

## บทที่ 4

### การนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีโดยศาลไทย

#### 4.1 สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติ

สืบเนื่องจากการที่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยส่วนใหญ่จะเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางและเป็นบุคคลที่ต่างสัญชาติกัน ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัยจึงต้องการที่จะทำการศึกษาว่า หากมีกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาเป็นบุคคลต่างสัญชาติกัน และคู่สัญญาได้นำคดีดังกล่าวมาฟ้องร้องต่อศาลไทยแล้ว ศาลไทยจะนำเอาหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในคดีดังกล่าวโดยมีหลักเกณฑ์เป็นประการใด

ตามที่คุณวิจัยได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นถึงขอบเขตของการศึกษาวิจัยว่า ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาเฉพาะกรณีที่ศาลไทยได้ทำการพิจารณาและวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แล้วมีเห็นว่า ในคดีดังกล่าวนั้นให้นำกฎหมายของประเทศไทยมาใช้ในการบังคับกับคดี โดยผู้วิจัยจะไม่ทำการศึกษาไปถึงเรื่องหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในการที่จะพิจารณาว่าศาลไทยจะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับแก่คดี

#### 4.1.1 การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย

กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย หมายถึง กฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า จะนำกฎหมายของประเทศใดมาบังคับกับคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายนี้มีไว้สำหรับบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้บังคับกับคดีโดยตรง หากแต่เป็นเครื่องมือของศาลที่จะนำมาใช้เพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับคดีนั้นได้อย่างถูกต้อง ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

สืบเนื่องจากการที่สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะเป็นสัญญาที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ เพราะผู้ซื้อและผู้ขายอยู่กันคนละประเทศและมีสัญชาติที่

แตกต่างกัน ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศเกิดขึ้น (สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ) และคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไทยแล้ว ศาลไทยก็จะต้องพิจารณาประเด็นเรื่องกฎหมายขัดกันตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เสียก่อน เพื่อพิจารณาว่าในกรณีดังกล่าวนี้ศาลไทยจะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับกับกรณี

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ของประเทศไทยได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการหากฎหมายที่จะนำมาใช้ในเรื่องของนิติกรรมสัญญาไว้ในมาตรา 13

มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บัญญัติว่า

“ ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาแจ้งชัดหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองนั้นไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม้อาจหยั่งทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น ”

นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของประเทศไทยมีความเห็นสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันว่า คำว่า “ กฎหมาย ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นี้ หมายรวมถึง กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงในคดีได้โดยตรง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายที่ดิน และกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>1 2</sup>

<sup>1</sup> กมล สนธิเกษตริน , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 7, มิถุนายน 2539), หน้า 185.

เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการเลือกสิ่งที่มีฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดี มิใช่เป็นการเลือกสิ่งที่ไม่มีความเป็นกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดี

#### 4.1.1.1 การนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยคู่สัญญา

ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า สิ่งที่เราจะนำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้นั้นจะต้องมีฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว จึงส่งผลให้เกิดแนวความคิดที่แตกต่างกันในเรื่องของการนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศของกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า INCOTERMS 2000 และกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า INCOTERMS 2000 ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย

(ก) กรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา

กรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้ศาลนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว การกระทำดังกล่าวของคู่สัญญานั้นจะมีผลทำให้ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาในเรื่องของการพิจารณาระงับข้อพิพาทตามสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น ในกรณีนี้จึงไม่ใช่เรื่องของการนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้พิจารณาระงับข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แต่เป็นเรื่องของการนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในฐานะที่เป็นข้อตกลงแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เมื่อ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็น

---

<sup>2</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์ , “หลักทั่วไปเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย ” เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ , พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช) , หน้า 445 .

ข้อตกลงแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว สิ่งสำคัญที่ศาลไทยจะต้องทำการพิจารณาก็คือ ข้อตกลงแห่งสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้นั้นขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เพราะหากว่าข้อตกลงแห่งสัญญานั้นมิได้ขัดหรือแย้งกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทยแล้ว สัญญาฉบับนั้นสามารถที่จะนำมาใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาได้ แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีเนื้อหาสาระที่แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ก็ตาม ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 นั้นเอง แต่หากมีปัญหาใด ๆ เหลืออยู่และจำเป็นต้องปรับใช้กฎหมายก็จะต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ การใดเป็นการแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ ”

เพราะฉะนั้น สิ่งที่จะต้องพิจารณาในที่นี้ก็คือ สาระสำคัญต่าง ๆ ของ INCOTERMS 2000 นั้นขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งการที่จะกำหนดว่า เรื่องใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นเป็นสิ่งที่กำหนดได้ยาก เพราะศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้อาจจะแปรเปลี่ยนไปได้ตามความรู้สึกของคนในสังคมเมื่อสภาพสังคมและกาลเวลาได้เปลี่ยนแปลงไป

ศาสตราจารย์ กมล สนธิเกษตริน ได้ลำดับชั้นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชนออกเป็น 2 ประเภท คือ<sup>3</sup>

1) กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเภทไม่เด็ดขาด (relative) ได้แก่กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของคนไทยเท่านั้น เช่น ในเรื่องความสามารถของบุคคล การคุ้มครองผู้เยาว์ การเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ซึ่งกฎหมายประเภทนี้จะใช้บังคับกับคนไทยทุกคน แต่สำหรับคนต่างชาติที่เข้ามาอยู่ในประเทศไทยนั้นอาจรับเอากฎหมายต่างประเทศในเรื่องดังกล่าวมาใช้บังคับได้

2) กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเภทเด็ดขาด (absolute) เป็นกฎหมายที่กำหนดไว้เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยอันอาจ

<sup>3</sup> กมล สนธิเกษตริน. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. หน้า 222 .

เกิดขึ้น และถ้ามีการฝ่าฝืนกฎหมายประเภทนี้ผลกระทบกระเทือนต่อสังคมและประชาชนย่อมจะแผ่กว้างกว่ากฎหมายประเภทแรก เช่น เรื่องการห้ามบุตรฟ็องบุพการี ซึ่งถือว่าเป็นเรื่อง ที่ศีลธรรมของประเทศไทย แม้ว่ากฎหมายของต่างประเทศอาจจะยอมให้ฟ็องกันได้ก็ตาม กฎหมายประเภทนี้ยอมใช้บังคับกับคนไทยและคนต่างประเทศที่เข้ามาอยู่ในประเทศไทย เท่ากันหมดและไม่ยอมให้นำเอากฎหมายต่างประเทศที่ขัดกับกฎหมายประเภทนี้มาใช้บังคับใน ประเทศไทย

พระมณูภาณวิมลศาสตร์ ได้ทำการจัดประเภทของสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่<sup>4</sup>

1. การกระทำที่กระทบกระเทือนถึงผลได้เสียระหว่างสยามกับนานาชาติ
2. การกระทำที่กระทบกระเทือนถึงความสงบภายในประเทศ
3. การตัดเสรีภาพ อิศรภาพของเอกชนพลเมืองเกินสมควร ปราศจากเหตุผล จนเป็นเหตุกระทบกระเทือนถึงประโยชน์ส่วนรวมแห่งรัฐ

อาจารย์ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ อาจารย์ วิชา มหาคุณ ได้ให้ความหมายของสัญญาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยพิจารณาความหมายของคำว่า “ ศีลธรรม ” จากพจนานุกรมที่ได้ให้ความหมายไว้ว่า คือ ความประพฤติที่ดีที่ชอบ ดังนั้น ท่านอาจารย์ทั้งสอง จึงได้ให้ความหมายของสัญญาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ว่า สัญญาที่มีผลขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึง สัญญาที่ขัดต่อความประพฤติที่ดีที่ชอบของประชาชน ซึ่งต้องวินิจฉัยตามความรู้สึกรู้ใจของบุคคลทั่วไป และมีใจจะถือเอาหลักในศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นข้อวินิจฉัย<sup>5</sup>

อาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความหมายของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ว่า “ เรื่องใดมิได้เกี่ยวข้องกับได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณี

<sup>4</sup> พระมณูภาณวิมลศาสตร์, “แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน” , บทบัญญัติ, เล่มที่ 11, ตอนที่ 1, (กุมภาพันธ์ 2481) : 316.

<sup>5</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2523) , หน้า 562 .

โดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระทั่งพาดพิงไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”<sup>6</sup>

อาจารย์ จิต เศรษฐบุตร ได้อธิบายไว้ว่า ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง ศีลธรรมอันดีของประชาชนคือหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณี ซึ่งอยู่ในระดับสูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดา เพื่อให้มีอยู่โดยสม่ำเสมอไม่กลับไปกลับมา<sup>7</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาลำดับชั้นของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเภทของสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และความหมายของคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ดังกล่าวข้างต้นแล้วสามารถที่จะพิจารณาความหมายของคำว่า “สัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ได้ว่า หมายความว่า สัญญาที่สร้างขึ้น โดยมีผลกระทบต่อความสงบภายในประเทศ ผลได้ผลเสียของประเทศไทยกับต่างประเทศ รวมถึงสัญญาที่ขัดต่อการประพฤติปฏิบัติอันดีงามของคนไทยโดยทั่วไป จำกัดเสรีภาพอิสรภาพของบุคคลเกินสมควร โดยปราศจากเหตุผลจนส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศไทย และสัญญาที่ส่งผลกระทบต่อเอกชนอื่นที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทด้วย

เมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญของ INCOTERMS 2000 ประกอบกับความหมายของคำว่า “สัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า INCOTERMS 2000 นี้มิได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เนื่องจาก INCOTERMS 2000 เป็นกฎเกณฑ์ที่วางข้อกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าระหว่างประเทศ และการโอนความเสี่ยงภัยในตัวสินค้าที่ได้ทำการซื้อขายกันตามที่ได้อธิบายไว้แล้วอย่างละเอียดในหัวข้อที่ 3.1 เรื่องสาระสำคัญของ INCOTERMS และหัวข้อที่ 3.2 เรื่องสาระสำคัญของ INCOTERMS 2000 เพราะฉะนั้น การที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้กำหนดให้มีการนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าว จึงไม่ส่งผลกระทบต่อความสงบ

<sup>6</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 (ภาค 1-2), (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์ จำกัด, 2520), หน้า 148 .

<sup>7</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งและนิติกรรมสัญญา, หัวข้อ 17, หน้า 20 .

