้นส่วนทางธุรกิจของบริษัทให้ยกเลิกสัญญากับบริษัทและเข้าทำสัญญากับอดีตผู้จัดการ ศาลจึงตัดสินให้ผู้จัดการคืนผลกำไรที่ได้รับมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ให้แก่บริษัท

#### 2.4.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

จากการศึกษา พบว่าการคำนวณค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขายนั้นมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการคำนวณค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นมีทั้งผลกำไรที่ผู้ขายซึ่งฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับ หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ขายสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายที่อาจจะเกิดขึ้นอันเป็นการประหยัดต้นทุน

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายตกลงทำสัญญาขายเจลแอลกอฮอล์ให้แก่ผู้ซื้ออีกประเทศหนึ่ง โดยในข้อสัญญาระบุว่า ผู้ขายจะจัดให้บริการจัดส่งสินค้าข้ามพรมแดนในรูปแบบการขนส่งพิเศษ ซึ่งผู้ซื้อได้จ่ายค่าขนส่งในรูปแบบดังกล่าวที่มีราคาที่สูงกว่าการส่งในรูปแบบปกติ แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้ขายได้ส่งสินค้าให้ผู้ซื้อในรูปแบบปกติ

จากตัวอย่างข้างต้นพบว่า ผู้ขายไม่ได้รับผลกำไรจากการขายสินค้าแต่สามารถประหยัดค่าใช้จ่ายจากการขนส่งได้ ดังนั้นจึงมีปัญหาค่าที่ต้องพิจารณาว่าการคำนวณค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ควรคำนวณจากค่าใช้จ่ายที่จำเลยสามารถประหยัดด้วยหรือไม่ หรือควรพิจารณาจากผลกำไรที่จำเลยได้รับแต่เพียงอย่างเดียว

จากการศึกษา พบว่าศาลมักจะคำนวณค่าเสียหายโดยพิจารณาจากผลประโยชน์หรือผลกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับเป็นพื้นฐานมากกว่าการพิจารณาค่าใช้จ่ายที่สามารถประหยัดได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (Causation) และความห่างไกลของการกระทำ

กับผลที่เกิดขึ้น (Remoteness) ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ในสถานการณ์ดังต่อไปนี้<sup>102</sup>

สถานการณ์ที่หนึ่ง ผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้รับผลกำไรโดยไม่มีค่าใช้จ่ายใด ๆ เกิดขึ้น กล่าวคือการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รับผลกำไรโดยไม่ได้รับประโยชน์จากการประหยัดค่าใช้จ่ายเพราะไม่มีค่าใช้จ่ายใด ๆ เกิดขึ้น

ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงการในคดี *Reading v. Attorney General* ซึ่งตัดสินคดีโดยศาลฎีกาของประเทศอังกฤษ (House of Lords) เมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ.1951<sup>103</sup> ข้อเท็จจริงมีดังนี้ Reading เป็นทหารของกองทัพอังกฤษในสมัยสงครามโลกครั้งที่สองประจำการอยู่ที่อียิปต์ในฐานะจำทหาร ต่อมามีนักค้าของเถื่อนจ่ายสินบนให้ Reading เพื่อขั้บรรลบททุกที่พวกเขาทำการลักลอบขนสุราที่ผิดกฎหมายให้ผ่านการตรวจค้นของเจ้าหน้าที่ เนื่องจาก Reading สวมเครื่องแบบทหารทำให้เจ้าหน้าที่จะไม่ตรวจสอบสินค้าที่บรรทุกมา โดยสินบนที่เขาได้รับเป็นเงิน 1,000 ถึง 4,000 ปอนด์ต่อครั้ง ต่อมา Reading ถูกจับและถูกเรียกค่าเสียหายเป็นเงินค่าสินบนทั้งหมดคืนเพื่อเยียวยาความเสียหาย

คดีนี้ศาลตัดสินว่า Reading ไม่มีสิทธิได้รับเงินสินบนและต้องใช้จ่ายเงินดังกล่าวคืน เนื่องจากเขาต้องรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์โดยจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต (Duty of Honesty) แต่เมื่อ Reading ใช้ประโยชน์จากการทำงานโดยละเมิดต่อหน้าที่ทำให้ได้รับสินบน Reading จึงต้องชดใช้ค่าเสียหายโดยการคืนสินบนดังกล่าวให้แก่พระมหากษัตริย์

จากคดีนี้ พบว่า Reading ได้รับประโยชน์ในเงินค่าสินบนโดยไม่มีค่าใช้จ่ายใด ๆ เกิดขึ้น ในการกำหนดค่าเสียหายศาลจึงพิจารณาจากเงินสินบนที่ได้รับ โดยมีได้พิจารณาถึงค่าใช้จ่ายที่สามารถประหยัดได้แต่อย่างใด

สถานการณ์ที่สอง ผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญาสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายในบางส่วนได้ แต่ไม่ได้รับผลกำไร (Expense Saved Alone) กล่าวคือประโยชน์ที่คู่สัญญาได้รับ คือ การประหยัดค่าใช้จ่ายในบางส่วน เนื่องจากคู่สัญญามีได้ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา แต่คู่สัญญาไม่ได้ประโยชน์ใดเพิ่มเติม

<sup>102</sup> James, E., *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, pp. 73-75.

<sup>103</sup> *Reading v. Attorney General* [1951] AC 507 HL

ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงในคดี *White Arrow Express Ltd v Lamey's Distribution Ltd* ซึ่งตัดสินคดีโดยศาลประเทศอังกฤษ เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ.1995<sup>104</sup> ข้อเท็จจริงมีดังนี้ จำเลยทำสัญญาจัดส่งสินค้าสำหรับธุรกิจที่มีการสั่งซื้อทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งผู้ร้องได้จ่ายค่าบริการจัดส่งแบบ Deluxe Delivery Service ให้แก่จำเลย แต่ในความเป็นจริงจำเลยให้บริการที่เป็นบริการขั้นพื้นฐานเท่านั้น

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว พบว่าจำเลยไม่ได้รับผลกำไรจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาอาจช่วยให้จำเลยประหยัดค่าใช้จ่ายที่สำคัญได้ ในคดีนี้ ศาลตัดสินให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายแต่เพียงในนามเท่านั้น (Nominal Damages) เนื่องจากเห็นว่ามี ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ (Loss of Performance) แต่ทั้งนี้ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยในประเด็นดังกล่าว ซึ่งศาลอุทธรณ์เห็นว่าหลักการคำนวณค่าเสียหายในการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา (Loss of Performance) อยู่บนพื้นฐานของส่วนต่างระหว่างมูลค่าสินค้าที่เสนอซื้อ กับมูลค่าสินค้าที่ทำสัญญาไว้ เมื่อในคดีนี้ไม่มีส่วนต่างของราคาเกิดขึ้น ศาลจึงไม่ได้กำหนดค่าเสียหายดังกล่าว<sup>105</sup>

อย่างไรก็ดี จากการตัดสินในคดีดังกล่าวทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาซึ่งยังไม่เป็นที่ยุติในทางวิชาการว่า ความรับผิดในความเสียหายอาจเป็นเพียงการตัดสินซึ่งอยู่บนพื้นฐานที่เป็นการยับยั้งมิให้จำเลยกระทำความผิด โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ โดยผู้พิพากษาบางท่านเห็นว่าการคำนวณค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ควรมุ่งเน้นไปที่ผลกำไรที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น เพื่อให้เกิดความแน่นอนและชัดเจนในการเยียวยาความเสียหาย<sup>106</sup>

สถานการณ์ที่สาม ผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้รับผลกำไรและสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น กล่าวคือคู่สัญญาได้รับประโยชน์จากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยได้รับผลกำไรและสามารถประหยัดค่าใช้จ่าย ๆ ที่อาจเกิดขึ้น เนื่องจากการฝ่าฝืนหน้าที่ หรือการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาทำให้คู่สัญญาสามารถแสวงหาประโยชน์ได้โดยง่ายซึ่งเป็นการลดขั้นตอนบางอย่างทำให้ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนั้น

ตัวอย่างเช่น ผู้ร้องประกอบกิจการผลิตขวดน้ำพลาสติก จำเลยใช้ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าของผู้ร้องในการผลิตขวดน้ำพลาสติกอย่างไม่ถูกต้อง ทำให้จำเลยสามารถประหยัด

<sup>104</sup> *White Arrow Express Ltd v. Lamey's Distribution Ltd* [1995] CLC 1251

<sup>105</sup> Charles E. F. Rickett, *Justifying Private Law Remedies* (North America: Hart Publishing, 2008), p. 354.

<sup>106</sup> James, E., *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, p. 74.

ค่าใช้จ่ายโดยไม่ต้องจ้างที่ปรึกษาหรือไม่ต้องซื้อข้อมูลไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการผลิตหรือข้อมูลลูกค้า นอกจากนั้นจำเลยยังสามารถได้รับผลกำไรจากการขายขวดน้ำพลาสติก

หากเกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages คำนวณจากค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญา การวัดค่าความเสียหายจะเป็นไปตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งจะคำนวณจากมูลค่าที่ถูกโอนในกรณีนี้ราคาที่โอน คือ ค่าใช้จ่ายที่สามารถประหยัดได้ ซึ่งอาจเป็นค่าจ้างที่ปรึกษาหรือหากข้อมูลมีความพิเศษราคาในตลาดก็จะสูงมาก

จากการศึกษา พบว่าผู้พิพากษาบางท่านในประเทศอังกฤษมีแนวโน้มไม่ยอมรับให้คำนวณค่าเสียหายจากจำนวนเงินซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเลยสามารถประหยัดได้ แต่ให้คำนวณจากผลกำไรที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบของจำเลย ดังเช่นคำตัดสินของศาลสูงของประเทศอังกฤษ ในคดี *Celanese International Corpn v. BP Chemicals Ltd*<sup>107</sup> ตัดสินในปี ค.ศ.1999 คดีนี้จำเลยใช้สิทธิบัตรของโจทก์โดยมิชอบทำให้วิธีการผลิตของจำเลยมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งในประเด็นการกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่สามารถประหยัดค่าใช้จ่าย ศาลตัดสินว่าแม้ว่าจำเลยจะสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายจากการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ แต่การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะไม่ขยายความไปถึงค่าใช้จ่ายที่สามารถประหยัดได้เพราะไม่มีการสร้างผลกำไร

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับศาลเนื่องจากการพิสูจน์ความเสียหายจากการที่จำเลยสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายได้นั้นยากต่อผู้ร้อง เพราะการการทำบางอย่างของจำเลยแม้ทำให้จำเลยสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายได้จริง แต่มีลักษณะเป็นนามธรรมและยากต่อการคำนวณค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนได้ เช่น ข้อมูลรายชื่อของลูกค้าซึ่งเป็นความลับทางการค้า

กรณีการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เป็นไปได้เช่นกันว่าคู่สัญญาฝ่ายที่จงใจผิดสัญญาซื้อขายจะได้รับประโยชน์จากการผิดสัญญาในรูปแบบของผลกำไรและการประหยัดต้นทุน ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกรรม

ตัวอย่างเช่น A เจ้าของบริษัทวิจัยยาได้ทำสัญญากับ B ซึ่งมีโรงงานผลิตยาในอีกประเทศหนึ่ง ให้ผลิตยาชนิดหนึ่งขึ้นมาเพื่อรักษาโรค แต่ต่อมา B ผิดสัญญาไปร่วมทุนกับบริษัทอื่นหรือนำสินค้าขายให้แก่ผู้ซื้อรายอื่น เนื่องจากได้รับผลกำไรที่สูงกว่าการทำสัญญากับ A

<sup>107</sup> *Celanese International Corp v BP Chemicals [1999] RPC 203*



จากตัวอย่างข้างต้น จะพบว่า B ได้รับประโยชน์ซึ่งอาจเป็นส่วนประกอบของการทดลองการใช้ยา การขอใบอนุญาต การจ้างที่ปรึกษา การจ้างนักวิจัย ซึ่งทำให้ B ประหยัดค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ นอกจากนี้ B ยังได้รับผลกำไรที่สูงขึ้นและอาจได้รับผลกำไรในปริมาณมากหากยาชนิดนี้เป็นที่ต้องการของตลาด แต่ทั้งนี้ในการพิจารณาค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ศาลจะพิจารณาจากผลกำไรที่ B ได้รับเท่านั้นโดยมิได้พิจารณาจากค่าใช้จ่ายที่ B สามารถประหยัดต้นทุนได้

กล่าวโดยสรุป เมื่อคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาอาจอยู่ในรูปแบบของผลกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้รับ หรืออาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายซึ่งเป็นต้นทุนในการทำธุรกรรม แต่ในการคำนวณค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages นั้น ศาลจะพิจารณาจากผลกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับเท่านั้น โดยมิได้พิจารณาจากจำนวนเงินที่สามารถประหยัดต้นทุนได้

## 2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) กับ การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

เมื่อผู้อ่านทราบแล้วว่าการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches และการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages มีความหมาย ลักษณะ และมีประวัติความเป็นมาอย่างไร ในส่วนสุดท้ายของบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนได้อธิบายความสัมพันธ์ของทฤษฎีทั้งสองในรายละเอียดต่อไปนี้

ตามที่ผู้เขียนได้อธิบายลักษณะและตัวอย่างของการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ไปแล้วข้างต้น จะพบว่าแนวคิดพื้นฐานของการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวมีแนวคิดที่ผู้กระทำผิดไม่ว่าจะเป็นการผิดสัญญาหรือละเมิดหน้าที่ต่าง ๆ ไม่ควรได้รับผลกำไรหรือผลประโยชน์อันใดจากการกระทำความผิดของตน ซึ่งศาลในบางประเทศได้ริเริ่มนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ในการตัดสินคดีหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังปรากฏให้เห็นในคดี *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH* ซึ่งตัดสินให้ผู้ขายชดเชยค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่ได้รับมาเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ซื้อตามหลักกฎหมายได้

ส่วนการผิดสัญญาซื้อขายในลักษณะ Efficient Breaches เป็นแนวคิดที่ว่าผู้ขายมีสิทธิเลือกที่จะไม่ส่งมอบสินค้าตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อหากปรากฏว่าการผิดสัญญานั้นจะทำให้ผู้ขายได้รับผลกำไรมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญา โดยผู้ขายต้องชดเชยค่าเสียหายในประโยชน์ที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับ

ตามทฤษฎีดังกล่าวจึงเห็นว่าไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดเสียประโยชน์ เพราะผู้ขายจะมีสถานะดีขึ้น (Better-off) ในขณะที่ผู้ซื้อไม่อยู่ในสถานะที่แย่ลง (Worse-off) ดังนั้น ทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวจึงมีแนวคิดที่แตกต่างกัน เนื่องจากการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages มีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งมิให้มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งหากนำมาปรับใช้กับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้ผู้ขายต้องนำผลกำไรที่ได้รับจากการขายสินค้าให้แก่บุคคลภายนอกมาเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ (Disgorgement Damages) ผู้ขายย่อมไม่มีแรงจูงใจในการผิดสัญญา เนื่องจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจไม่คุ้มค่า เพราะในท้ายที่สุดผู้ขายต้องคืนผลกำไรที่ตนได้รับมาทั้งหมดให้แก่ผู้ซื้อ

ตัวอย่างเช่น A ตกลงขายหน้ากากอนามัย (mask) จำนวน 10 กล่อง ในราคา 50,000 บาท ให้ B ผู้ซื้อซึ่งอยู่คนละประเทศกัน แต่ต่อมาเมื่อโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) แพร่ระบาด ทำให้หน้ากากอนามัยมีราคาสูงขึ้น A จึงนำหน้ากากอนามัยชนิดและปริมาณเดียวกันขายให้ C ในราคา 100,000 บาท ซึ่งหากกฎหมายกำหนดให้ A ต้องนำผลกำไรที่ตนได้รับจากการขายสินค้าให้ C ชดใช้ให้ B ตามทฤษฎี Disgorgement Damages อาจเป็นเหตุให้ A ไม่มีแรงจูงใจที่จะผิดสัญญา

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า หากมีการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญาซื้อขาย เนื่องจากมีผลประโยชน์ตอบแทนหรือผลกำไรเข้ามาเกี่ยวข้อง จะเป็นไปได้หรือไม่ที่ศาลจะพิพากษาให้ชดใช้ค่าเสียหายโดยนำผลกำไรที่ผู้ขายรับมาชดใช้ให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะเฉพาะของสัญญา และมีหลักการธำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญา (Preservation of Contract) เพราะหากสามารถนำการชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages มาปรับใช้อาจเป็นเครื่องมือหนึ่ง ซึ่งช่วยกระตุ้นให้ผู้ขายปฏิบัติตามข้อผูกพันตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ และอาจช่วยให้การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นลดน้อยลง นอกจากนี้ หากมีการกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวจะช่วยให้ผู้ซื้อได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรมมากขึ้น เพราะหากผู้ขายนำสินค้าขายให้แก่บุคคลที่สาม ผู้ซื้อย่อมไม่ได้รับสินค้าหรือหากได้รับสินค้าก็อาจจะล่าช้าออกไป ซึ่งค่าเสียหายตามสัญญาที่กำหนดไว้อาจไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือในท้ายที่สุดเมื่อค่าเสียหายมีจำนวนไม่มากผู้ซื้ออาจตัดสินใจไม่ฟ้องคดี ดังนั้น เพื่อให้สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศบรรลุวัตถุประสงค์เป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) และหลักการธำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญา (Preservation of Contract) ผู้เขียนเห็นว่าควรนำค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages มาปรับใช้กับการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches แต่จะนำมา

ปรับใช้ได้หรือไม่ บนฐานกฎหมายในเรื่องใด ผู้เขียนจะได้ศึกษาและวิเคราะห์แนวทางที่อาจเป็นไปได้ในบทถัดไป

## 2.6 บทสรุป

Efficient Breaches เป็นแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่มุ่งเน้นที่ประสิทธิภาพหรือผลผลิตมวลรวมของระบบเศรษฐกิจ (Value-maximization) ซึ่งคำว่า ประสิทธิภาพ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงที่ทำให้คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งดีขึ้น (Better-off) โดยไม่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะที่แย่ลง (Worse-off) ตามหลัก Pareto Superiority แนวคิดดังกล่าวมองว่ากฎหมายควรยอมรับให้ผู้ขายผิดสัญญาได้โดยฝ่ายเดียว (Unilaterally) หากผู้ขายเห็นว่าการผิดสัญญาจะทำให้ตนได้รับผลกำไรที่สูงขึ้น เช่น ผู้ขายนำสินค้าตามสัญญาไปขายให้บุคคลภายนอกในราคาที่สูงกว่า ซึ่งจะทำให้ผู้ขายได้รับผลกำไรที่สูงขึ้นกว่าการปฏิบัติตามสัญญาฉบับแรก โดยผู้ขายจะต้องชดเชยค่าเสียหายต่อประโยชน์ที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับเพื่อให้ผู้ซื้ออยู่ในสถานะเสมือนไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ในขณะที่การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เป็นแนวคิดที่มีจุดเริ่มต้นจากการวินิจฉัยของศาลประเทศอังกฤษตามหลักกฎหมายประเพณี หลักนี้อยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่าผู้กระทำผิดไม่ควรได้รับผลกำไร การกำหนดค่าเสียหายในรูปแบบดังกล่าวจึงเป็นการยับยั้งมิให้มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งหากนำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในบริบทของการผิดสัญญาซื้อขายระหว่าง ผู้ขายจะต้องนำผลกำไรที่ได้รับจากการนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอกมาชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งศาลฎีกาของประเทศอิสราเอลได้พิพากษาโดยกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวในคดี *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*

ทฤษฎีทั้งสองประการข้างต้นจึงเป็นทฤษฎีที่มีแนวคิด วัตถุประสงค์แตกต่างกัน กล่าวคือ หากมีการกำหนดค่าเสียหายประเภทค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ผู้ขายย่อมมีแนวโน้มที่จะผิดสัญญาซื้อขายน้อยลง เนื่องจากไม่มีมูลเหตุจูงใจทางเศรษฐกิจ เพราะผลกำไรที่ผู้ขายได้รับมาต้องนำมาชดเชยให้แก่ผู้ซื้อ อาจกล่าวได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) เป็นแนวคิดที่ได้แย้งกับการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches

ในบทต่อไป ผู้เขียนจะศึกษาการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) และการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในบริบทของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (CISG)

### บทที่ 3

## การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) และการเยียวยาความเสียหายภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG)

### 3.1 ความนำ

ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กล่าวถึงการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการผิดสัญญาพบว่า การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ คือ 1. เมื่อผู้ขายนำสินค้าชนิดและปริมาณเดียวกันกับที่ตกลงไว้กับผู้ซื้อส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกไปก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ซึ่งผู้ขายย่อมทราบล่วงหน้าแล้วว่าตนไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้ ในทางปฏิบัติผู้ขายอาจแจ้งให้ผู้ซื้อทราบทางวาจาหรือลายลักษณ์อักษรล่วงหน้า จึงเป็นกรณีที่ปรากฏชัดว่าผู้ขายไม่สามารถชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ ซึ่งอาจเป็นลักษณะหนึ่งของการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) หรือ 2. ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อในวันถึงกำหนดส่งมอบสินค้า เนื่องจากผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้แก่บุคคลภายนอกแล้ว หรือผู้ขายตัดสินใจไม่ขายสินค้าดังกล่าว เพราะผู้ขายเห็นว่าหากนำสินค้าออกขายในอนาคตจะทำให้ตนได้รับผลกำไรที่สูงกว่า ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ซื้อไม่สามารถคาดหมายได้ชัดเจนว่าผู้ขายมีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ จึงเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้แก่ผู้ซื้อเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้

ตามปกติเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ของตนตามสัญญา ซึ่งในแต่ละประเทศมีวิธีการเยียวยาความเสียหายและประเภทของค่าเสียหายแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติใน CISG หากคาดการณ์ได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้

ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาลักษณะของการผิดสัญญา Efficient Breaches ที่อาจเกิดขึ้นในบริบทของ CISG และการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการผิดสัญญา การผิดสัญญาที่ผู้เขียนจะอธิบายต่อไปนี้จะเป็นการศึกษาเฉพาะกรณีที่ผู้ขายเป็นฝ่ายผิดสัญญาโดยนำสินค้าชนิดและปริมาณเดียวกันตามสัญญา

ที่ผู้ขายได้ตกลงไว้กับผู้ซื้อขายให้แก่บุคคลภายนอกเท่านั้น เนื่องจากในทางปฏิบัติมักมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ขายเป็นฝ่ายผิดสัญญาและเป็นสถานการณ์ที่กำลังเกิดขึ้นในปัจจุบัน

### 3.2 ลักษณะการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ที่อาจเกิดขึ้นภายใต้ CISG

เมื่อผู้ขายนำสินค้าที่ตกลงไว้กับผู้ซื้อตามสัญญาขายและส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกในราคาที่สูงกว่ายอมส่งผลให้ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจมากขึ้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสถานการณ์ เช่น วันที่ 1 มีนาคม 2563 บริษัท A ตกลงทำสัญญาขายแอลกอฮอล์เจลให้บริษัท B ซึ่งมีกำหนดเวลาส่งมอบและชำระราคาในวันที่ 31 มีนาคม 2563 แต่ต่อมาในวันที่ 15 มีนาคม 2563 บริษัท A ได้ขายสินค้าดังกล่าวให้แก่บริษัท C ทำให้บริษัท A ไม่มีสินค้าตามสัญญาส่งมอบให้แก่บริษัท B

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าการผิดสัญญาดังกล่าวของผู้ขายอาจเกิดขึ้นได้สองลักษณะ ดังนี้

1. เกิดขึ้นก่อนวันที่ 31 มีนาคม 2563 ซึ่งเป็นวันที่ถึงกำหนดชำระหนี้ตามสัญญาที่ผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อโดยปรากฏแน่ชัดว่าผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้ ซึ่งอาจเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ (Fundamental Breach) หรืออาจเป็นการผิดสัญญาชำระหนี้เป็นคราว ๆ ในกรณีที่สัญญามีการกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นงวด ๆ

2. เกิดขึ้นในวันที่ 31 มีนาคม 2563 ซึ่งเป็นวันถึงกำหนดส่งมอบสินค้าตามสัญญาแก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อไม่สามารถคาดหมายได้ชัดเจนว่าผู้ขายมีเจตนาไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ ซึ่งการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวอาจเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ (Fundamental Breach)<sup>1</sup> ทั้งนี้ การผิดสัญญาในสาระสำคัญสามารถเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับข้อตกลงและลักษณะของสัญญา เช่น การไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ การชำระหนี้ล่าช้า หรือการส่งมอบสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่อง เป็นต้น

ในส่วนถัดมา ผู้เขียนจะอธิบายลักษณะของการผิดสัญญา Efficient Breaches ที่อาจเกิดขึ้นในบริบทของ CISG และการเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาจะอธิบายโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป

<sup>1</sup> CISG Article 25

### 3.2.1 กรณีที่ผู้ซื้อคาดการณ์ได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา

ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจการผิดสัญญาลักษณะ Efficient Breaches ในกรณีที่ผู้ซื้อคาดการณ์ได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งอาจจัดอยู่ในลักษณะหนึ่งของการผิดสัญญาที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ในบริบทของ CISG ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะเริ่มจากการอธิบายความหมาย แนวคิดพื้นฐานและลักษณะของการผิดสัญญาที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ซึ่งในรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไปนี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า “Anticipatory Breach” แทนคำว่า “การผิดสัญญาที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต”

ในพจนานุกรมกฎหมาย (Legal dictionary)<sup>2</sup> ได้ให้นิยามคำว่า Anticipatory Breach ไว้ว่า Anticipatory Breach หมายถึง “กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งปฏิเสธว่าจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาก่อนที่การชำระหนี้ตามสัญญาจะได้กระทำโดยถูกต้องครบถ้วน ซึ่งการปฏิเสธเช่นนี้สามารถแสดงออกด้วยวาจา เช่น การบอกกล่าวว่าจะไม่ส่งมอบสินค้าในส่วนที่เหลือ หรือจะไม่ชำระราคาสินค้าเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ หรือแสดงออกโดยการกระทำ เช่น คู่สัญญาไม่มีสินค้าที่ต้องนำไปส่งมอบตามสัญญาหรือระงับการชำระราคาสินค้า กรณีเช่นนี้มีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่จำเป็นต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาและไม่ต้องรับผิดชอบเพราะการไม่ชำระหนี้”

จากนิยามข้างต้นสามารถอธิบายได้ว่า Anticipatory Breach หมายถึง การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งอาจเกิดโดยได้รับคำบอกกล่าวโดยชัดแจ้งหรือจากพฤติการณ์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง Anticipatory Breach จึงแตกต่างจากการผิดสัญญาโดยปกติทั่วไป กล่าวคือการผิดสัญญาโดยทั่วไปจะเกิดขึ้นเมื่อหนี้ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้แล้ว แต่กรณีของ Anticipatory Breach จะเกิดขึ้นก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรับรู้ได้โดยชัดแจ้งว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา โดย CISG ให้สิทธิคู่สัญญาจะระงับการปฏิบัติตามสัญญาหรือระงับการชำระหนี้ไว้ก่อน (Suspension) ตาม Article 71<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Gerald and Kathleen Hill, "Anticipatory Breach," [Online] Accessed: 12 March 2020. Available from: <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2409>

<sup>3</sup> CISG Article 71 provides:

และให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ตาม Article 72<sup>4</sup> เนื่องจากหากจะรอให้ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้ผิดสัญญาอาจได้รับความเสียหาย กฎหมายจึงเข้ามาคุ้มครองและปกป้อง<sup>5</sup>โดยให้สิทธิคู่สัญญาปลดเปลื้องการชำระหนี้ และมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้แม้ขณะนั้นหนี้ยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อเป็นให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายซึ่งมีสถานประกอบการอยู่ในประเทศญี่ปุ่นมีข้อตกลงส่งชิ้นส่วนประกอบรถยนต์ให้ประเทศไทยจำนวน 3 งวด งวดที่ 1 ผู้ขายสามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ แต่ต่อมาเมื่อสภาวะทางเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไปผู้ขายอาจนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอก เนื่องจากได้รับผลกำไรสูงกว่าการขายสินค้าดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อ ทำให้ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าในงวดที่ 2 ให้แก่ผู้ซื้อได้ จากตัวอย่างนี้ การที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบชิ้นส่วนรถยนต์ให้แก่ผู้ซื้อ เนื่องจากผู้ขาย

---

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

- (a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or
- (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

<sup>4</sup> CISG Article 72 provides:

(1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.

(2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.

(3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

<sup>5</sup> Joseph Lookofsky, "Anticipatory Breach and Instalment Contracts," [Online] Accessed: 12 March 2020. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>

ได้ขายสินค้าซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาซื้อขายให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วเพราะได้รับผลกำไรสูงกว่า อันเป็นการการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ในบางสถานการณ์หากผู้ซื้อทราบหรือ คาดหมายได้ว่าเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้ตนได้ การผิดสัญญา ในลักษณะดังกล่าวจึงอาจจัดให้อยู่ในลักษณะหนึ่งของ Anticipatory Breach

โดยแนวคิดพื้นฐานของการผิดสัญญาที่คาดหวังได้ว่าข้างหน้าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) อธิบายได้ดังนี้

แนวคิดเรื่อง Anticipatory Breach เริ่มปรากฏในอนุสัญญา ULIS ซึ่งเป็นต้นแบบของ CISG ใน Article 73 Article 75 และ Article 76<sup>6</sup> ต่อมาถูกบัญญัติไว้ในส่วนที่ 4 เรื่อง การผิดสัญญา ที่คาดหวังได้ว่าข้างหน้าจะเกิดขึ้นในอนาคตและการชำระหนี้เป็นคราว ๆ (Anticipatory Breach and Instalment Contracts) ใน Article 62 ถึง Article 64 ของร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1978 (Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods)<sup>7</sup> จนกระทั่งปรากฏใน Article 71 Article 72 และ Article 73 ของ CISG

ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศมีวิธีการเยียวยาความเสียหายที่แตกต่างกัน กล่าวคือกฎหมายในบางประเทศอาจยอมรับให้คู่สัญญามีสิทธิระงับการชำระหนี้ (Suspension) หรือให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญา (Avoidance) เพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งเท่านั้น<sup>8</sup> ผู้ร่าง CISG จึงมีความพยายามในการจัดทำและนำกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับการผิดสัญญาที่คาดหวังได้ว่าข้างหน้าจะเกิดขึ้นในอนาคตในบริบทของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ แนวทางที่เกิดขึ้นจึงเป็นผล มาจากการประนีประนอมผลประโยชน์ต่าง ๆ เข้าด้วยกัน โดยมีแนวทางการเยียวยาความเสียหาย ดังนี้

<sup>6</sup> Pace Law School Institute of International Commercial Law, "Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods," [Online] Accessed: 4 April 2020. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html>

<sup>7</sup> Pace Law School Institute of International Commercial Law, "Legislative History Text of [1978] Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Approved by the United Nations Commission on International Trade," [Online] Accessed: 4 April 2020. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1978draft.html>

<sup>8</sup> Chengwei Liu, "Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 Cisg, the Unidroit Principles, Pecl and Case Law [2nd Edition: Case Annotated Update (May 2005)]," [Online] Accessed: 4 April 2020. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>



ถ้าก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ หรือเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถคาดหมายได้จากพฤติกรรมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะไม่สามารถชำระหนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่จะได้รับความเสียหายสามารถปกป้องผลประโยชน์ของตนได้โดยไม่ต้องผูกพันตามสัญญาอีกต่อไป ซึ่งคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องรอให้ถึงวันกำหนดชำระหนี้<sup>9</sup> เพราะหากต้องรอนกว่าจะถึงวันกำหนดชำระหนี้ การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาก็ไม่มีอาจเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอนจนทำให้เกิดความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาได้

นอกจากนั้น เมื่อเป็นที่แน่ชัดว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้อย่างแน่แท้ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายก็ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้เพียงฝ่ายเดียว (a One-sided Deal) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กฎหมายจึงเข้ามาคุ้มครองโดยอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายที่อาจได้รับความเสียหายมีสิทธิระงับการชำระหนี้ไว้ หรือบอกเลิกสัญญา หากการผิดสัญญานั้นเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ (Fundamental Breach) ทั้งนี้ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้<sup>10</sup>

กรณีของ Efficient Breaches อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ ก่อนถึงวันกำหนดส่งมอบสินค้า ซึ่งเมื่อพิจารณาประเพณีการค้าระหว่างประเทศในทางปฏิบัติจะพบว่าผู้ขายมักจะทราบล่วงหน้าแล้วว่าตนไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อได้ เนื่องจากผู้ขายได้นำสินค้าตามสัญญาส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกแล้ว ซึ่งผู้ขายอาจแจ้งให้ผู้ซื้อทราบล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา Efficient Breaches จึงอาจเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญและเกิดขึ้นก่อนวันถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ (Anticipatory Breach)

<sup>9</sup> Mercédeh Azeredo da Silveira, "Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods," [Online] Accessed: 5 April 2020. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azeredo.html>

<sup>10</sup> Liu, C., "Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 Cisg, the Unidroit Principles, Pecl and Case Law [2nd Edition: Case Annotated Update (May 2005)]."

Anticipatory Breach เป็นแนวคิดที่ถูกบัญญัติไว้ใน CISG 3 ข้อด้วยกัน<sup>11</sup> คือ

1. Article 71 ว่าด้วยเรื่องการผิดสัญญาที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตของสัญญาที่มีการกำหนดชำระหนี้คราวเดียวในกรณีทั่วไป
2. Article 72 ว่าด้วยเรื่องการผิดสัญญาที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตของสัญญาที่มีการกำหนดชำระหนี้คราวเดียวในกรณีที่มีการผิดสัญญาในสาระสำคัญ
3. Article 73 ว่าด้วยเรื่องการผิดสัญญาที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตในกรณีที่มีการกำหนดชำระหนี้เป็นงวด ๆ

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่งการผิดสัญญา Anticipatory Breach ออกเป็น 2 ประเภทได้แก่ 1. การผิดสัญญาในสาระสำคัญที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตในกรณีที่สัญญามีกำหนดชำระหนี้คราวหนึ่งคราวเดียวตาม Article 71 และ Article 72 2. การผิดสัญญาที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตกรณีสัญญามีกำหนดชำระหนี้เป็นงวดตาม Article 73

**กรณีแรก Article 71 การผิดสัญญาที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตของสัญญาที่มีการกำหนดชำระหนี้คราวเดียวในกรณีทั่วไป**

Article 71 มีเนื้อความในส่วนที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(1) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจพักการชำระหนี้ของตนหากปรากฏชัดเจนว่าหลังจากการทำสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ชำระหนี้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญอันเป็นผลมาจาก

- (a) คู่สัญญาขาดความสามารถในการชำระหนี้หรือขาดความน่าเชื่อถืออย่างร้ายแรง
- (b) ความบกพร่องของคู่สัญญาในเตรียมการชำระหนี้หรือการชำระหนี้ตามสัญญา

Article 71 ได้กำหนดมาตรการระงับการชำระหนี้ (Suspend) เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่อาจได้รับความเสียหายสามารถเยียวยาความเสียหายได้เบื้องต้น ในสถานการณ์ที่คู่สัญญาทราบได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ชำระหนี้อันมีสาเหตุมาจากคู่สัญญาขาดความสามารถในการชำระหนี้หรือขาดความน่าเชื่อถืออย่างร้ายแรงตาม Article 71 (1) (a) หรือ คู่สัญญาบกพร่องในการเตรียมการชำระหนี้หรือการชำระหนี้ตามสัญญา ตาม Article 71 (1) (b) ทั้งนี้ การผิดสัญญาที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้อง

<sup>11</sup> ตรีนุช เสมามิ่ง, "ปัญหาการใช้บังคับสิทธิของผู้ขายในการระงับการส่งมอบสินค้าที่อยู่ในระหว่างการขนส่งทางทะเล (Stoppage in Transit) ในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า 19.

ถึงขนาดเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach)<sup>12</sup> บทบัญญัตินี้จึงอนุญาตให้ผู้ขายหรือผู้ซื้อระงับการปฏิบัติตามภาระผูกพันภายใต้สัญญา

จากการศึกษา พบว่าผู้ซื้อจะมีสิทธิพักการชำระหนี้ของตนเมื่อเผชิญกับสถานการณ์ต่อไปนี้ กรณีที่ผู้ขายปฏิเสธที่จะส่งมอบสินค้าบางประเภท ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าโดยปราศจากข้อจำกัดที่กำหนดโดยผู้ผลิตสินค้า (Supplier) หรือผู้ขายส่งมอบสินค้าไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาภายใต้สัญญาที่มีข้อกำหนดให้ผ่อนชำระ หรือกรณีที่ผู้ขายไม่เปิด Letter of Credit เป็นต้น

จากบทบัญญัติดังกล่าวหากพิจารณาคำว่า คู่สัญญาขาดความสามารถในการชำระหนี้ (Deficiency in His Ability to Perform) มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า เมื่อผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่งทำให้ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้เป็นกรณีที่คู่สัญญาขาดความสามารถในการชำระหนี้หรือไม่

ตัวอย่างเช่น วันที่ 1 มีนาคม 2563 บริษัท A ตกลงทำสัญญาขายเจลแอลกอฮอล์ให้บริษัท B ซึ่งมีกำหนดเวลาส่งมอบและชำระราคาในวันที่ 31 มีนาคม 2563 แต่ต่อมาในวันที่ 15 มีนาคม 2563 บริษัท A ได้ขายสินค้านี้ดั่งกล่าวให้ บริษัท C ไปแล้ว เช่นนี้จะถือว่า บริษัท A ขาดความสามารถในการชำระหนี้ตามบริบทของ Article 71 (1) (a) หรือไม่

กรณีที่คู่สัญญาขาดความสามารถในการชำระหนี้อาจเป็นผลมาจากสถานการณ์หรือพฤติกรรมบางอย่างเกิดขึ้นทำให้คู่สัญญาไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้<sup>13</sup> ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า การผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ตามตัวอย่างข้างต้นเป็นกรณีที่บริษัท A ขาดความสามารถในการชำระหนี้ เนื่องจาก บริษัท A ไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้ บริษัท B ได้ตาม Article 71 (1) (a)

อย่างไรก็ดี การที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) ต้องพิจารณาสีทธิของผู้ซื้อตาม Article 72 และ 73 ต่อไป

<sup>12</sup> UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods (United Nations Office at Vienna: English, Publishing and Library Section, 2016), p. 320.

<sup>13</sup> Huber Peter and Alastair Mullis, The Cisg: A New Textbook for Students and Practitioners, p. 341.

**กรณีที่สอง Article 72 การผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตของสัญญาที่มีการกำหนดชำระหนี้คราวเดียวในกรณีที่มีการผิดสัญญาในสาระสำคัญ**

Article 72 ได้บัญญัติถึงการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตกรณีเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญมีเนื้อความดังนี้

“Article 72 (1) ก่อนถึงวันกำหนดชำระหนี้ตามสัญญาหากเป็นที่ชัดเจนว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในสาระสำคัญ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้

(2) ในกรณีที่มีเวลาเพียงพอ คู่สัญญาที่ประสงค์จะบอกเลิกสัญญาต้องส่งคำบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้โอกาสแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายตามสมควรในการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอในการชำระหนี้

(3) เจื่อนใจที่ถูกบัญญัติใน (2) มิให้นำมาใช้บังคับหากปรากฏว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้แจ้งหรือบอกกล่าวอย่างชัดเจนว่าตนจะไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้”

บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวให้สิทธิผู้ขายหรือผู้ซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิบอกเลิกสัญญา (Right to Avoid the Contract) ได้ทันที ทั้งนี้ เมื่อการบอกเลิกสัญญาเป็นการทำลายความผูกพันตามสัญญา ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่ร้ายแรงที่สุด (Extrema Ratio) ดังนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) คู่สัญญาฝ่ายที่อาจจะได้รับความเสียหายจึงไม่ควรถูกบังคับให้ต้องรักษาความสัมพันธ์ตามสัญญาต่อไปจนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้

เงื่อนไขที่จะทำให้คู่สัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาทันทีภายใต้ Article 72 อาจแบ่งได้สองประการ<sup>14</sup> ดังนี้ ประการที่หนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดหมายได้ว่าการผิดสัญญาเกิดขึ้นก่อนวันถึงกำหนดชำระหนี้ ประการที่สอง การผิดสัญญาดังกล่าวที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach)

ประการที่หนึ่ง การคาดหมายได้ว่าการผิดสัญญาเกิดขึ้นก่อนวันถึงกำหนดชำระหนี้ มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติใน Article 71 กับ Article 72 (1) มีการใช้คำที่สื่อถึงระดับความแน่นอนในการผิดสัญญา (Degree of Certainty) ต่างกัน<sup>15</sup> กล่าวคือ บทบัญญัติใน Article 71 ใช้ถ้อยคำว่า it

<sup>14</sup> Silveira, M. A. d., "Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods."

<sup>15</sup> Ibid.

becomes apparent that... ซึ่งหมายถึง หากเป็นที่ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจน ในขณะที่ Article 72 (1) ใช้ถ้อยคำว่า it is clear that one of parties will commit a fundamental breach... ซึ่งหมายถึงหากเป็นที่ชัดเจนปราศจากข้อสงสัยว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ นักวิชาการส่วนใหญ่จึงมีความเห็นว่าความชัดเจนในการผิดสัญญาตาม Article 72 (1) มีระดับความแน่นอนที่สูงกว่า Article 71 Article 72 จึงได้กำหนดให้คู่สัญญาสามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันที<sup>16</sup> ในขณะที่วิธีการเยียวยาความเสียหายตาม Article 71 กำหนดให้คู่สัญญาสามารถระงับการชำระหนี้ไว้ชั่วคราวเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวมีนักวิชาการและผู้ตัดสินคดีบางท่านมีความเห็นไปในทิศทางตรงกันข้ามโดยเห็นว่า Article 72 ไม่จำเป็นต้องปรากฏว่าจะมีการคาดหมายได้ว่าคู่สัญญาจะผิดสัญญาอย่างชัดเจนแน่นอนเพียงแค่นี้มีความน่าจะเป็นที่สูงว่าจะเกิดการฝ่าฝืนการปฏิบัติการชำระหนี้ในอนาคตก็เพียงพอแล้ว ดังปรากฏในการตัดสินของศาลกลางเยอรมัน (Landgericht) เมื่อวันที่ 30 กันยายน ค.ศ.1992<sup>17</sup> ข้อเท็จจริงมีดังนี้ ผู้ซื้อชาวเยอรมันได้สั่งซื้อรองเท้าจำนวน 212 คู่ จากผู้ขายชาวอิตาลี ผู้ขายผลิตรองเท้าและพร้อมส่งมอบให้แก่ผู้ขนส่ง แต่หลังจากนั้นผู้ขายตระหนักถึงความสามารถในการชำระเงินของผู้ซื้อเนื่องจากก่อนหน้านี้ผู้ซื้อและผู้ขายเคยทำสัญญาซื้อขายเสื้อผ้าและในการชำระเงินคู่สัญญาตกลงให้ชำระเงินด้วยเช็ค 3 ฉบับ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าเช็คฉบับแรกสามารถชำระหนี้ได้ แต่เช็ค 2 ฉบับหลังถูกธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินตามคำสั่งของผู้ซื้อ ในคดีนี้เมื่อผู้ซื้อไม่วางเช็คหรือแบงการันตี (Bank Guarantee) ภายในระยะเวลาที่ผู้ขายกำหนด ผู้ขายจึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตาม Article 72 (1)

ในคดีดังกล่าว ศาลได้ตัดสินในประเด็นระดับความแน่นอนของการคาดหมายว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นก่อนวันถึงกำหนดชำระหนี้ว่า “ในการพิจารณาจะต้องปรากฏชัดเจนว่าจะมีการละเมิดข้อตกลงตามสัญญาในอนาคต อย่างไรก็ตาม ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงขั้นว่าการผิดสัญญานั้นมีโอกาสจะเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอนเพียง แต่จะต้องแสดงให้เห็นว่าเป็นไปได้ว่าการผิดสัญญาเกิดมีโอกาจะเกิดขึ้นค่อนข้างสูง\*\*\*” ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าความสัมพันธ์ทางธุรกิจ

---

\*\*\* It is true that a strict test has to be applied in respect to the obviousness of a future breach of contract. However, it is not necessary to prove a degree of probability close to certainty. Rather, a very high probability, obvious to everybody, is required

<sup>16</sup> Trevor Bennett, "Article 72 Meaning and Purpose of the Provision," [Online] Accessed: 5 April 2020. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb72.html>

<sup>17</sup> Landgericht Berlin, Germany, 30 September 1992

ก่อนหน้าของคู่สัญญาในการทำธุรกรรมซื้อขายเสื้อผ้าที่ผู้ซื้อไม่สามารถชำระเงินให้ผู้ขายได้ ทำให้ผู้ขายคาดหมายได้ว่าการซื้อขายรองเท้า ผู้ซื้อจะไม่สามารถชำระเงินเช่นกันประกอบกับผู้ซื้อไม่วางเช็คหรือแบงก์รันทึภายในกำหนดระยะเวลาตามที่ผู้ขายกำหนด ผู้ขายจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตาม Article 72 (1)

ทั้งนี้ ในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติดังกล่าวใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน ระดับความแน่นอนของการคาดหมายได้ว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นก่อนวันถึงกำหนดชำระหนี้ควรมีความแตกต่างกันตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย เนื่องจากทั้งสองมาตรามีวิธีการเยียวยาความเสียหายที่ต่างกัน กล่าวคือหากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดหมายได้อย่างชัดเจนปราศจากข้อสงสัยว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นก่อนวันถึงกำหนดชำระหนี้อย่างแน่นอน คู่สัญญาสามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันทีตาม Article 72 ซึ่งเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่รุนแรงกว่า (Drastic Remedies)<sup>18</sup> ในขณะที่มาตรการที่กำหนดไว้ใน Article 71 ที่ให้สิทธิคู่สัญญาเรียกร้องการชำระหนี้ไว้ชั่วคราวเท่านั้น

เงื่อนไขประการที่สอง การผิดสัญญาที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) ซึ่งการพิจารณาว่าจะเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ Article 72 มิได้ระบุหลักเกณฑ์ไว้ ดังนั้นต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตาม Article 25 Article 49 และ Article 64 เพื่อประกอบการพิจารณา<sup>19</sup> เช่น ผู้ขายไม่สามารถลดราคาและส่งมอบสินค้าซึ่งเป็นที่ยอมรับ (Fashion goods) ตามวันและเวลาที่กำหนด ผู้ขายยกเลิกการส่งมอบสินค้าโดยเจตนา ผู้ขายปฏิเสธที่จะเช่าเหมาลำทั้งลำสำหรับการขนส่งสินค้า ผู้ขายปฏิเสธการส่งมอบสินค้าตามวันและเวลาที่กำหนด จะจัดส่งและได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบเพื่อจัดหาซื้อสินค้าทดแทน เป็นต้น

จากคำอธิบายข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า กรณี Efficient Breach ที่ผู้ขายตั้งใจไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อตามสัญญาซื้อขายเป็นกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) เนื่องจากผู้ขายสามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้แต่เจตนาที่จะไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อโดยนำสินค้าตามสัญญาขายให้แก่บุคคลภายนอก

<sup>18</sup> Pace Law School Institute of International Commercial Law, "Digest of Article 25 Case Law [Reproduced with Permission of Uncitral]," [Online] Accessed: 6 April 2020. Updated: 30 June 2009. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-25.html>

<sup>19</sup> Huber Peter and Alastair Mullis, *The Cisg: A New Textbook for Students and Practitioners*, p. 345.

ตัวอย่างเช่น A บริษัทผู้ซื้อในไทยได้ตกลงซื้อหน้ากากอนามัย (mask) จาก B ผู้ขายในประเทศจีน จำนวน 100 กล่อง ในวันที่ 1 มกราคม 2563 โดยมีกำหนดส่งมอบและชำระราคาในวันที่ 31 มกราคม 2563 แต่ในวันที่ 15 มกราคม 2563 B ได้นำสินค้าจำนวนดังกล่าวขายและส่งมอบให้ C ผู้ซื้อในประเทศญี่ปุ่นไปแล้ว โดย B ได้แจ้งให้ A ทราบว่าตนไม่มีสินค้าจะส่งมอบสินค้าให้

ดังนี้ จึงเป็นกรณีที่ B ผู้ขายได้แสดงออกโดยชัดแจ้งแล้วว่าไม่สามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้ก่อนถึงวันและเวลาที่กำหนดส่งมอบ ทำให้ A ผู้ซื้อทราบได้ล่วงหน้าว่าก่อนถึงวันที่ 31 มกราคม 2563 ว่า B จะผิดสัญญา และเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ กรณีดังกล่าวหาก B นำสินค้าไปขายให้ผู้อื่นในราคาที่สูงกว่าถือว่าได้ว่าการกระทำของ B เป็นการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches และ Anticipatory Breach ซึ่งส่งผลให้ผู้ซื้อมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตาม Article 72 (1)

อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นไปตามหลัก Preservation of Contract กรณีที่มีเวลาเพียงพอ คู่สัญญาที่ประสงค์จะบอกเลิกสัญญาต้องส่งคำบอกกล่าว (Notice) ไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้โอกาสแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายตามสมควรในการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอในการชำระหนี้ ตาม Article 72 (2) แต่หากเป็นกรณีที่ปรากฏชัดว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่สามารถจัดหาหลักประกันที่เพียงพอในการชำระหนี้หรือกรณีที่ความล่าช้าของการบอกกล่าวนั้นไม่สามารถยอมรับได้ กล่าวคือการบอกกล่าวกระชั้นชิดกับกำหนดระยะเวลาในการส่งมอบ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจไม่จำเป็นต้องส่งคำบอกกล่าว (Notice) เช่น สินค้าตามฤดูกาล การชดใช้ค่าเสียหายจะต้องเป็นราคาซื้อขายในขณะนั้น<sup>20</sup>

ทั้งนี้ ในส่วนของการส่งคำบอกกล่าว นักวิชาการบางท่านเห็นว่าการแจ้งให้คู่สัญญาทราบล่วงหน้าเป็นเงื่อนไขที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติก่อนใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะบอกเลิกสัญญามีได้มีการส่งคำบอกกล่าวก็จะทำให้เสียสิทธิในการเรียกค่าเสียหาย ดังนั้น ในทางปฏิบัติคู่สัญญาจึงมักมีการส่งคำบอกกล่าว (Notice) เนื่องจากจะเป็นหลักฐานหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าการผิดสัญญาดังกล่าวเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ<sup>21</sup>

อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้แจ้งว่าตนจะไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาที่ประสงค์จะบอกเลิกสัญญาก็ไม่จำเป็นต้องส่งคำบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้โอกาสแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายในการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอในการชำระหนี้ตาม Article 72 (3)

<sup>20</sup> Ibid., p.347.

