

บทที่ 2

หลักการทั่วไปของค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา

การเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาในประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่มีที่มาจากแนวคิดของกฎหมายโรมัน ต่อมาได้มีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายตามระบบ Common Law และ Civil Law ซึ่งมีความแตกต่างกันในเรื่องการเรียกค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ โดยบางประเภทของค่าเสียหายอาจเรียกได้ในศาลของประเทศหนึ่ง แต่เรียกไม่ได้ในศาลของอีกประเทศหนึ่ง กล่าวคือกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่บัญญัติเรื่องค่าเสียหายกรณีผิดสัญญามีความแตกต่างกัน เมื่อเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับการผิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ย่อมเกิดความไม่แน่นอนว่าภายใต้เขตอำนาจศาลในประเทศและเรียกค่าเสียหายประเภทใดได้บ้าง และเรียกได้มากน้อยเพียงไร ซึ่งบางกรณีอาจเป็นเรื่องดุลพินิจของศาล ขณะที่ในอีกบางกรณี ควรกำหนดให้ชัดเจนเพื่อทำให้ง่ายปฏิบัติค่าเสียหายมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

สำหรับการณีสืบหาบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าเสียหายภายใต้ CISG นี้ ถือได้ว่าเป็นอนุสัญญาที่มุ่งส่งเสริมให้เกิดความประนีประนอมในการใช้กฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหาย ซึ่งในความเป็นจริงในทางปฏิบัติหรือตามความเห็นของนักกฎหมายแล้ว ระดับความชัดเจนแน่นอนและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวนั้นมีมากน้อยเพียงไร จำเป็นต้องพิจารณาลำดับต่อไป โดยในเบื้องต้นที่ควรทำความเข้าใจคือหลักการทั่วไปของกฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาที่มีความหมายและลักษณะอย่างไร ค่าเสียหายแบ่งเป็นประเภทอะไรบ้าง รวมถึงหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ ซึ่งผลของการศึกษาในบทที่ 2 จะนำไปสู่การผสมผสานของระบบ Common Law และ Civil Law ในรูปแบบของอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ อย่างเช่น Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) และ CISG เป็นต้น

1 ความหมายและลักษณะของค่าเสียหาย

1.1 ความหมายของความเสียหายและค่าเสียหาย

ศาลในบางประเทศใช้คำว่า “damage” และ “damages” ราวกับว่าสองคำนี้มีความหมายเดียวกัน ทั้งที่สองคำนี้มีความหมายแตกต่างกัน กล่าวคือคำว่า “damages” หมายถึงจำนวนเงินที่จ่ายเป็นค่าชดเชย ซึ่งเรียกว่าค่าเสียหาย ขณะที่ “damage” ใช้เพื่ออธิบายลักษณะความเสียหายที่สามารถจ่ายเป็นค่าชดเชยได้

Lord Halsam นิยามคำว่า “damages” ในคดี *Broome v. Cassell & Co.* (1972) ว่า “Damages are the pecuniary compensation, obtainable by success in an action, for a wrong which is either a tort or a breach of contract...”² สรุปความหมายได้ว่าค่าเสียหายคือการชดเชยเป็นตัวเงิน โดยสามารถเรียกได้จากการชนะคดีในกรณีผู้สัญญาฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้กระทำละเมิดหรือผิดสัญญา

นักวิจารณ์หลายท่านให้ความหมาย “damages” ว่า “nothing more specific than a monetary award given for a wrong”³ ซึ่งให้ความสำคัญกับการเรียกค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น

¹ See E.g. Lord Sumner, *Weld-Blundell v. Stephens*, (1920) A.C. 956, at p.983; Lord Wright, *Liesbosch, Dredger v. Edison S.S.*, (1933) A.C. 449, at p.469, cited in A.I. OGU, B.C.L., M.A., *The Law of Damages*, Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1973, p.2.

² See *Broome v. Cassell & Co.* (1972) A.C. 1027 at 1070E, cited in Harvey McGregor, *McGregor on Damages*, Sweet & Maxwell Limited, 1997, p.3.

³ This definition of damages has been adopted by various commentators: J Stapleton “A New Seascope for Obligations: Reclassification on the Basis of Measure of Damages” in P Birks (ed.) *The Classification of Obligations* (Oxford Clarendon Press 1997) 193, 193; P Birks *Future 23*; P Cane “Exceptional Measures of Damages: A Search for Principles” in P Birks (ed.) *Wrongs and Remedies 300*, cited in James Edelman, *Gain – Based Damages*, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon, 2002, p.4.

ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนากกร ให้ความหมายคำว่า "ความเสียหาย" (damage)

"ค่าเสียหาย" (damages) และ "ค่าสินไหมทดแทน" (compensation)⁴ ไว้ดังนี้

"ความเสียหาย" (damage) หมายถึงความสูญเสีย หรือผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน สิทธิ หรือชื่อเสียงของบุคคล ความเสียหายมิได้จำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องของเงินทองเท่านั้น ความเสียหายในทางอื่นก็มีได้ ทั้งในเรื่องของสัญญาและละเมิด

"ค่าเสียหาย" (damages) หมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้เป็นการชดเชยความเสียหาย ความเสียหายอาจเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งมีในทรัพย์สินก็ได้ แต่การแก้ไขหรือชดเชยความเสียหายส่วนใหญ่มักต้องชดเชยกันด้วยเงิน ค่าเสียหายนั้น ศาลจะต้องคำนวณให้ว่าเจ้าหนี้ควรจะได้รับเป็นเงินเท่าใด โดยถือความเสียหายเป็นหลัก ความเสียหายนั้นโดยปกติผู้กล่าวอ้างจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น แต่ในเรื่องค่าเสียหายนั้น แม้เจ้าหนี้จะไม่พิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่า เป็นจำนวนเท่าใดแน่ เมื่อมีความเสียหายแล้วศาลก็อาจกำหนดให้ได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี

"ค่าสินไหมทดแทน" (compensation) หมายถึงการทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ เนื่องจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา หรือมีการละเมิด เป็นเรื่องทำงานของตัวเองกับค่าเสียหายนั่นเอง บางทีก็ใช้แทนกัน แต่คำว่าค่าสินไหมทดแทนนั้นหลักกฎหมายที่ว่าบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบให้ความเสียหายจะต้องให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม เสมือนไม่มีเหตุการณ์อันต้องรับผิดชอบเกิดขึ้น ในกรณีของละเมิดเห็นได้ชัดว่ามีการทดแทนเพื่อให้ผู้ถูกละเมิดกลับสู่ภาวะก่อนที่จะถูกละเมิด ซึ่งมีได้จำกัดอยู่เฉพาะการชดเชยด้วยเงินซึ่งเป็นค่าเสียหายเท่านั้น แต่รวมถึงการชดเชยอื่น เช่น คืนทรัพย์สิน ใช้ราคาทรัพย์สิน การทำให้ชื่อเสียงชดเชยกลับคืนด้วย เป็นต้น ในกรณีของสัญญาแม้จะมีการทดแทนเพื่อความเสียหายซึ่งเกิดจากการไม่ชำระหนี้ที่มีความมุ่งหมายจะให้เจ้าหนี้กลับสู่ฐานะที่มีภาระหนี้ตามสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งค่าสินไหมทดแทนมุ่งประสงค์ในทางจะทดแทนความเสียหายตามที่เป็นจริง มิใช่เป็นการลงโทษลูกหนี้ หรือเป็นการให้รางวัลแก่เจ้าหนี้หรือให้เจ้าหนี้ค่ากำไร กฎหมายของเราแต่เดิมมาไม่มีการให้ค่าเสียหายเป็นพิเศษ เพื่อเป็นการลงโทษจำเลยซึ่งเรียกว่า ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ (punitive damages) กับให้ค่าเสียหายพอเป็นพิธีโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่แท้จริง เพื่อเป็นการทำให้ใจหายที่ซึ่งเรียกว่า nominal damages อย่างในกฎหมายอังกฤษ แต่อย่างเราก็ได้ เราได้เริ่มนำความคิดเรื่องค่าเสียหายเพื่อการลงโทษมาใช้

⁴ โสภณ รัตนากกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9,

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551) น.162-163.

เป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๕ ต่อมาได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ และมีแนวโน้มว่าจะนำมาใช้กับความรับผิดชอบละเมิดในเรื่องอื่นๆ อีก

สำหรับ McGregor ได้เริ่มต้นข้อความในหนังสือ "McGregor on Damages" ว่าค่าเสียหายคือการชดเชยเป็นจำนวนเงิน แต่บทหนึ่งในหนังสือนี้กล่าวถึงค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ (punitive damages or exemplary damages) หรือค่าเสียหายเพื่อเป็นพิธีโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่แท้จริง เพื่อเป็นการตำหนิโทษ (nominal damages) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าค่าเสียหายอาจเรียกได้ในกรณีอื่น มิใช่เฉพาะเพื่อการชดเชยความเสียหายเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปว่าในการเรียกค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายจะต้องมีการกระทำผิดสัญญาและมีความเสียหายเกิดขึ้น แต่ในกรณี nominal damages นั้น ถ้ามีการกระทำผิดสัญญา แม้ว่าจะไม่มีความเสียหายก็สามารถเรียกค่าเสียหายได้ เพื่อเป็นการลงโทษสำหรับการกระทำผิดสัญญา ซึ่งการเรียกค่าเสียหายจะได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับหน้าตาของศาล ทั้งนี้จะต้องมีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้

1.2 ค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages และค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าที่มีลักษณะเชิงลงโทษที่เรียกว่า penalty

จากการค้นคว้าเกี่ยวกับค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages และค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าที่มีลักษณะเชิงลงโทษที่เรียกว่า penalty พบว่าเกี่ยวข้องกับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ศนันทกรณ (จำปี) โสตถิพันธ์ ได้ศึกษาไว้โดยละเอียดดังนี้

⁵ Zoppini A., La Pena Contractuale (Giuffrè: Milano), 1991, p.17 ss. อ้างใน ศนันทกรณ โสตถิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551) น. 348-349.

