ข้อพิจารณาที่รัฐควรคำนึงในการทำสัญญาทางแพ่งกับคู่สัญญาภาคเอกชนเพื่อการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพ

Considerations that the Government Should Take into Account in Making Efficient International Transaction Contracts with Private Sectors

มัธยะ ยุวมิตร[1]

Matthaya Yuvamit

บทคัดย่อ

ในการปฏิบัติหน้าที่ทางราชการของหน่วยงานภาครัฐนั้นในบางครั้งอาจมีความจำเป็นที่จะต้องทำการจัดซื้อสินค้าจากต่างประเทศ โดยสัญญาทางการค้าหรือสัญญาซื้อขายนั้นอาจจะมีลักษณะที่เข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่ง ในส่วนของสัญญาทางแพ่งเพื่อการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมักจะมีข้อพิจารณาที่รัฐควรจะต้องคำนึงในการเข้าทำสัญญากับคู่สัญญาที่เป็นเอกชนต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับมาตรการเพื่อการเยียวยาความเสียหายจากการที่คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย เพราะถึงแม้ว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 จะกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิเรียกร้องให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ แต่ในขณะเดียวกันก็มีข้อบทอีกข้อหนึ่งที่กำหนดให้ศาลไม่จำต้องผูกพันที่จะต้องบังคับให้ เว้นแต่ว่าศาลจะได้กระทำไปตามกฎหมายแห่งรัฐที่ศาลตั้งอยู่ ดังนั้น ในการเข้าทำสัญญากับภาคเอกชนต่างชาติ คู่สัญญาภาครัฐจึงต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายของกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาประกอบด้วย นอกจากนี้คู่สัญญาภาครัฐยังควรที่จะพิจารณามาตรการเพื่อการเรียกร้องค่าเสียหายหากเกิดกรณีการผิดสัญญาที่ไม่สามารถเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เช่น การกำหนดข้อสัญญาว่าด้วยเบี้ยปรับหรือค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา เป็นต้น

คำสำคัญ : สัญญาทางแพ่ง การซื้อขายระหว่างประเทศ การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เบี้ยปรับ ค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา

---

[1] อาจารย์ประจำคณะโลจิสติกส์ มหาวิทยาลัยบูรพา

Abstract

In order to provide public services efficiently, in many cases, the government needs to sign procurement contracts with foreign businessmen. Depending on the objective of such contracts, the mentioned transaction contracts or contracts for the international sale of goods can be classified as administrative contracts or civil contracts. In regards to civil contracts for international trade, there are always some considerations that the government should take into account especially when the contract is prone to be breached by the private sectors. Although the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (CISG) allows the buyer to require performance by the seller of his obligations, it is also stipulated that the court not be bound to enter a judgment for specific performance unless the court would do so under its own law. Thus, in making international transaction contracts with private sectors, the government should also consider the legal system of the law applicable to the contract. Furthermore, it is also preferable, in case of failure to require specific performance, to enclose the remedy measure such as penalty clause or liquidated damages clause.

Keywords : Civil contracts, International Sale of Goods, Specific Performance, Penalty Clause, Liquidated Damages Clause

1. บทนำ

ในปัจจุบันหน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องทำการติดต่อซื้อขายสินค้าจากภาคเอกชนมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาซื้อขายเพื่อการจัดซื้อพัสดุ อุปกรณ์หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ในการให้บริการประชาชนหรือการจัดซื้อที่จำเป็นต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ภายในสำนักงานของหน่วยงานราชการเอง ในการนี้จากคดีความที่เคยเกิดขึ้นได้แสดงให้เห็นว่าสัญญาซื้อขายระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนนั้นอาจเป็นได้ทั้งสัญญาที่มีลักษณะในทางกฎหมายที่เรียกว่า “สัญญาทางปกครอง”[2] และสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาทางแพ่ง”[3] นอกจากนี้คู่สัญญาภาคเอกชนที่หน่วยงานภาครัฐเข้าทำสัญญาซื้อขายด้วยนั้นอาจเป็นได้ทั้งคู่สัญญาที่ประกอบธุรกิจภายในประเทศและผู้ประกอบการซึ่งมีสถานประกอบธุรกิจในต่างประเทศ โดยเฉพาะในส่วนของการทำสัญญากับผู้ประกอบการที่มีสถานประกอบธุรกิจในต่างประเทศมักจะตามมาด้วยประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาและปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่อง ซึ่งอาจมีพฤติการณ์ที่เป็นอุปสรรคสำคัญต่อการเรียกร้องการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ ดังนั้น ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะนำเสนอข้อพิจารณาที่รัฐควรคำนึงในการเข้าผูกพันตามสัญญาทางการค้าหรือสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่อาจต้องมีประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาและประเด็นปัญหาเกี่ยวเนื่องในลักษณะอื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง

2. ความทั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศของรัฐ

การที่รัฐเข้าทำสัญญาทางการค้าเพื่อจัดซื้อสินค้าที่จำเป็นจากต่างประเทศเป็นกระบวนการขั้นตอนหนึ่งที่สำคัญต่อการบรรลุเป้าหมายแห่งภารกิจต่างๆ ของรัฐ ดังนั้น ในการเข้าทำสัญญาซื้อขายกับเอกชนต่างชาติ รัฐจึงควรตรวจสอบอย่างรอบคอบว่าข้อสัญญาและกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นมีอยู่อย่างไร อย่างไรก็ดี การตรวจสอบข้อกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาในทางปฏิบัตินั้นอาจจะไม่เป็นไปโดยเรียบง่ายเหมือนอย่างที่คาดหมายไว้ ทั้งนี้เนื่องจากว่าในทางกฎหมายหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นอาจยังเป็นสิ่งที่ยังไม่อาจระบุได้อย่างแน่นอนทันทีว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับสัญญา เพราะผู้ใช้

---

[2] เช่น สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ที่มีวัตถุประสงค์ไว้ใช้เพื่อการเชื่อมโยงและรับส่งข้อมูลของประชาชนที่มาใช้บริการสาธารณะด้านการแพทย์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547) (ประชุมใหญ่)