<sup>21</sup> Ibid.

การผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches มีประเด็นที่น่าพิจารณาดังนี้

สถานการณ์ที่หนึ่ง หากผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายทำให้ไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ซื้อสามารถรับรู้ได้เองว่าผู้ขายได้ขายสินค้าชนิดเดียวกันให้แก่บุคคลภายนอกหรือผู้ซื้อรายอื่นไปแล้ว ทำให้ผู้ขายไม่มีสินค้าซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ เช่นนี้ผู้ซื้อยังคงมีหน้าที่ส่งคำบอกกล่าว (Notice) เพื่อให้โอกาสผู้ขายหรือไม่

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่มีเวลาเพียงพอผู้ซื้อยังมีหน้าที่ส่งคำบอกกล่าวไปยังผู้ขายเพื่อให้โอกาสผู้ขายในการจัดหาหลักประกันที่เพียงพอในการชำระหนี้ตาม Article 72 (2) เว้นแต่ผู้ขายจะแจ้งแก่ผู้ซื้อว่าผู้ขายจะไม่ชำระหนี้ เช่นนี้ผู้ซื้อก็ไม่จำเป็นต้องส่งคำบอกกล่าวไปยังผู้ขายตาม Article 72 (3)

สถานการณ์ที่สอง แม้ในทางปฏิบัติผู้ขายจะได้ส่งคำบอกกล่าว (Notice) ให้แก่ผู้ซื้อว่าผู้ขายไม่มีสินค้าที่จะต้องส่งมอบให้ผู้ซื้อ มีผลให้ผู้ซื้อไม่ต้องทำคำบอกกล่าวไปยังผู้ขาย ตาม Article 72 (3) ซึ่งผู้ซื้ออาจบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ แต่ผู้ซื้อก็จะไม่ได้รับสินค้านั้นจากผู้ขาย เนื่องจากผู้ขายได้ขายสินค้าซึ่งเป็นวัตถุตามสัญญาซื้อขายให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วส่งผลให้ผู้ซื้อไม่ได้รับสินค้าและไม่สามารถใช้ประโยชน์จากสินค้านั้นได้ ซึ่งไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของผู้ซื้อในการเข้าทำสัญญา จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า ผู้ซื้อควรมีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาในหัวข้อถัดไป

กล่าวโดยสรุป การที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ซื้อคาดหมายได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ซึ่งจัดอยู่ในลักษณะการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต ตาม Article 72 และเมื่อการไม่ส่งมอบสินค้าเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ผู้ซื้อจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญา

**กรณีที่สาม Article 73 การผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้น**

**ในอนาคตในกรณีสัญญาที่มีกำหนดชำระหนี้เป็นงวด ๆ**

นอกจากกรณีของการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตกรณีสาระสำคัญตาม Article 72 ยังอาจมีกรณีที่สัญญามีกำหนดชำระหนี้เป็นงวดซึ่งต้องพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม Article 73 ซึ่งมีเนื้อความ ดังนี้

Article 73



(1) ในกรณีที่เป็นสัญญาส่งมอบสินค้าเป็นงวด ๆ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้งวดใดอันเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสัญญาเฉพาะงวดนั้นก็ได้

(2) ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้เป็นงวด ๆ เป็นเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญในงวดต่อ ๆ ไป ด้วย คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสัญญาในงวดต่อ ๆ ไปนั้นได้ โดยต้องดำเนินการภายในเวลาอันสมควร

(3) ผู้ซื้อซึ่งบอกเลิกสัญญาในส่วนของกาารส่งมอบสินค้างวดใด อาจบอกเลิกสัญญาในส่วนของการส่งมอบสินค้างวดก่อนหน้าหรืองวดต่อ ๆ ในคราวเดียวกัน หากสินค้าที่ส่งมอบ หรือจะส่งมอบไม่อาจนำไปใช้ได้ตามความมุ่งหมายของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญาด้วยเหตุที่ต้องใช้ประกอบกันหรือใช้ร่วมกัน

บทบัญญัติดังกล่าวใช้เฉพาะกรณีสัญญาซื้อขายที่มีกำหนดชำระหนี้เป็นงวด (Installment Contracts) ซึ่งพจนานุกรมกฎหมาย<sup>22</sup> ได้ให้ความหมายของคำว่า สัญญาที่มีกำหนดชำระหนี้เป็นงวด (Installment Contracts) ไว้ว่า “สัญญาที่มีข้อตกลงให้การชำระเงิน การส่งมอบสินค้า การให้บริการอื่น ๆ ต้องกระทำเป็นงวด โดยสัญญาจะกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้แน่นอนตายตัว หรือให้ชำระหนี้เมื่อมีสถานการณ์บางอย่างเกิดขึ้น โดยประการที่สำคัญคือการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ในงวดใดงวดหนึ่งเมื่อถึงกำหนดชำระสามารถประเมินความเสียหายได้ตามส่วนของงวดที่ยังไม่ได้ชำระและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยกการผิดสัญญาในงวดดังกล่าวขึ้นเป็นข้ออ้างเพื่อไม่ต้องชำระหนี้ในงวดต่อไปได้ในสัญญาผ่อนจำนวนมากหากมีกรณีที่ผู้ซื้อผิดนัดไม่ชำระราคาหลายงวด ผู้ขายย่อมมีสิทธิกลับเข้าครอบครองสินค้าได้”\*\*\*\*

ดังนั้น ความหมายทั่วไปของคำว่าสัญญาที่มีกำหนดชำระหนี้เป็นงวด (Installment Contracts) จึงหมายถึงสัญญาที่มีข้อตกลงในการชำระเงิน การส่งมอบสินค้าหรือการให้บริการอื่น ๆ เป็นงวด ๆ

\*\*\*\* an agreement in which payments of money, delivery of goods or performance of services are to be made in a series of payments, deliveries or performances, usually on specific dates or upon certain happenings. One significance is that failure to pay an installment when due is a breach in which damages can be assessed based on the portion which has not been paid, and is an excuse for the other party not to perform further. In many installment contracts, failure to make a payment gives the seller of an article the right to repossess (take it back)

<sup>22</sup> Farlex Dictionary, "Installment Contract," [Online] Accessed: 6 April 2020. Available from: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/installment+contract>

แต่ทั้งนี้ CISG ได้กำหนดลักษณะของสัญญาที่มีกำหนดชำระหนี้เป็นงวด (Installment Contracts) ไว้ว่า Installment Contracts หมายถึง สัญญาซื้อขายที่มีข้อกำหนดให้การส่งมอบสินค้าต้องกระทำเป็นงวดโดยต้องมีการส่งมอบอย่างน้อย 2 ครั้งติดกัน ซึ่งการส่งมอบทั้งสองครั้งจะต้องเกิดขึ้นในเวลาที่แตกต่างกัน<sup>23</sup> โดยไม่ต้องพิจารณาในส่วนของการชำระราคา (Instalment Payments)<sup>24</sup> ดังนั้น การชำระราคาสินค้าจะชำระเป็นงวดหรือคราวเดียวก็ได้

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายได้ตกลงซื้อขายอุปกรณ์เครื่องจักรกับผู้ซื้อโดยได้ตกลงกันส่งมอบเป็นจำนวน 6 งวด โดยตกลงให้ผู้ซื้อสินค้าชำระราคาตามสัญญาแบ่งออกเป็น 6 งวดเช่นกัน กรณีดังกล่าวเป็นการตกลงส่งมอบสินค้าเป็นงวดจึงเป็นสัญญาที่มีการส่งมอบสินค้าเป็นงวด แต่หากในสัญญากำหนดผู้ขายให้ผู้ขายส่งมอบอุปกรณ์เครื่องจักรในคราวเดียว แต่กำหนดให้ผู้ซื้อแบ่งการชำระหนี้ออกเป็น 6 งวด เช่นนี้สัญญาซื้อขายดังกล่าวก็จะไม่ใช่กรณีสัญญาซื้อขายที่มีการส่งมอบสินค้าเป็นงวด เพราะเป็นกรณีที่มีการส่งมอบสินค้างวดเดียว แต่ได้แบ่งชำระราคาสินค้าเป็นงวด ๆ จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าว

ดังนั้น สัญญาที่มีกำหนดชำระหนี้เป็นงวด (Installment contracts) ตาม Article 73 จะใช้กับกรณีสัญญาซื้อขายที่กำหนดให้มีการส่งมอบสินค้าเป็นงวดเท่านั้นโดยแต่ละงวดมีระยะเวลาในการส่งมอบแยกออกจากกัน<sup>25</sup>

เนื่องจาก Anticipatory Breach ที่เกิดขึ้นในสัญญาที่มีการชำระหนี้เป็นงวดแตกต่างจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาที่มีกำหนดชำระหนี้คราวเดียว เพราะในสัญญาที่มีการกำหนดเวลาชำระหนี้ในแต่ละงวดไว้อย่างแน่นอน หากมีการผิดสัญญาในงวดใดงวดหนึ่งก็สามารถ

<sup>23</sup> Peter Schlechtriem, Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (Cisg), 4th ed. (Oxford), p. 1043.

<sup>24</sup> Peter Schlechtriem, "Uniform Sales Law - the Un-Convention on Contracts for the International Sale of Goods," [Online] Accessed: 6 April 2020. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem-74.html>

<sup>25</sup> Chengwei Liu, "Avoidance in the Case of an Installment Contract," [Online] Accessed: 6 April 2020. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu11.html>

ประเมินความเสียหายตามลักษณะของการส่งมอบสินค้าในแต่ละงวด กฎหมายจึงได้บัญญัติการเยียวยาความเสียหายไว้ในกรณีพิเศษใน Article 73<sup>26</sup>

การผิดสัญญาในลักษณะของ Efficient Breaches อาจเกิดขึ้นในสัญญาซื้อขายที่กำหนดให้มีการส่งมอบสินค้าเป็นงวดตามข้อตกลงในสัญญา โดยเฉพาะในปัจจุบันสินค้าบางประเภทที่ใช้สำหรับการก่อสร้างในโครงการต่าง ๆ ซึ่งต้องนำเข้าจากต่างประเทศ การส่งมอบสินค้าอาจกำหนดให้ส่งมอบส่วนประกอบของสินค้าออกเป็นหลายงวด เช่น การก่อสร้างรถไฟฟ้าในช่วงแรกอาจมีข้อตกลงให้ส่งมอบเสา ช่วงถัดมาอาจมีตกลงให้ส่งมอบราง ซึ่งการผิดสัญญาที่มีการชำระหนี้เป็นงวดสามารถแบ่งออกได้ 3 กรณี ดังนี้

กรณีแรก สัญญาซื้อขายที่กำหนดเงื่อนไขในการส่งมอบสินค้าเป็นงวด และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำผิดสัญญาในสาระสำคัญของงวดใดงวดหนึ่งของสัญญาตาม Article 73 (1) กล่าวคือ เป็นกรณีที่สัญญาซื้อขายมีกำหนดส่งมอบสินค้าเป็นงวด และคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดนัดไม่ชำระหนี้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา<sup>27</sup> ซึ่งการผิดชำระหนี้กรณีใดบ้างที่จะถือเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญต้องอาศัยการตีความตาม Article 25 Article 49 และ Article 64

กรณีที่ผู้ซื้อผิดสัญญา ตัวอย่างเช่น ผู้ขายตกลงขายอุปกรณ์เครื่องจักรกับผู้ซื้อโดยได้ตกลงกันส่งมอบเป็นจำนวน 3 งวด งวดแรกกำหนดส่งมอบในเดือนมกราคม งวดที่สองส่งมอบในเดือนกุมภาพันธ์ และงวดที่สามส่งมอบในเดือนมีนาคม หากผู้ซื้อไม่สามารถชำระเงินสำหรับการจัดส่งในเดือนมกราคมได้ ผู้ขายมีสิทธิปฏิเสธที่จะส่งมอบเครื่องจักรในเดือนมกราคม

กรณีที่ผู้ขายผิดสัญญา ตัวอย่างเช่น ผู้ขายตกลงขายอุปกรณ์เครื่องจักรให้แก่ผู้ซื้อและตกลงส่งมอบสินค้าเป็นจำนวน 3 งวด งวดแรกกำหนดส่งมอบในเดือนมกราคม งวดที่สองส่งมอบในเดือนกุมภาพันธ์ และงวดที่สามส่งมอบในเดือนมีนาคม ในงวดที่สองเมื่อผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าผู้ซื้ออาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้เฉพาะในงวดที่ 2 เท่านั้น

ในกรณีของ Efficient Breaches อาจเกิดขึ้นดังตัวอย่างข้างต้น เมื่อผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าในงวดใดงวดหนึ่งให้แก่ผู้ซื้อ มีผลให้ผู้ซื้ออาจบอกเลิกสัญญาได้เฉพาะงวดนั้น ในส่วน

<sup>26</sup> อัญชัน ศรีพิทักษ์กุล, "การผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ในสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 45-46.

<sup>27</sup> Gabriel, H. D., Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of U.S. And International Law, p. 218.

การบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดอื่น ๆ จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม Article 73 (2) และ Article 73 (3) ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายในส่วนถัดไป

กล่าวโดยสรุป Efficient Breaches ในลักษณะของสัญญาซื้อขายที่กำหนดเงื่อนไขในการส่งมอบสินค้าเป็นงวด เมื่อผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าซึ่งเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญงวดใดงวดหนึ่งของสัญญาตาม Article 73 (1) มีผลให้ผู้ซื้อไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้เฉพาะในงวดที่ผู้ขายผิดสัญญาเท่านั้น

กรณีที่สอง สัญญาซื้อขายที่กำหนดเงื่อนไขในการส่งมอบสินค้าเป็นงวดและมีเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญในงวดต่อไป ตาม Article 73 (2) กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาและการผิดสัญญาดังกล่าวเป็นพื้นฐาน (gives good ground) ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเชื่อว่าจะมีการผิดสัญญาในงวดต่อไป

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า การคาดหมายว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นในอนาคตไม่จำเป็นต้องปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนตาม Article 72 เพราะถ้อยคำใน Article 73 (2) บัญญัติว่า "any installment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments" ซึ่งหมายถึง การคาดหมายว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นในอนาคตตาม Article 73 (2) ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นพื้นฐาน หรือทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีเหตุอันควรเชื่อว่า (give good ground) จะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นก็เพียงพอแล้ว<sup>28</sup> เพราะฉะนั้นจะเห็นวาระดับของความชัดเจนในคาดหมายการผิดสัญญาของ Article 72 กับ Article 73 (2) แตกต่างกัน

เมื่อทบทวนบัญญัติดังกล่าวกำหนดว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคาดหมายได้ว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นในอนาคต จึงมีข้อสังเกตที่สำคัญอีกประการหนึ่งว่า การผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญยังไม่เกิดขึ้น<sup>29</sup> เป็นเพียงแค่การคาดการณ์ของคู่สัญญาจากพฤติการณ์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่ชำระหนี้ในงวดที่ผ่านมาเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไม่ใช่เงื่อนไขของ Article 73 (2)

<sup>28</sup> Trevor Bennett, "Commentary on the International Sales Law Article 73," [Online] Accessed: 6 April 2020. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb73.html>

<sup>29</sup> Liu, C., "Avoidance in the Case of an Installment Contract."

ผลของการคาดหมายได้ว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นในอนาคตตาม Article 73 (2) กฎหมายได้ให้สิทธิคู่สัญญาบอกเลิกสัญญางวดในอนาคตที่จะเกิดขึ้น โดยจะต้องดำเนินการภายในเวลาอันควร ทั้งนี้ คู่สัญญาไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดที่ผ่านมาหรือในงวดที่เกิดการผิดสัญญาขึ้น กล่าวคือการบอกเลิกสัญญาจะต้องเป็นการบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดที่จะเกิดขึ้นอนาคตเท่านั้น (Future Instalments)

ดังนั้น เมื่อพิจารณากรณี Efficient Breaches หากผู้ขายไม่ชำระหนี้งวดใดงวดหนึ่ง ไม่ว่าจะการกระทำของผู้ขายจะเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่สาระสำคัญหรือไม่ก็ตาม แต่การผิดสัญญาดังกล่าวเป็นพื้นฐานที่ก่อให้เกิดความไม่มั่นใจแก่ผู้ซื้อว่าผู้ขายอาจจะผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสำคัญในคราวถัดไป เช่น การกระทำบางอย่างของผู้ขายทำให้ผู้ซื้อเชื่อว่าในงวดต่อไปผู้ขายจะไม่มีสินค้าส่งมอบให้ผู้ซื้อได้ตามกำหนดระยะเวลาในสัญญา หรือสินค้าในงวดต่อไปที่จะส่งมอบไม่เป็นตามข้อกำหนดในสัญญา กฎหมายจึงให้สิทธิผู้ซื้อบอกเลิกสัญญาในงวดต่อไปที่จะเกิดขึ้นในอนาคต (Future Fundamental Breach) ตาม Article 73 (2)

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายได้ตกลงขายอุปกรณ์เครื่องจักรให้แก่ผู้ซื้อโดยได้ตกลงส่งมอบสินค้าเป็นจำนวน 6 งวด ในงวดที่ 3 ผู้ขายส่งมอบอุปกรณ์เครื่องจักรให้แก่ผู้ซื้อ แต่สินค้าไม่เป็นไปตามจำนวนที่ตกลงกันและมีความชำรุดบกพร่องไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา ในงวดที่ 4 ถึง งวดที่ 6 ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ผู้ซื้อไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้เพราะถือว่าการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นในงวดที่ 3 เป็นเหตุให้ผู้ซื้อสามารถคาดการณ์ได้ว่าในงวดต่อไปจะมีการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น

กล่าวโดยสรุป หากผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ที่มีข้อตกลงส่งมอบสินค้าเป็นงวด ๆ เงื่อนไขที่จะทำให้ผู้ซื้อไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาตาม Article 73 (2) จะต้องประกอบด้วย 3 เงื่อนไข ดังนี้ 1) มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ขายฝ่าฝืนข้อสัญญาไม่ชำระหนี้งวดใดงวดหนึ่ง 2) การไม่ชำระหนี้ดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้ซื้อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าจะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นในงวดต่อ ๆ ไป และ 3) เมื่อผู้ซื้อจะบอกเลิกสัญญาในงวดต่อ ๆ ไป การบอกเลิกสัญญาจะต้องทำภายในเวลาอันสมควร

กรณีที่สาม สัญญาซื้อขายที่กำหนดเงื่อนไขในการส่งมอบสินค้าเป็นงวด และการชำระหนี้ในงวดใดงวดหนึ่งมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน โดยผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าในงวดใดงวดหนึ่งตาม Article 73 (3) (Avoidance of Instalments Based on Interdependence with a Defective Instalmen)

กล่าวคือ บทบัญญัติใน Article 73 (3) จะใช้ในกรณีที่สัญญาที่กำหนดการส่งมอบเป็นงวดและการส่งมอบสินค้าในแต่ละงวดสินค้านั้นมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ซึ่งหมายถึงหากปราศจากการส่งมอบสินค้างวดใดงวดหนึ่งอาจทำให้คู่สัญญาไม่สามารถใช้ประโยชน์จากสินค้าที่ส่งมอบได้ หรือทำให้คู่สัญญาไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามสัญญา ทั้งนี้ แม้ว่าการส่งมอบสินค้าในงวดสุดท้ายจะไม่มีข้อบกพร่องก็ตาม<sup>30</sup>

สัญญาซึ่งการส่งมอบสินค้าในแต่ละงวดสินค้านั้นมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน (Interdependence of Individual Instalments) อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี<sup>31</sup> ดังนี้

1. การส่งมอบสินค้าที่มีการแยกส่งส่วนประกอบของสินค้าออกเป็นหลายงวด หากขาดส่วนประกอบในงวดใดงวดหนึ่งสินค้าจะไม่สามารถสมบูรณ์ เช่น การจัดหาวัสดุเพื่อก่อสร้างอาคาร ซึ่งผู้ขายได้แบ่งการส่งมอบหลังคาหน้าต่าง หรือวัสดุอื่น ๆ ออกเป็นงวด

2. การจัดหาสินค้าบางอย่างซึ่งผู้ซื้อได้กำหนดคุณสมบัติ ขนาด แหล่งที่มาของสินค้าไว้โดยเฉพาะ ซึ่งโดยทั่วไปสินค้าดังกล่าวไม่สามารถถูกแทนที่ด้วยสินค้าจากบุคคลภายนอก เช่น คุณสมบัติของสารเคมี การกำหนดแหล่งที่มาของสัมนี่จะต้องเป็นสัมนี่ที่มาจากประเทศจีน<sup>32</sup>

เมื่อการไม่ส่งมอบสินค้าในงวดใดงวดหนึ่งนั้นทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาไม่บรรลุวัตถุประสงค์<sup>33</sup> บทบัญญัติดังกล่าวจึงให้สิทธิผู้ซื้อในการบอกเลิกสัญญาสำหรับการชำระหนี้ในงวดดังกล่าวงวดที่ผ่านมาแล้วและการชำระหนี้งวดในอนาคตที่ยังมาไม่ถึง อาจกล่าวได้ว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทั้งหมดของฝ่ายผู้ซื้อ (Avoid the Entire Contract)

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายได้ตกลงขายอุปกรณ์เครื่องจักรขนาดใหญ่ให้ผู้ซื้อโดยได้ตกลงส่งมอบส่วนประกอบของเครื่องจักรแยกแต่ละชิ้นออกจากกันเป็นจำนวน 3 งวด งวดแรกกำหนดส่งมอบในเดือนมกราคม งวดที่สองส่งมอบในเดือนกุมภาพันธ์ และงวดที่สามส่งมอบในเดือนมีนาคม ซึ่งผู้ซื้อจะต้องนำชิ้นส่วนต่าง ๆ มาประกอบเป็นเครื่องจักรที่สมบูรณ์และใช้งานได้ หากในงวดที่สองผู้ขาย

<sup>30</sup> Gabriel, H. D., *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of U.S. And International Law*, p. 219.

<sup>31</sup> Schlechtriem, P., *Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (Cisg)*, p. 1054.

<sup>32</sup> Schlechtriem, P., "Uniform Sales Law - the Un-Convention on Contracts for the International Sale of Goods."

<sup>33</sup> Huber Peter and Alastair Mullis, *The Cisg: A New Textbook for Students and Practitioners*, pp. 353-354.

ผิดสัญญาไม่ส่งมอบส่วนประกอบชิ้นหนึ่งให้แก่ผู้ซื้อ หรือผู้ขายส่งมอบได้แต่สินค้าดังกล่าวชำรุดบกพร่อง ซึ่งผู้ขายเองไม่สามารถแก้ไขหรือจัดหาชิ้นส่วนใดแทนให้ผู้ซื้อได้ เป็นเหตุให้ผู้ซื้อไม่สามารถนำชิ้นส่วนที่ได้รับในงวดที่หนึ่งและที่จะได้รับในงวดที่สามมาประกอบเป็นเครื่องจักรขนาดใหญ่ที่อยู่ในสภาพสมบูรณ์ได้ กรณีเช่นนี้ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทุกงวดไม่ว่าจะเป็นในงวดที่หนึ่งที่ผ่านมาแล้ว งวดที่สอง และงวดที่สามที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคต เพราะผู้ซื้อไม่สามารถใช้สินค้าตามวัตถุประสงค์ของสัญญาได้<sup>34</sup>

ดังนั้น หากผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายสินค้าที่มีเงื่อนไขในการส่งมอบสินค้าเป็นงวด ในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่งการส่งมอบสินค้าในแต่ละงวดสินค้านั้นมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาซื้อขายได้ทุกงวด

### 3.2.2 กรณีที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ในสัญญา

การผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches นอกจากจะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ซื้อ คาดหมายได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าก่อนถึงวันครบกำหนดชำระหนี้ตามสัญญา อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าตามกำหนดเวลาส่งมอบในสัญญา ตัวอย่างสถานการณ์เช่น A บริษัทในไทยได้ตกลงซื้อหน้ากากอนามัย (Mask) จาก B ผู้ขายในประเทศจีน จำนวน 100 กล่อง ในวันที่ 1 มกราคม 2563 โดยมีกำหนดส่งมอบและชำระราคาในวันที่ 31 มกราคม 2563 แต่ในวันที่ 15 มกราคม 2563 B ได้นำสินค้าจำนวนดังกล่าวขายและส่งมอบให้ C ผู้ซื้อในประเทศญี่ปุ่น โดย B ไม่ได้แจ้งให้ A ทราบว่าตนไม่มีสินค้าจะส่งมอบสินค้าให้ เป็นเหตุให้ A ซึ่งเป็นผู้ซื้อ ไม่สามารถคาดหมายได้ว่าผู้ขายจะไม่ส่งมอบสินค้าตามวันและเวลาที่กำหนด

ใน CISG ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ขายไว้ใน Article 30<sup>35</sup> โดยให้ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบ สินค้าและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสินค้าให้ผู้ซื้อ ตามวันและเวลาซึ่งกำหนดไว้ใน Article 33<sup>36</sup> ดังนี้

<sup>34</sup> Honnold O. John, "Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd Ed. (1999)," [Online] Accessed: 6 April 2020. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho73.html>

<sup>35</sup> CISG Article 30 provides: The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention.

<sup>36</sup> CISG Article 33 provides: The seller must deliver the goods:

(a) if a date is fixed by or determinable from the contract, on that date;

กรณีทีหนึ่ง หากสัญญาซื้อขายมีการกำหนดวันเวลาที่ส่งมอบสินค้าไว้หรือสามารถอนุมานได้จากสัญญาอย่างชัดเจน ผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าในวันและเวลาที่กำหนด

กรณีที่สอง หากสัญญาซื้อขายกำหนดวันและเวลาที่ส่งมอบเป็นช่วงระยะเวลา (Period of Time) ผู้ขายสามารถส่งมอบสินค้า ณ เวลาใดเวลาหนึ่งภายในช่วงระยะเวลาดังกล่าว

กรณีที่สาม ในกรณีอื่น ๆ ผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อภายในเวลาอันสมควรหลังจากได้ทำสัญญาซื้อขาย

ในกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อตามวันและเวลาข้างต้น เนื่องจากผู้ขายได้นำสินค้าดังกล่าวส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว (Efficient Breaches) และผู้ซื้อไม่สามารถคาดหมายได้ว่าผู้ขายจะไม่มีสินค้าส่งมอบให้แก่ตน เนื่องจากผู้ขายไม่ได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบล่วงหน้า นั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อในวันและเวลาที่กำหนดจะเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) อันจะทำให้ผู้ซื้อ มีสิทธิต่าง ๆ ตาม CISG หรือไม่ ซึ่งการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) เป็นการผิดสัญญาในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ถึงขนาดแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสิ่งที่เขาคาดว่าจะได้รับตามสัญญา และหากผิดสัญญาดังกล่าวเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จะถือเป็นความผิดร้ายแรงที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้<sup>37</sup> ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญาทำให้ไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อได้เป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เนื่องจากการไม่ส่งมอบสินค้าเป็นเหตุให้ผู้ซื้อไม่สามารถนำสินค้าไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ไม่ว่าจะเป็นการซื้อไปใช้ประโยชน์เอง หรือการนำสินค้าออกขายต่อเพื่อแสวงหาผลกำไร

ผลของการที่ผู้ขายผิดสัญญาไม่ส่งมอบสินค้าแก่ผู้ซื้อตามกำหนดวันและเวลา มีดังนี้

1. ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตามบทบัญญัติใน CISG ศาลไม่ผูกพันที่จะต้องมีการพิพากษาบังคับให้ผู้ขายชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง หากไม่มีกฎหมายภายในที่ศาลนั้นตั้งอยู่ว่าด้วยสัญญาซื้อขายในลักษณะเดียวกัน

---

(b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the buyer is to choose a date; or

(c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

<sup>37</sup> CISG Article 25



บัญญัติไว้<sup>38</sup> ทั้งนี้ ในกรณี Efficient Breaches ผู้ซื้อไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ เนื่องจากผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าตามสัญญาให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว

2. การที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้า หรือหากผู้ขายมีเจตนาที่จะปฏิเสธไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อในวันและเวลาที่กำหนด (Non-delivery) หรือในกรณีที่ไม่มี การส่งมอบสินค้า หากผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าภายในระยะเวลาเพิ่มเติมที่ผู้ซื้อกำหนดตาม Article 47 หรือผู้ขายแจ้งว่าจะไม่ส่งมอบสินค้าภายในระยะเวลาดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach)<sup>39</sup> เนื่องจากผู้ขายไม่ชำระหนี้ของตนตามข้อผูกพันในสัญญา ผู้ซื้อก็จะมีสิทธิบอกเลิกสัญญา (Avoidance) และเรียกค่าเสียหาย ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่ผู้ขายมีเหตุอันสมควรที่จะไม่ส่งมอบสินค้า

กล่าวโดยสรุป เมื่อผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ผู้ขายจึงไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้ เนื่องจากผู้ขายได้ขายและส่งมอบสินค้าซึ่งเป็นวัตถุตามสัญญาซื้อขายให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว การผิดสัญญาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในวันที่กำหนดส่งมอบสินค้า หรือก่อนถึงวันถึงกำหนดส่งมอบสินค้า เนื่องจากประเพณีทางการค้าส่วนใหญ่ผู้ขายจะแจ้งให้ผู้ซื้อทราบก่อนล่วงหน้า ทำให้ผู้ซื้อคาดหมายได้ชัดเจนว่าผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าเมื่อถึงวันกำหนดชำระหนี้ได้ การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวจึงอาจเป็นการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ซึ่งช่วงเวลาที่มีการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นภายหลังจากการเข้าทำสัญญาจนถึงวันก่อนกำหนดชำระหนี้ตามสัญญา<sup>40</sup> โดยสัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นอาจเป็นสัญญาที่มีกำหนดชำระหนี้คราวเดียว หรือชำระหนี้เป็นงวด

อย่างไรก็ตาม แม้ Efficient Breaches อาจจัดอยู่ในลักษณะหนึ่งของการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ซึ่งสาเหตุที่ผู้ขาย

<sup>38</sup> CISG Article 28 provides: If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.

<sup>39</sup> Peter Schlechtriem, Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (Cisg), Second ed. (Newyork: Oxford University Press, 1998), p. 182.

<sup>40</sup> อัญชัน ศรีพิทักษ์กุล, "การผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ในสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์," หน้า 12.

ขาดความสามารถในการชำระหนี้เกิดจากการที่ผู้ขายเล็งเห็นว่า การผิดสัญญาจะทำให้ตนได้รับผลกำไรสูงขึ้นจึงนำสินค้าขายให้แก่บุคคลภายนอก ผู้เขียนเห็นว่าการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าว หากเปรียบเทียบตามหลักในทางอาญาก็จะเป็นกรณีที่ผู้ขายมีเจตนาร้ายหรือจิตใจที่ชั่วร้าย (Mens Rea) ซึ่งอาจไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ในทางธุรกิจก็เป็นการฉกฉวยโอกาสในทางการค้าเพื่อแสวงหาผลกำไร เนื่องจากในขณะที่ผู้ขายตัดสินใจว่าจะไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันในสัญญา ผู้ขายย่อมรู้ว่าจะนำสินค้าขายให้บุคคลใด หรือจะเก็บสินค้าไว้กับตน เพราะจะได้ผลกำไรที่สูงกว่าหากขายสินค้านั้นในอนาคต จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ขายพิจารณาแต่เพียงประโยชน์ที่ตนจะได้รับเท่านั้น โดยมิได้พิจารณาถึงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการผิดสัญญาดังกล่าวเป็นการฉกฉวยโอกาสจากสภาวะตลาดในขณะนั้น เพราะเมื่อความต้องการสินค้าเพิ่มขึ้น (Demand) ราคาของสินค้า (Supply) ก็จะมีขึ้นตามหลักในทางเศรษฐศาสตร์ ส่งผลให้ผู้ขายมีโอกาสรสร้างผลกำไรจากสินค้าที่มีอยู่อย่างจำกัด และเป็นที่ยอมรับของตลาด ตัวอย่างเช่น เมื่อสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) เกิดขึ้นทั่วโลก ทำให้แต่ละประเทศต้องการอุปกรณ์สำหรับป้องกันการระบาด หน้ากากอนามัย จึงเป็นสินค้าที่ขาดแคลน ผู้ขายบางรายอาจจงใจผิดสัญญาแล้วนำสินค้าขายให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งจะได้รับผลกำไรที่สูงกว่าการปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้นเมื่อพิจารณามูลเหตุที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญา ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นแต่ผลกำไรที่จะได้รับ จึงไม่ควรยอมรับให้การผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เกิดขึ้นได้โดยง่ายในการซื้อขายสินค้านานาชาติ

อย่างไรก็ตาม หากการผิดสัญญาดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ Article 71 72 และ 73 กำหนด ผู้ซื้อจะมีสิทธิพักการชำระราคาสินค้า สิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายของผู้ซื้อในหัวข้อถัดไป

### 3.3 การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้านานาชาติ ค.ศ. 1980 (CISG)

จากหัวข้อที่ผ่านมา ผู้อ่านทราบแล้วว่าการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ที่ผู้ขายผิดสัญญาโดยไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้ออาจเกิดขึ้นในวันถึงกำหนดส่งมอบสินค้า หรือก่อนวันถึงกำหนดส่งมอบสินค้า ซึ่งอาจจัดอยู่ในลักษณะของการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) เป็นเหตุให้ผู้ซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ผู้ซื้อจึงมีสิทธิฟ้องบังคับให้ผู้ขายชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง บอกเลิกสัญญา และเรียกค่าเสียหาย

อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว จึงไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้ซื้อจะบังคับให้ผู้ขายส่งมอบสินค้า หรือหากเป็นหนี้ที่ต้องปฏิบัติต่อไปกันอีกยาวนาน ผู้ซื้ออาจเกิดความไม่มั่นใจและไม่ยินดีที่จะบังคับให้ผู้ขายชำระหนี้ต่อไป ผู้ซื้อจึงตัดสินใจที่จะซื้อสินค้าชนิดเดียวกันจากแหล่งอื่น คดีที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จึงเป็นการเรียกร้องค่าเสียหาย<sup>41</sup> และเมื่อเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ (Fundamental Breach) ก็จะเป็นเหตุให้ผู้ซื้อไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาควบคู่ไปด้วย ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะกรณีที่ผู้ซื้อเป็นฝ่ายเรียกร้องค่าเสียหาย เนื่องจากเป็นข้อพิพาทที่มักเกิดขึ้นในทางการค้า และเป็นสถานการณ์ที่กำลังเกิดขึ้นในปัจจุบัน

ทั้งนี้ เพื่อวิเคราะห์ว่า Disgorgement Damages เป็นการเยียวยาความเสียหายประเภทหนึ่งใน CISG หรือไม่ ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนศึกษาประเภทและหลักเกณฑ์การเรียกค่าเสียหายภายใต้ขอบเขตของบทบัญญัติแห่ง CISG โดยมุ่งศึกษา Article 74 และ Article 84 ซึ่งเป็นบทบัญญัติพื้นฐานในการกำหนดค่าเสียหายและหลักในการคืนประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้าในกรณีที่มีการเลิกสัญญา ซึ่งหากค่าเสียหายประเภทใดที่ CISG ไม่ครอบคลุมถึง ศาลหรืออนุญาโตตุลาการอาจนำหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของอนุสัญญา หรือกฎหมายภายในประเทศที่มีผลบังคับใช้ตามที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดมาใช้ในการแก้ไขปัญหาผ่านกลไกการอุทธรณ์ว่างตาม Article 7 (2)<sup>42</sup>

ต่อไปนี้ผู้เขียนจะอธิบายความเป็นมา แนวความคิดพื้นฐาน และหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายภายใต้ Article 74

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>41</sup> โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2556), หน้า 152.

<sup>42</sup> CISG Article 7 provides:

(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

### 3.3.1 การกำหนดค่าเสียหายภายใต้ Article 74

เมื่อผู้ขายไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญา ผู้ซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่ง CISG ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไว้ใน Article 74 -76 โดยอาจกล่าวได้ว่า Article 75<sup>43</sup>-76<sup>44</sup> เป็นบทกฎหมายพิเศษของ Article 74 ซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอาจเรียกค่าเสียหายจากส่วนต่างระหว่างราคาที่กำหนดไว้ในสัญญากับราคาสินค้าที่ซื้อมาทดแทนตาม Article 75 หรือในกรณีที่มีได้สินค้ามาทดแทนคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอาจเรียกค่าเสียหายจากส่วนต่างระหว่างราคาที่กำหนดไว้ในสัญญากับราคาตลาด เวลาบอกเลิกสัญญาตาม Article 76 ทั้งนี้ แม้จะมีการเรียกค่าเสียหายตามบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาในการเรียกค่าเสียหายอื่นตาม Article 74

โดยการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาในปัจจุบันบัญญัติไว้ใน Article 74 เดิมเคยบัญญัติไว้ใน Article 70<sup>45</sup>ของร่าง CISG ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย จะพบว่าเนื้อหาของ

<sup>43</sup> CISG Article 75 provides: If the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.

<sup>44</sup> CISG Article 76 provides:

(1) If the contract is avoided and there is a current price for the goods, the party claiming damages may, if he has not made a purchase or resale under article 75, recover the difference between the price fixed by the contract and the current price at the time of avoidance as well as any further damages recoverable under article 74. If, however, the party claiming damages has avoided the contract after taking over the goods, the current price at the time of such taking over shall be applied instead of the current price at the time of avoidance.

(2) For the purposes of the preceding paragraph, the current price is the price prevailing at the place where delivery of the goods should have been made or, if there is no current price at that place, the price at such other place as serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.

<sup>45</sup> "Guide to Cism Article 74 Secretariat Commentary (Closest Counterpart to an Official Commentary)," [Online] Accessed: 13 August 2020. Available from: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html>

บทบัญญัติกำหนดให้มีการชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน ซึ่งเป็นผลมาจากการผิดสัญญาโดยค่าเสียหายรวมถึงค่าขาดผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายบางประเภทไว้ เพื่อศึกษาว่าค่าเสียหายประเภทใดบ้างที่อยู่ในขอบเขตของการเรียกค่าเสียหาย และบทบัญญัติดังกล่าวเปิดช่องให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages หรือไม่ ผู้เขียนจะพิจารณาที่มาของร่างบทบัญญัตินี้ดังกล่าว

ปัจจุบันสิทธิในการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาถูกบัญญัติไว้ใน Article 74 ของ CISG ซึ่งบัญญัติว่า

“Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.”

บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเนื้อความดังนี้ ค่าเสียหายจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประกอบด้วยเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับความสุขเสียหาย รวมถึงค่าขาดผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญา ค่าเสียหายเช่นนี้ต้องไม่เกินกว่าความสุขเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาได้เห็นหรือควรจะได้เห็นได้ในขณะทำสัญญา โดยพิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นจากการผิดสัญญานั้น

### 3.3.1.1 ความเป็นมาและแนวความคิดพื้นฐานในการกำหนดค่าเสียหาย

ในช่วงแรกบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายที่ร่างขึ้นถูกบัญญัติไว้ใน Article 55<sup>46</sup> ของร่าง CISG (Draft Convention on the International Sale of Goods) ซึ่งเคยมีข้อเสนอให้มีข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหายไว้ดังที่ระบุไว้ในประโยคที่สองบัญญัติว่า

<sup>46</sup> UNCITRAL, "Report of Committee of the Whole Relating to the Draft Convention on the International Sale of Goods," [Online] Accessed: 5 March 2020. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/legislative/doc-B01.html>

“Such damages shall not include compensation for loss of a nature which the party in breach could not reasonable have foreseen at the time of the conclusion of the contract or of an extent which would be excessive in relation to the price, the ability of the party in breach to foresee or prevent the loss as well as other circumstances of the case.”

จากบทบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อความมีดังนี้ ค่าเสียหายดังกล่าวไม่รวมถึงการชดเชยความสูญเสียที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาไม่สามารถคาดเห็นได้ขณะทำสัญญา หรือมีจำนวนไม่มากเกินไปกว่าราคาซื้อขาย และความสามารถของคู่สัญญาซึ่งกระทำการผิดสัญญาจะคาดการณ์หรือป้องกันความเสียหาย รวมถึงสถานการณ์อื่น ๆ ที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี

อย่างไรก็ดี มีข้อโต้แย้งว่าการจำกัดจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวมิได้กำหนดแนวทางที่ชัดเจนในทางปฏิบัติ คณะกรรมการร่าง CISG จึงมิได้เปลี่ยนแปลงข้อจำกัดตามประโยคที่สอง เนื่องจากมีความประสงค์ให้ข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหายเป็นไปตามกฎหมายภายในประเทศ<sup>47</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่า Article 74 ไม่ได้กำหนดประเภทหรือลักษณะของความเสียหายในบางประเภทไว้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการตีความว่าค่าเสียหายรวมถึงค่าเสียหาย ประเภท Disgorgement Damages หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นจะต้องศึกษา Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract ซึ่งเป็นที่มาของ CISG เพื่อให้ทราบเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายอันจะเป็นประโยชน์ต่อการตีความซึ่งผู้เขียนเลือกศึกษากฎหมายเอกรูปว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (Convention relating to a Uniform Law of International Sales หรือ ULIS) เนื่องจากเป็นกฎหมายต้นแบบที่นำมาใช้ในการร่าง CISG

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายเอกรูปว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (ULIS) มีบทบัญญัติในส่วนของการเรียกค่าเสียหายคล้ายคลึงกันกับเนื้อหาใน CISG ซึ่งใน ULIS การเรียกร้องค่าเสียหายถูกบัญญัติไว้ใน Article 82 ซึ่งมีเนื้อหาดังนี้

<sup>47</sup> Ibid.

ULIS Article 82 บัญญัติไว้ว่า “Where the contract is not avoided, damages for a breach of contract by one party shall consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party. Such damages shall not exceed the loss which the party in breach ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters which then were known or ought to have been known to him, as a possible consequence of the breach of the contract.”

บทบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อความดังนี้ ในกรณีที่ยังไม่มีการบอกเลิกสัญญา ค่าเสียหายจากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประกอบด้วยเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับความสูญเสีย รวมถึงค่าขาดกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญา ค่าเสียหายเช่นนี้ต้องไม่เกินกว่าความสูญเสียที่คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาได้เห็นหรือควรจะสามารถคาดเห็นได้ในขณะทำสัญญา โดยพิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นจากการผิดสัญญานั้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบข้อความในบทบัญญัติของ CISG กับ ULIS จะพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวใช้คำใกล้เคียงกันเกือบทั้งหมดมีส่วนต่างเพียงเล็กน้อย กล่าวคือ ULIS Article 82 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้แม้ยังไม่มีการบอกเลิกสัญญา ในส่วนของขอบเขตหรือข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหายมีเนื้อหาเหมือนกับ Article 74 กล่าวคือค่าเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้จะต้องไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่สามารถคาดเห็นได้ ณ เวลาที่ทำสัญญา และได้บัญญัติค่าเสียหายเพิ่มนอกจากค่าเสียหายตาม ULIS Article 82 หลังบอกเลิกสัญญาไว้ใน ULIS Article 84<sup>48</sup> - 85<sup>49</sup> ซึ่งแนวคิดนี้ได้ปรากฏอยู่ใน CISG Article Article 75 – 76 แต่ก็ได้มีการกล่าวถึงค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เช่นเดียวกันกับ CISG

<sup>48</sup> ULIS Article 84 provides:

1. In case of avoidance of the contract, where there is a current price for the goods, damages shall be equal to the difference between the price fixed by the contract and the current price on the date on which the contract is avoided.

จากการศึกษาที่มาของบทบัญญัติดังกล่าว พบว่าการเรียกค่าเสียหายมีหลักประการหนึ่งที่สำคัญ คือ ค่าเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาหรือลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่สามารถคาดเห็นได้ ณ เวลาที่ทำสัญญา ซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการเรียก ร้อง ค่าเสียหายในผลกำไรในกรณีที่ผู้ขายนำสินค้าไปขายให้บุคคลภายนอก (Disgorgement Damages) จะเป็นไปตามหลักคาดเห็นได้หรือจะเกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริงหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เชี่ยวชาญจะได้วิเคราะห์ในส่วนถัดไป

เมื่อพิจารณาหลักการชดเชยความเสียหายตาม Article 74 พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวใช้หลักชดเชยเต็มจำนวนหรือการชดเชยเต็มรูปแบบ (Full Compensation) ในการกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานที่กำหนดขอบเขตทั่วไปของการชดเชยความเสียหาย กล่าวคือความเสียหายทุกประเภทที่เกิดขึ้นสำหรับทุกกรณีที่คู่สัญญามีได้ปฏิบัติตามสัญญา หรือข้อผูกพันตามที่ CISG กำหนดไว้<sup>50</sup> เป็นกรณีที่ผู้ให้สัญญาผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจึงมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเต็มจำนวนในความเสียหายทั้งหมดที่ต้องทนทุกข์ทรมานจากการผิดสัญญา ซึ่งรวมถึงผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับ โดยเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นหากมีการปฏิบัติตามชำระหนี้โดยถูกต้องตามสัญญา

การเยียวยาความเสียหายมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหายให้คู่สัญญาอยู่ในสถานะทางเศรษฐกิจเสมือนว่าสัญญานั้นได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้อง<sup>51</sup> การชดเชยความเสียหายจึง

---

2. In calculating the amount of damages under paragraph 1 of this Article, the current price to be taken into account shall be that prevailing in the market in which the transaction took place or, if there is no such current price or its application is inappropriate, the price in a market which serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.

<sup>49</sup> ULIS Article 85 provides:

If the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold goods in a reasonable manner, he may recover the difference between the contract price and the price paid for the goods bought in replacement or that obtained by the resale.

<sup>50</sup> Schlechtriem, P., Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (Cisg), p. 553.

<sup>51</sup> Gabriel, H. D., Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of U.S. And International Law, p. 220.



ต้องสร้างความพึงพอใจให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย อาจกล่าวได้ว่าค่าเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้รับก็คือความเสียหายต่อความคาดหวัง (Expectation Damages) ซึ่งเป็นค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (Compensatory Damages)

อย่างไรก็ตาม แม้ความสูญเสียทุกประเภทอาจได้รับการเยียวยาภายใต้ Article 74 แต่ความเสียหายนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่คู่กรณีอีกฝ่ายสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า (Foreseeability) โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายนั้นว่าทราบหรือควรจะทราบผลที่อาจเกิดขึ้นจากการผิดสัญญา ดังนั้นการเรียกค่าเสียหายจึงเป็นการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่การลงโทษคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา เนื่องจาก CISG ไม่มีแนวคิดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive damages) จึงไม่อาจลงโทษคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาโดยการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้<sup>52</sup>

การชดเชยความเสียหายภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องชดใช้ความเสียหายเป็นจำนวนเงินเท่ากับการสูญเสียที่เกิดขึ้นเท่านั้นซึ่งถือเป็นกฎทั่วไป เช่น ในกรณีที่ผู้ซื้อต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อรายย่อย เนื่องจากสินค้าที่ผู้ขายส่งมอบไม่เป็นไปตามข้อตกลง ผู้ซื้อซึ่งได้รับความเสียหายจึงเรียกค่าเสียหายตาม Article 45 (1) ประกอบ Article 74 สิ่งที่ผู้ขายต้องชดใช้ให้ผู้ซื้อ คือ การชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินให้แก่ผู้ซื้อเป็นยอดรวมที่ผู้ซื้อเป็นหนี้ต่อผู้ซื้อรายย่อย แต่ผู้ขายไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันของผู้ซื้อที่มีต่อผู้ซื้อรายย่อย<sup>53</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้การเรียกค่าเสียหายภายใต้ Article 74 มิได้มีการระบุประเภทลักษณะหรือขอบเขตของความเสียหายไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อภาษาอังกฤษใช้คำว่า loss ซึ่งหมายถึงความเสียหาย ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงรวมไปถึงความเสียหายจากการขาดผลกำไรที่พึงจะได้รับ<sup>54</sup> และความเสียหายที่เกี่ยวข้องอันเกิดจากการผิดสัญญา เมื่อ Article 74 ไม่ได้นิยามรายละเอียดของความเสียหายที่จะชดเชยไว้ จึงมีบางกรณีต้องใช้กลไกการอุดช่องว่างตาม Article 7(2)<sup>55</sup> ซึ่งกำหนดว่า

<sup>52</sup> Huber Peter and Alastair Mullis, *The Cisg: A New Textbook for Students and Practitioners*, p. 268.

<sup>53</sup> Ibid., p.269.

<sup>54</sup> Ibid., p.268.

<sup>55</sup> Article 7 (2) of CISG provides: Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which

ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติใน CISG ที่จะยกมาปรับกับคดีได้ การอุดช่องว่างต้องใช้หลักทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของ CISG มาใช้บังคับก่อน และหากไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้จึงต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาแก้ปัญหา โดยเรื่องการอุดช่องว่าง ผู้เขียนจะได้อธิบายในหัวข้อที่ 3.3.1.3

กล่าวโดยสรุป Article 74 อยู่บนพื้นฐานของหลักการชดเชยความเสียหายเต็มรูปแบบ (Full Compensation) ซึ่งให้สิทธิผู้ซื้อเรียกค่าเสียหายได้เต็มจำนวนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญาของผู้ขาย ซึ่งในประโยคแรกของบทบัญญัติได้กล่าวถึงประเภทของค่าเสียหายไว้สองประเภทได้แก่ ค่าเสียหายแท้จริงและค่าขาดผลกำไร ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

### 3.3.1.2 ประเภทและหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหาย

ประเภทค่าเสียหายที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนใน Article 74 สามารถพิจารณาได้จากประโยคแรกของบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งมีเนื้อความว่า ค่าเสียหายจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประกอบด้วยเงินจำนวนหนึ่ง ซึ่งเท่ากับความสูญเสีย รวมถึงค่าขาดผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญา ดังนั้นประเภทของค่าเสียหายจึงอาจแบ่งออกเป็นสองประเภท ดังนี้

1. ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Actual damages) หมายถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการผิดสัญญา ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการลดลงของมูลค่าทรัพย์สิน ซึ่งเป็นผลมาจากการผิดสัญญา<sup>56</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าวนอกจากค่าขาดผลกำไร (Loss of profit) Article 74 ก็มิได้จำแนกประเภทของค่าเสียหายไว้ ในการตัดสินศาลจึงจำแนกประเภทของค่าเสียหายตามกฎหมายภายใน<sup>57</sup>

---

it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

<sup>56</sup> Schlechtriem, P., Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (Cisg), p. 563.