ในสมัยโรมัน การลงโทษโดยเอกชนด้วยกันมีมานานแล้ว แต่เป็นการตอบโต้ผู้ที่ก่อความเสียหายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนการลงโทษโดยข้อตกลงที่เป็นการตอบโต้ผู้ที่ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาหนี้มีมาตั้งแต่สมัยกรีกเสียอีก

สำหรับในกฎหมายโรมันเอง การลงโทษโดยข้อตกลงนั้น ต้องทำตามแบบที่เกิดจากการปลงวาจาโต้ตอบกันที่เรียกว่า “*stipulatio*” การลงโทษโดยข้อตกลงที่เรียกว่า *stipulatio poena* โดยลูกหนี้ให้คำมั่นกับเจ้าหนี้ที่จะจ่ายเงินจำนวนหนึ่งให้ในกรณีที่ตนไม่ชำระหนี้ ซึ่งอาจจะทำเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือทำแยกออกมาเป็นข้อตกลงต่างหากก็ได้ แต่ *stipulatio poena* ในสมัยโรมันก็ไม่เหมือนกับความคิดในเรื่องเบี้ยปรับในปัจจุบัน เพราะ *stipulatio poena* คือแบบพิธีที่สามารถมีผลผูกพันได้โดยไม่สนใจว่าหนี้ตามสัญญาหลักจะสมบูรณ์หรือไม่ และไม่สนใจว่าลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้โดยมี “ความผิด” หรือไม่ เพราะแม้ลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้เพราะเหตุผลสุดวิสัย เจ้าหนี้ก็ยังเรียกเบี้ยปรับได้

ต่อมา *stipulatio poena* ค่อยพัฒนามาสู่การทำหน้าที่เยี่ยงยา จึงเกิดการรวมกันระหว่างการเยี่ยงยากับการลงโทษ แต่นักกฎหมายโรมัน ท่านหนึ่งคือ *Paul* เห็นว่า ไม่ควรเอามารวมกัน ก็เลยเสนอความคิดว่า หนี้หลักแปลงเป็นเบี้ยปรับ เพราะการรวมกันน่าจะขัดกับหลักสุจริตที่เจ้าหนี้จะเรียกทั้งเบี้ยปรับเป็นการลงโทษ และเรียกให้เยี่ยงยาด้วยพร้อม ๆ กันไม่ได้

ครั้นเมื่อมีการทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ดีหรือประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีก็ดี ประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับก็ได้รับเอาความคิดเรื่องเบี้ยปรับแบบโรมันเข้ามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของแต่ละประเทศ เพราะประเทศทั้งสองถือเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน ความคิดเรื่องเบี้ยปรับในกฎหมายทั้งสองประเทศ จึงเป็นเรื่องของการลงโทษ กล่าวคือเป็นข้อตกลงที่ทำกันไว้ล่วงหน้าเมื่อมีการทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งว่าหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตรงตามสัญญา ฝ่ายนั้นจะต้องชำระเบี้ยปรับคือถูกปรับตามสัญญานั้นเอง

กฎหมายไทยในเรืองเบี้ยปรับได้รับเอาความคิดของกฎหมายเยอรมันมา ดังนั้น หากพิจารณาในด้านของประวัติศาสตร์ เบี้ยปรับในกฎหมายไทยก็ควรจะมีส่วนมาจากการลงโทษเช่นเดียวกันกับในกฎหมายเยอรมัน

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้เรื่องเบี้ยปรับในระบบกฎหมายไทยนั้นทั้งคำพิพากษาของศาลและในทางคำরাต่างอธิบายเป็นแนวเดียวกันมาตลอดว่า เบี้ยปรับคือค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ลำพังเพียงเท่านี้อาจยังไม่มีปัญหา แต่ปัญหาเกิดขึ้นเพราะมีนักกฎหมายที่ศึกษาในระบบ

คอมมอนลอว์นำเอาไปปรับของไทยไปพิจารณาในแนวคิดแบบคอมมอนลอว์ ซึ่งได้กล่าวถึงข้อตกลงที่คู่สัญญาผูกพันที่จะจ่ายเงินจำนวนหนึ่งในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ของตนหรือปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่ถูกต้องใน ๒ กรอบ คือการลงโทษที่เรียกว่า penalty กับการกำหนดจำนวนค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าเรียกว่า liquidated damages หากกำหนด penalty ไว้แล้ว ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้มีสิทธิได้ค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์ปกติ แต่หากเป็น liquidated damages เป็นการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้า ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ แต่ถ้าเจ้าหนี้เสียหายมากกว่า จะเรียกค่าเสียหายอีกไม่ได้

ในปัจจุบัน การทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมักจะตกลงกำหนดเงื่อนไขสัญญาเรื่องการเยียวยาหากเกิดกรณีผิดสัญญา ยกตัวอย่างเช่น อาจจำกัดความรับผิดชอบที่มีภาระเล็กน้อย เพราะเหตุการณบางอย่างอาจเกิดขึ้น หรืออาจจะไม่เช่นนั้น ค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages ซึ่งกรณีหลังนี้ ศาลในบางประเทศอาจจะปฏิเสธการบังคับใช้เงื่อนไขดังกล่าว ถ้าจำนวนค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ามีมูลค่าสูงเกินส่วนของความเสียหายที่แท้จริงหรือเกินกว่าความเสียหายสืบเนื่องอันควรที่จะเกิดขึ้นจากการผิดสัญญา

ค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาไม่ว่าจะเป็น Common Law หรือ Civil Law ต่างก็มีความฐานความคิดมาจากหลักกฎหมายโรมัน "casum sentit dominus" ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างต้องรับภาระค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ (accidental damages)⁶ แต่ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นโดยเจตนาหรือประมาทเล็กน้อยของผู้สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจะมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา และกรณีที่ไม่คำนึงถึงว่ามีเจตนาหรือประมาทเล็กน้อยในความผิดต่อสัญญานั้นหรือไม่ แต่ได้มีข้อตกลงไว้ในสัญญาแล้วว่าการผิดใดบ้างที่ถือว่าเป็นการผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งเรียกว่าค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages

ข้อกำหนดในสัญญาที่กำหนดจำนวนเงินที่จะจ่ายเมื่อผิดสัญญานี้อาจจะเป็นค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าที่มีลักษณะเชิงลงโทษที่เรียกว่า penalty ซึ่งไม่สามารถเรียกคืนได้ หรืออาจจะเป็นค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages ซึ่ง

⁶John Y. Gotanda, "Damages in Lieu of Performance because of Breach of Contract," *Villanova University School of Law*, (2006): p.3.

สามารถเรียกคืนได้⁷ ถ้าจำนวนเงินที่กำหนดไว้มีลักษณะเป็นการข่มขู่เพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่มีการทำผิดสัญญา ศาลก็จะพิจารณาว่าการคืนนี้คือค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าที่มีลักษณะเชิงลงโทษที่เรียกว่า penalty

ตาม Common Law กำหนดความแตกต่างระหว่างค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages และค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าที่มีลักษณะเชิงลงโทษที่เรียกว่า penalty ซึ่งมักก่อให้เกิดความสับสนและสร้างปัญหาในการตีความ กล่าวคือ ค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages และค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าที่มีลักษณะเชิงลงโทษที่เรียกว่า penalty เป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาเช่นเดียวกันเพื่อที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจะได้ไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหายจากการผิดสัญญาและจะได้เรียกค่าชดเชยตามจำนวนที่กำหนดไว้โดยไม่คำนึงถึงจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง กล่าวคือ liquidated damages จะแสดงถึงค่าเสียหายที่ประเมินไว้ล่วงหน้า ขณะที่ penalty จะเป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าในลักษณะเชิงลงโทษ ซึ่งเป็นจำนวนค่อนข้างสูงสำหรับการเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำผิดสัญญา ทั้งนี้ โดยปกติศาลจะบังคับให้เฉพาะ liquidated damages แต่ penalty จะไม่บังคับให้

ในอังกฤษ ค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญานั้นจะเรียกได้ก็ต่อเมื่อเป็นเงื่อนไขในสัญญาที่เรียกว่า "liquidated damages clause" ซึ่งถือว่าเป็นการประเมินค่าเสียหายล่วงหน้าโดยแท้ ไม่ว่าจำนวนความเสียหายแท้จริงที่ให้ชดเชยจะมากกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ในสัญญา ในขณะ that "penalty clause" ถือว่าเป็นการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าที่มีลักษณะข่มขู่ (intention) ซึ่งตามแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายของอังกฤษ ค่าเสียหายประเภท "penalty clause" นี้จะไม่นำมาบังคับใช้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการให้ค่าเสียหายคือการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับผู้เสียหายหรือ ดังนั้น หากมีข้อข้อกำหนด "penalty clause" ไว้ในสัญญา จำนวนค่าเสียหายอาจจะมากเกินไปกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง⁸ จึงมีข้อสังเกตว่าภายใต้ Common Law ศาลจะไม่บังคับใช้ "penalty clause" ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าโดยที่จำนวนเงิน

⁷ A. G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods*, (London: Sweet & Maxwell, 2002), p.837.

