

บทที่ 2

กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*)

2.1 แนวความคิดของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*)

ปัจจุบันนี้ได้มีการยอมรับกันอย่างทั่วไปว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นโดยกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศด้วยตนเอง กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ได้เกิดขึ้นและเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นในสมัยกลาง ซึ่งเป็นสมัยที่ฝ่ายอาณาจักรอ่อนแอและฝ่ายศาสนจักรก็ไม่ได้ให้การดูแลในเรื่องของการค้าขายระหว่างประเทศ ดังนั้น พ่อค้าในสมัยนั้นจึงต้องคิดหาวิธีเพื่อนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันเอง ซึ่งในสมัยต้นศตวรรษที่ 20 กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งเป็นกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างหนึ่งได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ โดยประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ศาลของประเทศในระบบกฎหมายนี้ได้ยอมรับเอาหลักกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศไปใช้ในการตัดสินคดี และในส่วนของประเทศที่เป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ก็ได้มีการนำหลักกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศตน¹ เช่น การที่ประเทศต่าง ๆ ทั้งประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และ ระบบ Civil Law ได้ให้การยอมรับและนำเอาหลักเรื่องสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*) ไปใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีทางแพ่ง เพราะฉะนั้น เมื่อประเทศต่าง ๆ ได้ให้การยอมรับและนำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) บางประการไปใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของประเทศตนแล้ว จึงมีผลทำให้หลักเกณฑ์ ดังกล่าวของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นกลายสภาพไปเป็นกฎหมายภายใน ของประเทศต่าง ๆ

ต่อมาในสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นยุคที่ลัทธิสหภาพนอกอาณาเขตและระบบอาณานิคมของประเทศกลุ่มตะวันตกล่มสลาย และการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้มีการขยายตัวอย่างรวดเร็วจึงได้มีความพยายามที่จะสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับการซื้อขายระหว่างประเทศดังกล่าว ประกอบกับการเกิดขึ้นของแนวความคิดที่ว่า การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศควรเป็นอิสระจากระบบกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เนื่องจาก

¹ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร . พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ . หน้า 119.

กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ นั้นยังไม่มีความเป็นเอกภาพ (uniform) และไม่ได้ถูกกำหนดมาเพื่อให้ใช้บังคับกับการซื้อขายระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะพิเศษโดยตรง ดังนั้น จึงได้ก่อให้เกิดความคิดขึ้นในกลุ่มของนักธุรกิจระหว่างประเทศและนักกฎหมายซึ่งต้องการให้อนุญาตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้บังคับและระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการซื้อขายระหว่างประเทศ

ดังนั้น เมื่อได้มีแนวความคิดให้นำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้บังคับและระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายระหว่างประเทศแล้ว นักกฎหมายจึงได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดต่าง ๆ ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) อย่างจริงจังอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเมื่อ ผู้วิจัยได้ศึกษาถึงแนวความคิดของนักวิชาการทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศแล้วสามารถที่จะจำแนกแนวความคิดดังกล่าวได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่มีแนวความคิดว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย และกลุ่มที่มีแนวความคิดที่ว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง ตามที่ผู้วิจัยจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

2.1.1 กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย

สืบเนื่องจากการที่ผู้วิจัยเป็นและเห็นด้วยกับแนวความคิดของนักกฎหมายที่มีความเชื่อในสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (positivist) ซึ่งมีความเห็นว่า กฎหมาย คือ ข้อบังคับของรัฐซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ เพราะฉะนั้น กฎหมายจึงมีองค์ประกอบที่สำคัญดังต่อไปนี้²

- (1) ต้องเป็นข้อบังคับ คือ ต้องมีข้อความบงการให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง
- (2) ต้องเป็นข้อบังคับของรัฐ ไม่ใช่ของบุคคล
- (3) ข้อบังคับต้องกำหนดความประพฤติ คือ การเคลื่อนไหวของร่างกายหรือการงดเว้นการเคลื่อนไหวของร่างกายอย่างใดอย่างหนึ่ง

² หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, ตุลาคม 2538), หน้า 41.

(4) ข้อบังคับนั้นต้องกำหนดความประพฤติของมนุษย์

(5) ข้อบังคับนั้นถ้าฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ซึ่งเรียกว่า สภาพบังคับ (Sanction) ของกฎหมาย โดยสภาพบังคับนี้รัฐจะต้องเป็นผู้กระทำมิใช่เป็นการที่เอกชนปฏิบัติต่อกันและกันเอง

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาค้นคว้าเอกสารและตำราทางกฎหมายต่าง ๆ เป็นจำนวนพอสมควรแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นด้วยกับแนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่มีชื่อเสียงหลายท่านซึ่งได้ให้การสนับสนุนแนวความคิดที่ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยสามารถที่จะพิจารณาได้จากข้อเขียนทางกฎหมายของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงต่อไปนี้

Professor Philip R Wood กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ”³

Professor F.A. Mann กล่าวว่า “ แม้ว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะไม่มีฐานะเป็นกฎหมายก็ตาม แต่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) อย่างหนึ่ง ”⁴

Professor Michael J. Mustill และ Professor Stewart G Boyd กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นสิ่งที่ไม่มีความชัดเจน ทั้งนี้ไม่ว่าจะพิจารณาในกรณีที่ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่แยกออกมาจากระบบกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ หรือในกรณีที่ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นมาเพื่อใช้อำนวยความสะดวกสำหรับการระงับข้อพิพาทในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ตาม ”⁵

³ Philip R Wood , LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL FINANCE COMPARATIVE FINANCIAL LAW. London , SWEET & MAXWELL , 1995 , p. 165.

⁴ F.A. Mann , Notes and Comments on Cases in International Law , Commercial Law , and Arbitration , Oxford , Clarendon Press Oxford , 1992 , p. 25.

⁵ Sir Michael J Mustill and Stewart G Boyd , Commercial Arbitration , London , Butterworths , 1989 , p. 81.

Professor Norbert Horn กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) คือ หลักเกณฑ์ที่มีรูปแบบเดียวกัน ซึ่งมีขึ้นเพื่อใช้ตอบสนองต่อความต้องการการมีรูปแบบเดียวกันของการประกอบธุรกิจและการร่วมมือในทางเศรษฐกิจในระดับระหว่างประเทศ” ⁶

Professor Abul F.M. Maniruzzaman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นหลักเกณฑ์ที่ผสมผสานระหว่างลักษณะของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเข้าด้วยกัน” ⁷

Professor Ning Jin กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีความเป็นอิสระในตัวเองและไม่มีความเป็นกฎหมาย” ⁸

ร.ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร กล่าวว่า “ กฎหมายนั้นต้องมีอำนาจบังคับ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งนายวาณิชย์สร้างขึ้นเอง ไม่ว่าด้วยจารีตประเพณีในทางการค้าหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ตาม ไม่มีอำนาจบังคับ จึงเป็นกฎหมายอ่อนท่อนองเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายนั้นมีขึ้นก็เพื่อใช้กับผู้ที่ดี การอ้างว่ามีผู้ที่แพ้คดีจำนวนมากยอมทำตามคำชี้ขาด ไม่ได้ทำให้คำชี้ขาดมีสภาพบังคับอยู่ในตัว คำชี้ขาดจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อรัฐใช้อำนาจศาลของตนบังคับให้ในกรณีและผู้แพ้คือ ส่วนจารีตประเพณีในทางการค้านั้น มีทางเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา โดยการที่คู่สัญญาอ้างไปถึงโดยชัดแจ้ง หรือโดยการที่อนุญาโตตุลาการตีความสัญญาว่าคู่กรณีคงได้พิจารณาที่จะอ้างไปถึงได้อยู่แล้ว และการให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่มาของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ด้วยนั้น แม้จะเป็นการอิงเทคนิคของพวกเขา Common Law คือ ให้คำพิพากษาเป็นที่มาของกฎหมาย ก็มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ประการที่หนึ่งใน

⁶ Norbert Horn , “Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts”, in The Transnational Law of International Commercial Transaction : Studies in Transnational Economic Law. (Norbert Horn & Clive Schmitthoff eds.), 1982, pp. 15-16.

⁷ 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 : 658.

⁸ Ning Jin , THE STATUS OF *lex mercatoria* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION , The Parker School of Foreign & Comparative Law , Columbia University , New York , p. 189.

ทฤษฎี Common Law เดิมนั้นก็ไม่ถือว่าคำพิพากษาเป็นที่มาของกฎหมาย กล่าวคือ ผู้พิพากษา ไม่ได้สร้างกฎหมาย เป็นแต่เพียงอธิบายกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ประการที่สองคำพิพากษานั้นมีการตีพิมพ์เผยแพร่ในวงกว้างและตกอยู่ภายใต้การวิจารณ์ ในขณะที่คำชี้ขาดนั้นมีความจำเป็นที่อาจต้องไม่เปิดเผยเพื่อรักษาความลับของคู่ความ การไม่ให้โฆษณาทำให้การเผยแพร่ของกฎหมายเป็นไปได้ยาก แม้ว่าจะได้มีการลดความบกพร่อง โดยมีการตัดทอนคำชี้ขาดเพื่อให้โฆษณาได้ และยังสามารถรักษาความลับของคู่ความไว้ ซึ่งนับว่าเป็นการประนีประนอมที่ไม่ได้ผลเท่าใดนัก เพราะการเปิดเผยเพียงบางส่วนก็ทำให้ความลับของเรื่องที่พิพาทของคู่ความรั่วไหลได้ โดยเฉพาะในวงการค้าที่แคบ การเดาเดี้ยวคู่ความคงทำได้ไม่ยาก การปกปิดชื่อคู่ความจึงไม่ค่อยมีประโยชน์ในทางตรงกันข้ามการตีพิมพ์บางส่วนของคำชี้ขาดทำให้การวิเคราะห์ของผู้วิจารณ์ทำได้ไม่เต็มที่ พัฒนาการของกฎหมายไม่เกิดขึ้นเร็วเท่าที่ควร ยิ่งไปกว่านั้น คดีที่ได้รับการตีพิมพ์เป็นส่วนน้อย จึงไม่บ่งชี้แนวโน้มของพัฒนาการของกฎหมาย”⁹ นอกจากนี้ ร.ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้กล่าวเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า “กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นแต่เพียงกฎหมายในอุดมการณ์ ซึ่งอาจจะมีทางเป็นกฎหมายก็ต่อเมื่อได้นำไปเขียนเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศแล้ว และยัขน่าสงสัยอยู่มากว่าประเทศที่มีวิจรรณญาณจะยอมรับหลักเกณฑ์บางเรื่องที่น่าปรากฏอยู่ในกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ประเภทที่มาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในอดีตเพียงใด เพราะเป็นเพียงคำชี้ขาดหรือหลักคำตัดสินในคดีระหว่างประเทศ ซึ่งนับเป็นที่มาชั้นรองของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่อาจเทียบได้กับจารีตหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ”¹⁰

ร.ศ. ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร กล่าวว่า “กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศที่ถือตามกัน

⁹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี”, รวมบทความความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม) หน้า 34.

