

บทที่ 4

กลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG

4.1 การปรับใช้ข้อ 7(2) แห่ง CISG

ก่อนที่พิจารณาถึงกลไกการปรับใช้ตามข้อ 7(2) แห่ง CISG ที่พิจารณาถึงเนื้อหาสาระของบทบัญญัติดังกล่าวนั้น ลำดับแรกนั้นจะต้องทำการศึกษาเสียก่อนว่าการปรับใช้ข้อ 7(2) นั้นปรับใช้ในลักษณะอย่างไร ประเด็นที่ต้องพิจารณานั้นคือการอุดช่องว่างตามกลไกของข้อ 7(2) นั้นเป็นการอุดช่องว่างตัวกฎหมายภายในที่เกิดจากการอนุวัติการอนุสัญญา CISG ให้อำนาจเป็นการอุดช่องว่าง CISG ที่มีฐานะเป็นอนุสัญญาไม่

โดยที่ในส่วนนี้จะแยกพิจารณาเป็น 1) ลักษณะการปรับใช้ข้อ 7 (2) แห่ง CISG และ 2) การปรับใช้ข้อ 7(2) แห่ง CISG ในกรณีของประเทศไทยหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคี CISG

4.1.1. ลักษณะการปรับใช้ข้อ 7 (2) แห่ง CISG

ถึงแม้ว่าข้อ 7(2) ที่บัญญัติว่า “ปัญหาใดๆอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญานี้แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดแจ้งภายใต้อนุสัญญาจะถูกพิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่งอนุสัญญา แต่หากไม่ปรากฏซึ่งหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นว่า ให้พิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีที่ถูกบ่งชี้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” จะเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการอุดช่องว่างแต่อย่างไรนั้นข้อ 7(2) นั้นหาได้เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการอุดช่องว่างตัว CISG ที่มีสถานะเป็นอนุสัญญาแต่อย่างใดไม่ แต่ข้อ 7(2) นั้นจะถูกปรับใช้เมื่อ CISG มีสถานะเป็นกฎหมายภายในแล้ว เนื่องจากหากพิจารณาแล้วนั้นหาก CISG มีสถานะเป็นอนุสัญญาซึ่งเป็นสนธิสัญญารูปแบบหนึ่งนั้นซึ่งสนธิสัญญานั้นย่อมเป็นผลของการเจรจา เช่นนั้นการที่ศาลเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมโดยการเพิ่มข้อสัญญาไม่ว่าจะเล็กน้อยหรือในระดับที่มากหรือไม่ว่าจะเป็นประเด็นที่สำคัญหรือไม่ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่เกินขอบอำนาจของศาลเนื่องจากการกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการออกกฎหมายมิใช่การปรับใช้กฎหมายอันเป็นหน้าที่ของศาล โดยที่ศาลมีหน้าที่เพียงแต่พิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาโดยผ่านกฎเกณฑ์แห่งการตีความเท่านั้นและควรจะยึดถือปฏิบัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยตลอดและหากสนธิสัญญามีเนื้อหาเพียงพอใดก็ต้องพิจารณาว่ามีเพียง

เท่านั้นไม่ว่าสนธิสัญญาเช่นว่าจะมีความบกพร่องหรือนำไปสู่ความยุ่งยากแต่อย่างใด¹ ดังนั้นศาลระหว่างประเทศนั้นจะทำการตีความสนธิสัญญาในฐานะสัญญาระหว่างคู่สัญญาตามหลักการตีความสัญญาโดยทั่วไป² และศาลจะไม่อาจเข้าไปเพิ่มเติมข้อกำหนดที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาหาได้เจรจาตกลงได้ไม่

แม้ว่าอาจจะพิจารณาว่าข้อ 7(2) แห่ง CISG มีนัยว่าเป็นการที่รัฐภาคีตกลงกันไว้ในอนุสัญญาให้ศาลนั้นสามารถการอุดช่องว่างซึ่งคล้ายจะเป็นการอนุญาตให้ศาลอุดช่องว่างแห่งอนุสัญญาแต่ทว่าหากพิจารณานั้นศาลจะทำการอุดช่องว่างตามข้อ 7 (2) แห่งอนุสัญญาได้ต่อเมื่อเป็นเนื้อหาในส่วนที่เป็นเนื้อหาที่ปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนเท่านั้นไม่สามารถอุดช่องว่างในส่วนที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐได้ โดยที่เนื้อหา CISG ที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ของเอกชนนั้นจะบังคับใช้ต่อเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นจึงอาจพิจารณาได้ว่าไม่อาจเกิดการอุดช่องว่าง CISG ในฐานะอนุสัญญาได้ ดังนั้นกลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นไม่ถือเป็นกลไกที่นำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่าง CISG ในขณะที่มีสถานะเป็นอนุสัญญา แต่กลไกการอุดช่องว่างแห่งข้อ 7(2) จะนำไปใช้เมื่อ CISG นั้นมีผลเป็นกฎหมายภายในแล้ว

การที่ CISG นั้นจะมีผลบังคับในฐานะกฎหมายภายในแห่งรัฐภาคีนั้นจะต้องพิจารณาว่ารัฐที่เข้าเป็นภาคีนั้นเป็นรัฐที่ยึดถือทฤษฎีในเรื่องความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในว่ายึดถือทฤษฎีเอกนิยม (Monism) หรือทวินิยม (Dualism) โดยที่ทฤษฎีทั้งสองมีรายละเอียดโดยคร่าวดังต่อไปนี้

ทฤษฎีเอกนิยม

ทฤษฎีเอกนิยมนั้นเป็นทฤษฎีพิจารณาว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในนั้นอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกันและถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ (Hierarchy) สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับความนิยมจากปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (natural law) ซึ่งถือว่า กฎหมายภายในของรัฐไม่สามารถแยกออกจาก

¹ Chan v. Korean Air Lines, Ltd., 490 U.S. 122, 135 (1989).

² 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.

กฎหมายระหว่างประเทศได้และในทางกลับกัน กฎหมายภายในของรัฐซึ่งเกิดจากเจตจำนงของรัฐ และเป็นกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้นต้องตกอยู่ในบังคับของกฎหมายธรรมชาติ³

ทฤษฎีทวินิยม

ทฤษฎีทวินิยมนี้ได้รับอิทธิพลจากปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (positivism) โดยทฤษฎีดังกล่าวพิจารณาว่ากฎหมายทั้งสองนั้นอยู่กันในคนละระบบ ดังนั้นแม้กฎหมายทั้งสองมีความขัดกันนั้นกฎหมายทั้งสองประเภทก็ยังมีผลบังคับใช้อยู่เพราะว่ากฎหมายดังกล่าวนั้นแยกอยู่กันคนละระบบ และกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะมีผลบังคับต่อคู่ความหรือศาลภายในก็ต่อเมื่อได้มีการอนุวัติการกฎหมายเช่นว่าเสียก่อนให้มีฐานะเป็นกฎหมายภายใน ด้วยที่เหตุผลของการพิจารณาแยกกฎหมายทั้งสองประเภทให้อยู่กันคนละระบบนั้นก็เนื่องจากกฎเกณฑ์แบบแผนของกฎหมายภายในกับกฎเกณฑ์แบบแผนของกฎหมายระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันและปรับใช้กับความสัมพันธ์ที่แตกต่างกัน นอกจากนี้บุคคลตามกฎหมายทั้งสองประเภทก็เป็นตัวตนคนละประเภทกัน⁴ โดยที่กฎหมายระหว่างประเทศนั้นปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเองหาได้ปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายอย่างเช่นกฎหมายภายในและตัวตนที่มีความแน่ชัดในทางกฎหมายระหว่างประเทศอันถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธินั้นมีเพียงรัฐและองค์การระหว่างประเทศซึ่งกรณีนี้ปัจเจกชนจะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือเป็นข้อยกเว้นซึ่งต้องมีกฎหมายระบุไว้เป็นการเฉพาะ

4.1.2 การปรับใช้ข้อ 7(2) แห่ง CISG ในกรณีประเทศไทยหากเข้าเป็นภาคี CISG

ในกรณีของไทยเนื่องจากรัฐไทยเป็นรัฐในระบบทวินิยม เช่นนั้น สนธิสัญญาจะไม่อาจถือเป็นกฎหมายที่คู่ความหรือศาลจะหยิบยกขึ้นมาใช้เป็นกฎหมายแก่กรณีได้ จะต้องมีการ

³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550,) น. 118.

⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 53.

แปลงสภาพ (Transformation) ตัวยกเกณฑ์ระหว่างประเทศให้มาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อนโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติจึงจะสามารถนำกฎเกณฑ์มาบังคับใช้ได้⁵

ดังนั้นแล้วแม้ว่ารัฐไทยจะได้เข้าเป็นภาคีแห่ง CISG แล้วนั้น กฎเกณฑ์ตาม CISG นั้นย่อมยังไม่มีผลผูกพันในระดับปัจเจกชนหรือผูกพันศาลไทยจนกว่าจะได้มีการอนุวัติการเสียก่อน

นอกจากนี้แล้วนั้นการเข้าเป็นภาคี CISG ของรัฐไทยนั้นจะต้องพิจารณามาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสียก่อนโดยที่มาตรา 190 ดังกล่าวมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

มาตรา 190 "พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทย มีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือ สังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ตาม วรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจง ต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอ ความเห็นชอบด้วย เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ ประกอบการขนาดกลาง และขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุน อย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา ดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติ ตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป ในกรณีที่มีปัญหาตาม

⁵ เฟิงอ๋าง, น. 54.

ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้ นำบทบัญญัติตามมาตรา ๑๕๔ (๑) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม"

หากพิจารณาแล้วนั้น CISG ย่อมเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาเนื่องจากหากพิจารณาแล้วนั้นหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาหมายความถึงหนังสือสัญญาซึ่งจะมีผลกระทบต่อพระราชบัญญัติซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่แล้วเพราะหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ซึ่งจะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแม้กระทั่งยกเลิกพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้านั้น⁶ ซึ่งหากพิจารณาแล้วนั้นอนุสัญญา CISG จะเข้ามามีผลกระทบต่อกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เนื่องจากหากรัฐไทยเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวนั้นจะมีพันธกรณีที่จะทำให้หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่อยู่ในขอบเขตการปรับใช้ของ CISG นั้นศาลไทยจะต้องปรับใช้ CISG แก่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยที่ไม่สามารถจะนำหลักเกณฑ์ของสัญญาซื้อขายหรือนิติกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับแก่สัญญาได้เว้นแต่จะเข้าเป็นกรณีที่ปรากฏช่องว่างและตามกลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG ให้นำกฎหมายไทยมาปรับใช้แก่คดี

ดังนั้นหากไทยมีความประสงค์จะเข้าเป็นภาคีแห่ง CISG ย่อมถือว่าเป็นกรณีที่ต้องตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในกรณีของหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาดังนั้นหากรัฐไทยจะเข้าเป็นภาคีแห่ง CISG จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน

โดยที่เมื่อรัฐไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่ง CISG และได้ทำการอนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าวแล้วนั้นเนื้อหาแห่ง CISG ย่อมมีผลบังคับในฐานะกฎหมายภายในซึ่ง ข้อ 7(2) แห่ง CISG ย่อมมีผลผูกพันศาลแห่งรัฐไทยในฐานะของกฎหมายภายใน ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ศาลต้องพิจารณาถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศและมีประเด็นแห่งช่องว่างแห่งกฎหมายปรากฏขึ้นตามเนื้อหาของ CISG ที่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายภายใน การอุดช่องว่างดังกล่าวจะต้องกระทำตามข้อ 7(2) แห่ง CISG โดยที่ศาลจะไม่สามารถปรับใช้การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เนื่องจากย่อมถือว่ากลไกการอุดช่องว่างตาม

⁶ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3, น. 167.

ข้อ 7(2) ซึ่งใช้สำหรับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเป็นบทกฎหมายเฉพาะขณะที่มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทกฎหมายทั่วไป

4.2 ลักษณะแห่งช่องว่างแห่งกฎหมายตามข้อ 7(2) แห่ง CISG

อันเป็นที่ยอมรับว่าไม่ประมวลกฎหมายหรืออนุสัญญาใดๆที่จะมีความสมบูรณ์ที่จะมีบทบัญญัติที่จะสามารถรองรับข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นภายในขอบเขตของกฎหมายเช่นว่าได้ทุกกรณี อันเนื่องจากข้อจำกัดทางธรรมชาติซึ่งผู้ร่างเองเป็นเพียงมนุษย์ปุถุชนธรรมดาซึ่งไม่อาจคาดเห็นถึงข้อเท็จจริงทั้งหมดที่อาจเกิดขึ้นภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่ตนร่างอันอาจเกิดจากความบกพร่องของผู้ร่างหรืออาจเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสังคม ดังนั้น ผู้ร่างเองย่อมคาดหมายถึงปัญหาของช่องว่างแห่งกฎหมายและเตรียมกลไกในการอุดช่องว่าง ซึ่ง CISG นั้นย่อมประสบปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายเช่นกัน และผู้ร่างได้เตรียมกลไกในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวไว้ในข้อ 7(2) แห่ง CISG แต่ก่อนที่จะพิจารณาถึงวิธีการอุดช่องว่างนั้น สิ่งแรกที่จะต้องพิจารณานั้นคือกรณีปัญหานั้นเป็นกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายแห่งข้อ 7(2) หรือไม่

โดยที่ตามข้อ 7(2) กลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG ตามข้อ 7(2) ได้กำหนดลักษณะของกรณีซึ่งจะถือว่าเป็นช่องว่างตามความหมายของ CISG ไว้สองประการคือ

1. เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG (Questions concerning matters governed) และ
2. ประเด็นเช่นว่าหาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (not expressly settled in CISG)

อันมีรายละเอียดดังที่จะกล่าวต่อไปดังต่อไปนี้

4.2.1 เป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG (Questions concerning matters governed)

หากจะพินิจพิจารณาหานั้นนั้นอาจจะทำการแยกช่องว่างแห่งกฎหมายออกได้เป็นสองประเภทนั้นคือช่องว่างแห่งกฎหมายภายใน (internal gaps/lacunae "*praeter legem*") และ

ช่องว่างแห่งกฎหมายภายนอก(external gaps/ lacunae "intra legem")⁷ ช่องว่างภายในนั้นคือ ช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเด็นที่อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับที่กำลังพิจารณา ขณะที่ ช่องว่างกฎหมายภายนอก(external gaps/ gaps "intra legem") นั้นย่อมาจากความเป็นช่องว่าง แห่งกฎหมายที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายฉบับที่กำลังพิจารณา

ซึ่งหากวินิจฉัยจากถ้อยคำตามบทบัญญัติข้อ 7(2) ที่บัญญัติว่า “ปัญหาใดๆอัน เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนี้แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจน ภายใต้อนุสัญญาจะถูกพิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่งสัญญา แต่หากไม่ปรากฏซึ่งหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นว่า ให้พิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับ แก่กรณีที่ถูกบังคับซึ่งตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

ถ้อยคำว่า “ปัญหาใดๆอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญา ฉบับนี้” (Questions concerning matters governed) นั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าช่องว่างแห่ง กฎหมายตามบทบัญญัติข้อ 7(2) ดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นช่องว่างภายใน(internal gaps/gaps "praeter legem") ดังนั้น ลักษณะประการแรกของกรณีที่จะถือว่าเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายตามข้อ 7(2) ที่มีเนื้อหาวางจะต้องเป็นปัญหาใดๆอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญา ฉบับนี้” (Questions concerning matters governed) นั้นก็หมายความว่า จะต้องเป็นช่องว่างแห่ง กฎหมายภายในนั่นเอง ซึ่งหมายความว่าช่องว่างแห่งกฎหมายที่กลไกตามข้อ 7(2) หาได้ถูก ออกแบบมาเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่หาได้อยู่ในขอบเขตของตัวCISGไม่(intra legem)เช่น ประเด็นที่ถูกกำหนดมิให้อยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของCISGแต่จะใช้บังคับแก่ช่องว่างแห่ง กฎหมายที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของตัวกฎหมาย(lacunae praeter legem)หรือ ณ ที่นี้ก็คือ CISG⁸

โดยที่การจะทราบได้ว่ากรณีใดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายภายในหรือภายนอกนั้น สิ่ง แรกที่พึงต้องศึกษาคือประเด็นใดบ้างที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG ซึ่งหากเป็นประเด็นทาง กฎหมายอันปรากฏในขอบเขตของประเด็นเช่นว่าก็ย่อมถือว่าเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายภายใน แต่ การพิจารณาว่ากรณีปัญหาเป็นประเด็นกฎหมายที่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้แห่ง CISG นั้นเป็น

⁷ 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>>.

⁸ *Ibid.*

ปัญหาที่มีความยุ่งยากและซับซ้อน เพราะแม้ว่าข้อ 4⁹ แห่ง CISG จะได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับขอบเขตเนื้อหาของ CISG ซึ่งได้บัญญัติว่าตัวอนุสัญญานั้นจะใช้บังคับเฉพาะในประเด็นของการเกิดของสัญญาซื้อขาย (formation of the contract of sale) และสิทธิและหน้าที่ของผู้ขายและผู้ซื้อที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวเท่านั้น (the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract) แต่บทบัญญัติดังกล่าวนั้นเพียงแสดงให้เห็นชัดว่า CISG หาได้ใช้บังคับแก่ประเด็นปัญหาทุกประการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ¹⁰ แต่อย่างไรนั้น อาจจะเป็นการผิดพลาดหากจะพิจารณาว่า CISG มีขอบเขตเพียงแค่ว่าสองประเด็นทั้งสองดังกล่าวเท่านั้นคือการเกิดของสัญญาซื้อขายและสิทธิและหน้าที่ของผู้ขายและผู้ซื้อที่เกิดขึ้นจากสัญญาซื้อขายเท่านั้น โดยที่ Professor Schlechtriem และ Professor Schwenger ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ถ้อยคำที่บ่งบอกถึงขอบเขตอันจำกัดของ CISG ตามข้อ 4 นั้นสมควรจะตีความอย่างระมัดระวัง ถ้อยคำที่ “ใช้บังคับเฉพาะ (governs only) นั้นมีนัยที่แคบจนเกินไปและควรจะตีความว่า “ใช้บังคับโดยไม่มีข้อสงสัย” (governs without doubt) แก่ประเด็นเหล่านั้น เนื่องจากตัวอนุสัญญาฯ ยังใช้บังคับแก่ประเด็นการตีความถ้อยคำที่ปรากฏในการสื่อสารระหว่างคู่สัญญา การตีความพฤติกรรมของคู่สัญญา การตีความสัญญา (ข้อ 8) การบังคับใช้ของแนวปฏิบัติและประเพณี (ข้อ 9) ประเด็นเรื่องแบบของสัญญา (ข้อ 11) การเลิกสัญญาและการแก้ไขสัญญาโดยข้อตกลง (ข้อ 29(1)) การตีความอนุสัญญาและการอุดช่องว่างอนุสัญญา (ข้อ 7)¹¹ ดังนั้นการพิจารณาว่าช่องว่างใน

⁹ 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.....”

¹⁰ Anthony J. McMahon, Differentiating between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Proposed Method for Determining "Governed by" in the Context of Article 7 (2), Retrieved January 12 2008 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>>.

¹¹ Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer eds, COMMENTARY ON THE U.N. CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), (2d ed. 2005), p.64 as cited in Anthony J. McMahon, *supra* note 10.

ประเด็นกฎหมายใดเป็นช่องว่างภายใน(internal gap)นั้นไม่อาจพิจารณาอย่างผิวเผินโดยพิจารณาว่าCISGนั้นมีขอบเขตครอบคลุมประเด็นกฎหมายใดบ้างจากบทบัญญัติข้อ 4 แห่ง CISG เพียงบทบัญญัติเดียว

ด้วยเหตุดังกล่าวหากเป็นกรณีที่เป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของสัญญาซื้อขาย(formation of the contract of sale) และสิทธิและหน้าที่ของผู้ขายและผู้ซื้อที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวเท่านั้น (the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract) ย่อมเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG อย่างมิพักต้องสงสัย แต่ย่อมไม่สามารถสรุปได้ว่าประเด็นปัญหาอื่นนอกเหนือจากทั้งสองประเด็นหาได้ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ CISG ดังนั้นเมื่อเป็นกรณีที่นอกเหนือจากประเด็นที่กำหนดไว้ชัดเจนตามข้อ 4 ว่าอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้แห่ง CISG จะต้องมีการพิจารณาในอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งในเมื่อไม่มีบทบัญญัติใดๆใน CISG สามารถบ่งบอกถึงขอบเขตประเด็นที่อยู่ภายใต้ CISG ไว้อย่างชัดเจน การพิจารณาลำดับต่อมานั้นอาจจะใช้ตรรกะในการพิจารณาว่าประเด็นที่เป็นปัญหานั้นเป็นประเด็นที่อยู่ภายนอก CISG หรือไม่ ถ้าเป็นประเด็นที่อยู่ภายนอก CISG นั้นย่อมหมายความว่าประเด็นดังกล่าวหาใช่ประเด็นภายใต้ CISG และช่องว่างที่เกิดขึ้นในประเด็นดังกล่าวก็จะหาใช่ช่องว่างแห่งกฎหมายภายในดังนั้นในลำดับต่อไปผู้จัดทำจะขอพิจารณาถึงประเด็นทางกฎหมายที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของอนุสัญญา

สำหรับประเด็นปัญหาที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญานั้น (matters excluded) อนุสัญญาได้ให้ความช่วยเหลือในการพิจารณาว่าประเด็นใดที่ไม่ตกอยู่ในบังคับของ CISG โดยการระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าไม่นำมาปรับใช้แก่ประเด็นดังต่อไปนี้ได้แก่

-ความมีผลบังคับใช้ของสัญญา (the validity of the contract) และผลของสัญญาต่อกรรมสิทธิ์ในสินค้า (the effect of the contract on the property in the goods)ตามบทบัญญัติข้อ 4 แห่ง CISG

-ความรับผิดของผู้ขายต่อความตายหรือการบาดเจ็บของบุคคลอันเกิดจากตัวสินค้าไม่ว่าต่อบุคคลใดๆตามบทบัญญัติข้อ 5 แห่ง CISG

-ความเป็นไปได้ของการได้รับคำพิพากษาที่สั่งให้มีการชำระหนี้แบบเฉพาะเจาะจงในกรณีก็ตามภายใต้กฎหมายภายในของรัฐอันเป็นที่ตั้งของศาลไม่มีการเยียวยาชนิดดังกล่าว ตามบทบัญญัติข้อ 28 แห่ง CISG

-แบบของการชำระราคา (formalities required for the payment of price) ตามบทบัญญัติข้อ 54 แห่ง CISG¹²

จากที่กล่าวมานั้นจะพิจารณาได้ว่าหากเป็นประเทศที่กรณี CISG ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าหาได้อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเทศดังกล่าวย่อมมิใช่ช่องว่างแห่งกฎหมายภายใน แต่หากเป็นกรณี CISG

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหากเป็นกรณีที่อนุสัญญาระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นประเทศภายใต้บังคับแห่ง CISG หรือเป็นประเทศที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG นั้นก็จะง่ายต่อการพิจารณาว่าก่อให้เกิดช่องว่างภายในหรือภายนอก แต่หากเป็นกรณี CISG มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นประเทศภายใต้บังคับแห่ง CISG (silent) นั้นจะทำให้การพิจารณานั้นมีความยุ่งยากมากขึ้น

กรณีที่ CISG นั้นหาได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าประเทศดังกล่าวอยู่ในบังคับของ CISG (silent) หรือไม่นั้นแม้จะมีบางประเทศที่มีความคิดเห็นและตีความที่ค่อนข้างจะสอดคล้องกันในทางวิชาการว่าประเทศดังกล่าวนั้นหาได้อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG เช่น Bonell ได้ให้ความเห็นว่าในประเทศเรื่องความสามารถของคู่สัญญาหรืออำนาจของคู่สัญญาที่จะมอบให้แก่บุคคลที่สามเพื่อจะเข้าทำสัญญาในนามของคู่สัญญา (ประเทศเรื่องตัวแทน) หากพิจารณาจาก CISG แล้วนั้น CISG หาได้กล่าวถึงประเทศดังกล่าวแต่อย่างใดแต่ Bonell เห็นว่าประเทศดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG เนื่องจากเป็นประเทศที่ถูกแยกออกจากสัญญาซื้อขายมาตั้งแต่ดั้งเดิม¹³ ขณะ Professor John O. Honnold ได้ให้ความคิดเห็นว่าอนุสัญญานี้หาได้ใช้บังคับแก่ สิทธิที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล (fraud) หรือประเทศเรื่องความสามารถของตัวแทน (agency) ที่จะ

¹² 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>>.

¹³ 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>>.

ทำการอันผูกพันตัวการ¹⁴ซึ่งประเด็นเรื่องการฉ้อฉล(fraud)ก็เชกเช่นเดียวกันกับเรื่องตัวแทนซึ่งหาได้มีการกล่าวถึงใน CISG ไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างไรไม่ว่าอยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG หรือไม่ แต่อย่างไรนั้นมีประเด็นทางกฎหมายอีกจำนวนมากที่หาได้มีความชัดเจนว่าเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้ CISG หรือไม่ และนั่นก็เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าประเด็นที่หาได้มีการระบุอย่างชัดเจนใน CISG ว่าอยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG หรือไม่นั้น เช่น ในกรณีของการรับผิดชอบสัญญา อัตราดอกเบี้ย สกุดเงินตราในการชำระหนี้ จากที่กล่าวมานั้นอาจจะสามารถสรุปหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าประเด็นใดเป็นภายใต้บังคับของ CISG หรือไม่นั้นได้ดังนี้

1.หากเป็นประเด็นที่ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าอยู่ภายใต้บังคับของ CISG ตามข้อ 4 แห่ง CISG อันได้แก่การเกิดของสัญญาซื้อขาย (formation of the contract of sale) และสิทธิและหน้าที่ของผู้ขายและผู้ซื้อที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าว (the rights and obligations of the seller and the buyer) ประเด็นดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้การภายใต้บังคับของ CISG แต่ไม่อาจสรุปได้ว่าประเด็นที่นอกเหนือจากนั้นเป็นประเด็นที่อยู่นอกบังคับของ CISG

2 หากเป็นประเด็นที่ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าไม่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG ข้อ 4 แห่ง CISG อันได้แก่

-ความมีผลบังคับใช้ของสัญญา (the validity of the contract) และผลของสัญญาต่อกรรมสิทธิ์ในสินค้า(the effect of the contract on the property in the goods)ตามบทบัญญัติข้อ 4 แห่ง CISG

-ความรับผิดของผู้ขายต่อความตายหรือการบาดเจ็บของบุคคลอันเกิดจากตัวสินค้าไม่ว่าต่อบุคคลใดๆตามบทบัญญัติข้อ 5 แห่ง CISG

-ความเป็นไปได้ของการได้รับคำพิพากษาที่สั่งให้มีการชำระหนี้แบบเฉพาะเจาะจงในกรณีก็ตามภายใต้กฎหมายภายในของรัฐอันเป็นที่ตั้งของศาลไม่มีการเยียวยาชนิดดังกล่าว ตามบทบัญญัติข้อ 28 แห่ง CISG

¹⁴ John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under 1980 United Nations Convention, 2nd edition, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p.152.