<sup>57</sup> UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, p. 335.

หากพิจารณาตามกฎหมายภายในสามารถจำแนกประเภทของค่าเสียหายได้หลายรูปแบบ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา เช่น ความเสียหายสืบเนื่อง (Consequential Loss หรือ Incidental Loss) ค่าเสียหายที่โจทก์อาจฟ้องเรียกได้ในกรณีจำเลยผิดสัญญาโดยคำนวณจากผลประโยชน์ที่โจทก์พึงจะได้จากสัญญาถ้าจำเลยมิได้ทำผิดสัญญานั้น ๆ (Expectation Damages) หรือผลประโยชน์ต่อความไว้วางใจ (Reliance Interest) ซึ่งค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นสามารถเรียกร้องได้ตามหลักการชดเชยอย่างเต็มจำนวนภายใต้ Article 74 ดังนั้นแม้คู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญาอย่างลุล่วงไปแล้ว แต่หากมีความเสียหายเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายย่อมมีสิทธิค่าเสียหายได้แม้ยังไม่ได้ออกเลิกสัญญาก็ตาม

ตัวอย่างเช่น หากสินค้าชำรุดบกพร่องแล้วผู้ซื้อนำสินค้านี้ไปซ่อมแซม ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเรียกค่าซ่อมดังกล่าวจากผู้ขายได้ ตามบทวิจารณ์ของ CISG ระบุว่าค่าเสียหายดังกล่าวที่เกิดจากความเสียหายที่แท้จริงเป็นปรัชญาพื้นฐานของการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายอยู่ในตำแหน่งทางเศรษฐกิจ (Economic Position) เช่นเดียวกันกับหากมีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

2. ค่าขาดผลกำไร (Loss of Profit) หมายถึง ค่าเสียหายจากการขาดผลกำไรที่พึงจะได้รับหากไม่มีการผิดสัญญา ตามบทวิจารณ์ของ CISG ได้กล่าวว่าค่าเสียหายดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็น เพราะในบางระบบกฎหมายได้รวมค่าขาดผลกำไรไว้ในค่าเสียหาย<sup>58</sup>

ทั้งนี้ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า ความเสียหายซึ่งเกิดจากการขาดผลกำไร (Loss of Profit) จะหมายรวมถึงค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages หรือไม่

ตัวอย่างเช่น A ผู้ซื้อในประเทศไทยตกลงซื้อเสื้อผ้าจาก B ผู้ขายซึ่งอยู่ในประเทศเกาหลีในราคา 10,000 บาท โดย B ตั้งใจว่าจะผิดสัญญาแล้วจะนำเสื้อผ้าไปขายให้ C ในราคา 40,000 บาท เนื่องจาก B จะได้รับผลกำไรที่สูงกว่าการขายสินค้าให้ A เช่นนี้เป็นการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ประเด็นตามปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ ค่าเสียหายที่ A จะได้รับหมายรวมถึงผลกำไรที่ B ได้รับจากการขายสินค้าให้ C หรือไม่

<sup>58</sup> Pace Law School Institute of International Commercial Law, "Guide to Cism Article 74 " [Online] Accessed: 5 March 2020. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html>

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของความเสียหายที่เกิดจากการขาดผลกำไร (Loss of Profit) สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นความเสียหายของมูลค่าทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นหากไม่มีการผิดสัญญา<sup>59</sup> เช่นผลกำไรที่ผู้ซื้อสามารถนำสินค้าไปขายต่อได้ (Resale) หากผู้ขายไม่ผิดสัญญา นอกจากนี้ การสูญเสียผลกำไรยังรวมถึงการสูญเสียที่เกิดจากการไม่สามารถดำเนินธุรกิจได้อันเนื่องมาจากการผิดสัญญา และนอกจากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการขาดผลกำไรที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำพิพากษา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายยังสามารถเรียกค่าเสียหายดังกล่าวที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้อีกด้วย หากคู่สัญญาสามารถพิสูจน์ได้ภายใต้หลักการคาดเห็นและหลักการบรรเทาความเสียหายตามหลักการของการชดเชยเต็มจำนวน (Full Compensation)

ทั้งนี้ แม้ CISG จะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าสามารถเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียผลกำไรที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ แต่ศาลในบางประเทศได้นำหลักการชดเชยเต็มจำนวนมาปรับใช้ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางว่าด้วยกฎหมายสัญญายุโรป หรือ Principles of European Contract Law (PECL) Article 9: 501 (2) (b) และ UNIDROIT Article 7.4.3<sup>60</sup> ซึ่งกำหนดให้ความเสียหายที่คู่สัญญาได้รับ รวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นในอนาคตด้วย<sup>61</sup> ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงขยายการตีความคำว่าความเสียหายที่เกิดจากการขาดผลกำไร (Loss of Profit) ให้ครอบคลุมไปถึงค่าขาดผลกำไรในอนาคตด้วย

นอกจากนั้น CISG Advisory Council Opinion No. 6<sup>62</sup> ได้ให้ความเห็นไว้ในเรื่องดังกล่าวในข้อ 3 ว่า คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

<sup>59</sup> Schlechtriem, P., Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (Cisg), p. 1072.

<sup>60</sup> UNIDROIT Article 7.4.3 provides:

(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.

(2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

(3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.

<sup>61</sup> CISG Advisory Council Opinion No. 6, "Calculation of Damages under Cisg Article 74," [Online] Accessed: 12 April 2020. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>

<sup>62</sup> Ibid.

ซึ่งคำนวณจากมูลค่าราคาตลาดของผลกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายสูญเสียจากการผิดสัญญา หรือค่าใช้จ่ายที่สามารถคำนวณได้อย่างสมเหตุสมผลหากว่ามีการปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาอย่างถูกต้อง

(ก) คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิในผลกำไรที่สูญเสียหายไปอันเนื่องมาจากการผิดสัญญา

(ข) ค่าขาดผลกำไรที่สามารถเรียกได้ภายใต้ Article 74 อาจรวมถึงค่าขาดผลกำไรที่คาดว่าจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้ประเมินค่าเสียหายแล้ว

(ค) ค่าขาดผลกำไรที่เกิดขึ้นรวมถึงค่าขาดผลกำไรที่เกิดจากการสูญเสียโอกาสในการขายสินค้าในปริมาณมาก (Volume Sales)

ดังนั้น จะพบว่าค่าขาดผลกำไร (Loss of Profit) เป็นค่าเสียหายที่คำนวณจากมูลค่าของทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นหากไม่มีการผิดสัญญา กล่าวคือในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญา ค่าขาดผลกำไรจะหมายถึงการที่ผู้ซื้อขาดรายได้หรือผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับในอนาคตหากมีการปฏิบัติตามสัญญา โดยพิจารณาจากผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับหากไม่มีการผิดสัญญา เพราะฉะนั้น ค่าขาดผลกำไรจึงไม่สามารถขยายความรวมไปถึง Disgorgement Damages เพราะมิใช่รายได้หรือผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับ

นอกจากค่าเสียหายทั้งสองประเภทดังกล่าว CISG ไม่ได้จำแนกประเภทของค่าเสียหายและหลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหายไว้อย่างละเอียด จึงเป็นประเด็นที่ยังไม่มีข้อยุติและเปิดช่องว่างให้มีการตีความ ดังนั้นการตัดสินคดีของศาลในบางครั้งจึงอาศัยการอุดช่องว่างตาม Article 7 (2) เช่น ในบางกรณีศาลอ้างถึงการจำแนกประเภทของความเสียหายตามกฎหมายภายในประเทศดังที่อธิบายข้างต้น

การเรียกร้องค่าเสียหายภายใต้ Article 74 มีหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

1. การชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องชดใช้ด้วยเงินเสมอ ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในประโยคแรกซึ่งมีเนื้อความว่า ค่าเสียหายจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประกอบด้วยเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับความสำเร็จ

2. ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความสำเร็จจะต้องเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะเป็นผลมาจากการชำระหนี้ล่าช้า (Late Performance)

หรือการชำรุดที่ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา (Non-conforming Performance) หรือไม่มีการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาเลย (No Performance)

3. ความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องชดใช้ต้องเป็นไปตามหลักความคาดเห็นได้ (Foreseeability) จากบทบัญญัติใน Article 74 ประโยคที่สองที่ว่า Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract. ซึ่งมีเนื้อความว่า ความเสียหายที่คู่สัญญาสามารถเรียกร้องได้ต้องไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาสามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ในขณะทำสัญญา

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่า การพิจารณาความรับผิดของคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความผิดของคู่สัญญาหรือไม่ ดังนั้นไม่ว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นในลักษณะใด ผู้ชายจะต้องรับผิดเมื่อเป็นไปตามหลักหลักความคาดเห็นได้ โดยหลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา โดยให้รับผิดในความเสียหายเพียงเท่าที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาคาดเห็นหรือควรคาดเห็นถึงความเสียหาย ที่อาจจะเกิดขึ้นก่อนหรือในขณะทำสัญญา (Possible Consequence) โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของคู่สัญญาฝ่ายนั้นว่าทราบ หรือควรจะทราบถึงผลที่เป็นไปได้จากการผิดสัญญา

ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาไม่จำเป็นต้องคาดเห็นถึงจำนวนเงินที่แน่นอนของความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นเพียงแค่อาจคาดเห็นได้ล่วงหน้าถึงผลที่อาจจะเกิดขึ้นจากการผิดสัญญาก็เพียงพอแล้ว โดยการคาดเห็นได้หรือไม่นั้นจะใช้มาตรฐานของวิญญูชน (Reasonable Person) กล่าวคือ จะพิจารณาว่าบุคคลซึ่งอยู่สถานการณ์เช่นเดียวกันกับคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาสามารถคาดเห็นได้หรือไม่ หากผลที่อาจจะเกิดขึ้นจากการผิดสัญญาวิญญูชนไม่สามารถคาดเห็นได้ คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาก็ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น

จากการศึกษา พบว่าหากผู้ชายและผู้ซื้อได้มีการติดต่อซื้อขายกันมาเป็นเวลานาน ค่าเสียหายในการที่ผู้ซื้อจะขายสินค้าต่อให้แก่ผู้ซื้อรายย่อยเป็นความเสียหายที่ผู้ชายสามารถคาดเห็นได้

ดังเช่น การตัดสินคดีของศาลอุทธรณ์ในประเทศเยอรมนี เมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 1996<sup>63</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้ ผู้ขายขายรถยนต์มือสองให้แก่ผู้ซื้อซึ่งคู่สัญญาสองฝ่ายเป็นตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ (Dealer) เอกสารแสดงให้เห็นว่ารถได้รับใบอนุญาตครั้งแรกในปี ค.ศ.1992 ต่อมาผู้ซื้อขายรถให้แก่ลูกค้าในภายหลัง แต่พบว่ารถไม่ได้ได้รับใบอนุญาตตามปีที่ระบุไว้ในเอกสาร เมื่อผู้ซื้อจ่ายค่าเสียหายให้แก่ลูกค้าจึงเรียกร้องค่าเสียหายนั้นจากผู้ขาย

ศาลในคดีนี้ตัดสินให้ผู้ขายต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ เนื่องจากความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่ผู้ขายสามารถคาดการณ์ได้ เพราะสินค้าดังกล่าวถูกขายให้แก่ตัวแทนจำหน่ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้าต่อ

กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นความเสียหายที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดการณ์ได้ เช่น การเช่าเครื่องจักรโดยผู้ซื้อรายย่อยของผู้ซื้อ กระบวนการขนส่งสินค้าในประเทศอื่น ๆ หลังจากผู้ขายส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อแล้ว ค่าเสียหายความในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขนส่ง เป็นต้น

4. นอกจากหลักเกณฑ์สี่ประการข้างต้น CISG ได้กำหนดหลักการบรรเทาความเสียหาย (Mitigation) ไว้ด้วย

หลักการบรรเทาความเสียหายเป็นหลักทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบ Civil Law เช่น มาตรา 223<sup>64</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากนี้ยังปรากฏในการตัดสินของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายของพ่อค้า (Lex mercatoria)<sup>65</sup> หลักดังกล่าวหมายถึง คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจากการผิดสัญญา มีหน้าที่ต้องบรรเทาผลเสียหายในเบื้องต้น (Mitigation) หากละเลยไม่บรรเทาผลเสียหาย

<sup>63</sup> Oberlandesgericht Köln, "Court of Appeal Köln (Oberlandesgericht) 21 May 1996 [22 U 4/96]," [Online] Accessed: 13 April 2020. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>

<sup>64</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 223 บัญญัติว่า ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อ ยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

<sup>65</sup> Bruno Zeller, "Comparison between the Provisions of the Cisp on Mitigation of Losses (Art. 77) and the Counterpart Provisions of Pecl (Art. 9:505) " [Online] Accessed: 6 March 2020. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>

คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา มีสิทธิขอลดจำนวนค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ได้<sup>66</sup> ซึ่ง CISG ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ใน Article 77<sup>67</sup>

นอกจากนั้น หลักการดังกล่าวยังปรากฏใน Article 85<sup>68</sup> -86<sup>69</sup> ซึ่งเกี่ยวข้องกับการเก็บรักษาสินค้าหลังจากที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น หลักนี้มีที่มาจากแนวคิดที่ว่า คู่สัญญาฝ่ายที่เรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาไม่ควรได้รับการเยียวยาความเสียหาย หากความเสียหายที่เกิดขึ้น

---

<sup>66</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Law), พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 100.

<sup>67</sup> CISG Article 77 provides: A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.

<sup>68</sup> CISG Article 85 provides: If the buyer is in delay in taking delivery of the goods or, where payment of the price and delivery of the goods are to be made concurrently, if he fails to pay the price, and the seller is either in possession of the goods or otherwise able to control their disposition, the seller must take such steps as are reasonable in the circumstances to preserve them. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the buyer.

<sup>69</sup> CISG Article 86 provides: (1) If the buyer has received the goods and intends to exercise any right under the contract or this Convention to reject them, he must take such steps to preserve them as are reasonable in the circumstances. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the seller (2) If goods dispatched to the buyer have been placed at his disposal at their destination and he exercises the right to reject them, he must take possession of them on behalf of the seller, provided that this can be done without payment of the price and without unreasonable inconvenience or unreasonable expense. This provision does not apply if the seller or a person authorized to take charge of the goods on his behalf is present at the destination. If the buyer takes possession of the goods under this paragraph, his rights and obligations are governed by the preceding paragraph.



คู่สัญญาฝ่ายนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้ แต่เลือกที่จะไม่บรรเทาความเสียหายที่จะเกิดขึ้น หลักการนี้ยังปรากฏอยู่ในกฎหมายสัญญาของยุโรป (PECL) Article 9: 505<sup>70</sup>

จากหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องค่าเสียหายตาม Article 74 ข้างต้นสามารถสรุปได้ดังนี้ ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดใช้ค่าเสียหายรวมทั้งดอกเบี้ยที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้ซื้อจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือผลกำไรที่สูญเสียไปที่ผู้ซื้อควรได้รับหากไม่มีการผิดสัญญา ซึ่งความเสียหายทั้งหมดจะต้องไม่เกินไปกว่าจำนวนที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาสามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ ณ เวลาที่สัญญาเกิดขึ้น ดังนั้น Article 74 จึงเป็นหลักการชดเชยความเสียหายเต็มจำนวนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายโดยชดเชยให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอยู่ในสถานะทางเศรษฐกิจเสมือนไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้นตามหลัก Compensatory Damages

อย่างไรก็ตาม แม้ Article 74 ใช้หลักในการชดเชยค่าเสียหายอย่างเต็มจำนวนมาปรับใช้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวได้จำกัดจำนวนค่าเสียหายไว้ โดยกำหนดให้ค่าเสียหายมีจำนวนเท่ากับเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับความสูญเสีย ซึ่งรวมถึงการสูญเสียผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญา ดังนั้น ค่าเสียหายที่ผู้ซื้อสามารถเรียกได้จากผู้ขาย คือ 1. ค่าเสียหายที่แท้จริงซึ่งเกิดขึ้นโดยตรงจากการผิดสัญญา (Actual Damages) และ 2. ค่าขาดผลกำไร (Loss of Profit) ซึ่งเป็นความเสียหายที่พิจารณาจากผลกำไร ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับเสียหายคาดว่าจะได้รับหากไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น เพราะฉะนั้น ความเสียหายที่เกิดจากการขาดผลกำไร (Loss of profit) จึงไม่สามารถขยายความรวมไปถึงค่าเสียหายในผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอก (Disorgement Damages) เพราะมิใช่ผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับ ประกอบกับค่าเสียหายประเภทดังกล่าวมิใช่ความเสียหายที่ผู้ขายสามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ล่วงหน้า ในขณะที่ทำสัญญาตามหลักความคาดเห็นได้ (Foreseeability)

<sup>70</sup> PECL Article 9:505 [Mitigation: Reduction of Loss] (complete and revised version 1998) provides:

(1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.

ดังนั้น ผู้ซื้อจึงไม่อาจเรียกค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ภายใต้ Article 74 เนื่องจากลักษณะการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่ Article 74 กำหนด ประกอบกับจำนวนเงินดังกล่าวหากศาลกำหนดให้มีการชดใช้อาจเกินไปกว่า ความเสียหายที่ผู้ซื้อได้รับ ซึ่งอาจอยู่ในลักษณะค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ที่ CISG ไม่ได้อนุญาตให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายประเภทดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลง อนุญาตให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับกับสัญญา (Applicable Law)

อย่างไรก็ตาม ประเด็นการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ศาสตราจารย์ Ingeborg Schwenzer (Schwenzer) นักวิชาการที่มีชื่อเสียงด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในปี ค.ศ.2011 ถึง 2018 เขาได้ดำรงตำแหน่งเป็น ประธานสภาที่ปรึกษาของ CISG (the CISG Advisory Council) และในปัจจุบันดำรงตำแหน่งคณบดี โรงเรียนกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (the Swiss International Law School) และอนุญาโตตุลาการผู้เชี่ยวชาญด้านข้อพิพาทในระหว่างประเทศ<sup>71</sup> เคยเสนอความเห็นไว้ว่า ค่าเสียหายในผลกำไรควรนำไปปรับใช้หากมีสถานการณ์บางอย่างเกิดขึ้น เนื่องจากในทางปฏิบัติการขายสินค้าระหว่างประเทศกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้รับความเสียหาย ในขณะที่เจ้าหนี้ได้รับผลกำไรเพิ่มขึ้นเกิดขึ้น น้อยมาก Schwenzer จึงได้ระบุสถานการณ์ที่เห็นว่าลูกหนี้ควรได้รับค่าเสียหายจากผลกำไร (Disgorgement Damages) ภายใต้ Article 74 ดังนี้<sup>72</sup> กรณีที่หนึ่ง ผู้ขายได้ขายสินค้าเป็นครั้งที่สอง และตระหนักได้ว่าตนจะได้รับผลกำไรสูงกว่าการขายสินค้าตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อรายแรก (Efficient Breaches) กรณีที่สอง ผู้ขายซึ่งมีภาระผูกพันตามสัญญาในการผลิตสินค้าตามมาตรฐานจริยธรรมหรือสิทธิมนุษยชน แต่ผู้ขายกลับลดต้นทุนการผลิต หรือใช้กลไกการผลิตที่ผิดสัญญาเพื่อเพิ่มผลกำไรของตน เช่น ผู้ขายใช้

<sup>71</sup> CISG Advisory Council, "Biography Professor Ingeborg Schwenzer," [Online] Accessed: 7 June 2020. Available from: <https://www.cisgac.com/professor-ingeborg-schwenzer/>

<sup>72</sup> Petra Butler, "Damages Principles under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Cisg)," [Online] Accessed: 7 June 2020 Available from: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1177415/damages-principles-under-the-convention-on-contracts-for-the-international-sale-of-goods-cisg>

แรงงานเด็กในการผลิตสินค้า และกรณีที่สาม ผู้ซื้อหาซื้อสินค้าจากแหล่งอื่นซึ่งขัดกับข้อตกลงในสัญญาเพื่อให้ตนได้รับผลกำไร

จากแนวคิดดังกล่าวของ Schwenger จะเห็นได้ว่า หากมีการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ขายได้รับผลกำไรนั้น Schwenger เห็นว่าการผิดสัญญาดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้ขายได้รับผลกำไรเพิ่มขึ้น การเยียวยาความเสียหายโดยกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จึงเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสม โดยเขาเห็นว่าแม้การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวไม่อาจเกิดขึ้นภายใต้ Article 74 เนื่องจากผู้ซื้อไม่สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายได้ แต่หากปรากฏเป็นที่แน่ชัดว่าผู้ขายได้รับผลกำไรเพิ่มขึ้นจำนวนมาก ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการอาจกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages<sup>73</sup>

### 3.3.1.3 กลไกการตีความและอุดช่องว่างของ CISG เพื่อกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

ดังที่ผู้อ่านทราบแล้วว่า Article 74 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการจำกัดขอบเขตในการเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญา จึงมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณความเสียหาย และรายละเอียดของค่าเสียหายบางประเภทไว้ โดยบทบัญญัติดังกล่าวระบุแค่เพียงคำว่า Loss ซึ่งหมายถึงค่าเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญา และรวมถึงค่าขาดผลกำไรของผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) เป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่มีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนใน CISG จึงมีประเด็นที่ต้องศึกษาว่าสามารถตีความโดยนำหลักการชดเชยเต็มจำนวนตาม Article 74 มาปรับใช้กับค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ได้หรือไม่ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายการตีความและการอุดช่องว่างของ CISG เพื่อวิเคราะห์ในบทที่ 5 ว่าค่าเสียหายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งของผู้ซื้อสามารถเรียกร้องจากผู้ขายภายใต้ Article 74 ได้หรือไม่ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ CISG ใช้เป็นกฎหมายกลางในทางการค้า โดยประสงค์ให้กฎหมายเอกชนของประเทศต่าง ๆ ที่มีเนื้อหาขัดแย้งหรือแตกต่างกันมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยนำ CISG มาใช้บังคับ<sup>74</sup> จึงได้กำหนดแนวทางในการตีความ CISG ไว้ใน

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> คำชัย จงจักรพันธ์, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Law), หน้า 75-76.

Article 7<sup>75</sup> เพื่อให้ผู้ขายหรือผู้ซื้อซึ่งอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือ ซิวิลลอว์ (Civil Law) สามารถนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ได้อย่างเหมาะสม บทบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อความ ดังนี้

#### Article 7

(1) การตีความ CISG ให้คำนึงถึงลักษณะความเป็นระหว่างประเทศ ความเป็นเอกภาพ ในการใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับ CISG และความสุจริตในทางการค้าระหว่างประเทศ

(2) ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติใน CISG ที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ให้ใช้ หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของ CISG และหากไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปเช่นนั้น ให้ใช้ กฎหมายตามที่กำหนดโดยกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

จากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวพบว่า เนื้อหาของ Article 7 สามารถแบ่งออกได้ เป็นสองส่วน<sup>76</sup> ได้แก่การตีความ CISG ตาม Article 7 (1) และการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มี บทบัญญัติใน CISG ยกมาปรับแก้คดีได้ตาม Article 7 (2)

ในส่วนของการตีความ CISG (Interpretation of the Convention) Article 7 (1) ได้วางหลักในการตีความไว้ ดังนี้

<sup>75</sup> CISG Article 7 provides:

(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

<sup>76</sup> Institute of International Commercial Law of the Pace University School of Law, "2012 Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods Digest of Article 7 Case Law," [Online] Accessed: 14 June 2020. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-07.html>

ประการแรก การตีความจะต้องคำนึงถึงลักษณะความเป็นระหว่างประเทศ (International Character) ซึ่งเป็นการห้ามมิให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนำกฎหมายภายในประเทศมาใช้ในการตีความ<sup>77</sup> เพื่อทำความเข้าใจบทบัญญัติแห่งกฎหมายใน CISG เนื่องจาก CISG ถูกสร้างขึ้นจากการผสมผสานผสานและประนีประนอมของระบบกฎหมายต่าง ๆ อย่างเหมาะสมแล้ว เพื่อให้เกิดเอกภาพในการปรับใช้กฎหมาย จึงไม่ควรนำถ้อยคำ ข้อความแวดล้อม เหตุผลของเรื่อง หรือประวัติความเป็นมาของกฎหมายภายในประเทศมาใช้ในการพิจารณาหรือวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ประการที่สอง ในการตีความจะต้องคำนึงความจำเป็นในการส่งเสริมความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการนำ CISG ไปปรับใช้ (Promoting Uniform Application)

ประการสุดท้าย การตีความจะต้องคำนึงถึงหลักสุจริตในทางการค้าระหว่างประเทศ (Good Faith in International Trade) หลักสุจริตดังกล่าวนอกจากปรากฏใน Article 7 ยังสะท้อนให้เห็นในบทบัญญัติต่าง ๆ ของ CISG ซึ่งกำหนดหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขาย เช่น หากผู้ขายจะไม่ชำระหนี้ในส่วนของตนและประสงค์จะบอกเลิกสัญญา ผู้ขายจะต้องแจ้งให้ผู้ซื้อทราบถึงการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว (Notice of Avoidance) เพราะการบอกเลิกสัญญาจะมีผลต่อเมื่อได้บอกกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตาม Article 26

ในการอุดช่องว่างของ CISG (Gap-filling) ตาม Article 7 (2) จะเกิดขึ้นเมื่อบทบัญญัติใน CISG ไม่สามารถตอบปัญหาหรือคำถามให้เป็นที่ยุติได้อย่างชัดเจน โดยการอุดช่องว่างจะใช้หลักทั่วไปซึ่งเป็นพื้นฐานของ CISG เป็นลำดับแรก (the Convention's General Principles) เพื่อประกันความเป็นเอกภาพในการตีความ จึงไม่นำกฎหมายภายในประเทศของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้ในการอุดช่องว่าง และในกรณีที่ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปกำหนดไว้ก็ต้องตีความให้สอดคล้องกับกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับกับคดีตามกฎหมายว่าด้วยการขัดแย้งกฎหมาย ซึ่งก็คือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายภายในประเทศเป็นทางเลือกสุดท้าย

<sup>77</sup> Ibid.

(Ultima Ratio)<sup>78</sup> ที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างเมื่อไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาบังคับใช้แก่คดี ซึ่งการอุดช่องว่างที่เกิดขึ้นแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะดังนี้<sup>79</sup>

ประการแรก การอุดช่องว่างภายใน (Praeter Legem Gaps หรือ Internal Gaps) หมายถึง ปัญหาหรือคำถามดังกล่าวเป็นประเด็นที่อยู่ในขอบเขตของ CISG แต่ยังไม่เป็นที่ยุติอย่างชัดเจน โดยการอุดช่องว่างของกฎหมายจะนำหลักทั่วไปภายใต้ CISG มาปรับใช้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้ในระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น (Forum-shopping) อาจกล่าวได้ว่าหลักทั่วไปจะนำมาใช้เมื่อมีช่องว่างในเนื้อหาของ CISG เกิดขึ้น ซึ่งหากมีบทบัญญัติเฉพาะที่สามารถตอบปัญหาหรือคำถามใด ๆ ได้แล้ว ก็จะต้องใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยไม่ต้องนำหลักทั่วไป ภายใต้ CISG มาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม หากหลักทั่วไปที่มีอยู่ไม่สามารถอุดช่องว่างได้ หรือ CISG ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้ศาลก็จะต้องนำกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาอุดช่องว่าง

ประการที่สอง การอุดช่องว่างภายนอก (Intra Legem Gaps) หมายถึง ปัญหาหรือคำถามดังกล่าวเป็นประเด็นที่อยู่ในขอบเขตของ CISG เนื่องจาก CISG มิได้ครอบคลุมรายละเอียด สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศไว้ทุกเรื่องดังเช่นกฎหมายซื้อขายภายในของแต่ละประเทศ เช่น ใน Article 4<sup>80</sup> กำหนดไว้ว่า CISG ใช้บังคับเฉพาะการก่อให้เกิดสัญญา สิทธิ หน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขาย และได้จำกัดขอบเขตในการใช้บังคับไว้ว่า CISG ไม่ใช้บังคับในเรื่องที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญา หรือความมีผลของสัญญาในการโอนกรรมสิทธิ์ของสินค้า รวมถึงไม่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบในความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายที่เกิดกับบุคคลอันเกิดจากสินค้าตาม Article 5 ดังนั้น หากมี

<sup>78</sup> Schlechtriem, P., *Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (Cisg)*, p. 66.

<sup>79</sup> Lucia Carvalhal Sica, "Gap-Filling in the Cisg: May the Unidroit Principles Supplement the Gaps in the Convention?," [Online] Accessed: 14 June 2020. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>

<sup>80</sup> CISG Article 4 provides:

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

- (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;
- (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.

ประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้เกิดขึ้น ประเด็นดังกล่าวจะอยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้ของ CISG ซึ่งการอุดช่องว่าง จะไม่นำหลักทั่วไปภายใต้ CISG มาใช้ แต่จะต้องอาศัยกฎหมายภายในประเทศที่มีผลใช้บังคับกับคดี ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล<sup>81</sup>

ในกรณีค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) อาจพิจารณา ได้ว่าเป็นค่าเสียหายที่อยู่ในขอบเขตของ CISG แต่ยังไม่เป็นที่ยุติอย่างชัดเจน เนื่องจากหลักเกณฑ์ และขอบเขตในการเรียกร้องค่าเสียหายถูกบัญญัติไว้ใน Article 74 เพียงแต่มีได้ระบุค่าเสียหาย ประเภท Disgorgement Damages ไว้ หรือในทางตรงข้ามอาจประเด็นที่อยู่นอกขอบเขตของ CISG เนื่องจากเมื่อพิจารณาประวัติความเป็นมาในร่าง CISG ก็ได้มีการกล่าวถึงค่าเสียหายดังกล่าวแต่อย่างไร ประเด็นดังกล่าวจึงยังไม่เป็นที่ยุติ

ทั้งนี้ เนื่องจาก Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่มีได้ ระบุไว้ใน Article 74 ในหัวข้อถัดไป ผู้เขียนจะยกตัวอย่างแนวทางการวินิจฉัยของศาล เพื่อให้ผู้อ่าน ทราบแนวทางในการปรับใช้กฎหมายผ่านกลไกการอุดช่องว่าง และเพื่อวิเคราะห์ต่อไปว่าเมื่อผู้ขาย ผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ศาลควรมีแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ผ่านกลไกการตีความหรือการอุดช่องว่างตาม Article 7 ได้หรือไม่ อย่างไร

### 3.3.1.4 ตัวอย่างคำวินิจฉัยและคำพิพากษา

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะยกตัวอย่างแนวทางการพิพากษาชี้ขาดของศาลในการ กำหนดค่าเสียหายซึ่งมีได้ระบุไว้ใน Article 74 เพื่อศึกษาว่าศาลมีแนวทางในการตัดสินหรือการปรับใช้ กฎหมายผ่านกลไกการอุดช่องว่างของกฎหมายตาม Article 7 อย่างไร

การเรียกค่าเสียหายในค่าทนายความเป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่ Article 74 มิได้ระบุไว้ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าจะนำหลักการชดเชยเต็มจำนวน (Full Compensation) มาปรับใช้ได้หรือไม่ ซึ่งศาลแขวงแห่งสหรัฐอเมริกาประจำมลรัฐอิลลินอยส์ (United States District Court, N.D. Illinois) มีคำพิพากษาในคดี *Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food*

<sup>81</sup> Sica, L. C., "Gap-Filling in the Cism: May the Unidroit Principles Supplement the Gaps in the Convention?"

*Trading Co., et al*<sup>82</sup> ซึ่งตัดสินเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ.2004 เกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายในค่าว่างจ้างทนายความ ข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้

Chicago Prime Packers (Chicago Prime) เป็นบริษัทที่มีสถานที่ประกอบการในรัฐโคโลราโด ประเทศสหรัฐอเมริกา และ Northam Food Trading (Northam) เป็นบริษัทที่มีสถานที่ประกอบการอยู่ในรัฐมอนทรีออล ควิเบก ประเทศแคนาดา ทั้ง Chicago Prime และ Northam ต่างเป็นผู้ค้าส่งผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์ เมื่อวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ.2001 Chicago Prime Packer ได้ทำสัญญากับ Northam Food เพื่อขายซีโรงหมูแช่แข็งจำนวน 1,350 กล่องเป็นเงิน 40,500 ปอนด์

ต่อมาในวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 Beacon Premium Meats (Beacon) ตัวแทนขนส่งของ Northam ได้จัดส่งผลิตภัณฑ์ให้ลูกค้าของ Northam Beacon สังเกตว่าผลิตภัณฑ์อยู่ในสภาพผิดปกติ จึงให้แผนกวิชาการเกษตรของสหรัฐอเมริกา (the United States Department of Agriculture) หรือ USDA ทำการตรวจสอบผลิตภัณฑ์และได้ข้อสรุปว่าผลิตภัณฑ์เน่าเสียและพบสารปนเปื้อน Northam จึงได้แจ้งข้อเท็จจริงแก่ Chicago Prime ทราบเกี่ยวกับการประเมินผลเมื่อ Northam ปฏิเสธไม่ใช้เงินค่าผลิตภัณฑ์ Chicago Prime จึงนำคดีมาฟ้องร้องเรียกให้ Northam จ่ายค่าผลิตภัณฑ์และรับผิดชอบค่าทนายความในการฟ้องร้องคดีเป็นจำนวนเงิน 178,200 ดอลลาร์สหรัฐ

ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยประเด็นการเรียกร้องค่าทนายความ (Attorneys' fees) ว่า คำว่า "การสูญเสีย" (Loss) ใน Article 74 ไม่รวมค่าทนายความที่เกิดขึ้นจากการฟ้องร้องดำเนินคดีที่เกิดขึ้นเนื่องจากการมีข้อพิพาท ดังเช่นคำวินิจฉัยในคดี *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Company, Inc. d/b/a Maurice Lenell Cooky Company*<sup>83</sup> ดังนั้น Chicago Prime จึงไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวภายใต้ Article 74

ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้อ่านเห็นถึงลักษณะการอุดช่องว่างของกฎหมาย ต่อไปนี้ผู้เขียนจะอธิบายแนวทางการตัดสินของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Company, Inc. d/b/a Maurice Lenell Cooky Company*

<sup>82</sup> *Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co.*, 320 F. Supp. 2d 702 (N.D. Ill. 2004)

<sup>83</sup> *Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking Co.* - 313 F.3d 385 (7th Cir. 2002)



ซึ่งตัดสินเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.2002 ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า โจทก์บริษัทเม็กซิกันได้ส่งมอบสินค้าให้แก่จำเลยบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว แต่จำเลยไม่ชำระราคาตามสัญญา โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องเพื่อให้จำเลยชำระราคาค่าสินค้าและค่าทนายความ ซึ่งในคดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป

คดีดังกล่าวศาลชั้นต้นตัดสินให้โจทก์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวได้ภายใต้ Article 74 โดยตีความบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องตาม Article 7 (1) ซึ่งศาลพิจารณาว่าค่าเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้รวมถึงค่าเสียหายทางอ้อมที่เกิดจากการผิดสัญญา ดังนั้น จำเลยย่อมคาดเห็นได้ว่าอาจมีค่าใช้จ่ายหรือค่าทนายความเกิดขึ้น ดังนั้นโจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายดังกล่าวได้ แต่ในประเด็นนี้ศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยพิจารณาว่า CISG มีเจตนารมณ์มุ่งส่งเสริมความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เมื่อบทบัญญัติใน CISG มิได้กล่าวถึงค่าเสียหายดังกล่าวไว้ จึงต้องอาศัยหลักการอุดช่องว่างตาม Article 7 (2) โดยศาลเห็นว่าในประเด็นไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่จะช่วยอธิบายหรือวิเคราะห์ได้ว่า ค่าทนายความเป็นค่าเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้ภายใต้ Article 74 หรือไม่ ศาลจึงเห็นว่าควรนำกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งก็คือกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้บังคับ นอกจากนั้น ศาลได้แยกความแตกต่างของกฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายสารบัญญัติออกจากกัน ซึ่งเมื่อ CISG เป็นกฎหมายว่าด้วยสัญญาจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชดใช้ค่าทนายความเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความจึงอยู่นอกขอบเขตของ CISG

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวยังมีความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างกันออกไป ความเห็นฝ่ายหนึ่งพิจารณาว่า ค่าเสียหายดังกล่าวจะเรียกร้องได้หรือไม่นั้นต้องพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความของกฎหมายภายในประเทศ ในขณะที่ความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งพิจารณาว่า ค่าเสียหายดังกล่าวสามารถเรียกร้องได้ภายใต้ Article 74 หากเป็นไปตามเงื่อนไขและข้อกำหนดของบัญญัติ<sup>84</sup> ซึ่งแนวความเห็นที่ว่าค่าทนายความไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญานี้ได้รับการสนับสนุน Advisory Council Opinion No. 6 ที่ให้ข้อสังเกตไว้ว่า แม้ค่าทนายความ (Attorneys' fees) จะไม่ใช่ค่าเสียหายที่ระบุไว้อย่างชัดเจนใน Article 74 และเมื่อพิจารณาจากความเป็นมาในการร่างบัญญัติ

<sup>84</sup> John Felemegas, "An Interpretation of Article 74 Cisg by the U.S. Circuit Court of Appeals," *Pace International Law Review* Volume 15, Issue 1 (2003): p.98.

ก็ไม่พบว่ามีการกล่าวถึงการเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าว หรือค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดี อย่างไรก็ตาม อาจอาศัยการตีความหรือการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่งภายใต้หลักการชดเชยเต็มจำนวน (Full Compensation) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญา ฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายกลับสู่สถานะเสมือนไม่มีการผิดสัญญา แต่หากตีความเช่นนั้น อาจขัดกับ หลักความเท่าเทียมระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายตาม Articles 45 และ 61 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนด สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา เพราะหากค่าใช้จ่ายดังกล่าวสามารถเรียกร้องได้ภายใต้ Article 74 อาจส่งผล ให้ผู้ร้องซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีเท่านั้นจึงจะสามารถเรียกค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ส่วนคดีที่ผู้ร้องมิได้กระทำ ผิดสัญญา แต่ในการดำเนินคดีปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องร้องเป็นฝ่ายชนะคดี ผู้ถูกฟ้องคดีอาจ ไม่สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าว เนื่องจากการเรียกค่าเสียหายภายใต้ Article 74 นั้น จะต้อง มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น<sup>85</sup>

ถัดมาเป็นกรณีศึกษาเรื่องการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ซึ่งเป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่ Article 74 มิได้ระบุไว้

ในคดี *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*<sup>86</sup> ศาลฎีกาของ ประเทศอิสราเอลมีคำตัดสินในข้อพิพาทเรื่องการกำหนดค่าเสียหายว่า กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิด สัญญาแล้วนำสินค้าไปขายให้บุคคลภายนอก คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะมีสิทธิ เรียกร้องค่าเสียหายจากผลกำไรที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับหรือไม่ ในคดีนี้ผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายเหล็ก เนื่องจากนำสินค้าไปขายให้อีกบริษัทหนึ่ง ซึ่งเสนอราคาที่สูงขึ้นสำหรับปริมาณเหล็กตามสัญญา ที่ผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อ ซึ่งในขณะที่ผู้ซื้อฟ้องคดีเหล็กมีราคาสูงขึ้นการชดเชยความเสียหายภายใต้ สัญญาซื้อขายจึงไม่เพียงพอ ผู้ซื้อจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับ (Disgorgement Damages) บนพื้นฐานของหลักลามิควรรได้ (Unjust Enrichment) ซึ่งศาลฎีกาของ ประเทศอิสราเอลมีคำตัดสินโดยการตีความ ULIS Article 70 ซึ่งในปัจจุบันก็คือ Article 74 ใน CISG ว่า เมื่อกฎหมายมิได้ระบุค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ไว้โดยเฉพาะ และ

<sup>85</sup> Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, "Cisg-Ac Opinion No. 6, Calculation of Damages under Cisg Article 74," [Online] Accessed: 10 June 2020. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>

<sup>86</sup> *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH* 20/82, 42(1) P.D. (1988)

หากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงยกเว้นอย่างชัดเจนว่าจะไม่นำหลักเรื่องลาภมิควรได้มาใช้ สามารถนำหลักลาภมิควรได้มาใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาได้ เนื่องจากสิทธิตามสัญญาเปรียบเสมือนสิทธิในทรัพย์สิน

นอกจากนั้น การเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายนี้มีได้ประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการขาดความไว้วางใจ (Reliance Interest) หรือการขาดประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ (Expectation Interest) จากการทำสัญญาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการป้องกันผลประโยชน์ใด ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำอันไม่ชอบธรรม ดังนั้น จึงนำหลักการดังกล่าวไปใช้ในคู่สัญญาซึ่งฝ่าฝืนข้อตกลงด้วย ซึ่งศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายในรูปของผลกำไรทั้งหมดที่ผู้ขายได้รับ แม้ว่าจะเกินกว่าความสูญเสียของผู้ซื้อก็ตาม ดังนั้น ผู้ขายจะต้องโอนผลกำไรที่ได้รับจากการขายสินค้าให้แก่บุคคลภายนอก (Disgorgement Damages) ให้ผู้ซื้อ

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติใน CISG ที่จะนำมาวินิจฉัยศาลจึงนำหลักกฎหมายทั่วไป (General Principles) ตามกฎหมายภายในประเทศอิสราเอลมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายตาม Article 7 (2) ซึ่งนักวิชาการบางท่านเห็นว่า หากอนุญาตให้นำกฎหมายภายในประเทศมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของ CISG อาจถูกระทบกระเทือน เนื่องจากอาจทำให้หลักการเยียวยาความเสียหายภายใต้ CISG มิได้ถูกนำมาใช้บังคับ<sup>87</sup>

ดังนั้น จากหลักเกณฑ์และตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลในการเรียกร้องค่าเสียหายตาม Article 74 ข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดเชยค่าเสียหาย โดยผู้ร้องจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือผลกำไรที่สูญเสียไปที่ผู้ร้องควรได้รับหากไม่มีการผิดสัญญา ซึ่งความเสียหายทั้งหมดจะต้องไม่เกินไปกว่าจำนวนที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะสามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ ณ เวลาที่สัญญาเกิดขึ้น ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า Article 74 เป็นหลักการชดเชยความเสียหายเต็มจำนวน (Full Compensation) โดยชดเชยให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอยู่ในสถานะเดียวกันกับหากไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น (Compensatory Damages) โดยบทบัญญัติดังกล่าวมิได้นิยามรายละเอียดค่าเสียหายบางประเภทไว้ เช่น Disgorgement Damages ซึ่งเป็นการกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าสามารถตีความหรืออุดช่องว่างของบทบัญญัติดังกล่าวโดยนำ

<sup>87</sup> Peter Schlechtriem, "Uniform Sales Law - the Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany," [Online] Accessed: 16 July 2020. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlech2.html>

หลักการชดเชยเต็มจำนวน มาปรับใช้กับ Disgorgement Damages ได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

ในหัวข้อถัดไปผู้เขียนจะอธิบาย ผลของการเลิกสัญญาที่บัญญัติไว้ใน Article 84 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อยู่บนพื้นฐานของการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) และหลักลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment) เนื่องจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages

### 3.3.2 การคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้าภายใต้ Article 84

ในหัวข้อที่แล้วผู้เขียนได้อธิบายแนวคิดและหลักการการชดใช้ค่าเสียหายใน Article 74 ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะศึกษาหลักการ การตีความและตัวอย่างในการคืนประโยชน์อันได้รับจากสินค้าภายใต้ Article 84 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดผลในการเลิกสัญญา (Effects of Avoidance) โดยกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ต้องใช้คืนราคาพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องคืนบรรดาประโยชน์อันได้รับจากสินค้าให้แก่ผู้ขาย ตามหลักเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) บทบัญญัตินี้จะนำมาใช้เมื่อคู่สัญญาบอกเลิกสัญญาแล้ว

จากการศึกษา พบว่าผลของการเลิกสัญญาตามบทบัญญัตินี้มีความคล้ายคลึงกับค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ดังนั้น เพื่อศึกษาว่า Article 84 จะครอบคลุมไปถึงค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages หรือไม่ หรือสามารถตีความให้ครอบคลุมถึงค่าเสียหายประเภทดังกล่าวได้หรือไม่นั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะเริ่มจากการอธิบาย ความเป็นมาและแนวความคิดพื้นฐานของลักษณะในการคืนเงินหรือทรัพย์สินเมื่อมีการเลิกสัญญาภายใต้ Article 84 ดังรายละเอียดต่อไปนี้

#### 3.3.2.1 ความเป็นมาและแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้า

ผลของการเลิกสัญญาได้ถูกบัญญัติไว้อย่างละเอียดใน Article 81 ถึง 84 ของ CISG โดยเนื้อหาของบทบัญญัติ Article 84 มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบทบัญญัติใน Article 78 ซึ่งว่าด้วยสิทธิของคู่สัญญาในการเรียกดอกเบี้ย เดิม Article 84 ถูกบัญญัติไว้ใน ULIS Article 81 ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดหน้าที่ของผู้ขายหรือผู้ซื้อให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ในกรณีที่มีการเลิกสัญญา หรือกรณีที่ผู้ซื้อเรียกร้องให้ผู้ขายส่งสินค้าทดแทนกรณีที่สินค้านั้นไม่ตรงตามสัญญาตาม Article 46 (2) บทบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อความดังนี้

#### Article 84

(1) ในกรณีที่ผู้ขายต้องใช้คืนราคา ผู้ขายต้องเสียดอกเบี้ยนับแต่วันที่ผู้ขายได้รับชำระราคา

(2) ผู้ซื้อต้องคืนผลประโยชน์อันได้รับจากสินค้าทั้งหมด หรือบางส่วนของสินค้าให้แก่ผู้ขายในกรณีต่อไปนี้

(a) ผู้ซื้อต้องส่งคืนสินค้าไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

(b) หากผู้ซื้อไม่สามารถส่งคืนสินค้าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือไม่สามารถส่งคืนสินค้าทั้งหมดหรือบางส่วนให้อยู่ในสภาพเดิมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญตามที่ได้รับมา แต่ได้บอกเลิกสัญญา หรือเรียกให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าทดแทน

บทบัญญัติ Article 84 อยู่บนพื้นฐานของการชดเชยความเสียหายตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ซึ่งหมายถึงการที่คู่กรณีต่างฝ่ายต่างต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับมาจากนิติกรรมทั้งหมดให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีการละเมิดหรือการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น โดยจะยึดผลประโยชน์หรือผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการทำธุรกรรมกลับคืนให้โจทก์<sup>88</sup> ทั้งนี้ หน้าที่ตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญา หรือสัญญาเป็นอันเลิกกัน

Article 84 (1) เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ขายต้องใช้คืนราคาให้แก่ผู้ซื้อโดยต้องชดใช้เงินพร้อมทั้งดอกเบี้ยแก่ผู้ซื้อนับแต่วันที่ผู้ขายได้รับชำระราคา ซึ่งอัตราดอกเบี้ยมักจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของศาลที่ตัดสินคดี<sup>89</sup> หน้าที่ตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ขายผิดสัญญา

<sup>88</sup> Ronald L. Israel and Brian P. O'Neill, "Disgorgement as a Viable Theory of Restitution Damages," [Online] Accessed: 15 June 2020. Available from:

[http://csglaw2020x.wiseadmin.biz/RA534S261/assets/files/News/israel\\_oneill\\_\\_commercial\\_damages\\_reporter\\_jan\\_2014\\_lead\\_article.pdf](http://csglaw2020x.wiseadmin.biz/RA534S261/assets/files/News/israel_oneill__commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf)

James, E., Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property.

ผู้ขายต้องคืนเงินที่ได้รับตามสัญญาซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ขายได้รับผลประโยชน์อันเกิดจากจำนวนเงินตามสัญญาซื้อขาย เนื่องจากผู้ขายมีผลประโยชน์เกิดขึ้นจากจำนวนเงินในขณะที่เงินอยู่ในความครอบครอง เพราะอัตราของเงินย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามวัน เวลา และสถานที่ ดังนั้น เมื่อผู้ขายต้องชำระเงินคืนกฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ขายต้องชดใช้ดอกเบี้ยนับจากวันที่ได้รับชำระราคาจนถึงวันที่คืนเงินแก่ผู้ซื้อเพื่อป้องกันมิให้เกิดลภมิควรได้ (Unjust Enrichment)<sup>90</sup>

ถัดมาในส่วนของ Article 84 (2) เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ซื้อ ซึ่งเป็นผู้ครอบครองสินค้าต้องรับผิดชอบผู้ขายโดยการคืนประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้าหรือบางส่วนของสินค้าให้แก่ผู้ขายซึ่งอาจเกิดขึ้นใน 2 กรณี<sup>91</sup> คือ

1. ในกรณีที่มีการเลิกสัญญาไม่ว่าการบอกเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นโดยฝ่ายผู้ขาย หรือผู้ซื้อ ผู้ซื้อ มีหน้าที่ต้องคืนสินค้าทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ขาย ตาม Article 84 (2) (a)

2. ในกรณีที่สินค้าไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา ผู้ซื้อ มีสิทธิบอกเลิกสัญญา หรือเรียกให้ผู้ขายส่งสินค้าทดแทนได้ตาม Article 46 (2) โดยผู้ซื้อ มีหน้าที่ต้องส่งคืนสินค้าตามสภาพเดิม ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญตามที่ได้รับมาให้แก่ผู้ขาย เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ใน Article 82 (2)<sup>92</sup> ตาม Article 84 (2) (b)

<sup>89</sup> Gabriel, H. D., Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of U.S. And International Law, p. 252.