[3] เช่น สัญญาจัดซื้อตู้ปราศจากเชื้อของกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2544) สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 61/2545) สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสวนหัวใจเพื่อใช้ในศูนย์หัวใจของส่วนราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 82/2545)

กฎหมายจะต้องพิจารณาในเชิงของเนื้อหาและวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเสียก่อน จึงจะสามารถวิเคราะห์ต่อไปได้ว่าสัญญาเหล่านั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน กล่าวคือ สัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนนั้นแม้ว่าจะปรากฏชัดเจนว่ามีหน่วยงานของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องในฐานะเป็นคู่สัญญาแต่ก็มิได้หมายความเสมอไปว่าสัญญาทุกฉบับที่มีลักษณะของคู่สัญญาเช่นนั้นจะต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายมหาชน ดังนั้น ในการพิจารณาว่าสัญญาฉบับใดจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนจึงต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาเสียก่อน ถ้าสามารถสรุปได้ว่าสัญญาที่รัฐได้ทำไปนั้นเป็นสัญญาที่มุ่งประสงค์ที่จะให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปได้อย่างสำเร็จลุล่วง สัญญาเช่นว่านั้นก็จะมีความเป็นไปได้ที่จะเข้าข่ายเป็น “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนอันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีที่สถานะแห่งคู่สัญญานั้นไม่เท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ดี สัญญาทางการค้าที่รัฐเข้าทำกับเอกชนนั้นหาได้จำเป็นต้องเป็นการซื้อขายในลักษณะที่มีความแตกต่างกันทางสถานะของคู่สัญญาโดยเสมอไปไม่ เพราะถ้าหากว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ในลักษณะที่เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือไม่ใช่สัญญาที่มีข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐอันส่งผลให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลแล้ว สัญญาดังกล่าวก็ย่อมมีแนวโน้มที่จะเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง[4] ดังนั้น ถ้าหากปรากฏว่ามีข้อขัดแย้งกันระหว่างภาครัฐของไทยกับเอกชนต่างชาติเกิดขึ้นจากสัญญา ข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทดังกล่าวก็จะต้องระงับลงด้วยวิธีการและภายใต้บังคับของกฎหมายที่คู่สัญญาได้กำหนดตกลงกันไว้ตามหลักเจตนาแห่งคู่กรณี (party autonomy) ซึ่งในทางทฤษฎีถ้าหากมิได้มีการกำหนดวิธีการและกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างว่าตนเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธินั้นก็จะต้องเป็นผู้นำเอาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่างๆ ไปฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งเมื่อศาลรับฟ้องไปแล้วก็จะพิจารณาและพิพากษาคดีต่อไปโดยอาศัยกฎหมายสารบัญญัติที่ถูกกำหนดขึ้นตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย (conflict of laws rules)

ดังนั้น ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นก็จะเข้าใจได้ในระดับหนึ่งว่า สัญญาทางการค้าหรือสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่ภาครัฐของไทยเข้าทำกับคู่สัญญาภาคเอกชนต่างชาตินั้นอาจเข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งก็ได้ แล้วแต่กรณี โดยสัญญาทั้งสองประเภทนี้ต่างก็มีลักษณะและผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งนี้เนื่องจากว่าถ้าหากสัญญาดังกล่าวเข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครองก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชนซึ่งจะมุ่งเน้นในเชิงสาธารณประโยชน์เป็นหลักและสถานะของคู่สัญญาภาครัฐก็ย่อมอยู่ในระดับที่สูงกว่า แต่ถ้าหาก

---

[4] นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2553), **สัญญาทางปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน), 246.

เป็นสัญญาทางแพ่งสัญญาเช่นว่านั้นก็ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน ซึ่งก็จะอยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา[5] อย่างไรก็ดี ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะกรณีของสัญญาระหว่างคู่สัญญาภาครัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการนำเสนอเชิงลึกเกี่ยวกับข้อพิจารณาบางประการที่น่าจะเป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาภาครัฐในเชิงกลยุทธ์ของการร่างสัญญา

3. ข้อพิจารณาในการทำสัญญาทางการค้ากับเอกชนต่างชาติที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน

การที่รัฐจัดซื้อสินค้าจากภาคเอกชนต่างชาติที่มีสถานที่ประกอบธุรกิจตั้งอยู่ในต่างประเทศนั้นอาจมีประเด็นที่รัฐควรจะต้องพิจารณาว่าถ้าหากเกิดข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายแล้ว ศาลหรืออนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีหรือชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ และกฎหมายภายในของประเทศเช่นว่านั้นจะหมายความถึงกฎหมายฉบับใด ทั้งนี้เนื่องจากว่าโดยหลักแล้วถ้าหากคู่สัญญามิได้ตกลงให้นำกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับกับสัญญาเป็นการเฉพาะแล้ว ศาลหรืออนุญาโตตุลาการก็จะต้องแสวงหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับโดยอาศัยกลไกตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย (conflict of laws rules) ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจกำหนดให้ไปใช้กฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาที่พิพาทก็ได้ เช่น กฎหมายแห่งสัญชาติร่วมกันของคู่กรณี กฎหมายแห่งถิ่นได้มีการทำสัญญา[6] กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้เกิดขึ้น กฎหมายแห่งถิ่นที่คู่สัญญาพึงปฏิบัติตามสัญญา[7] หรือมิฉะนั้นศาลหรืออนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้ใช้กฎหมายที่สัญญานั้นมีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงและใกล้ชิดที่สุดโดยพิจารณาจากตรรกะที่ว่าถ้าคู่สัญญาเป็นวิญญูชนและได้คำนึงถึงเรื่องนี้แล้วคู่สัญญาน่าจะเลือกกฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา[8] ทั้งนี้ แม้ว่าการอาศัยหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายหรือหลักความสัมพันธ์อย่างแท้จริงและใกล้ชิดที่สุดของสัญญาดังกล่าวจะทำให้ได้ข้อสรุปว่าศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ แต่ก็ยังคง

---

[5] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, (2555), **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 17, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน), 382.

