

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นมีความซับซ้อนยุ่งยากทั้งจากเหตุผลที่ว่า ตัวเนื้อหาของบทบัญญัติเองที่มีความเป็นนามธรรมและอติวิสัยในลำดับหนึ่งและเนื่องจากการปะทะกันของคุณค่าสองอย่างคือการทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและการรักษาไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐในแง่ของการปรับใช้กฎหมายแก่คดี ซึ่งประกอบข้อเท็จจริงที่ว่า CISG นั้นมีการผสมผสานแนวคิดของกฎหมายหลายระบบเข้าด้วยกันในลักษณะที่หาข้อยุติที่ดีที่สุดและเพียงพอเพราะประสานประโยชน์ทำให้การตีความและการปรับใช้ข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นจึงมีประเด็นปัญหาปรากฏอยู่แทบทุกขั้นตอน

โดยในส่วนผู้จัดทำจะขอแยกพิจารณาเป็นสองส่วนคือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับใช้และตีความข้อ 7(2) และข้อเสนอแนะในการแก้ไขเนื้อหาของข้อ 7(2)

5.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการปรับใช้และตีความข้อ 7(2) แห่ง CISG

ก) กรณีซึ่งจะเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายของข้อ 7(2) นั้นต้องมีลักษณะที่กำหนดไว้ทั้งสองประการแห่ง คือ

1. เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG (Questions concerning matters governed) ซึ่งมีข้อพิจารณาว่าแม้เป็นกรณีที่ปราศจากบทบัญญัติที่จะใช้บังคับแก่กรณีก็หาความกรณีดังกล่าวเกิดช่องว่างตามข้อ 7(2) แต่จะต้องพิจารณาว่าเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับแห่ง CISG เนื่องจากกลไกตามข้อ 7(2)หาได้ถูกออกแบบมาเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่หาได้อยู่ในขอบเขตของตัว CISG ไม่ (lacunae intra legem/external gap) เช่นประเด็นที่ไม่ถูกกำหนดมิให้อยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของ CISG (excluded area) แต่จะใช้บังคับแก่ช่องว่างแห่งกฎหมายที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ CISG เท่านั้น (lacunae prater legem/internal gap)

2. ประเด็นเห็นว่าหาได้มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนภายใต้ CISG (not expressly settled in CISG) กรณีแห่งปัญหาจะมีลักษณะประการดังกล่าวก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งสัญญาสามารถถูกตีความนำมาปรับใช้แก่กรณีได้ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยนัย เนื่องจากเงื่อนไขของการพิจารณาว่ามีช่องว่างตามข้อ 7(2). ในประเด็นที่ว่าประเด็นดังกล่าวต้องไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนนั้น” (not

expressly settled) ย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ของประเด็นนั้นจะต้องไม่สามารถพิจารณาได้จากการตีความอย่างชัดแจ้งจากตัวถ้อยคำ(โดยชัดแจ้ง) และจากความหมายของถ้อยคำ(โดยนัย) และความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวของอนุสัญญาต้องเกิดจากความผิดพลาดของผู้ร่างหาได้เกิดจากเจตนาของผู้ร่างไม่

ซึ่งหากประเด็นปัญหาไม่ปรากฏลักษณะครบทั้งสองประการศาลหรืออนุญาโตตุลาการไม่อาจนำกลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG มาปรับใช้แก้คดีได้

ข) ในการปรับใช้ข้อ 7(2) ศาลไม่สามารถจะข้ามขั้นตอนของการพิจารณาว่าคดีพิพาทเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้บังคับของ CISG หรือไม่ เพราะจะเป็นการเข้าสู่ขั้นตอนการอุดช่องว่างโดยไม่พิจารณาว่าเข้าเงื่อนไขที่จะต้องมีการอุดช่องว่างหาหรือไม่ โดยที่มีคำพิพากษาของศาลพาณิชย์ในชั้นอุทธรณ์ของรัฐบูโนสไอเรส(Commercial Court of Appeals of the city of Buenos Aires)แห่งประเทศอาร์เจนตินาในคดี Mayer v. Onda Hofferle GmbH & C. และคดี Cerveceria y Malteria Paysandú v. Cerceveria Argentina S.A. ที่สะท้อนให้เห็นปัญหาของการพิจารณาคดีที่ละเลยขั้นตอนเช่นว่า

ค) โดยที่ได้พิจารณาอย่างละเอียดในเบื้องต้นแล้วนั้นว่าแม้การอุดช่องว่างโดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะไม่ปรากฏในเนื้อหาของข้อ 7(2) แห่ง CISG แต่สมควรจะตีความว่าวิธีการอุดช่องว่างของ CISG นั้นให้หมายรวมถึงวิธีการอุดช่องว่างดังกล่าวด้วย เพราะนอกเหนือความคิดเห็นที่สอดคล้องตรงกันของนักวิชาการในเรื่องดังกล่าวแล้วเหตุผลที่สนับสนุนการยอมรับถึงการอุดช่องว่างโดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมีดังต่อไปนี้¹

1) ความเสมอภาค (equality)

การยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นจะถือให้ก่อถึงความเสมอภาคระหว่างคดี เนื่องจากในกรณีที่ช่องว่างในทางกฎหมายที่ปรากฏขึ้นนั้นมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีที่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของบทบัญญัติหนึ่ง การไม่พิจารณาทั้งสองกรณีนั้นโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันนั้นย่อมนำไปสู่ความไม่เสมอภาค เนื่องจากในกรณีที่ประเด็นแห่งคดีนั้นมีสาระสำคัญที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นก็ควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ซึ่งหากข้อเท็จจริงที่มีความคล้ายคลึงกันอย่างยิ่งนั้นกลับมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันย่อมจะเห็นได้ว่าเป็นการขัดกับความเป็นเสมอภาคและความยุติธรรมระหว่างคดี

¹ โปรดดูบทที่ 4.3.2

2) การให้เหตุผลบนพื้นฐานของหลักการให้เหตุผลแบบ *argumentum a fortiori* (การให้เหตุผลในลักษณะ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น”)

หลัก *argumentum a fortiori* นั้นคือการให้เหตุผลในลักษณะที่ว่า หากมีสิ่งใดอยู่ย่อมมีอีกสิ่งหนึ่งเช่นกันเนื่องจากการมีอยู่ของสิ่งที่อ้างอิงนั้นต้องการเหตุผลที่แน่นอนและมีน้ำหนักกว่ากรณีปัญหา เช่นนั้นแล้วหากกรณีแรกนั้นมีอยู่หรือยอมรับถึงกรณีแรก ก็จะต้องพิจารณาว่าอีกกรณีหนึ่งก็จะ “ยิ่งจะต้อง” มีอยู่โดยหรือถูกยอมรับโดยปริยาย โดยเมื่อปรับหลักการให้เหตุผลดังกล่าวต่อประเด็นของการอุดช่องว่างโดยปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น ย่อมสามารถพิจารณาได้ว่าเมื่อยอมรับการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปในการอุดช่องว่างแล้วนั้น “ยิ่งต้อง” (*argumentum a fortiori*) ยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื่องจากหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นจะนำมาใช้ในกรณีที่กว้างขวางกว่า (*applied in a much wider scale*) และเป็นสิ่งไกลห่างไปจากตัวถ้อยคำใน CISG ยิ่งกว่า (*further away from the text of the convention*)² เช่นนั้นแล้วการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งเป็นการนำมาบังคับใช้ในขอบเขตที่แคบกว่าและผูกติดกับตัวบทมากกว่าจึงยิ่งสมควรได้รับการยอมรับโดยปริยาย

3) การตีความโดยคำนึงถึงจุดมุ่งหมายในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย (*uniformity of the law*)

หากพิจารณาแล้วนั้นวิธีการอุดช่องว่างที่จะตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมาย (*uniformity of the law*) นั้นคือการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเนื่องจากการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาโดยแท้โดยหลักเกณฑ์นั้นจะต้องปรากฏเป็นบทบัญญัติข้อหนึ่งข้อใดของอนุสัญญาและมีความเฉพาะเจาะจงกว่าและชัดเจนมากกว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐาน เช่นนั้นแล้วการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะทำให้กฎหมายมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากกว่าอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปกรณีของก็เพราะเป็นศาลนั้นจะมีอิสระที่น้อยกว่าในการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง³ เนื่องจากการอุดช่องว่างโดยใช้

²Gert Brandner, *Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG*,

Retrieved December 11 2007 from

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/brandner.html>>.

³*Ibid.*

บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้องมีความผูกติดกับถ้อยคำของตัวบทอยู่มาก แต่ช่องว่าง โดยให้หลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นอนุญาตให้ศาลสามารถใช้ความสร้างสรรค์ซึ่งอาจห่างไกลจากที่ระบุไว้ในถ้อยคำของอนุสัญญา

นอกจากนั้นแล้วหากพิจารณาว่ายอมรับให้การอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นเป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG นั้นย่อมทำให้โอกาสที่จะต้องอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้นลดลงเนื่องจากก่อนที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะอุดช่องว่างโดยใช้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล นอกเหนือจากการค้นหาหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นรากฐานแห่ง CISG ศาลหรืออนุญาโตตุลาการต้องค้นหาบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นอีกอุปกรณ์หนึ่งที่จะนำปรับใช้อุดช่องว่างแห่ง CISG เสียก่อน ซึ่งย่อมลดโอกาสของกรณีที่ศาลจะต้องปรับใช้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งย่อมหมายถึงการลดลงของความไม่แน่นอนอันเกิดจากความแตกต่างของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายภายในของแต่ละรัฐลงได้ ดังนั้นแล้วหากบนพื้นฐานของการตีความโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น (teleological interpretation) นั้นก็อาจจะเห็นได้ว่าการยอมรับการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นหนึ่งในวิธีการอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นย่อมมีผลดีอย่างยิ่งต่อวัตถุประสงค์ของ CISG

โดยที่ดังที่ได้พิจารณาในเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ในส่วนก่อนหน้าแล้วนั้น เหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นนั้นค่อนข้างจะมีน้ำหนักมากกว่าข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาที่ว่า การตีความสนธิสัญญานั้นสมควรจะตีความอย่างเคร่งครัดเพื่อมิให้กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐจนเกินไปนั้นซึ่งมีข้อโต้แย้งอยู่คือ บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ CISG นั้นกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่เป็นเอกชนตามสัญญาซื้อขายหาใช้รัฐภาคีไม่ ดังนั้นแล้วการหลักตีความสนธิสัญญาควรนำมาใช้เฉพาะกับส่วนที่ 4 ของ CISG เท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวนี้จึงเห็นควรว่า จะมีการยอมรับว่ากลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG ตามบทบัญญัติข้อ 7(2) นั้นหมายรวมถึงการอุดช่องว่างโดยใช้หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วยรวมทั้งควรจะมีการแก้ไขกฎหมายในส่วนดังกล่าวให้ชัดเจนดังที่จะกล่าวต่อไปในข้อ 5.2 (ก)

ง) ในประเด็นของที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานของ CISG นั้น เมื่อพิจารณาแล้ว การที่ข้อ 7(2) นั้นใช้ถ้อยคำว่าหลักเกณฑ์ทั่วไป “อันเป็นรากฐานแห่ง CISG” คำว่า “เป็นรากฐานแห่ง CISG” นั้นย่อมแสดงนัยให้เห็นว่าต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่มาจากภายใน (internal

principle มิใช่หลักเกณฑ์ที่มาจากภายนอก(external principle) เช่นนั้นแล้วหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ได้จากการใช้กฎหมายเปรียบเทียบโดยเปรียบเทียบกฎหมายภายในของรัฐหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งได้จาก the UNIDROIT Principles ย่อมไม่สามารถเป็นที่มาหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานของ CISG ได้ ยิ่งไปกว่านั้น การยอมรับการปรับใช้กฎหมายเปรียบเทียบ(comparative of law)โดยเปรียบเทียบกฎหมายภายในของรัฐในฐานะที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานของ CISG ย่อมเป็นการยอมรับกฎหมายภายในของรัฐให้เข้ามามีบทบาทใน CISG ก่อนเวลาอันควรเนื่องจากกฎหมายภายในควรจะมีบทบาทต่อ CISG ในลักษณะของทางเลือกสุดท้าย (last resort) เท่านั้น จึงขัดต่อวัตถุประสงค์ของ CISG ที่ต้องการก่อให้เกิดระบบที่เป็นอิสระจากกฎหมายภายในให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ สำหรับกรณีของ the UNIDROIT Principles นอกเหนือจากข้อจำกัดในเรื่องนี้ที่จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่มาจากภายนอกแล้วนั้น (external principle) หากพิจารณาแล้วนั้นจะเห็นข้อแตกต่างหลายประการระหว่าง the UNIDROIT Principles และ CISG ซึ่งทำให้นั้น the UNIDROIT Principles ไม่ควรมีฐานะเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานของ CISG และการยอมรับให้ the UNIDROIT Principles นั้นเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานของ CISG นั้นย่อมทำให้เกิดปัญหาตามมาว่าขอบเขตของที่มาของกฎเกณฑ์ภายนอกนั้นจะเป็นเช่นไรและหากกฎเกณฑ์ที่มีที่มาแตกต่างกันและมีเนื้อหาต่างกัน ผู้ปรับใช้กฎหมายจะต้องยึดถือหลักเกณฑ์ใด แต่อย่างไรนั้น the UNIDROIT Principles จะเป็นประโยชน์อย่างมากในการช่วยตีความ CISG

5.2 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเนื้อหาของข้อ 7(2) แห่ง CISG

ก) สมควรจะมีการแก้ไขข้อ 7(2) แห่ง CISG ให้มีการระบุอย่างชัดเจนว่าวิธีการอุดช่องว่างตามข้อดังกล่าวนี้หมายรวมถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วยความชัดเจนและป้องกันความขัดแย้งอันจะเกิดขึ้นในอนาคตและเพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการอ้างว่าได้ทำการอุดช่องว่างโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG ทั้งที่โดยแท้เป็นการอุดช่องว่างโดยปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเนื่องจากไม่มั่นใจว่าการอุดช่องว่างโดยปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นได้รับการอนุญาตภายใต้ CISG หรือไม่ อันอาจจะก่อให้เกิดผลในลักษณะประหลาดเพราะหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG นั้นจะมีถูกปรับใช้ในขอบเขตกว้างกว่า ขณะที่บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะใช้แก่กรณีที่เนื้อหาแห่งคดีมีความใกล้เคียงกันอย่างมาก ซึ่งหากมีการตัดสินแตกต่างกันอาจทำให้เกิดความไม่

ยุติธรรม การที่ศาลอุทธรณ์ว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งแต่กล่าวอ้างว่าใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG จะทำให้หลักที่ได้จากบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำไปปรับใช้ในขอบเขตที่กว้างขวางกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งอาจจะเห็นตัวอย่างได้จากคดี Oberlandesgericht Düsseldorf, 17. Zivilsenat (02.07.1993)⁴ ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาถึงสถานที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ในกรณีของการชำระค่าเสียหาย ศาลได้พิจารณาคดีโดยผ่านการอุทธรณ์ว่างโดยอ้างว่ามีหลักเกณฑ์ทั่วไปว่า สถานที่ที่ต้องปฏิบัติชำระหนี้ที่เป็นตัวเงินนั้นคือสถานประกอบธุรกิจของเจ้าหนี้ ซึ่งศาลพิจารณาสกัดหลักเกณฑ์มาจากข้อ 57 (1) แห่ง CISG ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวนั้นมีความชอบธรรมในกรณีของการชำระค่าเสียหายเนื่องจากเหตุผลเบื้องหลังของข้อ 57(1) แห่งนั้นคือผู้ซื้อจะต้องแบกรับความเสี่ยงและค่าใช้จ่ายในการชำระราคาสินค้าเพราะผู้ซื้อนั้นสามารถควบคุมความเสี่ยงและต้นทุนของการชำระราคาด้วยการเลือกวิธีการชำระราคา เหตุผลเบื้องหลังเช่นว่า (ratio legis) สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีของการชำระค่าเสียหายเนื่องจากไม่มีเหตุผลใดที่ทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมในคดี⁵ เนื่องจากผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเองก็พึงจะต้องรับความเสี่ยงและต้นทุนในการปฏิบัติชำระหนี้ในกรณีของค่าเสียหาย แต่การที่ศาลในคดีดังกล่าวอ้างว่า กฎเกณฑ์ที่ว่าสถานที่ที่ต้องปฏิบัติชำระหนี้ที่เป็นตัวเงินนั้นคือสถานประกอบธุรกิจของเจ้าหนี้มีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปย่อมหมายความว่า กฎเกณฑ์เช่นว่าจะต้องสามารถปรับใช้กับการชำระหนี้ที่เป็นตัวเงินกรณีอื่นได้ทั้งปวงแต่ก็คงมีปัญหว่าเหตุผลเบื้องหลังที่กล่าวอ้างโดยศาลเยอรมันในคดีเช่นว่าจะสามารถปรับใช้แก่กรณีที่แตกต่างเช่น เกิดการเลิกสัญญาโดยเป็นความผิดของผู้ซื้อ ซึ่งผู้ขายต้องชำระราคาคืน ประเด็นปัญหาคือในกรณีดังกล่าวนี้ผู้ขายควรจะต้องเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงหรือไม่

ซึ่งจากคดีดังกล่าวนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นปัญหาของการยกสถานะของกฎเกณฑ์ที่สกัดมาจากบทบัญญัติเพียงข้อเดียวของ CISG ว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งที่โดยแท้แล้วอาจจะเป็นเพียงการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเนื่องจากการที่ไม่มีภาระอย่างชัดแจ้งอนุญาตให้มีการอุทธรณ์ว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นให้อันจะนำสู่สถานการณ์ในลักษณะที่จะต้องนำกฎเกณฑ์ที่มีฐานจากการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไปใช้ในระดับที่กว้างกว่าที่สมควรจะเป็นเพราะศาลหรืออนุญาโตตุลาการได้แปลงสถานะของบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf, 17. Zivilsenat (02.07.1993) <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/74.htm> as cited in Gert Brandner, *supra* note 2.

⁵ Gert Brandner, *supra* note 2.

ให้เป็นเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป แต่อย่างไรนั้นปัญหาดังกล่าวนั้นสามารถถูกแก้ไขได้โดยการระบอบอย่างชัดแจ้งถึงการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งจะทำให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนั้นสามารถมั่นใจได้ว่าตนสามารถอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยหาจำเป็นที่จะต้องอ้างว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG ซึ่งจะเป็นการก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ที่ปรับใช้ในลักษณะที่กว้างขวางมิใช่เพียงกรณีที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งอาจรวมถึงกรณีซึ่งหากปรับกฎเกณฑ์ดังกล่าวเข้าแก้คดีจะทำให้ผลแห่งคดีอาจไม่สอดคล้องต่อความยุติธรรม

ข) การอนุญาตให้มีการปรับใช้กฎหมายภายในโดยผ่านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเพื่ออุดช่องว่าง CISG นั้นย่อมขัดต่อวัตถุประสงค์ของ CISG ที่ต้องการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายเนื่องจากความแตกต่างกันของทั้งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายในของแต่ละรัฐย่อมนำไปสู่ความไม่แน่นอนในทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาในทางการค้าระหว่างประเทศ จึงสมควรมีการแก้ไขกฎหมายในส่วนดังกล่าว ซึ่งอาจกระทำได้ในสองลักษณะคือ

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

2) ตัดส่วนข้อความว่า “แต่หากไม่ปรากฏซึ่งหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นว่า ให้พิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับแก้คดีที่ถูกต้องซึ่งตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ออกไป โดยที่ไม่มีการกำหนดวิธีการอุดช่องว่างในกรณีที่ปราศจากหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นรากฐานแห่ง CISG เพื่อที่จะให้การอุดช่องว่างของ CISG ถูกเติมเต็มโดยกฎเกณฑ์ภายในแห่ง CISG โดยแท้เพื่อให้กลไกการอุดช่องว่างแห่ง CISG นั้นเป็นแบบ True Code Approach อันเป็นรูปแบบที่ดีที่สุดในการสนองตอบวัตถุประสงค์ในการทำกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของ CISG

5.3. ข้อเสนอแนะในการพิจารณาการเข้าเป็นภาคี CISG ของประเทศไทย

การพิจารณาการเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาของประเทศไทยนั้นจะต้องคำนึงผลของข้อ 7(2) แห่งอนุสัญญา CISG เป็นอย่างยิ่งเนื่องจากหากประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวและได้ทำการอนุวัติการ CISG แล้วนั้นการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายสินค้าอันอยู่ภายใต้ขอบเขตของ CISG แล้วนั้น ศาลไทยจะต้องพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยใช้กฎหมายภายในที่เกิดจากการอนุวัติการ CISG ซึ่งหมายรวมถึงหลักเกณฑ์ตามข้อ 7(2) แห่ง CISG ซึ่งย่อมมีนัยที่ว่าหากมีช่องว่างแห่งกฎหมายในขอบเขตดังกล่าวเกิดขึ้นนั้นศาลภายในแห่งรัฐไทยจะต้องใช้กระบวนการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) ซึ่งมีที่มาของกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการอุดช่องว่างคือ การเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจากบทบัญญัติแห่ง CISG หลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานและหากปราศจากทั้งสองสิ่งข้างต้นก็ให้นำกฎหมายภายในที่บังคับแก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้แก้ไขข้อเท็จจริง ซึ่งจะเห็นได้ว่าแตกต่างจากมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดที่มาแห่งกฎเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้แก่การอุดช่องว่างไว้คือให้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไปสำหรับ ฉะนั้นแล้วจากสถานการณ์ดังกล่าวนั้นศาลไทยจะทำการอุดช่องว่างคดีพิพาทที่ตกอยู่ภายใต้บังคับ CISG จากการเทียบเคียงบทกฎหมายของ CISG และหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานซึ่งต้องค้นพบในขอบเขตแห่ง CISG เองและหากไม่มีกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องพิจารณาไปปรับใช้กฎหมายที่เป็นกฎหมายที่ปรับใช้แก่คดีตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ฉะนั้นแล้วโอกาสที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรจารีตประเพณี การเทียบเคียงกฎหมายลายลักษณ์อักษรแห่งกฎหมายไทยหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายของประเทศไทยจะนำไปปรับใช้แก่สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในขอบเขตของ CISG มีอยู่อย่างน้อยยิ่ง เหตุดังกล่าวนี้ทำให้ในการพิจารณาการเข้าเป็นภาคี CISG ของประเทศไทยนั้นจะต้องมีเพียงแต่พิจารณาถึงตัวอักษรที่ปรากฏในตัว CISG เท่านั้นแต่ต้องพิจารณาถึงเหตุผลทางกฎหมายเบื้องหลัง (ratio legis) ของบทบัญญัติแห่ง CISG แต่ละข้ออันเป็นข้อพิจารณาในการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างและหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานว่าเป็นเช่นไรอย่างถี่ถ้วนเพราะศาลแห่งรัฐไทยจะต้องนำกฎเกณฑ์ทั้งสองประเภทมาอุดช่องว่างในกรณีของข้อพิพาทที่อยู่ภายในขอบเขตของ CISG ดังนั้นการพิจารณาว่าเนื้อหา CISG มีความเหมาะสมหรือมีผลดีผลเสียต่อผู้ประกอบการในรัฐไทยอย่างไรจะต้องพิจารณามากกว่าลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่

ใน CISG แต่ต้องพิจารณาถึงเหตุผลเบื้องหลังของบทบัญญัติแต่ละข้อของ CISG ซึ่งเป็นสิ่งนำมาใช้พิจารณาในการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งและพิจารณาว่าสิ่งใดคือหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่ง CISG มีรากฐานเนื่องจากทั้งสองสิ่งนั้นอาจจะต้องนำมาบังคับแก่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ผู้ประกอบการไทยเป็นคู่สัญญาอยู่ด้วย เช่นนั้นแล้วการศึกษาการเข้าเป็นภาคี CISG นั้นจะต้องกระทำอย่างลึกซึ้งและทราบให้ได้ถึงเหตุผลและหลักการทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังแห่งบทบัญญัติแต่ละข้อและตัวอนุสัญญา CISG หากจะต้องการทราบว่า การเข้าเป็นภาคีแห่ง CISG นี้จะเหมาะสมและมีผลดีและผลเสียอย่างไร

นอกจากนี้แล้วนั้นหากรัฐไทยต้องการจะเป็นภาคีแห่ง CISG นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาเพราะดังที่กล่าวมาแล้วนั้น CISG เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร เพราะเป็นกรณีที่การปฏิบัติตามอนุสัญญาส่งผลกระทบต่อกฎหมายภายในที่มีอยู่ปัจจุบันเนื่องจากเนื้อหาของ CISG จะเข้าแทนที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นกฎหมายภายในที่ปรับใช้แก่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันหากเป็นกรณีที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลชี้ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งรัฐไทยใช้บังคับแก่กรณี