

## บทที่ 2

### ประวัติศาสตร์การร่างกฎหมายแห่งบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG

ในลำดับแรกนั้นในการที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจต่อประวัติศาสตร์การร่างกฎหมายแห่งบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG อย่างถ่องแท้ นั้น การศึกษาอนุสัญญาที่เป็นบรรพบุรุษอันเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นย่อมเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง

หากพิจารณาแล้วนั้น ความพยายามที่จะก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศนั้นมีมาเนิ่นนานก่อนการถือกำเนิดแห่ง CISG โดยอาจจะสามารถกล่าวได้ว่าจุดกำเนิดของกระบวนการในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายดังกล่าวนั้นเริ่มต้นในช่วง ศตวรรษที่ 20 โดยในปี ค.ศ. 1929 นั้นนักกฎหมายชาวเยอรมันผู้มีชื่อว่า Ernst Rabel ได้ให้คำแนะนำแก่ Vittorio Scialoja ซึ่งภายหลังได้ดำรงตำแหน่งประธานแห่ง the International Institute for the Unification of Private Law (ซึ่งในลำดับต่อไปจะขอเรียกว่า UNIDROIT) และ UNIDROIT ได้ทำให้คำแนะนำเช่นว่าให้เกิดผลจริง<sup>1</sup> และในที่สุดนั้นแนวคิดดังกล่าวก็นำไปสู่ผลในเชิงรูปธรรมโดยที่ประชุมทางการทูตที่จัดขึ้น ณ กรุงเฮก เมื่อปี 1964 ซึ่งมีรัฐเข้าร่วมประชุม 28 รัฐได้รับรองอนุสัญญาสองฉบับคือ

1) the Uniform Law of International Sale (ULIS)

2) the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF)

โดยที่ในปี ค.ศ. 1972 นั้นอนุสัญญาทั้งสองดังกล่าวมีผลบังคับใช้โดยการเข้าเป็นภาคีของรัฐห้ารัฐซึ่งส่วนใหญ่เป็นรัฐในทวีปยุโรป

---

<sup>1</sup>Nives Povrzenic, INTERPRETATION AND GAP FILLING UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Retrieved December 11 2007 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/gap-fill.html>>.

แต่กระนั้นก็ตามแม้ว่าอนุสัญญาทั้งสองนั้นจะมีผลบังคับใช้และโดยเนื้อหาและจุดมุ่งหมายแห่งอนุสัญญานั้นจะก่อให้เกิดการพัฒนาต่อกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างดี แต่ก็เป็นที่น่าเสียดายว่าไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควรจากรัฐต่างๆโดยสะท้อนจากจำนวนรัฐภาคีที่มีเพียงจำนวนน้อย โดยที่เหตุผลสำคัญของสถานการณ์ดังกล่าวนี้มาจากความไม่หลากหลายของการมีส่วนร่วมของรัฐที่ส่งตัวแทนเข้าร่วมอันสมควรจะมาจากภูมิภาคต่างๆที่หลากหลายในการจัดเตรียมอนุสัญญาทั้งสองฉบับ จนอาจกล่าวได้แม้ว่าจะมีความพยายามอย่างมากของ UNIDROIT ในการสร้างการมีส่วนร่วมที่มีความหลากหลาย อนุสัญญาทั้งสองฉบับนั้นก็ไม่ได้เป็นได้เพียงผลผลิตของความคิดทางกฎหมายของกลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกเพียงเท่านั้น<sup>2</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ซึ่งขณะนั้นได้เข้ามามีบทบาทแทนที่ของ UNIDROIT จึงมีแนวคิดที่จะร่างอนุสัญญาขึ้นมาใหม่บนพื้นฐานของการมีส่วนร่วมที่หลากหลายซึ่งมีพื้นฐานจาก ULIS และ ULF แทนที่การสนับสนุนให้มีจำนวนรัฐภาคีของ ULIS และ ULF ให้มีจำนวนมากขึ้นให้มากขึ้นจนในที่สุดการตัดสินใจร่างอนุสัญญาขึ้นมาใหม่ได้นำไปสู่การถือเกิดของ CISG

จากที่กล่าวมานั้นจะพิจารณาได้ว่า ULIS และ ULF เป็นอนุสัญญาบรรพบุรุษที่เป็นรากฐานอันก่อให้เกิด CISG (กลไกการอุดช่องว่างปรากฏใน ULIS เท่านั้นหาได้ปรากฏใน ULF ในลำดับต่อไปจึงขอกล่าวเฉพาะ ULIS เพียงเท่านั้น) ดังนั้นการทำความเข้าใจบทบัญญัติที่เป็นต้นแบบของหรือมีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG อันปรากฏใน ULIS จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากจากแนวคิดเบื้องหลังของบทบัญญัติแห่ง ULIS ในหลายกรณีนั้นได้กลายเป็นมรดกตกทอดให้แก่บทบัญญัติแห่ง CISG รวมทั้งในกรณีที่มิใช่บทบัญญัติแห่ง CISG เป็นผลผลิตแห่งการแก้ไขเนื้อหา ULIS ดังนั้นการศึกษาทำความเข้าใจเหตุผลเบื้องหลังการแก้ไขเนื้อหาเช่นว่าย่อมนำไปสู่ความเข้าใจอันแท้จริงต่อบทบัญญัติแห่ง CISG ซึ่งมีที่มาจากการแก้ไขบทบัญญัติแห่ง ULIS

โดยที่บทบัญญัติแห่ง ULIS ที่เป็นต้นแบบหรือมีความสัมพันธ์กับกลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG ตามข้อ 7(2) ได้แก่

Article 2

---

<sup>2</sup> John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under 1980 United Nations Convention, 2nd edition, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p.54.