-แบบของการชำระราคา (formalities required for the payment of price) ตามบทบัญญัติข้อ 54 แห่ง CISG¹⁵

ประเด็นดังกล่าวย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าเป็นประเด็นที่ไม่อยู่ในบังคับของ CISG

3. หากประเด็นที่ CISG นั้นหาได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าประเด็นดังกล่าวอยู่ในบังคับของ CISG หรือไม่นั้น (silent) ในกรณีดังกล่าวนั้นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG หรือไม่ แต่อย่างนั้นก็มีบางกรณีที่ค่อนข้างมีความชัดเจนว่าไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ CISG ได้แก่ ประเด็นเรื่องตัวแทน (agency) หรือ เรื่องของการฉ้อฉล (fraud)

อนึ่งนั้นพึงจะต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าประเด็นปัญหาที่จะนำมาพิจารณาว่าเป็นประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้ CISG หรือไม่นั้นจะต้องเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์กับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศจึงนำมาพิจารณา เช่น สตงเงินในการชำระราคา แต่ถ้าเป็นกรณีเห็นชัดเจนว่าไม่ได้มีความสัมพันธ์หรือเกิดจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศก็หาจำต้องมาพิจารณาตั้งแต่ต้น

โดยที่ปัญหาในการพิจารณาว่าประเด็นใดตกอยู่ภายใต้การบังคับของ CISG หรือไม่นั้นมีความยุ่งยากเนื่องจากความซับซ้อนในทางเนื้อหา เหตุผลในเชิงนโยบายก็เป็นอีกเหตุผลหนึ่งเช่นกันเนื่องจากการพิจารณาว่าสิ่งใดนั้นเป็นช่องว่างภายในหรือภายนอกนั้นมีความซับซ้อนเนื่องจากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับนโยบายพื้นฐานที่แข่งขันกันอยู่สองนโยบายคือ ในแง่หนึ่งนั้นคือ หากปริมาณของประเด็นที่ถูกพิจารณาว่าเป็นประเด็นภายใน CISG นั้นมากขึ้นการพัฒนาของวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายของ CISG ก็จะมีมากขึ้นเช่นกัน แต่ในอีกแง่หนึ่งนั้นรัฐภาคนั้นจะได้รับผลประโยชน์มากกว่าหากพิจารณาว่าบางประเด็นนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของ CISG เนื่องจากรัฐเช่นว่าบังคับใช้กฎหมายภายในของตนซึ่งจะสามารถสนองตอบต่อนโยบายภายในของตนได้มากกว่า ซึ่งการขัดแย้งดังกล่าวนี้เป็นผลจากการต่อสู้กันของความต้องการที่จะให้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายและความต้องการให้มีความยืดหยุ่น¹⁶

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นหลักของการพิจารณาว่าเป็นประเด็นกฎหมายภายใต้บังคับของ CISG หรือไม่ ซึ่งเมื่อสามารถพิจารณาได้ว่าประเด็นกฎหมายใดอยู่ภายใต้ขอบเขตของ

¹⁵ Mark N. Rosenberg, *supra* note 12.

¹⁶ Marco Torsello, COMMON FEATURES OF UNIFORM COMMERCIAL LAW CONVENTIONS 47 (2004), at 45 as cited in Anthony J. McMahon, *supra* note 10.

CISG ก็จะสามารถพิจารณาได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นสามารถนำไปสู่การเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายภายใน (internal gap) ได้หรือไม่ เพราะหากเป็นประเด็นปัญหาในขอบเขตของประเด็นกฎหมายภายใต้บังคับของ CISG ย่อมสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นกรณีปัญหาที่อาจจะถือว่าเป็นช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG หากเข้าลักษณะประการที่สอง

4.2.2 ปรากฏจากกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (matter not expressly settled in CISG)

สถานการณ์ที่ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนต่อประเด็นปัญหาใดๆในกฎหมายหนึ่งกฎหมายใดนั้นก็คือการที่ไม่สามารถตีความบทกฎหมายใดๆของกฎหมายไปปรับใช้แก่กรณีที่เป็นปัญหาได้ อันแสดงให้เห็นถึงความไม่สมบูรณ์ของตัวกฎหมาย (incompleteness) โดยที่ในบริบทของ CISG นั้น Mark N. Rosenberg ได้ให้ความเห็นในการพิจารณาว่าประเด็นที่เป็นปัญหานั้นมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG หรือไม่ว่า “ประเด็นที่เป็นปัญหานั้นจะมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG ก็ต่อเมื่อผู้ร่างนั้นมีเจตนาที่จะร่างบทบัญญัติในประเด็นดังกล่าวให้นำปรับแก้กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทุกกรณี (exclusive) และมีความสมบูรณ์ในตนเอง (comprehensive) ในประเด็นที่เกี่ยวข้อง และในกรณีที่ผู้ร่างมีเจตนาในลักษณะเช่นว่า ช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG ย่อมไม่อาจเกิดขึ้น”¹⁷

โดยที่ตัวอย่างของประเด็นที่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG นั้นได้แก่ เวลาในการส่งมอบ (time of delivery) ตามข้อ 33 แห่ง CISG¹⁸ กำหนดให้หากในกรณีที่มีการกำหนดวันเวลาแห่งการส่งมอบไว้ในสัญญา ผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าภายในวันเวลาดังกล่าว แต่หากไม่มีการกำหนดวันเวลาเช่นว่าไว้ ผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล (reasonable time) หลังจากสัญญาเกิด ผลของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการส่งมอบเช่นว่าย่อมทำให้ผู้ซื้อ

¹⁷ Mark N. Rosenberg, *supra* note 12.

¹⁸ Article 33 of CISG

“The seller must deliver the goods:

(a) if a date is fixed by or determinable from the contract, on that date;

(b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the buyer is to choose a date; or

(c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.”

สามารถใช้สิทธิของตนตามที่กำหนดไว้ใน section III ของอนุสัญญาซึ่งหมายรวมถึงสิทธิที่จะกำหนดระยะเวลาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการส่งมอบ(ข้อ34) สิทธิที่จะเลิกสัญญา(ข้อ49) สิทธิในการเรียกร้องซึ่งค่าเสียหาย(ข้อ74-77) เช่นนั้นแล้วโดยชัดแจ้งจึงไม่มีปัญหาเรื่องช่องว่างในCISGอันเกี่ยวข้องกับเวลาในการส่งมอบ¹⁹ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวนั้นถูกนำไปปรับแก้กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทุกกรณี(exclusive)และมีความสมบูรณ์ในตนเอง(comprehensive)ในประเด็นที่เกี่ยวข้อง

แต่ในบางกรณีนั้นจะสามารถพิจารณาได้ว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมิใช่บทบัญญัติที่สามารถนำไปปรับแก้กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทุกกรณีและหาได้มีความสมบูรณ์ในตนเองในประเด็นที่เกี่ยวข้อง เช่น กรณีของบทบัญญัติข้อ 16 เนื่องจากเมื่อพิจารณาบทบัญญัตินี้ดังกล่าวประกอบกับ ข้อ 74 แห่ง CISG นั้นอาจจะพิจารณาได้ว่า CISG นั้นอนุญาตให้ผู้รับคำเสนอสามารถได้รับการเยียวยาจากความเสียหายอันเกิดจากการเพิกถอนคำเสนอที่ไม่สามารถเพิกถอนคำเสนอได้โดยชอบถ้าหากผู้รับคำเสนอได้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอ แต่หากเป็นกรณีที่ไม่มีการทำคำสนองตอบรับคำเสนอเช่นว่าผู้รับคำเสนอจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากความเสียหายอันเกิดจากการเพิกถอนคำเสนอที่ไม่สามารถเพิกถอนได้หรือไม่นั้นมีความไม่ชัดเจน จาก การพิจารณานั้นจะเห็นว่ากรณีดังกล่าวปราศจากบทบัญญัติที่จะใช้แก้กรณีที่ไม่มีการทำคำสนองตอบรับคำเสนอนั้นก็คือมีความไม่สมบูรณ์ของอนุสัญญาเกิดขึ้นในสถานการณ์ดังกล่าวนี้ คำถามที่จะต้องพิจารณานั้นคือผู้ร่างนั้นมีเจตนาที่จะมิให้การได้รับค่าเสียหายในกรณีที่ปราศจากการทำคำสนองตอบรับคำเสนอหรือไม่ หรือกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างขึ้นในบทบัญญัติในเรื่องของการเยียวยาความเสียหายของ CISG (อนึ่งประเด็นปัญหาการเรียกค่าเสียหายจากการเพิกถอนคำเสนอที่ไม่อาจเพิกถอนคำเสนอกรณีที่ยังมิมีการตอบรับคำเสนอ ผู้จัดทำจะเสนอในละเอียดในภายหลัง)

โดยที่กลไกการอุดช่องว่างจะสามารถดำเนินการได้ต่อเมื่อสามารถสรุปได้ว่าการปราศจากการกำหนดถึงการเยียวยาเช่นว่านั้นเกิดจากความผิดพลาดของผู้ร่างสัญญาที่จะ

¹⁹ Mark N. Rosenberg, *supra* note 12.

คาดหมายถึงเหตุการณ์ดังกล่าวและวางแนวทางแก้ไข²⁰ โดยที่หากความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวนั้นเกิดจากเจตนาของผู้ร่างย่อมถือว่าการดังกล่าวย่อมไม่มีช่องว่าง²¹

จากที่กล่าวมาอาจจะสรุปได้ว่าการที่ประเด็นแห่งคดีจะเป็นประเด็นซึ่งหาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (matter not expressly settled in CISG) นั่นก็คือเป็นกรณีที่ปราศจากบทบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้แก่กรณีและความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวต้องเกิดจากความผิดพลาดของผู้ร่างหาใช่เกิดโดยเจตนา

นอกจากนี้ประเด็นปัญหาสำคัญที่จะต้องทำความเข้าใจอีกประการคือความแตกต่างระหว่างการอุดช่องว่างและการตีความอนุสัญญา ซึ่งโดยเบื้องต้นนั้นอาจจะสามารถอธิบายได้ว่าการตีความนั้นจะเป็นกรณีที่ถ้อยคำนั้นไม่มีความชัดเจน การให้เนื้อหาที่ชัดเจนขึ้นแก่ถ้อยคำเช่นนั้น ผู้ตีความจะให้ความหมายแก่ถ้อยคำโดยผ่านการตีความ โดยที่ผู้ร่างเองก็อาจจะพยายามหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวโดยการกำหนดส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบทนิยามโดยจุดมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันต่อถ้อยคำซึ่งอาจมีความหมายที่เป็นไปได้มากกว่าหนึ่งความหมาย แต่ในเรื่องของช่องว่างนั้นเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ร่างนั้นหาได้กำหนดไว้ว่าหากมีประเด็นกฎหมายประเด็นหนึ่งประเด็นใดเกิดขึ้น ผลทางกฎหมายจะเป็นเช่นไร ซึ่งความไม่สมบูรณ์ของตัวกฎหมายนี้สามารถเป็นได้ทั้งโดยเจตนาและโดยไม่เจตนา สิ่งที่สำคัญต่อการทำความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวคือจะต้องตระหนักให้ดีกว่าประมวลกฎหมายนั้นจะสามารถเกิดช่องว่างในประเด็นกฎหมายใดๆก็ตามเมื่อ ตัวประมวลกฎหมายนั้นมีเจตนาที่จะเข้ามาแทนที่กฎหมายที่มีอยู่ก่อนหน้าที่ครอบคลุมถึงประเด็นที่กำลังจะพิจารณาว่ามีช่องว่างหรือไม่ แต่อย่างไรนั้นแนวคิดเช่นว่าหมายถึงเฉพาะการพิจารณาว่าเป็นช่องว่างภายใน(internal gap) เท่านั้น²² เพราะหากเป็นกรณีที่ช่องว่างภายนอก(external gap) ย่อมเป็นที่แน่ชัดอยู่แล้วว่าต้องเป็นกรณีที่ตัวประมวลกฎหมายหาได้มีเจตนาที่จะเข้ามาแทนที่กฎหมายที่มีอยู่ก่อนในประเด็นดังกล่าว นอกจากนั้นแล้วการพิจารณาถึงลักษณะของการตีความและการอุดช่องว่างก็อาจแสดงถึงความแตกต่างของทั้งสองสิ่ง

²⁰ *Ibid.*

²¹ 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>>.

²² Bruno Zeller, *supra* note 7.

ได้โดยที่ในการตีความนั้นศาลได้ให้ความหมายแก่บางสิ่งที่มีตัวตนอยู่แล้วแต่ว่าการอุดช่องว่างนั้นเป็นกรณีที่ศาลอุดภาวการณ์ที่เป็นช่องว่างนั้นคือไม่มีสิ่งใดปรากฏอยู่ก่อน²³

ดังนั้นคงต้องยอมรับว่าคงเป็นไปได้ที่จะพิจารณาว่ามีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นหรือไม่หากมิได้มีการตรวจสอบเนื้อหาของตัวกฎหมายเสียก่อนดังนั้นการพิจารณาว่ามีช่องว่างแห่งกฎหมายหรือไม่ต้องเริ่มจากการตีความกฎหมายเสียก่อน

ในเรื่องของความสัมพันธ์ของการตีความและการอุดช่องว่างที่จะเป็นปัญหาจะเป็นปัญหาในเรื่องที่เกี่ยวกับเงื่อนไขของการที่จะนำกระบวนการอุดช่องว่างมาปรับใช้นั้นคือต้องทำความเข้าใจว่าการจะพิจารณาว่าประเด็นปัญหาใดเป็นประเด็นปัญหาซึ่งหาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนใน CISG จะต้องผ่านกระบวนการตีความบทบัญญัติของ CISG และปรากฏว่าทั้งโดยชัดแจ้ง (expressly) และโดยนัย (implicitly) บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่คดี จึงจะถือได้ว่าเป็นกรณีที่ประเด็นปัญหาที่หาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG นั้น ประเด็นดังกล่าวนั้นอาจจะก่อให้เกิดความสับสนเนื่องจากการใช้ถ้อยคำเพราะการที่ CISG กำหนดให้กรณีที่จะมีช่องว่างตามข้อ 7(2) นั้นจะต้องเป็นประเด็นปัญหาที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (not expressly settled) อาจนำไปสู่ความเข้าใจอันไม่ถูกต้องที่ว่าหากประเด็นปัญหาเป็นกรณีที่อนุสัญญาโดยนัย (implicitly) นั้นได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้แก่ประเด็นปัญหาแล้ว ย่อมอาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่ประเด็นปัญหาดังกล่าวไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (not expressly settled) เพราะเป็นเพียงกรณีที่มีกฎเกณฑ์โดยนัยภายใต้อนุสัญญา (implicitly settled) โดยที่คำพิพากษาของศาล Handelsgericht แห่งกรุงซูริคที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาดังกล่าวโดยที่ในคดีดังกล่าวนี้ศาลได้ปรับใช้ข้อ 7(2) แห่ง CISG และได้ผลแห่งคดีที่ว่าผู้ซื้อนั้นจะต้องพิสูจน์ถึงความบกพร่องของสินค้าที่มีอยู่ ซึ่งศาลได้พิจารณาว่า มันเป็นเรื่องที่กำหนดไว้โดยนัยในอนุสัญญาว่าผู้ซื้อจะต้องพิสูจน์ถึงความบกพร่องของสินค้า (it was implicit in the Convention that the buyer had to prove defects)²⁴ ซึ่งจากข้อเท็จจริงซึ่งศาลได้ใช้ถ้อยคำว่าโดยนัย (implicit) เป็นสิ่งที่แสดงอยู่ในตัวว่าหาได้มีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น²⁵ เนื่องจากกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายนั้นต้องเป็นกรณีที่อนุสัญญาไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีได้ทั้งโดยนัยและโดยชัดแจ้ง ซึ่งแม้ศาลในกรณี

²³ *Ibid.*

²⁴ Switzerland, HG930138 U/HG93, September 9, 1993 Retrieved December 11 2007 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930909s1.html>>.

²⁵ Bruno Zeller, *supra* note 7.

ดังกล่าวอาจจะได้เถียงได้ว่า กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่เป็นประเด็นซึ่งหาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนแต่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนหรือโดยนัย ดังนั้นจึงต้องปรับใช้ข้อ 7(2) อย่างไรก็ตามข้อต่อสู้ดังกล่าวย่อมไม่ถูกต้องเนื่องจาก ถ้อยคำที่ “ไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนนั้น” ย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ของประเด็นนั้นไม่สามารถพิจารณาได้ภายใต้ CISG ทั้งจากตัวถ้อยคำอย่างชัดเจนและจากความหมายของถ้อยคำที่ซ่อนอยู่ (โดยนัย) จึงเห็นได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวสะท้อนให้เห็นความคลาดเคลื่อนในความเข้าใจต่อลักษณะของกรณีที่จะถือว่าเป็นช่องว่างอันจะนำไปสู่การปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) ในประเด็นที่ว่าประเด็นพิพาทจะต้องประเด็นที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะแห่งกรณีที่จะถือว่าเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG เสร็จสิ้นแล้วนั้นในลำดับต่อมาผู้จัดทำจะขอพิจารณาถึงประเด็นปัญหาในการปรับใช้และตีความในขั้นตอนของการพิจารณาการเกิดช่องว่างทางกฎหมายตามข้อ 7(2) แห่ง CISG

4.2.3 ประเด็นปัญหาการข้ามขั้นตอนของการพิจารณาว่ากรณีปัญหาเป็นช่องว่างตามกฎหมายตามข้อ 7(2) แห่ง CISG หรือไม่

โดยตามลำดับขั้นตอนนั้น การที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะสามารถทำการอุดช่องว่างดังกล่าวได้ ศาลหรืออนุญาโตตุลาการสมควรจะแสดงให้เห็นเสียก่อนว่าเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG แต่ในหลายกรณีนั้นศาลหรืออนุญาโตตุลาการนั้นข้ามขั้นตอนของการพิจารณาว่าปัญหาแห่งคดีเป็นกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG หรือไม่อันเป็นการประเด็นปัญหาในการปรับใช้ข้อ 7(2) ที่สำคัญประเด็นหนึ่ง

ตัวอย่างของประเด็นดังกล่าวนั้นสะท้อนอยู่ในคำพิพากษาของประเทศอาร์เจนติน่าในคดี Mayer v. Onda Hofferle GmbH & C. และคดี Cerveceria y Malteria Paysandú v. Cerceveria Argentina S.A.

โดยเนื้อหาแห่งคดี Mayer v. Onda Hofferle GmbH & C.²⁶ เป็นการพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายถ่านหิน (charcoal) ระหว่าง ผู้ขายชาวอาร์เจนติน่าและผู้ซื้อชาว

²⁶ Mayer Alejandro v. Onda Hofferle (Argentina 24 April 2000 Appellate Court), Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no. 701 Retrieved December 11 2007 from < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000424a1.html> >.

เยอรมันโดยในสัญญาที่มีข้อกำหนด FOB (Free on Board clause) ซึ่งระบุท่าเรือบูโนสไอเรสเป็นท่าเรือต้นทาง โดยที่ผู้ขายชาวอาร์เจนตินาได้ฟ้องคดีต่อผู้ซื้อชาวเยอรมันโดยอ้างว่าผู้ซื้อไม่ยอมชำระราคา ผู้ซื้อชาวเยอรมันโต้แย้งว่าสินค้าไม่ถูกต้องตามสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหายจากการดังกล่าวเนื่องจากถ่านหินมีความชื้นมากเกินไปและไม่เหมาะสมแก่วัตถุประสงค์ที่จะนำถ่านหินไปใช้ ศาลชั้นต้นพิจารณาให้ผู้ขายชนะคดีและผู้ซื้ออุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เริ่มพิจารณาโดยวินิจฉัยถึงกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่คดี โดยพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวไม่ต้องตามเงื่อนไขการบังคับใช้ CISG ตามบทบัญญัติข้อ 1(1)(a)²⁷ ซึ่งกำหนดให้ CISG เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีหากรัฐอันเป็นที่ตั้งของสถานประกอบธุรกิจของคู่สัญญาทั้งสองเป็นรัฐภาคีแห่ง CISG แต่ในขณะนั้นเยอรมันยังมิได้เข้ามาเป็นรัฐภาคี(เยอรมันเข้ามาเป็นรัฐภาคีแห่ง CISG ในภายหลังช่วงปี 1994) ในลำดับต่อมาศาลพิจารณาเงื่อนไขการบังคับใช้ CISG ตามบทบัญญัติข้อ 1(1)(b) ซึ่งศาลเห็นว่า CISG เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามบทบัญญัติดังกล่าว (l)(b) อันบัญญัติให้ CISG เป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่คดีในกรณีที่เป็นสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างคู่สัญญาอันมีสถานประกอบธุรกิจในต่างรัฐกัน หากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลบ่งชี้ให้ปรับใช้กฎหมายของรัฐภาคีแก่คดี ศาลได้วินิจฉัยแล้วเห็นว่ากฎหมายอาร์เจนตินาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีดังนั้น CISG จึงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี เนื่องจากรัฐอาร์เจนตินาเป็นรัฐภาคีแห่ง CISG เป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่คดี และศาลได้พิจารณาต่อมาถึงขอบเขตของการบังคับใช้ (scope of application) ของ CISG และศาลได้พิจารณาว่าตัวอนุสัญญานั้นใช้บังคับแก่ประเด็นการขนส่งสินค้าและสิทธิของผู้ขายในสถานการณ์ซึ่งปริมาณคุณภาพและประเภทไม่ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในสัญญาแต่อย่างไรนั้นศาลวินิจฉัยว่า CISG นั้นหาได้มีบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเกี่ยวกับขั้นตอนในการพิจารณาคุณภาพสินค้าว่าเป็นเช่นไรในกรณีที่มีการกล่าวอ้างโดยผู้ซื้อ เมื่อปรากฏสถานการณ์เช่นว่าจะต้องมีการปรับใช้แนวทางตามข้อ 7(2) ซึ่งได้บัญญัติแนวทางการแก้ไขปัญหาในกรณีอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับ

²⁷ Article 1 of CISG provides

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

(a) when the States are Contracting States; or

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

แห่งอนุสัญญาฉบับนี้แต่ปราศจากกฎเกณฑ์อันชัดแจ้งเมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาและแม้จะค้นหาหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอนุสัญญามีรากฐานก็มิสามารถหากฎเกณฑ์ให้แก่กรณีดังกล่าวได้ กรณีเช่นนี้จะต้องวินิจฉัยโดยปรับใช้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

จากคำวินิจฉัยในส่วนดังกล่าวนั้น เนื่องจากศาลได้นำการอุดช่องว่างตามบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG จึงสามารถพิจารณาเห็นได้ว่าศาลได้ตัดสินว่าประเด็นปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนในการพิจารณาคุณภาพสินค้าว่าถูกต้องตามสัญญาหรือไม่นั้นเป็นประเด็นปัญหาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ CISG โดยศาลได้นั้นเริ่มต้นจากการพิจารณาการสำรวจบทบัญญัติใน CISG ที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการพิสูจน์ความไม่ถูกต้องของสินค้า (a rule governing the manner of proving non-conformity) แต่ไม่พบบทบัญญัติเช่น และเมื่อไม่สามารถค้นพบบทบัญญัติเช่นว่าศาลในคดีดังกล่าวจึงได้ปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) และหลังจากการพิจารณาค้นหาหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG และได้วินิจฉัยว่าปราศจากหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG ที่จะปรับใช้แก่คดี ศาลจึงได้ตัดสินใจปรับใช้กฎหมายแห่งรัฐอาร์เจนตินาซึ่งเป็นวิธีการอุดช่องว่างลำดับสุดท้าย (last resort) ซึ่งคือการอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล จากที่กล่าวมาในเบื้องต้นแล้วนั้นศาลได้วินิจฉัยว่ากฎหมายแห่งรัฐอาร์เจนตินาเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่คดีอันนำไปสู่การปรับใช้ CISG ตามข้อ 1(1)(b) แห่ง CISG ศาลจึงได้วินิจฉัยว่าวิธีการพิสูจน์ความไม่ถูกต้องแห่งสินค้าตามที่กล่าวอ้างนั้นในกรณีปัญหานั้นจะต้องถูกพิจารณาตามประมวลกฎหมายพาณิชย์แห่งรัฐอาร์เจนตินา (Argentine Commercial Code)²⁸

โดยที่ในการฟ้องแย้งของจำเลยนั้น ผู้ซื้อได้ส่งรายงานการวิเคราะห์สภาพของถ่านหินที่จัดทำโดยบริษัทสัญชาติเยอรมันในฐานะตัวแทนของผู้ซื้อ ศาลปฏิเสธการพิจารณาหลักฐานดังกล่าวเนื่องจากเป็นหลักฐานที่ไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขในการพิสูจน์ความไม่ถูกต้องของสินค้าภายใต้ประมวลกฎหมายพาณิชย์แห่งรัฐอาร์เจนตินา (Argentine Commercial Code) เนื่องจากมาตรา 476 แห่งกฎหมายพาณิชย์แห่งรัฐอาร์เจนตินาได้กำหนดให้บุคคลที่กล่าวอ้างถึงคุณภาพของสินค้าที่ได้รับว่ามีความไม่ถูกต้องนั้นจะต้องนำเรื่องให้คณะอนุญาโตตุลาการผู้เชี่ยวชาญ (expert arbitrators / peritos arbitradores) ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าหลักฐานที่ฝ่ายจำเลยกล่าวอ้างนั้นไม่สามารถเข้ามาทดแทนขั้นตอนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ

²⁸ Anthony J. McMahon, *supra* note 10.

