

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์ปัญหาการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเปรียบ กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

เนื่องจากสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ถือเป็นเรื่องใหม่ที่เกิดขึ้นและเพิ่งเปิดทำการซื้อขายขึ้นในประเทศไทยเมื่อไม่นานมานี้ ซึ่งการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำและน้ำมันดิบ เพื่อการส่งมอบ ถือเป็นเรื่องหนึ่งถึงแม้ว่าในปัจจุบันจากการตรวจสอบ ณ วันที่จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะยังไม่เปิดดำเนินการซื้อขายสินค้าประเภทดังกล่าวก็ตาม แต่ก็เป็นที่คาดหมายว่าจะต้องเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้อย่างแน่นอน เนื่องจากเป็นสินค้าที่ถูกกำหนดไว้ในคำนิยามของพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 แล้ว และหากมีการเปิดให้ทำการซื้อขายในอนาคต สิ่งที่จะตามมาคือประเด็นปัญหาต่างๆทางกฎหมายที่อาจเกิดได้อย่างมากมาย อันเนื่องมาจากไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อรองรับ ประเด็นปัญหาเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยถือเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งที่ผู้เขียนเห็นว่ามี ความสำคัญ และควรทำการศึกษาวิเคราะห์เพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ในการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546

ประเด็นปัญหาการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 สามารถแยกวิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้

#### 1. พิจารณาจากหลักทั่วไปของการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขาย

##### 1.1 ประเด็นเรื่องความเสี่ยงภัยโอนเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นลง

หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นลง เป็นหลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทต่างประเทศที่ผ่านมาแล้วว่าอาจใช้แก้ปัญหาเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าของตลาด Central Japan Commodity Exchange และตลาด TOCOM ของประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากไม่มีการบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยไว้เป็นการเฉพาะในข้อบังคับของตลาด ซึ่งหลักการโอนความเสี่ยงภัยเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในกรณีที่ผู้ขายมีตัวสินค้าอยู่ในการครอบครองขณะทำสัญญาซื้อขาย หรืออยู่ในฐานะที่สามารถส่งมอบการครอบครองตัวสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้ในทันทีเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นลง ซึ่งสินค้านี้ดังกล่าวต้องมีการทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก่อน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สินค้านั้นต้องมีการบ่งตัวสินค้าไว้เป็นที่แน่นอน ซึ่งผู้ขายสามารถส่งมอบสินค้าไปให้ผู้ซื้อทันทีเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้น ในขณะที่ผู้ซื้อ

ต้องดำเนินการรับมอบสินค้าทันทีเช่นกัน ทั้งนี้กรณีผู้ซื้อมารับมอบสินค้า ก็ถือว่าความเสี่ยงภัยได้โอนมาที่ตัวผู้ซื้อตั้งแต่ทำสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว ดังนั้นหากเกิดภัยพิบัติกับตัวสินค้าในระหว่างที่ผู้ซื้อยังไม่ได้รับมอบสินค้า ผู้ซื้อก็ต้องเป็นผู้รับผลแห่งภัยพิบัตินั้นไป ผลดี คือทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจะได้รับชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายทันทีที่ทำสัญญาเสร็จ

สำหรับประเด็นปัญหาที่ว่า การกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเสร็จสิ้นนั้นเหมาะสมกับลักษณะทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติของการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำหรือน้ำมันดิบตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 หรือไม่ จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติของการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบนั้นอาจเป็นไปได้ทั้งสองกรณี คือ

กรณีแรก ผู้ขายมีตัวสินค้าอยู่ในขณะทำการซื้อขาย ซึ่งในกรณีดังกล่าวก็ต้องทำให้สินค้านั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเสียก่อน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้านั้นยังไม่สามารถทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในทันทีที่ทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้ เนื่องจากรายละเอียดในตัวสัญญาซื้อขายล่วงหน้าผู้ซื้อจะระบุเพียงว่าตนต้องการซื้อสินค้าประเภทใด จำนวนเท่าใด ราคาเท่าไร โดยที่ยังไม่มีการบ่งตัวสินค้าว่าเป็นสินค้าชนิดใด อันไหน หรือมีการบรรจุหีบห่อสินค้าที่พร้อมจะส่งมอบทันที กรณีนี้ไม่สามารถใช้กับสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบได้ เนื่องจากไม่สามารถทำให้สินค้าที่ทำการซื้อขายกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้