*“Rules of private international law shall be excluded for the purposes of the application of the present Law, subject to any provision to the contrary in the said Law.”*

Article 17

*“Questions concerning matters governed by the present Law which are not expressly settled therein shall be settled in conformity with the general principles on which the present Law is based.”*

อันสามารถถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

บทบัญญัติที่ 2

*“กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้นพึงถูกปฏิเสธมิให้นำมาพิจารณาเพื่อตอบสนองต่อวัตถุประสงค์แห่งการปรับใช้กฎหมายฉบับนี้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติใดๆ ในกฎหมายฉบับนี้บัญญัติในทางตรงกันข้าม”*

บทบัญญัติข้อที่ 17

*“ประเด็นปัญหาอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายฉบับนี้แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งตามกฎหมายฉบับนี้จะถูกพิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีรากฐาน”*

เมื่อพิจารณาแล้วนั้น ข้อ 2 แห่ง ULIS ได้ปฏิเสธการนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลมาเกี่ยวข้องหรือมีบทบาทภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ ULIS เว้นแต่ในกรณีเฉพาะที่อนุสัญญาบัญญัติไว้ในทางตรงกันข้าม ในขณะที่ข้อ 17 แห่ง ULIS นั้นได้กำหนดให้ในกรณีที่ปัญหาที่อยู่ภายใต้การบังคับของ ULIS แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งใน ULIS จะต้องมีการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง ULIS มีรากฐาน ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติทางกฎหมายทั้งสองร่วมกันแล้วนั้น ย่อมตระหนักได้ถึงการบ่งชี้ที่หนักแน่นว่า ULIS นั้นถูกสร้างสรรค์ขึ้นมาด้วยเจตนาที่จะให้เป็นกฎหมายซื้อขายที่มีความครบถ้วนในตนเอง (self-contained law of sales) ซึ่งจะต้องถูกตีความและปรับใช้อย่างเป็นเอกเทศ โดยปราศจากการอ้างอิงไปยังกฎหมายภายในที่แตกต่างกันของแต่ละรัฐ<sup>3</sup> ซึ่งหากพิจารณาแล้วนั้นรูปแบบของความ

<sup>3</sup> 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 December 11 2007 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html>>.

เป็นอิสระและความสมบูรณ์ในตัวเองดังกล่าวนั้นเป็นสิ่งที่เอื้อต่อจุดมุ่งหมายของการเป็นตราสารระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ในการทำกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งจำเป็นต้องถูกปรับใช้และตีความในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน<sup>4</sup> โดยที่ฝ่ายที่เห็นด้วยต่อแนวคิดของบทบัญญัติข้อ 17 ให้ความเห็นว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีความจำเป็นในการแสดงให้เห็นชัดว่า ULIS ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทางกฎหมายนั้นจำเป็นจะต้องเป็นตราสารระหว่างประเทศที่พึงจะต้องถูกตีความและปรับใช้ในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เช่นนั้นแล้วตามเหตุผลที่กล่าวมาหากศาลได้รับอนุญาตให้ปรับใช้กฎหมายภายในแก่กรณีที่อยู่ในขอบเขตของ ULIS ย่อมก่อให้เกิดผลในลักษณะที่กีดกันมิให้เกิดการปรับใช้ ULIS แก่ประเด็นปัญหาในหลายกรณีซึ่งกรณีเช่นนั้นอาจเป็นกรณีซึ่งที่ผู้ร่างและคู่สัญญาปรารถนาให้ตกอยู่ในบังคับของ ULIS และหากพิจารณาเพิ่มเติมแล้วนั้นการอนุญาตให้ปรับใช้กฎหมายภายในจะนำไปสู่ความไม่แน่นอนในระดับสูงเนื่องจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอันเป็นสิ่งซึ่งกำหนดว่ากฎหมายแห่งรัฐใดเป็นกฎหมายที่ปรับใช้แก่กรณีนั้นปราศจากความแน่ชัดและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน<sup>5</sup> เมื่อพิจารณาประกอบกับความไม่แน่นอนทางกฎหมายอันเกิดจากความแตกต่างของกฎหมายภายในแต่ละรัฐ การอนุญาตให้อุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในโดยผ่านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้นขัดแย้งอย่างชัดแจ้งต่อวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายโดยสิ้นเชิง โดยหากพิจารณาจากในทุกร่างกฎหมายของอนุสัญญา ULIS ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1935 เป็นต้นมานั้นไม่มีการแก้ไขเนื้อหาข้อบทบัญญัติที่ภายหลังกลายมาเป็นข้อ 17 แห่ง ULIS แม้แต่ฉบับเดียว<sup>6</sup> ซึ่งปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้

---

<sup>4</sup> 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>>.

<sup>5</sup> M.J. Bonell, *supra* note 3.

<sup>6</sup> Cf. Dölle/Wahl, Einheitskaufrecht, 1976, EKG § 17 Rdnr as cited in Jan Hellner, GAP-FILLING BY ANALOGY Art. 7 of the U.N. Sales Convention in Its Historical Context, in International Law: Festschrift til Lars Hjerner (Stockholm 1990), 219-233, Retrieved December 11 2007.

มีเหตุผลมาจากเจตนาร่วมกันที่จะตอบโต้แนวโน้มที่จะใช้กฎหมายภายในแห่งรัฐของตน (homeward trend) ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถคาดหมายได้ในการปรับใช้อนุสัญญาซึ่งครอบคลุมประเด็นซึ่งมีกฎเกณฑ์จำนวนมากในระบบกฎหมายภายใน แต่ในทางตรงกันข้ามนั้น มีการโต้แย้งถึงกลไกการอุดช่องว่างของ ULIS บนเหตุผลที่ว่าแนวทางที่มีไว้สำหรับช่วยในการตีความตัวอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนั้นปรากฏอย่างชัดเจนว่าไม่พอเพียงและตัวอนุสัญญาหาได้กำหนดโดยเฉพาะเจาะจงหรือบ่งบอกว่าสิ่งใดคือหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีรากฐานและมีการตั้งข้อสงสัยถึงขนาดว่าโดยแท้แล้วจะสามารถพิจารณาเพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวได้จริงหรือไม่ นอกจากนี้แล้วยังมีการปฏิเสธแนวคิดที่พิจารณาให้อนุสัญญาฉบับดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายที่มีจุดประสงค์อันก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทางกฎหมายนั้นแยกเป็นอิสระออกจากกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ เนื่องจากมีประเด็นข้อกฎหมายจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายนั้นหาได้ปรากฏอยู่ใน ULIS แต่อย่างไรและในทางกลับกันนั้นในเนื้อหาของ ULIS นั้นมีการใช้แนวคิดหรือถ้อยคำทางกฎหมายอันปรากฏตามระบบกฎหมายภายในอยู่จำนวนมาก แต่ตัวอนุสัญญานั้นหาได้ให้คำอธิบายอย่างเฉพาะเจาะจง สถานการณ์เช่นว่านั้นย่อมส่งผลให้แนวคิดที่ให้มีการตอบปัญหาที่ปรากฏภายในขอบเขตการบังคับใช้ของ ULIS หรือการตีความแนวคิดทางกฎหมายหรือศัพท์ทางกฎหมายเช่นว่าโดยหาได้คำนึงถึงกฎหมายภายในนั้นเป็นสิ่งที่ไม่คำนึงถึงความจริงและไม่สามารถปฏิบัติได้จริง<sup>7</sup>

โดยที่กลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 17 ที่อาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง ULIS นั้นมีรากฐานข้างต้นนั้น เป็นการสะท้อนแนวคิดอันเป็นที่ยอมรับกันในการสถาปนาประมวลกฎหมายในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่จะถูกออกแบบมาเพื่อแทนที่เนื้อหาของกฎหมายทั้งหมดทั้งปวงที่มีก่อนหน้าการจัดทำประมวลกฎหมาย และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการนำกฎเกณฑ์ที่ล้าสมัย (outdated) และไม่มีเอกภาพของระบบกฎหมายดั้งเดิม (ancient régime) มาปรับใช้ การอุดช่องว่างนั้นจะต้องเป็นกระทำโดยใช้สิ่งที่เป็นรากฐานแห่งบทบัญญัติหรือมาตราต่างๆ ของตัวประมวลกฎหมาย รูปแบบเช่นว่านี้จะนำไปสู่การขยายของเนื้อหาอย่างสร้างสรรค์ โดยการ

---

<sup>7</sup>References in Dölle/Wahl, *op. cit.*, EKG § 8 Rdnr. 9-11. As cited in Jan Hellner, GAP-FILLING BY ANALOGY Art. 7 of the U.N. Sales Convention in Its Historical Context, in *International Law: Festschrift til Lars Hjerner* (Stockholm 1990) 219-233, Retrieved December 11 2007 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/hellner.html>>.

เทียบเคียงกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายที่มีความใกล้เคียงอย่างยิ่ง (creative extension by analogy of the code's provision) เพื่อนำไปปรับใช้แก้ปัญหาในรูปแบบใหม่จำนวนมากที่จะปรากฏในศตวรรษต่อมา<sup>8</sup> ในขณะที่ในระบบคอมมอนลอว์นั้น การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายอย่างรวดเร็ว นั้นมักจะถูกดำเนินการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่แคบและเฉพาะเจาะจงซึ่งจะมีสภาพเหมือนเกาะที่ถูกล้อมรอบด้วยมหาสมุทรของกฎหมายที่มาจากคำพิพากษา (islands surrounded by an ocean of case law) แต่อย่างไรนั้นกฎหมายที่มาจากคำพิพากษา (case law) นั้นก็จะมีการพัฒนาในแนวทางที่คล้ายกันกับการพัฒนาโดยใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในประเทศที่มีระบบซีวิลลอว์ซึ่งก็คือ หลักเกณฑ์ซึ่งคำพิพากษาดั้งเดิมจะถูกนำมาใช้เป็นรากฐานในการพิจารณา หรือตีความขยาย หรือปรับแต่งเพื่อสำหรับปรับใช้แก่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นมาใหม่<sup>9</sup> ซึ่งจากที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าเนื้อหาของข้อ 17 แห่ง ULIS นั้นมีความแตกต่างจากแนวคิดทางกฎหมายของรัฐในระบบคอมมอนลอว์ที่จะพยายามไม่ตีความขยายตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากถือว่าโดยแท้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นกรณียกเว้นของกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายทั่วไป จึงต้องตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างแคบ ดังนั้นแล้วจึงเป็นที่ไม่น่าแปลกใจที่การปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง ULIS นั้นมีรากฐานในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามข้อ 17 แห่ง ULIS นั้นจะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในเวทีของ UNCITRAL และการวิจารณ์ดังกล่าวนี้หาได้มาจากผู้แทนของรัฐที่อยู่ในระบบคอมมอนลอว์เพียงเท่านั้นแต่ยังรวมถึงผู้แทนของบางรัฐที่มีรากฐานทางกฎหมายในระบบซีวิลลอว์แต่ได้มีการพัฒนาแนวคิดที่เน้นการกำหนดรายละเอียดของตัวบทกฎหมายและการตีความตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด<sup>10</sup>

ในลำดับต่อมาผู้จัดทำจะขอกกล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับประวัติศาสตร์การร่างของบทบัญญัติข้อ 7(2) ซึ่งเป็นระยะเวลาหลังจากที่มีการตัดสินใจของ UNCITRAL ที่เลือกที่จะร่างอนุสัญญาฉบับใหม่แทนที่จะสนับสนุนให้มีภาคีสมาชิกของ ULIS และ ULF เพิ่มมากขึ้นซึ่ง UNCITRAL ได้สถาปนา Working Group อันประกอบไปด้วยผู้แทนจากสิบสี่รัฐเพื่อเตรียมร่างกฎหมายเช่นว่าโดยคณะทำงานดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเสร็จสิ้นโดยผ่านการประชุมประจำปี

<sup>8</sup> John O. Honnold, *supra* note 2.

<sup>9</sup> H. Hillman, J McDonnell & S. Nickles, Common Law and Equity under the Uniform Commercial Code (1985) and supplements as cited in John O. Honnold, *supra* note 2, p.149.

<sup>10</sup> John O. Honnold, *supra* note 2, p.149.

9 ครั้ง โดยประเด็นปัญหาในเรื่องกลไกการอุดช่องว่างนับเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีความยุ่งยากและมีความคิดเห็นแตกต่างกันที่สุดในการจัดเตรียมร่างกฎหมายที่กลับลายมาเป็น CISG ในอนาคต โดยในระหว่างการทำงานของ UNCITRAL Working Group คณะทำงานได้ถูกกดดันเพื่อที่จะให้มีการเปลี่ยนแปลงกลไกการอุดช่องว่างตาม ข้อ 17 แห่ง ULIS โดยข้อคัดค้านนั้นได้มุ่งเน้นไปที่ประเด็นที่ว่า การเลือกใช้ “หลักเกณฑ์ทั่วไป”(general principle) ซึ่ง ULIS นั้นมีรากฐานมาเป็นกลไกในการอุดช่องว่างนั้นนั้นไม่เคยมีการพิจารณามาก่อนว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นมีเนื้อหาอย่างไร และประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้าง ดังนั้นการกำหนด ข้อ 17 ในลักษณะเช่นว่าย่อมเป็นการนำไปสู่ความไม่แน่นอนในระดับที่ไม่สามารถยอมรับได้ แต่อย่างไรนั้นฝ่ายที่ให้การสนับสนุนแก่ข้อ 17 แห่ง ULIS นั้นได้โต้ตอบด้วยเหตุผลที่ว่า การอุดช่องว่างโดยการปรับใช้กฎหมายภายในย่อมนำไปสู่ความไม่แน่นอนที่มากกว่า โดยที่กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่เกี่ยวข้องในการตัดสินว่ากฎหมายภายในจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นไม่มีความแน่นอน และปราศจากความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งย่อมนำไปสู่ปัญหาข้อสงสัยและข้อพิพาทว่ากฎหมายใดจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี นอกจากนี้ในกรณีของกฎหมายภายในของรัฐ ย่อมเป็นไปได้ที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นจะไม่มี ความคุ้นเคยกับตัวกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่คดีและโดยทั่วไปนั้นกฎหมายภายในจะไม่มี ความเหมาะสมในการนำมาปรับใช้แก้ปัญหาของการค้าระหว่างประเทศ และที่สำคัญที่สุดนั้นคือการอุดช่องว่างโดยการอ้างอิงถึงกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในอันมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐนั้นจะไม่มีทางนำไปสู่ผลลัพธ์ที่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ขณะที่การปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของอนุสัญญา นั้นจะช่วยในการพัฒนาแนวทางร่วมกันสำหรับคำถามที่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของตัวอนุสัญญา<sup>11</sup> เช่นนั้นแล้ว จึงเห็นได้ว่าการอุดช่องโดยให้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง ULIS นั้นมีรากฐานนั้นจะนำไปสู่ความไม่แน่นอนที่น้อยกว่าการปรับใช้กฎหมายภายในโดยผ่านกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง ULIS นั้นมีรากฐานจะนำไปสู่ความไม่แน่นอนที่น้อยกว่า แต่ก็ยังคงมีเสียงเรียกร้องที่จะการปฏิเสธรูปแบบการอุดช่องว่างบนพื้นฐานของข้อโต้แย้งที่ว่า ระบบของกฎหมายเอกรูปโดยแท้ นั้นไม่สามารถแยกออกจากระบบกฎหมายภายในได้

<sup>11</sup> *Ibid*, p.150.

โดยสิ้นเชิงดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น<sup>12</sup> และแม้ว่ามุมมองที่ต้องการจะอุดช่องว่างโดยให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั่วไปของอนุสัญญานั้นจะเป็นสิ่งที่น่าพึงปรารถนาเนื่องจากการส่งเสริมการค้าที่เป็นอิสระจากการแนวทางที่หลากหลายภายใต้กฎหมายภายใน ผู้แทนของรัฐหลายรัฐนั้นได้พิจารณาว่าแนวทางดังกล่าวนั้นมีความไม่ชัดเจนมากเกินไป (too vague) และไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงเนื่องจากการปราศจากการให้คำจำกัดความหรืออธิบายที่พอเพียงของหลักเกณฑ์ทั่วไปของอนุสัญญา<sup>13</sup> ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายหรือความสอดคล้องกันของกฎหมายนั้น นอกจากเนื้อหาของตัวกฎหมายเอกรูปจะเป็นปัจจัยสำคัญแล้วนั้น จำนวนภาคีของอนุสัญญาก็เป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดผลสำเร็จของกฎหมายเอกรูปว่าจะสามารถก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายหรือความสอดคล้องกันของกฎหมายได้มากเพียงใด ซึ่งถ้าหากพิจารณาถึงการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของอนุสัญญาเท่านั้นโดยไม่มีการอ้างอิงถึงกฎหมายภายในแต่อย่างใดเลยนั้น นอกจากจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในระดับหนึ่งแล้วนั้น รัฐนั้นอาจมองได้ว่าเป็นการลิดรอนอำนาจอธิปไตยของตนที่มากกว่าที่ตนได้พิจารณาและให้ความยินยอมเข้าผูกพันบนพื้นฐานของเนื้อหาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญาและเป็นการกีดกันกฎหมายภายในของตนในการปรับใช้ต่อกรณีที่ไม่ปรากฏกฎหมายที่ชัดเจนในอนุสัญญาซึ่งรัฐอาจไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะมีกรณีใดบ้าง จากที่กล่าวมานั้นแม้หลักเกณฑ์ตามข้อ 17(2) ของ ULIS นั้นจะมีความเหมาะสมในลำดับหนึ่งและสอดคล้องต่อวัตถุประสงค์ในก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย แต่ทว่ามิใช่สิ่งที่เป็นยอมรับโดยส่วนใหญ่ของรัฐต่างๆ เช่นนั้นแล้วเมื่อมีการพิจารณาที่จะร่าง CISG ขึ้นนั้นจะมีแนวคิดและข้อเสนอจำนวนมากที่จะแก้ไขข้อ 17 แห่ง ULIS เพื่อที่จะนำไปสู่กลไกการอุดช่องว่างที่มีความเหมาะสมและประสานประโยชน์ระหว่างรัฐที่สุด

---

<sup>12</sup> References in Dölle/Wahl, *op. cit.*, EKG § 8 Rdnr. 9-11. As cited in Jan Hellner, 'GAP-FILLING BY ANALOGY Art. 7 of the U.N. Sales Convention in Its Historical Context', in *International Law: Festschrift til Lars Hjerner* (Stockholm 1990) 219-233, Retrieved December 11 2007 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/hellner.html>>.

<sup>13</sup> Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 61.

โดยที่ในการประชุมครั้งแรกของ Working Group (the First Session of the Working Group) ในปี 1970 นั้น ความเห็นของผู้แทนรัฐต่อการพิจารณาที่จะนำกลไกการอุดช่องว่างตามบทบัญญัติข้อ 17 แห่ง ULIS มานำมาใช้แก่นุสัณญายฉบับใหม่นั้นมีความแตกต่างกัน โดยที่ผู้แทนจำนวนหนึ่งได้แสดงออกถึงความเห็นชอบต่อกลไกการอุดช่องว่างเดิมตามบทบัญญัติข้อ 17 แห่ง ULIS โดยให้เหตุผลว่าผู้ร่าง ULIS นั้นมีความต้องการที่จะให้ ULIS นั้นจะต้องไม่ถูกตีความอย่างแคบและจำกัดและตระหนักดีถึงข้อเท็จจริงที่ว่าในหลายระบบกฎหมายนั้นกฎเกณฑ์ในการอุดช่องว่างหรือในการตอบปัญหาของการตีความมีอยู่อย่างแคบและจำกัดโดยที่ผู้ร่างนั้นปรารถนาให้ผู้พิพากษานั้นมีอิสระที่จะมีต้องหันกลับไปพิจารณากฎหมายภายในเพื่อหาคำตอบของปัญหาซึ่งจะเป็นเหตุแห่งความไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หลักเกณฑ์ทั่วไปตามบทบัญญัติข้อ 17 นั้นเป็นแนวคิดทั่วไปที่ก่อให้เกิดแรงบันดาลใจในการก่อให้เกิดกฎหมายอันมีจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย หลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นนั้นสามารถค้นหาและรวบรวมได้จากบทบัญญัติของ ULIS เองหรือจากประวัติการร่างของตัวอนุสัณญารวมถึงคำวิพากษ์วิจารณ์ของนักกฎหมาย<sup>14</sup>

ในทางตรงกันข้ามขณะที่ผู้แทนหลายส่วนหาได้เห็นด้วยกับกลไกอุดช่องว่างของ ULIS ซึ่งเหตุผลส่วนใหญ่นั้นก็มิรากฐานจากความคิดที่ว่า การอ้างอิงถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งหาได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้างนั้นย่อมนำมาสู่ความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอน

ในการประชุมครั้งดังกล่าวนั้นจึงปรากฏข้อเสนอในการแก้ไขเนื้อหาของบทบัญญัติข้อ 17(2) ในหลายลักษณะเช่นมีผู้เสนอให้เปลี่ยนเนื้อความเป็น Private international law shall apply to questions not settled by ULIS<sup>15</sup> อันสามารถถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกบุคคลจะถูกนำมาปรับใช้กับปัญหาที่ตกอยู่ในบังคับของอนุสัญญาแต่ไม่

---

<sup>14</sup> A/CN.9/35-Report of the working Group on the international sale of goods, first session (5-16 January 1970), para 59.

<sup>15</sup> A/CN.9/35-Report of the working Group on the international sale of goods, first session (5-16 January 1970), para 66.

ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจน”และมีการเสนอให้มีการยกเลิกบทบัญญัติข้อ 17 ดังกล่าวออกไปโดยสิ้นเชิง<sup>16</sup> แต่อย่างไรหาได้มีการข้อเสนอใดๆที่ได้รับการยอมรับโดยเสียงส่วนมาก<sup>17</sup>

ในการประชุมครั้งที่สองของ Working Group นั้น Working Group ได้เสนอให้มีการตัดเนื้อหาของบทบัญญัติข้อ 17 แห่ง ULIS ออกไปและแทนที่บทบัญญัติที่ถูกตัดออกไปนั้นให้บรรจุข้อความดังต่อไปนี้เข้าไปแทนคือ *“In interpretation and applying the provisions of this Law, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity (in its interpretation and application)”*<sup>18</sup> อันอาจสามารถแปลความเป็นภาษาไทยได้ว่า *“ในการตีความและการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนี้นั้น จะต้องมีการคำนึงถึงลักษณะระหว่างประเทศและความจำเป็นในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (ในการตีความและปรับใช้กฎหมายดังกล่าว)”*

การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนั้นเป็นการปฏิเสธแนวคิดของบทบัญญัติข้อ 17 ซึ่งอ้างอิงถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง ULIS มีรากฐานในการอุดช่องว่างและยังส่งผลให้ร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนั้นปราศจากกลไกการอุดช่องว่าง ซึ่งมีสาเหตุมาจากบทบัญญัติข้อ 17 ดังกล่าวนั้นถูกโจมตีโดยผู้แทนจำนวนมากบนเหตุผลที่ว่าเนื้อหาของบทบัญญัตินั้นไม่ชัดเจน(vague)และเป็นเพียงมายาคติ(illusory) เนื่องจากอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนั้นหาได้ระบุไว้อย่างเฉพาะเจาะจงหรือบ่งบอกวาสิ่งใดคือหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอนุสัญญามีรากฐาน การกำหนดในลักษณะเช่นนั้นย่อมนำไปสู่ความไม่แน่นอนและความเป็นไปได้ที่ศาลจะปรับใช้กฎเกณฑ์ภายในของรัฐตนแก่คดีบนข้อสันนิษฐานที่ว่ากฎเกณฑ์ภายในเหล่านั้นคือหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานของอนุสัญญา<sup>19</sup>

โดยที่เนื้อหาของร่างใหม่ที่เสนอโดย Working Group นั้นได้สะท้อนถึงการให้ความสำคัญแก่สิ่งสองสิ่งซึ่งหาได้ปรากฏในข้อ 17 ของ ULIS ดั้งเดิมคือ

<sup>16</sup> A/CN.9/35-Report of the working Group on the international sale of goods, first session( 5-16 January 1970), para 71.

<sup>17</sup> A/CN.9/35-Report of the working Group on the international sale of goods, first session( 5-16 January 1970), para 72.

<sup>18</sup> A/CN.9/52-report on the work of the Second Session, 7-18 December 1970, para 126.

<sup>19</sup> A/CN.9/52-report on the work of the Second Session, 7-18 December 1970, para 129.

1. ลักษณะความเป็นระหว่างประเทศของตัวอนุสัญญา
2. ความจำเป็นในการมีการตีความและการปรับใช้อนุสัญญาอย่างเป็นทางการเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

การที่มีการพิจารณาให้ความสำคัญแก่ทั้งสองประเด็นนั้นการเพราะความหวั่นเกรงที่ศาลของรัฐต่าง ๆ นั้นจะพิจารณาเนื้อหาของอนุสัญญาด้วยความเข้าใจตามกฎหมายภายในซึ่งย่อมเป็นอุปสรรคต่อวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย ซึ่งหากพิจารณาแล้วนั้นการกำหนดให้ความสำคัญแก่สิ่งทั้งสองนั้นจะส่งเสริมความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยการส่งเสริมให้มีการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงหรือข้อมูลต่างๆของรัฐอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นรูปของงานวิจัยหรือคำพิพากษาของศาลประกอบกรปรับใช้ด้วยกฎหมาย<sup>20</sup> ซึ่งเนื้อหาของกรแก้ไขข้อ 17 ดังกล่าวนั้นภายหลังได้ค่อยค่อยพัฒนามาเป็นบทบัญญัติข้อ 7(1) ของ CISG ในอนาคตขณะที่บทบัญญัติเกี่ยวกับกลไกการอุดช่องว่างนั้นพึงจะต้องทำการดิ้นรนเพื่อให้กลับมาเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาซึ่งในอนาคตหลังจากช่วงเวลาดังกล่าวซึ่งภายหลังนั้นก็คือข้อบัญญัติที่ 7(2)<sup>21</sup>

ร่างดังกล่าวนี้ถูกเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาและคณะกรรมการ(the Commission)นั้นได้รับรองเนื้อหาของข้อ 17 ตามที่เสนอโดย Working Groupข้างต้นและได้ให้ข้อเสนอแนะว่ามีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการอุดช่องว่างที่เกิดขึ้นในตัวอนุสัญญา โดยแนวคิดเกี่ยวกับการเพิ่มเติมบทบัญญัติเช่นนั้นแบ่งออกเป็นสองฝ่ายอย่างตัดเทียมระหว่างผู้ที่ยืนยันถึงการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของอนุสัญญาเป็นกลไกในการอุดช่องว่างตามที่ปรากฏอยู่เดิมตามข้อ 17 แห่ง ULIS และฝ่ายที่เห็นในทางตรงกันข้ามซึ่งให้การสนับสนุนแนวคิดที่ว่าช่องว่างแห่งกฎหมายที่อาจปรากฏขึ้นในอนุสัญญานั้นควรจะได้รับกรอุดช่องว่างโดยกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยการบังคับโดยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกบุคคลซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้คณะกรรมการได้พิจารณาว่าจะไม่ใช้อำนาจตัดสินใจในประเด็นดังกล่าว แต่กลับมอบหมายให้เป็นหน้าที่Working Groupที่จะพิจารณาในกรอบเวลาที่เหมาะสม<sup>22</sup>

<sup>20</sup> A/CN.9/52-report on the work of the Second Session, 7-18 December 1970, para 130.

<sup>21</sup> John Felemegas, *supra note* 4.

<sup>22</sup> Please see Implementation of the Commission's decisions relating to General Conditions of Sale and Standard Contracts: Report of the Secretary-General,

แต่อย่างไรนั้นในการประชุมครั้งถัดมาในการแก้ไข ULIS ของคณะทำงาน คณะทำงาน(the Working Group)หาได้พิจารณาประเด็นดังกล่าวเพิ่มเติม โดยการประชุมในครั้ง ต่อต่อมาของ Working Group นั้นได้เป็นวาระเกี่ยวข้องกับการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อความ เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายในเรื่องของการเกิดสัญญา (Uniform Law on Formation of Contracts) แต่อย่างไรนั้นระหว่างการประชุมดังกล่าวมีการพิจารณาถึงความจำเป็นของการนำ กฎเกณฑ์ของหลักสุจริตในการค้าระหว่างประเทศ (good faith in international trade)เข้ามาเป็น ส่วนหนึ่งของร่างอนุสัญญาซึ่งภายหลังได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของ ข้อ 6 แห่ง UNCITRAL Draft Convention (New York Draft) ซึ่งมีมาจากข้อ 17 แห่ง ULIS โดยมีเนื้อความว่า

*“ In the interpretation and application of this Convention regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity and the observance of good faith in international trade.”<sup>23</sup>*

อันสามารถถอดความได้ว่า

*“ในการตีความและปรับใช้อนุสัญญาดังกล่าว จะต้องให้ความสำคัญต่อลักษณะ ระหว่างประเทศและความจำเป็นในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายและ การปฏิบัติตามหลักสุจริตในการค้าระหว่างประเทศ”*

ประวัติศาสตร์การร่างของบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นเดินมาถึงจุดสุดท้าย ณ ที่ประชุมทางการทูต ณ กรุงเวียนนา (Vienna Conference) ซึ่งมีการพิจารณาแก้ไขข้อ 6 แห่ง UNCITRAL Draft Convention (New York Draft) โดยมีรูปแบบในการแก้ไขที่ถูกเสนอแนะใน 2 รูปแบบคือ

- 1) การแก้ไขเนื้อหาของสาระของข้อ 6 แห่ง UNCITRAL Draft Convention (New York Draft) ที่เกี่ยวข้องกับการตีความ (บทบัญญัติข้อ 7(1) แห่ง CISG ในภายหลัง)
- 2) เป็นการพิจารณาเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอุดช่องว่าง (บทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG ในภายหลัง)

---

U.N. Doc. A/CN.9/54 (1971), reprinted in 2 Y.B. UNCITRAL 66, at 72, U.N. Doc. A/CN.9/SER/A/1971 as cited in John Felemegas, *supra* note 4.

<sup>23</sup> Please see Secretary General Commentary on the Draft Convention 1977, at 14 *et seq.* as cited in John Felemegas, *supra* note 4.

อนึ่งนั้นผู้จัดทำจะไม่ขอกล่าวถึงเนื้อหาสาระในส่วนแรกเนื่องจากหาได้เกี่ยวข้องกับกลไกการอุดช่องว่างโดยตรง

ในการพิจารณาการกำหนดเนื้อหาของกลไกการอุดช่องว่างดังกล่าวนี้มีข้อเสนอแนะที่หลากหลายจากตัวแทนในแต่ละรัฐอาทิเช่น

นาย Gorbanov ผู้แทนแห่งรัฐบัลแกเรียได้มีข้อเสนอกลไกการอุดช่องว่างโดยการปรับใช้กฎหมายแห่งรัฐอันเป็นที่ตั้งของสถานประกอบธุรกิจของผู้ขาย (law of the seller's place of business) โดยให้เหตุผลว่าทบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะนำไปองค์ประกอบแห่งความมั่นคงเนื่องจากจะสามารถคาดหมายได้ว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ปรับใช้กักรณี และแนวคิดการใช้กฎหมายของรัฐของผู้ขายนั้น (lex venditori) นั้นปรากฏอยู่ในหลายความตกลงที่สำคัญระหว่างประเทศในกลุ่ม CMEA (Council for Mutual Economic Assistance) และกำลังได้รับการยอมรับอย่างต่อเนื่องในแนวทางปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศ<sup>24</sup> แต่อย่างไรนั้นข้อเสนอดังกล่าวมีข้อบกพร่องโดย Bonell ได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า “แม้ว่าบุคคลใดจะมีเจตนาที่จะยอมรับแนวคิดพื้นฐานที่ช่องว่างแห่งอนุสัญญาสมควรอุดช่องว่างโดยกฎหมายภายใน แต่มันเป็นที่ไม่สมควรหากเพื่อการตอบสนองต่อแนวคิดเช่นว่าจะกำหนดให้ทุกกรณีนั้นตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐอันเป็นที่ตั้งของสถานประกอบธุรกิจของผู้ขาย”<sup>25</sup>

สำหรับข้อเสนอจากประเทศเชคโกสโลวาเกียอันมีใจความว่า ในกรณีที่มีช่องว่างทางกฎหมายเกิดขึ้นนั้นให้นำกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ปรับใช้แก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างหรือก็คือใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในการอุดช่องว่างนั่นเอง<sup>26</sup> ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวนั้นภายหลังได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG

ในขณะที่รัฐอิตาลีนั้นได้ยื่นข้อเสนออันมีเนื้อหาดังนี้

<sup>24</sup> Please see Summary Records of Meetings of First Committee, (5th mtg.), U.N. Doc.A/CONF.97/C.1/SR.5, para 9 and Bulgaria proposal (A/CONF.97/C.1/L.16)

<sup>25</sup> M.J.Bonell, *supra* note 3.

<sup>26</sup> Please see Summary Records of Meetings of First Committee, (5th mtg.), U.N. Doc.A/CONF.97/C.1/SR.5, para 10 and the amendment of Czechoslovakia(A/CONF.97/C.1/L.15)

"Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled therein shall be settled in conformity with the general principles on which this Convention is based or, in the absence of such principles, by taking account of the national law of each of the parties."<sup>27</sup> ซึ่งสามารถถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "ประเด็นปัญหาอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญานี้แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนตามอนุสัญญานี้จะถูกพิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอนุสัญญานี้มีรากฐาน ในกรณีที่น่าสงสัยจากซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปเช่นว่าให้นำกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมาพิจารณา"

โดยที่ข้อเสนอของรัฐอิตาลีนั้นได้แบ่งขั้นตอนการอุดช่องว่างไว้ 2 ขั้นตอนคือ

1. การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอนุสัญญามีรากฐานในลำดับแรก
2. หากปราศจากกฎเกณฑ์เช่นว่าให้อุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด

ข้อเสนอของอิตาลีนั้นไม่สามารถชักจูงผู้แทนของรัฐต่างๆ ได้ก็เพราะว่าการอ้างถึงกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด (the national law of each of the parties) นั้นถูกพิจารณาว่าไม่ชัดเจนและขาดประสิทธิภาพในสถานการณ์ที่กฎหมายภายในของคู่สัญญาต่างกำหนดผลลัพธ์ที่ไม่อาจประนีประนอมหรือสอดคล้องต่อกันไว้ในประเด็นข้อพิพาทบางประเด็น<sup>28</sup> อย่างไรก็ตามแม้ว่าข้อเสนอในส่วนของ การอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดของอิตาลีจะถูกวิพากษ์วิจารณ์แต่แนวคิดในการอุดช่องว่างโดยปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปและโครงสร้างการอุดช่องว่างที่มีกลไกสองขั้นตอนคือให้เริ่มต้นด้วยการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป และหากปราศจากหลักเกณฑ์ให้ปรับใช้หลักเกณฑ์อื่นนั้นได้กลายเป็นต้นแบบของบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG

อย่างไรนั้น ไม่มีข้อเสนอใดที่กล่าวมาข้างต้นได้รับเสียงสนับสนุนที่เพียงพอ ซึ่งหากพิจารณานั้นอาจจะเห็นได้ว่าข้อเสนอดังกล่าวนั้นเป็นตัวแทนของแนวความคิดที่ต่างกันสอง

---

<sup>27</sup> Please see the amendment of Italy: A/Conf.97/C.1/L.59, reprinted in Report of the First Committee, as cited in John Felemegas, *supra* note 4.

<sup>28</sup> Please See Summary Records of Meetings of First Committee, (5th mtg.), U.N. Doc.A/CONF.97/C.1/SR.5, reprinted in U.N. Official Records, *supra* note 93, at 255-256.as cited in John Felemegas, *supra* note 4.

แนวคิดคือกลุ่มแรกนั้นเป็นกลุ่มที่เห็นว่า CISG นั้นควรมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนโดยใช้กฎหมายทางกฎหมายที่มีความแน่นอนและมีตัวตนอยู่แล้ว (set of legal rules already in existence) เช่นกรณีของแนวทางที่ถูกเสนอโดยประเทศบัลแกเรียซึ่งมีแนวคิดให้มีการอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายของรัฐที่ผู้ขายมีสถานที่ประกอบธุรกิจ (law of the seller's place of business) หรือกรณีของประเทศเช็กโกสโลวาเกียซึ่งมีใจความว่าให้นำกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ปรับใช้แก้คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาพิจารณาประเด็นที่ไม่แน่ชัดภายใต้ตัวอนุสัญญา ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งนั้นกลับเลือกที่จะนำหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอนุสัญญามีรากฐานมาเป็นกลไกในการอุดช่องว่างซึ่งวิธีในแนวทางที่สองคือแนวคิดที่เรียกว่า "การใช้ประโยชน์แห่งหลักเกณฑ์ทั่วไป" (the utilisation of the general principles) ของอนุสัญญาโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปในฐานะอุปกรณ์ลำดับแรกในการอุดช่อง CISG ซึ่งเป็นแนวทางที่ถูกเสนอโดยประเทศอิตาลี<sup>29</sup> ดังนั้นจึงอาจพิจารณาได้ว่ากรณีที่ไม่มีข้อเสนอใดได้รับการยอมรับอย่างเพียงพอ นั้นมีเหตุผลมาจากการที่ข้อเสนอทั้งหลายนั้นเป็นตัวแทนของแนวคิดที่ต่างกันอย่างมากโดยไม่มีการประชุมประนีประนอมทางความคิด

แต่ในที่สุดนั้นกลไกแห่งการอุดช่องว่างแห่ง CISG ก็ถูกสถาปนาขึ้นจากการผสมผสานประโยชน์และผสมผสานแนวคิดที่เสนอโดยรัฐต่างๆ โดยที่ได้นำแนวคิดในเรื่อง การใช้ประโยชน์ของแห่งหลักเกณฑ์ทั่วไป (the utilisation of the general principles) ของอนุสัญญาในฐานะอุปกรณ์ลำดับแรก แต่ได้แก้ไขรายละเอียดของข้อเสนอของอิตาลีจากที่กำหนดให้ในกรณีที่ปราศจากหลักเกณฑ์ทั่วไปแล้วให้นำกฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาอุดช่องว่าง เป็นให้ใช้แนวคิดของเช็กโกสโลวาเกียโดยให้นำกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ปรับใช้แก้คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาอุดช่องว่างในกรณีที่ปราศจากหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งเนื้อหาของการประชุมประนีประนอมดังกล่าวได้กลายเป็น อนุมาตราแห่งข้อ 6 แห่ง UNCITRAL Draft Convention ซึ่งเป็นที่มาของข้อ 7(2) ของ CISG จึงทำให้ข้อ 7(2) มีเนื้อความดังที่ปรากฏในปัจจุบันที่ว่า

*"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."*

<sup>29</sup> John Felemegas, *supra* note 4.

อันสามารถถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

“ปัญหาใดๆอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนี้แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้อนุสัญญาจะถูกพิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่งอนุสัญญา แต่หากไม่ปรากฏซึ่งหลักหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นว่า ให้พิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีที่ถูกบ่งชี้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

โดยที่ข้อเสนอในการเพิ่มเติมเนื้อความดังกล่าวไปในข้อ 6 แห่ง UNICRAL Draft Convention ได้รับการลงมติรับรองด้วยคะแนนเสียง ยอมรับ 17 เสียง ไม่ยอมรับ 14 เสียง และงดลงคะแนน 11 เสียง<sup>30</sup> ซึ่งคะแนนเสียงที่ใกล้เคียงกันดังกล่าวนี้เป็นเพราะผู้แทนของรัฐบางรัฐคัดค้านเนื้อหาใหม่และสนับสนุนเนื้อหาดั้งเดิมของข้อ 6 UNICRAL Draft Convention

ซึ่งเมื่อพิจารณาตามตัวอักษรแล้วนั้นบทบัญญัติข้างต้นแล้วนั้นจะพบว่าข้อ 7(2) จะแบ่งการอุดช่องว่างเป็น 2 กรณีคือ 1. การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ที่อันเป็นรากฐานแห่ง CISG 2 หากไม่ปรากฏหลักเกณฑ์เช่นว่า ให้อุดช่องว่างโดยใช้กฎหมาย (ภายใน) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

อนึ่งนั้น หากพิจารณาตามตัวอักษรแล้วในเบื้องต้น จะพบว่า ข้อ 7(2) แห่ง CISG หาได้กล่าวถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งการยอมรับวิธีการอุดช่องว่างดังกล่าวจะพิจารณาอย่างละเอียดในภายหลัง

จากที่กล่าวมาจะเห็นประวัติศาสตร์การร่างของข้อ 7(2) แห่ง CISG สะท้อนถึงการขัดกันทางความคิดทางกฎหมายอยู่ในหลายประเด็นและเป็นผลลัพธ์ของการประนีประนอมและประสานประโยชน์ซึ่ง ดังนั้นจึงสามารถคาดการณ์ได้ในลำดับหนึ่งว่าในการปรับใช้และตีความกลไกอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) นั้นพึงจะต้องประสบปัญหาในลำดับสูง รวมทั้งความเหมาะสมแห่งเนื้อหาของบทบัญญัตินั้นก็ยังคงเป็นปัญหาเนื่องจากการที่เนื้อหาของบทบัญญัตินั้นถูกออกแบบออกมาบนพื้นฐานของการประนีประนอมมากกว่าการพิจารณาว่าเนื้อหาในลักษณะใดเป็นหนทางที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพที่สุดในฐานะกลไกการอุดช่องว่างแห่งอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย

<sup>30</sup> Nives Povrzenic, *supra* note 1.