<sup>90</sup> Jr. Alan F. Zoccolillo, "Determination of the Interest Rate under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles Vs. National Law," [Online] Accessed: 25 July 2020. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zoccolillo.html>

<sup>91</sup> Gabriel, H. D., Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of U.S. And International Law, pp. 252-253.

<sup>92</sup> CISG Article 82 provides:

(1) The buyer loses the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods if it is impossible for him to make restitution of the goods substantially in the condition in which he received them.

(2) The preceding paragraph does not apply:

ดังนั้น เมื่อผู้ซื้อบอกเลิกสัญญา หรือเรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าทดแทน ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้ซื้อจะไม่สามารถส่งคืนสินค้าให้อยู่ในสภาพเดิมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญในสภาพที่ผู้ซื้อได้รับมาจากผู้ขายได้หรือไม่ก็ตาม ผู้ซื้อก็มีหน้าที่ต้องคืนสินค้าและประโยชน์ใด ๆ ที่ได้รับจากสินค้าทั้งหมด หรือแต่บางส่วนให้แก่ผู้ขาย เพื่อป้องกันมิให้เกิดลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment)<sup>93</sup> หลักลาภมิควรได้นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์ในทางทรัพย์สินของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมาย และการได้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งเสียเปรียบ บุคคลผู้ได้ทรัพย์สินนั้นมาย่อมต้องคืนให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งในฐานะลาภมิควรได้

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาความเห็นของ CISG Advisory Council Opinion No. 14 ในหัวข้อ ดอกเบี้ยภายใต้ Article 78<sup>94</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะคล้ายกับ Article 84 กล่าวว่า Article 78 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในราคา หรือเงินอื่นใดที่ค้างชำระเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ใช้เงินหรือราคา ซึ่ง CISG Advisory Council ได้ให้ความเห็นไว้ว่า บทบัญญัตินี้ต่างจากข้อ 84 ที่มีลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ Article 84 มีลักษณะเป็นการชดเชยค่าเสียหายเพื่อให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutory Character) และสะท้อนไปถึงแนวคิดในการปลดปล่อยผลประโยชน์หรือผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (Disgorgement) ในขณะที่ Article 78 อาจมีหลักการที่คล้ายกัน แต่มุ่งเน้นไปที่การชดเชยความเสียหาย (Compensation) ไม่ได้มีพื้นฐานมาจากแนวคิดเรื่องการปลดปล่อยผลประโยชน์หรือผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

- 
- (a) if the impossibility of making restitution of the goods or of making restitution of the goods substantially in the condition in which the buyer received them is not due to his act or omission;
  - (b) if the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the examination provided for in article 38; or
  - (c) if the goods or part of the goods have been sold in the normal course of business or have been consumed or transformed by the buyer in the course of normal use before he discovered or ought to have discovered the lack of conformity.

<sup>93</sup> UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, p. 400.

<sup>94</sup> Istanbul Bilgi University Rapporteur: Professor Doctor Yesim M. Atamer, Turkey, Cisg-Advisory Council Opinion No. 14, Interest under Article 78 Cisg (Adopted unanimously by the CISG Advisory Council following its 18th meeting, in Beijing, China on 21 and 22 October 2013).

(Disgorgement) ดังเช่น Article 84 เนื่องจากเจ้าหนี้ไม่ได้เรียกร้องผลกำไรจากราคา หรือเงินที่ลูกหนี้ใช้ไปโดยสุจริตโดยไม่ทราบว่าจะต้องคืนเงินให้แก่เจ้าหนี้

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า Article 84 เป็นบทบัญญัติที่มีพื้นฐานมาจากแนวคิดเรื่องการปลดเปลื้องผลประโยชน์หรือผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งสอดคล้องกับการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages

ในส่วนถัดไปผู้เขียนจะยกตัวอย่างกรณีศึกษาในผลของการเลิกสัญญาตาม Article 84 (2) ที่กำหนดให้ผู้ซื้อต้องคืนประโยชน์อันได้รับจากสินค้าให้แก่ผู้ขายเพื่อให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจมากขึ้น

### 3.3.2.2 ตัวอย่างคำวินิจฉัยและคำพิพากษา

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินโดยศาลประเทศเยอรมนี (Oberlandesgericht Oldenburg) ซึ่งตัดสินเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1995<sup>95</sup> ข้อเท็จจริงมีดังนี้ ผู้ขายชาวออสเตรียตกลงขายเบาะหนัง (Leather seating) ให้แก่ผู้ซื้อชาวเยอรมัน เมื่อผู้ซื้อนำสินค้าไปขายให้ลูกค้าของตน ลูกค้ารายหนึ่งพบว่าสินค้าไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา ผู้ซื้อจึงส่งคืนสินค้าเพื่อให้ผู้ขายซ่อมแซม แต่อย่างไรก็ดี แม้หลังจากที่ผู้ขายซ่อมแซมสินค้าแล้ว ผู้ซื้อยังคงพบว่าสินค้านี้ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดสัญญา จึงบอกเลิกสัญญา ผู้ขายได้นำคดีมาฟ้องให้ผู้ซื้อชำระเงินพร้อมทั้งดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 13

ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้พิพากษาว่า ผู้ขายไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ซื้อ เนื่องจากสินค้าที่ซ่อมแซมแล้วไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญตาม Article 49 (1) (a) และแม้ว่าผู้ซื้อจะบอกเลิกสัญญาหลังจากเวลาผ่านไปห้าสัปดาห์ ในระหว่างที่มีการส่งมอบสินค้าซึ่งได้รับการซ่อมแซมแล้วก็ถือว่าผู้ซื้อได้บอกเลิกสัญญาภายในกำหนดเวลาอันสมควรตาม Article 49 (2) (b) ข้ออ้างของผู้ขายที่ว่า ผู้ซื้อต้องบอกเลิกสัญญาภายใน 5 วัน ตามข้อตกลงและเงื่อนไขทั่วไปของทางการค้าฟังไม่ขึ้น เพราะเงื่อนไขดังกล่าวจะไม่นำมาปรับใช้เมื่อสินค้าได้รับการแก้ไขความชำรุดบกพร่อง

<sup>95</sup> Oberlandesgericht Oldenburg Germany, "Case Law on Uncitral Texts (Clout) Abstract No.165," [Online] Accessed: 1 April 2020. Available from: [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout\\_case\\_165\\_leg-1366.html](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_165_leg-1366.html)



นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องเพื่อผลประโยชน์หรือผลกำไรทั้งหมด ที่ผู้ซื้อได้รับจากครอบครองสินค้าตาม Article 84 (2) เนื่องจากศาลพิจารณาว่าไม่มีผลประโยชน์ใด ๆ เกิดขึ้น เพราะการใช้สินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องและมีได้เป็นไปตามสัญญาไม่ใช่ผลประโยชน์ทางการเงินที่สามารถตีค่าได้

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หากมีการบอกเลิกสัญญาผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องคืนสินค้าหรือประโยชน์ใด ๆ ที่ตนได้รับมาทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ขาย โดยผู้ขายเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ถึงประโยชน์ที่ผู้ซื้อได้รับ ในคดีดังกล่าวเมื่อผู้ขายไม่สามารถพิสูจน์ประโยชน์ที่ผู้ซื้อได้รับจากครอบครองสินค้า ศาลจึงปฏิเสธข้อเรียกร้องของผู้ขาย

ตัวอย่างถัดมาเป็นคดีที่ตัดสินโดยศาลล่างของประเทศเยอรมนี Lower Court of Charlottenburg (Amtsgericht) ตัดสินเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ.1994 <sup>96</sup> ข้อเท็จจริงมีดังนี้ ผู้ซื้อชาวเยอรมันสั่งซื้อรองเท้าจำนวน 143 คู่ จากผู้ขายชาวอิตาลี ผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าที่ชำรุดบกพร่องให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อได้แจ้งแก่ผู้ขายแล้วว่า รองเท้าหมายเลขใดบ้างที่มีข้อบกพร่องและไม่สามารถขายได้ เนื่องจากเครื่องประดับในส่วนหน้าของรองเท้าไม่ตรงและสายของรองเท้ายาวเกินไป ทั้งภายในและภายนอก และผู้ซื้อยืนยันว่าผู้ซื้อพยายามที่จะขายรองเท้า แต่ไม่สามารถขายรองเท้าที่มีความชำรุดบกพร่องได้ ผู้ซื้อจึงบอกเลิกสัญญา ผู้ขายจึงเรียกร้องให้ผู้ซื้อชำระราคาค่าสินค้าพร้อมทั้งดอกเบี้ยและประโยชน์ที่ผู้ซื้อได้รับ

ศาลตัดสินในประเด็นเรื่องการชดเชยราคาว่า การที่ผู้ซื้อแถลงว่าผู้ซื้อพยายามขายรองเท้ามิใช่เป็นการยอมรับว่ารองเท้าดังกล่าวเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา และหากผู้ซื้อสามารถขายสินค้ารองเท้าได้ ผู้ซื้อก็ไม่จำเป็นต้องนำส่งคืนแก่ผู้ขายตาม Article 84 (2) เนื่องจากศาลพิจารณาว่าเมื่อผู้ซื้อได้รับสินค้าที่ไม่เป็นไปตามสัญญา (Lack of Conformity) และได้พยายามนำสินค้าดังกล่าวออกขายเป็นความพยายามที่จะบรรเทาผลกระทบด้านลบของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (Mitigation the Negative Effect) ดังนั้น ผู้ขายจึงไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ใด ๆ จากการขายสินค้าที่ชำรุดบกพร่องของผู้ซื้อ

<sup>96</sup> Lower Court of Charlottenburg (Amtsgericht ), "Lower Court of Charlottenburg (Amtsgericht) 4 May 1994 [7b C 34/94]," [Online] Accessed: 1 April 2020. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940915g1.html#cx>

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า โดยหลักหากผู้ซื้อได้รับสินค้าซึ่งไม่เป็นตามข้อกำหนดในสัญญาเมื่อผู้ซื้อประสงค์จะบอกเลิกสัญญาผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องส่งมอบสินค้าพร้อมทั้งประโยชน์ที่ได้รับให้แก่ผู้ขาย อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ซื้อสามารถนำสินค้าไปขายต่อได้ แต่ศาลได้ให้ความเห็นไว้ว่าหากผู้ซื้อสามารถขายสินค้าที่ชำระครบพร้อมแล้วต่อมามีการเลิกสัญญาซื้อขายในภายหลัง ผู้ซื้อก็ไม่จำเป็นต้องนำผลกำไรที่ตนได้รับมาชดใช้ให้แก่ผู้ขายตาม Article 84 (2) เนื่องจากการส่งมอบสินค้าซึ่งไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ ดังนั้น หากผู้ซื้อสามารถขายสินค้าดังกล่าวก็เป็นการบรรเทาความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อและผู้ขาย

จากคำอธิบายและตัวอย่างของคดีข้างต้น พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการเลิกสัญญามีสิทธิเรียกร้องผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับสินค้าจากคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ ซึ่งหากผู้ขายจะเรียกร้องให้ผู้ซื้อคืนประโยชน์ใด ๆ ที่ได้รับจากสินค้าผู้ขายจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้เห็นถึงประโยชน์ที่ผู้ซื้อได้รับ ซึ่งเป็นไปตามการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกันกับหลักการและแนวคิดการชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ที่ให้นำประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญามาชดใช้ให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกำหนดค่าเสียหายจะพิจารณาจากผลกำไรของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับเป็นพื้นฐาน ดังนั้น การชดเชยค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ใช่หลักการหรือแนวคิดที่แปลกใหม่ซึ่งไม่ปรากฏใน CISG มาก่อน

กล่าวโดยสรุป Article 84 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดผลในการเลิกสัญญา โดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องคืนทรัพย์สินหรือเงินตามควรค่าแห่งการอันตนได้รับไว้เพื่อชำระหนี้ พร้อมทั้งดอกเบี้ยหรือดอกผล ซึ่งการใช้สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวไม่กระทบถึงสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย<sup>97</sup> โดยผู้ขายมีหน้าที่ต้องใช้คืนราคาพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อต้องมีคืนบรรดาประโยชน์อันได้รับจากสินค้าให้แก่ผู้ขายเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเลิกสัญญา จะเห็นได้ว่าหน้าที่ของคู่สัญญาอยู่บนพื้นฐานขอหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดลामิควรรได้

<sup>97</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, "อนุสัญญาว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ UN – Convention on Contracts for the International Sale of Goods" [ออนไลน์ เข้าถึงเมื่อ 14 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา : <http://lawwebservice.com/lawsearch/ArchanKittisak01.pdf>

(Unjust Enrichment)<sup>98</sup> ซึ่งในการคืนทรัพย์สินจะคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ได้รับของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชดใช้ความเสียหาย อันมีลักษณะคล้ายกับการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของ CISG ที่มีขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เกิดการค้าระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าผู้ใช้กฎหมายอาจอาศัยการอุดช่องว่างของ CISG โดยนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ภายใต้ Article 84 (2) มาปรับใช้ให้ผู้ขายชดใช้หรือส่งคืนผลกำไรที่ตนได้รับจากการผิดสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

### 3.4 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างค่าสินไหมทดแทนจากการผิดสัญญาตาม Article 74 กับการคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้าตาม Article 84

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะเปรียบเทียบค่าสินไหมทดแทนจากการผิดสัญญาตาม Article 74 กับผลแห่งการเลิกสัญญาตาม Article 84 ทั้งนี้เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจลักษณะของการกำหนดค่าเสียหาย

จากการศึกษาพบว่า Article 74 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายและ Article 84 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดผลในการเลิกสัญญา แม้ใน Article 74 จะไม่ได้กำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ไว้ แต่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายเรื่องผลแห่งการเลิกสัญญา ซึ่งมีพื้นฐานความคิดเช่นเดียวกับค่าเสียหายประเภทดังกล่าวใน Article 84 (2) ที่กำหนดให้ผู้ซื้อต้องคืนผลประโยชน์อันได้รับจากสินค้าทั้งหมด หรือบางส่วนของสินค้าให้แก่ผู้ขาย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องผลกำไรหรือผลประโยชน์ใด ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับสินค้าได้จากคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ที่จะนำหลักดังกล่าวไปใช้เป็นหลักทั่วไปในการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages

S

<sup>98</sup> Joseph Lookofsky, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Article 84 Accounting for Interest and Other Benefits Received," [Online] Accessed: 14 June 2020 Available from: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo84.html>

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างค่าสินไหมทดแทนจากการผิดสัญญา ตาม Article 74 กับผลแห่งการเลิกสัญญาตาม Article 84

ประเด็น	Article 74	Article 84
<b>ลักษณะ</b>	เป็นการเยียวยาความเสียหาย เป็นตัวเงินที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย	เป็นการกำหนดหน้าที่ของผู้ขายและผู้ซื้อในกรณีที่มีการเลิกสัญญา เมื่อบอกเลิกสัญญา ผู้ซื้อจะได้รับเงินคืนพร้อมดอกเบี้ย และจะต้องส่งมอบสินค้าพร้อมทั้งผลประโยชน์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นให้แก่ผู้ขาย
<b>วัตถุประสงค์</b>	เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายอยู่ในฐานะเสมือนหนึ่ง มีการชำระหนี้ตามสัญญา	เพื่อให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม ก่อนมีการทำสัญญาและป้องกัน มิให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้รับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันไม่ชอบธรรม
<b>การเกิดความรับผิด</b>	คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้อง ชดใช้ค่าเสียหายเมื่อตนผิด สัญญา	หน้าที่ของคู่สัญญาจะเกิดขึ้น เมื่อมีการบอกเลิกสัญญา ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
<b>ภาระการพิสูจน์</b>	คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นเพียงใด	ใน Article 84 (2) ผู้ขายเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ จำนวนผลประโยชน์ที่ผู้ซื้อได้รับ

ที่มา: จัดทำโดยผู้เขียน

### 3.5 บทสรุป

การที่ผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศโดยมีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทน ด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ซึ่งมีผลให้ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อได้นั้น CISG มิได้กำหนดลักษณะของการผิดสัญญาดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะการผิดสัญญา

จะพบว่าอาจเกิดขึ้นในลักษณะที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อในวันเวลาที่ถึงกำหนดส่งมอบ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ซื้อไม่สามารถคาดหมายได้ชัดเจนว่าผู้ขายมีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ จึงเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ผู้ซื้อเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ หรืออาจเกิดขึ้นก่อนถึงกำหนดวันส่งมอบสินค้าโดยผู้ซื้อคาดหมายได้ว่าผู้ขายจะผิดสัญญาหรือไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวจึงอาจจัดอยู่ในลักษณะการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ซึ่ง CISG ได้บัญญัติหลักเกณฑ์และสิทธิของคู่สัญญาได้ใน Article 71 ถึง 73

เมื่อผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ขายได้ ซึ่งใน CISG ได้กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตในการเยียวยาความเสียหายไว้ใน Article 74 บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้ซื้อสามารถเรียกค่าเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา (Actual Damages) และค่าเสียหายจากการสูญเสียผลกำไร (Loss of profit) โดยใช้หลักการชดเชยความเสียหายเต็มจำนวน (Full Compensation) กล่าวคือ ผู้ซื้อที่มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการทำให้ผู้ซื้ออยู่ในสถานะเสมือนไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของหลักการชดเชยความเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) ในส่วนของ Article 84 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดผลในการเลิกสัญญา ซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาที่ได้รับเงินหรือสินค้ามาต้องคืนบรรดาผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อมีการเลิกสัญญานบนพื้นฐานของหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) โดยกำหนดให้ผู้ขายต้องคืนเงินพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อต้องคืนบรรดาผลประโยชน์ที่ได้รับจากสินค้าให้แก่ผู้ขายเพื่อป้องกันมิให้เกิด लाभมิควรได้ (Unjust Enrichment)

ค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) เป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่มีได้ระบุไว้ใน Article 74 จึงอาจพิจารณาได้ว่า ปัญหาว่าจะกำหนดให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่ผู้ขายได้รับมาให้แก่ผู้ซื้อได้หรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่อยู่ในขอบเขตของ CISG ในเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหาย แต่เป็นประเด็นที่ยังไม่มีข้อยุติ ซึ่งเป็นช่องว่างภายในของ CISG ดังนั้นต้องอาศัยการตีความหรือการอุดช่องว่างภายใต้ Article 7 และเมื่อพิจารณา Article 84 จะพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) และหลัก लाभมิควรได้ (Unjust Enrichment) ซึ่งคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ของ Disgorgement Damages จึงมีความเป็นไปได้ที่จะอุดช่องว่างโดยนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายใต้ Article 84 มาปรับใช้

ทั้งนี้ เมื่อ CISG เกิดจากการประนีประนอมและผสมผสานระหว่างกฎหมายต่าง ๆ การบังคับใช้ การตีความ ตลอดจนการอุดช่องว่างบทบัญญัติแห่งกฎหมายของ CISG จึงควรมีพลวัตในการใช้บังคับ หรือตีความให้สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่ว่าด้วยการเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญา ในบทถัดไป ผู้เขียนจะศึกษา แนวความคิดและหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร (Disgorgement Damages) ในบริบทของกฎหมายต่างประเทศ



## บทที่ 4

### เปรียบเทียบแนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในบริบทของกฎหมายต่างประเทศ

#### 4.1 ความนำ

เนื่องจากการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) เป็นแนวคิดที่มีจุดเริ่มต้นมาจากการตัดสินของศาลในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) การศึกษาในประเด็นดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาแนวทางการตัดสินของศาลภายในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งพบว่ามีหลายกรณีที่ศาลตัดสินให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาชดเชยค่าเสียหายในรูปของผลกำไร (Disgorgement Damages) เช่น การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา การฝ่าฝืนหน้าที่ความไว้วางใจ หรือการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) เป็นต้น โดยศาลมีแนวคิดที่ผู้ที่ได้รับผลกำไรจากการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดหรือการผิดสัญญา ควรสูญเสียผลกำไรที่ได้รับมาทั้งหมด โดยต้องนำผลกำไรดังกล่าวไปชดเชยเป็นค่าเสียหายให้แก่เจ้าของสินค้าหรือเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา

เมื่อพิจารณาแนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร จะพบว่าประเทศส่วนใหญ่ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) มิได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่าใดนัก แต่ก็มีปรากฏให้เห็นในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศสหรัฐอเมริกาในบทบัญญัติว่าด้วยการกลับคืนสู่ฐานะเดิมและลาภมิควรได้ (the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment) ในบทนี้ผู้เขียนจึงเลือกศึกษาเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวทางการตัดสินของศาลในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น เนื่องผู้เขียนพบว่า ทางปฏิบัติในยุคปัจจุบัน โดยมากคู่สัญญามักตกลงให้กฎหมายของประเทศอังกฤษ<sup>1</sup> และประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศของตน (Governing Law) ซึ่งอาจมีรายละเอียดในการกำหนดค่าเสียหายที่แตกต่างกันออกไป

---

<sup>1</sup> QLTS Scholl, "Why English Law Governs Most International Commercial Contracts," [Online] Accessed: 5 March 2020. Available from: <https://www.qlts.com/blog/why-english-law-governs-most-international-commercial-contracts>

## 4.2 แนวทางการกำหนดค่าเสียหายการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร (Disgorgement Damages) ในบริบทของกฎหมายประเทศอังกฤษ

กฎหมายของประเทศอังกฤษใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common law) หากมีการผิดสัญญา การเยียวยาทางกฎหมายจะกำหนดให้ผู้ผิดสัญญาชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินก่อน (Primary Remedies) หากชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินไม่เพียงพอ ศาลก็จะเยียวยาความเสียหายโดยบังคับให้เจ้าหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) ซึ่งเป็นไปตามหลัก Equity การชดใช้ค่าเสียหายมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญากลับคืนสู่สถานะเสมือนไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น

แม้คู่สัญญาอาจมีสิทธิเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา โดยได้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในบางกรณีศาลอาจมีคำสั่งให้บุคคลนั้นปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในกรณีที่มีการผิดสัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ของตนให้เสร็จสมบูรณ์ โดยหลักแล้วการเยียวยาทาง Equity ที่ให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะเกิดขึ้นเมื่อการเยียวยาตามระบบ Common Law ไม่เพียงพอ โดยทั่วไปจึงมักจะใช้วิธีการเยียวยานี้กับสัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าหรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดิน เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสิ่งที่มีความเฉพาะเจาะจงหรือหาได้ยาก<sup>2</sup>

ตามหลักกฎหมายอังกฤษ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการผิดสัญญา หรือค่าเสียหายที่คู่สัญญาพึงคาดหวังได้ในขณะทำสัญญา หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาของกฎหมายประเทศอังกฤษเริ่มปรากฏชัดเจนขึ้นในปี ค.ศ. 1854 ตามแนวคำพิพากษาในคดี *Hadley v. Baxendale*<sup>3</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอังกฤษใช้หลักเรื่องการคาดหวังได้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหาย

ต่อมาพบว่า ศาลได้ใช้หลักเรื่องความอันตราย (Harm-based) ประกอบการพิจารณา โดยพยายามปกป้องผลประโยชน์อันเป็นความคาดหวังของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการชดเชยความเสียหาย คือ การเยียวยาความเสียหายเป็นจำนวนเงินเพื่อทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอยู่ในสถานะเดียวกับที่เขาจะได้รับหากไม่ได้รับความเสียหายจาก

<sup>2</sup> สิริพันธ์ พลรบ, "หลักความเป็นธรรมทางกฎหมายและกฎหมายทรัพย์สิน" [ออนไลน์].

<sup>3</sup> *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex 341



การผิดสัญญา กล่าวคือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญา การเยียวยาความเสียหายควรทำให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นอยู่ในตำแหน่งเช่นเดียวกับกรณีที่มีทำสัญญาเกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาว่าพบมีหลายกรณีที่ศาลในประเทศอังกฤษตัดสินให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาชดเชยค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รับ (Gain-based) กรณีเหล่านี้สามารถแบ่งออกเป็นสถานการณ์ที่มีการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว และกรณีที่มีการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาซึ่งถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่อื่น ๆ ด้วย ซึ่งโดยสรุปแล้วสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้<sup>4</sup>

1. กรณีที่มีการรบกวนสิทธิในทรัพย์สิน เช่น การบุกรุก การหน่วงเหนี่ยวหรือกักกันสินค้าโดยมิชอบ (Detention of Goods) การลวงขาย และการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์หรือสิทธิบัตร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้จำเลยจ่ายค่าธรรมเนียมนที่เหมาะสม ซึ่งตามหลัก Equity กำหนดให้ผู้ที่ทำละเมิดต้องสูญเสียผลกำไรทั้งหมด โดยนำผลกำไรที่ได้รับไปชดเชยเป็นค่าเสียหายให้แก่เจ้าของสินค้าหรือเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา

โดยในส่วนของกรณีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภท มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้สามารถเรียกค่าเสียหายในรูปของผลกำไรได้ เช่น การละเมิดสิทธิบัตร พระราชบัญญัติสิทธิบัตรของประเทศไทย (Patents Act 1977) ในมาตรา 61(1)(d)<sup>5</sup> กำหนดให้เจ้าของสิทธิบัตรสามารถดำเนินคดีแพ่งกับผู้ละเมิดสิทธิบัตรโดยมีสิทธิเรียกร้องผลกำไรที่ผู้นั้นได้รับจากการละเมิด

<sup>4</sup> Siems, M., "Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis," Edinburgh Law Review: p.29-30.

<sup>5</sup> Patents Act 1977 Proceedings for infringement of patent section 61 (1)(d) provides: Subject to the following provisions of this Part of this Act, civil proceedings may be brought in the court by the proprietor of a patent in respect of any act alleged to infringe the patent and (without prejudice to any other jurisdiction of the court) in those proceedings a claim may be made—  
(d) for an account of the profits derived by him from the infringement;

2. การฝ่าฝืนหน้าที่ความไว้วางใจหรือการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) เช่น การฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์รี (Trustee) ซึ่งเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้ดูแลรักษาผลประโยชน์

3. ศาลปฏิเสธที่จะมีคำสั่งคุ้มครองที่ห้ามมิให้จำเลยกระทำการใด หรือให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ศาลจึงมีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อทดแทนคำสั่งห้ามของศาลหรือการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งอำนาจดังกล่าวของศาลปรากฏในพระราชบัญญัติชานเซอร์รี่ (Chancery Amendment Act 1858) หรือที่รู้จักกันในนามว่า Lord Cairns Act ซึ่งกำหนดว่าการชดใช้ค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่คู่สัญญาได้รับ (Gain-based) ไม่ถือเป็นข้อยกเว้นสำหรับการชดเชยความเสียหาย เนื่องจากจำเลยต้องรับผิดชอบต่อการสูญเสียโอกาสในการเจรจาต่อรอง โดยจำเลยต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่ต้องชำระเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิ

ในส่วนต่อไปผู้เขียนได้ยกตัวอย่างกรณีศึกษา การตัดสินของศาลประเทศอังกฤษในกรณีที่มีการกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากผลกำไรเป็นพื้นฐาน ซึ่งในแต่ละคดีศาลได้ตัดสินโดยให้เหตุผลในการตัดสินที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

#### 4.2.1 การจงใจผิดสัญญาซื้อขาย

ตัวอย่างคำพิพากษาที่พิพากษากำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ในคดีที่ผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายโดยนำทรัพย์สินเดียวกันตามสัญญาซื้อขายไปขายให้แก่บุคคลภายนอก คือ คดี *Lake v Bayliss*<sup>6</sup> ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินในปี ค.ศ. 1974 มีข้อเท็จจริงมีดังนี้ ผู้ขายได้ตกลงทำสัญญาขายที่ดินให้แก่ผู้ซื้อรายแรก ต่อมาได้นำที่ดินแปลงเดียวกันไปขายให้บุคคลที่สาม ซึ่งตามกฎหมายกำหนดว่าผู้ขายจะต้องใช้ความระมัดระวังในการจัดการและบำรุงรักษาทรัพย์สินและจะต้องไม่ขายทรัพย์สินนั้นให้บุคคลที่สาม เพราะเป็นการละเมิดสัญญา

ในคดีนี้ศาลตัดสินว่าเมื่อผู้ขายนำที่ดินแปลงเดียวกันออกขายถึงสองครั้งถือเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้ซื้อ (Proprietary) และเมื่อผู้ขายที่ดินได้ตกลงขายทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อรายแรกแล้วถือว่าผู้ขายเป็นผู้ถือครองที่ดินโดยได้รับความไว้วางใจจากผู้ซื้อรายแรก

<sup>6</sup> *Lake v Bayliss* [1974] 1 WLR 1073

ซึ่งเปรียบเสมือนทรัสต์ (Trustee) และเมื่อผู้ขายนำที่ดินแปลงเดียวกันขายให้แก่บุคคลภายนอกอีกครั้งหนึ่ง จึงเป็นการละเมิด Constructive Trust ศาลจึงตัดสินให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับจากการขายที่ดินมาชดเชยให้โจทก์

ทั้งนี้ Constructive Trust เป็นนิยามในทางกฎหมาย ซึ่งใน Cambridge Dictionary ให้ความหมายว่า Constructive Trust เป็นความไว้วางใจ (Trust) ประเภทหนึ่ง ใช้ในกรณีที่บุคคลใดเป็นผู้ควบคุมเงินหรือครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่น แล้วได้รับทรัพย์สินมาโดยปราศจากพื้นฐานทางกฎหมาย จึงต้องคืนทรัพย์สินดังกล่าวไปยังผู้เป็นเจ้าของ ระบบกฎหมายอนุญาตให้มีการตัดสินในลักษณะดังกล่าวได้ในกรณีที่มิกฎหมายอยู่แล้วแต่การตัดสินดังกล่าวอาจไม่เหมาะสม<sup>7</sup>

จากคำพิพากษาในคดีข้างต้นพบว่าในกรณีที่มีการผิดสัญญาซื้อขายโดยนำที่ดินแปลงเดียวกันออกขายถึงสองครั้ง (Double Sale of Land) ศาลได้นำหลักเรื่องละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน และ Constructive Trust มาปรับใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในรูปแบบของผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages)

คดีถัดมาคือคดี *British Motor Trade Association v. Gilbert*<sup>8</sup> ซึ่งศาลตัดสินคดีในปี ค.ศ.1951 มีข้อเท็จจริงดังนี้ จำเลยซื้อรถยนต์และได้ทำสัญญากับโจทก์และตัวแทนจำหน่าย ซึ่งต้องการให้จำเลยขายยานพาหนะให้แก่โจทก์ในช่วงสองปีแรกของการมีกรรมสิทธิ์ ข้อตกลงดังกล่าวกำหนดขึ้นโดยสมาคมเพื่อควบคุมอัตราเงินเฟ้อของราคาในช่วงเวลาที่รถยนต์กำลังขาดแคลน โดยสมาคมจะขายรถยนต์ที่มีผู้นำมาขายให้ในราคาที่คำนวณได้โดยหักอัตราค่าเสื่อมราคาที่กำหนดจากราคาขายเดิม แต่จำเลยได้ขายรถใหม่ของตนในตลาดมืดเพื่อหวังผลกำไรที่ดีกว่า ซึ่งเป็นละเมิดข้อตกลงโจทก์จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย

ในคดีนี้ศาลตัดสินให้โจทก์มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายจากผลกำไรที่จำเลยได้รับ เนื่องจากจำเลยฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาประกอบกับค่าเสียหายตามสัญญาไม่เพียงพอสำหรับการปกป้องผลประโยชน์โดยชอบธรรมของโจทก์ (Legitimate Interests) ทั้งนี้ แม้ว่าความเสียหายในจำนวนเงินดังกล่าวอาจเกินกว่าเงินที่โจทก์จะมีสิทธิได้รับหากจำเลยปฏิบัติตามสัญญาก็ตาม

<sup>7</sup> Cambridge University, "Constructive Trust," [Online] Accessed: 12 May 2020. Available from: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/constructive-trust>

<sup>8</sup> *British Motor Trade Association v. Gilbert* [1951] 2 All ER 641

คำพิพากษาข้างต้นแสดงให้เห็นว่า แม้ผู้ร้องจะไม่ได้สูญเสียทางการเงิน (Financial Loss) เนื่องจากการที่จำเลยนำรถยนต์ไปขายในราคาต่ำกว่าก็มีได้มีผลกระทบต่อผู้ร้อง แต่เมื่อจำเลยละเมิดข้อตกลงในสัญญาแล้วได้รับผลกำไรจากการขายรถยนต์ จำเลยจึงต้องคืนผลกำไรที่ตนได้รับให้แก่ผู้ร้องตามหลัก Compensatory Damages

กล่าวโดยสรุป คุณพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายในรูปของผลกำไร (Disgorgement Damages) อาจเกิดได้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเมิดข้อผูกพันตามสัญญา ทำให้ตนได้รับผลประโยชน์หรือผลกำไรที่สูงขึ้นกว่าการปฏิบัติตามสัญญา หรือในกรณีที่ศาลไม่อาจพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือห้ามจำเลยกระทำการบางอย่างได้ เช่นในกรณีที่จำเลยได้นำสินค้าหรือทรัพย์สินชนิดเดียวกันส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว จำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อความสูญเสียที่เกิดขึ้นในรูปของผลกำไรที่จำเลยได้รับ (Disgorgement Damages) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา

#### 4.2.2 การละเมิดต่อหน้าที่ผู้ได้รับความไว้วางใจ

กรณีศึกษาต่อมาที่ผู้เขียนจะยกตัวอย่างเป็นคนดีที่คู่สัญญาละเมิดข้อผูกพันตามสัญญา ซึ่งศาลได้นำหลักเรื่องทรัสต์ (Trustee) มาปรับใช้ในการตัดสิน ก่อนที่จะอธิบายข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้เขียนจะอธิบายลักษณะของทรัสต์ (Trusts) พอสังเขป

ทรัสต์ (Trusts) คือ กองทรัพย์สินซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยผู้ก่อตั้ง ทรัสต์เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสามฝ่ายคือ 1) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินเดิม (Settlor) 2) ทรัสต์ (Trustee) ผู้เป็นเจ้าของทรัสต์ตามกฎหมายและมีหน้าที่จัดการกองทรัพย์สินให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของทรัสต์เพื่อให้ผลประโยชน์ตกแก่ผู้รับประโยชน์ 3) ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์ที่เกิดจากการบริหารจัดการทรัสต์ (Trusts)

ตัวอย่างการตัดสินของศาลในคดี *Reid-Newfoundland Co v Anglo-American Telegraph Co Ltd*<sup>9</sup> ซึ่งตัดสินโดยสภาองคมนตรีอังกฤษ (The Privy Council) เมื่อวันที่ 23 เมษายน ค.ศ.1912 มีข้อเท็จจริงดังนี้ บริษัทของโจทก์ได้ติดตั้งสายโทรเลข (Telegraph wire) บนทางรถไฟของจำเลย โดยโจทก์และจำเลยได้ตกลงกันว่าบริษัทโทรเลขของโจทก์และบริษัทรถไฟของจำเลยมีสิทธิเข้าถึงสายโทรเลขเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำกัด ภายใต้ข้อตกลงดังกล่าวบริษัทจำเลยจะต้องไม่ส่งข้อความ

<sup>9</sup> *Reid-Newfoundland Co. v. Anglo-American Telegraph Co., Ltd. [1912] A.C. 555*

เชิงพาณิชย์ผ่านสายพิเศษ เว้นแต่เพื่อประโยชน์ของบริษัทโจทก์ หากจำเลยฝ่าฝืนโจทก์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ ซึ่งจำเลยได้ฝ่าฝืนข้อตกลงโดยใช้ประโยชน์จากสายโทรเลขเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของตนเอง

คดีนี้ศาลตัดสินให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับชดใช้ความเสียหายให้โจทก์ตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) เนื่องจากจำเลยฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญา ซึ่งข้อผูกพันในสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดความไว้วางใจของคู่สัญญา จำเลยจึงเปรียบเสมือนทรัสตี (Trustee) เมื่อการฝ่าฝืนของจำเลยทำให้จำเลยได้รับประโยชน์ในทางการค้า (Commercial Purposes) จำเลยจึงต้องคืนผลกำไรที่ได้รับมาให้แก่โจทก์ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นผู้รับประโยชน์ (Beneficiary)

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น จะเห็นว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ทำข้อตกลงไว้ในสัญญา ศาลจึงได้นำหลักเรื่องการละเมิดต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจมาใช้ในการพิจารณาเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยของศาลคดี Attorney General v Blake ซึ่งศาลพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ละเมิดข้อผูกพันตามสัญญาเป็นผู้ทำหน้าที่ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งในคดีนี้ศาลให้เหตุผลโดยนำหลักเรื่องการทำหน้าที่ของทรัสตี (Trustee) มาปรับใช้ เมื่อทรัสตี (Trustee) กระทำผิดหน้าที่ในการจัดการดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของตน จึงต้องนำผลกำไรหรือผลประโยชน์ที่ตนได้รับคืนให้แก่ผู้ร้อง โดยการกำหนดค่าเสียหายทั้งสองคดีดังกล่าวศาลได้พิจารณาจากผลกำไรที่จำเลยได้รับเป็นพื้นฐาน (Gain-based Damages)

ในคดีนี้มีประเด็นที่น่าสนใจว่า หากคู่สัญญาไม่ได้ทำข้อตกลงกันไว้ ผลของคำพิพากษาจะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนก็ไม่สามารถให้คำตอบได้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความแน่นอนแก่คู่สัญญา ผู้เขียนเสนอให้คู่สัญญาระบุข้อตกลงในการเรียกร้องค่าเสียหายไว้ในสัญญา เพราะหากมีการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้อย่างแน่นอน

#### 4.2.3 การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา

ประเทศอังกฤษหรือสหราชอาณาจักรและประเทศในเครือจักรภพ เช่น แคนาดา ออสเตรเลีย ได้มีคำวินิจฉัยให้ผู้ที่ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่ากับผลกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับ (Infringer's profits) เนื่องจากการละเมิดสิทธิของผู้เป็นเจ้าของสิทธิ หรือผู้ทรงสิทธิ (Violate of Rights) ประกอบกับในกรณีที่มีการละเมิดทรัพย์สินในทางปัญญา

เจ้าของสิทธิอาจขาดหลักฐานในการพิสูจน์ความเสียหาย ศาลจึงกำหนดให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายในรูปของผลกำไร เพื่อให้เจ้าของสิทธิกลับสู่สถานะเดิมที่เขาจะได้รับหากไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น<sup>10</sup> ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางการวินิจฉัยและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

กรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลตัดสินให้ผู้ละเมิดนำผลกำไรที่ได้รับมาคืนให้ผู้ทรงสิทธิ ดังที่ปรากฏในคดี *Potton v Yorkclose*<sup>11</sup> ซึ่งตัดสินในปี ค.ศ.1990 ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยในคดีนี้ สร้างบ้านตามแบบบ้านโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิในแบบของบ้าน ซึ่งแม้จำเลยยังมีได้ขายบ้านดังกล่าว แต่ศาลให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายในรูปของผลกำไร โดยให้เหตุผลว่า การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการกีดกันจำเลยจากผลกำไรที่รับจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องเพราะเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิ จึงให้จำเลยโอนผลกำไรเหล่านั้นไปยังผู้ทรงสิทธิ (Account of Profit) ดังนั้น จำนวนเงินสูงสุดที่ผู้ทรงสิทธิจะได้รับคืน คือ ผลกำไรทั้งหมดที่ได้จากกิจกรรมของจำเลยที่เป็นการละเมิดสิทธิ ซึ่งศาลได้กำหนดแนวทางในการคำนวณผลกำไรไว้ดังนี้

- 1) บัญชีหรือผลกำไรถูกจำกัดไว้เฉพาะผลกำไรที่เกิดขึ้นจริงจากการละเมิดสิทธิ
- 2) ผู้ทรงสิทธิจะต้องจับหรือนำตัวจำเลยมาในที่ที่พบการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิ
- 3) ค่าภาษีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นสามารถนำมาใช้เพื่อคำนวณผลกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง

คดีถัดมา คือ คดี *Celanese International Corp v BP Chemicals*<sup>12</sup> ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงของประเทศอังกฤษในปี ค.ศ.1999 มีข้อเท็จจริงดังนี้ จำเลยมีโรงงานผลิตกรดอะซิติก (Acetic Acid) หลายแห่ง ซึ่งทั้งสองแห่ง คือ โรงงาน A4 และ A5 มีเตียงป้องกัน (Guard Bed) ตามสิทธิบัตรของโจทก์ ซึ่งมีส่วนช่วยกำจัดไอโอดด์ (Iodides) ออกจากกรดอะซิติกที่ผลิตได้ โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องว่าจำเลยฐานละเมิดสิทธิบัตรและเรียกค่าเสียหายเป็นจำนวน 180,000,000 ปอนด์ ซึ่งเป็นผลกำไร

<sup>10</sup> Thomas F. Cotter Seaman Christopher B., Brian J. Love, Norman V. Siebrasse, Masabumi Suzuki, *Patent Remedies and Complex Products* (Cambridge University Press, 2019), pp. 50-89.

<sup>11</sup> *Potton v Yorkclose* [1990] FSR 11

<sup>12</sup> *Celanese International Corp v BP Chemicals* [1999] RPC 203

ที่จำเลยได้รับรวมทั้งดอกเบี้ย ตาม Section 60 (1)(c) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2520 (The Patents Act 1977)<sup>13</sup>

จากการศึกษาพบว่า หากมีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ผู้ทรงสิทธิสามารถขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และขอให้ผู้ทำละเมิดส่งมอบสินค้า หรือทำลายผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการละเมิด รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือผลประโยชน์ที่ควรได้รับ (Account of the profits) ตามที่บัญญัติไว้ใน Section 61<sup>14</sup> แต่ทั้งนี้ อาจมีข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหายที่สามารถเอาคืนได้จาก

---

<sup>13</sup> The Patents Act 1977 Section 60 (1)(c) provides: (1) Subject to the provisions of this section, a person infringes a patent for an invention if, but only if, while the patent is in force, he does any of the following things in the United Kingdom in relation to the invention without the consent of the proprietor of the patent, that is to say— (c) where the invention is a process, he disposes of, offers to dispose of, uses or imports any product obtained directly by means of that process or keeps any such product whether for disposal or otherwise.

<sup>14</sup> The Patents Act 1977 Section 61 provides:

(1) Subject to the following provisions of this Part of this Act, civil proceedings may be brought in the court by the proprietor of a patent in respect of any act alleged to infringe the patent and (without prejudice to any other jurisdiction of the court) in those proceedings a claim may be made—

- (a) for an injunction or interdict restraining the defendant or defender from any apprehended act of infringement;
- (b) for an order for him to deliver up or destroy any patented product in relation to which the patent is infringed or any article in which that product is inextricably comprised;
- (c) for damages in respect of the infringement;
- (d) for an account of the profits derived by him from the infringement;
- (e) for a declaration or declarator that the patent is valid and has been infringed by him.

(2) The court shall not, in respect of the same infringement, both award the proprietor of a patent damages and order that he shall be given an account of the profits.

(3) The proprietor of a patent and any other person may by agreement with each other refer to the comptroller the question whether that other person has infringed the patent and on the reference the proprietor of the patent may make any claim mentioned in subsection (1)(c) or (e) above

ผู้กระทำละเมิดโดยไม่ได้เจตนา (an Innocent Infringer)<sup>15</sup> ตาม Article 62<sup>16</sup> กล่าวคือ หากผู้ทำละเมิดพิสูจน์ได้ว่า ในขณะที่ทำละเมิดตนไม่ทราบว่าโดยมีเหตุผลอันสมควรว่าตนไม่รู้ว่ามิสิทธิบัตรดังกล่าวอยู่ก็ไม่จำเป็นต้องคืนผลกำไรดังกล่าวให้ผู้ทรงสิทธิ ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้เป็นความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายให้หัวข้อถัดไป

กล่าวโดยสรุป ศาลประเทศอังกฤษได้กำหนดให้จำเลยต้องคืนผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เกิดขึ้น (Account of the Profits) ในกรณีที่มีการผิดสัญญาซื้อขาย (Breach of Contract) การละเมิดต่อหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Trust หรือ Breach of Fiduciary Duty) และการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา (Infringement) โดยเหตุผลที่ศาลกำหนดให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายประเภทดังกล่าว เนื่องจากศาลเห็นว่าจำเลยละเมิดต่อหน้าที่ตามสัญญาหรือละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่น จึงกำหนดให้จำเลยต้องคืนผลกำไรที่ตนได้รับมาให้แก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิ

ในหัวข้อถัดมา ผู้เขียนได้ศึกษาแนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร ในบริบทของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ

#### 4.3 แนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในบริบทของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบการปกครองในรูปสหพันธรัฐ (Federalism) คือรัฐเดี่ยวหลาย ๆ รัฐมารวมกันในลักษณะที่รัฐเดี่ยวมอบอำนาจอธิปไตยภายในรัฐและภายนอกรัฐบางส่วนให้กับรัฐสหพันธ์

<sup>15</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าต่างประเทศ, "กฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์ อังกฤษ " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://www.ipthailand.go.th/>

<sup>16</sup> The Patents Act 1977 Section 62 provides: Restrictions on recovery of damages for infringement.(1) In proceedings for infringement of a patent damages shall not be awarded, and no order shall be made for an account of profits, against a defendant or defender who proves that at the date of the infringement he was not aware, and had no reasonable grounds for supposing, that the patent existed; and a person shall not be taken to have been so aware or to have had reasonable grounds for so supposing by reason only of the application to a product of the word "patent" or "patented", or any word or words expressing or implying that a patent has been obtained for the product, unless the number of the patent accompanied the word or words in question.



เป็นผู้ใช้อำนาจเหล่านั้นแทนและยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจดังกล่าว ดังนั้น จึงมีการแบ่งแยกอำนาจการปกครองเช่นนี้ออกเป็น 2 ระดับ คือ การปกครองโดยรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ ส่งผลให้ระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีลักษณะพิเศษคือแบ่งออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ 1.ศาลสหพันธ์รัฐบาลกลาง (The Federal Court) 2. ศาลมลรัฐ (The State Court) ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีรากฐานและแนวคิดมาจากระบบของประเทศอังกฤษ

จากการศึกษาเรื่อง Disgorgement Damages พบว่าในระบบกฎหมายส่วนใหญ่การเยียวยาความเสียหายในประเภทดังกล่าวไม่ถือเป็นการเยียวยาความเสียหายทั่วไป ดังนั้น จึงไม่ปรากฏพื้นฐานความคิดทางกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ ในช่วงแรกศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา มีแนวโน้มที่จะปฏิเสธการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages อย่างไรก็ตามเมื่อไม่นานมานี้ นักวิชาการคนสำคัญ เช่น ศาสตราจารย์ ดร. Melvin Eisenberg นักวิชาการทางกฎหมาย และปัจจุบันเป็นอาจารย์สอนประจำมหาวิทยาลัย Berkeley ได้โต้แย้งว่าการกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวได้รับการยอมรับในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งปรากฏให้เห็นในการวินิจฉัยของศาลในคดี *Snepp v US* และในบทบัญญัติว่าด้วยการกลับคืนสู่ฐานะเดิมและลาภมิควรได้ (US Restatement of Restitution and Unrichment)<sup>17</sup> โดยมีแนวคิดให้กำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ในบางเหตุการณ์ ซึ่งสามารถศึกษาและวิเคราะห์ได้จากตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลในคดีต่อไปนี้

#### 4.3.1 การจงใจผิดสัญญาซื้อขาย

ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายคือ Uniform Commercial Code ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า UCC ที่ใช้บังคับกับธุรกรรมที่มีลักษณะเป็นการซื้อขายภายในประเทศ และสามารถบังคับใช้กับสัญญาทางพาณิชย์อันเกี่ยวข้องกับสินค้ากรณีอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากสัญญาซื้อขายได้ โดยกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นต้นแบบให้สัญญาในเชิงพาณิชย์ของมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกามีความสอดคล้องและมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยหลักในการเยียวยาชดใช้ความเสียหายของ UCC กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะต้องได้รับการชดใช้

<sup>17</sup> Janssen, E. H. A., *Disgorgement of Profits Gain-Based Remedies Throughout the World*, p. 423.

ค่าเสียหายเสมือนกับว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ปฏิบัติตามสัญญาอย่างเต็มที่ โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจะไม่มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ทางการเงินที่มากเกินไปกว่าความเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้น<sup>18</sup>

จากการศึกษาพบว่า หากผู้ขายนำทรัพย์สินตามสัญญาขายให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อในรูปแบบของ Disgorgement Damages โดยสามารถศึกษาแนวทางการตัดสินของศาลในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาซื้อขายได้จากกรณีศึกษาดังต่อไปนี้

คำตัดสินของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาประจำรัฐฟลอริดาในคดี *Coppola Enters. v. Alfone* ตัดสินคดีเมื่อวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1994<sup>19</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้ เมื่อวันที่ 18 เมษายน ค.ศ.1978 Helen Alfone ได้ทำสัญญากับ บริษัท Coppola Enterprises (Coppola) เพื่อซื้อที่อยู่อาศัยในราคา 105,690 ดอลลาร์สหรัฐ โดยได้วางเงินมัดจำเป็นจำนวน 10,568 ดอลลาร์สหรัฐ ในสัญญาระบุว่าการปิดข้อเสนอของโครงการตามสัญญาจะเกิดขึ้นในช่วง ค.ศ.1978 -1979 แต่เนื่องจากความล่าช้าในการก่อสร้าง จำเลยจึงเลื่อนวันปิดโครงการไปจนถึงปลายปี ค.ศ.1980 โดยระบุว่าสัญญาจะปิดการตกลงเมื่อผู้ซื้อได้รับจดหมายแจ้งจากผู้ขายภายใน 10 วันนับแต่วันที่ผู้ซื้อได้รับจดหมาย เมื่อ Helen Alfone ได้รับจดหมายจึงรีบหาเงินทุนทันทีเพื่อซื้อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว และได้ขอระยะเวลาเพิ่มเติมเพื่อชำระยอดเงินในส่วนที่เหลือ แต่ Coppola อ้างว่าเวลาเป็นสาระสำคัญ จึงปฏิเสธคำขอของโจทก์และได้ขายทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกในราคา 170,000 ดอลลาร์สหรัฐ ผู้ซื้อจึงฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย

ศาลได้ตัดสินในประเด็นของค่าเสียหายไว้ว่า จำเลยใช้สิทธิไม่สุจริตโดยปฏิเสธคำขอของโจทก์ เพราะจำเลยมิได้กำหนดเวลาที่เหมาะสมเพื่อปิดการเจรจาแต่ได้ยกเลิกสัญญาและนำสินค้าเดียวกันขายให้แก่บุคคลภายนอก ศาลจึงให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์เป็นจำนวน 64,310.00 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมทั้งดอกเบี้ยก่อนฟ้องคดีเป็นจำนวน 43,295.38 ดอลลาร์สหรัฐ นอกจากนี้ศาลยัง

<sup>18</sup> Ryan P. Nowlin, "Seller's Remedies for Breach of Contract under the Uniform Commercial Code" [Online] Accessed: 14 June 2020. Available from: [https://www.sssb-law.com/media/1124/seller\\_s\\_remedies\\_for\\_breach\\_of\\_contract\\_under\\_the\\_uniform\\_commercial\\_code.pdf](https://www.sssb-law.com/media/1124/seller_s_remedies_for_breach_of_contract_under_the_uniform_commercial_code.pdf)

<sup>19</sup> *Coppola Enters. v. Alfone*, 531 So. 2d 334, 1988 Fla.