¹⁰ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า. สำนักพิมพ์สยามานวิทย์พัฒนา , มิถุนายน 2540, หน้า 79.

ต่อ ๆ มาในระหว่างพ่อค้า¹¹ เพราะฉะนั้น กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงมีสถานะเป็นกฎหมายแห่งเจตนาของเอกชนที่ปรากฏอยู่ในข้อสัญญาระหว่างกัน”¹²

เมื่อพิจารณาจากความเห็นดังกล่าวข้างต้นของนักกฎหมายกลุ่มนี้แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า นักกฎหมายกลุ่มนี้มีแนวความคิดว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ* และกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะที่สำคัญดังกล่าวข้างต้นของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เปรียบเทียบกับองค์ประกอบของการเป็นกฎหมายแล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย เนื่องจากสิ่งที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายได้นั้นจะต้องเป็นสิ่งที่มืองค์ประกอบดังนี้ (1) เป็นข้อบังคับ (2) เป็นข้อบังคับของรัฐ (3) ข้อบังคับนั้นต้องกำหนดความประพฤติ (4) กำหนดความประพฤติของมนุษย์ (5) หากฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษ (สภาพบังคับ) ซึ่งกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นขาดองค์ประกอบในเรื่องของการมีฐานะเป็นข้อบังคับของรัฐ เพราะมีฐานะเป็นเพียงข้อบังคับและกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเฉพาะในกลุ่มของเอกชน (พ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ) ด้วยกันเอง เพราะฉะนั้น กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย

¹¹ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ : แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ , พิมพ์ครั้งที่ 3 , สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2543 , หน้า 78 .

¹² พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ : แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ , หน้า 91 .

* จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ หมายความว่า วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ที่ได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นทางการทั่วไปจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ แต่ยังไม่ได้รับการยอมรับและนำไปใช้ในฐานะที่เป็นข้อบังคับของรัฐโดยประเทศต่าง ๆ

อนึ่ง หากรัฐได้ให้การยอมรับและนำเอาจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) หรือกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในฐานะที่เป็นข้อบังคับของรัฐแล้ว กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ก็จะมีลักษณะที่ครบองค์ประกอบของการเป็นกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง

สืบเนื่องจากการที่นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ แต่มีฐานะเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) หรือกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น นักกฎหมายกลุ่มนี้จึงได้อธิบายถึงที่มาของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไว้ดังต่อไปนี้

Professor Ning Jin กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ประกอบด้วย ประเพณี วิธีปฏิบัติ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ”¹³

Professor Abul F.M. Maniruzzaman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นเกิดขึ้นมาจากการปฏิบัติอย่างเป็นรูปแบบเดียวกันโดยกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ”¹⁴ โดยวิธีปฏิบัติที่จะเป็นที่มาของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นจะต้องเป็นวิธีปฏิบัติที่มีลักษณะดังต่อไปนี้¹⁵

- (1) แสดงถึงพฤติกรรมและวิธีปฏิบัติในทางการค้า (reflect trade habits and market usages)

¹³ Ning Jin , THE STATUS OF *lex mercatoria* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION , p. 192 .

¹⁴ Abul F.M. Maniruzzaman , “The *lex mercatoria* and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration?” , American University International Law Review : 672 .

¹⁵ Abul F.M. Maniruzzaman , “The *lex mercatoria* and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration?” , American University International Law Review : 673 .

- (2) มีระยะเวลาการใช้ที่ยาวนานพอสมควร (persist over a substantial period of time)
- (3) มีการใช้อย่างกว้างขวางและทั่วไป (be universal)
- (4) ไม่ขึ้นต่อระบบกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง (be extrinsic to the legal system)
เป็นไปเพื่อประโยชน์ของกลุ่มพ่อค้า (be of utilitarian benefit of the merchant community)

ร.ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร กล่าวว่า “กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เกิดจากจารีตและวิธีปฏิบัติของพ่อค้าซึ่งพบได้ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สัญญามาตรฐาน และวิธีปฏิบัติของพ่อค้า”¹⁶

ร.ศ. ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร กล่าวว่า “กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งมีที่มาจากจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศของกลุ่มพ่อค้าระหว่างประเทศ”¹⁷

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและพิจารณาความเห็นของนักวิชาการทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับที่มาของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่ากลุ่มของนักกฎหมายที่มีแนวความคิดว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศนั้นได้มีความเห็นสอดคล้องและเป็นแนวทางเดียวกันว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นมีที่มาจากจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถที่จะพบได้จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและสัญญามาตรฐาน

¹⁶ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร . พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ . หน้า 119 .

¹⁷ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ : แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ , หน้า 89 .

จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ หมายความว่า วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ที่ได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นทางการทั่วไปจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ แต่ยังไม่ได้รับการยอมรับและนำไปใช้ในฐานะที่เป็นข้อบังคับของรัฐโดยประเทศต่าง ๆ

สืบเนื่องจากการที่นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเชื่อว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย จึงทำให้นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นเป็นกฎเกณฑ์ของของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศและไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย* เนื่องจากกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มิได้มีฐานะเป็นข้อบังคับของรัฐ จึงส่งผลให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย และเมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มิได้มีฐานะเป็นกฎหมายแล้ว กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายในตัวเอง เพราะฉะนั้น การที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะมีสภาพบังคับในทางกฎหมายได้นั้นจึงต้องอาศัยสภาพบังคับของกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่จะเห็นได้จากข้อเขียนทางกฎหมายของนักกฎหมายต่อไปนี้

Professor F.A. Mann กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายโดยตัวของมันเอง แต่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อย่างหนึ่งอาจมีสภาพบังคับได้ ก็แต่โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ”¹⁸

Professor Michael J. Mustill ซึ่งเป็นผู้ที่คัดค้านการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้บังคับได้กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่ควรที่จะถูกนำมาปรับใช้กับปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับสัญญาหรือนำมาใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท เพราะกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นยังไม่มีความแน่นอนและเป็นรูปแบบเดียวกัน ดังนั้น หากมีการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้กับสัญญาแล้วก็จะส่งผลให้ความแน่นอนในเรื่องของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่สัญญานั้นหมดสิ้นไปด้วย ”¹⁹

Professor Ning Jin กล่าวว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ครอบคลุมถึงวิธีปฏิบัติ (usage) ในทางการค้าระหว่างประเทศใด ๆ ก็ตามที่มีผลผูกพันให้คู่สัญญาต่างประเทศจะต้องปฏิบัติตาม โดยกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้จะมีฐานะเป็นส่วนประกอบ

* คำว่า “สภาพบังคับในทางกฎหมาย” หมายความว่า การที่กฎหมายได้ให้การยอมรับที่จะบังคับให้ตามสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามสิ่งดังกล่าวเกิดขึ้น

¹⁸ F.A. Mann , Notes and Comments on Cases in International Law , Commercial Law , and Arbitration , p. 25 .

¹⁹ Sir Michael J Mustill and Stewart G Boyd , Commercial Arbitration , p. 83 .

เสริมของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดี เพราะฉะนั้น กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายโดยตัวของมันเอง²⁰

Professor Abul F.M. Maniruzzaman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นส่วนเสริมสำหรับนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายในตัวเอง และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะต้องอาศัยการมีสภาพบังคับของกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นวิधिปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับ ”²¹

ร.ศ. พิชัยศักดิ์ หรยงกูร ได้กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้สร้างขึ้นเอง ไม่ว่าจะด้วยจารีตประเพณีในทางการค้าหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ตาม ไม่มีอำนาจบังคับ ”²²

ร.ศ. ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายในสายตาของรัฐ ความมีผลของกฎเกณฑ์ดังกล่าว (การมีสภาพบังคับ) มีพื้นฐานมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของเอกชนเท่านั้น ดังนั้น ความมีผล (การมีสภาพบังคับ) จึงมีอยู่เท่าที่ไม่ขัดหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของรัฐและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ กลับได้รับการยอมรับจากพ่อค้าในฐานะของ “ กฎหมาย ” อย่างไม่ต้องสงสัย กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้จึงมีสถานะเป็น “ กฎหมาย ” ของพ่อค้า ”²³ เพราะฉะนั้น การมีสภาพ

²⁰ Ning Jin , *The American Review of International Arbitration* (Vol. 7) , p. 168.

²¹ Abul F.M. Maniruzzaman , “The *lex mercatoria* and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration?” , *American University International Law Review* : 732 .

²² พิชัยศักดิ์ หรยงกูร , “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี”, รวมบทความความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, หน้า 34 .

²³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ : แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ , หน้า 79 .

บังคับทางกฎหมายของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมายของ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ตามกฎหมายที่มีผลบังคับต่อสัญญาที่ตกลงของกฎหมายขัดกันขึ้นไปถึง²⁴ นอกจากนี้ ร.ศ. ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร ได้กล่าวเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า “ ในปัจจุบันนี้ไม่มีคำถามจากฝ่ายพ่อค้าว่าทำไมตนจึงต้องยอมรับกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นโดยเอกชนด้วยกัน ตราบเท่าที่กฎเกณฑ์นั้นสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจโดยส่วนใหญ่ ความสงสัยในความมีผลของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะมาจากนักกฎหมาย มิใช่พ่อค้า นักกฎหมายกลุ่มหนึ่งยอมรับว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีสถานภาพของกฎหมายแต่อีกกลุ่มหนึ่งปฏิเสธ ”²⁵

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นของนักกฎหมายกลุ่มนี้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า นักกฎหมายกลุ่มนี้ได้ให้การยอมรับว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากสิ่งที่จะมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้นั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นมาจากความต้องการของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าว เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เกิดขึ้นมาจากความต้องการของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศก็ได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ดังที่จะเห็นได้จากการที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและนำไปประพฤติดำเนินปฏิบัติ

²⁴ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร . คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ : แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ , หน้า 91 .

²⁵ A " Kasis , Theorie generale des usages du commerce , 1984 , pp. 391-424 อ้างโดย พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร . คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ : แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ , หน้า 90 .

แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายกลุ่มนี้ได้มีความเห็นเพิ่มเติมว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายด้วย เนื่องจากกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) ที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนิยมและได้ให้การยอมรับที่จะนำไปประพฤติดำเนินการในการทำธุรกรรมทางด้านการค้าระหว่างประเทศ จารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ และ กฎเกณฑ์ที่ใช้เพื่ออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าที่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น โดยกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ยังไม่มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ดังนั้น เมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ยังไม่มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย

อนึ่ง การมีสภาพบังคับทางสังคม เช่น การรวมตัวกันไม่ทำการค้าขายด้วย ฯลฯ นั้น ไม่ได้ถือว่าเป็นสภาพบังคับในทางกฎหมาย เนื่องจากสภาพบังคับในทางกฎหมาย คือ การที่กฎหมายเข้าไปมีบทบาทในการบังคับบัญชาให้ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายจำต้องปฏิบัติตาม และหากผู้นั้นไม่ปฏิบัติตามแล้วก็จะต้องรับโทษในทางกฎหมาย มิใช่เป็นเรื่องที่กลุ่มคนซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมนั้นเป็นผู้หามาตรการทางสังคมมาลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าว

2.1.1.1 สรุปความเห็นของกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวความคิดของนักกฎหมายที่ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย รวมถึงที่มาและสภาพบังคับของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ตามแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้แล้ว ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้เป็นอย่างยิ่งด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) สืบเนื่องจากการที่ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positivism) ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า กฎหมาย คือ ข้อบังคับของรัฐซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ เพราะฉะนั้น สิ่งที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายได้นั้นจะต้องมีองค์ประกอบ 5 ประการ ได้แก่

- (ก) ต้องเป็นข้อบังคับ
- (ข) ต้องเป็นข้อบังคับของรัฐ
- (ค) ข้อบังคับต้องกำหนดความประพฤติ
- (ง) ข้อบังคับนั้นต้องกำหนดความประพฤติของมนุษย์
- (จ) ข้อบังคับนั้นถ้าฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ (สภาพบังคับในทางกฎหมาย)

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงความหมายของ “กฎหมาย” และองค์ประกอบที่สำคัญของการเป็นกฎหมายข้างต้นประกอบกับลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้วผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายเนื่องจากลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นยังไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นกฎหมายในประเด็นต่าง ๆ ต่อไปนี้

(ก) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่เป็นข้อบังคับเฉพาะในกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ (เอกชน) เท่านั้น โดยยังไม่มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของรัฐ ดังที่จะเห็นได้จากการที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในเรื่องของการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) และจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังไม่ได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติจากรัฐในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของรัฐ ดังที่จะเห็นได้จากการที่ประเทศต่าง ๆ ยังไม่ได้ให้การยอมรับที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน คือ ประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ก็ยังไม่ได้ให้การยอมรับและนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการพิจารณาคดีตัดสินคดีโดยตรง และในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ก็ยังไม่ได้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศตน

(ข) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย สืบเนื่องจากการที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นเพียงกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับเฉพาะในกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ (เอกชน) โดยไม่ได้มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของรัฐ เพราะฉะนั้น เมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่ได้มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของรัฐแล้ว จึงส่งผลให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายในตัวเอง แม้จะ

พิจารณาในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าวก็ตาม เนื่องจากการกระทำดังกล่าวของคู่สัญญานั้นเป็นการทำให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาอย่างหนึ่ง และเมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาแล้วก็จะส่งผลให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีสภาพบังคับโดยอาศัยเจตนาดังกล่าวของคู่สัญญา ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (autonomy of the will) นั่นเอง มิใช่เป็นกรณีที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีสภาพบังคับในทางกฎหมายในตัวเอง เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า ในกรณีนี้การมีสภาพบังคับในทางกฎหมายของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นเป็นการมีสภาพบังคับโดยอาศัยสภาพบังคับของกฎหมายภายในที่ได้ให้การยอมรับหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (autonomy of the will) มิใช่การที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีสภาพบังคับในทางกฎหมายในตัวเอง

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า เมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีลักษณะสำคัญที่ยังไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นกฎหมาย คือ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มิได้มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของรัฐ แต่มีฐานะเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในเรื่องของการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) และจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น ประกอบกับการที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายในตัวเองตามที่ผู้วิจัยได้อธิบายไว้แล้วโดยละเอียดข้างต้น กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย

(2) ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประเภทของกฎหมายในโลกนั้นมีอยู่ 2 ประเภท คือ กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้วผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่ได้มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจาก

* คำว่า “ ข้อกำหนดแห่งสัญญา ” นี้ เป็นคำที่ ร.ศ. พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร และผู้วิจัยกำหนดขึ้น เพื่อใช้สื่อความหมายถึง กฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาร่วมกันไว้ว่าจะนำมาใช้บังคับกับสัญญา

(ก) การที่สิ่งหนึ่งสิ่งใดจะมีฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ได้นั้นจะต้องเกิดจากกระบวนการในการสร้างกฎหมายโดยรัฐ คือ เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยรัฐสภาของประเทศนั้น ๆ แต่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มิได้เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยรัฐสภาของประเทศใด แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นมาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ประกอบกับการที่ประเทศต่าง ๆ ก็ยังไม่ได้ให้การยอมรับที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน คือ ประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ก็ยังไม่ได้ให้การยอมรับและนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีโดยตรง และในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ก็ยังไม่ได้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศตน เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ

(ข) การที่สิ่งใดสิ่งหนึ่งจะมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้นั้น กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะต้องเกิดขึ้นมาจากการกระทำของรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ (subject in international law) และได้รับการยอมรับจากรัฐว่ามีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เกิดขึ้นมาจากการกระทำของกลุ่มของเอกชนที่ทำธุรกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ) ซึ่งไม่มีฐานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ (subject in international law) มิได้เกิดขึ้นมาจากการกระทำของรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ (subject in international law) และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ก็ยังไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่าง ๆ ว่ามีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังนั้น สืบเนื่องมาจากการที่ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กฎหมายในโลกนี้มีอยู่เพียง 2 ประเภท คือ กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า เมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มิได้มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงไม่มีฐานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด โดยกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะมีฐานะเป็นได้แค่เพียงหลักเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในเรื่องของการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

วิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) และจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น

2.1.2 กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมาย

แนวความคิดที่ว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งนั้นเป็นอีกแนวความคิดหนึ่งเกี่ยวกับกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ที่สามารถพบได้จากหนังสือและตำราทางกฎหมายของนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งได้ให้การสนับสนุนให้มีการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการระงับข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยนักกฎหมายกลุ่มนี้ได้มีอธิบายแนวความคิดเกี่ยวกับการ มีฐานะเป็นกฎหมายของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไว้ดังต่อไปนี้

Professor Schmitthoff กล่าวว่า “กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกลุ่มของหลักเกณฑ์ทั่วไปและกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (rules of law) ที่มีความสัมพันธ์กับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งหลักเกณฑ์ทั่วไปและกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายดังกล่าวนี้ได้ก่อให้เกิด *transnational law* * ในเรื่องเกี่ยวกับการซื้อขายระหว่างประเทศ ”²⁶ ซึ่ง Professor Schmitthoff ได้ อธิบายความหมายของ *transnational law* ไว้ว่า *transnational law* เป็นการผสมผสานระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ และแม้ว่า *transnational law* จะมีที่มาจากกฎหมาย

* คำว่า *transnational law* นี้ Professor Jessup ได้เป็นผู้คิดขึ้นมาใช้เป็นคนแรก โดยได้กล่าวเอาไว้ว่า *transnational law* เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งมิได้เป็นทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ *transnational law* นี้มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งเรียกกันว่า Third Legal Order ที่เกิดขึ้นมาจากการผสมผสานระหว่างหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเข้าด้วยกัน โดย *transnational law* นี้มีขึ้นเพื่อนำมาใช้บังคับกับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากธุรกรรมทางพาณิชย์ในประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้ว่า *transnational law* นี้จะมีได้มีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ก็ตาม แต่ *transnational law* นี้จะต้องอาศัยสภาพบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ซึ่งโดยตัวของ *transnational law* นั้นจะไม่มีสภาพบังคับในตัวเอง

²⁶ 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.

ระหว่างประเทศก็ตาม transnational law ก็ควรที่จะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่มีความเป็นอิสระในตัวเอง ซึ่งสามารถที่จะนำไปใช้บังคับกับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศได้²⁷

Professor Goldman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นภาพสะท้อนของการเจริญเติบโตและการพัฒนาของกลุ่มสังคมของนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ต้องการให้การค้าขายระหว่างประเทศต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงได้ทำการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันเองขึ้น โดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวนี้จะประกอบไปด้วยจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป ”²⁸ นอกจากนี้ Professor Goldman ได้กล่าวเสริมเอาไว้ว่า “ กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มีความเป็นอิสระจากระบบกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เพราะกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่ได้เป็นทั้งระเบียบวิธีของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ”²⁹

Professor Weil กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) หรือกฎหมายสัญญา ระหว่างประเทศเป็นสาขาใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในเรื่องสัญญาของรัฐ”³⁰

Professor Juenger กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งไม่ขึ้นต่อระบบกฎหมายภายใน ”³¹

²⁷ Clive M. Schmitthoff, “International Business Law : A New Law Merchant” , Clive Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law (Chia-Jui Cheng , ed., 1988) , p. 20 .

²⁸ Berthold Goldman อ้างใน Ning Jin, THE STATUS OF *lex mercatoria* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION . p. 166.

²⁹ Berthold Goldman , *lex mercatoria* , Forum International No. 3 , Nov. 1983, p. 22

³⁰ Weil อ้างใน 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 : 662 .

³¹ Fredrick K. Juenger , American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant , 28 Vand. J.Transnat’l. L. (1995), p. 497 .

Professor Roy Goode กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นส่วนหนึ่งของ transnational commercial law ซึ่งมีได้มีการเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และมีความสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีทางการค้า ” ³² โดย Professor Roy Goode ได้ให้ความหมายของคำว่า transnational law ไว้ว่า transnational law เป็นการกอบประจักษ์ขึ้นมาอย่างเช่นกฎหมายโดยมิได้เป็นผลผลิตของระบบกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งโดยเฉพาะ ... เพราะฉะนั้นจึงสามารถที่จะกล่าวได้ว่า transnational law เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับธุรกรรมที่มีลักษณะข้ามพรมแดน ³³

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดดังกล่าวของนักกฎหมายกลุ่มนี้แล้ว สามารถที่จะพิจารณาได้ว่า นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎหมายแบบพิเศษที่เรียกกันว่า Transnational Law ซึ่งมีได้มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Transnational Law นี้เป็นกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นมาจากสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะที่พิเศษและแตกต่างไปจากสังคมภายในของประเทศต่าง ๆ คือ สังคมของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนั้นเป็นสังคมของเอกชนที่มีลักษณะเป็นการข้ามชาติ มิใช่สังคมของเอกชนที่อยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง และสังคมของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนี้ก็เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง มิใช่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่าง ๆ ในสังคมนระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น นักกฎหมายกลุ่มนี้จึงมีความเห็นว่า เมื่อสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเป็นสังคมที่มีลักษณะที่พิเศษดังกล่าวข้างต้น จึงส่งผลให้สิ่งที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายของสังคมนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับการเป็นกฎหมายในความหมายของนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง คือ เมื่อสมาชิกในสังคมของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศส่วนใหญ่มีความเชื่อว่า สิ่งใดสิ่งหนึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายและจะต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามก็จะได้รับโทษแล้วก็จะทำให้สิ่งนั้นมีฐานะเป็นกฎหมายได้ ดังนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎหมายที่สะท้อนภาพสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศที่มีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากสังคมภายในของประเทศต่าง ๆ และสังคมนระหว่างประเทศนั่นเอง

³² Roy Goode, The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration, INT'L 1, 1992, p. 12 .