[6] พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 13 วรรคแรก.

[7] พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 13 วรรคสอง.

[8] คดี Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A., (1971) A.C.572. อ้างถึงใน กมลมิตร วุฒิจำนงค์, (2528), "หลักการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาตามกฎหมายอังกฤษ," **วารสารนิติศาสตร์**, 15(1), 61.

ไม่อาจสรุปได้อย่างเด็ดขาดว่ากฎหมายภายในของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวตามหลักเกณฑ์เช่นว่านั้น คือกฎหมายฉบับใด เนื่องจากว่าในเรื่องของการซื้อขายระหว่างประเทศนั้นมีอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับหนึ่งคือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 : CISG)[9] (ต่อไปในบทความนี้เรียกว่า "CISG") ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เฉพาะที่ใช้บังคับกันอย่างแพร่หลาย[10] ดังนั้น แม้ว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายหรือหลักความสัมพันธ์อย่างแท้จริงและใกล้ชิดที่สุดของสัญญาจะทำให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการรู้แล้วว่าจะต้องใช้กฎหมายภายในของประเทศใดมาบังคับ แต่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการก็ยังคงจะต้องพิจารณาต่อไปว่าตนจะบังคับใช้กฎหมายฉบับใดระหว่าง "กฎหมายทั่วไป" ว่าด้วยการซื้อขายของประเทศนั้น (เช่น บทบัญญัติเรื่องซื้อขายตามบรรพ 3 ลักษณะ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย) กับ "กฎหมายเฉพาะ" ซึ่งเป็นฉบับที่อนุวัติการมาจาก CISG

ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะต้องนำ "กฎหมายเฉพาะ" ซึ่งเป็นฉบับที่อนุวัติการมาจาก CISG เพราะโดยหลักการว่าด้วยการใช้บังคับกฎหมายแล้ว ถ้าหากว่าเรื่องที่พิพาทนั้นเป็นเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ศาลหรืออนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายก็จะต้องนำเอากฎหมายเฉพาะมาใช้บังคับ ทั้งนี้ตามหลักที่ว่า "กฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไป" ซึ่งตรงกับหลักในภาษาลาตินที่ว่า "Specialls generalebus"[11] เว้นเสียแต่ว่ากฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวจะยังไม่มีกฎหมายเฉพาะ ซึ่งถ้าเป็นกรณีเช่นนี้ก็จะต้องพิจารณาคดีโดยใช้กฎหมายทั่วไป เช่นกรณีของประเทศไทยที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นเป็นการเฉพาะ การตีความสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายไทยจึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[12] นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ CISG นั้นจะไม่มีข้อบทที่ครอบคลุม

---

[9] อนุสัญญาฉบับนี้ถูกร่างขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ที่จะทำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทั้งนี้ ภายใต้ความพยายามที่จะลดอุปสรรคในการซื้อขายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกัน. Secretariat of the United Nations Commission on International Trade Law, สืบค้นเมื่อ 14 สิงหาคม 2556, จาก www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html.

[10] อนุสัญญาฉบับนี้มีภาคีจำนวนทั้งสิ้น 80 ประเทศจากทุกภูมิภาคของโลก. UNCITRAL, "Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)," Last updated 25th September 2013, สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2556 จาก www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

[11] สมยศ เชื้อไทย, (2555), **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน), 130.

[12] ชวลิต อัตถศาสตร์, (2554), **คำอธิบายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), 140.

ถึงประเด็นสำคัญบางประเด็น เช่น เรื่องของความมีผลสมบูรณ์ของสัญญา (validity of the contract) หรือเรื่องของกรรมสิทธิ์ในสินค้า (property in the goods)[13] ดังนั้น ในประเด็นดังกล่าวจึงต้องพิจารณาตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ[14] ซึ่งอาจจะปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายทั่วไปก็ได้

เพราะฉะนั้น ในการเข้าทำสัญญาซื้อขายกับภาคเอกชนต่างชาติที่มีสถานประกอบธุรกิจอยู่ต่างประเทศ หน่วยงานภาครัฐที่มีหน้าที่ตกลงเจรจาจึงควรศึกษาให้เกิดความชัดเจนด้วยเช่นกันว่าถ้าเป็นกรณีที่จะต้องมีการใช้บังคับกฎหมายต่างชาติที่เป็นของประเทศคู่สัญญาภาคเอกชนหรือกฎหมายของประเทศอื่นๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาแล้ว ในประเด็นเกี่ยวกับความมีผลสมบูรณ์ของสัญญาก็ดี ประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในสินค้าก็ดี หรือประเด็นอื่นๆ ที่ไม่ปรากฏอยู่ใน CISG นั้น ตามกฎหมายภายในของประเทศเหล่านั้นได้มีกำหนดกฎเกณฑ์ไว้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองไม่สามารถตกลงกันได้ในเรื่องดังกล่าวแต่ก็ยังคงมีความประสงค์ที่จะทำการซื้อขายสินค้ากัน จึงเลือกที่จะเลี่ยงการเจรจาตกลงในประเด็นซึ่งยังคงมีจุดยืนที่ขัดแย้งกัน ดังนั้น ในพฤติการณ์ลักษณะเช่นนี้ภาครัฐที่จะเข้าผูกพันตามสัญญาจึงควรที่จะหยั่งรู้ถึงผลในทางกฎหมายของแต่ละประเด็นที่ไม่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาเสียก่อน ทั้งนี้ด้วยวิธีการตรวจสอบจากหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งถ้าหากว่าได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ใช้บังคับและสามารถยอมรับในผลทางกฎหมายดังกล่าวได้แล้วจึงค่อยดำเนินการเข้าผูกพันตามสัญญาต่อไป