ตัดสินให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับจากการสินค้าตามสัญญาคดีใช้ให้แก่โจทก์ ทั้งนี้ แม้ว่าผู้ซื้อจะไม่มีหลักฐานว่าผู้ขายฉ้อโกงหรือใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

เหตุที่ศาลตัดสินให้ผู้ขายนำผลกำไรมาชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ เนื่องจากศาลพิจารณาว่า ในกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายฉบับก่อนได้ เพราะผู้ขายได้ขายที่ดินแปลงเดียวกันให้แก่บุคคลภายนอก (Subsequent Sale) เนื่องจากได้รับผลกำไรที่สูงกว่า ดังนั้น ผู้ขายควรรับผิดชอบผู้ซื้อรายแรกในฐานะผู้ดูแลรักษาทรัพย์สิน (Trustee) โดยนำผลกำไรที่ได้รับมาคืนให้แก่ผู้ซื้อ ตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลในคดี *Gassner v. Lockett*<sup>20</sup> ซึ่งในคดีดังกล่าว Gassner (ผู้ขาย) มีอายุมากจึงล้มเหลวได้ตกลงขายทรัพย์สินให้แก่ Lockett (ผู้ซื้อรายแรก) ไปแล้วหลายเดือนต่อมาผู้ขายได้ขายทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอก ศาลในคดีดังกล่าวตัดสินว่า การทำธุรกรรมซื้อขายในภายหลังของ Gassner ไม่ใช่การกระทำโดยไม่สุจริต แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ขายไม่ควรได้รับอนุญาตให้สามารถสร้างผลกำไรจากความผิดพลาดของตน แม้ว่าจะกระทำโดยสุจริตก็ตาม

จากคำตัดสินของในคดีดังกล่าวสามารถสรุปได้ดังนี้

- 1) หากผู้ขายนำทรัพย์สินเดียวกันกับที่ตกลงทำสัญญาไว้กับผู้ซื้อรายแรกไปขายให้แก่ผู้ซื้อรายที่สอง การกระทำดังกล่าวของผู้ขายเป็นการผิดสัญญา (Breach of Contract)
- 2) ผู้ขายที่ดินจะไม่ควรได้รับผลกำไรจากการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา ทั้งนี้ แม้ไม่ปรากฏหลักฐานว่าผู้ขายมีเจตนาฉ้อโกงหรือเจตนาไม่สุจริตก็ตาม ดังนั้น หากผู้ขายนำที่ดินขายให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งทำให้ผู้ขายได้รับผลกำไรในจำนวนที่มากกว่าการปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายฉบับแรก ในฐานะที่ผู้ขายมีหน้าที่ต่อผู้ซื้อรายแรกในฐานะผู้ดูแลรักษาทรัพย์สิน (Trustee) จึงต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ซื้อ ผู้ขายจึงต้องนำผลกำไรที่ได้รับคืนให้แก่ผู้ซื้อรายแรก (Disgorgement Damages)

ตัวอย่างถัดมา เป็นคำตัดสินของศาลแขวงแห่งสหรัฐอเมริกาประจำมลรัฐฟลอริดาในคดี *Schachter v. Krzynowek* ตัดสินคดีเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ. 2007<sup>21</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้ เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2003 Krzynowek ได้ทำสัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ Tzvi Schachter

<sup>20</sup> *Gassner v. Lockett*, 101 So. 2d 33, 1958 Fla

<sup>21</sup> *Schachter v. Krzynowek*, 958 So.2d 1061 (Fla. 4th DCA 2007)

ในราคา 800,000 ดอลลาร์สหรัฐ โดยได้วางมัดจำไว้เป็นจำนวน 30,000 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อมาในวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ.2003 ผู้ขายได้เข้าทำสัญญาขายทรัพย์สินเดียวกันให้แก่บุคคลที่สามในราคา 895,000 ดอลลาร์สหรัฐ ทัศนคติของผู้ขายจึงเขียนจดหมายไปยังผู้ซื้อเพื่อยกเลิกสัญญา ซึ่งย่อหน้าที่ 4 ของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ระหว่าง Krzynowek กับ Tzvi Schachter กำหนดให้การปิดเจรจาจะเกิดขึ้นก่อนหรือในวันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ. 2003 ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวทัศนคติของผู้ซื้อได้เขียนจดหมายตอบกลับไปว่า หากผู้ขายผิดสัญญาโดยนำอสังหาริมทรัพย์ไปขายให้แก่บุคคลภายนอก ผู้ซื้อจะฟ้องบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามข้อตกลงในสัญญา แต่ต่อมาในวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ.2003 ผู้ขายได้ขายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกในราคา 895,000 ดอลลาร์สหรัฐ ผู้ซื้อจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลให้ผู้ขายรับผิดชอบผิดสัญญา และหรือบังคับให้ผู้ขายปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง โดยเรียกค่าเสียหายเป็นจำนวน 95,000 ดอลลาร์สหรัฐ และค่าเสียหายต่อความสูญเสียความคาดหวังเป็นจำนวนเงิน 1,205 ดอลลาร์สหรัฐ

ศาลในคดีดังกล่าวได้ตัดสินในประเด็นการกำหนดค่าเสียหายว่า ก่อนปิดสัญญาซื้อขายเมื่อผู้ขายได้ยอมรับข้อเสนอที่ดีกว่าจากบุคคลภายนอกด้วยการขายบ้านให้แก่บุคคลภายนอก ผู้ซื้อจึงไม่สามารถฟ้องบังคับให้ผู้ขายชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยเรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ตนได้ และเมื่อการขายทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการขายในราคาที่สูงกว่า ผู้ซื้อจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายในผลของผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการขายอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลภายนอก (Disgorgement Damages) ตามแนวทางการตัดสินของศาลในคดี *Coppola Enterprises, Inc. v. Alfone* โดยในคดีนี้ศาลได้ให้ความเห็นเช่นเดียวกับคดีข้างต้นว่า ผู้ขายต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อ เนื่องจากผู้ขายเปรียบเสมือนผู้ทำหน้าที่ทรัสต์ (Trustee) ต่อผู้ซื้อรายแรกจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ซื้อ ทั้งนี้ แม้ในสัญญาจะมีข้อกำหนดในการเยียวยาความเสียหายเสียหายไว้ว่า หากผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อจะมีสิทธิเรียกให้ผู้ขายคืนเงินมัดจำและฟ้องให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ศาลพิจารณาว่าข้อกำหนดตามสัญญาดังกล่าวไม่ได้ห้ามผู้ซื้อจากการเรียกร้องค่าเสียหายในจำนวนเงินที่เป็นส่วนต่างระหว่างข้อเสนอของผู้ซื้อเดิมและราคาที่สูงขึ้นซึ่งบุคคลภายนอกได้ชำระให้แก่ผู้ขาย ดังนั้น ผู้ซื้อจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายเป็นตัวเงิน (Monetary Damages)

จากการตัดสินของศาลทั้งสองคดีข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าเหตุที่ศาลวินิจฉัยโดยกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เพราะทรัพย์สินที่คู่สัญญาตกลงซื้อขายกันมีลักษณะ

เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง โดยศาลเห็นว่าผู้ขายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อผู้ซื้อรายแรกในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ซื้อ (Trustee) และการผิดสัญญาของผู้ขายเป็นการผิดสัญญาโดยจงใจเพื่อให้ตนได้รับผลกำไรที่สูงขึ้น เมื่อเป็นความผิดของผู้ขายทำให้ผู้ขายไม่สามารถปฏิบัติภาระหนี้ กล่าวคือไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ขายได้รับผลกำไรที่มีค่าที่สูงขึ้น ศาลจึงพิพากษาให้นำผลกำไรที่ผู้ขายได้รับชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งเป็นฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาในฐานะลามิควรได้

ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาข้างต้นได้สร้างหลัก Constructive Trust Remedy ขึ้น เพื่อเป็นส่วนขยายในกรณีที่ศาลไม่สามารถมีคำสั่งให้ผู้ขายปฏิบัติภาระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง คือ การบังคับให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ ผู้เขียนเห็นว่าหลักการนี้สามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศได้ เนื่องจากสินค้าตามข้อตกลงในสัญญามักมีลักษณะเฉพาะ ดังนั้น การส่งมอบสินค้าของผู้ขายต้องมีลักษณะ ปริมาณ และคุณภาพตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เมื่อผู้ขายจงใจผิดสัญญาซื้อขายโดยนำสินค้าขายให้แก่บุคคลภายนอกในราคาที่สูงขึ้น (Efficient Breaches) จึงอาจกำหนดให้ผู้ขายชดใช้ความเสียหายเป็นจำนวนเงินเท่ากับส่วนต่างระหว่างข้อเสนอของผู้ซื้อเดิมกับราคาที่สูงขึ้นซึ่งผู้ขายได้รับจากบุคคลภายนอก

นอกจากนั้น ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับแนวคิดและหลักการของ Disgorgement ตามที่ปรากฏใน the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment (R3RUE)<sup>22</sup> ซึ่งเป็นการจัดทำกฎหมายขึ้นมาใหม่โดยสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Legal Institution หรือ ALI) ที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1923 โดยกลุ่มผู้พิพากษา ทนายความ และอาจารย์กฎหมายชาวอเมริกันที่มีชื่อเสียง ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำประมวลกฎหมาย โดยรวบรวมหลักกฎหมายในระบบ Common Law เรื่องต่าง ๆ ที่มีอยู่อย่างกระจัดกระจายเข้าไว้ด้วยกัน เช่น สัญญา ละเมิด หรือทรัพย์สิน เป็นต้น<sup>23</sup> ซึ่งทำให้กฎหมายมีความชัดเจนและสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมมากขึ้น<sup>24</sup> ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีผลผูกพันให้ศาลต้องนำหลักการมาใช้บังคับ แต่ก็ยังเป็นประโยชน์

<sup>22</sup> Institute, A. L., "Restatement, Third, Restitution and Unjust Enrichment."

<sup>23</sup> The American Law Institute, "Founding of the American Law Institute," [Online] Accessed: 14 June 2020. Available from: <https://www.ali.org/about-ali/story-line/>

<sup>24</sup> The American Law Institute, "How the Institute Works," [Online] Accessed: 14 June 2020. Available from: <https://www.ali.org/about-ali/how-institute-works/>

ต่อนักกฎหมายและผู้พิพากษาในการทำความเข้าใจหลักกฎหมาย เพื่อจะได้นำหลักการดังกล่าวไปปรับใช้กับคดีได้อย่างถูกต้อง และสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

ในเรื่องการกำหนดให้ผู้ผิดสัญญาต้องชดใช้ค่าเสียหายจากผลกำไรที่ตนได้รับมานั้น (Disgorgement Damages) มีผู้ให้ความเห็นว่าเป็นการเยียวยาความเสียหายรูปแบบหนึ่งเพื่อให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ตามระบบ Equity<sup>25</sup> ซึ่งหลักดังกล่าวปรากฏใน the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment ซึ่งต่อไปนี้ผู้เขียนจะเรียกว่า R3RUE โดยกฎหมายดังกล่าวจะนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitutio) มาใช้ในสถานการณ์ดังนี้

ประการแรกเป็นความรับผิดชอบสัญญา (Quasi-contract) ในสถานการณ์ซึ่งบุคคลหนึ่งอาจจ่ายเงินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเนื่องมาจากการแสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉล (Misrepresentation) การใช้อำนาจครอบงำผิดทำนองครองธรรม (Undue Influence) หรือการถูกข่มขู่ (Duress)<sup>26</sup>

ประการที่สอง การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาทำให้ตนได้รับผลประโยชน์หรือผลกำไรจากบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตที่มีต่อผู้รับสัญญา จึงต้องคืนผลประโยชน์หรือผลกำไรที่ตนได้รับให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามหลัก Constructive Trust ซึ่งเป็นการเยียวยาความเสียหายเพื่อป้องกันมิให้เกิดลามิควรได้ (Unjust Enrichment) เช่นเดียวกับหลักที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศอังกฤษ<sup>27</sup>

การกำหนดให้ผู้ผิดสัญญาต้องชดใช้ค่าเสียหายจากผลกำไรที่ตนได้รับมานั้น (Disgorgement Damages) เป็นหลักการทั่วไปของ R3RUE ที่กำหนดว่าบุคคลไม่ควรได้รับผลกำไรจากการกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Wrongdoing) ตาม Section 3<sup>28</sup> และในส่วนการผิดสัญญาได้

<sup>25</sup> Steven W. Feldman, "Rescission, Restitution, and the Principle of Fair Redress: A Response T Response to Professors Br Essors Brooks and Str Ooks and Stremitzer," Valparaiso University Law Review Volume 47 Issue 1 (2013 ): p.463-464.

<sup>26</sup> John D. McCamus, "The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment," Canadian Bar Review Volume 90, Issue 2 (2011): p.444.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment Section 3 provides: A person is not permitted to profit by his own wrong

บัญญัติไว้ในหมวดที่ว่าด้วยการกลับคืนสู่ฐานะเดิมและสัญญา (Restitution and Contract) ใน Section 39<sup>29</sup> ซึ่งมีเนื้อความดังนี้

Section 39 บัญญัติว่า

(1) หากมีการผิดสัญญาโดยเจตนาส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับผลกำไร และการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่นั้นไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิตามสัญญาของผู้รับสัญญา ผู้รับสัญญามีสิทธิเรียกร้องให้ชดใช้ความเสียหายตามสัญญาที่เกิดขึ้น การชดใช้ความเสียหายตามบทบัญญัตินี้เป็นทางเลือกหนึ่งในการเยียวยาความเสียหาย

(2) ในกรณีที่ค่าเสียหายไม่เพียงพอต่อสิทธิตามสัญญาของผู้รับสัญญา จะต้องไม่เป็นกรณี que hoc โดยปกตินั้น ผู้รับสัญญาสามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายเต็มจำนวนเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้โดยการทำธุรกรรมแทนที่การชำระหนี้ตามสัญญา

(3) การผิดสัญญาเป็นผลให้เกิดผลกำไร เมื่อผลกำไรที่จำเลยได้รับมีค่ามากกว่าผลกำไรที่จำเลยได้จากการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายที่สามารถประหยัดได้และผลกำไรต่อเนื่องที่เกิดขึ้นซึ่งจำเลยอาจไม่ทราบ

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะพบว่า การเยียวยาความเสียหายจากผลกำไรที่ได้รับจากการผิดสัญญา (Disgorgement Damages) อาจเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ผู้ขายนำสินค้าขายให้แก่

<sup>29</sup> the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment Section 39 provides:

(1) If a deliberate breach of contract results in profit to the defaulting promisor and the available damage remedy affords inadequate protection to the promisee's contractual entitlement, the promisee has a claim to restitution of the profit realized by the promisor as a result of the breach. Restitution by the rule of this section is an alternative to a remedy in damages.

(2) A case in which damages afford inadequate protection to the promisee's contractual entitlement is ordinarily one in which damages will not permit the promisee to acquire a full equivalent to the promised performance in a substitute transaction.

(3) Breach of contract is profitable when it results in gains to the defendant (net of potential liability in damages) greater than the defendant would have realized from performance of the contract. Profits from breach include saved expenditure and consequential gains that the defendant would not have realized but for the breach, as measured by the rules that apply in other cases of disgorgement (§ 51(5)).

บุคคลภายนอกในราคาที่สูงกว่า ซึ่งจะทำให้ตนได้รับผลกำไรมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญากับผู้ซื้อ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ขายมีโอกาสดังสัญญา (Opportunistic Breach of Contract) ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ Section 39 กำหนด กล่าวคือหากการผิดสัญญานั้นทำให้จำเลยได้รับผลกำไร และการเยียวยาความเสียหายตามสัญญา ไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้รับสัญญา ผู้รับสัญญาจึงมีสิทธิได้รับค่าเสียหายในรูปของผลกำไร ที่ผู้ผิดสัญญาได้รับจากการผิดสัญญา (Disgorgement Damages)

ทั้งนี้ ในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวมีนักวิชาการหลายท่านให้ความเห็นว่า Disgorgement Damages มิได้มีลักษณะเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เพราะแม้จะทำให้ผู้ร้องได้รับค่าเสียหายมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ก็มิได้ทำให้จำเลยอยู่ในสถานะที่ แย่ไปกว่าเดิมหากสัญญาซื้อขายฉบับแรกมิได้เกิดขึ้น<sup>30</sup> ประกอบกับขอบเขตในการกำหนด ค่าเสียหายจะไม่เกินไปกว่าผลกำไรที่จำเลยได้รับ จึงแตกต่างจากลักษณะของค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages)<sup>31</sup> ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการยับยั้งและลงโทษจำเลย ซึ่งการกำหนด ค่าเสียหาย โดยศาลจะกำหนดค่าเสียหายในรูปของอัตราส่วนหรือเป็นเท่าของความเสียหาย ที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจเกินไปกว่าผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการผิดสัญญา

#### 4.3.2 การละเมิดต่อหน้าที่ผู้ที่มีความไว้วางใจ

ตัวอย่างคดีแรกเป็นการตัดสินของศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) เมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1980<sup>32</sup> ข้อเท็จจริงมีดังนี้ ในปี ค.ศ. 1986 Frank W. Snepp (Snepp) ได้ทำสัญญาจ้างงานกับหน่วยงาน Central Intelligence Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือที่เรียกว่า CIA ซึ่งข้อตกลงในการจ้างงานกำหนดว่าลูกจ้างต้องไม่เผยแพร่ ข้อมูลใด ๆ ที่เกี่ยวกับกิจกรรมของ CIA ในระหว่างที่สัญญาจ้างงานยังคงมีผลหรือภายหลังการจ้างงาน สิ้นสุดลงโดยมิได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานก่อน ซึ่งในการทำงาน Snepp มีหน้าที่สืบราชการลับ ในประเทศเวียดนาม ต่อมาภายหลังสัญญาจ้างงานสิ้นสุดลง ในปี ค.ศ.1977 Snepp ได้ทำสัญญา ห้ามเปิดเผยความลับกับ CIA (Termination Secrecy Agreement) ซึ่งมีเนื้อหาเช่นเดียวกับข้อตกลง

<sup>30</sup> Florence Eicher, "Pacta Sunt Servanda : Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 Cisg," *LSE Law Review* (2018): 40.

<sup>31</sup> Ulen, R. C. a. T., *Law and Economics*, p. 319.

<sup>32</sup> *Snepp v. United States* 100 SC 763 (1980 SCUS)



ในการทำงาน คือ ห้ามเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับของทางราชการหรือข้อมูลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ CIA แต่หลังจากนั้น Sneppl ได้ตีพิมพ์หนังสือที่เกี่ยวกับบทบาทของ CIA ในประเทศเวียดนามใต้ โดยไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขตามสัญญาที่ต้องส่งต้นฉบับเพื่อให้ CIA ตรวจสอบก่อน รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงฟ้อง Sneppl จากการละเมิดข้อผูกพันตามสัญญา โดยขอให้ศาลมีคำสั่งให้งานเขียนในอนาคตที่จะเกิดขึ้น ต้องส่งให้หน่วยงานตรวจสอบล่วงหน้า นอกจากนี้ยังฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ Sneppl ฝ่าฝืนหน้าที่ในฐานะบุคคลผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) และผิดสัญญารักษาความลับ

ในคดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าในการตีพิมพ์หนังสือครั้งถัดไป Sneppl ต้องส่งต้นฉบับร่างให้ CIA ตรวจสอบก่อน และต้องนำผลกำไรที่ได้จากการขายหนังสือทั้งหมดชดใช้เป็นค่าเสียหายให้รัฐบาลสหรัฐอเมริกา เนื่องจาก Sneppl ละเมิดข้อผูกพันตามสัญญาจ้างแรงงาน และการละเมิดดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายต่อรัฐบาลและกระทบความมั่นคงของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลชั้นต้นจึงพิพากษาให้ Sneppl เยียวยาความเสียหายโดยนำผลกำไรที่ได้รับจากการขายหนังสือชดใช้เป็นค่าเสียหาย แต่ทั้งนี้ศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาบางส่วนในเรื่องหน้าที่ความไว้วางใจ หรือ Trust ที่เป็นการตีความแบบขยายความ (Constructive Trust) เนื่องจากศาลอุทธรณ์เห็นว่า Sneppl ไม่ได้เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับใด ๆ อันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของบุคคลผู้ได้รับความไว้วางใจ จึงตัดสินว่า Sneppl มีสิทธิในการเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่เป็นความลับตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 และตัดสินให้ Sneppl ชดใช้เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแต่เพียงในนาม (Nominal Damages) ส่วนค่าเสียหายในเชิงลงโทษรัฐบาลสหรัฐอเมริกามีสิทธิเรียกได้ โดยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดและความเสียหายที่เกิดขึ้น Sneppl จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อขอให้ทบทวนคำพิพากษาเรื่องผลของสัญญาห้ามเปิดเผยความลับ

โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยประเด็นการกำหนดค่าเสียหาย โดยให้ Sneppl นำผลกำไรที่ได้รับจากการจำหน่ายหนังสือ ซึ่งในขณะนั้นเขาได้รับเงินล่วงหน้าประมาณ 60,000 ดอลลาร์สหรัฐ จากการทำสัญญากับสำนักพิมพ์ชดใช้ให้แก่โจทก์ โดยศาลพิจารณาว่าการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสม เนื่องจาก Sneppl มิได้ส่งหนังสือซึ่งมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานให้ CIA ตรวจสอบก่อนตามสัญญา จึงเป็นการฝ่าฝืน Constructive Trust และข้อมูลในหนังสืออาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ แม้จะไม่ใช้ข้อมูลที่เป็นความลับก็ตาม ศาลจึงตัดสินให้ Sneppl นำผลกำไรที่ได้รับมาชดใช้ความเสียหายให้กับรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะผลกำไร

ดังกล่าวเป็นผลโดยตรงจากการผิดสัญญา และการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวก็เป็นการเยียวยาความเสียหายตามปกติและตามจารีตประเพณีในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Breach of Trust) ทั้งนี้ มีผู้พิพากษาไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษานี้ โดยเห็นว่า Snapp ไม่ได้นำข้อมูลที่เป็นความลับมาใช้หาประโยชน์แต่อย่างใด เพียงแค่ Snapp มิได้ปฏิบัติตามข้อผูกพันในสัญญาที่ต้องให้ CIA ตรวจสอบก่อน

แม้คดีนี้จะมีผู้พิพากษาที่ไม่เห็นด้วยในประเด็นของการกำหนดค่าเสียหาย แต่คำพิพากษาดังกล่าวได้ปรากฏความคิดเห็นของผู้พิพากษาต่อแนวทางการกำหนดค่าเสียหายของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้ โดยหลักการชดใช้ค่าเสียหายต้องชดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง กล่าวคือ ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญากลับคืนสู่ฐานะเสมือนไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ข้อเท็จจริงในคดีนี้จึงมีประเด็นแห่งคดีที่น่าสนใจว่า การที่รัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดใช้ความเสียหายจะครอบคลุมถึงผลกำไรหรือประโยชน์ที่ Snapp ได้รับจากการจำหน่ายหนังสือ (Disgorgement Damages) ซึ่งศาลฎีกาในคดีนี้ตัดสินให้ Snapp นำผลกำไรที่ได้รับชดใช้เป็นค่าเสียหายเนื่องจาก Snapp ละเมิดหน้าที่ความไว้วางใจ

ในการวินิจฉัยคดีของศาลฎีกานั้น พบว่าเนื่องจากการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวเป็นการป้องกันผู้รับรู้ข้อมูลที่เป็นความลับแล้วทำให้ข้อมูลนั้นตกอยู่ในความเสี่ยง ศาลเห็นว่าการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวมิได้เป็นภาระกับจำเลยมากเกินไป เนื่องจากเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ โดยคำนวณจากสัดส่วนของผลกำไรที่จำเลยได้รับ ทั้งนี้ การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวมีข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ ค่าเสียหายที่ศาลพิพากษาให้ Snapp นำผลกำไรหรือประโยชน์ที่ได้รับทั้งหมดชดใช้เป็นค่าเสียหายนั้น แม้อาจจะไม่เป็นธรรมกับ Snapp เนื่องจากเงินบางส่วนควรจะต้องชดใช้เป็นค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่เงินส่วนหนึ่งก็เกิดจากความสามารถ ความรู้ ประสบการณ์ที่ได้รับของ Snapp แต่ศาลก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายจากผลกำไรทั้งหมดโดยไม่คำนึงถึงความสามารถ ความรู้ ประสบการณ์ ซึ่งเป็นลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages

นอกจากนี้ ยังปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาของรัฐ New Mexico ในคดี *Miller v. Bank of America* ตัดสินคดีเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 2015<sup>33</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้ ในปี ค.ศ. 2007 ผู้

<sup>33</sup> *Miller v. Bank of Am., N.A*

ได้รับผลประโยชน์จากกองทรัสต์ (Trust) ตามพินัยกรรม 2 ราย ฟ้องธนาคารแห่งประเทศไทย (Bank of America) ในฐานะผู้ดูแลผลประโยชน์ในกองทรัสต์ (Trustee) ตั้งแต่ปี ค.ศ.1991 ถึง ค.ศ. 2003 โดยผู้รับประโยชน์กล่าวหาว่า ธนาคารได้ลงทุนสินทรัพย์ในอาคารพาณิชย์ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ การลงทุนดังกล่าวธนาคารให้กองทรัสต์ (Trust) กู้ยืมเงินจากบริษัทในเครือของตนเอง ซึ่งต้องมีการประกันหนี้โดยการจำนอง และธนาคารเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการกู้ยืมและดอกเบี้ยจำนองจากกองทรัสต์ (Trust) ซึ่งเป็นการละเมิดต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) George Robert Miller จึงฟ้องธนาคารแห่งประเทศไทยเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ในกองทรัสต์ (Trustee)

คดีนี้ศาลฎีกาพิพากษาว่าทั้ง Disgorgement Damage และความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของ Trustee ตาม New Mexico Uniform Trust Code ศาลฎีกาจึงกลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ เนื่องจากยังไม่ชัดเจนว่าการกำหนดค่าเสียหายจำนวน 894,000 ดอลลาร์สหรัฐตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์รวมค่าเสียหายตามปกติ และ Disgorgement Damages หรือไม่ ศาลฎีกาจึงย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นกลับไปตัดสินใหม่ว่า ดอกเบี้ยในการจำนองและค่าธรรมเนียมในการกู้เงินที่จ่ายให้ธนาคารถูกรวมคำนวณไว้ในการกำหนดค่าเสียหายหรือไม่ เพื่อที่ศาลจะได้กำหนดค่าเสียหายได้อย่างถูกต้อง

โดยในส่วนของ การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ศาลให้ความเห็นไว้ว่า การชดเชยความเสียหายตามปกติกับการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages แม้มีวัตถุประสงค์ในการชดเชยความเสียหายเหมือนกัน แต่เป็นการชดเชยความเสียหายคนละรูปแบบ กล่าวคือ Disgorgement Damages มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้รับประโยชน์เพียงแต่อย่างเดียว แต่ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันมิให้บุคคลผู้ที่ได้รับความไว้วางใจแสวงหาประโยชน์ในทางที่ผิด ในการชดใช้ค่าเสียหายจึงมิได้คำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เช่นในคดีนี้ ทรัสต์ (Trustee) แสวงหาผลกำไรจากกองทรัสต์ (Trust) ในการปฏิบัติหน้าที่ ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจึงเป็นลาภมิควรได้ที่ทรัสต์ (Trustee) มิควรได้รับ จากคำตัดสินของศาลจะเห็นได้ว่า Disgorgement Damages พิจารณาจากผลกำไรหรือผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับการกระทำที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น การที่ศาลสั่งให้จำเลยชดใช้ Disgorgement Damages จึงไม่ซ้ำซ้อนกันกับการชดเชยความเสียหายตามปกติ

นอกจากนั้น คดีนี้ยังทำให้ทราบแนวทางของศาลในการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร (Disgorgement Damages) กล่าวคือ ศาลได้กำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ โดยให้จำเลยคืนดอกเบี้ยที่รับจากการนำกองทรัพย์สินไปกู้เงินจากธนาคารของตน ซึ่งเป็นผลกำไรที่ได้รับมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต จำเลยจึงไม่มีสิทธิได้รับผลกำไรที่เกิดจากการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ของตน และในประเด็นที่ว่า Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) หรือไม่นั้น ในคดีนี้มีผู้พิพากษาท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นไว้อย่างน่าสนใจว่า Disgorgement Damages ไม่ใช่ค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษ เนื่องจากธนาคารต้องรับผิดชอบต่อมูลค่าของความน่าเชื่อถือที่หายไป เพราะหากธนาคารกู้ยืมเงินจากบุคคลอื่นและไม่ได้มีส่วนร่วมในการซื้อขาย ธนาคารอาจสูญเสียผลประโยชน์ ธนาคารจึงหลีกเลี่ยงการสูญเสียดังกล่าว โดยหลักในการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะเกิดขึ้นเมื่อจำเลยจากการใด ๆ อันมิชอบด้วยผิดกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้จำเลยได้รับประโยชน์บางอย่าง ดังนั้น ค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวจะขยายความไปถึงจำนวนเงินที่ได้จำเลยได้รับจากการกระทำที่ต้องห้ามเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่ามาตรฐานในการคำนวณค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages คือ การเชื่อมโยงเชิงสาเหตุระหว่างการกระทำที่ผิดกฎหมายและผลกำไรที่เกิดขึ้น ซึ่งอำนาจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวขยายออกไปเพียงผลกำไรที่จำเลยได้รับอันเกิดขึ้นจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป คำพิพากษาทั้งสองคดีดังกล่าวเป็นกรณีที่จำเลยเป็นบุคคลผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ แต่มิได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) ซึ่งศาลได้ตัดสินตามหลัก Equity เพราะนอกจากศาลให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามปกติเพื่อเยียวยาความเสียหายแล้ว ยังกำหนดให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับชดใช้เป็นค่าเสียหายให้แก่โจทก์ (Disgorgement Damages)

ผู้เขียนเห็นว่าที่ศาลพิพากษาเช่นนี้ เพราะตามหลักความเป็นธรรม มิควรให้ผู้ใดได้รับประโยชน์โดยการแสวงหาผลกำไรจากการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความสุจริต หรือความไว้นื้อเชื่อใจ เช่น ในคดีของ Snapp แม้จะดูไม่เป็นธรรมที่ต้องนำผลกำไรที่ได้รับจากการขายหนังสือ ซึ่งอาศัยประสบการณ์ ความรู้ ความสามารถของเขามาชดใช้ให้รัฐบาลสหรัฐอเมริกา แต่เหตุที่ศาลตัดสินเช่นนี้ เพราะ Snapp ได้แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลที่ได้รับมาจากการทำงานให้กับ CIA ซึ่งในการปฏิบัติงานเขาจะต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจและ

ความซื่อสัตย์สุจริต มิให้ข้อมูลซึ่งอาจเป็นความลับหรือมีความเสี่ยงที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศทั่วโลก ส่วนคดีถัดมา ที่ทรัสต์ (Trustee) แสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้รับประโยชน์ ศาลพิพากษาให้จำเลยชดใช้ Disgorgement Damages ในฐานะลามิครจากผลกำไรที่จำเลยได้รับ เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเช่นนี้เกิดขึ้นอีก

นอกจากนี้ การตัดสินของศาลทั้งสองคดีแสดงให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดค่าเสียหายและฐานในการคำนวณค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ซึ่งศาลจะกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวเมื่อปรากฏว่า มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่ฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่และผลกำไรที่เกิดขึ้น กล่าวคือการกระทำดังกล่าวทำให้จำเลยสามารถแสวงหาผลกำไรหรือผลประโยชน์ต่าง ๆ การคำนวณค่าเสียหายจึงคำนวณจากผลกำไรที่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญาได้รับมิใช่คำนวณจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง การกำหนดค่าเสียหาย Disgorgement Damages จึงแตกต่างจากการคำนวณค่าเสียหายในเยียวยาความเสียหายตามปกติ ซึ่งพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้น

#### 4.3.3 การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับรองสิทธิหากมีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (United State Code) และอาจรับรองไว้ในกฎหมายของมลรัฐในบางรัฐ ทั้งนี้หากมีการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีแนวทางให้ความคุ้มครองและกำหนดค่าเสียหายอย่างไรนั้นสามารถศึกษาได้จากตัวอย่างกรณีศึกษา ดังนี้

คำพิพากษาที่ตัดสินโดยศาลอุทธรณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาเขตที่ 9 (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit) ในคดี *Fifty-Six Hope Rd. Music, Ltd. v. A.V.E.L.A., Inc* ซึ่งตัดสินคดีเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2015<sup>34</sup> ข้อเท็จจริงมีดังนี้ Bob Marley เป็นนักร้อง นักแต่งเพลง นักดนตรีและนักกีตาร์ที่มีชื่อเสียงโด่งดังระดับโลกคนหนึ่ง แม้ว่าปัจจุบันจะเสียชีวิตแล้ว แต่ชื่อเสียงและภาพสัญลักษณ์ที่โดดเด่นของเขายังสามารถสร้างรายได้จากการขายสินค้าได้หลายดอลลาร์สหรัฐ ในคดีนี้โจทก์คือ บริษัท Fifty-Six Hope Road Music จำกัด (Hope Road) ซึ่งเป็นบริษัทที่ลูกของ Bob Marley เป็นผู้ก่อตั้งขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์จากสินทรัพย์ สิทธิและผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ ในปลายปี ค.ศ.1999 Hope Road ได้รับใบอนุญาตแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้า "BOB MARLEY" สำหรับออกแบบผลิตภัณฑ์และจำหน่ายเสื้อ

<sup>34</sup> *Fifty-Six Hope Rd. Music, Ltd. v. A.V.E.L.A., Inc.*, 778 F.3d 1059, 2015 U.S. App. 7

ยี่ห้อ และสินค้าอื่น ๆ ที่มีภาพลักษณ์ของ Bob Marley โดย Hope Road อนุญาตให้ บริษัท Zion Rootswear จำกัด (Zion) มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ภาพของ Bob Marley ในผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ต่อมา บริษัท A.V.E.L.A จำกัด ได้รับรูป Bob Marley มาจากช่างภาพผู้หนึ่ง และได้นำรูปไปใช้ผลิตเสื้อและสินค้าอื่น ๆ ที่แข่งขันกับบริษัทของโจทก์ โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลว่า จำเลยละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Lanham Act) และกฎหมายของรัฐ Nevada

ในประเด็นเรื่องค่าเสียหายศาลได้ตัดสินตาม The Lanham Act 15 U.S.C.S. § 1117 (a)<sup>35</sup> ซึ่งได้กำหนดให้ เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถเรียกร้องผลกำไรที่จำเลยได้รับ (Disgorgement of Profit) โดยโจทก์เป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์รายได้ของผู้ทำละเมิด จากนั้นผู้ทำละเมิดจะเป็นผู้พิสูจน์ค่าใช้จ่ายที่ควรหักจากรายได้เพื่อให้ทราบถึงผลกำไรของผู้ทำละเมิด ตามแนวทางการตัดสินของศาลในคดี *Hendrix L.L.C v. Hendrixlicensing.com Ltd*,<sup>36</sup> การเยียวยาความเสียหายในรูปแบบดังกล่าวเป็นการเยียวยาความเสียหายในระบบ Equity ซึ่งผู้ที่ฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายทางการค้าก่อนปี ค.ศ.1971 อาจไม่พบการกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าว อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน กฎหมายยอมรับว่าการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เป็นธรรมในคดีนี้เมื่อโจทก์สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายได้ ศาลจึงให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายให้แก่โจทก์ในรูปผลกำไรที่จำเลยได้รับเป็นจำนวน 800,000 ดอลลาร์สหรัฐ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>35</sup> The Lanham Act 15 U.S.C.S. § 1117 (a) provides: Profits; damages and costs; attorney fees  
When a violation of any right of the registrant of a mark registered in the Patent and Trademark Office, a violation under section 1125 (a) or (d) of this title, or a willful violation under section 1125 (c) of this title, shall have been established in any civil action arising under this chapter, the plaintiff shall be entitled, subject to the provisions of sections 1111 and 1114 of this title, and subject to the principles of equity, to recover (1) defendant's profits, (2) any damages sustained by the plaintiff, and (3) the costs of the action. The court shall assess such profits and damages or cause the same to be assessed under its direction. In assessing profits the plaintiff shall be required to prove defendant's sales only; defendant must prove all elements of cost or deduction claimed...

<sup>36</sup> *Hendrix L.L.C v. Hendrixlicensing.com Ltd*, 762 F.3d 829, 843

จากคำพิพากษาดังกล่าวพบว่า ในปัจจุบันหากมีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า (Trade Mark Infringement) กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยมีกฎหมายระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิได้รับผลกำไรจากการที่จำเลยทำละเมิด (Profits) โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ว่า จำเลยได้รับรายได้จากการละเมิดเท่าใด และจำเลยจะเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ว่า ต้องเสียค่าใช้จ่ายไปเท่าใดเพื่อให้ทราบถึงผลกำไรที่จำเลยได้รับมา โดยในท้ายที่สุดผู้พิพากษาจะเป็นผู้มีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าว

นอกจากนั้น จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Lanham Act 15 U.S.C.S.) Section 1117 (a) กำหนดให้โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ในกรณีที่จำเลยละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า แม้จำเลยจะมีได้ตั้งใจละเมิด ตาม § 1125 (a) หรือ (d) หรือ จำเลยตั้งใจละเมิดตาม มาตรา 1125 (c) ซึ่งหมายความว่า หากมีการกระทำที่เป็นการใช้ชื่อ สัญลักษณ์ ในทางการค้าจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าแม้จำเลยจะมีได้กระทำด้วยความจงใจ ศาลก็อาจให้ค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่จำเลยได้รับภายใต้ มาตรา 1125 (a)

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการพิจารณาว่าจำเลยจงใจละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าหรือไม่จึงไม่ใช่ข้อพิจารณาในเบื้องต้นอีกต่อไป เพราะหากมีการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิ แม้จำเลยจะมีได้ตั้งใจละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของสิทธิบัตรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิก็สามารถดำเนินการฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายในผลกำไรที่จำเลยได้รับ<sup>37</sup> หลักการดังกล่าวจึงเป็นหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด (Culpability หรือ Strict Liability) เช่นเดียวกับการเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีของการละเมิดสิทธิบัตรตามประมวลกฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกา (United States Code Title 35 – Patents) ซึ่งไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดสิทธิในการเรียกคืนผลกำไรจากการละเมิดเช่นเดียวกับ Article 62 ดังเช่น Patents Act 1977 ของประเทศอังกฤษ ดังนั้น แม้ว่าผู้ละเมิดจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนมีเหตุผลอันสมควรเนื่องจากไม่ทราบว่าเป็นการละเมิด

<sup>37</sup> Douglas Laycock and Richard L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, Fifth Edition ed. (New York: Wolters Kluwer, 2019), p. 692.

สิทธิบัตร แต่เมื่อกฎหมายไม่มีบทบัญญัติอันเป็นข้อจำกัดสิทธิในการกำหนดค่าเสียหายไว้ ผู้ละเมิดก็จะต้องคืนผลประโยชน์หรือผลกำไรที่ตนได้รับให้แก่ผู้ทรงสิทธิ

ต่อมาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Copyright Act) ได้ตีความถ้อยคำดังกล่าวแล้วนำมาปรับใช้กับการกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังปรากฏให้เห็นในคดี *Three Boys Music Corp. v. Bolton*<sup>38</sup> ซึ่งตัดสินโดยศาลแขวงแห่งสหรัฐอเมริกา ประจำมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (United States District Court for the Central District of California) เมื่อวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 1996 ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้

บริษัทเพลงของโจทก์ฟ้องผู้แต่งและผู้ผลิตเพลงในข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ (Copyright Infringement) โดยกล่าวหาว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากโจทก์ได้ผลิตเพลง "Love Is A Wonderful Thing" ในปี ค.ศ. 1964 โจทก์จึงได้รับลิขสิทธิ์ในเพลงนี้ และต่อมา Michael Bolton จำเลยแต่งเพลงที่มีชื่อเดียวกันในปี ค.ศ. 1990 และวางจำหน่ายในปี ค.ศ. 1991 โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องจำเลยต่อศาลฎีกา ละเมิดลิขสิทธิ์ตาม 17 USCS § 504<sup>39</sup> ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้โจทก์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากจำเลยในผลกำไรที่จำเลยได้รับ (Profits of the Infringer)

ในคดีนี้ศาลได้พิพากษาให้จำเลยซึ่งแม้จะมีได้ตั้งใจละเมิดลิขสิทธิ์ (Non-willful) ต้องชดใช้เงินให้โจทก์เป็นจำนวน 5.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยคำนวณจากรายได้ในการวางจำหน่ายเพลง

<sup>38</sup> *Three Boys Music Corp. v. Bolton* - 212 F.3d 477 (9th Cir. 2000)

<sup>39</sup> 17 USCS § 504. Remedies for infringement: Damages and profits provides:

- (a) In general. Except as otherwise provided by this title, an infringer of copyright is liable for either—
- (1) the copyright owner's actual damages and any additional profits of the infringer, as provided by subsection (b); or
  - (2) statutory damages, as provided by subsection (c).
- (b) Actual damages and profits. The copyright owner is entitled to recover the actual damages suffered by him or her as a result of the infringement, and any profits of the infringer that are attributable to the infringement and are not taken into account in computing the actual damages. In establishing the infringer's profits, the copyright owner is required to present proof only of the infringer's gross revenue, and the infringer is required to prove his or her deductible expenses and the elements of profit attributable to factors other than the copyrighted work.



Love Is A Wonderful Thing โดยศาลได้วางหลักว่า ค่าใช้จ่ายที่ศาลอนุญาตให้จำเลยผู้ซึ่งมิได้ตั้งใจละเมิดลิขสิทธิ์นำมาหักออกจากรายได้ที่จำเลยได้รับคือ ภาษีเงินได้ (Income tax) และค่าใช้จ่ายในการจัดการ (Management fees) ซึ่งในการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายตามบทบัญญัติดังกล่าว โจทก์จะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่า 1. โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ (Ownership of the Copyright) 2. การกระทำของจำเลยที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ (Infringement) 3. รายได้ที่จำเลยได้รับ (Gross Revenues) และจำเลยเป็นผู้มีภาระพิสูจน์ในส่วนของคุณค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น

จากคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่จำเลยได้รับหากมีการละเมิดลิขสิทธิ์ (Infringement Profits) มีลักษณะเหมือนกันกับการกำหนดค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่เกิดจากการละเมิดสิทธิบัตรกล่าวคือ ผลกำไร (Profit) คือจำนวนเงินที่เหลือหลังจากหักค่าใช้จ่ายทั้งหมดแล้ว โดยผลกำไรที่เกิดขึ้นทั้งหมด (Gross Profits) ที่จำเลยได้รับจากการทำละเมิดเจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่มีสิทธิได้รับ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้รับแต่เพียงผลกำไรที่เหลืออยู่หลังจากการหักค่าใช้จ่ายของจำเลยแล้ว และหากมีข้อสงสัยใด ๆ เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายหรือผลกำไรหรือจำเลยไม่พิสูจน์ค่าใช้จ่ายตามภาระการพิสูจน์ของตนจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาออกกฎหมายมารองรับให้โจทก์หรือผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิได้รับค่าเสียหายในรูปของผลกำไรที่จำเลยได้รับเนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางค้าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ ดังนั้น ผู้ละเมิดจึงไม่ควรได้รับผลกำไรจากการกระทำที่เป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจนำแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวมาเป็นตัวอย่างในการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทถัดไป

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า Disgorgement Damages เป็นการเยียวยาความเสียหายประเภทหนึ่งซึ่งมีมาช้านาน โดยแนวคิดนี้ได้รับการยอมรับมากขึ้นดังที่ปรากฏใน the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment แต่มิได้นำมาใช้กับการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นทุกกรณี ซึ่งสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Legal Institution) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวไว้ใน Section 39 โดยจะนำมาใช้เมื่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนด นอกจากนี้ ยังถูกนำมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายกรณี

ที่มีการละเมิดหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจและการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งกำหนดให้ผู้ทำละเมิดคืนผลกำไรที่ได้รับจากละเมิดสิทธิ

#### 4.4 เปรียบเทียบเหตุผลในการกำหนดค่าเสียหายของกฎหมายประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาพบว่าทั้งศาลประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดค่าเสียหายในรูปของผลกำไรในสถานการณ์ต่าง ๆ ซึ่งการจงใจผิดสัญญาซื้อขายก็มักจะเป็นกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่งเหตุผลที่ศาลนำมาปรับอยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรมจึงมีแนวทางในการตัดสินและเหตุผลที่คล้ายคลึงกัน แต่อาจมีความแตกต่างกันเล็กน้อย เช่น หลักความรับผิดในกรณีที่มีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

##### ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบเหตุผลในการกำหนดค่าเสียหายของกฎหมายประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

หัวข้อ	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสหรัฐอเมริกา
การจงใจผิดสัญญาซื้อขาย	ศาลใช้หลักการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้ซื้อ (Proprietary) และ นำหลัก Constructive Trust Remedy มาปรับใช้	ศาลนำหลัก Constructive Trust Remedy มาปรับใช้เช่นเดียวกับศาลในประเทศอังกฤษ
การละเมิดต่อหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ	ศาลเห็นว่าการที่ผู้ได้รับความไว้วางใจแสวงหาผลกำไรจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญา เนื่องจากมิได้ปฏิบัติตามข้อผูกพันในสัญญา	เหตุผลเช่นเดียวกับศาลในประเทศอังกฤษ
การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา	ศาลเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่นและผู้ทรงสิทธิ พิสูจน์ค่าเสียหายยาก แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่ผู้ละเมิดกระทำโดยไม่	เหตุผลเช่นเดียวกับศาลในประเทศอังกฤษ แต่ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (The Lanham Act 15 U.S.C.S. และ United

	เจตนา ตาม Article 62 ของ Patents Act 1977	States Code Title 35 – Patents เป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิด
--	---	---

ที่มา: จัดทำโดยผู้เขียน

#### 4.5 บทสรุป

จากตัวอย่างกรณีศึกษาข้างต้น พบว่าการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร (Disgorgement Damages) เป็นแนวทางในการเยียวยาความเสียหายประเภทหนึ่งที่มีมาอย่างยาวนานในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่หรือผิดกฎหมาย (Wrongdoing) ได้รับผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เกิดขึ้น โดยศาลได้นำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในหลายกรณี เช่น การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา การฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต รวมทั้งในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches

ในกรณีที่มีการผิดสัญญาศาลนำหลักเรื่อง Constructive Trust มาปรับใช้ ซึ่งคำดังกล่าวเป็นนิยามในทางกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น ซึ่งหมายถึงบุคคลใดเป็นผู้ควบคุมเงินหรือครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่นแล้วได้รับทรัพย์สินมาโดยปราศจากพื้นฐานทางกฎหมาย จะต้องคืนทรัพย์สินดังกล่าวไปยังผู้เป็นเจ้าของ ในกรณีที่ผู้ขายนำสินค้าออกขายเป็นครั้งที่สองทำให้ผู้ขายไม่มีสินค้าที่จะส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ จึงกำหนดให้ผู้ขายนำผลกำไรที่รับจากการขายสินค้าให้แก่บุคคลภายนอกมาชดใช้เป็นค่าเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ ทั้งนี้ แม้ผู้ซื้ออาจได้รับการเยียวยาความเสียหายเกินไปกว่าความเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้น แต่นักวิชาการและศาลในคดี Miller v. Bank of America ได้ชี้ให้เห็นว่าการกำหนดให้ผู้ขายต้องคืนผลกำไรที่ได้รับให้แก่ผู้ซื้อ นั้น มิได้เป็นการทำให้จำเลยอยู่ในสถานะที่แย่งหากสัญญาซื้อขายฉบับแรกมิได้เกิดขึ้น เนื่องจากการกระทำของจำเลยเป็นการใช้โอกาสในการขายสินค้าเพื่อแสวงหาผลกำไรที่สูงขึ้นกว่าเดิม โดยขอบเขตในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวขยายความไปถึงผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการผิดสัญญาเท่านั้น ค่าเสียหายดังกล่าวจึงแตกต่างจากค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) โดยในช่วงต่อมาสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Legal Institution) ได้บัญญัติแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวไว้ใน the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment โดยเฉพาะใน Section 39 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการเรียกกรังค่าเสียหายจากผลกำไรในกรณีที่คู่สัญญาผิดสัญญาแล้วได้รับผลประโยชน์หรือผลกำไร (Opportunistic Breaches of Contract) ซึ่งจะไม่นำไปปรับใช้กับการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นในทุกกรณี กล่าวคือจะนำมาปรับใช้เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่

กำหนดไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งเป็นแนวทางให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนำไปใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น



## บทที่ 5

# วิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG) และปัญหาการนำมาใช้บังคับในประเทศไทย

### 5.1 ความนำ

จากการศึกษาในบทที่ผ่านมา พบว่าค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายที่ได้รับการยอมรับในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งแม้ใน Article 74 จะมีได้บัญญัติค่าเสียหายดังกล่าวไว้ แต่จากการศึกษาพบว่า นอกจาก CISG จะปรากฏการเยียวยาความเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) ยังประกอบไปด้วยหลักการกลับคืนสู่ฐานะ (Restitution Damages) ซึ่งมีหลักการพื้นฐานเช่นเดียวกับการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์แนวทางในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวผ่านกลไกการตีความหรือการอุดช่องว่างภายใต้ CISG พร้อมทั้งวิเคราะห์ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าว อันจะนำไปสู่การเสนอแนะแนวทางและวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับแนวทางของ CISG ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ

ผู้เขียนจะศึกษาปัญหาดังกล่าวโดยแบ่งเป็นสองกรณี กรณีแรก กรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของ CISG และกรณีที่ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีของ CISG

### 5.2 แนวทางการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) โดยการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการอุดช่องว่างภายใต้ CISG

จากการศึกษาในบทที่ผ่านมา พบว่า Article 74 เป็นบทบัญญัติที่อยู่บนพื้นฐานของหลักการชดเชยเต็มจำนวน (Full Compensation) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยความเสียหายเป็นตัวเงินเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอยู่ในสถานะเสมือนไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้นอันเป็นการรักษาประโยชน์ของคู่สัญญา (Contractual Interest) ซึ่งสะท้อนให้เห็นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เมื่อค่าเสียหายประเภท

Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายที่คำนวณจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับมิใช่คำนวณจากผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับ ค่าเสียหายประเภทดังกล่าวจึงอยู่นอกขอบเขตของ Article 74

ทั้งนี้ แม้ว่า Article 74 มิได้บัญญัติค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages แต่แนวคิดที่เสนอให้มีการกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวในกรณีที่คู่สัญญาผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ก็ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายและนักวิชาการที่มีชื่อเสียงหลายท่าน เช่น Florence Eicher Peter Schlechtriem และ Ingeborg Schwenzer<sup>1</sup> ซึ่งมีความเห็นตรงกันว่า เพื่อให้สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศบรรลุวัตถุประสงค์ หากผู้ขายจงใจผิดสัญญานำสินค้าตามสัญญาขายให้แก่บุคคลภายนอกในราคาที่สูงกว่าเพื่อหวังผลกำไรที่สูงขึ้น ผู้ขายไม่ควรได้รับผลกำไรจากการผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าว เนื่องจากการกำหนดค่าเสียหายประเภทค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) อาจไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงควรให้ผู้ขายนำผลกำไรที่ได้รับจากการขายสินค้ามาชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ (Disgorgement Damages) ซึ่งจากการศึกษา พบว่าค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนใน CISG แต่ก็เป็นแนวคิดที่ปรากฏในระบกกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

Florence Eicher ผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายการค้าได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นดังกล่าวว่า ควรยอมรับให้กำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ในบางสถานการณ์ที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้นโดยเฉพาะการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ภายใต้ CISG เนื่องจากการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา โดยการกำหนดค่าเสียหายในรูปผลกำไรจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการดังนี้ ประการที่หนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา ประการที่สอง คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับผลกำไรในปริมาณมากซึ่งไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากปฏิบัติตามสัญญาเดิม และประการสุดท้าย จะต้องมีความเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจระหว่างผลกำไรและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา<sup>2</sup>

จากการศึกษาแนวทางการตัดสินของศาลของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดค่าเสียหายในรูปของผลกำไรในกรณีผู้ขายจงใจผิดสัญญาซื้อขาย การละเมิดต่อหน้าที่

<sup>1</sup> Eicher, F., "Pacta Sunt Servanda : Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 Cisg," *LSE Law Review* หน้า 30.

