

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเป็นผู้สร้างขึ้น ซึ่งมีที่มาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (*trade usages*) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศด้วยตนเอง เนื่องจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศไม่ประสงค์ที่จะให้นำกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ที่มีได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อรองรับธุรกรรมทางการค้าระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะมาใช้บังคับกับการค้าระหว่างประเทศ และเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาเรื่องกฎหมายภายในที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบ่อยหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นรัฐ

กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้สามารถที่จะพบได้ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สัญญามาตรฐาน และวิธีปฏิบัติในทางการค้าของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ทั้งนี้ วิธีปฏิบัติในทางการค้า (*trade usages*) ซึ่งจะเป็นที่มาของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ได้นั้นจะต้องเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (*trade usages*) ที่ได้รับการปฏิบัติกันอย่างกว้างขวาง มีระยะเวลาการใช้ที่ยาวนานพอสมควรและไม่ขึ้นต่อระบบกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง

กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะไม่มีสภาพบังคับหากไม่ได้รับความสนับสนุนจากกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ อย่างเช่นในกรณีที่กฎหมายภายในของประเทศที่จะทำการพิจารณาคัดสินคดีไม่ให้การยอมรับกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้วศาลของประเทศนั้นก็ไม่สามารถที่จะนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวได้

ปัจจุบันนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ระหว่างนักกฎหมายว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่อย่างไร ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้นี้ก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงและไม่สามารถที่จะพิจารณาหาข้อยุติได้ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ก็ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการทั่วไปจากนักกฎหมายว่ามีลักษณะที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อย่างหนึ่ง เนื่องจากกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นสิ่งที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ประพฤติปฏิบัติต่อกันและกันเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

(2) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) นี้สามารถที่จะพัฒนาไปเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศได้ โดยการที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตามวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) นั้นอย่างเป็นการทั่วไปและมีระยะเวลาการประพฤติปฏิบัติที่ยาวนานพอสมควร โดยมีความเชื่อว่าเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและจะต้องปฏิบัติตาม

(3) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศให้แก่คู่สัญญาและผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดี

(4) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ข้อบังคับของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีที่มาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และได้รับการยอมรับเฉพาะในกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ

(5) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะต้องนำมาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญา เนื่องจากตามปกติแล้วศาลหรือผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีจะต้องนำสิ่งที่มีฐานะเป็นกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาคดี เว้นแต่กฎหมายหรือคู่สัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งในปัจจุบันนี้ยังไม่สามารถที่จะหาข้อสรุปได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญต่าง ๆ ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้ว สามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นสิ่งที่ยังไม่มีความแน่นอนในตัวเอง และหากประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนามีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นสิ่งที่มีประโยชน์ต่อการค้าระหว่างประเทศอย่างแท้จริงแล้ว ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ก็จะต้องทำการปรับปรุงและพัฒนาเพื่อให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีความแน่นอนและเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นการทั่วไปจากทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและ

ประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งโดยส่วนตัวของผู้วิจัยนั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในปัจจุบันนี้กฎหมายของ นายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นเพียงวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อย่างหนึ่ง ซึ่งอาจจะไม่มีประโยชน์ต่อการค้าขายระหว่างประเทศเท่าใดนัก เนื่องจากประเทศที่ พัฒนาแล้วมักจะอ้างว่า สิ่งใดสิ่งหนึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งมีผลผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม เพราะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่ได้รับความนิยมาจาก กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเอาเปรียบและ ตัดดวงผลประโยชน์ในทางการค้าจากประเทศกำลังพัฒนาซึ่งไม่สามารถที่จะสร้างวิธีปฏิบัติในทาง การค้าได้ เพราะการมีจำนวนของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศจํานวนน้อยกว่าประเทศที่ พัฒนาแล้วเป็นจํานวนมาก