อย่างไรก็ดี นอกจากประเด็นต่างๆ ที่ CISG ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้โดยเฉพาะดังที่ได้อธิบายมาแล้วในข้างต้นนั้น ผู้เขียนยังเห็นว่ามีข้อพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งที่คู่สัญญาภาครัฐควรให้ความสำคัญในระดับที่ไม่น้อยไปกว่ากัน กล่าวคือ ในกรณีที่ CISG กำหนดให้หลักเกณฑ์บางประการ (อันได้แก่เรื่องของสิทธิในการเรียกร้องให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง หรือ specific performance) ต้องเป็นไปตามกฎหมายภายใน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ขายไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายกันให้แก่ผู้ซื้อจนเป็นเหตุให้มีความเสียหายเกิดขึ้น ประเด็นปัญหาที่ว่าผู้ซื้อจะมีสิทธิที่จะเรียกร้องหรือบังคับให้ผู้ขายต้องปฏิบัติการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ตนตามสัญญาได้หรือไม่นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาตามข้อบทแห่ง CISG แล้ว คู่สัญญาหรือผู้ใช้กฎหมายยังอาจต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของประเทศที่ถูกกำหนดให้ใช้บังคับกับสัญญาอีกด้วย ซึ่งในการนี้จะมีเรื่องของระบบกฎหมาย (system of law) ของแต่ละประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น ในบทความนี้ผู้เขียน

---

[13] See CISG 1980, Article 4.

[14] กำชัย จงจักรพันธ์, (2554), **กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 73.

จึงมุ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อในการที่จะเรียกร้องให้ตนได้รับการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) โดยผู้เขียนจะนำเสนอข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับกลยุทธ์ในการร่างสัญญาและข้อควรปฏิบัติเมื่อคู่สัญญาฝ่ายตรงข้าม (ผู้ขาย) ผิดหน้าที่ส่งมอบสินค้า ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ภาครัฐของไทยที่จะเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อต้องเสียสิทธิดังกล่าว นอกจากนี้ ถ้าหากโดยพฤติการณ์ปรากฏว่าการเจรจาระหว่างภาครัฐของไทยกับเอกชนต่างชาตินั้นมีปัญหาในเชิงอำนาจการต่อรองถึงขนาดส่งผลให้เราไม่อยู่ในวิสัยที่จะเจรจาให้มีข้อสัญญาในลักษณะที่เป็นการป้องกันปัญหาเช่นว่านั้นได้ ผู้เขียนก็จะนำเสนอในประการถัดมาซึ่งข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดเบี้ยปรับ (penalty clause) และค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา (liquidated damages clause) ทั้งนี้ การนำเสนอในทุกๆ ประเด็นจะอยู่ภายใต้บริบทแห่งสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG

3.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance)

ในเรื่องของสิทธิเรียกร้องให้มีการเยียวยาการผิดสัญญาด้วยวิธีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น CISG ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ในข้อ 46 (1) โดยมีสาระสำคัญว่าผู้ซื้ออาจเรียกร้องให้ผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่ว่าผู้ซื้อจะได้ใช้สิทธิในการเยียวยาที่ไม่สอดคล้องกับข้อเรียกร้องดังกล่าวไปแล้ว[15] แต่ก่อนที่จะมาพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้อ่านควรจะเข้าใจในหลักการเกี่ยวกับสิทธิเช่นว่านี้ตามกฎหมายในแต่ละระบบเสียก่อน กล่าวคือ ตามกฎหมายในระบบ Civil Law สิทธิในการเรียกร้องให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นจะถูกกำหนดให้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ โดยคู่สัญญา (เจ้าหนี้) อาจอาศัยสิทธิเช่นว่านั้นเพื่อร้องขอให้ศาลสั่งบังคับชำระหนี้ให้แก่ตนเป็นการเฉพาะเจาะจงได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่มีบทบัญญัติในมาตรา 213 ว่า “ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้” ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากว่า Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่ตั้งอยู่บนรากฐานแห่งหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda หรือ agreements must be kept)[16] ดังนั้น โดยอำนาจแห่งบทบัญญัติดังกล่าว เจ้าหนี้ที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาของลูกหนี้จึงมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ศาลทำการบังคับชำระหนี้ให้ตนโดยเฉพาะเจาะจงได้[17] ในขณะที่ตามกฎหมายในอีกระบบหนึ่งคือระบบ

---

[15] CISG 1980, 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.”

[16] Black’s Law Dictionary, (8th ed. 2004), **qtd. in Wikipedia,** สืบค้นเมื่อ 18 ธันวาคม 2556, จาก http://en.wikipedia.org/wiki/Pacta_sunt_servanda.

[17] หากไม่ประสงค์จะบังคับชำระหนี้ เจ้าหนี้จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 386 ถึงมาตรา 388 ก็ได้ แล้วแต่เจ้าหนี้จะเลือก. ไพโรจน์ วายุภาพ, (2554), **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้**, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), 164.

Common Law เรื่องของการบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นจะเป็นอำนาจที่อยู่ในดุลพินิจของศาล (discretion of the court) ไม่ใช่สิทธิของเจ้าหนี้หรือคู่สัญญาที่จะเลือก (not a matter of right) ซึ่งโดยหลักแล้ววิธีการเยียวยาเช่นว่านี้จะถูกนำมาใช้เฉพาะกับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ (real estate) หรือทรัพย์สินเฉพาะตัว (personal property) เท่านั้น[18] เว้นแต่จะได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาอย่างชัดเจน (clear) แน่นอน (definite) และโดยสมบูรณ์ (complete) ว่าหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นจะต้องทำการเยียวยาความเสียหายด้วยการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ พฤติการณ์ยังจะต้องปรากฏต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการด้วยว่าการเข้าผูกพันตามสัญญาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นได้เกิดขึ้นโดยปราศจากข้อสงสัยแห่งกลฉ้อฉลหรือความไม่เป็นธรรม (free from any suspicion of fraud or unfairness)[19]