ผู้เชี่ยวชาญ (expert arbitrators / peritos arbitradores) ได้เช่นนั้นศาลจึงวินิจฉัยว่าหลักฐานของผู้ที่อื่นนั้นไม่สามารถถูกนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีในฐานะหลักฐานที่แสดงถึงคุณภาพสินค้า ศาลจึงตัดสินให้ผู้ขายชนะคดีและมีคำสั่งให้ผู้ซื้อชำระราคาค่าถ่านหินพร้อมดอกเบี้ยและค่าใช้จาย²⁹ แต่อย่างไรนั้นศาลได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมไว้ด้วยว่าแม้ว่าในกรณีที่จะมีการวินิจฉัยแตกต่างออกไปโดยให้หลักฐานดังกล่าวจะสามารถนำเข้าสู่การพิจารณาคดี ถ่านหินก็ยังคงมีคุณภาพถูกต้องตามที่กำหนดไว้เนื่องจากในสายตาของศาลนั้นเห็นว่าถ่านหินดังกล่าวก็ยังคงสามารถถูกนำมาใช้ในวัตถุประสงค์ในการทำอาหารตามที่ตกลงไว้ในสัญญาได้ (gastronomical purposes)³⁰

ประเด็นปัญหาของคำพิพากษาคดีดังกล่าวนี้คือ ศาลได้ข้ามกระบวนการพิจารณาว่าประเด็นปัญหาแห่งคดีเป็นกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG หรือไม่ จากคำวินิจฉัยนั้นศาลในคดีดังกล่าวหลักจากพิจารณาว่า ปราศจากบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าวได้ ศาลได้ดำเนินการใช้วิธีการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG โดยทันทีหาได้พิจารณาว่ากรณีดังกล่าวนี้มีลักษณะอันจัดเป็นช่องว่างตามความของข้อ 7(2) แห่ง CISG หรือไม่ ซึ่งต้องมีลักษณะทั้งสองประการดังที่ได้กล่าวไปแล้วได้แก่

1. คำถามที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG (Questions concerning matters governed) และ
2. ประเด็นเช่นว่าหาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (not expressly settled in CISG)

ซึ่งหากพิจารณาแล้วข้อเท็จจริงที่ศาลไม่สามารถหาบทบัญญัติของ CISG ที่บังคับใช้แก่กรณีได้นั้นย่อมแสดงว่าประเด็นปัญหาดังกล่าวมีลักษณะประการที่สองของการเป็นช่องว่างตามความหมายแห่งข้อ 7(2) นั้นคือประเด็นเช่นว่าหาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่สามารถปรับใช้แก่กรณีปัญหา แต่อย่างไรนั้นประเด็นปัญหาดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG อันเป็นลักษณะประการแรกของการเป็นช่องว่างตาม

²⁹ *Ibid*

³⁰ Mayer Alejandro v. Onda Hofferle (Argentina 24 April 2000 Appellate Court), Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no. 701 Retrieved December 11 2007 from < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000424a1.html> >.

ความหมายของข้อ 7(2) จึงจะถือว่าประเด็นดังกล่าวเป็นช่องว่างตามกฎหมายตามข้อ 7(2) แต่ศาลในคดีดังกล่าวมิได้แสดงให้เห็นว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการพิสูจน์ความไม่ถูกต้องของสินค้าเป็นประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG แต่อย่างไรไม่

ศาลแห่งรัฐอาร์เจนติน่าในคดีดังกล่าวจึงมีความผิดพลาดในการวินิจฉัยโดยข้ามขั้นตอนของการพิจารณาว่าปัญหาดังกล่าวเป็นช่องว่างทางภายใน (internal gap) แล้วดำเนินการต่อไปบนสมมุติฐานอันหาได้พิสูจน์ว่าถูกต้องหรือไม่ว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นช่องว่างภายในโดยที่การพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG หรือไม่มีนัยสำคัญเนื่องจากหากพิจารณาได้ว่ากรณีดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG ย่อมนำไปสู่ช่องว่างภายนอก อันจะต้องวินิจฉัยผลทางกฎหมายของปัญหาตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง แต่หากเป็นประเด็นภายใต้บังคับแห่ง CISG ศาลพึงต้องใช้กระบวนการอุดช่องว่างภายใต้ CISG

คดี *Cerveceria y Malteria Paysandú v. Cerceveria Argentina S.A.* เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับผู้ขายชาวอุรุกวัยได้ส่งมอบข้าวบาร์เลย์หมักไปยังโรงงานของผู้ซื้อรัฐอาร์เจนติน่า ผู้ขายฟ้องร้องเนื่องจากผู้ซื้อไม่ชำระราคาแต่ผู้ซื้ออ้างว่าข้าวบาร์เลย์หมักที่จัดส่งมีคุณภาพที่ไม่ได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ศาลชั้นต้นพิพากษาหาได้ปรับใช้ CISG แก่คดีและพิจารณาให้ผู้ขายชนะคดีและผู้ซื้ออุทธรณ์³¹ โดยที่ศาลอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวนั้นมีความผิดพลาดเช่นเดียวกับคดี *Mayer v. Onda Hofferte GmbH & C.* โดยที่ศาลในคดีดังกล่าวได้วินิจฉัยว่าภายใต้ CISG นั้นหาได้ปรากฏบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการที่ผู้ซื้อพิสูจน์คุณภาพสินค้าว่าไม่ถูกต้องตามสัญญา ศาลจึงวินิจฉัยให้ปรับใช้วิธีการอุดช่องว่างลำดับสุดท้ายแห่ง บทบัญญัติข้อ 7(2) CISG เช่นนั้นแล้วกฎหมายที่จะถูกนำมาปรับใช้แก่คดีคือประมวลกฎหมายพาณิชย์แห่งรัฐอาร์เจนติน่า เมื่อพิจารณาแล้วนั้นจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาทั้งสองคดีมีความผิดพลาดในลักษณะเดียวกัน โดยที่มีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าคำพิพากษาทั้งสองคดีนั้นถูกตัดสินโดยองค์คณะเดียวกันและคำวินิจฉัยถูกเขียนขึ้นโดยผู้พิพากษาคนเดียวกัน

³¹ CNCCom., sala E, 07/11/2002, "Cerveceria y Malteria Paysandú S.A. v.

Cerveceria Argentina S.A.," La Ley [L.L.] (2003-18-06) (Arg.), available at

<<http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/sargen11.htm>>.

ดังนั้นจึงเป็นสิ่งที่ไม่น่าแปลกใจว่าคดีดังกล่าวปรับใช้ตรรกะทางกฎหมายในลักษณะเดียวกันซึ่งนำไปสู่ผลแห่งคดีที่เหมือนกัน³²

โดยที่มีคำพิพากษาทั้งสองของศาลพาณิชย์ในชั้นอุทธรณ์ของรัฐบูโนสไอเรส (Commercial Court of Appeals of the city of Buenos Aires) แห่งประเทศอาร์เจนตินาที่สะท้อนให้เห็นว่าขั้นตอนในการพิจารณาว่ากรณีพิพาทนั้นเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG หรือไม่ สามารถถูกละเลยได้อย่างง่ายดายซึ่งหากพิจารณาถึงความสำคัญของขั้นตอนเช่นว่าแล้วนั้นแล้วไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น โดยที่ศาลในคดีดังกล่าวนั้นได้ปรับใช้ข้อ 7(2) โดยมีพักที่จะพึงพิจารณาว่าประเด็นปัญหาที่ปรากฏนั้นเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายภายใน CISG หรือไม่อย่างไร ซึ่งอาจเป็นเพราะศาลในคดีดังกล่าวนั้นเห็นว่าการปรับใช้กฎหมายของอาร์เจนตินาต่อประเด็นดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมแต่มีความรับรู้ว่าการปรับใช้การอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) นั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำ ดังนั้นศาลจึงปรับใช้ข้อ 7(2) อย่างพอเป็นพิธีเพื่อนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ตนปรารถนาให้เป็นตั้งแต่ต้น (predetermined conclusion) นั่นคือการปรับใช้กฎหมายภายในของอาร์เจนตินา เช่นนี้แล้วจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์แห่ง CISG จะไม่ได้รับการตอบสนองเนื่องจากบทบัญญัติของอนุสัญญาถูกนำมาปรับใช้อย่างไม่ถูกต้อง³³

4.2.4 ตัวอย่างของประเด็นประเด็นปัญหาที่มีความไม่แน่ชัดว่าเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG หรือไม่

ก. อัตราดอกเบี้ย

แม้ว่าบทบัญญัติข้อ 78³⁴ และข้อ 84(1)³⁵ แห่ง CISG นั้นจะได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวการชำระดอกเบี้ยไว้ แต่ทว่าหาได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้แต่อย่างใดไม่ซึ่งสาเหตุของการที่ CISG นั้น

³² Anthony J. McMahon, *supra* note 10.

³³ *Ibid.*

³⁴ Article 78

“If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.”

³⁵ Article 84(1)

หาได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยนั้นอาจจะพิจารณาได้จากประวัติศาสตร์การร่างซึ่งผู้แทนของรัฐต่างๆที่เข้าร่วมประชุมนั้นไม่สามารถตกลงกันในประเด็นอัตราดอกเบี้ยรวมถึงประเด็นในเรื่องเวลาที่จะเริ่มต้นคิดคำนวณดอกเบี้ย (accrual of the interest payment) ดังที่ได้อธิบายมาในส่วนก่อนหน้านี้แล้วนั้นว่าเพียงแค่การปราศจากบทบัญญัติที่บังคับใช้แก่กรณีนั้นไม่อาจนำไปสู่ข้อสรุปว่าเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นตามข้อ 7(2) เกิดขึ้นแล้ว เพราะการปราศจากบทบัญญัติที่บังคับใช้แก่กรณีเพียงแต่ทำให้เข้าลักษณะประการเดียวเท่านั้นที่ว่าประเด็นเช่นว่าหาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (matter not expressly settled in CISG) เท่านั้น จึงจะต้องมีการพิจารณาว่าเข้าลักษณะประการอีกประการคือเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG (Questions concerning matters governed) หรือไม่จึงจะสามารถทราบได้ว่ากรณีดังกล่าวก่อให้เกิดช่องว่างตามความหมายแห่งข้อ 7(2) อันพึงจะต้องเป็นช่องว่างภายใน (internal gap) เท่านั้นหรือไม่

จากการศึกษานั้นพบว่าความคิดเห็นในประเด็นปัญหาว่าประเด็นเรื่องอัตราดอกเบี้ยนั้นเป็นประเด็นภายใต้บังคับแห่ง CISG นั้นแยกออกเป็นสองฝ่ายอย่างชัดเจน คือฝ่ายที่เห็นว่าประเด็นดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG และต้องใช้กลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งนั้นเห็นว่าประเด็นดังกล่าวไม่อยู่ในบังคับแห่ง CISG และต้องถูกพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

โดยที่ Phanesh Koneru ได้ให้ความคิดเห็นในเชิงสนับสนุนว่าประเด็นปัญหาในเรื่องอัตราดอกเบี้ยนั้นเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG ไว้ว่า

“หากถามว่าเป็นการสมควรหรือไม่ที่ศาลจะวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวว่าเป็นประเด็นที่ถูกปฏิเสธมิให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญาโดยเจตนาและปรับใช้กฎหมายภายในในการ

“(1) If the seller is bound to refund the price, he must also pay interest on it, from the date on which the price was paid.

(2) The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods or part of them:

(a) if he must make restitution of the goods or part of them; or

(b) if it is impossible for him to make restitution of all or part of the goods or to make restitution of all or part of the goods substantially in the condition in which he received them, but he has nevertheless declared the contract avoided or required the seller to deliver substitute goods.”

ตัดสินคดี คำตอบของคำถามดังกล่าวนั้นคือประเด็นดังกล่าวมิได้ถูกปฏิเสธมิให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญาโดยเจตนาเนื่องจากประเด็นในเรื่องของการชำระดอกเบี้ยนั้นมิใช่ประเด็นที่อยู่นอกเหนือบังคับของ CISG แต่ทว่ากลไกหรือรายละเอียดในการชำระดอกเบี้ยยังไม่สามารถหา กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนได้จากอนุสัญญา (not expressly settled)³⁶

ขณะที่นักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งเช่น Fritz Enderlein และ Dietrich Maskow นั้นเห็นว่าในกรณีที่คู่สัญญานั้นหาได้ตกลงกันไว้เกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ย จำนวนของดอกเบี้ยนั้น จะต้องคำนวณบนพื้นฐานของกฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี³⁷

โดยที่คำพิพากษาและคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเองก็มีทั้งฝ่ายที่พิจารณาตาม ฝ่ายแรกเช่น 15 June 1994 Vienna Arbitration award SCH-4366, 1994 international Court of Arbitration Case 7565, 20 December 1994 Tribunal Cantoanl (Appellate Court) Valais) แนวคิดฝ่ายที่สอง เช่น 15 January 1998 Tribunale d' appello (appello Court) Lugano, July 1999 International Court of Arbitration, Case 9448, 26 September 1990 Landgericht (District Court) Hamburg³⁸

³⁶ *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>>.

³⁷ Franco Ferrari, Uniform Application and Interest Rates Under The 1980 Vienna Sales Convention, Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1995) 3-19, Retrieved August 11 2008 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1ferrari.html> >.

³⁸ โปรดดูคำพิพากษาและคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่สนับสนุนทั้งสองแนวคิด จาก ชัยวัฒน์ ทวงศิริศิลป์, “ดอกเบี้ยตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ปี ค.ศ.1980”, สารนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, น. 47-67.

ข. ความมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญาเบี่ยงปรับ (validity of liquidated damage)

ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาเบี่ยงปรับนั้นถูกถกเถียงในลำดับหนึ่งว่าเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG หรือไม่ โดยที่แม้ว่าจะไม่ปรากฏอย่างชัดแจ้งถึงบทบัญญัติแห่ง CISG อันเกี่ยวข้องกับข้อตกลงเบี่ยงปรับ แต่หากพิจารณาถึงประวัติศาสตร์การร่างนั้นจะพบว่ามีความสนับสุนนอย่างยิ่งต่อแนวความคิดที่จะนำประเด็นกฎหมายเรื่องเบี่ยงปรับให้มาอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่วัตถุประสงค์อันจะก่อให้เกิดความเป็นอันเดียวกันของกฎหมาย (uniform law) โดยที่ผู้ร่างมีความคิดว่าการมีกฎเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในประเด็นกฎหมายในเรื่องเบี่ยงปรับนั้นเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาเนื่องจากกฎหมายในเรื่องเบี่ยงปรับนั้นมีความแตกต่างกันอย่างมากซึ่งการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งเดียวกันในประเด็นดังกล่าวย่อมนำไปสู่ประโยชน์ในทางปฏิบัติอย่างมหาศาลต่อการค้าระหว่างประเทศ แต่อย่างไรนั้น The Committee ไม่สามารถตกลงในถ้อยคำที่เหมาะสมอันจะสามารถหลีกเลี่ยงปัญหาทางเทคนิคอันอาจจะเกิดขึ้นจากถ้อยคำของร่างกฎหมายในประเด็นดังกล่าว

ในการพิจารณาปัญหาความมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญาเบี่ยงปรับนั้นว่าเป็นกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายหรือไม่นั้น มีความคิดเห็นแยกออกเป็นสองแนวทางคือ

ฝ่ายแรกนั้นเห็นว่าประเด็นดังกล่าวนั้นมีใช้ประเด็นที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่ง CISG ในเรื่องค่าเสียหายและแม้ว่าคู่สัญญาจะมีเสรีภาพที่จะตกลงยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติบางข้อหรือตกลงแตกต่างจาก CISG ภายใต้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาตามข้อ 6 หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของการไม่ปรับใช้ข้อสัญญาในประเด็นของการบังคับได้ตามกฎหมาย (validity issue)³⁹ แนวคิดดังกล่าวนี้เห็นว่าประเด็นการบังคับได้ตามกฎหมายของข้อสัญญาเบี่ยงปรับย่อมถูกจัดเป็นประเด็นของการบังคับได้ตามกฎหมายของสัญญาหรือข้อสัญญาซึ่งเป็นประเด็นที่ถูกกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่ามีได้อยู่ภายใต้บังคับของ CISG ตามข้อ 4 แห่ง CISG

³⁹ 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>>

ขณะที่ Koneru มีความเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปอันเกี่ยวกับเบี่ยงปรับนั้นหาได้ถูกปฏิเสธจากอนุสัญญา โดยที่ข้อสัญญาเบี่ยงปรับนั้นสมควรจะเป็นข้อสัญญาที่สามารถใช้บังคับได้ โดยผลแห่งหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาที่แตกต่างจากอนุสัญญา (principle of contractual freedom to derogate from the Convention) ตามบทบัญญัติข้อ 6 แห่งอนุสัญญา⁴⁰ ซึ่งความคิดเห็นดังกล่าวนี้มีนัยว่าความมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญาเบี่ยงปรับเป็นกรณีที่เป็นช่องว่างแห่ง CISG และให้ถือว่ากรณีดังกล่าวนี้จะต้องอุดช่องว่างโดยหลักเกณฑ์ทั่วไปในกรณีหลักของเสรีภาพในการแสดงเจตนาโดยมีพิกัดข้อหนึ่งประเด็นดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของความมีผลบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อสัญญา(vadility)ซึ่งเป็นประเด็นที่หาตกอยู่ในบังคับของ CISGหรือไม่ เนื่องจากพิจารณาประเด็นเรื่องเบี่ยงปรับนั้นอยู่ภายใต้ขอบเขตของ CISG

ค.การเรียกค่าเสียหายจากการเพิกถอนคำเสนอที่ไม่อาจเพิกถอนได้ในกรณีที่ยังมีมีการทำคำสั่งงตอบรับคำเสนอ

ประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นประเด็นปัญหาตามบทบัญญัติข้อ 16⁴¹ และข้อ 74⁴² แห่ง CISG โดยที่บทบัญญัติข้อ 16 ดังกล่าวนั้นได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเพิกถอนมิได้ของคำ

⁴⁰ Article 6 of CISG

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

⁴¹ Article 16 of CISG

“Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked:

(a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or

(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.”

⁴² Article 74

“Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or

เสนอ (revocability of offers) โดยได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในลักษณะที่ว่า คำเสนอนั้นจะสามารถถูกเพิกถอนก่อนที่จะมีการตอบรับคำเสนอ เว้นแต่

1) มีการกำหนดถึงกำหนดเวลาสำหรับการตอบรับคำเสนอหรือกำหนดว่าไม่สามารถเพิกถอนได้

2) ผู้ทำคำเสนอนั้นเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าคำเสนอนั้นไม่อาจเพิกถอนได้

ขณะที่บทบัญญัติข้อ 74 แห่ง CISG นั้น กำหนดให้คู่สัญญาผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายอันเป็นผลจากการผิดสัญญา (breach of contract)⁴³ จากการที่มาตรวจดังกล่าวกำหนดให้ต้องเป็นความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาย่อมบ่งชี้ว่า จะต้องเป็นกรณีที่มีสัญญาเกิดขึ้นจึงจะสามารถเรียกค่าเสียหายได้ ดังนั้นเมื่ออ่านประกอบกันระหว่างข้อ 16 และ ข้อ 74 นั้นย่อมหมายความว่า การเรียกร้องความเสียหายอันเกิดจากการเพิกถอนคำเสนอที่ไม่อาจเพิกถอนได้นั้นต้องเป็นกรณีที่มีการทำคำสนองตอบรับคำเสนออันนำไปสู่การเกิดสัญญาดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่า หากเป็นกรณีที่มีการเพิกถอนคำเสนอที่ไม่อาจเพิกถอนได้ตามข้อ 16 แต่ภายหลังผู้รับคำเสนอหาได้ทำคำสนองตอบรับ ผู้รับคำเสนอดังกล่าวจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ โดย Honnold ได้ตั้งตัวอย่างของกรณีศึกษาไว้ว่า

ผู้ซื้อทำคำเสนอจะซื้อเครื่องจักรที่มีกลไกสลับซับซ้อนจากผู้ขายซึ่งผู้ขายจะต้องทำการผลิตตามแบบที่กำหนดไว้โดยผู้ซื้อ คำเสนอได้กำหนดถึงราคาและกำหนดว่าคำเสนอจะมีผลเป็นระยะเวลาสองเดือนเพื่อให้ผู้ขายมีเวลาตัดสินใจว่าจะสามารถผลิตเครื่องจักรดังที่กำหนดในราคาที่เสนอไปได้ ดังนั้นผู้ขายจึงได้เริ่มกระบวนการออกแบบกระบวนการผลิตและคำนวณต้นทุน แต่ทว่าสองสัปดาห์ถัดมานั้นผู้ซื้อแจ้งผู้ขายว่าไม่ต้องการเครื่องจักรดังกล่าวและขอเพิกถอนคำเสนอซึ่งในขณะนั้นผู้ขายแม้ยังทำการคำนวณต้นทุนไม่เสร็จสิ้นแต่การได้ลงทุนในกระบวนการดังกล่าวไปเป็นจำนวนมาก ผู้ขายจึงหยุดกระบวนการคำนวณต้นทุนเนื่องจากไม่มีประโยชน์อันใดอีกต่อไปที่จะลงทุนในการเตรียมการผลิตเครื่องจักรเช่นว่าซึ่งผู้ขายไม่มีความต้องการและจะไม่ชำระราคา⁴⁴

ought to have foreseen at the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract."

⁴³ Mark N Rosenberg, *supra* note 12.

⁴⁴ John O Honnold, *supra* note 14, p.213.

จากสถานการณ์ข้างต้นนั้นจะเห็นว่าผู้ขายนั้นไว้วางใจในความไม่อาจเพิกถอนได้ของคำเสนอซึ่งก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายแก่ผู้ขายในการตัดสินใจว่าจะทำคำสนองตอบรับคำเสนอของผู้ซื้อได้หรือไม่ โดยที่ขณะที่ผู้ซื้อแจ้งต่อผู้ขายถึงการเพิกถอนคำเสนอผู้ขายยังไม่อาจตัดสินใจได้ว่าจะสามารถตอบรับคำเสนอของผู้ซื้อได้หรือไม่ และการที่จะทำคำสนองตอบรับคำเสนอดังกล่าวได้นั้นผู้ซื้อจะต้องลงทุนเพิ่มเติมซึ่งโดยธรรมชาติแล้วผู้ขายคงมีต้องการจะเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมเนื่องจากทราบถึงเจตนาที่ชัดเจนของผู้ซื้อว่าจะไม่ปฏิบัติการหนี้ซึ่งก็คือชำระราคาสินค้าตามสัญญาแม้ผู้ขายจะทำคำสนองตอบรับสัญญา⁴⁵ ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจคือสถานการณ์ดังกล่าวจะถือว่าเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างตามความหมายข้อบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG หรือเป็นกรณีที่นอกเหนือจากขอบเขตของ CISG ซึ่งการจะตอบปัญหาดังกล่าวนั้นจะต้องพิจารณาว่ามีลักษณะของการเป็นช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG ครอบคลุมหรือไม่ ซึ่งอาจจะสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG หรือไม่ (governed by CISG)

เป็นการชัดเจนว่าอนุสัญญา CISG กฎเกณฑ์ของการเพิกถอนคำเสนอ โดยที่บทบัญญัติข้อ 16 แห่ง CISG นั้นได้กำหนดกฎเกณฑ์ว่ากรณีใดที่คำเสนอสามารถถูกเพิกถอนได้หรือไม่ โดยที่จากถ้อยคำที่ชัดเจนและประวัติศาสตร์การร่างนั้นจะสามารถพิจารณาได้ว่าประเด็นการเพิกถอนคำเสนออยู่ภายใต้บังคับของ CISG⁴⁶

2. หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (not expressly settled) หากพิจารณาเพียงผิวเผินนั้นอาจจะเห็นได้ว่าอนุสัญญานั้นมิได้กำหนดสิทธิในการได้รับการเยียวยาในการเรียกค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายอันเกิดจากความเชื่อถือว่าคำเสนอนั้นหาสามารถเพิกถอนได้แก่ผู้รับคำเสนอในกรณีปัญหาในกรณีที่คำเสนอถูกเพิกถอนก่อนกำหนดระยะเวลาที่กำหนดให้คำเสนอจะมีผล แต่ในกรณีดังกล่าวนั้นจะต้องพิจารณาอย่างลึกซึ้งซึ่งว่าผู้ร่างนั้นมีเจตนาที่จะปฏิเสธที่จะให้ผู้รับคำเสนอในกรณีได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพหรือเป็นกรณีที่ผู้ร่างบกพร่องที่จะคาดถึงเหตุการณ์จึงหาได้กำหนดแนวทางการแก้ไขปัญหาไว้ใน CISG จึงส่งผลให้ปราศจากการกำหนดเยียวยาในกรณีดังกล่าวปรากฏใน⁴⁷ เพราะหากเป็นกรณีที่ผู้ร่างมีเจตนากำหนดให้กรณีเช่นว่าปราศจากสิทธิในการได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสมความว่ากรณีดังกล่าวถือว่าเป็นกรณีที่

⁴⁵ Mark N. Rosenberg, *supra* note 12.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

สามารถหากฎเกณฑ์ได้อย่างชัดแจ้งจากการตีความอนุสัญญา(expressly settled) เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างก็จะสามารถทราบถึงกฎเกณฑ์ที่จะนำไปพิจารณาแก่ประเด็นได้ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ร่างนั้นมีความบกพร่องไม่สามารถคาดหมายถึงกรณีดังกล่าวก็อาจจะพิจารณาได้ว่าประเด็นดังกล่าวไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดแจ้งโดยอนุสัญญาเพราะไม่สามารถตีความจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างว่าต้องการให้กรณีดังกล่าวมีผลทางกฎหมายอย่างไร

ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วนั้น ไม่มีข้อมูลใดๆในประวัติศาสตร์การร่างของข้อ 16 และ 74 ที่จะบ่งชี้ว่าผู้ร่างได้คาดหมายถึงกรณีแห่งปัญหาและมีเจตนาที่จะกำหนดให้กรณีดังกล่าวปราศจากการเยียวยา⁴⁸ ดังนั้นจึงอาจจะพิจารณาได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่เกิดจากความผิดพลาดแห่งผู้ร่างที่จะคาดเห็นกรณีปัญหาจึงหาได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดแจ้งภายใต้ CISG

จากที่กล่าวมานั้นจึงสามารถวินิจฉัยได้ว่ากรณีปัญหาการเรียกค่าเสียหายของผู้รับคำสั่งอันเกิดจากการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่อาจเพิกถอนได้ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทำได้ทำคำสั่งของตอบรับคำสั่งถือว่าเป็นช่องว่างตามนัยของข้อ 7(2) จึงต้องทำการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2)

4.3 วิธีการอุดช่องว่างแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG

4.3.1 ความทั่วไป

สืบเนื่องจากบทที่แล้วอันเป็นการศึกษาเงื่อนไขของการเกิดช่องว่างตามความหมายแห่งข้อ 7(2) แห่ง CISG ซึ่งหากพิจารณาแล้วว่าการปัญหานั้นมีลักษณะอันจะถือว่าเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายของบทบัญญัติดังกล่าว ลำดับต่อไปจะเป็นการศึกษาในประเด็นของวิธีการอุดช่องว่างตามบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG

โดยที่หากพิจารณาตามบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG ตามลายลักษณ์อักษรนั้นจะสังเกตเห็นว่ามาตราดังกล่าวนั้นกำหนดวิธีการอุดช่องว่างไว้ 2 วิธี คือ

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

⁴⁸ Ibid.

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

แต่จากการศึกษานั้นพบว่าปรากฏแนวคิดทางวิชาการที่สอดคล้องต้องกันว่าวิธีการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) นั้นหมายรวมถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) อันเป็นประเด็นปัญหาในการตีความข้อ 7(2) ที่สำคัญอย่างยิ่งโดยที่ผู้จัดทำจะกล่าวถึงอย่างละเอียดต่อไปในประเด็นปัญหาการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy)

ดังนั้นในเบื้องต้นก่อนที่จะมีการพิจารณาถึงความถูกต้องและสมเหตุสมผลของการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) วิธีการอุดช่องว่างตามบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG อาจจะได้กล่าวได้ว่าประกอบไปด้วยวิธีการสามวิธีคือ

1. การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) (ไม่ปรากฏตามลายลักษณ์อักษรแต่ความเห็นทางกฎหมายในปัจจุบันให้การยอมรับ จะศึกษาอย่างละเอียดในลำดับต่อไป)

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)

ในลำดับต่อไปนั้นก่อนที่จะมีการพิจารณาถึงรายละเอียดของแต่ละวิธีการอุดช่องว่างผู้จัดทำจะขอพิจารณาถึงแนวคิดของวิธีการอุดช่องว่างโดยทั่วไปเสียก่อน ซึ่งโดยทั่วไปนั้นวิธีการอุดช่องว่างนั้นสามารถปรากฏได้ใน 3 ลักษณะคือ

ก. True Code Approach

ตามหลักเกณฑ์ของกลไกแห่งการอุดช่องว่างในลักษณะของ True Code Approach นั้น หากผู้พิพากษานั้นได้เผชิญหน้ากับกรณีที่มีช่องว่างเกิดขึ้นในประมวลกฎหมายแล้วนั้น ในการอุดช่องว่างนั้นจะพิจารณาจากตัวของประมวลกฎหมายนั้นๆ เท่านั้น ซึ่งหมายรวมถึงวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายนั้นและนโยบายพื้นฐานแห่งกฎหมายนั้น แต่จะไม่สามารถพิจารณาสิ่งที่ยอยู่นอกเหนือขอบเขตเช่นว่าได้ ซึ่งส่งผลให้คำตอบของคำถามที่เกิดขึ้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประมวลกฎหมายนั้นๆ และคำตอบเช่นว่าจะต้องถูกค้นพบภายใต้ขอบเขตของประมวลกฎหมาย

นั้นๆเท่านั้น เหตุผลเบื้องหลังของแนวคิดเช่นว่าก็คือความเชื่อที่ว่า ประมวลกฎหมายที่แท้จริง (True Code) นั้นจะต้องมีความสมบูรณ์พร้อมในตนเองซึ่งต้องครอบคลุมในทุกประเด็นเพียงพอ และเป็นอิสระเพียงพอที่จะทำให้ประมวลกฎหมายสามารถถูกนำไปใช้เองตัวตามนโยบายของตัวกฎหมายนั้นเองได้โดยหาจำต้องพึ่งพิงกฎหมายอื่น⁴⁹ ด้วยเหตุเช่นว่า ตัวประมวลกฎหมายนั้นๆก็จะเป็นที่มาแห่งกฎหมายที่มาอุดช่องว่างด้วยตัวของมันเอง⁵⁰

ข. Meta-Approach Code

ตามหลักเกณฑ์ของกลไกแห่งการอุดช่องว่างในลักษณะของ Meta-Code Approach นั้นมีพื้นฐานแนวคิดที่ว่าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายภายนอกประมวลกฎหมายก็สมควรจะถูกนำมาใช้ในฐานะส่วนที่จะคอยส่งเสริมหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายเว้นแต่ประมวลกฎหมายดังกล่าวจะบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง⁵¹ ดังนั้นแนวทางการอุดช่องว่างดังกล่าวนั้นเป็นการใช้ประโยชน์จากกฎเกณฑ์ภายนอกตัวประมวลกฎหมายเพื่อใช้ในการอุดช่องว่างแห่งอนุสัญญา

ค. Mixed Approach

แนวทางในการอุดช่องว่างในลักษณะที่สามนี้เป็นการผสมผสานกันของแนวทางในสองแบบแรก⁵² นั่นคือจะมีการอุดช่องว่างจากทั้งหลักกฎหมายที่อยู่ภายในตัวประมวลกฎหมาย (internal principle) และหลักกฎหมายที่มาจากภายนอกตัวประมวลกฎหมาย (external principle)

ซึ่งหากจะพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า CISG นั้นมีลักษณะในการอุดช่องว่างแบบ Mixed Approach นั่นคือมีการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ภายในตัว CISG เองคือการอุดช่องว่าง

⁴⁹ William D. Hawkland, *Uniform Commercial "Code" Methodology*, 1962 U. Ill. L., 292 as cited in 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>>.

⁵⁰ John Felemegas, *supra note* 39.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

โดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งและโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG และการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ที่อยู่ภายนอกกฎหมายภายใต้ซึ่งก็คือการอุดช่องว่างโดยปรับใช้กฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล

โดยที่ในลำดับต่อไปจะขอพิจารณารายละเอียดของวิธีการอุดช่องว่างในแต่ละวิธี

4.3.2 การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy)

หากพิจารณาตามลายลักษณ์อักษร จะพบว่าโดยแท้แล้วนั้นข้อ 7(2) นั้นหาได้กำหนดถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง(analogy)แต่อย่างใดไม่ แต่ทว่ามีความคิดเห็นของนักวิชาการที่ตรงกันว่า การอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) นั้นหมายรวมถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง(analogy)ด้วยซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวนับว่าเป็นสิ่งค่อนข้างน่าประหลาดใจอยู่ไม่น้อยเพราะโดยเนื้อหาสาระของการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง(analogy)และหลักเกณฑ์ทั่วไป(general principle)นั้นมีความแตกต่างกันและในหลายประเทศนั้นแยกสิ่งทั้งสองสิ่งนี้ออกจากกัน ดังนั้นจึงควรมีการศึกษาทางวิชาการเกี่ยวกับการยอมรับการอุดช่องว่างโดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG ว่ามีความสมควรและถูกต้องมากน้อยเพียงใด และหากรัฐไทยนั้นจะต้องการเป็นภาคีCISGหรือร่างกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศโดยมี CISG เป็นต้นแบบรัฐไทยควรจะต้องตระหนักถึงประเด็นดังกล่าวและนำประเด็นเช่นนี้เข้ามาพิจารณาด้วย

ด้วยเหตุผลที่การยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง(analogy) ยังคงเป็นประเด็นที่ควรจะได้รับพิจารณาว่ามีความถูกต้องและชอบธรรมมากน้อยเพียงใด ดังนั้นในลำดับต่อไปก่อนที่พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการอุดช่องว่างโดยการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้จัดทำจึงขอพิจารณาถึงปัญหาในการตีความในประเด็นการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง(admissibility of Analogy in Gap-Filling) ภายใต้ CISG เสียก่อนที่จะพิจารณาลักษณะของการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ก. ปัญหาในการตีความในประเด็นการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (admissibility of Analogy in Gap-Filling) ภายใต้ CISG

หากพิจารณาจากลายลักษณ์อักษรแห่งบทบัญญัติแห่งข้อ 7(2) นั้น อนุสัญญาได้ระบุถึงการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG (general principle on which the convention is based) และหากไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นว่าอนุสัญญากำหนดให้อุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในโดยที่ถูกรับใช้โดยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยหาได้มีการกล่าวถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งแต่อย่างใดไม่ ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวเป็นที่น่าสนใจและแปลกใจอย่างยิ่งซึ่งไม่เฉพาะในมุมมองของรัฐที่บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นอุปกรณ์สำคัญในการอุดช่องว่างเช่น เยอรมันแต่หมายรวมถึงรัฐในระบบซีวิลลอว์อื่น ๆ จึงมีคำถามเกิดขึ้นตามมาว่าการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นจะเป็นกลไกที่สามารถนำมาใช้ภายใต้ CISG ได้หรือไม่⁵³ แต่อย่างไรนั้นเป็นที่น่าแปลกใจเสียยิ่งกว่าเนื่องจากแม้ว่าจะไม่ปรากฏถ้อยคำเกี่ยวกับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งแต่หากพิจารณาถึงบทวิเคราะห์ของบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG (commentaries) นั้น จะพบว่ามีความคิดที่สอดคล้องกันว่าการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกยอมรับให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างแห่ง CISG⁵⁴ แต่อย่างไรในรายละเอียดของการให้เหตุผลอาจจะแตกต่างกันในลำดับหนึ่ง เช่น นักกฎหมายบางท่านพิจารณาแล้วว่าเนื้อหาของมาตรา 7(2) เป็นสิ่งที่ยืนยันในตัวเอง (self evidence) ถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่เคยพิจารณาถึงประเด็นปัญหาดังกล่าว⁵⁵ อาทิ Hellner นั้นเห็นว่าการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นหาได้ต่างกันไม่ซึ่งเป็นเรื่องน่าแปลกใจเพราะในส่วนของบทความของ Hellner ได้กล่าวถึงตัวบทกฎหมายที่แสดงให้เห็นความแตกต่างของกฎหมายทั่วไปและบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁵⁶ โดยในบทความของ Hellner นั้นในหลายแห่งได้มีการใช้ถ้อยคำว่า Analogy แทนคำว่า General principle ขณะที่ Gert Brandner พิจารณาว่าแนวคิดที่ว่าข้อ 7(2) เป็นสิ่งที่ยืนยันในตัวเอง (self evidence) ถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นแนวคิดที่ไม่ถูกต้องเพราะ Gert Brandner เห็นว่าการอุดช่องว่าง

⁵³ Gert Brandner, *supra* note 21.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Please see footnote 8 of Gert Brandner, *supra* note 21.

โดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นไม่ใช่หลักฐานเบื้องต้น (prima facie) ถึงการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ขณะที่ Bonell, Enderlein, และ Kramer พิจารณาถึงปัญหาดังกล่าวเพียงเล็กน้อย โดยที่เหตุผลหลักของทั้งสามในการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเนื่องจากหากอนุสัญญาให้มีการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป (general principles) กล่าวถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ควรได้รับการอนุญาตตามหลักการให้เหตุผลแบบ argumentum a fortiori (การให้เหตุผลในลักษณะ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น”) เนื่องจากหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นปรับใช้ในลักษณะที่กว้างกว่า (on a much wider scale) และเป็นสิ่งไกลห่างไปจากตัวถ้อยคำใน CISG ยิ่งกว่า (further away from the text of the convention) โดยที่ในประเด็นหลักการให้เหตุผลแบบ argumentum a fortiori จะทำการศึกษาในลำดับต่อไป

จากที่กล่าวมานั้นแม้ความคิดเห็นของนักกฎหมายจะมีความสอดคล้องต้องตรงกันว่าการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นเป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG แต่ทว่าการพิจารณาถึงความเหมาะสม ถูกต้อง และเหตุผลทางกฎหมายนั้นกลับมิได้ปรากฏมากเท่าไรนัก ทั้งที่ในหลายรัฐนั้นมีการให้ความแตกต่างอย่างเด่นชัดระหว่างการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปหรือหลักกฎหมายทั่วไปและโดยการใช้อำนาจใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่น มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งรัฐไทย

จากสถานการณ์ดังกล่าวผู้จัดทำจึงเห็นว่าประเด็นการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นจึงจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างลึกซึ้ง โดยที่ในลำดับแรกนั้นผู้จัดทำจะขอพิจารณาถึงประวัติศาสตร์การร่างของข้อ 7(2) ที่เกี่ยวข้องกับ การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียก่อน เพื่อให้เข้าใจซึ่งบริบททางประวัติศาสตร์อันจะช่วยในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้อย่างถูกต้องมากขึ้น

โดยหากพิจารณาประวัติศาสตร์การร่างของบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG โดยเริ่มจากร่างฉบับแรกของ ULIS ข้อ 11 แห่งร่างฉบับดังกล่าวนั้นมีความว่า

"if this statute does not expressly settle a question and does not formally provide for application of a national law, the court decides in conformity with the general

principles which this Statute follows" ⁵⁷ อันสามารถถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า “ถ้าหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นหาได้ให้กำหนดกฎเกณฑ์ที่ชัดแจ้งแก่ปัญหาละไม่ได้กำหนดให้มีการปรับใช้กฎหมายภายใน ศาลจะต้องพิจารณาคดีตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่กฎหมายฉบับนี้ยึดถือ”

ถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีความคล้ายคลึงข้อ 38 1(c) แห่งธรรมนูญของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ(the International Court of Justice/ICJ) ซึ่งกำหนดให้ศาลพึงต้องต้องปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับของชาติที่เป็นอารยะ(the general principles of law recognized by civilised nations) และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้หาได้กำหนดให้การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นหนึ่งในวิธีของการอุดช่องว่างจึงอาจเกิดคำถามว่าเพราะเหตุใด ซึ่งเหตุผลของสถานการณ์ดังกล่าวนี้ อาจเป็นเพราะในขณะนั้นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายนั้นถูกจัดให้อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองซึ่งก็เป็นเหตุผลหนึ่งของความคล้ายคลึงของบทบัญญัติดังกล่าวกับข้อ 38(1)c ของธรรมนูญของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และนอกจากนั้นแล้วภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้นการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นที่ยอมรับเนื่องจากมีพื้นฐานข้อสันนิษฐานที่ว่ารัฐภาคีแห่งอนุสัญญานั้นมีเจตนาจะสูญเสียอำนาจอธิปไตยของตนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁵⁸ ซึ่งการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะขยายขอบเขตแห่งอนุสัญญาอันจะทำให้รัฐผูกพันตามอนุสัญญามากขึ้นและนั่นหมายถึงขอบเขตของอำนาจอธิปไตยที่น้อยลง และยังไปกว่านั้นหากพิจารณาภายในขอบเขตกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้นก็หาปรากฏกฎเกณฑ์ที่ยอมรับการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง(analogy) โดยที่บทบัญญัติข้อ 11 ดังกล่าวได้กลายเป็นข้อ 11(2) แห่งร่างแห่ง ULIS ฉบับปี 1939 และเป็นส่วนหนึ่งของข้อ 1 แห่งร่างปี 1956 และในร่างฉบับปี 1963 นั้นได้มีการตัดใน

⁵⁷ Rabel, Ernst, "Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes", 9 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1935) 1 et seq, p.12. as cited in Gert Brandner, *supra* note 21.

⁵⁸ Bayer, F. Wilhelm, "Auslegung und Ergänzung international vereinheitlichter Normen durch staatliche Gerichte", 20 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1955) 603, p.621 as cited in Gert Brandner, *supra* note 21.

ส่วนของถ้อยคำที่ว่า “และไม่ได้กำหนดให้มีการปรับใช้กฎหมายภายใน” ออกไป⁵⁹ ในช่วงการร่าง ULIS นั้นมีการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับเนื้อหาแห่งบทบัญญัติดังกล่าวโดยรัฐบาลแต่ละรัฐจำนวนมาก โดยเฉพาะในประเด็นของการพิจารณาว่าการไม่กล่าวถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นสิ่งที่เกิดจากเจตนาหรือไม่⁶⁰ โดยที่มีข้อเสนอของรัฐอิตาลีให้มีการกำหนดให้การอุดช่องว่างแห่ง ULIS จะต้องกระทำโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งรัฐยังการก็ได้ยื่นข้อเสนอในลักษณะดังกล่าวในภายหลังเช่นกันในการประชุมทางการทูต ณ กรุงเฮก ในช่วงวันที่ 1-25 เมษายน 1964 แต่ถูกปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่าการกำหนดให้การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีเดียวในการอุดช่องว่างของ ULIS นั้นเป็นวิธีที่ไม่เพียงพอที่จะอุดช่องว่างได้ทั้งหมดและแคบเกินไป (insufficient and too narrow)⁶¹ ซึ่งในท้ายที่สุดนั้นข้อ 17 แห่ง ULIS นั้นก็กำหนดให้การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง ULIS มีรากฐานเป็นวิธีการเดียวในการอุดช่องว่างแห่ง CISG แต่อย่างไรนั้นแนวคิดทางวิชาการนั้นได้ยอมรับว่าการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างภายใต้ ULIS ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากการที่ข้อ 17 แห่ง ULIS นั้นไม่ยอมรับการปรับใช้กฎหมายภายในในการอุดช่องว่าง⁶² เพื่อเป็นการขยายที่มาของหลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้ในการอุดช่องว่าง

โดยที่หลังจากที่ UNCITRAL เข้ามาทำหน้าที่แทน UNIDROIT โดย UNCITRAL ได้พิจารณาที่จะร่างอนุสัญญาขึ้นใหม่ขึ้นซึ่งภายหลังได้กลายเป็น CISG นั้นไม่ปรากฏการพิจารณาถึงประเด็นการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งอีก แต่อย่างไรก็ตามนั้น มีการตีความว่าข้อเสนอของรัฐอิตาลีซึ่งภายหลังกลายเป็นหนึ่งในต้นแบบของข้อ 7(2) แห่ง CISG อันเสนอให้มีการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้มีรากฐานในลำดับแรกและหากปราศจากซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปเช่นว่าให้อุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในส่วนของ การอุดช่องว่างโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้นให้

⁵⁹ Riese, Otto, "Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April", 29 *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1965) 1 et seq, p.30 as cited in Gert Brandner, *supra* note 21.

⁶⁰ Brandner, *supra* note 21.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

หมายรวมถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดย Gert Brandner นั้นอาศัย การตีความจากถ้อยคำของตัวแทนรัฐอิตาลี Bonell ที่ว่า "ช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นควรถูกเติมเต็ม โดยสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ (principles) และบรรทัดฐาน (criteria) อันสะท้อนให้เห็นถึงลายลักษณ์ อักษรและจิตวิญญาณแห่งอนุสัญญา" ว่ามีนัยว่าสามารถพิจารณาได้ว่า Bonell มีความเชื่อว่าการ อุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปครอบคลุมการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁶³ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่า Bonell จะเป็นผู้แทนรัฐ (delegate) ผู้เสนอข้อเสนอนั้นกลายเป็นต้นแบบของการ อุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG แต่ทว่าเจตนารมณ์ของผู้แทนรัฐ เพียงผู้เดียวอาจจะไม่สะท้อนถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ร่างทั้งปวง

จากการพิจารณานั้นจะเห็นว่าประวัติศาสตร์การร่างหาได้แสดงถึงคำตอบที่ชัดเจน ว่าผู้ร่างนั้นมีเจตนาให้การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นหนึ่งในวิธีการอุด ช่องว่างตามข้อ 7(2) หรือไม่ ในลำดับต่อมาผู้จัดทำจะขอเสนอบทวิเคราะห์เกี่ยวกับข้อโต้แย้งต่างๆ ในการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่าง ตามข้อ 7(2)

หากพิจารณาแล้วนั้นนอกจากการตีความให้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นหนึ่งใน วิธีการอุดช่องว่างของ CISG จะก่อให้เกิดความสับสนและดูจะขัดแย้งต่อถ้อยคำที่ปรากฏใน บทบัญญัตินั้น ข้อเสียอีกประการหนึ่งนั้นก็คือการตีความเช่นว่าจะขัดต่อหลักการตีความ อนุสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง โดยที่เนื่องจาก CISG นั้นแม้จะเป็น อนุสัญญาที่มีจุดมุ่งหมายในการที่จะทำให้กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายระหว่างประเทศ ของแต่ละรัฐให้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งโดยเนื้อหาสาระส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่กำหนด ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนและเอกชน แต่อย่างไรก็ตามคงต้องตระหนักให้ดีว่า CISG นั้นก็ยังคงมี ความเป็นอนุสัญญาอยู่และเนื้อหาสาระบางส่วนก็เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ เช่นนั้น แล้ว ด้วยสภาพที่อนุสัญญาที่มีจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของ กฎหมายเอกชน (ณ ที่นี้คือ CISG) นั้นมีเนื้อหาสาระภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี เมืองและกฎหมายภายในทำให้เป็นกฎหมายที่มีความคาบเกี่ยวกับกฎหมายทั้งสองระบบ (dualist) ด้วยสภาพคาบเกี่ยวดังกล่าวนี้การตีความที่เข้ามาเกี่ยวข้องจึงประกอบไปด้วย 1. กระบวนการ ตีความที่ปรากฏตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง 2. กระบวนการตีความที่ปรากฏใน

⁶³ *Ibid.*

กฎหมายภายใน⁶⁴ โดยที่ Mann ได้เสนอให้พิจารณาถึงหลักการตีความที่ปรับใช้แก่สนธิสัญญา⁶⁵ เช่นนั้นแล้ว ข้อ 31⁶⁶ และข้อ 32⁶⁷ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับสนธิสัญญา

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Francis A. Mann, The Interpretation of Uniform Statutes, *Law Quarterly Review* (1946), 62, 278-291, Retrieved August 11 2008
<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mann.html>>.

⁶⁶ Article 31 *Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 provides*
“General rule of interpretation

1. *A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*

2. *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:*

(a) *any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;*

(b) *any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.*

3. *There shall be taken into account, together with the context:*

(a) *any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;*

(b) *any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;*

(c) *any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.*

4. *A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”*

⁶⁷ Article 32 of *Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 provides*
“Supplementary means of interpretation

(Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) ต้องนำมาปรับใช้เช่นกัน และตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้นยังเป็นที่ยอมรับว่า เนื่องจากอนุสัญญานั้นจะมีผลกระทบต่อรัฐภาคี ดังนั้นแล้วควรจะต้องตีความสนธิสัญญาอย่างเคร่งครัดเพราะเหตุผลที่ว่ายอมเป็นที่สันนิษฐานได้อยู่แล้วว่ารัฐภาคีปรารถนาที่จะสละเสรีภาพของตนให้น้อยที่สุด⁶⁸ ดังนั้นข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นควรได้รับการตีความอย่างเคร่งครัดโดยมิให้วิธีการอุดช่องว่างตามข้อดังกล่าวนี้หมายรวมถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง มิเช่นนั้นแล้วจะเป็นการตีความที่ลิดรอนอำนาจอธิปไตยของรัฐเนื่องจากการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งยอมหมายถึงโอกาสที่น้อยลงที่กฎหมายภายในแห่งรัฐภาคีจะนำมาปรับใช้แก่กรณี

อย่างไรนั้นแม้ว่าการตีความให้การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างของข้อ 7(2) จะขัดแก่การตีความโดยพิจารณาจากลายลักษณ์อักษรและอาจจะขัดต่อเจตนาของรัฐที่ต้องการจะจำกัดขอบเขตอำนาจอธิปไตยของตนให้น้อยที่สุด แต่ทว่าเหตุผล ข้อสนับสนุน และประโยชน์ในการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นมีด้วยกันหลายประการอันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

-ความเสมอภาค (equality)

เหตุผลในการสนับสนุนการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างแห่ง CISG อยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาถึงความเสมอภาคระหว่างคดี เนื่องจากในกรณีหากช่องว่างในทางกฎหมายที่ปรากฏขึ้นนั้นมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีที่เกิดอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของบทบัญญัติหนึ่ง หากไม่พิจารณาให้ทั้งสองกรณีนั้นมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน ก็อาจจะนำไปสู่ความไม่ยุติธรรม⁶⁹ เนื่องจากในกรณีที่ประเด็นแห่งคดี

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

⁶⁸ Gert Brandner, *supra* note 21.

⁶⁹ John Felemegas, *supra* note 39.

นั้นมีสาระสำคัญที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นก็ควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ซึ่งถ้าหากข้อเท็จจริงที่มีความคล้ายคลึงกันอย่างยิ่งนั้น กลับมีผลแห่งคดีแตกต่างกัน จะเห็นว่าเป็นการขัดกับความเป็นเสมอภาคและความยุติธรรมระหว่างคดี

-การให้เหตุผลบนพื้นฐานของหลักการให้เหตุผลแบบ *argumentum a fortiori* การให้เหตุผลในลักษณะ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น”)

หลัก *argumentum a fortiori* นั้นเป็นหนึ่งในหลักการให้เหตุผลโดยมีตรรกะที่ว่า หากมีสิ่งใดอยู่ย่อมมีอีกสิ่งหนึ่งเช่นกัน

กว่ากรณีปัญหา ดังนั้น หากสิ่งแรกนั้นมีอยู่ อีกสิ่ง “ยิ่งจะต้อง” มีอยู่โดยปริยาย นักกฎหมายที่ใช้หลักการให้เหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุผลหลักในการสนับสนุนการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นก็เช่น Bonell, Enderlein และ Kramer โดยที่ให้เหตุผลในลักษณะที่ว่า เมื่อยอมรับการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปในการอุดช่องว่างแล้วนั้น “ยิ่งต้อง” (*argumentum a fortiori*) ยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเนื่องจากหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นจะนำมาใช้ในกรณีที่กำลังกว้างขวางกว่า (applied in a much wider scale) และเป็นสิ่งไกลห่างไปจากตัวถ้อยคำใน CISG ยิ่งกว่า (further away from the text of the convention)⁷⁰ ดังนั้นการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งเป็นการนำมาบังคับใช้ในขอบเขตที่แคบกว่าและผูกติดกับตัวบทมากกว่าจึงยิ่งสมควรได้รับการยอมรับ

-การตีความโดยคำนึงถึงจุดมุ่งหมายในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย (*uniformity of the law*)

ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย (*uniformity of the law*) จะได้รับการตอบสนองมากที่สุดในการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งจะอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาโดยแท้ (within four corners of the Convention) แนวคิดดังกล่าวได้รับการสนับสนุนอย่างยิ่งโดย Kern ซึ่งยอมรับว่าการยอมรับว่าอุดช่องว่างสามารถกระทำได้โดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปและโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยที่การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นจะมีความเฉพาะเจาะจงกว่าและกระทำได้ง่ายกว่าและสมควรจะเป็นวิธีที่ใช้ในการอุดช่องว่างเป็นลำดับแรกก่อนที่จะอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป⁷¹ โดยที่หากพิจารณาแล้วนั้นการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะทำให้กฎหมายมีความเป็นอันหนึ่งอัน

⁷⁰ Gert Brandner, *supra* note 21.

⁷¹ Bruno Zeller, *supra* note 7.

เดียวกันมากกว่าอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปกรณีของก็เพราะจะเป็นศาลนั้นจะมีอิสระที่น้อยกว่าในการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁷² เนื่องการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งยังจะต้องมีความผูกติดกับถ้อยคำของตัวบทอยู่มาก แต่การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นอนุญาตให้ศาลสามารถใช้ความสร้างสรรค์ซึ่งอาจห่างไกลจากที่ระบุไว้ในถ้อยคำของอนุสัญญา

นอกจากนั้นแล้วหากพิจารณาว่าการยอมรับให้การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นเป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นย่อมทำให้โอกาสที่จะต้องอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลลดลงเนื่องจากบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นอีกอุปกรณ์หนึ่งที่จะนำไปปรับใช้อุดช่องว่างแห่ง CISG นอกเหนือจากหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ซึ่งศาลจะต้องนำมาพิจารณาก่อนที่จะเลือกอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลลง ซึ่งสภาวการณ์ดังกล่าวย่อมลดความไม่แน่นอนอันเกิดจากความแตกต่างของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายภายในของแต่ละรัฐลงได้ ดังนั้นแล้วหากบนพื้นฐานของการตีความโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น (teleological interpretation) นั้นก็อาจจะเห็นได้ว่าการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของ CISG

จากที่พิจารณาจากเหตุผลทั้งหมดทั้งปวงแล้วนั้นจะเห็นได้ว่า มีเหตุผลทั้งในเชิงที่ยอมรับและปฏิเสธการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นวิธีในการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG แต่เมื่อพิจารณาวิเคราะห์อย่างลึกซึ้งแล้วนั้นการตีความให้วิธีการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) ดังกล่าวนั้นหมายรวมถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นจะตอบสนองต่อการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (equal treatment) จุดมุ่งหมายในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย (uniformity) ของ CISG และแม้ว่าโดยแท้การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งและการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นจะเป็นสิ่งคนละอย่างกัน แต่การให้เหตุผลแบบการให้เหตุผลบนพื้นฐานของหลักการให้เหตุผลแบบ *argumentum a fortiori* (การให้เหตุผลในลักษณะ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น”) นั้นก็ให้แสดงให้เห็นในทางตรรกะว่าหากยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปแล้ว “ยิ่งต้อง” ยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บท

⁷² Gert Brandner, *supra* note 21.

กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง สำหรับข้อโต้แย้งที่ว่า การตีความสนธิสัญญานั้นสมควรจะกระทำอย่างเคร่งครัดเพื่อมิให้กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐจนเกินไปนั้น มีข้อโต้แย้งอยู่คือ บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ CISG นั้นกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่เป็นเอกชนตามสัญญาซื้อขายหาใช้รัฐภาคีไม่ ดังนั้นแล้วการหลักตีความสนธิสัญญาควรนำมาใช้เฉพาะกับส่วนที่ 4 ของ CISG เท่านั้น⁷³

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าการยอมรับให้การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างแห่ง CISG จึงมีความเหมาะสมและชอบธรรมแล้วแต่อย่างไรนั้น เพื่อป้องกันการสับสนและความเข้าใจผิดรวมทั้งการขัดแย้งในอนาคตในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนนั้นเสนอให้มีการแก้ไขข้อ 7(2) แห่ง CISG ให้ระบุอย่างชัดเจนว่าวิธีการอุดช่องว่างตามมาตราดังกล่าว นั้นหมายรวมถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย เนื่องจากการที่ไม่มีกรระบุอย่างชัดแจ้งอนุญาตให้มีการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น อาจจะทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ นั่นคือแม้ว่าโดยแท้แล้วศาลจะทำการอุดช่องว่างของ CISG โดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เนื่องจากข้อ 7(2) นั้นหาได้อนุญาตให้ทำการอุดช่องว่างโดยใช้วิธีการดังกล่าว อันอาจจะทำให้ศาลกล่าวอ้างว่าศาลนั้นกระทำการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG อันอาจจะก่อให้เกิดผลในลักษณะประหลาดเพราะหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นจะมีถูกปรับใช้ในขอบเขตกว้างกว่า ขณะที่บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะใช้แก่กรณีที่เนื้อหาแห่งคดีมีความใกล้เคียงกันอย่างมาก ซึ่งหากมีการตัดสินแตกต่างกันอาจทำให้เกิดความไม่ยุติธรรม การที่ศาลอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งแต่กล่าวอ้างว่าใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG จะทำให้หลักที่ได้จากบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำไปปรับใช้ในขอบเขตที่กว้างขวางกว่าที่ควรจะเป็น เช่น ในคดี Oberlandesgericht Düsseldorf, 17. Zivilsenat (02.07.1993)⁷⁴ ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาถึงสถานที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ในกรณีของการชำระค่าเสียหาย ศาลได้พิจารณาคดีโดยผ่านการอุดช่องว่างโดยอ้างว่ามีหลักเกณฑ์ทั่วไปว่า สถานที่ที่ต้องปฏิบัติชำระหนี้ที่เป็นตัวเงินนั้นคือสถานประกอบธุรกิจของเจ้าหนี้ ซึ่งศาลพิจารณาสกัดหลักเกณฑ์มาจากข้อ 57 (1) แห่ง CISG ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวนั้นมีความชอบธรรมในกรณีของการชำระค่าเสียหายเนื่องจากเหตุผลเบื้องหลังของข้อ 57(1) แห่งนั้นคือผู้ซื้อจะต้องแบกรับความเสี่ยงและค่าใช้จ่ายในการชำระราคา

⁷³ Honnold marginal no. 103 as cited in Gert Brandner, *supra* note 21.

⁷⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf, 17. Zivilsenat (02.07.1993)

สินค้าเพราะผู้ซื้อนั้นสามารถควบคุมความเสี่ยงและต้นทุนของการชำระราคาด้วยการเลือกวิธีการชำระราคา เหตุผลเบื้องหลังเช่นว่า (ratio legis) สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีของการชำระค่าเสียหายเนื่องจากไม่มีเหตุผลใดที่ทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมในคดี⁷⁵ เนื่องจากผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเองก็พึงจะต้องรับความเสี่ยงและต้นทุนในการปฏิบัติชำระหนี้ในกรณีของค่าเสียหาย แต่การที่ศาลในคดีดังกล่าวอ้างว่า กฎเกณฑ์ที่ว่าสถานที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ที่เป็นตัวเงินนั้นคือสถานประกอบธุรกิจของเจ้าหนี้มีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปย่อมหมายความว่า กฎเกณฑ์เช่นว่าจะต้องสามารถปรับใช้กับการชำระหนี้ที่เป็นตัวเงินกรณีอื่นได้ทั้งปวงแต่ก็คงมีปัญหาว่าเหตุผลเบื้องหลังที่กล่าวอ้างโดยศาลเยอรมันในคดีเช่นว่าจะสามารถปรับใช้แก่กรณีที่แตกต่างเช่น เกิดการเลิกสัญญาโดยเป็นความผิดของผู้ซื้อ ซึ่งผู้ขายต้องชำระราคาคืน ประเด็นปัญหาคือในกรณีดังกล่าวนั้นผู้ขายควรจะต้องเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงหรือไม่ ซึ่งจะเห็นว่าการอ้างว่ากฎเกณฑ์ที่สกัดมาจากบทบัญญัติเพียงข้อเดียวของ CISG ว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งที่โดยแท้ นั้นอาจจะเพียงการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเนื่องจากการที่ไม่มีการระบุอย่างชัดเจนอนุญาตให้มีการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งนั้นอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในลักษณะเช่นว่าคือจะต้องนำกฎเกณฑ์ที่มีฐานจากการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งไปใช้ในระดับที่กว้างขึ้นเพราะอ้างว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป แต่อย่างไรนั้นปัญหาดังกล่าวนั้นสามารถถูกแก้ไขได้โดยการระบุอย่างชัดเจนถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่ง ซึ่งจะช่วยให้ศาลนั้นสามารถมั่นใจได้ว่าตนสามารถอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งโดยหาจำเป็นที่จะต้องอ้างว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG ซึ่งจะเป็นการก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ที่ปรับใช้แก่กรณีทุกกรณีซึ่งอาจรวมถึงกรณีที่ศาลไม่อาจคาดหมายได้ซึ่งจะทำให้หากปรับกฎเกณฑ์ดังกล่าวเข้าแก่คดีจะทำให้ผลแห่งคดีอาจไม่สอดคล้องต่อความยุติธรรม

ข. หลักเกณฑ์ของการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่ง

การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งนั้นมีพื้นฐานอยู่บนการยอมรับว่าเหตุผลเบื้องหลังของบทบัญญัติบางบทบัญญัติ (ratio legis) สมควรจะนำมาปรับใช้แก่กรณีที่หาได้ต้องตามถ้อยคำของบทบัญญัติเช่นว่า การบทกฎหมายแก่กรณีที่ใกล้เคียงอย่างยี่งกับกรณีที่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีชอบธรรมบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค (equality) ซึ่ง

⁷⁵Gert Brandner, *supra* note 21.

กำหนดให้ทุกสรรพสิ่งได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาค แต่อย่างไรนั้นเนื้อหาของสาระสำคัญของกรณีที่ไม่ตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติและกรณีที่ไม่ตกอยู่ในบังคับนั้นจะต้องไม่แตกต่างกัน การที่จะทราบว่าสาระสำคัญของทั้งสองกรณีนั้นแตกต่างกันหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาให้ได้ว่าเหตุผลรากฐานของตัวบทบัญญัติคือสิ่งใด (identification of ratio legis)⁷⁶

โดยที่มีความหลากหลายทางความเห็นทางวิชาการที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าในกรณีใดนั้นสมควรจะมีการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยที่ Ferrari ได้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาในลักษณะเดียวกันกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่เสนอโดย Bonell โดยมีเนื้อหาที่ว่า หากประเด็นที่มีกฎเกณฑ์อย่างชัดแจ้งตามอนุสัญญานั้น (expressly settled) นั้นมีความใกล้เคียงกับประเด็นปัญหาที่เป็นปัญหา(ประเด็นปัญหาที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดแจ้งตามอนุสัญญา)นั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันอย่างมาก(so closely related) ซึ่งยอมเป็นการไม่ยุติธรรมหากไม่ได้รับผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน ในกรณีเช่นนั้นจึงสมควรมีการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ขณะที่Honnold ได้เสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แตกต่างกันคือจะมุ่งความสนใจไปยังคำถามที่ว่า ทั้งสองกรณีนั้นมีความใกล้เคียงกันอย่างยิ่งถึงขนาดที่ว่าผู้ร่างจะไม่ได้เลือกผลลัพธ์ที่ต่างกัน (would not have deliberately chosen discordant results) โดยที่ Honnold เห็นว่าในสถานการณ์เช่นว่าเท่านั้น ที่จะสมเหตุสมผลว่าการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นจะสามารถกระทำได้อย่างถูกต้องตามเงื่อนไขของ 7(2)⁷⁷

สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ต้องตระหนักไว้นั้นคือกระบวนการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการปรับกฎเกณฑ์หรือแนวทางที่นำมาจากบทบัญญัติที่เฉพาะเจาะจงของCISG ต่อกรณีที่มีความใกล้เคียงกันอย่างยิ่งเพื่อแก้ไขปัญหาคงช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้น ซึ่งขบวนการดังกล่าวนั้นจะต้องไม่ถูกนำมาใช้ปะปนหรือสับสนกับการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป โดยที่ John Felemegas ให้ความเห็นไว้ว่าการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีการอุดช่องว่างที่จะต้องกระทำเป็นลำดับแรก (primary-gap filling) ดังนั้นแล้วจะต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วเท่านั้นจึงจะสามารถปรับใช้การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วซึ่งเป็นการอุดช่องว่างในลำดับที่สองได้ (secondary gap-filling) ไปได้ ซึ่งแม้ว่าการแบ่งแยกระหว่างการอุด

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ John Felemegas, *supra* note 39.

ช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งและการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นอาจจะยังไม่ชัดเจนแต่ก็สมควรที่จะยึดถือลำดับชั้นในการอุดช่องว่างดังกล่าว⁷⁸

โดยที่ตัวอย่างของคดีที่มีการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เช่น

-Dividing Wall Panels Case (Austria 29 June 1999 Supreme Court) โดยคดีดังกล่าวนั้นศาลได้ใช้ข้อ 82 แห่ง CISG ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในการอุดช่องว่างในกรณีของที่เมื่อมีการตกลงสองฝ่ายโดยความยินยอมให้เลิกสัญญา (consensual termination) แล้วนั้นมีการส่งมอบสินค้าคืน (return of the goods) ความเสี่ยงของการสูญหายเสียหายนั้นจะตกที่ผู้ใด โดยที่ในคดีนี้นั้นศาลได้เทียบเคียงข้อ 82 แห่ง CISG มาใช้แก้กรณีปัญหาโดยตัดสินให้ความเสี่ยงนั้นตกอยู่กับผู้ขาย⁷⁹

-คดี Shoe Leather Case (Spoldzielnia Pracy "A" v. M.W.D. GmbH & Co. KG 11 May 2007 [V CSK 456/06]) โดยมีเนื้อหาแห่งคดีที่ว่าในวันที่ 19 มกราคม 2005 นั้นผู้ซื้อ M. W. D. GmbH & Co KG ได้เรียกร้องให้ผู้ขายประเมินราคาของหนัง (leather) ขนาด 4,400 ตารางเมตรโดยให้ส่งสินค้าไปยังโรงงานทำรองเท้าที่รัฐเยอรมันอันเป็นของบุคคลที่สาม โดยที่ผู้ขายได้ทำคำเสนอขายผ้าหนังสัตว์สำหรับทำรองเท้าทหารให้แก่ผู้ซื้อ และ ณ วันที่ 24 มกราคม 2000 ผู้ซื้อได้ทำคำสนองรับคำเสนอขายของผู้ขายได้ทำการส่งสินค้าไปยังโรงงานที่เยอรมันตามที่ตกลง

ผู้ซื้อนั้นหาได้ทำการตรวจสอบสินค้าหลังจากที่สินค้าที่ถูกขนส่งมาถึง แต่ได้ตรวจสอบหลังจากที่ได้นำตัวผ้าหนังสัตว์ไปผลิตเป็นรองเท้าแล้วนั้น the German Federal Bureau for Technical Defense and Supply ได้พบเห็นว่าตัวผ้าหนังสัตว์นั้นไม่ได้เป็นไปตามที่ตกลง เมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2000 ผู้ซื้อได้แจ้งแก่ผู้ขายว่าสินค้าไม่เป็นไปตามที่ตกลงตามสัญญาและร้องขอให้ผู้ซื้อส่งมอบใบรับรองเกี่ยวกับการควบคุมคุณภาพและแจ้งกำหนดระยะเวลาให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าที่ตรงตามที่ตกลงในสัญญา โดยที่ ณ วันที่ 17 ธันวาคม 2002 ผู้ขายปฏิเสธที่จะส่งมอบสินค้าทดแทน (substitute goods) และเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2002 ผู้ซื้อแจ้งต่อผู้ขายว่าขอเลิกสัญญา

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Please see Dividing wall panels case (Austria 29 June 1999 Supreme

Court), Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no. 422

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990629a3.html>>.

โดยที่ศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการอุดช่องว่างในประเด็นปัญหาในสิทธิการปฏิเสธไม่ชำระราคาของสินค้าเนื่องจากยังไม่ได้มีการส่งมอบสินค้าทดแทนไว้ในลักษณะที่ว่า ตามแนวคิดทางกฎหมายนั้นหากว่าผู้ซื้อได้เรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าทดแทน (substitute goods) ผู้ขายย่อมไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ซื้อชำระราคาจนกว่าผู้ขายจะได้ส่งมอบสินค้าเช่นว่าซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG เกี่ยวกับการชำระหนี้ต่างตอบแทน แต่อย่างไรนั้น CISG มิได้กำหนดถึงขนาดว่าสินค้าที่ส่งมอบนั้นจะต้องตรงตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอย่างไรข้อแตกต่างแม้แต่เล็กน้อย (perfectly comply with the terms of the contract) แต่หากผู้ซื้อนั้นถูกพรากไปจากสิ่งที่ผู้ซื้อคาดหวังหรือก็คือมีการผิดสัญญาในขั้นรากฐาน (fundamental breach) หากผู้ซื้อเรียกร้อง ผู้ขายต้องส่งมอบสินค้าทดแทนให้และจนกว่าจะมีการส่งมอบสินค้าทดแทนเช่นว่า ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ชำระราคาเพราะมิเช่นนั้นแล้วหากผู้ขายได้รับราคาย่อมมีนัยว่าผู้ขายได้รับการชำระหนี้ทั้งที่ตนไม่ได้ปฏิบัติชำระหนี้ของตน โดยที่ศาลพิจารณาว่าแม้ว่าบทบัญญัติข้อ 46⁸⁰ แห่ง CISG นั้นหาได้ระบุว่า การเรียกร้องให้ส่งมอบสินค้าทดแทนนั้นมีผลทางกฎหมายทำให้ผู้ซื้อปฏิเสธไม่ชำระหนี้ในราคาสินค้าของตนโดยอัตโนมัติเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าววางกฎเกณฑ์เฉพาะสิทธิในการเรียกร้องให้ส่งมอบสินค้าเท่านั้น แต่อย่างไรนั้นศาลในคดีดังกล่าวเห็นว่าแม้ไม่สามารถปรับใช้บทบัญญัติในข้อ 71⁸¹ แห่ง CISG ที่วางหลัก

⁸⁰ Article 46 (2) of CISG provides

“ If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.”

⁸¹ Article 71 of CISG provides

“(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

(a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness;

or

(b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing

เกี่ยวกับสิทธิในการปฏิบัติที่จะไม่ชำระหนี้หากคาดหมายได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะผิดสัญญาในอนาคต (an anticipatory breach) ปรับแก้กรณีแห่งคดีได้เนื่องจากไม่ปรากฏถึงข้อเท็จจริงถึงการคาดหมายได้ถึงการผิดสัญญาในอนาคตของผู้ขายแต่อย่างใดนั้นศาลในคดีดังกล่าวเห็นว่าหลักเกณฑ์ในข้อ 71 นั้นสามารถนำมาปรับใช้แก้คดีในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรืออาจจะถือว่าบทบัญญัติในข้อ 71 นั้นเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่ง CISG อันก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ที่ว่าหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาในชั้นรากฐาน คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิไม่ปฏิบัติชำระหนี้เพื่อเป็นการสำรองหรือบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติชำระหนี้ของตนให้ถูกต้อง⁸²

4.3.3. การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG

ก. หลักเกณฑ์ของการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG

เมื่อการอุดช่องว่างแห่งอนุสัญญานั้นไม่สามารถกระทำได้โดยการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยั้งนั้น การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอันเป็นรากฐานแห่ง CISG ก็จะถูกนำมาปรับใช้ โดยที่การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวแตกต่างจากการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยั้งนั้นในลักษณะที่มีได้เป็นการหาคำตอบให้แก่คำถามโดยการขยายบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องอย่างยั้งแก่กรณีที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าว แต่เป็นการอุดช่องว่างที่โดยใช้รากฐานของกฎเกณฑ์ในอนุสัญญาซึ่ง

over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance."

⁸² Please see Poland 11 May 2007 Supreme Court of Poland (Shoe leather case) Retrieved February 21 2009 from
<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070511p1.html>>

สามารถนำมาใช้ในบริบทที่กว้างขึ้นเนื่องจากลักษณะที่เป็นการทั่วไปของสิ่งที่เป็นรากฐานของกฎเกณฑ์⁸³ การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นเป็นสิ่งที่ปรากฏโดยทั่วไปในรัฐในระบบที่วิลลอร์ อาทิประมวลกฎหมายแพ่งของออสเตรีย อิตาลี สเปน อียิปต์ และพระราชบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของโครเอเชีย⁸⁴

ในประเด็นอันเกี่ยวกับคำจำกัดความของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นในยังไม่มียุติที่แน่ชัดเกี่ยวกับความหมายถึงถ้อยคำเช่นว่าในงานของนักกฎหมายต่างๆ โดยที่ส่วนใหญ่จะกล่าวโดยอ้างถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG โดยมีได้มีการขยายความเพิ่มเติมแต่อย่างใด⁸⁵ โดยที่ Honnold เห็นว่าหลักหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นคือจะต้องผูกติดกับหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานแห่งเหตุผลของบทบัญญัติต่างๆ ของอนุสัญญา⁸⁶ ขณะที่ Brandner นั้นได้ให้นิยามของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ว่า หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นจะเป็นสิ่งที่เป็นรากฐานของตัวอนุสัญญาทั้งฉบับ โดยที่หลักเกณฑ์เหล่านั้นจะต้องมีความสำคัญถึงขนาดที่ว่าถ้าหากปราศจากหลักเกณฑ์เช่นว่าแล้วนั้นอนุสัญญาทั้งฉบับอาจไม่สามารถดำรงอยู่ได้⁸⁷ แต่การนิยามเช่นว่าค่อนข้างจะมีความเป็นนามธรรมสูงทำให้อาจจะไม่สามารถช่วยในการพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้างได้มากเท่าไร และแม้ว่าจะมีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่จะให้มีการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG แต่ก็หาไม่มีบทบัญญัติอื่นใดใน CISG ที่กำหนดถึงการพิจารณาว่าสิ่งใดคือหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG หรือวิธีการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวในการอุดช่องว่างหลังจากสามารถพิจารณาได้ว่าหลักเกณฑ์ใด

⁸³ John Felemegas, *supra* note 39.

⁸⁴ 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>>

⁸⁵ Shani Salama, PRAGMATIC RESPONSES TO INTERPRETIVE IMPEDIMENTS: ARTICLE 7 OF THE CISG, AN INTER-AMERICAN APPLICATION, Retrieved February 21 2009 from West Law Database.

⁸⁶ John O. Honnold, *supra* note 14, p.155.

⁸⁷ Gert Brandner, *supra* note 21.

เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ด้วยเหตุผลดังกล่าวนั้นประกอบกับธรรมชาติที่ค่อนข้างเป็นนามธรรมของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ทำให้ความเห็นทางกฎหมายว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวนั้นประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้างนั้นค่อนข้างจะหลากหลาย ขณะที่ Hillman ยอมรับถึง 4 นโยบายรากฐานอันได้แก่ หลักความเป็นอิสระของสัญญา (freedom of contract) หลักการส่งเสริมความร่วมมือและความสมเหตุสมผล (promoting cooperation and reasonableness) หลักการเอื้อให้เกิดสัญญาแม้ว่าจะมีความผิดพลาด (facilitate the successful exchange even something goes awry/favour contract) และระงับข้อพิพาทต่อคู่สัญญาที่ได้รับ ความเสียหายจากการผิดสัญญา (compensating injured for breach)⁸⁸ ในทางกลับกัน Margus นั้นแสดงให้เห็นว่าตนได้ค้นพบหลักเกณฑ์ทั่วไปไม่น้อยกว่า 26 หลัก⁸⁹ โดยเมื่อได้ทำการพิจารณา เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งถูกเสนอโดยนักกฎหมายทั้งสองท่าน จะพิจารณาได้ว่าความแตกต่างที่ปรากฏนั้นหาได้ปรากฏแค่ในเรื่องของจำนวนหรือการตั้งชื่อของหลักเกณฑ์ (label) แต่ยังคงแตกต่างกันในเนื้อหาสาระ โดยที่ความแตกต่างของการตั้งชื่อนั้นไม่ค่อยนำมาซึ่งปัญหาเนื่องจากการตั้งชื่อนั้นไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในผลของหลักเกณฑ์ แต่ทว่าความแตกต่างในเนื้อหานี้ จะก่อให้เกิดปัญหาอย่างยิ่ง⁹⁰ ดังนั้นแล้วแม้ว่านักกฎหมายจะเสนอหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG โดยที่ตั้งชื่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วยชื่อเดียวกันแต่หาได้หมายความว่า นักกฎหมายดังกล่าวจะมีความเห็นสอดคล้องกันในเรื่องเนื้อหาของหลักเกณฑ์ดังกล่าว

ด้วยเหตุผลหลายประการที่กล่าวมานั้นจะเห็นว่าการที่จะชี้ให้ชัดว่าหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นมีหลักเกณฑ์ใดบ้างนั้นค่อนข้างที่จะเป็นไปได้ โดยที่ Bruno Zeller ได้ให้ความเห็นไว้ในเชิงที่ว่า มันแทบที่จะเป็นไปได้ที่จะได้คำตอบที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจากการพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้าง แต่

⁸⁸ Please see R.A. Hillman, "Applying the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Elusive Goal for Uniformity" Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1995) 21-49, Retrieved December 11 2007 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hillman1.html>>

⁸⁹ Please see Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, Retrieved August 11 2008 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>>

⁹⁰ Bruno Zeller, *supra* note 7.

แม้ว่ายังไม่อาจได้ความเห็นที่สอดคล้องกันในเรื่องดังกล่าว ก็ไม่สามารถปฏิเสธถึงการมีอยู่ของ หลักกฎหมายทั่วไปเช่นว่าได้⁹¹ ด้วยเหตุนี้แล้วนั้นรายงานฉบับนี้จะไม่ขอมุ่งเน้นในการพิจารณาว่า หลักเกณฑ์ทั่วไปอันอาจจะถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้าง

แต่อย่างไรนั้น ณ ที่นั้น ผู้จัดทำจะขอกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่ถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ตามความเห็นทั่วไปของ Ulrich Magnus เพื่อเป็นแนวทางในการ พิจารณาเบื้องต้นว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นอาจจะประกอบไปด้วยหลัก ใดบ้าง

โดยในลำดับต่อไปนั้นผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างหลักกฎหมายที่มีสถานะเป็น หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ในความคิดของ Ulrich Magnus เพื่อเป็นตัวอย่างใน เบื้องต้นของหลักเกณฑ์ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่จะมีสถานะหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ประกอบไปด้วยหลักกฎหมาย 26 หลัก⁹² โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁹³

(1)หลักความเป็นอิสระของคู่สัญญา (Party autonomy)

นักกฎหมายทั้งหลายมีความคิดเห็นตรงกันว่าตามบทบัญญัติข้อ 6 แห่ง CISG นั้น ข้อตกลงของสัญญานั้นย่อมมีผลอยู่เหนือบทบัญญัติอื่นใดของ CISG เว้นแต่บทบัญญัติข้อ 12 ใน เรื่องข้อสงวนในเรื่องแบบ(reservation as to form) และประเด็นในเรื่องความมีผลบังคับใช้ของข้อ สัญญา (validity) อันอยู่ภายนอกขอบเขตของ CISG อันจะต้องพิจารณาตามกฎหมายภายในด้วย ผลของบทบัญญัติข้อ 4 (a)⁹⁴ และหลักสุจริตตามบทบัญญัติข้อ 7(1) โดยที่อำนาจของคู่สัญญาที่

⁹¹ Bruno Zeller, *supra* note 7.

⁹² Please see Ulrich Magnus, *supra* note 89.

⁹³ การอธิบายรายละเอียดของหลักเกณฑ์ทั้ง 26 หลักนั้นจะยึดคำอธิบายของ Ulrich Magnus เป็นหลักโดยที่ผู้จัดทำได้รวบรวมความคิดเห็นของนักกฎหมายท่านอื่นๆเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์เดียวกันนั้นมาไว้ในคำอธิบายเช่นกันเพื่อประโยชน์ในการศึกษาในลำดับต่อไป

⁹⁴ Article 4 of CISG provides

“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:

จะกำหนดกฎเกณฑ์เหนือความสัมพันธ์ระหว่างกันเองนั้นมีอยู่อย่างไม่จำกัด ขณะที่ CISG เป็นเพียงเครื่องมือเสริมในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดประเด็นดังกล่าวไว้ในสัญญาเท่านั้น⁹⁵

สถานะของหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญา (party autonomy) ในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นค่อนข้างจะมีความชัดเจนเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากเป็นหลักพื้นฐานทั่วไปของการทำสัญญารวมทั้งมีความเห็นของนักกฎหมายในแนวทางที่สอดคล้องกัน⁹⁶

(2) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*Pacta sunt servanda*)

แม้ว่าหลักพื้นฐานที่ว่าสัญญานั้นย่อมผูกพันคู่สัญญาหาได้ปรากฏใน CISG ไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวนี้เป็นรากฐานของบทบัญญัติหลายบทบัญญัติใน CISG อาทิ เช่น บทบัญญัติข้อที่ 30⁹⁷ และบทบัญญัติข้อที่ 53⁹⁸ ซึ่งกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาในการส่งมอบสินค้าและชำระราคา ขณะที่บทบัญญัติข้อ 71-73 และข้อ 79 ยืนยันว่าผลผูกพันแห่งสัญญานั้นจะไม่สิ้นสุดเพียงเพราะการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยของบริบทแวดล้อม (simple change of circumstances) หรือการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาตกเป็นพ้นวิสัย⁹⁹ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามข้อ 79 วรรค 1

(3) หลักสุจริต (*good faith*)

(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.”

⁹⁵ Ulrich Magnus, *supra* note 89.

⁹⁶ Please see R.A. Hillman, *supra* note 88.

⁹⁷ Article 30 of CISG provides

“The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention”

⁹⁸ Article 53 of CISG provides

“The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention.”

⁹⁹ Magnus, *supra* note 89.

บทบัญญัติข้อ 7(1) แห่ง CISG ได้บัญญัติถึงหลักสุจริตไว้ในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปของการตีความบทบัญญัติแห่ง CISG โดยที่หากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำของมาตรา 7(1) ที่บัญญัติว่า “ในการตีความอนุสัญญาฉบับนี้ จะต้องคำนึงถึงลักษณะระหว่างประเทศ (*international character*) และความจำเป็นในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย (*the need to promote uniformity*) ในการปรับใช้อนุสัญญาและการเคารพซึ่งหลักสุจริตในทางการค้าระหว่างประเทศ” จะพบว่าหลักสุจริตนั้นจะนำไปใช้เฉพาะการตีความบทบัญญัติแห่ง CISG” แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายส่วนมากมีความคิดเห็นที่ว่าหลักสุจริตนั้นย่อมนำมาปรับใช้ในการตีความข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาเช่นกันรวมทั้งปรับใช้กับความสัมพันธ์ทางกฎหมายทั้งปวงระหว่างคู่สัญญาแต่ทว่าจะนำหลักสุจริตซึ่งมีความเป็นนามธรรมสูงมาปรับใช้ในฐานะเครื่องมือในการวินิจฉัยคดีนั้นจะต้องมีการระบุเฉพาะเจาะจงลงไปว่าจะนำหลักดังกล่าวมาใช้ในลักษณะเช่นใด ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีการตีความบทบัญญัติข้อ 7(1) แห่ง CISG ให้มีความหมายอย่างกว้างโดยให้ครอบคลุมอย่างน้อยถึงการป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (*prohibition against abuse*) และหลักห้ามการกระทำที่ขัดแย้งกับการกระทำก่อนหน้า (*venire contra factum proprium*) โดยรูปแบบการปรับใช้หลักสุจริตในทั้งสองกรณีนั้นปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของ CISG เช่น บทบัญญัติข้อ 29(2)¹⁰⁰ ซึ่งห้ามคู่กรณีอ้างถึงข้อกำหนดของสัญญาที่ว่า การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงของสัญญานั้นต้องกระทำเป็นหนังสือหากมีตกลงยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาโดยวาจาโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ตกลงเลิกสัญญาหรือแก้ไขโดยวาจาโดยมีเหตุจากพฤติการณ์ของคู่สัญญาฝ่ายแรกซึ่งเป็นการห้ามการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเหนือข้อสัญญาเกี่ยวกับการทำเป็นหนังสือ ขณะที่การปรับใช้หลักสุจริตในรูปแบบของหลักการห้ามการกระทำที่ขัดแย้งกับการกระทำก่อนหน้า (*venire contra factum proprium*) ปรากฏในบทบัญญัติข้อ 80¹⁰¹ ซึ่งได้กำหนดลักษณะของการปรับใช้หลักสุจริตใน

¹⁰⁰ Article 29 of CISG provides

“(1) A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties.

(2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.”

¹⁰¹ Article 80 of CISG provides

ลักษณะที่ทั่วไปกว่าในกรณีแรกโดยบัญญัติมิให้คู่สัญญาแสวงหาประโยชน์จากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และมาตรา 16(2)(b)¹⁰² ซึ่งได้วางหลักการห้ามเพิกถอนข้อเสนอสั่งซื้อซึ่งก่อให้เกิดความไว้วางใจแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย และบทบัญญัติข้อ 50(2)¹⁰³ ซึ่งวางหลักการห้าม ลดราคาสินค้า (no price reduction) ถ้าหากเจ้าหนี้ปฏิเสธการเยียวยา (cure) โดยไม่มีเหตุชอบธรรม โดยที่ในบางกรณีนั้นมีการตีความขยายหลักสุจริตที่ปรากฏในบทบัญญัติข้อ 7(1) ให้หมายรวมถึงว่าคู่กรณีต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับมาตรฐานของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความระมัดระวังอย่างยิ่งในแวดวงการค้าระหว่างประเทศ (prudent businessmen in international trade)¹⁰⁴

(4) หลักการคุ้มครองความไว้วางใจ (Reliance protection)

โดยที่หลักดังกล่าวนี้ปรากฏในบทบัญญัติของ CISG เช่น

“A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission.”

¹⁰² Article 16

(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked:

(a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or

(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.”

¹⁰³ Article 50 of CISG provides

“If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price.”

¹⁰⁴ Magnus, *supra* note 89.

-บทบัญญัติข้อ 16(2)(b)¹⁰⁵ที่วางหลักในลักษณะที่ว่าคำเสนอนั้นไม่อาจจะถูกเพิกถอนได้แม้ว่าผู้รับคำเสนอจะยังมีได้ทำการส่งคำสนองถ้าหากผู้รับคำเสนอได้ดำเนินการไปบนพื้นฐานของความไว้วางใจในคำเสนอ

-บทบัญญัติข้อ 35(2)(b)¹⁰⁶ได้วางหลักเกี่ยวกับความไว้วางใจในฝีมือ (reliance on seller's special skill)¹⁰⁷

-บทบัญญัติข้อ 42(2)(b)¹⁰⁸ได้วางหลักว่าผู้ขายไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความบกพร่องของสินค้าหากได้กระทำตามรายละเอียดที่ได้กำหนดมาโดยผู้ซื้อ (buyer's specifications)

¹⁰⁵ Article 16 of CISG provides

“(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked:

(a).....

(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.”

¹⁰⁶ Article 35 of CISG provides

(1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.

(2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:

(a).....

(b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement;

(c).....

¹⁰⁷ Magnus, *supra* note 89.

¹⁰⁸ Article 42 (2) (b) of CISG provides

บทบัญญัติดังกล่าวนั้นสะท้อนแนวคิดของการคุ้มครองความไว้วางใจของคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตามหลักสุจริตนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับหลักที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่สร้างสถานการณ์ ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไว้วางใจนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อผลลัพธ์ที่ตามมา¹⁰⁹ หรือหลักของการ คุ้มครองความไว้วางใจอย่างยิ่งจนก่อให้เกิดปัญหาว่าหลักสุจริตโดยเฉพาะหลักสุจริตที่ปรากฏใน รูปแบบของหลักการห้ามการกระทำที่ขัดแย้งกับการกระทำก่อนหน้า (*venire contra factum proprium*) นั้นมีความแตกต่างกันอย่างไร โดยที่ Magnus ได้ให้ความเห็นว่า “เส้นแบ่งระหว่าง กรณีที่ต้องปรับใช้หลักการห้ามการกระทำที่ขัดแย้งกับการกระทำก่อนหน้า (*venire contra factum proprium*) และกรณีที่ต้องปรับใช้หลักการคุ้มครองความไว้วางใจของคู่สัญญานั้นมีความไม่ชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามเบื้องต้นย่อมสามารถพิจารณาได้ว่ากรณีที่จะปรับใช้หลักหลักการคุ้มครองความ ไว้วางใจนั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องไว้วางใจในการกระทำบางอย่างของคู่สัญญาอีกฝ่ายแต่การ ปรับใช้หลักการห้ามการกระทำที่ขัดแย้งกับการกระทำก่อนหน้า (*venire contra factum proprium*) หากจำเป็นต้องมีข้อเท็จจริงเช่นว่า”¹¹⁰

(5) มาตรฐานความสมเหตุสมผล (*Standard of reasonableness*)

หากพิจารณาแล้วนั้นมีการปรับใช้มาตรฐาน “ความสมเหตุสมผล” (*Standard of reasonableness*) ในหลายบทบัญญัติของ CISG และใช้ในหลายลักษณะคือ

- การปรับใช้มาตรฐาน “ความสมเหตุสมผล” ในการตีความถ้อยคำ (*statement*) ของ คู่สัญญาอันปรากฏในบทบัญญัติทั่วไปในข้อ 8(2) และข้อ 8(3)

- การปรับใช้มาตรฐาน “ความสมเหตุสมผล” กับกำหนดระยะเวลา (*time limits*) ใน กรณีของบทบัญญัติข้อ 18 ข้อ 34 ข้อ 39(1) ข้อ 43 ข้อ 46 ข้อ 47 ข้อ 48 ข้อ 49 ข้อ 64 ข้อ 65 ข้อ 73 ข้อ 75 ข้อ 79

(2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:

(a).....

(b) the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

¹⁰⁹ Magnus, *supra* note 89.

¹¹⁰ *Ibid.*

-การปรับใช้มาตรฐาน“ความสมเหตุสมผล”กับพฤติกรรมของคู่สัญญาในกรณีของ
บทบัญญัติข้อ 16 ข้อ 25 ข้อ 34 ข้อ 38 ข้อ 44 ข้อ 72 ข้อ 75 ข้อ 76 ข้อ 77 ข้อ 85 ข้อ 86 ข้อ 88

Magnus ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของมาตรฐาน“ความสมเหตุสมผล”ไว้
ว่า “โดยทั่วไปคือมาตรฐานในลักษณะภาวะวิสัย (*an objective standard*) ซึ่งจะต้องปรับใช้บน
พื้นฐานของมุมมองของบุคคลที่มีความเป็นกลางและมีความระมัดระวังอย่างยิ่งในสถานการณ์
เช่นเดียวกัน”¹¹¹

(6) หลักการเสียซึ่งสิทธิเนื่องด้วยมิได้ใช้สิทธิในเวลาอันควร (*Forfeiture*)

หลักดังกล่าวยังคงมีข้อโต้แย้งกันว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานหรือไม่
แต่สำหรับ Magnus นั้นมองว่า “CISG นั้นได้ยอมรับแนวคิดของการเสียซึ่งสิทธิเนื่องด้วยมิได้ใช้
สิทธิในเวลาอันควร (*Forfeiture*) อันปรากฏอยู่ในหลายระบบกฎหมายอันมีหลักเกณฑ์ที่ว่า
คู่สัญญาย่อมเสียซึ่งสิทธิของตนหากไม่ยืนยันถึงการใช้สิทธิของตนเกินกว่าระยะเวลาที่กำหนดไว้
ซึ่งอาจทำให้ลูกหนี้มีความเข้าใจที่ว่าเจ้าหนี้พึงจะไม่ใช้สิทธิของตน โดยที่หลักเกณฑ์เช่นนั้น
สามารถถูกสกัดมาจากบทบัญญัติต่างๆที่คุ้มครองความไว้วางใจของคู่สัญญา ดังนั้นแล้วย่อม
สามารถปรับใช้หลักดังกล่าวในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วซึ่ง CISG มีรากฐานโดยหาจำต้องปรับใช้ใ
ฐานะหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในโดยผ่านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแต่อย่างไร
โดยที่หลักการเสียซึ่งสิทธิเนื่องด้วยมิได้ใช้สิทธิในเวลาอันควรนั้นสามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีของ
บทบัญญัติข้อ 46(1)¹¹² แห่ง CISG ซึ่งมีได้กำหนดระยะเวลาของการใช้สิทธิของผู้ซื้อที่จะเรียกร้อง
ให้ผู้ซื้อปฏิบัติชำระหนี้ ดังนั้นกำหนดระยะเวลาที่ต้องนำมาปรับใช้คือกำหนดระยะเวลาอายุความ
ของกฎหมายภายในซึ่งในบางกรณีนั้นเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร ดังนั้นในความคิดเห็น
ของข้าพเจ้าผู้ซื้อสามารถเสียซึ่งสิทธิของตนในการได้รับการส่งมอบสินค้าหากผู้ซื้อไม่ใช้สิทธิของ
ตนภายในระยะเวลาที่สมควร (เช่นเกินกว่า 1ปี)”¹¹³

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Article 46 (1) of CISG provides

“(1) *The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.*”

¹¹³ Magnus, *supra* note 89.

อย่างไร้ในคดี *Tuzzi Trend Tex Fashion v. Keijer-Somers*¹¹⁴ นั้นได้มีการนำหลักเสียซึ่งสิทธิเนื่องด้วยมิได้ใช้สิทธิในเวลาอันควร (Forfeiture) มาอุดช่องว่างแก่คดีแต่มิใช่ในฐานะของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานในฐานะของกฎหมายภายในอันเป็นกฎหมายที่ปรับใช้แก่คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

(7) *หลักความแพร่หลายของแนวปฏิบัติ (Prevalence of usage)*

หลักความแพร่หลายของแนวปฏิบัติเป็นหนึ่งในหลักเกณฑ์ที่ถือเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานของ CISG โดยปราศจากข้อโต้แย้ง โดยที่แนวปฏิบัติทางการค้าในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องนั้นนอกจากจะปรับใช้ในการตีความสัญญาของคู่สัญญาแล้ว ตามบทบัญญัติข้อ 9¹¹⁵ แห่ง CISG ก็ควรจะถูกนำไปปรับใช้แก่การตีความอนุสัญญาเช่นกันเพื่อแก้ไขกรณีที่ไม่มีความแน่ชัด แต่อย่างไร้หากแนวปฏิบัติทางการค้าที่จะมีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นจะต้องผ่านเงื่อนไขที่เข้มงวดเช่นเดียวกันกับแนวปฏิบัติทางการค้าที่จะนำมาปรับใช้ในการตีความข้อสัญญาตามบทบัญญัติข้อ 9 แห่ง CISG คือจะต้องเป็นแนวปฏิบัติอันเป็นที่รับรู้ในระดับระหว่างประเทศและปฏิบัติตามอย่างสม่ำเสมออาจจะทำให้โอกาสที่จะนำแนวปฏิบัติทางการค้าเป็นเครื่องมือในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานมีความเป็นไปได้ยาก¹¹⁶

(8) *หลักความไม่จำเป็นของแบบ (Lack of form requirements)*

หลักความไม่จำเป็นของแบบนี้มีที่มาจากบทบัญญัติข้อ 11 แห่ง CISG อันบัญญัติในลักษณะที่ว่าสัญญาซื้อขายนั้นไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือโดยที่

¹¹⁴ Netherlands 5 October 1994 District Court Amsterdam (*Tuzzi Trend Tex Fashion v. Keijer-Somers*) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941005n1.html>>.

¹¹⁵ Article 9

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

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

¹¹⁶ Magnus, *supra* note 89.

แม้ว่ามาตรา 11 แห่ง CISG นั้นจะปรับใช้เฉพาะแก่รูปแบบของการทำสัญญาหรือหลักฐานของสัญญา Magnus เห็นว่า มีความชอบธรรมที่สกัดหลักเกณฑ์ทั่วไปจากบทบัญญัติดังกล่าวและมีขอบเขตบังคับใช้ถึงการแสดงออกของคู่สัญญาในทุกกรณีรวมทั้ง การส่งคำเตือนการไม่ปฏิบัติตามสัญญา (as notice of lack of conformity) การเลิกสัญญา (declaration of contract avoidance), ว่าปราศจากความจำเป็นจะต้องทำตามแบบใดๆ¹¹⁷

แต่อย่างไรนั้นก็มีประเด็นที่น่าพิจารณาเป็นอย่างยิ่งว่าหากคู่สัญญาคนหนึ่งคนใดมีสถานประกอบการในรัฐที่ได้ทำข้อสงวนตามข้อ 12 และ 96 แห่ง CISG ที่จะไม่นำหลักเกณฑ์ตามข้อ 11 มาปรับใช้ ศาลหรืออนุญาโตตุลาการสามารถนำหลัก “ความไม่จำเป็นของแบบ” มาอุดช่องว่างในคดีในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานหรือไม่

(9) หลักการส่งเสริมให้สัญญายังคงอยู่ (*Favor contractus*)

หากพิจารณานั้น CISG ได้อนุญาตให้มีการเลิกสัญญาได้ด้วยเงื่อนไขที่ค่อนข้างจำกัดและเป็นหนทางสุดท้าย (under narrow conditions and as a last resort) โดยที่หากมีหนทางที่เป็นไปได้ นั่นคือการสูญเสียทางเศรษฐกิจอันมีเหตุมาจากการเลิกสัญญานั้นควรจะถูกลีกเลียงโดยสมควรจะมีการอนุญาตให้มีการเลิกสัญญาต่อเมื่อความร้ายแรงของการผิดสัญญานั้นอยู่ในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ โดยที่การปรับใช้หลักหลักการส่งเสริมให้สัญญายังคงอยู่ (*Favor contractus*) ในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG นั้นมีรากฐานนั้นย่อมทำให้ต้องนำหลักเกณฑ์มาปรับใช้กับทั้งกรณีที่เป็นการผิดสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของ CISG อย่างชัดเจนและการผิดสัญญาที่มีได้ตกอยู่ภายใต้ CISG อย่างชัดเจน¹¹⁸

(10) หลักหน้าที่ในการหลีกเลี่ยงความเสียหาย (*Duty to avoid damages*)

แนวคิดทางกฎหมายเช่นว่านั้นมีรากฐานจากบทบัญญัติข้อ 77¹¹⁹ แห่ง CISG ซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาที่ต้องการได้รับการเยียวยาจากความเสียหายจะต้องทำให้ความเสียหายที่เกิด

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Article 77 of CISG provides

“A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may

ขึ้นอยู่กับระดับที่น้อยที่สุด และหากพิจารณาเพิ่มเติมจากบทบัญญัติข้อ 85 และ 86¹²⁰ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่ว่าคู่สัญญาที่ครอบครองสินค้าที่จะต้องส่งมอบคืนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายอยู่นั้นพึงมีหน้าที่ต่างหากเพิ่มขึ้นในบางสถานการณ์นั้นคือหน้าที่ในการรักษาดูแลสินค้า ซึ่งบทบัญญัติที่กล่าวมาเบื้องต้นนั้นอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่สามารถนำมาปรับใช้ในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ว่า คู่สัญญาฝ่ายที่มีการครอบครองเหนือสินค้าจะต้องใช้ความระมัดระวังที่สมควรในการดูแลสินค้า (reasonable care) และหลีกเลี่ยงความเสียหาย (avoid damage) และหากจะพิจารณาให้ลึกซึ้งไปกว่านั้นหน้าที่ในการดูแลสินค้าภายใต้ข้อ 85 แห่ง CISG นั้นจะไม่ปรับใช้เฉพาะแก่ตัวสินค้าเท่านั้นแต่ต้องนำมาปรับใช้แก่วัตถุอันผู้ซื้อได้จัดหาได้ด้วย¹²¹

(11) หน้าที่ทั่วไปในการให้ความร่วมมือ (General duty to cooperate)

หน้าที่ทั่วไปในการให้ความร่วมมือนั้นเป็นหน้าที่เพิ่มเติมนอกเหนือจากหน้าที่หลักของผู้ซื้อและผู้ขาย โดยที่หากพิจารณาตั้งแต่หน้าที่ในการรักษาสินค้าที่จะต้องส่งมอบคืนในบทบัญญัติหน้าที่ในการยอมรับการเยียวยา (duty to accept cure) ในบทบัญญัติข้อ 34 37 และ 48 หน้าที่ในการหลีกเลี่ยงความเสียหายตามข้อ 77 รวมถึงหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลคู่สัญญาอีกฝ่าย หน้าที่ทั้งหลายเหล่านี้ล้วนมีนัยที่ว่าคู่สัญญาจะต้องมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือซึ่งกันและกันซึ่งอาจจะทำให้พิจารณาได้ว่ามีการมีอยู่ของหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถปฏิบัติชำระหนี้ได้โดยจะต้องไม่ให้เกิดความเสี่ยงต่อความล้มเหลวของการไม่บรรลุนิติประสงค์ของสัญญา อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายบางท่านเช่น Ferrari มองว่าหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG แยกออกจากหน้าที่ทั่วไปในการให้ความร่วมมือ¹²² แต่อย่างไรนั้น Magnus เห็นว่าเนื่องจากหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้มีการกำหนดรายละเอียดไว้อย่างครบถ้วนในอนุสัญญา

claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated."

¹²⁰ Please see Article 85 and 86 of CISG.

¹²¹ Magnus, *supra note* 89.

¹²² Franco Ferrari, *Uniform Interpretation of The 1980 Uniform Sales Law*, Georgia Journal of International and Comparative Law (1994-95), 24, Retrieved at March 5 2008 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/franco.html>>

แล้วจึงเป็นที่น่าพิจารณาว่าจะมีหน้าที่ในลักษณะทั่วไปที่เพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ใน CISG หรือไม่

(12) หน้าที่ในการจ่ายค่าเสียหาย (*Duty to pay damages*)

หลักที่ว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายนั้นจะต้องจ่ายค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายทั้งปวงที่เกิดขึ้นต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายเนื่องจากการผิดสัญญาของตนเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามข้อ 79 แห่ง CISG ถือเป็นหลักทั่วไปอันเป็นโครงสร้าง (*general structural principle*) แห่ง CISG โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวปรากฏในบทบัญญัติข้อ 45(1)(b) และ ข้อ 61(1)(b) โดยพิจารณาประกอบกับข้อ 74¹²³

(13) หลักการชำระหนี้ในลักษณะต่างตอบแทน ณ จุดเวลาเดียวกัน (*ยื่นหมยี่นแมว*)

(*Concurrent performance*)

หลักการชำระหนี้ต่างตอบแทน ณ จุดเวลาเดียวกัน (*Concurrent performance*) นั้นอาจสกัดได้จากบทบัญญัติข้อ 58(1)¹²⁴ แห่ง CISG โดยสามารถตีความได้ว่าบทบัญญัตินี้ได้สถาปนาหลักที่ว่าหากปราศจากข้อตกลงในทางตรงกันข้ามนั้นคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติชำระหนี้ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติชำระหนี้ของฝ่ายตนเช่นกัน เช่นนั้นจึงไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดที่มีหน้าที่จะต้องชำระหนี้ของตนก่อนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่อย่างไรนั้นผู้ซื้อย่อมจะต้องได้รับโอกาสในการตรวจสอบสินค้าก่อนที่จะชำระราคา

นอกจากนี้แล้วนั้น หลักการชำระหนี้ ณ จุดเวลาเดียวกันยังคงนำมาปรับใช้แก่กรณีของการกลับคืนสู่สภาพเดิมในกรณีที่มีการเลิกสัญญาดังนั้นแล้วตามบทบัญญัติข้อ 81(2)¹²⁵

¹²³ Magnus, *supra* note 89.

¹²⁴ Article 58(1) of CISG provides

“If the buyer is not bound to pay the price at any other specific time, he must pay it when the seller places either the goods or documents controlling their disposition at the buyer's disposal in accordance with the contract and this Convention. The seller may make such payment a condition for handing over the goods or documents.”

¹²⁵ Article 81 of CISG provides

“(1) Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the

หลักการปฏิบัติชำระหนี้ ณ จุด เวลาเดียวกันนั้นอันเป็นลักษณะพื้นฐานของความสัมพันธ์ทางสัญญาในลักษณะต่างตอบแทน (synallagmatic contractual relationships) จะต้องปรับใช้โดยทั่วไปแก่การชำระหนี้ของคู่สัญญาในทุกประเภทซึ่งหมายรวมถึงการจัดให้มีบริการเพิ่มเติมที่คู่สัญญาตกลงกันเช่น การติดตั้ง (installation) ผลของการพิจารณาให้หลักการชำระหนี้ ณ จุด เวลาเดียวกัน เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอัน CISG มีรากฐานนั้นคือในกรณีที่ไม่ชัดเจนนั้นการปฏิบัติชำระราคาจะต้องกระทำต่อเมื่อคู่สัญญาพร้อมกับการปฏิบัติชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยสมบูรณ์¹²⁶

(14) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้อันเกิดภายในขอบเขตของอนุสัญญา
(Set-off of claims arising under the Convention)

แม้ว่าจะมีแนวคิดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ไม่ได้เป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ CISG และจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในที่นำมาปรับใช้แก้คดี¹²⁷ แต่อย่างไรนั้น Magnus ได้ให้ความเห็นไว้ว่าเนื่องจากหนี้ที่เป็นปัญหาในการหักกลบลบหนี้เป็นหนี้ที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG ตัวอย่างที่พบเห็นบ่อยนั้นคือกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฟ้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากสินค้านั้นไม่เป็นไปตามที่ตกลงซึ่งผู้ซื้อต้องการหักกลบลบหนี้ บางส่วนหรือทั้งหมดกับหนี้ชำระราคาของตน ซึ่งในกรณีเช่นนั้นการหักกลบลบหนี้สมควรเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้ CISG เนื่องจากอย่างน้อยที่สุดนั้นอาจจะสามารถพิจารณาได้ว่าบทบัญญัติข้อ 84 (2) ได้ยอมรับแนวคิดของการหักกลบลบหนี้ไว้โดยอ้อมโดยได้วางหลักเกณฑ์

contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.

(2) *A party who has performed the contract either wholly or in part may claim restitution from the other party of whatever the first party has supplied or paid under the contract. If both parties are bound to make restitution, they must do so concurrently."*

¹²⁶ Magnus, *supra* note 89.

¹²⁷ Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat, Off. Rec. 14 et seq. Art. 77 note 9 as cited in Magnus, *supra* note 89.

ในลักษณะที่ว่าในกรณีที่มีการเลิกสัญญาและต้องกลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นผู้ซื้อนั้นจะต้องหักผลประโยชน์ทุกอย่างที่ได้จากตัวสินค้าออกจากจำนวนเงินที่ผู้ซื้อจะเรียกราคาคืนจากผู้ขาย¹²⁸

(15) สิทธิในการยึดหน่วงไม่ปฏิบัติชำระหนี้ของตนในกรณีที่อีกฝ่ายไม่ปฏิบัติชำระหนี้ของตน (*Retention right*)

สิทธิการปฏิเสธไม่ชำระหนี้ต่างตอบแทนกรณี que otro lado no practica el pago de su deuda (Retention right) นั้นเป็นหลักอันสืบเนื่องจากหลักที่ว่าหลักการชำระหนี้ ณ จุดเวลาเดียวกัน สิทธิในการยึดหน่วงในการไม่ชำระหนี้ต่างตอบแทนมีนัยว่าหากเป็นกรณีที่สงสัยนั้น คู่สัญญาสามารถชะลอการปฏิบัติชำระหนี้ของตนจนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะเสนอปฏิบัติชำระหนี้ในส่วนของตนตามที่ตกลงไว้ในสัญญา ซึ่งหากพิจารณาแล้วนั้นบทบัญญัติข้อ 71 วรรคหนึ่ง¹²⁹ แห่ง CISG ได้วางหลักเกณฑ์ในลักษณะที่ว่า หากมีความสงสัยที่สมเหตุสมผลว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ปฏิบัติชำระหนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่มีความสงสัยมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติชำระหนี้ ในขณะที่บทบัญญัติข้อ 71 วรรค 2 แห่ง CISG นั้นได้กำหนดถึงสิทธิของผู้ขายที่จะระงับการขนส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อแม้ผู้ซื้อจะ

¹²⁸ Magnus, *supra* note 89.

¹²⁹ Article 71 of CISG provides

“(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

(a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness;

or

(b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.”

ได้ครอบครองเอกสารขนส่งแล้วก็ตาม โดยที่ Magnus เห็นว่า “จากการพิจารณาบทบัญญัติข้อ 71 นั้นจะพบได้ถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปว่า นอกจากกรณีทีระบุไว้ในข้อ 71 ดังกล่าวนั้น คู่สัญญาจะไม่มีสิทธิยึดหน่วงการปฏิบัติชำระหนี้ของตนในกรณีอื่นๆ เช่นนั้นแล้วหากเป็นหนี้ระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ CISG แล้วนั้นคู่สัญญาจะไม่อาจอ้างกฎหมายภายในอันเป็นกฎหมายที่ปรับใช้แก่คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาเป็นที่มาของสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติชำระหนี้ของตนเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่เสนอปฏิบัติชำระหนี้ของตน โดยที่กฎหมายขัดกันจะนำมาปรับใช้ต่อเมื่อคู่สัญญาต้องการจะไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ของตนเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่เสนอปฏิบัติชำระหนี้ของตนเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่เสนอปฏิบัติชำระหนี้ของตนต่อเมื่อหนี้ดังกล่าวนี้เกิดจากสิทธิที่มีได้มีรากฐานจากบทบัญญัติของ CISG เท่านั้น”

(16) หลักการโอนความเสี่ยงเมื่อมีการกำหนดสินค้าตามสัญญา (*Passing of risk only in case of identification of the goods to the contract*)

บทบัญญัติข้อ 67(2)¹³⁰ และ 69(3)¹³¹ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนความเสี่ยงว่าความเสี่ยงนั้นจะไม่โอนไปจนกว่าจะมีกำหนดตัวสินค้าไว้อย่างแน่ชัดสำหรับสัญญาซื้อขายแต่ละสัญญา โดยที่ Magnus เห็นว่า “แม้ว่าข้อ 68¹³² ระบุถึงการโอนความเสี่ยงของการซื้อขายสินค้า

¹³⁰ Article 67(2) of CISG provides

“ Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise”

¹³¹ Article 69(3)

“If the contract relates to goods not then identified, the goods are considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract.”

¹³² Article 68

“The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract. However, if the circumstances so indicate, the risk is assumed by the buyer from the time the goods were handed over to the carrier who issued the documents embodying the contract of carriage. Nevertheless, if at the time of the conclusion of the contract of sale the seller knew or ought to have known

ที่อยู่ระหว่างขนส่งโดยใช้หลักเกณฑ์อย่างอื่น หลักเกณฑ์ที่ว่าความเสี่ยงจะโอนไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อมีกำหนดตัวสินค้าไว้อย่างแน่ชัดมีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG และต้องนำมาปรับใช้แก่สถานการณ์ที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกัน”

(17) หลักการโอนหน้าที่ที่มีต่อผู้ทรงสิทธิที่ลดทอนหรือจำกัดกรรมสิทธิเหนือสินค้า และสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากตัวสินค้าพร้อมกับการโอนความเสี่ยง (*Passing of encumbrances and benefits with passing of risk*)

CISG นั้นหาได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ที่มีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากสินค้าหรือมีหน้าที่ที่มีต่อผู้ทรงสิทธิที่ลดทอนหรือจำกัดกรรมสิทธิเหนือสินค้า อย่างไรก็ตามการโอนสิทธิในการได้รับประโยชน์หรือแบกรับภาระหน้าที่ที่มีต่อผู้ทรงสิทธิที่ลดทอนหรือจำกัดกรรมสิทธิ สมควรจะมีการใช้หลักการเดียวกันกับการโอนความเสี่ยง ดังนั้นแล้วในกรณีที่มีปัญหาสิทธิในการได้รับประโยชน์หรือรับหน้าที่ที่มีต่อผู้ทรงสิทธิที่ลดทอนหรือจำกัดกรรมสิทธิ ควรจะโอนไปพร้อมกับความเสี่ยง¹³³

(18) หลักการคำนวณระยะเวลา (*Calculation of time limits.*)

ตามบทบัญญัติข้อ 20(2)¹³⁴ แห่ง CISG นั้นการที่มีวันหยุดที่เป็นทางการ (official holidays) หรือวันที่มิได้มีการประกอบธุรกิจ (non-business days) อยู่ระหว่างกำหนดระยะเวลา นั้นจะไม่ส่งผลให้มีการขยายระยะเวลาการทำความตกลงออกไป เว้นแต่หากการส่งคำสั่งนั้นไม่สามารถกระทำได้ในวันสุดท้ายของระยะเวลาเนื่องจากวันดังกล่าวนั้นเป็นวันหยุดที่เป็นทางการ หรือวันที่มิได้มีการประกอบธุรกิจ โดยที่ Magnus เห็นว่า “หลักดังกล่าวนี้ย่อมสามารถปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียงเนื่องจากมีความใกล้เคียงอย่างยิ่ง (*analogously*) แก่กรณีที่มีเนื้อหาสาระสำคัญเช่นเดียวกันโดยนำไปปรับใช้แก่การคำนวณระยะเวลาในกรณีอื่น เช่น ระยะเวลาใน

that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller.”

¹³³ Magnus, *supra* note 89.

¹³⁴ Article 20 (2) of CISG provides

“Official holidays or non-business days occurring during the period for acceptance are included in calculating the period. However, if a notice of acceptance cannot be delivered at the address of the offeror on the last day of the period because that day falls on an official holiday or a non-business day at the place of business of the offeror, the period is extended until the first business day which follows.”

การปฏิบัติชำระหนี้การชำระราคาซึ่งระยะเวลาดังกล่าวเหล่านั้นควรจะต้องถูกขยายออกหากการปฏิบัติชำระหนี้หรือราคาเช่นว่าไม่สามารถทำได้ในกำหนดเวลาเนื่องจากวันสุดท้ายของกำหนดระยะเวลาเป็นวันหยุดที่เป็นทางการ หรือวันที่มิได้มีการประกอบธุรกิจ เช่นนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับการนับระยะเวลามาปรับใช้¹³⁵

อย่างไรนั้นผู้จัดทำมีข้อสังเกตว่าการที่ Magnus มีความคิดเห็นว่าจะให้นำหลักตาม 20(2) มาปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียงเนื่องจากมีความใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogously) แก่กรณีที่มีเนื้อหาสาระสำคัญเช่นเดียวกันย่อมมีนัยว่า Magnus นำหลักการนับเวลาตามข้อ 20 (2) แห่ง CISG มาปรับใช้ในฐานะหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมิใช่ในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG

(19) การมีผลของการแสดงเจตนาตามทฤษฎีส่ง (Theory of dispatch)

บทบัญญัติข้อ 27 แห่ง CISG นั้นบัญญัติให้การสื่อสาร (communications) ระหว่างคู่กรณีในส่วนของ Part III ของ CISG นั้นจะมีผลโดยใช้ทฤษฎี “ส่ง” เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นไว้อย่างชัดแจ้งโดยตัวอนุสัญญา โดยที่ทฤษฎี “ส่ง” นั้นจะต้องนำมาขยายปรับใช้แก่กรณีในส่วนของ Part II ของ CISG เว้นแต่กรณีที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าให้มีผลเมื่อ “ถึง” เช่นในกรณีของข้อ 15 และข้อ 18(2) เช่นนั้นในส่วนของ Part II แห่ง CISG กรณีที่ทำได้กำหนดว่าการสื่อสารของคู่กรณีมีผลเมื่อใดนั้นต้องปรับใช้ทฤษฎี “ส่ง” อันถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานของ CISG เช่นในกรณีของการส่งคำเตือนเกี่ยวกับคำสนองที่ล่วงเวลา (notices regarding late acceptance)¹³⁶

(20) หลักเกณฑ์การ “ถึง” ตามข้อ 24 แห่ง CISG

แม้ว่าบทบัญญัติข้อ 24¹³⁷ แห่ง CISG นั้นวางหลักเกณฑ์ของการถึงของการแสดงเจตนาในกรณีที่กฎหมายให้มีผลเมื่อ “ถึง” ไว้สำหรับส่วนของ Part II ของ CISG เท่านั้นแต่

¹³⁵ Magnus, *supra* note 89.

¹³⁶ Magnus, *supra* note 89.

¹³⁷ Article 24 provides

“For the purposes of this Part of the Convention, an offer, declaration of acceptance or any other indication of intention “reaches” the addressee when it is made orally to him or delivered by any other means to him personally, to his place of business or mailing address or, if he does not have a place of business or mailing address, to his habitual residence.”

Magnus เห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้นจะต้องนำมาปรับใช้แก่ส่วนของ Part III ด้วยเช่นกันหากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องได้รับการแสดงเจตนา (has received) เช่นข้อ 47(2), 48(4), 63(2), 65(1) 65 (2), และข้อ 79(4) โดยปรับใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง¹³⁸

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแม้ Magnus จะระบุให้หลักเกณฑ์การ “ถึง” ตามข้อ 24 แห่ง CISG เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG แต่ Magnus กลับให้นำมาปรับใช้ในลักษณะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงมีปัญหาว่า การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์การ “ถึง” ตามข้อ 24 แห่ง CISG เป็นการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG หรือบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

(21) การถึงกำหนดชำระหนี้โดยไม่จำเป็นต้องเรียกร้องให้ชำระหนี้ (*Maturity without request*)

ตามหลักเกณฑ์ของข้อ 59¹³⁹ แห่ง CISG นั้นการชำระราคาค่าสินค้านั้นจะต้องกระทำเมื่อถึงวันที่กำหนดไว้ในสัญญา โดยที่ CISG นั้นหาได้กำหนดว่าจะต้องมีการเรียกร้องให้ชำระราคา (Request) หรือมีแบบใด ๆ Magnus เห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอันจะต้องปรับใช้แก่การชำระหนี้ที่เป็นเงินในกรณีอื่น เช่น การจ่ายราคาคืน (repayment) การชำระค่าเสียหาย (damages) การชำระดอกเบี้ย

(22) ความรับผิดชอบต่อการกระทำหรือการรับรู้ของบุคคลที่สาม (*Imputation of third party conduct and knowledge*)

จากหลักเกณฑ์ข้อ 79 (2)¹⁴⁰ ที่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในลักษณะที่ว่าหากการไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ของคู่สัญญามีสาเหตุมาจากบุคคลที่สามที่คู่สัญญาเช่นได้ว่าได้มอบหมาย

¹³⁸ Magnus, *supra* note 89.

¹³⁹ Article 59 of CISG provides

“The buyer must pay the price on the date fixed by or determinable from the contract and this Convention without the need for any request or compliance with any formality on the part of the seller.”

¹⁴⁰ Article 79

“(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

เพื่อให้บุคคลภายนอกนั้นปฏิบัติชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนตามสัญญา นั้น คู่สัญญาจะได้รับการยกเว้นจากความรับผิดต่อเมื่อคู่สัญญาสามารถอ้างเหตุขัดขวางตามข้อ 79(1)ได้และบุคคลที่สามารถอ้างเหตุดังกล่าวเช่นกัน จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ Magnus จึงเห็นว่า มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่อันเป็นรากฐานแห่ง CISG ที่ว่าคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำและการรับรู้ของบุคคลที่สามที่คู่สัญญามอบหมายให้ปฏิบัติชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนของสัญญา¹⁴¹

(23) หลักการใช้สกุลเงินของรัฐอันเป็นที่ตั้งของสถานประกอบการของผู้ขายในการชำระหนี้ในกรณีที่มีข้อสงสัย

Magnus นั้นเห็นว่า มีหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG เกี่ยวกับสกุลเงินในการชำระหนี้ว่า ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ถือว่าการชำระราคาสินค้าต้องชำระด้วยเงินตราของรัฐอันเป็นที่ตั้งของสถานประกอบการของผู้ขาย เหตุผลของหลักเกณฑ์ดังกล่าวนอกจากการก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในลักษณะเดียวกันแล้ว Magnus ยังชี้ให้เห็นภาพโดยรวมของ CISG ที่มีแนวโน้มที่จะให้ความสะดวกแก่เจ้าหนี้ในกรณีของการชำระราคา เช่น การชำระราคานั้นต้องกระทำ ณ สถานประกอบการของเจ้าหนี้ตามข้อ 57(1)(c) และผู้ซื้อต้องทำตามแบบของการชำระราคาของรัฐอันเป็นที่ตั้งของสถานประกอบการของผู้ขายหากมีแบบเช่นว่าตามข้อ 54¹⁴².

(24) หลักที่ว่า การปฏิบัติชำระหนี้ในกรณีของหนี้เงินจะต้องปฏิบัติ ณ สถานประกอบการของผู้ขาย

บทบัญญัติข้อ 57 แห่ง CISG นั้นได้วางหลักเกณฑ์ในลักษณะที่ว่า หากเป็นกรณีที่สงสัยนั้น การชำระราคาสินค้านั้นจะต้องกระทำ ณ สถานประกอบการธุรกิจของผู้ขายจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ Magnus เห็นว่าสามารถนำไปสู่หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ว่า ในกรณีที่หนี้เงินนั้นให้ถือว่า

(2) *If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:*

(a) *he is exempt under the preceding paragraph; and*

(b) *the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him."*

¹⁴¹ Magnus, *supra* note 89.

¹⁴² Magnus, *supra* note 89.

การชำระหนี้ที่เป็นเงินอื่น ๆ นั้นย่อมต้องกระทำ ณ สถานประกอบธุรกิจของเจ้าหนี้ เช่น การคืนราคา การชำระดอกเบี้ย การชำระเบี้ยปรับ¹⁴³

(25) หน้าที่ในการชำระดอกเบี้ย (Interest)

Magnus เห็นว่าเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้อ 78¹⁴⁴ และ 84(1)¹⁴⁵ นั้นอาจจะสามารถสกัดได้ถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เกี่ยวกับหน้าที่ในการชำระดอกเบี้ย¹⁴⁶

แต่อย่างไรนั้น Magnus ได้พิจารณาว่าไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการคิดอัตราดอกเบี้ยที่เป็นปัญหาแต่อย่างไรไม่¹⁴⁷

(26) ภาระการพิสูจน์ (Burden of proof)

CISG ได้กำหนดถึงภาระในการพิสูจน์ไว้อย่างแจ่มชัดไว้โดยเฉพาะในกรณีของข้อ 79(1) CISG ซึ่งกำหนดว่าคู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบจากการไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้หากตนสามารถพิสูจน์ได้ว่าความไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้เช่นว่าเกิดจากเหตุขัดขวางที่อยู่เหนือการควบคุม..... (A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control....) นอกจากนั้นแล้วแม้ CISG จะมีได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่าเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์แต่ก็อาจจะพิจารณาได้ว่าในหลายบทบัญญัติข้อ CISG มีนัยที่เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ เช่น การใช้ถ้อยคำว่า “เว้นแต่” (“unless”) ซึ่งย่อมมีนัยว่าภาระการพิสูจน์นั้นตกอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายที่จะอ้างถึงข้อยกเว้น (“unless” exception) แห่ง CISG โดยที่ Magnus เห็นว่ามีหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์อันพิจารณาได้จากบทบัญญัติของ CISG คือ

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Article 78 of CISG provides

“If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.”

¹⁴⁵ Article 84 of CISG provides

“(1) If the seller is bound to refund the price, he must also pay interest on it, from the date on which the price was paid.”

¹⁴⁶ Magnus, *supra* note 89.

¹⁴⁷ *Ibid.*

1) คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการประโยชน์จากบทบัญญัติใดๆของ CISG มีภาระพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของบทบัญญัตินั้นๆ

2) คู่สัญญาฝ่ายที่ใดที่อ้างถึงข้อยกเว้นใดๆเพื่อประโยชน์ของฝ่ายตนต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่จะนำไปสู่การปรับใช้ข้อยกเว้นเช่นว่า

3) ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ตกอยู่ในกรอบขอบเขตความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด (Facts lying in a party's own sphere of responsibility) และคู่สัญญาฝ่ายนั้นย่อมรู้ถึงข้อเท็จจริงได้ดีกว่า (better known to that party) ย่อมตกแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีความรับผิดชอบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงเช่นว่า¹⁴⁸

ขณะที่ Nives Povrzenic ได้แยกพิจารณาหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ไว้ 2 ประเภทคือ

1) หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอนุสัญญาได้บ่งบอกอย่างไว้ชัดแจ้งในบทบัญญัติ (expressis verbis) ได้แก่ หลักสุจริต (good faith) หลักความเป็นอิสระของคู่สัญญา (the principle of party autonomy) หลักในเรื่องการไม่มีเงื่อนไขในเรื่องแบบ (no requirement of form) หลักการที่ว่าความล่าช้าในการชำระหนี้นำไปสู่หนี้ในการจ่ายดอกเบี้ย (delay in payment creates an obligation to pay interest) หลักความสมเหตุสมผล

2) หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่งซึ่งอนุสัญญาหาได้บ่งบอกอย่างไว้ชัดแจ้งในบทบัญญัติได้แก่ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) หลักการรักษาสัญญา (favour contractus) หลักการที่ห้ามกระทำการอันตรงกันข้ามจากสิ่งที่ตนได้แจ้งไว้ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายเชื่อมั่นอย่างสมเหตุสมผล (principle that one may not contradict a representation on which the other party has reasonably relied) หน้าที่ในการให้ความร่วมมือและแจ้งข้อมูล (duty to cooperate and inform the other party) หน้าที่ในการใช้มาตรการที่สมเหตุสมผลในการบรรเทาความเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญา (duty to take reasonable measures to mitigate the loss resulting from a breach of contract)¹⁴⁹

โดยในลำดับต่อไปนั้นผู้เขียนจะขอกล่าวถึงตัวอย่างของคดีที่มีปรับใช้การอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งอันเป็นรากฐานแห่ง

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Nives Povrzenic, *supra* note 84.

-คดี CISG Austria 15 June 1994 Vienna Arbitration proceeding SCH-4318 (Rolled metal sheets case)¹⁵⁰ อันมีเนื้อหาแห่งคดีว่าผู้ขายชาวออสเตรียและผู้ซื้อชาวเยอรมันได้เข้าทำสัญญาซื้อขาย Rolled Metal Sheet ซึ่งหลังจากมีการส่งมอบสินค้าได้สองงวด ผู้ซื้อขายสินค้าดังกล่าวให้แก่บริษัทในประเทศเบลเยียมซึ่งบริษัทดังกล่าวได้ส่งสินค้าดังกล่าวไปแก่ผู้ผลิตในโปรตุเกส ผู้ผลิตในประเทศโปรตุเกสนั้นพบว่าสินค้ามีความบกพร่อง ผู้ซื้อได้แจ้งให้ผู้ขายทราบถึงความไม่ถูกต้องของสินค้า แต่ผู้ขายปฏิเสธที่จะจ่ายค่าเสียหายโดยอ้างว่าการส่งหนังสือแจ้งความไม่ถูกต้องของสินค้าไม่ถูกต้องตามกำหนดเวลา ซึ่งตามสัญญานี้การส่งหนังสือแจ้งความไม่ถูกต้องของสินค้านั้นจะต้องกระทำภายในระยะเวลาสองเดือนนับจากส่งมอบ แต่ผู้ซื้อแจ้งถึงความไม่ถูกต้องดังกล่าวหลังจากรับมอบสินค้าไปแล้วหกเดือน ผู้ซื้ออ้างว่าผู้ขายนั้นได้สละสิทธิ์ที่จะยกข้อต่อสู้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับส่งหนังสือแจ้งความไม่ถูกต้องของสินค้านั้นได้กระทำอย่างไม่ถูกต้องตามกำหนดเวลาเนื่องจากหลังจากได้รับหนังสือแจ้งเตือนดังกล่าวผู้ขายได้ทำการสอบถามเกี่ยวกับข้อเรียกร้องของผู้ซื้อและได้พยายามเจรจากับผู้ซื้ออย่างต่อเนื่องด้วยเจตนาที่จะยุติข้อพิพาท โดยในคดีดังกล่าวนี้ คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าเจตนาในการสละสิทธิ์ใด ๆ นั้นจะต้องกระทำอย่างชัดเจนและกรณีแห่งคดีก็เป็นเช่นนั้นไม่ แต่อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่าผู้ขายถูกปิดปาก (estopped) จากการยกข้อต่อสู้ดังกล่าวเนื่องจากพฤติกรรมที่ผู้ขายทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าผู้ขายจะไม่ยกข้อต่อสู้เช่นว่า โดยที่อนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวได้กล่าวถึงกฎหมายปิดปากภายใต้ CISG ไว้ว่าหลักกฎหมายปิดปากนั้นเป็นประเด็นที่หาได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน (not expressly settled by the CISG) แต่หลักกฎหมายปิดปากนั้นเป็นหนึ่งในหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG โดยในท้ายที่สุดอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้ผู้ซื้อได้รับค่าเสียหายอันเกิดจากความไม่ถูกต้องของสินค้า

-Dulces Luisi v. Seoul International¹⁵¹ อันเป็นคดีซึ่งผู้ขายสัญชาติเม็กซิโกฟ้องผู้ซื้อชาวเกาหลีโดยอ้างว่าผู้ซื้อได้ชำระราคาของสินค้าที่ตนได้รับและเนื่องด้วยการแสดงออกอันหลอกลวง (false representations) เกี่ยวกับเจตนาที่จะชำระราคาสินค้า ในการพิจารณาว่าผู้ซื้อผิดสัญญาหรือไม่นั้น ศาลได้อ้างอิงถึงหลักสุจริตตามข้อ 7 (1) แห่ง CISG และได้พิจารณาว่าหลัก

¹⁵⁰ Austria 15 June 1994 Vienna Arbitration proceeding SCH-4318 (Rolled metal sheets case), CLOUT No. 94, < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html> >

¹⁵¹ Mexico 30 November 1998 Compromex Arbitration (Dulces Luisi v. Seoul International) < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130m1.html> >.

สุจริตนั้นเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ซึ่งจะต้องนำมาปรับใช้แก่ความสัมพันธ์ตามสัญญาของคู่กรณีโดยศาลได้อธิบายว่าหน้าที่ของคู่สัญญาที่ต้องเคารพหลักสุจริตนั้นเป็นรากฐานอันสำคัญอย่างยิ่งของการค้าระหว่างประเทศ แต่อย่างไรนั้นแม้ว่าศาลในคดีกล่าวได้พิจารณาว่าหลักสุจริตเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานนั้น การปรับใช้หลักสุจริตในคดีดังกล่าวศาลก็ยังคงคำนึงและนำมาเชื่อมโยงกับกฎหมายภายในของตนโดยศาลได้ให้เหตุผลว่าหากจะปรับใช้หลักสุจริตตามนัยแห่งการค้าระหว่างประเทศโดยไม่พิจารณาถึงนิยามหรือหลักเกณฑ์ของหลักสุจริตที่ปรากฏในกฎหมายแห่งรัฐเม็กซิโกเลยคงถือได้ว่าศาลได้ทำผิดพลาดไป แต่อย่างไรนั้นการที่ศาลตีความกฎเกณฑ์ของหลักสุจริตตาม CISG โดยพิจารณาบนความหมายและกฎเกณฑ์ของหลักสุจริตตามความภายในของกฎหมายแห่งหลักตนนั้นย่อมขัดต่อหลักการตีความโดยเป็นอิสระจากกฎหมายภายใน (autonomous interpretation) แห่ง CISG

-ใน คดี Netherlands 17 January 2007 Rechtbank (District Court) Arnhem (*Hibro Compensatoren B.V. v. Trelleborg Industri Aktiebolag*) ศาลได้ตัดสินถึงประเด็นความมีผลทางกฎหมายของข้อตกลงที่ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยใช้อनुญาโตตุลาการ (Arbitration clause) โดยศาลได้พิจารณาเห็นว่าบทบัญญัติข้อ 11¹⁵² แห่ง CISG ที่ได้วางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไว้ในลักษณะที่ว่าข้อตกลงของคู่สัญญานั้นหาต้องทำตามแบบหรือทำเป็นหนังสืออย่างไรไม่โดยที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้นมีสถานภาพเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG และเมื่อปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวแล้วแก่กรณีย่อมพิจารณาได้ว่าตามข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นก็หาต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใดไม่¹⁵³

-ในคดี Cable drums case ศาลสูงแห่งสหพันธรัฐสวิสเซอร์แลนด์ได้วินิจฉัยว่ามีความมีอยู่ของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ซึ่งหากผู้ซื้อ

¹⁵² Article 11 of CISG provides

“A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.”

¹⁵³ Please see Netherlands 17 January 2007 Rechtbank (District Court)

Arnhem (*Hibro Compensatoren B.V. v. Trelleborg Industri Aktiebolag*) Retrieved March 7, 2009 from < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117n1.html> >.

ต้องการที่จะยึดหน่วงการชำระราคาในสินค้าเนื่องจากอ้างว่าสินค้านั้นไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ผู้ซื้อมีการพิจารณาพิสูจนถึงความไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาของสินค้า¹⁵⁴

ข. ประเด็นปัญหาของที่มาแห่งหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG

แม้ว่าการพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้างนั้นจะหาคำตอบได้ยากยิ่งแต่การพิจารณาถึงที่มาแห่งกฎเกณฑ์เช่นว่าก็จะทำให้สามารถจำกัดขอบเขตของหลักเกณฑ์ที่จะถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ได้ในลำดับหนึ่ง

โดยที่ในลำดับแรกนั้นจะขอพิจารณาประเด็นปัญหาที่ว่า หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG จะมีที่มาจากการใช้กฎหมายเปรียบเทียบ (use of comparative law) โดยเปรียบเทียบกฎหมายภายในของรัฐเพื่อหาหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วนั้นจะเห็นว่าการที่ข้อ 7(2) นั้นใช้ถ้อยคำว่าหลักเกณฑ์ทั่วไป “อันเป็นรากฐานแห่ง CISG” คำว่าเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นแสดงนัยให้เห็นว่าต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่มาจากภายใน (internal principle) มิใช่หลักเกณฑ์ที่มาจากภายนอก (external principle) เช่นนั้นหากยอมรับให้การใช้กฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative law) โดยเปรียบเทียบกฎหมายภายในให้เป็นที่มาหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งใช้ในการอุดช่องว่างแห่ง CISG ก็คือการยอมรับหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มาจากเนื้อหาของระบบกฎหมายภายใน ซึ่งการยอมรับดังกล่าวย่อมเป็นการนำหลักเกณฑ์ที่มาจากภายนอกมาปรับใช้¹⁵⁵ ซึ่งขัดกับกับถ้อยคำของข้อ 7(2) ที่สะท้อนให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งจะถูกนำมาใช้ในการอุดช่องว่างนั้นต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่มาจากภายใน (internal principle) นอกจากนี้หากมีการยอมรับหลักเกณฑ์ที่มาจากกฎหมายภายในนั้นก็จะเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของ CISG ที่ต้องการก่อให้เกิดระบบที่เป็นอิสระจากกฎหมายภายในให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้

¹⁵⁴ Please see Switzerland 7 July 2004 Supreme Court (Cable drums case) Retrieved March 7, 2009 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040707s1.html>>.

¹⁵⁵ Martin Gebauer, Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation, Uniform Law Review (2000-4) 683-705, Retrieved December 11 2007 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gebauer.html>>.

ประเด็นปัญหาในลำดับต่อมานั้นคือประเด็นที่ว่า the UNIDROIT Principles นั้นจะสามารถเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ได้หรือไม่ซึ่งเหตุผลหลักของผู้สนับสนุนให้ the UNIDROIT Principles เป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่งนั้นก็คือเนื่องจากเห็นว่า the UNIDROIT Principles นั้นเป็นสิ่งที่รวบรวมและสะท้อนถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างประเทศ (general principles of international contract law) ซึ่งอาจจะหมายรวมถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ด้วย

โดยในประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้นมีทั้งนักกฎหมายนั้นที่มีความคิดเห็นที่ว่า the UNIDROIT Principles นั้นมีสมควรจะมีฐานะเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG และที่เห็นในทางตรงกันข้าม

นักกฎหมายที่สนับสนุนว่า the UNIDROIT Principles นั้นสามารถเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นมองว่าการตีความว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG จะต้องมีการตีความภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญาเท่านั้นนั้นเป็นการตีความที่แคบเกินไป¹⁵⁶ โดยที่ถ้อยคำว่า “เป็นรากฐานแห่ง CISG” (“on which the Convention is based”) ที่ขยายคำว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นมีได้มีน้อยถึงขนาดว่าจะไม่ให้หมายรวมถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีได้ถูกระบุอย่างชัดแจ้งหรืออย่างปริยายในบทบัญญัติของ CISG โดยที่การตีความบทบัญญัติของข้อ 7(2) แห่ง CISG ในส่วนของที่มาแห่งหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นไม่ควรไปยึดติดเพียงแต่ที่มาทางด้านรูปแบบแต่ควรพิจารณาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของ CISG ที่ปรากฏอยู่ใน 7(1) นั่นคือการคำนึงความเป็นระหว่างประเทศและการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย¹⁵⁷ นอกจากนี้แล้วนั้นเนื่องจากเมื่อพิจารณาความจริงแท้ที่ว่ายากที่จะเกิดการแก้ไขอนุสัญญา ผู้ปรับใช้กฎหมายควรจะต้องตีความคำว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปในบทบัญญัติข้อ 7(2) อย่างกว้างโดยให้พิจารณาว่าอนุสัญญาระหว่างประเทศเป็นดังสิ่งที่มีชีวิตจิตใจและเป็นที่ยอมรับของกฎหมายที่กำลังจะพัฒนาซึ่งมีรากฐานจากคุณค่าทางสังคมบางประการแต่จะต้องมีความสามารถที่จะยอมรับการตีความที่แตกต่างจากเดิมเพื่อรองรับบริบททางสังคมที่แปรเปลี่ยนไป ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการส่งเสริมบทบาทของผู้พิพากษาในการพัฒนาและ

¹⁵⁶ Michael P. Van Alstine, *Dynamic Treaty Interpretation*, University of Pennsylvania Law Review (1998), 146, 687-793, Retrieved March 18 2009 from <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alstine2.html>>.

¹⁵⁷ *Ibid.*

ดูแลรักษาให้วัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายของ CISG มีความยั่งยืน¹⁵⁸ นอกจากนั้นแล้วการตีความหลักเกณฑ์ทั่วไปตามข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นควรตีความโดยคำนึงถึงและเป็นไปตามการเปลี่ยนแปลงและการปรับเปลี่ยนในการค้าระหว่างประเทศเนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงการตีความโดยคำนึงถึงลักษณะระหว่างประเทศคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการเปลี่ยนแปลงอย่างฉับพลันและการพัฒนาการอย่างรวดเร็วนั้นเป็นลักษณะพื้นฐานของสิ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศมีที่ย่อมควรจะต้องตีความให้อนุสัญญาสามารถที่จะพัฒนาเพื่อรองรับสิ่งเหล่านั้น¹⁵⁹ ยิ่งไปกว่านั้นการตีความหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ในลักษณะกว้างขวางนั้นย่อมอำนวยให้วัตถุประสงค์ของข้อ 7(2) ที่ถูกออกแบบมาเพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีปัญหาที่ปราศจากกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้อนุสัญญา (matters "not expressly settled") ซึ่งจะเป็นประเด็นที่จะเกิดขึ้นในอนาคต¹⁶⁰ เนื่องจากการตีความที่มีความยืดหยุ่นและคำนึงถึงบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปย่อมมีประสิทธิภาพในการรองรับประเด็นปัญหาที่ไม่มีบรรทัดฐานหรือไม่อาจคาดหมายได้ขณะร่างนั้น

โดยในส่วนของนักกฎหมายที่เห็นว่า the UNIDROIT Principles นั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ได้นั้นผู้เขียนขอหยิบยกความคิดเห็นของ John Y. Gotanda ที่ได้ให้ความคิดเห็นโต้แย้งในประเด็นดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจในประเด็นดังกล่าวคือ “ในความเห็นของข้าพเจ้านั้น จะเป็นการเกินกว่าเหตุหากจะถือว่า the UNIDROIT Principles นั้นเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG โดยที่แม้ว่าบทบัญญัติแห่ง UNIDROIT Principles หลายบทบัญญัตินั้นจะสอดคล้องกับบทบัญญัติของ CISG แต่ the UNIDROIT Principles นั้นหาได้ทำหน้าที่เพียงแต่นำสิ่งที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายสัญญาระหว่างประเทศอยู่แล้วมาบัญญัติไว้ (note merely a restatement of general principles of international contract law) เนื่องจากหากพิจารณาจากที่ Governing Council ของ UNIDROIT ได้อธิบายไว้ในความเบื้องต้นว่า the UNIDROIT Principles หาได้เพียงแต่สะท้อนถึงแนวคิดที่ปรากฏใน...หลายระบบกฎหมาย... แต่ยังไม่สะท้อนให้เห็นถึงสิ่งที่ถูกพิจารณาแล้วว่าเป็นแนวทางที่ดีที่สุด” แม้ว่าจะยังไม่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป” ดังนั้นแล้วจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหา

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Shani Salama, *supra* note 85.

¹⁶⁰ Van Alstine, *supra* note 156.

ทั้งหมด *the UNIDROIT Principles* สะท้อนถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG¹⁶¹”และเมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำของ CISG ที่ใช้คำว่า”หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG”ซึ่งแสดงให้เห็นว่าจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่มาจากภายใน CISG เอง (internal principle) ซึ่งย่อมหมายความว่าไม่หมายรวมหลักเกณฑ์ภายนอกที่มาจาก *the UNIDROIT Principles* เช่นกัน ดังนั้นแล้วแม้ว่าการที่นำ *the UNIDROIT Principles* มาอุดช่องว่างนั้นอาจจะนำมาซึ่งผลที่พึงปรารถนาและมีความสมเหตุสมผลอยู่ในตัวแต่การนำมาปรับ *the UNIDROIT Principles* มาอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นย่อมขัดต่อบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG ที่ระบุอย่างชัดเจนว่าช่องว่างแห่ง CISG นั้นจะต้องถูกอุดโดยหลักเกณฑ์ที่สามารถค้นหาได้ภายใน CISG เองเท่านั้น¹⁶² นอกจากนี้แล้วนั้นหากพิจารณาแล้ว *the UNIDROIT Principles* ยังมีความแตกต่างกันในหลายประการเช่น *the UNIDROIT Principles* นั้นมีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าเพราะใช้บังคับแก่สัญญาอื่นนอกจากสัญญาซื้อขายด้วย และในบางประเด็นนั้น *the UNIDROIT Principles* ก็มีเนื้อหาที่ลึกหรือแตกต่างจาก CISG อย่างมาก¹⁶³ และขณะที่ CISG นั้นเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับทางกฎหมายแต่ *the UNIDROIT Principles* นั้นเป็นเพียงกฎหมายแม่แบบ (model law) ซึ่งหาได้มีผลบังคับทางกฎหมาย ด้วยความแตกต่างดังกล่าวรวมทั้งเหตุผลที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ *the UNIDROIT Principles* นั้นก็สมควรจะถูกพิจารณาให้เป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG แต่อย่างไรนั้นนักกฎหมายค่อนข้างจะมีความเห็นที่ตรงกันว่า *the UNIDROIT Principles* นั้นสมควรจะถูกนำมาพิจารณาเพื่อช่วยตีความ CISG¹⁶⁴ และแม้ว่าจะพิจารณาว่า *the UNIDROIT Principles* นั้นมิใช่แหล่งที่มาแห่งหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG แต่มิได้หมายความว่า *UNIDROIT Principles* จะไม่มีบทบาทใดๆ ในกลไกการอุดช่องว่างเลยเนื่องจาก *the*

¹⁶¹ John Y. Gotanda, Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG, Retrieved December 11 2007 from <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1089&context=villanovawps>>.

¹⁶² Peter Huber, Some introductory remarks on the CISG, *Internationales Handelsrecht* (6/2006) 228-238, Retrieved August 16 2008 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/huber-07.html>>.

¹⁶³ Please see John Felemegas, *supra* note 39.

¹⁶⁴ Please see John Felemegas, *supra* note 39. and John Y. Gotanda, *supra* note 161.

UNIDROIT Principles ย่อมสามารถถูกนำไปปรับใช้เพื่อขยายความหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ที่ได้ถูกยืนยันแล้วว่ามีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง¹⁶⁵

ในประเด็นปัญหาเช่นว่าผู้จัดทำมีความเห็นสอดคล้องกับแนวความคิดเห็นที่สองนั้นคือไม่อาจถือได้ว่า the UNIDROIT Principles นั้นเป็นที่มาแห่งหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG เนื่องจากหากพิจารณาแล้วนั้นหากพิจารณาให้ the UNIDROIT Principles มีฐานะเป็นที่มาแห่งหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นย่อมเป็นการยอมรับว่าผู้บังคับใช้สามารถนำหลักเกณฑ์ภายนอกตัว CISG (external principles) มาปรับใช้ในการอุดช่องว่างแห่ง CISG ได้ ประเด็นปัญหาที่ตามมาคือขอบเขตของที่มาแห่งหลักเกณฑ์ภายนอกนั้นไม่มีความชัดเจนว่าจะมีขอบเขตเพียงใดและนอกจากนั้นแล้ว หากหลักเกณฑ์ภายนอกที่มีที่มาแตกต่างกันมีความขัดกันในเรื่องเช่นระหว่าง the UNIDROIT Principles และ PECL หลักเกณฑ์ใดจะมีสภาพบังคับที่สูงกว่ากัน ขอบเขตที่ไม่แน่นอนและความไม่แน่นอนทางเนื้อหาเช่นว่าย่อมนำไปสู่ความไม่แน่นอนทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของ CISG ดังนั้นแม้ว่าการพิจารณาให้ the UNIDROIT Principles สามารถเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG จะมีประโยชน์ในหลายประการ แต่ผลทางลบของกรณีดังกล่าวที่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์รากฐานของ CISG ผลเสียดังกล่าวน่าจะมีน้ำหนักมากกว่าผลลัพธ์ในเชิงบวก

4.3.4. การอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

ก. หลักเกณฑ์การอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

การกำหนดให้การปรับใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นแสดงให้เห็นนัยสำคัญที่สำคัญคือแนวคิดในการก่อให้เกิดอนุสัญญาที่เป็นระบบที่มีความสมบูรณ์ในตนเองอันประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ที่เป็นอิสระและแยกต่างหากจาก

¹⁶⁵ Peter Huber, *supra* note 162.

ระบบกฎหมายภายในนั้นมิได้รับการตอบสนองอย่างเต็มที่¹⁶⁶ซึ่งแตกต่างจากรณีที่ชื่อของ ULIS ข้อ 2 แห่ง ULIS ได้ปฏิเสธการนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาเกี่ยวข้องหรือมีบทบาทภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ ULIS เว้นแต่ในกรณีเฉพาะที่อนุสัญญาบัญญัติไว้ในทางตรงกันข้าม ในขณะที่ข้อ 17 แห่ง ULIS นั้นได้กำหนดให้ในกรณีที่ปัญหานั้นอยู่ภายใต้การบังคับของ ULIS แต่หาได้ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งใน ULIS จะต้องมีการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง ULIS มีรากฐาน ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติทางกฎหมายทั้งสองร่วมกันแล้วนั้น ย่อมตระหนักได้ถึงภารกิจที่หนักแน่นว่า ULIS นั้นมีถูกสร้างสรรคขึ้นมาจากเจตนาที่จะให้เป็นกฎหมายซื้อขายที่มีความครบถ้วนในตนเอง แต่อย่างไรนั้นในกรณีของ ULIS นั้นก็มีประเด็นปัญหา เช่นกันว่าจะสามารถปรับใช้กฎหมายภายในในการอุดช่องว่างในกรณีที่ไม้อาจจะอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งถูกสกัดมาจากตัวอนุสัญญา ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าการดังกล่าว นั้นจะต้องทำการอุดช่องว่างโดยใช้หลักพื้นฐานและกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปในรัฐภาคีหรือมีความเหมาะสมอย่างยิ่งแก่กรณี (principles and rules which are most commonly adopted within the different Contracting States and/or particularly suited for the case at hand) แต่อย่างไรนั้นก็มีนักกฎหมายบางกลุ่มโต้แย้งว่าเมื่อศาลจะต้องพิจารณาข้อพิพาทในบางกรณีนั้นการพิจารณาเพื่อหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปเป็นเรื่องที่ยากที่จะประสบความสำเร็จซึ่งการพิจารณาค้นหาหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปเช่นว่าก็เป็นภาระกิจซึ่งนักกฎหมายอันเป็นผู้ร่าง ULIS ก็ไม่อาจทำสำเร็จ¹⁶⁷ เช่นนั้นการอุดช่องว่างโดยใช้แนวคิดดังกล่าว นั้นอาจนำไปสู่ความไม่แน่นอนทางกฎหมายยิ่งกว่าการการอุดช่องว่างโดยปรับใช้กฎหมายภายใน แต่ประเด็นถกเถียงดังกล่าวนั้นย่อมไม่ปรากฏในบริบทของ CISG เนื่องจาก CISG ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าหากปราศจากหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG อันจะสามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีให้ดังกล่าวให้ทำการอุดช่องว่างโดยกฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

การอุดช่องว่างโดยปรับใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้นเป็นการอุดช่องว่างที่เป็นทางเลือก

¹⁶⁶ 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>>.

¹⁶⁷ *Ibid.*

สุดท้าย (Ultima ratio (last resort)) นั่นคือจะต้องไม่สามารถอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งและโดยหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG เสียก่อน

ตัวอย่างของคดีที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่ตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายภายในซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ก็ เช่น

-คดี ICC International Court of Arbitration, No. 7565 (1994)¹⁶⁸ โดยที่อนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวได้ตัดสินในประเด็นของอัตราดอกเบี้ยและวิธีการคำนวณดอกเบี้ยซึ่งศาลในคดีดังกล่าวได้วินิจฉัยว่าแม้ว่าจะเป็นที่ชัดเจนว่าในกรณีที่มีการผิดสัญญา นั้น คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายผิดสัญญานั้นจะต้องมีหนี้ที่จะจ่ายดอกเบี้ยแก่คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายแต่ที่อนุสัญญานั้นหาได้กำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอัตราดอกเบี้ยและวิธีการคำนวณดอกเบี้ย โดยที่อนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวนั้นพิจารณาว่ากรณีประเด็นอัตราดอกเบี้ยนั้นเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายภายในหาใช้กรณีที่ เป็นช่องว่างภายใน¹⁶⁹ ศาลจึงได้ทำการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) โดยที่ศาลได้วินิจฉัยว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งอนุสัญญาหาได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในประเด็นดังกล่าวและปรับใช้กฎหมายภายในข้อรัฐสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งก็คือมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายสวิสที่กำหนดไว้ในแนวทางที่ว่า หากสัญญา กฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องหาได้กำหนดเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ย อัตราดอกเบี้ยที่จะปรับใช้แก่กรณีนั้นคือร้อยละ 5 ต่อปี

ในคดี Varnish and paint machine case คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติข้อ 25¹⁷⁰ แห่ง CISG นั้นได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการผิดสัญญาในขั้นรากฐาน (fundamental breach of contract) แต่มิได้วางหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณา

¹⁶⁸ ICC International Court of Arbitration, No. 7565 (1994), Bull. ICC, Vol. 6/No. 2, November 1995, p. 64-67 as cited in Nives Povrzenis, supra not 14.

¹⁶⁹ โปรดดูปัญหาเรื่องอัตราดอกเบี้ยในข้อ 4.2.4 (ก)

¹⁷⁰ Article 25 of CISG provides

“A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”

การผิดสัญญาในชั้นรากฐานที่เกี่ยวกับคุณภาพแห่งสินค้า ดังนั้นแล้วคณะอนุญาโตตุลาการจึงได้ใช้กลไกอนุชองว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG และได้ปรับใช้กฎหมายภายในแห่งรัฐรัสเซียอันเป็นกฎหมายภายในที่ปรับใช้แก่คดีตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในการวินิจฉัยคดีโดยปรับบทบัญญัติข้อ 475(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งแห่งรัสเซียซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการผิดสัญญาชั้นรากฐานไว้¹⁷¹

แต่อย่างไรนั้นการที่จะปรับใช้กฎหมายภายในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาอนุชองว่างนั้นจะต้องปรากฏว่ามีชองว่างแห่งกฎหมายตามความหมายของข้อ 7(2) แห่ง CISG ซึ่งยอมหมายความว่าจำเป็นต้องเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องกับประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG (Questions concerning matters governed) ซึ่งหากประเด็นดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตบังคับใช้ CISG ย่อมสามารถปรับใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้โดยมิต้องผ่านกลไกการอนุชองว่างแห่งบทบัญญัติข้อ 7(2) แห่ง CISG ดังนั้นแล้วในคำพิพากษาคดี *Metalic slabs case* ซึ่งศาลได้วินิจฉัยในลักษณะที่ว่า CISG นั้นหาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนไว้และปราศจากกฎหมายเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG ที่ปรับใช้แก่ประเด็นดังกล่าวได้ ศาลจึงพิจารณาในประเด็นของการมอบอำนาจตามหลักกฎหมายภายในแห่งรัฐเยอรมันอันเป็นกฎหมายที่ปรับใช้แก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองตามกลไกของข้อ 7(2) แห่ง CISG¹⁷² จากที่กล่าวมาในส่วนก่อนหน้าของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แล้วนั้น ประเด็นเกี่ยวกับตัวแทน (agency issue) นั้นค่อนข้างจะมีความคิดเห็นทางกฎหมายที่สอดคล้องตรงกันว่าหาใช่ประเด็นที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG ดังนั้นหากยึดถือตามแนวคิดทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว การปรับใช้กฎหมายของรัฐเยอรมันในคดีดังกล่าวนี้ย่อมสามารถกระทำได้โดยหาจำต้องผ่านกลไกการอนุชองว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG แต่อย่างไรไม่

¹⁷¹ Please see Russia 18 October 2005 Arbitration proceeding 21/2005 (*Varnish and paint machine case* Retrieved March 7, 2009 from <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051018r1.html>>.

¹⁷² Please see Germany 12 June 2008 District Court Landshut (*Metalic slabs case*) <Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080612g2.html>>.

ข. ประเด็นปัญหาการขัดต่อวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายแห่ง CISG ของการอุดช่องว่างโดยปรับใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

การอนุญาตให้มีการปรับใช้กฎหมายภายในเพื่ออุดช่องว่าง CISG นั้นย่อมขัดต่อวัตถุประสงค์ของ CISG ที่ต้องการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายเนื่องจากความแตกต่างกันของทั้งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายในของแต่ละรัฐย่อมนำไปสู่ความไม่แน่นอนในทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยที่โดยแท้แล้ว การที่ CISG นั้นจะสมควรจะต้องเป็นกฎหมายที่มีความครบถ้วนในตนเอง (self-contained law) อิสระ (independent) และแยกออกจากกฎหมายภายใน (distinct) และเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ในการร่าง CISG นั้น CISG ควรจะสามารถดำรงอยู่ได้ด้วยตนเองโดยการสนับสนุนของหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ตัว CISG มีพื้นฐาน ดังนั้นแล้วการนำกฎหมายภายในมาเป็นส่วนหนึ่งของการอุดช่องว่าง CISG นั้นเป็นการขัดกับรากฐานของ CISG ด้วยเหตุเช่นว่าจึงสมควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวของ CISG โดยที่ซึ่งอาจจะพิจารณาทางเลือกดังต่อไปนี้คือ

1. การแก้ไขเนื้อหาของ CISG ข้อ 7(2) ว่าในกรณีไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ให้ทำการอุดช่องว่างโดยปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมาย (general principle of law)¹⁷³ หรือหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ (general principle of international commercial law) แทนที่การอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

อนึ่งนั้นการแก้ไขดังกล่าวนั้นนอกจากจะแก้ไขปัญหาความไม่แน่นอนทางกฎหมายอันเกิดจากการอุดช่องว่างแห่ง CISG โดยใช้กฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี โดยที่แนวทางดังกล่าวนี้จะไม่ประสบปัญหาในกรณีปราศจากหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG อันสามารถปรับแก้กรณีได้เนื่องจากได้กำหนดให้ในกรณีดังกล่าวนี้ให้อุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายแทน (general principle of law) หรือหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ (general principle of international commercial law) ซึ่งย่อมหมายรวมถึงหลักเกณฑ์ที่ปรากฏใน the UNIDROIT Principles

¹⁷³ John Felemegas, *supra* note 39.

2. ตัดส่วนข้อความว่า “แต่หากไม่ปรากฏซึ่งหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นว่า ให้พิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีที่ถูกบ่งชี้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ออกไปเสีย โดยที่จะไม่มีการกำหนดวิธีการอุดช่องว่างในกรณีที่ปราศจากหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG เพื่อที่จะให้การอุดช่องว่างของ CISG ถูกเติมเต็มโดยกฎหมายภายในแห่ง CISG โดยแท้เพื่อให้เกิดหลักการอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นเป็นแบบ True Code Approach อันเป็นรูปแบบที่ดีที่สุดในการสนองตอบวัตถุประสงค์ในการทำกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของ CISG

ในแนวทางในการแก้ไขในแบบที่สองนั้นอาจจะมีผู้ตั้งข้อสงสัยว่าการอุดช่องว่างโดยใช้เพียงหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG จะเพียงพอหรือไม่ ซึ่งหากสังเกตจากอนุสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในหลายฉบับนั้นก็เลือกที่จะใช้การอุดช่องว่างโดยปรับใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นรากฐานแห่งตราสารนั้นเพียงวิธีการเดียว เช่น ข้อ 1.6(2)¹⁷⁴ แห่ง the UNIDROIT Principles กำหนดให้มีการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐาน (underlying general principles) และข้อ 3(2)¹⁷⁵ แห่ง UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) นั้นกำหนดให้การอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่งกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวน่าจะเป็นสิ่งที่สามารถยืนยันในลำดับหนึ่งได้ว่านักกฎหมายเชื่อว่าการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยใช้เพียงหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่งกฎหมายดังกล่าวนั้นเพียงพอ แต่ทว่าอย่างไรนั้นก็มีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติว่าผู้ปรับใช้กฎหมายนั้นอาจไม่สามารถค้นพบหลักเกณฑ์ภายใน (internal principle) ที่สามารถปรับใช้แก่กรณี

¹⁷⁴ Article 16(2) of the UNIDROIT Principles provides

“Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles.”

¹⁷⁵ Article 3(2) of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) provides

“Questions concerning matters governed by this Law which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which this Law is based.”