กรณีที่สอง ผู้ขายยังไม่มีตัวสินค้าอยู่ในขณะทำการซื้อขาย แต่จะสามารถมีตัวสินค้าที่ทำการซื้อขายในอนาคตได้ ซึ่งกรณีนี้เป็นที่แน่ชัดว่าไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นเพราะจะต้องมีตัวสินค้าในขณะทำการซื้อขาย จึงจะสามารถใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้

จากเหตุผลที่กล่าวมา การที่จะกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการทำสัญญาเสร็จสิ้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่สามารถใช้กับกรณีการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำและน้ำมันดิบได้ ประกอบกับโดยสภาพธุรกิจของการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เป็นการซื้อขายสินค้าในอนาคต ซึ่งส่วนใหญ่ของการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตัวผู้ขายเองมักจะยังไม่มีตัวสินค้าอยู่ในขณะทำการซื้อขาย หรือในกรณีที่มีตัวสินค้าอยู่แล้วก็ยังไม่มีการเจาะจงตัวสินค้าไว้เป็นที่แน่นอน ด้วยเหตุนี้ หลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นจึงอาจจะไม่สอดคล้องกับสภาพและทางปฏิบัติในการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำหรือน้ำมันดิบตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546

## 1.2 ประเด็นเรื่องความเสี่ยงภัยโอนพร้อมการโอนกรรมสิทธิ์

หลักความเสี่ยงภัยโอนพร้อมการโอนกรรมสิทธิ์ เป็นหลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ในบทความต่างประเทศที่ผ่านมาว่าเป็นหลักที่ใช้แก้ปัญหาการโอนความเสี่ยงภัยในตลาดซื้อขายล่วงหน้า ตลาด Chicago Board of Trade (CBOT) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งหลักการโอนความเสี่ยงภัยโอนพร้อมการโอนกรรมสิทธิ์นี้ เป็นลักษณะที่ผู้รับผลแห่งภัยพิบัติในตัวสินค้าที่ทำการซื้อขายคือผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัวสินค้านั้น เนื่องจากมีแนวความคิดว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัวสินค้านั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอนสินค้า ตลอดจนติดตามทวงคืนสินค้าจากบุคคลภายนอกได้ตามกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันหากเกิดกรณีในตัวสินค้านั้นถูกทำลายสิ้นไปโดยที่ไม่สามารถเอาผิดฝ่ายใดได้ ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ก็ย่อมต้องรับผลร้ายนั้นไปเช่นเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้รับประโยชน์ในตัวสินค้าแล้ว ก็ต้องได้รับโทษแห่งภัยพิบัตินั้นด้วยหากตัวสินค้านั้นถูกทำลายลง ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องระมัดระวังดูแลรักษาทรัพย์สินของตนไม่ให้เกิดภัยพิบัติไปได้โดยง่ายนั่นเอง

ทั้งนี้ ประเด็นปัญหาที่กำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนพร้อมการโอนกรรมสิทธิ์นี้สามารถเข้ากับลักษณะทางกฎหมายและทางปฏิบัติของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำหรือน้ำมันดิบตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากหลักการโอนความเสี่ยงภัยลักษณะดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในตัวสินค้า ดังนั้น ประการแรกที่ต้องพิจารณาคือ หลักการโอนกรรมสิทธิ์ของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบนั้นว่ามีลักษณะอย่างไร ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ยังไม่มีการบัญญัติเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ไว้ในข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในบทก่อนผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ว่า เนื่องจากสัญญาซื้อขายล่วงหน้านั้นดังกล่าวไม่มีลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้ นั่นก็หมายความว่าไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์การโอนกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เช่นเดียวกัน ผู้เขียนจึงวิเคราะห์ในเบื้องต้นว่าต้องนำหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญามาใช้บังคับไปก่อน