ดังนั้น ตามหลักกฎหมายแห่งระบบ Common Law ถ้าหากว่าวิธีการเยียวยาตามกฎหมายด้วยการชดใช้ค่าเสียหายด้วยเงิน (dollar damages) หรือการเยียวยาที่เป็นธรรมด้วยการเลิกสัญญา (equitable remedy of rescission) นั้นจะเป็นการเยียวยาที่เป็นการเหมาะสมและเพียงพอต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง และไม่ใช่ข้อพิพาทตามสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ (real estate) หรือทรัพย์สินเฉพาะตัว (personal property) ตลอดจนไม่มีข้อตกลงที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าจะต้องปฏิบัติการเยียวยาเพื่อการผิดสัญญาด้วยการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว ศาลหรืออนุญาโตตุลาการก็จะต้องพิพากษาหรือชี้ขาดข้อพิพาทให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นทำการชดใช้ค่าเสียหายด้วยเงิน (dollar damages) หรืออาจจะให้สิทธิในการเลิกสัญญาที่เป็นธรรม (equitable remedy of rescission) แก่คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญานั้น[20] เหตุผลที่กฎหมายมีหลักเกณฑ์ในลักษณะเช่นนี้ก็เนื่องมาจากว่าในระบบ Common Law นั้นมองว่าการผิดสัญญาของคู่สัญญาในบางกรณีอาจก่อให้เกิดประโยชน์หรือประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ (economically

---

[18] ทั้งนี้ เนื่องจากว่าชิ้นส่วนของอสังหาริมทรัพย์ในแต่ละชิ้นนั้นย่อมมีความแตกต่างออกไปจากชิ้นส่วนอื่น ๆ ของอสังหาริมทรัพย์ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ที่ดินนั้นเป็นทรัพย์สินที่เป็นหนึ่งเดียว (unique) ไม่อาจแบ่งแยกได้ เพราะฉะนั้น ศาลจึงต้องบังคับตามสัญญาเป็นการเฉพาะเจาะจงให้ทำการขายอสังหาริมทรัพย์ เพราะถ้าหากใช้วิธีการเยียวยาตามกฎหมายด้วยการชดใช้ค่าเสียหายด้วยเงิน (dollar damages) หรือการเยียวยาที่เป็นธรรมด้วยการเลิกสัญญา (equitable remedy of rescission) แล้ว การเยียวยาในลักษณะดังกล่าวอาจจะไม่เหมาะสมและไม่เพียงพอต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง. Robert N. Corley, Peter G. Shedd and Eric M. Holmes, (1986), Principles of Business Law, 3rd edition, (New Jersey: Prentice-Hall), 122.

[19] Ibid.

[20] Ibid.

efficient) มากกว่าที่จะไปบังคับให้คู่สัญญาต้องทำการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ตามหลักการว่าด้วยการผิดสัญญาที่มีประสิทธิภาพ (efficient breach theory)[21]

หลักการว่าด้วยการผิดสัญญาที่มีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจตามกฎหมายในระบบ Common Law นั้นอาจทำความเข้าใจได้ตามตัวอย่างดังต่อไปนี้ คือ สมมุติว่านาย ก สัญญาว่าจะขายสินค้าชิ้นหนึ่งให้กับนาย ข ในราคา 100 บาท โดยสินค้าดังกล่าวนี้นาย ข มีความผูกพันที่จะต้องนำไปขายต่อให้กับนาย ค ในราคา 120 บาท แต่ปรากฏว่าในระหว่างที่ยังมิได้มีการส่งมอบสินค้าดังกล่าวนั้น นาย ก กลับนำสินค้านั้นไปขายให้กับนาย ง ในราคา 150 บาท ผลจากการที่นาย ก นำสินค้าไปขายให้กับนาย ง นั้นทำให้นาย ข เกิดความเสียหายจากการขาดกำไรอันเนื่องมาจากการไม่สามารถนำสินค้าดังกล่าวมาขายให้กับนาย ค เป็นจำนวน 20 บาท[22] ดังนั้น ในกรณีนี้นาย ก จึงต้องชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 20 บาทดังกล่าวให้แก่นาย ข ในขณะที่นาย ก ก็จะยังคงมีกำไรจากการขายสินค้าดังกล่าวนั้นอยู่เป็นจำนวน 30 บาท[23] เพราะฉะนั้นในที่สุดแล้วจึงไม่มีบุคคลใดที่ได้รับความเสียหายอีกต่อไป ด้วยเหตุนี้การผิดสัญญาที่คู่สัญญาทุกฝ่ายยังคงได้ประโยชน์ในลักษณะเช่นนี้จึงเรียกว่า “การผิดสัญญาที่มีประสิทธิภาพ” (efficient breach)[24]

ดังนั้น เมื่อระบบกฎหมายของ Civil Law ซึ่งวางรากฐานอยู่บนหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) มีแนวความคิดที่แตกต่างไปจากระบบ Common Law ตามที่ได้อธิบายมาข้างต้นแล้ว ครั้นถึงเวลาที่*คณะกรรมาธิการ*สหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UN Commission on International Trade Law : *UNCITRAL*) จะต้องร่างอนุสัญญา CISG เพื่อให้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศของแต่ละรัฐมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน จึงเกิดความขัดแย้งกันในเชิงของหลักการพื้นฐานแห่งระบบกฎหมายทั้งสอง โดยมีประเด็นว่า CISG ควรจะใช้ระบบการเยียวยาความเสียหายจากการผิดสัญญาด้วยการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายนั้นมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาของ Civil Law หรือควรจะกำหนดให้ใช้มาตรการเยียวยาการผิดสัญญาด้วยการชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักการว่าด้วยการผิดสัญญาที่มีประสิทธิภาพของ Common Law

---

[21] According to Black’s Law Dictionary, **efficient breach theory is “the view that a party should be allowed to breach a contract and pay damages, if doing so would be more economically efficient than performing under the contract.” qtd. in Wikipedia,** สืบค้นเมื่อ 14 สิงหาคม 2556, จาก http://en.wikipedia.org/wiki/Efficient_breach.

[22] มาจาก ราคาที่จะขายต่อให้กับนาย ค (120 บาท) ลบด้วยราคาที่ซื้อมาจากนาย ก (100 บาท).

[23] มาจาก กำไรที่ได้จากการขายสินค้าให้กับนาย ง (50 บาท) ลบด้วยจำนวนที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับนาย ข (20 บาท).