<sup>2</sup> Ibid., p.42.

ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ และการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ผู้เขียนเห็นว่า หลักการดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับการทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศได้ เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศด้วยความสมัครใจ สัญญาซื้อขายย่อมก่อให้เกิดหนี้ขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศบรรลุวัตถุประสงค์ คู่สัญญาควรปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กล่าวคือในสัญญาซื้อขายผู้ขายมีหน้าที่สำคัญประการหนึ่งที่จะต้องส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ เมื่อผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่งอาจเกิดจากสินค้าบางประเภทเป็นที่ต้องการของตลาด ทำให้สินค้ามีราคาสูงขึ้นตามหลักอุปสงค์ อุปทาน ส่งผลให้ผู้ขายคำนึงถึงผลกำไรหรือผลประโยชน์ของตนมากกว่าความเสียหายที่ผู้ซื้อจะได้รับ จึงตัดสินใจขายสินค้าให้แก่บุคคลภายนอก เพราะผู้ขายได้รับผลกำไรมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญา ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการฉกฉวยโอกาสในทางธุรกิจ ประกอบกับการผิดสัญญาดังกล่าวหากพิจารณาในมุมเศรษฐศาสตร์จะพบว่าเป็นการทำลายความเชื่อใจระหว่างคู่สัญญา (Trust) และก่อให้เกิดผลกระทบภายนอกต่อสังคมในด้านลบ (Negative Externality) เนื่องจากจะส่งผลให้ผู้ซื้อไม่กล้าเข้าทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ กฎหมายจึงควรเข้ามามีบทบาท โดยการสร้าง ความไว้วางใจให้เกิดขึ้น เพราะความไว้วางใจจะช่วยส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีของคู่สัญญาในระยะยาว และหากหากคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันไว้ คู่สัญญาจะได้รับประโยชน์สูงสุด เนื่องจากการทำสัญญาเป็นการตกลงด้วยความสมัครใจของคู่สัญญาและคู่สัญญาย่อมหวังประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำสัญญา กล่าวคือผู้ขายมุ่งหวังผลกำไรส่วนผู้ซื้อก็ประสงค์ที่จะได้รับสินค้า เพราะฉะนั้นกฎหมายควรมีบทบาทในการช่วยสร้างความไว้วางใจ (Optimal Reliance) ให้เกิดขึ้น

กฎหมายสัญญาสามารถมีส่วนช่วยให้คู่สัญญาที่มีความร่วมมือในการปฏิบัติตามสัญญาได้ โดยอาศัยหลักในการกำหนดค่าเสียหาย เพราะหากไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งคู่สัญญาจะรักษาสัญญาหรือไม่ คู่สัญญาจะคาดการณ์จากค่าเสียหายที่ต้องชดเชยอย่างสมบูรณ์ (Perfect Expectation Damages) ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

ถ้าต้นทุนของสัญญา > การผิดสัญญา = ยอมผิดสัญญาหรือเลิกบอกสัญญา (Breach)

ถ้าต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญา < ความรับผิดหากผิดสัญญา = คู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญา<sup>3</sup>

จะเห็นว่า คู่สัญญาจะพิจารณาความคุ้มค่าระหว่างการรักษาสัญญากับการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หลักการนี้เมื่อมีการผิดสัญญากฎหมายต้องให้ค่าเสียหายที่เกิดจากความคาดหวัง (Expectation Damages) กล่าวคือค่าเสียหายนั้นต้องทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนกับว่าไม่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญา และทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายตระหนักได้ว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญา จะทำให้เกิดความไม่คุ้มค่าในผลประโยชน์ตอบแทน<sup>4</sup> หากนำมาปรับใช้ในการกำหนดค่าเสียหายกรณี ที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เป็นเครื่องมือหนึ่งที่กระตุ้นให้ผู้ขายปฏิบัติตามสัญญาอันเป็นการส่งเสริมหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญา ซึ่งเป็นการหลักพื้นฐานที่สำคัญของ CISG เพราะจะทำให้ผู้ขายเกิดความรู้สึกไม่คุ้มค่า เนื่องจากผู้ขายได้รับผลกำไรมากเท่าไรก็จะต้องนำมาชดใช้ให้แก่ผู้ซื้อ อย่างไรก็ตามหากกฎหมายเข้ามาแทรกแซงก็อาจส่งผลกระทบต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์

ทั้งนี้ เมื่อ Article 74 มิได้กำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ไว้ ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จึงอาจเป็นปัญหาที่ยังไม่มีข้อยุติและต้องอาศัยการอุดช่องว่างตาม Article 7 (2) ซึ่งยังไม่เป็นที่ยุติว่าปัญหาดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของ CISG แต่ยังไม่ข้อยุติ หรือที่เรียกว่าเป็นช่องว่างภายใน (Internal Gap) หรือเป็นปัญหาที่อยู่นอกขอบของ CISG ซึ่งเป็นช่องว่างภายนอก (External Gap) ในการอุดช่องว่างสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ประการแรก หากปัญหาดังกล่าวเป็นช่องว่างภายใน (Internal Gap) เมื่อไม่มีบทบัญญัติใน CISG ที่จะนำมาวินิจฉัยได้ ผู้พิพากษาที่จะต้องนำหลักทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของ CISG มาปรับใช้ แต่หากยังไม่สามารถตอบปัญหาได้โดยอาศัยหลักทั่วไป หรือหลักทั่วไปที่มีอยู่ไม่สามารถแก้ไขปัญหา

<sup>3</sup> ธรรมนิติย์ สุมนต์กุล, "กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (Law and Economics): กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน กฎหมายสัญญา กฎหมายละเมิด และกฎหมายสิ่งแวดล้อม" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 30 เมษายน 2563. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=263>

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน



ที่เกิดขึ้นได้ ศาลก็จะต้องนำกฎหมายภายในประเทศที่มีผลใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้บังคับกับสัญญา

ประการที่สอง หากพิจารณาว่าปัญหาดังกล่าวเป็นช่องว่างภายนอก (External Gap) การอุดช่องว่างจะไม่นำหลักทั่วไปภายใต้ CISG มาใช้ แต่จะต้องอาศัยกฎหมายภายในประเทศที่มีผลใช้บังคับกับคดีตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งเป็นกฎหมายภายในของรัฐที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับกับเอกชนในทางแพ่งที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ (Foreign Elements) กล่าวคือ กิจกรรมของเอกชนมีลักษณะข้ามพรมแดน (Cross-border Activities) ทำให้มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายระบบ<sup>5</sup> หรือการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) เช่นหากมีคดีขึ้นสู่ศาลในประเทศไทย ศาลก็จะต้องนำกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศไทยมาใช้ในการวินิจฉัย เมื่อปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้า ผู้พิพากษาที่จะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนด สิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญา มาใช้ในการพิจารณา

ในประเด็นที่ว่า เมื่อ Article 74 มิได้กำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ไว้ การเรียกร้องค่าเสียหายประเภทดังกล่าวเป็นปัญหาที่เป็นช่องว่างภายใน (Internal Gap) หรือเป็นช่องว่างภายนอก (External Gap) นั้น ผู้เขียนเห็นว่า CISG มีบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่สัญญา มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายภายใต้ Article 74 ซึ่งแม้จะมีได้ระบุประเภทของค่าเสียหายดังกล่าวไว้ แต่ก็สามารถนำหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดให้มีการเยียวยาความเสียหาย ประกอบกับหลักอื่น ๆ ที่ปรากฏใน CISG มาปรับใช้ได้ ดังที่ Holmes ได้กล่าวว่ากฎหมายถูกเขียนขึ้นบนบริบทของประวัติศาสตร์หนึ่ง ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ในภายหลัง ดังนั้น เมื่อมีสถานการณ์ใหม่ ๆ เกิดขึ้นจึงอาจมีค่าเสียหายบางประเภทที่สามารถนำไปใช้ในการแก้ปัญหาได้อย่างเหมาะสม แต่อาจมิได้ระบุไว้ใน Article 74 ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เป็นประเด็นที่อยู่ในขอบเขตของ CISG ซึ่งเป็นช่องว่างภายใน (Internal Gap) ศาลจึงต้องนำหลักทั่วไปมาปรับใช้ก่อน

<sup>5</sup> นิติ จันจิระสกุล, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 เมษายน 2563. แหล่งที่มา:

[https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-](https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/21%E0%B8%99%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B8%B41-1.pdf)

[content/uploads/sites/2/2017/09/21%E0%B8%99%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B8%B41-1.pdf](https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/21%E0%B8%99%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B8%B41-1.pdf)

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหามักเกิดขึ้นในทางการค้า CISG ควรมีพลวัตและสามารถนำบทบัญญัติหรือหลักการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่มาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ซึ่งจะมีส่วนช่วยในการยับยั้งหรือป้องกันมิให้ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches โดยอาศัยกลไกการตีความและการอุดช่องภายใต้ Article 7 แนวทางที่ผู้เขียนเสนอมีรายละเอียด ดังนี้

### 5.2.1 การอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักการชดเชยเต็มจำนวนภายใต้ Article 74

Article 74 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตในการเรียกร้องค่าเสียหาย แต่ไม่ได้กำหนดประเภทของค่าเสียหายบางประเภทไว้อย่างละเอียด โดยได้กำหนดไว้แต่เพียงว่า คู่สัญญาสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้เท่ากับจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา ซึ่งรวมถึงค่าขาดผลกำไรด้วย ซึ่งคำว่า ค่าขาดผลกำไรใน Article 74 เป็นค่าเสียหายที่คำนวณจากมูลค่าของทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นหากไม่มีการผิดสัญญา ซึ่งเป็นความเสียหายที่ผู้ซื้อขาดทุนในทางที่จะได้เพิ่มขึ้นจากสินค้าหรือผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับหากผู้ขายปฏิบัติตามสัญญา ซึ่ง Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่ CISG ไม่ได้กำหนดไว้ และลักษณะของการคำนวณค่าเสียหายดังกล่าวพิจารณาจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอก มิใช่ค่าเสียหายที่ผู้ซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายคาดว่าจะได้รับ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า Disgorgement Damages อยู่นอกขอบเขตของ Article 74

อย่างไรก็ตาม เมื่อ Article 74 อยู่บนพื้นฐานของหลักการเยียวยาความเสียหายแบบเต็มจำนวน (Full Compensation) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาประโยชน์ของคู่สัญญา (Contractual Interest)<sup>6</sup> ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะช่วยลดโอกาสผู้ขายในการแสวงหาผลกำไรจากการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เพราะเมื่อผู้ขายผิดสัญญาแล้วได้รับผลกำไรเพิ่มขึ้น ผู้ขายก็ต้องนำผลกำไรที่ได้รับมาชดเชยให้แก่ผู้ซื้อทำให้ผู้ขายขาดแรงจูงใจที่จะผิดสัญญา ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะเป็นเครื่องมือหนึ่งที่จะช่วยให้ผู้ขายปฏิบัติตามสัญญามากขึ้น และเมื่อผู้ขายปฏิบัติตามสัญญาก็จะเป็นการรักษาประโยชน์ตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ Article 74 อย่างไรก็ดี หากกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวอาจมีบางกรณีที่ทำให้ผู้ซื้อได้รับประโยชน์เกินควร ดังนั้น จึงนำมาใช้เป็นข้อยกเว้นเท่านั้น กล่าวคือ

<sup>6</sup> Eicher, F., "Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 Cisg," *LSE LAW REVIEW*: p.41.

จะกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้เฉพาะการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches หากการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่ผู้เขียนได้เสนอไว้ในบทที่ 6 ในส่วนของข้อเสนอแนะ

### 5.2.2 การอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายใต้ Article 84 (2)

การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรที่ผู้ขายได้ (Disgorgement Damages) จะเป็นไปได้หรือไม่ที่จะตีความบทบัญญัติ Article 84 (2) โดยการขยายความให้ผู้ขาย ซึ่งเป็นผู้ครอบครองสินค้าต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อ หากมีการนำสินค้าไปขายและส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอก โดยให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages กล่าวคือ ผู้ขายต้องคืนผลประโยชน์หรือผลกำไรที่ได้รับจากการนำสินค้าไปขายแก่ผู้ซื้อ

จากการศึกษา พบว่าการเรียกร้องค่าเสียหายภายใต้ CISG ประกอบไปด้วยการเยียวยาความเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายกลับคืนสู่สถานะทางการเงินดั้งเดิมก่อนที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น และการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ดังที่ปรากฏ Article 84 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดผลในการเลิกสัญญาไว้ โดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องคืนทรัพย์สินหรือเงินตามควรค่าแห่งการอันตนได้รับไว้เพื่อชำระหนี้ พร้อมทั้งดอกเบี้ยหรือดอกผล ซึ่งการใช้สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวไม่กระทบถึงสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย<sup>7</sup> โดยผู้ขายมีหน้าที่ต้องใช้คืนราคาพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อจะต้องคืนบรรดาประโยชน์อันได้รับจากสินค้าให้แก่ผู้ขายเมื่อมีการเลิกสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้รับประโยชน์ในขณะที่ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของตน หรือที่เรียกว่า ลากมิควรได้ (Unjust Enrichment)

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches โดยนำสินค้าขายถึงสองครั้ง เพราะจะได้รับผลกำไรที่มากกว่าการปฏิบัติตามสัญญากับผู้ซื้อ แม้ในมุมมองหนึ่งจะเป็นเสรีภาพของผู้ขายที่จะคิดและตัดสินใจนำสินค้าออกขายให้ใคร ราคาเท่าใดโดยมีมูลเหตุจูงใจอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเกิดขึ้นผู้ขายควรคำนึงถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ซื้อด้วยการที่ผู้ขายตัดสินใจแต่เพียงลำพังนำสินค้าขายให้แก่บุคคลภายนอก จึงขัดต่อหลักความไว้เนื้อเชื่อใจ หลักการรักษาสัญญาระหว่างคู่กรณี หลักสุจริต และเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้ซื้อดังที่ศาลได้วินิจฉัยในคดี *Lake v Bayliss* ซึ่งศาลในคดีดังกล่าวนำหลัก Constructive Trust มาปรับใช้

<sup>7</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, "อนุสัญญาว่าด้วยการซื้อขายสินคาระหว่างประเทศ UN – Convention on Contracts for the International Sale of Goods" [ออนไลน์].

แม้ CISG จะไม่มีหลัก Constructive Trust แต่เมื่อผิดสัญญาดังกล่าวขัดกับหลักความไว้น้ำใจเชื่อใจ ซึ่งเป็นหลักที่ CISG ควรให้ความคุ้มครองเช่นกัน ผลกำไรที่ผู้ขายได้รับมาจากการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches จึงเป็นการได้รับมาจากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการกระทำที่ไม่สมควรเกิดขึ้นในทางการค้า ขัดต่อหลักการพื้นฐานของ CISG และเป็นการฉวยโอกาสในทางธุรกิจเพื่อแสวงหาผลกำไรจากการผิดสัญญา ผู้ขายจึงต้องคืนผลกำไรที่ตนได้รับมาให้แก่ผู้ซื้อตามหลักกฎหมายได้ ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏใน Article 84

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าสามารถนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมและหลักกฎหมายได้ ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏใน Article 84 มาใช้ในการอุดช่องว่าง ประกอบกับเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของ CISG ซึ่ง Robert A. Hillman ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัย Cornell<sup>8</sup> ได้ให้ความเห็นไว้ในบทความหนึ่งว่า CISG มีขึ้นเพื่อส่งเสริมให้คู่สัญญาบรรลุข้อตกลงในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ และช่วยลดต้นทุนในการเจรจาต่อรอง CISG จึงต้องส่งเสริมให้เกิดความเชื่อมั่นและความร่วมมือของคู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนให้เกิดการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาตามหลักศีลธรรมที่ว่า บุคคลควรรักษาสัญญาของตน แนวทางของ CISG จึงไม่ควรสนับสนุนให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นแก่ตัว<sup>9</sup> เพราะจะเป็นการทำลายความไว้น้ำใจเชื่อใจและความเชื่อมั่นของคู่สัญญา ซึ่งกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ขัดกับแนวทางดังกล่าว

ผู้เขียนจึงเห็นว่าสามารถอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมและหลักกฎหมายได้ตามบทบัญญัตินี้ เพื่อให้การปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาบรรลุวัตถุประสงค์ของ CISG โดยกำหนดให้ผู้ขายต้องคืนผลกำไรที่ตนได้รับจากการนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอก ในรูปของการชดเชยค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages

กล่าวโดยสรุป Article 84 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดผลในการเลิกสัญญาไว้ โดยใน Article 84 (2) กำหนดให้ผู้ซื้อต้องคืนบรรดาประโยชน์อันได้รับจากสินค้าให้แก่ผู้ขายเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเลิกสัญญา จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของหลักการกลับคืนสู่

<sup>8</sup> Cornell University, "Robert A. Hillman Edwin H. Woodruff Professor of Law," [Online] Accessed: 7 June 2020. Available from: [https://www.lawschool.cornell.edu/faculty/bio\\_robert\\_hillman.cfm](https://www.lawschool.cornell.edu/faculty/bio_robert_hillman.cfm)

<sup>9</sup> Hillman A. Robert, "Applying the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Elusive Goal of Uniformity," [Online] Accessed: 8 June 2020. Available from: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/hillman1.html>

ฐานะเดิม (Restitution) เพื่อป้องกันมิให้เกิดลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment)<sup>10</sup> ในการคืนทรัพย์สินจะคำนึงถึงผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการครอบครองสินค้า ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับหลักการชดเชยค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของ CISG ที่มีขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เกิดการค้าระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าสามารถอาศัยการอุดหนุนของกฎหมายโดยนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมและหลักลาภมิควรได้ภายใต้ Article 84 (2) มาปรับใช้โดยกำหนดให้ผู้ขายต้องชดใช้หรือส่งคืนผลกำไรที่ตนได้รับจากการผิดสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ

### 5.2.3 การตีความและการอุดหนุนว่างโดยอาศัยหลักสุจริต (Good Faith)

หลักสุจริต (Good Faith) หรือที่เรียกในภาษาเยอรมันว่า Treu und Glauben ซึ่งหมายถึงความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ หลักดังกล่าวปรากฏในอนุสัญญาต่าง ๆ (Conventions) กฎหมายแม่แบบ (Model Laws) หรือโครงการในการทำให้กฎหมายเป็นรูปแบบเดียวกัน (Uniform Projects) ซึ่ง CISG ได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้เช่นเดียวกันดังที่ปรากฏใน Article 7 (1) โดยกำหนดให้นำหลักสุจริตระหว่างประเทศมาใช้ในการตีความ ทั้งนี้ มีประเด็นปัญหาประการแรกที่จะต้องพิจารณาว่า หลักสุจริตระหว่างประเทศนำมาใช้กับการตีความบทบัญญัติภายใต้ CISG เพียงอย่างเดียว หรือนำมาใช้ในการตีความความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่สัญญาด้วย

จากการศึกษาที่มาของบทบัญญัตินี้ พบว่าคำว่า “หลักสุจริต” (Good Faith) เป็นคำที่มีความหมายกว้าง ในขณะที่ร่างจึงเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันว่าควรบัญญัติให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามหลักการการซื้อขายที่เป็นธรรม (Fair Dealing) และปฏิบัติด้วยความสุจริตหรือไม่ (Good Faith) หรือไม่ โดยฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยที่จะนำหลักกล่าวมาบัญญัติไว้ เพราะในการตีความศาลภายในของแต่ละประเทศก็จะตีความโดยใช้ขนบธรรมเนียมทางสังคมของประเทศตนทำให้เกิดการตีความบทบัญญัติใน CISG แตกต่างกันไป นอกจากนั้นเมื่อ CISG ไม่ได้ระบุผลของการฝ่าฝืนหลักดังกล่าวไว้ผลที่ตามมาในกรณีที่การละเมิดก็จะเป็นหน้าที่ของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งอาจไม่มีการลงโทษผู้ฝ่าฝืนหรืออาจมีวิธีการลงโทษแตกต่างออกไปจึงไม่เป็นไปหลัก Uniformity<sup>11</sup> ดังนั้นเมื่อไม่มีการบัญญัติให้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการตีความความประพฤติของคู่สัญญา นักวิชาการ

<sup>10</sup> Lookofsky, J., "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Article 84 Accounting for Interest and Other Benefits Received."

<sup>11</sup> Bonell Michael Joachim and Bianca C.M., Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention (Giuffrè, Milan 1987), pp. 65-94.

จึงเห็นว่า หลักสุจริตควรนำมาใช้กับการตีความบทบัญญัติภายใต้ CISG เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ดังนั้น เมื่อ Article 7 ไม่มีการบัญญัติหลักการไว้ว่าให้นำมาใช้ในการตีความความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่าง คู่สัญญา จึงไม่อาจนำหลักสุจริตมาใช้ในการตีความความประพฤติของผู้ขายที่ผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ว่าขัดต่อหลักสุจริต

ในขณะที่นักวิชาการอีกฝ่ายเห็นว่า หลักสุจริตสามารถนำมาใช้ในการตีความการประพฤติปฏิบัติของคู่สัญญาในการทำธุรกรรมการค้าระหว่างประเทศ เพราะหลักนี้เป็นหลักที่นำมาปรับใช้ได้ ในสถานการณ์ต่าง ๆ ซึ่งควรรวมถึงการตีความความประพฤติและความสัมพันธ์ของคู่สัญญาด้วย เนื่องจากหลักดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำคัญของกฎหมายสัญญาอันเป็นการยกระดับมาตรฐาน ความประพฤติของคู่สัญญาที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในการทำธุรกรรมการค้าระหว่างประเทศให้สูงขึ้น

อย่างไรก็ตาม ในการอุดช่องของ CISG ตาม Article 7 (2) กำหนดให้นำหลักทั่วไป อันเป็นพื้นฐานของ CISG มาปรับใช้ จากการศึกษาพบว่าหลักทั่วไปที่ปรากฏภายใต้ CISG ได้แก่ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party autonomy) หลักสุจริต (Good faith) และความรับผิดชอบทางสัญญา (Privity of contract) เป็นต้น<sup>12</sup> ประกอบกับหลักการของสัญญาทางพาณิชย์ระหว่าง ประเทศของ UNIDROIT ปี 2004 และ 2010 ใน ข้อ 1.7<sup>13</sup> กำหนดว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องปฏิบัติตามข้อตกลงด้วยความสุจริตและความเป็นธรรมในการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อ CISG เป็นกฎหมาย เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ จึงผูกมัดคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยตรงให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา ด้วยความสุจริต ซึ่งกรณีศึกษาต่อไปนี้เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าศาลได้นำหลักสุจริตมาใช้ในการ ตีความความประพฤติของคู่สัญญา

คดีแรกตัดสินโดยศาลอุทธรณ์ของรัฐ Grenoble ประเทศฝรั่งเศส (Cour d'appel Grenoble) เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1995<sup>14</sup> ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

ผู้ขายชาวฝรั่งเศสซึ่งเป็นผู้ผลิตกางเกงยีนส์ได้ทำสัญญาขายสินค้ากับผู้ซื้อที่อยู่ใน ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในสัญญาฉบับแรกระบุว่าจะจัดส่งไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>12</sup> UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, p. 43.

<sup>13</sup> UNIDROIT Principles Article 1.7 provides: (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade

<sup>14</sup> CLOUT case No. 154 [Cour d'appel de Grenoble, France, 22 February 1995].

แต่ต่อมาผู้ซื้อขอให้ส่งสินค้าดังกล่าวไปยังอเมริกาใต้และแอฟริกา เนื่องจากลูกค้าของผู้ซื้อยกเลิกคำสั่งซื้อ ซึ่งในระหว่างการปฏิบัติสัญญา ผู้ขายขอให้ผู้ซื้อพิสูจน์ผู้รับและปลายทางของสินค้าโดยให้จัดส่งเอกสารแก่ผู้ขายเพื่อออกใบตราส่ง แต่ผู้ซื้อเพิกเฉยและอ้างว่าคำขอนี้ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ และในท้ายที่สุดสินค้าดังกล่าวถูกส่งต่อไปยังสเปน ซึ่งมีข้อกำหนดเรื่องการนำเข้าซ้อน (Parallel Imports) ศาลได้ตัดสินในประเด็นความประพฤติของผู้ซื้อว่า การดำเนินการของผู้ซื้อที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ผู้ขายร้องขอขัดต่อหลักสุจริตในทางการค้าระหว่างประเทศตาม CISG Article 7 จึงตัดสินให้ผู้ซื้อชดใช้เงินจำนวน 10,000 ฟรังก์ ให้แก่ผู้ขาย

ต่อมาในคดี *B.V. v. EUROPLAY S.r.l* ซึ่งตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการของอิตาลี (Tribunale di Rovereto) เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ.2007<sup>15</sup> มีข้อเท็จจริงดังนี้ บริษัทอิตาลีผู้ขาย และบริษัทสัญชาติดัตช์ (the Dutch company) ผู้ซื้อ ได้ทำสัญญาซื้อขายกัน ต่อมาเมื่อผู้ซื้อไม่ชำระเงินบางส่วน ผู้ขายจึงนำคดีฟ้องร้องต่อศาลอิตาลี ซึ่งศาลตัดสินให้ผู้ซื้อชดใช้เงินให้แก่ผู้ขาย แต่ผู้ซื้อคัดค้านคำสั่งศาลโดยให้เหตุผลว่า ผู้พิพากษาของศาลอิตาลีไม่มีอำนาจตัดสินคดีนี้ เนื่องจากมีข้อกำหนดมาตรฐานที่รวมไว้กับสัญญากำหนดให้คู่สัญญาต้องเลือกศาลเนเธอร์แลนด์ในการพิจารณาตัดสินคดี ซึ่งศาลตัดสินในประเด็นนี้ว่า ข้อกำหนดมาตรฐานของผู้ซื้อไม่ใช่ส่วนหนึ่งของสัญญา (โดยเฉพาะในส่วนของการตกลงเลือกศาล) ตามหลักสุจริต ใน Article 7 และ 8 โดยศาลให้เหตุผลว่าในการพิจารณาข้อกำหนดมาตรฐานที่รวมอยู่ในสัญญา ผู้ขายชาวอิตาลีควรรับทราบข้อกำหนดดังกล่าว ซึ่งผู้ซื้อไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ขายชาวอิตาลีมีความรู้เกี่ยวกับข้อกำหนดมาตรฐานของผู้ซื้อ ดังนั้น จึงไม่สามารถใช้ข้อกำหนดมาตรฐานในการเลือกศาลมาใช้ (the Forum Selection Clause)

จากการตัดสินคดีดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลได้นำหลักสุจริตในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการตีความความประพฤติของคู่สัญญา ดังนั้น ในการซื้อขายสินค้าระหว่างหลักสุจริตจึงถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Legal Principle)<sup>16</sup> ที่ศาลอาจนำมาใช้ในการอุดช่องว่างและตีความการประพฤติปฏิบัติของคู่สัญญาควบคู่กัน

หลักดังกล่าวกำหนดกรอบให้บุคคลจะต้องประพฤติปฏิบัติต่อกัน โดยไม่ต้องการให้คู่สัญญาใช้สิทธิที่เป็นไปในทางทุจริต ผู้เขียนเห็นว่า แม้ใน Article 7 หรือสัญญาไม่ได้มีการกำหนด

<sup>15</sup> *CLOUT case No. 1189 [Tribunale di Rovereto, Italy, 21 November 2007]*

<sup>16</sup> พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, "หลักสุจริตในระบบกฎหมาย," *ฉันทนิพนธ์* ปีที่ 10, ฉบับที่ 6 (2556): หน้า 43.

หน้าที่ของคู่สัญญาไว้ แต่เมื่อหลักดังกล่าวก็เป็นหลักทั่วไปของ CISG จึงสามารถนำหลักนี้มาใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ ดังนั้น เมื่อผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches โดยผู้ขายจงใจผิดสัญญาแล้วนำสินค้าชนิดและประเภทเดียวกันตามสัญญาขายให้แก่บุคคลภายนอก เพราะจะทำให้ตนได้รับผลกำไรที่สูงกว่าการขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรจะเกิดขึ้นตามหลักการปฏิบัติการชำระหนี้ เพราะผู้ขายทำลายผลประโยชน์ที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) การผิดสัญญาดังกล่าวจึงขัดต่อหลักสุจริต

ทั้งนี้ ในมุมมองนี้อาจมีผู้ตั้งคำถามว่า หลักการดังกล่าวจะตีความให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่มีการกำหนดให้ผู้ขายต้องชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ให้แก่ผู้ซื้อหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายในแต่ละประเทศมีแนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่แตกต่างกันออกไป จึงเป็นการยากที่จะนำหลักการนี้มาปรับใช้ในการกำหนดค่าเสียหาย

ในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริตดังเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น เพื่อให้การผิดสัญญาในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นน้อยลง จึงสามารถนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม และหลักลาภมิควรได้ ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏใน Article 84 มาปรับใช้ โดยผู้ขายไม่ควรได้รับผลกำไรจากการครอบครองสินค้าที่ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ แต่ผู้ขายผิดสัญญาโดยนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้ซื้อ ผู้ขายจึงต้องคืนผลกำไรที่ได้รับให้แก่ผู้ซื้อฐานลาภมิควรได้

อย่างไรก็ตาม อาจเกิดคำถามขึ้นว่า การกำหนดให้มีการชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะมีลักษณะเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ผู้ขาย ซึ่งขัดกับหลักการเยียวยาความเสียหายภายใต้ Article 74 ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษคู่สัญญาหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ Disgorgement Damages จะมีลักษณะเสมือนค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เนื่องจากหากนำมาใช้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งหรือป้องกันมิให้ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches แต่การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวเป็นการประสานความคิดของกฎหมายสาขาต่าง ๆ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ขายได้รับลาภมิควรได้จากการแสวงหาผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches อันขัดต่อหลักการรักษาประโยชน์ของคู่สัญญาซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานหนึ่งของ CISG และเมื่อพิจารณาขอบเขตในการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement



Damages จะพบว่า ขอบเขตของค่าเสียหายขยายออกไปเพียงผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการนำสินค้าขายให้บุคคลภายนอกเท่านั้น จึงมิได้ทำให้ผู้ขายอยู่ในสถานะที่แย่งหากสัญญาซื้อขายฉบับแรกมิได้เกิดขึ้นอันจะเป็นการลงโทษผู้ขายแต่ประการใด ผู้เขียนจึงเห็นว่า Disgorgement Damages ไม่ใช่ค่าเสียหายในเชิงลงโทษจึงไม่ขัดกับหลักการเยียวยาความเสียหายภายใต้ Article 74 ดังที่ศาลฎีกาของรัฐ New Mexico ได้ให้ความเห็นไว้ในคดี *Miller v. Bank of America*

ทั้งนี้ หากพิจารณาว่า Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษอาจเกิดปัญหาในการบังคับใช้ตามมาในกรณีที่ประเทศนั้นมิได้เข้าเป็นภาคีของ CISG กล่าวคืออาจเกิดปัญหาในทางกฎหมายว่า การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวซึ่งเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศนั้นหรือไม่ ซึ่งหากการกำหนดค่าเสียหายใน ความรับผิดชอบทางสัญญาของประเทศนั้น ๆ ไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษคู่สัญญาอาจส่งผลให้ศาล ไม่สามารถกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ได้ เพราะการกำหนดค่าเสียหาย ดังกล่าวจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประเด็นถัดมาที่ต้องพิจารณา คือ จะใช้วิธีใดในการคำนวณ Disgorgement Damages และกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำแนวทางการตัดสินของ ศาลแขวงแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี *Schachter v. Krzynowek* ซึ่งศาลคำนวณ Disgorgement Damages มีค่าเท่ากับส่วนต่างระหว่างข้อเสนอของผู้ซื้อเดิมกับราคาที่สูงขึ้นซึ่งผู้ขายได้รับจากบุคคลภายนอก เพราะการคำนวณในลักษณะนี้มิได้ทำให้ผู้ขายขาดทุนหรือตกอยู่ในสถานะที่แย่งไปกว่าเดิม แต่ประการใด ดังนี้

ราคาที่ผู้ขายขายสินค้าให้บุคคลภายนอก – ราคาที่ผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อ = Disgorgement Damages

ทั้งนี้ อาจมีข้อโต้แย้งว่า การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะขัดกับหลักคาดเห็นได้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดค่าเสียหายภายใต้ Article 74 หรือไม่ เพราะผู้ขายไม่สามารถคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นในขณะทำสัญญา

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาบริบททางการค้า การทำสัญญาเป็นการบริหารจัดการความเสี่ยงและเป็นการปิดโอกาสไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาโดยการไม่ปฏิบัติตาม ชำระหนี้ เพราะคู่สัญญาอาจคาดเห็นได้ว่าบุคคลภายนอกอาจจะนำเสนอค่าตอบแทนที่สูงกว่า จึงได้

ทำสัญญาตกลงราคาที่สูงสองฝ่ายพึงพอใจกันไว้ และโดยเฉพาะในช่วงเวลาที่สินค้าบางอย่างเป็นที่ต้องการของตลาด ผู้ขายและผู้ซื้อย่อมคาดเห็นได้ว่าราคาตลาดของสินค้านั้นจะสูงขึ้น นอกจากนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการซื้อขายสินค้านั้นระหว่างประเทศมักเป็นการค้าระหว่างธุรกิจกับธุรกิจด้วยกัน (Business-to-Business) ผู้ซื้อจึงมักนำสินค้าไปขายหรือจำหน่ายต่อให้ผู้ซื้อรายอื่นหรือนำไปเป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าเพื่อจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคในประเทศ มิได้ซื้อไปเพื่ออุปโภคหรือบริโภคเอง ซึ่งหากผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อก็จะไม่ได้รับสินค้าอันเป็นการลดลงของมูลค่าทรัพย์สินและผู้ซื้อย่อมสูญเสียผลกำไรอันเป็นความเสียหายของมูลค่าทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นหากผู้ขายปฏิบัติตามสัญญา<sup>17</sup> ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้ผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการนำสินค้าขายให้แก่บุคคลภายนอกอาจแตกต่างจากผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับ แต่ก็ยังเป็นผลกำไรที่ผู้ขายสามารถคาดเห็นได้เช่นกัน ดังนั้น กรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักความคาดเห็นควรขยายความรวมถึง ผลกำไรที่ผู้ขายจะได้รับเพิ่มขึ้นในขณะตัดสินใจผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches

### 5.3 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้ค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในประเทศไทย

ตามที่คุณเขียนได้เสนอแนวทางให้มีการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages กรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาลักษณะ Efficient Breaches ในบริบทของ CISG ในหัวข้อที่ 5.2 ต่อมาในหัวข้อนี้ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ปัญหาในการนำค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages มาใช้บังคับในประเทศไทย เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลไทยหรืออนุญาโตตุลาการในการตัดสินคดี

ในปัจจุบัน แม้ประเทศไทยจะยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของ CISG แต่ CISG ก็ยังมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย หากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนำไปสู่การใช้กฎหมายของรัฐภาคีอนุสัญญา ตาม Article 1 (1) (b) เช่น คู่สัญญาตกลงให้ CISG เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแก่สัญญา (Governing Law) ประกอบกับ ในอนาคตอันใกล้ประเทศไทยมีแนวโน้มจะเข้าเป็นภาคีของ CISG ดังนั้นจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการต้องนำ CISG มาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยแนวทางการศึกษาจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน กรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีและกรณีที่มีได้เข้าเป็นภาคีของ CISG

<sup>17</sup> Hoda & Asghariaghamashhadi Kordjazi, Mohammad & Yahyazadehjeloudar and Omid & Lavafpour, Ali. , Loss of Profit in Breach of Contract; Comparative Study between Iran and Convention of International Sale of Goods (1980) (2012).

### 5.3.1 กรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG)

หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของ CISG อนุสัญญานี้จะมีผลใช้บังคับในฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศตามทฤษฎีวินนิยม หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคดีจะขึ้นสู่ศาลในประเทศไทย ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการซื้อขายระหว่างประเทศ คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง (the Central Intellectual Property and International Trade Court) หรืออนุญาโตตุลาการ โดยอยู่บนสมมติฐานที่ว่า CISG ได้นำแนวทางที่ผู้เขียนเสนอข้างต้นมาใช้บังคับในบริบทของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการก็จะต้องนำแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้

### 5.3.2 กรณีที่ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (CISG)

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาลักษณะ Efficient Breaches และมีกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages บนสมมติฐานที่ว่า CISG ได้รับเอาแนวทางที่ผู้เขียนเสนอข้างต้นมาปรับใช้ เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการ โดยแนวทางการศึกษา ผู้เขียนจะเปรียบเทียบประเด็นปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในกฎหมายของประเทศไทย กับประเทศอังกฤษ เนื่องจากในปัจจุบันทั้งประเทศไทยและประเทศอังกฤษยังมิได้เข้าเป็นภาคีของ CISG โดยที่กฎหมายของประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นบนพื้นฐานของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน

เมื่อประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีหรือให้สัตยาบัน CISG จะอยู่ในฐานะกฎหมายต่างประเทศ (Foreign Law) ซึ่งศาลไทยจะนำ CISG มาใช้ในการตัดสินคดีก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481<sup>18</sup> ซึ่งเป็น

<sup>18</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 บัญญัติว่า ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใด บังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

บทบัญญัติที่ช่วยตอบปัญหาว่า กฎหมายของประเทศใดจะใช้บังคับแก่สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลของสัญญา โดยสามารถพิจารณาหลักเกณฑ์ได้ ดังนี้

- 1) คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้นำ CISG มาใช้บังคับ
- 2) ในกรณีที่ไม่ทราบเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญา หากคู่สัญญา มีสัญชาติเดียวกันให้ใช้กฎหมายสัญชาติของคู่สัญญาใช้บังคับ

3) ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่มีการทำสัญญา จากบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่าคดีที่ขึ้นสู่ศาลในประเทศไทยอาจเป็นกรณีที่ คู่สัญญาตกลงให้ CISG เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ทั้งนี้ อาจมีใช้มีแค่เพียงกรณีที่คนไทย เป็นคู่สัญญาเพียงเท่านั้น เพราะคดีที่เกิดขึ้นอาจเป็นข้อพิพาทระหว่างคนต่างสัญชาติ ซึ่งในสัญญา มีข้อตกลงไว้ชัดแจ้งว่าใช้ CISG บังคับ หรืออาจเป็นกรณีที่ต้องใช้กฎหมายสัญชาติของคู่สัญญา ซึ่งใน การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศประเทศกำหนดให้ใช้ CISG ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอาจมี บางกรณีที่ศาลในประเทศไทยจะต้องใช้ CISG ในการวินิจฉัยคดี

อย่างไรก็ดี การจะนำ CISG มาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของต่างประเทศ ต้องพิจารณาข้อจำกัดภายใต้บทบัญญัติต่าง ๆ ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ประกอบด้วย ซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง คู่สัญญาที่จะพึงได้ประโยชน์จากการใช้ CISG ซึ่งเป็นกฎหมายต่างประเทศ จะต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่พอใจแก่ศาลตาม มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการ ชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481<sup>19</sup> กล่าวคือ คู่สัญญาไม่ว่าผู้ขายหรือผู้ซื้อจะต้องพิสูจน์ให้ศาล ทราบว่า CISG มีข้อความอย่างไร เนื่องจากศาลไทยไม่จำเป็นต้องรู้ถึงกฎหมายต่างประเทศ<sup>20</sup> ซึ่งหาก คู่สัญญาไม่สามารถพิสูจน์กฎหมายให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ศาลไทยก็จะใช้กฎหมายภายใน

<sup>19</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 248 มาตรา 8 บัญญัติว่า ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมาย ต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศไทย

<sup>20</sup> หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณ การ, 2516), หน้า 87.

ของประเทศใช้บังคับ ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่าระบบดังกล่าวเป็นระบบทางเลือก (Alternative System)<sup>21</sup> ซึ่งเป็นระบบที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ กล่าวคือเป็นระบบที่ไม่อนุญาตให้ศาลใช้กฎหมายขัดกันตัวเอง แต่ศาลจะต้องรอให้คู่ความไม่ว่าโจทก์หรือจำเลยเป็นผู้กล่าวอ้างและพิสูจน์ CISG ซึ่งเป็นกฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาล

ดังนั้น หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาสามารถพิสูจน์ CISG ให้ศาลทราบ ผู้พิพากษาควรตัดสินคดีตามแนวทางปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือหากมีการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ศาลอาจนำการตีความหรือการอุดช่องมาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายดังที่ผู้เขียนเสนอในหัวข้อที่ 5.2 มาปรับใช้ เพื่อให้มีการชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายประเด็นในเรื่องการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศไว้ว่า เมื่อกฎหมายไทยมิได้ห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้ความรู้กฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น หากผู้พิพากษามีความรู้กฎหมายต่างประเทศ ก็ชอบที่จะใช้ความรู้ที่มีอยู่ตัดสินคดีได้<sup>22</sup> อย่างไรก็ตาม มักพบปัญหาในทางปฏิบัติว่า โจทก์ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย เมื่อนำคดีมาฟ้องเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้ศาลทราบถึงข้อความใน CISG ซึ่งทำให้คู่สัญญาเสียเวลาและเกิดค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น เนื่องจากอาจต้องจ้างทนายความเพื่อความในศาล ด้วยปัจจัยต่าง ๆ ส่งผลให้ในทางปฏิบัติคู่สัญญาจึงไม่เลือกที่จะเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ทำให้ศาลไม่ได้ใช้ CISG ในการพิจารณาคดี

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อ CISG เป็นกฎหมายกลางในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ที่มีข้อบัญญัติเป็นภาษาอังกฤษแตกต่างจากกฎหมายภายในของต่างประเทศ ซึ่งอาจต้องใช้เวลาศึกษาและเรียนรู้สังคม วัฒนธรรม สภาพแวดล้อมอย่างลึกซึ้งเพื่อทำความเข้าใจกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่า ศาลอาจนำ CISG มาใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยที่คู่ความไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ ทั้งนี้ เพื่อลดภาระค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาในการนำสืบและสร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่สัญญาหรือประเทศคู่ค้าของไทย

<sup>21</sup> ยศพนธ์ นิตรุจิโรจน์ และติณเมธ วงศ์ใหญ่, "ปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย (Problem Arising from Applying Foreign Laws in Thai Courts)," ใน จตุรนิติ ปีที่ 12 ฉบับที่ 4 (ก.ค.-ส.ค. 2558), (สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา), หน้า 74.

<sup>22</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 87-88.

ประการที่สอง เมื่อคู่ความสามารถพิสูจน์ CISG จนเป็นที่พอใจแก่ศาลแล้ว การใช้ CISG ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายต่างประเทศก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือขอบเขตตามที่มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481<sup>23</sup> กำหนดไว้ กล่าวคือกฎหมายต่างประเทศที่สามารถพิสูจน์ได้นั้นจะต้องไม่ใช่บังคับแล้วขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย กล่าวคือ หากศาลไทยใช้ CISG ในการวินิจฉัย ผลที่เกิดขึ้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย ศาลก็จะไม่สามารถพิจารณาคดีโดยใช้ CISG ได้ ศาลไทยจะต้องตัดสินคดีพิพาทด้วยกฎหมายภายในของประเทศไทย

การพิจารณาว่าการใช้ CISG จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าหากนำ CISG มาใช้บังคับในประเทศ ประชาชนชาวไทยจะรู้สึกว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรมหรือไม่ ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี โดยคำนึงถึงกาลเทศะและการกระทบกระเทือนต่อความเป็นอยู่ของประเทศไทย<sup>24</sup> และอาจใช้หลักเกณฑ์ต่อไปนี้เพื่อเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการพิจารณา

- 1) กฎหมายต่างประเทศนั้นมีข้อความขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยซึ่งเป็นบทบังคับหรือไม่ (Jus Cogens) เช่น บทบัญญัติในเรื่องความสามารถ
- 2) กฎหมายต่างประเทศนั้นมีข้อความขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยซึ่งเป็นบทบัญญัติห้ามอย่างโดยขาดหรือไม่ (Prohibitive Law)

อนึ่ง ข้อจำกัดทำนองนี้มีบัญญัติไว้เช่นกันในกฎหมายขัดกันของนานาประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี ส่วนพฤติการณ์อย่างไรจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นมีความหมายกว้างกว่าตามที่เข้าใจในกฎหมายภายใน<sup>25</sup> ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณี ตัวอย่างดังต่อไปนี้เป็นกรณีที่กฎหมายของประเทศอังกฤษมองว่าการใช้กฎหมายภายในของต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

<sup>23</sup>พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 5 บัญญัติว่า ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ บังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย

<sup>24</sup>หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 82-83.

<sup>25</sup> คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 41.

เช่น กฎหมายนั้นก็มีลักษณะเป็นกฎหมายแผนกภาษีอากร (Foreign Revenue Law) กฎหมายนั้นก็มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาของรัฐต่างประเทศ (Foreign Penal Laws) เป็นต้น<sup>26</sup>

สำหรับกฎหมายไทย ประเด็นที่ศาลเห็นว่าเป็นกฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย มักจะเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักทางจริยธรรม บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองผู้ที่บกพร่องในความสามารถ เช่น ผู้เยาว์ คนวิกลจริต บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ บทบัญญัติที่เป็นนโยบายบางอย่าง (Legal Policy) เช่น แบบแห่งนิติกรรมอายุความ เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นบทบัญญัติที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม หรือมีเนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สามหรือประโยชน์สาธารณชน รวมทั้งเรื่องเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีสำคัญต่าง ๆ เช่น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เรื่อง ครอบครัว<sup>27</sup> ซึ่งในเรื่องแบบและอายุความศาลมีคำวินิจฉัย ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511 วินิจฉัยว่า การที่คู่สัญญารับขนของทางทะเลตกลงกันให้ใช้กฎหมายของประเทศเดนมาร์กแก่ข้อพิพาทในคดีนี้ ย่อมจะให้ได้เพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย แต่กฎหมายเรื่องอายุความเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทย ฉะนั้น ข้อตกลงหรือเงื่อนไขในใบตราส่งในส่วนที่จะให้มีผลถึงการใช้กฎหมายเรื่องอายุความของกฎหมายเดนมาร์กมาบังคับกับข้อพิพาทในคดีนี้ จึงใช้บังคับไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3038/2533 วินิจฉัยว่า เมื่อทรัพย์ที่ซื้อขายเป็นที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ ไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สัญญาซื้อขายที่ดินพิพาทระหว่างโจทก์จำเลย จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคแรก จำเลยจึงไม่มีความผูกพันที่จะต้องขายที่ดินพิพาทให้โจทก์.