³³ Ole Lando, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law” , International and Comparative Law Quarterly , The British Institute of International and Comparative Law , January 1997 , p. 2 .

สืบเนื่องจากความเห็นดังกล่าวข้างต้นของนักกฎหมายกลุ่มนี้ที่ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งกลุ่มของนักกฎหมายดังกล่าวก็ได้มีความเห็นสอดคล้องเป็นแนวทางเดียวกันว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีที่มาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ โดยสามารถที่จะพิจารณาได้จากแนวความคิดของนักกฎหมายดังต่อไปนี้

Professor Schmitthoff กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีที่มาจาก 2 แหล่ง คือ

1. กฎหมายระหว่างประเทศ คือ การที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการและเป็นเอกภาพและได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับโดยประเทศต่าง ๆ
2. จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ได้มีการนำไปใช้อย่างกว้างขวาง วิธีปฏิบัติหรือมาตรฐานที่สถาบันระหว่างประเทศ เช่น หอการค้านานาชาติ ได้สร้างขึ้น ”³⁴

Professor Goldman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ประกอบไปด้วยจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป ”³⁵ เพราะฉะนั้น Professor Goldman จึงได้จำกัดที่มาที่แท้จริงของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไว้เพียง 2 แหล่ง คือ หลักกฎหมายทั่วไป และวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ ”³⁶ ซึ่ง Professor Goldman ได้กล่าวเพิ่มเติมเอาไว้ว่า “ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งได้ถูกยกระดับขึ้นมาให้มีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีโดยอาศัยการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นทั่วไปและสม่ำเสมอ หรือเป็นภาพสะท้อนของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปอาจเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ได้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำหรือผู้ที่ปฏิบัติว่า

³⁴ 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.

³⁵ Berthold Goldman อ้างใน Ning Jin, *THE STATUS OF lex mercatoria IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, p. 166.

³⁶ Berthold Goldman อ้างใน Ning Jin, *THE STATUS OF lex mercatoria IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, p. 167.

มีฐานะเป็นรัฐหรือเอกชน ”³⁷ อย่างไรก็ตาม Professor Goldman ได้มีแนวความคิดในการแปลความหมายของคำว่า “ หลักกฎหมายทั่วไป ” ตามมาตรา 38 (1) (c) ว่ามีความหมายรวมไปถึงหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นโดยวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศของกลุ่มพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับและนำไปใช้อย่างสม่ำเสมอและเป็นการทั่วไป³⁸

Professor Roy Goode กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) เกิดขึ้นมาจากหลักทั่วไปและวิธีปฏิบัติที่มีได้มีการเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ”³⁹

ดังนั้น เมื่อได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้ที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งแล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นมีที่มาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ

สืบเนื่องจากการที่นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นกฎหมายชนิดพิเศษที่เรียกกันว่า Transnational Law ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นมาจากความต้องการของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศในการที่จะหา กฎเกณฑ์เพื่อนำมาใช้สำหรับพิจารณาระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศด้วยกันเอง โดย Transnational Law นี้จะไม่มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะมีสภาพบังคับทางสังคม (social sanction) คือ เมื่อพ่อค้าและนักธุรกิจ

³⁷ Berthold Goldman อ้างใน Abul F.M. Maniruzzaman , The *lex mercatoria* and International Contracts : A Challenge For International Commercial Arbitration? , American University International Law Review : 655 .

³⁸ Berthold Goldman อ้างใน Abul F.M. Maniruzzaman , The *lex mercatoria* and International Contracts : A Challenge For International Commercial Arbitration? , American University International Law Review : 664 .

³⁹ Roy Goode , Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law , 46 Int’L & COMP. L.Q. (1997), p. 4 .

ระหว่างประเทศคนใดไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) แล้ว กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศก็จะไม่ติดต่อซื้อขายด้วย ซึ่งจะทำให้พ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนั้นไม่กล้าที่จะฝ่าฝืนและจะต้องประพฤติปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ดังที่จะเห็นได้จากข้อเขียนทางกฎหมายของนักกฎหมายต่อไปนี้

Professor Schmitthoff กล่าวว่า “ โดยตัวของกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) เองนั้นจะเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในตัวเอง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ก็มักจะถูกนำไปใช้เป็นกฎเกณฑ์เสริมในเรื่องของการหากฎเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมมาใช้ในการทำคำสั่งขาดของอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ” ⁴⁰

Professor Goldman กล่าวว่า “ หากกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่ได้ได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ก็จะเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีประสิทธิภาพ (efficiency) ” ⁴¹

Professor Andreas F. Lowenfeld กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีรูปแบบและเนื้อหา (substance) เพียงพอที่จะนำไปใช้ในการพิจารณาคดีและหน้าที่ของคู่พิพาทได้ และในบางครั้งกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ก็จะต้องอาศัยระเบียบวิธีและประสิทธิภาพ (efficacy) ของกฎหมายภายในเพื่อนำมาใช้สำหรับระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศดังกล่าว ” ⁴²

⁴⁰ Clive M. Schmitthoff, “International Business Law : A New Law Merchant” , Clive Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law (Chia-Jui Cheng , ed., 1988) , p. 12 .

⁴¹ Berthold Goldman อ้างใน Abul F.M. Maniruzzaman , “The *lex mercatoria* and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration?” , American University International Law Review , : 671 .

⁴² Andreas F. Lowenfeld, *lex mercatoria* : An Arbitrator’s View อ้างใน Abul F.M. Maniruzzaman, The *lex mercatoria* and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration? , p. 670 .

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นของนักกฎหมายกลุ่มนี้แล้ว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า นักกฎหมายกลุ่มนี้ได้ให้การยอมรับว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากสิ่งที่จะมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้นั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นมาจากความต้องการของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าว เพราะฉะนั้นเมื่อพิจารณาถึงลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เกิดขึ้นมาจากความต้องการของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ และกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศก็ได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ดังที่จะเห็นได้จากการที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและนำไปประพฤติดำเนินปฏิบัติ

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายกลุ่มนี้ก็ได้มีความเห็นเพิ่มเติมว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นจะต้องได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เพื่อให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีประสิทธิภาพ เช่น กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายได้ก็โดยการอาศัยเจตนาของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ได้มีการกำหนดให้มีการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว ซึ่งการกระทำของคู่สัญญาเช่นนี้จะมีผลทำให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ และเมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาแล้วก็จะส่งผลให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีสภาพบังคับในทางกฎหมายได้โดยอาศัยเจตนาดังกล่าวของคู่สัญญา ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (autonomy of the will) ที่กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ได้ให้การยอมรับอย่างเป็นทางการทั่วไป

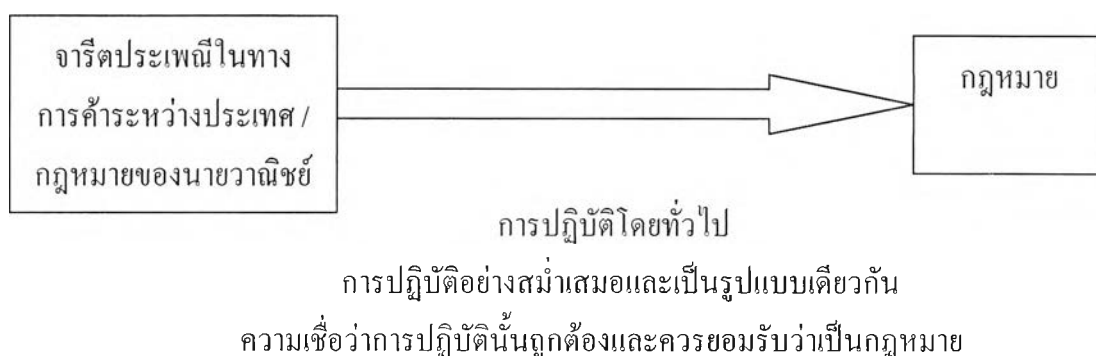
2.1.2.1 สรุปความเห็นของกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของ นายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมาย

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้ที่ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง รวมถึงที่มาและสภาพบังคับของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ตามแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้แล้ว และแม้ว่าผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้ก็ตาม ผู้วิจัยก็สามารถที่จะพิจารณาสรุปและวิเคราะห์ได้ว่า เหตุผลที่นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งนั้นน่าจะมีเหตุผลสืบเนื่องมาจากการที่นักกฎหมายกลุ่มนี้มีแนวความคิดเกี่ยวกับการมีฐานะเป็นกฎหมายและลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ดังต่อไปนี้

(1) นักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเชื่อในระบบกฎหมายแบบพิเศษที่เรียกว่า Transnational Law ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นมาจากการผสมผสานระหว่างหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเข้าด้วยกันและมีได้มีฐานะเป็นทั้งกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่ง Transnational Law นี้เกิดขึ้นมาจากความต้องการกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับระหว่างสมาชิกในสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากสังคมภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ และสังคมนานาชาติ เนื่องจากสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนั้นเป็นสังคมของเอกชนที่มีลักษณะเป็น การข้ามพรมแดน มิใช่สังคมของเอกชนที่อาศัยอยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง และสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนี้ก็เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยตนเอง มิใช่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่าง ๆ ดังนั้น นักกฎหมายในกลุ่มนี้จึงมีความเห็นว่า เมื่อสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเป็นสังคมที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวข้างต้น จึงส่งผลให้สิ่งที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายของสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับสิ่งที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positivism) คือ เมื่อสมาชิกในสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศส่วนใหญ่มีความเชื่อว่า สิ่งใดสิ่งหนึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายและจำเป็นต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามก็จะได้รับโทษแล้วก็จะทำให้สิ่งนั้นมีฐานะเป็นกฎหมายของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้

(2) เมื่อพิจารณาถึงลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งประกอบไปด้วยวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของการมีฐานะเป็นกฎหมายตามแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้ที่มีความเชื่อใน Transnational Law แล้ว สามารถที่จะพิจารณาได้ว่า ตามแนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มนี้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นมีฐานะเป็นกฎหมายและไม่เป็นกฎหมาย โดยสามารถที่จะอธิบายได้ดังต่อไปนี้