[24] อนันต์ จันทรโอภากร, (21 ธันวาคม 2552), **บรรยายรายวิชาปัญหากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**, (กรุงเทพฯ: ธรรมศาสตร์), 761, (เอกสารถอดเทปคำบรรยาย).

ในที่สุด UNCITRAL ได้หาทางออกของปัญหานี้ด้วยการกำหนดข้อบทไว้เป็นบทหลักข้อหนึ่ง คือข้อ 46 (1) ที่กำหนดให้ผู้ซื้ออาจเรียกร้องให้ผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ตราบเท่าที่ยังมิได้ใช้สิทธิให้ตนได้รับการเยียวยาความเสียหายในลักษณะอื่นใดที่มิได้สอดคล้องกับข้อเรียกร้องดังกล่าวไปแล้ว[25] อย่างไรก็ดี ข้อบทดังกล่าวหาได้มีผลใช้บังคับในทันทีไม่ เพราะการที่จะระบุว่าผู้ซื้อจะมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามข้อ 46 (1) หรือไม่นั้น ผู้ใช้กฎหมาย (ซึ่งได้แก่ศาลและอนุญาโตตุลาการ) จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์แห่งข้อบทในข้อ 28 เสียก่อน ซึ่งข้อ 28 ได้กำหนดไว้ว่าในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้น ศาล (court) หาได้ผูกพันที่จะต้องพิพากษาให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามข้อเรียกร้องดังกล่าวไม่ เว้นแต่ว่าศาลจะได้กระทำไปตามกฎหมายแห่งรัฐที่ศาลตั้งอยู่ (unless the court would do so under its own law) [26] เหตุผลที่ CISG กำหนดข้อบทให้การบังคับตามสิทธินั้นเป็นไปตามกฎหมายภายใน (กฎหมายแห่งรัฐที่ศาลตั้งอยู่) ในลักษณะเช่นนี้ก็เนื่องจากว่าข้อบทดังกล่าวเป็นผลจากการประนีประนอมกันระหว่าง Civil Law กับ Common Law ซึ่งต่างก็มีแนวความคิดพื้นฐานที่ขัดแย้งกัน (conflicting basic approaches) และไม่อาจกำจัดหลักการตามแนวความคิดใดแนวความคิดหนึ่งหรือผสมผสานแนวความคิดทั้งสองเข้าด้วยกันได้[27] กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อ 28 นั้นเป็นข้อบทที่มุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่ศาลที่ตั้งอยู่ในประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Common Law ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าศาลอาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ก็ต่อเมื่อพฤติการณ์แห่งกรณีเข้าเงื่อนไขครบ 4 ประการ คือ[28] (1) ผู้ซื้อมิได้เรียกร้องให้เยียวยาความเสียหายในลักษณะอื่น เช่น การเรียกให้ลดราคา เป็นต้น (2) ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าได้หรือมีการส่งมอบสินค้าที่ชำรุดบกพร่องอย่างร้ายแรงถึงขนาดเข้าลักษณะเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ (fundamental breach) (3) ผู้ซื้อได้แจ้งหรือส่งคำบอกกล่าวในระยะเวลาอันสมควร (timely notice) โดยมีเนื้อความเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของสินค้าไปยังผู้ขายแล้ว และ (4) ผู้ซื้อได้เรียกร้องในระยะเวลาอันสมควรให้ผู้ขายจัดหามาให้ซึ่งสินค้าทดแทน (substitute goods) ดังนั้น ถ้าหากว่าข้อเท็จจริงไม่ครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการดังกล่าว ศาลก็จะต้องใช้วิธีการเยียวยาด้วยการชดใช้ค่าเสียหายด้วยเงิน (dollar damages) หรือการเลิกสัญญาที่เป็นธรรม (equitable remedy of rescission) ในขณะที่ศาลแห่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law นั้น ศาลอาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้แม้ว่าในพฤติการณ์แห่งกรณี

---

[25] CISG 1980, Article 46 (1), supra note 11.

[26] See CISG 1980, Article 28.

[27] Peter Schlechtriem, (1998), **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, (New York: Oxford University Press Inc.), 200.

[28] Richard Schaffer, Filiberto Agusti, Lucien J. Dhooge and Beverley Earle, (2011), **International Business Law and Its Environment**, 8th edition, (Stamford: South-Western Cengage Learning), 136.

ดังกล่าวการชดใช้ค่าเสียหายด้วยเงินจะเป็นการเพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ซื้อแล้วก็ตาม[29] กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาประสงค์ที่จะใช้สิทธิดังกล่าวและโดยสภาพแห่งหนี้นั้นก็เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้เช่นว่านั้นได้ ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวก็จะต้องสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นปฏิบัติการชำระหนี้ให้กับอีกฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น ในการเข้าทำสัญญาซื้อขายกับคู่สัญญาภาคเอกชนที่มีสถานประกอบธุรกิจอยู่ต่างประเทศ ภาครัฐของไทยจึงควรต้องคำนึงถึงข้อ 28 แห่ง CISG ประกอบด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สัญญาอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อกำหนด Applicable law ที่ให้นำกฎหมายในระบบ Common Law มาใช้บังคับ เพราะมิฉะนั้นแล้วภาครัฐ (ในฐานะเจ้าหนี้ส่งมอบ) อาจสูญเสียสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้หากคู่สัญญาฝ่ายตรงข้าม (ผู้ขาย) กระทำผิดสัญญา

นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ ข้อ 28 แห่ง CISG นั้นได้มีผู้ให้ความเห็นทางวิชาการว่าเป็นข้อบทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครอง “ศาล” (ซึ่งหมายความรวมถึงอนุญาโตตุลาการด้วย) มิใช่ข้อบทที่มุ่งคุ้มครองคู่สัญญาเหมือนดังข้อบทอื่นๆ ดังนั้น คู่สัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG จึงไม่อาจตกลงยกเว้น (opt out) หรือตกลงให้เป็นอย่างอื่นได้[30] ยิ่งไปกว่านั้น ข้อบทดังกล่าวจะต้องใช้บังคับเฉพาะกับประเด็นที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในข้อบทอื่นๆ ที่มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองศาล เพราะฉะนั้น ข้อบทอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาจึงยังคงสามารถตกลงยกเว้นหรือตกลงให้มีในลักษณะที่แตกต่างไปจากข้อบทแห่งอนุสัญญาได้[31]