ภายในประเทศของประเทศไทย และผลได้ผลเสียของประเทศไทยกับต่างประเทศ รวมถึงการประพฤติกฎปฏิบัติอันดีงามของคนไทยโดยทั่วไปแต่อย่างใด

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า เมื่อข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 นั้นมีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาและมีได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว จึงส่งผลให้ศาลไทยจะต้องนำเอาข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญา แม้ว่าข้อกำหนดแห่งสัญญาดังกล่าวจะมีเนื้อหาสาระที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้ก็ตาม โดยในเรื่องนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 2061/2520 ซึ่งต้องขนจากต่างประเทศมายังประเทศไทย การส่งมอบสำเร็จเมื่อส่งมอบแก่ผู้ขนส่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 463 สัญญาซื้อขายที่ว่า ซี.ไอ.เอฟ. บางกอกฟรีเฮ้าท์ หมายความว่าผู้ขายรับผิดชอบถึงเวลาที่สินค้าพ้นกราบเรือที่ทำเรือต้นทาง ไม่ใช่ท่าเรือในกรุงเทพฯ<sup>8</sup> ซึ่งจากคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ดังกล่าวสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า ศาลไทยยอมรับที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ของ INCOTERMS มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทยนั่นเอง

#### 4.1.1.2 การนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยศาล

การวิจัยในหัวข้อนี้ผู้วิจัยต้องการที่จะทำการศึกษาถึงการนำเอาหลักเกณฑ์ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยศาลไทย

(ก) กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา

เมื่อคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดกฎหมายที่ต้องการให้นำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจนแล้ว กรณีเช่นนี้ศาลไทยก็จะต้องทำการหาเจตนาของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำกฎหมายใดมาใช้ในการ

<sup>8</sup> โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2061/2520

พิจารณาฉบับข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ที่บัญญัติว่า “ ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา นั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่สัญญา ... ”

ในกรณีนี้หากศาลไทยสามารถที่จะแสวงหาเจตนาของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ว่า คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวมีเจตนาที่จะให้นำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาทแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ศาลไทยจะต้องพิจารณาวินิจฉัยก่อนว่า INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่อย่างไร เนื่องจากการมีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่มีฐานะเป็นกฎหมายของ INCOTERMS 2000 นั้นมีผลต่อศาลที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาทดังกล่าว

#### (1) ศาลพิจารณาว่า INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมาย

ในกรณีนี้เมื่อคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาทในฐานะที่เป็นกฎหมายอย่างหนึ่งแล้ว หากศาลได้ทำการพิจารณาคดีแล้วมีความเห็นว่า คู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาททางการค้าระหว่างกัน และศาลมีความเห็นว่า INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งและพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ยอมรับที่จะให้ศาลนำ Transnational Law มาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาทแล้ว ก็จะส่งผลให้ศาลสามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาทดังกล่าวได้ในฐานะที่ INCOTERMS 2000 เป็นกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีความประสงค์ที่จะให้นำมาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาททางการค้าที่จะเกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้ว่าศาลจะพิจารณาว่า INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งก็ตาม ศาลก็ไม่สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาทได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันนี้คือ การให้ศาลไทยนำเอากฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้ในการพิจารณาฉบับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า “ กฎหมายภายใน ” นี้มิได้หมายความรวมไปถึง Transnational Law วิธีปฏิบัติและจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนาจความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้า ซึ่งมีได้



มีฐานะเป็นกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ประกอบกับการที่ผู้วิจัยมีความเห็นว่า INCOTERMS 2000 นั้นไม่มีฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศใด โดยมีฐานะเป็นเพียงวิธีปฏิบัติและจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าตามที่ได้อธิบายไว้แล้วโดยละเอียดในบทที่ 3 ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ในกรณีนี้ศาลไทยจึงไม่สามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศดังกล่าวได้ และศาลจะต้องนำเอาหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาใช้ในการเลือกกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งเพื่อนำมาใช้บังคับกับสัญญาต่อไป และหากศาลไทยได้พิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าวคือกฎหมายไทยแล้ว ศาลไทยก็จะต้องนำเอาหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาและอธิบายถึงหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 4.2.1 เรื่องการนำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อไป

## (2) ศาลพิจารณาว่า INCOTERMS 2000 ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย

ในกรณีที่ศาลไทยพิจารณาว่า INCOTERMS 2000 นี้มิได้มีฐานะเป็นกฎหมายแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้ว่าศาลจะสามารถตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญาได้ว่า คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาที่จะเกิดขึ้นก็ตาม ศาลไทยไม่สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวได้ เนื่องจากกฎเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นั้นได้กำหนดให้ศาลไทยจะต้องเลือกกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่ง INCOTERMS 2000 มิได้มีฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศใด เพราะฉะนั้น ศาลไทยจึงไม่สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีได้ ดังนั้น ศาลจึงจะต้องทำการเลือกกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศดังกล่าว และหากศาลไทยได้พิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าวคือกฎหมายไทยแล้ว ศาลไทยก็จะต้องนำเอาหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาและอธิบายถึงหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะมาใช้ในการ

พิจารณาระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 4.2.1 เรื่องการนำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อไป

(ข) กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ว่าให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา

เมื่อคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้ว่าให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ศาลไทยไม่สามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ เนื่องจากเมื่อคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทแล้ว ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่า คู่สัญญาดังกล่าวนั้นไม่ต้องการที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในทางการค้าที่เกิดขึ้น เพราะถ้าหากว่า คู่สัญญามีความต้องการที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาควรที่จะแสดงเจตนาในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในสัญญา หรืออย่างน้อยที่สุดคู่สัญญาควรที่จะเขียนข้อความซึ่งแสดงให้เห็นโดยปริยายได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าว และในส่วนของศาลนั้น เมื่อคู่สัญญาไม่ได้กำหนดหรือแสดงเจตนาไว้ว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว ศาลก็ไม่สามารถที่จะพิจารณานำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ เพราะเมื่อคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาในเรื่องดังกล่าวไว้ หากศาลจะนำเอาสิ่งซึ่งคู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีแทนที่จะใช้หลักกฎหมายในการพิจารณาคดีแล้วก็จะเท่ากับว่า ศาลได้สร้างเจตนาใหม่ให้กับคู่สัญญา ซึ่งศาลไม่สามารถที่จะกระทำการดังกล่าวได้

#### 4.2 สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นคนไทย

ในบางครั้งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศก็เป็นสัญญาที่ทำระหว่างบุคคลที่มีสัญชาติไทยเช่นเดียวกันเพียงแต่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัยจึงต้องการที่จะทำการศึกษาว่า หากมีกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยด้วยกันทั้ง 2 ฝ่ายแล้ว ศาลไทยจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีดังกล่าวอย่างไร โดยจะทำการศึกษาถึงกรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดและมีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน

ในสัญญาว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระดับข้อพิพาทดังกล่าว รวมถึงกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่าให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา

#### 4.2.1 การนำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีสัญชาติไทยทั้งสองฝ่าย หรือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติและศาลไทยสามารถกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยใช้หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้ว่า ศาลไทยจะต้องนำเอากฎหมายของประเทศไทยมาใช้บังคับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว ศาลไทยก็จะต้องทำการพิจารณาว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยมีบทบัญญัติที่สามารถจะนำมาปรับใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

##### 4.2.1.1 การนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยคู่สัญญา

(ก) กรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า ให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา

ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อขึ้นก็ให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทด้วยนั้น การกำหนดไว้อย่างชัดเจนดังกล่าวของคู่สัญญานั้นมีผลทำให้ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นข้อตกลงแห่งสัญญาในเรื่องของการระงับข้อพิพาท ดังนั้น เมื่อ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้วก็จะส่งผลให้ศาลไทยจะต้องนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าว แม้ว่าเนื้อหาของ INCOTERMS 2000 จะได้กำหนดไว้แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม โดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 ซึ่งผู้วิจัยได้อธิบายไว้แล้วอย่างละเอียดในหัวข้อที่ 4.1.1.1 (ก) เรื่อง กรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า ให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา

#### 4.2.1.2 การนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยศาล

(ก) กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญา

ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นก็ให้นำเอาหลักเกณฑ์ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาการระงับข้อพิพาทในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาแล้ว ศาลไทยก็จะต้องทำการตีความสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวว่า คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมีเจตนาที่จะให้นำเอาหลักเกณฑ์ใดมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันตามสัญญาดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร

##### (1) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการตีความสัญญาของประเทศไทย

นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่าน เช่น ศ. ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ ศ. วิชามหาคุณ<sup>9</sup> ศ. ศักดิ์ สนองชาติ<sup>10</sup> ร.ศ. ประสิทธิ์ โงะวิไลกุล<sup>11</sup> ได้มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า การตีความสัญญา คือ การตีความตามตัวอักษรหรือเจตนารมณ์ของสัญญาลับนั้นเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาในการทำสัญญานั้นขึ้นมา ซึ่งหากข้อความในสัญญามีความชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการตีความสัญญาลับนั้นแต่อย่างใด แต่ถ้าหากว่าสัญญาลับนั้นมี ข้อความที่เคลือบคลุมไม่ชัดเจนก็จะต้องมีการตีความสัญญา เพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญาในการทำสัญญาลับนั้น โดยเจตนารมณ์ของคู่สัญญานี้ตามปกติก็จะได้แก่ เจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในขณะที่ทำสัญญานั้นเอง แต่ก็มีบางกรณี ศาลอาจพิจารณาการปฏิบัติต่อกันของคู่สัญญาที่มีต่อกันภายหลังจากที่ทำการสัญญานั้นแล้ว เพื่อแสวงหา เจตนารมณ์ของคู่สัญญา

<sup>9</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 525.

<sup>10</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2539), หน้า 225.

<sup>11</sup> ประสิทธิ์ โงะวิไลกุล, การตีความกฎหมาย สัญญา และกรรมธรรม์ประกันภัย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2538), หน้า 14.

ในขณะที่ทำสัญญานั้น หรือ เพื่อที่จะแสวงหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญาว่า มีความประสงค์ที่จะเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขประการใดบ้าง<sup>12</sup>

ดังนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า สิ่งที่สำคัญที่สุดของการตีความสัญญาก็คือ เจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในขณะที่ทำสัญญานั้นนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี การตีความสัญญานี้ก็มีสิ่งที่จะต้องพิจารณาอีกประการหนึ่งก็คือ สัญญานั้นขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งหากสัญญานั้นมีได้ขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นสามารถที่จะนำมาใช้บังคับได้

(1.1) การตีความสัญญาให้ฟังถึงถึงเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตามตัวอักษร : ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171

เมื่อสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าสัญญานั้นมีได้ขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สิ่งที่สำคัญประการต่อไปสำหรับการตีความสัญญาก็คือจะต้องมีการตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งถือองค์ประกอบที่สำคัญในการทำสัญญา เนื่องจากสัญญานั้นเกิดขึ้นจากการที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปมีเจตนาที่ถูกต้องตรงกันในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยการตีความการแสดงเจตนาจะต้องตีความโดยคำนึงถึงเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญามากกว่าที่จะพิจารณาตามถ้อยคำหรือตัวอักษรที่ปรากฏอยู่ในสัญญานั้น ดังที่จะเห็นได้จากบทบัญญัติของมาตรา 171 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นบททั่วไปของการแสดงเจตนาทุกประเภทของเอกชนในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>13</sup>

มาตรา 171 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “ ในการตีความการแสดงเจตนา ให้ฟังถึงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร ”

ดร. อักษราทร จุฬารัตน ได้กล่าวว่า การตีความสัญญานั้น ศาลจะต้องพิเคราะห์จากความมุ่งหมายต่าง ๆ ที่แสดงออกมานั้นประกอบกับเหตุผลแวดล้อมต่าง ๆ โดยไม่จำเป็นต้องถือเอาถ้อยคำที่ใช้อย่างเดียว แต่ต้องไม่ลืมว่าการตีความที่ว่าเป็นการตีความการแสดงเจตนาที่ได้แสดงออกมาให้ปรากฏแล้ว มิใช่เจตนาภายในของบุคคลนั้นซึ่งไม่อาจมีทางรู้ได้ แต่ทั้งนี้มิได้

<sup>12</sup> ธานินทร์ ภัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 525.

