



1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันนี้การค้าขายระหว่างประเทศได้เพิ่มจำนวนและทวีความสำคัญมากขึ้นเป็นลำดับอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการคมนาคมระหว่างประเทศมีความสะดวกรวดเร็วและสามารถใช้ได้หลายรูปแบบ จึงทำให้ผู้ผลิตสินค้าและพ่อค้านักธุรกิจระหว่างประเทศสามารถที่จะส่งสินค้าไปจำหน่ายในต่างประเทศได้มากขึ้นและมีความสะดวกเร็วยิ่งขึ้น และในส่วนของประเทศไทยเองก็ได้มีการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศและส่งสินค้าไปขายยังต่างประเทศเป็นจำนวนปีละหลายแสนล้านบาท โดยในเรื่องของการค้าขายระหว่างประเทศนี้ก็มักมีกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ใช้ปฏิบัติสำหรับการซื้อขายระหว่างประเทศ ซึ่งนักกฎหมายได้เรียกชื่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศว่า “*lex mercatoria*” ซึ่งสามารถที่จะแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “กฎหมายของนายวานิชย์”¹

ในสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้เกิดมีแนวความคิดที่จะให้นำกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้เกิดแนวความคิดที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มของนักกฎหมายที่ให้การสนับสนุนและคัดค้านการนำกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยนักกฎหมายทั้ง 2 กลุ่มนี้ยังคงถกเถียงกันและไม่สามารถที่จะหาข้อยุติในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ได้ว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่อย่างไร แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายทั้ง 2 กลุ่มนี้ได้มีความเห็นสอดคล้องกันว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้

- (1) กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ

¹ ร.ศ. พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สยามยานวิทย์พัฒนา, สิงหาคม 2540), หน้า 119.

- (2) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages)
- (3) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในเรื่องของการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ
- (4) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ
- (5) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะต้องนำมาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

สืบเนื่องจากการที่การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นจะต้องมีการขนส่งสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งและมีการชำระราคาสินค้าข้ามประเทศ ดังนั้น การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนี้จึงมักจะเกิดมีปัญหาขึ้นอยู่เสมอว่า คู่สัญญาฝ่ายใดมีหน้าที่ต้องจัดให้มีการขนส่งและชำระค่าขนส่งสินค้าจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง ผู้ขายจะต้องรับภาระในความเสี่ยงภัยในตัวสินค้าไปจนถึงเมื่อใด ความเสี่ยงภัยในตัวสินค้าจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อใด และคู่สัญญาฝ่ายใดมีหน้าที่รับภาระความเสี่ยงภัยในความสูญหายหรือเสียหายที่เกิดขึ้นกับสินค้าในระหว่างการขนส่ง เพราะฉะนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นและอำนวยความสะดวกให้แก่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศและผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินใจแล้ว กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศจึงได้มีความคิดที่จะนำเอาข้อตกลงทางการค้า (trade terms) มาใช้ในรูปของคำหรือเทอม (term) ที่คล้าย ๆ กัน เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าระหว่างประเทศในประเด็นต่าง ๆ โดยแต่เดิมนั้นกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้มีการนำเอาทอมทางการค้ามาใช้กันอย่างกระจัดกระจาย จึงทำให้เกิดปัญหาและข้อขัดแย้งเกี่ยวกับความหมายของคำเหล่านี้ เนื่องจากแต่ละประเทศและแต่ละสมาคมทางการค้าจะมีการตีความที่แตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC)) จึงได้ทำการรวบรวมวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ของกลุ่มพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และจัดทำเป็นอักษรย่อ เพื่อให้พ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศใช้ทำความเข้าใจภาวะและหน้าที่ของตนในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศซึ่งเรารู้จักกันในชื่อ INCOTERMS นั้นเอง ซึ่งปัจจุบันนี้นักธุรกิจระหว่างประเทศนิยมที่จะนำ INCOTERMS มาใช้ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกัน โดยการกำหนดไว้เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศกันเป็นอย่างมาก

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) และ INCOTERMS แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า INCOTERMS มีฐานะเป็นกฎหมายของนาย

พาณิชย์ (*lex mercatoria*) อย่างหนึ่ง เนื่องจากกฎหมายของนายพาณิชย์ (*lex mercatoria*) และ INCOTERMS มีลักษณะที่สำคัญที่เหมือนกันได้แก่

- (1) การมีฐานะเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ
- (2) การมีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade terms)
- (3) การมีฐานะเป็นสิ่งที่ใช้อำนวยความสะดวกในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ
- (4) การมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ
- (5) การนำมาใช้จะต้องนำมาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญา

เพราะฉะนั้น หากมีกรณีที่คู่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศซึ่งในสัญญาได้มีการกำหนดหรือมิได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำ INCOTERMS มาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญามาผ่านการพิจารณาของศาลไทยแล้วก็จะก่อให้เกิดปัญหาที่น่าพิจารณาว่า ศาลไทยบังคับให้ตาม INCOTERMS ที่คู่สัญญาได้กำหนดหรือมิได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ โดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร และศาลไทยจะนำ INCOTERMS มาใช้ในฐานะอะไร ซึ่งปัจจุบันนี้ก็ยังมิได้มีคำพิพากษาของศาลไทยฉบับใดที่ได้ให้คำตอบเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้แต่ประการใด

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรที่จะทำการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้น เพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่สนใจในเรื่องของการนำวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) มาใช้โดยศาลไทยจะได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ศาลไทยนำมาใช้ในการพิจารณาสติษและหน้าที่ของคู่สัญญาดังกล่าว โดยศึกษาเฉพาะกรณีของ INCOTERMS 2000