INCOTERMS เป็นหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศที่หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC)) รวบรวมขึ้นมาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ เพื่อให้ สำหรับการแปลความหมายข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) โดยการใช้ตัวอักษรย่อ และเพื่อให้ พ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศที่ประสงค์จะใช้ข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ที่มีความ แน่นอนสามารถที่จะใช้ INCOTERMS เป็นสิ่งอำนวยความสะดวกในการทำสัญญาซื้อขายสินค้า ระหว่างประเทศ ซึ่ง INCOTERMS นี้จะไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมาย ภายในของประเทศต่าง ๆ เว้นแต่กรณีที่กฎหมายภายในของประเทศนั้นได้ทำการรับเอา INCOTERMS เข้าเป็นกฎหมายภายในของประเทศนั้นแล้ว แต่อย่างไรก็ดี INCOTERMS นี้จะมีผลผูกพันให้บุคคลต่าง ๆ จำต้องปฏิบัติตามก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้ตกลงยินยอมที่จะผูกพันและปฏิบัติ ตามข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ที่ได้กำหนดไว้ใน INCOTERMS

หอการค้านานาชาติ (ICC) ได้ทำการจัดพิมพ์และโฆษณา INCOTERMS ฉบับแรกเมื่อปี ค.ศ. 1936 โดยเรารู้จักกันในชื่อของ INCOTERMS 1936 ซึ่งต่อมาหอการค้านานาชาติ (ICC) ได้ ทำการแก้ไขปรับปรุง INCOTERMS ให้ทันสมัย ถูกต้องและตรงตามวิธีปฏิบัติของกลุ่มของพ่อค้า และนักธุรกิจระหว่างประเทศอีก 6 ครั้งในปี ค.ศ. 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 และครั้งล่าสุดเมื่อ ปี ค.ศ. 2000 โดยได้ทำการแก้ไขปรับปรุงข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ในเทอม FAS ให้ผู้ ขายต้องรับผิดชอบดำเนินการทางด้านศุลกากรขาออก เทอม DEQ ให้ผู้ซื้อต้องรับผิดชอบดำเนินการทางด้านศุลกากรขาเข้า และเทอม FCA ได้กำหนดเพิ่มเติมให้มีการกำหนดจุด (point) ที่จะทำ การบรรทุกและขนถ่ายสินค้าไว้ในสถานที่ต้นทางด้วย และถ้าจุด (point) ที่จะทำการบรรทุกและ ขนถ่ายสินค้าเป็นที่เก็บสินค้าของผู้ขายเอง ผู้ขายก็จะต้องทำการขนสินค้าเข้าไปยังพาหนะของ

ผู้ซื้อด้วย แต่ถ้าจุด (point) ที่จะทำการบรรทุกและขนถ่ายสินค้าเป็นสถานที่อื่นแล้วผู้ขายไม่จำเป็นต้องขนสินค้าลงจากพาหนะที่ตนบรรทุกไป

กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) และ INCOTERMS 2000 มีความสัมพันธ์กัน โดยที่ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) อย่างหนึ่ง ด้วยเหตุผลที่ว่า INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีลักษณะและสาระสำคัญต่าง ๆ ที่เหมือนกัน ได้แก่

(1) INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นเพียงวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ที่ได้รับความนิยมนอกจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน เนื่องจาก INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นสิ่งซึ่งกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ประพฤติกปฏิบัติต่อกันและกันอย่างเป็นทางการทั่วไป เพื่อประโยชน์ในทางการค้า

(2) INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นสามารถที่จะพัฒนาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ไปเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน หากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและนำ INCOTERMS 2000 หรือกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปปฏิบัติอย่างเป็นทางการทั่วไปเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควรโดยมีความเชื่อว่า เป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและจะต้องปฏิบัติตาม

(3) INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญาและผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

(4) INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ข้อบังคับของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ดังที่จะเห็นได้จากการที่ INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีที่มาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ประกอบกับการที่ INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ได้รับการยอมรับเฉพาะในกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

(5) INCOTERMS 2000 และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่าคู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 หรือกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาดังกล่าว

ดังนั้น เมื่อ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) อย่างหนึ่งแล้ว หากปรากฏว่ามีข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นอันเนื่องมาจาก INCOTERMS 2000 และคู่กรณีได้นำคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลไทยแล้ว ศาลไทยจะต้องทำการพิจารณาตัดสินคดีนั้นโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

เนื่องจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นอาจจะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติ หรือคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทย

(1) กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติ เมื่อมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศซึ่งคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติเกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้นำคดีดังกล่าวมาสู่การพิจารณาของศาลไทยแล้ว ศาลไทยก็จะต้องนำหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาใช้ในการพิจารณาเลือกกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับแก่คดี ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกสิ่งที่มีฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดี เพราะฉะนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจนว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทแล้ว ศาลไทยก็จะต้องพิจารณาว่า INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมาย ศาลก็สามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ แต่ในทางกลับกันหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า INCOTERMS 2000 ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย ศาลก็ไม่สามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีได้ และศาลก็จะต้องนำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้ในการเลือกกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งเพื่อนำมาใช้บังคับกับสัญญาต่อไป ส่วนในกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจนที่จะให้ศาลนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น การกระทำดังกล่าวของคู่สัญญานี้จะมีผลทำให้ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นข้อตกลงแห่งสัญญา ซึ่งเนื้อหาของสาระของ INCOTERMS 2000 นั้นมิได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ในกรณีนี้ศาล

จึงต้องนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการระบับข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในกรณีนี้มีใจเรื่องของการนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระบับข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แต่เป็นเรื่องของการนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในฐานะที่เป็นข้อตกลงแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

(2) กรณีที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทย เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยเกิดขึ้น และคู่สัญญาได้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไทยแล้ว ศาลไทยก็จะต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าว โดยสามารถแยกเป็นกรณีต่างๆ ได้ดังนี้

(2.1) กรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา ในกรณีนี้ศาลไทยจะต้องนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาคดีคดี ซึ่งมาตรา 151 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ การใดเป็นการแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ ” เมื่อพิจารณาถึงลักษณะโดยทั่วไปของ INCOTERMS 2000 แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า INCOTERMS 2000 นี้ไม่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าระหว่างประเทศ และการโอนความเสี่ยงภัยในตัวสินค้าเท่านั้น จึงไม่เป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญาแล้ว ศาลไทยสามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2.2) กรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา แต่ศาลสามารถที่จะตีความสัญญาได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งกรณีนี้อาจมีปัญหาเกิดขึ้นคือ กรณีที่คู่สัญญาพิพาทกันในเรื่อง INCOTERMS 2000 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกรณีที่คู่กรณีพิพาทกันในเรื่องประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ นักกฎหมายไทยได้มี

แนวความคิดที่ต่างกันอย่างสิ้นเชิงโดยสามารถแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ (1) กลุ่มของนักกฎหมายที่มีแนวความคิดว่า ศาลไทยจะต้องนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 มาใช้ในการพิจารณาคดี (2) กลุ่มของนักกฎหมายที่มีแนวความคิดว่า ศาลไทยสมควรที่จะนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าว

(2.2.1) กรณีที่ INCOTERMS 2000 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้แล้ว แต่ INCOTERMS 2000 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างออกไป

(ก) การนำมาตรา 4 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี มาตรา 4 วรรคแรก ได้บัญญัติไว้ว่า “ กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ” ดังนั้น จึงสามารถพิจารณาได้ว่า หลักเกณฑ์ที่สำคัญของมาตรานี้ คือ เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทแล้ว ศาลไทยจะต้องนำกฎหมายนั้นมาใช้ในการพิจารณาคดีนั้น หรือศาลไทยจะต้องนำกฎหมายนั้นมาใช้พิจารณาคดีโดยคำนึงถึงความมุ่งหมายของกฎหมายดังกล่าว

ดังนั้น หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้โดยตรง และได้ถูกตราขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศด้วยแล้ว ศาลไทยก็ต้องนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดี โดยศาลไม่สามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 ที่คู่สัญญาไม่เจตนาที่จะให้นำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทแต่มีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนมาใช้ในการพิจารณาคดีได้ ซึ่งจะทำการพิจารณาคดีดังกล่าวของศาลไม่เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ในทางกลับกันหากศาลพิจารณาว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้โดยตรง และมีได้ถูกตราขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว ศาลก็ไม่สามารถที่จะนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 วรรคแรกนี้มาใช้ได้ และศาลจะต้องพิจารณาหากกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวต่อไปโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 วรรคสอง

(ข) การนำมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี

มาตรา 171 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้  
ว่า “ การตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้พิเคราะห์ถึงเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำหรือสำนวน ”

มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า  
“ สัญญานั้นทำให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ”

ในกรณีนี้หากศาลสามารถที่จะตีความสัญญาได้ว่า คู่สัญญาต้องการให้นำ  
INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญาแล้ว ศาลไทยสามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มา  
ใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ เนื่องจากมาตรา 171 และมาตรา 368 นี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใน  
เรื่องของการตีความสัญญาไว้โดยให้ศาลตีความตามความประสงค์ในทางสุจริตของคู่สัญญาโดย  
พิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ดังนั้น เมื่อศาลได้ตีความสัญญาและทราบถึงเจตนาของคู่สัญญาที่  
ต้องการให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีแล้ว ศาลไทยก็จะต้องพิจารณาคดีโดย  
นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์เรื่องความ  
ศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ศาลสมควรที่จะทำการพิจารณาคดีดังกล่าว  
โดยนำเอาหลักเกณฑ์ของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาคดี เพราะจะทำให้  
ศาลสามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ ซึ่งจะทำการ  
พิจารณาคดีตัดสินคดีของศาลเป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา แต่หากศาลนำเอาหลักเกณฑ์  
ของมาตรา 4 วรรคแรกมาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวแล้ว โดยศาลพิจารณาว่า ประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์นั้นมีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้และถูก  
ตราขึ้นมาโดยมีความมุ่งหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว ศาลไทย  
ก็จะต้องนำเอาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มาใช้ในการพิจารณาคดี โดยศาลไทย  
ไม่สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีตัดสินคดีได้ ซึ่งจะทำการ  
พิจารณาคดีของศาลไม่ถูกต้องตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา



(2.2.2) กรณีที่ INCOTERMS 2000 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้นอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่า กรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด แต่ข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 นั้นได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้นั่นเอง

(ก) การนำมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี มาตรา 4 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า “ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ” เพราะฉะนั้น ในกรณีนี้ศาลไทยจึงจะต้องทำการพิจารณาประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของประเทศไทยหรือไม่ หากศาลไทยมีความเห็นว่า INCOTERMS 2000 ซึ่งเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศไม่มีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของประเทศไทยแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการตีความหมายของคำว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ของศาลนั่นเอง ซึ่งเมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงสาระสำคัญต่าง ๆ ของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของประเทศไทยในบทที่ 4 แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้นั้น หมายความว่ารวมถึงประเพณี ธรรมเนียมหรือวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศที่ประชาชนในประเทศไทยนิยมที่จะประพฤติปฏิบัติด้วย เพราะฉะนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า INCOTERMS 2000 นี้มีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอย่างหนึ่ง

(2) บทบัญญัติของกฎหมายไทยเรื่องใดที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งกับ INCOTERMS 2000 ซึ่งเมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหมวดว่าด้วย นิติกรรมสัญญา หนี้ เอกเทศสัญญาว่าด้วยลักษณะซื้อขายนั้น ไม่สามารถที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างสำหรับกรณีของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้อย่างครบถ้วน ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้ถูกยกวางขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับการซื้อขายภายในประเทศเป็นหลัก ซึ่งการซื้อขายสินค้าภายในประเทศและการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกันหลายประการ ประกอบกับการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขายนั้นยังไม่ละเอียดเพียงพอหรือไม่มีบท

บัญญัติบางเรื่องที่ต้องมีเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เช่น เรื่องหน้าที่ของคู่สัญญาในการส่งมอบเอกสารและการบรรจุหีบห่อ

(3) INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามกฎหมายไทยหรือไม่ ซึ่งเมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของประเทศไทยแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของประเทศไทยนั้น คือหลักกฎหมายของต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และหลักกฎหมายที่ได้มาจากการพิเคราะห์หลักเกณฑ์ทั้งหลายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักเกณฑ์ร่วมกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ศาลไทยไม่สามารถที่จะนำเอาคำย่อในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามบทบัญญัติของมาตรา 4 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ เนื่องจาก INCOTERMS 2000 มิได้มีฐานะเป็นหลักกฎหมายที่ได้มาจากการพิเคราะห์หลักเกณฑ์ทั้งหลายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักเกณฑ์ร่วมกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย หากแต่เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นมาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวของมาตรา 4 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในกรณีนี้หากศาลไทยได้ทำการพิจารณาแล้วเห็นว่า เรื่องที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศพิพาทกันนั้นเป็นเรื่องที่ ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้แล้ว หากศาลไทยแปลความหมายของคำว่า “ จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ว่า หมายความว่ารวมถึงประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าแล้ว ศาลไทยก็สามารถที่จะนำเอาข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีในกรณีนี้ได้ แต่ในทางกลับกันหากศาลมีความเห็นว่า จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นมิได้หมายความว่ารวมถึงประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีในกรณีนี้ได้ ทั้งนี้ จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า การที่ศาลจะสามารถนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีข้อพิพาทในเรื่องเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศในกรณีนี้ได้หรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับ การแปลความหมายของศาลว่า “ จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” นี้หมายความว่ารวมถึงประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศด้วยหรือไม่

(ข) การนำมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี ในกรณีนี้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอาข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 ที่คู่สัญญาประสงค์จะให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีได้ เนื่องจากมาตรา 171 และมาตรา 368 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการตีความสัญญาไว้โดยให้ศาลตีความสัญญาตามความประสงค์ในทางสุจริตของคู่สัญญาและพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ดังนั้นเมื่อศาลไทยทราบถึงความประสงค์ในทางสุจริตของคู่สัญญาที่ประสงค์จะให้นำเอาข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาได้แล้ว ศาลไทยก็จะต้องทำการพิจารณาคัดสินคดีนั้น โดยนำเอาข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวด้วย ซึ่งจะส่งผลให้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีได้และยังสามารถที่จะพิจารณาคัดสินคดีได้ถูกต้องตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์เรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ศาลสมควรที่จะทำการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าว โดยนำเอาหลักเกณฑ์ของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาคดี เพราะจะทำให้ศาลสามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวได้ ซึ่งจะทำการพิจารณาคัดสินคดีของศาลเป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา แต่หากศาลนำเอาหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 วรรคสองมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวแล้ว ศาลก็ต้องพิจารณาว่า คำว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” นั้นหมายความรวมไปถึงจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” หมายความรวมไปถึงจารีตประเพณีหรือวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ด้วยแล้ว ศาลก็สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวได้ แต่ในทางกลับกันหากศาลพิจารณาว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” มิได้หมายความรวมไปถึงจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีได้ ซึ่งจะทำการพิจารณาคัดสินคดีของศาลไม่ถูกต้องตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

สืบเนื่องจากการที่ในปัจจุบันนี้ได้มีความพยายามที่จะตราพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อนำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยตรง ซึ่งขณะนี้ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวอยู่ในระหว่างการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ควรที่จะมีบทบัญญัติที่อนุญาตให้ศาลไทยสามารถที่จะนำประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้ามาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทด้วย เพื่อให้ศาลไทยสามารถที่จะพิจารณาคัดสินคดีได้อย่างสอดคล้องเป็นไปตามประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าที่ได้รับการยอมรับอย่างทั่วไปจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และเพื่อขจัดปัญหาในเรื่องของการแปลความหมายของคำว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าหมายควมรวมถึงประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าด้วยหรือไม่ ซึ่งหากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้แล้ว และต่อมาเมื่อได้มีการประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติแล้วก็จะส่งผลให้ศาลไทยสามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 ซึ่งมีฐานะเป็นประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้ ซึ่งจะทำให้ศาลสามารถที่จะพิจารณาคดีได้ตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