⁸ Lucinda Miller, "Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study," *International & Comparative Law Quarterly*, (January 2004): pp. 2-3.

เกินไปกว่าค่าเสียหายตามปกติ ขณะที่ภายใต้ Civil Law ศาลอาจจะลดจำนวนค่าเสียหายที่ตกลงกันไว้หากว่าจำนวนค่าเสียหายสูงเกินไป หรือศาลอาจจะเพิ่มค่าเสียหายขึ้นหากเห็นว่าค่าเสียหายต่ำเกินไป โดยยึดหลักสุจริต

กล่าวโดยสรุปได้ว่าค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าที่มีลักษณะเชิงลงโทษที่เรียกว่า penalty มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดสัญญา ขณะที่ค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages มีจุดมุ่งหมายในการประเมินความเสียหายในขนาดที่รู้ก่อน⁹

2 การกระทำความผิด (fault) และความรับผิด (liability)

2.1 แนวคิดความรับผิดตามสัญญาของกฎหมายโรมัน

ในการนิยามผิดจากมูลหนี้สัญญา ก่อนที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้นั้น จะต้องมีความผิดเกิดขึ้น เช่น ผู้ขายไม่ส่งมอบ ส่งมอบล่าช้า หรือส่งมอบสินค้าชำรุดบกพร่อง ซึ่งจะสังเกตเห็นว่าการผิดไม่ส่งมอบสินค้าและส่งมอบสินค้าล่าช้านั้นเป็นความผิดต่อสัญญาที่เห็นได้ชัดเจน ในขณะที่ความรับผิดต่อสินค้าชำรุดบกพร่องนั้น เป็นประเด็นที่มีข้อโต้แย้งระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ตลอดจนมีการพิสูจน์กันมากกว่ากรณีผิดสัญญาประเภทอื่น จากการศึกษาวิวัฒนาการของหนี้ในกฎหมายโรมัน มีที่มาของแนวคิดความรับผิดต่อบทความชำรุดบกพร่องสรุปได้ดังนี้¹⁰

ในสมัยโบราณ ความรับผิดของผู้ขายค่อนข้างจำกัด คือผู้ขายยอมไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องใด ๆ เว้นแต่ได้ทำคำมั่นโดยวาจา (stipulatio) รับผิดชอบไว้ เช่น รับรองว่าสัตว์ที่ขายให้ไม่เป็นโรค เป็นต้น ที่เป็นเช่นนี้ทำให้เกิดหลักใน Civil Law ว่าผู้ซื้อพึงระวัง (caveat emptor) ขึ้น แต่พึงระวังว่าหลักนี้แม้เขียนเป็นภาษาละตินก็ตาม มิใช่หลักกฎหมายโรมัน วิวัฒนาการขึ้น

⁹ Florian Mohs and Bruno Zeller, "Commentary Penalty and Liquidated Damages Clauses in CISG Contracts Revisited,"

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller-mohs.html>>, 5 March 2009.

¹⁰ ประชุม โจนดาเย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, (บริษัท โรงพิมพ์เดออนตุลา จำกัด, 2548) น. 164 -165.

ต่อมาคือ การถือว่าสัญญาซื้อขายต้องเป็นสัญญาที่คู่กรณีต้องมีความบริสุทธิ์ (bona fides) ฉะนั้นนอกจากความรับผิดชอบ stipulatio หลักความสุจริตบังคับให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องที่ตนทราบ แต่มีได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบ เนื่องจากลักษณะความสุจริตของสัญญาซื้อขาย ผู้ขายจึงไม่อาจทำสัญญาเกินความรับผิดชอบของตนดังกล่าวไปได้ คือผู้ขายไม่อาจทำสัญญาว่าจะไม่รับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องที่ตนทราบโดยไม่ได้บอกให้ผู้ซื้อทราบ เพราะขัดต่อลักษณะพื้นฐานของสัญญาซื้อขาย คือ bona fides มาตราความสุจริตเช่นนี้ไม่มีปรากฏใน Common Law

ต่อมาเป็นการที่ผู้ควบคุมตลาด (cunilis aedilis) ในสมัยประชาธิปไตยประกาศนโยบายคุ้มครองตลาดออกมา ในเอกสารแถลงนโยบายที่เรียกว่า edictum อันใช้ดูแลกำกับการซื้อขายทรัพย์สินที่มีค่าโดยเฉพาะทาส และสัตว์พาหนะ หลักเกณฑ์การควบคุมตลาดอันเป็นส่วนหนึ่งของ ius honorarium นั้น มีว่าผู้ซึ่งขายทาสและสัตว์พาหนะต้องติดประกาศไว้ว่าทรัพย์สินชิ้นนั้นมี ความชำรุดบกพร่องทางกายภาพอย่างไรบ้าง เช่น ทาสเป็นโรคหรือไม่ และต้องบอกความชำรุดบกพร่องทางตัวอื่น เช่น ทาสมีนิสัยเป็นคนจู้จี้ เป็นต้น ทาสที่เป็นคนจู้จี้ (vexatious) หรือหนีนายเก่า มา (pugnav) หรืออาจมีหนี้ผูกพัน (noxal liability) ย่อมเป็นปัญหากับผู้ซื้อ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ซื้อได้ทราบว่าต้องเสี่ยงภัยอะไรบ้างในการตัดสินใจซื้อทรัพย์สินนั้นถ้าผู้ซื้อได้ค้นพบความบกพร่องในทรัพย์สินที่ผู้ขายมิได้ประกาศให้ทราบ โดยชัดแจ้งก็สามารถฟ้องได้ภายใน 6 เดือน เพื่อให้มีการเพิกถอนการซื้อขายนั้นโดยรูปคดี actio redhibitoria (รูปคดีคืนทรัพย์สินซึ่งชำรุดบกพร่อง) นอกจากนั้นภายใน 12 เดือน ผู้ซื้อสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้โดยรูปคดี actio quanti minoris (รูปคดีราคาที่น้อยลง) ค่าเสียหายในที่นี้คือ ผลต่างระหว่างราคาชำระไปกับราคาที่แท้จริงของทรัพย์สิน ในการฟ้องร้องทั้งสองรูปคดี การที่ผู้ขายทราบหรือไม่ทราบถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินไม่ปะเด็นของคดี เพราะกฎหมายถือว่าผู้ขายมีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด ฉะนั้นผู้ขายจะอ้างว่าตนไม่ได้ทราบถึงความชำรุดบกพร่องต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ขายอาจขอยกเว้นความรับผิดชอบความชำรุดบกพร่องดังกล่าวได้โดยแสดงเจตนาดังกล่าวไว้อย่างชัดแจ้งในการทำสัญญาซื้อขาย แต่ถ้าเกิดความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สิน โดยที่ตนมิได้ประกาศให้ผู้ซื้อทราบผู้ขายก็ผิดในฐานะไม่สุจริตอยู่ดี ในขั้นตอนต่อมาการซื้อขายได้ขยายออกไปจากการซื้อขายในตลาด เป็นการซื้อขายทั่วไป ในสมัยยุคทองของกษัตริย์ จุสทิเนียน ก็นำหลักนี้ไปใช้แต่ได้ขยายลักษณะของทรัพย์สินเฉพาะทาสหรือสัตว์พาหนะเท่านั้น แต่ครอบคลุมไปถึงการซื้อขายที่ดิน เป็นต้น

ผลของการฟ้องร้องในสมัยจัดติเนยมนีดังนี้

(a) รูปคดีส่งคืนทรัพย์สินอาจมีข้อยุติเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้แล้วแต่ว่าจำเลย (ผู้ขาย) จะทำตามคำสั่งของผู้พิพากษาให้คืนราคาและอุปการแก่ผู้ซื้อ เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับการส่งคืนทรัพย์สินชั่วคราวบกร้อง หรือจะไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ในกรณีของการที่จำเลยยอมปฏิบัติตามคำสั่งของศาลถือว่าเป็นการใช้ค่าเสียหายเพียงเท่าเดียว (au simple) ส่วนในกรณีที่ไม่ยอมทำตามคำสั่งศาลแต่แรกถือว่าเป็นการใช้ค่าเสียหาย 2 เท่า (au double) เพราะถือว่าเป็นการลงโทษที่จำเลยฝ่าฝืนคำสั่งโดยมิชอบ (resistance injustifiée)

อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษาจะไม่สั่งให้ผู้ขายชดเชยความเสียหายอันทางศาลก่อให้เกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อ ฉะนั้นผู้ซื้อจึงต้องพึงพอใจกับสิทธิในการยึดเหนี่ยว (retention) ทางศาลเอาไว้เพื่อเป็นการบังคับโดยทางอ้อมให้ผู้ขายชดเชยความเสียหายแก่ตนได้ ถึงกระนั้นก็ตาม ถ้าทางศาลได้กระทำละเมิด ผู้ซื้ออาจเรียกร้องให้ผู้ขายชดเชยให้แก่ตน (abandon noxal) หรือไม่ก็จ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดได้

(b) คติประเมินราคา (aestimation) หรือ (กล่าวอีกอย่างหนึ่ง) actio empti ตามลักษณะการประเมินราคาเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อได้รับการลดราคาลง (ภายในเวลา 1 ปี) โดยคำนึงถึงขณะที่สัญญาเสร็จเด็ดขาดลง ส่วนใน actio ex stipulatu นั้นคำนึงถึงขณะที่ดำเนินการฟ้องร้องนั้นก็คือ ผู้พิพากษาให้ราคาซึ่งผู้ซื้อน่าจะได้ใช้ไปถ้าทราบความชำรุดบกพร่องที่มองเห็น หรือทราบว่าทรัพย์สินขาดคุณสมบัติที่ประกาศไว้ให้ทราบจากราคาซึ่งผู้ซื้อได้ใช้ไป และตัดสินให้ผู้ขายชดเชยชดเชยผลต่างให้แก่ผู้ซื้อ การฟ้องแบบหลังอาจดำเนินไปเกี่ยวกับทรัพย์สินเดียวกันได้หลายครั้ง ถ้าผู้ซื้อพบความชำรุดบกพร่องแต่ละอย่างติดตามกันมา

(c) actio empti หรือ actio ex empto ซึ่งผู้ซื้อฟ้องผู้ขายไม่สุจริตเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อได้รับค่าเสียหายเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อและคำนวณจากการที่ผู้ซื้อไม่เอาตกเป็นเหยื่อของกลอุบายหรือการแสดงที่ผิดไปจากข้อเท็จจริง (declarations mensongeres) ทั้งนี้เมื่อกำหนดอายุความในการดำเนินการฟ้องร้อง เช่นเดียวกันกับผู้ซื้ออาจฟ้องคดีต่อผู้ขายซึ่งกล่าวเท็จเกี่ยวกับคุณสมบัติของทรัพย์สินนำมาขายได้ด้วย เรียกว่านอก (c) ว่าเป็นการดำเนินการฟ้องตามสัญญาปกติ (action ordinaire du contrat) อันต้องนำสืบให้ได้ว่าผู้ขายทุจริต (mauvaise foi) และทำให้ผู้ซื้อได้รับค่าเสียหายครบถ้วน (reparation integrale du prejudice)¹¹

¹¹ พึงอ้าง น. 186-187.

แนวความคิดการเรียกค่าเสียหายกรณีที่ผู้ขายต้องรับผิดชอบสินค้าตามกฎหมายโรมันที่เป็นที่มาของระบบกฎหมายปัจจุบัน เช่น การคืนราคาทรัพย์สิน การลดราคาซื้อขาย การเรียกค่าเสียหายเท่ากับจำนวนความเสียหายจริงที่เกิดขึ้น เป็นต้น

2.2 การกระทำความผิดและความรับผิดใน Common Law และ Civil Law

ตาม Common Law การกระทำความผิด (fault) ของคู่สัญญาไม่ใช่เงื่อนไขของการผิดสัญญา จึงเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยไม่ต้องมีการกระทำความผิด ขณะที่ Civil Law นั้น การกระทำความผิด (fault) จะมีความสัมพันธ์กับการเยียวยาเรียกค่าเสียหาย พิจารณาได้จาก French Civil Code, Article 1147¹² ซึ่งลูกหนี้จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย ถ้าไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือปฏิบัติตามชำระหนี้ล่าช้า แม้ว่าลูกหนี้จะไม่เจตนาทุจริตก็ตาม

การกระทำความผิดจึงถือว่าเป็นข้อกำหนดเพื่อให้เกิดการเยียวยาตามสัญญา โดยในหลายประเทศที่ใช้ Civil Law ต่างเห็นว่าการกระทำความผิดเป็นหลักพื้นฐานในการเรียกค่าเสียหาย อย่างเช่น การกระทำโดยประมาทเลินเล่อตาม German Civil Code, section 276¹³

¹² Article 1147 of French Civil Code provides:

A debtor shall be ordered to pay damages, if there is occasion, either by reason of the non-performance of the obligation, or by reason of delay in performing, whenever he does not prove that the non-performance comes from an external cause which may not be ascribed to him, although there is no bad faith on his part.

¹³ Section 276 of German Civil Code provides:

(1) The obligor is responsible for intention and negligence, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications.

และลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรับผิดหากไม่ปรากฏพฤติการณ์ที่จะต้องรับผิดชอบตาม German Civil Code, section 286 Default of the obligor¹⁴

สรุปหลักได้ว่าลูกหนี้จะรับผิดชอบเมื่อมีการกระทำโดยเจตนาและประมาณเลินเล่อ ในการที่ยังไม่มีการปฏิบัติตามชำระหนี้เนื่องจากพฤติการณ์ที่ไม่ต้องรับผิด ลูกหนี้จะไม่ตกเป็นผู้รับผิดชอบตามกฎหมาย การกระทำที่ไม่ต้องรับผิดชอบเช่นว่านี้ เช่น การเกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิด หรือเหตุสุดวิสัย หลักทั่วไปที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบทั้งการกระทำโดยจงใจและประมาณเลินเล่อเป็นที่ยอมรับในออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ จึงกล่าวได้ว่าการกระทำด้วยความผิดเป็นองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดชอบตามกฎหมาย และควมรับผิดชอบดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด

ในระบบ Common Law หลักการกระทำผิดเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดหรือไม่ไม่ประเด็นที่สำคัญ กล่าวคือตามหลักกฎหมายอังกฤษ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการผิดสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำผิดหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดและการเยียวยาความเสียหายไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของคู่สัญญา เช่น เมื่อถึงกำหนดเวลา คู่สัญญาไม่ชำระหนี้ ถือว่าเป็นการผิดสัญญาทันที จึงอาจสรุปได้ว่าตาม Common Law การผิดสัญญามักจะก่อให้เกิดความรับผิดในค่าเสียหาย ตราบใดที่ไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายในสาระสำคัญได้ ผู้เรียกร้องจะเรียกได้เฉพาะค่าเสียหายพอเป็นพิธีโดยไม่คำนึงถึงค่าเสียหายที่แท้จริง เพื่อเป็นการตำหนิที่ (nominal damages) หลักเกณฑ์พื้นฐานคือค่าเสียหายเป็นการทดแทน และเหนือสิ่งอื่นใดถูกกำหนดไว้เพื่อให้โจทก์ได้รับประโยชน์ตามข้อแลกเปลี่ยนที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งกล่าวโดยทั่วไปว่าผลประโยชน์ที่คาดหวัง (expectation interest) ของโจทก์จะได้รับควมคุ้มครอง¹⁵

¹⁴ Section 286 of German Civil Code provides:

(4) The debtor is not in default as long as the performance does not take place because of a circumstance for which he is not responsible.

¹⁵ G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, (New York: Clarendon Press Oxford), 1989, p.149.

สรุปความแตกต่างระหว่าง Common Law และ Civil Law ที่เห็นได้ชัดเจน คือว่า Civil Law โดยทั่วไปไม่มีความรับผิดชอบค่าเสียหายเว้นแต่จำเลยเป็นผู้กระทำความผิด (fault) ต่อผู้เสียหาย โดยการกระทำผิดผู้เสียหายนั้นเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ บางประเทศอย่างเช่น เยอรมัน และออสเตรเลีย การการพิสูจน์ตกอยู่แก่ผู้เสียหายฝ่ายที่ผิดผู้เสียหายในการพิสูจน์ให้ได้ว่าไม่ได้กระทำความผิด ในทางตรงข้าม ฝรั่งเศส เบลเยียม สเปน และอิตาลี ได้กำหนดให้ภาระการพิสูจน์การกระทำความผิดเป็นของผู้เสียหายฝ่ายที่เสียหาย เช่น การขาดกำไรจะไม่สามารถเรียกร้องในกรณีผิดผู้เสียหายได้ เว้นแต่มีสาเหตุเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นต้น

3. ประเภทของค่าเสียหาย

จากการศึกษาวิจัยแนวคิด ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ อันเกิดจากการผิดผู้เสียหาย ทั้งในระบบ Common Law และ Civil Law พบว่ามีการจัดประเภทค่าเสียหายในรูปแบบที่ไม่แตกต่างกันมากนัก ส่วนสาระสำคัญที่แตกต่างกันคือคำอธิบายแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังหรือเจตนารมณ์ทางกฎหมายซึ่งนำไปสู่ประเด็นที่ว่าค่าเสียหายประเภทนั้นเรียกได้หรือไม่อย่างไร ซึ่งในขั้นนี้ ขอจำแนกประเภทของค่าเสียหายกรณีผิดผู้เสียหายออกเป็นดังนี้

3.1 ค่าเสียหายประเภทชดเชยเชิงบวก (positive interest) และประเภทชดเชยเชิงลบ (negative interest)

ศาลในบางประเทศที่ใช้ Civil Law ได้แบ่งประเภทค่าเสียหายกรณีผิดผู้เสียหายออกเป็นสองประเภท เรียกว่า positive interest และ negative interest วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายประเภท positive interest เพื่อให้ผู้เรียกร้องได้รับการชดเชยเป็นตัวเงินเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาไปแล้ว โดยอาจรวมกำไรที่คาดว่าจะได้รับหากไม่เกิดการผิดสัญญา ในทางตรงกันข้ามวัตถุประสงค์ของ negative interest คือเพื่อให้ผู้เรียกร้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีการทำธุรกรรมใดมาก่อนเลย นั่นคือค่าเสียหายที่อาศัยความเชื่อถือ (reliance interest) นอกจากนี้ จากการศึกษาเกี่ยวกับประเภทของค่าเสียหายกรณีผิดผู้เสียหาย ปรากฏว่า

นักกฎหมายและนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญในระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน หรือจากหลักกฎหมายภายในประเทศที่ต่างกันพยายามที่จะแบ่งประเภทของค่าเสียหายออกมา ซึ่งการจัดประเภทให้ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมีความยุ่งยากซับซ้อนอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม ในการศึกษาครั้งนี้จะนำเสนอเฉพาะประเภทของค่าเสียหายที่สามารถนำมาเชื่อมโยงสำหรับใช้อธิบายหลักเกณฑ์การเรียกค่าเสียหายภายใต้ CISG ให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

The Law of Damages โดย A.I. OGUS¹⁶ ได้แบ่งประเภทของการชดเชยค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา ไว้ดังนี้

(1) expectation interest award การชดเชยการขาดประโยชน์ที่ควรจะได้รับ หากว่ามีการปฏิบัติตามสัญญาเรียบร้อยแล้ว

(2) reliance interest award การชดเชยค่าหริบค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาจะต้องสูญเสียไปจากความเชื่อถือในสัญญา

(3) indemnity interest award การชดเชยสำหรับทรัพย์สินซึ่งมีมูลค่าลดน้อยลง

(4) restitution interest award การกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย ซึ่งเชื่อก็คือว่าคู่สัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

expectation interest หรือ performance interest มีวัตถุประสงค์ทั่วไปคือการชดเชยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายที่คาดว่าจะได้รับผลประโยชน์ต่างตอบแทนหากได้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว หรือเรียกว่าผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากกรปฏิบัติตามสัญญา ค่าเสียหายสำหรับการผิดประโยชน์ตอบแทนที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา แบ่งออกเป็นสามประเภท ได้แก่ ความเสียหายโดยตรง ความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ และความเสียหายทางอ้อม

ความเสียหายโดยตรงจะมีมูลค่าอันเป็นผลที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญา ซึ่งถูกวัดโดยมูลค่าทางการตลาดของกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องสูญเสียผลประโยชน์ตอบแทนไปจากการทำผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง การผิดสัญญาอาจจะเป็นอย่างใดก็ได้ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายคิดว่าให้จ่ายเพิ่มเติมอันเกิดจากความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายอื่น ๆ ที่จะตามมา ค่าใช้จ่ายเหล่านี้เรียกว่า incidental loss ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้ขาย

¹⁶ A.I. OGUS, *supra* note 1, p.18-19.

ผลิตภัณฑ์ ผู้ซื้ออาจต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดเตรียมสถานที่เก็บรักษาสินค้าที่ส่งมอบมาล่าช้า หรือค่าใช้จ่ายในการส่งคืนสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง การผลิตสัญญาจึงอาจไม่เพียงพอแต่ทำให้เกิดความเสียหายโดยตรง แต่อาจเกิดความเสียหายทางอ้อม เช่น ผู้ขายผลิตสัญญา ทำให้ผู้ซื้อต้องไปดำเนินการจัดซื้อกับผู้ขายรายอื่นทดแทน หรือกรณีผู้ซื้อผลิตภัณฑ์ ผู้ขายก็อาจได้รับความเสียหายทางอ้อมอันเกิดจากการที่ต้องไปเลิกสัญญากับโรงงานผู้ผลิต หรือค่าธรรมเนียมอันเกิดจากเช็คที่ไม่ได้รับการรับรอง การจะเรียกค่าเสียหายโดยตรงและค่าเสียหายทางอ้อมจึงอาจจะมีผลแตกต่างกันไป แล้วแต่ศาลในแต่ละประเทศ

reliance interest ผลประโยชน์ที่จะได้รับจากความเชื่อถือ จะเป็นกรณีของความเสียหายให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่เรียกร้องเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยทำสัญญากันมาก่อน reliance interest ได้แก่ การให้คู่สัญญาเรียกค่าเสียหายได้สำหรับกรณีที่ได้เตรียมการและปฏิบัติตามสัญญาแล้ว อย่างไรก็ตาม จะไม่รวมการสูญเสียโอกาสในสัญญาที่มีกับคู่สัญญารายอื่น ข้อแตกต่างจาก performance interest คือการพิจารณาพิสูจน์ตกอยู่กับจำเลยที่จะต้องพิสูจน์ว่าค่าเสียหายจะต้องเกิดขึ้น แม้ว่าจะไม่มีการผลิตสัญญาก็ตาม

restitution interest ผลประโยชน์ที่จะได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือเรียกคืนประโยชน์หรือกำไรที่จำเลยได้รับจากผลของการผลิตสัญญา โดยหลักแล้ว ค่าเสียหายประเภทนี้จะป้องกันไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผลิตสัญญาได้ประโยชน์อันใดจากการผลิตสัญญาที่ตนเป็นผู้ก่อ ค่าเสียหายสำหรับผลประโยชน์ที่เรียกให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยปกติจะน้อยกว่าประเภท performance interest หรือ reliance interest เพราะค่าเสียหายประเภทนี้ไม่รวมค่าเช่ากำไรหรือค่าใช้จ่ายจากการเชื่อถือในผลประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญา

ยกตัวอย่างเช่น บริษัทในประเทศ A ทำสัญญากับบริษัทในประเทศ B ว่าจะสร้างโรงงานผลิตสินค้า C ในวงเงินสัญญา EURO 10 million โดยคาดว่าจะได้กำไร EURO 2 million แต่ยังไม่ได้ดำเนินการสัญญา บริษัทในประเทศ B ก็ได้ทำผลิตสัญญาโดยเจตนา ซึ่งในสถานการณ์เช่นว่านี้ ผลประโยชน์ได้จากการปฏิบัติตามสัญญา (performance interest) คือ EURO 2 million เท่ากับจำนวนที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายคาดว่าจะได้รับหากได้มีการปฏิบัติตามสัญญา

ส่วนผลประโยชน์ที่เชื่อถือในสัญญา (reliance interest) นั้นไม่มี เนื่องจากไม่มีค่าใช้จ่ายใด ๆ เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการผลิตสัญญา เช่นเดียวกับผลประโยชน์ที่กลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution interest) ที่ไม่มีเช่นกัน

หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าบริษัทผู้ว่าจ้างในประเทศ B กระทำผิดสัญญาหลังจากบริษัทในประเทศ A ใช้เงินในการลงทุนสร้างโรงงานไปแล้ว EURO 5 million ในสภาพที่ยังไม่แล้วเสร็จนี้ มีมูลค่า ณ เวลาผิดสัญญา EURO 1 million ผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากสัญญาคือ EURO 7 million เพราะคือจำนวนที่จำเป็นต้องให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายหากได้มีการปฏิบัติตามสัญญา ในทางตรงกันข้าม ผลประโยชน์จากการเชื่อถือในสัญญา (reliance interest) คือ EURO 5 million และผลประโยชน์จากการเรียกคืนสู่ฐานะเดิมคือ EURO 1 million

ในระบบ Common Law อย่างเช่นตามกฎหมายอังกฤษ มีการแยกความเสียหายออกเป็นความเสียหายที่คาดหวัง ซึ่งเป็นการขาดประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับหากมีการชำระหนี้และความเสียหายที่เป็นผลจากความเชื่อถือในสัญญา ซึ่งเป็นการสูญเสียของเจ้าหนี้ที่เกิดความเชื่อว่าการชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญา โดยหลักการแล้ว พบว่าทั้ง Civil Law และ Common Law อนุญาตให้มีการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการสูญเสียความคาดหวังและการสูญเสียความเชื่อถือ เนื่องจากเป็นการชดเชยให้ผู้สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะที่เสมือนว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว ซึ่งเป็นหลักที่ยอมรับกันโดยทั่วไป

3.2 ค่าเสียหายจากการผิดสัญญากรณีปฏิบัติตามการชำระหนี้ล่าช้า การไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา และการปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่เป็นไปตามสัญญา

ตามระบบ Civil Law ในกฎหมายฝรั่งเศส French Civil Code, Article 1147¹⁷ แยกความแตกต่างระหว่างความล่าช้าในการปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา และการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา ส่วนการปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่เป็นไปตามสัญญาถือว่าเป็นประมาทหนึ่งของ

¹⁷ Article 1147 of French Civil Code provides:

A debtor shall be ordered to pay damages, if there is occasion, either by reason of the non-performance of the obligation, or by reason of delay in performing, whenever he does not prove that the non-performance comes from an external cause which may not be ascribed to him, although there is no bad faith on his part.

การปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้า กล่าวคือกรณีการปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้าจะก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการชำระหนี้ล่าช้าหรือผิดนัด (moratory damages) ขณะที่การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensatory damages)¹⁸ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกฎหมายเยอรมันที่ปรากฏอยู่ใน German Civil Code, Section 284 Reimbursement of futile expenses¹⁹ เรื่องการผิดสัญญากรณีปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้า และ German Civil Code, Section 280 Damages for breach of duty²⁰ กรณีพ้นวิสัยที่ลูกหนี้จะรับผิดชอบ จะพบว่ากรณีทั้งสองนี้ได้ถูกแยกให้เห็นความแตกต่างเช่นเดียวกับการกฎหมายฝรั่งเศส การผิดสัญญากรณีชำระหนี้ล่าช้าก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ โดยในระบบ Civil Law จะถือว่าเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ที่ต้องมีการบอกกล่าวการผิดสัญญา เช่น กรณีการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาล่าช้า จะต้องมีการแจ้งเตือนออกกล่าวแจ้งการผิดสัญญาให้ลูกหนี้ทราบ ซึ่งในกฎหมายเยอรมัน เรียกว่า mahkangung และในกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า mise en

¹⁸ G. H. Treitel, *supra* note 15, p.129.

¹⁹ Section 284 of German Civil Code provides:

In place of damages in lieu of performance, the obligee may demand reimbursement of the expenses which he has made and in all fairness was entitled to make in reliance on receiving performance, unless the purpose of the expenses would not have been achieved, even if the obligor had not breached his duty.

²⁰ Section 280 of German Civil Code provides:

(1) If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty.

(2) Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286.

(3) Damages in lieu of performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirements of sections 281, 282 or 283.

demereur ตาม German Civil Code, Article 286²¹

วัตถุประสงค์ของการบอกกล่าวคือเพื่อเตือนว่าลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้แล้ว การบอกกล่าวอาจจะกำหนดระยะเวลาเพิ่มเติม เพื่อให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ การบอกกล่าวมักจะมีข้อความเรียกร้องว่าหากพ้นกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันแล้ว และลูกหนี้ไม่ดำเนินการใดๆ ทั้งที่ได้รับหนังสือบอกกล่าว เจ้าหนี้จะไม่ยอมรับการชำระหนี้ ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้มีหลักฐานพิสูจน์ความผิดของลูกหนี้และจะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย นอกจากนี้ ตามหลักทั่วไปที่กำหนดว่าหากเจ้าหนี้ต้องการให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ที่ยังดำเนินการล่าช้าอยู่หรือประสงค์จะเรียกค่าเสียหายหากไม่ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะมีหนังสือบอกกล่าวกำหนดระยะเวลาเพิ่มเติมให้ปฏิบัติตามชำระหนี้ (nachfrist) เมื่อเรียกค่าเสียหายสำหรับการรับกรณล่าช้าแล้ว ก็สามารถเรียกให้ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้อีก หรือหากเจ้าหนี้ใช้สิทธิที่จะปฏิเสธการรับชำระหนี้เพราะเกิดกรณชำระหนี้ล่าช้า ก็อาจจะเรียกค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ ส่วนกรณพ้นวิสัยที่ลูกหนี้จะรับผิดชอบได้นั้น ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อเรียกค่าเสียหายกรณนี้แล้ว ก็จะไม่สามารถเรียกให้ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้

การผลิตสัญญาอีกประเภทหนึ่งคือการปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่เป็นไปตามสัญญาถือว่า เป็นที่ยอมรับโดยนัยว่าการขาดและศาลในเยอรมนี แม้จะไม่แต่กล่าวถึงในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ตาม กล่าวคือค่าเสียหายสำหรับการผิดสัญญาประเภทนี้โดยหลักการแล้วถูกประเมินว่าเป็นค่าเสียหายสำหรับการพ้นวิสัยในการปฏิบัติตามชำระหนี้ ซึ่งแน่นอนว่าความเสียหายแท้จริงย่อมแตกต่างกันในระหว่างกรณนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้เลย ปฏิบัติการชำระหนี้ล่าช้า หรือการปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่เป็นไปตามสัญญา

²¹ Section 286 of German Civil Code provides:

(1) If the obligor, following a warning notice from the obligee that is made after performance is due, fails to perform, he is in default as a result of the warning notice. Bringing an action for performance and serving a demand for payment in summary debt proceedings for recovery of debt have the same effect as a warning notice.

ในระบบ Common Law โดยหลักกฎหมายแล้วไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการปฏิบัติตามชำระหนี้ล่าช้าและการผิดชำระไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ซึ่งทั้งสองกรณีนี้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ การบอกกล่าวกรณีผิดสัญญาไม่มีความจำเป็นอันจะทำให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับการผิดต่าง ๆ หรือกล่าวได้ว่าในระบบ Common Law ไม่มีข้อกำหนดให้มีหนังสือบอกกล่าวการผิดสัญญา ดังนั้น การปฏิบัติตามชำระหนี้ถึงกำหนดโดยไม่ต้องมีหนังสือบอกกล่าว โดยลูกหนี้ถูกผูกพันที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันควร ยกตัวอย่างเช่น Sale of Goods Act 1979, Section 29. Rules about delivery (3)²² ที่กำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบสินค้าแก่ผู้ซื้อ หากไม่ได้กำหนดเวลาส่งมอบไว้ ให้ส่งมอบภายในระยะเวลาอันควร

อย่างไรก็ตาม ระบบ Civil Law และ Common Law มีความคล้ายคลึงกันในเรื่องสินค้าที่ถูกส่งมอบชำรุดบกพร่อง ผู้ซื้อสามารถขอลดราคาซื้อขายตามสัญญาลงได้ (action quanti minoris)²³ ยกตัวอย่างเช่น ในเยอรมนี ถ้าสินค้าชำรุดบกพร่อง ผู้ซื้อจะมีสิทธิยกเลิกสัญญาเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหาย หรือเรียกคืนค่าใช้จ่ายที่ชำระไปแล้วได้

กฎหมายอังกฤษที่บังคับใช้แก่กรณีผิดสัญญาซื้อขายสินค้า คือ Sale of Goods Act 1979 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่แบ่งการเยียวยาตามกรณีที่ผู้ขายหรือผู้ซื้อเป็นผู้เรียกร้อง กล่าวคือ กรณีผู้ซื้อผิดสัญญา ผู้ขายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายกรณีไม่รับมอบสินค้า (Damages for non-

²² Section 29 of Sale of Goods Act 1979 provides:

Where under the contract of sale the seller is bound to send the goods to the buyer, but no time for sending them is fixed, the seller is bound to send them within a reasonable time.

²³ John Y. Gotanda, *supra* note 6, p. 16.

acceptance) ตาม Sale of Goods Act 1979 Section 50: Damages for non-acceptance²⁴
 และกรณีที่ไม่ส่งมอบสินค้า ผู้ซื้อก็มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายกรณีไม่ส่งมอบสินค้าตาม Sale of
 Goods Act 1979 Section 51: Damages for non-delivery²⁵

²⁴ Section 50 of Sale of Goods Act 1979 provides:

(1) Where the buyer wrongfully neglects or refuses to accept and pay for the goods, the seller may maintain an action against him for damages for non-acceptance.

(2) The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting in the ordinary course of events, from the buyer's breach of contract.

(3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been accepted or (if no time was fixed for acceptance) at the time of the refusal to accept.

²⁵ Section 51 of Sale of Goods Act 1979 provides:

(1) Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintain an action against the seller for damages for non-delivery.

(2) The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller's breach of contract.

(3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver.

3.3 ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน และความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

โดยปกติความเสียหายจะทำให้เกิดความสูญเสียทางด้านวัตถุ ซึ่งเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน กับความเสียหายทางจิตใจซึ่งไม่ใช่ตัวเงิน สำหรับความเสียหายทางจิตใจ ได้แก่ ความโศกเศร้าเสียใจที่สูญเสียสมาชิกในครอบครัว ความเสียตาย ความรู้สึกเสียหน้าหรืออับอาย ความเสียหายทางจิตใจในทางสัญญา กฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้เรียกได้ยกเว้นเฉพาะกรณีของการผิดสัญญาจะสมรส และกรณีที่ธนาคารไม่จ่ายเงินที่ลูกค้าสั่งจ่ายด้วยเช็ค โดยลูกค้าอาจจะเรียกว่าค่าเสียหายอันเกิดจากการสูญเสียชื่อเสียงก็ได้

บางประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law อนุญาตให้เรียกค่าเสียหายที่ไม่ใช่ทางทรัพย์สินได้ ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่าคือความเสียหายทางศีลธรรม อันเป็นความเสียหายที่เกิดจากความทุกข์ทรมานใจ ซึ่งจับต้องไม่ได้ ในกฎหมายฝรั่งเศส เรียกความเสียหายทางจิตใจว่าเป็นความเสียหายทางศีลธรรม และยอมให้เรียกได้ เช่น กรณีความเสียหายต่อชื่อเสียงของนักแสดง ความเศร้าโศกเสียใจของญาติผู้เสียชีวิตอันเนื่องมาจากการกระทำผิดสัญญา หรือแม้กระทั่งความเศร้าโศกจากความตายของม้าอันเนื่องมาจากการกระทำผิดสัญญา²⁶ เจ้าหนี้จึงสามารถเรียกค่าเสียหายได้ทั้งทางวัตถุและทางจิตใจ สำหรับ French Civil Code, Article 1142 ระบุว่าถ้าไม่จะเป็นหนี้กระทำการหรือหนึ่งใดเว้นกระทำการ เมื่อถูกหนี้ไม่ชำระหนี้ จะต้องชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งไม่มีการแยกพิจารณาว่าเป็นความเสียหายทางทรัพย์สินหรือไม่ใช่ทางทรัพย์สิน และ French Civil Code, Article 1149 ระบุว่าถ้าค่าสินไหมทดแทนที่ต้องชดใช้ให้เจ้าหนี้เพื่อความเสียหายหรือการสูญเสียหลาย ซึ่งเป็นการใช้ค่าในความหมายกว้างและมีลักษณะเป็นกลาง ไม่ได้ระบุจำกัดแต่ความเสียหายในทางทรัพย์สิน จึงน่าจะหมายรวมถึงความเสียหายทางจิตใจด้วย²⁷ ตัวอย่างคดีในฝรั่งเศส ศาลจะตัดสินให้มักแสดงหญิงเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียชื่อเสียงในกรณีที่เราภาพยนตร์ไม่ได้ประกาศขึ้นชื่อของเธอโดยไม่ใช้ตัวอักษรขนาด .80 ส่วนประเทศอื่น ๆ อย่างเช่น เยอรมนีมักจะไม่อนุญาตให้เรียกค่าเสียหายทางศีลธรรมได้²⁸

²⁶ Barry Nicholas, *French Law of Contract*, 2nd (New York: Clarendon Press Oxford, 1992), p.227.

²⁷ วริทธิพล วินตวัฒน์คุณ, "การกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา," (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.13.

²⁸ John Y. Gotanda, *supra* note 6, p.14.

4 ข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหาย

คู่สัญญาที่เรียกร้องค่าเสียหายจะต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายสามารถคาดเห็นได้หรือไม่เกิดขึ้นกว่าเหตุ นอกจากนั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายนั้นมีมูลแน่นอนอันควรซึ่งสามารถกำหนดจำนวนค่าเสียหายได้ โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันที่จะกำหนดเงื่อนไขสัญญาเรื่องการเยียวยาหากเกิดกรณีผิดสัญญา ยกตัวอย่างเช่น อาจะจำกัดความรับผิดชอบในการเลิกสัญญา เพราะมีเหตุการณบางอย่างเกิดขึ้น หรืออาจจะมีบทบัญญัติเรื่องค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ากรณีผิดสัญญาที่เรียกว่า liquidated damages ซึ่งกรณีหลังนี้ ศาลในบางประเทศอาจจะปฏิเสธในการบังคับใช้เงื่อนไขดังกล่าว ถ้าจำนวนค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้ามีมูลค่าสูงเกินของความเสียหายที่แท้จริง หรือความเสียหายอันควรที่อาจจะเกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากการผิดสัญญา

ศาลในบางประเทศที่ใช้ระบบ Common Law มีข้อกำหนดและข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาไว้หลายกรณี ได้แก่

สัญญา

(ข) ผู้เรียกร้องอาจจะเรียกให้ชดเชยความเสียหายที่สามารถคาดเห็นได้อันเป็นผลจากการผิดสัญญา

(ค) ผู้เรียกร้องอาจจะไม่มีสิทธิในค่าเสียหายที่เกิดจากความเสียหายที่สามารถจะบรรเทาได้

(ง) ผู้เรียกร้องอาจจะเรียกให้ชดเชยความเสียหายที่สามารถพิสูจน์ด้วยความแน่นอนอันควร

จากการศึกษาเกี่ยวกับข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหายโดยทั่วไปของระบบ Common Law แล้ว ไม่มีความแตกต่างจากข้อกำหนดและข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหายตามระบบ Civil Law มากนัก โดยสรุปหลักข้อจำกัดในการเรียกค่าเสียหายได้ดังนี้

4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล/ความคาดเห็นได้ (causation/foreseeability)

ความเสียหายจะไกลเกินกว่าเหตุหรือไม่นั้น จะสามารถทำให้ทราบเกี่ยวกับกำหนดขอบเขตผลและความเสียหายที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ ในประเทศส่วนใหญ่ที่ใช้ระบบ Common Law การที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับกรณีผิดสัญญา จะต้องมีความเชื่อมโยงที่เป็นเหตุ

เป็นผลระหว่างความเสียหายกับการผิดสัญญา และผู้เรียกร้องจะต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ซึ่งในศาลของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law จำกัดการเรียกค่าเสียหายภายใต้เจตนาของผู้สัญญาทั้งสองฝ่ายที่แสดงไว้ในสัญญาว่าเป็นเหตุอันสามารถคาดเห็นได้ โดยหลักความคาดเห็นเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของ Court of Exchequer's landmark ในคดี Hadley v. Baxendale

ในคดีนี้ เจ้าของบริษัททำสัญญากับผู้ขนส่งเพื่อส่งเพลาเครื่องจักรไปซ่อมแซมที่โรงงาน ผู้ขนส่งไม่สามารถส่งมอบเพลาไปยังโรงงานตามกำหนดเวลาได้ ทำให้เจ้าของบริษัทส่งไปโรงสีล่าช้ากว่ากำหนด เจ้าของบริษัทจึงฟ้องผู้ขนส่งที่ทำให้เขาสูญเสียกำไร ศาลพิพากษาว่าไม่สามารถเรียกค่าชดเชยกำไรได้ เพราะตามข้อเท็จจริงยังไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าการสูญเสียกำไรมีสาเหตุมาจากความล่าช้าในการส่งมอบเพลาที่ชำรุดไปยังโรงงาน หลักสองประการที่อยู่เบื้องหลังคำพิพากษา ได้แก่ ประการแรก ความเสียหายสามารถเรียกได้ ถ้าโดยสภาพเป็นการผิดสัญญาอย่างแน่แท้ และประการที่สอง หากความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นโดยตรงจากการผิดสัญญา ผู้เรียกร้องค่าเสียหายจะต้องแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาไว้ในเรื่องนั้น ซึ่งเป็นเรื่องที่วิญญูชนคาดเห็นได้ ณ เวลาทำสัญญาว่าความเสียหายพิเศษดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้จากการผิดสัญญา นัยยะสำคัญของคดีคือการจำกัดการเรียกค่าชดเชยกำไรและค่าเสียหายทางอ้อม²⁹

ที่มาของแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความคาดเห็น มาจากคำพิพากษาของ Court of Exchequer ในคดี Hadley v. Baxendale และแนวคิดนี้ปรากฏใน CISG ซึ่งไม่ใช่ว่ากฎเกณฑ์ตามระบบ Common Law แต่มีที่มาจากหลักกฎหมายฝรั่งเศสตามระบบ Civil Law³⁰ หลักความคาดเห็นในกฎหมายฝรั่งเศสจะกำหนดให้ผู้ทหนึ่งไม่มีความผิดเกี่ยวกับกลัข้อจะรับผิดชอบสำหรับความเสียหายใดก็ตามเฉพาะที่คาดเห็นหรือควรคาดเห็นได้ ณ เวลาทำสัญญา³¹ ซึ่งรวมทั้งความเสียหายโดยตรงและความเสียหายทางอ้อม ตาม French Civil Code, Articles 1149 - 1151 กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าหลักความคาดเห็นไม่นำมาใช้ในการกรณีการผิดสัญญาโดยจงใจ (willful breach) หรือในศาลบางประเทศเรียกว่าการผิดสัญญาที่เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

²⁹ John Y. Gotanda, *supra* note 6.

³⁰ Franco Ferrari, "Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law," Louisiana Law Review, (March 1993): p.4.

³¹ G. H. Treitel, *supra* note 15, p.150.

ส่วนหลักความคาดเห็นในกลุ่มประเทศ Common Law ประเมินจากการรู้ในความเสียหายพิเศษ ซึ่งผู้กระทำผิดสัญญาควรรู้ในเรื่อนั้นจริง และเป็นเรื่องทวิญญชนควรรู้ได้หรือสามารถคาดเห็นได้ว่าผู้สูญเสียไป อันประเมินค่าได้ ณ เวลาทำสัญญา

ส่วนหลักความคาดเห็นใน French Civil Code, Article 1150 กำหนดไว้ว่าลูกหนี้ผู้ซึ่งไม่ได้ทำผิดเพราะกลล่อลวงจะรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายซึ่งคาดเห็น หรือควรคาดเห็นได้ ณ เวลาทำสัญญาเท่านั้น

ความแตกต่างระหว่างความเสียหายโดยตรงและความเสียหายทางอ้อมในบางครั้งขึ้นอยู่กับหลักความคาดเห็น³² กล่าวคือความเสียหายเช่นว่านี้คือผลอันเกิดจากปัจจัยภายนอกที่จำเลยอาจไม่ต้องรับผิดชอบ

4.2 หลักความแน่นอน (certainty)

ความแน่นอนในการเรียกค่าเสียหายคือการการพิสูจน์ให้ผู้เรียกร้องค่าเสียหายจะต้องแสดงหรือพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น และกำไรที่สูญเสียไป ซึ่งการพิสูจน์จะอยู่ในระดับสูงมากน้อยเพียงไร แล้วแต่ประเทศนั้น ๆ อย่างเช่น สวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมาย Civil Law กำหนดให้ผู้เรียกร้องค่าเสียหายจะต้องพิสูจน์ความเสียหาย ซึ่งตามกฎหมายสวิสจะอนุญาตให้เรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรอันเกิดจากการผิดสัญญาได้ก็จริง แต่มาตรฐานของการพิสูจน์นั้นอยู่ในระดับที่สูงจนอาจจะยากที่จะเรียกค่าเสียหายประเภทนี้ได้ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ อย่างเช่น เบลเยียม ความเสียหายจะต้องมีความแน่นอนโดยสภาพ แต่จำนวนความเสียหายอาจจะยังไม่แน่นอนก็ได้³³ บางประเทศมีหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้เรียกค่าเสียหายในอนาคตได้ トラบเท่ากับค่าเสียหายนั้นมีความแน่นอนว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต ทั้งนี้ การสูญเสียโอกาสอาจจะก่อให้เกิดค่าเสียหายที่สามารถชดเชยได้

ตัวอย่างคดีที่ศาลตัดสินให้ค่าเสียหายกรณีสูญเสียโอกาส เช่น คดี Chaplin v. Hicks กล่าวคือโจทก์เป็นสตรีผู้ซึ่งถูกปฏิเสธโอกาสในการเข้าร่วมแข่งขันประกวดความงามกับผู้เข้าประกวดจำนวน 50 คน ซึ่งผู้ชนะการประกวดจะมีโอกาสเข้าทำสัญญาเป็นนักแสดง จำนวน 12 สัญญาด้วยกัน จำเลยเป็นผู้จัดการประกวดกล่าวอ้างว่าโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายได้อย่างไรก็ตาม ศาลวินิจฉัยว่าค่าเสียหายสามารถประเมินได้จากโอกาสของผู้เข้าประกวดที่ชนะ

³² G. H. Treitel, *supra* note 15, p.167.

³³ *Ibid.*

รางวัลซึ่งมีมูลค่าวัดได้เป็นดอลลาร์ ดังนั้น ศาลจึงตัดสินให้โจทก์ชนะคดี โดยได้รับค่าเสียหาย 100 pounds โดยคำนวณจากโอกาสที่หนึ่งใน 50 ผู้เข้าประกวดจะชนะรางวัลเข้าทำสัญญาเป็นนักแสดงจำนวน 12 รางวัล ซึ่งเทียบเท่ากับ $\frac{1}{4}$ ของจำนวนเงินรางวัลนั่นเอง

4.3 การบรรเทาความเสียหาย (mitigation)

หลักการบรรเทาความเสียหายปรากฏอยู่ใน Common Law แต่ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนใน Civil Law อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหลักนี้ได้กลายเป็นหลักทั่วไปของการค้าระหว่างประเทศ โดยในระบบ Common Law กฎเกณฑ์การบรรเทาความเสียหายมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับ "ราคาตลาด" ตาม Sale of Goods Act 1979, Section 50. Damages for non-acceptance³⁴ และ Section 51. Damages for non-delivery³⁵ ซึ่งเกี่ยวข้องกับลักษณะต่อไปนี้

ประการที่ 1 ในกรณีที่จำเลยผิดสัญญา ผู้เรียกร้องไม่สามารถเรียกค่าเสียหายซึ่งผู้เรียกร้องสามารถบอกกล่าวหรือบรรเทาความเสียหายได้ด้วยวิธีการอันควร กฎเกณฑ์ความเสียหายที่ตามมากรบรเทาได้ชัดเจนว่ามีให้เรียกร้องความเสียหายในส่วนที่เกิดจากความละเลยของผู้เรียกร้องที่จะใช้วิธีการอันควรเพื่อบรรเทาความเสียหายนั้น และภาระการพิสูจน์ตกเป็นของจำเลย ผู้ซึ่งจะต้องแสดงให้เห็นว่าผู้เรียกร้องได้กระทำการในฐานะวิญญูชนที่จะบรรเทาความเสียหายแล้วหรือไม่ แต่เพราะจำเลยเป็นผู้กระทำผิดหน้าที่ตามสัญญา ผู้เรียกร้องจึงไม่จำเป็นต้อง

³⁴ Section 50 of Sale of Goods Act 1979 provides:

(3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is *prima facie* to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been accepted or (if no time was fixed for acceptance) at the time of the refusal to accept.

³⁵ Section 51 of Sale of Goods Act 1979 provides:

(3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is *prima facie* to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver.

ดำเนินการนอกเหนือไปจากทางการค้าปกติ กล่าวคือไม่จำเป็นต้องเสียใช้เงินตนเองในความพยายามที่จะบรรเทาความเสียหายจนทำให้เกิดผลเสียหายต่อชื่อเสียงทางธุรกิจ

ประการที่ 2 โดยทั่วไปแล้ว ผู้เรียกร้องค่าเสียหายจะต้องใช้วิธีการอันควรทั้งหมดเพื่อบรรเทาความเสียหายอันเป็นผลจากการเลิกสัญญา อย่างใดก็ตาม หน้าที่จะบรรเทาความเสียหายจะเกิดขึ้นหลังจากผู้เรียกร้องยอมรับการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามที่ตามสัญญา ในคดี *Philips V. Ward*³⁶ DENNING, L.J. กล่าวว่า “the general principle of English Law is that damages must be assessed as at the date when the damage occurs.” ซึ่งเป็นหลักที่อาจทำให้เกิดการหลงประเด็น เนื่องจากหลักที่แท้จริงคือว่าค่าเสียหายจะถูกประเมินบนพื้นฐานความเสียหายของโจทก์ ณ วันที่มีการตัดสินพิพากษา³⁷ เนื่องจากคำพิพากษาลงศาลจะขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานการพิสูจน์ค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับคดี ซึ่งค่าเสียหาย ณ วันที่พิพากษาอาจเปลี่ยนแปลงไปจากวันที่เกิดความเสียหายจริงก็ได้ บัญญัติจะทำให้ค่าเสียหายเปลี่ยนแปลงมีดังนี้

ก. การบรรเทาความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาอาจได้รับการคาดหวังว่าจะดำเนินการเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย ได้แก่ การซ่อมแซมสินค้า นำสินค้ามาทดแทน ในกรณีดังกล่าวนี้ เกณฑ์การวัดค่าเสียหายคือค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมสินค้า และค่าใช้จ่ายในการนำสินค้ามาทดแทนนั่นเอง

ข. ค่าเสียหายหรือหนี้ที่สินค้านำมาทดแทนไม่ได้ในอัตราแลกเปลี่ยนต่างประเทศ ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ค่าเสียหายจะต้องถูกแปลงเป็นอัตราแลกเปลี่ยนเงินปอนด์ของอังกฤษ ณ เวลาที่กระทำผิดสัญญา³⁸ ซึ่งหลักนี้จะทำให้ความเสียหายสามารถคาดเห็นได้หรือมีความแน่นอนยิ่งขึ้น อันเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย

³⁶ See LAWSON, J. in *Clark v. Woor*, (1965) 1 W.L.R. 650, at p. 656 and Halsbury Vol. II, p. 237. cited in *Harvey McGregor, supra note 2*, p.14.

³⁷ See Lord Macnaghten, *Bwlfa and Merthyr Dare Steam Collieries* (1891), Ltd. v. *Pontypridd Waterworks Co.*, (1903) A.C. 426, at p. 431. cited in *supra note 2*, p.15.

³⁸ See *Di Ferdinando v. Simon Smits Co.*, (1920) 3 K.B. 409, cited in *Harvey McGregor, supra note 2*, p.15.

ค. การเปลี่ยนแปลงภายหลังจากมีคำพิพากษา โดยศาลสูงมีดุลพินิจที่จะยอมรับ
พยานหลักฐานเพิ่มเติม หากมีมูลเหตุพิเศษ³⁹

แนวคิดเกี่ยวกับหลักการมีส่วนร่วมกระทำความผิดนี้มีอยู่ 3 ประการคือ ประการที่หนึ่ง
ถือว่าโจทก์มี “หน้าที่” บรรเทาความเสียหาย โจทก์จึงไม่อาจจะเรียกค่าเสียหายสำหรับความ
เสียหายที่โจทก์อาจจะหลีกเลี่ยงได้ ประการที่สองถือว่ากรณีที่ทำผิดสัญญา จะต้อง
ชำระค่าเสียหายให้โจทก์นั้น หากโจทก์ได้รับผลประโยชน์อะไรก็ดี หรือหลุดพ้นจากภาระอะไรก็ดี
หรือได้ประหยัดค่าใช้จ่ายบางอย่างลงก็ดี ต้องนำมาหักออกจากค่าเสียหายที่โจทก์จะเรียกร้องเอา
จากจำเลย ประการที่สามถือว่ากรณีที่โจทก์มีส่วนผิดด้วย มิใช่จำเลยผิดแต่ฝ่ายเดียว การ
กำหนดค่าเสียหายจะต้องคำนึงถึงความผิดของโจทก์ด้วย⁴⁰

แนวคิดการบรรเทาความเสียหายปรากฏอยู่ในเรื่องการเรียกค่าเสียหายของกฎหมาย
ภายในหลายประเทศ เนื่องจากเป็นหลักการที่สร้างความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและ
ทำให้เกิดการเรียกค่าเสียหายเป็นไปด้วยความเสียหายแท้จริงและเกินขอบเขตของความเสียหายที่
สามารถจะบรรเทาได้ ส่วนในกฎหมายทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นหากคู่สัญญาฝ่ายที่เรียกร้อง
ค่าเสียหายไม่ได้กระทำการบรรเทาความเสียหายนั้น คือค่าเสียหายในส่วนที่สมารถบรรเทาความ
เสียหายได้จะไม่ได้รับการชดเชย

³⁹ Harvey McGregor, *supra* note 2, p.16.

⁴⁰ G. H. Treitel, *supra* note 15, p.179.