(ก) กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ที่มีฐานะเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นมีฐานะเป็นกฎหมายของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากสิ่งที่จะมีฐานะเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศได้นั้นจะเกิดขึ้นมาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นการทั่วไปโดยมีความเชื่อว่ากฎเกณฑ์นั้นมีฐานะเป็นกฎหมาย เพราะฉะนั้น เมื่อสังคมของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศมีลักษณะที่พิเศษตามที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้นประกอบกับการที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศความเชื่อว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีในทางการค้ามีฐานะเป็นกฎหมาย จึงทำให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ที่เป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศมีฐานะเป็นกฎหมายของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ



(๗) กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ที่มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศนี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศมิได้มีความเชื่อว่า วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศนั้นมีฐานะเป็นกฎหมาย

ตารางเปรียบเทียบแสดงความเหมือนและแตกต่างระหว่าง
แนวความคิดที่ว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมาย
และ
แนวความคิดที่ว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย

	แนวความคิด ที่ว่า <i>lex mercatoria</i> ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย	แนวความคิดที่ว่า <i>lex mercatoria</i> มีฐานะเป็นกฎหมาย
ที่มา	1. จารีตประเพณี วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ	1. จารีตประเพณี วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ 2. กฎหมายระหว่างประเทศ คือ การที่กฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งได้รับการยอมรับและนำไปบัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับโดยประเทศต่าง ๆ
สภาพบังคับ	1. เป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ 2. เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย	1. เป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ 2. เป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับในทางสังคม
การมีฐานะเป็นกฎหมาย	ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายเนื่องจาก 1. สิ่งที่จะเป็นกฎหมายได้นั้นต้องเป็นข้อบังคับของรัฐ แต่กฎหมายของนายวานิชย์ (<i>lex mercatoria</i>) นี้ยังไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่าง ๆ ว่ามีฐานะเป็นข้อบังคับของรัฐ	มีฐานะเป็นกฎหมายเนื่องจาก 1. สังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากสังคมภายในรัฐและระหว่างรัฐ เพราะฉะนั้น การที่สิ่งใดสิ่งหนึ่งได้รับการยอมรับจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมายก็เพียงพอที่จะทำให้สิ่งนั้นมีฐานะเป็นกฎหมายแล้ว

<p>การมีฐานะเป็นกฎหมาย (ต่อ)</p>	<p>2. สิ่งที่จะเป็นกฎหมายได้นั้นจะต้องมีสภาพบังคับทางกฎหมาย แต่กฎหมายของนายวาณิชย์ (<i>lex mercatoria</i>) เป็นกฎเกณฑ์ที่ยังไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย</p>	<p>2. กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (<i>lex mercatoria</i>) ที่เป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศมีฐานะเป็นกฎหมายของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ</p> <p>3. รูปแบบการเกิดของกฎหมายของนายวาณิชย์ (<i>lex mercatoria</i>) มีรูปแบบเดียวกับการเกิดของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง</p>
----------------------------------	--	--

2.2 ลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*)

สืบเนื่องจากการที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดต่าง ๆ ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้ว ผู้วิจัยพบว่าในปัจจุบันนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ระหว่างกลุ่มของนักกฎหมายที่ให้การสนับสนุนและคัดค้านการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งข้อถกเถียงดังกล่าวของกลุ่มของนักกฎหมายข้างต้นก็ยังไม่สามารถที่จะหาข้อยุติได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

กลุ่มของนักกฎหมายที่ให้การสนับสนุนให้มีการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศจะมีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง เนื่องจากสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากสังคมภายในของประเทศต่าง ๆ เช่น สังคมภายในของประเทศต่าง ๆ นั้นจะมีรัฐสภาพ็นผู้ทำหน้าที่ในการออกกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับประชาชนภายในประเทศนั้น แต่สังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนั้นจะไม่มีหน่วยงานใดที่มีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับสมาชิกในกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น เมื่อสมาชิกในสังคมของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งว่ามีฐานะเป็นกฎหมายแล้ว กฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้นก็สมควรที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศนี้ก็ได้รับการยอมรับจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศว่ามีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศนี้มีฐานะเป็นกฎหมาย

กลุ่มของนักกฎหมายที่คัดค้านการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศจะมีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย เนื่องจากนักกฎหมายกลุ่มนี้จะมีความเห็นว่าการที่กฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งจะมีฐานะเป็นกฎหมายได้นั้น กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องได้รับการยอมรับจากรัฐว่ามีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง และกฎเกณฑ์นั้นจะต้องมีสภาพบังคับในตัวเองด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ยังไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่าง ๆ ว่ามีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง แม้ว่ากลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจจะให้การยอมรับว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มี

ฐานะเป็นกฎหมายก็ตาม ประกอบกับการที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับในตัวเองและจะต้องอาศัยการมีสภาพบังคับของกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายทั้งสองกลุ่มเกี่ยวกับสถานะในทางกฎหมายของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ข้างต้นแล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าในเรื่องสถานะทางกฎหมายของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้น ปัจจุบันนี้ก็ยังไม่สามารถที่จะหาข้อสรุปอันเป็นที่ยุติได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นมีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากนักกฎหมายแต่ละกลุ่มทั้งที่สนับสนุนและคัดค้านการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นต่างก็อ้างเหตุผลที่น่าเชื่อถือและสามารถรับฟังได้มาใช้สนับสนุนแนวความคิดของตน แต่ถึงกระนั้นนักกฎหมายแต่ละกลุ่มก็ไม่สามารถที่จะหักล้างแนวความคิดของนักกฎหมายอีกกลุ่มได้อย่างสิ้นเชิง แต่อย่างไรก็ดี เมื่อได้พิจารณาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ของนักกฎหมายทั้งสองกลุ่มนี้แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ตามแนวความคิดของนักกฎหมายทั้งสองกลุ่มนี้มีลักษณะร่วมกันที่สำคัญดังต่อไปนี้

2.2.1 กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages)

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดต่าง ๆ และที่มาของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในหัวข้อที่ 2.1 เรื่องแนวความคิดของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ทั้งของกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายและที่มีความเห็นว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า นักกฎหมายทั้งสองกลุ่มนี้ได้ให้การยอมรับเช่นเดียวกันว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีที่มาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตาม ดังที่จะเห็นได้จากบทความทางวิชาการของนักกฎหมาย ดังต่อไปนี้

Professor F.A. Mann กล่าวว่า “ แม้ว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะไม่มีฐานะเป็นกฎหมายก็ตาม แต่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) อย่างหนึ่ง ” ⁴³

Professor Abul F.M. Maniruzzaman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นเกิดขึ้นมาจากการปฏิบัติอย่างเป็นรูปแบบเดียวกันโดยกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ” ⁴⁴

ร.ศ. พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เกิดจากจารีตและวิธีปฏิบัติของพ่อค้าซึ่งพบได้ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สัญญามาตรฐาน และวิธีปฏิบัติของพ่อค้า ” ⁴⁵

Professor Ning Jin กล่าวว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ครอบคลุมถึงวิธีปฏิบัติ (usage) ในทางการค้าระหว่างประเทศใด ๆ ก็ตามที่มีผลผูกพันให้คู่สัญญาระหว่างประเทศจะต้องปฏิบัติตาม ⁴⁶

Professor Roy Goode กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เกิดขึ้นมาจากหลักทั่วไปและวิธีปฏิบัติที่มีได้มีการเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ” ⁴⁷

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายทั้งสองกลุ่มข้างต้น เกี่ยวกับการมีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ประกอบกับความหมายของคำว่า “ วิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ” ที่ว่า

⁴³ F.A. Mann , Notes and Comments on Cases in International Law , Commercial Law , and Arbitration , p. 25 .

⁴⁴ Abul F.M. Maniruzzaman , “The *lex mercatoria* and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration?” , American University International Law Review : 672 .

⁴⁵ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร , พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ , หน้า 119 .

⁴⁶ Ning Jin , The American Review of International Arbitration (Vol. 7) , p. 168 .

⁴⁷ Roy Goode , Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law , 46 Int’L & COMP. L.Q. (1997), p. 4 .

วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) หมายความว่า สิ่งใดสิ่งหนึ่งที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ประพฤติดำเนินการต่อกันและกันเป็นประจำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าแล้ว สามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อย่างหนึ่ง เนื่องจากกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นสิ่งที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ประพฤติดำเนินการต่อกันเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ดังที่จะเห็นได้จากการที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีที่มาจากกรณีที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศต้องการที่จะหาหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศด้วยตนเอง ดังนั้น กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศจึงได้ทำการพิจารณาหาหลักเกณฑ์ดังกล่าวจากสิ่งที่ได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นทางการทั่วไปจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งสิ่งที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศค้นพบและนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันนั้นก็คือ วิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่ได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติ อย่างเป็นทางการทั่วไปจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งนักกฎหมายและกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้เรียกวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ดังกล่าวไว้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั่นเอง

2.2.2 กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับแนวความคิดของนักกฎหมายทั้งที่ให้การสนับสนุนและคัดค้านการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยพบว่านักกฎหมายทั้งสองกลุ่มนี้มีความเห็นสอดคล้องกันว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อย่างหนึ่ง ซึ่งสามารถที่จะพัฒนาไปเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศได้ ดังที่จะเห็นได้จากแนวความคิดของนักกฎหมายดังต่อไปนี้

Professor Goldman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นภาพสะท้อนของการเจริญเติบโตและการพัฒนาของกลุ่มสังคมของนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ต้องการให้การค้าขายระหว่างประเทศต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงได้ทำการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันเองขึ้น

โดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวนี้จะประกอบไปด้วยจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป”⁴⁸

Professor Schmitthoff กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีที่มาจาก 2 แหล่ง คือ (1) กฎหมายระหว่างประเทศ (2) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ได้มีการนำไปใช้อย่างกว้างขวางและวิธีปฏิบัติหรือมาตรฐานที่สถาบันระหว่างประเทศ เช่น หอการค้านานาชาติ ได้สร้างขึ้น ”⁴⁹

ร.ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เกิดจากจารีตและวิธีปฏิบัติของพ่อค้าซึ่งพบได้ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สัญญามาตรฐาน และวิธีปฏิบัติของพ่อค้า ”⁵⁰

ร.ศ. ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศที่ถือตามกัน ต่อ ๆ มาในระหว่างพ่อค้า ”⁵¹

นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่านได้ให้ความหมายของจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศไว้ ดังนี้

Professor Schmitthoff ได้ให้ความหมายของจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศไว้ว่า “ จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ หมายถึง สิ่งที่ได้รับการยอมรับและ

⁴⁸ Berthold Goldman อ้างใน Ning Jin, THE STATUS OF *lex mercatoria* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, p. 166.

⁴⁹ Clive M. Schmitthoff, The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation. in The Sources of The Law of International Trade 3, pp. 15-24 .

⁵⁰ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร . พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ . หน้า 119.

⁵¹ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ : แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ , หน้า 78 .

นำไปปฏิบัติอย่างทั่วไปโดยเอกชนในทางการค้าระหว่างประเทศ หรือเป็นวิธีปฏิบัติหรือมาตรฐานที่องค์การระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและนำไปใช้”⁵²

นอกจากนี้ Professor Schmitthoff ได้กล่าวถึงลักษณะที่สำคัญของจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศไว้ ดังนี้⁵³

(1) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศจะถูกนำมาแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนโดยสมาคมทางการค้าระหว่างประเทศต่าง ๆ

(2) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศจะถูกนำมาใช้เฉพาะกรณีที่สำคัญๆ ได้นำมากำหนดไว้ในสัญญา

Professor Norbert Horn ได้ให้ความหมายของจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศไว้ว่า “ จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่ใช้เป็นแนวทางในการตีความสัญญา ซึ่งมีบ่อเกิดจากการที่สิ่งใดสิ่งหนึ่งได้รับยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นการทั่วไป เช่น วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) แต่อย่างไรก็ตาม วิธีปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นการทั่วไปก็ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศเสมอไป ”⁵⁴

⁵² Clive M. Schmitthoff , The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation, in The Sources of The Law of International Trade 3, pp. 15-24 .

⁵³ Clive M. Schmitthoff, NATURE AND EVOLUTION OF THE TRANSNATIONAL OF COMMERCIAL TRANSACTION. STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW. VOLUME 2 THE TRANSNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS, Edited by NORBERT HORN and CLIVE M. SCHMITTHOFF, p. 24.

⁵⁴ Norbert Horn, UNIFORMITY AND DIVERSITY IN THE LAW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS. STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW. VOLUME 2 THE TRANSNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS, Edited by NORBERT HORN and CLIVE M. SCHMITTHOFF, p. 15.

ดร. สุรชาติ สัตตบุศย์ ได้กล่าวไว้ว่า “ จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ คือ สิ่งที่มีบรรดาพ่อค้าทั้งหลายที่อยู่ในกลุ่มอาชีพเดียวกันยอมรับนับถือ ยึดถือและปฏิบัติตามมาเป็นระยะเวลาที่นานพอสมควร ”⁵⁵

เพราะฉะนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงเกี่ยวกับความหมายของจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ หมายความว่า วิธีปฏิบัติของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นการทั่วไปจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร โดยมีความเชื่อว่าเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศนี้มักจะถูกนำมาแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนโดยการที่สมาคมทางการค้าต่าง ๆ ได้นำจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศมาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรและปรับปรุงให้มีความสอดคล้องกับความต้องการของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้เรียกว่า การรวบรวมจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าให้มีความแน่นอน (Compilation of Commercial Customs and Usages)

เมื่อได้ทราบและพิจารณาถึงความหมายของจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศดังที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นมีพัฒนาการมาจากการที่วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อย่างใดอย่างหนึ่งได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นการทั่วไปจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร โดยมีความเชื่อว่าเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและจะต้องปฏิบัติตามนั่นเอง



ได้รับการยอมรับ
ปฏิบัติอย่างเป็นการทั่วไป
ระยะเวลายาวนานพอสมควร
ความเชื่อว่าเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและจะต้องปฏิบัติตาม

⁵⁵ ดร. สุรชาติ สัตตบุศย์, กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 20.

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศประกอบกับลักษณะที่สำคัญของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์บางอย่างของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) นั้นสามารถที่จะพัฒนาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (*trade usages*) ไปเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศได้ หากหลักเกณฑ์ดังกล่าวของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) นั้นได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามอย่างเป็นทางการทั่วไปจากกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควรและกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศมีความเชื่อว่าเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและจะต้องปฏิบัติตามแล้วก็จะส่งผลให้หลักเกณฑ์ดังกล่าวของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นพัฒนาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) ไปเป็นจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศได้

2.2.3 กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในเรื่องของการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายทั้งสองกลุ่มข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยพบว่า นักกฎหมายทั้งสองกลุ่มนี้ได้ให้การยอมรับเช่นเดียวกันว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นนอกจากจะมีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) และจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ยังมีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในเรื่องของการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศให้แก่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศและผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศด้วย ดังที่จะเห็นได้จากแนวความคิดของนักกฎหมายดังต่อไปนี้

Professor Norbert Horn กล่าวว่า “กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) คือ หลักเกณฑ์ที่มีรูปแบบเดียวกัน ซึ่งมีขึ้นเพื่อใช้ตอบสนองต่อความต้องการการมีรูปแบบเดียวกันของการประกอบธุรกิจและการร่วมมือในทางเศรษฐกิจในระดับระหว่างประเทศ”⁵⁶

Professor Ning Jin กล่าวว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ครอบคลุมถึงวิธีปฏิบัติ (usage) ในทางการค้าระหว่างประเทศใด ๆ ก็ตามที่มีผลผูกพันให้คู่สัญญาระหว่างประเทศจะต้องปฏิบัติตาม โดยกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้จะมีฐานะเป็นส่วนประกอบเสริมของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดี⁵⁷

Professor Abul F.M. Maniruzzaman กล่าวว่า “กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นส่วนเสริมสำหรับนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ”⁵⁸

Professor Schmitthoff กล่าวว่า “กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ มักจะถูกนำไปใช้เป็นกฎเกณฑ์เสริมในเรื่องของการหากฎเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมมาใช้ในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ”⁵⁹

เพราะฉะนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า กลุ่มของนักกฎหมายทั้งที่ให้การสนับสนุนและคัดค้านการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศนั้นมีความเห็นสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้สำหรับอำนวยความสะดวกในเรื่องของการระงับ

⁵⁶ Norbert Horn , “Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts”, in The Transnational Law of International Commercial Transaction : Studies in Transnational Economic Law. pp. 15-16.

⁵⁷ Ning Jin , The American Review of International Arbitration (Vol. 7) , p. 168.

⁵⁸ Abul F.M. Maniruzzaman , “The *lex mercatoria* and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration?” , American University International Law Review : 732.

⁵⁹ Clive M. Schmitthoff , “International Business Law : A New Law Merchant” , Clive Schmitthoff `s Select Essays on International Trade Law (Chia-Jui Cheng , ed., 1988) , p. 12 .

ข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศให้กับบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

(1) คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศต้องการที่จะให้อนุญาตตุลาการนำเอาวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) อย่างหนึ่งมาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนเองนั้น คู่สัญญาดังกล่าวเพียงแต่กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศว่า “ เมื่อมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นให้อนุญาตตุลาการนำเอากฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทดังกล่าว ” การแสดงเจตนาดังกล่าวของคู่สัญญานี้ส่งผลให้อนุญาตตุลาการจะต้องนำเอาวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) อย่างหนึ่งมาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวตามที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเอาไว้

(2) ผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ เช่น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า “ หากมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นแล้วให้อนุญาตตุลาการนำเอากฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทดังกล่าว ” ในกรณีเช่นนี้อนุญาตตุลาการที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีก็สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทดังกล่าวได้ทันที โดยอนุญาตตุลาการไม่ต้องทำการพิจารณาเพื่อหากฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีนั้น ซึ่งจะให้อนุญาตตุลาการสามารถที่จะพิจารณาคดีได้อย่างรวดเร็วและสอดคล้องตรงตามความต้องการของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

ดังนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า กฎหมายของนายวานิชย์ (*lex mercatoria*) นี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศให้กับคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศและผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศอย่างหนึ่งนั่นเอง

2.2.4 กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของกลุ่มของนักกฎหมายที่ให้การสนับสนุนและคัดค้านการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยพบว่านักกฎหมายทั้งสองกลุ่มนี้มีความเห็นสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ข้อบังคับของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถที่จะพิจารณาได้จากแนวความคิดของนักกฎหมาย ดังต่อไปนี้

Professor Abul F.M. Maniruzzaman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นั้นเกิดขึ้นมาจากการปฏิบัติอย่างเป็นรูปแบบเดียวกันโดยกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ”⁶⁰

ร.ศ. พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เกิดจากจารีตและวิธีปฏิบัติของพ่อค้าซึ่งพบได้ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตีญญามาตรฐานและวิธีปฏิบัติของพ่อค้า”⁶¹

Professor Ning Jin กล่าวว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ครอบคลุมถึงวิธีปฏิบัติ (usage) ในทางการค้าระหว่างประเทศใด ๆ ก็ตามที่มีผลผูกพันให้คู่สัญญาระหว่างประเทศจะต้องปฏิบัติตาม⁶²

ร.ศ. ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศที่ถือตามกัน ต่อ ๆ มาในระหว่างพ่อค้า”⁶³

⁶⁰ Abul F.M. Maniruzzaman , “The *lex mercatoria* and International Contract : A challenge for International Commercial Arbitration?” , American University International Law Review : 672 .

⁶¹ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร , พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ . หน้า 119 .

⁶² Ning Jin , The American Review of International Arbitration (Vol. 7) , p. 168 .

Professor Goldman กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นภาพสะท้อนของการเจริญเติบโตและการพัฒนาของกลุ่มสังคมของนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ต้องการให้การค้าขายระหว่างประเทศต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงได้ทำการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันเองขึ้น โดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวนี้จะประกอบไปด้วยจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป”⁶⁴

Professor Schmitthoff กล่าวว่า “ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีที่มาจาก 2 แหล่ง คือ (1) กฎหมายระหว่างประเทศ ... (2) จารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ได้มีการนำไปใช้อย่างกว้างขวาง วิธีปฏิบัติหรือมาตรฐานที่สถาบันระหว่างประเทศ เช่น หอการค้านานาชาติ ได้สร้างขึ้น ”⁶⁵

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของนักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยจึงสามารถที่จะพิจารณาสรุปได้ว่า ลักษณะที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ก็คือ กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ข้อบังคับของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ดังที่จะเห็นได้จากการที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนิยมที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ประกอบกับการที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นโดยกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งต้องการที่จะมีกฎเกณฑ์สำหรับนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศด้วยกันเอง โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะมีที่มาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (*trade usages*) ที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและนำไปปฏิบัติ

⁶³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ : แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ , 2543 , หน้า 78 .

⁶⁴ Berthold Goldman อ้างใน Ning Jin, THE STATUS OF *lex mercatoria* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION , p. 166.

⁶⁵ 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 .

อย่างเป็นทางการทั่วไป เพราะฉะนั้น เมื่อกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศนิยมที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีที่มาจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (*trade usages*) ที่กลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับและนำไปปฏิบัติอย่างเป็นทางการทั่วไปแล้ว กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่มของพ่อค้าและนักธุรกิจระหว่างประเทศ

2.2.5 กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จะต้องนำมาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญา

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของกลุ่มของนักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า เมื่อยังไม่สามารถที่จะหาข้อสรุปได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่ ประกอบกับการที่นักกฎหมายทั้งสองกลุ่มได้ให้การยอมรับเช่นเดียวกันว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) จาริดประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศอย่างหนึ่งแล้ว จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า การนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทนั้นจะกระทำได้ที่คือเมื่อคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้แสดงเจตนาไว้ว่า “ เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้น คู่สัญญาดังกล่าวมีความประสงค์ที่จะให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ” ซึ่งการกระทำดังกล่าวของคู่สัญญานี้จะมีผลทำให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น และศาลจะต้องนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าวตามเจตนาของคู่สัญญาที่ได้แสดงไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์เรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (*autonomy of the will*) นั้นเอง แต่ถ้าหากคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาที่จะให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทแล้ว ศาลหรือผู้ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคัดสินคดีดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดีได้โดยมีเหตุผลอยู่ 2 ประการ คือ

(1) การพิจารณาคัดสินคดีนั้น โดยปกติแล้วศาลหรือผู้ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคัดสินคดีจะต้องนำเอากฎหมายมาใช้ในการพิจารณาคัดสินคดี เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายหรือคู่กรณี

กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่ในปัจจุบันนี้ยังไม่สามารถที่จะหาข้อสรุปอันเป็นที่ยุติได้ว่า กฎหมายของ นายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่ อย่างไร เพราะฉะนั้น เมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ยังไม่มีความแน่นอนว่ามีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่แล้ว ศาลจึงไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้เองโดยตรง เพราะโดยปกติแล้วศาลหรือผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีจะต้องนำเอากฎหมายมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดี เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายหรือคู่กรณีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(2) หากกฎหมายหรือคู่สัญญามิได้กำหนดอนุญาตให้ศาลหรือผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทไว้แล้ว หากศาลหรือผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีจะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีแล้ว ก็จะเป็นการสร้างเจตนาใหม่ให้แก่คู่สัญญาและเป็นการกระทำที่เกินอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ ซึ่งศาลหรือผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีไม่สามารถที่จะกระทำได้ เพราะฉะนั้น ศาลหรือผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีจึงไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวได้

ดังนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาสรุปได้ว่า หากคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีความประสงค์ที่จะให้นำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ วิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (*trade usages*) และจารีตประเพณีในทางการค้าระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีแล้ว คู่สัญญาดังกล่าวจะต้องแสดงเจตนาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศด้วย เพราะมิฉะนั้นแล้วศาลหรือผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีดังกล่าวจะไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีได้ และจะต้องนำเอาหลักกฎหมายมาใช้พิจารณาตัดสินคดีดังกล่าวแทนกฎหมายของ นายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งการที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้แสดงเจตนาไว้ในสัญญาว่า “ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาท ” นั้นมีผลทำให้กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังกล่าว และเมื่อกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นข้อกำหนดแห่งสัญญาแล้วก็จะส่งผลให้ผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีนั้นจะต้องนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex*

mercatoria) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวตามเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์เรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (autonomy of the will)

2.3 การนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการระงับข้อพิพาท

การศึกษาวินิจฉัยในส่วนนี้ผู้วิจัยต้องการที่จะทำการศึกษาถึงการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศโดยคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศและผู้ที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดี โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษาวินิจฉัยจากอนุสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญได้แก่ (1) European Convention on International Commercial Arbitration (1961) (2) Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (1965) (3) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (4) The UNCITRAL Model Law (1985)

2.3.1 European Convention on International Commercial Arbitration (1961)

วัตถุประสงค์เบื้องต้นของอนุสัญญานี้คือการสร้างกรอบทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการเพื่อสนับสนุนการค้าระหว่างประเทศระหว่างประเทศในทวีปยุโรปตะวันออกและยุโรปตะวันตก⁶⁶ โดยมาตรา 7 ของอนุสัญญานี้ได้บัญญัติขึ้นเป็นพิเศษในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้ 3 ประการ⁶⁷ ดังนี้

⁶⁶ Ning Jin , THE STATUS OF *lex mercatoria* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION , p. 171 .

⁶⁷ Article 7 “ 1. The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the proper under the rule of the conflict that the arbitrators deem applicable. In both case the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages .

2. The arbitrators shall act as *amiables compositeurs* if the parties so decide and if they may be do so under the law applicable to the arbitration.”

(1) หากคู่สัญญาได้กำหนดกฎหมายที่ต้องการจะให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทเอาไว้ก่อนอนุญาโตตุลาการก็จะต้องใช้กฎหมายที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้มาตัดสินชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาระดับนี้ในข้อนี้แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า อนุสัญญานี้ได้ให้การยอมรับหลักเรื่องอำนาจของคู่สัญญา (party autonomy) คือ คู่สัญญามีอิสระที่จะกำหนดกฎหมายที่ต้องการนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้ และเมื่อคู่สัญญาได้กำหนดกฎหมายที่ต้องการจะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทแล้วอนุญาโตตุลาการก็จะถูกผูกพันให้จะต้องใช้กฎหมายที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้มาใช้ในการพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ในข้อนี้ก็คือ คู่สัญญาจะต้องกำหนดสิ่งที่มีฐานะเป็นกฎหมายแล้วมาใช้บังคับกับสัญญา มิใช่กำหนดสิ่งที่ยังไม่มีฐานะเป็นกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญา

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาในข้อนี้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เมื่ออนุสัญญาระดับนี้ยอมรับหลักเรื่องอำนาจของคู่สัญญา (party autonomy) ในการที่จะเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่ข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้น จึงก่อให้เกิดแนวความคิดที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายและกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย ดังต่อไปนี้

1. กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งมีความเห็นว่า เมื่ออนุสัญญาระดับนี้ได้ให้การยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในการกำหนดกฎหมายที่ต้องการจะให้นำมาใช้บังคับกับสัญญา จึงส่งผลให้คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศสามารถที่จะกำหนดให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้ และอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีก็จะต้องนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีตามเจตนาของคู่สัญญา เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ของอนุสัญญาระดับนี้เป็น การนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญาที่ได้มีการกำหนดกฎหมายที่ต้องการให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเอาไว้

2. กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายนั้นเห็นว่า คู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทนั้นไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้ เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาระงับข้อพิพาทไว้ว่า สิ่งที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องมีฐานะเป็นกฎหมายเท่านั้น แต่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น คู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศตามอนุสัญญาฉบับนี้ จึงไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีได้

(2) หากคู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ต้องการจะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทเอาไว้ อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการหากกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทโดยพิจารณาจากกฎหมายขัดกันที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมมาใช้เลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท

สิ่งที่สำคัญของหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาในข้อนี้คือ เมื่อคู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาไว้แล้ว อนุญาโตตุลาการก็จะต้องนำกฎหมายขัดกันที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีความเหมาะสมมาทำการหาสิ่งที่มีฐานะเป็นกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งเมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาในข้อนี้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์ข้อนี้ก็ยังคงที่จะยืนยันให้อนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาดคดีโดยใช้สิ่งที่มีฐานะเป็นกฎหมาย ดังที่จะเห็นได้จากการที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดไว้ว่า “ อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการหากกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทจากกฎหมายขัดกันที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมมาใช้เลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ” มิใช่การอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการนำสิ่งที่ไม่มีความเป็นกฎหมายมาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาในข้อนี้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นดังต่อไปนี้

1. กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งก็จะมีเห็นว่า อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่าง

ประเทศดังกล่าวได้โดยอาศัยฐานของกฎหมายขัดกันในการเลือกกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าดังกล่าว

2. กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายมีความเห็นว่า อนุญาโตตุลาการที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทนั้นไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในกรณีนี้ได้ เพราะอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องทำการหาสิ่งที่มีฐานะเป็นกฎหมายเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาคดีโดยอาศัยฐานของกฎหมายขัดกันในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทดังกล่าว

(3) ทั้ง 2 กรณีข้างต้น อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงข้อกำหนดของสัญญา (terms of the contract) และวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ด้วย

หลักเกณฑ์ของอนุสัญญาในข้อนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ความสำคัญกับวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) เหตุผลที่บัพัญญติในข้อนี้ให้ความสำคัญกับวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) เนื่องจากวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) นี้เป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมมากที่สุดที่จะนำมาใช้กับการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากคู่สัญญาสามารถที่จะคาดหมายได้ว่า อนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศจะพิจารณาซึ่งขาดสิทธิและหน้าที่ของตนตามหลักเกณฑ์ของวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages)⁶⁸

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาในข้อนี้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการพิจารณาคดีโดยคำนึงถึงข้อกำหนดของสัญญา (terms of contract) และวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usage) ทั้งในกรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดและมีได้กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาเอาไว้ นั้นเป็นการแสดงให้เห็นว่า อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการพิจารณาคดีและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้อย่างกว้าง ๆ โดยได้ให้การยอมรับที่จะให้มีการนำเอาวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) มาในการพิจารณาซึ่งขาดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เช่นนี้ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่า

⁶⁸ Ning Jin , *THE STATUS OF lex mercatoria IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* . p. 172.

อนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้อนุญาโตตุลาการนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาได้ในฐานะที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) อย่างหนึ่ง

ทั้งนี้ การที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาคดีโดยคำนึงถึงข้อกำหนดของสัญญา (terms of contract) และวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ด้วยนั้นเป็นการตัดปัญหาและข้อโต้แย้งที่ว่า อนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นกฎหมายหรือมิได้เป็นกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาหรือไม่ เพราะเมื่ออนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้นำเอาวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) มาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแล้วก็ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า อนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้อนุญาโตตุลาการนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศได้ในฐานะที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) อย่างหนึ่งนั่นเอง

2.3.2 Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (1965) อนุสัญญานี้มีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Washington Convention ซึ่งอนุสัญญานี้เป็นอนุสัญญาที่ก่อตั้ง ICSID เพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐที่รับการลงทุน อนุสัญญานี้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีอยู่ในมาตรา 42 (1) ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า⁶⁹

“ หากคู่สัญญาได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทไว้แล้ว ศาลก็ต้องพิจารณาคัดสินชี้ขาดโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) ที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ แต่ถ้าหากไม่มีข้อตกลงดังกล่าวของคู่สัญญา ศาลจะต้องนำกฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นรัฐ (contracting state party) รวมถึงกฎหมายขัดกันและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาคัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ”

⁶⁹ Article 42 (1) “ The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting States party to the dispute (including its on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.”