กล่าวโดยสรุป ถ้าหากว่าภาครัฐของไทยมีความประสงค์ที่จะซื้อสินค้าจากภาคเอกชนต่างชาติ แต่ด้วยอำนาจการต่อรองที่ด้อยกว่าทำให้สัญญาซื้อขายต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของคู่สัญญาซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มระบบ Common Law ภาครัฐก็ควรพึงระลึกอยู่เสมอว่า ถ้าหากมีการผิดหน้าที่ส่งมอบสินค้าของคู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามเกิดขึ้น ศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาพิพากษาคดีหรือชี้ขาดข้อพิพาทอาจจะไม่บังคับให้คู่สัญญาที่ผิดสัญญานั้นปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเสมอไป ดังนั้น วิธีการป้องกันปัญหาดังกล่าวจึงอาจกระทำได้โดยการเรียกร้องให้มีข้อตกลงในสัญญาที่มีสาระสำคัญว่า ถ้าหากคู่สัญญาฝ่ายผู้ขายผิดสัญญาไม่ยอมส่งมอบสินค้าที่ได้ตกลงซื้อขายกันไว้คู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้ส่งมอบดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงได้ การกำหนดข้อสัญญาไว้ในลักษณะเช่นนี้จะมีผลทำให้ภาครัฐของไทยที่เป็นผู้ซื้อนั้นมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ แม้ว่าสัญญาดังกล่าวนั้น

---

[29] Ibid.

[30] อนันต์ จันทรโอภากร, **บรรยายรายวิชาปัญหากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**.

[31] เรื่องเดียวกัน.

จะตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายในระบบ Common Law ทั้งนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะต้องกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน แน่นอนและโดยสมบูรณ์ รวมทั้งภาครัฐของไทยจะต้องปฏิบัติและเก็บรวบรวมหลักฐานเพื่อการนำสืบพิสูจน์ให้ฟังได้ข้อเท็จจริงครบตามองค์ประกอบหรือเงื่อนไขแห่งการเรียกร้องการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงทั้ง 4 ประการดังที่กล่าวมาข้างต้นด้วย

3.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดเบี้ยปรับ (Penalty Clause) และค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา (Liquidated Damages Clause)

ตามที่ผู้เขียนได้เสนอแนะมาในข้อ 3.1 ข้างต้นว่าคู่สัญญาภาครัฐของไทยควรที่จะเจรจาให้เกิดข้อกำหนดในสัญญาที่ให้สิทธิในการเรียกร้องเพื่อการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าหากว่าโดยพฤติการณ์ในเชิงของอำนาจการต่อรองที่ด้อยกว่า วิธีการดังกล่าวไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้จริงๆ คู่สัญญาภาครัฐนั้นก็ควรที่จะเจรจาตกลงให้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายจากการผิดสัญญา ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของข้อกำหนดเบี้ยปรับ (penalty clause) หรือค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา (liquidated damages clause) ก็ได้ แล้วแต่คู่สัญญาจะตกลงกัน

ถ้าหากว่าคู่สัญญาเลือกที่จะตกลงกำหนดเบี้ยปรับ (penalty clause or stipulated penalty) ก็ควรจะตกลงกันกำหนดให้เบี้ยปรับมีจำนวนที่สูงเพียงพอที่จะครอบคลุมความเสียหายทั้งหมดที่อาจเกิดขึ้นจากการผิดสัญญา อย่างไรก็ดี คู่สัญญาภาครัฐของไทยควรจะคำนึงถึงปฏิกิริยาของคู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามที่อาจร้องขอต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการให้ปรับลดจำนวนเบี้ยปรับด้วยข้ออ้างที่ว่าจำนวนเบี้ยปรับนั้นมีจำนวนที่สูงเกินสมควร ดังนั้น คู่สัญญาภาครัฐ ซึ่งจะเป็นฝ่ายที่จะต้องรับภาระในการพิสูจน์ให้ได้ความว่าจำนวนเบี้ยปรับที่เรียกร้องนั้นเหมาะสมกับความเสียหายของตนอย่างไร จึงอาจจำเป็นต้องคำนวณค่าเสียหายแท้จริงอย่างสูงไว้และกำหนดจำนวนเบี้ยปรับไว้ในจำนวนที่สูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงอย่างสูงดังกล่าวไว้ในระดับหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้สามารถคงจำนวนเบี้ยปรับไว้ได้ในฐานที่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นถึงแม้ว่าจะมีการปรับลดจำนวนเบี้ยปรับลงก็ตาม

ในทางตรงกันข้าม ถ้าหากว่าคู่สัญญาเลือกที่จะกำหนดตกลงกันในอีกรูปแบบหนึ่งที่ให้มีข้อกำหนดเพื่อการชำระค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา (liquidated damages clause) ข้อสัญญาในลักษณะนี้เป็นข้อสัญญาที่นิยมใช้ในกลุ่มประเทศในระบบ Common Law โดยข้อสัญญาดังกล่าวนี้จะมีผลบังคับได้ตราบเท่าที่เนื้อหาแห่งข้อสัญญาในเรื่องของการเยียวยาความเสียหายนั้นสมเหตุสมผลกับความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น[32] ดังนั้น ในกรณีที่มีการตกลงกันด้วยข้อสัญญาในลักษณะนี้ ถ้าหากศาลหรืออนุญาโตตุลาการเห็นว่าสิ่งที่คู่สัญญากำหนดไว้นั้นมีลักษณะที่เป็นค่าเสียหายที่คู่สัญญาตกลงประเมินไว้ล่วงหน้า ก็จะถือเป็น liquidated damages ซึ่งถือเป็น

[32] มานิตย์ จุมปา, (2553), **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน), 112.

ข้อสัญญาที่มีผลบังคับใช้ได้ และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ชำระ liquidated damages ไปแล้วก็ถือว่าเงินที่ได้ชำระไปแล้วนั้นได้เข้าไปแทนที่ภาระหนี้ส่วนที่ตนไม่ได้ปฏิบัติ[33]

หลักการว่าด้วยการกำหนดค่าเสียหายในลักษณะของ liquidated damages clause ตามระบบ Common Law นั้นเป็นหลักการที่สอดคล้องและต้องตรงกันกับ CISG เพราะในข้อ 74 ของ CISG นั้นได้กำหนดว่า ค่าเสียหายสำหรับการผิดสัญญาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง หมายความถึงค่าเสียหายที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียไปอันเนื่องมาจากการผิดสัญญา และรวมถึงค่าเสียหายจากการขาดกำไรที่พึงจะได้รับหากไม่มีการผิดสัญญาด้วย *ซึ่งค่าเสียหายทั้งหมดจะต้องไม่เกินจำนวนที่คู่กรณีฝ่ายที่ผิดสัญญาจะสามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้*[34] เพราะฉะนั้น การที่ CISG กำหนดห้ามมิให้ค่าเสียหายทั้งหมดนั้นเกินจำนวนที่อาจคาดเห็นได้ตามข้อ 74 จึงเป็นการยอมรับหลัก liquidated damages ของ Common Law ที่จะต้องไม่มีจำนวนสูงเกินสมควรหรือเกินกว่าที่สามัญสำนึกจะพึงคาดหมายได้ว่าเป็นจำนวนที่สัมพันธ์กับความเสียหาย

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่า CISG จะมีข้อ 74 ที่กำหนดในเรื่องของการเรียกร้องค่าเสียหายที่สอดคล้องกันกับระบบ Common Law แต่ข้อบทดังกล่าวก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาซึ่งคู่สัญญามีอำนาจที่จะตกลงยกเว้นให้เป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น ถ้าหากว่าคู่สัญญาเลือกที่จะตกลงกำหนดเบี้ยปรับ (penalty clause) ในลักษณะที่สอดคล้องกับกฎหมายในระบบ Civil Law ก็ย่อมเป็นสิ่งที่สามารถกระทำและบังคับได้ตามกฎหมายเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ดี ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้มีข้อกำหนดเบี้ยปรับ (penalty clause) ผู้เขียนมีความเห็นว่าคู่สัญญาควรจะระบุลงไปในสัญญาด้วยว่าคู่สัญญาได้ตกลงยกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อนุวัติการ CISG ในเรื่องของค่าเสียหาย (Damages) ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นว่าคู่สัญญามีเจตนาแห่งคู่กรณีอย่างไรและยังเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาการตีความสัญญาที่อาจถูกโต้แย้งว่าเป็นการเรียกร้องที่ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอีกด้วย

4. บทสรุป

ด้วยประการทั้งปวงดังที่กล่าวมาข้างต้น ในการเข้าทำสัญญาซื้อขายกับเอกชนต่างชาตินั้น คู่สัญญาภาครัฐควรที่จะพิจารณาข้อกฎหมายให้เกิดความชัดเจนเสียก่อนว่าสัญญาซื้อขายที่จะกระทำนั้นเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าหากพิจารณาแล้วได้ข้อสรุปว่าเป็นสัญญาทางปกครองก็จะต้องวางกลยุทธ์ตามหลักการแห่งกฎหมายมหาชน แต่ถ้าพิจารณาแล้วพบว่าสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาภาครัฐนั้นก็ควรที่จะคำนึงถึง

---

[33] สรวิศ ลิมปรังษี, “Penalty Clause 8,” **จดหมายข่าววิทยบรรณสาร**, 5 (2), 3.

[34] See CISG, Article 74.

ข้อสัญญาที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องให้ตนสามารถบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ โดยจะต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายที่อาจมีข้อจำกัดต่อการเรียกร้องมาตรการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวด้วย นอกจากนี้คู่สัญญาภาครัฐยังควรที่จะพิจารณามาตรการเพื่อการเรียกร้องค่าเสียหายหากเกิดกรณีการผิดสัญญาที่ไม่สามารถเรียกร้องให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงประกอบกันไปด้วย เช่น การกำหนดข้อสัญญาว่าด้วยเบี้ยปรับหรือค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญา เป็นต้น

บรรณานุกรม

กมลมิตร วุฒิจำนงค์. (2528). “หลักการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาตามกฎหมายอังกฤษ.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 15 (1). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์.

กำชัย จงจักรพันธ์. (2551). **กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชวลิต อัตถศาสตร์. (2554). **คำอธิบายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). **สัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ไพโรจน์ วายุภาพ. (2554). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

มานิตย์ จุมปา. (2553). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์. (2555). **คำอธิบายนิติกรรม–สัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สมยศ เชื้อไทย. (2555). **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สรวิศ ลิมปรังษี. (2554). “Penalty Clause 8.” **จดหมายข่าววิทยบรรณสาร**. 5 : 2.

อนันต์ จันทรโอภากร. (21 ธันวาคม 2552). **คำบรรยายวิชา น.761 ปัญหากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ**. กรุงเทพฯ : ธรรมศาสตร์.. (เอกสารถอดเทปคำบรรยาย) .

Corley, Robert N., Shedd, Peter G. and Holmes and Eric M. (1986). **Principles of Business Law**. 3rd ed. New Jersey: Prentice–Hall.

Schaffer Richard, Agusti Filiberto, Dhooge Lucien J. and Earle Beverley. (2011). **International Business Law and Its Environment**. 8th edition. Stamford: South–Western Cengage Learning.

Schlechtriem, Peter. (1998). **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc.

Secretariat of the United Nations Commission on International Trade Law. (1987). **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [CISG]**. Retrieved August 14, 2013, from www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html.

UNCITRAL. (2013). **Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)**. Last updated 25th September 2013, from www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.