<sup>13</sup> ดาราพร เตชะกำพูน, “ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 132 (มาตรา 171 ใหม่) และมาตรา 368 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”, วารสารกฎหมาย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1, พ.ศ. 2527 : 62 .

หมายความว่าถ้อยคำที่ใช้จะไม่ได้รับการพิจารณาเสียเลย ความจริงแล้วการที่จะทำให้รู้ถึงเจตนาที่แท้จริงของเราได้นั้น ก็ด้วยการแสดงเจตนาออกมาเป็นถ้อยคำนั่นเอง ความมุ่งหมายของมาตรา 171 ดังกล่าวต้องการเพียงว่า เมื่อถ้อยคำที่ใช้แตกต่างกับเจตนาอันแท้จริงแล้วก็ให้ถือเจตนาที่แท้จริงเป็นสำคัญที่กฎหมายไม่ได้ถือถ้อยคำเป็นสำคัญในกรณีที่ว่านี้ ก็โดยมีเหตุผลว่าบุคคลย่อมจะใช้ถ้อยคำที่ผิดหรือไม่ตรงกับเจตนาของตนได้ ซึ่งถ้าต้องให้ถือเอาถ้อยคำที่แสดงออกมาแล้วสำหรับผู้ซึ่งไม่รู้กฎหมายข้อผิดพลาดอาจมีขึ้นได้มากและเสมอ แต่ถ้าให้ถือเอาเจตนาที่แท้จริงซึ่งแสดงออกมาแล้ว จะเห็นว่าย่อมจะเกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายดีกว่า โดยที่ว่แม้บุคคลจะใช้ถ้อยคำที่ผิดพลาดไปจากที่ต้องการแต่เมื่อพิจารณาจากเจตนาที่แสดงออกมาทั้งหมดไม่ว่าจะแสดงออกมาด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรรวมกันแล้ว ย่อมจะมองเห็นความมุ่งหมายที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนาขึ้นได้โดยไม่ผิดพลาดไปจากเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนาขึ้นเป็นแน่<sup>14</sup>

ศ. ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวว่า สัญญานั้นเป็นเจตนาร่วมกันของบุคคลสองฝ่าย ดังนั้น ในการตีความสัญญาจะพึงถึงแต่เจตนาตามประสงค์ของคู่สัญญาฝ่ายใดแต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ ต้องตีความเจตนาของทั้งสองฝ่ายที่ได้มาร่วมกันแล้วนั้น<sup>15</sup> นอกจากนี้ ศ. ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ยังได้ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมในเรื่องของการตีความเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาไว้ว่า ศาลเป็นเพียงผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้พูดสิ่งที่เขาตั้งใจจะพูดแต่มีได้บอกไว้ หรือทำให้แจ้งชัดในสิ่งที่เขาตั้งใจแต่มีได้ไว้ชัด การแปลสัญญาไม่ใช่จะแปลตามเจตนาของศาล เป็นการแปลตามเจตนาของคู่สัญญาเท่าที่จะเห็นได้ หากค้นหาแปลให้เห็นเจตนาอันร่วมกันนั้นไม่ได้ก็ต้องยอมรับว่าไม่มีอะไรจะแปลให้เห็นออกมาได้เท่านั้น มิใช่ว่าถ้าค้นหาไม่พบหรือหาแล้วไม่มีเจตนา ศาลยังจะเข้าไปเกี่ยวข้องสร้างเจตนาให้เขา เพราะศาลไม่มีหน้าที่ทำสัญญาให้แก่ใคร ได้แต่จะทำกันมาเองแล้ว หากว่าสงสัยศาลก็จะแปลให้ การทำสัญญาเป็นหน้าที่ของคู่สัญญา ไม่ใช่หน้าที่ของศาล การแปลลบล้างเพื่อเติมหรือแก้ไขสัญญาโดยเขามีได้ตั้งใจไว้ไม่ใช่เป็นการแปลสัญญา ถ้าเขาดกลงกันไว้ชัดแจ้ง แม้จะฝ่าฝืนปกติประเพณีหรือจะทำให้ฝ่ายใดได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร ก็ทำอะไรไม่ได้ นอกจากจะบังคับตามสัญญาและกฎหมาย ความรู้ถึงกฤษฎีธรรมในใจของผู้แปลอาจผิดต่างกับประโยชน์ส่วนได้เสียความเห็นควรไม่ควรของคู่สัญญาก็ได้ ..... ข้อสำคัญยังจะต้องพึงระลึกด้วยว่า สัญญาที่ชอบมีผลบังคับได้คงเป็นกฎหมาย ถ้าเขาดกลงกันไว้ชัดแจ้งอย่างไร จะบังคับเป็นอย่าง

<sup>14</sup> อักษราทรร จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2531), หน้า 73.

<sup>15</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 377.

อื่นไม่ได้ ไม่ต่างอะไรกับความคิดเห็นว่ากฎหมายบางบทบางมาตราไม่ชอบธรรม แม้กระนั้น ก็ยังต้องบังคับไปตามที่บัญญัติไว้ จะแปลลบล้างหรือแก้ไขอย่างไรไม่ได้<sup>16</sup>

ศ. จิตติ ดิงศภักย์ ได้กล่าวว่า ในการที่แสดงเจตนาอันเป็นการแสดงเจตนาในสัญญา นอกจากกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วจะต้องตีความ ไปโดยถือหลักความเข้าใจของทั้งสองฝ่ายในเจตนาของกันและกันด้วย<sup>17</sup>

ร.ศ. ดร. จำปี โสคติพันธ์ ได้กล่าวว่า เจตนาอันแท้จริง มิใช่เจตนาภายในใจของผู้แสดงเจตนา ซึ่งไม่มีใครล่วงรู้ได้ แต่ต้องเป็นเจตนาที่แท้จริงตามที่ได้แสดงออกมาแล้ว ซึ่งอาจจะเป็นคำพูดก็ได้<sup>18</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา หมายความว่า เจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงออกมาให้ปรากฏทั้งที่เป็นวาจาและลายลักษณ์อักษร มิใช่เจตนาที่ซ่อนเร้นอยู่ในจิตใจ และจะต้องเป็นเจตนาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันด้วย

ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับการตีความสัญญาต่าง ๆ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาเพื่อนำมาใช้สำหรับการตีความสัญญาที่พิพาทกัน ซึ่งนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของประเทศไทยได้อธิบายถึงวิธีการแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาไว้ดังนี้

ศ. ชานินทร์ กรัยวิเชียร และ ศ. วิชา มหาคุณ ได้อธิบายถึงวิธีการแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาไว้ ดังนี้<sup>19</sup>

<sup>16</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 378.

<sup>17</sup> จิตติ ดิงศภักย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2526. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 5, พ.ศ. 2526), หน้า 40.

<sup>18</sup> จำปี โสคติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, พ.ศ. 2543), หน้า 119.

<sup>19</sup> ชานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย, หน้า 545-548.

1. การหาเจตนาของคู่สัญญาจะต้องพิจารณาจากสัญญาที่ตนทำกับ
2. ถ้ามีสัญญาหลายฉบับในการตีความสัญญานั้นจะต้องพิจารณาสัญญาทุกฉบับร่วมกัน
3. ในบางกรณี การแสวงหาเจตนาของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญาอาจหาได้จากกรณีที่คู่สัญญาปฏิบัติต่อกันและกันได้
4. เดิมคู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจาอย่างหนึ่ง แต่เมื่อทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรกลับแตกต่างจากที่ตกลงด้วยวาจา ดังนี้ ต้องถือตามที่ปรากฏในลายลักษณ์อักษร
5. ในกรณีที่ข้อความในสัญญาขัดแย้งกันเองจนศาลไม่อาจหาเจตนาของคู่กรณีได้ ศาลอาจรับฟังข้อเท็จจริงอื่น เพื่อประกอบการตีความเจตนาของคู่สัญญาได้

ศ. ศักดิ์ สนองชาติ ได้กล่าวถึงวิธีการแสวงหาเจตนาที่แท้จริงไว้ ดังนี้<sup>20</sup>

1. เจตนาอันแท้จริงในเอกสารย่อมเห็นได้จากเอกสารนั่นเอง
2. ตีความเจตนาของคู่กรณีโดยแปลจากข้อสัญญาทั้งหมดมิใช่เฉพาะตอนใดตอนหนึ่ง
3. ถ้าข้อความในเอกสารไม่ชัด ชัดแย้งกันเองหรือเป็นที่สงสัย ไม่อาจหยั่งหาเจตนาอันแท้จริงได้ ก็ต้องนำสืบพยานบุคคลประกอบการตีความ
4. ตีความเอกสารในทางที่มีผลบังคับหรือคู่สัญญาอาจปฏิบัติได้

สนิท สนั่นศิลป์ ได้กล่าวว่า เจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาทุกฝ่ายนั้นสามารถที่จะหาได้จากสิ่งต่าง ๆ ดังนี้<sup>21</sup>

1. ต้องเอาเจตนาอันแท้จริงของบุคคลเท่าที่แสดงออกมาพิจารณาตีความ ไม่ใช่เจตนาที่ซ่อนอยู่ภายในใจ
2. จะต้องไม่ผูกมัดกับตัวอักษรหรือข้อความของการแสดงเจตนาอันแท้จริงเป็นประมาณ คือไม่ยึดอยู่กับถ้อยคำ แต่พิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงที่เขาแสดงออก

<sup>20</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลา และอายุความ), หน้า 227-228.

<sup>21</sup> สนิท สนั่นศิลป์, หลักการตีความสัญญา, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , มกราคม 2534) หน้า 22 .



3. พิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งกรณีและวิธีปฏิบัติตามปกติของบุคคลที่เกี่ยวข้องต่อกันและกัน ตลอดจนวัตถุประสงค์ของนิติกรรมและฐานะประโยชน์ได้เสียของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงวิธีการแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การพิจารณาแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญานั้นมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญสำหรับใช้ในการพิจารณาดังต่อไปนี้

- (1) พิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ได้แสดงออกมา มิใช่เจตนาภายในจิตใจของคู่สัญญา
- (2) กรณีที่ได้มีการทำสัญญาขึ้น จะต้องพิจารณาจากสัญญาทั้งหมด แต่ถ้ามีสัญญาหลายฉบับก็ต้องพิจารณาสัญญาทุกฉบับร่วมกัน
- (3) ข้อความในสัญญาไม่ชัดเจน ขัดแย้งหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยจนไม่สามารถที่จะหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ สามารถที่จะรับฟังข้อเท็จจริงอื่นประกอบการพิจารณาได้
- (4) ในบางกรณี การแสวงหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญาอาจหาได้จากการที่คู่สัญญาปฏิบัติต่อกันและกันก็ได้

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นเพิ่มเติมว่า “ เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ” ตามมาตรา 171 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ ความประสงค์ในทางสุจริต ” ตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นไปตามความเห็นของอาจารย์ ศักดิ์ สนองชาติ<sup>22</sup> ที่ว่า การตีความตามความประสงค์ของคู่สัญญาก็คือ การตีความตามเจตนาอันแท้จริงนั่นเอง<sup>22</sup> ด้วยเหตุผลที่ว่า สัญญาเป็นเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และการตีความสัญญาก็จะต้องตีความตามเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ได้มาร่วมกัน ซึ่งในการทำสัญญาก็มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า บุคคลทั้งหลายมีเจตนาที่สุจริตในการทำสัญญาและย่อมหวังต่อความสุจริตซึ่งกันและกัน โดยปกติแล้วไม่มีใครจะเข้าทำสัญญาโดยคิดว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญาโดยทุจริต ซึ่งความคิดนี้จะมีใช้ความคิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายย่อมมุ่งหมายต่อความสุจริตซึ่งกันและกันว่า ข้อตกลงทั้งหลายในสัญญาซึ่งได้มีการตกลงกันไว้แล้วย่อมจะมีการปฏิบัติตามสัญญาด้วยดี

<sup>22</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลา และอายุความ), หน้า 393.

ดังนั้น “เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา” จึงมีความหมายเช่นเดียวกับ “ความประสงค์ในทางสุจริต” ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น

(1.2) สัญญานั้นให้ตีความตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย : ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368

ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า ผู้วิจัยมีความเห็นว่า คำว่า “เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา” ตามมาตรา 171 มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ความประสงค์ในทางสุจริต” ตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ในการตีความสัญญาจึงจะต้องนำเอามาตรา 171 และมาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาประกอบกัน เนื่องจากสัญญาเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายที่ถูกต้องตรงกัน การตีความสัญญาจึงอยู่ในบังคับของมาตรา 171 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการตีความการแสดงเจตนาหรือการตีความนิติกรรมทั่ว ๆ ไปด้วย และเมื่อสามารถที่จะหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้แล้ว จึงนำมาตรา 368 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเพิ่มเติมสำหรับเรื่องการตีความสัญญาที่กำหนดให้ต้องพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีและนำปกติประเพณีนั้นมาใช้ประกอบการตีความสัญญาด้วย

ศ. ศักดิ์ สนองชาติ ได้กล่าวว่า หลักการตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 ให้ถือตามเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร แต่ในการตีความสัญญา ซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป มาตรา 368 บัญญัติหลักเพิ่มเติมขึ้นอีก โดยให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีประกอบด้วย การตีความตามความประสงค์ก็คือ การตีความตามเจตนาอันแท้จริงนั่นเอง แต่สัญญาเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญา จึงต้องถือตามเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่าย อันพึงคาดหมายได้ว่า หากได้ตกลงกันโดยสุจริตจะตกลงกันอย่างไร มิใช่ถือแต่เจตนาอันแท้จริงของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้จะตีความตามความประสงค์ในทางสุจริตแล้วจะต้องตีความตามความประสงค์โดยอาศัยปกติประเพณีประกอบด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่มีประเพณีปฏิบัติกันอยู่อย่างไร เมื่อคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาไว้เป็นอย่างอื่นก็ย่อมคาดหมายได้ว่าคู่สัญญาประสงค์จะตกลงทำสัญญาโดยถือตามประเพณีที่ปฏิบัติกันนั้นด้วย ดังนั้น ในการทำสัญญา แม้คู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อ หรือข้อที่ตกลงกันไว้แล้วยังมีข้อความไม่ชัดเจนแน่นอน อันอาจแปลความหมายได้เป็นหลายนัย ก็ต้องตีความสัญญาไปตามความประสงค์ในทางสุจริตและปกติประเพณี<sup>23</sup>

<sup>23</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวงชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 393-394.

ร.ศ. ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์ กล่าวว่า “เมื่อมีปัญหาการตีความสัญญา ผู้ตีความจะพิจารณาขั้นตอนแรกโดยใช้หลักมาตรา 171 เพื่อกำหนดเนื้อหาของเจตนาที่แสดงออกมาของคู่กรณีแต่ละฝ่าย เพื่อที่จะรู้ถึงความสัมพันธ์ต่าง ๆ ตามข้อตกลงอันถือเสมือนเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาต้องการให้มีผลผูกมัดกัน ผู้ตีความจะอาศัยมาตรา 368 คือ หลักสุจริต และปกติประเพณีที่ปฏิบัติกันในกิจการนั้น ๆ มาประกอบการวินิจฉัย ดังนั้นจะทำให้การวินิจฉัยของผู้ตีความไม่เป็นนามธรรม แต่เป็นการกำหนดเนื้อหาเรื่องให้เป็นรูปธรรม โดยการปรับหลักสุจริตที่เป็นหลักที่คำนึงถึงความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจตามความสัมพันธ์ทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจ พร้อมทั้งผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกันของคู่กรณี ขณะเดียวกันก็คำนึงถึงปกติประเพณีที่ปฏิบัติต่อกัน”<sup>24</sup>

มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

ดังนั้น ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 368 ข้างต้น สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของมาตรานี้คือ “ปกติประเพณี” ซึ่งเป็นสิ่งที่จะต้องถูกนำมาใช้ในการตีความสัญญาที่เกิดขึ้นแล้ว นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่านได้อธิบายถึง “ปกติประเพณี” ตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้ ดังนี้

ผ.ศ. สมยศ เชื้อไทย กล่าวว่า คำว่า “ปกติประเพณี” มีความหมายแตกต่างจากคำว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ปกติประเพณี แปลมาจากภาษาเยอรมัน Verkehrssitte ซึ่งหมายถึงขนบธรรมเนียมที่ปฏิบัติต่อกันในหมู่ใดหมู่หนึ่งในวงการของเขา เช่น ธรรมเนียมของพ่อค้าข้าว ธรรมเนียมของชาวประมง หรือธรรมเนียมของชาวนา เป็นต้น บางทีก็เป็นการยากที่จะแบ่งธรรมเนียมเช่นนี้ ออกจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เช่น ขนบธรรมเนียมการลงแขกของชาวนาในหน้าเก็บเกี่ยว ซึ่งอาจจะนับว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นด้วยก็ได้<sup>25</sup>

<sup>24</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรกฎาคม 2542), หน้า 60.

<sup>25</sup> สมยศ เชื้อไทย, คู่มือศึกษาวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ตามแนวคำสอนของ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์และทำปกเจริญผล, พิมพ์ครั้งที่ 2, กันยายน 2534), หน้า 60.

สนธิ สนั่นศิลป์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ ปกติประเพณี ” ไว้ว่า หมายถึง ขนบธรรมเนียมที่ปฏิบัติต่อกันในหมู่ใดหมู่หนึ่งในวงการของเขา (ต่างกับจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น) และปกติประเพณีนั้นย่อมคาดหมายได้ว่า คู่กรณีย่อมทำสัญญาโดยยึดถือประเพณีนั้นเป็นหลักด้วย<sup>26</sup>

เมื่อได้ศึกษาถึงความหมายของคำว่า “ ปกติประเพณี ” ตามที่นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้ว สามารถที่จะพิจารณาได้ว่า คำว่า “ ปกติประเพณี ” มีความหมายว่า ขนบธรรมเนียมที่มีการปฏิบัติต่อกันและกันในกลุ่มของผู้ที่อยู่ในสังคมเดียวกันหรืออยู่ในวงการเดียวกัน รวมถึงสิ่งที่บุคคลในสังคมหรือวงการเดียวกันนั้น ได้ปฏิบัติต่อกันและกันเป็นประจำ แต่ “ ปกติประเพณี ” นี้ก็มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น แม้ว่าจะเป็นการยากที่จะแยก “ ปกติประเพณี ” ออกจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก็ตาม

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ศึกษาและพิจารณาจากความหมายของคำว่า “ ปกติประเพณี ” ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นได้ว่า INCOTERMS 2000 นี้ เป็นปกติประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ดังที่จะเห็นได้จากการที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนิยมนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกันและกันในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศตามที่ได้อธิบายไว้แล้ว โดยละเอียดในหัวข้อที่ 3.3.1 เรื่อง INCOTERMS 2000 กับการเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ

(2) กรณีที่สามารถที่จะตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ได้ว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญา

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า เมื่อมีข้อพิพาททางการค้าอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี หากศาลสามารถที่จะตีความสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้กำหนดไว้

<sup>26</sup> สนธิ สนั่นศิลป์, หลักการตีความสัญญา, หน้า 22 .

ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า “ หากมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นแล้ว คู่กรณีมีความประสงค์ที่จะให้นำเอาวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าว ” ซึ่งในกรณีนี้อาจมีปัญหาเกิดขึ้นคือ กรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศพิพาทกันในเรื่องที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติครอบคลุมถึง หรือพิพาทกันในเรื่องที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติครอบคลุมถึงแต่ INCOTERMS 2000 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกัน ดังนั้น หากมีการนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลไทย ซึ่งคู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำหลักเกณฑ์ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทศาลจะอย่างไร และศาลจะยอมรับให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาหรือไม่ ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ นักกฎหมายไทยได้มีแนวความคิดที่แตกต่างกันโดยสามารถที่จะแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ (1) กลุ่มของนักกฎหมายที่มีแนวความคิดว่า ศาลไทยจะต้องนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าดังกล่าว (2) กลุ่มของนักกฎหมายที่มีแนวความคิดว่า ศาลไทยจะต้องนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาท

## (2.1) กรณีที่ INCOTERMS 2000 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณีที่ยกมาในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้แล้ว แต่ข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS2000 นั้นได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

### (2.1.1) การนำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี

กรณีที่ศาลไทยสามารถที่จะตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ว่า คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีเจตนาที่จะให้นำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาได้แล้ว หากปรากฏว่าในเรื่องที่คู่สัญญาได้พิพาทกันนั้น ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ ศาลไทยก็จะต้องทำการพิจารณาคัดสินคดีนั้นโดยนำเอาหลักเกณฑ์แห่ง

กฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดี ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 4 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดบัญญัติเอาไว้ว่า “ กฎหมายนั้น ต้องในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ”

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการพิจารณาหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 วรรคหนึ่งข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์ที่สำคัญของมาตรา 4 วรรคแรก เกี่ยวกับเรื่องการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น คือ เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องที่คู่กรณีพิพาทกันแล้ว ศาลไทยก็จะต้องนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาท ดังกล่าว หรือศาลไทยจะต้องนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยพิจารณาถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

อย่างไรก็ดี เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้โดยตรงและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มิได้ถูกตราขึ้นมาโดยมีความมุ่งหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศด้วย เนื่องจาก

(1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในหมวดว่าด้วยการซื้อขายนั้น ได้ถูกยกวางขึ้นมาใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2472 ซึ่งในสมัยนั้นการติดต่อซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น ยังไม่ได้เป็นไปอย่างกว้างขวางนักและในส่วนของผู้ค้าและนักธุรกิจของไทยเองก็มิได้ทำการค้าขายกับชาวต่างประเทศมากนัก

(2) บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขายนั้น มีบทบัญญัติบางประการที่ยังไม่ละเอียดเพียงพอ หรือไม่มีบทบัญญัติในเรื่องบางเรื่องที่จะต้องมีการพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาในการส่งมอบเอกสารหรือการบรรจุหีบห่อสินค้า

(3) สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากสัญญาซื้อขายสินค้าภายในประเทศหลายประการ เช่น การค้าขายระหว่างประเทศในปัจจุบันนี้มักจะมี

ลักษณะเป็น Documentary Sales ซึ่งจะมีการชำระราคาแบบ Documentary Payment แต่การค้าขายภายในประเทศนั้นจะไม่มีลักษณะของการค้าขายแบบ Documentary Sales

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวของมาตรา 4 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับลักษณะที่สำคัญของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และศาลไทยสามารถที่จะตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญาได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาที่ต้องการให้นำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้ หากศาลไทยมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้โดยตรงและมีได้ถูกตราขึ้นมาโดยมีความมุ่งหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศตามเหตุผลที่ผู้วิจัยได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 วรรคแรกนี้มาใช้ได้ และศาลไทยจะต้องพิจารณาหากกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวต่อไปโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายอย่างละเอียดในหัวข้อที่ (2.2.1) เรื่อง การนำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี แต่อย่างไรก็ตาม หากศาลไทยได้ทำการพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้โดยตรงหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ถูกตราขึ้นมาโดยมีความมุ่งหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศด้วยแล้ว ศาลไทยก็จะต้องนำเอาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มาใช้ในการพิจารณาคดีนั้นได้โดยตรง โดยศาลไทยไม่สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีสินคดีได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจจะส่งผลให้การพิจารณาคดีของศาลไม่ถูกต้องตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้

(2.1.2) การนำหลักเกณฑ์ของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี

มาตรา 171 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ การตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้พิเคราะห์ถึงเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำหรือสำนวน ”

มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ”

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากศาลไทยสามารถที่จะตีความสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ว่า คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศมีความประสงค์ที่จะให้นำข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาแล้ว ก็จะส่งผลให้ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศพิพาทกันในเรื่องข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกันไป จากหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ก็ตาม ศาลไทยก็สามารถที่จะนำเอาข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 ที่คู่สัญญาประสงค์จะให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศนั้นมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีได้ เนื่องจากมาตรา 171 และมาตรา 368 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการตีความสัญญาไว้โดยให้ศาลตีความสัญญาตามความประสงค์ในทางสุจริตของคู่สัญญาและพิจารณาถึงปกติประเพณีด้วย ดังนั้น เมื่อศาลไทยสามารถที่จะพิจารณาทราบถึงความประสงค์ในทางสุจริตของคู่สัญญาที่ประสงค์จะให้นำเอาข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 ซึ่งเป็นวิธีปฏิบัติและจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศหรือที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่า “ ปกติประเพณี ” มาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดคดีนี้หน้าที และความรับผิดชอบของคู่สัญญาได้แล้ว ศาลไทยก็ต้องทำการพิจารณาคัดสินคดีนี้ โดยนำเอาข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวด้วย เนื่องจากทั้งสองมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับเรื่องสัญญาโดยตรงด้วยการกำหนดให้ศาลไทยจะต้องทำการตีความสัญญาโดยคำนึงถึงปกติประเพณี ซึ่งจะส่งผลให้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีได้และยังสามารถที่จะพิจารณาคัดสินคดีได้ถูกต้องตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาด้วย

ตัวอย่าง ในกรณีที่ศาลสามารถที่จะตีความสัญญาได้ว่า คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศประสงค์ที่จะให้นำข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 เทอม FOB มาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาแล้ว ซึ่งข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) เทอม FOB นั้นได้กำหนดให้ความเสี่ยงภัยในตัวสินค้าของผู้ขายสิ้นสุดลง เมื่อผู้ขายส่งมอบสินค้าพ้นกราบเรือ ณ ท่าเรือต้นทาง ดังนั้น หากศาลนำเอาหลักเกณฑ์ของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีแล้ว ก็จะส่งผลให้การพิจารณาคดีของศาลเป็นไปตามความประสงค์ที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ โดยในเรื่องของการโอนความเสี่ยงภัยในตัวสินค้านี้ ศาลสามารถที่จะพิจารณาคัดสินให้ความเสี่ยงภัยในตัวสินค้าโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ขายได้ทำการส่งมอบสินค้าพ้นกราบเรือของผู้ขนส่งแล้วตาม



ข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ซึ่งก็จะจะเป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญาที่ต้องการให้ความเสี่ยงในตัวสินค้าของผู้ขายสิ้นสุดลงเมื่อผู้ขายได้ทำการส่งมอบสินค้าพ้นกราบเรือของผู้ขนส่งแล้ว

ดังนั้น เมื่อทำการเปรียบเทียบผลดี ผลเสียและข้อบกพร่องระหว่างการนำมาตรา 4 กับการนำมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาคดีในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่ามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระดับข้อพิพาท แต่ศาลสามารถที่จะตีความสัญญาได้ว่า คู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดี และในกรณีที่พิพาทกันนั้น ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ศาลสมควรที่จะทำการพิจารณาคดีดังกล่าว โดยนำเอาหลักเกณฑ์ของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาคดี เพราะจะทำให้ศาลสามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ ซึ่งจะทำให้การพิจารณาคดีของศาลเป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา แต่หากศาลนำเอาหลักเกณฑ์ของมาตรา 4 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวแล้ว และศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้โดยตรง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ถูกตราขึ้นมาโดยมีความมุ่งหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว ศาลไทยก็จะต้องนำเอาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มาใช้ในการพิจารณาคดีนั้นได้โดยตรง โดยศาลไทยไม่สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ ซึ่งจะทำให้การพิจารณาคดีของศาลไม่ถูกต้องตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา

## (2.2) กรณีที่ INCOTERMS 2000 กำหนด

หลักเกณฑ์ไว้นอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณีที่ข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้นอกเหนือจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด แต่ข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 นั้นได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้นั่นเอง

### (2.2.1) การนำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี

เมื่อมีข้อพิพาทในทางแพ่งขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ศาลไทยจะปฏิเสธที่จะไม่ทำการพิจารณาคัดสินคดีนั้นโดยอ้างเหตุผลว่า “ ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่จะนำมาปรับใช้บังคับกับคดีนั้น ” ไม่ได้ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 134 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่บัญญัติว่า “ ไม่ว่ากรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะพึงใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์ ” ดังนั้น ศาลไทยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องแสวงหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักกฎหมายใด ๆ เพื่อนำมาปรับใช้กับคดีให้ได้ แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายไทยเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้ก็ตาม ซึ่งก็คือการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั่นเอง โดยหลักเกณฑ์การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ว่า “ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ”

#### (2.2.1.1) ความหมายของช่องว่างแห่งกฎหมาย

ก่อนที่จะได้ทำการศึกษาถึงวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น สิ่งที่จะต้องทราบเป็นประการแรกคือ ความหมายของคำว่า “ ช่องว่างแห่งกฎหมาย ” ซึ่งนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่านได้อธิบายถึงความหมายของช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ได้กล่าวไว้ว่า “ ช่องว่างแห่งกฎหมาย (Gap in the Law) หมายถึงกรณีที่ไม่มีความหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำไปใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ ผู้ใช้กฎหมายหากกฎหมายเพื่อมาใช้ปรับแก้กรณีไม่พบ ” <sup>27</sup>

<sup>27</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, พิมพ์ครั้งที่ 12, ตุลาคม 2538), หน้า 118.

ศาสตราจารย์ วิษณุ เครืองาม กล่าวว่า “... “คำว่าช่องโหว่ของกฎหมาย” ซึ่งไม่ตรงกับคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” เสียทีเดียวนัก ในขณะที่ช่องว่างทางกฎหมายเป็นภาวะที่อาจเกิดขึ้นโดยสุจริตใจหรือไม่ก็ได้ เช่น คาดไม่ถึงหรือคาดถึงแล้วแต่จำเป็นต้องปล่อยไว้เช่นนั้น ซึ่งนักกฎหมายก็มีวิธีอุดช่องว่างทางกฎหมายตามทฤษฎีนิติศาสตร์อยู่แล้ว อยู่ที่ว่าตีความให้กว้างหรือแคบเพียงใด การเปิดโอกาสให้ตีความ “ ดิ้นได้ ” เช่นนี้เองที่ภาษาพูดทั่วไปเรียกว่า ช่องโหว่ คือ จับให้มันคั่นให้ตายไม่ได้”<sup>28</sup>

ดังนั้น เมื่อได้ทำการศึกษาถึงความหมายของคำว่า “ ช่องว่างแห่งกฎหมาย ” ตามที่นักกฎหมายได้ให้ความหมายไว้ข้างต้นแล้ว สามารถที่จะสรุปได้ว่า คำว่า “ ช่องว่างทางกฎหมาย ” หมายความว่า กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทในทางแพ่งที่เกิดขึ้นได้โดยตรง ซึ่งช่องว่างแห่งกฎหมายนี้อาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ร่างกฎหมายทราบถึงช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่เห็นว่าในเรื่องดังกล่าวยังไม่สมควรที่จะบัญญัติกฎหมายไว้ให้ตายตัว หรือผู้ร่างกฎหมายคิดไปไม่ถึงว่าในกรณีนั้นจะเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น

#### (2.2.1.2) วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

เมื่อเกิดกรณีช่องว่างแห่งกฎหมายแล้วก็เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องทำการแสวงหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักกฎหมายใด ๆ เพื่อนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น โดยในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาถึงการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “ กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ”

<sup>28</sup> วิษณุ เครืองาม, “รายงานการวิจัยเรื่องแนวพระราชดำริทางกฎหมาย”, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 11, ฉบับที่ 3, สิงหาคม – พฤศจิกายน 2530) : 82.

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงบทบัญญัติของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่า มาตรา 4 นี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ตามลำดับเป็น 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีแล้ว ให้ศาลนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้บังคับ
- (2) ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ให้ศาลหากกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีโดยอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง
- (3) ถ้าไม่มีบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ให้ศาลนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับกับคดี

(ก) การนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ขั้นตอนแรกของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การนำเอาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับใช้บังคับแก่คดี ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 4 วรรค 2 ที่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ว่า “ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องการนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึงความหมายของคำว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ลักษณะของจารีตประเพณีท้องถิ่นที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ และขอบเขตของการนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

#### (1) ความหมายของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

พระยาเทพวิฑูร ได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ไว้ดังต่อไปนี้<sup>29</sup>

<sup>29</sup> พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 – 2 มาตรา 1 – 240, พ.ศ. 2509, หน้า 26.

เมื่อคดีใดไม่เข้าในบทกฎหมายที่มีอยู่ ความในวรรค 2 แห่งมาตรา 4 นี้ อนุญาตให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้บังคับ คำว่าจารีตประเพณีนั้น อาจเข้าใจได้เป็น 2 ทาง คือ

- (1) ประเพณีนิยมทั่วไปของประเทศ
- (2) ประเพณีที่นิยมกันเฉพาะท้องถิ่น

แต่ตามคำที่ใช้ในมาตรานี้ จะหมายความถึงประเพณีทั้ง 2 อย่างหรือเฉพาะอย่างใด 2 อย่างนั้น ถ้าดูตามตัวหนังสือแล้วได้ใช้คำว่าแห่งท้องถิ่นประกอบเข้าด้วย จึงชวนให้คิดไปว่าหมายความเฉพาะอย่างใด 2 แต่เมื่อพิจารณาทั่ว ๆ ไปตลอดจนตรวจดูที่มาแห่งมาตรานี้ ปรากฏว่าคล้ายคลึงกับมาตรา 1 แห่งประมวลแพ่งสวิส ซึ่งกล่าวถึงประเพณีทั่วไป จึงทำให้เห็นว่ามาตรานี้หมายถึงประเพณีทั่วไปด้วย คือแปลคำว่าท้องถิ่นอย่างกว้าง กรุงสยามทั้งประเทศก็ถือว่าเป็นท้องถิ่นอันหนึ่ง

ส่วนประเพณีเฉพาะท้องถิ่นนั้น เป็นประเพณีที่ประพฤติกปฏิบัติกันเฉพาะแห่งเฉพาะตำบล เช่น ในจังหวัดเชียงใหม่มีประเพณีว่า เมื่อผู้ใดได้ยกพียงท่อน้ำกั้นน้ำในที่นาตำบลใด ต้องเข้าใจว่าผู้นั้นเป็นผู้ถือที่นานั้น ศาลฎีกาได้เคยตัดสินให้ตามประเพณีนี้ (ฎีกาที่ 160/121)

มีประเพณีอีกอย่างหนึ่งซึ่งเป็นประเพณีหรือธรรมเนียมในการค้าขาย เช่น ขายของบางอย่างต้องให้แถมตามธรรมเนียมที่เคยปฏิบัติกันมา ประเพณีเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องมีมานาน และจะนับอยู่ในคำว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเห็นจะไม่ได้ แต่ถ้ามีเรื่องขึ้นและนำสืบได้ความศาลก็คงตัดสินให้ แต่คงจะเป็นไปในทางแปลความตั้งใจของคู่สัญญา โดยเอาธรรมเนียมที่ประพฤติกกันมาประกอบด้วยมากกว่าที่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นซึ่งนำมาใช้แทนกฎหมาย

เมื่อพิจารณาความเห็นดังกล่าวข้างต้นของพระยาเทพวิฑูรแล้ว สามารถที่จะสรุปได้ว่าพระยาเทพวิฑูรมีความเห็นว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” นั้น หมายความถึง จารีตประเพณีที่ประชาชนในประเทศไทยนิยมที่จะประพฤติกปฏิบัติกัน แต่มิได้มีความหมายไปถึงประเพณีหรือธรรมเนียมในการค้าขายแต่อย่างใด

## (2) ลักษณะของจารีตประเพณีท้องถิ่นที่จะนำมาใช้

ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

สำหรับเรื่องลักษณะของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนี้มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นและอธิบายไว้ซึ่งมีความสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนี้

ศาสตราจารย์ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ อาจารย์วิชา มหาคุณ ได้กล่าวว่า จารีตประเพณีที่จะนำมาปรับแก้คดีได้ จะต้องมึลักษณะดังต่อไปนี้ คือ :

1. ต้องใช้บังคับมาเป็นเวลานาน
2. ต้องเป็นที่ยอมรับและถือตามของมหาชนทั่วไป
3. ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย
4. ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>30</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ กล่าวว่า จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติต่อกันมานานและสม่ำเสมอ
2. ประชาชนมีความรู้สึกว่าเป็นจารีตประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และจะต้องปฏิบัติตาม<sup>31</sup>

ผ.ศ. สมยศ เชื้อไทย ได้กล่าวว่า จารีตประเพณีจะต้องมีการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและนมนาน นมนานหมายความว่า “ นาน ” จนเห็นว่าเป็นข้อประพฤตปฏิบัติที่รับรู้กันทั่วไปและสม่ำเสมอพอที่จะให้เกิดความคิดหรือความรู้สึกในใจของคนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและต้องเป็นเช่นนั้น จารีตประเพณีจึงต้องประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอก คือ การประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในท้องถิ่นนั้นเป็นเวลานาน และองค์ประกอบภายใน คือ ทางจิตใจต้องมีความเห็น

<sup>30</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร และนายวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 162.

<sup>31</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแห่งหลักทั่วไป, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 5, มิถุนายน 2526), หน้า 21.

หรือความรู้สึกว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris*) เป็นของที่ถูกต้องและต้องทำ ไม่ทำไม่ได้ หลีกเลี่ยงไม่ได้<sup>32</sup>

ศาสตราจารย์ ประกอบ หุตะสิงห์ ได้กล่าวว่า จารีตประเพณีที่ศาลจะนำไปปรับวินิจฉัยคดีในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีได้นั้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

1. ต้องเป็นประเพณีที่มีมานาน
2. ต้องเป็นประเพณีอันสมควร หมายถึง เป็นประเพณีที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
3. ต้องมีกำหนดแน่นอนโดยสถานที่และบุคคลที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ไม่เป็นประเพณีที่เลื่อนลอย และต้องมีประชาชนในท้องถิ่นถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป
4. ต้องไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ หรือขัดกับกฎหมาย เพราะถ้ามีกฎหมายบัญญัติมาขัดกับประเพณีแล้ว ต้องถือว่าประเพณีนั้นถูกยกเลิกไปแล้วโดยปริยาย<sup>33</sup>

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงลักษณะของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามที่นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้วสามารถที่จะสรุปได้ว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้นั้นจะต้องเป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนทั่วไปได้ประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันพอสมควรและมีความเชื่อว่า สิ่งที่ปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ จารีตประเพณีดังกล่าวจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) ขอบเขตของการนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

เมื่อเราได้ทราบถึงความหมายและลักษณะของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่จะต้องทราบก็คือ ขอบเขตของการนำเอาจารีตประเพณีมาปรับใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั่นเอง ซึ่งในเรื่องนี้นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่านได้อธิบายไว้อย่างสอดคล้องและเป็นแนวทางเดียวกันดังนี้

<sup>32</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ภาคทั่วไป : ความรู้ทางกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพฯ, พิมพ์ครั้งที่ 3, ตุลาคม 2538), หน้า 118.

<sup>33</sup> ประกอบ หุตะสิงห์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 55.

พระยาเทพวิฑูรย์ ได้กล่าวว่า ประเพณีที่ขัดต่อบทกฎหมายนั้นก็เป็นธรรมดาอยู่เอง จะอ้างมาใช้หาได้ไม่ เพราะมาตรา 4 นี้้อนุญาตให้อาจารย์ตีประเพณีต่อเมื่อไม่มีบทกฎหมายจะ บังคับกับคดี เมื่อมีกฎหมายอยู่แล้ว ต้องบังคับไปตามกฎหมาย<sup>34</sup>

ศาสตราจารย์ ชานินทร์ กรัยวิเชียร กล่าวว่า จารีตประเพณีที่จะนำมาใช้บังคับแก่ คดีได้ เมื่อไม่มีกฎหมายโดยตรง ถ้ามีกฎหมายโดยตรง ศาลก็ต้องใช้กฎหมายนั้น เว้นแต่คู่ความจะ ตกลงให้ใช้จารีตประเพณีบังคับแก่คดี และจารีตประเพณีนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>35</sup>

ศาสตราจารย์ ประกอบ หุตะสิงห์ กล่าวว่า จารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้กับคดี ได้นั้นจะต้อง ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ หรือขัดกับกฎหมาย<sup>36</sup>

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงความเห็นของนักกฎหมายข้างต้นเกี่ยวกับขอบเขตของการ นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแล้วสามารถที่จะสรุปได้ว่า ศาลจะนำเอาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อไม่มี บทบัญญัติของกฎหมายใดบัญญัติหลักเกณฑ์ของเรื่องดังกล่าวไว้ ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นมาใช้ และในกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้นำจารีตประเพณีแห่ง ท้องถิ่นมาใช้บังคับได้ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นจะต้องไม่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ ในขณะนั้น

ดังนั้น เมื่อได้ทำการศึกษาถึงความหมาย ลักษณะและขอบเขตของการนำเอา จารีตประเพณีมาปรับใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแล้วสามารถที่จะสรุปได้ว่า นักกฎหมายที่มี ชื่อเสียงของประเทศไทยมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมา ใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้นั้นจะต้องเป็นจารีตประเพณี ที่ประชาชนในประเทศไทยนิยมที่จะประพฤติปฏิบัติต่อกันมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร ซึ่งประชาชนจะต้องมีความเชื่อว่าสิ่งที่ตนได้ประพฤติปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นที่จะ ต้องปฏิบัติตาม โดยศาลจะนำเอาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

<sup>34</sup> พระยาเทพวิฑูรย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 – 2 มาตรา 1 – 240, พ.ศ. 2509, หน้า 28.

<sup>35</sup> ชานินทร์ กรัยวิเชียร และนายวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 160.

<sup>36</sup> ประกอบ หุตะสิงห์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 55.



แพ่งและพาณิชย์ของไทยได้ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดบัญญัติหลักเกณฑ์ของเรื่องดังกล่าวไว้ ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้บังคับ และในกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้บังคับได้แล้ว จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นจะต้อง ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้น

สืบเนื่องจากความเห็นของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของประเทศไทยเกี่ยวกับความหมาย ลักษณะและขอบเขตของการนำเอาจารีตประเพณีมาปรับใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้นและด้วยความเคารพเป็นอย่างยิ่งต่อพระยาเทพวิฑูร ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น หมายรวมถึงประเพณี ธรรมเนียมหรือวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ที่ประชาชนในประเทศไทยได้นำมาใช้ประพฤติกปฏิบัติด้วย เนื่องจากผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในเรื่องของการติดต่อซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นประชาชนคนไทยนิยมที่จะนำเอาประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) มาใช้สำหรับการติดต่อซื้อขายสินค้าระหว่างกัน โดยประชาชนจะมีความเชื่อว่า ประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าดังกล่าวเป็นสิ่งที่มีความถูกต้องและมีความจำเป็นสำหรับประชาชนที่จะต้องปฏิบัติตาม ประกอบกับการที่ประเทศไทยก็ได้มีการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศและมีการขนส่งสินค้าข้ามพรมแดนมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควรแล้ว

#### (4) INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นจารีต

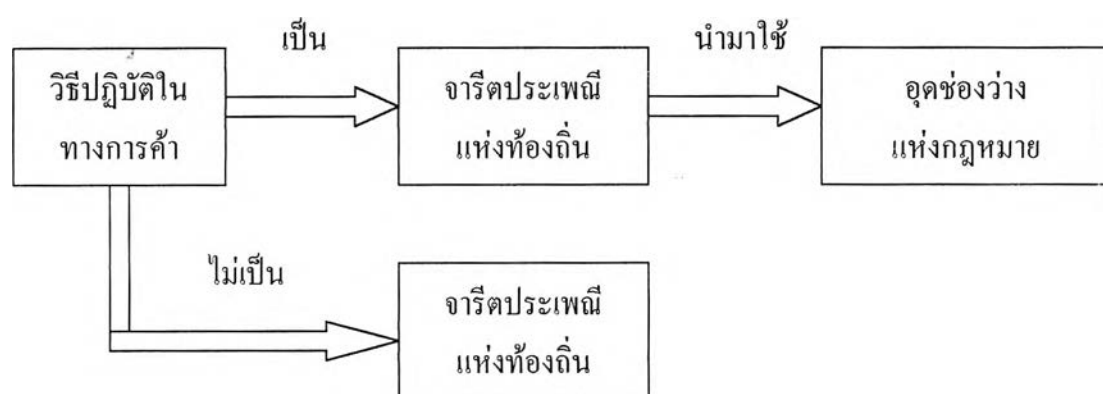
##### ประเพณีท้องถิ่น

ตามที่ผู้วิจัยได้อธิบายไว้แล้วโดยละเอียดข้างต้นว่า ผู้วิจัยมีความเห็นว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้นั้นจะต้องเป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนคนไทยนิยมที่จะประพฤติกปฏิบัติต่อกันมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร โดยประชาชนจะต้องมีความเชื่อว่า สิ่งที่ได้ประพฤติกปฏิบัติกันนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนี้หมายความรวมถึงประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ (usages) ในทางการค้าระหว่างประเทศด้วย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะและสาระสำคัญต่าง ๆ ของ INCOTERMS 2000 ตามผู้วิจัยได้อธิบายไว้แล้วอย่างละเอียดในบทที่ 3 เรื่อง ความสัมพันธ์ของกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) กับ INCOTERMS 2000 ประกอบกับความหมายของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า INCOTERMS 2000 นี้มีฐานะเป็น “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ตาม

มาตรา 4 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจาก INCOTERMS 2000 เป็นประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศชาวไทยนิยมที่จะนำมาใช้สำหรับการติดต่อซื้อขายสินค้ากับพ่อค้าและนักธุรกิจต่างชาติ โดยกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจชาวไทยจะมีความเชื่อว่า INCOTERMS 2000 นั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและมีความจำเป็นสำหรับคนที่จะต้องประพฤติปฏิบัติตาม ดังนั้น INCOTERMS 2000 ซึ่งเป็นประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนิยมที่จะประพฤติปฏิบัติตาม จึงมีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะฉะนั้น เมื่อ INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จึงส่งผลให้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีในกรณีนี้ได้

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่ศาลไทยจะสามารถนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับการศึกษาความหมายคำว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ของศาลไทย คือ หากศาลไทยพิจารณาว่า INCOTERMS 2000 มีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอย่างหนึ่งแล้ว ก็จะทำให้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้ และในทางกลับกัน หากศาลไทยพิจารณาว่า INCOTERMS 2000 ไม่มีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้



(ข) การนำบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

เมื่อศาลไม่สามารถที่จะหาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นได้ ศาลก็ต้องนำเอาบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ 2 ของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง ซึ่งในเรื่องของการนำบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนี้ นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่านได้อธิบายและแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องของการนำบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ ดังนี้

พระยาเทพวิฑูร ได้กล่าวเอาไว้ว่า ถัดจากจารีตประเพณี มาตรา 4 ให้วินิจฉัยคดีเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนี้ คือ เมื่อในกฎหมายมีหลักอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน แต่บทหนึ่งได้วางระเบียบได้ละเอียดละออยิ่งกว่าอีกบทหนึ่ง อาจจะนำอาระเบียบบนี้ไปใช้แก่กันได้<sup>37</sup>

ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้กล่าวว่า การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หมายถึง การให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน เป็นการเทียบเคียงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีโดยพิจารณาว่าข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันหรือไม่ หรือบทบัญญัตินั้นเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งหรือไม่ ถ้าเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือ ใกล้เคียงถึงขนาดก็เป็นบทบัญญัติที่จะนำมาปรับกับคดีได้<sup>38</sup>

ดังนั้น เมื่อได้ศึกษาถึงสาระสำคัญของบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งที่นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงดังกล่าวข้างต้นได้อธิบายเอาไว้แล้วสามารถที่จะสรุปได้ว่า “ บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ” คือ การเทียบเคียงองค์ประกอบของข้อเท็จจริงกับหลักกฎหมาย โดยพิจารณาว่าองค์ประกอบของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมีความคล้ายคลึงกับองค์ประกอบของข้อเท็จจริงอื่นที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือการเทียบเคียงว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติที่มีความใกล้เคียงกับอีกบทบัญญัติหนึ่งของกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ กฎหมายที่จะนำมา

<sup>37</sup> พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 – 2 มาตรา 1 – 240, พ.ศ. 2509, หน้า 30.

<sup>38</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป, หน้า 75.

เทียบเคียงนั้นจะต้องเป็นกฎหมายแพ่งของประเทศไทย โดยจะต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

เมื่อพิจารณาถึงกฎเกณฑ์และวิธีการหาบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีนี้แล้วจะเห็นได้ว่า ปัจจุบันนี้ยังมีแนวความที่แตกต่างกันในกลุ่มของนักกฎหมายได้แก่

(1) กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีนี้ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหมวดว่าด้วย นิติกรรมสัญญา หนี้ เอกเทศสัญญา ว่าด้วยลักษณะซื้อขายนั่นเอง เนื่องจากข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มีสาระสำคัญ โดยเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ<sup>39</sup>

(2) กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขายนั้น ไม่สามารถที่จะนำมาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีนี้ได้ ซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้<sup>40</sup> เนื่องจากผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหมวดว่าด้วยซื้อขายนั้น ได้ถูกร่างขึ้นมาใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2472 ซึ่งวัตถุประสงค์ของการบัญญัติก็คือ เพื่อนำมาใช้บังคับกับการซื้อขายภายในประเทศเป็นหลัก ซึ่งโดยสภาพแล้วการซื้อขายภายในประเทศและการซื้อขายระหว่างประเทศมีลักษณะที่ต่างกันหลายประการ เช่น การค้าขายระหว่างประเทศมักจะมีลักษณะเป็น Documentary Sales ซึ่งมักใช้วิธีการชำระราคาแบบ Documentary Payment ซึ่งการค้าขายภายในประเทศจะไม่มีลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด ประกอบกับการที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขายนั้น ยังมีบทบัญญัติบางเรื่องที่ยังไม่ละเอียดเพียงพอหรือไม่มีบทบัญญัติบางเรื่องบางประการที่ควรจะต้องมีเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของผู้ขายในการส่งมอบเอกสาร ไม่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของผู้ขายในการบรรจุหีบห่อสินค้า ในขณะที่เรื่องต่างๆ เหล่านี้มีปรากฏใน INCOTERMS 2000

<sup>39</sup> สุนัย มโนมัยอุดม , “ INCOTERMS ” , ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ , (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 113.

<sup>40</sup> กำชัย จงจักรพันธ์ , “ ข้อสังเกตคำพิพากษาศาลฎีกา คดีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ” , อุลพาห , เล่มที่ 2 ปีที่ 47 , พฤษภาคม – สิงหาคม 2543 , (กรุงเทพฯ) , หน้า 49-50.

### (ค) การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดี

เมื่อศาลไม่สามารถที่จะนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นและบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างอื่นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นได้แล้ว มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลจะต้องนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าว

ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย กล่าวว่า ความหมายของคำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” นี้มีความเห็นอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ ความเห็นประการที่ 1 ถือว่าสุภาษิตกฎหมายที่เขียนเป็นภาษาลาดินเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ความเห็นประการที่ 2 ถือว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” นี้ได้แก่หลักกฎหมายที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมายฉบับนั้น หลักกฎหมายทั่วไปนี้จะทราบได้จากการนำบทมาตราต่าง ๆ หลาย ๆ มาตราที่บัญญัติสำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณา และเมื่อพิจารณาตัวบทมาตราดังกล่าวแล้ว ก็จะพบหลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ ... โดยศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เห็นว่าความเห็นประการที่ 2 ที่ให้เอาตัวบทมาตราของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติถึงเรื่องอันคล้ายคลึงกันมาพิจารณาเพื่อค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปนี้เป็นความเห็นที่ถูกต้อง เพราะทำให้ได้หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งได้นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงตรงกับความคิดที่ว่า ผู้ร่างกฎหมายคงจะได้กำหนดบทบัญญัติขึ้น ถ้าผู้ร่างกฎหมายจะได้ทราบว่ากรณีช่องว่างแห่งกฎหมายเช่นนั้น และได้เขียนบทมาตราสำหรับกรณีอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ๆ ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>41</sup>

ศาสตราจารย์ วิษณุ เครืองาม ได้กล่าวว่า หลักกฎหมายทั่วไปนี้จะหมายถึงหลักกฎหมายอย่างใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นสุภาษิตกฎหมาย หรือเป็นหลักที่อนุมานเอาจากการนำบทมาตราทั้งหลายมาพิจารณาเพื่อหาหลักเกณฑ์รวม ๆ ก็ตาม และในที่สุดศาสตราจารย์ วิษณุ เครืองาม เห็นว่าในขณะที่โลกพัฒนาไปแล้วอย่างมาก แต่กฎหมายไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่ได้พัฒนาไปเท่าที่ควรนี้ บทกฎหมายต่างประเทศหรือธรรมเนียม

<sup>41</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 122 .

ปฏิบัติระหว่างประเทศ (customary international law) ก็น่าจะนำมาใช้อุดช่องว่างกฎหมายในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้<sup>42</sup>

ผ.ศ. สมยศ เชื้อไทย กล่าวว่า การหาหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร นี้มีความเห็นที่แตกต่างกัน 2 ประการ ดังนี้

ความเห็นที่ 1 เห็นว่าหลักกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไป ไม่จำกัดว่าอยู่ที่ใด ขอให้เป็นหลักกฎหมายที่เอามาตัดสินได้ก็แล้วกัน ความเห็นนี้เป็นความเห็นที่ไม่มีขอบเขต ทำให้หลักเกณฑ์ที่นำมาปรับแก้คดีเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน ซึ่งขัดต่อวิถีของวิชานิติศาสตร์ ที่พยายามทำให้กฎหมายมีความแน่นอนเพื่อเป็นเครื่องชี้วัดว่าอะไรผิดอะไรถูก อีกประการหนึ่งความเห็นนี้เปิดโอกาสให้นำเอาหลักกฎหมายหรือบทบัญญัติของระบบกฎหมายอื่นมาใช้และหลักกฎหมายหรือบทบัญญัตินั้น ๆ อาจมีลักษณะขัดแย้งกับหลักหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ได้ หากเป็นเช่นนั้นก็จะก่อให้เกิดความสับสนในระบบกฎหมายนั้นได้ ความเห็นนี้จึงไม่น่าจะเป็นความเห็นที่ถูกต้อง

ความเห็นที่ 2 เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น โดยค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง เช่นประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นที่มีหลักใหญ่พอ ที่จะทำเป็นหลักอ้างอิงได้ บทบัญญัติที่มีอยู่มากมาย โดยปกติเกิดจากหลักทั่วไปเพียงไม่กี่หลัก หากได้ศึกษาประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมายและการศึกษาวิเคราะห์ด้วยบทหลาย ๆ มาตราให้จริงจัง ๆ ก็จะพบหลักใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติเหล่านั้น หลักใหญ่นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับแก้คดีได้ ... มีปัญหาว่า ถ้าหาหลักกฎหมายทั่วไปในดับทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับคดีไม่ได้ ศาลจะหากฎหมายจากไหนมาตัดสิน เพราะมีหลักอยู่ว่า ศาลจะปฏิเสธไม่พิจารณาคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายไม่สมบูรณ์ไม่ได้ ในกรณีเช่นนี้ต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งได้แก่ ความเป็นธรรม หรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ประจำจิตใจของมนุษย์ (Reason of Man) และจากหลักเหตุผลของเรื่อง (Nature of things)<sup>43</sup>

<sup>42</sup> วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) หน่วยที่ 1 – 8, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 16, 2533), หน้า 264.

<sup>43</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ภาคทั่วไป : ความรู้ทางกฎหมายทั่วไป, หน้า 67.

อย่างไรก็ดี เมื่อได้ทำการศึกษาถึงข้อคิดเห็นต่าง ๆ เกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยโดยนักกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญดังกล่าวข้างต้นแล้วสามารถที่จะสรุปได้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้นั้นมีอยู่ 2 แนวความคิด คือ

(1) หลักกฎหมายที่ได้มาจากการพิเคราะห์หลักเกณฑ์ทั้งหลายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักเกณฑ์ร่วมกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และสุภาษิตกฎหมาย

(2) หลักกฎหมายใดก็ได้ที่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีได้ ไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายที่ได้มาจากการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาลักษณะร่วมกัน สุภาษิตกฎหมาย และหมายควมรวมถึงบทกฎหมายต่างประเทศและธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างประเทศที่นานอารยประเทศได้ให้การยอมรับด้วย

รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้กรุณาตั้งข้อสังเกตในการตรวจร่างวิทยานิพนธ์ไว้ว่า ในกรณีช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากการที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้คิดว่าในกรณีดังกล่าวจะเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นแล้วก็จะส่งผลให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้กล่าวได้ เพราะฉะนั้น หากพิจารณาว่าการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ประเทศไทยได้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของสวิสมาใช้เป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย โดยประมวลกฎหมายแพ่งของสวิสได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าในการพิจารณาตัดสินคดีนั้นศาลจะต้องพิจารณาต่อบทกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็คือการพิจารณาตัดสินคดีนั่นเอง ดังนั้น เมื่อมีกรณีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว หากศาลจะพิจารณานำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าวก็คงไม่ใช่เรื่องที่เสียหายแต่อย่างใด แต่ที่สำคัญก็คือกฎหมายของต่างประเทศนั้นจะต้องมีขัดกับหลักสำคัญในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยซึ่งก็คือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา หลักสุจริต และหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงความเห็นดังกล่าวของนักกฎหมายข้างต้นและข้อสังเกตของท่านรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร แล้ว ผู้วิจัยเห็นด้วยกับข้อสังเกตของท่านรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และแนวความคิดที่หนึ่ง เนื่องจากหากพิจารณาว่า

หลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หมายความว่าหลักกฎหมายของต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และหลักกฎหมายที่ได้มาจากการพิเคราะห์หลักเกณฑ์ทั้งหลายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักเกณฑ์ร่วมกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยแล้วก็จะทำให้หลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับใช้บังคับกับกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายมีความแน่นอน ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับหลักของวิชานิติศาสตร์ที่ต้องการให้กฎหมายมีความแน่นอนสามารถใช้เป็นเครื่องมือชี้วัดว่าสิ่งใดผิดหรือสิ่งใดถูกต้อง แต่ถ้าหากพิจารณาว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หมายความว่าหลักกฎหมายใดก็ได้ที่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีนั้นได้ โดยหมายความรวมถึงธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างประเทศด้วยแล้วก็จะทำให้หลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขาดความแน่นอนในการที่จะใช้เป็นเครื่องมือชี้วัดว่าสิ่งใดผิดหรือสิ่งใดถูกต้อง ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้เป็นแนวความคิดที่ขัดต่อหลักของวิชานิติศาสตร์

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า INCOTERMS 2000 นี้มิได้มีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีดังกล่าวได้ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) สืบเนื่องจากการที่ INCOTERMS 2000 มิได้มีฐานะเป็นหลักกฎหมายของต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และมีได้เป็นหลักกฎหมายที่ได้มาจากการพิเคราะห์หลักเกณฑ์ร่วมกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยว่าหมายความว่าหลักกฎหมายของต่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และหลักกฎหมายที่ได้มาจากการหาหลักเกณฑ์ร่วมกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยแล้วจึงสามารถที่จะกล่าวได้ว่า INCOTERMS 2000 นี้ไม่มีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้

(2) สืบเนื่องจากการที่หลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้นั้นจะต้องเป็นหลักกฎหมายที่ได้มาจากการหาหลักเกณฑ์ร่วมกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย จึงแสดงให้เห็นได้ว่า สิ่งที่จะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้นั้นจะต้องมีฐานะเป็นกฎหมายแล้ว แต่



INCOTERMS 2000 นี้มิได้มีฐานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใดดังที่ได้กล่าวไว้แล้วโดยละเอียดในหัวข้อที่ 3.1.4 เรื่องสถานะของ INCOTERMS ในทางกฎหมาย

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวของมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และศาลไทยสามารถที่จะตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญาได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาที่ต้องการให้นำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว หากศาลไทยได้ทำการพิจารณาแล้วเห็นว่า ในเรื่องที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศพิพาทกันนั้น เป็นเรื่องที่ไม่มียกย่องบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้แล้ว หากศาลไทยแปลความหมายของคำว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ว่า มิได้หมายความรวมถึงประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถที่จะนำเอาข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้และในกรณีนี้ก็ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีด้วย แต่ถ้าศาลแปลความหมายของคำว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” ว่า หมายความรวมถึงประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศด้วยแล้ว ศาลไทยก็สามารถที่จะนำเอาข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าวได้ ทั้งนี้ จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า การที่ศาลจะสามารถนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีข้อพิพาทในเรื่องเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศในกรณีนี้ได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับที่การแปลความหมายของศาลว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” นี้หมายความรวมถึงประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศด้วยหรือไม่

2.2.2 การนำมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับกรณี

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติของมาตรา 171 ประกอบมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากศาลไทยสามารถที่จะตีความสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ว่า คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีความประสงค์ที่จะให้นำข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในฐานะที่เป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาแล้ว ก็จะส่งผลให้ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศพิพาทกันในเรื่องที่ข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้นอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์ที่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ก็ตาม ศาลไทยก็สามารถที่จะนำเอาข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 ที่คู่สัญญาประสงค์จะให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีได้ เนื่องจากมาตรา 171 และมาตรา 368 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการตีความสัญญาไว้โดยให้ศาลตีความสัญญาตามความประสงค์ในทางสุจริตของคู่สัญญาและพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ดังนั้น เมื่อศาลไทยสามารถที่จะพิจารณาทราบถึงความประสงค์ในทางสุจริตของคู่สัญญาที่ประสงค์จะให้นำเอาข้อกำหนดในการการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 ซึ่งเป็นวิธีปฏิบัติและจารีตประเพณีในการค้าระหว่างประเทศ (ปกติประเพณีของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ) หรือที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่า “ ปกติประเพณี ” ซึ่งในที่นี้ก็คือ ปกติประเพณีของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ มาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาได้แล้ว ศาลไทยก็จะต้องทำการพิจารณาคัดสินคดีนั้น โดยนำเอาข้อกำหนดทางการค้า (trade terms) ของ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวด้วย ซึ่งจะส่งผลให้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีได้และยังสามารถที่จะพิจารณาคัดสินคดีได้ถูกต้องตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาด้วย

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการเปรียบเทียบผลดี ผลเสียและข้อบกพร่องระหว่างการนำ มาตรา 4 กับการนำ มาตรา 171 ประกอบ มาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาคดีในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่ามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาท แต่ศาลสามารถที่จะตีความสัญญาได้ว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดี และในกรณีที่พิพาทกันนั้นไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ (ช่องว่างแห่งกฎหมาย) แล้วผู้วิจัยมีความเห็นว่า ศาลสมควรที่จะทำการพิจารณาคดีดังกล่าว โดยนำเอาหลักเกณฑ์ของ มาตรา 171 ประกอบ มาตรา 368 มาใช้ในการพิจารณาคดี เพราะจะทำให้ศาลสามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ ซึ่งจะทำการพิจารณาคัดสินคดีของศาลเป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา แต่หากศาลนำเอาหลักเกณฑ์ของ มาตรา 4 วรรคสองมาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวแล้ว ศาลก็ต้องพิจารณาว่า คำว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” นั้น หมายความว่ารวมไปถึงจารีตประเพณีในการค้าระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” หมายความว่ารวมไปถึงจารีตประเพณีหรือวิธีปฏิบัติในการการค้า (trade usages) ด้วยแล้ว ศาลก็สามารถที่จะนำเอา INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ แต่ในทางกลับกันหากศาลพิจารณาว่า “ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ” มิได้หมายความว่ารวมไปถึงจารีตประเพณีในการค้าระหว่างประเทศแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถที่จะนำเอา

INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาคดีได้ ซึ่งจะทำให้การพิจารณาคดีของศาลไม่ถูกต้องตรงตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา

(3) กรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดไว้ว่า ให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญา

เมื่อคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้ว่าให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ศาลไทยไม่สามารถที่จะนำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ เนื่องจากเมื่อคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทแล้ว ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่า คู่สัญญาดังกล่าวนั้นไม่ต้องการที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในทางการค้าที่จะเกิดขึ้น เพราะถ้าหากว่า คู่สัญญามีความต้องการที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว คู่สัญญา ก็ควรที่จะแสดงเจตนาในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในสัญญา หรืออย่างน้อยที่สุดคู่สัญญา ก็ควรที่จะเขียนข้อความซึ่งแสดงให้เห็นโดยปริยายได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าว และในส่วนของศาลนั้น เมื่อคู่สัญญามีได้กำหนดหรือแสดงเจตนาไว้ว่า คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะให้นำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว ศาลก็ไม่สามารถที่จะพิจารณานำ INCOTERMS 2000 มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ เพราะเมื่อคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาในเรื่องดังกล่าวไว้ หากศาลจะนำเอาสิ่งซึ่งคู่สัญญามีได้กำหนดไว้มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีแทนที่จะใช้หลักกฎหมายในการพิจารณาคดีแล้วก็จะเท่ากับว่า ศาลได้สร้างเจตนาใหม่ให้กับคู่สัญญา ซึ่งศาลไม่สามารถที่จะกระทำการดังกล่าวได้