อย่างไรก็ตาม หากการนำ CISG มาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายต่างประเทศไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ศาลไทยก็จะต้องนำกฎหมายไทยมาใช้ในการวินิจฉัย ทั้งนี้ แม้กฎหมายในประเทศไทยจะไม่มีบทบัญญัติ

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

<sup>27</sup> สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 128.

ในเรื่องการเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ไว้โดยตรง แต่เมื่อเป็นเรื่องนิติกรรมและหนี้จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการตัดสิน

ทั้งนี้ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะนิติกรรมและหนี้ไม่มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงการเรียกร้อยค่าเสียหายกรณี Efficient Breaches ไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาลักษณะการผิดสัญญาที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่ชำระหนี้จึงสามารถนำบทบัญญัติในเรื่องการเรียกร้อยค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญามาปรับใช้ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์แนวทางและปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นดังต่อไปนี้

### 5.3.2.1 สิทธิของผู้ซื้อกรณีที่คาดหมายได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา

จากการศึกษาพบว่า CISG ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการผิดสัญญาที่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ไว้ใน Article 71- 73 โดยได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเอาไว้ เพื่อคุ้มครองและป้องกันมิให้เกิดความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่จะได้รับความเสียหายตั้งแต่ก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ โดยการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches อาจเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ คือ

1) การผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตของสัญญาที่มีการกำหนดชำระหนี้คราวเดียวในกรณีที่มีการผิดสัญญาในสาระสำคัญ

2) การผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตในกรณีที่มีกำหนดชำระหนี้เป็นงวด ๆ

เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยพบว่า การผิดนัดไม่ชำระหนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามมาตรา 204<sup>28</sup> ซึ่งจะมีผลให้ลูกหนี้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาตรา 215<sup>29</sup> ดังนั้น ผู้ขายจะตกเป็นผู้ผิดนัด

<sup>28</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 บัญญัติว่า ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้ให้ค่าเตือนลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ไซ้ ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้ว ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนเลยวิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้บอกกล่าว

<sup>29</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 บัญญัติว่า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้



ต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระตามสัญญาแล้วผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ ฉะนั้น อาจเกิดปัญหาตามมาว่า ในกรณีที่ผู้ขายมีพฤติการณ์ใด ๆ ซึ่งรวมถึงการที่ผู้ขายได้ขายสินค้าให้แก่บุคคลภายนอก อันมีผลทำให้ผู้ซื้อคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าผู้ขายจะไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่ตนได้เมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหรือเรียกร้องค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่

ทั้งนี้ แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการผิดสัญญาล่วงหน้า (Anticipatory Breach) แต่ก็มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิคู่สัญญาบอกเลิกสัญญาใน มาตรา 386- 389 กล่าวคือ คู่สัญญาอาจใช้สิทธิบอกเลิกโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>30</sup> ซึ่งการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีมาตราสำคัญในบรรพ 2 คือ มาตรา 387<sup>31</sup> มาตรา 388<sup>32</sup> และ มาตรา 389<sup>33</sup>

บทบัญญัติในมาตรา 387 เป็นกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดนัดชำระหนี้และกำหนดเวลาชำระหนี้ไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะฉะนั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องบอกกล่าวกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้<sup>34</sup> จะเห็นได้ว่าหนี้ยันต้องกำหนดเสียก่อน หากหนี้ยังไม่ถึงกำหนดก็จะเป็นการผิดนัดชำระหนี้เกิดขึ้น และมาตรา 388 เป็นกรณีที่กำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ

<sup>30</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 บัญญัติว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง แสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่

<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 บัญญัติว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้

<sup>32</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388 บัญญัติว่า ถ้าวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดก็ดี หรือภายในระยะเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดี และกำหนดเวลาหรือระยะเวลาอันได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไซ้ ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มิพักต้องบอกกล่าวดั่งว่าไว้ในมาตราก่อนนั้นเลย

<sup>33</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389 บัญญัติว่า ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ไซ้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้

<sup>34</sup> พลภวิชย์ พันธุ์คำเกิด, คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมสัญญาและหนี้ ภาคนิติกรรม-สัญญา และระบบพื้นฐานแห่งการบังคับชำระหนี้ เล่ม 1, หน้า 439.

ดังนั้นหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาที่กำหนดพอสมควรตามมาตรา 387 ก่อน

แต่หากการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยโดยเหตุที่โทษลูกหนี้ได้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 389 ซึ่งการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย หมายความว่า ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้สำเร็จตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้เป็นการถาวร<sup>35</sup> เมื่อทรัพย์สินโอนไปยังบุคคลภายนอกโดยชอบยอมทำให้การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเช่นกัน<sup>36</sup> ซึ่งศาลฎีกาของไทยเคยมีคำวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6615/2553 วินิจฉัยว่า เมื่อสัญญายังไม่เลิกกันเพราะการบอกเลิกสัญญาของจำเลย คู่สัญญาจึงยังมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ โจทก์มีหน้าที่ต้องชำระราคาส่วนที่เหลือและจำเลยมีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดทั้งสองห้องแก่โจทก์ แต่ได้ความตามคำให้การของจำเลยว่าจำเลยได้โอนขายห้องชุดทั้งสองห้องแก่บุคคลภายนอกไปแล้ว ก่อนโจทก์บอกเลิกสัญญา ดังนี้ การชำระหนี้ของจำเลยในการที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดแก่โจทก์จึงกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอันเกิดจากการกระทำของจำเลยโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าจำเลยอาจซื้อห้องชุดคืนมาโอนให้โจทก์ได้หรือไม่ดังที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัย โจทก์จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389 โดยหากจำต้องบอกกล่าวให้จำเลยชำระหนี้ตามมาตรา 387 ก่อน การบอกเลิกสัญญาของโจทก์จึงชอบแล้ว เมื่อสัญญาเลิกกันเพราะโจทก์ใช้สิทธิเลิกสัญญา คู่สัญญาจำต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม กล่าวคือจำเลยจำต้องคืนราคาห้องชุดที่โจทก์ชำระแล้วแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่เวลาที่จำเลยได้รับไว้ ทั้งนี้ตามมาตรา 391 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ประกอบมาตรา 7

จากการศึกษา พบว่าการเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้อาจแบ่งเป็น 2 กรณี ได้แก่ การเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้เพราะลูกหนี้ปฏิเสธชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ และการเลิกสัญญาก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระเพราะมีพฤติการณ์ชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้โดยสิ้นเชิงหรือสมบูรณ์ตามกำหนดเวลา<sup>37</sup> ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาชัดเจนแล้วว่า จะไม่ชำระหนี้

<sup>35</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561), หน้า 200.

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 204.

<sup>37</sup> พรนิภา อินทรเชียรศิริ, "ปัญหาในการเลิกสัญญา" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 35-40.

หรือหากให้โอกาสชำระหนี้ก็ไม่มีทางจะชำระหนี้ได้ทัน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องรอจนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เพื่อให้โอกาสคู่สัญญาฝ่ายนั้นชำระหนี้ก่อน<sup>38</sup> ทั้งนี้แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการผิดสัญญาล่วงหน้า (Anticipatory Breach) ไว้โดยตรง แต่ศาลไทยได้นำหลักสุจริตตามมาตรา 5<sup>39</sup> และการตีความสัญญาตามมาตรา 368<sup>40</sup> มาปรับใช้ ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 797/2556

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 797/2556 วินิจฉัยว่า แม้สัญญาจะซื้อจะขายมิได้กำหนดเวลาการเริ่มลงมือก่อสร้างและกำหนดเวลาก่อสร้างอาคารพาณิชย์ให้แล้วเสร็จไว้ แต่เป็นหน้าที่ของจำเลยจะต้องรีบลงมือก่อสร้างและกำหนดเวลาก่อสร้างที่แล้วเสร็จไว้ เพื่อความเป็นธรรมแก่ประชาชนในฐานะผู้บริโภค เมื่อสัญญาไม่ได้กำหนดเวลาไว้แต่เป็นที่เห็นได้ว่า จำเลยก็มีหน้าที่ต้องรีบลงมือก่อสร้าง และก่อสร้างให้แล้วเสร็จในเวลาอันสมควรอันเป็นไปตามหลักความสุจริตตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 หากการจะเริ่มลงมือก่อสร้างและกำหนดเวลาแล้วเสร็จนั้นขึ้นอยู่กับความพอใจของจำเลยแต่ฝ่ายเดียว เพราะจำเลยเป็นผู้รับประโยชน์จากเงินที่โจทก์ชำระไปแล้ว จึงมีหน้าที่ต้องรีบก่อสร้างโดยพลันตาม มาตรา 203 เมื่อสัญญาจะซื้อจะขายเป็นสัญญาต่างตอบแทนคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติชำระหนี้ตามมาตรา 369 ดังนั้น การที่โจทก์ชำระเงิน 800,000 บาท แก่จำเลยในการทำสัญญาจะซื้อจะขายแล้วย่อมมีความคาดหวังจะได้เห็นจำเลยปฏิบัติชำระหนี้ตอบแทน คือ การเริ่มลงมือก่อสร้าง แต่เมื่อจะครบกำหนดเวลาชำระเงินดาวน์งวดแรกได้ความว่า จำเลยยังไม่ได้เริ่มลงมือก่อสร้างอาคารพาณิชย์ทำให้โจทก์เกิดความไม่มั่นใจในโครงการของจำเลย เพราะเงินค่างวดที่จะจ่ายแต่ละงวดเป็นจำนวนมากถึงงวดละ 334,000 บาท โจทก์จึงไม่ยอมจ่ายเงินค่างวดและไปร้องเรียนต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค จำเลยเองก็ไม่ได้แสดงความสุจริตโดยการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับโครงการให้โจทก์ทราบเป็นหนังสือหรือทวงถามให้โจทก์ชำระเงินค่างวดอีก จึงถือได้ว่า

<sup>38</sup> พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด, คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมสัญญาและหนี้ ภาคนิติกรรม-สัญญา และระบบพื้นฐานแห่งการบังคับชำระหนี้ เล่ม 1, หน้า 440-441.

<sup>39</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

<sup>40</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บัญญัติว่า สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย

การชำระหนี้ของโจทก์มิได้กระทำลงเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 205 ดังนั้น การที่โจทก์ไม่ได้ชำระเงินค่างวดแก่จำเลยจะถือว่าโจทก์ผิดสัญญาและก่อให้เกิดสิทธิแก่จำเลยในการริบมัดจำไม่ได้ เมื่อจำเลยไม่ก่อสร้างอาคารพาณิชย์ และโจทก์ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจึงมีผลให้สัญญาจะซื้อจะขายเลิกกัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องคืนเงินที่โจทก์ชำระแก่จำเลยไปแล้วพร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่เวลาที่ได้รับเงินไว้ตาม มาตรา 391

จากคำอธิบายและตัวอย่างกรณีศึกษาที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาก่อนหน้าถึงกำหนดชำระไว้โดยตรงดังเช่น CISG แต่ศาลได้ตัดสินว่ากรณีที่ทรัพย์สินไปยังบุคคลภายนอกถือว่าการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยและในบางกรณีศาลได้ตีความโดยอาศัยหลักสุจริต

อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนกำลังศึกษาในประเด็นที่ว่า การบังคับใช้กฎหมายจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กับปัญหาที่ว่าประเทศไทยมีกฎหมายกำหนดให้สิทธิคู่สัญญาบอกเลิกสัญญาก่อนหน้าถึงกำหนดชำระหรือไม่ มิใช่ประเด็นเดียวกันเพราะหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นกรณีที่ผู้ซื้อคาดหวังได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา ศาลไทยจะตัดสินให้ผู้ซื้อมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตาม Article 72- 73 ได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายต่างประเทศมีข้อความขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งศาลอาจพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายไทยในเรื่องนั้นเป็นบทบังคับหรือไม่ (Jus Cogens) หรือมีข้อความขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยซึ่งเป็นบทบัญญัติห้ามอย่างโดยขาดหรือไม่ (Prohibitive Law) นอกจากนั้น เมื่อถ้อยคำดังกล่าวคล้ายคลึงมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ มาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่รองรับหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) และเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ของเอกชน ผู้เขียนจึงเห็นว่าสามารถนำแนวทาง

การตัดสินของศาลไทยตามมาตรา 151<sup>41</sup> มาใช้ประกอบการพิจารณาในประเด็นที่ว่าเรื่องที่จะนำมาใช้บังคับขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิในการบอกเลิกสัญญาของผู้ซื้อกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนมิได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก และมีใช้กรณีที่ CISG มีข้อความขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยซึ่งเป็นบทบังคับ (Jus cogens) เนื่องจากบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นบทบังคับ (Jus Cogens) จะเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ และจากการศึกษา พบว่านิติกรรมสัญญากรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ เรื่องแบบและอายุความ ดังนั้น เมื่อสิทธิในการบอกเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตาม Article 72 และ Article 73 มีใช้กรณีที่ CISG มีข้อความขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยซึ่งเป็นบทบังคับ (Jus Cogens) ผู้ซื้อจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามหลักอิสระในทางแพ่งได้ (Private Autonomy)

เพราะฉะนั้น หากผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ก่อนถึงวันกำหนดส่งมอบสินค้า ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหายได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน Article 72-73 เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ผู้เขียนเสนอให้ผู้ซื้อทำข้อตกลงไว้ในสัญญาว่า หากมีการผิดสัญญาซื้อขายก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ให้ถือว่าผู้ขายตกเป็นผู้ผิดนัดและผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันทีแม้ยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ก็ตาม

ในส่วนถัดมา ผู้เขียนจะวิเคราะห์ว่าหากผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ก่อนวันถึงวันกำหนดชำระหนี้ตามสัญญาหรือวันส่งมอบสินค้าในบริบทของกฎหมายประเทศอังกฤษ ประเด็นที่ว่าผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตาม Article 72 หรือ Article 73 ได้หรือไม่

<sup>41</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

การจะตอบคำถามนี้ได้ต้องพิจารณาว่าหลัก Anticipatory Breach ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

ศาลของประเทศอังกฤษมีอำนาจในการปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายต่างประเทศเนื่องจากกฎหมายต่างประเทศไม่สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามอนุสัญญาแห่งกรุงโรมว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อผูกพันตามสัญญา (Rome Convention on the law applicable to contractual obligations 1980) ใน Article 16<sup>42</sup> ซึ่งศาลจะพิจารณาว่าหากนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ ผลที่เกิดขึ้นจะขัดต่อแนวคิดหรือการประพฤติปฏิบัติของประชาชนในพื้นที่ (Local Norms) หรือไม่<sup>43</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิในการบอกเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้มีใช้กรณีที่ใช้กฎหมายภายในของต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในทางแพ่ง และสิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากผู้ขายจงใจผิดสัญญา ประกอบกับเมื่อพิจารณาความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ แนวคิดพื้นฐานของ Anticipatory Breach เป็นแนวคิดที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลในคดี *Mersey Steel and Iron Co v Naylor, Benzon and Co 1884*<sup>44</sup> ซึ่งได้ให้นิยามของการผิดสัญญาล่วงหน้าที่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตและสิทธิในการบอกเลิกสัญญา (Repudiation of a Contract) ไว้ดังนี้ “ในกรณีที่สัญญามีกำหนดเวลาชำระหนี้ในอนาคต หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งดำเนินการสัญญาต่อไปและปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายจะไม่ชำระหนี้เป็นการตอบแทน มีผลเท่ากับว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติตามสัญญา ในกรณีนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจพูดว่า 'คุณได้แจ้งให้ฉันทราบอย่างชัดเจนว่าคุณจะไม่ปฏิบัติตามสัญญา ข้าพเจ้าจะไม่รอจนกว่าคุณจะทำผิดสัญญา แต่จะถือว่าคุณผิดสัญญา และหากจำเป็นจะฟ้องเพื่อเรียกร้อง

<sup>42</sup> Rome Convention on the law applicable to contractual obligations Article 16 Ordre public provides: The application of a rule of the law of any country specified by this Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy ('ordre public') of the forum.

<sup>43</sup> Alex Mills, "The Dimensions of Public Policy in Private International Law," Volume 4, Issue 2 (2008).

<sup>44</sup> (1884) LR 9 App Cas 434

ค่าเสียหาย แต่ข้าพเจ้าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญา" ดังนั้น เมื่อ Anticipatory Breach เป็นหลักที่ปรากฏในกฎหมายอังกฤษย่อมสันนิษฐานได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่า บทบัญญัติใน Article 72 หรือ Article 73 มิใช่บทบัญญัติที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหายตามเงื่อนไขภายใต้ Article 72 หรือ Article 73 ได้

### 5.3.2.2 การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) กับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222

ในกรณีที่มีการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches แล้วศาลจะพิพากษาให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ตามแนวทางของ CISG ซึ่งเป็นกฎหมายต่างประเทศ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้ซื้อสามารถพิสูจน์กฎหมายจนเป็นที่พอใจแก่ศาลแล้ว ค่าเสียหายประเภทดังกล่าวจะขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยหรือไม่ ทั้งนี้ ประเด็นดังกล่าวอาจพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายและพาณิชย์ เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องซื้อขายมิได้บัญญัติเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหายไว้ จึงต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องนี้มาใช้บังคับซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

ความรับผิดในทางหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีรากฐานมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยถือหลักว่า ไม่มีความรับผิด โดยไม่มีความผิด (No Liability Without Fault) กล่าวคือ ลูกหนี้จะต้องรับผิดในการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้บกพร่องเฉพาะกรณีที่ไม่ชำระหนี้หรือความบกพร่องดังกล่าวเกิดขึ้นจากการกระทำของลูกหนี้ ซึ่งการกระทำนั้นถือว่าเป็นความผิดหรือเป็นกรณีที่อาจโทษลูกหนี้ได้<sup>45</sup> โดยกฎหมายแพ่งเยอรมันแบ่งความรับผิดในการไม่ชำระหนี้ ออกเป็น 2 ฐาน<sup>46</sup> คือ ความรับผิดเพื่อการผิดนัด (Verzug) และความรับผิดเพื่อการชำระหนี้กลายเป็นไปวิสัย (Unmöglichkeit) สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยการไม่ชำระหนี้ อันเป็นการผิดสัญญาสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท<sup>47</sup> คือ

<sup>45</sup> โสภณ รัตนากกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 46-47.

<sup>46</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, ปัญหาการวิเคราะห์โครงสร้างความรับผิดทางหนี้ และสิทธิบอกเลิกสัญญา (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558), หน้า 231.

<sup>47</sup> พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด, คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมสัญญาและหนี้ ภาคนิติกรรมสัญญา และระบบพื้นฐานแห่งการบังคับชำระหนี้ เล่ม 1, หน้า 183-185.

1. การไม่ชำระหนี้เลย (Non-performance หรือ Breach of Contract) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213

2. การไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร (Positive Breach of Contract) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 215 กล่าวคือเป็นการชำระหนี้ที่ผิดไปจากความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการชำระหนี้ที่ผิดเวลา ผิดสถานที่ หรือชำระด้วยทรัพย์สินที่ผิดชนิด

3. การไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาหรือการชำระหนี้ล่าช้า (Delayed Performance)

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เป็นเหตุให้ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ให้ผู้ซื้อได้ เป็นกรณีที่ผู้ขายผิดหน้าที่ตามสัญญาโดยไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่ผู้ซื้อได้ (Non-performance) หรือที่เรียกว่าผิดสัญญา (Breach of Contract) และการไม่ชำระหนี้ดังกล่าวส่งผลให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหายผู้ขายจึงเกิดความรับผิดในทางสัญญา<sup>48</sup> โดยปกติผู้ซื้อ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้ผู้ขายชำระหนี้โดยปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตาม มาตรา 213 วรรคแรก กล่าวคือผู้ซื้ออาจฟ้องให้ผู้ขายส่งมอบสินค้า แต่เมื่อผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้กับบุคคลภายนอกแล้ว จึงเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้ เพราะการบังคับชำระหนี้จะกระทบบุคคลภายนอก การบังคับให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าจึงมีอาจเกิดขึ้นได้ เมื่อผู้ขายตกเป็นผู้ผิดนัดผู้ซื้อจึงมีสิทธิเรียกให้ผู้ขายชดเชยค่าเสียหายตามมาตรา 204 มาตรา 213 วรรคท้าย ประกอบมาตรา 215 เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้ขายมีความสามารถในการชำระหนี้ได้แต่ตั้งใจที่จะไม่ชำระ การผิดสัญญาจึงเกิดจากความผิดของผู้ขาย ซึ่งหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและขอบเขตในการเรียกค่าเสียหายสามารถพิจารณาได้จาก มาตรา 222 ที่ผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ ตามมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย เช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว" โดยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการผิดสัญญานั้นเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้

<sup>48</sup> จิต เศรษฐบุตตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดารารพร ธีระวัฒน์

(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 68.



ค่าสินไหมทดแทนจึงเรียกได้เพื่อทดแทนความเสียหายตามปกติที่ย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ รวมถึงค่าเสียหายที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษด้วย โดยสามารถแบ่งประเภทค่าเสียหายออกเป็น 2 ประเภท คือ

ก. ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายตามปกติที่ย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ หมายถึง ค่าเสียหายที่เป็นผลธรรมดาหรือผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่ทุกคนอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ เมื่อเป็นหนี้ที่เกิดจากสัญญา แม้คู่สัญญาไม่ได้ระบุไว้ในสัญญา แต่เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็สามารถเรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้ได้ เช่น หากผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย ค่าเสียหายที่ผู้ซื้อสามารถเรียกได้ คือ ราคาที่ผู้ซื้อต้องจ่ายสูงขึ้นในการไปซื้อสินค้าจากที่อื่น หรือราคาที่สูงขึ้นของสินค้าที่ผู้ขายไม่ส่งมอบ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เป็นต้น

ข. ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษ เป็นค่าเสียหายที่คนทั่วไปไม่อาจคาดเห็นได้ หรือเป็นความเสียหายพิเศษที่ไม่ได้เกิดขึ้นตามปกติแต่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์พิเศษ ซึ่งคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นก่อนล่วงหน้าแล้ว เพราะฉะนั้นโดยทั่วไปลูกหนี้จึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนี้ หากลูกหนี้ไม่อาจคาดเห็นได้ก่อนว่าจะเกิดอะไรขึ้นถ้าไม่ชำระหนี้ แต่ถ้าเหตุการณ์พิเศษที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้นลูกหนี้รู้อยู่ก่อนแล้วหรือควรจะรู้ เช่น ผู้ซื้อมีการแจ้งให้ผู้ขายทราบหรือมีพฤติการณ์ซึ่งทำให้ผู้ขายคาดเห็นได้เช่นนี้ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบ เพราะเท่ากับว่าผู้ขายย่อมคาดเห็นได้ว่าความเสียหายพิเศษจะเกิดขึ้นหากไม่ชำระหนี้ ผู้ซื้อจึงมีสิทธิเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนรวมไปถึงการเรียกค่าเสียหายพิเศษด้วย ซึ่งใช้หลักการการคาดเห็นทำนองเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศสและอังกฤษ<sup>49</sup>

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายผิดสัญญาไม่ส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อซึ่งผู้ซื้อได้แจ้งให้ผู้ขายทราบว่าตนซื้อสินค้ามาเพื่อนำไปขายต่อให้ลูกค้าของตน เมื่อผู้ขายผิดสัญญาผู้ซื้อจึงไม่สามารถนำสินค้านั้นไปขายต่อทำให้ผู้ซื้อขาดผลกำไรที่จะได้จากการขายสินค้านั้น ผลกำไรที่ควรจะได้ดังกล่าวเป็นความเสียหายที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบ เพราะผู้ขายสามารถคาดเห็นได้เนื่องจากผู้ซื้อได้แจ้งให้ผู้ขายทราบ

<sup>49</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 180-181.

ในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาระบบกฎหมายไทยนั้น ศาลฎีกาของประเทศไทยวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่าจะให้เฉพาะค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือที่เรียกว่าค่าเสียหายในเชิงทรัพย์สินเท่านั้น และหากสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้กระทำการได้ เจ้าหนี้จะต้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเสียก่อน ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายในการกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ นั้น มีวัตถุประสงค์ให้เจ้าหนี้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับผลประโยชน์เท่ากับหรือใกล้เคียงกับที่จะได้รับจากลูกหนี้หากมีการชำระหนี้กันตามสัญญาอย่างถูกต้อง<sup>50</sup> ค่าเสียหายที่เจ้าหนี้สามารถเรียกได้จึงหมายถึงความสูญเสียที่ทำให้ทรัพย์สินของเจ้าหนี้ลดน้อยลง (Out of Pocket Rule) รวมถึงผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เจ้าหนี้ควรจะได้รับ (Loss of Bargain Rule)<sup>51</sup> ซึ่งหมายถึงส่วนที่จะทำให้ทรัพย์สินของเจ้าหนี้เพิ่มขึ้นหากมีการชำระหนี้

จากการศึกษาพบว่า ศาลเคยมีวินิจฉัยให้ค่าเสียหายในผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับ ซึ่งศาลจะกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวต่อเมื่อผู้ขายได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นล่วงหน้าว่า ผู้ซื้อจะนำทรัพย์สินที่ซื้อไปขายต่อบุคคลอื่น ซึ่งเป็นความเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบ ดังตัวอย่างกรณีศึกษาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18292/2556 วินิจฉัยว่า แม้จำเลยจะทราบว่าโจทก์ประกอบกิจการซื้อสินค้าเพื่อนำไปขายแก่ลูกค้าของโจทก์ต่อไปก็ตาม แต่ก็ไม่แน่ว่าโจทก์จะตกลงขายสินค้าแก่ลูกค้าไว้ก่อน หรือมีข้อผูกพันที่จะต้องชำระค่าปรับแก่ลูกค้าของโจทก์แล้วหรือไม่ การที่จำเลยไม่ส่งสินค้าแก่โจทก์ตามสัญญาซื้อขาย จนเป็นเหตุให้โจทก์ต้องชำระค่าปรับแก่ลูกค้าของโจทก์ จึงมิใช่ค่าเสียหายที่คาดหมายไว้ว่าจะต้องเกิดขึ้น อันถือได้ว่าเป็นค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งจำเลยจะต้องรับผิดชอบเมื่อได้คาดหมายหรือควรคาดหมายถึงพฤติการณ์เช่นนั้นก่อนแล้ว ทั้งตามพยานหลักฐานของโจทก์ฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้ทราบหรือคาดคิดหรือควรคาดคิดมาก่อนแล้วว่า หากจำเลยไม่ส่งสินค้าให้โจทก์ โจทก์ต้องเสียค่าปรับแก่ลูกค้า จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายส่วนนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4844/2545 วินิจฉัยว่า โจทก์ประกอบธุรกิจขายสินค้าโทรศัพท์เคลื่อนที่และโจทก์ได้สั่งซื้อสินค้าที่สูญหายมาเพื่อขายหาผลกำไรในประเทศไทย จำเลยยอม

<sup>50</sup> พรรณิภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้" (คณະนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2522), หน้า 98.

<sup>51</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

ทราบดีเพราะจำเลยได้ติดต่อทำธุรกิจรับจัดการขนส่งสินค้าให้แก่โจทก์มาเป็นเวลานานหลายปี การที่สินค้าของโจทก์สูญหาย จำเลยควรจะคาดได้ว่าโจทก์จะต้องได้รับความเสียหายในส่วนที่เป็นค่าขาดผลกำไรจากการขายสินค้านั้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบโจทก์สำหรับ ความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษนี้ด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 957/2497 วินิจฉัยว่า ผู้จะขายที่ดินผิติดสัญญา ผู้จะซื้อที่ดินจึงไม่ได้ผลกำไรที่จะได้จากการที่ได้ทำสัญญาจะขายที่ดินนั้นให้แก่ผู้อื่นต่อไป ผลกำไรนี้เป็นค่าเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษ ถ้าผู้จะซื้อมิได้นำสืบให้เห็นว่าผู้จะขายได้รู้หรือควรจะรู้ได้อยู่แล้วก็จะให้ผู้จะขายรับผิดชอบในความเสียหายเช่นว่านี้ไม่ได้

จากบทบัญญัติและตัวอย่างคำพิพากษาข้างต้น พบว่าค่าสินไหมทดแทนจากการผิติดสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ขายไม่ชำระหนี้หรือที่เรียกว่าผิติดสัญญา ค่าสินไหมทดแทนจึงเรียกร้องเพื่อทดแทนความเสียหายตามปกติที่ย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ รวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่พฤติการณ์พิเศษ<sup>52</sup> ซึ่งในการกำหนดค่าเสียหายจะใช้หลักเรื่องการคาดเห็น ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิติดสัญญาชดใช้เยียวยาให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะทางเศรษฐกิจเสมือนหนึ่งไม่มีการผิติดสัญญา หรือเสมือนได้รับการชำระหนี้ตามสัญญา ในกรณีผลกำไรที่สูญเสียไปจะพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย เช่น ผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับหากซื้อสินค้ามาเพื่อนำไปขายต่อ โดยมีได้พิจารณาความเสียหายจากผลกำไรของผู้ขายซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ผิติดสัญญาได้รับ จึงตรงข้ามกับค่าเสียหายประเภท Disorgement Damages

เมื่อพิจารณาหลักการข้างต้น จะพบว่า มาตรา 222 และ Article 74 ของ CISG อยู่บนหลักการพื้นฐานเดียวกัน กล่าวคือเป็นการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการผิติดสัญญาเกิดขึ้น (Compensation) ดังนั้น Disorgement Damages จึงอยู่นอกขอบเขตของบทบัญญัติดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในการชดใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 222 พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติซึ่งเป็นบทบังคับเด็ดขาดหรือเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะต้องห้ามอย่างเด็ดขาด ดังนั้น เมื่อผู้ขายจงใจผิติดสัญญาเพื่อหวังผลกำไรโดยนำสินค้าไปขายให้แก่

<sup>52</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 57.

บุคคลภายนอก เนื่องจากจะได้รับผลกำไรมากขึ้นกว่าการปฏิบัติตามสัญญากับผู้ซื้อ ศาลไทยอาจกำหนดให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ได้ เนื่องจากการจะนำ Disgorgement Damages มาปรับใช้ได้หรือไม่ นั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวหรือไม่ แต่จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 หรือไม่<sup>53</sup> ดังนั้น ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages อาจมีจำนวนมากกว่าค่าเสียหายที่ผู้ซื้อจะมีสิทธิรับตามมาตรา 222

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหายและภาระการพิสูจน์ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำแนวทางที่ผู้เขียนเสนอไว้ในข้อ 5.2 มาปรับใช้

อนึ่ง อาจมีผู้โต้แย้งว่าการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะเป็นการทำให้ผู้ซื้อได้รับผลกำไรเกินควรจากการผิดสัญญา อันจะขัดกับเจตนารมณ์ของมาตรา 222 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการชดใช้ความเสียหายสำหรับความเสียหายที่ฝ่ายผู้ซื้อได้รับจริง ๆ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการคำนวณกำไรจากการผิดสัญญา หรือไม่

เพื่อตอบคำถามในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนขอยกตัวอย่างเพื่อให้ผู้อ่านเห็นภาพประกอบ ดังนี้ ในการทำสัญญาซื้อขายฉบับหนึ่ง A ตกลงขายเจลแอลกอฮอล์จำนวน 10 ลัง ซึ่งมีต้นทุน 1,000 บาท ให้ B ผู้ซื้อรายแรกในราคา 2,000 บาท แต่ต่อมา A ตัดสินใจขายและส่งมอบให้ C ในราคา 6,000 บาท ซึ่งหลักเกณฑ์คำนวณ Disgorgement Damages ที่ผู้เขียนเสนอคือให้ผลกำไรที่ผู้ขายได้รับมีค่าเท่ากับความแตกต่างระหว่างราคาที่ผู้ขายขายสินค้านั้นให้แก่บุคคลภายนอกกับราคาที่ผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อ ดังนั้น A จะต้องชดใช้เงินให้ B เป็นเงิน 4,000 บาท (6,000-2,000) แม้จะดูเหมือนว่า B ได้รับเงินที่สูงกว่าค่าเสียหายตามปกติที่ B ควรจะได้รับ แต่ในการค้าระหว่างประเทศ B อาจต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ตั้งแต่ขณะทำสัญญากับ A เช่น ค่าเตรียมการเช่าโกดังเพื่อเก็บสินค้า ค่าระวางเรือ ค่าประกันภัย ค่าดำเนินการทางพิธีการทางศุลกากรเพื่อนำเข้าสินค้า เป็นต้น และ

<sup>53</sup> ทั้งนี้ แม้ประเด็นที่ว่า การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือไม่ กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีการกำหนดใช้ชดใช้ค่าเสียหายประเภทนี้หรือไม่ เป็นประเด็นที่แตกต่างกัน แต่ก็ยังเป็นประเด็นที่น่าสนใจที่จะศึกษาต่อไปว่า ในกฎหมายไทยควรมีบทบัญญัติให้ศาลกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวหรือไม่

หากพิจารณาจากหลักในทางเศรษฐศาสตร์จะพบว่า การเข้าทำสัญญา B เกิดค่าเสียโอกาสขึ้น (Opportunity Cost) เมื่อตกลงทำสัญญาซื้อขายกับ A เพราะ B เสียโอกาสที่จะทำสัญญากับผู้ขายรายอื่น ซึ่งเมื่อทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัด ในการตัดสินใจเลือกทางเศรษฐกิจทุกครั้งย่อมเกิดต้นทุนเสมอ เมื่อตัดสินใจเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วจะเกิดต้นทุนค่าเสียโอกาสตามมามีใช้เพียงต้นทุนที่เป็นตัวเงิน แต่ยักรวมถึงต้นทุนแอบแฝงที่มีใช้เป็นตัวเงินด้วย เช่น การฟ้องคดีมิใช่มีเพียงแต่ค่าทนายความ ค่าเอกสาร แต่ยักรวมถึงต้นทุนค่าเสียโอกาสที่ต้องใช้เวลาที่ต้องไปศาล ซึ่งสามารถนำเวลาที่เสียไปใช้ทำกิจกรรมอื่นได้ หรือค่าเสื่อมเสียชื่อเสียง เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้นหาก B ประสงค์ที่จะนำเข้าสู่สินค้าเพื่อขายต่อ B อาจต้องเสียเวลาในการหาข้อมูล (Searching Information Cost) หรือเสียเวลาในการเจรจาต่อรองกับผู้ขายรายใหม่ (Bargaining Cost) ซึ่งเป็นต้นทุนในทางเศรษฐศาสตร์ ค่าเสียหายที่ B ได้รับในรูปของ Disgorgement Damages จึงไม่สูงไปกว่าระดับที่เหมาะสมที่ B ควรจะได้รับจากการที่ A จงใจผิดสัญญา

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จะช่วยให้ผู้ซื้อได้รับการชดใช้ความเสียหาย โดยได้รับผลประโยชน์เท่ากับหรือใกล้เคียงกับการที่ผู้ขายชำระหนี้โดยถูกต้องตามสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 222 และค่าเสียหายประเภทดังกล่าวก็มีได้เป็นค่าเสียหายอันมีลักษณะเป็นการลงโทษผู้ขาย เนื่องจากแม้ผู้ขายนำผลกำไรที่รับมาชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อก็มีได้ทำให้ผู้ขายขาดทุนแต่ประการใด การกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวจึงมิได้ขัดต่อแนวคิดการชดใช้ค่าเสียหายตามหลักกฎหมายในเรื่องนี้ของไทยแต่อย่างใด

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษในเรื่องการกำหนดค่าเสียหายกรณีที่จำเลยจงใจผิดสัญญาพบว่า ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนอกจากจะปรากฏหลักการชดใช้ความเสียหายที่แท้จริงแล้ว (Compensatory Damages) ยังมีค่าเสียหายอีกประเภทหนึ่ง คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Exemplary Damages) ซึ่งหมายถึงค่าเสียหายที่มีได้เป็นการให้เพื่อทดแทนความเสียหาย แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษผู้ละเมิดในพฤติการณ์บางอย่าง<sup>54</sup> เพื่อป้องปรามมิให้บุคคลอื่นกระทำความผิดซ้ำลักษณะเดียวกันในอนาคต นอกจากนั้น การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวยังเป็นตัวเชื่อมระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายอาญา เพราะการกำหนด

<sup>54</sup> คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, หน้า 44.

ค่าเสียหายเชิงลงโทษนอกจากเป็นการเยียวยาทางแพ่ง ก็เป็นการลงโทษและการยับยั้งในทางอาญาเช่นกัน<sup>55</sup> ซึ่งในประเทศอังกฤษเคยมีคำพิพากษาให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชดใช้ Disgorgement Damages ในคดี Attorney General v. Blake โดยศาลพิพากษาให้จำเลยนำผลกำไรที่ได้รับจากการขายหนังสือมาชดใช้ให้โจทก์ (Disgorgement Damages) ซึ่งศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ไว้สามประการ ดังนี้ ประการแรก โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าโจทก์มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ที่เกิดโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Interest) ประการที่สอง การเยียวยาความเสียหายตามปกติ (Normal Remedies) ไม่เหมาะสม ประการสุดท้าย โจทก์ต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าจำเลยกระทำโดยจงใจหรือใช้กลฉ้อฉลเพื่อฉวยโอกาสไปแสวงหาผลกำไรจำนวนมากเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่จำเลยจะต้องชดใช้ให้แก่โจทก์ อนึ่ง ผู้เขียนได้อธิบายหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายไว้อย่างละเอียดใน หัวข้อ 2.4.4

จากคำตัดสินและหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า Disgorgement Damages อาจมีวิวัฒนาการต่อเนื่องมาจากค่าเสียหายเชิงลงโทษ เนื่องจากศาลนำมาใช้ในกรณีที่จำเลยตั้งใจฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามข้อตกลงในสัญญา (Breach of Contract) ซึ่งแม้จะไม่ถึงขั้นเป็นการกระทำผิดในทางอาญา แต่การฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาเป็นผลให้จำเลยได้รับผลกำไรที่มีค่ามากกว่าการปฏิบัติตามสัญญา Disgorgement Damages จึงอาจเป็นเครื่องมือหนึ่งที่จะช่วยป้องกันมิให้ผู้ขายจงใจจะผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่งจะส่งผลให้ข้อตกลงที่คู่สัญญาดตกลงกันไว้บรรลุผล หากการผิดสัญญาเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนดไว้ใน Attorney General v. Blake ผู้ซื้อควรได้รับการชดใช้ค่าเสียหายในรูปของ Disgorgement Damages โดยอาจไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นผู้ขายจงใจผิดสัญญาหรือไม่

จากแนวคำวินิจฉัยข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ของศาลประเทศอังกฤษไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น หากมีการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในคดี *Attorney General v. Blake* ศาลย่อมมีดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ได้

<sup>55</sup> อนุสรณ์ คงลาภ, "ค่าเสียหายเชิงลงโทษ : ความท้าทายใหม่ในระบบกฎหมายของประเทศไทย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 9 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา:

<https://oia.coj.go.th/th/file/get/file/20190208c81e728d9d4c2f636f067f89cc14862c133250.pdf>

### 5.3.2.3 การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรจากผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในกรณีที่มีเบี้ยปรับตามสัญญา

ปัจจุบันทางปฏิบัติในการทำสัญญาซื้อขาย คู่สัญญา มักจะกำหนดเบี้ยปรับไว้ เพื่อให้มีการชดใช้ค่าเสียหายในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการที่ผู้ขายหรือผู้ซื้อไม่ชำระหนี้ เบี้ยปรับมีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่คู่สัญญาได้กำหนดกันไว้ล่วงหน้าแล้วว่า หากมีการผิดนัดชำระหนี้ ให้รับเบี้ยปรับได้<sup>56</sup> ตามมาตรา 379<sup>57</sup> ซึ่งหมายความว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะรับเบี้ยปรับได้ ต่อเมื่อลูกหนี้มีความผิดในการไม่ชำระหนี้<sup>58</sup> ถ้ามีการส่งมอบเบี้ยปรับไว้แล้วต่อมากู้หนี้ผิดสัญญา เจ้าหนี้ก็มีสิทธิรับเบี้ยปรับได้ แต่ถ้ายังไม่มีการส่งมอบเบี้ยปรับ และต่อมากู้หนี้ผิดนัดเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกเอาเบี้ยปรับได้<sup>59</sup> ดังนั้น ถ้าลูกหนี้ยังไม่ผิดสัญญาเจ้าหนี้อย่อมไม่อาจริบหรือเรียกเอาเบี้ยปรับได้ ซึ่งทางปฏิบัติเบี้ยปรับอาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไป เช่น ค่าปรับ ค่าเสียหาย หรือดอกเบี้ย ดังนั้น หากผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อโดยนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอกย่อมเป็นกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญา หากมีข้อตกลงเรื่องเบี้ยปรับผู้ซื้อสามารถริบเบี้ยปรับได้

ในการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าในกรณีที่สัญญาซื้อขายมีข้อตกลงเรื่องเบี้ยปรับไว้แล้วว่า หากผู้ขายไม่ชำระหนี้ให้ผู้ซื้อ ผู้ซื้อก็จะสามารถริบเบี้ยปรับได้ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เพียงใดจึงจะเหมาะสม เพราะหากศาลกำหนดให้ผู้ซื้อริบเบี้ยปรับและกำหนดให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหาย ประเภท Disgorgement Damages อาจทำให้ผู้ขายต้องชดใช้ค่าเสียหายมากเกินไปกว่า ความเสียหายที่ผู้ซื้อได้รับหรือไม่

เบี้ยปรับเป็นสิ่งคู่สัญญา มุ่งกำหนดให้เป็นค่าเสียหายล่วงหน้าตามหลัก เสรีภาพในการทำสัญญาและหลักอิสระในการแสดงเจตนาที่คู่สัญญาจะตกลงกันอย่างไรก็ได้

<sup>56</sup> พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด, คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมสัญญาและหนี้ ภาคนิติกรรม-สัญญา และระบบพื้นฐานแห่งการบังคับชำระหนี้ เล่ม 1, หน้า 399.

<sup>57</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 379 บัญญัติว่า หนี้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นเบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ก็ดี หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควรก็ดี เมื่อลูกหนี้ผิดนัดก็ให้รับเบี้ยปรับ ถ้าการชำระหนี้อื่นจะพึงทำนั้นได้แก่งวดวันการอันใดอันหนึ่ง หากทำการอันนั้นฝ่าฝืนมูลหนี้เมื่อใด ก็ให้รับเบี้ยปรับเมื่อนั้น

<sup>58</sup> พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด, คู่มือสัมมนาและวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมสัญญาและหนี้ ภาคนิติกรรม-สัญญา และระบบพื้นฐานแห่งการบังคับชำระหนี้ เล่ม 1, หน้า 398.

<sup>59</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 400

หากกำหนดไว้เกินศาลอาจใช้ดุลพินิจในการปรับลดได้ตามมาตรา 383<sup>60</sup> ซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถตกลงแตกต่างเป็นอย่างอื่นได้ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เมื่อคู่สัญญากำหนดเบี้ยปรับไว้ หากผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อจะริบหรือเรียกเบี้ยปรับเพื่อการไม่ชำระหนี้ได้เพียงนั้น ซึ่งสามารถพิจารณาหลักเกณฑ์และขอบเขตของในการเรียกเบี้ยปรับได้จากมาตรา 380 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้าลูกหนี้ได้สัญญาไว้ว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันจะพึงรับนั้นแทนการชำระหนี้ก็ได้ แต่ถ้าเจ้าหนี้แสดงต่อลูกหนี้ว่าจะเรียกเอาเบี้ยปรับนั้นแล้ว ก็เป็นอันขาดสิทธิเรียกร้องชำระหนี้ต่อไป

ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ จะเรียกเอาเบี้ยปรับอันจะพึงรับนั้นในฐานะเป็นจำนวนน้อยที่สุดแห่งค่าเสียหายก็ได้ การพิสูจน์ค่าเสียหายยิ่งกว่านั้น ท่านก็อนุญาติให้พิสูจน์ได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถสรุปหลักเกณฑ์ได้ ดังนี้<sup>61</sup>

1. เจ้าหนี้มีสิทธิเลือกที่จะได้รับหรือเรียกเบี้ยปรับหรือเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้นตามมาตรา 380 วรรคแรก ซึ่งหากเจ้าหนี้ริบหรือเรียกเอาเบี้ยปรับ เจ้าหนี้ก็ไม่ควรเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้อีก เนื่องจากการกำหนดเบี้ยปรับเป็นการจำกัดกรอบความรับผิดชอบของลูกหนี้

ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เมื่อผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้บุคคลภายนอกไปแล้ว จึงเป็นกรณีที่ผู้ซื้อไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ขายชำระหนี้ได้ ตัวอย่างเช่น A ทำสัญญาขายเจลแอลกอฮอล์ให้ B 10 ลัง ราคา 10,000 บาท โดยมีข้อกำหนดเบี้ยปรับกันว่า ถ้า A

<sup>60</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 บัญญัติว่า ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป นอกจากกรณีทีกล่าวไว้ในมาตรา 379 และ 382 ท่านให้ใช้วิธีเดียวกันนี้บังคับ ในเมื่อบุคคลสัญญาว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนกระทำหรืองดเว้นกระทำการอันหนึ่งอันใดนั้นด้วย

<sup>61</sup> ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 449-451.



ไม่ส่งมอบต้องเสียเบี้ยปรับให้ B เป็นเงิน 1,000 บาท ต่อมาปรากฏว่า A ได้ส่งมอบสินค้าดังกล่าวให้แก่ C ในราคาที่สูงกว่าที่ตกลงไว้กับ B และ A ไม่สามารถผลิตเจลแอลกอฮอล์ได้อีกในช่วงระยะเวลาหนึ่งเนื่องจากขาดแคลนวัตถุดิบ เช่นนี้ B ย่อมมีสิทธิเรียกหรือเรียกเอาเบี้ยปรับจำนวน 1,000 บาท แทนการชำระหนี้จาก A ได้

จากตัวอย่างข้างต้น สามารถพิจารณาได้ว่าในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเรียกเบี้ยปรับแทนการชำระหนี้ และเมื่อเรียกเบี้ยปรับแล้ว ผู้ซื้อจะเรียกให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าอีกไม่ได้

2. หากเจ้าหนี้ไม่เรียกเบี้ยปรับและไม่ฟ้องเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนการชำระหนี้ได้ ตามมาตรา 380 วรรคสอง กล่าวคือ เจ้าหนี้สามารถเรียกเอาเบี้ยปรับเป็นฐานในจำนวนน้อยที่สุดในการฟ้องเรียกค่าเสียหาย เพราะค่าสินไหมทดแทนจากการไม่ชำระหนี้ย่อมสูงกว่าเบี้ยปรับที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ โดยเจ้าหนี้สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายเพิ่มเติมได้ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวถือว่าเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย ดังนั้น หากคู่สัญญาได้รับค่าเสียหายเพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนแล้ว คู่สัญญาไม่ควรที่จะเรียกเบี้ยปรับอีก เพราะจะทำให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์มากเกินไป

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร ให้ความเห็นไว้อย่างน่าสนใจว่า แม้บทบัญญัติมาตรา 380 วรรค 2 และมาตรา 383 มิได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าห้ามมิให้เจ้าหนี้เรียกเบี้ยปรับจากลูกหนี้ซ้ำอีกต่อหนึ่งในกรณีที่ตนได้รับค่าเสียหายแล้ว แต่ย่อมเห็นเจตนารมณ์ของบทบัญญัติได้ชัดเจนว่าเบี้ยปรับเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย ถ้าคู่กรณีกำหนดไว้สูงเกินไปศาลก็ลดได้ในทางตรงข้ามหากคู่กรณีกำหนดไว้ต่ำไป และเจ้าหนี้สามารถพิสูจน์ได้รับความเสียหายในจำนวนที่สูงกว่าเบี้ยปรับตามสัญญา เจ้าหนี้ก็อาจเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมได้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงโดยถือเอาเบี้ยปรับเป็นจำนวนน้อยที่สุดของการกำหนดค่าเสียหายก็ได้ แต่จะเรียกเอาทั้งเบี้ยปรับและค่าเสียหายอย่างเต็มจำนวนน่าจะไม่ได้<sup>62</sup>

<sup>62</sup> เกรียงไกร ไชยวงศ์, "รายงานการศึกษา เรื่อง "เบี้ยปรับ"" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา: [https://www.ocpb.go.th/download/article/article\\_20180223090649.pdf](https://www.ocpb.go.th/download/article/article_20180223090649.pdf)

จากตัวอย่างข้างต้น เมื่อ B ได้รับความเสียหายจำนวน 5,000 บาท จากการที่ A ผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ซึ่ง B ไม่สามารถฟ้องให้ A ส่งมอบเจลแอลกอฮอล์ให้ B จำนวน 10 ลัง ได้ เพราะ A ส่งมอบสินค้าให้กับบุคคลภายนอกไปแล้ว เช่นนี้ หาก B ใช้สิทธิเรียกเบี่ยงปรับ ตาม มาตรา 380 วรรคแรก คือ เรียกเบี่ยงปรับจำนวน 1,000 บาท ก็อาจไม่คุ้มกับความเสียหายที่ B ได้รับ ดังนั้น B อาจเลือกใช้สิทธิตามมาตรา 380 วรรค 2 คือ เรียกค่าสินไหมทดแทนจากการที่ A ไม่ชำระหนี้ โดย B สามารถใช้เบี่ยงปรับจำนวน 1,000 บาท เป็นฐานน้อยที่สุดของค่าเสียหายก็ได้ และหาก B สามารถพิสูจน์ได้ว่าการที่ A ไม่ส่งมอบสินค้านี้ดังกล่าว ทำให้ B เสียหายเป็นเงิน 5,000 บาท B ก็มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้อีก 4,000 บาท

ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายจากการที่ผู้ขายไม่ชำระหนี้ให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งแม้ไม่ได้ระบุในสัญญาผู้ซื้อก็สามารถเรียกร้องได้ เนื่องจากเป็นสิทธิของผู้ซื้อโดยคำนวณจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการนำสินค้าไปขายให้กับบุคคลภายนอก โดยผู้ซื้อจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นตามจำนวนที่เรียกร้อง ดังนั้น หากศาลกำหนดให้ผู้ขายชดเชยค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages และเห็นว่าเหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้ซื้อได้รับ ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดจำนวนเบี่ยงปรับลงได้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับฝ่ายผู้ขาย เพราะหากผู้ซื้อได้รับทั้งเบี่ยงปรับและค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages อาจทำให้ผู้ซื้อได้รับประโยชน์เกินสมควร

ทั้งนี้ ในการปรับลดเบี่ยงปรับ ผู้เขียนเสนอให้ศาลพิเคราะห์ทางได้เสียหายของผู้ซื้อทุกประการ มิใช่แค่ทางได้เสียในเชิงทรัพย์สินตามมาตรา 222 เท่านั้น แต่ศาลต้องพิเคราะห์ทางได้เสียในทางอื่น ๆ ด้วย เช่น ค่าเสียหายที่ผู้ซื้ออาจเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือความน่าเชื่อถือ ในกรณีที่ผู้ซื้อประสงค์จะซื้อสินค้าเพื่อนำมาขายต่อแต่ไม่มีสินค้าขายให้ผู้ซื้อรายย่อย หรือต้นทุนในการทำธุรกรรมของผู้ซื้อ (Transaction Cost) ซึ่งเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ เป็นต้น

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ หากมีประเด็นดังกล่าวขึ้นสู่ศาลตามกฎหมายอังกฤษ พบว่ากรณีผิดสัญญามีหลักการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า (Liquidated Damages) ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่กำหนดจำนวนเงินที่จะต้องชำระเมื่อมีการผิดสัญญา โดยประเมินค่าเสียหายในอนาคตไว้ล่วงหน้า อันมิใช่ค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าในลักษณะเชิงลงโทษ (Penalty) ซึ่งเป็นการกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่ค่อนข้างสูงเพื่อป้องกันมิให้เกิดการทำผิดสัญญา แต่ค่าเสียหายที่คู่สัญญาสามารถเรียกร้องได้ คือ Liquidated Damages หากคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายพิสูจน์ได้ว่า

ค่าเสียหายนั้นเป็นไปเพื่อการรักษาผลประโยชน์โดยชอบธรรมตามกฎหมาย ซึ่งค่าเสียหายดังกล่าว อาจไม่สอดคล้องกับค่าเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา

ผู้เขียนเห็นว่า หากผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่มีข้อกำหนดเรื่อง Liquidated Damages และมีจำนวนค่อนข้างสูง ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการปรับลด Liquidated Damages เช่นเดียวกันกับกฎหมายไทย เพราะหากศาลกำหนดค่าเสียหายทั้ง Disgorgement Damages และ Liquidated Damages จะมีลักษณะเป็นการลงโทษผู้ขาย (Penalty) ซึ่งจะผิดไปจากวัตถุประสงค์ที่กำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายจากการผิดสัญญา

#### 5.3.2.4 ตารางเปรียบเทียบลักษณะการผิดสัญญาและหลักการเยียวยาความเสียหาย ในกรณีที่มีการผิดซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ ในบริบทของ CISG และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาการเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดซื้อขายในลักษณะ Efficient Breaches ในบริบทของ CISG กับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นั้น สามารถสรุปความเหมือนและความแตกต่าง ดังนี้

ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบลักษณะการผิดสัญญาและหลักการเยียวยาความเสียหาย ในกรณีที่มีการผิดซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากประโยชน์ตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจในบริบทของ CISG และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเด็น	การผิดสัญญาซื้อขายฯ ภายใต้ CISG	การผิดสัญญาซื้อขายฯ ภายใต้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ลักษณะการผิดสัญญา	CISG มิได้มีบัญญัติใดกล่าวถึงลักษณะของการผิดสัญญาไว้โดยเฉพาะ ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่า Efficient Breaches อาจเกิดขึ้นได้สองลักษณะ คือ 1) วันถึงกำหนดส่งมอบสินค้า 2) ก่อนถึงวันกำหนดส่งมอบสินค้า ซึ่งอาจเป็นกรณีการผิดสัญญาที่ คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นใน	ในกรณีที่ Efficient Breaches เกิดขึ้นก่อนวันถึงกำหนดส่งมอบ ไม่มีบทบัญญัติใดรองรับสิทธิ และหน้าที่ของคู่สัญญาให้สามารถระงับยกเลิกการชำระหนี้ หรือสามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ก่อนครบกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญาไว้โดยตรง

	อนาคต (Anticipatory Breach) ตาม Article 72 – 73	แต่หากทรัพย์สินโอนไปยังบุคคลภายนอก ศาลไทยวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 389
<b>ความเสียหายที่ได้รับ การเยียวยา</b>	Article 74 เป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา รวมทั้งการขาดทุนในส่วนผลกำไร ซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษคู่สัญญา	มาตรา 222 ใช้ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหายสองประเภท คือ 1) ความเสียหายตามปกติที่เกิดขึ้น 2) ความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ
<b>ฐานของความรับผิด</b>	ลูกหนี้จะต้องรับผิดเมื่อไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้	ลูกหนี้จะต้องรับผิดเมื่อละเลยไม่ชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนด (Fail to Perform His Obligation)
<b>การคืนทรัพย์เมื่อมีการ เลิกสัญญา</b>	Article 84 กำหนดให้มีการให้คืนทรัพย์ตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (1) หน้าที่ของผู้ขายต้องเสียดอกเบี้ยในกรณีที่มีการใช้คืนราคา (2) หน้าที่ของผู้ซื้อต้องคืนประโยชน์อันได้รับจากสินค้า ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดลาภมิควรได้	มาตรา 391 กำหนดให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องทำให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่สถานะดังที่เป็นอยู่เดิม กรณีทรัพย์สินที่ได้ส่งมอบหรือโอนให้แก่กันไปแล้ว ให้คืนทรัพย์สิน ถ้าพ้นวิสัยที่จะคืนได้ก็ต้องชดเชยเงินให้แทน

ที่มา: จัดทำโดยผู้เขียน

## 5.4 สรุป

ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages เป็นค่าเสียหายที่มีได้บัญญัติไว้ใน Article 74 จึงปัญหาที่ยังไม่มีข้อยุติ ต้องอาศัยการอุดช่องตาม Article 7 (2) ซึ่งยังไม่เป็นที่ยุติว่าปัญหาดังกล่าว อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาแต่ยังไม่มีข้อยุติ หรือที่เรียกว่าเป็นช่องว่างภายใน CISG (Internal Gap) หรือ เป็นปัญหาที่อยู่นอกขอบของอนุสัญญาซึ่งเป็นช่องว่างภายนอก (External Gap) จึงแยกพิจารณาได้ ดังนี้ ประการแรก หากปัญหาดังกล่าวเป็นช่องว่างภายใน (Internal Gap) ซึ่งเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่ง อนุสัญญานี้ที่จะนำมาวินิจฉัยได้ ผู้พิพากษาก็จะต้องนำหลักทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของ CISG มาปรับใช้ ประการที่สอง หากพิจารณาว่าปัญหาดังกล่าวเป็นช่องว่างภายนอก (External Gap) ซึ่งการอุดช่องว่างจะไม่นำ หลักทั่วไปภายใต้อนุสัญญามาใช้ แต่จะต้องอาศัยกฎหมายภายในประเทศที่มีผลใช้บังคับกับคดี ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

ทั้งนี้ เพื่อให้อนุสัญญานี้มีพลวัตและสามารถนำบทบัญญัติหรือหลักการต่าง ๆ มาปรับใช้ในการ แก้ปัญหาที่มักเกิดขึ้นในทางการค้า ผู้เขียนเห็นว่าต้องอาศัยกลไกการอุดช่องว่างในการกำหนด ค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ภายใต้ Article 74 เช่น หลักสุจริต (Good Faith) หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ซึ่งหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของ CISG ศาลหรืออนุญาโตตุลาการควรตัดสินตามแนวทางการค้าระหว่างประเทศ แต่หากมิได้เข้าเป็นภาคี CISG จะอยู่ในฐานะกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งการจะนำมาใช้บังคับต้องเป็นตามหลักเกณฑ์ของ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งหากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ดังกล่าวก็จะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ ซึ่งอาจเกิดปัญหาสามประการดังนี้ คือ 1. สิทธิของผู้ซื้อกรณีที่มีการผิดสัญญาซื้อขายที่ผู้ซื้อคาดหมายได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้า ก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา 2. การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) และ 3. การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรจากผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในกรณี ที่มีเบี้ยปรับตามสัญญา

## บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 6.1 บทสรุป

จากสมมติฐานของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ที่ว่า “แม้บทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (United Nations Convention on Contracts for International Sales of Goods A.D.1980) หรือ CISG ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องค่าเสียหายแต่ละประเภทไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณา มิติ ด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ การเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) ควรครอบคลุมถึงค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ภายใต้เงื่อนไขบางประการ” ผู้เขียนได้ทำการศึกษา พบว่า บทบัญญัติต่าง ๆ ภายใต้ CISG ไม่ครอบคลุมถึงการเรียกร้องค่าเสียหายประเภทดังกล่าว ตามสมมติฐานที่ตั้งไว้ โดยได้ทำการวิเคราะห์และเสนอแนวทางในการตีความ ดังนี้

การผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) เป็นแนวคิดในทางเศรษฐศาสตร์ที่มองว่ากฎหมายควรยอมรับให้มีการผิดสัญญาประเภทนี้เกิดขึ้น เนื่องจากก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งการผิดสัญญาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในบริบทของการค้าภายในประเทศและการค้าระหว่างประเทศ เช่น A ตกลงขายหน้ากากอนามัย (mask) จำนวน 10 กล่อง ในราคา 50,000 บาท ให้ B ผู้ซื้อซึ่งอยู่คนละประเทศกัน แต่ต่อมาเมื่อโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) แพร่ระบาดทำให้หน้ากากอนามัยมีราคาสูงขึ้น A จึงนำหน้ากากอนามัยชนิดและปริมาณเดียวกันขายให้ C ในราคา 100,000 บาท เพราะจะทำให้ A ได้รับผลกำไรที่สูงขึ้นกว่าขายสินค้าให้แก่ B อาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ขายพิจารณาผลกำไรหรือผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ เป็นสำคัญ และผู้ขายต้องชดเชยค่าเสียหายในประโยชน์ที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับ ตามทฤษฎี Pareto จึงเห็นว่าไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดเสียประโยชน์ เพราะผู้ขายจะมีสถานะดีขึ้น (Better-off) ในขณะที่ผู้ซื้อไม่อยู่ในสถานะที่แย่ลง (Worse-off)

ทั้งนี้ แม้ว่าการผิดสัญญาที่มีมูลเหตุจูงใจจากผลประโยชน์ตอบแทนด้านเศรษฐกิจ (Efficient Breaches) จะไม่มีบทบัญญัติใน CISG ที่กำหนดลักษณะของการผิดสัญญาไว้อย่างชัดเจน แต่อาจจัดอยู่ในลักษณะของการผิดสัญญาที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Breach) ซึ่งมีบัญญัติไว้ใน Article 71 ถึง 73 ในกรณีที่ผู้ซื้อสามารถคาดหมายได้ว่าผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้ตนได้ก่อนวันถึงกำหนดส่งมอบสินค้า หรือหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นในวันถึงกำหนดส่งมอบ ก็อาจเป็นกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach) อันทำให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหาย ผู้ซื้อจึงมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่ง Article 74 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตในการเรียกร้องค่าเสียหายของผู้สัญญาไว้ สามารถสรุปได้ ดังนี้

1. มีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ซื้อเนื่องจากผู้ขายไม่มีปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา (No Performance) หรือผู้ขายชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

2. ความเสียหายที่ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องได้ต้องไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้ขายสามารถคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นล่วงหน้าในขณะที่ทำสัญญา

3. ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการผิดสัญญาของผู้ขาย

นอกจากนั้น บทบัญญัติดังกล่าวยังได้จำกัดประเภทของค่าเสียหายไว้ โดยกำหนดให้ค่าเสียหายมีจำนวนเท่ากับเงินจำนวนหนึ่งซึ่งเท่ากับความสูญเสีย รวมถึงการสูญเสียผลกำไรของผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นผลมาจากการผิดสัญญา ดังนั้น ค่าเสียหายที่ผู้ซื้อสามารถเรียกได้จากผู้ขาย ได้แก่ 1. ค่าเสียหายที่แท้จริงซึ่งเกิดขึ้นโดยตรงจากการผิดสัญญา (Actual Damages) และ 2. ค่าขาดผลกำไร (Loss of Profit) ซึ่งเป็นความเสียหายที่พิจารณาจากผลกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายคาดว่าจะได้รับ หากไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งการเยียวยาความเสียหายในรูปแบบดังกล่าวอาจไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อ เนื่องจากหากผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าตามสัญญา ผู้ซื้ออาจต้องหาข้อมูลเพื่อหาซื้อสินค้าจากผู้ขายรายใหม่ ผู้ซื้อย่อมเกิดต้นทุนค่าเสียหายโอกาส และมีค่าใช้จ่ายในการหาข้อมูล (Searching Information Cost) ค่าใช้จ่ายในการเจรจาต่อรอง (Bargaining Cost) ซึ่งอาจรวมถึงการฟ้องเรียกค่าเสียหายหากผู้ซื้อต้องฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อให้ผู้ขายชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์เรียกค่าเสียหายเหล่านี้ว่าค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรม (Transaction Cost)

ในปัจจุบัน พบว่ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้มีการกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไร เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติว่าด้วยการกลับคืนสู่ฐานะเดิมและลามิควรได้ (the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment) ค่าเสียหายประเภทดังกล่าวเป็นค่าเสียหายที่มีพื้นฐานมาจากความคิดที่ว่า บุคคลผู้กระทำผิดกฎหมาย หรือกระทำการใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ของตน ไม่ควรได้รับผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เกิดขึ้น จึงกำหนดให้ผู้นั้นไม่มีสิทธิได้รับผลประโยชน์หรือผลกำไร โดยจะต้องนำผลประโยชน์หรือผลกำไรที่ได้มาคืนให้ผู้นั้นเป็นเจ้าของ อาจกล่าวได้ว่าเป็นค่าเสียหายที่มีวัตถุประสงค์คล้ายกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เนื่องจากการยับยั้งหรือป้องกันมิให้การกระทำผิดเกิดขึ้น (Deterrence of Wrongdoing) แต่จากการศึกษา พบว่านักวิชาการหลายท่านมีความเห็นตรงกันว่า Disgorgement Damages มิได้มีลักษณะเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เพราะมิได้ทำให้ผู้ขายอยู่ในสถานะที่แย่ไปกว่าเดิมหากสัญญาซื้อขายฉบับแรกมิได้เกิดขึ้น ประกอบกับขอบเขตในการกำหนดค่าเสียหายจะไม่เกินไปกว่าผลกำไรที่ผู้ขายได้รับ จึงแตกต่างจากลักษณะของค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการยับยั้งและลงโทษจำเลย ในการคำนวณค่าเสียหาย ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในรูปของอัตราส่วนหรือเป็นเท่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจเกินไปกว่าผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการผิดสัญญา จึงแตกต่างจาก ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages นอกจากนั้น การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรยังปรากฏในกฎหมายและการตัดสินของศาลประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญา เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากมีการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ผู้ขายจะผิดสัญญา ในลักษณะ Efficient Breaches น้อยลง ซึ่งเป็นการส่งเสริมหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งสัญญา (Preservation of Contract) อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของ CISG และเมื่อค่าเสียหายดังกล่าว มิได้มีลักษณะเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ จึงไม่ขัดกับหลักการชดใช้ค่าเสียหายตาม Article 74

อย่างไรก็ตาม เมื่อค่าเสียหายดังกล่าวมิได้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนใน CISG จึงมีประเด็นว่า หากมีการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches จะกำหนดให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ให้แก่ผู้ซื้อได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวอาจเป็นประเด็นที่อยู่ในขอบเขตของ CISG ในเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหาย แต่เป็นประเด็นที่ยังไม่มีข้อยุติ ซึ่งเป็นช่องว่างภายใน (Internal Gap) ที่จะต้องอาศัยการตีความหรือการอุดช่องว่างโดยนำหลักทั่วไปภายใต้ CISG มาปรับใช้



หรือปัญหาดังกล่าวเป็นประเด็นที่อยู่นอกขอบเขตของ CISG เพราะบทบัญญัติใน CISG ไม่มีการกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าว จึงเป็นช่องว่างภายนอก (External Gap) ซึ่งการอุดช่องว่างจะไม่นำหลักทั่วไปมาใช้ แต่จะต้องอาศัยกฎหมายภายในประเทศตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลภายใต้ Article 7 มาปรับใช้

ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่า แม้ CISG จะมิได้มีการระบุค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages แต่เมื่อ CISG กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายภายใต้ Article 74 ประกอบกับ CISG มีหลักฐานพื้นฐานที่สำคัญอันได้แก่ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หลักสุจริต (Good Faith) และหลักการรักษาไว้ซึ่งสัญญา (Preservation of Contract) ย่อมแสดงให้เห็นว่า CISG สนับสนุนให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันไว้ และไม่ประสงค์ให้สัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นถูกยกเลิกได้ง่าย จึงไม่อนุญาตให้คู่สัญญาหนีภัยเหตุเล็กน้อยมาเป็นเหตุให้สัญญาสิ้นสุดลง โดยการเลิกสัญญาจะทำได้เฉพาะกรณีที่เป็นการผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญเท่านั้น (Fundamental Breach) เพราะการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีต้นทุนสูงกว่าการซื้อขายภายในประเทศ การเลิกสัญญาอาจทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับความเสียหาย เมื่อผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ย่อมขัดกับเจตนารมณ์ของ CISG กฎหมายจึงควรมีพลวัตสามารถนำหลักที่มีอยู่มาใช้ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเด็นดังกล่าวเป็นช่องว่างภายใน CISG ซึ่งต้องอาศัยการอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักทั่วไป (General Principles) อันเป็นพื้นฐานของอนุสัญญานี้ภายใต้ Article 7 แนวทางที่ผู้เขียนเสนอให้นำมาในการอุดช่องว่างมีดังนี้

แนวทางแรก การอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักการชดเชยเต็มจำนวน (Full Compensation) ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏใน Article 74 หลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาประโยชน์ของคู่สัญญา (Contractual Interest) กล่าวคือ การเยียวยาความเสียหายจะต้องให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวนตามความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ แม้ว่าผลกำไรที่ผู้ขายได้รับ (Disgorgement Damages) จะมีใช้ค่าขาดผลกำไรที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับ (Loss of Profit) ส่งผลให้ค่าเสียหายดังกล่าวอาจอยู่นอกขอบเขตของ Article 74 แต่หลักนี้อาจนำหลักนี้มาใช้ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ผู้ขายปฏิบัติตามสัญญาและเป็นการรักษาประโยชน์ตามสัญญาของผู้ซื้อ ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ Article 74 โดยใช้ร่วมกับหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตาม Article 84

และหลักสุจริตตาม Article 7 ทั้งนี้ จะไม่นำ Disgorgement Damages มาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาทุกกรณี แต่จะนำมาใช้ภายใต้เงื่อนไขบางประการเท่านั้น ดังที่ผู้เขียนจะได้เสนอหลักเกณฑ์การพิจารณาในข้อเสนอแนะในส่วนถัดไป

แนวทางที่สอง การอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏใน Article 84 บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาเมื่อมีการเลิกสัญญา โดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องคืนทรัพย์สินหรือเงินตามควรค่าแห่งการอันตนได้รับไว้ กล่าวคือผู้ขายมีหน้าที่ต้องคืนเงินรวมทั้งดอกเบี้ยให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อต้องคืนบรรดาประโยชน์อันได้รับจากสินค้าให้แก่ผู้ขาย เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเลิกสัญญา จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ซึ่งพื้นฐานมาจากแนวคิดการปลดปล่อยผลประโยชน์หรือผลกำไรของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อป้องกันมิให้เกิดลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment) ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และแนวทางการกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages จึงสามารถนำหลักนี้มาใช้ในการอุดช่องว่างโดยให้ผู้ขายคืนผลกำไรที่ได้รับมาให้แก่ผู้ซื้อเพื่อให้ผู้ขายกลับสู่ฐานะเดิมก่อนมีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น

แนวทางที่สาม การตีความและการอุดช่องว่างโดยอาศัยหลักสุจริต (Good Faith) ซึ่ง CISG กำหนดให้นำหลักสุจริตระหว่างประเทศมาใช้ในการตีความ ดังที่ปรากฏใน Article 7 (1) หลักสุจริต หมายถึง ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ หลักนี้จึงถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Legal Principle) ที่ศาลสามารถนำมาใช้ในการอุดช่องว่าง หลักดังกล่าวเป็นการกำหนดกรอบให้บุคคลจะต้องประพฤติปฏิบัติต่อกัน โดยไม่ต้องการคู่สัญญาใช้สิทธิที่เป็นไปในทางทุจริต จึงสามารถนำหลักสุจริตมาใช้ในการตีความความประพฤติของผู้ขายที่ผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้ขายจงใจผิดสัญญาเพราะมุ่งหวังผลกำไรที่จะเกิดขึ้น ซึ่งมีค่าสูงกว่าผลกำไรที่ผู้ขายจะได้จากการปฏิบัติตามสัญญากับผู้ซื้อเป็นการเอาเปรียบผู้ซื้อซึ่งขัดต่อหลักความไว้วางใจอันเป็นพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายสัญญา และเป็นการทำลายผลประโยชน์ที่ผู้ซื้อคาดว่าจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา และเมื่อการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นไม่เป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) จึงขัดต่อหลักสุจริต เพราะฉะนั้น หากผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches จึงสามารถนำหลักสุจริต หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาปรับใช้ร่วมกับหลักการชดเชยเต็มจำนวนเพื่อกำหนดให้ผู้ขายต้องชดใช้ค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages

หาก CISG รับเอาแนวทางที่ผู้เขียนเสนอไว้ข้างต้นมาปรับใช้ในบริบทของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ การนำ Disgorgement Damages มาใช้บังคับในประเทศไทยสามารถวิเคราะห์ปัญหาที่จะเกิดขึ้นและแนวทางการแก้ไข ดังนี้

กรณีแรก หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของ CISG อนุสัญญานี้จะมีผลใช้บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของประเทศ หากผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการก็จะต้องนำแนวทางที่ผู้เขียนเสนอข้างต้นมาปรับใช้

กรณีที่สอง หากประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี CISG จะอยู่ในฐานะกฎหมายต่างประเทศ ปัญหาว่าจะนำ CISG มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ ศาลต้องอาศัยหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือที่รู้จักกันว่ากฎหมายขัดกัน สำหรับประเทศไทย ศาลต้องพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ซึ่งการจะนำ CISG มาใช้บังคับในไทยได้นั้น คู่สัญญาจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ CISG ให้ศาลทราบตามมาตรา 8 ซึ่งในทางปฏิบัติ ศาลไทยถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ มิใช่ข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เอง และขอบเขตในการบังคับใช้จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (Order Public) หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย ตาม มาตรา 5 ซึ่งหากคู่สัญญาสามารถพิสูจน์ CISG ให้ศาลทราบแล้ว ปัญหาต่อมาที่ต้องพิจารณา คือ การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งประเทศไทยหรือไม่ ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นสามประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก สิทธิของผู้ซื้อกรณีและผู้ซื้อคาดหวังได้ว่าผู้ขายจะไม่สามารถส่งมอบสินค้าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย การไม่ชำระหนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามมาตรา 204<sup>1</sup> ซึ่งจะมีผลให้ลูกหนี้ต้อง

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 บัญญัติว่า ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ไซ้ ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้ว ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนเลย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้จากจำนวนนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้บอกกล่าว

ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาตรา 215<sup>2</sup> โดยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลัก Anticipatory Breach เช่นใน CISG อันจะทำให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาก่อนวันถึงกำหนดชำระหนี้ได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิของผู้ซื้อในการบอกเลิกสัญญาจากการที่ผู้ขายไม่ชำระหนี้เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนมิได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก หรือขัดต่อนโยบายของประเทศไทย ดังนั้น เมื่อสิทธิในบอกเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตาม Article 72 และ Article 73 จึงมิใช่กรณีที่ CISG มีข้อความขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยซึ่งเป็นบทบังคับ (Jus Cogens) ผู้ซื้อจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy)

ประเด็นที่สอง การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขาย (Disgorgement Damages) ขัดกับหลักการและเจตนารมณ์ของมาตรา 222 หรือไม่ วัตถุประสงค์ของกฎหมายในการกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ มิเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับผลประโยชน์เท่ากับหรือใกล้เคียงกับที่จะได้รับจากลูกหนี้หากมีการชำระหนี้กันตามสัญญาอย่างถูกต้อง ทั้งนี้ แม้ Disgorgement Damages จะมีใช้ค่าเสียหายประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การพิจารณาว่าจะนำค่าเสียหายประเภทดังกล่าวมาใช้บังคับได้หรือไม่ ต้องพิจารณาว่าหากศาลได้กำหนดให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยหรือไม่

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวจะช่วยให้ผู้ซื้อกลับไปอยู่ในสถานะเสมือนมีการชำระหนี้โดยถูกต้องตามสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับหลักการเยียวยาค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 222 และค่าเสียหายประเภทดังกล่าวก็ได้เป็นค่าเสียหายอันมีลักษณะเป็นการลงโทษผู้ขาย เนื่องจากแม้ผู้ขายนำผลกำไรที่รับมาชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อแล้วก็ได้ทำให้ผู้ขายขาดทุนแต่ประการใด หลักดังกล่าวจึงมิได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวได้

ประเด็นที่สาม การกำหนดค่าเสียหายจากผลกำไรจากผู้ขาย (Disgorgement Damages) ในกรณีที่มีเบี้ยปรับตามสัญญา หากคู่สัญญาได้มีข้อตกลงเรื่องเบี้ยปรับในกรณีไม่ชำระหนี้ไว้ในสัญญา ศาลอาจใช้ดุลพินิจปรับลดเบี้ยปรับ เพราะหากผู้ซื้อได้รับทั้งเบี้ยปรับและ Disgorgement Damages

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 บัญญัติว่า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้

จะทำให้ผู้ซื้อได้รับประโยชน์มากเกินไปจนเกินสมควรและเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้ มีข้อพิงระวังว่าการกำหนดค่าเสียหายประเภทดังกล่าวอาจส่งผลให้การผิดสัญญาลักษณะ Efficient Breaches เกิดขึ้นน้อยลง ซึ่งอาจไม่นำไปสู่การเพิ่มมูลค่าสูงสุดให้แก่สังคม (Value-maximisation) ตามแนวคิดแบบประโยชน์นิยม (Utilitarian Concept) และแนวคิดการวิเคราะห์กฎหมายด้วย เศรษฐศาสตร์ (Law and Economics) แต่การกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้จะช่วยส่งเสริมให้เกิดความไว้วางใจ เชื่อใจ ความซื่อสัตย์สุจริต และเป็นการส่งเสริมหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หลักการรักษาสัญญา (Preservation of Contract) ซึ่งเป็นพื้นฐานของ CISG อันจะก่อให้เกิดความแน่นอนในเชิงพาณิชย์ และความสัมพันธ์อันดีของคู่สัญญาในทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลดีต่อกิจกรรมในทางเศรษฐกิจตามมา

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อ CISG ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ในกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมให้สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (Good Faith) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) และหลักการรักษาสัญญา (Preservation of Contract) ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายควรเข้ามามีบทบาทโดยส่งเสริมให้เกิดความไว้วางใจในธุรกิจให้แก่คู่สัญญา ผู้เขียนเห็นควรเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาเบื้องต้น โดยมีหลักการสำคัญ ดังนี้

1. เมื่อ Article 25 มิได้กำหนดนิยามหรือลักษณะของการผิดสัญญาในสาระสำคัญไว้ (Fundamental Breach) ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวหากมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญเกิดขึ้นจะมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันที ผู้เขียนจึงเสนอให้เมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญาควรระบุไว้ในสัญญาว่า หากมีการผิดสัญญาในลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตั้งใจผิดสัญญาซื้อขายโดยมีมูลเหตุจากผลประโยชน์ตอบแทนทางเศรษฐกิจมาเกี่ยวข้อง (Efficient Breaches) เป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ เพราะหากการผิดสัญญาดังกล่าวมิใช่การผิดสัญญาในสาระสำคัญ ผู้ซื้อจะไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามหลักการรักษาสัญญา (Preservation of Contract) และอาจกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าไว้ (Liquidated Damages) หรือเบี้ยปรับไว้ในสัญญา เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการเรียกร้องค่าเสียหาย

2. แม้บทบัญญัติใน CISG จะไม่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายประเภท Disgorgement Damages ไว้ แต่เมื่อการผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ขัดกับหลักการพื้นฐานของ CISG ศาลอาจมีคำพิพากษาใหม่ในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมาย เพราะกฎหมายไม่ได้ยืนนิ่งอยู่กับที่ หากแต่มีการขับเคลื่อนไปอย่างต่อเนื่อง เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปดังสุภาษิตที่ว่า Every new decision - in every new situation - is a development of law. Law does not still. It moves continually.

ดังนั้น หากผู้ขายผิดสัญญาในลักษณะ Efficient Breaches ผู้เขียนเสนอให้ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการนำหลักสุจริต (Good Faith) หลักการชดเชยเต็มจำนวน (Full Compensation) ภายใต้ Article 74 และหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) หรือลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment) ภายใต้ Article 84 มาใช้ในการอุดช่องว่าง โดยกำหนดให้ผู้ขายต้องคืนผลกำไรที่ได้รับจากการขายสินค้าให้แก่บุคคลภายนอก (Disgorgement Damages) ให้ผู้ซื้อ หากการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

**ประการที่หนึ่ง** ผู้ขายเป็นผู้ผิดสัญญาซื้อขายเพียงฝ่ายเดียว (breach a contract unilaterally) กล่าวคือ การผิดสัญญาที่เกิดขึ้นเกิดจากผู้ขายเจตนาไม่ส่งมอบสินค้าที่ตกลงซื้อขายไว้ตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อโดยมิได้ตกลงกับผู้ซื้อก่อน จึงเป็นการผิดสัญญาซื้อขายโดยฝ่ายผู้ขายแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยปราศจากเหตุสุวิสัยหรือข้ออ้างตามกฎหมาย และการผิดสัญญาดังกล่าว ส่งผลให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหาย

**ประการที่สอง** ผู้ขายจงใจผิดสัญญาซื้อขายโดยนำสินค้าตามสัญญาขายและส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอกก่อนหรือถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ กล่าวคือ ผู้ขายคาดหมายว่าจะได้รับผลกำไรสูงกว่าการขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อจึงตัดสินใจขายและส่งมอบสินค้าให้แก่บุคคลภายนอกก่อนหรือถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ เนื่องจากบุคคลภายนอกตกลงซื้อสินค้าในราคาที่สูงกว่าที่ผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อ ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ขายมีเจตนาไม่สุจริต ฉกฉวยโอกาสในทางธุรกิจเพื่อแสวงหาผลกำไร

**ประการที่สาม** ผลของการผิดสัญญาทำให้ผู้ขายได้รับผลกำไรเพิ่มขึ้นซึ่งมีจำนวนมากกว่าผลกำไรที่ผู้ขายจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ผลของการผิดสัญญาทำให้ผู้ขายได้รับผลกำไรสูงขึ้นกว่าผลกำไรที่จะได้รับจากผู้ซื้อ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกรณีที่ผู้ขายตัดสินใจผิดสัญญาแล้วเก็บสินค้าไว้กับตนเองเพราะเห็นว่าในอนาคต สินค้าจะมีมูลค่าสูงขึ้น เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวยากต่อการพิสูจน์เจตนาของผู้ขาย เพราะผู้ซื้อไม่อาจทราบเจตนาภายในของผู้ขายและยากต่อการ

พิสูจน์ค่าเสียหายในผลกำไรของผู้ขาย (Disorgement Damages) เพราะผู้ซื้อไม่อาจทราบถึงผลกำไรที่ผู้ขายจะได้รับในอนาคต หรือกรณีที่ผู้ขายนำสินค้าไปขายให้แก่บุคคลภายนอกแล้วได้รับผลกำไรน้อยลง เนื่องจากหากผู้ซื้อได้รับความเสียหาย ผู้ซื้อย่อมเรียกร้องค่าเสียหายตาม Article 74

หากครบองค์ประกอบสามประการข้างต้นศาลต้องกำหนดให้ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งมีจำนวนเท่ากับผลกำไรที่ผู้ขายได้รับจากการนำสินค้าขายให้แก่บุคคลภายนอก ทั้งนี้ มีข้อพึงระวังว่าผู้ซื้อต้องมีหน้าที่ต้องบรรเทาผลเสียหายในเบื้องต้นก่อน มิฉะนั้นผู้ขายมีสิทธิขอลดจำนวนค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ได้ตาม Article 77

แนวทางในการคำนวณผลกำไร ผู้เขียนเสนอให้คำนวณจากผลกำไรที่ผู้ขายได้รับ (Disorgement Damages) มีค่าเท่ากับส่วนต่างระหว่างราคาที่ผู้ขายได้ขายสินค้าให้บุคคลภายนอกกับราคาที่ผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อ โดยให้ผู้ซื้อเป็นผู้พิสูจน์ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้ซื้ออาจนำสืบให้เห็นราคาของสินค้านั้นตามราคาตลาด และผู้ขายอาจพิสูจน์หักล้างนำสืบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นหรือต้นทุนเพื่อคำนวณผลกำไรสุทธิที่ผู้ขายได้รับจากการขายสินค้าให้แก่บุคคลภายนอก ทั้งนี้ แนวทางดังกล่าวเป็นเพียงแนวทางเบื้องต้นซึ่งอาจมีหลักเกณฑ์หรือวิธีในการคำนวณค่าเสียหายที่สมบูรณ์และชัดเจนกว่าที่ผู้เขียนเสนอ จึงเป็นประเด็นน่าสนใจที่จะศึกษาต่อไป

3. จากข้อโต้แย้งที่ว่า การกำหนดค่าเสียหายประเภท Disorgement Damages อาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในเชิงพาณิชย์ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อกิจกรรมในทางเศรษฐกิจ<sup>3</sup> ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการกำหนดการเยียวยาความเสียหายในรูปแบบของ Disorgement Damages หรือค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ขายขึ้น โดยการแก้ไขเพิ่มเติม Article 74 ของ CISG โดยเพิ่มเติมวรรคที่สอง ดังนี้ “ค่าเสียหายจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตามวรรคหนึ่ง รวมถึงผลกำไรที่ผู้ขายได้รับหรือจะได้รับ หากผู้ขายจงใจผิดสัญญาโดยนำสินค้าขายให้แก่บุคคลภายนอกก่อนหรือถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ อันทำให้ผู้ขายได้รับผลกำไรสูงขึ้น”

<sup>3</sup> Siems, M., "Disorgement of Profits for Breach of Contract : A Comparative Analysis," *Edinburgh Law Review*: p.51-53.

## บรรณานุกรม

- Alan F. Zoccolillo, J. Determination of the Interest Rate under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles Vs. National Law [Online]. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zoccolillo.html> [25 July 2020].
- Attorney General v Blake [2000] UKHL 45, A., James Edelman. Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property.
- Bennett, T. Article 72 Meaning and Purpose of the Provision [Online]. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb72.html> [5 April 2020].
- . Commentary on the International Sales Law Article 73 [Online]. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb73.html> [6 April 2020].
- Bryan A.Garner. Black's Law Dictionary. Seventh edition ed. United State of America West Publishing Co., 1990.
- Burnett, R. Commercial Litigation: The Consequences of Breach of Contract – Damages and Other Remedies. Thorogood Publishing Ltd 2002.
- Butler, P. Damages Principles under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Cisg) [Online]. 2018. Available from: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1177415/damages-principles-under-the-convention-on-contracts-for-the-international-sale-of-goods-cisg> [7 June 2020]
- C.M., B. M. J. a. B. Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention. Giuffrè, Milan: 1987.
- Corpus, C. E. Disgorgement [Online]. Available from: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/disgorgement> [2 April 2020]
- Council, C. A. Biography Professor Ingeborg Schwenzer [Online]. Available from: <https://www.cisgac.com/professor-ingeborg-schwenzer/> [7 June 2020].
- Cunnington, R. The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract. The Modern Law Review Limited Volume 71, Issue 4 (2008).



- Dictionary, B. s. L. Breach of Contract [Online]. Available from:  
<https://www.freelawdictionary.org/breach-of-contract/> [March 8, 2020]
- Dictionary, F. Installment Contract [Online]. Available from: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/installment+contract> [6 April 2020].
- Eicher, F. Pacta Sunt Servanda : Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 Cisg. LSE Law Review (2018).
- . Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 Cisg. LSE LAW REVIEW Volume 3 (2018): 29.
- Feldman, S. W. Rescission, Restitution, and the Principle of Fair Redress: A Response T Response to Professors Br Essors Brooks and Str Ooks and Stremitzer. Valparaiso University Law Review Volume 47 Issue 1 (2013 ).
- Felemegas, J. An Interpretation of Article 74 Cisg by the U.S. Circuit Court of Appeals. Pace International Law Review Volume 15, Issue 1 (2003).
- Gabriel, H. D. Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of U.S. And International Law. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- Germany, O. O. Case Law on Uncitral Texts (Clout) Abtract No.165 [Online]. 1 February 1995. Available from:  
[https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout\\_case\\_165\\_leg-1366.html](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_165_leg-1366.html) [1 April 2020].
- Gotanda, R. P. J. Y. Cisg-Ac Opinion No. 6, Calculation of Damages under Cisg Article 74 [Online]. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html> [10 June 2020].
- Gregory, K. Efficient Breach in the Philosophical Foundations of Contract Law. Oxford University Press Volume 4 (2014).
- Guide to Cisg Article 74 Secretariat Commentary (Closest Counterpart to an Official Commentary). [Online]. Available from:  
<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html> [13 August 2020].
- Hasen, D. L. a. R. L. Modern American Remedies: Cases and Materials. Fifth Edition ed. Newyork: Wolters Kluwer, 2019.
- Hill, G. a. K. Anticipatory Breach [Online]. Available from:

- <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2409> [12 March 2020].
- Hoskins, G. P. O. D. J. a. L. Property Rights the Key to Economic Development. Policy Analysis volume 482 (2003).
- Huber Peter and Alastair Mullis. The Cisg: A New Textbook for Students and Practitioners. sellier european law publishers, 2007.
- Institute, A. L. Restatement, Third, Restitution and Unjust Enrichment [Online]. Available from: <https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Third-Restitution-and-Unjust-Enrichment/?letter=R> [3 April 2020].
- Institute of International Commercial Law, P. L. S. Cisg: List of Contracting States [Online]. 2020. Available from: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-list-contracting-states> [5 March 2020. Tuesday, February 4, 2020]
- Institute, T. A. L. Founding of the American Law Institute [Online]. Available from: <https://www.ali.org/about-ali/story-line/> [14 June 2020].
- . How the Institute Works [Online]. Available from: <https://www.ali.org/about-ali/how-institute-works/> [14 June 2020].
- James, E. Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property. 1 edition ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002.
- Janssen, E. H. A. Disgorgement of Profits Gain-Based Remedies Throughout the World. Springer, 2015.
- John, H. O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd Ed. (1999) [Online]. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho73.html> [6 April 2020].
- Jr., R. J. S. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. The American Journal of Comparative Law Volume 55, No.4 (2007).
- Köln, O. Court of Appeal Köln (Oberlandesgericht) 21 May 1996 [22 U 4/96] [Online]. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html> [13 April 2020].
- Kordjazi, H. A., Mohammad & Yahyazadehjeloudar and Omid & Lavafpour, Ali. . Loss of Profit in Breach of Contract; Comparative Study between Iran and Convention of

International Sale of Goods (1980). 2012.

Kwarteng, H. O. The Good in the Bad Man Theory: A Quintessential Essay on Oliver Wendell Holmes's "Bad Man" Theory [Online]. Available from: <https://www.academia.edu/11810626/> [3 March 2020]

Law, I. o. I. C. L. o. t. P. U. S. o. 2012 Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods Digest of Article 7 Case Law [Online]. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-07.html> [14 June 2020].

Law, P. L. S. I. o. C. Legislative History Text of [1978] Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Approved by the United Nations Commission on International Trade [Online]. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1978draft.html> [4 April 2020].

Law, P. L. S. I. o. I. C. Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods [Online]. 1998. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html> [4 April 2020].

———. Digest of Article 25 Case Law [Reproduced with Permission of Uncitral] [Online]. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-25.html> [6 April 2020. 30 June 2009]

———. Guide to Cisg Article 74 [Online]. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html> [5 March 2020].

Liu, C. Additional Period (Nachfrist) for Late Performance: Perspectives from the Cisg, Unidroit Principles, Pecl and Case Law [Online]. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu4.html#iv> [15 April 2020]

———. Avoidance in the Case of an Installment Contract [Online]. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu11.html> [6 April 2020].

———. Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 Cisg, the Unidroit Principles, Pecl and Case Law [2nd Edition: Case Annotated Update (May 2005)] [Online]. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html> [4 April 2020].

- Lookofsky, J. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Article 84 Accounting for Interest and Other Benefits Received [Online]. Available from: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo84.html> [14 June 2020]
- . Anticipatory Breach and Instalment Contracts [Online]. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html> [12 March 2020].
- Lorenz, A. Fundamental Breach under the Cisg [Online]. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html#fn2> [5 April 2020].
- McCamus, J. D. The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment. Canadian Bar Review Volume 90, Issue 2 (2011).
- Mills, A. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. Volume 4, Issue 2 (2008).
- Nowlin, R. P. Seller's Remedies for Breach of Contract under the Uniform Commercial Code [Online]. Available from: [https://www.sssb-law.com/media/1124/seller\\_s\\_remedies\\_for\\_breach\\_of\\_contract\\_under\\_the\\_uniform\\_commercial\\_code.pdf](https://www.sssb-law.com/media/1124/seller_s_remedies_for_breach_of_contract_under_the_uniform_commercial_code.pdf) [14 June 2020].
- O'Neill, R. L. I. a. B. P. Disgorgement as a Viable Theory of Restitution Damages [Online]. Available from: [http://csglaw2020x.wiseadmin.biz/RA534S261/assets/files/News/israel\\_oneill\\_commercial\\_damages\\_reporter\\_jan\\_2014\\_lead\\_article.pdf](http://csglaw2020x.wiseadmin.biz/RA534S261/assets/files/News/israel_oneill_commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf) [15 June 2020].
- Rapporteur: Professor Doctor Yesim M. Atamer, I. B. U., Turkey. Cisg-Advisory Council Opinion No. 14, Interest under Article 78 Cisg. Adopted unanimously by the CISG Advisory Council following its 18th meeting, in Beijing, China on 21 and 22 October 2013.
- Rickett, C. E. F. Justifying Private Law Remedies. North America: Hart Publishing, 2008.
- Robert, H. A. Applying the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Elusive Goal of Uniformity [Online]. Available from: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/hillman1.html> [8 June 2020].
- Romero, L. J. Specific Performance of Contracts in Comparative Law : Some Preliminary Observations. Les Cahiers de droit Volume 27, Issue 4 (1986).
- Schlechtriem, P. Commentary on the Un Convention on the International Sale of

- Goods (Cisg). Second ed. Newyork: Oxford University Press, 1998.
- . Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (Cisg). 4th ed.: Oxford.
- . Uniform Sales Law - the Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany [Online]. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlech2.html> [16 July 2020].
- . Uniform Sales Law - the Un-Convention on Contracts for the International Sale of Goods [Online]. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-74.html> [6 April 2020].
- Scholl, Q. Why English Law Governs Most International Commercial Contracts [Online]. 2016. Available from: <https://www.qmts.com/blog/why-english-law-governs-most-international-commercial-contracts> [5 March 2020].
- Schwartz, D. M. a. A. The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest. Virginia Law Review Volume 97, Issue 8 (2011).
- Scott, C. J. G. R. E. Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. Yale L.J Volume 89, Issue 7 (1980).
- Seaman Christopher B., T. F. C., Brian J. Love, Norman V. Siebrasse, Masabumi Suzuki. Patent Remedies and Complex Products. Cambridge University Press, 2019.
- Sica, L. C. Gap-Filling in the Cisg: May the Unidroit Principles Supplement the Gaps in the Convention? [Online]. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html> [14 June 2020].
- Siems, M. Disgorgement of Profits for Breach of Contract : A Comparative Analysis. Edinburgh Law Review Volume 7, Issue 1 (2003).
- . Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis. Edinburgh Law Review Volume 7 (2013).
- Silveira, M. A. d. Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [Online]. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azeredo.html> [5 April 2020].
- Tayleur, T. The Common Law System: Why London Is the Jurisdiction of Choice [Online]. Available from: <https://www.openaccessgovernment.org/common-law-system/60421/>

[17 September 2020].

Ulen, R. C. a. T. Law and Economics. 6<sup>th</sup> ed.: Berkeley Law Books, 2016.

UNCITRAL. Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. United Nations Office at Vienna: English, Publishing and Library Section, 2016.

———. Report of Committee of the Whole Relating to the Draft Convention on the International Sale of Goods [Online]. Available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/legislative/doc-B01.html> [5 March 2020].

Union, O. J. o. t. E. Directive 2004/48/Ec of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights [Online]. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29> [2 April 2020].

University, C. Constructive Trust [Online]. Available from: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/constructive-trust> [12 May 2020].

University, C. Robert A. Hillman Edwin H. Woodruff Professor of Law [Online]. Available from: [https://www.lawschool.cornell.edu/faculty/bio\\_robert\\_hillman.cfm](https://www.lawschool.cornell.edu/faculty/bio_robert_hillman.cfm) [7 June 2020].

Wenqing Liao. The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law a Comparative Law and Economics Perspective United Kingdom Intersentia Publishing 2017.

Zeller, B. Comparison between the Provisions of the Cisg on Mitigation of Losses (Art. 77) and the Counterpart Provisions of Pecl (Art. 9:505) [Online]. 2005. Available from: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html> [6 March 2020].



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

**ภาคผนวก****United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods****A.D.1980**

PREAMBLE The States Parties to this Convention,

Bearing in mind the broad objectives in the resolutions adopted by the sixth special session of the General Assembly of the United Nations on the establishment of a New International Economic Order,

Considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States,

Being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade,

Have agreed as follows:

**Part I. Sphere of application and general provisions****Chapter I. Sphere of application****Article 1**

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:



- (a) when the States are Contracting States; or
- (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.
- (2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.
- (3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

#### **Article 2**

This Convention does not apply to sales:

- (a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use; (b) by auction; (c) on execution or otherwise by authority of law; (d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money; (e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft; (f) of electricity.

#### **Article 3**

- (1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.
- (2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services

#### Article 4

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

#### Article 5

This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person. Article 6 The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

#### Article 6

The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

### Chapter II. GENERAL PROVISIONS

#### Article 7

(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

### Part III. Sale of goods Chapter I. General provisions

#### Article 25

A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

#### Article 26

A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party.

#### Article 27

Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication. Article 28 If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention

#### Article 28

If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention

### Article 29

- (1) A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties.
- (2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.

## Chapter II. OBLIGATIONS OF THE SELLER

### Section III. Remedies for breach of contract by the seller

#### Article 45

- (1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may:
  - (a) exercise the rights provided in articles 46 to 52;
  - (b) claim damages as provided in articles 74 to 77. 14 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
- (2) The buyer is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.
- (3) No period of grace may be granted to the seller by a court or arbitral tribunal when the buyer resorts to a remedy for breach of contract.

#### Article 46

- (1) The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.
- (2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

(3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

#### **Article 47**

(1) The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations.

(2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

#### **Article 49**

(1) The buyer may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.

(2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;

(b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:

(i) after he knew or ought to have known of the breach;

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or

(iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

## Chapter V.

### PROVISIONS COMMON TO THE OBLIGATIONS OF THE SELLER AND OF THE BUYER

#### Section I. Anticipatory breach and instalment contracts

##### Article 71

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

(a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

##### Article 72

(1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.

(2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.

(3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

### **Article 73**

(1) In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligations in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract with respect to that instalment, the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment.

(2) If one party's failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time.

(3) A buyer who declares the contract avoided in respect of any delivery may, at the same time, declare it avoided in respect of deliveries already made or of future deliveries if, by reason of their interdependence, those deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract.

## **Section II. Damages**

### **Article 74**

Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

### Article 75

If the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.

### Article 76

(1) If the contract is avoided and there is a current price for the goods, the party claiming damages may, if he has not made a purchase or resale under article 75, recover the difference between the price fixed by the contract and the current price at the time of avoidance as well as any further damages recoverable under article 74. If, however, the party claiming damages has avoided the contract after taking over the goods, the current price at the time of such taking over shall be applied instead of the current price at the time of avoidance.

(2) For the purposes of the preceding paragraph, the current price is the price prevailing at the place where delivery of the goods should have been made or, if there is no current price at that place, the price at such other place as serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.

### Article 77

A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated. Section III. Interest



### Article 78

If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.

### Section V. Effects of avoidance

### Article 84

(1) If the seller is bound to refund the price, he must also pay interest on it, from the date on which the price was paid.

(2) The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods or part of them:

(a) if he must make restitution of the goods or part of them; or

(b) if it is impossible for him to make restitution of all or part of the goods or to make restitution of all or part of the goods substantially in the condition in which he received them, but he has nevertheless declared the contract avoided or required the seller to deliver substitute goods.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล

กมลวรรณ เทพหัสดิน ณ อยุธยา

วัน เดือน ปี เกิด

2 มิถุนายน 2536

วุฒิการศึกษา

สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรี หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปีการศึกษา 2558 สำเร็จเนติบัณฑิต เนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 69 และสำเร็จหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักอบรมวิชาว่าความแห่งนายความ เข้าศึกษาต่อหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต หมวดวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2561



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY