

ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการดำมาใช้ในกฎหมายไทย



นางสาวสิริธร นิธิเบญญากร

ศูนย์วิทยทรัพยากร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2551

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE LEGAL PROBLEMS OF APPLICATION OF TRADE USAGES UNDER THAI LAW



Miss Sireethorn Nithibenyakorn

คุณย์วิทย์ทรัพย์พานิช  
A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Chulalongkorn University

Academic Year 2008

Copyright of Chulalongkorn University

511420

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกฎหมายไทย

โดย

นางสาวสิริธร นิธิเบญญากร

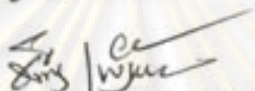
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

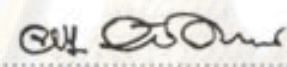
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

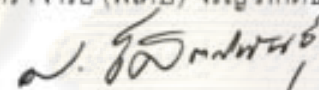
รองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้ให้นักศึกษาฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบัณฑิต

  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(รองศาสตราจารย์ธิดาพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

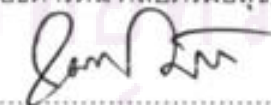
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


  
..... ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรัญ ภัคดีธนากุล)

  
..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(รองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์)

  
..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์)

  
..... กรรมการ  
(อาจารย์ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข)

  
..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พินัย ณ นคร)

  
..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี)

สิริธร นิธิเบญญากร : ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกฎหมายไทย  
(The Legal Problems of Application of Trade Usages under Thai Law) อ. ที่  
ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: รศ. ดร. ศนันท์ภรณ์ โสติดิพันธ์, 151 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ใน  
สัญญาทางพาณิชย์ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน และศึกษาถึงวิธี  
ในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในสัญญาทางพาณิชย์หากมีการประกาศใช้ร่าง  
พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ โดยนำมาวิเคราะห์และ เปรียบเทียบกับเรื่อง  
การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วย  
การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ  
(UNIDROIT) กฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (UCC) กฎหมายพาณิชย์ของ  
ประเทศญี่ปุ่น

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้มีบทบัญญัติ  
เกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้โดยตรง แต่สามารถนำมาใช้โดยถือว่าเป็นเจตนาของ  
คู่สัญญา และอาจถือได้ว่าอยู่ในความหมายของ "ปกติประเพณี" อันสามารถนำมาใช้โดยอาศัย  
การตีความสัญญาตามมาตรา 368 ได้ แต่การนำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 ใน  
ฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอาจไม่ครอบคลุมถึงจารีตประเพณีทางการค้าทุกประเภท  
ดังนั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องจารีตประเพณีทางการค้า  
เอาไว้โดยตรง และควรมีการให้คำนิยามถึงความหมายของคำว่า "แนวปฏิบัติทางการค้า" และ  
"จารีตประเพณีทางการค้า" เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญา นอกจากนั้น จารีต  
ประเพณีทางการค้าควรมีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เพื่อให้เกิดความ  
สอดคล้องและเหมาะสมกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์

# จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....  
ปีการศึกษา...2551

ลายมือชื่อนิสิต.....สิริธร นิธิเบญญากร  
ลายมือชื่อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....ศ. โสติดิพันธ์

## 4886288534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: THE APPLICATION OF TRADE USAGES UNDER THAI LAW

SIREETHORN NITHIBENYAKORN: THE LEGAL PROBLEMS OF APPLICATION OF TRADE USAGES UNDER THAI LAW. ADVISOR: ASSOC. PROF. SANUNKORN SOTTIBANDHU, DR. JUR. 151 pp.

The purpose of this research is to study the application of trade usages in commercial transaction under Thai laws, which are the Civil and Commercial Code and the Draft of Commercial Sales of Goods Act. The research is undertaken by methodology of analyzing and comparing those Thai laws with the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Unidroit Principle of International Commercial Contracts, the Uniform Commercial Code, and the Commercial Code of Japan.

The research found that there is no explicit provision of trade usages under the Civil and Commercial Code. Trade usages can be used as an intention of the parties and to interpret the contracts. However, using of trade usages as local usages to fill the gap of law may not cover all kind of trade usages. These problems lead to the resolution that the explicit provision of trade usages is necessary and the provision should provides the definition of "Trade Practices" and "Trade Usages" in order to make the understanding of the parties. Moreover, the parties should be bound by any trade usages as a part of their contracts.

ศูนย์วิทยุทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Field of Study : .....LAWS.....  
Academic Year : .....2008.....

Student's Signature *Sireethorn*  
Advisor's Signature *S. Sottibandhu*

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ ที่กรุณาละเวลารับเป็นที่ปรึกษา ให้คำแนะนำ ตรวจสอบแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือต่างๆเป็นอย่างดี ยิ่งแก่ผู้เขียนมาตลอดจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรัญ ภักดีธนากุล ที่กรุณาละเวลารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุรศักดิ์ มณีศรี ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ พินัย ณ นคร ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชยันติ ไกรกาญจน์ และท่านอาจารย์ธิดารัตน์ ศิลปะภิรมณ์สุข ที่กรุณาละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ให้คำแนะนำ และความช่วยเหลือในด้านตำราและเอกสารทางวิชาการ รวมถึงชี้แนะข้อที่ควรแก้ไขปรับปรุง ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา ที่ได้ให้คำปรึกษาและความช่วยเหลือทางด้านเอกสารและบทความทางวิชาการที่เป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แก่ผู้เขียนเป็นอย่างดี และวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้รับทุนสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์จากสำนักงานกิจการยุติธรรม โดยสถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม ซึ่งผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณมา ณ ที่นี้ด้วย

ท้ายที่สุด ขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา และบุคคลในครอบครัว ที่ได้ให้การสนับสนุนในด้านการศึกษา อีกทั้งยังให้กำลังใจในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สุดท้ายขอกราบขอบพระคุณผู้มีพระคุณท่านอื่นๆที่มีได้เอ่ยนามไว้ ณ ที่นี้ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ และถ้าหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณประโยชน์ใดๆ ต่อผู้อ่านบ้างไม่มากก็น้อย ผู้เขียนขอมอบให้บุคคลดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	3
3. ขอบเขตของการวิจัย.....	4
4. สมมติฐานของการวิจัย.....	4
5. วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย.....	4
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	5
บทที่ 2 ประวัติความเป็นมาและแนวคิดในการนำจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) มาใช้บังคับกับสัญญาทางพาณิชย์.....	6
1. ความหมายของแนวปฏิบัติทางการค้า (Practices) จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage).....	6
1.1 ความหมายของแนวปฏิบัติทางการค้า (Practice).....	6
1.2 ความหมายของจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage).....	7
2. ความหมายและประวัติความเป็นมาของกฎหมายนายวาณิชย์ (Lex Mercatoria).....	13
2.1 ความหมายของกฎหมายนายวาณิชย์ (Lex Mercatoria).....	13
2.2 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายนายวาณิชย์ (Lex Mercatoria).....	15
3. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายนายวาณิชย์ (Lex Mercatoria) กับจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages).....	18
3.1 แนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive).....	18

	หน้า
3.2 แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law).....	21
4. ทฤษฎีว่าด้วยการตีความสัญญาในการให้จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage) มีผลผูกพันต่อคู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์.....	24
4.1 ทฤษฎีที่เห็นว่าการตีความสัญญาในทางอัตวิสัย (Subjective Theory) ที่เห็นว่าจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage) ควรจะมีผลผูกพันคู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์เมื่อได้มีการแสดงเจตนา.....	24
4.2 ทฤษฎีการตีความสัญญาในทางภาวะวิสัย (Objective Theory) ที่เห็นว่าจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ควรจะมีผลผูกพันต่อคู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์ตามบรรทัดฐานของสังคม.....	26
บทที่ 3 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ.....	29
1. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG).....	29
1.1 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความถ้อยคำหรือการกระทำใดๆของคู่สัญญา ตามมาตรา 8 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG).....	30
1.2 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้เป็นข้อสัญญาโดย มาตรา 9 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG).....	35
1.2.1 เนื้อหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG).....	35
1.2.2 ประเภทของคำเฉพาะทางการค้า (Trade Term) ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG).....	36
1.2.2.1 จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) และแนวปฏิบัติทางการค้า (Practices) ที่คู่สัญญาตกลงกันหรือได้สร้างขึ้นระหว่างกัน.....	36



1.2.2.2 จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ที่ถือว่าคู่สัญญาจะต้องผูกพันกันโดยปริยาย.....	41
(ก) จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) นั้นเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนกันนั้น ในการค้าประเภทนั้นๆ.....	41
(ข) เป็นจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ที่คู่สัญญาได้รู้ หรือควรจะรู้.....	45
2. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract 2004).....	47
2.1 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความด้วยคำหรือการกระทำใดๆของคู่สัญญาตามมาตรา 4.3หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract 2004).....	48
2.2 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้เป็นข้อสัญญา ตามมาตรา 1.8 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract).....	55
3. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Commercial Code (UCC)).....	58
3.1 ประเภทของคำเฉพาะทางการค้า (Trade Term) ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (UCC).....	58
3.1.1 แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance).....	58
3.1.2 วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing).....	59
3.1.3 จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade).....	60
3.2 ขอบเขตในการนำแนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) มาใช้.....	61

4. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น (Commercial code of Japan).....	63
<b>บทที่ 4 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และ ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ... ของประเทศไทย.....</b>	<b>66</b>
1. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์...	66
1.1 ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้อุดช่องว่างกฎหมายใน ฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามมาตรา 4.....	66
1.2 ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้าใช้ในการตีความสัญญาโดย การตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 และตีความไปตามความ ประสงค์สุดจารีตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีตามมาตรา 368.....	73
2. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ตามร่าง พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ.....	80
2.1 เหตุผลในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ.....	81
2.2 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อ ขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ.....	83
<b>บทที่ 5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมาย     ต่างประเทศและอนุสัญญาระหว่างประเทศกับกฎหมายไทย.....</b>	<b>87</b>
1. ขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมาย.....	87
2. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้และผลทางกฎหมายของจารีตประเพณี ทางการค้า.....	89
3. ข้อพิจารณาสำหรับพ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาด.....	99
4. ภาระการพิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทางการค้า.....	101
5. ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้าไปใช้ในการระงับข้อพิพาท.....	105
<b>บทที่ 6 สรุปและเสนอแนะ.....</b>	<b>128</b>

	หน้า
รายการอ้างอิง.....	133
ภาคผนวก.....	141
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	151



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
1	ตารางเปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดย CISG UNIDROIT และ กฎหมายไทย.....	110
2	ตารางเปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดย UCC กฎหมาย ญี่ปุ่น และกฎหมายไทย.....	119



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จารีตประเพณีมี 2 แบบ ได้แก่ จารีตประเพณีที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย และจารีตประเพณีทางการค้า สำหรับในกฎหมายไทย จารีตประเพณีที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย คือ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ซึ่งจะนำมาใช้ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ ดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

บทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ ได้จำแนกที่มาของกฎหมายไว้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

- (1) กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร
- (2) กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และหลักกฎหมายทั่วไป

จากบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะเห็นได้ว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่เป็นที่มาของกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้มีการปฏิบัติกันมาจนมีฐานะเป็นกฎหมาย เรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณี ดังนั้นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้นั้นต้องเป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนทั่วไปประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานและมีความเชื่อว่าสิ่งที่ปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้จารีตประเพณีดังกล่าวจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นจึงต้องการศึกษาว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นสามารถนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นได้หรือไม่

นอกจากนั้นยังมีบทกฎหมายว่าด้วยการตีความสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 368 “สัญญานั้น ท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

คำว่า “ปกติประเพณี” ตามมาตรา 368 หมายถึง ประเพณีที่ถือปฏิบัติเป็นปกติต่อเนื่องกันและเป็นประเพณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ดี แน่นนอน และเป็นแบบอย่างเดียวกัน ชอบด้วยเหตุผลอันสมควร ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นจึงต้องการศึกษาว่า จารีตประเพณีทางการค้านั้นจะสามารถนำมาใช้อุดช่องว่างของสัญญาในฐานะที่เป็นปกติประเพณีได้หรือไม่

อนึ่ง หากเป็นระบบกฎหมายที่มีการแยกประมวลกฎหมายแพ่งออกจากประมวลกฎหมายพาณิชย์ จารีตประเพณีทางการค้าจะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายพาณิชย์ ในทำนองเดียวกันกับจารีตประเพณีที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายแพ่ง ดังแสดงเป็นแผนภาพได้ดังนี้

#### ประมวลกฎหมายแพ่ง

กฎหมายลายลักษณ์อักษร



จารีตประเพณี

(Custom)



Analogy

#### ประมวลกฎหมายพาณิชย์

กฎหมายลายลักษณ์อักษร



จารีตประเพณีทางการค้า

(Trade Usage)



Analogy

นอกจากนั้น การที่ปัจจุบันประเทศไทยได้มีความเคลื่อนไหวในการพยายามยกร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ... ขึ้น โดยในร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการนำประเพณีทางการค้ามาใช้กับทั้งการซื้อขายทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และการซื้อขายทางพาณิชย์ภายในประเทศ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ

มาตรา 8 สิทธิหน้าที่และนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายให้เป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญา เรื่องใดที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ก็ให้บังคับตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หากไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้น ให้บังคับตามประเพณีทางการค้า และหลักทั่วไปแห่งกฎหมาย ตามลำดับ และหากประเพณีทางการค้าและหลักทั่วไปแห่งกฎหมายก็ไม่มีด้วยไร้ ท่านให้บังคับตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายทั่วไป” (ป.พ.พ. พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ พ.ร.บ.ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์)

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 8 ของร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ แล้วนั้นจะเห็นได้ว่า มาตรานี้แสดงให้เห็นถึงลำดับในการปรับใช้กฎหมาย และจารีตประเพณีทางการค้านั้นถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ดังนั้นจึงสามารถนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ได้ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้นทำให้เกิดปัญหาที่น่าสนใจในการศึกษาว่า ในขณะที่ประเทศไทย ยังไม่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน จารีตประเพณีทางการค้า เป็นบ่อเกิดของกฎหมายซึ่งสามารถนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นตาม ป.พ.พ. มาตรา 4 ได้หรือไม่ และจารีตประเพณีทางการค้าอยู่ในความหมายของปกติประเพณี สามารถนำมาใช้โดยอาศัยการตีความสัญญาตามมาตรา 368 ได้หรือไม่

นอกจากนั้น จารีตประเพณีทางการค้าภายใต้ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ หากร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯนี้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย จารีตประเพณีทางการค้าอาจเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายได้ แต่ก็มีปัญหาที่ต้องศึกษาต่อไปว่า จารีตประเพณีทางการค้ามีความหมายเพียงใด จะนำประเพณีทางการค้าของต่างประเทศและระหว่างประเทศมาใช้ได้หรือไม่ และจะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกฎหมายไทยได้อย่างไร

## 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงลักษณะของจารีตประเพณีทางการค้า
2. เพื่อศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในสัญญาทางพาณิชย์ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน

3. เพื่อศึกษาถึงวิธีในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในสัญญาทางพาณิชย์ หากมีการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ
4. เพื่อศึกษาถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกฎหมายไทย

### 3. ขอบเขตของการวิจัย

จะทำการศึกษาถึงเรื่องการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract) กฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Commercial Code (UCC)) กฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น โดยนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ...

### 4. สมมติฐานของการวิจัย

ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้โดยตรง แต่สามารถนำมาใช้โดยถือว่าเป็นเจตนาของคู่สัญญา และอาจถือได้ว่าอยู่ในความหมายของ "ปกติประเพณี" อันสามารถนำมาใช้โดยอาศัยการตีความสัญญาตามมาตรา 368 ได้ แต่การนำมาใช้ให้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 ในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอาจไม่ครอบคลุมถึงจารีตประเพณีทางการค้าทุกประเภท

### 5. วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย

วิจัยแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยจะทำการศึกษาค้นคว้าจากตำรา บทความจากวารสารทั้งภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง แนวคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลเอกสารทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้เพื่อนำข้อมูลมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบ



## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ได้ทราบถึงลักษณะของจารีตประเพณีทางการค้า
2. ได้ทราบถึงความเป็นไปได้ในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในสัญญาทางพาณิชย์ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน
3. ได้ทราบถึงวิธีในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในสัญญาทางพาณิชย์หากมีการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์
4. ได้ทราบถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกฎหมายไทย



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 2

### ประวัติความเป็นมาและแนวคิดในการนำจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) มาใช้บังคับกับสัญญาทางพาณิชย์

การซื้อขายสินค้าระหว่างพ่อค้าด้วยกันนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ต่างๆ เป็นจำนวนมาก เช่น การขนส่งทางทะเล การประกันภัย การธนาคาร ดังนั้นการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ต่างๆ ของพ่อค้าถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการซื้อขาย แต่การทำธุรกรรมทางพาณิชย์ต่างๆ ของพ่อค้าที่ต้องการความสะดวกรวดเร็ว นั้นมักมีอุปสรรคต่างๆ เช่น การอยู่ห่างกัน โดยระยะทาง การขนส่งสินค้า ส่งผลให้ในการทำการซื้อขายในแต่ละครั้งพ่อค้าก็ต้องมาทำสัญญาโดยตกลงกันในรายละเอียดทุกครั้ง ทำให้เกิดความไม่สะดวก เสียเวลา และอาจทำให้สินค้าบางประเภทเกิดความเสียหายหรือเน่าเสียได้ จึงทำให้พ่อค้าต้องคิดค้นเครื่องมือเพื่อสร้างความสะดวกดังกล่าว จากการที่พ่อค้าที่เป็นคู่สัญญานั้นได้ทำการค้าขายติดต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ส่งผลให้การค้านั้นมีรูปแบบที่ซ้ำๆ เหมือนที่เคยปฏิบัติกันมาในสัญญาก่อนหน้านั้น พ่อค้าจึงนำการปฏิบัติที่ซ้ำๆ ต่อกันนั้นมาถือปฏิบัติ จนกลายเป็นจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ซึ่งใช้ระหว่างพ่อค้าด้วยกันเพื่อความสะดวกรวดเร็ว โดยที่ไม่ต้องมีการตกลงกันถึงรายละเอียดในทุกข้อสัญญา

#### 1 ความหมายของแนวปฏิบัติทางการค้า (Practices) จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage)

##### 1.1 ความหมายของแนวปฏิบัติทางการค้า (Practice)

ในการทำการค้าขายระหว่างพ่อค้าด้วยกัน การติดต่อกันซื้อขายระหว่างคู่สัญญาย่อมต้องการความเร็ว เพราะข้อจำกัดในเรื่องกำหนดเวลา ระยะทางและสภาพของสินค้าที่อาจเน่าเสีย อีกทั้งรูปแบบในการทำการค้ามีความหลากหลายขึ้นอยู่กับประเภทและชนิดของสินค้า ดังนั้นความเข้าใจถูกต้องตรงกันจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะก่อให้เกิดการติดต่อกันซื้อขายที่ราบรื่นและรวดเร็วขึ้น แต่การจะอาศัยกฎเกณฑ์จากกฎหมายภายในในการสร้างความเข้าใจที่ตรงกันอาจก่อให้เกิดปัญหา เนื่องจากจำนวนกฎเกณฑ์ที่จำกัดและล้าสมัย ไม่เพียงพอต่อการทำธุรกรรมประเภทต่างๆ อีกทั้งไม่สอดคล้องกับการค้าที่มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบอย่างรวดเร็ว ด้วยสภาพปัญหาดังกล่าว คู่สัญญาจึงต้องมาตกลงในรายละเอียดของสัญญาในแต่ละข้อ แต่อย่างไรก็ตามด้วยระยะเวลาอัน

จำกัดทำให้การตกลงไม่สามารถตกลงในรายละเอียดของสัญญาได้ครอบคลุมทุกเรื่อง และถึงแม้จะมีเวลาตกลงในรายละเอียดของสัญญาได้ทุกข้อ แต่คู่สัญญาก็ไม่สามารถคาดการณ์ปัญหาที่จะเกิดขึ้นได้ล่วงหน้าได้ครอบคลุมทั้งหมด ดังนั้นจากการที่พ่อค้าต้องมีการติดต่อกันซื้อขายระหว่างกันเป็นระยะเวลานาน การอาศัยสัญญาที่มีมาก่อนมาใช้กับสัญญาในครั้งต่อไปย่อมมีประโยชน์อย่างมาก เพราะทำให้ประหยัดเวลาในการทำสัญญาไม่ต้องมาตกลงทำสัญญากันในรายละเอียดอีก เนื่องจากข้อสัญญาที่สร้างขึ้นภายหลังจากนั้นมีความคล้ายคลึงหรือเหมือนกับสัญญาที่ทำกันมาก่อนด้วยเหตุนี้ เมื่อรูปแบบในการทำธุรกรรมระหว่างคู่สัญญามีลักษณะที่ค่อนข้างแน่นอน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมสามารถคาดการณ์ได้ว่า ในอนาคตภายใต้อาณัติความสัมพันธ์เช่นเดิม คู่สัญญาอีกฝ่ายจะปฏิบัติต่อตนเช่นไร ซึ่งก็คงปฏิบัติเหมือนกับที่เคยปฏิบัติต่อกันในสัญญาก่อนๆ ผลที่ตามมาจึงทำให้สัญญาที่เกิดขึ้นภายหลังสามารถทำขึ้นโดยใช้ระยะเวลา และค่าใช้จ่ายที่น้อยลง ซึ่งถ้าสถานการณ์ยังคงดำเนินอยู่เช่นเดิม และคู่สัญญาไม่ได้มีการตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่น แนวปฏิบัติของคู่สัญญาจะค่อยๆ พัฒนาขึ้นในความสัมพันธ์เฉพาะระหว่างคู่สัญญา ก่อให้เกิดแนวทางให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคาดเห็นได้ โดยยอมรับกันว่าต้องปฏิบัติต่อกันในแนวทางนั้น คู่สัญญาจึงต้องผูกพันตามแนวปฏิบัติที่ตนได้สร้างขึ้น ตามหลักทั่วไปในการทำสัญญา<sup>1</sup>

จากความเป็นมาของแนวปฏิบัติทางการค้า (Practice) สามารถให้ความหมายได้ดังนี้ คือ เป็นการกระทำอย่างหนึ่งที่เหมือนกัน ในสถานการณ์ที่เหมือนกัน โดยแนวปฏิบัติทางการค้านั้นไม่จำเป็นต้องกระทำกันอย่างแพร่หลายในทางการค้านั้นๆ แต่เป็นเพียงการปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนี้เป็นผู้พัฒนาแนวปฏิบัติระหว่างกันขึ้น ดังนั้น แนวปฏิบัติทางการค้าจึงมีความสมบูรณ์เฉพาะต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้น<sup>2</sup>

## 1.2 ความหมายของจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage)

จากการศึกษาค้นความนั้นจะพบว่าความหมายของจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นคำที่มีการนิยามความหมายไว้อย่างหลากหลาย เนื่องจากความแตกต่างของระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และการให้คำนิยามนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง และยังขึ้นอยู่กับแต่ละ

<sup>1</sup> Patrick X. Bout ; *Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Available from:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]

<sup>2</sup> Ibid.

สถานการณ์ ถึงแม้จะอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกันการให้คำนิยามของจารีตประเพณีทางการค้าก็ ยังมีความหมายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ทำให้มีคำนิยามความหมายไม่เกิดความชัดเจน และอาจทำให้เกิดความสับสนในการใช้คำ<sup>3</sup> ดังนั้นจากการศึกษาจากกฎหมายการค้าของ ต่างประเทศและกฎหมายการค้าระหว่างประเทศนั้น ก็ได้มีการให้คำจำกัดความไว้เพื่ออธิบาย ด้วยคำไว้ดังนี้

ความหมายของคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า”

กฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (UCC) Article 1-303<sup>4</sup> ได้ให้ ความหมายคำว่า จารีตประเพณีทางการค้า ไว้ว่า

“จารีตประเพณีทางการค้า” หมายถึง การปฏิบัติ หรือวิธีการตกลงซึ่งมีระเบียบกฎเกณฑ์ ที่แน่นอน ในสถานที่ อาชีพ หรือการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยธุรกรรมที่ เป็นปัญหา จารีตประเพณีทางการค้านั้นอาจถูกจำกัดโดยพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ หรือ กิจกรรมอย่าง ใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ หรืออาจถูกจำกัดโดยทั้งสองอย่าง นอกจากนี้จารีตประเพณีทางการค้านั้น อาจเกิดจากการค้าทั่วไป หรือการค้าเฉพาะสาขาใดสาขาหนึ่งก็ได้”

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> กฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (UCC) ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะ ชื่อย่อว่า UCC

“Article 1-303 (2) A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage are to be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is for the court.

<sup>4</sup> E. Allan Farnsworth, Unification Of Sales Law: Usage And Course Of Dealing, available from: [http://tldb.unikoeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=111900](http://tldb.unikoeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=111900) [August 2008]

หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract (2004))<sup>\*\*\*</sup> Article 1.9<sup>\*\*\*\*</sup> ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าไว้ดังนี้

1. คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้า ที่ตนได้ตกลงกันและแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน
2. คู่สัญญาต้องผูกพันตามจารีตประเพณีทางการค้าอย่างใดอย่างหนึ่งที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นต้องเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายและได้รับการปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาที่ทำธุรกิจนั้น แต่คู่สัญญาไม่ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล

เนื่องจาก UNIDROIT มิได้มีการให้คำนิยามของคำว่า "จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage)" ไว้ในบทนิยาม แต่ข้อความในตัวบท Article 1.9(1) มีความเหมือนกันทุกตัวอักษรกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายระหว่างประเทศ (CISG)<sup>\*\*\*\*\*</sup> ดังนั้นจึงสามารถให้คำนิยามโดยเทียบเคียงกับ CISG ได้ดังนี้

"จารีตประเพณีทางการค้า" หมายถึง การกระทำโดยทั่วไปในทางการค้า ภายใต้สถานการณ์ที่แน่นอน และเป็นการกระทำที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางเป็นปกติของการค้านั้นๆ และ

---

<sup>\*\*\*</sup> หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract (2004)) ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้ชื่อย่อว่า UNIDROIT

<sup>\*\*\*\*</sup> Unidroit Principle of International Commercial Contract (2004) Article 1.9<sup>5</sup>

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such usage would be unreasonable.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายระหว่างประเทศ (CISG) ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้ชื่อย่อว่า CISG

คู่สัญญาสามารถคาดหมายได้ว่าในสถานการณ์ที่แน่นอนนั้นจะต้องใช้จารีตประเพณีทางการค้าได้

เนื่องจากจากความแตกต่างของระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศนั้นทำให้ค่านิยมของจารีตประเพณีทางการค้านั้น มีความหมายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ดังนั้น CISG ในฐานะที่เป็นกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศที่สำคัญจึงควรมีการให้ค่านิยมคำว่าจารีตประเพณีทางการค้าไว้อย่างเป็นอิสระอีกระบบหนึ่ง ซึ่งทำให้คำจำกัดความไม่คลุมเครือ ช่วยให้รัฐต่างๆ เข้าใจได้อย่างถูกต้องตรงกัน เนื่องจากถ้าให้รัฐต่างๆ ยึดถือคำจำกัดความของตนเอง อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพในทางกฎหมายได้ และการให้คำจำกัดความคำว่าจารีตประเพณีทางการค้าของ CISG นั้นควรจะให้คำจำกัดความอย่างกว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อป้องกันมิให้จารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ในทางการค้านั้นเป็นสิ่งที่ใช้ไม่ได้เนื่องจากการให้คำจำกัดความที่แคบเกินไป<sup>6</sup>

คำจำกัดความอย่างกว้างของจารีตประเพณีทางการค้า คือเป็นการกระทำโดยทั่วไปในทางการค้า ภายใต้สถานการณ์ที่แน่นอน และเป็นการกระทำที่รู้กันอย่างกว้างขวางเป็นปกติของการค้านั้นๆ และคู่สัญญาสามารถคาดหมายได้ว่าในสถานการณ์ที่แน่นอนนั้นจะต้องใช้จารีตประเพณีทางการค้าได้<sup>7</sup>

ในบางกรณี จารีตประเพณีทางการค้านั้น อาจจะไม่ได้อ้างอิงโดยความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างคู่สัญญาก็ได้ แต่เป็นสิ่งที่รู้กันโดยทั่วไปในทางการค้าเฉพาะนั้น และการเกิดขึ้นของจารีตประเพณีทางการค้านั้นไม่ได้เรียกร้องว่าพ่อค้าส่วนใหญ่ในการค้าเฉพาะทางนั้นจะต้องปฏิบัติกันมาเป็นระยะเวลาอันแล้วก็ได้ แต่จารีตประเพณีทางการค้านั้นอาจเกิดจากองค์กรใดองค์กรหนึ่งสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาและสมาชิกขององค์กรนั้นได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์นั้นๆ และบุคคลอื่นๆ ที่มีใช้สมาชิกองค์กรก็ได้มีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์นั้นๆ ด้วย กฎเกณฑ์นั้นๆ ก็อาจพัฒนามาเป็นจารีตประเพณีทางการค้าได้<sup>8</sup>

<sup>6</sup> E. Allan Farnsworth, Unification Of Sales Law: Usage And Course Of Dealing, available from: [http://tldb.unikoeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=111900](http://tldb.unikoeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=111900) [December 2008]

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

ปัจจุบันประเทศไทยก็ได้มีความเคลื่อนไหวในการยกร่างพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ขึ้น โดยในร่างพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในการซื้อขายทางพาณิชย์ทั้งภายในและระหว่างประเทศ ซึ่งก็ได้กำหนดคำนิยามคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” ไว้ดังนี้

“ประเพณีทางการค้า” หมายความว่า ประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและถือปฏิบัติกันอยู่เป็นปกติระหว่างผู้ค้าขายสินค้านั้น ทั้งคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องก็ได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงความมีอยู่ของประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวด้วย

ในร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้านั้นได้มีการเขียนถึงคำนิยามของคำว่า จารีตประเพณีทางการค้า ไว้อย่างชัดเจน โดยให้หมายถึงประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ โดยในร่างพระราชบัญญัตินี้ได้เขียนคำนิยามเพื่อที่จะตีความกว้างไปถึงวิธีปฏิบัติทางการค้าด้วย<sup>9</sup>

จากการศึกษาคำจำกัดความของคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า จากคำนิยามความหมายของแต่ละระบบกฎหมายข้างต้นนั้น คำจำกัดความของคำว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้น อาจให้คำจำกัดความได้ดังนี้

“จารีตประเพณีทางการค้า” เป็นรูปแบบการปฏิบัติ หรือกฎเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ใช้ในทางการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีระเบียบแน่นอน ภายใต้สถานการณ์ที่แน่นอน และมีลักษณะเป็นการทั่วไป เป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและได้รับการปฏิบัติเป็นปกติในสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง อาชีพใดอาชีพหนึ่ง หรือการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกแก่พ่อค้าที่ทำการค้าอยู่ในประภาคนั้นๆ

สืบเนื่องจากความหมายของคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นถึงความหลากหลายของรูปแบบหรือแนวปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งที่ใช้ในทางการค้า ที่แตกต่างกันออกไป ตามประเภท ชนิด แหล่งกำเนิดสินค้า หรือแม้แต่กลุ่มของพ่อค้าที่ทำสัญญาซื้อ

<sup>9</sup> สรุปประเด็นการประชุมร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้านั้น ครั้งที่ 6 วันที่ 2 มีนาคม 2549

ขายก็อาจกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกันภายในกลุ่มที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้นจาร์ิตประเพณีทางการค้าและแนวปฏิบัติทางการค้าจึงมีได้หลากหลาย

ตัวอย่างของจาร์ิตประเพณีทางการค้า เช่น

จาร์ิตประเพณีในการซื้อขายเพชร การกำหนดราคาเพชรนั้นขึ้นอยู่กับ

1. การเจียรระโน (Cut) การเจียรระโนที่ดีต้องทำให้เพชรเป็นประกายเมื่อโดนแสงมากที่สุด ซึ่งการเจียรระโนเพชรนั้นมีหลากหลายรูปแบบ ซึ่งการเจียรระโนที่ถือว่าสมบูรณ์ที่สุดคือ การเจียรระโนแบบ Ideal heart and arrow

2. สี (Color) สีของเพชรสำคัญมากในการกำหนดราคาของเพชร ยิ่งขาวบริสุทธิ์เท่าไร ก็ยิ่งมีราคา วิธีเดียวที่จะวัดสีของเพชรให้แน่นอนอนได้ ก็โดยจัดวางเพชรเทียบกับเพชรอีกเม็ดหนึ่งที่ได้รับการรับรองสีตามมาตรฐานสากลของ Gemological Institute of America (G.I.A.) โดยแบ่งระดับสีของเพชรตามตัวอักษรตั้งแต่ D-Z เพชรที่มีสีน้อยที่สุดแทนด้วยตัวอักษร D แล้วเรียงลำดับตามตัวอักษร

3. ความบริสุทธิ์ของเพชร (Clarity) เพชรส่วนมากจะมีร่องรอยหรือตำหนิที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ซึ่งก่อตัวในช่วงระหว่างการตกผลึก เพชรที่มีตำหนิน้อยย่อมมีราคาแพงกว่าเพชรที่มีตำหนิมาก ซึ่งตามมาตรฐานสากลได้กำหนดมาตรฐานขึ้นเพื่อวัดความบริสุทธิ์ของเพชร โดยสถาบันอัญมณีศาสตร์ของอเมริกา หรือ G.I.A. เช่น

FL – Flawless คือ เพชรที่ปราศจากตำหนิหรือรอยขีดข่วนใดๆ ทั้งภายนอกและภายในเนื้อเพชร

IF – Internally Flawless คือ เพชรที่ปราศจากตำหนิภายใน มีเพียงรอยข่วนเล็กๆ บนพื้นผิวภายนอกเท่านั้น

4. น้ำหนักของเพชร (Carat –Weight) น้ำหนักของเพชรจะถูกวัดเป็นหน่วยสากล คือ 1 กะรัต มีค่าเท่ากับ 200 มิลลิกรัม และในแต่ละกะรัตแบ่งเป็น 100 หน่วยย่อย เรียกว่า Point <sup>10</sup>

จาร์ิตประเพณีของการซื้อขายสินค้าเกษตรระหว่างประเทศโดยทั่วไป เช่น ข้าวสาร ใบชา ข้าวฟ่าง ถั่วเหลือง โกโก้ ลำไย ฯลฯ จะไม่มีการกำหนดสินค้าตัวอย่างแก่ผู้ซื้อโดยเฉพาะเจาะจง

<sup>10</sup> ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย, ศึกษากิจการส่งออกและการลงทุนธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย เล่ม 5, (กรุงเทพฯ: เบรียว, 2545), หน้า 128-130.



เพราะสินค้าเหล่านี้มีความหลากหลายพันธุ์ ยากที่จะกำหนดสินค้าตัวอย่าง ดังนั้น การค้าสินค้าประเภทนี้จึงอาจอิงตามสภาพที่กำหนดโดย สมาคมการค้า หรือหน่วยงานตรวจสอบคุณภาพสินค้าที่เป็นที่ยอมรับนับถือ เมื่อทั้งผู้ซื้อผู้ขายเซ็นสัญญาซื้อขายกันแล้ว หากถึงเวลาส่งมอบพบว่าระดับสภาพสินค้าแตกต่างกันมาก ก็อาจพิจารณาเพิ่มหรือลดราคาตามเกรดของสินค้าเหล่านั้นได้ในสัญญาซื้อขายสินค้าประเภทนี้ บางฉบับจึงอาจระบุเพียงเกรดของสินค้าโดยไม่ระบุรายละเอียด<sup>11</sup>

หน่วยชั่ง ตวง วัด ในการระบุจำนวนสินค้าในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกัน เช่น ในประเทศอังกฤษ นิยมการใช้การชั่งเป็นปอนด์ ซึ่งส่วนใหญ่ใช้กับการซื้อขายสินค้าเกษตร แต่คำว่า ตัน (Ton) ในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกัน เช่น

ในประเทศอังกฤษ 1 ตัน เท่ากับ 2,240 ปอนด์ หรือเรียกว่า Long-ton

ในประเทศสหรัฐอเมริกา 1 ตัน เท่ากับ 2,000 ปอนด์

ในประเทศฝรั่งเศส 1 ตัน เท่ากับ 2,204.6 ปอนด์

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีความแตกต่างกันไปตามประเภทของสินค้ามาก และมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ดังนั้นผู้ทำการค้าจึงต้องตระหนักถึงการมีผลบังคับใช้ของจารีตประเพณีทางการค้า

## 2. ความหมายและประวัติความเป็นมาของกฎหมายนายวาณิชย์ (Lex Mercatoria)

### 2.1 ความหมายของกฎหมายนายวาณิชย์ (Lex Mercatoria)

ในการค้าขายระหว่างประเทศนั้นมีกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ใช้ปฏิบัติสำหรับการซื้อขายระหว่างประเทศ ซึ่งนักกฎหมายได้เรียกชื่อกฎเกณฑ์

<sup>11</sup> อุดล เมนต์กุล, กลยุทธ์การทำธุรกิจ ส่งออก-นำเข้า ภาคปฏิบัติ, (กรุงเทพฯ: อินฟอร์มีเดียบุคส์, 2545), น. 105.

ดังกล่าวของกลุ่มพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศว่า "Lex Mercatoria" ซึ่งสามารถที่จะแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า "กฎหมายของนายวานิชย์"<sup>12</sup>

กฎหมายนายวานิชย์ (*Lex mercatoria*) หรือ กฎหมายพ่อค้า (Law Merchant) นั้น นักกฎหมายได้ให้ความหมายแตกต่างกันออกไป ดังนี้ เช่น

Professor Schmitthoff ได้ให้ความหมาย กฎหมายนายวานิชย์ (*Lex Mercatoria*) หมายถึง กลุ่มของกฎเกณฑ์ทั่วไปและกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย ที่มีความสัมพันธ์กับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ<sup>13</sup>

Professor Norbert Horn ได้ให้ความหมาย กฎหมายนายวานิชย์ (*Lex Mercatoria*) หมายถึง หลักเกณฑ์ที่มีรูปแบบเดียวกัน ซึ่งมีขึ้นเพื่อใช้สนองตอบความต้องการที่มีรูปแบบเดียวกันของการประกอบธุรกิจและการร่วมมือในทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ<sup>14</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร ได้ให้ความหมายคำว่า กฎหมายนายวานิชย์ (*Lex Mercatoria*) ไว้ว่า กฎหมายนายวานิชย์ (*Lex Mercatoria*) เป็นจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศที่ถือตามต่อกันมาในระหว่างพ่อค้า<sup>15</sup>

<sup>12</sup> พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 119.

<sup>13</sup> Clive M. schmitthoff, Charlesworth's mercantile law, 13<sup>th</sup> ed., (London: Stevens & Sons, 1977), pp.15-24.

<sup>14</sup> Norbert Horn, "Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts", The transnational law of international commercial transactions, (Deventer: Kluwer, 1982), pp.15-16.

<sup>15</sup> พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแยกคดีบุคคล ภาคนำ: แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 78.

จากที่นักกฎหมายต่างๆได้ให้ความหมายของคำว่า กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) สามารถสรุปได้ว่า กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) นั้นมีความหมายดังนี้

กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex mercatoria*) หมายถึง จารีตประเพณีทางการค้าที่มีรูปแบบเดียวกัน ซึ่งมีขึ้นเพื่อใช้ตอบสนองความต้องการของพ่อค้าที่มีรูปแบบเดียวกัน ซึ่งนำมาใช้ในทางการค้าระหว่างประเทศ

## 2.2 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*)

จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ จุดกำเนิดทั้งในเวลาและสถานที่นั้นพบว่า เป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน นักกฎหมายบางท่านกล่าวว่ากฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) หรือกฎหมายพ่อค้า (*Law Merchant*) เป็นสิ่งที่เก่าแก่ และน่าจะมีมาก่อนแล้วตั้งแต่สมัยโรมัน ใน *ius gentium* ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างชาวโรมันกับชาวต่างชาติ<sup>16</sup> แต่มีนักกฎหมายบางท่านพบว่า จุดเริ่มต้นของกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) นั้นมีต้นกำเนิดมาตั้งแต่สมัยอียิปต์โบราณหรือในสมัยกรีก ซึ่งมีการค้าขายกันทางทะเล แต่อย่างไรก็ตามได้มีการค้นพบกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ถือกำเนิดในอิตาลีช่วงยุคกลาง (ประมาณศตวรรษที่ 11) ซึ่งถือว่าเป็นการค้นพบรากฐานทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) อย่างจริงจัง การเกิดขึ้นของกฎหมายนายวาณิชย์นั้นถือว่าเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นในยุคกลางซึ่งเป็นยุคที่ฝ่ายอาณาจักรอ่อนแอและฝ่ายศาสนจักรก็ไม่ได้ให้การดูแลในเรื่องของการค้าขายระหว่างประเทศ เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าในการทำการค้าของพ่อค้าในยุโรปตะวันตกได้เริ่มขึ้นในศตวรรษที่ 11 ส่งผลให้เกิดกฎหมายพ่อค้า (*Law Merchant*) ขึ้นมาโดยมีการสร้างกฎเกณฑ์จากประเพณี (*Custom*) ขึ้นมาใช้ระหว่างพ่อค้าด้วยกัน และได้พัฒนามาเป็นกฎหมายพ่อค้าหรือกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ซึ่งกฎหมายนายวาณิชย์นี้ได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายระหว่างพ่อค้าด้วย และถูกนำมาใช้ระงับข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าด้วยกัน<sup>17</sup> การเกิดขึ้นของกฎหมายพ่อค้านี้เกิดจากความพยายามขององค์กรทางการค้าในยุคกลางซึ่งไม่ต้องการใช้กฎหมายศักดินา (*Feudal*) และกฎหมายโรมัน เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการในการทำการค้าระหว่างประเทศได้ พ่อค้าจึงคิดค้นสิ่งที่สามารถนำมาใช้บังคับได้มากกว่า และ

<sup>16</sup> ANA Mercedes Lopez Rodriguez, *Lex Mercatoria* , Available from: <http://www.rettid.dk/artikler/20020046.pdf> [August 2008]

<sup>17</sup> Ibid.

เผยแพร่ออกไปอย่างกว้างขวางในยุคกลาง หลังจากนั้นประมาณ 800 ปี ก็ได้มีการนำไปใช้อย่างกว้างขวางระหว่างพ่อค้าด้วยกันในยุโรปตะวันตก<sup>18</sup>

มีข้อน่าสังเกตว่าในประเทศอังกฤษนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาททางการค้า จะมีศาลการค้า (Merchant Court) เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดี แต่ในราวศตวรรษที่ 17 ศาลการค้าถูกลดอำนาจลง ข้อพิพาททางการค้าถูกวินิจฉัยโดยใช้กฎหมาย Common Law แต่กฎหมายนายวานิชย์ (Lex Mercatoria) หาได้ถูกยกเลิกไปไม่ แต่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีทางการค้าหรือแนวปฏิบัติทางการค้าพ่อค้าที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นในแต่ละคดี อย่างไรก็ตาม ต่อมาในช่วงปลายหลังศตวรรษที่ 18 Lord Mansfield ได้มีการวางหลักการใหม่ให้กฎหมายนายวานิชย์ (Lex Mercatoria) เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องวินิจฉัย ไม่ใช่ปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่กรณีจะต้องพิสูจน์ ส่งผลทำให้จารีตประเพณีทางการค้ากลายเป็นส่วนหนึ่งของ Common Law

ในศตวรรษที่ 19 ได้เกิดแนวคิดชาตินิยมขึ้น กฎหมายพ่อค้าได้ถูกนำไปรวบรวมอยู่ในกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ และทำให้กฎหมายพ่อค้านั้นถูกทำให้ผสมกลมกลืนเข้ากับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ทำให้กฎหมายพ่อค้านั้นสูญเสียความเป็นเอกภาพไป และการที่รัฐเข้ามามีบทบาทควบคุมการค้าขายระหว่างประเทศ ทำให้ต้องบังคับใช้กฎหมายการค้าภายในกับการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการทำการค้าระหว่างประเทศและในการระงับข้อพิพาททางการค้า ดังนั้นรัฐต่างๆ จึงต้องมีสร้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น<sup>19</sup>

การพัฒนากฎหมายการค้าระหว่างประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นยุคที่สิทธิสภาพนอกอาณาเขตและระบบอาณานิคมของประเทศตะวันตกล่มสลาย และการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้มีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว จึงส่งผลให้การใช้กฎหมายภายในของแต่ละรัฐในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นทำให้เกิดปัญหาว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะต้องนำกฎหมายของรัฐใดมาใช้ตัดสินข้อพิพาท จึงส่งผลให้ต้องนำกฎหมายขัดกันมาใช้ประกอบ ทำให้เกิดปัญหาและไม่สามารถสนองตอบต่อความต้องการในการทำการค้าระหว่างประเทศได้ อันเนื่องมาจากความซับซ้อนของกฎหมายขัดกัน ความไม่แน่นอนและความเข้าใจยาก ซึ่งการใช้กฎหมายขัดกันนั้นทำให้คู่สัญญาที่มีความไม่แน่นอนว่าจะใช้กฎหมายของรัฐใดมาบังคับใช้กับสัญญาของตน

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.

นอกจากนั้นในขณะนั้นกฎหมายภายในที่บังคับใช้อยู่ก็นักขัตติภาพที่บังคับใช้มา ใช้จารีตประเพณีทางการค้าอีกครั้ง ซึ่งมีการจัดทำเป็นรูปแบบสัญญามาตรฐาน (Standard Clause) และสร้างเป็นข้อกำหนดในการระงับข้อพิพาทโดยใช้อุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ<sup>20</sup> นอกเหนือจากความเคลื่อนไหวของพ่อค้าที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว สำหรับภาครัฐของแต่ละประเทศนั้นก็ได้ออกกฎหมายที่พ่อค้าประสบปัญหาในการใช้กฎหมายขัดกันกับธุรกรรมทางการค้าระหว่างประเทศนั้นว่าไม่เหมาะสม จึงได้มีแนวความคิดในการทำกฎหมายการค้าระหว่างประเทศให้เป็นเอกภาพ ซึ่งปัจจุบันนี้แนวความคิดนี้ได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายในวงการที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ เช่น การอนุญาโตตุลาการ การซื้อขายระหว่างประเทศ การขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ เป็นต้น แต่การดำเนินการดังกล่าวก็ประสบปัญหาสำคัญคือใช้เวลานาน เช่น การร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ซึ่งใช้เวลาในการร่างมากกว่า 20 ปี

อย่างไรก็ดี เมื่อมีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 ประกอบกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ นำไปสู่การรวบรวมจารีตประเพณีทางการค้าที่มีอยู่แล้วมาจัดทำให้เป็นระบบ มีความชัดเจน แน่นนอน และง่ายแก่การทำความเข้าใจ อีกทั้งศาลเองก็สะดวกในการค้นหาจารีตประเพณีทางการค้า<sup>21</sup> รวมทั้งได้รวบรวมจารีตประเพณีทางการค้าและแนวปฏิบัติทางการค้าของพ่อค้าที่มีขึ้นในภายหลังมารวมไว้ด้วยกัน ทำให้นักกฎหมายบางท่านเรียกกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่สร้างขึ้นภายหลังนี้ว่า "New Lex Mercatoria"

แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น "New Lex Mercatoria" นั้นมีความแตกต่างจาก "Lex Mercatoria" ในสมัยกลาง โดยนักกฎหมายเห็นว่า "New Lex Mercatoria" นั้นมีลักษณะของความประนีประนอมในเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ และเกิดขึ้นโดยมีเจตนาที่จะสร้างขึ้นให้เป็นระบบโดยการจัดทำขึ้นโดยองค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ในขณะที่ "Lex Mercatoria" ในสมัยกลางนั้นไม่มีความเป็นระบบระเบียบ เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นจากกลุ่มพ่อค้าแต่เพียงอย่างเดียว<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Bernard Audit, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html> [August 2008]

<sup>22</sup> Ibid.

### 3. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) กับจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages)

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) กับ จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) นั้นอาจกล่าวได้ว่ามีความคล้ายคลึงกันมากแต่อาจมีความแตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับแนวความคิด ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 แนวความคิดดังนี้

#### 3.1 แนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive)

แนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive) มีความคิดว่ากฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายเนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายนายวาณิชย์นั้นเกิดขึ้นโดยพ่อค้า แต่การที่จะเป็นกฎหมายได้นั้นต้องได้รับการยอมรับจากกฎหมายภายในคือฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อนจึงจะถือว่าเป็นกฎหมายได้

สืบเนื่องจากสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive) มีความเห็นว่า กฎหมาย คือ ข้อบังคับของรัฐซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ<sup>23</sup> ดังนั้นจะกล่าวได้ว่า องค์ประกอบของกฎหมาย มีดังนี้

1. ต้องเป็นข้อบังคับ คือ ต้องมีข้อความบงการให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง
2. ต้องเป็นข้อบังคับของรัฐ
3. ข้อบังคับต้องกำหนดความประพฤติของมนุษย์
4. ข้อบังคับนั้นหากฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ โดยสภาพบังคับนี้รัฐจะต้องเป็นผู้กระทำมิใช่เป็นการที่เอกชนปฏิบัติต่อกันและกันเอง

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของคำว่ากฎหมายแล้วนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) นั้นขาดองค์ประกอบที่จะเป็นกฎหมายคือ

<sup>23</sup> หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2538) หน้า 41.

1. กฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่เป็นข้อบังคับเฉพาะกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น โดยยังไม่มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของรัฐเพราะยังมิได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติจากรัฐในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของรัฐ โดยจะเห็นได้จากการที่ประเทศต่างๆ ยังมิได้ให้การยอมรับที่จะนำเอากฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) ไปใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน คือ ประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ก็ยังมิได้ให้การยอมรับและนำเอากฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) ไปใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีโดยตรง และส่วนประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ก็ยังมิได้นำเอากฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) ไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายด้วย

2. กฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) นั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) ไม่ได้มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ของรัฐหรือข้อบังคับของรัฐ จึงส่งผลให้กฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายในตัวเอง แต่จะพิจารณาว่าคู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ในสัญญาว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วให้นำกฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) มาใช้ในการระงับข้อพิพาท ถ้าคู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นให้นำกฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) มาใช้ในการระงับข้อพิพาท ก็จะถือได้ว่ากฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาอย่างหนึ่ง ส่งผลให้กฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) มีสภาพบังคับโดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งตั้งอยู่บนหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of the will) นั้นเอง ซึ่งถือว่าเป็นการมีสภาพบังคับโดยการที่กฎหมายภายในได้ให้การยอมรับเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา มิใช่กฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) มีสภาพบังคับในทางกฎหมายในตัวเอง

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายสนับสนุนแนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่ว่ากฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย ดังนี้

Professor F.A. Mann กล่าวว่า "กฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย แต่กฎหมายนายวาณิชย (Lex Mercatoria) ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีทางการค้า"<sup>24</sup>

<sup>24</sup> F.A. Mann, "Notes and Comments on Cases in International Law" in *Commercial Law and Arbitration*, (Oxford: Clarendon Press, 1992), p.25.

Professor Abul F.M. Maniruzzaman กล่าวว่า "กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นหลักเกณฑ์ที่รวมลักษณะของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเข้าด้วยกัน"<sup>25</sup>

Professor Nin Jing กล่าวว่า "กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ไม่มีความเป็นอิสระในตัวเองและไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย"<sup>26</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร กล่าวว่า "กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) เป็นจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศที่ถือตามกันมาระหว่างพ่อค้า เพราะฉะนั้น กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) จึงมีสถานะเป็นกฎหมายแห่งเจตนาของเอกชนที่ปรากฏอยู่ในข้อสัญญาระหว่างกัน"<sup>27</sup>

ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร กล่าวว่า "กฎหมายนั้นต้องมีอำนาจบังคับ กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ที่พ่อค้าสร้างขึ้นเอง ไม่ว่าจะด้วยจารีตประเพณีในทางการค้าหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่มีอำนาจบังคับ จึงเป็นกฎหมายอ่อนทำนองเดียวกับกฎหมายระหว่าง

---

<sup>25</sup> Abul F.M. Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration", *American University International Law Review*, Volume 14 No. 3 , 1999 ,P.658.

<sup>26</sup> Nin Jing , "The Status of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration" , *The Parker School of Foreign & Comparative Law* , (New York: Columbia University, 1998), p. 189.

<sup>27</sup> พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ: แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 78.



ประเทศ<sup>28</sup> และ กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) เป็นแต่เพียงกฎหมายในอุดมการณ์ซึ่ง อาจจะมีทางเป็นกฎหมายก็ต่อเมื่อได้นำไปเขียนเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศแล้ว<sup>29</sup>

จากแนวความคิดของนักกฎหมายของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive) สรุปได้ว่า กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายเพราะไม่ได้ร่างขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่มีอำนาจรัฐมารองรับกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้น ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจึงไม่มีสภาพบังคับใดๆ สัญญาที่อ้างถึงกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) จึงเป็นสัญญาที่ไม่มีกฎหมายใดมารับรอง และสัญญามาตรฐาน จาริตประเพณีทางการค้าของคู่สัญญานั้นเป็นเพียงแค่การต่อรองเจรจากันของคู่สัญญาจึงมีความผูกพันทางด้านสัญญาเท่านั้น การที่สัญญามาตรฐานและจาริตประเพณีทางการค้าต่างๆ มีสภาพบังคับนั้นเพราะได้บรรจุในกฎหมายภายในแล้วเท่านั้น และการที่จาริตประเพณีทางการค้านั้นสามารถเอามาใช้ในการตีความสัญญาก็ไม่ได้หมายความว่าตัวมันเองมีฐานะเป็นกฎหมาย<sup>30</sup> และจากแนวความคิดดังกล่าวนี้เห็นว่า กฎหมายนายวาณิชย์ ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายเพราะคลุมเครือและไม่มีสภาพบังคับ กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) จึงมีลักษณะเป็นเพียงเป็นแก่นหรือเนื้อหาของจาริตประเพณีทางการค้าที่บรรจุอยู่ในกฎเกณฑ์ของพ่อค้าที่ได้สร้างขึ้นระหว่างกัน หรือเป็นกฎเกณฑ์ที่จัดทำขึ้นโดยองค์กรระหว่างประเทศภาคเอกชน เช่น ICC และแนวความคิดของสำนักนี้เห็นว่า กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) มีความแตกต่างจากจาริตประเพณีทางการค้าคือ กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) เป็นส่วนหนึ่งของจาริตประเพณีทางการค้า

### 3.2 แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

แนวความคิดแบบสำนักกฎหมายธรรมชาตินั้นมีแนวความคิดว่า กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) มีความอิสระในตัวเอง เป็นเอกเทศแยกต่างหากจากกฎหมายภายในและสามารถบังคับใช้ได้โดย

<sup>28</sup> พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540) หน้า 79.

<sup>29</sup> พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 79.

<sup>30</sup> Von Holger Langer, "International Trade Law" available from: <http://www.ganz-recht.de/stlehre/Ausland/trade.html> [11 August 2008]

อัตโนมัติ ซึ่งกลุ่มของนักธุรกิจไม่ต้องการให้การค้าขายระหว่างประเทศต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงได้ทำการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับความสัมพันธ์ระหว่างกันเอง โดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนี้จะประกอบไปด้วย จารีตประเพณี (Custom) จารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป<sup>31</sup> และนักกฎหมายแนวความคิดแบบสำนักกฎหมายธรรมชาติได้ให้การสนับสนุนให้มีการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) มาใช้ในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

มีนักกฎหมายสนับสนุนแนวความคิดแบบสำนักกฎหมายธรรมชาติที่มีแนวความคิดว่า กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมาย ไว้ดังนี้

Professor Goldman กล่าวว่า “กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) เป็นภาพสะท้อนของการเจริญเติบโตและการพัฒนาของกลุ่มสังคมของนักธุรกิจต่างประเทศ ซึ่งไม่ต้องการให้การค้าขายระหว่างประเทศตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงได้สร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันเองขึ้นโดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วยจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) นั้น มีความเป็นอิสระจากระบบกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ เพราะกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ไม่ได้เป็นทั้งระเบียบวิธีปฏิบัติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>32</sup>

Professor Schmitthoff กล่าวว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) เป็นกลุ่มของหลักเกณฑ์ทั่วไปและกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย ที่มีความสัมพันธ์กับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิด Transnational Law ในเรื่องเกี่ยวกับการซื้อขายระหว่างประเทศและกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) มีที่มาจาก 2 แหล่งคือ กฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศอย่างเป็นเอกภาพและได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในอนุสัญญา

<sup>31</sup> Goldman B., “The Status of *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration” in Ning Jin, *The Parker School of Foreign & Comparative Law*. (Columbia University, New York, 1998), p.166.

<sup>32</sup> Ibid.

ระหว่างประเทศ และจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบไปด้วยการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ได้มีการนำไปใช้อย่างกว้างขวาง<sup>33</sup>

จากแนวคิดของนักกฎหมายกลุ่มสำนักกฎหมายธรรมชาตินั้นสามารถพิจารณาได้ว่า นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) เป็นกฎหมายแบบพิเศษที่เรียกว่า Transnational Law ซึ่งมีได้เป็นทั้งกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ และมีได้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน โดย Transnational Law นี้เป็นกฎหมายอีกประเทศหนึ่งที่เกิดขึ้นมาจากสังคมของกลุ่มพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะพิเศษและแตกต่างไปจากสังคมภายในของประเทศต่างๆ คือ สังคมพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนั้นเป็นสังคมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามชาติ มิใช่สังคมของเอกชนที่อยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง และสังคมของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนี้ก็มีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง มิใช่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ ในสังคมนั้นระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้นนักกฎหมายกลุ่มนี้จึงมีความเห็นว่า เมื่อสังคมของกลุ่มพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเป็นสังคมที่มีลักษณะพิเศษ จึงส่งผลให้สิ่งที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายได้นั้น คือ เมื่อสมาชิกในสังคมพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศส่วนใหญ่มีความเชื่อว่าสิ่งใดสิ่งหนึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายและจะต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามก็จะได้รับโทษแล้วก็จะทำให้สิ่งนั้นเป็นกฎหมายขึ้นมาได้โดยไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับการเป็นกฎหมายภายในในความหมายของนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง จึงสรุปได้ว่า กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ นั้นมีความคิดว่า กฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง และกฎหมายนายวาณิชย์ (*Lex Mercatoria*) ประกอบไปด้วยวิธีปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ จารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ และเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

# ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>33</sup> Clive M. Schmitthoff, *The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation*, in *The sources of the Law of International Trade* 3, (Schmitthoff ed., 1964), pp.15-24.

#### 4. ทฤษฎีว่าด้วยการตีความสัญญาในการให้จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage) มีผลผูกพันต่อคู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์

ในการค้าขายแต่ละครั้งของพ่อค่านั้นมีความจำเป็นที่จะต้องเกี่ยวข้องกับธุรกรรมต่างๆ มากมาย ซึ่งในการทำธุรกรรมแต่ละครั้งนั้นพ่อค้าก็ต้องมาเจรจาต่อรองกันจนเป็นที่พอใจแล้วจึงทำสัญญา แต่เมื่อได้มีการค้าขายติดต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานและสัญญาที่ทำขึ้นภายหลังนั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาที่ได้ทำก่อนหน้าแล้ว ทำให้เกิดความคาดหวังหรือคาดหมายของคู่สัญญาว่าถ้ามีเหตุการณ์ใดที่เกิดขึ้นภายหลังนั้นจะต้องปฏิบัติต่อกันอย่างไร ซึ่งคู่สัญญาอาจคาดคะเนได้จาก แนวบรรทัดฐานของสังคมพ่อค้าที่คู่สัญญาทำการค้ากันอยู่ที่สามารถเห็นกัน โดยทั่วไปว่าพ่อค้าส่วนใหญ่ในสังคมได้ปฏิบัติกันอย่างไร หรือคาดคะเนได้จากพฤติกรรมที่แสดงออกของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ทำให้เข้าใจว่าจะปฏิบัติต่อกันอย่างไรระหว่างคู่สัญญา ซึ่งหลักทั่วไปในการทำสัญญานั้นเกิดจากเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) แต่เมื่อมีการค้าขายติดต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานย่อมทำให้เกิดความคาดหวังจากคู่สัญญา โดยถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดทำการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาโดยมิได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นย่อมทำให้เกิดผลกระทบต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการทำธุรกิจการค้า ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาจากทฤษฎีว่าด้วยการตีความสัญญาสัญญา ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องผูกพันต่อจารีตประเพณีทางการค้า และแนวปฏิบัติที่ใช้กันอยู่ในสังคมการค้ามากนักน้อยเพียงใด โดยสามารถแบ่งทฤษฎีออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีการตีความสัญญาในทางอัตวิสัย (Subjective Theory) และ ทฤษฎีการตีความสัญญาในทางภาวะวิสัย (Objective Theory)

##### 4.1 ทฤษฎีการตีความสัญญาในทางอัตวิสัย (Subjective Theory) ที่เห็นว่าจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage) ควรจะมีผลผูกพันคู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์เมื่อได้มีการแสดงเจตนา

แนวความคิดของทฤษฎีนี้เป็นการตีความสัญญาที่มุ่งค้นหาความหมายของสัญญาจากตัวผู้ทำสัญญาเอง ก็คือจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญา ซึ่งอาจหมายรวมถึงการตีความตามหลักสุจริต และการตีความตัวอักษรเพื่อหาความหมายหรือเป้าหมายของคู่สัญญาในความสัมพันธ์กับชนิดของสัญญาหรือกับสถานที่ที่สัญญาเกิด ทั้งนี้ อาจจะได้คำนึงถึงความประพฤตินหรือการ

ปฏิบัติของคู่สัญญาไม่ว่าในขณะทำสัญญา หรือภายหลังจากการทำสัญญาแล้วและพิจารณาข้อความของสัญญาทั้งฉบับมิใช่เพียงข้อความบางข้อมาประกอบการพิจารณาด้วย<sup>34</sup>

แนวคิดตามทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า เจตนาตามความเป็นจริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการทำข้อตกลง เป็นสิ่งที่สำคัญในการทำสัญญา คู่สัญญาย่อมมีสิทธิในการตัดสินใจและกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่จะใช้ผูกพันด้วยตนเอง ดังนั้นถ้าไม่มีการแสดงเจตนาย่อมไม่มีสัญญาเกิดขึ้น เพราะฉะนั้น การเกิดขึ้นของสัญญาจึงมีพื้นฐานจากสิ่งที่คู่สัญญาได้พูดและกระทำต่อกันตามทฤษฎีนี้จึงเป็นทฤษฎีที่ให้น้ำหนักต่อเจตนาของคู่สัญญานั้นๆ โดยมุ่งค้นหาว่าคู่สัญญามีความตกลงในสัญญานั้นๆต่อกันอย่างไร แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเจตนาที่แท้จริงแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นที่เพียงพอต่อการทำสัญญา แต่มีความเห็นว่าการแสดงเจตนาของคู่สัญญาก็ต้องมีความชัดเจนหรือมีสิ่งปรากฏให้เห็นประจักษ์ถึงการตกลงหรือการแสดงเจตนาด้วย<sup>35</sup>

สำหรับอนุสัญญาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) แนวคิดดังกล่าวปรากฏชัดเจนใน Article 8 และ Article 9

Article 8(1)<sup>36</sup> วางหลักในเรื่องการตีความสัญญาไว้ว่า “การตีความด้วยคำหรือการกระทำใดๆของคู่สัญญาจะต้องตีความไปตามเจตนาที่คู่สัญญารู้หรือควรจะได้รู้ถึงเจตนา” คือตีความไปโดยยึดถือเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา

Article 9(1)<sup>37</sup> วางหลักเรื่องการมีผลผูกพันของจารีตประเพณีทางการค้า ไว้ว่า “คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้า ที่ตนได้ตกลงกันและแนวปฏิบัติใดๆ (Practices) ที่ได้สร้างขึ้นระหว่างกัน”

<sup>34</sup> ศันันท์กรณ โสติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 350.

<sup>35</sup> E.Allan Farnsworth, Contract, (Boston: Little Brown and company, 1982), p.113.

<sup>36</sup> CISG Article 8 (1) For the purpose of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the party knew or could have been unaware what his intent was.

หมายความว่า เมื่อคู่สัญญาามีเจตนาที่จะนำจารีตประเพณีทางการค้าใดมาใช้กับสัญญาของตนหรือได้ตกลงกันสร้างแนวปฏิบัติใดๆ ระหว่างกัน คู่สัญญาย่อมจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าและแนวปฏิบัติที่ตนสร้างขึ้นนั้นตามเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง ดังนั้น จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาเพียงแคว้น แต่ไม่ได้ตกลงว่าจะนำมาใช้บังคับระหว่างกัน ย่อมไม่สามารถนำมาบังคับให้คู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามได้ตาม Article 9(1)

#### 4.2 ทฤษฎีการตีความสัญญาในทางภาวะวิสัย (Objective Theory) ที่เห็นว่าจารีตประเพณีทางการค้าควรมีผลผูกพันต่อคู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์ตามบรรทัดฐานของสังคม

แนวความคิดของทฤษฎีนี้เป็นการตีความสัญญาที่มุ่งหาความหมายของสัญญาจากสภาพหรือข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่แน่นอนที่อยู่นอกเหนือตัวผู้ทำสัญญา และจะใช้การตีความตามทฤษฎีนี้ก็ต่อเมื่อการตีความตามทฤษฎีแรกยังไม่ให้ความหมายที่กระจ่างชัด สำหรับการตีความทางภาวะวิสัยนี้มุ่งเน้นจุดช่วงเวลาที่ได้มีการตีความ เพราะมิได้มีวัตถุประสงค์จะหาความหมายของสัญญาจากเจตนาของคู่สัญญา แต่เพราะการตีความแบบนี้มุ่งหมายที่จะให้ความหมายแก่สัญญาที่มีอยู่แล้ว

ในการตีความทางภาวะวิสัย อาจตีความโดยอาศัยหลักการรักษาสัญญา หมายถึงการตีความเพื่อพยายามรักษานิติสัมพันธ์ตามสัญญาไว้มากกว่าที่จะตีความเพื่อทำลายนิติสัมพันธ์นั้นเสีย นอกจากนี้ การตีความตามปกติประเพณีก็ตีหรือการตีความเพื่อความยุติธรรมก็ดี ล้วนเป็นการตีความที่อยู่ในความหมายของการตีความทางภาวะวิสัยทั้งสิ้น<sup>36</sup>

โดยพื้นฐานของการเกิดสัญญานั้นมาจากการที่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกัน แต่กฎหมายในเรื่องสัญญาก็ไม่ได้พิจารณาไปถึงเจตนาที่ซ่อนเร้นอยู่ภายในแต่ละบุคคล เนื่องจากเจตนาเป็นเรื่องภายในจิตใจ บุคคลอื่นไม่สามารถรู้และพิสูจน์ได้ ดังนั้น การที่จะเน้นความสำคัญ

<sup>37</sup> CISG Article 9(1) "The parties are bound by any usages to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves."

<sup>38</sup> ศันท์ภรณ์ ไสตติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 350-351

ของเจตนาของคู่สัญญาเพียงอย่างเดียว อาจทำให้สัญญาระหว่างบุคคลไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เพราะโดยความเป็นจริงแล้วเป็นไปได้ยากที่เจตนาของคู่สัญญาจะถูกต้องตรงกันแล้วก่อให้เกิดสัญญาได้

ดังนั้นทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective) จึงมีความคิดว่า สัญญาควรตั้งอยู่บนมาตรฐานในเรื่อง "วิญญูชน" กล่าวคือ การตีความคำพูดหรือการกระทำระหว่างคู่สัญญานั้นต้องตีความหรือวินิจฉัยอย่างสมเหตุสมผล จากสิ่งที่ปรากฏให้เห็นได้จากภายนอก ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงเป็นทฤษฎีที่มุ่งค้นหาเจตนาในสิ่งที่ปรากฏ

สำหรับ CISG Article 9(2) เป็นแนวความคิดตามทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory) โดยมีแนวความคิดว่าจารีตประเพณีทางการค้า ควรนำมาใช้บังคับในระหว่างคู่สัญญาได้ทันที ถ้าคู่สัญญาได้แสดงให้เห็นถึงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา ดังจะเห็นได้ว่า Article 9(2)<sup>39</sup> กำหนดให้

"คู่สัญญาจะต้องผูกพันต่อจารีตประเพณีทางการค้า โดยปริยาย ถ้าจารีตประเพณีทางการค้านั้น คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะได้รู้และเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่แพร่หลายโดยทั่วไปและใช้กันอยู่อย่างสม่ำเสมอในการค้าเฉพาะทางนั้น"

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทฤษฎีภาวะวิสัยก็มีอิทธิพลต่อการร่าง CISG เช่นเดียวกับทฤษฎีอัตวิสัย แต่ทฤษฎีภาวะวิสัย ประเทศในกลุ่มสังคมนิยมและประเทศกำลังพัฒนามีความเห็นว่า ทฤษฎีนี้อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้เนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้ามีที่มาจากประเทศผู้ผลิตสินค้าซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศอุตสาหกรรม ดังนั้นพ่อค้าในประเทศของตนอาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่เคยรู้มาก่อน เพราะจำเป็นต้องซื้อวัตถุดิบจากประเทศ

<sup>39</sup> Article 9(2) "The parties are considered, unless otherwise agreed, to have implied made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned."

เหล่านั้นจึงอาจเสียเปรียบทางการค้าได้ ดังนั้น Article 9 จึงถูกบัญญัติขึ้นในลักษณะที่  
ประนีประนอมระหว่างแนวความคิดทั้งสองทฤษฎี



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



### บทที่ 3

## การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ

การซื้อขายคือธุรกรรมทางพาณิชย์ที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ามีบทบาทสำคัญมากที่สุดอย่างหนึ่ง ซึ่งการทำธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นมีธุรกรรมที่หลากหลาย ทั้งการทำสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างพ่อค้าด้วยกันนั้นอาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน และที่กลุ่มพ่อค้าที่ทำธุรกรรมทางพาณิชย์ด้วยกันก็อาจมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกันภายในกลุ่มแตกต่างกันไป จากการทำกลุ่มของพ่อค้าที่ทำการค้าขายติดต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ส่งผลให้การค้าขายนั้นมีรูปแบบที่ซ้ำๆ เหมือนที่เคยปฏิบัติกันมาในสัญญาก่อนหน้านั้น พ่อค้าจึงนำการปฏิบัติที่ซ้ำๆ ต่อกันนั้นมาถือปฏิบัติ จนกลายเป็นจารีตประเพณีทางการค้า(Trade Usages) ซึ่งใช้ระหว่างพ่อค้าด้วยกันเพื่อความสะดวกรวดเร็ว โดยที่ไม่ต้องมีการตกลงกันถึงรายละเอียดในทุกข้อสัญญา ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาบัญญัติไว้เพื่อที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาทางพาณิชย์เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของพ่อค้า เพื่อให้ผู้ซื้อและผู้ขายรู้และเข้าใจถูกต้องตรงกันต่อผลทางกฎหมาย

#### 1. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG)

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีความสำคัญต่อการทำธุรกรรมระหว่างพ่อค้าด้วยกัน ดังนั้น CISG จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ซึ่งในการทำสัญญานั้นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ถ้าคู่สัญญาตกลงกันในสัญญาอย่างใด ผลก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญา โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญาของตน ก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญา แต่ในบางกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ในเรื่องดังกล่าว หากมีปัญหาเกิดขึ้นคือมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะเพราะข้อสัญญามีความไม่ชัดเจน กำกวม มีความหมายได้หลายนัย หรือคู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในเรื่องพิพาทไว้เลย ทำให้ไม่ทราบว่าคุณสัญญามีความประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร มีปัญหาว่าจะบังคับตามสัญญาหรือกำหนดสิทธิหน้าที่ของคุณสัญญาอย่างไร ก็ต้องนำหลักกฎหมายว่าด้วยการตีความสัญญามาปรับใช้ โดยในการ

ตีความสัญญา มาตรา 8 (3) นั้นวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาพิจารณาในการตีความสัญญาด้วย นอกจากนี้ในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ในสัญญาว่าจะนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้กับสัญญาของตน ก็มีบทบัญญัติในมาตรา 9 ที่วางหลักเกณฑ์ให้คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ถือปฏิบัติกันมาและเป็นที่ยอมรับไม่ต้องเขียนไว้ในสัญญาอีก รวมถึงคู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ แต่จารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในวงการค้านั้นๆ โดยคู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าเสมือนเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

1.1 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความถ้อยคำหรือการกระทำใดๆ ของคู่สัญญา ตามมาตรา 8 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG)

มาตรา 8 CISG<sup>1</sup> วางหลักในเรื่องการตีความไว้ดังนี้

(1) การตีความถ้อยคำหรือการกระทำใดๆ ของคู่สัญญาจะต้องตีความไปตามเจตนาที่คู่สัญญารู้หรือควรจะได้รู้ถึงเจตนา

---

<sup>1</sup> Article 8 (1) For the purpose of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the party knew or could have been unaware what his intent was.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

(2) ถ้าความในวรรคหนึ่งไม่อาจปรับใช้ได้ การตีความถ้อยคำหรือการกระทำใดๆของคู่สัญญาจะต้องตีความไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนในฐานะและพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญาเข้าใจ

(3) ในการตีความเจตนาของคู่สัญญาหรือความหมายตามที่วิญญูชนในฐานะเดียวกันกับคู่สัญญาเข้าใจ ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดรวมทั้งการเจรจาต่อรอง, แนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน, จารีตประเพณีทางการค้า, การกระทำภายหลังสัญญาของคู่สัญญา

มาตรา 8 นี้ ได้วางหลักในเรื่องการตีความเอกสารหรือการกระทำใดๆของคู่สัญญาเอาไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งหลักเกณฑ์นั้นไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแค่การตีความสัญญาเพื่อที่จะกำหนดความหมายของสัญญาเท่านั้น แต่ยังสามารถนำมาใช้ในการตีความถ้อยคำหรือการกระทำใดๆของคู่สัญญาในชั้นการเจรจาต่อรองอีกด้วย (เช่น คำเสนอ คำสนอง การบอกเลิกคำเสนอ การปฏิเสธคำเสนอ) เพื่อที่จะกำหนดว่าสัญญานั้นได้ข้อสรุปตั้งแต่แรกแล้วหรือไม่ และนำมาใช้กับการตีความถ้อยคำหรือ การกระทำใดๆของคู่สัญญาหลังจากทำสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว (เช่น การเปลี่ยนแปลงหรือการสิ้นสุดสัญญา หรือการบอกกล่าวว่าสินค้าชำรุดบกพร่อง การเปลี่ยนแปลงหรือผิดสัญญา) เพื่อที่จะกำหนดว่าการกระทำใดๆของคู่สัญญานั้นส่งผลต่อสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาอย่างไรบ้าง?

การปรับใช้มาตรา 8 การตีความนั้นอ้างอิงถึงเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นไม่ใช่ อ้างอิงถึงเวลาที่โต้แย้งกันในเรื่องการตีความ การโต้แย้งกันในเรื่องความหมายของสัญญา ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างกล่าวอ้างว่าภาษาที่ใช้กันมีความหมายตามที่ตนเข้าใจขณะที่มีการโต้แย้ง แต่อย่างไรก็ตามการแก้ปัญหานั้นคือ ถือว่าการอ้างอิงนั้นจะต้องอ้างอิงถึงความหมายตามที่คู่สัญญาเข้าใจในขณะที่ทำสัญญา และในขณะที่มีการกระทำใดๆของคู่สัญญานั้นมีผล<sup>2</sup>

มาตรา 8 วรรค 1 วางหลักไว้ว่า "การตีความถ้อยคำหรือการกระทำใดๆของคู่สัญญาจะต้องตีความไปตามเจตนาที่คู่สัญญารู้หรือควรจะได้รู้ถึงเจตนาที่ตน" มาจากทฤษฎีอัตตวิสัย

<sup>2</sup> E. Allan Farnsworth, in Bianca-Bonell, Commentary on the International Sales Law, (Giuffrè: Milan, 1987) p.97.

<sup>3</sup> Ibid. p.98.

(Subjective Theory) คือยึดถือเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา<sup>4</sup> ตัวอย่างเช่น ผู้เสนอได้ทำคำเสนอตามความหมายที่เรากล่าวอ้าง และเราสามารถแสดงให้เห็นว่าผู้รับคำเสนอนั้นรู้และเข้าใจเป็นอย่างดีถึงความหมายนั้น ดังนั้นในกรณีนี้ยึดถือเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำคำเสนอ แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าผู้รับคำเสนอจะรู้ถึงความหมายตามที่ผู้ทำคำเสนอเข้าใจ แต่อาจจะเป็นการยากที่ผู้ทำคำเสนอจะพิสูจน์ได้ว่าผู้รับคำเสนอนั้นเข้าใจไปในแนวทางเดียวกันกับผู้ทำคำเสนอ ดังนั้นภายใต้วรรค 1 นั้น ถ้าผู้ทำคำเสนอแสดงให้เห็นว่าผู้รับคำเสนอนั้นควรที่จะได้รู้ถึงเจตนาของผู้ทำคำเสนอ ผลก็จะออกมาเหมือนกับการที่เราแสดงให้เห็นว่าผู้รับคำเสนอนั้นรู้ถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำคำเสนอ ก็จะถือเจตนาของผู้ทำคำเสนอเป็นใหญ่

ผลที่เกิดขึ้นของวรรค 1 คือ ถ้าคู่สัญญามีความเข้าใจถึงความหมายของภาษาที่ใช้หรือการกระทำใดๆเหมือนกัน ดังนั้นก็ต้องยึดความเข้าใจของคู่สัญญาเป็นหลักโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าวิญญูชนจะเข้าใจว่าอย่างไร ตัวอย่างเช่น ผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อที่จะเขียนราคา 50,000 ในสัญญา แต่ราคาจริงๆคือ 100,000 เพื่อที่จะลดค่าธรรมเนียมหน้า ดังนั้นสัญญานี้ต้องตีความไปตามความเข้าใจของคู่สัญญา คือ 100,000 ไม่ใช่ 50,000

แต่อย่างไรก็ตาม การยึดถือเจตนาที่แท้จริงนั้นไม่ถูกนำมาใช้บ่อยนักในทางปฏิบัติ เนื่องจาก เป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติที่คู่สัญญาจะพิสูจน์ให้เห็นว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นรู้หรือควรที่จะรู้ถึงเจตนาที่แท้จริงของตน<sup>5</sup>

ถ้าความในวรรค 1 นั้นไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ก็จะต้องปรับใช้ตามความในวรรค 2 คือ "การตีความด้วยคำการกระทำใดๆของคู่สัญญาจะต้องถูกตีความไปตามความเข้าใจของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะและพฤติกรรมเดียวกับคู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าใจ" ซึ่งความในวรรคสองนี้มาจากทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory) คือ ด้วยคำที่พูดโดยคู่สัญญา A นั้นจะต้องถูกตีความไป

<sup>4</sup> John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed., (Kluwer Law International: Hague, 1999) p.117.

<sup>5</sup> E. Allan Farnsworth, in Bianca-Bonell, Commentary on the International Sales Law, p. 99.

ตามความเข้าใจของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะและพฤติการณ์เดียวกับคู่สัญญาอีกฝ่ายคือ B นั้น  
เข้าใจ<sup>6</sup>

ถ้าไม่ถือตามเจตนาที่ผู้ทำคำเสนอเข้าใจ ก็หมายความว่าผู้รับคำเสนอนั้นมีความเข้าใจ  
ไม่ถูกต้องตรงกัน ผู้รับคำเสนอนั้นสามารถอ้างหลักเกณฑ์ตามมาตรา 8 วรรค 2 ได้ โดยแสดงให้เห็น  
เห็นว่า ขณะที่ผู้รับคำเสนอรับคำเสนอนั้น วิญญูชนที่อยู่ในฐานะและพฤติการณ์เดียวกับผู้ทำคำ  
เสนอนั้นเข้าใจไปในทางเดียวกันกับผู้รับคำเสนอ ในกรณีนี้ก็ต้องยึดถือตามความเข้าใจของผู้  
รับคำเสนอเป็นใหญ่ ดังนั้นในการตีความตามความเข้าใจของวิญญูชนในฐานะและพฤติการณ์  
เดียวกันกับคู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าใจนั้นพิจารณาจากความรู้ทางภาษา ทักษะทางเทคนิค หรือ  
ประสบการณ์ทางธุรกิจในระดับเดียวกันกับคู่สัญญาอีกฝ่าย<sup>7</sup>

ความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ระหว่างวรรค 1 และวรรค 2 ตัวอย่างเช่น สมมติว่า ผู้ขายเสนอ  
ขายแร่ต่อผู้ซื้อ เป็นจำนวน 1,000 ตัน และผู้ซื้อตอบกลับว่า "ตกลง" ผู้ขายจึงอ้างว่าเขาจะต้องส่ง  
สินค้าเป็น "ซีอิตตัน" ซึ่งเท่ากับ 2,000 ปอนด์ ในขณะที่ผู้ซื้ออ้างว่าเขาเข้าใจว่าผู้ขายจะส่งสินค้า  
เป็น "ลองตัน" ซึ่งเท่ากับ 2,240 ปอนด์<sup>8</sup>

ในกรณีดังกล่าว ถ้าผู้ขายสามารถแสดงให้เห็นว่าผู้ซื้อหรือควรจะได้รู้ถึงเจตนาของเขา  
ที่จะขายแบบ "ซีอิตตัน" ดังนั้นเจตนาของผู้ขายก็จะอยู่เหนือกว่าเจตนาของผู้ซื้อ ภายใต้ วรรค 1  
ซึ่งถ้าสามารถตีความเจตนาได้ตามวรรค 1 แล้วก็ไม่จำเป็นต้องตีความตามวรรค 2 อีก แต่อย่างไร  
ก็ตีความเข้าใจของผู้ขายจะยังคงอยู่เหนือกว่าความเข้าใจของผู้ซื้อภายใต้วรรค 2 ถ้าผู้ขายแสดงให้เห็น  
ได้ว่าวิญญูชนที่อยู่ในฐานะและพฤติการณ์เดียวกันกับผู้ซื้อเข้าใจไปในทางเดียวกัน คือ "ซีอิต  
ตัน" กรณีนี้เจตนาของผู้ขายย่อมเหนือกว่าความเข้าใจของผู้ซื้อ และในทางกลับกัน ถ้าผู้ซื้อ  
สามารถแสดงให้เห็นว่าการที่เขาตอบตกลงนั้นเขาเข้าใจว่าเป็น "ลองตัน" นอกจากนั้นถ้าผู้ซื้อ

ศูนย์วิจัยทรัพย์สินทางปัญญา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>6</sup> John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed., (Kluwer Law International: The Hague, 1999) p.119.

<sup>7</sup> Ibid. p.120.

<sup>8</sup> Ibid. p.120.

สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าวิญญูชนในฐานะและพฤติกรรมเดียวกันกับผู้ขายนั้นเข้าใจว่าเป็น “ลองตัน” กรณีนี้ความเข้าใจของผู้ซื้อย่อมเหนือกว่าเจตนาของผู้ขาย<sup>9</sup>

มาตรา 8 วรรค 3 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “ในการตีความเจตนาของคู่สัญญาหรือความหมายตามที่วิญญูชนในฐานะเดียวกันกับคู่สัญญาเข้าใจ ต้องพิจารณาจากพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องทั้งหมดรวมทั้งการเจรจาต่อรอง แนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน จารีตประเพณีทางการค้า การกระทำภายหลังสัญญาของคู่สัญญา” โดยในวรรค 3 นี้ได้วางหลักในการตีความสัญญา เพื่อให้การตีความสัญญานั้นเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยยกตัวอย่างของพฤติกรรมที่ป่วงที่จะนำมาพิจารณาในการตีความ<sup>10</sup> คือ

1. การเจรจาต่อรองของคู่สัญญา (negotiations)
2. แนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน (practices established between the parties)
3. จารีตประเพณีทางการค้า (usages)
4. การกระทำใดๆของคู่สัญญาภายหลังการทำสัญญา (any subsequent conduct of the parties)

คำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” ตามมาตรา 8(3) นั้น มีการโต้เถียงกันว่ามีขอบเขตการใช้เหมือนกับ “จารีตประเพณีทางการค้า” ตามมาตรา 9 หรือไม่ ซึ่งมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” ตามมาตรา 8(3) นั้นแตกต่างจากมาตรา 9 คือ จารีตประเพณีทางการค้า ตามมาตรา 8(3) นั้นอาจเป็นจารีตประเพณีทางการค้าแห่งท้องถิ่นหรือจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันภายในประเทศก็สามารถนำมาพิจารณาประกอบการตีความเจตนาของคู่สัญญาได้ แต่จารีตประเพณีทางการค้าตามมาตรา 9 นั้นมีลักษณะเป็นระหว่างประเทศ<sup>11</sup>

<sup>9</sup> E. Allan Farnsworth, in Bianca-Bonell, Commentary on the International Sales Law, p.100.

<sup>10</sup> John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, p.120.

<sup>11</sup> Gyula Eörsi, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (Matthew Bender, 1984), pp.2-36.

## 1.2 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้เป็นข้อสัญญาโดย มาตรา 9 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG)

ในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ในปัจจุบัน เราจะพบว่ามีความหลากหลายของประเภทสินค้า และต้องเกี่ยวข้องกับธุรกรรมต่างๆ เป็นจำนวนมาก และในการทำธุรกรรมแต่ละครั้งย่อมต้องการความรวดเร็ว พ่อค้าจึงได้มีการคิดค้นวิธีการต่างๆ เพื่อช่วยให้ในการทำสัญญาสามารถตกลงกันได้รวดเร็วขึ้น โดยไม่ต้องเสียเวลามาตกลงรายละเอียดของสัญญาในทุกข้อของทุกสัญญาที่ต้องทำ เนื่องจากการติดต่อค้าขายระหว่างพ่อค้าด้วยกันนั้นมีรูปแบบที่ซ้ำๆ เหมือนเช่นที่เคยปฏิบัติกันมาแล้วในสัญญาก่อนๆ ดังนั้นในสังคมพ่อค้าจึงเกิดการสร้างจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้บังคับในสังคมพ่อค้าด้วยกัน เพื่อแก้ไขความไม่สะดวกดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าต่างๆ มีอยู่มากมาย และแตกต่างกันไปตามประเภทของสินค้า ท้องที่ที่ทำการซื้อขาย และกลุ่มของพ่อค้าที่ทำธุรกิจระหว่างกัน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศต้องกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไป ให้คู่สัญญาต้องผูกพันในจารีตประเพณีทางการค้า และแนวปฏิบัติที่ได้สร้างขึ้นระหว่างกัน อีกทั้งต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวาง เพื่อให้คู่สัญญาทราบว่าคุณสัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้อยู่ในการค้านั้นๆ แค่นั้น เพียงไร เนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้าเหล่านี้ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ของคู่สัญญานอกเหนือไปจากสัญญาทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน

### 1.2.1 เนื้อหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG)

ใน CISG ได้กล่าวถึงจารีตประเพณีทางการค้า ให้มีผลผูกพันคู่สัญญาในหลายมาตรา อันแสดงถึงการยอมรับความมีอิทธิพลของจารีตประเพณีทางการค้า ให้คู่สัญญาต้องผูกพันตามจารีตประเพณีทางการค้า ที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในทางการค้าระหว่างประเทศ แต่อนุสัญญามีได้ครอบคลุมถึงเรื่องความสมบูรณ์ของจารีตประเพณีทางการค้า ดังนั้น ความสมบูรณ์ของจารีตประเพณีทางการค้าจึงต้องพิจารณาตามกฎหมายภายใน ในกรณีที่จารีตประเพณีทางการค้าอย่างใดมีความเกี่ยวข้องกับธุรกรรมในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น จารีตประเพณีในตลาดสินค้าเกษตร กฎหมายภายในในท้องถิ่นนั้นย่อมเป็นตัวตัดสินว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีความสมบูรณ์หรือไม่ หรือในกรณีที่จารีตประเพณีทางการค้าใดถูกใช้เฉพาะการกระทำบางอย่าง ในสถานที่ใดสถานที่หนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่น ท่าเทียบเรือ กรณีนี้ย่อมเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติที่จารีตประเพณีทางการค้า นั้นจะขัดแย้งกับกฎหมายภายในที่ใช้อยู่ในท้องถิ่นนั้นๆ

เพราะถ้าจารีตประเพณีทางการค้า ดังกล่าวมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในแล้ว ย่อมใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม มีความเป็นไปได้ว่า ศาลภายในอาจปฏิเสธในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ด้วยเหตุผลในเรื่องความไม่สมบูรณ์ ได้หลายกรณี ซึ่งอาจเป็นเพราะความไม่สมบูรณ์ในเนื้อหาของจารีตประเพณีทางการค้านั้นเอง คือ จารีตประเพณีทางการค้านั้นมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีในสังคมนั้น หรือ กรณีที่จารีตประเพณีทางการค้านั้นไม่สมบูรณ์เพราะความบกพร่องของวิธีการตกลงก็ได้ เช่น กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งถูกบังคับให้ต้องยินยอมทำตามจารีตประเพณีทางการค้านั้น เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และอีกกรณีหนึ่งคือ การประเมินว่าจารีตประเพณีทางการค้าใดจะนำมาใช้กับการซื้อขายระหว่างประเทศ เพราะภายใต้กฎหมายขัดกันของประเทศใดประเทศหนึ่ง ย่อมต้องเริ่มต้นที่กฎหมายภายในของประเทศนั้นในเรื่องที่จะพิจารณาว่า จารีตประเพณีทางการค้านั้นมีความสมบูรณ์หรือไม่<sup>12</sup>

จากปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จึงเป็นไปได้ที่การวินิจฉัยของศาลที่ตัดสินว่า จารีตประเพณีทางการค้านั้นไม่สมบูรณ์ จะมีผลต่อความเป็นเอกภาพของ CISG เพราะระบบกฎหมายภายในที่แตกต่างกันอาจมีผลให้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับหลักความอิสระของการแสดงเจตนาและหลักเกณฑ์ในเรื่องความสมบูรณ์ของจารีตประเพณีทางการค้ามีความแตกต่างกันไปด้วย ดังนั้น CISG จึงต้องบัญญัติประเภทของจารีตประเพณีทางการค้าไว้อย่างชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว<sup>13</sup>

## 1.2.2 ประเภทของคำเฉพาะทางการค้า (Trade Term) ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG)

### 1.2.2.1 จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) และแนวปฏิบัติทางการค้า (Practices) ที่คู่สัญญาตกลงกันหรือได้สร้างขึ้นระหว่างกัน

<sup>12</sup> Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available from:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]

<sup>13</sup> Ibid.



Article 9(1)<sup>14</sup> CISG กำหนดให้คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนได้ตกลงกันและแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน

ในกรณีของจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ในการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในคดีหนึ่ง ได้มีความเห็นว่าการตกลงอาจจะกระทำกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้<sup>15</sup> แต่นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า Article 9(1) น่าจะมีขอบเขตเฉพาะกรณีที่คู่สัญญามีการตกลงกันโดยชัดแจ้งเท่านั้น เพราะ Article 9(2) ก็ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการผูกพันตามจารีตประเพณีทางการค้าโดยปริยายไว้อยู่แล้ว

การตกลงกันโดยชัดแจ้งในสัญญาจะไม่มีประเด็นปัญหา นอกเสียจากว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่สมัครใจตกลงนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้ ก็ต้องไปวินิจฉัยเรื่องความสมบูรณ์ของจารีตประเพณีทางการค้าแต่โดยปกติแล้วคู่สัญญาสามารถตกลงที่จะใช้จารีตประเพณีทางการค้าใดก็ได้มาใช้กับสัญญาของตน ตามหลักอิสระในการแสดงเจตนา ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาตกลงเอาจารีตประเพณีทางการค้าใดมาใช้ จารีตประเพณีทางการค้านั้นก็จะกลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาโดยชัดแจ้ง

สำหรับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาถือได้ว่ายินยอมนำมาใช้กับสัญญาของตนโดยปริยาย อาจเกิดจากการนิ่งเฉยของคู่สัญญาทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าใจว่าได้ตกลงนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ซึ่งเป็นกรณีที่นักกฎหมายมองว่าเป็นปัญหามาก ข้อตกลงโดยการนิ่งอาจมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า คู่สัญญาได้ปฏิบัติต่อกันในลักษณะที่มีความคล้ายคลึงกับการปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางการค้าที่มีอยู่แล้วในสถานที่นั้นๆ หรือลักษณะการทำการค้านั้นๆ การแสดงออกของคู่สัญญาบางอย่างอาจทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายเข้าใจได้ว่า ได้มีการตกลงกันโดยปริยายแล้วเหมือนกับที่ทำกันในธุรกิจการค้า ซึ่งการแสดงออกนี้เองเป็นการกระทำอย่างหนึ่งที่สะท้อนให้

<sup>14</sup> Article 9(1) "The parties are bound by any usages to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves."

<sup>15</sup> China International Economic and Trade Arbitration Commission, Arbitration, award, available from: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900000c1.html> [ August 2008]

เห็นถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ในการค้านั้น หรือสถานที่นั้น<sup>16</sup> หรืออาจจะพิจารณาได้ว่า การตกลงโดยการนิ่ง จะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้คู่สัญญาเกิดความเข้าใจไปเช่นนั้น ดังนั้น นักกฎหมายบางท่านจึงมีความเห็นว่า จารีตประเพณีทางการค้าที่ได้ตกลงกันโดยการนิ่งตาม Article 9(1) ควรวินิจฉัยตามเงื่อนไข Article 9(2) แม้ Article 9(2) จะไม่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อขยายความข้อตกลงโดยปริยายตาม Article 9(1) ก็ตาม แต่ 2 กรณี ก็มีความคล้ายคลึงกัน คือเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงตาม Article 9(1) ให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ซึ่งก็คือเป็นกรณีที่คู่สัญญาต้องผูกพันโดยจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่ได้ตกลงตาม Article 9(2) นั่นเอง<sup>17</sup>

นอกจากนี้ในคดี CLOUT case No. 240 (Oberster Gerichtshof Austria 15 October 1998)<sup>18</sup> ศาลได้วินิจฉัยว่า จารีตประเพณีทางการค้าที่บัญญัติไว้ใน Article 9(1) ไม่จำเป็นต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่ยอมรับกันในทางระหว่างประเทศ แม้เป็นจารีตประเพณีทางการค้าแห่งท้องถิ่น ก็ผูกพันคู่สัญญาได้เท่าเทียมกับจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน และไม่จำเป็นต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่รู้กันอย่างกว้างขวางก็ผูกพันคู่สัญญาได้<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]

<sup>17</sup> Bianca C.M. Bonell M.J., "Commentary on Usages and Practices" in Commentary On The International Sales Law-The Vienna Sales Convention (1987) available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]

<sup>18</sup> CLOUT case No. 240 [AUSTRIA Oberster Gerichtshof [Supreme Court] 15 October 1998, available online at : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html> [August 2008].

<sup>19</sup> Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]

สำหรับตัวอย่างของแนวปฏิบัติ (Practices) ที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน<sup>20</sup> เช่น

ในคดี ICC Court of Arbitration, award No. 8611/HV/JK [23 January 1997]<sup>21</sup> ได้วินิจฉัยว่า การส่งมอบของไปแทนบางส่วนโดยทันที ถือได้แล้วว่าเป็นแนวปฏิบัติที่ได้สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญา ตาม Article 9(1) แล้ว

คดี CLOUT Case No. 202 France, [13 September 1995]<sup>22</sup> วินิจฉัยว่า การที่ผู้ขายได้เคยยอมทำตามคำขอของผู้ซื้อในการสั่งซื้อสินค้าเป็นเวลาหลายเดือน โดยไม่เคยสอบถามสถานะการเงินของผู้ซื้อเลย เมื่ออยู่ๆผู้ขายจะมาหยุดความสัมพันธ์ทางธุรกิจแล้วกำหนดการชำระเงินโดยสัญญา Factoring การกระทำดังกล่าวย่อมทำให้ผู้ซื้อเสียหาย จึงเห็นได้ว่าผู้ขายควรต้องรับผิดชอบในความไม่ต่อเนื่องของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่ผูกพันกันตามแนวปฏิบัติทางการค้ามานาน

แต่ก็มีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจคือ ใน CISG ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าเมื่อไหร่จะถือได้ว่าคู่สัญญาได้มีการสร้างแนวปฏิบัติขึ้นระหว่างกัน ซึ่งในประเด็นนี้ได้มีคำวินิจฉัยของศาล ดังนี้

คดี CLOUT case no. 360 (Amtsgericht Duisburg Germany 13 April 2000)<sup>23</sup> ได้วินิจฉัยว่า แนวปฏิบัติที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาจะเกิดขึ้นและผูกพันคู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาได้มีการปฏิบัติต่อกันมาอย่างสม่ำเสมอ ดังนั้น จึงต้องมีช่วงเวลาและความถี่ที่ชัดเจน การส่งสินค้าก่อนหน้าเพียง 2 ครั้ง ยังถือไม่ได้ว่าเกิดแนวปฏิบัติระหว่างกันแล้ว

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> ICC Court of Arbitration, case No. 8611/HV/JK of 23 January 1997, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html> [August 2008].

<sup>22</sup> ICC Court of Arbitration, case No. 8611/HV/JK of 23 January 1997, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html> [August 2008].

<sup>23</sup> CLOUT case No. 360 [GERMANY Amtsgericht [Lower Court] Duisburg 13 April 2000, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000413g1.html> [August 2008].

คดี CLOUT case no. 221 (Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt Switzerland 3 December 1997)<sup>24</sup> ก็ได้วินิจฉัยว่า 2 สัญญายังไม่เพียงพอในการสร้างแนวปฏิบัติระหว่างกัน การเกิดแนวปฏิบัติจะต้องอาศัยความสัมพันธ์หรือการติดต่อในทางสัญญาเป็นระยะเวลาาน และเกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายมากกว่าการอ้างใบ Invoice ของธนาคารฝ่ายผู้ขายเพื่อเรียกให้ผู้ซื้อต้องมาชำระเงิน ณ ธนาคารผู้ขายเพียงอย่างเดียว

คดี CLOUT case No. 176 (Oberster Gerichtshof Austria 6 February 1996)<sup>25</sup> ยังได้มีความเห็นอีกว่า แนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาก็อาจเกิดขึ้นได้ในการทำสัญญาครั้งแรก ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แสดงออกมาอย่างชัดเจนว่า ตนมีเจตนาในการเข้าทำสัญญาภายใต้สถานการณ์หรือแบบของสัญญาที่แน่นอนเช่นเดิม และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็เข้าใจเช่นนั้นและไม่ได้ปฏิเสธการแสดงเจตนาดังกล่าวแต่อย่างใด การแสดงเจตนา นั้นสามารถกลายมาเป็นแนวปฏิบัติในความหมายของ Article 9(1) และกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้เช่นกัน<sup>26</sup>

<sup>24</sup> CLOUT case No. 221 [SWITZERLAND Zivilgericht [Civil Court] Basel-Stadt 3 December 1997, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971203s2.html> [August 2008].

<sup>25</sup> CLOUT case No. 176 [AUSTRIA Oberster Gerichtshof [Supreme Court] 6 February 1996, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html> [August 2008].

<sup>26</sup> Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008].

### 1.2.2.2 จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ที่ถือว่าคู่สัญญาจะต้องผูกพันกัน โดยปริยาย

Article 9(2)<sup>27</sup> วางหลักไว้ว่า คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าโดยปริยาย เมื่อเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะเห็นว่า ผลบังคับของจารีตประเพณีทางการค้า อาจเกิดมีผลกับคู่สัญญาได้แม้คู่สัญญาจะไม่ได้มีการตกลงกันไว้ก็ตาม ในขณะที่ Article 9(1) กำหนดให้เจตนาของคู่สัญญาจะเป็นตัวกำหนดหรือตัดสินว่า จารีตประเพณีทางการค้านั้นจะนำมาบังคับระหว่างคู่สัญญาหรือไม่ แต่ Article 9(2) กลับวางหลักเกณฑ์ให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับคู่สัญญาโดยปริยาย ซึ่งอาจมองได้ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ยินยอม และไม่ได้มีการแสดงออก<sup>28</sup> อย่างไรก็ดี จารีตประเพณีทางการค้าตาม Article 9(2) ได้วางหลักให้นำมาใช้กับสัญญาเมื่อเข้า 2 เงื่อนไข ดังนี้

- (ก) จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) นั้นเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนกันนั้น ในการค้าประเภทนั้นๆ

เป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันว่าจะนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้ แต่เพราะสถานการณ์แวดล้อมต่างๆ ทำให้ต้องนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ระหว่างกัน ซึ่งเท่ากับว่าไม่ได้เป็นเพราะเจตนาของคู่สัญญา แต่เป็นเพราะอิทธิพลของธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าตามเงื่อนไขที่ได้วางไว้ใน CISG ทำให้คู่สัญญาต้องผูกพันเช่นนั้น ดังนั้น จารีตประเพณีทางการค้า

<sup>27</sup> Article 9(2) "The parties are considered, unless otherwise agreed, to have implied made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned."

<sup>28</sup> Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available from:  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]

ที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันตาม Article 9(2) นั้นใช้กับกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงตาม Article 9(1) ให้เอาจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยชัดแจ้ง

เงื่อนไขของจารีตประเพณีทางการค้าตาม Article 9(2) ได้กำหนดให้นำมาใช้กับสัญญา คือ

Article 9(2) ได้วางเงื่อนไขให้ คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ที่เป็นที่ยุติกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศและได้รับปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนกัน ในการค้าประเภทนั้นๆ

แต่แม้ CISG จะกำหนดให้จารีตประเพณีทางการค้าต้องเป็นที่ยุติกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศแต่นักกฎหมายก็มีความเห็นว่า CISG ไม่ได้วางเงื่อนไขว่า จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันนั้นจะต้องมีความเป็นสากล แม้จะใช้คำว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นต้องรู้กันในทางการค้าระหว่างประเทศก็ตาม แต่ความเป็นระหว่างประเทศนั้นก็มีความหมายเพียงว่า จารีตประเพณีทางการค้าได้รับไปปฏิบัติในธุรกรรมระหว่างประเทศและพ่อค้าในวงการการค้าส่วนใหญ่ได้ยอมรับจารีตประเพณีทางการค้านั้น ดังนั้น จารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันในท้องถิ่นก็อาจบังคับใช้กับคู่สัญญา ตาม Article 9(2) ได้ ถ้าเห็นได้ว่าคู่สัญญาในสถานการณ์เดียวกันรู้และได้มีการปฏิบัติต่อกันตามจารีตประเพณีทางการค้านั้น เช่น จารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ ณ ท่าเรือแห่งหนึ่งเกี่ยวกับการขนถ่ายสินค้า ถ้านำมาใช้กับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ ก็ถือได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้น มีความเป็นระหว่างประเทศแล้ว<sup>29</sup>

ในคดี CLOUT case No. 175 (Oberlandesgericht Graz Austria 9 November 1995)<sup>30</sup> ศาลวินิจฉัยว่า มีความเป็นไปได้ว่า จารีตประเพณีทางการค้าในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง อาจนำมาใช้กับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ ถ้าเกิดสถานการณ์ที่แน่นอน ในการค้าในตลาดท้องถิ่นที่มีการซื้อขายที่ผลทางการเกษตร ในตลาดนัด หรือโรงเก็บสินค้า แล้วมีการใช้

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> CLOUT case No. 175 [AUSTRIA Oberlandesgericht [Appellate Court] Graz 9 November 1995, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951109a3.html> [August 2008]

จารีตประเพณีทางการค้าอยู่เป็นปกติ ดังนั้น จารีตประเพณีทางการค้าเหล่านั้น ย่อมนำมาใช้กับพ่อค้าที่เป็นชาวต่างชาติด้วย โดยศาลได้กล่าวต่อไปอีกว่า จารีตประเพณีของท้องถิ่น อาจนำมาใช้กับคู่สัญญาชาวต่างประเทศ ถ้าคู่สัญญาชาวต่างประเทศนั้น ได้มาทำธุรกิจในประเทศที่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอยู่ประจำ โดยต้องพิจารณาจากหลายๆ สัญญาที่ทำในลักษณะเดียวกัน ในประเทศเดียวกันนั่นเอง

คดี ICC Court of Arbitration, award No. 8324<sup>31</sup> อนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยว่า การแก้ไขราคาในการซื้อขายแร่ ถือเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่ปฏิบัติกันอยู่เป็นประจำในทางการค้านั้นๆ ดังนั้น คู่สัญญาในการซื้อขายแร่ จึงต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าว

คดี CLOUT case No. 5 (Landgericht Hamburg Germany 26 September 1990)<sup>32</sup> ศาลวินิจฉัยว่า ตัวแลกเปลี่ยนที่ผู้ซื้อมอบให้ ถือว่าเป็นการแก้ไขสัญญาโดยสมบูรณ์ ในเรื่องวันที่ผู้ซื้อต้องชำระราคาค่าสินค้า ซึ่งจะถูกลื่อนไปเป็นวันที่ตัวเงินถึงกำหนด โดยศาลพิจารณาว่า จารีตประเพณีทางการค้าเช่นนี้ได้มีอยู่

คดี Helsinki Court of Appeal, Finland, 29 January 1998<sup>33</sup> ศาลได้วินิจฉัยว่า มีจารีตประเพณีทางการค้า ในเรื่องการตรวจสอบสินค้าที่ได้ขายไปแล้ว ถ้าผู้ซื้อให้โอกาสผู้ขายนำเสนอสินค้าในขณะที่ผู้ซื้อได้มีโอกาสดูตรวจสอบสินค้านั้นแล้ว

ปัญหาในเรื่องการกำหนดอัตราดอกเบี้ย ในกรณีที่ผู้ซื้อชำระราคาสินค้าล่าช้า ศาลได้อ้างจารีตประเพณีทางการค้ามาวินิจฉัยปัญหาในเรื่องอัตราดอกเบี้ยดังนี้

ในคดี Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 10, Argentina, (23 October 1991)<sup>34</sup> ศาลได้อ้างจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศตาม

<sup>31</sup> ICC Court of Arbitration case No. 8324 of 1995, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html> [August 2008].

<sup>32</sup> CLOUT case No. 5 [GERMANY Landgericht [District Court] Hamburg 26 September 1990, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900926g1.html>

<sup>33</sup> FINLAND Helsingfors hovrätt [Appellate Court] Helsinki 29 January 1998, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980129f5.html> [August 2008].

Article 9(2) อย่างชัดเจนในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องอัตราดอกเบี้ย โดยกล่าวว่า การจ่ายดอกเบี้ย และการใช้อัตราดอกเบี้ยในลักษณะที่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป ตัวอย่างเช่น Prime Rate ได้ก่อให้เกิด จารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่ยอมรับในทางการค้าระหว่างประเทศ เมื่อไม่มีข้อตกลงในเรื่อง ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนระหว่างคู่สัญญา

โดยทั่วไปแล้วจารีตประเพณีทางการค้าจะนำมาใช้ในกรณีที่ค่อนข้างเฉพาะเจาะจง โดย อาจนำมาใช้กับสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง สัญญาประเภทใดประเภทหนึ่ง หรือสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่ง โดยเฉพาะ

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ใช่ว่าจารีตประเพณีทางการค้าจะมีอิทธิพลต่อคู่สัญญาอย่าง หลีกเลียงมิได้ ตามหลักที่ Article 9(2) ได้วางไว้ คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นจารีตประเพณีทาง การค้านั้นได้ โดยแสดงออกอย่างชัดเจน<sup>35</sup>

ทั้งนี้จะเห็นได้จากตอนท้ายของ Article 9(2) ที่ว่า จารีตประเพณีทางการค้าที่ได้มีการ ปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนกัน ในการค้าประเภทนั้นๆ ซึ่งทำให้เห็นว่าเป็น การกำหนดให้จารีตประเพณีทางการค้านั้นต้องมีการปฏิบัติกันมาก่อน จึงจะมีผลต่อการ บังคับใช้กับคู่สัญญา ดังนั้น ถ้าจารีตประเพณีทางการค้าอย่างหนึ่งมีถิ่นกำเนิดในประเทศ อุตสาหกรรมและเป็นที่ยอมรับในประเทศกำลังพัฒนาแต่ไม่เคยนำมาปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาเพราะ คู่สัญญานั้นอยู่ในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งเท่ากับว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นไม่ได้นำมาใช้ เพราะสภาพแวดล้อมเป็นตัวกำหนด ดังนั้นการที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันตามจารีตประเพณีทาง การค้าตาม Article 9(2) จึงไม่ได้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ เนื่องจากมีสภาพแวดล้อมที่ต่างออกไป ดังนั้น ถ้าคู่สัญญาจะนำจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าวมาใช้ในประเทศของตน ก็ต้องมีการ

<sup>34</sup> ARGENTINA Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 10 [National Commercial Court of First Instance] Buenos Aires 23 October 1991, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911023a1.html> [August 2008].

<sup>35</sup> Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]



กำหนดกันไว้ ลักษณะเช่นนี้จึงทำให้คู่สัญญาที่อยู่ในประเทศกำลังพัฒนามั่นใจได้ว่า ตนจะไม่ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่เคยปฏิบัติมาก่อน<sup>36</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าการทำสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว มีการทำสัญญากันในประเทศอุตสาหกรรม และในท้องที่นั้นมีการนำเอาจารีตประเพณีทางการค้าเหล่านั้นมาใช้ ก็เป็นไปได้ว่าคู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้มาก่อน แม้ว่าจะไม่ได้มีความตกลงใดๆ จากคู่สัญญาก็ตาม ถ้าจารีตประเพณีทางการค้านั้นสามารถวินิจฉัยได้ว่าเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและมีการปฏิบัติกันอย่างสม่ำเสมอในท้องที่นั้นๆ และคู่สัญญาควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าว เช่น

คดี Geneva Pharmaceuticals Tech Corp. V. Barr labs. Inc., (United State of America, 10 May 2002) ศาลได้มีการวินิจฉัยไปถึงขนาดว่า ถ้าคู่สัญญาไม่ได้มีการจำกัดหรือยกเว้นจารีตประเพณีทางการค้าใดที่เข้าเงื่อนไขตาม Article 9(2) จารีตประเพณีทางการค้าและแนวปฏิบัติทางการค้าก็จะเข้ามาใช้กับข้อตกลงใดๆ ที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) โดยอัตโนมัติ เว้นแต่ว่าคู่สัญญาจะได้มีการตกลงยกเว้นเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ไม่ให้นำเอาจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าวมาใช้กับสัญญาของตน ซึ่งจะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษามีลักษณะเป็น ภาวะวิสัย (Objective) เกินไป อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาได้<sup>37</sup>

(ข) เป็นจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ที่คู่สัญญาได้รู้ หรือควรจะรู้

Article 9(2) กำหนดให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้รู้ หรือควรจะรู้ ในกรณีนี้ถ้าเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้า ก็ไม่มีประเด็นที่เป็นปัญหา แต่กรณีที่จะเป็นปัญหาคือ คู่สัญญาไม่เคยรู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้ามาก่อน แต่ถูกถือว่าควรจะได้รู้ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) กำหนดให้คู่กรณีต้องผูกพันตามจารีตประเพณีทางการค้านั้นด้วย แสดงให้เห็นว่า คู่สัญญาอาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่ใส่ใจก็ได้ ดังนั้น ประเภทของการค้าและลักษณะของสัญญาจึงเป็นตัวตัดสินให้คู่สัญญาต้องผูกพัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดในทฤษฎีภาวะวิสัย

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

(Objective) พ่อค้ารายใหม่ที่เพิ่งเข้ามาทำการค้าในธุรกิจนั้นจึงมีโอกาสสูงที่จะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้หรือไม่สนใจก็ได้<sup>38</sup>

ในคดี Oberster Gerichshof, Austria, 21 March 2000<sup>39</sup> ศาลได้วินิจฉัยว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสถานประกอบธุรกิจอยู่ในพื้นที่ที่ใช้จารีตประเพณีทางการค้านั้นอยู่ จารีตประเพณีทางการค้านั้นก็จะมีผลผูกพันคู่สัญญา

ในคดี Obster Gerichshof, Austria, 15 October 1998<sup>40</sup> ศาลได้วินิจฉัยว่า คู่สัญญาที่ทำการค้าขายสินค้าระหว่างประเทศ จะต้องรู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป และใช้กันอยู่ทั่วไปในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งและในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งเป็นการเฉพาะ ในที่ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสถานประกอบการตั้งอยู่

จากคำพิพากษาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า สถานประกอบการของคู่สัญญาเป็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งที่ศาลนำมาวินิจฉัยว่าคู่สัญญาที่ถูกกล่าวอ้างว่าต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางการค้า สมควรที่จะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าวหรือไม่ ส่วนมากศาลจะพิจารณาให้คู่สัญญาดังกล่าวจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ในท้องถิ่นที่คู่สัญญามีสถานประกอบการอยู่

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Oberster Gerichshof, Austria, 21 March 2000, published on the Internet at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html> [August 2008].

<sup>40</sup> Obster Gerichshof, Austria, 15 October 1998, published on the Internet at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html> [August 2008].

## 2. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ<sup>41</sup> (Unidroit Principle of International Commercial Contract 2004)

การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ (UNIDROIT) นั้น ได้วางหลักในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้า แนวปฏิบัติ ที่คู่สัญญาได้รู้และปฏิบัติกันมาจนไม่ต้องเขียนไว้ในข้อสัญญา และคู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งคู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายและได้รับการปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาที่ทำธุรกิจนั้น โดยถือว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา นอกจากนั้น ในบางกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ในเรื่องดังกล่าว หากมีปัญหาเกิดขึ้นคือมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะเพราะข้อสัญญามีความไม่ชัดเจน กำกวม มีความหมายได้หลายนัย หรือคู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในเรื่องพิพาทไว้เลย ทำให้ไม่ทราบว่าคุณสัญญามีความประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร มีปัญหาว่าจะบังคับตามสัญญาหรือกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาอย่างไร ก็ต้องนำหลักกฎหมายว่าด้วยการตีความสัญญามาปรับใช้ โดยในการตีความสัญญา มาตรา 4.3 นั้นวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาพิจารณาในการตีความสัญญาด้วย



<sup>41</sup> จุมพล นันทศิริผล, "ประมวลว่าด้วยข้อบังคับและหลักปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ: มุมมองของอนุญาโตตุลาการ", บทบัญญัติ, (เล่ม 59 ตอน 2, 2546) หน้า 88.

Unidroit Principle of International Commercial Contract ไม่ได้มีลักษณะเป็นข้อสัญญาหรือสัญญามาตรฐาน แต่มีลักษณะที่ครอบคลุมกฎหมายสัญญาในทุกเรื่องโดยไม่จำกัดถึงธุรกรรมใดธุรกรรมหนึ่งโดยเฉพาะ และมีได้อยู่ในรูปแบบของอนุสัญญาระหว่างประเทศหรือกฎหมายเอกรูป แต่เป็นเครื่องมือระหว่างประเทศที่มีผลบังคับผูกพันรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ แต่สามารถนำมาปรับใช้ได้ในทางปฏิบัติโดยอาศัยเหตุผลสำคัญว่า "หลักดังกล่าวมีคุณค่าควรแก่การยึดถือและปฏิบัติตาม"

## 2.1 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความด้วยคำหรือการกระทำ ใดๆของคู่สัญญาตามมาตรา 4.3 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract)

ปัญหาในการตีความสัญญาเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญามีความเห็นในด้อยคำที่ใช้ในสัญญาแตกต่างกัน อาจเป็นเพราะสัญญาที่สร้างขึ้นมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน หรืออาจมีความหมายได้หลายนัย โดยเฉพาะข้อสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญา ทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่าคู่สัญญามีความประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร จึงต้องมีวิธีการเพื่อช่วยค้นหาความหมายของด้อยคำในสัญญานั้น ซึ่งหากข้อสัญญาที่สร้างขึ้นนั้นมีความชัดเจนอยู่แล้ว ก็ต้องถือตามข้อความที่ปรากฏ เพราะถือว่าไม่ใช่กรณีที่จะต้องมีการตีความสัญญา

วัตถุประสงค์ที่สำคัญในการตีความสัญญาคือการค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา นอกจากนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ในการตีความสัญญานั้นเป็นการตีความด้วยคำที่ได้แสดงออกมาแล้วโดยคู่สัญญา ดังนั้น โดยทั่วไป คู่สัญญาจึงไม่สามารถนำพยานหลักฐานแสดงให้ศาลเห็นถึงเจตนาที่แท้จริงที่มีได้แสดงออกมาว่าอันที่จริงแล้วตนมีเจตนาเช่นไร

มาตรา 4.1 UNIDROIT<sup>42</sup> วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการตีความสัญญาไว้ดังนี้

- (1) การตีความสัญญาต้องตีความไปตามเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญา
- (2) หากในกรณีที่เจตนาเช่นว่านั้นไม่อาจหยั่งรู้ได้ ให้ตีความสัญญาไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนในฐานะและพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญาเข้าใจ

สัญญานั้นเกิดจากการแสดงเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้น หลักการพื้นฐานประการแรกในการตีความสัญญานั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเจตนาร่วมกันของ

<sup>42</sup> Article 4.1

(1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.

(2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

คู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน มาตรา 4.1(1) ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มาจากทฤษฎีการตีความในทางอัตวิสัย (Subjective Theory)<sup>43</sup> คือ มุ่งค้นหาความหมายของสัญญาจากตัวผู้ทำสัญญาเอง คือจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาเอง<sup>44</sup> และหากไม่สามารถยังทราบเจตนาเช่นนั้นได้ให้ตีความสัญญาไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนในฐานะและพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญาเข้าใจ ตามมาตรา 4.1(2) ซึ่งเป็นการตีความในทางภาวะวิสัย (Objective Theory) เป็นการตีความที่มุ่งค้นหาความหมายของสัญญาจากสภาพแวดล้อมหรือข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่แน่นอนที่อยู่นอกเหนือตัวผู้ทำสัญญา และจะใช้ทฤษฎีนี้ก็ต่อเมื่อมีการตีความตามทฤษฎีแรกยังไม่ให้ความหมายที่กระจ่างชัด<sup>45</sup>

มาตรา 4.1(1) ซึ่งวางหลักไว้ว่า<sup>46</sup> ในการตีความสัญญานั้นให้ตีความไปตามเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญา คือ ในการตีความสัญญา หรือการพิจารณาความหมายที่ปรากฏในข้อสัญญานั้น ให้พิจารณาถึงเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา เนื่องมาจากในบางครั้ง ข้อความที่คู่สัญญาใช้ในสัญญานั้นอาจแตกต่างไปจากความหมายตามตัวอักษรและอาจแตกต่างไปจากความหมายที่วิญญูชนจะเข้าใจ แต่ความหมายที่แตกต่างกันนั้นจะต้องเป็นความหมายที่คู่สัญญาทั้งสองเข้าใจร่วมกันในขณะที่เขาทำสัญญานั้น ดังนั้น ในการตีความสัญญาโดยหลักแล้วจะต้องพิจารณาจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาในขณะที่เขาทำสัญญา เนื่องจากคู่สัญญาอาจใช้คำๆหนึ่งที่มีความหมายแตกต่างไปจากที่บุคคลทั่วไปเข้าใจ

แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติก็ไม่ควรที่จะคาดหมายกับหลักการนี้มากเกินไป เนื่องจาก เหตุผลประการแรกคือ แม้ว่าคู่สัญญาในธุรกรรมทางพาณิชย์อาจใช้ภาษาที่ต่างกันไปจากความหมายทั่วไป แต่ก็ไม่น่าที่จะใช้ความหมายที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงกับความหมายทั่วไป และเหตุผลประการที่สองคือ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นอาจเป็นการยากมากที่จะพิสูจน์ความหมาย

<sup>43</sup> Joseph M. Perillo, "Editorial remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement CISG Article 8", available from:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni8.html> [August 2008]

<sup>44</sup> ศันท์กรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 320.

<sup>45</sup> ศันท์กรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 320.

<sup>46</sup> Official comment Article 4.1 available from: <http://www.unilex.info> [August 2008]

เฉพาะซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอ้างว่าเป็นเจตนาพร้อมกันนั้น จริงๆแล้วคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าใจความหมายนั้นในขณะที่ทำสัญญาด้วยหรือไม่<sup>47</sup>

ในกรณีที่ไม้อาจยังทราบถึงเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาได้นั้น มาตรา 4.1(2) ได้วางหลักไว้ดังนี้ หากในกรณีที่เจตนาเช่นว่านั้นไม้อาจยังรู้ได้ ให้ตีความสัญญาไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนในฐานะและพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญาเข้าใจ โดยพิจารณาจากความเข้าใจซึ่งมีเหตุผลอันควรคาดหมายได้จากบุคคลนั้นๆ โดยอาจพิจารณาจาก ความรู้ทางภาษา ทักษะทางเทคนิค หรือประสบการณ์ทางธุรกิจในระดับเดียวกับคู่สัญญา

ในการที่จะพิจารณาว่าคู่สัญญามีเจตนาพร้อมกันหรือไม่ และถ้ามีเจตนาพร้อมกันนั้นเป็นอย่างไร จึงต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดซึ่งได้กำหนดไว้ใน มาตรา 4.3 ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นว่านี้ใช้ในการพิจารณาถึงความเข้าใจของวิญญูชนในกรณีที่ไม้อาจยังทราบเจตนาของคู่สัญญาด้วย<sup>48</sup> ซึ่งจะอธิบายถึงรายละเอียดต่อไป

นอกจากการตีความสัญญาสองฝ่าย ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น UNIDROIT ยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตีความนิติกรรมฝ่ายเดียวอีกด้วย เช่น ถ้อยคำ หรือการกระทำอื่นใดของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ใน มาตรา 4.2

มาตรา 4.2<sup>49</sup> ได้วางหลักไว้ดังนี้

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Official comment on Article 4.1 available from: <http://www.unilex.info> [August 2008]

<sup>49</sup> Article 4.2

(1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the party would give to it in the same circumstances.

(1) ด้อยค่าและการกระทำใดๆของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ให้ตีความไปตามเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายนั้น ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้หรือควรที่จะรู้ถึงเจตนาเช่นนั้น

(2) หากความในวรรคก่อนไม่สามารถใช้บังคับได้ ด้อยค่าหรือการกระทำใดๆเช่นนั้น ให้ตีความไปตามความหมายซึ่งวิญญูชนที่อยู่ในฐานะและพฤติการณ์เดียวกับคู่สัญญาเข้าใจ

การตีความนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งอาจเป็นด้อยค่าหรือการกระทำอื่นๆ โดยหลักแล้ว ให้ถือตามเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายนั้น หากคู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรที่จะรู้ แต่ถ้าหากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่รู้หรือไม่ควรที่จะรู้ การแสดงเจตนาหรือด้อยค่าเช่นนั้นให้ตีความตามความเข้าใจของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเดียวกับคู่สัญญาในพฤติการณ์เดียวกันกับคู่สัญญา โดยเทียบเคียงกับมาตรา 4.1<sup>50</sup>

หลักเกณฑ์ในมาตรานี้สอดคล้องกับ มาตรา 8(1) และ (2) ของ CISG ซึ่งอาจใช้ในการพิจารณาว่าการที่คู่สัญญาได้แสดงด้อยค่าและกระทำการซึ่งมีนัยสำคัญทางกฎหมายนั้นในท้ายที่สุดแล้วคู่สัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้วหรือยัง อย่างไรก็ตามนิติกรรมฝ่ายเดียวบางประเภทอาจทำขึ้นหลังจากที่ได้ทำสัญญากันแล้วและอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้ เช่น การแจ้งถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้า หรือการเลิกสัญญา เป็นต้น

ทั้งนี้ ในการปรับใช้ หลัก อัตวิสัย (Subjective Theory) ตาม (1) และ "ความมีเหตุผล" ตาม (2) เพื่อค้นหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาหรือการพิจารณาความเข้าใจของวิญญูชนนั้น ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ซึ่ง มาตรา 4.3<sup>51</sup> ได้กำหนดถึงพฤติการณ์ที่สำคัญไว้

<sup>50</sup> Official comment on Article 4.2 available from: <http://www.unilex.info> [August 2008]

<sup>51</sup> Article 4.3

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) preliminary negotiations between the parties;
- (b) practices which the parties have established between themselves;
- (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) the nature and purpose of the contract;

โดยการกำหนดว่า การหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาหรือการพิจารณาความเข้าใจของวิญญูชนตาม มาตรา 4.1 และ 4.2 นั้นให้พิจารณาถึงพฤติกรรมการทั้งปวง ซึ่งรวมถึง

- (a) การเจรจาเบื้องต้นระหว่างคู่สัญญา
- (b) แนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้กระทำระหว่างกัน
- (c) การกระทำของคู่สัญญาหลังจากที่ทำสัญญากันแล้ว
- (d) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญา
- (e) ความหมายทั่วไปของข้อความและถ้อยคำในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง
- (f) จารีตประเพณีทางการค้า

ในการหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาหรือความเข้าใจของวิญญูชนตาม มาตรา 4.1 และ 4.2 นั้นให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ต่างๆที่เกี่ยวข้อง ซึ่งพฤติการณ์ตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 4.3 นั้นเป็นเพียงตัวอย่างของพฤติการณ์สำคัญที่นำมาประกอบในการตีความเท่านั้น มิได้จำกัดเฉพาะ 6 กรณีที่กำหนดไว้ พฤติการณ์ที่กำหนดไว้ใน มาตรา นี้ บางพฤติการณ์ก็มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์เฉพาะที่มีระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง ในขณะที่บางสถานการณ์มีลักษณะเป็นการทั่วไป จะเห็นได้ว่าตาม (a)-(c) เป็นความสัมพันธ์เฉพาะระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นการใช้ทฤษฎีอัตวิสัย ส่วน (d)-(f) เป็นพฤติการณ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป<sup>52</sup>

ตัวอย่างของการเจรจาเบื้องต้นของคู่สัญญา<sup>53</sup>

สัญญาจ้างเขียนหนังสือระหว่าง A ซึ่งเป็นนักเขียนและ B ซึ่งเป็นสำนักพิมพ์ ระบุว่า "หนังสือควรมีประมาณ 300 หน้า" ในระหว่างการเจรจา B ได้รับรองกับ A ว่าการกำหนดจำนวนหน้าของหนังสือนั้นเป็นความจำเป็นเกี่ยวกับเหตุผลในทางบริหารเท่านั้น และแจ้งว่า A ไม่จำเป็นต้องถือตามจำนวนหน้าที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด โดยอาจมีจำนวนหน้าเกินกว่านั้นก็ได้

(e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;

(f) Usages.

<sup>52</sup> Official comment on Article 4.3 available from: <http://www.unilex.info> [August 2008]

<sup>53</sup> Ibid.



หากจำเป็น ปรากฏว่า A ได้ส่งต้นฉบับซึ่งมีจำนวน 500 หน้าให้แก่ B ในการตีความหมายของคำ ว่า "ประมาณ 300 หน้า" นั้น ต้องพิจารณาถึงการเจรจาเบื้องต้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 4.3 (a) ดังนั้นจะถือว่า A ผิดสัญญาไม่ได้

ตัวอย่างของแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน<sup>54</sup>

A ผู้ผลิตสัญชาติแคนาดา และ B ผู้ค้าปลีกสัญชาติอเมริกัน ได้ทำสัญญาระหว่างกัน หลายสัญญาเพื่อส่งมอบเลนส์สายตาซึ่งมักกำหนดราคาเป็นสกุลเงินดอลลาร์แคนาดา A ได้ทำ การเสนอราคาสำหรับสินค้าชุดใหม่ให้กับ B โดยระบุเงินเป็น "ดอลลาร์" แต่ไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่า เป็นดอลลาร์สกุลใด ปัญหาจึงเกิดขึ้น โดย B อ้างว่าตนเข้าใจว่าเป็นดอลลาร์สหรัฐ ส่วน A อ้างว่า ตนตั้งใจจะหมายถึงดอลลาร์แคนาดา กรณีนี้เจตนาของ A ย่อมเหนือกว่าความเข้าใจของ B เนื่องจากถือว่าเป็นแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4.3(b) แนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน

ส่วนพฤติการณ์ที่กำหนดไว้ใน (d) - (f) ซึ่งก็คือ ลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญา ความหมายทั่วไปของถ้อยคำหรือข้อความในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง และจารีตประเพณีทางการค้า เป็นพฤติการณ์ที่ใช้หลักเกณฑ์ "ความมีเหตุผล"

หลักเกณฑ์ใน (e) และ (f) อาจจะดูเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาให้ดี จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการนี้ก็มีความแตกต่างกัน โดยที่ "จารีตประเพณีทางการค้า" ตาม (f) นั้นใช้เฉพาะเมื่อเข้าใจผิดตาม มาตรา 1.9<sup>55</sup> กล่าวคือ ให้ใช้จารีตประเพณีทางการค้าที่ คู่สัญญาได้ตกลงกันหรือแม้ไม่ได้ตกลงกันก็ถูกผูกพันโดยจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกัน อยู่ทั่วไปในทางการค้าระหว่างประเทศ ในขณะที่ "ความหมายทั่วไปของข้อความและถ้อยคำ

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Article 1.9

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such usage would be unreasonable.

ในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง” นั้นอาจใช้ในการช่วยตีความได้แม้ว่าจะเป็นลักษณะเฉพาะทางการค้าของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือแม้แต่ไม่ใช่ฝ่ายใดเลยก็ตาม ทั้งนี้ถ้อยคำหรือข้อความนั้นจะต้องเป็นเรื่องธรรมดาในทางการค้า

ตัวอย่างของความหมายทั่วไปของข้อความและถ้อยคำในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง<sup>56</sup>

A เจ้าของเรือ เช่าทำสัญญาเช่าเรือกับ B เพื่อขนส่งข้าว ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีข้อสัญญามาตรฐานข้อหนึ่งกำหนดว่า “Whether in berth or not” เกี่ยวกับระยะเวลาการเริ่มนับ lay-time ของเรือหลังจากที่เดินทางมาถึงท่าเรือปลายทาง ปรากฏว่าในภายหลังคู่สัญญาได้เข้าใจความหมายในข้อสัญญาข้อนี้แตกต่างกันออกไป ดังนี้ เมื่อมิได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ย่อมต้องเข้าใจในความหมายทั่วไปของธุรกิจการเดินเรือ ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 4.3 (e) ความหมายทั่วไปของข้อความและถ้อยคำในทางการค้าที่เกี่ยวข้อง

ตัวอย่างของจารีตประเพณีทางการค้า<sup>57</sup>

A และ B ทำสัญญาซื้อขายน้ำมันในราคา 20.5 เหรียญดอลลาร์สหรัฐต่อบาเรล ต่อมาภายหลังคู่สัญญาไม่เห็นพ้องต้องกันกับขนาดของบาเรลตามที่อ้างไว้ โดย A ตั้งใจที่จะหมายถึงบาเรลที่มี 42 แกลลอนมาตรฐาน ส่วน B ตั้งใจจะหมายถึง 36 อิมพีเรียลแกลลอน การที่ไม่ได้กำหนดไว้และก่อให้เกิดความขัดแย้งกันเช่นนี้ ความเข้าใจของ A ย่อมเหนือกว่าความเข้าใจของ B เนื่องจากในการค้าน้ำมันระหว่างประเทศ เป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่มาตรฐานวัดบาเรลคิดในแกลลอนมาตรฐาน ไม่ใช่อิมพีเรียลแกลลอน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4.3 (f) จารีตประเพณีทางการค้า

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>56</sup> Official comment on Article 4.3 available from: <http://www.unilex.info> [August 2008]

<sup>57</sup> Ibid.

## 2.2 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้เป็นข้อสัญญา ตามมาตรา 1.9 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Unidroit Principle of International Commercial Contract 2004)

มาตรา 1.9(1)<sup>58</sup> วางหลักเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าไว้ดังนี้ คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน และแนวปฏิบัติทางการค้าที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน

แนวปฏิบัติทางการค้าที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญา ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพันคู่สัญญาโดยอัตโนมัติ ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงยกเว้นโดยชัดแจ้ง การจะวินิจฉัยว่าคู่สัญญาได้สร้างแนวปฏิบัติกันไว้ นั้นต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมในแต่ละกรณี พฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำในธุรกรรมเพียงแค่นี้อาจครั้งก่อนหน้านั้นระหว่างกันนั้นถือว่าไม่เพียงพอที่จะเป็นแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน<sup>59</sup>

ตัวอย่างของแนวปฏิบัติทางการค้าที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน เช่น

ผู้ชายเคยได้รับการร้องเรียนหลายครั้งจากผู้ซื้อในการชำรุดบกพร่องของสินค้า เป็นเวลาเกินกว่า 2 สัปดาห์หลังจากได้รับสินค้า ดังนั้นเมื่อผู้ซื้อได้ร้องเรียนในเรื่องการชำรุดบกพร่องของสินค้าอีกเป็นเวลาเกินกว่า 2 สัปดาห์ ผู้ชายจะปฏิเสธคำร้องโดยอ้างว่าการแจ้งคำบอกกล่าวล่าช้า เป็นระยะเวลาเกินกว่า 2 สัปดาห์ไม่ได้ เนื่องจากการกระทำก่อนๆ ทำให้ 2 สัปดาห์เป็นระยะเวลาที่คู่สัญญาทั้งสองได้สร้างขึ้น เป็นแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน ดังนั้นผู้ชายจำต้องผูกพันตามแนวปฏิบัติดังกล่าว<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Article 1.9 (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

<sup>59</sup> Jorge Oviedo Alban, Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9, available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni9.html> [August 2008]

<sup>60</sup> Official Comment on Unidroit Principle Article 1.9 available from: <http://www.unilex.info> [August 2008]

จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาต้องผูกพัน นั้นคือจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกันตาม Article 1.9(1) นำมาใช้โดยเป็นไปตามหลักอิสระในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยคู่สัญญาสามารถเจรจาตกลงถึงข้อสัญญาในสัญญาโดยอ้างถึงแหล่งที่มาอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงจารีตประเพณีทางการค้าก็ได้ และคู่สัญญาสามารถระบุให้นำจารีตประเพณีทางการค้าใดๆ รวมถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่ถูกสร้างขึ้นในวงการการค้าที่ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้อยู่ในวงการค้านั้นก็ได้อีก หรือจารีตประเพณีทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประเภทอื่น กล่าวโดยสรุป คู่สัญญาสามารถตกลงให้นำจารีตประเพณีทางการค้าใดๆ ก็ได้มาใช้กับสัญญาของตน

UNIDROIT Article 1.9 (2)<sup>61</sup> วางหลักไว้ว่า ให้คู่สัญญาต้องผูกพันตามจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) อย่างใดอย่างหนึ่งที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) นั้นต้องเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในระหว่างคู่สัญญาที่ทำธุรกิจนั้น ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับ CISG Article 9 ซึ่งมีเงื่อนไขว่าจารีตประเพณีทางการค้าที่จะนำมาใช้นั้นต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่มีความเป็นระหว่างประเทศเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการอ้างจารีตประเพณีทางการค้าที่สร้างขึ้นและถูกอยู่ภายในประเทศมาใช้กับชาวต่างชาติ

จารีตประเพณีทางการค้าของท้องถิ่นหรือจารีตประเพณีที่ใช้กันอยู่ในท้องถิ่นๆ ที่จะสามารถผูกพันคู่สัญญาได้โดยไม่ต้องอ้างโดยคู่สัญญา คือ จารีตประเพณีทางการค้าได้รับไปปฏิบัติในธุรกรรมระหว่างประเทศและพ่อค้าในวงการการค้าส่วนใหญ่ได้ยอมรับจารีตประเพณีทางการค้านั้น ดังนั้น จารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันในท้องถิ่นก็อาจบังคับใช้กับคู่สัญญา ตามมาตรา 1.9 (2) ได้ ถ้าเห็นได้ว่าคู่สัญญาในสถานการณ์เดียวกันรู้และได้มีการปฏิบัติต่อกันตามจารีตประเพณีทางการค้านั้น เช่น จารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ ณ ท่าเรือแห่งหนึ่งเกี่ยวกับการขนถ่ายสินค้า ถ้าถูกนำมาใช้กับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ ก็ถือได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้น มีความเป็นระหว่างประเทศแล้ว นอกจากนั้นนักธุรกิจที่เข้าทำสัญญาหลายๆฉบับที่มีลักษณะเหมือนกันกับต่างประเทศ จึงอาจต้องถูกผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่สร้างขึ้นภายในประเทศนั้นๆ

<sup>61</sup> (2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

ตัวอย่างของจารีตประเพณีทางการค้าที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย เช่น<sup>62</sup>

A เป็นผู้ดำเนินการปลายทางที่ทำเรือแห่งหนึ่ง อ่างถึงจารีตประเพณีทางการค้าท้องถิ่น vis-à-vis ที่ใช้กันอยู่ทั่วไปที่ท่าเรือ B ผู้ขนส่งที่เป็นชาวต่างชาติ ดังนั้น B จะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าว หากท่าเรือนั้นถูกใช้กันอยู่เป็นปกติโดยชาวต่างชาติ และมีใช้การจารีตประเพณีดังกล่าวอย่างเป็นทางการทั่วไปและสม่ำเสมอกับผู้ที่ใช้ท่าเรือนั้น โดยไม่คำนึงถึงสถานที่ทำธุรกิจทำธุรกิจหรือสัญชาติของผู้ที่ทำธุรกิจนั้น

A เป็นนายหน้าอยู่ที่ประเทศ X ได้รับข้อเรียกร้องจาก B ซึ่งเป็นลูกค้าอยู่ที่ประเทศ Y โดย B ขอส่วนลด 10% ซึ่งเป็นจารีตประเพณีทางการค้าถ้าหากชำระราคาด้วยเงินสด โดย A ไม่สามารถปฏิเสธจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าวที่ใช้กันอยู่ในประเทศ Y ถ้าหาก A ได้ทำธุรกิจในประเทศ Y มาอย่างยาวนาน

ความแตกต่างระหว่าง UNIDROIT Article 1.9 กับ CISG Article 9 คือ UNIDROIT วางหลักให้คู่สัญญาไม่ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable) โดยมีเหตุผลว่า ในบางกรณีจารีตประเพณีทางการค้าอย่างหนึ่งอาจได้รับการปฏิบัติกันอย่างแพร่หลายในธุรกิจนั้นๆ แต่อาจไม่เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างความสัมพันธ์ของคู่กรณีก็ได้ อาจเป็นเพราะคู่สัญญาได้มีการตกลงกำหนดเงื่อนไขกันให้แตกต่างออกไปจากที่คนส่วนใหญ่ทำการค้ากันอยู่ จารีตประเพณีทางการค้านั้นจึงไม่อาจนำมาใช้กับกรณีที่เกิดขึ้น<sup>63</sup>

ผลทางกฎหมายสำหรับการนำจารีตประเพณีทางการค้าหรือแนวปฏิบัติใดๆที่คู่สัญญาต้องผูกพันตามมาตรา 1.9 นี้ ถ้าหากจารีตประเพณีทางการค้าที่เข้าเงื่อนไขมาตรา 1.9 นี้มีความขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ ให้ถือจารีตประเพณีทางการค้าเป็นหลัก เนื่องจากมาตรานี้ มีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะเป็นข้อสัญญาโดยปริยาย<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Official Comment on Unidroit Principle Article 1.9, available from:

<http://www.unilex.info> [August 2008]

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

### 3 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Commercial Code (UCC))

UCC เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ ซึ่งในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างพ่อค้าด้วยกันนั้น ย่อมต้องการความสะดวกรวดเร็ว เนื่องจากระยะเวลาอันจำกัดทำให้พ่อค้าไม่สามารถตกลงกันในรายละเอียดของสัญญาได้ทุกข้อ จากการทำพ่อค้าได้ติดต่อกันมาเป็นเวลานานและมีการทำธุรกรรมที่มีรูปแบบซ้ำๆกัน พ่อค้าจึงนำการปฏิบัติที่ซ้ำๆต่อนั้นมาสร้างเป็นจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ระหว่างพ่อค้าด้วยกันเพื่อความสะดวกรวดเร็ว โดยที่ไม่ต้องมีการตกลงกันถึงรายละเอียดในทุกข้อสัญญา เนื่องจากพ่อค้าย่อมทราบหลักปฏิบัติและจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นอย่างดี ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาบัญญัติไว้เพื่อที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาทางพาณิชย์เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของพ่อค้า เพื่อให้ผู้ซื้อและผู้ขายรู้และเข้าใจถูกต้องตรงกันต่อผลทางกฎหมาย

#### 3.1 ประเภทของคำเฉพาะทางการค้า (Trade Term) ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (UCC)

UCC Article 1-303 ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับคำเฉพาะทางการค้า (Trade Term) ไว้ 3 ประเภทด้วยกัน คือ

##### 3.1.1 แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance)

1-303(a)<sup>65</sup> แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (course of performance) หมายถึง การกระทำที่ต่อเนื่องกันระหว่างคู่สัญญาในธุรกรรมใดธุรกรรมหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาได้กระทำซ้ำๆกันในธุรกรรมนั้น และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ถึงการปฏิบัตินั้นและมีโอกาสที่จะปฏิเสธแต่มิได้ปฏิเสธถึงการกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>65</sup> (a) A "course of performance" is a sequence of conduct between the parties to a particular transaction that exists if: (1) the agreement of the parties with respect to the transaction involves repeated occasions for performance by a party; and (2) the other party, with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it, accepts the performance or acquiesces in it without objection.

แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance) นั้นมีความสำคัญอยู่ที่ เป็นการปฏิบัติซ้ำๆกันในธุรกรรมหนึ่งๆ โดยคู่สัญญาสามารถอ้างถึง "แนวปฏิบัติของคู่สัญญา" ได้ถ้าหากมีการปฏิบัติซ้ำๆกันของคู่สัญญาภายใต้สัญญาหนึ่งๆ<sup>66</sup>

### 3.1.2 วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing)

1-303(b)<sup>67</sup> วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) หมายถึงการกระทำที่ต่อเนื่องในธุรกรรมครั้งก่อนๆระหว่างคู่สัญญาในธุรกรรมใดธุรกรรมหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นความเข้าใจพื้นฐานในการที่จะนำมาตีความเจตนาหรือการกระทำอื่นๆของคู่สัญญา

UCC ได้อธิบายคำว่า Course of Dealing ว่าเป็น การกระทำใดๆระหว่างคู่สัญญาในธุรกรรมครั้งก่อนๆ นำมาใช้ในการตีความการแสดงเจตนาและการกระทำอื่นๆของคู่สัญญาในธุรกรรมใดๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังซึ่งมีการตกลงคล้ายๆกันกับสัญญาก่อนหน้า ดังนั้น แนวคิดในเรื่อง Course of Dealing จึงจำกัดอยู่เฉพาะเมื่อคู่สัญญามีการตกลงทำการค้ากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในธุรกรรมคล้ายๆกันในช่วงก่อนหน้า UCC กำหนดให้ถือว่าเป็นการให้ความหมายที่เฉพาะลงไป และเป็นการเสริมหรือให้รายละเอียดที่ชัดเจนขึ้นของถ้อยคำในข้อตกลงครั้งหลัง ดังนั้น การกระทำครั้งก่อนๆ จึงมีผลนอกเหนือไปจากการใช้เพื่อตีความข้อตกลงแต่เพียงอย่างเดียว และเป็นเรื่องที่คู่สัญญาต้องให้ความระมัดระวัง เพราะ Course of dealing จะทำให้ความตกลงถูกเข้าใจไปในทางที่คู่สัญญาได้กระทำในครั้งก่อนๆ และอาจมีผลบังคับแม้ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Frederick H. Miller, Amelia H. Boss, The ABCs of the UCC : (Revised) Article 1 General Provisions, (American Bar Association, 2002) p.70.

<sup>67</sup> (b) A "course of dealing" is a sequence of conduct concerning previous transactions between the parties to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.

<sup>68</sup> E. Allan Farnsworth, Unification Of Sales Law: Usage And Course Of Dealing, available from:

[http://tldb.unikoeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=111900](http://tldb.unikoeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=111900) [August 2008]

### 3.1.3 จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade)

1-303(c)<sup>69</sup> จารีตประเพณีทางการค้าเป็นการปฏิบัติ หรือวิธีการตกลงซึ่งมีระเบียบกฎเกณฑ์ที่แน่นอน ในสถานที่ อาชีพ หรือการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งใช้ในการวินิจฉัยความคาดหมายว่าจะต้องเป็นไปอย่างแน่นอนในการทำธุรกรรมที่เป็นปัญหา ความมีอยู่ของจารีตประเพณีทางการค้านั้นจะต้องมีการพิสูจน์ในฐานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

UCC อธิบายคำว่า จารีตประเพณีทางการค้าไว้ว่า เป็นการปฏิบัติ หรือวิธีการตกลงซึ่งมีระเบียบกฎเกณฑ์ที่แน่นอน ในสถานที่ อาชีพ หรือการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งใช้ในการวินิจฉัยความคาดหมายในการทำธุรกรรมที่เป็นปัญหา จารีตประเพณีทางการค้าอาจถูกจำกัดในที่ใดที่หนึ่งตามภูมิศาสตร์ หรือกิจกรรมบางอย่าง หรือทั้งสองอย่างประกอบกัน แต่อย่างไรก็ตาม จารีตประเพณีทางการค้าที่ผูกพันคู่สัญญา หรือที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะรู้ ก็ถูกใช้ในการให้ความหมายและเป็นการเสริมรายละเอียดที่ชัดเจนขึ้นของถ้อยคำในข้อตกลง เช่นเดียวกับ วิธีการตกลงของคู่สัญญา (Course of Dealing)<sup>70</sup>

การนำแนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) นั้นถูกนำมาใช้เพื่อเสริมข้อสัญญาโดยมีเงื่อนไขว่าคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายรู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) นั้น

<sup>69</sup> (c) A "usage of trade" is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a trade code or similar record, the interpretation of the record is a question of law.

<sup>70</sup> E. Allan Farnsworth, Unification Of Sales Law: Usage And Course Of Dealing, available from:  
[http://tldb.unikoeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=111900](http://tldb.unikoeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=111900) [August 2008]



ตัวอย่างของจารีตประเพณีทางการค้า<sup>71</sup> เช่น

A ทำสัญญาซื้อขายไม้อัดกับ B ซึ่งจารีตประเพณีทางการค้าในการค้าไม้ นั้น มีอยู่ว่า "2 แพคประกอบด้วยไม้อัด 1000 แผ่น" เมื่อไม้ได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น จำนวน 1000 ในสัญญานั้น หมายถึง 2 แพค

A ทำสัญญาซื้อไม้มะฮอกกานีกับ B ซึ่งจารีตประเพณีทางการค้าไม้มะฮอกกานีมีอยู่ว่า "ไม้มะฮอกกานีที่มีลักษณะที่ต้นนั้นเรียกว่า San Domingo mahogany ไม่ได้หมายความว่าไม้มะฮอกกานีนั้นมาจากเมือง San Domingo" เมื่อสัญญานั้นมิได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น จารีตประเพณีทางการค้านี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

A และ B ทำสัญญาซื้อขายไม้ในช่วง "ฤดูหนาว" ซึ่งมีจารีตประเพณีในการซื้อขายไม้มีอยู่ว่า "ฤดูหนาวนั้นหมายถึง ช่วงระยะเวลาตั้งแต่เปิดโรงเลื่อยในปลายฤดูใบไม้ร่วงและจะส่งมอบไม้ที่เลื่อยแล้วได้ในต้นฤดูใบไม้ผลิ"

A และ B ทำสัญญาเช่าเรือขนส่งสินค้า A โดย A สัญญาว่าจะขนถ่ายสินค้าลงจากเรือภายใน 14 วัน ซึ่งจารีตประเพณีทางการค้าของการเช่าเรือนั้น 14 วัน หมายถึง 14 วันทำการ

A และ B ทำสัญญาซื้อขายกระดาษ โดยในสัญญาระบุว่าเป็นการซื้อขายกระดาษปกแข็งเบอร์ 1 ซึ่งจารีตประเพณีทางการค้าในการซื้อขายกระดาษนั้น มีอยู่ว่า กระดาษปกแข็งเบอร์หนึ่งนั้น หมายถึง กระดาษที่ประกอบไปด้วยซีเลื่อยไม่เกิน 3%

### 3.2 ขอบเขตในการนำแนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance), วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing), จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) มาใช้

1. นำมาใช้ในการตีความข้อตกลงที่มีอยู่แล้ว แต่มิได้นำมาใช้เพื่อสร้างภาระผูกพันขึ้นมาใหม่ กล่าวคือ จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) สามารถนำมาใช้ในการอุดช่องว่างสัญญาได้ แต่ไม่สามารถนำมาสร้างภาระผูกพันขึ้นมาใหม่ได้

<sup>71</sup> The American Law Institute, Restatement of the Law, Second, Contracts.

2. การแสดงออกโดยชัดแจ้งของคู่สัญญา (Express term) แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) ต้องตีความไปอย่างสมเหตุสมผลและสอดคล้องซึ่งกันและกัน แต่หาก การแสดงออกโดยชัดแจ้งของคู่สัญญา (Express term) แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) นั้นขัดแย้งซึ่งกันและกัน จะมีลำดับในการนำมาใช้ตามลำดับดังนี้ คือ จะต้องตีความในข้อกำหนดโดยชัดแจ้งในสัญญา ก่อน (express terms) หากไม่มี ให้ใช้แนวปฏิบัติทางการค้า (Course of Performance) วิธีการดำเนินการทางการค้า (Course of Dealing) และธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า (Usage of Trade) ตามลำดับ

3. ในเรื่องการพิสูจน์ความมีอยู่ของจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) สำหรับ UCC ได้กำหนดเรื่องการพิสูจน์ถึงความมีอยู่และของเขตของจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) ให้พิสูจน์อย่างข้อเท็จจริง ซึ่งโดยทั่วไป คู่สัญญาส่วนใหญ่จะนำพยานผู้เชี่ยวชาญพิเศษในการค้านั้นๆ หรือ สถานที่ที่มีการใช้จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) นั้นมาพิสูจน์ โดยการพิสูจน์นั้นต้องได้ความว่า การปฏิบัติที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในสถานที่ อาชีพ หรือการค้านั้นๆ ตามคำนิยามใน UCC เพื่อวินิจฉัยความคาดหมายในการทำธุรกรรมที่เป็นปัญหาต่อไป

ดังนั้นพ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาด และต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับของ UCC จึงมีความจำเป็นต้องตระหนักถึงผลการใช้บังคับของจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) และต้องปรับตัวให้เป็นผู้เชี่ยวชาญให้เร็วที่สุด เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดผลผูกพันของจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) ไว้ค่อนข้างเข้มงวด ซึ่งข้อดีของการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ก็คือ ทำให้ระจัดปัญหาในเรื่องที่คู่สัญญาจะมาเถียงกันว่าจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) ไม่ได้มีการเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงไม่ผูกพัน เพราะกฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนแล้วว่าแม้หลักเกณฑ์เหล่านี้จะไม่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็มีผลผูกพันคู่สัญญา นอกจากนี้ UCC ยังกำหนดให้การแปลด้วยคำในข้อตกลงและจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) ไปในทางที่สมเหตุสมผล ซึ่งก็เท่ากับว่า ทั้งแนวปฏิบัติ (Course of Dealing) และ จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) ต่างก็เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่นเดียวกับข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถ้าความสัมพันธ์ดังกล่าวดูแล้วไม่สมเหตุสมผล UCC ก็กำหนดให้ด้วยคำที่แสดงออกโดยชัดแจ้งควบคุมแนวปฏิบัติทางการค้า (Course of Dealing) และจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade)

แม้ว่า CISG จะบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usages) ด้วยด้วยคำที่แตกต่างออกไป แต่เนื้อหาทางกฎหมายก็มีความคล้ายคลึงกัน และใช้บังคับกันอยู่ทั่วไปในทางการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น พ้อคำที่ทำการค้าระหว่างประเทศจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าต่างๆ เว้นแต่จะแสดงเจตนายกเว้นไว้อย่างชัดเจนว่าจะไม่นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญา จึงจะถือว่าด้วยคำที่ชัดเจนในสัญญาแต่เพียงอย่างเดียวที่มีผลบังคับใช้ เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน UCC

#### 4 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น (Commercial code of Japan)

ระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีการแยกกฎหมายพาณิชย์ออกจากกฎหมายแพ่งอย่างชัดเจน โดยประมวลกฎหมายพาณิชย์นั้นนำมาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์<sup>72</sup> ซึ่งประมวลกฎหมายพาณิชย์นั้นได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ โดย มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น<sup>73</sup> วางหลักไว้ดังนี้

ถ้ามีปัญหาเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ ถ้าหากไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ที่จะมาปรับใช้ได้ให้นำกฎหมายจารีตประเพณีทางการค้า (Commercial customary Law) มาใช้ และถ้าหากไม่มีกฎหมายเช่นนั้นให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้

จากบทบัญญัติมาตรา 1 ประมวลกฎหมายพาณิชย์ จะเห็นได้ว่า เป็นการบัญญัติถึงลำดับในการปรับใช้กฎหมาย โดยมีลำดับดังนี้

1. ประมวลกฎหมายพาณิชย์
2. กฎหมายจารีตประเพณีทางการค้า (Commercial customary Law)
3. ประมวลกฎหมายแพ่ง

<sup>72</sup> Article 2 This code shall apply to commercial transaction effected by public juristic person, except otherwise provide for by any law or ordinance.

<sup>73</sup> Article 1 As to a commercial matter, The commercial customary law shall apply if there are no provisions in this Code; and the civil code shall apply, If there no such law.

โดยมาตรา 1 นี้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีฐานะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายลำดับรอง ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทขึ้น และไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายพาณิชย์ว่าไว้ด้วยเรื่องดังกล่าว ศาลสามารถนำจารีตประเพณีทางการค้านี้ไปปรับใช้แก้คดีได้ โดยเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายลำดับรอง<sup>74</sup> ซึ่งมาตรานี้มีหลักเกณฑ์ที่คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4

นอกจากนั้นในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 92<sup>75</sup> ก็ได้บัญญัติถึงจารีตประเพณี (Custom) ไว้ โดยบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

ในกรณีที่มีจารีตประเพณีและจารีตประเพณีนั้นแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ให้พิจารณาโดยถือว่าคู่สัญญามีเจตนาที่จะใช้จารีตประเพณี (Custom) เช่นว่านั้น และถือจารีตประเพณี (Custom) เป็นหลัก

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถลำดับขั้นตอนในการใช้กฎหมายไว้ดังนี้

1. จารีตประเพณี (Custom)
2. ประมวลกฎหมายแพ่ง

ซึ่งจารีตประเพณี (Custom) ตามประมวลกฎหมายแพ่งนั้นแตกต่างจากจารีตประเพณีทางการค้า (Commercial customary Law) โดยจารีตประเพณี (Custom) ตามประมวลกฎหมายแพ่งนั้น หมายถึงจารีตประเพณีทั่วไปที่ได้รับการปฏิบัติโดยประชาชนทั่วไปมาเป็นเวลานาน โดยจารีตประเพณี (Custom) นี้ไม่ใช่จารีตประเพณีทางการค้า (Commercial customary Law) แต่

<sup>74</sup> Hiroshi Oda, Sian Stickings, *Basic Japanese Laws*. (oxford University Press, 1997) p. 22.

<sup>75</sup> Article 92 (Civil Code of Japan) If, in cases where there is a custom which differs from any provisions of laws or ordinances which are not concerned with publicpolicy, It is to be considered that the parties to a juristic act have intended to conform to such custom, that custom shall prevail.

จารีตประเพณีทางการค้า (Commercial customary Law) บางอย่างอาจถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณี (Custom)

ในมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์นั้นอนุญาตให้อ้างถึงจารีตประเพณีทางการค้า (Commercial Customary Law) ในกรณีที่ไม่มียกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ มาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง บัญญัติเกี่ยวกับจารีตประเพณี (Custom) แตกต่างออกไป กล่าวคือ ในการปรับใช้กฎหมายนั้น ถ้ามีจารีตประเพณี (Custom) ที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และจารีตประเพณีนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือนำว่าจารีตประเพณี (Custom) นั้นมาใช้ ดังนั้นจารีตประเพณีจึงมีผลเป็นกฎหมาย และถือว่าเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย<sup>76</sup>



# ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>76</sup> Meryll Dean, *Japanese Legal System*, Edition 2, (Routledge, 2002) p. 134.

## บทที่ 4

### การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ... ของประเทศไทย

โดยปกติแล้วการทำสัญญา คู่สัญญาตกลงกันในสัญญาอย่างใด ผลก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญาของตน ก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญา แต่ในบางกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันในเรื่องดังกล่าว หากมีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นก็ต้องมีการตีความการแสดงเจตนา เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ตามมาตรา 171 และนอกจากการตีความการแสดงเจตนาแล้วยังต้องพิจารณาถึงปกติประเพณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆ โดยหลักการตีความสัญญาตามมาตรา 368 มาใช้ในการตีความสัญญา แต่ถ้าหากไม่พบเจตนาของคู่สัญญาในเรื่องนั้นๆ และไม่มีปกติประเพณีดังกล่าวก็ต้องไปหาหลักกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ มาปรับใช้กับข้อเท็จจริง และถ้าหากไม่มีกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาปรับใช้ก็จะนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างตามมาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น หมายความว่ารวมถึงจารีตประเพณีการค้าด้วยหรือไม่ และอีกกรณีหนึ่งที่จะต้องพิจารณา คือ ในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันในสัญญาว่าจะนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้กับสัญญาของตน แต่มีจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ถือปฏิบัติกันมาและเป็นที่ยอมรับกันไม่ต้องเขียนไว้ในสัญญาอีก จะถือว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้หรือไม่

#### 1. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

##### 1.1 ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้อุดช่องว่างกฎหมายในฐานะ เป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามมาตรา 4

ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ถ้าคู่สัญญาได้ตกลงให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญา ก็สามารถนำเอาจารีตประเพณีทางการค้าตามที่ได้ตกลงไว้ในข้อสัญญามาใช้ได้เลยในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่ถ้าในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น

สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือ มีกฎหมายในเรื่องนั้นหรือไม่ ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้ดังนี้ “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ”

มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมาย คือ ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย จึงต้องยึดบทกฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นประการสำคัญ<sup>1</sup> คือ ถ้ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่ข้อพิพาทได้ ก็จะต้องนำบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรนั้นมาปรับใช้ แต่ถ้าหากว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรมีความไม่ชัดเจน ไม่แน่นอน มีความเคลือบคลุมสงสัยหรืออาจแปลความได้หลายนัย อันอาจทำให้การปรับใช้กฎหมายนั้นไม่บรรลุตามวัตถุประสงค์ และไม่สอดคล้องกับความยุติธรรม ผู้พิพากษา ผู้ปรับใช้กฎหมาย ก็มีความจำเป็นต้องตีความกฎหมายตามตัวอักษรนั้น หรือกระทำการใดๆ เพื่อแปลความหมายของตัวอักษรให้ตรงเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย<sup>2</sup> เมื่อศาลไม่สามารถนำบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรมาปรับใช้แล้ว ผู้ใช้กฎหมายก็ต้องนำกฎหมายนั้นมาใช้ตามความที่มุ่งหมาย ซึ่งหมายถึงเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์นั่นเอง ซึ่งการตีความกฎหมายดังที่กล่าวมานั้น เป็นกรณีที่มิมีบทกฎหมาย แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ชัดเจน ไม่แน่นอน ไม่กระจ่าง มีความเคลือบคลุมสงสัย ก็ทำให้การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษรไม่บรรลุวัตถุประสงค์ ก็ต้องพิจารณาความหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นมาปรับใช้<sup>3</sup>

ดังนั้น ถ้ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สามารถนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทได้ก็จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก่อน ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้

<sup>1</sup> ประสิทธิ์ โฉวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป: คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548) หน้า 6.

<sup>2</sup> ประสิทธิ์ โฉวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป: คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, หน้า 10.

<sup>3</sup> ประสิทธิ์ โฉวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป: คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, หน้า 11.

แก้คดีแล้ว จึงจะไปหาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเพื่อนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 4 วรรคสอง

มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เมื่อได้ทำการศึกษาดังบทบัญญัติของมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่า มาตรา 4 วรรคสอง นี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ตามลำดับ ดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้บังคับคดีแล้ว ให้ศาลนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้บังคับ
- (2) ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ให้ศาลหากฎหมายมาใช้บังคับกับคดีโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง
- (3) ถ้าไม่มีบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ให้ศาลนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับกับคดี

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาดังการนำจารีตประเพณีทางการค้าว่าจะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นได้หรือไม่ ซึ่งในการศึกษาเรื่องการนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายนี้ โดยในเบื้องต้นแรกจำเป็นที่จะต้องทราบถึงลักษณะและขอบเขตของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเสียก่อน

คำว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” นี้ มีที่มาจากมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกล่าวถึงประเพณีทั่วไป จึงทำให้เห็นว่ามาตรา 4 หมายถึง ประเพณีทั่วไปด้วย คือ นอกจาก



ประเพณีที่นิยมกันเฉพาะท้องถิ่นแล้วยังหมายถึงประเพณีทั่วไปด้วย คือ แปลคำว่าท้องถิ่นอย่างกว้าง “กรุงสยามทั้งประเทศก็ถือว่าเป็นท้องถิ่นอันหนึ่ง”<sup>4</sup>

ลักษณะของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่านได้ให้ความเห็นและอธิบายไว้ซึ่งมีความสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนี้<sup>5</sup>

1. ต้องเป็นจารีตประเพณีที่จะต้องมีการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและนมนาน นมนานหมายความว่า “นาน” จนเห็นว่าเป็นข้อประเพณีปฏิบัติที่รับรู้กันทั่วไปและสม่ำเสมอพอที่จะทำให้เกิดความคิดหรือความรู้สึกในใจของคนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและต้องเป็นเช่นนั้น
2. ต้องเป็นที่ยอมรับและถือตามของมหาชนทั่วไป คือ ประชาชนมีความรู้สึกว่าการปฏิบัติประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตาม
3. ต้องไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ หรือขัดกับกฎหมาย เพราะถ้ามีกฎหมายบัญญัติมาขัดกับประเพณีแล้ว ต้องถือว่าประเพณีนั้นถูกยกเลิกไปแล้วโดยปริยาย
4. ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นถึงความหมายและลักษณะของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่จำเป็นจะต้องทราบ คือ ขอบเขตของการนำเอาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งในเรื่องนี้นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่านได้อธิบายไว้อย่างสอดคล้องและเป็นแนวทางเดียวกันดังนี้

<sup>4</sup> พระยาเทพวิฑูรย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503), หน้า 26.

<sup>5</sup> ธานินทร์ ภัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5, (โครงการสืบทอดตำราครูทางนิติศาสตร์ ชุดที่ 1 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 162-163., ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแห่งหลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด การพิมพ์, 2526) หน้า 21., สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 118., ประกอบ หุตะสิงห์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (พระนคร : อักษรสานส์, 2513) หน้า 55.

จารีตประเพณีที่จะนำมาบังคับใช้แก่คดีได้ เมื่อไม่มีกฎหมายโดยตรง และไม่มียกกฎหมายห้ามไว้ ถ้ามีกฎหมายโดยตรง ศาลก็ต้องใช้กฎหมายนั้น เว้นแต่คู่ความจะตกลงให้ใช้จารีตประเพณีบังคับแก่คดี และจารีตประเพณีนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>6</sup>

ดังนั้น เมื่อได้ทำการศึกษาถึงความหมาย ลักษณะและขอบเขตของการนำเอาจารีตประเพณีมาปรับใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแล้ว ลามารถที่จะสรุปได้ว่า นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของประเทศไทย มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแห่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้นั้นจะต้องเป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนในประเทศไทยถือประพฤติปฏิบัติต่อกันมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร ซึ่งประชาชนจะต้องมีความเชื่อว่าสิ่งที่ตนได้ประพฤติปฏิบัติตามนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตาม โดยศาลจะนำเอาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแห่งและพาณิชย์ของไทยได้ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายโดยบัญญัติหลักเกณฑ์ของเรื่องดังกล่าวไว้ ไม่มีบทกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้บังคับ และในกรณีที่สามารถนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้บังคับได้แล้ว จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้น

ส่วนจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามมาตรา 4 วรรคสอง ที่สามารถนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้นั้น หมายความว่ารวมถึง จารีตประเพณีทางการค้าด้วยหรือไม่นั้น มีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกัน ดังนี้คือ

1. จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หมายความว่ารวมถึงจารีตประเพณีทางการค้าด้วย

จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หมายความว่ารวมถึงจารีตประเพณีในทางการค้าขาย เช่น ศาสตราจารย์ ดร. ประกอบ นุตะสิงห์<sup>7</sup> เห็นว่า จารีตประเพณีการค้าขายทางบกหรือทางทะเล จารีต

<sup>6</sup> อานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 160., ประกอบ นุตะสิงห์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 55.

<sup>7</sup> อานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 162-163., ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแห่งหลักทั่วไป, หน้า 21., สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายกฎหมายแห่งหลักทั่วไป, หน้า 118., ประกอบ นุตะสิงห์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 55.

<sup>8</sup> ประกอบ นุตะสิงห์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 57.

ประเพณีนั้นสามารถนำมาบังคับได้อย่างกฎหมาย เพราะบุคคลที่มีอาชีพอย่างเดียวกันหรือบุคคลที่เคยติดต่อกันมาในกิจการต่างๆอยู่เสมอ ปฏิบัติต่อกันตามที่เคยปฏิบัติกันมาย่อมได้ผลประโยชน์ตามความประสงค์ของผู้ติดต่อกันเกี่ยวข้อง และรู้ล่วงหน้าว่าจะต้องเกิดผลตามจารีตประเพณีนั้นๆ

การที่กฎหมายแห่งบัญญัติว่า ถ้าไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดี ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หมายความว่า กฎหมายรองรับจารีตประเพณี ดังนั้น ในบางกรณี หากบางคดีไม่มีบทกฎหมาย หากมีจารีตประเพณีใช้ปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องนั้น จารีตประเพณีก็สามารถนำมาปรับใช้แก่ข้อพิพาทนั้นได้ เช่น ในเรื่องการค้าขายทางทะเล ซึ่งมีจารีตประเพณีให้ใช้ได้เฉพาะท้องถิ่นหรือทุกประเทศ จารีตประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับผลิตผลทางการเกษตร การประมง ผัก ผลไม้ ดอกไม้ต้นที่ตลาดทำเตียน ปากคลองตลาด ตลาดมหานาค เช่น ประเพณี "หยง" ประเพณี "เกี่ยว" ของกิจการอ้อยน้ำตาล เป็นต้น ในกรณีนี้ก็สามารถนำจารีตประเพณีในเรื่องนั้นมาใช้บังคับได้<sup>9</sup>

## 2. จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ไม่ได้หมายความรวมถึงจารีตประเพณีทางการค้า

ท่านพระยาเทพวิฑูรย์<sup>10</sup> กล่าวว่า มีประเพณีอีกอย่างหนึ่งซึ่งเป็นประเพณีหรือธรรมเนียมในการค้าขาย เช่น ขายของบางอย่างต้องให้แถมตามธรรมเนียมที่เคยปฏิบัติมา ประเพณีเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องมีมานานและจะนับว่าอยู่ในคำว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเห็นจะไม่ได้ แต่ถ้ามีเรื่องขึ้นและนำสืบได้ความศาลก็คงตัดสินให้ แต่คงจะเป็นไปในแนวทางแปลความตั้งใจของคู่สัญญา โดยนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาประกอบด้วยมากกว่าที่จะถือเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นซึ่งนำมาใช้แทนกฎหมาย

สืบเนื่องจากความเห็นของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของประเทศไทยเกี่ยวกับความหมายลักษณะและขอบเขตของการนำเอาจารีตประเพณีมาปรับใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จะเห็นได้ว่า จารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างอาจจัดได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เช่น จารีตประเพณีเกี่ยวกับการค้าขายทางทะเล จารีตประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับผลิตผลทาง

<sup>9</sup> ประสิทธิ์ ไรวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป: คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, หน้า 32.

<sup>10</sup> พระยาเทพวิฑูรย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, หน้า 26.

การเกษตร การประมง ผัก ผลไม้ เป็นต้น ดังนั้น การที่ศาลไทยจะนำเอาจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับความตีความหมายของคำว่า "จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น" ของศาลไทย คือ หากศาลไทยพิจารณาว่าจารีตประเพณีทางการค้ามีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอย่างหนึ่งแล้ว ก็จะทำให้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอาจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแห่งและพาณิชย์ได้ และในทางกลับกันหากศาลไทยพิจารณาว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้น ไม่มีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถนำเอาจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างอาจจัดได้ว่ามีลักษณะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เช่น จารีตประเพณีเกี่ยวกับการค้าขายทางทะเล จารีตประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับผลิตผลทางการเกษตร การประมง ผัก ผลไม้ เป็นต้น แต่ไม่ได้ถือว่ามีจารีตประเพณีทางการค้าทั้งหมดจะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เนื่องจาก มีจารีตประเพณีทางการค้าบางประเภทที่ถือว่าเป็นประเพณีปฏิบัติ (Trade Usage) คือ จากการติดต่อค้าขายระหว่างพ่อค้าจนเกิดเป็นจารีตประเพณีทางการค้านั้น ไม่จำเป็นต้องประพฤติปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานเหมือนจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น แต่เป็นเพียงการปฏิบัติในช่วงระยะเวลาหนึ่ง อย่างสม่ำเสมอ ในวงการค้าใดการค้าหนึ่ง ก็เพียงพอแล้วต่อการเป็นจารีตประเพณีทางการค้า นอกจากนั้นจารีตประเพณีทางการค้านั้นถูกนำมาใช้เฉพาะบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง การค้าใดการค้าหนึ่ง สถานที่ใดสถานที่หนึ่ง ซึ่งยังไม่เป็นจารีตประเพณีที่ยอมรับและถือปฏิบัติเป็นการทั่วไปแล้ว จึงไม่อาจนำมาอุดช่องว่างกฎหมาย แต่อาจนำมาใช้ในการตีความสัญญา ในกรณีที่สัญญามีข้อสงสัยหรือเคลือบคลุม" ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป ดังนั้นจารีตประเพณีทางการค้า (Trade Usage) จึงไม่เข้าองค์ประกอบของการเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่ซึ่งประชาชนทั่วไปจะต้องประพฤติปฏิบัติตาม เป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติ เพราะเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องไม่ปฏิบัติไม่ได้ ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าจากความหมายลักษณะและขอบเขตของการนำเอาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นไม่ได้หมายความรวมไปถึงจารีตประเพณีทางการค้าทั้งหมด แต่จารีตประเพณีทางการค้าบางประเภทอาจถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

<sup>11</sup> ประสิทธิ์ ไชวโกล, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป: คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, หน้า 35.

1.2 ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในการตีความสัญญาโดยการตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 และตีความไปตามความประสงค์สุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีตามมาตรา 368

สัญญาเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งซึ่งเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายและเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ดังนั้น เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแต่สิ่งที่คู่สัญญาพูด เขียน หรือแสดงออกนั้น ทำให้เกิดความไม่เข้าใจแน่ชัดถึงความหมายของสิ่งที่คู่สัญญาแสดงออก หรือเมื่อเกิดปัญหาว่าสัญญามีได้กำหนดครอบคลุมถึงปัญหาที่เกิดขึ้น คู่กรณีอาจเข้าใจความหมายหรือผลทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาแตกต่างกัน ดังนั้น จึงต้องอาศัยการตีความสัญญาเป็นเครื่องช่วยวินิจฉัยถึงสิทธิและหน้าที่ซึ่งคู่สัญญามีอยู่ตามสัญญานั้น เพื่อให้คู่สัญญาสามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้อย่างถูกต้อง ดังนั้น สาเหตุที่ต้องมีการตีความสัญญามีดังนี้

1. ความเคลือบคลุมหรือไม่ชัดเจนของสัญญา กล่าวคือ ถ้อยคำไม่ว่าจากการพูดหรือเขียนย่อมไม่สามารถสื่อแสดงความมุ่งหมายได้โดยสมบูรณ์ เนื่องจากถ้อยคำที่คู่สัญญาใช้อาจมีความหมายได้หลายประการ นอกจากนั้น คำบางคำยังมีความหมายพิเศษนอกเหนือจากความหมายสามัญ หรือถ้อยคำบางคำอาจมีความหมายอย่างหนึ่งสำหรับคนหนึ่งแต่อาจมีความหมายอีกอย่างสำหรับอีกคนหนึ่ง ดังนั้น ถ้อยคำทั้งหลายจึงอาจไม่เป็นที่เข้าใจดังที่ผู้ใช้มุ่งหมายจึงเป็นสาเหตุทำให้สัญญาอาจเกิดความเคลือบคลุม ไม่ชัดเจน หรือมีความหมายสองนัย อันจำเป็นต้องตีความสัญญานั้น

2. สัญญามีได้กำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับกรณีที่เป็นปัญหาไว้ โดยคู่สัญญาอาจตั้งใจที่จะไม่ตกลงกันหรือเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นภายหลังทำสัญญาโดยคู่สัญญาคาดไม่ถึงจึงไม่ได้ตกลงกัน ซึ่งในทางปฏิบัติคู่สัญญาไม่อาจคาดเห็นล่วงหน้าถึงเหตุการณ์ในอนาคตอันจะเป็นปัญหาได้ทุกกรณี หรือแม้คู่สัญญาอาจจะคาดเห็นได้แต่คู่สัญญามีได้ตกลงในประเด็นนั้นให้แน่ชัดไว้ด้วย หรือคู่สัญญาอาจจะละเลยไม่ได้ใส่ใจข้อเท็จจริงบางประการซึ่งในภายหลังพบว่าเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่ทำสัญญา<sup>12</sup>

ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดไว้ในสัญญาว่าจะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ กล่าวคือ เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะเพราะข้อ

<sup>12</sup> อภิชาติ คงชาติ, "หลักการตีความสัญญา", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 15.

สัญญาที่มีความไม่ชัดเจน กำกวม มีความหมายได้หลายนัย หรือคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในเรื่องพิพาทได้เลย ทำให้ไม่ทราบว่าคู่สัญญามีความประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร มีปัญหาว่าจะบังคับตามสัญญาหรือกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาอย่างไร การตีความสัญญาก็จะเข้ามามีบทบาท<sup>13</sup> การตีความสัญญานั้นต้องอาศัยหลักในการตีความตามบทบัญญัติในมาตรา 368 ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” และเนื่องจากสัญญาเป็นนิติกรรมชนิดหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักในการตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 ซึ่งมาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”<sup>14</sup>

เมื่อมีปัญหาการตีความสัญญา สิ่งที่คุณตีความจะต้องพิจารณาขั้นตอนแรก คือ ใช้หลักของมาตรา 171 เพื่อกำหนดเนื้อหาของเจตนาที่แสดงออกมาของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย เพื่อที่จะรู้ถึงความสัมพันธ์ต่างๆ ตามข้อตกลงอันถือเสมือนเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาต้องการให้มีผลผูกมัดกัน แล้วผู้ตีความจะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ในมาตรา 368 คือหลักสุจริตและปกติประเพณีที่ปฏิบัติในกิจการนั้นๆ มาประกอบการวินิจฉัย ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยของผู้ตีความไม่เป็นนามธรรม แต่เป็นการกำหนดเนื้อหาของเรื่องให้เป็นรูปธรรม โดยการปรับหลักสุจริตอันเป็นหลักที่คำนึงถึงความซื่อสัตย์และความไว้วางใจตามความสัมพันธ์ทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจ พร้อมทั้งผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกันของคู่กรณี ขณะเดียวกันก็คำนึงถึงปกติประเพณีที่พึงปฏิบัติต่อกัน ดังนั้น หลักในการตีความสัญญาในมาตราทั้งสองนี้จึงเป็นหลักที่ให้พิเคราะห์ใคร่ครวญข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เพื่อให้ได้ผลในการตีความที่ถูกต้องและเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้<sup>15</sup>

<sup>13</sup> ภารวีร์ กษิตินนท์, “การตีความสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับบัณฑิตศึกษา, (มิถุนายน, 2550), หน้า 54.

<sup>14</sup> ศันท์กรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 319.

<sup>15</sup> คารพร ติระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 60., คารพร เศษะกำพู, “ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 132 และมาตรา 368 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 9 ฉบับที่ 1, (มิถุนายน, 2527), หน้า 62-70.

จากหลักมาตรา 171 และมาตรา 368 เมื่อพิจารณารวมกันแล้วก็จะได้หลักในการตีความสัญญาที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

1. ต้องค้นหาเจตนาอันแท้จริงของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ทำกันขึ้น
2. ต้องตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญา หรือความตกลงนั้นโดยอาศัยความสุจริต โดยคำนึงถึงปกติประเพณีเป็นสำคัญ<sup>16</sup>

การตีความการแสดงเจตนา ซึ่งหมายถึง การค้นหาเจตนาอันแท้จริงของผู้แสดงนั้น หลักที่จะต้องคำนึงถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้แสดงเป็นสำคัญก็เนื่องจากบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหานิติกรรมตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นบุคคลที่ไม่รู้กฎหมายก็อาจใช้ถ้อยคำที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน เคลือบคลุม หรืออาจตีความหมายได้หลายนัย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนา นั้น แต่เจตนาอันแท้จริงนั้นจะค้นหาได้จากเจตนาที่ได้แสดงออกมาแล้วนั่นเอง “เจตนาอันแท้จริง” ในที่นี้จึงมิใช่เจตนาที่อยู่ภายในใจที่ไม่มีใครจะล่วงรู้ได้ แต่ต้องเป็นเจตนาที่แท้จริงตามที่ได้แสดงออกมาแล้วมากกว่า ที่จะคำนึงถึงถ้อยคำจำนวน ซึ่งอาจเป็นคำพูดหรือคำนึงถึงตัวอักษรเมื่อมีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม<sup>17</sup> ดังนั้น การค้นหาเจตนาที่แท้จริงนั้นต้องพิเคราะห์จากความมุ่งหมายต่างๆ ที่แสดงออกมานั้นประกอบกับเหตุผลแวดล้อมต่างๆ โดยไม่จำเป็นต้องถือถ้อยคำที่ใช้เพียงอย่างเดียว แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าถ้อยคำที่ใช้จะไม่ได้รับการพิจารณาเสียเลย แท้จริงแล้วการที่จะทำให้เรารู้ถึงเจตนาที่แท้จริงได้นั้น ก็ด้วยการแสดงเจตนาออกมาเป็นถ้อยคำ ความมุ่งหมายของมาตรา 171 ดังกล่าวต้องการเพียงว่า เมื่อถ้อยคำที่ใช้แตกต่างกับเจตนาอันแท้จริงแล้วก็ถือเจตนาที่แท้จริงเป็นสำคัญ ที่กฎหมายไม่ได้ถือถ้อยคำเป็นสำคัญในกรณีที่ว่านี้ ก็โดยมีเหตุผลว่าบุคคลย่อมจะใช้ถ้อยคำที่ผิดหรือไม่ตรงกับเจตนาของตนได้ ซึ่งถ้าต้องให้ถือเอาถ้อยคำที่แสดงออกมาแล้วสำหรับผู้ที่ไม่รู้กฎหมาย ข้อผิดพลาดอาจมีขึ้นได้มากและเกิดขึ้นได้สม่ำเสมอ แต่ถ้าให้ถือเอาเจตนาที่แท้จริงที่แสดงออกมาแล้วจะเห็นว่าย่อมจะเกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายดีกว่า โดยที่ถ้าแม้บุคคลจะใช้ถ้อยคำที่

<sup>16</sup> อัครราชทูต จุฬารัตน, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2526) หน้า 177. , ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา(พร้อมทั้งเวลาและอายุความ), พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2549) หน้า 233.

<sup>17</sup> ศันนัทกรณั โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 142.

ผิดพลาดไปจากที่ต้องการแต่เมื่อพิจารณาจากเจตนาที่แสดงออกมาทั้งหมดไม่ว่าจะแสดงออกมาด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรรวมกันแล้ว ย่อมจะมองเห็นความมุ่งหมายที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนา นั้นได้โดยไม่มีผิดพลาดไปจากเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนา นั้น<sup>18</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ในการตีความสัญญา นอกจากจะต้องตีความการแสดงเจตนา เพื่อ กำหนดเนื้อหาของเจตนาที่แสดงออกมารองคู่สัญญาแต่ละฝ่ายแล้ว การตีความสัญญานั้นต้อง ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย เนื่องจากสัญญาเป็น การใช้หลักอิสระในทางแห่งซึ่งคู่สัญญาได้กำหนดขอบเขตในทางกฎหมายของตนเอง การตีความ สัญญาจึงเป็นการตรวจสอบค้นหาความหมายของสิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนด การตีความสัญญาจึง มิใช่แต่เพียงการค้นหาความหมายจากเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว<sup>19</sup> แต่ เป็นการค้นหาความหมายจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญา และต้องเป็นเจตนาที่ได้แสดงออกมา ตามเนื้อหาของสัญญานั้นด้วย<sup>20</sup> หมายความว่าเจตนาจะมีอยู่อย่างไรต้องได้แสดงออกมาก่อน เมื่อแสดงออกมาแล้ว ถ้าเกิดเป็นปัญหาว่าจะตีความถือตามเจตนาอย่างใด ก็จะต้องพึงเล็งถือเอา เจตนาที่แท้จริง นอกจากนี้ แม้จะได้แสดงเจตนาออกมาบ้างแล้วก็ตาม เจตนาส่วนใดยังซ่อนเร้นไว้ ในใจก็หาใช่กรณีที่จะเกิดเป็นปัญหาตีความการแสดงเจตนาส่วนที่ยังไม่ได้แสดงออกนั้นได้ไม่<sup>21</sup> เนื่องจากคู่สัญญาอาจมีความเข้าใจในสิ่งที่ตกลงกันในขณะทำสัญญาไปในทางที่แตกต่างกัน หรือคู่สัญญาไม่ได้ระบุข้อตกลงทุกข้อทุกประเด็นที่ตั้งใจจะให้ผูกพันซึ่งกันและกันไว้ในสัญญา ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็เพราะเหตุที่คู่สัญญาไม่อาจคาดเห็นเหตุการณ์ล่วงหน้าก็ดี หรือเป็นเพราะ คู่สัญญาอาจคาดเห็นได้แต่คู่สัญญามีได้ใส่ใจจะกำหนดเป็นข้อสัญญาไว้<sup>22</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่อาจ

<sup>18</sup> อัครราช จุฬารัตน, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1, หน้า 177.

<sup>19</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค (1-2), พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527), หน้า 377. , จิตติ ดิงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2526, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เวียนแก้วการพิมพ์ , 2526), หน้า 40.

<sup>20</sup> ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 323.

<sup>21</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค (1-2), หน้า 54-55.

<sup>22</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ สัญญา(พร้อมทั้งเวลาและอายุความ), หน้า 388.



หา "เจตนาร่วมกันของคู่สัญญา" พบ หรือต่างฝ่ายต่างกล่าวอ้างการตีความสัญญาที่จะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตน จึงต้องตีความสัญญาไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย โดยจะถือว่าบุคคลทั้งหลายทั่วไปย่อมหวังความสุจริตที่มีต่อกันและกัน ไม่มีใครเข้าทำสัญญาโดยคิดว่าอีกฝ่ายจะปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริต ด้วยเหตุนี้เมื่อข้อสัญญาทั้งหลายได้มีการตกลงและปฏิบัติต่อกันด้วยดี แม้บางข้อความจะมีได้ตกลงกันไว้แน่นอน ก็ยังต้องถือโดยปริยายว่าได้ตกลงกันไว้ตามความสุจริตต่อกัน ซึ่งก็คือ ถือตามความเข้าใจของวิญญูชนผู้กระทำการสุจริตในพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญา และวิญญูชนผู้กระทำการสุจริตจะประพฤติปฏิบัติต่อกันอย่างไร หากมีปกติประเพณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆ ศาลก็จะนำมาพิจารณาประกอบว่า ในการทำสัญญานั้นที่พิพาทกันนั้น ตามปกติประเพณีแล้วจะตกลงกัน หรือเข้าใจสัญญาเช่นนั้นว่าอย่างไร<sup>23</sup>

ในการตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีนั้น สิ่งที่จะต้องทราบ คือความหมายของการตีความตามความประสงค์ในทางสุจริต ซึ่งหมายถึงการตีความตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากไม่อาจหาเจตนาร่วมกันที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ เช่นนี้ ต้องถือเอาความเข้าใจของวิญญูชนในพฤติการณ์เช่นเดียวกับคู่สัญญามาเป็นเกณฑ์กำหนดความประสงค์ในทางสุจริต ว่าวิญญูชนผู้กระทำการสุจริตจะมีความเข้าใจอย่างไรในเรื่องนั้นๆ และหากมีปกติประเพณีในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาอย่างไร ถ้ามิได้มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นก็ย่อมคาดหมายได้ว่าคู่กรณีประสงค์จะถือตามปกติประเพณีด้วย<sup>24</sup>

ความหมายของปกติประเพณี ตามมาตรา 368 นั้น หมายถึง ประเพณีที่ถือปฏิบัติเป็นปกติต่อเนื่องกันและเป็นประเพณีที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญานั้น เป็นปกติประเพณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ดี แน่แน่นอนเป็นแบบอย่างเดียวกัน ชอบด้วยเหตุผลอันสมควรและไม่ขัดต่อกฎหมาย<sup>25</sup> แต่ปกติประเพณีเป็นเพียงหลักปฏิบัติสืบเนื่องกันมาโดยอาศัยความยินยอมของคู่สัญญา ปกติประเพณีเช่นนี้อาจถือปฏิบัติกันอย่างกว้างขวางก็ได้ หรือถือปฏิบัติกันแต่เพียงเฉพาะส่วนน้อยก็

<sup>23</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค (1-2), หน้า 337.

<sup>24</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งเวลาและอายุความ), หน้า 388

<sup>25</sup> ประมุข สวัสดิ์มงคล, "คำพิพากษาฎีกาและหมายเหตุ," บทบัญญัติ, เล่มที่ 21, ตอน 2 (เมษายน, 2506): 517-524.

ได้ เช่น เฉพาะบุคคลในวงการบางอาชีพก็ได้และไม่จำเป็นต้องเป็นประเพณีที่มีมานานแล้ว<sup>26</sup> ซึ่งเป็นข้อแตกต่างจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นถือเสมือนเป็นกฎหมาย เมื่อใดที่ไม่มีบทกฎหมายโดยตรงที่นำมาใช้แก้คดีได้ก็นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้โดยไม่คำนึงว่าคู่สัญญาจะมีเจตนายินยอมด้วยหรือไม่ ดังนี้ คำว่า “ปกติประเพณี” ตามมาตรา 368 จึงหมายถึง หลักปฏิบัติในการติดต่อกันในวงอาชีพต่างๆ ไม่ได้หมายถึงขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น<sup>27</sup>

จากความหมายของคำว่า “ปกติประเพณี” ประกอบกับเจตนาของคู่สัญญา ขอบเขตของปกติประเพณีที่จะนำมาตีความสัญญานั้น อาจสรุปได้ว่า ปกติประเพณีที่จะนำมาประกอบการตีความสัญญาได้นั้น หมายถึง

1. ปกติประเพณีที่เคยทำมาระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน หรือ แนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา เช่น กรณีเคยส่งข้าวสารชนิดที่ 1 มาให้กันเป็นเวลา 10 ปี ผู้ซื้อไปบอกชื่อข้าวสาร แม้จะมีได้ระบุชนิดลงไปก็ต้องแปลว่าเข้าใจกันดีแล้วว่าชื่อข้าวสารชนิดที่ 1 ดังที่เคยซื้อกันมา<sup>28</sup> หรือ กรณีซื้อขายน้ำอัดลมกันมาเป็นเวลานาน ซึ่งต้องมีการคืนขวด ดังนี้ ก็เป็นที่เข้าใจกันดีระหว่างคู่สัญญาว่า จะต้องมีการคืนขวด ดังนั้นปกติประเพณีที่เคยทำมาระหว่างคู่สัญญาด้วยกันหรือแนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญานั้นมีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

2. ประเพณีที่มีอยู่ในท้องตลาดหรือปกติประเพณีทางการค้า ซึ่งอาจแตกต่างกันตามประเภทของวิชาชีพ เช่น ปกติประเพณีในท้องตลาดมีว่า วันตรุษจีนเป็นวันหยุดซื้อขาย เลิกการทำงานต่างๆ หากทำสัญญาสีข้าวกันไว้ แต่มิได้กำหนดเวลาแน่นอน จะเรียกให้เขาเปิดโรงสีข้าวให้ในวันตรุษจีนนั้นเป็นการขอแปลสัญญาฝ่าฝืนปกติประเพณี<sup>29</sup>

<sup>26</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 241.

<sup>27</sup> อัครราชรุฬารัตน, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1, หน้า 179.

<sup>28</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค (1-2), หน้า 338.

<sup>29</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค (1-2), หน้า 338.

ในการทำสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาทางพาณิชย์นั้น มักมีจารีตประเพณีทางการค้าซึ่งเป็นที่ยอมรับในกิจการหรือวงการค้านั้นเป็นการเฉพาะ ประกอบกับวิสัยพหุคำที่มักนิยมทำสัญญาให้เสร็จโดยเร็ว หรือตราสารทางการค้านั้นไม่สะดวกที่จะเขียนข้อความโดยละเอียด หรือคู่สัญญาไม่ได้ระบุทุกข้อทุกประเด็นที่ตั้งใจจะให้ผูกพันซึ่งกันและกันไว้ในสัญญาทั้งหมด ปกติประเพณีก็จะเข้ามามีบทบาทในการตีความสัญญาโดยการนำปกติประเพณีมาประกอบการตีความสัญญา ดังนี้

1. การนำปกติประเพณีมาช่วยในการค้นหาความหมายของถ้อยคำ คือ ในกรณีข้อสัญญาเคลือบคลุม เนื่องจากถ้อยคำในสัญญามีความหมายกำกวม ไม่ชัดเจน หรือมีสองนัย หรือมีข้อโต้แย้งถึงความหมายพิเศษในทางการค้าหรือในท้องถิ่นหนึ่งเป็นการเฉพาะ อาจต้องอาศัยปกติประเพณีเป็นเครื่องช่วยค้นหาความหมายของถ้อยคำนั้น กล่าวคือ ถ้อยคำที่คู่สัญญาใช้ระหว่างกันนั้นอาจมีความหมายพิเศษตามแนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาหรือปกติประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือทางการค้าพาณิชย์ ดังนั้น จึงต้องอาศัยความหมายในทางการค้าพาณิชย์ประกอบการวินิจฉัย ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 804/2500 สัญญาเช่าระบุว่า ผู้เช่าจะไม่เอาที่ดินที่เช่าไปให้ผู้อื่นเช่าช่วงหรือโอนให้ผู้อื่นเช่าต่อไปและจะไม่ยอมให้ผู้ใดอาศัย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ให้เช่าเป็นลายลักษณ์อักษรก่อน ดังนี้ เมื่อพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีในทางธุรกิจซึ่งปกติทั่วไปของการทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ให้เช่าย่อมไม่ประสงค์ให้มีการเช่าช่วงต่อไป เนื่องจากจุดประสงค์สำคัญแห่งข้อสัญญาคือให้จำเลยเช่าเฉพาะตัวและคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้เช่า ฉะนั้นการที่จำเลยนำเอาอาคารโรงงานของจำเลยซึ่งปลูกอยู่บนที่ดินพิพาทออกให้เช่า เท่ากับจำเลยให้ผู้อื่นใช้ที่ดินพิพาทหรือให้ผู้อื่นอาศัยในที่ดินพิพาทแทนจำเลย โดยจำเลยไม่ได้ใช้ที่ดินพิพาทเอง อันมิใช่จุดประสงค์ของผู้ให้เช่า การกระทำของจำเลยถือได้ว่าผิดสัญญาเช่าแล้ว

2. การนำปกติประเพณีมาใช้โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา คือ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับกรณีที่เป็นปัญหาไว้ เนื่องจากคู่สัญญาเห็นว่า ข้อตกลงบางอย่างเป็นประเพณีที่ถือปฏิบัติกันเป็นปกติ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพูดหรือเขียนไว้ในสัญญาอีกก็ได้ เป็นที่เข้าใจกันดีว่าคู่สัญญาตั้งใจจะให้ข้อตกลงอันเป็นประเพณีที่ละไว้ นั้น กลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและบังคับได้ด้วย ซึ่งตามแนวคำพิพากษาฎีกา ศาลได้วางบรรทัดฐานโดยอาศัยหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) คู่สัญญาต้องมีได้แสดงเจตนาชัดเจนเป็นอย่างอื่น เมื่อใครทำสัญญาและมีได้ตกลงกันไว้ชัดเจนจำกัดหรือมิให้ใช้ประเพณีบังคับ ก็ต้องเข้าใจได้ว่าทำสัญญาโดยรับเอาประเพณีนั้นๆ มาเป็นข้อปฏิบัติต่อกันด้วย เป็นเรื่องที่รู้และเข้าใจกันดีจนถึงกับไม่ต้องพูดกันไว้ บางทีประเพณีปฏิบัติระหว่างกันเองตลอดมา การทำสัญญาอาจรับเอาข้อปฏิบัติเคยชินกันนั้น รู้ดีจนไม่ได้พูดกันไว้ก็ได้ เช่น ประเพณีการเล่นแชร์นั้น นายวงมีหน้าที่รวบรวมเงินจากลูกวง (คำพิพากษาฎีกาที่ 2209-2210/2516)

(2) ศาลจะยอมรับประเพณีใดก็ตามเมื่อปกติประเพณีนั้นเป็นที่รู้กันดีทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะโดยเหตุที่คู่สัญญาอยู่ในวงการวิชาชีพเดียวกัน หรืออยู่ในท้องถิ่นเดียวกัน หรือได้มีการแจ้งให้อีกฝ่ายทราบโดยชัดแจ้งแล้ว เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 845/2497 ประเพณีการขนส่งโดยเรือลำเลียงนั้น ผู้จัดการใหญ่ของจำเลยเองก็รับรองว่าเป็นที่ทราบกันดีทั่วไปว่า ถ้าเสียเวลาก็มีการคิดค่าเสียเวลาให้เรือลำเลียง เมื่อไม่ได้เขียนระบุไว้เป็นอย่างอื่น ประเพณีนั้นก็ย่อมใช้บังคับกันได้เท่ากับเป็นการตกลงกันโดยปริยาย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในค่าเสียเวลาแก่โจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 1375/2505 จำเลยรับจองระวางเรือเพื่อขนส่งสินค้าปอของโจทก์(ผู้ส่ง) จากท่าเรือกรุงเทพฯ ไปยังเมืองเกาชุง ประเทศไต้หวัน โดยคิดค่าระวาง 1,000 กิโลเมตร ต่อ 40 เหยี่ยวฮ่องกง แต่ในหนังสือรับจองระวางมิได้ระบุว่าจะต้องมัดสินค้าปอของโจทก์ให้แน่น ดังนี้ เมื่อมีประเพณีว่าการส่งปอทางเรือไปต่างประเทศ ผู้ส่งจะต้องมัดมัดมัดด้วยเครื่องให้แน่น และโจทก์ก็ได้ทราบประเพณีนี้ดีอยู่แล้ว ประเพณีเช่นนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งในข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยด้วย หากโจทก์ไม่ปฏิบัติตามประเพณีดังกล่าว จำเลยมีสิทธิบอกเลิกสัญญารับจองระวางเรือนั้นได้

## 2. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ตามร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ...

เนื่องจากประเทศไทยมิได้มีการแยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกจากกัน ทำให้ต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งกับธุรกรรมทางแพ่งและธุรกรรมทางพาณิชย์ ซึ่งธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากธุรกรรมทางแพ่ง ธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นเป็นธุรกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างพ่อค้ากับพ่อค้าด้วยกัน ในการทำธุรกรรมของพ่อค้านั้นย่อมต้องการความ

สะดวกรวดเร็ว เนื่องจากมีข้อจำกัดในเรื่องของระยะเวลา ระยะทางที่อยู่ห่างไกลกัน รวมถึงสภาพสินค้าที่อาจเกิดการเน่าเสียได้ ดังนั้นเพื่อที่จะขจัดปัญหาเหล่านั้นออกไป พ่อค้าจึงนำการปฏิบัติรูปแบบเดิมๆระหว่างพ่อค้าด้วยกัน มาสร้างเป็นจารีตประเพณีทางการค้าขึ้น ซึ่งจารีตประเพณีทางการค้านั้นก็มีได้หลากหลายแตกต่างกันไปตามประเภทของธุรกิจ หรือประเภทของสินค้า ดังนั้นเพื่อความเข้าใจถูกต้องตรงกันถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้มีการบัญญัติถึงจารีตประเพณีทางการค้าไว้โดยเฉพาะ โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นบัญญัติถึงจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามมาตรา 4 แต่ปัญหาก็คือ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น ไม่ใช่จารีตประเพณีทางการค้า แต่จารีตประเพณีทางการค้าบางประเภทอาจถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น จึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่าการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยมาตรา 4 นั้น อาจเกิดขึ้นได้ยาก และนอกจากนั้นหากรอให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้มาใช้โดยการตีความตามมาตรา 368 ก็อาจมีปัญหาในกรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญานั้นไม่ต้องมีการตีความ ดังนั้นโอกาสที่จะนำมาใช้ก็อาจจะไม่มี ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในร่างพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์เพื่อให้สอดคล้องกับหลักปฏิบัติทางการค้าและจารีตประเพณีทางการค้าทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ

## 2.1 เหตุผลในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ.<sup>30</sup>

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมิได้มีการบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์แยกต่างหากจากสัญญาซื้อขายทางแพ่งไว้โดยเฉพาะ ซึ่งการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขายนั้นออกมาไว้สำหรับการซื้อขายทางแพ่งในประเทศโดยเฉพาะนั้นมาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์และการซื้อขายสินค้านระหว่างประเทศด้วยนั้น ทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักปฏิบัติและจารีตประเพณีทางการค้าทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ เนื่องจาก สภาพและลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างพ่อค้าพาณิชย์หรือคู่กรณีในทางการค้าพาณิชย์นั้น มีความแตกต่างจากนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกันเองอย่างมากมายหลายประการ กฎเกณฑ์กติกาที่ถือกันว่าถูกต้องและเป็นธรรมระหว่างปัจเจกบุคคลทั่วไป อาจจะเป็นกฎกติกาที่ขัดแย้งกับจารีตประเพณีทางการค้า หรือแนวทางปฏิบัติในวงการค้าแต่ละแขนง หรือแม้แต่นำแนวทางปฏิบัติระหว่างพ่อค้าที่เป็นคู่กรณีอย่างรุนแรงก็ได้ ทำให้เกิดอุปสรรคในทางการค้า และ

<sup>30</sup> คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, “แนวทางในการยกร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์” เอกสารเผยแพร่จาก <http://www.cabinet.thaigov.go.th/legal/result1.asp>

การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีความสำคัญอย่างยิ่งในปัจจุบัน เนื่องจากเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยกระตุ้นการเจริญเติบโตในทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นสัญญาหลักที่สร้างความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในแง่สิทธิและหน้าที่ตามสัญญา และมีสัญญาอื่นๆเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น สัญญาขนส่ง สัญญาประกันภัย และสัญญาที่เกี่ยวกับการชำระสินค้าระหว่างประเทศ เป็นต้น

ในปัจจุบัน แม้ว่าประเทศไทยจะมีการซื้อขายกับต่างประเทศจำนวนมาก แต่ประเทศไทยก็ยังไม่มีความหมายเฉพาะที่จะใช้บังคับแก่ข้อพิพาทด้านการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ทั้งยังมิได้เป็นภาคีสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ทำให้ในทางปฏิบัติศาลไทยต้องปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายภายในกับข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เป็นผลให้เกิดปัญหาการปรับใช้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้รับการบัญญัติให้มุ่งใช้กับนิติกรรมภายในประเทศเป็นหลัก แต่บทบัญญัติดังกล่าวมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะนำมาใช้กับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ บ่อยครั้งจึงเกิดปัญหาเรื่องการไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติและจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง จึงได้ให้เหตุผลในการร่าง พ.ร.บ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ ดังนี้ คือ<sup>31</sup>

1. เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยซื้อขายที่ใช้อยู่แบบไว้สำหรับการซื้อขายภายในประเทศเท่านั้น เนื้อหาไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายและประเพณีทางการค้าที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน
2. แม้ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีใน CISG แต่ก็ควรเข้าโดยไม่จำเป็นต้องตั้งข้อสงวนใดๆ ไว้เลย เพราะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กันเป็นส่วนใหญ่ในปัจจุบันอยู่แล้ว
3. ในระหว่างที่ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีใน CISG จึงควรรับตรากฎหมายเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการใน CISG

<sup>31 31</sup> คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, "แนวทางในการยกร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์" เอกสารเผยแพร่จาก <http://www.cabinet.thaigov.go.th/legal/result1.asp>

4. กฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ไม่ควรบัญญัติรวมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ควรแยกออกมาบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะทำนองเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเล

5. ปัจจุบันประเทศไทยมีการซื้อขายอยู่ 3 ระบบ คือ การซื้อขายทางแพ่ง การซื้อขายทางพาณิชย์ในประเทศ การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น การที่ประเทศไทยมีกฎหมายบังคับใช้ถึง 3 ระบบ ทำให้เกิดความยุ่งยากในการบังคับใช้กฎหมาย ประเทศไทยควรปรับมาใช้เพียง 2 ระบบ คือ การซื้อขายทางแพ่ง ให้นำระบบกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ การซื้อขายทางพาณิชย์และการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ควรนำการซื้อขายสองระบบนี้มาอยู่ในบังคับของกฎหมายเดียวกัน เพื่อยกระดับฐานะในการซื้อขายทางพาณิชย์ภายในประเทศ ให้เป็นสากลมากขึ้น

6. สำหรับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์นั้น ควรที่จะแยกออกมาต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เหมาะสมกับจารีตประเพณีในทางการค้าให้มากที่สุด โดยกฎหมายซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ที่จะแยกออกมานี้ ควรให้อยู่ในมาตรฐานเดียวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้พ่อค้าไทยคุ้นเคยกับมาตรฐานสากล และทำการค้ากันในมาตรฐานสากล เมื่อขยายกิจการไปทำการค้ากับต่างประเทศจะไม่สับสนเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับ

## 2.2 การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ...

ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าไว้ โดยให้คำนิยามถึง “จารีตประเพณีทางการค้า” ไว้ และมีการบัญญัติถึงลำดับการใช้กฎหมายโดยมีการบัญญัติให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ดังนี้

มาตรา 3 วรรคเจ็ด ร่างพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ พ.ศ... ได้ให้คำนิยามคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” ไว้ดังนี้

“ประเพณีทางการค้า” หมายความว่า ประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและถือปฏิบัติกันอยู่เป็นปกติระหว่างผู้ค้าขายสินค้านั้น ทั้งคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องก็ได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงความมีอยู่ของประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวด้วย (มาตรานี้มีที่มาจาก

CISG Article 9)

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรัญ ภักดีธนากุล<sup>32</sup> ได้อธิบาย มาตรา 3 วรรค 7 ดังกล่าวไว้ว่า มาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติว่าด้วยนิยามศัพท์ มีการเพิ่มเติมคำว่า “ประเพณีทางการค้า” ซึ่งใน CISG มิได้มีการเขียนถึงคำนิยามนี้ไว้อย่างชัดเจนแต่ได้แทรกอยู่ใน CISG Article 9 แต่ร่าง พ.ร.บ. ฉบับนี้เขียนแยกไว้อย่างชัดเจน และใช้คำว่า ประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติเพื่อให้กว้างถึง แนวปฏิบัติ (practice) ด้วย โดยมีเงื่อนไข คือ

1. เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย: widely know
2. ถือปฏิบัติเป็นปกติ: regularly observed by
3. คู่สัญญารายนี้รู้หรือควรได้รู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว

ตัวอย่างของประเพณีทางการค้า เช่น ประเพณีทางการค้าบางประเภทจะไม่ได้มีความหมายความเข้าใจดังที่บุคคลทั่วไปเข้าใจกัน อย่างเช่น น้ำหนักของสินค้าบางประเภท 1 ตัน ของสินค้านั้นอาจมิได้หมายถึงน้ำหนัก 1000 กิโลกรัมอย่างที่คนทั่วไปรู้กัน แต่หมายถึงน้ำหนัก 1200 กิโลกรัม หรืออีกตัวอย่างคือ ในการบอกกล่าว วิธีการบอกกล่าวต้องทำอะไรในการซื้อขายสินค้าชนิดนั้น ก็อาจแตกต่างกันออกไป

ส่วนลำดับในการปรับใช้กฎหมายนั้น มาตรา 8 แห่ง ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิหน้าที่และนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายให้เป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญา เรื่องใดที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ก็ให้บังคับตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หากไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้น ให้บังคับตามประเพณีทางการค้า และหลักทั่วไปแห่งกฎหมายตามลำดับ และหากประเพณีทางการค้าและหลักกฎหมายทั่วไปก็ไม่มีด้วยซ้ำ ท่านให้บังคับตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายทั่วไป” (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ และ พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์)

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวสามารถสรุปลำดับในการใช้กฎหมายได้ดังนี้ คือ

1. ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา
2. บทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้

<sup>32</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, สรุปประเด็นการประชุมร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์, ครั้งที่ 6 วันที่ 2 มีนาคม 2549



3. จารัตประเพณีทางการค้า
4. หลักทั่วไปแห่งกฎหมาย
5. กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายทั่วไป (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์)

จากบทบัญญัติมาตรา 8 จะเห็นได้ว่าการนำจารัตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามมาตรา นี้ คือหากคู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาประการใดก็จะเป็นไปตามที่ตกลง โดยคู่สัญญาสามารถตกลงให้นำจารัตประเพณีทางการค้าใดมาใช้กับสัญญาของตนก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาถึงการนำ จารัตประเพณีทางการค้ามาใช้ แต่ในทางปฏิบัติข้อตกลงบางอย่างเป็นประเพณีที่ถือปฏิบัติกันเป็น ปกติ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพูดหรือเขียนไว้ในสัญญา อีกก็ได้ เป็นที่เข้าใจกันดีว่าคู่สัญญาตั้งใจจะให้ข้อตกลงอันเป็นประเพณีที่ละไว้ นั้นกลายเป็นส่วน หนึ่งของสัญญา ก็จะถือว่าประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ปฏิบัติต่อกันมานั้นเข้าตามลำดับแรก คือถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา โดยจารัตประเพณีทางการค้าประเภทนี้นั้นอาจไม่จำเป็นต้อง เป็นประเพณีทางการค้าที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและถือปฏิบัติกันอยู่เป็นปกติระหว่างผู้ขายสินค้า ชนิดนั้นก็ได้ แต่อาจเป็นเพียงจารัตประเพณีทางการค้าหรือแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้น ระหว่างกันก็ได้ และใช้บังคับกันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว

ส่วนจารัตประเพณีทางการค้าที่นำมาใช้ตามลำดับที่ 3 คือ หากไม่มีบทบัญญัติใน พระราชบัญญัตินี้ ให้บังคับตามประเพณีทางการค้า โดยจารัตประเพณีทางการค้าที่จะใช้ ตามลำดับนี้นั้น จะต้องเป็นจารัตประเพณีทางการค้าที่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรค 7 คือ "เป็นประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและถือปฏิบัติกันอยู่ เป็นปกติระหว่างผู้ค้าขายสินค้าชนิดนั้น ทั้งคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องก็ได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงความมีอยู่ ของประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวด้วย" ซึ่งจารัตประเพณีทางการค้าประเภทนี้นั้นจะต้อง เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดคือ เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย ถือปฏิบัติเป็นปกติ และคู่สัญญารายนี้ รู้หรือควรจะได้รู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว

ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าการนำจารัตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามลำดับที่ 3 นั้น ถือว่า เป็นการนำมาใช้ในฐานะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย โดยสามารถนำมาใช้โดยการอุดช่องว่างแห่ง กฎหมายได้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้ถึงประเด็นนั้น โดยมาตรานี้สามารถ เทียบเคียงได้กับมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ดี ผู้ร่างมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป โดยผู้ร่างเห็นว่าในเรื่องของ ประเพณีทางการค้านี้ให้มีผลโดยถือว่าเป็นข้อสัญญาเมื่อมีข้อสัญญาให้ใช้ประเพณีทางการค้า ใน ฐานะข้อตกลงแห่งสัญญา ซึ่งจะอยู่ในลำดับที่ 1 ส่วนประเพณีทางการค้าที่เป็นการปฏิบัติกัน ระหว่างคู่สัญญาถึงแม้ไม่ได้เขียนไว้ในสัญญา ก็อาจถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาโดยปริยาย ซึ่งก็จะจัด อยู่ในลำดับที่ 1 และการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้นั้นควรจะเป็นไปตาม CISG Article 9 คือ จารีตประเพณีทางการค้านั้นไม่นำมาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมาย แต่เป็นข้อตกลงโดยปริยาย อันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา<sup>33</sup>



# ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>33</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, สรุปประเด็นการประชุมร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้า ทางพาณิชย์, ครั้งที่ 6 วันที่ 2 มีนาคม 2549.

## บทที่ 5

### วิเคราะห์และเปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างประเทศและอนุสัญญาระหว่างประเทศกับกฎหมายไทย

ในบทนี้จะได้ศึกษาถึงความแตกต่างของหลักในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ โดยกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้แก่ กฎหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (UCC), กฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) และประมวลว่าด้วยหลักเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ (UNIDROIT) ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 โดยจะนำมาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ ของประเทศไทย ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 โดยจะศึกษาถึงความแตกต่างในประเด็นต่างๆ ดังนี้

#### 1. ขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมาย

เมื่อศึกษาถึงขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายของกฎหมายต่างๆ พบว่ามีความแตกต่างกัน คือ CISG นั้น มุ่งที่จะใช้กับการซื้อขายระหว่างประเทศที่คู่สัญญานั้นมีสถานที่ตั้งธุรกิจอยู่คนละประเทศกัน<sup>1</sup> และ CISG นั้นมุ่งที่จะใช้กับการซื้อขายทางสินค้าระหว่างประเทศ โดยไม่ได้นำไปใช้กับการซื้อขายกับผู้บริโภค การประมูล การขายทอดตลาด นอกจากนั้น CISG นำมาใช้เฉพาะกับเรื่องการค้าเท่านั้น<sup>2</sup> ส่วน UNIDROIT นั้นเป็นหลักทั่วไปที่นำมาใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยไม่ได้เน้นเรื่องการค้าอย่างเดียว แต่รวมถึงสัญญาอื่นๆ ทางพาณิชย์ด้วย<sup>3</sup> UCC ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเกี่ยวกับธุรกรรมทางแพ่งและทางพาณิชย์

<sup>1</sup> CISG Article 1 (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States

<sup>2</sup> CISG Article 2 This Convention does not apply to sales:  
(a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;

<sup>3</sup> Unidroit Preamble (Purpose of the Principles)  
These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

รวมเข้าไว้ด้วยกัน แต่มีบทบัญญัติบางมาตราที่ใช้บังคับกับพ่อค้าหรือผู้บริโภคนั้น ในขณะที่เป็นบทเฉพาะหรือบทยกเว้น ซึ่งบุคคลดังกล่าวได้รับผลทางกฎหมายแตกต่างกัน โดยใช้วิธีการแยกระหว่างระหว่างบุคคลที่เป็นพ่อค้า และผู้บริโภค โดยกำหนดค่านิยามคำว่าพ่อค้าและนิยามคำว่าผู้บริโภคเอาไว้ ส่วนกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น นั้นมีการแยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกจากกัน โดยประมวลกฎหมายแพ่งก็ใช้กับธุรกรรมทางแพ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์ก็ใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ การแยกกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นทำให้นำประมวลกฎหมายพาณิชย์ไปใช้เฉพาะกับธุรกรรมทางพาณิชย์เท่านั้น การบังคับใช้ CISG ที่ให้นำไปใช้เฉพาะกับการซื้อขายระหว่างประเทศโดยไม่นำไปใช้กับผู้บริโภค และ UNIDROIT ที่ใช้เฉพาะกับธุรกรรมทางพาณิชย์ และ UCC ที่แม้จะรวมหลักกฎหมายซื้อขายทางแพ่งและทางพาณิชย์เข้าไว้ด้วยกันแต่ก็มีการแยกการบังคับใช้สัญญาซื้อขายทางพาณิชย์กับสัญญาซื้อขายทางแพ่งโดยมีบทบัญญัติบางมาตราที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบของบุคคลที่เป็นพ่อค้า บุคคลที่ไม่ใช่พ่อค้าและผู้บริโภคไว้แตกต่างกัน

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการแยกใช้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับธุรกรรมทางแพ่งและพาณิชย์ออกจากกันนั้นมีข้อดี คือ เนื่องจากบุคคลที่เป็นพ่อค้าและบุคคลที่ไม่ใช่พ่อค้ามีความรู้ ความชำนาญ ความเป็นมืออาชีพ ที่แตกต่างกัน ดังนั้นกฎหมายควรให้ความคุ้มครองในลักษณะของความเป็นจริงซึ่งบุคคลเหล่านี้ในปัจจุบันอยู่ในสถานะที่แตกต่างกัน การเจรจาต่อรองในการทำสัญญาเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบุคคลระหว่างพ่อค้ากับผู้บริโภคมีความไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้นกฎหมายต้องแยกความแตกต่างของสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบให้ชัดเจน เพื่อความเป็นธรรมของคู่สัญญา แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องมีกฎหมายที่สอดคล้องกับจารีตประเพณีทางการค้าซึ่งเป็นหลักที่สำคัญอย่างยิ่งในทางธุรกิจการค้า เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ธุรกิจการค้าเจริญเติบโตยิ่งขึ้นไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วนั้นมีความแตกต่างจากกฎหมายไทยที่รวมประมวลแพ่งและพาณิชย์ไว้ที่เดียวกัน ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งนั้นต้องใช้กับธุรกรรมทั้งทางแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทำให้บทบัญญัติทางแพ่งก็นำมาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ด้วย ซึ่งบทบัญญัติบางประการก็ไม่สอดคล้องกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นในการร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ ขึ้นมาเพื่อบังคับใช้กับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศเพื่อให้มีบทบัญญัติที่เหมาะสมกับทำธุรกรรมทางพาณิชย์ของพ่อค้าและมีความสอดคล้องกับจารีตประเพณีทางการค้า

## 2. การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้และผลทางกฎหมายของจารีตประเพณีทางการค้า

การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดย CISG มีบทบัญญัติรองรับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ โดยบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ในมาตรา 9<sup>4</sup> คือ (1) กำหนดให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนได้ตกลงกันและแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน และ (2) คู่สัญญาจะต้องผูกพันโดยปริยายกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญารู้หรือควรที่จะรู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนกัน ในการค้าประเภทนั้น ซึ่งการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยมาตรา 9 (1) ในส่วนของแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกันนั้น คือ เป็นการปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาที่มีรูปแบบซ้ำๆ เหมือนที่เคยปฏิบัติกันมาในสัญญาก่อนๆ และเป็นที่ยอมรับระหว่างคู่สัญญาจนไม่ต้องเขียนไว้ในสัญญาอีก ทำให้ภายใต้สถานการณ์เช่นเดิมคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถคาดการณ์ได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติต่อตนเช่นใด ดังนั้น คู่สัญญาจึงต้องผูกพันตามแนวปฏิบัติที่ตนได้สร้างขึ้น

จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกันนั้น เป็นการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามหลักอิสระในการแสดงเจตนา โดยคู่สัญญาตกลงที่จะใช้จารีตประเพณีทางการค้าใดก็ได้มาใช้กับสัญญาของตน ก็จะเป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาตกลงเอาจารีตประเพณีทางการค้าใดมาใช้ จารีตประเพณีทางการค้านั้นก็จะกลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และจารีตประเพณีทางการค้าภายใต้มาตรา 9(1) นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่ยอมรับกันในทางการค้าระหว่างประเทศ แม้เป็นจารีตประเพณีทางการค้าแห่งท้องถิ่น ก็ผูกพันคู่สัญญาได้เท่าเทียมกับจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน และไม่

<sup>4</sup> CISG Article 9(1) The parties are bound by any usages to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have implied made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

จำเป็นต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางก็ผูกพันคู่สัญญาได้ ส่วนการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามมาตรา 9(2) ที่กำหนดให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญารู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนๆ กันนั้น ในการค้าประเภทนั้น ถือได้ว่าเป็นการตกลงนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้เพราะสถานการณ์แวดล้อมต่างๆ ทำให้ต้องนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ระหว่างกัน ซึ่งเท่ากับว่าไม่ได้เป็นเพราะเจตนากรรมของคู่สัญญา ดังนั้น จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาต้องผูกพันตาม มาตรา 9(2) นั้นใช้กับกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันตาม มาตรา 9(1) นอกจากนั้น จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันตาม มาตรา 9(2) นั้นมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศ ไม่ได้หมายความว่า จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันนั้นไม่จำเป็นจะต้องมีความเป็นสากล แต่มีความหมายเพียงว่า จารีตประเพณีทางการค้านั้นได้ถูกรับไปปฏิบัติในธุรกรรมระหว่างประเทศและพ่อค้าในวงการค้าส่วนใหญ่ได้ยอมรับจารีตประเพณีทางการค้านั้น ดังนั้น จารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันในท้องถิ่นก็อาจบังคับใช้กับคู่สัญญาตาม มาตรา 9(2) ได้ ถ้าเห็นว่าคู่สัญญาในสถานการณ์เดียวกันรู้และได้มีการปฏิบัติต่อกันตามจารีตประเพณีทางการค้านั้น เช่น จารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ ณ ท่าเรือแห่งหนึ่งเกี่ยวกับการขนถ่ายสินค้า ถ้าถูกนำมาใช้กับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ ก็ถือได้แล้วว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีความเป็นระหว่างประเทศ นอกจากนั้น มาตรา 9(2) ยังกำหนดให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญารู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น ในกรณีที่คู่สัญญาได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้นก็ไม่มีประเด็นที่เป็นปัญหา แต่กรณีที่เป็นปัญหาคือ คู่สัญญาไม่เคยรู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาก่อน แต่ถูกถือว่าควรจะได้รู้ ซึ่งทำให้คู่สัญญาอาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่ใส่ใจก็ได้ ดังนั้น คู่สัญญาอาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีที่ตนไม่ได้ตกลงกันไว้ แต่ถือว่าจารีตประเพณีทางการค้านี้มีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะเป็นข้อสัญญาโดยปริยาย

นอกจากการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามมาตรา 9 แล้ว CISG ยังได้บัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้าใช้ในการตีความเจตนาคู่สัญญา ตามมาตรา 8<sup>5</sup> ซึ่งนำมาใช้

<sup>5</sup> CISG Article 8 (1) For the purpose of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the party knew or could have been unaware what his intent was.

ในกรณีที่ มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะเพราะข้อสัญญามีความไม่ชัดเจน กำกวม มีความหมายได้หลายนัย หรือคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในเรื่องพิพาทไว้เลย ทำให้ไม่ทราบว่าคุณสัญญาที่มีความประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร มีปัญหาว่าจะบังคับตามสัญญาหรือกำหนดสิทธิหน้าที่ของคุณสัญญาอย่างไร ซึ่งมาตรา 8 (3) ได้บัญญัติว่า ในการตีความเจตนาของคุณสัญญาหรือความหมายตามที่วิญญูชนในฐานะเดียวกันกับคู่สัญญาเข้าใจ ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดรวมทั้งการเจรจาต่อรอง แนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน จารีตประเพณีทางการค้า และการกระทำภายหลังสัญญาของคุณสัญญา โดยในมาตรา 8(3) นี้ได้วางหลักในการตีความสัญญา เพื่อให้การตีความสัญญานั้นเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยยกตัวอย่างของพฤติการณ์ทั้งปวงที่จะนำมาพิจารณาในการตีความ ซึ่งรวมถึงจารีตประเพณีทางการค้าด้วย ซึ่งคำว่า "จารีตประเพณีทางการค้า" ตามมาตรา 8(3) นั้น มีการโต้เถียงกันว่ามีขอบเขตการใช้เหมือนกับ "จารีตประเพณีทางการค้า" ตามมาตรา 9 หรือไม่ ซึ่งมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า "จารีตประเพณีทางการค้า" ตามมาตรา 8(3) นั้นแตกต่างจากมาตรา 9 คือ จารีตประเพณีทางการค้า ตามมาตรา 8(3) นั้นอาจเป็นจารีตประเพณีทางการค้าแห่งท้องถิ่นหรือจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันภายในประเทศก็สามารถนำมาพิจารณาประกอบการตีความเจตนาของคุณสัญญาได้ แต่จารีตประเพณีทางการค้าตามมาตรา 9 นั้นมีลักษณะเป็นระหว่างประเทศ<sup>6</sup>

ส่วนการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดย UNIDROIT ก็มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ในมาตรา 1.9<sup>7</sup> ซึ่งบัญญัติไว้ว่า (1) คู่สัญญา

---

(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

<sup>6</sup>CLOUT case No. 240 (Oberster Gerichtshof Austria 15 October 1998)

<sup>7</sup>Unidroit Article 1.9 The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

จะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน และแนวปฏิบัติทางการค้าที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน (2) ให้คู่สัญญาต้องผูกพันตามจารีตประเพณีทางการค้า ที่เป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายและได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในระหว่างคู่สัญญาที่ทำธุรกิจนั้น ยกเว้นคู่สัญญาไม่ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล ซึ่งมาตรา 1.9 นี้ได้บัญญัติไว้เหมือน CISG มาตรา 9 ทุกประการ แต่มีความแตกต่างกันตรงที่ UNIDROIT ได้เพิ่มรายละเอียดที่ว่าคู่สัญญาไม่ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล โดยมีเหตุผลว่า ในบางกรณีจารีตประเพณีทางการค้าอย่างหนึ่งอาจได้รับการปฏิบัติกันอย่างแพร่หลายในธุรกิจนั้นๆ แต่อาจไม่เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างความสัมพันธ์ของคู่กรณีก็ได้ อาจเป็นเพราะคู่สัญญาได้มีการตกลงกำหนดเงื่อนไขกันให้แตกต่างออกไปจากที่คนส่วนใหญ่ทำการค้ากันอยู่ จารีตประเพณีทางการค้านั้นจึงไม่อาจนำมาใช้กับกรณีที่เกิดขึ้น ในส่วนของผลทางกฎหมายของจารีตประเพณีทางการค้าหรือแนวปฏิบัติใดๆที่คู่สัญญาต้องผูกพันตามมาตรา 1.9 นี้ คือ มีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะเป็นส่วนหนึ่งข้อสัญญา และถ้าหากจารีตประเพณีทางการค้าที่เข้าตามเงื่อนไขของมาตรานี้ขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนี้ ให้ถือจารีตประเพณีทางการค้าเป็นหลัก เนื่องจากตามมาตรานี้จารีตประเพณีทางการค้ามีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะเป็นข้อสัญญา

นอกจากนั้น UNIDROIT ยังได้บัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในการตีความเจตนาของคู่สัญญา ตามมาตรา 4.3<sup>8</sup> ซึ่งมีหลักการเดียวกับ CISG มาตรา 8(3) โดยมาตรา

---

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

<sup>8</sup> Article 4.3

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) preliminary negotiations between the parties;
- (b) practices which the parties have established between themselves;
- (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) the nature and purpose of the contract;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
- (f) usages.



4.3 ได้กำหนดถึงพฤติการณ์ที่สำคัญไว้ โดยการกำหนดว่า การหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาหรือ การพิจารณาความเข้าใจของวิญญูชนนั้นให้พิจารณาถึงพฤติกรรมทั้งปวง ซึ่งรวมถึง จารีต ประเพณีทางการค้าด้วย

ในการหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาหรือความเข้าใจของวิญญูชนนั้นให้พิจารณาถึง พฤติกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งพฤติการณ์ตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 4.3 นั้น เป็นเพียงตัวอย่างของ พฤติกรรมสำคัญที่นำมาประกอบในการตีความเท่านั้น มิได้จำกัดเฉพาะ 6 กรณีที่กำหนดไว้ พฤติกรรมที่กำหนดไว้ในมาตรานี้

UCC ของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้มีการบัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้า มาใช้อย่างชัดเจน ตามมาตรา 1-303<sup>9</sup> โดย มีการนิยามศัพท์ทางการค้าไว้ 3 ประเภทด้วยกัน คือ (a) แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (course of performance) (b) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) (c) จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade)

---

<sup>9</sup>UCC Article 1-303 (a) A "course of performance" is a sequence of conduct between the parties to a particular transaction that exists if: (1) the agreement of the parties with respect to the transaction involves repeated occasions for performance by a party; and (2) the other party, with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it, accepts the performance or acquiesces in it without objection.

(b) A "course of dealing" is a sequence of conduct concerning previous transactions between the parties to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.

(c) A "usage of trade" is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a trade code or similar record, the interpretation of the record is a question of law.

นอกจากการนิยามศัพท์แล้ว UCC ได้วางหลักในคู่สัญญาต้องผูกพันแนวปฏิบัติทางการค้า (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) และจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) โดยถือว่าเป็นส่วนเสริมของสัญญา และนำมาใช้ในการตีความเจตนาและการกระทำใดๆ ของคู่สัญญา รวมทั้งนำมาใช้ในการให้ความหมายและเป็นการเสริมรายละเอียดที่ชัดเจนขึ้นของถ้อยคำในข้อตกลง โดยการนำมาใช้นั้นมีเงื่อนไขว่าคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องรู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การบัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ UCC นั้นมีความชัดเจนมากเนื่องจากได้จำแนกประเภทของคำเฉพาะทางการค้า (Trade Term) โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ตามลำดับความสำคัญสำหรับความสัมพันธ์ในทางการค้า และแต่ละประเภทยังได้ให้ความหมายว่ามีขอบเขตแค่ไหน รวมทั้งวิธีการที่จะนำมาใช้ ซึ่งแตกต่างจาก CISG และ UNIDROIT ที่ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่าแนวปฏิบัติทางการค้าและจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้เลย

การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1<sup>10</sup> ว่า ถ้ามีปัญหาเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ ถ้าหากไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ที่จะมาปรับใช้ได้ให้นำกฎหมายจารีตประเพณีทางการค้า (Commercial customary Law) มาใช้ และถ้าหากไม่มีกฎหมายเช่นนั้นให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่า การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาปรับใช้กับสัญญานั้น จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายพาณิชย์ ดังนั้น จึงถือได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย ซึ่งนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายนี้มาปรับใช้แก้คดี ซึ่งการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นนี้ ไม่ได้ถูกนำมาใช้โดยถือว่าเป็นเจตนาของคู่สัญญาซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าเนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้านี้มีผลเป็นกฎหมาย โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคู่สัญญาจะมีเจตนาที่จะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้หรือไม่ก็ตาม เว้นแต่คู่สัญญาจะต้องตกลงกันโดยชัดแจ้งว่าจะไม่นำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้

<sup>10</sup>Commercial code of Japan Article 1 As to a commercial matter, The commercial customary law shall apply if there are no provisions in this Code; and the civil code shall apply,if there no such law.

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทบัญญัติมาตรานี้ ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” เอาไว้ และไม่ได้กำหนดขอบเขตว่ามีเพียงใดและครอบคลุมเรื่องใดบ้าง ซึ่งแตกต่างจาก UCC ซึ่งได้ให้นิยามคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” รวมถึงแนวปฏิบัติ และวิธีการตกลงทางการค้า เอาไว้อย่างชัดเจน และได้กำหนดขอบเขตและลำดับการนำมาใช้ด้วย

สำหรับประเทศไทยมิได้มีการแยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกจากกัน ดังนั้นจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ทั้งกับธุรกรรมทางแพ่งและธุรกรรมทางพาณิชย์ โดยการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้โดยตรงเหมือนกฎหมายอื่นๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่จารีตประเพณีทางการค้านั้นอาจนำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามมาตรา 4 วรรคสอง เนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างอาจจัดได้ว่ามีลักษณะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เช่น จารีตประเพณีเกี่ยวกับการค้าขายทางทะเล จารีตประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับผลิตผลทางการเกษตร การประมง ผัก ผลไม้ เป็นต้น แต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้าทั้งหมดจะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ดังนั้นจึงอาจเกิดปัญหาในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามมาตรานี้ กล่าวคือ ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนเนื่องจากการพิจารณาว่าจารีตประเพณีทางการค้าใดเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลว่าศาลจะตีความว่าจารีตประเพณีทางการค้าใดถือว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ซึ่งถ้าหากศาลไทยพิจารณาว่าจารีตประเพณีทางการค้ามีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอย่างหนึ่งแล้ว ก็จะทำให้ศาลไทยสามารถที่จะนำเอาจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ และในทางกลับกันหากศาลไทยพิจารณาว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้น ไม่มีฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นแล้ว ศาลไทยก็ไม่สามารถนำเอาจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมายเป็นอย่างมาก

แต่อย่างไรก็ดี จารีตประเพณีทางการค้านั้นอาจนำมาใช้ในการตีความสัญญาได้ ตามมาตรา 171 เรื่องการตีความการแสดงเจตนา ประกอบกับมาตรา 368 การตีความสัญญา เพราะคำว่า “ปกติประเพณี” ตามมาตรา 368 นั้นหมายถึง ประเพณีที่ถือปฏิบัติเป็นปกติต่อเนื่องกันและเป็นประเพณีที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญานั้น เป็นปกติประเพณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ดี แน่หนอนเป็นแบบอย่างเดียวกัน ชอบด้วยเหตุผลอันสมควรและไม่ขัดต่อกฎหมาย แต่ปกติประเพณีเป็นเพียงหลักปฏิบัติสืบเนื่องกันมาโดยอาศัยความยินยอมของคู่สัญญา ปกติประเพณีเช่นนี้อาจถือ

ปฏิบัติกันอย่างกว้างขวางก็ได้ หรือถือปฏิบัติกันแต่เพียงเฉพาะส่วนน้อยก็ได้ เช่น เฉพาะบุคคลในวงการบางอาชีพก็ได้และไม่จำเป็นต้องเป็นประเพณีที่มีมานานแล้ว

จากความหมายของคำว่า “ปกติประเพณี” อาจถือได้ว่า จารีตประเพณีทางการค้านั้น เป็นปกติประเพณี ดังนั้น จึงสามารถนำจารีตประเพณีทางการค้ามาประกอบการตีความสัญญาได้ โดยนำจารีตประเพณีทางการค้ามาช่วยในการค้นหาความหมายของถ้อยคำ คือ ในกรณีข้อสัญญาเคลือบคลุม เนื่องจากถ้อยคำในสัญญามีความหมายกำกวม ไม่ชัดเจน หรืออาจมีหลายนัย หรือมีข้อโต้แย้งถึงความหมายพิเศษในทางการค้าหรือในท้องถิ่นหนึ่งเป็นการเฉพาะ อาจต้องอาศัยจารีตประเพณีทางการค้าเป็นเครื่องช่วยค้นหาความหมายของถ้อยคำนั้น และนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในการตีความสัญญาโดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา คือ ในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับกรณีที่เป็นปัญหาไว้ เนื่องจากคู่สัญญาเห็นว่า ข้อตกลงบางอย่างประเพณีที่ถือปฏิบัติกันเป็นปกติ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพูดหรือเขียนไว้ในสัญญาอีกก็ได้ เป็นที่เข้าใจกันดีว่าคู่สัญญาตั้งใจจะให้ข้อตกลงอันเป็นประเพณีที่ละไว้นั้น กลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและบังคับได้ด้วย โดยมีเงื่อนไข คือ คู่สัญญาต้องมีได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งว่าจะไม่นำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้กับสัญญาของตน และประเพณีนั้นเป็นที่รู้กันดีทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะโดยเหตุที่คู่สัญญาอยู่ในวงการวิชาชีพเดียวกัน หรืออยู่ในท้องถิ่นเดียวกัน หรือได้มีการแจ้งให้อีกฝ่ายทราบโดยชัดแจ้งแล้ว

ดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจก่อให้เกิดอุปสรรค เพราะการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยมาตรา 4 นั้น อาจเกิดขึ้นได้ยากเนื่องจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นไม่ได้มีความหมายถึงจารีตประเพณีทางการค้า แต่มีจารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างเท่านั้นที่อาจถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และนอกจากนั้นหากกรอนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้มาใช้โดยการตีความตามมาตรา 368 ก็อาจมีปัญหาในกรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญานั้นไม่ต้องการตีความ ดังนั้น โอกาสที่จะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ก็อาจจะไม่มี ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาโดยในร่างพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักปฏิบัติทางการค้าและจารีตประเพณีทางการค้าทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ

ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์ฯ ได้บัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ โดยให้คำนิยามถึงจารีตประเพณีทางการค้าไว้ในมาตรา 3 วรรคเจ็ด ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ “ประเพณีทางการค้า” หมายความว่า ประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและถือปฏิบัติกันอยู่เป็นปกติระหว่างผู้ค้าขายสินค้าชนิดนั้น ทั้งคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องก็ได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงความมีอยู่ของประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวด้วย

นอกจากนั้นยังมีลำดับในการปรับใช้กฎหมาย ตามมาตรา 8 แห่งร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิหน้าที่และนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายให้เป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญา เรื่องใดที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ก็ให้บังคับตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หากไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้น ให้บังคับตามประเพณีทางการค้าและหลักทั่วไปแห่งกฎหมาย ตามลำดับ และหากประเพณีทางการค้าและหลักกฎหมายทั่วไปก็ไม่มีด้วยซ้ำ ท่านให้บังคับตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายทั่วไป” (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ และพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์)

จากบทบัญญัติมาตรา 8 นั้น แสดงให้เห็นถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้านั้น เป็นไปตามลำดับดังนี้ หากคู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาประการใดก็จะเป็นไปตามที่ตกลง โดยคู่สัญญาสามารถตกลงให้นำจารีตประเพณีทางการค้าใดมาใช้กับสัญญาของตนก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ แต่ในทางปฏิบัติข้อตกลงบางอย่างเป็นประจำหรือถือปฏิบัติกันเป็นปกติ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพูดหรือเขียนไว้ในสัญญาอีกก็ได้ เป็นที่เข้าใจกันดีว่าคู่สัญญาตั้งใจจะให้ข้อตกลงอันเป็นประจำที่ละไว้นั้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ก็จะถือว่าประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ปฏิบัติต่อกันมานั้น เข้าตามลำดับแรกคือถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา โดยจารีตประเพณีทางการค้าประเภทนี้นั้น อาจไม่จำเป็นต้องเป็นประจำที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและถือปฏิบัติกันอยู่เป็นปกติระหว่างผู้ขายสินค้าชนิดนั้นก็ได้ แต่อาจเป็นเพียงจารีตประเพณีทางการค้าหรือแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกันก็ได้ และใช้บังคับกันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว

ส่วนจารีตประเพณีทางการค้าที่นำมาใช้ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ ให้บังคับตามประเพณีทางการค้า โดยจารีตประเพณีทางการค้าที่จะใช้ตามลำดับนี้นั้น จะต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคเจ็ด คือ “เป็น

ประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางและถือปฏิบัติกันอยู่เป็นปกติระหว่างผู้ค้าขายสินค้าชนิดนั้น ทั้งคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องก็ได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงความมีอยู่ของประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวด้วย” ซึ่งจารีตประเพณีทางการค้าประเภทนี้นั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดคือ เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย ถือปฏิบัติเป็นปกติ และคู่สัญญารายนี้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว

จึงอาจสรุปได้ว่า การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์นั้นนำมาใช้ได้ 2 กรณี คือ

1. ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา ซึ่ง การนำมาใช้ตามข้อนี้ นั้น ต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้ตกลงที่จะนำมาใช้โดยชัดแจ้ง หรือได้ปฏิบัติกันมาเป็นปกติระหว่างคู่สัญญาอยู่แล้วและคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้และเข้าใจอยู่แล้วจนไม่ต้องมาเขียนไว้ในสัญญาอีก
2. ในฐานะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย ซึ่งนำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย และจะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในร่างพระราชบัญญัตินี้ และจารีตประเพณีทางการค้าที่จะนำมาใช้ได้นั้นต้องเข้าเงื่อนไขของคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” ในมาตรา 3 วรรคเจ็ด คือ เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย ถือปฏิบัติเป็นปกติ และคู่สัญญารายนี้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ข้อดีของร่างพระราชบัญญัตินี้คือ มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “จารีตประเพณีทางการค้า” เอาไว้อย่างชัดเจน ทำให้ทราบถึงขอบเขตของจารีตประเพณีทางการค้า แต่อย่างไรก็ดี มาตรานี้มีที่มาจาก CISG แต่ก็มีความแตกต่างจาก CISG คือ มาตรา 9 ของ CISG มีรายละเอียดมากกว่า จารีตประเพณีทางการค้า มาตรา 9(2) ของ CISG นั้น ต้องเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศด้วย ซึ่ง มาตรา 3 ของร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ระบุถึงความเป็นระหว่างประเทศของจารีตประเพณีทางการค้า ทั้งนี้เนื่องจาก ร่างพระราชบัญญัตินี้ ต้องการที่จะนำมาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ทั้งภายในและระหว่างประเทศ ซึ่งการไม่ได้ระบุถึงความเป็นระหว่างประเทศของจารีตประเพณีทางการค้านั้นอาจเหมาะสมกับการนำมาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ในประเทศ แต่อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่า หากนำไปใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น คู่สัญญาซึ่งเป็นชาวต่างชาติ อาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันเฉพาะในประเทศซึ่งที่รู้จักกันอย่างกว้างขวาง ถือปฏิบัติกันเป็นปกติ และคู่สัญญาชาวต่างชาตินี้ถือว่ารู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้าดังกล่าวด้วย ดังนั้น คู่สัญญา

ชาวต่างชาติอาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้อยู่ในท้องถิ่นด้วย นอกจากนั้น ตามมาตรา 9 ของ CISG นั้นคู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่ตามร่างพระราชบัญญัติฯนี้ คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นกฎหมาย ซึ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ หากนำมาใช้ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจะนำมาใช้ก่อนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ถ้าหากเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายและนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น จะต้องใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติฯนี้ก่อน และถ้าไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้ จึงจะมาใช้จารีตประเพณีทางการค้า ซึ่งในทางการค้าระหว่างพ่อค้าด้วยกันนั้น ยึดถือจารีตประเพณีทางการค้าเป็นอย่างมาก เนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีความเหมาะสมกับธุรกรรมทางพาณิชย์ของพ่อค้า และทำให้การค้าเนินธุรกิจเป็นไปได้อย่างสะดวก รวดเร็ว ดังนั้น การที่พ่อค้าจะต้องผูกพันกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายก่อน แล้วจึงจะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาจจะไม่เหมาะสมกับการทำธุรกรรมของพ่อค้าได้ แต่อย่างไรก็ตาม ลำดับชั้นในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามร่างพระราชบัญญัติฯนี้ มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่น คือ นำมาใช้ในฐานะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย

### 3. ข้อพิจารณาสำหรับพ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาด

พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาด อาจจะยังไม่ทราบถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ในวงการค้านั้นๆ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ไม่รู้มาก่อนหรือไม่

CISG และ UNIDROIT ได้วางหลักให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้า และแนวปฏิบัติทางการค้าที่ตนได้ตกลงกันไว้ นั้น จึงไม่มีประเด็นที่เป็นปัญหา เนื่องจากตามหลักการทำสัญญานั้นคู่สัญญาได้แสดงเจตนาให้เป็นเช่นไรก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ ดังนั้น จะอ้างว่าตนไม่รู้ถึงจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติทางการค้าที่ตนได้ตกลงกันไว้ นั้นไม่ได้

นอกจากนั้น CISG และ UNIDROIT ได้วางหลักให้คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญารู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในทางการค้าระหว่างประเทศและมีการปฏิบัติกันอย่างสม่ำเสมอโดยคู่สัญญาที่ทำสัญญาเหมือนๆ กันนั้น ในการค้าประเภทนั้น ซึ่งในการกำหนดให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะได้รู้ นั้น ถ้าเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้รู้ถึงจารีตประเพณี

ทางการค้านั้นก็ไม่มีประเด็นที่เป็นปัญหา แต่กรณีที่มีปัญหา คือ คู่สัญญาเป็นพ่อค้ารายใหม่และยังไม่เคยรู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น แต่ถือว่าควรจะได้รู้ ดังนั้น คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้มาก่อนด้วย” ดังนั้น พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดจึงต้องใช้ความระมัดระวังและต้องทำตัวให้เป็นผู้เชี่ยวชาญโดยเร็วที่สุด

ในส่วนของ UCC ได้วางหลักให้ คู่สัญญาต้องผูกพันกับ แนวปฏิบัติ (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (Course of Dealing) และจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) ซึ่งใน 2 กรณีแรก คือ แนวปฏิบัติ (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (Course of Dealing) นั้นไม่มีประเด็นที่เป็นปัญหาเนื่องจากเป็นสิ่งที่คู่สัญญานั้นปฏิบัติต่อกันเป็นปกติอยู่แล้ว ดังนั้น คู่สัญญาก็จะต้องรู้ถึงการปฏิบัติต่อกันนั้นเป็นอย่างดี แต่ในกรณีของจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) ซึ่งเป็นการปฏิบัติกันในสถานที่ อาชีพ หรือการค้าอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้านั้น โดยมีเงื่อนไขว่า คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายรู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น ซึ่งในกรณีนี้ก็เหมือน CISG และ UNIDROIT คือ พ่อค้าที่เข้ามาใหม่อาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้มาก่อนก็ได้ เพราะถือว่าควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น ได้วางหลักในเรื่องการนำจารีตประเพณีทางการค้าไว้ว่าให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น จึงถือได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นจะนำมาใช้ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย ดังนั้น ไม่ว่าคู่สัญญามีเจตนาที่จะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญาของตนหรือไม่ ถ้าหากไม่ได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาว่าจะไม่นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญาของตน คู่สัญญาก็จะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนรู้หรือไม่รู้ก็ได้ ดังนั้น ถ้าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นที่พิพาทกันนั้น ศาลก็จะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาปรับใช้ได้เลย เนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย ดังนั้น พ่อค้ารายใหม่ก็อาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้ก็ได้

<sup>11</sup> Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available from:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]



ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ตามบทบัญญัติมาตรา 368 ที่วางหลักให้ตีความสัญญาโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วยนั้น จากแนวคำพิพากษารองศาล แสดงให้เห็นได้ว่า ศาลจะยอมรับประเพณีใดก็ตามเมื่อปกติประเพณีนั้นเป็นที่รู้จักกันดีทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะโดยเหตุที่คู่สัญญาอยู่ในวงการวิชาชีพเดียวกัน หรืออยู่ในท้องถิ่นเดียวกัน หรือได้มีการแจ้งให้อีกฝ่ายทราบโดยชัดแจ้งแล้ว ดังนั้น ในกรณีที่พ่อค้าที่เพิ่งเข้ามาใหม่อาจจะไม่ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้ แต่อย่างไรก็ดี การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความตามมาตรา 368 นี้ ก็อาจจะมีปัญหาในกรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญานั้นไม่ต้องมีการตีความ ดังนั้น โอกาสที่จะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้นั้นก็อาจจะไม่มี ดังนั้น พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดก็อาจจะไม่ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าตามมาตรา 368 นี้

ส่วนตามร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ ประเด็นของพ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาด อาจจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้มาก่อนก็ได้ เนื่องจากหากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ให้บังคับตามจารีตประเพณีทางการค้าที่เป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวาง และถือปฏิบัติกันอยู่เป็นปกติระหว่างผู้ค้าขายสินค้านั้น ทั้งคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องก็ได้รับหรือควรจะได้รู้ถึงความมีอยู่ของประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาที่เป็นพ่อค้ารายใหม่จะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้มาก่อน แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายถือว่าพ่อค้ารายใหม่นั้นรู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น

#### 4. ภาระการพิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทางการค้า

ภายใต้บทบัญญัติของ CISG และ UNIDROIT จารีตประเพณีทางการค้า และแนวปฏิบัติทางการค้า ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และถือว่าเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้คู่สัญญาคาดการณ์ได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะปฏิบัติต่อตนเช่นใดจากการที่ตกลงนำจารีตประเพณีทางการค้า และแนวปฏิบัติที่ได้สร้างขึ้นระหว่างกัน ดังนั้น จึงจำเป็นอย่างมากในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น คู่สัญญาจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่นำมาใช้กับสัญญาของตน

การตกลงนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้นั้น บางครั้งก็เป็นการตกลงกันไว้โดยชัดแจ้ง บางครั้งก็เป็นการตกลงกันโดยปริยาย โดยปล่อยให้เป็นที่เข้าใจกันเองระหว่างคู่สัญญาว่าจะนำจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้อยู่ในการทำการค้าชนิดนั้นมาใช้กับสัญญาของตนด้วย ซึ่งการตกลงโดยปริยายนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้ เนื่องจากหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าใจว่าจารีต

ประเพณีทางการค้าเรื่องหนึ่งจะนำมาใช้กับสัญญาของตน แต่ภายหลังเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น ศาลกลับวินิจฉัยว่า จารีตประเพณีทางการค้านั้นไม่ได้นำมาใช้กับข้อสัญญา คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็จะ เป็นฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย

ในสัญญาส่วนใหญ่ คู่สัญญาจะมีการกำหนดกันว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลใดจะเป็นผู้พิจารณาคดีของตน ซึ่งการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ ก็มีหลักในการนำจารีตประเพณีทางการค้าที่แตกต่างกัน ดังนั้น ถ้าคู่สัญญาได้ตกลงกันให้นำ CISG มาใช้กับสัญญาของตน ซึ่ง CISG ไม่ได้วางหลักในเรื่องพยานหลักฐานเอาไว้ ในประเด็นนี้จึงขึ้นอยู่กับ การพิจารณาของศาล แต่โดยทั่วไปแล้วศาลจะมองว่าประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ที่ต้องมีการพิสูจน์<sup>12</sup>

ในคดี CLOUT case No. 360, (GERMANY: Amtsgericht Duisburg 13 April 2000)<sup>13</sup> ศาลได้วินิจฉัยว่าคู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างถึงการมีอยู่ของแนวปฏิบัติที่สร้างขึ้นระหว่างกัน หรือจารีตประเพณีทางการค้าที่ตกลงกัน ฝ่ายที่กล่าวอ้างต้องมีภาระการพิสูจน์ ซึ่งการพิสูจน์ถึงแนวปฏิบัติทางการค้า คู่สัญญาอาจมีหน้าที่ต้องพิสูจน์แต่เพียงว่า ได้มีการปฏิบัติต่อกันระหว่าง คู่สัญญาในครั้งก่อนๆ ต่อกันอย่างไร เช่นนี้ก็แสดงให้เห็นแล้วว่าคู่สัญญามีแนวปฏิบัติต่อกันอย่างไร ในสถานการณ์เช่นเดียวกัน แต่สำหรับการพิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทางการค้า เป็นเรื่อง ที่ค่อนข้างยากในการพิสูจน์เพราะความไม่ชัดเจนในการปฏิบัติต่อกันของคู่สัญญา บางกรณี คู่สัญญาอาจไม่เคยปฏิบัติกันมาก่อน จึงไม่มีตัวอย่างที่ชัดเจนว่า ในอดีตคู่สัญญาปฏิบัติต่อกันอย่างไร นอกจากนี้ การที่สัญญาใดจะต้องตกอยู่ภายใต้จารีตประเพณีทางการค้าใดนั้น เป็นไปได้ว่าคู่สัญญาอาจไม่รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาก่อน(แต่ถือว่าควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น ดังนั้นจารีตประเพณีทางการค้านั้นอาจไม่เคยนำมาปฏิบัติต่อกันมาก่อนเลย แต่เมื่อ

# ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>12</sup> Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law*. (Giuffrè: Milan, 1987) pp. 103-115.

<sup>13</sup> CLOUT case No. 360, (GERMANY: Amtsgericht Duisburg 13 April 2000), Available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000413g1.html> [August 2008].

เกิดข้อพิพาทขึ้น ฝ่ายที่กล่าวอ้างว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นต้องนำมาใช้กับสัญญา ดังนั้น ฝ่ายที่กล่าวอ้างก็ต้องมีหน้าที่พิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้นว่ามีอยู่จริง<sup>14</sup>

ในบทบัญญัติของ UCC นั้นได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 1-303(c)<sup>15</sup> จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) เป็นการปฏิบัติ หรือวิธีการตกลงซึ่งมีระเบียบกฎเกณฑ์ที่แน่นอน ในสถานที่ อาชีพ หรือการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งใช้ในการวินิจฉัยความคาดหมายว่า จะต้องเป็นไปอย่างแน่นอนในการทำธุรกรรมที่เป็นปัญหา ความมีอยู่ของจารีตประเพณีทางการค้านั้นจะต้องถูกพิสูจน์ในฐานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

ส่วนการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่น คู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาอ้างถึง ในฐานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นตามมาตรา 4 วรรคสอง นั้น การที่จะให้ศาลนำกฎหมายจารีตประเพณีใดมาบังคับใช้กับคดีได้นั้น คู่ความที่ประสงค์จะให้ศาลใช้ต้องมีหน้าที่ กล่าวอ้างถึงจารีตประเพณีนั้นไว้ในคำคู่ความของตน โดยแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าจารีตประเพณีนั้นครบองค์ประกอบของการเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และคู่ความต้องนำสืบตามที่กล่าวอ้าง ศาลไม่รู้เอง

<sup>14</sup> Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available from:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html> [August 2008]

<sup>15</sup> (c) A "usage of trade" is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a trade code or similar record, the interpretation of the record is a question of law.

เหตุที่ให้คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างจารีตประเพณีต้องมีหน้าที่นำสืบนั้น เนื่องจาก ความไม่แน่นอนของจารีตประเพณี กล่าวคือ จารีตประเพณีนั้นยืดหยุ่นสามารถเปลี่ยนแปลงได้และยกเลิกได้ หากประชาชนเลิกถือปฏิบัติ หรือมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเข้ามาแทนที่จารีตประเพณีนั้น นอกจากนั้น จารีตประเพณีนั้นแตกต่างกันออกไปตามท้องถิ่น ดังนั้นการที่จะใช้จารีตประเพณีของท้องถิ่นใดบังคับ หมายความว่าอย่างไร เหล่านี้จะให้ศาลรู้เองทั้งหมดคงไม่ได้ จึงให้เป็นภาระของคู่ความที่กล่าวอ้างต้องนำสืบ<sup>16</sup>

ส่วนการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความสัญญาตามมาตรา 368 คือ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับกรณีที่เป็นปัญหาไว้ เนื่องจากคู่สัญญาเห็นว่า ข้อตกลงบางอย่างเป็นประเพณีที่ถือปฏิบัติกันเป็นปกติ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพูดหรือเขียนไว้ในสัญญาอีกก็ได้ เป็นที่เข้าใจกันดีว่าคู่สัญญาตั้งใจจะให้ข้อตกลงอันเป็นประเพณีที่ละไว้นั้น กลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและบังคับได้ด้วย ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้นจะต้องมีภาระในการพิสูจน์โดยต้องแสดงให้ศาลเห็นว่ามี การนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา และในกรณีที่ คู่สัญญาไม่ได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาถึงนำจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ทั่วไปทางการค้าประเภทนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายรู้และเข้าใจดีถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น หรือได้มีการแจ้งให้อีกฝ่ายทราบโดยชัดแจ้งแล้ว

การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้น ฝ่ายที่กล่าวอ้างถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้ ก็ มีหน้าที่ในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงการมีอยู่ของจารีตประเพณีทางการค้านั้นและต้องแสดงให้ศาลเห็นว่ามี การนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาปฏิบัติกันระหว่างคู่สัญญา

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าภาระการพิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่ให้คู่ความที่กล่าวอ้าง ต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีทางการค้านั้น มีข้อดี คือ คู่สัญญาสามารถ พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้นำมาปฏิบัติระหว่างกัน และจารีต ประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในวงการค้านั้นได้ ซึ่งถ้าหากให้ศาลต้องรู้เอง อาจมีกรณีที่ศาล

<sup>16</sup> อนุเมติ ใจสมุทร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปตามแนวคำบรรยายของ ดร. ประกอบ นุตะสิงห์, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513), หน้า 53.

ไม่รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น ทำให้ไม่สามารถนำจารีตประเพณีทางการค้ามาปรับใช้กับคดีได้

## 5. ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้าไปใช้ในการระงับข้อพิพาท

ตามบทบัญญัติของ CISG และ UNIDROIT ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดกำหนดไว้ชัดเจน ในการวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จะนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้ได้หรือไม่

จากบทบัญญัติมาตรา 6<sup>17</sup> ของ CISG และมาตรา 1.1<sup>18</sup> และมาตรา 1.5<sup>19</sup> ของ UNIDROIT ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักความอิสระในการแสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้คู่สัญญาที่มีสิทธิที่จะตกลงกันกำหนดเนื้อหาในสัญญาอย่างไรก็ได้ เพราะเป็นที่ยอมรับกันว่า การทำการค้าระหว่างประเทศมีความหลากหลายมาก ดังนั้น จึงไม่สามารถวางหลักกฎหมายได้ครอบคลุมการค้าทุกประเภทได้ จึงได้แต่เพียงวางหลักคร่าวๆ แล้วให้คู่กรณีไปกำหนดเนื้อหาในรายละเอียด ซึ่งการยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้ สะท้อนให้เห็นถึงความเป็นจริงในทางปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ<sup>20</sup> ดังนั้น จารีตประเพณีทางการค้าที่นำมาใช้กับสัญญาจึงมีลำดับในการใช้ที่เหนือกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในอนุสัญญา เพราะมีพื้นฐานมาจากหลักความอิสระในการแสดงเจตนา ตามมาตรา 6 CISG มาตรา 1.1 และมาตรา 1.5 UNIDROIT เพราะฉะนั้นจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาต้องผูกพันตามมาตรา 9 นั้นถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ดังนั้น ข้อสัญญาของคู่สัญญาจึงนำมาใช้ก่อนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย สรุปได้ว่าหาก

<sup>17</sup> CISG Article 6 The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

<sup>18</sup> UNIDROIT Article 1.1 The parties are free to enter into a contract and determine its content.

<sup>19</sup> UNIDROIT article 1.5 The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

<sup>20</sup> Bernard Audit, "The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria", available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>, [February 2009].

จารีตประเพณีทางการค้ำนั้นแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ให้นำจารีตประเพณีทางการค้ำ มาใช้ก่อนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เนื่องจากหลักอิสระในการแสดงเจตนา

ส่วนในกรณีที่แนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาขัดแย้งกับจารีตประเพณีทางการค้ำ ให้นำ แนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญามาใช้ก่อนจารีตประเพณีทางการค้ำ เนื่องจากแนวปฏิบัติระหว่าง คู่สัญญาเป็นรายละเอียดของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยเฉพาะ ดังนั้น ระหว่าง จารีตประเพณีทางการค้ำกับแนวปฏิบัติของคู่สัญญาที่ไม่ได้เขียนไว้ในสัญญาทั้งคู่ แนวปฏิบัติ ทางการค้าระหว่างคู่สัญญาจึงเหนือกว่าเพราะมีความใกล้ชิดกับสถานการณ์ระหว่างคู่สัญญา มากกว่า สรุปว่าลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้ำในกรณีที่มีความขัดแย้งกับบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย เป็นดังนี้

1. ข้อตกลงในสัญญาของคู่สัญญา
2. แนวปฏิบัติทางการค้าระหว่างคู่สัญญา
3. จารีตประเพณีทางการค้ำ
4. บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้ำมาใช้โดย UCC นั้นบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึง ลำดับในการนำมาใช้ คือ การแสดงออกโดยชัดแจ้งของคู่สัญญา (Express term) แนวปฏิบัติของ คู่สัญญา (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) จารีต ประเพณีทางการค้ำ (Usage of Trade) ต้องตีความไปอย่างสมเหตุสมผลและสอดคล้องซึ่งกัน และกัน แต่หากการแสดงออกโดยชัดแจ้งของคู่สัญญา (Express term) แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (course of dealing) จารีตประเพณีทาง การค้ำ (Usage of Trade) นั้นขัดแย้งซึ่งกันและกัน จะมีลำดับในการนำมาใช้ตามลำดับดังนี้<sup>21</sup> คือ

<sup>21</sup> 1-303(e) Except as otherwise provided in subsection (f), the express terms of an agreement and any applicable course of performance, course of dealing, or usage of trade must be construed whenever reasonable as consistent with each other. If such a construction is unreasonable: (1) express terms prevail over course of performance, course of dealing, and usage of trade; (2) course of performance prevails over course of dealing and usage of trade; and (3) course of dealing prevails over usage of trade.

1. ข้อกำหนดโดยชัดแจ้งในสัญญา (express terms)
2. แนวปฏิบัติทางการค้า (Course of Performance)
3. วิธีการดำเนินการทางการค้า (Course of Dealing)
4. ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า (Usage of Trade)

ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น บัญญัติไว้อย่างชัดเจนใน มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น คือ ถ้ามีปัญหาเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ ถ้าหากไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ที่จะมาปรับใช้ได้ให้นำกฎหมายจารีตประเพณีทางการค้า (Commercial customary Law) มาใช้ และถ้าหากไม่มีกฎหมายเช่นนั้นให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแห่งมาปรับใช้ ซึ่งเป็นการบัญญัติถึงลำดับในการปรับใช้กฎหมาย โดยมีลำดับดังนี้

1. ประมวลกฎหมายพาณิชย์
2. กฎหมายจารีตประเพณีทางการค้า (Commercial customary Law)
3. ประมวลกฎหมายแห่ง

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จากลำดับในการปรับใช้กฎหมายตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นนั้นให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้ก่อนจารีตประเพณีทางการค้า อาจทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ซึ่งถือจารีตประเพณีทางการค้าเป็นหลักได้

ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยเฉพาะ ดังนั้น การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้จึงต้องเป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญา ซึ่งโดยปกติแล้วการทำสัญญา คู่สัญญาตกลงกันในสัญญาอย่างใดผลก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญาของตน ก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญา แต่ในบางกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ เนื่องจากคู่สัญญาเห็นว่า ข้อตกลงบางอย่างประเพณีที่ถือปฏิบัติกันเป็นปกติ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพูดหรือเขียนไว้ในสัญญาอีกก็ได้ เป็นที่เข้าใจกันดีว่าคู่สัญญาตั้งใจจะให้ข้อตกลงอันเป็นประเพณีที่ละไว้ นั้น กลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและบังคับได้ด้วย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าในกรณีนี้ไม่มีปัญหา แต่ถ้าหากในกรณีที่ไม่มีการตกลงถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้เลย แต่มี

จารีตประเพณีทางการค้าที่ได้รับการปฏิบัติกันเป็นการทั่วไปในวงการค้าประเภทร้าน และในทางปฏิบัติคู่สัญญาก็มีได้มีการปฏิบัติต่อกันมาก่อนด้วย เนื่องจากอาจเป็นการเข้าทำสัญญากันครั้งแรก หากมีปัญหาเกิดขึ้นก็จะต้องมีการตีความสัญญาเพื่อหาเจตนาของคู่สัญญาพร้อมทั้งพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆ แต่ถ้าหากไม่สามารถหาเจตนาของคู่สัญญาพบรวมทั้งไม่มีประเพณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆ ก็จะต้องนำหลักกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ มาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ถ้าหากไม่มีกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาปรับใช้ก็จะต้องนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างตามมาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ไม่ได้หมายถึงจารีตประเพณีทางการค้าทุกประเภท เพียงแต่มีจารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างเท่านั้นที่อาจจัดได้ว่ามีลักษณะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น แต่ไม่อาจถือได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้าทั้งหมดจะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามมาตรา 4 นี้ อาจเกิดขึ้นได้ยาก แต่อย่างไรก็ดี จารีตประเพณีทางการค้านั้นก็สามารถนำมาใช้ได้โดยประกอบการตีความสัญญาโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี แต่ก็จะมีบางกรณีที่ศาลอาจเห็นว่าสัญญานั้นไม่ต้องการตีความ ดังนั้น โอกาสที่จะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความสัญญาก็อาจจะไม่มี

ส่วนในร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์นั้น มีลำดับในการใช้จารีตประเพณีทางการค้าอย่างชัดเจน คือ เป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งจารีตประเพณีทางการค้าหรือแนวปฏิบัติใดๆ ระหว่างคู่สัญญา ที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ แต่ในทางปฏิบัติข้อตกลงบางอย่างเป็นประเพณีที่ถือปฏิบัติกันเป็นปกติ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพูดหรือเขียนไว้ในสัญญาอีกก็ได้ เป็นที่เข้าใจกันดีว่าคู่สัญญาตั้งใจจะให้ข้อตกลงอันเป็นประเพณีที่ละไว้ นั้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา นั้นถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ก็จะเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ และถ้าไม่ได้มีการตกลงกันไว้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ และถ้าไม่มีบทบัญญัติ ก็จะต้องบังคับตามประเพณีทางการค้า โดยจารีตประเพณีทางการค้าที่จะใช้ตามลำดับนี้นั้น จะต้องเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คือ เป็นประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางและถือปฏิบัติกันอยู่เป็นปกติระหว่างผู้ค้าขายสินค้านั้น ทั้งคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องก็ได้รู้หรือควรจะรู้ถึงความมีอยู่ของประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวด้วย



จากที่กล่าวมาข้างต้น สามารถสรุปลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ ได้ดังนี้ คือ

1. ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา
2. บทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้
3. จารีตประเพณีทางการค้า
4. หลักทั่วไปแห่งกฎหมาย
5. กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายทั่วไป

จากลำดับการนำจารีตประเพณีทางการค้าตามร่างพระราชบัญญัติฯ แตกต่างจาก ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ตาม CISG Unidroit และ UCC กล่าวคือ CISG Unidroit และ UCC นั้น นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ก่อนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ตาม ร่างพระราชบัญญัติฯ ถ้าหากจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญานั้นไม่ได้ตกลงกันไว้ นั่นแตกต่าง ไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้ก่อน และถ้าไม่มีบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย จึงจะใช้จารีตประเพณีทางการค้า ซึ่งคล้ายกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้ในลำดับก่อนจารีตประเพณี ทางการค้านั้น อาจทำให้เกิดความไม่ยืดหยุ่นและไม่เหมาะสมกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ของ พ่อค้าที่มีการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กันอย่างแพร่หลายและเป็นปกติในการทำการค้า นั้นๆ

ศูนย์วิจัยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางเปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดย CISG, UNIDROIT และ กฎหมายไทย

เปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์
1. การบังคับใช้กฎหมาย	ใช้กับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ	เป็นหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่มิได้มีลักษณะเป็นอนุสัญญาหรือกฎหมายเอกรูป แต่เป็นเครื่องมือระหว่างประเทศที่มีผลบังคับผูกพันรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ	ใช้กับทั้งธุรกรรมทางแพ่งและพาณิชย์	ใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ในประเทศและระหว่างประเทศ
ข้อดี	บทบัญญัติเหมาะสมกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์และสอดคล้องกับจารีตประเพณีทางการค้า	บทบัญญัติเหมาะสมกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์และสอดคล้องกับจารีตประเพณีทางการค้า		บทบัญญัติเหมาะสมกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์และสอดคล้องกับจารีตประเพณีทางการค้า

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์
ข้อเสีย	ใช้กับการซื้อขายระหว่างประเทศเพียงอย่างเดียว ไม่ได้ครอบคลุมถึงสัญญาทางพาณิชย์ประเภทอื่นๆ		นำมาใช้กับธุรกรรมทั้งทางแพ่งและธุรกรรมทางพาณิชย์ ทำให้บทบัญญัติบางประการโดยเฉพาะที่กำหนดไว้สำหรับธุรกรรมทางแพ่งไม่สอดคล้องกับการธุรกรรมทางพาณิชย์	
2. วิธีการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้	<ul style="list-style-type: none"> <li>- นำมาใช้ประกอบการตีความเจตนาของคู่สัญญา</li> <li>- นำมาใช้โดยถือว่าการตกลงโดยชัดแจ้งและปริยาย</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- นำมาใช้ประกอบการตีความเจตนาของคู่สัญญา</li> <li>- นำมาใช้โดยถือว่าการตกลงโดยชัดแจ้งและปริยาย</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- นำมาใช้โดยถือว่าเป็นปกติประเพณีซึ่งนำมาประกอบการตีความสัญญา</li> <li>- นำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- นำมาใช้โดยถือว่าการตกลงโดยชัดแจ้งและปริยายของคู่สัญญา</li> <li>- นำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายหากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ให้บังคับไปตามประเพณีทางการค้า</li> </ul>

เปรียบเทียบการนำจารีต ประเพณีทางการค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย ทางพาณิชย์
ข้อดี	มีการบัญญัติถึงวิธีการนำจารีต ประเพณีทางการค้ามาใช้อย่าง ชัดเจน	มีการบัญญัติถึงวิธีการนำจารีต ประเพณีทางการค้าเอาไว้อย่าง ชัดเจน	-	มีการบัญญัติถึงการนำจารีต ประเพณีทางการค้าเอาไว้อย่าง ชัดเจนและมีการนิยามคำว่า จารีตประเพณีทางการค้าว่ามี ความหมายและขอบเขตแค่ไหน
ข้อเสีย	ไม่มีบทนิยามคำว่าจารีต ประเพณีทางการค้าและแนว ปฏิบัติทางการค้านั้นว่ามี ความหมายและมีขอบเขตแค่ไหน	ไม่มีบทนิยามคำว่าจารีต ประเพณีทางการค้าและแนว ปฏิบัติทางการค้านั้นว่ามี ความหมายและมีขอบเขตแค่ไหน	ไม่มีการบัญญัติถึงวิธีการนำ จารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ อย่างชัดเจน	-

เปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ร่างพร.ว่าด้วยสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์
3. ผลทางกฎหมายของจารีตประเพณีทางการค้า	จารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา	จารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา	<ul style="list-style-type: none"> <li>- การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความสัญญานั้น ถือว่าคู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา</li> <li>- การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถือว่าเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- จารีตประเพณีทางการค้าที่ถือปฏิบัติเป็นปกติของคู่สัญญาถือว่าเป็นเจตนา นำมาใช้โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา</li> <li>- จารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญามีได้ตกลงกัน นำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยถือว่าประเพณีทางการค้านั้นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย</li> </ul>
ข้อดี	ถือจารีตประเพณีทางการค้าเป็นหลัก เนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา	ถือจารีตประเพณีทางการค้าเป็นหลัก เนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา		

เปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์
ข้อเสีย			<ul style="list-style-type: none"> <li>- การนำมาใช้โดยการตีความสัญญา ในกรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญานั้นมีความชัดเจนอยู่แล้ว ไม่ต้องการตีความสัญญา การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ก็อาจจะไม่มี</li> <li>- การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก็เกิดขึ้นได้ยาก เพราะ จารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างเท่านั้นที่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น</li> </ul>	<p>การนำมาใช้ในฐานะเป็นบทอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้นจึงจะนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ทำให้ไม่สอดคล้องกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์</p>

เปรียบเทียบการนำจารีต ประเพณีทางการค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย ทางพาณิชย์
4. ปัญหาของพ่อค้าที่เข้ามา ใหม่ในตลาด	ถือว่าคู่สัญญาผู้หรือควรจะได้รู้ถึง จารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่ รู้มาก่อน	ถือว่าคู่สัญญาผู้หรือควรจะได้รู้ถึง จารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่ รู้มาก่อน	จากคำพิพากษาของศาลนั้นศาล จะยอมรับจารีตประเพณีที่เป็นที่รู้ กันดีของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือ ได้มีการแจ้งให้อีกฝ่ายทราบโดย ชัดแจ้งแล้ว	ถือว่าคู่สัญญาผู้หรือควรจะได้รู้ถึง จารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่ รู้มาก่อน
ข้อดี	สามารถนำจารีตประเพณีทาง การค้าที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายใน วงการค้านั้นๆ มาใช้ได้เลย ทำให้ สอดคล้องกับการทำธุรกรรมทาง พาณิชย์	สามารถนำจารีตประเพณีทาง การค้าที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายใน วงการค้านั้นๆ มาใช้ได้เลย ทำให้ สอดคล้องกับการทำธุรกรรมทาง พาณิชย์	พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดไม่ ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทาง การค้าที่ตนไม่รู้มาก่อนหรือไม่ได้ มีการแจ้งให้อีกฝ่ายทราบ	สามารถนำจารีตประเพณีทาง การค้าที่รู้จักอยู่เป็นการทั่วไปใน วงการค้านั้นๆ มาใช้ได้เลย ทำให้ สอดคล้องกับการทำธุรกรรมทาง พาณิชย์
ข้อเสีย	พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดอาจ ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทาง การค้าที่ตนไม่รู้มาก่อน	พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดอาจ ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทาง การค้าที่ตนไม่รู้มาก่อน	ทำให้ไม่สามารถนำจารีต ประเพณีทางการค้าที่รู้จักอย่าง แพร่หลายในวงการค้านั้นๆ ถ้า หากว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอ้างว่า ตนไม่รู้ถึงจารีตประเพณีทาง การค้าดังกล่าว	พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดอาจ ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทาง การค้าที่ตนไม่รู้มาก่อน

เปรียบเทียบการนำจารีต ประเพณีทางการค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย ทางพาณิชย์
5. ภาระการพิสูจน์ถึงจารีต ประเพณีทางการค้า	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึงจารีต ประเพณีทางการค้านั้นมีภาระใน การพิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทาง การค้าในฐานะเป็นปัญหา ข้อเท็จจริง	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึงจารีต ประเพณีทางการค้านั้นมีภาระใน การพิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทาง การค้าในฐานะเป็นปัญหา ข้อเท็จจริง	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึงจารีต ประเพณีทางการค้านั้นมีภาระ ต้องพิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทาง การค้าในฐานะเป็นปัญหา ข้อเท็จจริง	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึงจารีต ประเพณีทางการค้านั้นมีภาระ ต้องพิสูจน์ถึงจารีตประเพณีทาง การค้าในฐานะเป็นปัญหา ข้อเท็จจริง
ข้อดี	คู่สัญญาสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้นำมาปฏิบัติระหว่างกัน และจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ ทั่วไปในวงการค้านั้นได้ ซึ่งถ้าหากให้ศาลต้องรู้เอง อาจมีกรณีศาลไม่รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น ทำให้ไม่สามารถนำจารีตประเพณีทาง การค้ามาปรับใช้กับคดีได้			
ข้อเสีย				

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



เปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์
6. ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้าไปใช้ในการระงับข้อพิพาท	<ol style="list-style-type: none"> <li>ข้อตกลงในสัญญาของคู่สัญญา</li> <li>แนวปฏิบัติทางการค้าระหว่างคู่สัญญา</li> <li>จารีตประเพณีทางการค้า</li> <li>บทบัญญัติแห่งกฎหมาย</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>ข้อตกลงในสัญญาของคู่สัญญา</li> <li>แนวปฏิบัติทางการค้าระหว่างคู่สัญญา</li> <li>จารีตประเพณีทางการค้า</li> <li>บทบัญญัติแห่งกฎหมาย</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>ข้อตกลงในสัญญาของคู่สัญญา</li> <li>ปกติประเพณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆ</li> <li>บทบัญญัติแห่งกฎหมาย</li> <li>จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา</li> <li>บทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้</li> <li>จารีตประเพณีทางการค้า</li> <li>หลักทั่วไปแห่งกฎหมาย</li> <li>กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายทั่วไป</li> </ol>
ข้อดี	นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ก่อนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทำให้มีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับการการทำธุรกรรมของพ่อค้า	นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ก่อนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทำให้มีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับการการทำธุรกรรมของพ่อค้า		

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ	CISG	UNIDROIT	กฎหมายไทย	
			ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขายทางพาณิชย์
ข้อเสีย			<ul style="list-style-type: none"> <li>- ลำดับในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น นั้นเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากมีเพียงจารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างเท่านั้นที่ถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น</li> <li>- การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ประกอบการตีความสัญญา ก็อาจไม่เกิดขึ้นหากศาลเห็นว่าสัญญานั้นไม่ต้องการตีความ</li> </ul>	<p>การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในฐานะเป็นบทอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาจก่อให้เกิดความไม่ยืดหยุ่นและไม่เหมาะสมกับการทำธุรกรรมของพ่อค้า</p>

ตารางเปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดย UCC กฎหมายญี่ปุ่น และกฎหมายไทย

เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแพ่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพร.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
1. การบังคับใช้ กฎหมาย	ใช้กับธุรกรรมทุกประเภท โดยมีการแยกบทบัญญัติ ที่ใช้เฉพาะพ่อค้า กับ บทบัญญัติที่ใช้กับ ผู้บริโภค	ใช้กับธุรกรรมทางแพ่ง	ใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์	ใช้ทั้งธุรกรรมทางแพ่งและ พาณิชย์	ใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ใน ประเทศและระหว่างประเทศ
ข้อดี	บทบัญญัติเหมาะสมกับ การทำธุรกรรมทาง พาณิชย์และสอดคล้องกับ จารีตประเพณีทางการค้า	มีการแบ่งแยกการใช้กฎหมายอย่างชัดเจน ทำให้ เหมาะสมกับประเภทของธุรกรรม			บทบัญญัติเหมาะสมกับการทำ ธุรกรรมทางพาณิชย์และ สอดคล้องกับจารีตประเพณีทาง การค้า

เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแพ่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพร.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
ข้อเสีย	-	-	-	นำมาใช้กับธุรกรรมทั้งทางแพ่ง และธุรกรรมทางพาณิชย์ ทำให้ บทบัญญัติบางประการโดย เฉพาะที่กำหนดไว้สำหรับธุรกรรม ทางแพ่งไม่สอดคล้องกับการ ธุรกรรมทางพาณิชย์	-
2. วิธีการนำจารีต ประเพณีทางการค้ามา ใช้	นำมาใช้อธิบาย ความหมายของสัญญา และนำมาใช้เป็นส่วนเสริม ของสัญญา	นำมาใช้ได้โดยถ้าหากว่ามี จารีตประเพณีที่แตกต่าง จากบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย	นำมาใช้ได้โดยการอุด ช่องว่างแห่งกฎหมาย คือ หากไม่มีบทบัญญัติแห่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ บัญญัติไว้ในเรื่องนั้นก็นำ จารีตประเพณีทางการค้า มาใช้	-นำมาใช้โดยถือว่าเป็นปกติ ประเพณีซึ่งนำมาประกอบการ ตีความสัญญา - นำมาใช้อุดช่องว่างแห่ง กฎหมายในฐานะเป็นจารีต ประเพณีแห่งท้องถิ่น	- นำมาใช้โดยถือว่าเป็นการตกลง โดยชัดแจ้งและปรีชาของ คู่สัญญา - นำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่ง กฎหมายหากไม่มีบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย ให้บังคับไปตาม ประเพณีทางการค้า

เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแพ่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพร.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
ข้อดี	มีการบัญญัติถึงวิธีการนำ จารีตประเพณีทางการค้า มาใช้อย่างชัดเจนและมีการ นิยามคำว่าจารีต ประเพณีทางการค้าว่ามี ความหมายและขอบเขต แค่ไหนอย่างละเอียด	มีการบัญญัติถึงวิธีการนำ จารีตประเพณีมาใช้อย่าง ชัดเจน	มีการบัญญัติถึงวิธีการนำ จารีตประเพณีทางการค้า มาใช้อย่างชัดเจน	-	มีการบัญญัติถึงการนำจารีต ประเพณีทางการค้ามาใช้ อย่างชัดเจนและมีการนิยาม คำว่าจารีตประเพณีทางการ ค้าว่ามี ความหมายและขอบ เขตแค่ไหน
ข้อเสีย	-	-	ไม่มีการนิยามคำว่าจารีต ประเพณีทางการค้าว่ามี ความหมายและขอบเขต แค่ไหน	ไม่มีการบัญญัติถึงวิธีการนำ จารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ อย่างชัดเจน	-

เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแพ่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
3. ผลทางกฎหมายของ จารีตประเพณีทาง การค้า	ถือว่าจารีตประเพณีทาง การค้านั้นเป็นส่วนหนึ่ง ของสัญญา	ถือว่าจารีตประเพณีนั้น เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย	ถือว่าจารีตประเพณีทาง การค้านั้นเป็นบ่อเกิดแห่ง กฎหมายและนำมาใช้โดย การอุดช่องว่างแห่ง กฎหมาย	- การนำจารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดยการตีความ สัญญานั้น ถือว่าคู่สัญญาต้อง ผูกพันกับจารีตประเพณีทาง การค้าโดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ สัญญา - การนำจารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้ในฐานะเป็นจารีต ประเพณีแห่งท้องถิ่น ถือว่าเป็น บ่อเกิดแห่งกฎหมาย นำมาใช้อุด ช่องว่างแห่งกฎหมาย	- จารีตประเพณีทางการค้าที่ถือ ปฏิบัติเป็นปกติของคู่สัญญาถือ ว่าเป็นเจตนา นำมาใช้โดยถือว่าเป็น ส่วนหนึ่งของสัญญา - จารีตประเพณีทางการค้าที่ คู่สัญญามีได้ตกลงกัน นำมาใช้ โดยถือว่าเป็นประเพณีทางการค้านั้น เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย นำมา อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย
ข้อดี	ใช้จารีตประเพณีทาง การค้าเป็นหลัก เนื่องจาก จารีตประเพณีทางการค้า นั้นเป็นส่วนหนึ่งของข้อ สัญญา	นำจารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้ได้เสียถ้าหาก ว่าจารีตประเพณีนั้น แตกต่างจากบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย			

เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแห่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
ข้อเสีย			จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อไม่มี บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เกี่ยวกับเรื่องนั้นจึงจะนำ จารีตประเพณีทางการค้า มาใช้ ทำให้ไม่สอดคล้อง กับการทำธุรกรรมทาง พาณิชย์เท่าที่ควร	- การนำมาใช้โดยการตีความ สัญญา ในกรณีที่ศาลเห็นว่า สัญญานั้นมีความชัดเจนอยู่แล้ว ไม่ต้องมีการตีความสัญญา การ นำจารีตประเพณีทางการค้ามา ใช้ก็อาจจะไม่มี - การนำจารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้ในฐานะเป็นจารีต ประเพณีแห่งท้องถิ่นก็เกิดขึ้นได้ ยาก เพราะ จารีตประเพณีทาง การค้าบางอย่างเท่านั้นที่ถือว่าเป็น จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น	การนำมาใช้ในฐานะเป็นบทอุด ช่องว่างของกฎหมายจะนำมาใช้ ได้ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่ง กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้นจึงจะ นำจารีตประเพณีทางการค้ามา ใช้ ทำให้ไม่สอดคล้องกับการทำ ธุรกรรมทางพาณิชย์

เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแพ่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพร.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
4. ท่อค้าที่เข้ามาใหม่ใน ตลาด	ถือว่ารู้หรือควรจะได้รู้ถึง จารีตประเพณีทางการค้า ที่ตนไม่รู้	ต้องผูกพันกับจารีต ประเพณีเนื่องจากจารีต ประเพณีนั้นถือว่าเป็น กฎหมายไม่ว่าคู่สัญญาจะมี เจตนาที่จะนำจารีต ประเพณีมาใช้หรือไม่ก็ ตาม	คู่สัญญาต้องผูกพันกับ จารีตประเพณีทางการค้า ที่ตนไม่รู้ เนื่องจากจารีต ประเพณีทางการค้านั้น เป็นข้อบังคับแห่งกฎหมาย	จากคำพิพากษารองศาลนั้นศาล จะยอมรับจารีตประเพณีที่เป็นที่รู้ กันดีของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือ ได้มีการแจ้งให้อีกฝ่ายทราบโดย ชัดแจ้งแล้ว	ถือว่าคู่สัญญาหรือควรจะได้รู้ถึง จารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่ รู้มาก่อนและคู่สัญญาต้องผูกพัน กับจารีตประเพณีทางการค้า เนื่องจากเป็นข้อบังคับแห่ง กฎหมาย
ข้อดี	สามารถนำจารีตประเพณี ทางการค้าที่รู้กันอย่าง แพร่หลายในวงการค่าน ั้นๆ มาใช้ได้เลย ทำให้ สอดคล้องกับการทำ ธุรกรรมทางพาณิชย์	สามารถนำจารีตประเพณี มาใช้ได้เลย ถ้าหากว่า จารีตประเพณีนั้นแตกต่าง จากบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย		ท่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดไม่ ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทาง การค้าที่ตนไม่รู้มาก่อนหรือมิได้มี การแจ้งให้อีกฝ่ายทราบ	สามารถนำจารีตประเพณีทาง การค้าที่รู้กันอย่างแพร่หลายใน วงการค้านั้นๆ มาใช้ได้เลย ทำให้ สอดคล้องกับการทำธุรกรรมทาง พาณิชย์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแพ่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
ข้อเสีย	พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ใน ตลาดอาจต้องผูกพันกับ จารีตประเพณีทางการค้า ที่ตนไม่รู้มาก่อน		พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ใน ตลาดอาจต้องผูกพันกับ จารีตประเพณีทางการค้า ที่ตนไม่รู้มาก่อน	ไม่สามารถนำจารีตประเพณีทาง การค้าที่ใช้กันอย่างแพร่หลายใน วงการค้านั้นๆมาใช้ได้ถ้าหาก คู่สัญญาอีกฝ่ายอ้างว่าไม่รู้ถึง จารีตประเพณีทางการค้านั้น	พ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดอาจ ต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทาง การค้าที่ตนไม่รู้มาก่อน
5. ภาระการพิสูจน์ถึง จารีตประเพณีทาง การค้า	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึง จารีตประเพณีทางการค้า มีภาระต้องพิสูจน์ให้ศาล เห็นในฐานะเป็นปัญหา ข้อเท็จจริง	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึง จารีตประเพณีทางการค้า มีภาระต้องพิสูจน์ให้ศาล เห็นในฐานะเป็นปัญหา ข้อเท็จจริง	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึง จารีตประเพณีทางการค้า มีภาระต้องพิสูจน์ให้ศาล เห็นในฐานะเป็นปัญหา ข้อเท็จจริง	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึงจารีต ประเพณีทางการค้ามีภาระต้อง พิสูจน์ให้ศาลเห็นในฐานะเป็น ปัญหาข้อเท็จจริง	คู่สัญญาที่กล่าวอ้างถึงจารีต ประเพณีทางการค้ามีภาระต้อง พิสูจน์ให้ศาลเห็นในฐานะเป็น ปัญหาข้อเท็จจริง
ข้อดี	คู่สัญญาสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงจารีตประเพณีทางการค้าที่คู่สัญญาได้นำมาปฏิบัติระหว่างกัน และจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในวงการค้านั้นได้ ซึ่งถ้าหากให้ศาลต้องรู้เอง อาจมีกรณีที่ไม่รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น ทำให้ไม่สามารถนำจารีตประเพณีทางการค้ามาปรับใช้กับคดีได้				
ข้อเสีย					

เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแพ่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
6. ลำดับในการนำจารีต ประเพณีทางการค้าไป ใช้ในการระงับข้อ พิพาท	1. ข้อตกลงในสัญญาของ คู่สัญญา 2. แนวปฏิบัติทางการค้า ระหว่างคู่สัญญา 3. จารีตประเพณีทาง การค้า 4. บทบัญญัติแห่ง กฎหมาย	1. จารีตประเพณี (Custom) 2. ประมวลกฎหมายแพ่ง	1. ประมวลกฎหมาย พาณิชย์ 2. กฎหมายจารีตประเพณี ทางการค้า (Commercial customary Law) 3. ประมวลกฎหมายแพ่ง	1. ข้อตกลงในสัญญาของ คู่สัญญา 2. ปกติประเพณีที่เกี่ยวข้องกับ สัญญานั้นๆ 3. บทบัญญัติแห่งกฎหมาย 4. จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น	1. ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา 2. บทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ 3. จารีตประเพณีทางการค้า 4. หลักทั่วไปแห่งกฎหมาย 5. กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา ซื้อขายทั่วไป
ข้อดี	มีการบัญญัติเอาไว้อย่าง ชัดเจนถึงลำดับในการนำ จารีตประเพณีทางการค้า มาใช้ ทำให้สอดคล้องกับ การทำธุรกรรมของ พ่อค้า	ให้ความสำคัญกับจารีต ประเพณีมาก โดย นำมาใช้ก่อนบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย			

เปรียบเทียบการนำ จารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้โดย กฎหมายต่างๆ	UCC	ประเทศญี่ปุ่น		ประเทศไทย	
		ประมวลกฎหมายแพ่ง	ประมวลกฎหมาย พาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	ร่างพรบ.ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สินค้าทางพาณิชย์ฯ
ข้อเสีย			ต้องปรับใช้บทบัญญัติ แห่งกฎหมายก่อน ถ้าไม่มี บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่นว่านั้นจึงจะนำจารีต ประเพณีทางการค้ามาใช้ ในการปรับใช้กฎหมาย ก่อนจารีตประเพณีทาง การค้านั้น อาจทำให้เกิด ความไม่ยืดหยุ่นและไม่ เหมาะสมกับการทำ ธุรกรรมของพ่อค้า	- ลำดับในการนำจารีตประเพณี ทางการค้าใช้ในฐานะเป็น จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น นั้น เกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากมีเพียง จารีตประเพณีทางการค้า บางอย่างเท่านั้นที่ถือได้ว่าเป็น จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น - การนำจารีตประเพณีทาง การค้ามาใช้ประกอบการตีความ สัญญา ก็อาจไม่มีหากศาลเห็น ว่าสัญญานั้นไม่ต้องการตีความ	การนำจารีตประเพณีทางการค้า มาใช้ในฐานะเป็นบทอุดช่องว่าง แห่งกฎหมายนั้น จะนำมาใช้ก็ ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย อาจก่อให้เกิดความไม่ ยืดหยุ่นและไม่เหมาะสมกับการ ทำธุรกรรมของพ่อค้า

ศูนย์วิจัยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สรุปและเสนอแนะ

การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มิได้มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้เอาไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศ และอนุสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้น จากการศึกษาพบว่า ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ได้ในการตีความสัญญา ตามมาตรา 368 คือ การตีความสัญญาโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า มีอุปสรรคในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามมาตรานี้ นอกจากนั้น อาจสามารถนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยอาศัยมาตรา 4 วรรคสอง คือ นำจารีตประเพณีทางการค้ามาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ซึ่งมีปัญหาว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นหมายความว่ารวมถึงจารีตประเพณีทางการค้าด้วยหรือไม่นั้น ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจากการศึกษาสามารถสรุปได้ดังนี้

การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยการตีความตามมาตรา 368 คือ การตีความสัญญาโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี

จากการศึกษาถึงความหมายของคำว่า “ปกติประเพณี” สรุปได้ว่า ปกติประเพณีที่จะนำมาประกอบการตีความสัญญาได้นั้น หมายถึง ปกติประเพณีที่เคยทำมากระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน และประเพณีที่มีอยู่ในท้องตลาดหรือปกติประเพณีทางการค้า ซึ่งอาจแตกต่างกันตามประเภทของอาชีพ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า จารีตประเพณีทางการค้านั้นอยู่ในความหมายของคำว่า ปกติประเพณี ดังนั้น จึงสามารถนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ประกอบการตีความสัญญาได้ โดยจารีตประเพณีทางการค้าจะเข้ามามีบทบาทในการตีความสัญญา โดยการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาประกอบการตีความสัญญา ดังนี้

1. นำจารีตประเพณีทางการค้ามาช่วยในการค้นหาความหมายของถ้อยคำ คือ ในกรณีข้อสัญญาเคลือบคลุม เนื่องจากถ้อยคำในสัญญามีความหมายกำกวม ไม่ชัดเจน หรือมีความหมายได้หลายนัย หรือมีข้อโต้แย้งถึงความหมายพิเศษในทางการค้าหรือในท้องถิ่นหนึ่งเป็น

การเฉพาะ อาจต้องอาศัยจารีตประเพณีทางการค้าเป็นเครื่องช่วยค้นหาความหมายของถ้อยคำ นั้น กล่าวคือ ถ้อยคำที่คู่สัญญาใช้ระหว่างกันนั้นอาจมีความหมายพิเศษตามแนวปฏิบัติระหว่าง คู่สัญญาหรือปกติประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือทางการค้าพาณิชย์ ดังนั้น จึงต้องอาศัยความหมาย ในทางการค้าพาณิชย์ประกอบการวินิจฉัย

2. นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา คือ ในกรณีที่ คู่สัญญามีได้กำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับกรณีที่เป็นปัญหาไว้ เนื่องจากคู่สัญญาเห็นว่า ข้อตกลง บางอย่างเป็นประเพณีที่ถือปฏิบัติกันเป็นปกติ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึง ไม่จำเป็นต้องพูดหรือเขียนไว้ในสัญญาอีกก็ได้ เป็นที่เข้าใจกันดีว่าคู่สัญญาตั้งใจจะให้ข้อตกลงอัน เป็นประเพณีที่ละไว้นั้น กลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและบังคับได้ด้วย โดยมีเงื่อนไขคือ คู่สัญญาต้องมีได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งว่ามีให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญาของ ตน และจารีตประเพณีทางการค้านั้นต้องเป็นที่รู้จักกันดีทั้งสองฝ่าย

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยนำมาประกอบการ ตีความสัญญานั้น ในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งหรือในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนด ข้อตกลงบางอย่างไว้เอาไว้ชัดแจ้งเนื่องจาก ข้อตกลงบางอย่างเป็นประเพณีที่ถือปฏิบัติกัน เป็นปกติระหว่างคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจกันดีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพูด หรือเขียนไว้ในสัญญาอีกก็ได้ โดยคู่สัญญาเข้าใจกันดีว่าจะให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และบังคับได้ด้วย ซึ่งทั้งสองกรณีนี้ก็จะมีปัญหา เนื่องจากหลักอิสระในการทำสัญญาคู่สัญญา ได้ตกลงกันไว้อย่างไรก็จะเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ แต่กรณีที่เป็นปัญหา คือ กรณีที่ คู่สัญญามีได้มีการตกลงกันไว้ในเรื่องที่มีปัญหา แต่ในวงการค้าที่คู่สัญญาได้ทำการค้าอยู่นั้น มี จารีตประเพณีทางการค้าที่ถือปฏิบัติอย่างเป็นทางการทั่วไป แต่ในทางปฏิบัติคู่สัญญามีได้มีการนำ จารีตประเพณีทางการค้ามาปฏิบัติต่อกันไว้เลย เนื่องจากอาจเป็นการเข้าทำสัญญากันครั้งแรก และมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จึงมีปัญหว่าหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญานั้นมิต้องมีการตีความ สัญญา อาจส่งผลให้การนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ตามมาตรานี้ ไม่อาจเกิดขึ้นได้

นอกจากนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันถึงจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้เลย หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะต้องมีการตีความสัญญาโดยค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาและ พิจารณาถึงปกติประเพณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆ ประกอบ และถ้าหากเจตนาของคู่สัญญาไม่ พบรวมทั้งไม่มีปกติประเพณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้นๆ ก็ต้องไปหาหลักกฎหมายเฉพาะในเรื่อง นั้นๆ มาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ถ้าหากไม่มีกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาปรับใช้ก็จะต้องนำจารีต

ประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในการอุดช่องว่างตามมาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย มีปัญหาว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นหมายความรวมถึงจารีตประเพณีทางการค้าด้วยหรือไม่ จากการศึกษาถึงความหมายของคำว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้นั้น พบว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแห่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้นั้นจะต้องเป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนในประเทศไทยถือประพฤติปฏิบัติต่อกันมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร ซึ่งประชาชนจะต้องมีความเชื่อว่าสิ่งที่ตนได้ประพฤติปฏิบัติตามนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตาม

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นไม่อยู่ในความหมายของคำว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เนื่องจากจารีตประเพณีทางการค้านั้นเป็นเพียงการปฏิบัติระหว่างพ่อค้าด้วยกันในวงการค้าใดการค้าหนึ่งเท่านั้น และไม่จำเป็นต้องประพฤติปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานเหมือนจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น แต่เป็นเพียงการปฏิบัติในช่วงระยะเวลาหนึ่ง อย่างสม่ำเสมอ ในวงการค้าใดการค้าหนึ่ง ก็เพียงพอแล้วต่อการเป็นจารีตประเพณีทางการค้า แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า มีจารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างที่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นได้ด้วย เช่น จารีตประเพณีเกี่ยวกับการค้าขายทางทะเล จารีตประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับผลิตผลทางการเกษตร การประมง ผัก ผลไม้ เป็นต้น เพราะจารีตประเพณีทางการค้าเหล่านี้มีการประพฤติปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานอันทำให้ต้องด้วยลักษณะของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่อาจถือได้ว่าจารีตประเพณีทางการค้าทั้งหมดเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นอาจเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นไม่ได้หมายความรวมถึงจารีตประเพณีทางการค้า แต่มีเพียงจารีตประเพณีทางการค้าบางอย่างเท่านั้นที่จัดได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ดังนั้น หากจารีตประเพณีทางการค้าใดไม่ต้องด้วยลักษณะของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเสียแล้ว ก็ย่อมไม่อาจนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ได้

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วสามารถสรุปได้ว่า อุปสรรคในการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีดังนี้ คือ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้นั้น ไม่ได้หมายความถึงจารีตประเพณีทางการค้าทุกประเภท แต่มีจารีตประเพณีทางการค้าบางประเภทอาจถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น จึงเกิดปัญหา

ขึ้นมาว่าการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยมาตรา 4 นั้น อาจเกิดขึ้นได้ยาก และนอกจากนั้น หากรอให้นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้มาใช้ในการตีความตามมาตรา 368 ก็อาจมีปัญหาในกรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญานั้นไม่ต้องมีการตีความ ดังนั้น โอกาสที่จะนำมาใช้ก็อาจจะไม่มี

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ประเทศไทยจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักปฏิบัติทางการค้าและจารีตประเพณีทางการค้า

จากการที่ได้ศึกษาถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยกฎหมายต่างๆ คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT) กฎหมายเอกรูปทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (UCC) และประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น พบว่า กฎหมายต่างๆ เหล่านี้ ได้มีการบัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายที่นำมาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์โดยเฉพาะเพื่อให้กฎหมายไทยสอดคล้องกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในทางการค้าระหว่างประเทศ และทำให้กฎหมายไทยมีมาตรฐานเท่าเทียมกับมาตรฐานสากล เนื่องจากถึงแม้ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีของ CISG ก็ตาม แต่จากการที่ประเทศไทยมีการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศจำนวนมาก อาจทำให้จำเป็นต้องนำอนุสัญญาฯ CISG มาใช้ ถ้าปรากฏว่าข้อเท็จจริงในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศระบุให้นำ CISG มาใช้กับสัญญา รวมทั้งการที่ประเทศไทยนั้นเป็นคู่ค้ากับประเทศต่างๆ มากมาย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ก็มีความเป็นไปได้ว่าจะต้องนำกฎหมายของประเทศเหล่านั้นมาใช้กับสัญญา ดังนั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายพาณิชย์แยกต่างหากจากกฎหมายแพ่ง และควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ ซึ่งผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ถึงแม้ว่าจะมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็สามารถนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ คือ นำมาใช้โดยเป็นเจตนาของคู่สัญญา และนำมาใช้ประกอบการตีความสัญญา โดยถือว่า "จารีตประเพณีทางการค้า" นั้น อยู่ในความหมายของคำว่า "ปกติประเพณี" ซึ่งนำมาใช้ในการตีความสัญญาได้

2. ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยเฉพาะเจาะจง และในบทบัญญัติดังกล่าว ควรมีบทนิยามคำว่า "จารีตประเพณีทางการค้า" และ "แนวปฏิบัติทางการค้า" ให้ชัดเจน โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทนิยามศัพท์ทางการค้าของ UCC นั้นมีความชัดเจนและละเอียดมาก เนื่องจาก UCC ได้จำแนกประเภทของจารีตประเพณีทางการค้า โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ตามลำดับความสำคัญสำหรับความสัมพันธ์ในทางการค้า คือ แนวปฏิบัติของคู่สัญญา (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (Course of Dealing) จารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) และแต่ละประเภทยังได้วางขอบเขตเอาไว้ คือ คู่สัญญาต้องผูกพันแนวปฏิบัติทางการค้า (Course of Performance) วิธีการตกลงของคู่สัญญา (Course of Dealing) และจารีตประเพณีทางการค้า (Usage of Trade) โดยถือว่าเป็นส่วนเสริมของสัญญา และนำมาใช้ในการตีความเจตนาและการกระทำใดๆ ของคู่สัญญา รวมทั้งนำมาใช้ในการให้ความหมายและเป็นการเสริมรายละเอียดที่ชัดเจนขึ้นของถ้อยคำในข้อตกลง โดยการนำมาใช้นั้นมีเงื่อนไขว่าคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องรู้หรือควรจะได้รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น

จากข้อดีของบัญญัติของ UCC ที่เกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ โดยให้คำนิยามคำว่าแนวปฏิบัติทางการค้า และจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้ด้วย เพื่อความเข้าใจถูกต้องตรงกันของคู่สัญญา

3. จารีตประเพณีทางการค้านั้นควรมีผลผูกพันคู่สัญญาโดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เนื่องจากหากนำมาใช้เป็นบทอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้ก่อนจารีตประเพณีทางการค้า ดังเช่นประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น และร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ฯ ที่วางหลักไว้ว่าถ้าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ จึงนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าไม่เหมาะสมกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ ซึ่งในกรณีที่คู่สัญญามีได้มีการตกลงกันถึงเรื่องการนำจารีตประเพณีทางการค้าเอาไว้เลย แต่มีจารีตประเพณีทางการค้าที่ถือปฏิบัติกันอยู่ในวงการค้านั้น ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น จะต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้ก่อนจารีตประเพณีทางการค้านั้น หากจารีตประเพณีทางการค้านั้นแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก็จะต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้ก่อน ทำให้ไม่สอดคล้องกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์และไม่มีความยืดหยุ่น ดังนั้น ถ้าหากให้จารีตประเพณีทางการค้านั้นมีผลผูกพันกับคู่สัญญาโดยเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา ส่งผลให้การนำจารีตประเพณีทางการค้านั้นมาใช้ได้เลย ทำให้เกิดความสอดคล้องและเหมาะสมกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ นอกจากนั้น ควรวางหลักเกณฑ์ถึงการวิธีการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ให้ชัดเจน



ว่าจารีตประเพณีทางการค้านั้นควรมีผลผูกพันคู่สัญญาโดยเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาไม่ว่าจะเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งหรือปริยาย และควรขยายการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้โดยให้นำมาใช้ในการตีความเจตนา รวมถึงการกระทำใดๆ ของคู่สัญญา ซึ่งควรบัญญัติอยู่ในบทบัญญัติเดียวกัน เพื่อความสะดวกในการนำมาใช้

4. ในประเด็นของพ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาด ที่เป็นปัญหาว่าต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้แต่ถือว่าควรจะได้รู้นั้น ในประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กฎหมายไทยควรวางหลักให้กว้างถึงการให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีที่รู้จักกันอย่างกว้างขวาง และมีการปฏิบัติกันอย่างสม่ำเสมอในวงการค้านั้น หรือในอาชีพนั้นด้วย ซึ่งมีนักกฎหมายหลายๆท่านมองว่าไม่ยุติธรรมสำหรับพ่อค้ารายใหม่ แต่ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่กฎหมายต่างประเทศรวมถึงอนุสัญญา CISG นั้นได้วางหลักให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย และได้มีการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในวงการค้านั้นๆ ซึ่งทำให้ กรณีที่นักธุรกิจไทยที่ทำการค้าระหว่างประเทศกับประเทศต่างๆ อาจจะไม่สามารถหลีกเลี่ยงที่จะต้องนำกฎหมายต่างประเทศ หรืออนุสัญญา CISG มาใช้กับสัญญาของตน ดังนั้นกฎหมายไทยควรจะวางหลักเกณฑ์ดังที่กล่าวมาแล้วด้วย เพื่อเตรียมความพร้อมและกระตุ้นให้พ่อค้าไทยได้ตระหนักถึงความมีผลบังคับของจารีตประเพณีทางการค้านั้นด้วย นอกจากนี้หากพ่อค้าที่เข้ามาใหม่ในตลาดนั้นไม่พร้อมที่จะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนไม่รู้แต่ถือว่าควรจะได้รู้อจารีตประเพณีทางการค้าที่รู้จักอย่างแพร่หลาย และได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในทางการค้านั้นๆ พ่อค้ารายใหม่อาจตกลงกันโดยชัดแจ้งว่าจะไม่นำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้กับสัญญาของตน ซึ่งทำให้สามารถแก้ไขปัญหาในประเด็นนี้ได้

5. ปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้มีการแยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกจากกัน ทำให้ต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งกับธุรกรรมทางแพ่งและธุรกรรมทางพาณิชย์ ซึ่งธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากธุรกรรมทางแพ่ง ธุรกรรมทางพาณิชย์นั้นเป็นธุรกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างพ่อค้ากับพ่อค้าด้วยกัน ในการทำธุรกรรมของพ่อค้านั้นย่อมต้องการความสะดวกรวดเร็ว ดังนั้น พ่อค้าจึงนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ระหว่างกัน เพื่อขจัดปัญหาดังกล่าว จึงควรมีการศึกษาถึงผลดี ผลเสีย ของการมีกฎหมายพาณิชย์ที่แยกต่างหากออกจากกฎหมายแพ่ง หรือ ร่างพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าทางพาณิชย์ เพื่อให้มีกฎหมายที่สอดคล้องกับจารีตประเพณีทางการค้าของพ่อค้า นอกจากนี้ กฎหมายพาณิชย์นั้นควรจะครอบคลุมถึงธุรกรรมทางพาณิชย์ทุกประเภท ไม่ควรจำกัดเฉพาะสัญญาซื้อขายเท่านั้น เนื่องจาก

สัญญาซื้อขายทางพาณิชย์นั้นเป็นบ่อเกิดของสัญญาทางพาณิชย์อื่นๆ เป็นจำนวนมาก ดังนั้น จึงควรมีกฎหมายที่ครอบคลุมถึงสัญญาทางพาณิชย์ประเภทอื่นๆ ด้วย



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- จรัญ ภักดีธนากุล. แนวทางการพัฒนากฎหมายพาณิชย์ในประเทศไทย. วารสารกฎหมาย  
ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 8<sup>th</sup> anniversary 2005 : 348-359.
- จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย คาราวร ติระวัฒน์. กฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา.  
กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- จิตติ ติงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452  
แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2526. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เวียนแก้วการพิมพ์, 2526.
- จุมพล นันทศิริผล. ประมวลว่าด้วยข้อบังคับและหลักปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ: มุมมอง  
ของอนุญาโตตุลาการ. บทบัณฑิตย. เล่ม 59 ตอน 2, (2546): 88-98.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,  
2539.
- คาราวร ติระวัฒน์. กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็น  
ธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2542.
- คาราวร เศรษฐกำพุ. ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 132 และมาตรา 368 ประมวลกฎหมายแพ่งและ  
พาณิชย์. วารสารกฎหมาย. ปีที่ 9 ฉบับที่ 1, (มิถุนายน, 2527): 62-70.
- ทวี ฤกษ์จำนง. รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบ. บท  
บัณฑิตย. เล่มที่ 20 ตอน 3 (กรกฎาคม, 2505): 587-612.
- เทพวิฑูรย์. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240. พระนคร: เนติบัณฑิตย  
สภา, 2503.

ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร และ วิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: โครงการ  
 สืบทอดตำราครูทางนิติศาสตร์ ชุดที่ 1 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ประมุข สวัสดิ์มงคล. คำพิพากษาฎีกาและหมายเหตุ. บทบัญญัติ. เล่มที่ 21, ตอน 2 (เมษายน,  
 2506): 517-524.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ:  
 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศภาคที่ 1  
 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์  
 วิญญูชน, 2543.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. ทฤษฎีอนุกรมการอนุญาตโดยตุลาการ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา  
 , 2540.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์  
 สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540.

ไพจิตร ปุญญพันธุ์. หลักกฎหมายทั่วไปและหลักกฎหมายทั่วไป(ฉบับเพิ่มเติม). ตุลพาท ปีที่ 44  
 ฉบับที่ 1-4 (2540): 169-189.

ภารวีร์ กษิตินนท์. การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะ  
 นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ภารวีร์ กษิตินนท์. การตีความสัญญา. วารสารนิติศาสตร์. ฉบับบัณฑิตศึกษา (มิถุนายน, 2550):  
 54.

ภัทรกันย์ ตัญจนะ. การนำธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้ามาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่าง  
 ประเทศ ตามมาตรา 9 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ.  
สารนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

ศันันท์ภรณ์ (จำปี) โสถถิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา(พร้อมทั้งเวลาและอายุความ. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2549.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.

สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536.

สิริพรรณ กองแก้ว. การตีความสัญญา: วิเคราะห์จากหลักเกณฑ์ของ UNIDROIT เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย. สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค (1-2. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527.

เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้. นครหลวง : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2538.

อนุมิต ใจสมุทร. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปตามแนวคำบรรยายของ ดร. ประกอบ หุตะสิงห์. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513.

อภิชาติ คงชาติ. หลักการตีความสัญญา. วิชยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

อรุณ ภาณุพงษ์. การตีความกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 25 ฉบับที่ 3-4 (กันยายน 2539): 546-567.

อักษรพร จุฬารัตน. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

#### ภาษาอังกฤษ

ANA Mercedes Lopez Rodriguez. Lex Mercatoria. Available from: <http://www.rettid.dk/artikler/20020046.pdf>, [August 2008].

Bernard Audit. The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>, [August 2008].

Bradford Stone. Uniform commercial code in a nutshell. 4<sup>th</sup> ed. St. Paul, Minn.: West Pub, 1995.

Clive M. Schmitthoff. Charlesworth's mercantile law. 13<sup>th</sup> ed., London: Stevens & Sons, 1977.

Clive M. Schmitthoff. The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation, in The sources of the Law of International Trade 3. Schmitthoff ed., 1964.

E. Allan Farnsworth. Contract. Boston: Little Brown and company, 1982.

E. Allan Farnsworth. Unification Of Sales Law: Usage And Course Of Dealing. Available from: [http://tldb.unikoeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=111900#fn8](http://tldb.unikoeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=111900#fn8), [August 2008].

F.A. Mann. Notes and Comments on Cases in International Law, Commercial Law and Arbitration. Oxford: Clarendon Press, 1992.

Frederick H. Miller and Amelia H. Boss. The ABCs of the UCC : (Revised) Article 1 General Provisions. American Bar Association, 2002.

Gordon W. Brown and Paul A. Sukys. Business law: with UCC applications. 10th ed. New York: Glencoe/McGraw-Hill, 2001.

Gyula Eörsi. International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Matthew Bender ,1984.

Heikki Jokela. The Role of Usages in the Uniform Law on International Sales. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Jokela.html>, [August 2008].

Hiroshi Oda, Sian Stickings. Basic Japanese Laws. oxford University Press, 1997.

John O. Honnold. Interpretation of Statements or Other Conduct of a Party. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho8.html>, [August 2008].

Jorge Oviedo Alban. Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni9.html>, [August 2008].

Joseph Lookofsky. Interpretation of Statements by Parties. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo8.html>, [August 2008].

Patrick X. Bout. Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Available from: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>, [August 2008].

Peter Schlechtriem : translated by Geoffrey Thomas. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Peter Schlechtriem. Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Available from:  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem-08.html>, [August 2008].

Stephen Bainbridge. Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions. Available from:  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>, [August 2008].

Von Holger Langer. International Trade Law. Available from: <http://www.ganz-recht.de/stlehre/Ausland/trade.html>, [August 2008].



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย





ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CISG<sup>1</sup>

## Article 1

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

## Article 2

This Convention does not apply to sales:

(a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;

(b) by auction;

---

<sup>1</sup>Text of Instrument of CISG, available from : <http://www.unilex.info> [ August 2008].

(c) on execution or otherwise by authority of law;

(d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;

(e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft;

(f) of electricity.

### Article 3

(1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.

(2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.

### Article 4

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

(a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;

(b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.

### Article 5

This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.

#### Article 6

The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

#### Article 7

(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

#### Article 8

(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

#### Article 9

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNIDROIT<sup>2</sup>

## Preamble

(Purpose of the Principles)

These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. (\*)

They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like.

They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract.

They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.

They may be used to interpret or supplement domestic law.

They may serve as a model for national and international legislators.

## Article 1.1

(Freedom of contract)

The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

## Article 1.5

(Exclusion or modification by the parties)

The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

## Article 1.9

(Usages and practices)

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in

---

<sup>2</sup> Text of Instrument of Unidroit Principles of International commercial contracts, available from : <http://www.unilex.info> [August 2008].

international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

#### Article 4.1

(Intention of the parties)

- (1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.
- (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

#### Article 4.2

(Interpretation of statements and other conduct)

- (1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances.

#### Article 4.3

(Relevant circumstances)

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) preliminary negotiations between the parties;
- (b) practices which the parties have established between themselves;
- (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) the nature and purpose of the contract;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
- (f) usages.

ศูนย์วิจัยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UCC<sup>3</sup>

## 1-303. Course of Performance, Course of Dealing, and Usage of Trade.

(a) A "course of performance" is a sequence of conduct between the parties to a particular transaction that exists if: (1) the agreement of the parties with respect to the transaction involves repeated occasions for performance by a party; and (2) the other party, with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it, accepts the performance or acquiesces in it without objection.

(b) A "course of dealing" is a sequence of conduct concerning previous transactions between the parties to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.

(c) A "usage of trade" is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a trade code or similar record, the interpretation of the record is a question of law.

(d) A course of performance or course of dealing between the parties or usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware is relevant in ascertaining the meaning of the parties' agreement, may give particular meaning to specific terms of the agreement, and may supplement or qualify the terms of the agreement. A usage of trade applicable in the place in which part of the performance under the agreement is to occur may be so utilized as to that part of the performance.

---

<sup>3</sup> Text of Uniform Commercial Code, available from:  
<http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html> [August 2008].



(e) Except as otherwise provided in subsection (f), the express terms of an agreement and any applicable course of performance, course of dealing, or usage of trade must be construed whenever reasonable as consistent with each other. If such a construction is unreasonable: (1) express terms prevail over course of performance, course of dealing, and usage of trade; (2) course of performance prevails over course of dealing and usage of trade; and (3) course of dealing prevails over usage of trade.

(f) Subject to Section 2-209, a course of performance is relevant to show a waiver or modification of any term inconsistent with the course of performance.

(g) Evidence of a relevant usage of trade offered by one party is not admissible unless that party has given the other party notice that the court finds sufficient to prevent unfair surprise to the other party.



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### Commercial Code of Japan<sup>4</sup>

#### Article 1

As to a commercial matter, The commercial customary law shall apply if there are no provisions in this Code; and the civil code shall apply, If there no such law.

#### Article 2

This code shall apply to commercial transaction effected by public juristic person, except otherwise provide for by any law or ordinance.

### Civil Code of Japan<sup>5</sup>

#### Article 92

If, in cases where there is a custom which differs from any provisions of laws or ordinances which are not concerned with publicpolicy, It is to be considered that the parties to a juristic act have intended to conform to such custom, that custom shall prevail.

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>4</sup> The Codes Translation Committee & the Ministry of Justice, The Commercial code of Japan, 6<sup>th</sup> ed., (Tokyo : Eibun-Horei-Sha,1967), p. 2.

<sup>5</sup>Loenholtm,Ludwig Hermann, The civil code of Japan, (Tokyo : Maruya, 1906),

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวสิริธร นิธิเบญญากร เกิดวันที่ 26 มีนาคม 2526 สำเร็จการศึกษาระดับปริญญา  
นิติศาสตรบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ (กฎหมายแพ่งและอาญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปี  
การศึกษา 2547 และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและ  
ธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2548



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย