

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การค้าระหว่างประเทศนั้นมีความสำคัญต่อการพัฒนาของสังคมมนุษย์อย่างยิ่งซึ่งไม่เฉพาะในด้านของเศรษฐกิจแต่รวมทั้งการแลกเปลี่ยนในเชิงสังคม วัฒนธรรม และการถ่ายทอดวิทยาการจากรัฐหนึ่งสู่อีกรัฐหนึ่ง จึงเห็นได้ชัดว่าการเอื้อให้เกิดการพัฒนาของการค้าระหว่างประเทศจึงมีความจำเป็น ซึ่งบริบททางด้านกฎหมายนั้นเป็นปัจจัยในลำดับต้นที่จะสามารถกำหนดความเป็นไปของการค้าระหว่างประเทศ การที่การค้าระหว่างประเทศนั้นโดยธรรมชาติจะมีความเกี่ยวข้องกับรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ ทำให้อย่างน้อยที่สุดนั้นจะมีกฎหมายของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้นความแตกต่างของเนื้อหาของกฎหมายภายในและกฎหมายขัดกันของแต่ละรัฐจะนำไปสู่ความไม่แน่นอนของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่สัญญา (applicable law / governing law) และผลทางกฎหมายของสัญญาแห่งข้อพิพาทซึ่งหมายถึงความเสี่ยงและต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจ ในแวดวงการค้าระหว่างประเทศซึ่งย่อมนำไปสู่การลดลงของปริมาณการค้าระหว่างประเทศ

ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วนั้น สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศนั้นเป็นสัญญารากฐานของการค้าระหว่างประเทศจึงเกิดความพยายามที่จะนำไปสู่การลดความไม่แน่นอนทางกฎหมาย (legal uncertainty) ในขอบเขตของสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ โดยที่ในปี ค.ศ.1980 สหประชาชาติได้ก่อให้เกิดอนุสัญญาที่มีจุดมุ่งหมายในการให้ก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศซึ่งก็คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ((United Nations Convention on the Contracts for International Sale of Goods 1980 (ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขออนุญาตเรียกโดยย่อว่า CISG))

CISG ถูกสร้างขึ้นโดยจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นระบบที่อยู่อย่างเป็นอิสระ (autonomous regime) แยกออกจากกฎหมายภายในเพื่อให้จุดมุ่งหมายในการทำให้กฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศนั้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและสอดคล้องต้องกันประสบ

ความสำเร็จ แต่อย่างไรนั้น CISG หาได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายซื้อขายที่สมบูรณ์ครบถ้วน¹ เนื่องจากยอมเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ที่ CISG นั้นจะสามารถทำให้เกิดการเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันต่อทุกประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขาย² ดังนั้น CISG นั้นหาได้ครอบคลุมถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศในทุกประเด็น โดยที่บทบัญญัติข้อที่ 4³ แห่ง CISG นั้นได้ระบุไว้ว่า

“อนุสัญญาฉบับนี้นั้นจะบังคับใช้แก่ประเด็นในเรื่องการเกิดของสัญญาและสิทธิหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวเท่านั้น กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง เว้นแต่กรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในอนุสัญญา อนุสัญญาจะไม่ถูกนำไปบังคับใช้แก่ประเด็นดังต่อไปนี้คือ

- a) ความมีผลบังคับใช้ของสัญญา ข้อกำหนดในสัญญาหรือแนวทางปฏิบัติ
- b) ผลแห่งสัญญาที่พึงมีต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกซื้อขาย”

นอกจากนี้แล้วบทบัญญัติข้อ 2⁴ แห่งอนุสัญญาก็ได้กำหนดให้สัญญาซื้อขายในบางประเภทนั้นหาได้ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของ CISG ขณะที่บทบัญญัติข้อ 5⁵ ได้บัญญัติให้ความ

¹ Bruno Zeller, *Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Retrieved December 11 2007 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>>.

² Gert Brandner, *Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG*, Retrieved December 11 2007 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/brandner.html>>.

³ Article 4 of CISG

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

- (a) *the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;*
- (b) *the effect which the contract may have on the property in the goods sold.”*

⁴ Article 2 of CISG provides

รับผิดชอบของผู้ขายอันเกี่ยวกับความตายและการบาดเจ็บของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยตัวสินค้าไม่ว่าต่อบุคคลใด ๆ ไม่ตกอยู่ในบังคับของ CISG

จากที่กล่าวมาเบื้องต้นนั้นจะเห็นว่า CISG มีขอบเขตของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศอย่างจำกัดเท่านั้น CISG จึงเป็นการก่อตั้งระบบทางกฎหมายที่เป็นอิสระที่เข้ามาแทนกฎหมายเดิมที่มีอยู่เดิมในบางประเด็นเท่านั้น

แต่แม้ว่าประเด็นกฎหมายที่ CISG ครอบคลุมมีอยู่อย่างจำกัดโดยที่หาได้ครอบคลุมทุกประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายไม่ CISG เองก็ไม่สามารถที่จะให้คำตอบที่กระจ่างชัดแก่คำถามทุกข้อที่เกิดขึ้นภายในขอบเขตของตนได้ อันเป็นปัญหาที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ทั้งในกรณีของอนุสัญญาหรือประมวลกฎหมาย เนื่องจากความสามารถของผู้ร่างที่เป็นเพียงมนุษย์ธรรมดาย่อมมีอาจคาดการณ์ถึงปัญหาที่สามารถเกิดขึ้นภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่ตนกำลังร่างได้อย่างครบถ้วนจนหมดสิ้น สถานการณ์ดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาของช่องว่างแห่งกฎหมาย (lacunae/gaps of law) โดยทั่วไปนั้นเมื่อช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของการร่างกฎหมาย ผู้ร่างเองก็พึงจะกำหนดหนทางในการแก้ไขโดยกำหนดกลไกในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย (lacunae/gap filling method) ที่เกิดขึ้นภายในขอบเขตแห่งกฎหมายที่ตนร่างตาม อาทิเช่น ประมวลกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์จำนวนมากได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งให้มีการอุดช่องว่างโดยใช้บทบัญญัติของตัวประมวลกฎหมายเองหรือตาม

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

(b) by auction;

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

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

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

(f) of electricity.”

⁵ Article 5 of CISG provides

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

หลักเกณฑ์อันมาจากรากฐานของตัวประมวลกฎหมายนั้นๆ โดยที่ประมวลกฎหมายของออสเตรเลีย อียิปต์ อิตาลี สเปน เป็นกลุ่มรัฐที่ใช้กลไกการอุดช่องว่างข้างต้น ในขณะที่รัฐในระบบซีวิลลอว์อื่นๆ เช่นฝรั่งเศส เยอรมันซึ่งแม้ว่าประมวลกฎหมายของรัฐทั้งสองจะหาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการอุดช่องว่าง แต่ในทางปฏิบัตินั้นมีการอุดช่องว่างของประมวลกฎหมายของรัฐเหล่านั้นโดยการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานของประมวลกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ส่วนประเทศในระบบคอมมอนลอว์นั้นแม้โดยดั้งเดิมนั้นจะทำการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของตนโดยการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งพิจารณาจากแนวคำพิพากษาที่เหมาะสม (appropriate case law) แต่ในระยะหลังมีประเทศในระบบคอมมอนลอว์จำนวนมากได้หันมาใช้ในการอุดช่องว่างโดยพิจารณาจากจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ที่เป็นรากฐานของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของตน⁶ ในกรณีแห่งรัฐไทยนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 4⁷ ได้กำหนดกลไกในการอุดช่องว่างไว้โดยให้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไปสำหรับกรณีของ CISG นั้น กลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 7(2)⁸ อันสามารถถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

⁶ Mark N. Rosenberg, The Vienna Convention: Uniformity in Interpretation for Gap-filling - An Analysis and Application, Australian Business Law Review (1992), 20, 442-460, Retrieved December 11 2007 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/rosenberg.html>>.

⁷ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ
 เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

⁸ Article 7 of CISG provides
 “(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

“ปัญหาใดๆอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนี้แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้อนุสัญญาจะถูกพิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่งอนุสัญญา แต่หากไม่ปรากฏซึ่งหลักหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นว่า ให้พิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีที่ถูกบ่งชี้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

โดยที่อาจสรุปเนื้อหาโดยคร่าวของข้อ 7(2) ดังกล่าวได้ดังนี้คือ

ลักษณะของช่องว่างตามความหมายของข้อ 7(2) แห่ง CISG

1. เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG (governed by CISG)

2. หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (not expressly settled)

วิธีการอุดช่องว่าง

1. การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) (ไม่ปรากฏตามลายลักษณ์อักษรแต่ความเห็นทางกฎหมายในปัจจุบันให้การยอมรับ ซึ่งจะศึกษาอย่างละเอียดในลำดับต่อไป)

2. การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG (general principle on which the convention is based)

3. การอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (the (domestic) law applicable by virtue of the rules of private international law)

โดยที่ลักษณะการปรับใช้ข้อ 7(2) นั้นเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาและทำความเข้าใจอย่างถี่ถ้วนเนื่องจากหากพิจารณาเพียงผิวเผินแล้วนั้นอาจนำไปสู่ความเข้าใจที่ว่าวลไกข้อ 7(2) ดังกล่าวนั้นเป็นกลไกที่จะนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างของตัว CISG ที่มีสถานะเป็นอนุสัญญา แต่โดยแท้แล้วหาได้มีนัยเช่นว่าไม่ แต่เป็นกลไกการอุดช่องว่างในกรณีที่เนื้อหาของ CISG มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในแล้วเท่านั้นโดยหาได้มีความหมายว่าเป็นการอุดช่องว่างตัวอนุสัญญา เนื่องจากอนุสัญญานั้นคือสนธิสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งสนธิสัญญานั้นเป็นสัญญาระหว่างรัฐ ดังนั้น

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

ศาลจะทำการตีความสนธิสัญญาในฐานะสัญญาระหว่างคู่สัญญาตามหลักการตีความสัญญาโดยทั่วไป⁹ เช่นนั้นศาลจะไม่มีอำนาจในการที่จะเข้าเพิ่มเติมส่วนอันเป็นการแก้ไขอนุสัญญาได้¹⁰ การที่ศาลเปลี่ยนแปลง แก้ไขหรือเพิ่มเติมโดยการเพิ่มข้อสัญญาไม่ว่าจะเล็กน้อยหรือในระดับที่มากหรือไม่ว่าจะเป็นประเด็นที่สำคัญหรือไม่ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่เกินขอบอำนาจของศาล เนื่องจากการกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการเพิ่มเติมสนธิสัญญานอกเหนือจากที่รัฐภาคีได้เจรจาตกลงกันได้มิใช่การปรับใช้การปรับใช้สนธิสัญญาแก่กรณีอันเป็นหน้าที่ของศาล โดยที่ศาลมีหน้าที่เพียงแต่พิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาโดยผ่านกฎเกณฑ์แห่งการตีความเท่านั้นและควรจะยึดถือปฏิบัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยตลอดและหากสนธิสัญญามีเนื้อหาเพียงเท่าใดก็ต้องพิจารณาว่ามีเพียงเท่านั้นไม่ว่าสนธิสัญญาเช่นว่าจะมีความบกพร่องหรือนำไปสู่ความยุ่งยากแต่อย่างใด¹¹ และแม้ว่าอาจจะพิจารณาว่าข้อ 7(2) แห่ง CISG มีนัยว่าเป็นการที่รัฐภาคีตกลงกันไว้ในอนุสัญญาให้ศาลนั้นสามารถการอุดช่องว่างซึ่งคล้ายจะเป็นการอนุญาตให้ศาลอุดช่องว่างแห่งอนุสัญญาแต่ทว่าหากพิจารณานั้นศาลจะทำการอุดช่องว่างตามข้อ 7 (2) แห่งอนุสัญญาได้ต่อเมื่อเป็นเนื้อหาในส่วนที่เป็นเนื้อหาที่ปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนเท่านั้นไม่สามารถอุดช่องว่างในส่วนที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐได้ โดยที่เนื้อหา CISG ที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ของเอกชนนั้นจะบังคับใช้ต่อเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายใน

ดังนั้นจึงอาจพิจารณาได้ว่าไม่อาจเกิดการอุดช่องว่าง CISG ในฐานะอนุสัญญาได้ แต่อย่างไรนั้นเมื่อ CISG มีผลบังคับใช้ในฐานะกฎหมายภายในในรัฐภาคีไม่ว่าจะต้องผ่านการอนุวัติการในกรณีของประเทศในระบบทวินิยมหรือไม่ต้องผ่านการอนุวัติการในกรณีของประเทศในระบบเอกนิยมเนื้อหาของ CISG ย่อมมีผลบังคับในฐานะกฎหมายภายในซึ่งในฐานะของกฎหมายภายในนั้นซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้จึงจะสามารถมีการอุดช่องว่าง CISG เกิดขึ้นได้ ดังนั้นกลไกการอุดช่องว่างแห่ง

⁹ Damien M. Schiff, 'ROLLIN', 'ROLLIN', 'ROLLIN' ON THE RIVER: A STORY OF DROUGHT, TREATY INTERPRETATION, AND OTHER RIO GRANDE PROBLEMS Indiana International and Comparative Law Review 2003, Retrieved March 5 2009 from Westlaw Database

¹⁰ Please see Justice Scalia Opinion in *Chan v. Korean Airlines, Ltd* Case 490 U. S. 122 (1989)

¹¹ *Chan v. Korean Air Lines, Ltd.*, 490 U.S. 122, 135 (1989).

CISG ตามบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG อันเป็นหัวใจของการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะถูกนำมาปรับใช้เมื่อ CISG มีสภาพบังคับใช้ในฐานะกฎหมายภายในและบุคคลที่จะทำการอุดช่องว่างแห่ง CISG เมื่อบังคับใช้ในฐานะของกฎหมายภายในนั้นก็คือศาลภายในแห่งรัฐหาใช้ศาลระหว่างประเทศไม่ โดยที่ศาลภายในแห่งรัฐนั้นย่อมต้องผูกพันตามกลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG แต่มีใช้ในฐานะส่วนหนึ่งของอนุสัญญาที่รัฐของตนเข้าผูกพันแต่ในสถานะที่ข้อ 7(2) แห่ง CISG มีสภาพบังคับในสถานะกฎหมายภายในซึ่งศาลแห่งรัฐย่อมต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของตน

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาเบื้องต้นนั้นกลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้นหมายถึงการอุดช่องว่าง CISG เมื่อมีสภาพบังคับในสถานะกฎหมายภายในและผู้ซึ่งมีหน้าที่อุดช่องว่างนั้นคือศาลภายในแห่งรัฐมิใช่ศาลระหว่างประเทศและศาลภายในแห่งรัฐนั้นต้องผูกพันตามกลไกการอุดช่องว่างแห่งข้อ 7(2) ของ CISG ในสถานะที่ข้อ 7(2) แห่ง CISG ในสถานะกฎหมายภายใน

โดยที่กลไกการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายภายในที่มีที่มาจาก CISG นั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการกำหนดความสัมพันธ์แห่งวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งหากพิจารณาแล้วนั้นกลไกการอุดช่องว่างนั้นเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติข้อที่ 7 แห่ง CISG โดยที่บทบัญญัติข้อที่ 7(1) นั้นเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ในการตีความ CISG และบทบัญญัติข้อที่ 7(2) เป็นกฎเกณฑ์แห่งกลไกการอุดช่องว่าง ด้วยเนื้อหาของบทบัญญัติข้อที่ 7 นั้นอาจจะกล่าวได้ บทบัญญัติข้อที่ 7 เป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญมากที่สุด (arguably the single most important provision) ในการกำหนดความสำเร็จของ CISG¹² เพราะแม้ว่าจากข้อมูลของสหประชาชาตินั้น ณ วันที่ 18 พฤษภาคม พ.ศ.2552 นั้นปรากฏว่ามีรัฐจำนวน 74¹³ รัฐได้เข้าเป็นรัฐภาคีของ CISG แต่อย่างไรนั้นแม้จะจำนวนรัฐที่เข้าเป็นรัฐภาคีของ CISG จำนวนมากนั้นก็หาได้เป็นหลักประกันว่าจะ

¹² *Phanesh Koneru, The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles*, Minnesota Journal of Global Trade (1997), 6, 105-152, Retrieved December 11 2007 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html>>.

¹³ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> (Retrieved May 18 2009).

ก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายสำหรับสัญญาซื้อขายสินค้า¹⁴ โดยหากต้องการทำให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวสำเร็จนั้น สิ่งสำคัญสองประการที่จะต้องเกิดขึ้นได้แก่

1. การตีความอย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (uniform interpretation) ของบทบัญญัติของ CISG

2. แนวทางการอุดช่องว่างอย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (uniform approach of lacunae/gap-filling) ในการอุดช่องว่างที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ CISG แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนตามอนุสัญญา¹⁵

สิ่งทั้งสองสิ่งนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศเพราะหากแม้รัฐต่างๆ จะเข้ามาเป็นรัฐภาคีแห่ง CISG เป็นจำนวนมากแต่ที่ว่าปราศจากแนวทางการตีความที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแล้วนั้นความไม่แน่นอนของกฎหมายย่อมยังคงมีอยู่แม้กฎหมายที่ถูกนำมาปรับใช้แก่คดีก็คือ CISG เช่นเดียวกันในทุกกรณี ส่วนในกรณีของกลไกการอุดช่องว่างนั้น เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วผลทางกฎหมายของกรณีปัญหาที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นย่อมมีความไม่แน่นอนอยู่และถ้าหากศาลของรัฐภาคีนั้นปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างอย่างไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแล้วไซ้ ความไม่แน่นอนของผลทางกฎหมายย่อมเกิดขึ้นอย่างมหาศาล การก่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันเพื่อนำไปสู่กลไกการอุดช่องว่างที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันหรืออย่างน้อยที่สุดสอดคล้องต่อกันนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้แล้วนั้นการปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG อย่างไม่คำนึงวัตถุประสงค์หลักของ CISG ที่ต้องการจะก่อให้เกิดระบบทางกฎหมายที่เป็นอิสระต่อกฎหมายภายในของรัฐแล้วนั้นอาจจะทำให้เกิดความเสียหายต่อจุดมุ่งหมายในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย เพราะตามกลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นได้เปิดประตูสู่การนำกฎหมายภายในมาปรับใช้ในการอุดช่องว่างในกรณีที่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ทั่วไปที่จะสามารถมาปรับใช้แก่กรณีได้ ซึ่งหากผู้ปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างนั้นไม่ทำความเข้าใจต่อปรัชญาและแนวคิดเบื้องหลังของกลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) อย่างถ่องแท้แล้วนั้นก็อาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่กระทบต่อความเป็นอิสระและวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

¹⁴ M.J. Bonell, "Interpretation of the Convention", in C.M. Bianca and M.J. Bonnell (Eds), *Commentary on the International Sales Law*, 1987, 65-94, Retrieved August 11 2008 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html>>.

¹⁵ Mark N. Rosenberg, *supra* note 6.

ของกฎหมายของCISGเป็นอย่างยิ่งเนื่องด้วยผู้ปรับใช้กฎหมาย เช่น ผู้พิพากษามีแนวโน้มที่จะปรับใช้กฎหมายภายในของรัฐตนที่ตนคุ้นเคยมากกว่าการปรับใช้CISGหรือค้นหาหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISGทำให้เมื่อเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายตามข้อ 7(2)แห่งCISG ศาลมีแนวโน้มที่จะมุ่งไปสู่การปรับใช้กฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลโดยทันที สถานการณ์ดังกล่าวก่อให้เกิดผลเสียต่อCISG ดังที่มีผู้กล่าวว่า ในกรณีที่มีการอนุญาตให้ใช้กฎหมายภายในในการอุดช่องว่างนั้นช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและความเป็นอิสระของการตีความCISG เนื่องจากการค้นหาช่องว่างแห่งกฎหมายย่อมกลายเป็นหนทางหนึ่งที่จะนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายภายในของรัฐตน (one way to follow the homeward trend is to find gaps in the law)¹⁶

ที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้อย่างชัดเจนถึงความสำคัญของกลไกการอุดช่องว่างตามบทบัญญัติข้อ7(2) แห่ง CISG และนอกเหนือจากความสำคัญของกลไกการอุดช่องว่างที่จะทำให้การศึกษาในประเด็นนี้มีคุณค่าและน่าสนใจแล้วนั้น ปัญหาในการปรับใช้และตีความบทบัญญัติดังกล่าวมีจำนวนมากและปรากฏอยู่ในทุกขั้นตอนของกลไกการอุดช่องว่างอันทำให้การปรับใช้กลไกดังกล่าวในทางปฏิบัตินั้นค่อนข้างมีปัญหาอย่างยิ่งอันจะทำให้การศึกษาในเรื่องกลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG มีความสลับซับซ้อนและจำเป็นต่อการการก่อให้เกิดการการปรับใช้ CISG อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาและขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายที่จะพินิจพิเคราะห์ประวัติศาสตร์การร่างและเจตนารมณ์เบื้องหลัง หลักเกณฑ์ของกลไกของการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2)แห่ง CISG ความเห็นทางกฎหมาย แนวคำพิพากษาและแนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนแต่

¹⁶ John Felemegas, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International (2000-2001) 115-265, Retrieved December 11 2007 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html>>.

ละขั้นตอนของกลไกในการอุดช่องว่าง และศึกษาเปรียบเทียบกลไกการอุดช่องว่างของ CISG กับ ตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์ใกล้เคียงกันกับ CISG เพื่อให้ได้มาซึ่ง ความเข้าใจอย่างถ่องแท้ต่อกลไกการอุดช่องว่างของ CISG เพื่อนำไปสู่การพิจารณาที่ถูกต้องและ เหมาะสมในการหาคำตอบของประเด็นปัญหาการตีความและปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG และวินิจฉัยถึงข้อดีและจุดบกพร่องของกลไกการอุดช่องว่างดังกล่าวเพื่อนำไปสู่การ เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG

อนึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้นมุ่งหมายที่จะพิจารณาถึงปัญหาการตีความและปรับใช้ กลไกการอุดช่องว่างในทุกขั้นตอนเพื่อนำไปสู่การปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG ที่ถูกต้องและสอดคล้องต่อวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของ กฎหมายของ CISG รวมทั้งประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมของเนื้อหาแห่งข้อ 7(2) ใน ปัจจุบันโดยที่ประเด็นปัญหาที่ผู้จัดทำจะทำการศึกษานั้นประกอบไปด้วย

1. ประเด็นปัญหาการข้ามขั้นตอนของการพิจารณาว่ากรณีปัญหาเป็นช่องว่างแห่ง กฎหมายตามความหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG หรือไม่
2. ตัวอย่างของประเด็นปัญหาที่มีความไม่แน่ชัดว่าเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายตาม ความหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG หรือไม่
3. ปัญหาในการตีความในประเด็นการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมาย ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Admissibility of Analogy in Lacunae/Gap-Filling) ภายใต้ CISG
4. ประเด็นปัญหาของที่มาแห่งหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG
5. ประเด็นปัญหาการขัดต่อวัตถุประสงค์การก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ของกฎหมายแห่ง CISG ของการอุดช่องว่างโดยปรับใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับ แก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

โดยที่ผู้จัดทำจะทำการศึกษาปัญหาข้างต้นไปตามลำดับขั้นตอนของกลไกการอุด ช่องว่างที่ประเด็นปัญหาเช่นว่าเกิดขึ้น โดยอธิบายถึงหลักเกณฑ์ของกลไกการอุดช่องว่างใน ขั้นตอนดังกล่าวและพิจารณาถึงปัญหา

อนึ่งนั้นผู้จัดทำมีความปรารถนาที่จะทำการพิจารณาประเด็นปัญหาในทุกขั้นตอน ของกลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG ให้ครบถ้วนและครอบคลุมที่สุด แต่อย่างไรนั้นสำหรับประเด็น ปัญหาที่ว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้างนั้น” ซึ่ง นักกฎหมายค่อนข้างจะมีความเห็นตรงกันว่ายากที่จะหาข้อยุติเพราะด้วยความเป็นนามธรรมของ คำว่าหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งทำให้การตีความจะมีความเป็นอัตวิสัยค่อนข้างสูงและคำตอบของ

คำถามจะเปลี่ยนไปตามภูมิหลังทางกฎหมายของผู้ตีความ รวมทั้งแนวคำพิพากษาและคำตัดสิน อนุญาตโตตุลาการนั้นไม่สามารถให้ความกระจ่างทั้งหมดรวมทั้งยังขัดแย้งกันในหลายประเด็น ด้วยเหตุผลดังกล่าวในประเด็นเช่นว่าผู้จัดทำพียงขอยกตัวอย่างของหลักเกณฑ์ที่มีความเป็นไปได้ที่จะเป็น หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG ตามแนวคิดของนักกฎหมายที่มีคุณวุฒิทั้งหลายเพียง เท่านั้น และจะมุ่งเน้นไปที่ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับที่มาแห่งหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG แทน

1.3. สมมติฐานของการศึกษา

กลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG ตามข้อ 7(2) นั้นมีปัญหาในการตีความและปรับใช้ ด้วยกันในหลายประการ รวมทั้งเนื้อหาแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นยังมีความบกพร่องในลำดับ หนึ่ง สถานการณ์ดังกล่าวนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ขัดขวางการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของ กฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่ง CISG โดยที่การศึกษาวิจัยประเด็นปัญหาในการปรับใช้และ ตีความและข้อบกพร่องของเนื้อหาแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG จะนำไปสู่แนวทางการปรับใช้และแก้ไข บทบัญญัติดังกล่าวที่จะเอื้อต่อการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งเดียวกันทางกฎหมายซื้อขาย ระหว่างประเทศให้มากขึ้น

1.4. วิธีการศึกษา

การศึกษาเพื่อจัดทำรายงานฉบับนี้นั้น ผู้จัดทำใช้วิธีการศึกษาแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยการวิเคราะห์เอกสารที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ คำอธิบายหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย แนวคิดทางวิชาการ คำพิพากษาของศาล คำตัดสินชี้ขาดของ อนุญาตโตตุลาการที่มีความสัมพันธ์กับกลไกการอุดช่องของ CISG แนวคิดทางกฎหมายและ กฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งรายงานฉบับนี้ ที่ปรากฏทั้งในรูปแบบหนังสือ บทความ วิชาการ เอกสารการประชุม หรือสิ่งพิมพ์อื่นรวมทั้งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งในภาษาไทยและ ภาษาต่างประเทศ

1.5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. เพื่อนำไปสู่ความเข้าใจที่สมบูรณ์มากขึ้นต่อหลักเกณฑ์แห่งกลไกในการอุดช่องว่างแห่ง CISG ตามบทบัญญัติข้อ 7(2)

2. เพื่อพิจารณาได้ถึงแนวทางที่เหมาะสมและถูกต้องในการปรับใช้และตีความประเด็นทางกฎหมายที่ปรากฏในแต่ละขั้นตอนของกลไกการอุดช่องว่าง

3. เพื่อเป็นข้อมูลพื้นฐานและเสนอแนะข้อพิจารณาสำหรับรัฐไทยในการตัดสินใจเข้าเป็นภาคี CISG โดยที่ในปัจจุบันนี้ การศึกษาประเด็นปัญหาหลักไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG มีอยู่อย่างจำกัด ซึ่งหากพิจารณาดังกล่าวนั้นบทบัญญัติข้อ 7(2) นั้นมีความจำเป็นจะต้องศึกษาอย่างเคร่งครัดหากรัฐไทยต้องการพิจารณาการเข้าเป็นภาคีของ CISG เพราะการศึกษาหลักไกการอุดช่องว่างนั้นจะนำไปสู่ความเข้าใจถึงหลักเกณฑ์ที่จะนำไปปรับใช้แก่กรณีซึ่งเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นและผลทางกฎหมายของกรณีช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าวซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นเนื้อหาสาระของ CISG ที่ซ่อนเร้นอยู่ ซึ่งไม่อาจจะสามารถล่วงรู้ได้หากไม่มีการศึกษากลไกแห่งการอุดช่องว่าง ดังนั้นการจะพิจารณาถึงประเด็นที่ว่าเนื้อหาสาระของ CISG มีความเหมาะสมและเอื้อประโยชน์ต่อรัฐไทยมากเพียงใดจะต้องมีการศึกษาถึงกลไกการอุดช่องว่างอย่างครบถ้วนเสียก่อน

4. เพื่อเป็นแนวทางสำหรับศาลไทยในการปรับใช้ข้อ 7(2) แห่ง CISG ไม่ว่าจะในกรณีที่คู่สัญญานั้นตกลงเลือก CISG เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาหรือเพื่อกรณีแห่งอนาคตหากรัฐไทยเป็นภาคีแห่ง CISG ศาลแห่งรัฐไทยนั้นควรจะมีความรู้และความเข้าใจที่ดีในการปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG เพราะบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีปัญหาในการปรับใช้และตีความค่อนข้างมากและความผิดพลาดนั้นก็ปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาและคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในหลายรัฐและหลายหน่วยงานซึ่งความผิดพลาดดังกล่าวเองเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ศาลแห่งรัฐไทยเองจึงควรมีเป็นตัวอย่างที่ดีและบทบาทในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวและส่งเสริมให้วัตถุประสงค์ของ CISG สัมฤทธิ์ผลโดยการปรับใช้และตีความข้อ 7(2) แห่ง CISG ให้ถูกต้อง

5. เพื่อเป็นข้อมูลและแนวทางในการปรับปรุงและแก้ไขเนื้อหาแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG ในอนาคต