1.2 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การวิจัยนี้ผู้วิจัยมุ่งที่จะศึกษาถึงแนวความคิดต่าง ๆ ของนักกฎหมายที่ให้การสนับสนุนและคัดค้านการนำกฎหมายของนายพาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาสติษและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในประเด็นปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของกฎหมายของนายพาณิชย์ (*lex mercatoria*) และศึกษาถึงลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายพาณิชย์ (*lex mercatoria*) เช่น การมีฐานะเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) กฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่าง

ประเทศ และการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้จะต้องนำมาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญา รวมถึงการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการพิจารณา ระวังข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

นอกจากการศึกษาถึงแนวความคิดและลักษณะต่าง ๆ ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยจะทำการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) กับ INCOTERMS 2000 โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษาถึงสาระสำคัญต่าง ๆ ของ INCOTERMS เช่น ความหมาย ที่มา พัฒนาการและแนวความคิดในการยกเว้น รวมถึงประโยชน์ของ INCOTERMS เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบว่า INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) อย่างหนึ่ง เนื่องจาก INCOTERMS 2000 มีลักษณะที่สำคัญเหมือนกับกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เช่น การมีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) ที่สามารถที่จะพัฒนาไปเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศได้ การมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการพิจารณา ระวังข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ การเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และการนำมาใช้จะต้องนำมาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญา

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงการมีฐานะเป็นกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ของ INCOTERMS 2000 แล้ว ประเด็นปัญหาที่ผู้วิจัยจะทำการศึกษาต่อไปคือประเด็นปัญหาเรื่องการนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีโดยศาลไทย โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษาว่า หากมีกรณีที่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศซึ่งในสัญญาได้มีการกำหนดหรือมิได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำ INCOTERMS มาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญามาสู่การพิจารณาของศาลไทยแล้ว ศาลไทยบังคับให้ตาม INCOTERMS ที่คู่สัญญาได้กำหนดหรือมิได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ โดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร และศาลไทยจะนำ INCOTERMS มาใช้ในฐานะอะไร

อนึ่ง ในการทำวิจัยฉบับนี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาเฉพาะกรณีที่ศาลไทยได้ทำการพิจารณาและวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แล้วมีความเห็นว่าเป็นคดีดังกล่าวนี้ให้นำกฎหมายของประเทศไทยมาใช้ในการบังคับกับคดี โดยผู้วิจัยจะไม่ทำการศึกษาไปถึงเรื่องหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในการที่จะพิจารณาว่า ศาลไทยจะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับกับคดี

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

(1) เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจแนวความคิดของกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายและไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย ลักษณะที่สำคัญต่าง ๆ ของ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เช่น การเป็นกฎเกณฑ์ที่ยังไม่มีความแน่นอนว่ามีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่ การเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) การเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ การเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ การเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ การนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้จะต้องอาศัยเจตนาของคู่สัญญา และการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้พิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

(2) ศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับสาระสำคัญต่าง ๆ ของ INCOTERMS 2000 เช่น ความหมาย ที่มาและแนวความคิดที่สำคัญในการร่าง พัฒนาการและประโยชน์ของ INCOTERMS เพื่อนำไปใช้ในการวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) และ INCOTERMS 2000 ว่า INCOTERMS 2000 นั้นมีฐานะเป็นกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) หรือไม่อย่างไร

(3) เพื่อทราบถึงแนวทางของศาลไทยเกี่ยวกับการนำเอา INCOTERMS 2000 ไปใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ทั้งในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้กำหนดหรือมิได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วให้นำ INCOTERMS มาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา โดยผู้วิจัยต้องการที่จะทำการศึกษาว่า หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวมาสู่การพิจารณาของศาลไทยแล้ว ศาลไทยบังคับตาม INCOTERMS 2000 โดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร และศาลไทยได้นำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในฐานะอะไร

1.4 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

INCOTERMS 2000 เป็นกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งมีบางส่วนเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น หากศาลไทยจะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ใน

การพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ศาลจะต้องคำนึงถึงเจตนาของคู่กรณีในการเลือกกฎหมาย ถ้าไม่มีการเลือกกฎหมายเอาไว้ ศาลจะนำเอา INCOTERMS มาใช้ได้หรือไม่ อย่างไร

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

(1) ทำให้ทราบถึงแนวความคิดต่าง ๆ ของกลุ่มของนักกฎหมายทั้งที่ให้การสนับสนุน และคัดค้านการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) และลักษณะที่สำคัญต่าง ๆ ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เช่น การมีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการพิจารณาข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ข้อบังคับของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้จะต้องอาศัยเจตนาของคู่สัญญา รวมถึงการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการพิจารณาข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

(2) ทำให้ทราบถึงสาระสำคัญต่าง ๆ ของ INCOTERMS 2000 เช่น ความหมาย ที่มา และแนวความคิดในการยกร่าง พัฒนาการและประโยชน์ของ INCOTERMS 2000 และเข้าใจถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) และ INCOTERMS 2000 ในฐานะที่ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) อย่างหนึ่ง

(3) ทำให้ทราบว่า ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในสัญญาว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวแล้วให้นำเอาข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS มาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ศาลไทยจะนำเอาข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS มาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาดังกล่าวได้อย่างไร และนำมาใช้ในฐานอะไร

(4) เป็นแนวทางในการกำหนดกรอบการร่างกฎหมาย หากจะมีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศขึ้นเป็นการเฉพาะในประเทศไทย เพื่อนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาให้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอาข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS มาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศได้ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในสัญญาซื้อขายสินค้า

ระหว่างประเทศว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำเอา INCOTERMS มาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทดังกล่าว

1.6 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยทางเอกสาร (documentary research) ด้วยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะได้มาโดยการค้นคว้าจากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานรัฐบาลและเอกชนต่าง ๆ รายงานการสัมมนา รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ กฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