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงสาระสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์ที่สำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้ คือ สิ่งที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฉบับนี้ได้ นั้นจะต้องมีฐานะเป็นกฎหมาย ดังที่จะเห็นได้จากการที่อนุสัญญาฉบับนี้ได้ อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) เพื่อนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้ และในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) เอาไว้ ศาลจะต้องนำเอากฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นรัฐมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดี

สืบเนื่องจากการที่กลุ่มของนักกฎหมายมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องฐานะทางกฎหมายของกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) จึงทำให้เกิดข้อถกเถียงกันว่าอนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีหรือไม่ ดังนี้

(1) กลุ่มของผู้ที่สนับสนุนกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งเห็นว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งได้กล่าวว่า เมื่ออนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้การยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) ที่ต้องการจะให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาแล้ว จึงส่งผลให้คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศสามารถที่จะกำหนดให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้ และศาลจะต้องพิจารณาตัดสินคดีโดยนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีตามเจตนาของคู่สัญญา เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า การนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ของอนุสัญญาฉบับนี้เป็นกรนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญาที่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) ที่ต้องการจะให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศไว้

(2) กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายมีความเห็นว่า คู่สัญญาและศาลไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้ เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาระงับข้อพิพาทไว้ว่า สิ่งที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องมีฐานะเป็นกฎหมาย แต่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น คู่สัญญาและศาลจึงไม่สามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีได้

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงสาระสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้เกี่ยวกับเรื่องของการยอมรับที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า อนุสัญญาฉบับนี้ยังมีความกำกวมไม่ชัดเจนว่า อนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้มีการนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทด้วยหรือไม่อย่างไร เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทไว้ว่า สิ่งที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทได้นั้นจะต้องมีฐานะเป็นกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันนี้ยังไม่สามารถที่จะหาข้อสรุปได้ว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่

2.3.3 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)

อนุสัญญาฉบับนี้เป็นกฎหมายเอกรูป (uniform law) ที่มีความสำคัญต่อการค้าขายระหว่างประเทศและเป็นพื้นฐานของกฎหมายเอกรูปอื่นในเรื่องที่เกี่ยวกับการค้าขายระหว่างประเทศ ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษกับหลักเกณฑ์เรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการเลือกวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ดังที่จะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ดังนี้

มาตรา 9 (1) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ คู่สัญญาจะต้องผูกพันและปฏิบัติตามวิธีปฏิบัติซึ่งได้ตกลงกันไว้หรือการปฏิบัติอย่างอื่นที่ได้ปฏิบัติต่อกันเป็นประจำ ” ⁷⁰

สืบเนื่องจากบทบัญญัติในมาตรานี้สามารถที่จะพิจารณาได้ว่า คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่ตนเองได้ตกลงและกำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น หากคู่สัญญาได้ตกลงให้นำข้อกำหนดในทางการค้า (trade terms) ที่กำหนดไว้ใน INCOTERMS ของหอการค้านานาชาติ (ICC) ซึ่งเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อย่างหนึ่ง หรือวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อื่นๆ ที่ได้รับการยอมรับอย่างทั่วไปมาใช้แล้ว คู่สัญญาก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) ดังกล่าว ดังนั้น จึงสามารถที่จะสรุปได้ว่า บทบัญญัติของมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นโดยคำนึงถึงวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ด้วย

⁷⁰ 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.”

มาตรา 9 (2) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ หากไม่มีการตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ให้ถือว่า วิธีปฏิบัติที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาจะต้องเป็นวิธีปฏิบัติที่คู่สัญญาทราบหรือควรที่จะทราบอยู่แล้ว ”⁷¹

ดังนั้น จากบทบัญญัติในมาตรานี้สามารถที่จะพิจารณาได้ว่า วิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามมาตรานี้จะต้องเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่ได้รับการยอมรับและรับรู้กันโดยทั่วไป

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการพิจารณาสาระสำคัญของอนุสัญญาระดับนี้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า สืบเนื่องมาจากการที่อนุสัญญาระดับนี้ได้กำหนดให้คู่สัญญาจะต้องผูกพันและปฏิบัติตามวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่ตนเองได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หรือวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่คู่สัญญาได้ปฏิบัติต่อกันเป็นประจำ ดังนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า อนุสัญญาระดับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้คู่สัญญาสามารถที่จะนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างทั่วไปจากกลุ่มของนักกฎหมายว่ามีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) อย่างหนึ่งมาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้ โดยการที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดี วิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ที่คู่สัญญาได้กำหนดให้นำมาใช้จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศด้วย⁷² เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ตามอนุสัญญาระดับนี้เป็นกรนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) มาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งอนุสัญญาระดับนี้ได้ให้การยอมรับให้คู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดให้นำเอาวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้

⁷¹ Article 9 (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 know and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contract of the type involved in the particular trade concerned.”

⁷² Ning Jin , THE STATUS OF *lex mercatoria* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. p. 174.

2.3.4 The UNCITRAL Model Law (1985) กฎหมายแม่แบบฉบับนี้ได้ถูกยกร่างขึ้นมาเพื่อใช้เป็นแม่แบบสำหรับวิธีปฏิบัติต่าง ๆ ของอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายแม่แบบฉบับนี้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ในมาตรา 28

มาตรา 28 ได้วางหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้ 4 ประการ ดังนี้⁷³

(1) อนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) ที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ และถ้าไม่มีข้อตกลงที่ชัดเจนไว้เป็นประการอื่นกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้จะหมายความถึงกฎหมายสาระบัญญัติของประเทศนั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงกฎหมายขัดกัน

(2) ถ้าคู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับไว้ศาลอนุญาโตตุลาการจะหากกฎหมายมาปรับใช้กับกรณีเองโดยคำนึงถึงกฎหมายขัดกันที่เห็นว่าเหมาะสม

(3) อนุญาโตตุลาการจะตัดสินคดีตามที่เป็นธรรมและที่ดี คือ การทำความเป็นธรรมและมโนธรรม (*ex aequo et bono*) ในฐานะผู้ไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทที่เป็นเพื่อน (*amiable compositeur*) เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้อำนาจอนุญาโตตุลาการกระทำการดังกล่าว

(4) ในทุกกรณีศาลอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินคดีตามเงื่อนไขแห่งสัญญา (terms of the contract) และจะต้องคำนึงถึงวิธีปฏิบัติในทางการค้าด้วย”

⁷³ Article 28 “ 1 The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of dispute. Any designation of the law of legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

2 Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law Determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

3 The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so.

4 In all case, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.”

เมื่อเปรียบเทียบ Model Law ฉบับนี้กับ European Convention of 1961 แล้วจะเห็นว่ามีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก ยกเว้นในย่อหน้าที่ 1 ของ Model Law ที่ใช้คำว่า rules of law แทนที่จะใช้คำว่า law เหมือนกับ European Convention of 1961

เมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญต่าง ๆ ของ Model Law ฉบับนี้แล้วสามารถที่จะกล่าวได้ว่า Model Law ฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีทั้งในกรณีที่อยู่สัญญาได้กำหนดและมีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญา

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของ Model Law ฉบับนี้แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นดังต่อไปนี้

(1) เมื่อ Model Law ฉบับนี้ได้ให้การยอมรับหลักเรื่องอำนาจของคู่สัญญา (party autonomy) ในการที่จะเลือกหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งเพื่อที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นแล้ว จึงก่อให้เกิดแนวความคิดที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่ากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายและไม่มีฐานะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับเรื่องของ European Convention on International Commercial Arbitration (1961) คือ กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งมีความเห็นว่า เมื่อ Model Law ฉบับนี้ได้ให้การยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) ที่ต้องการจะให้นำมาใช้บังคับกับสัญญา จึงส่งผลให้คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศสามารถที่จะกำหนดให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้ และอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีก็จะต้องนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีตามเจตนาของคู่สัญญา เพราะฉะนั้นจึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ของ Model Law ฉบับนี้เป็นกรนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้โดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญาที่ได้มีการกำหนดกฎหมายที่ต้องการให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเอาไว้ แต่กลุ่มของนักกฎหมายที่มีความเห็นว่า กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) นี้ไม่มีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) นั่นก็ได้กล่าวว่า Model Law ฉบับนี้ไม่ได้ให้การยอมรับที่จะให้มีการนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้ เพราะ Model Law ได้ให้การยอมรับที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (rules of law) ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งมาใช้บังคับกับสัญญา โดยมีได้ให้การยอมรับที่จะให้มีการนำเอาสิ่งซึ่งมิได้มีฐานะเป็นกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ก็มีได้มีฐานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น

อนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถที่จะนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศได้

(2) การที่ Model Law ฉบับนี้ได้กำหนดให้ศาลและอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีโดยคำนึงถึงวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usage) ทั้งในกรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดและมีได้กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาเอาไว้เป็นการแสดงให้เห็นว่า Model Law ฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้อย่างกว้าง ๆ เช่นเดียวกับ European Convention on International Commercial Arbitration (1961) โดยได้ให้การยอมรับที่จะให้นำเอาวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) มาใช้เป็นส่วนเสริมของกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การที่ Model Law ฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เช่นนี้ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่า Model Law ฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้มีการนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาได้ เนื่องจากกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) อย่างหนึ่งตามที่ได้อธิบายไว้แล้วอย่างละเอียดในหัวข้อที่ 2.2.1 เรื่อง กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages)

ทั้งนี้ การที่ Model Law ฉบับนี้ได้กำหนดให้ศาลและอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาคดีโดยคำนึงถึงข้อกำหนดของสัญญา (terms of contract) และวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) ด้วยนั้นเป็นการตัดปัญหาและข้อโต้แย้งที่ว่า Model Law ฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ในฐานะที่เป็นกฎหมายหรือมิได้เป็นกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาหรือไม่ เพราะเมื่อ Model Law ฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้นำเอาวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) มาใช้ในการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแล้วก็ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า Model Law ฉบับนี้ได้ให้การยอมรับที่จะให้อนุญาโตตุลาการนำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศได้ในฐานะที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มีฐานะเป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้า (trade usages) อย่างหนึ่งนั่นเอง

ดังนั้น เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการนำกฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) มาใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า อนุสัญญาระหว่างประเทศส่วนใหญ่ได้ให้การยอมรับที่จะให้นำเอากฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) ไปใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศได้ในฐานะที่กฎหมายของนายวาณิชย์ (*lex mercatoria*) เป็นวิธีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศ (trade usages) อย่างหนึ่ง