อย่างไรก็ดี สัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ เป็นสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะเฉพาะ และจากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ซึ่งเป็นตลาดซื้อขายล่วงหน้าที่เกิดขึ้นก่อนในประเทศไทย และพบว่ามีกำหนดเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ไว้ในข้อบังคับของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในสินค้าเกษตรแต่ละประเภท จึงเห็นควรว่าอาจนำหลักเกณฑ์การโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรมาเป็น

แนวทางในการบัญญัติเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ได้ ซึ่งหลักการโอนกรรมสิทธิ์ของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในสินค้าเกษตรแต่ละประเภทนั้นมีหลักการที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ กำหนดให้กรรมสิทธิ์โอนเมื่อผู้ขายส่งมอบสินค้าและผู้ซื้อได้ชำระราคาสินค้าให้แก่ผู้ขายเป็นเช็คธนาคารหรือตัวแลกเงินธนาคาร ซึ่งการโอนกรรมสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสมกับสภาพและทางปฏิบัติในธุรกิจการซื้อขายล่วงหน้า เนื่องจากควรให้มีการส่งมอบสินค้าจากตัวผู้ขาย และผู้ซื้อชำระราคาให้เสร็จสิ้นเสียก่อนจึงจะถือว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเป็นที่เรียบร้อยแล้ว กล่าวคือ ให้คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างได้รับชำระหนี้ในส่วนของตนให้เรียบร้อยแล้ว

หากตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยมีการกำหนดหลักเกณฑ์การโอนกรรมสิทธิ์ให้เป็นไปในลักษณะเดียวกับของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแล้ว ประการต่อมาที่ต้องทำการพิจารณา คือ ลักษณะการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือ น้ำมันดิบนั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนพร้อมการโอนกรรมสิทธิ์หรือไม่ ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อเราสามารถกำหนดเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์แล้ว การจะกำหนดเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยจึงถือเป็นสิ่งที่เกี่ยวเนื่องกันอยู่แล้ว ซึ่งการกำหนดให้กรรมสิทธิ์โอนไปหากผู้ขายมีการส่งมอบสินค้าและผู้ซื้อได้ชำระราคาแล้ว ก็เป็นสิ่งที่ถูกต้องเนื่องจากหน้าที่ความรับผิดชอบต่างๆในตัวสินค้าตลอดจนความเสี่ยงภัยควรจะโอนไปภายหลังที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายหลังจากที่ได้มีการชำระหนี้ในส่วนของตนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว เพราะผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในตัวสินค้าทองคำ หรือ น้ำมันดิบต้องเป็นผู้ที่ได้รับทั้งผลประโยชน์และโทษที่เกิดขึ้นในทองคำ หรือน้ำมันดิบนั้นด้วย ผลดีของการกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนพร้อมกรรมสิทธิ์ คือ ทำให้ไม่เกิดข้อกังขาและข้อโต้แย้งเปรียบระหว่างตัวคู่สัญญาผู้ซื้อและผู้ขาย อันเนื่องมาจากหากกรรมสิทธิ์ได้โอนไปเมื่อใดก็ให้ความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อนั้น

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงการที่จะสามารถกำหนดเรื่องความเสี่ยงภัยโอนพร้อมการโอนกรรมสิทธิ์ ในข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยได้นั้น ต้องมีการกำหนดเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าดังกล่าวตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งการที่ผู้เขียนทำการวิเคราะห์โดยนำแนวทางของบทบัญญัติเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ที่กำหนดในข้อบังคับของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้ามาศึกษานั้น เนื่องจากเห็นว่าเป็นการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่มีรายละเอียดเป็นไปในลักษณะเดียวกัน จะแตกต่างกันก็ตรงที่ชนิดของตัวสินค้าที่จะทำการซื้อขายเท่านั้น ซึ่งหากตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยมีการกำหนดหลักเกณฑ์การโอนกรรมสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวแล้วก็จะทำให้สามารถกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนพร้อมการโอนกรรมสิทธิ์ได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์การโอนความเสี่ยงภัยลักษณะดังกล่าวมีความเป็นไปได้และสอดคล้องกับวิธีปฏิบัติทางการค้าของการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือ

น้ำมันดิบ ตามที่ได้กล่าวข้างต้น ซึ่งสามารถนำมากำหนดไว้ในข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ได้

### 1.3 ประเด็นเรื่องความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการส่งมอบสินค้า

หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการส่งมอบสินค้านั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ไว้ในบทก่อนว่าเป็นหลักที่ใช้แก้ปัญหาการโอนความเสี่ยงภัยในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ของประเทศไทย ซึ่งหลักการโอนความเสี่ยงภัยเมื่อมีการส่งมอบสินค้านั้น กำหนดให้การส่งมอบเป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัย โดยถือว่าสินค้าอยู่ในความครอบครองของผู้ใด ผู้นั้นย่อมสามารถปิดปากภัยพิบัติต่างๆ ได้ดีกว่าใคร ถึงว่าแม้ว่าเหตุนั้นจะเป็นเหตุสุดวิสัยก็ตาม ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มีแนวคิดที่ว่า สินค้าที่ทำการซื้อขาย หากยังอยู่ในความครอบครองของผู้ขาย ก็ถือว่าผู้ขายยังเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยอยู่ แต่หากสินค้านั้นมีการส่งมอบให้กับผู้ซื้อแล้ว ก็ถือว่าสินค้านั้นเข้าไปอยู่ในอำนาจการจัดการของผู้ซื้อแล้ว ดังนั้นความเสี่ยงภัยจึงต้องตกเป็นของผู้ซื้อเช่นเดียวกัน

แต่เมื่อพิจารณาถึงหลักการนี้โดยละเอียดแล้ว จะพบว่า การกำหนดให้เกณฑ์การส่งมอบนี้เพียงเกณฑ์เดียวเป็นตัวกำหนดผลทางกฎหมายหลายเรื่อง เช่น เรื่องการปฏิบัติการชำระหนี้ของผู้ขาย การโอนความเสี่ยงภัยจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ ถือเป็น การสร้างข้อคิดที่เป็นนามธรรม (Abstract) ซึ่งถือว่าไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติในการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าในปัจจุบัน

สำหรับประเด็นปัญหาเรื่องกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการส่งมอบสินค้านั้นมีความเหมาะสมกับลักษณะทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติทางการซื้อขายของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 หรือไม่นั้น ประการแรกที่ต้องพิจารณา คือ สัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบนั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ เนื่องจากหลักเกณฑ์นี้ใช้ "การส่งมอบสินค้า" เป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยในตัวสินค้าที่ทำการซื้อขาย จากการศึกษา พบว่า สัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ จัดเป็นสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างต้องปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา กล่าวคือ ผู้ซื้อและผู้ขายที่ถือสัญญาอยู่ในขณะนั้น เมื่อครบอายุสัญญาที่กำหนดในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าแล้ว ผู้ขายต้องทำการส่งมอบสินค้าและผู้ซื้อต้องทำการชำระราคาตามที่ตกลงกัน ซึ่งในลักษณะหรือทางปฏิบัติทางการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า นั้น การจะกำหนดให้การส่งมอบสินค้าเป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยเพียงประการเดียว ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ยังไม่ชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากหากเกิดกรณีที่ ผู้ขายส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อแล้ว แต่ผู้ขายยังไม่ได้รับการชำระราคา ก็จะส่งผลให้ความเสี่ยงภัยโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อแล้ว หลังจากนั้นเมื่อเกิดภัยพิบัติในตัวสินค้าผู้ซื้ออาจจะไม่ชำระราคา

ให้กับผู้ขายอีกต่อไป โดยอ้างเหตุว่าตนเองยังไม่ได้ใช้ประโยชน์จากตัวสินค้าที่ได้รับการส่งมอบ หรือการที่เกิดภัยพิบัติในตัวสินค้าอันไม่ใช่ความผิดของตน ซึ่งตนก็ไม่จำเป็นต้องชำระราคาให้แก่ผู้ขาย เกิดเป็นข้อกรณีพิพาทระหว่างคู่สัญญากันขึ้น หรือในกรณีที่ผู้ขายยังไม่ส่งมอบตัวสินค้า แต่ผู้ซื้อชำระราคาค่าสินค้าให้แก่ผู้ขายทั้งหมดหรือบางส่วนเรียบร้อยแล้ว หากในระหว่างนั้นเกิดภัยพิบัติในตัวสินค้าโดยที่ไม่สามารถโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ กรณีนี้ผู้ขายอาจไม่ยอมคืนราคาค่าสินค้าแก่ผู้ซื้อและให้เหตุผลว่าภัยพิบัติที่เกิดขึ้นไม่สามารถโทษฝ่ายใดได้และถือว่าการชำระราคาของผู้ซื้อเป็นการชำระราคาตามสัญญาซื้อขายที่ขึ้นระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ทำให้เกิดเป็นกรณีพิพาทที่ต้องหาเหตุผลมานำสืบกันอย่างยุ่งยาก

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนของหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการส่งมอบสินค้ากรณีเข้าทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ นอกจากเรื่องการส่งมอบที่เป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายผู้ขายแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการกำหนดหน้าที่ของฝ่ายผู้ซื้อไว้ด้วยว่าต้องมีการชำระราคา หรือออกไปรับสินค้าหลังจากที่มีการตรวจสอบตัวสินค้าที่ได้รับมอบจากผู้ขายแล้ว ซึ่งการกำหนดวิธีการดังกล่าว จะทำให้เกิดผลดีคือเกิดความชัดเจนระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายว่าตนเองจะต้องดำเนินการอย่างไรบ้างเมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งผู้ขายต้องส่งมอบสินค้า และผู้ซื้อต้องชำระราคา หรือออกไปรับสินค้า และผู้ซื้อผู้ขายเกิดความมั่นใจในการเข้าทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าว่าตนเองจะได้รับชำระหนี้ตามสัญญาอย่างแน่นอน

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าการกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการส่งมอบสินค้านั้น หากจะนำมาใช้ในกรณีของการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำหรือน้ำมันดิบนั้น นอกจากการกำหนดเรื่องการส่งมอบแล้ว จะต้องมีการกำหนดให้ผู้ซื้อทำการชำระราคา หรือออกไปรับสินค้าด้วย จึงจะถือว่าความเสี่ยงภัยได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้ออย่างสมบูรณ์ และเป็นธรรมกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังเช่นที่ผู้เขียนได้มีการศึกษาวิจัยบทบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ซึ่งมีกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อผู้ขายมีการส่งมอบสินค้าและผู้ซื้อมีการออกไปรับสินค้าเป็นที่เรียบร้อยแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำแนวทางการโอนความเสี่ยงภัยของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรดังกล่าว มากำหนดในข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยได้ ซึ่งจากการศึกษาทางปฏิบัติของการซื้อขายสินค้าน้ำมันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเรื่องความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการส่งมอบสินค้าในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ให้มีความเหมาะสมนั้น จะต้องมีการเพิ่มเติมเรื่องหน้าที่ของผู้ซื้อในการชำระราคาหรือออกไปรับสินค้าเข้าไปด้วย จึงจะถือว่าให้ความเสี่ยงภัยโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้ออย่างสมบูรณ์

#### 1.4 ประเด็นเรื่องความเสี่ยงภัยโอนตามแบบจารีตประเพณีทางการค้า

หลักเกณฑ์การโอนความเสี่ยงภัยตามวิธีการขนส่งที่ตลาดซื้อขายล่วงหน้ากำหนดถือเป็นลักษณะการโอนความเสี่ยงภัยตามหลักการรับขนระหว่างประเทศ ที่เป็นที่ยอมรับและใช้กันเป็นการทั่วไป ซึ่งจะมีการกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษในวิธีการขนส่งแต่ละประเภท ซึ่งจากการศึกษาในบทก่อนพบว่า วิธีการขนส่งที่พบในตลาดซื้อขายล่วงหน้า นั้นจะมีทั้งการขนส่งแบบ FOB ซึ่งพบในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ของประเทศไทย และการขนส่งแบบ FOT ซึ่งพบในตลาด The London Metal Exchange ของประเทศอังกฤษ

ประเด็นเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยตามแบบจารีตประเพณีทางการค้านั้นมีความเหมาะสมกับลักษณะทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติทางการซื้อขายของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 หรือไม่นั้น ประการแรกที่ต้องพิจารณา คือ การทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบนั้นดำเนินการส่งมอบรับมอบสินค้าโดยใช้วิธีการขนส่งสินค้าตามหลักการรับขนสินค้าระหว่างประเทศหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยยังไม่มีการกำหนดเรื่องวิธีการซื้อขายสินค้าว่าให้มีลักษณะเป็นแบบใด

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนตามแบบจารีตประเพณีทางการค้านั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการโอนความเสี่ยงภัยที่มีการกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษ กล่าวคือ การโอนความเสี่ยงภัยไม่ได้ยึดติดกับเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ หรือ เรื่องการทำสัญญาเสร็จสิ้นบริบูรณ์ เช่นเดียวกับหลักกฎหมายแห่งทั่วไป โดยในวิธีการขนส่งสินค้าแต่ละประเภทจะมีการกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนตามเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป สำหรับการขนส่งสินค้าแบบ FOB นั้น มีการกำหนดให้ความเสี่ยงภัยตกอยู่กับผู้ซื้อ ณ เวลาที่ผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้ผู้ขนส่งเสร็จสิ้นแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ขายได้ทำการบรรจุสินค้าพันกราบเรือแล้ว ส่วนกรณีการขนส่งแบบ FOT นั้น เป็นวิธีการขนส่งที่กำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ขายทำการขนส่งสินค้าถึงรถบรรทุกแล้ว ซึ่งการโอนความเสี่ยงภัยตามวิธีการขนส่งทั้งสองประเภทนี้ต่างก็เป็นวิธีการขนส่งสินค้าตามที่ตลาดซื้อขายล่วงหน้าได้กำหนดไว้ในข้อบังคับของตลาดซื้อขายล่วงหน้าต่างประเทศ และตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าของไทย แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าของต่างประเทศที่มีการซื้อขายสินค้าลักษณะเดียวกัน คือ ทองคำ หรือน้ำมันดิบนั้นมีการกำหนดวิธีการขนส่งสินค้าให้เป็นแบบ FOB ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า หากดูจากทางปฏิบัติของการซื้อขายสินค้าทองคำ หรือน้ำมันดิบดังกล่าว ก็มีความเป็นไปได้ว่าตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยอาจมีการกำหนดลักษณะวิธีการขนส่งสินค้าให้เป็นไปในลักษณะดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าหากในข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยมีการกำหนดวิธีการขนส่งไว้ไม่ว่าจะเป็นแบบใดก็ตาม ก็จำเป็นจะต้องมีการกำหนดเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยตามลักษณะของวิธีการขนส่งไว้ในข้อบังคับอีก ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะได้ไม่ต้องไปพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของกฎหมายซื้อขายระหว่างประเทศอีก โดยให้ดำเนินการตามข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยได้เลย ซึ่งผลดี คือ จะทำให้ไม่มีปัญหาในการตีความ และ เกิดความชัดเจนในเรื่องดังกล่าวมากยิ่งขึ้น

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนตามแบบจารีตประเพณีทางการค้า ในสัญญาซื้อขายทองคำ หรือน้ำมันดิบตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 นั้นมีความเหมาะสม และมีความเป็นไปได้ในการนำเข้ามาใช้บังคับ เนื่องจากวิธีปฏิบัติในการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าในปัจจุบันส่วนใหญ่ จะมีการกำหนดวิธีการขนส่งไว้ในตลาดซื้อขายล่วงหน้าอยู่แล้ว แต่เห็นควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยตามวิธีการขนส่งสินค้าให้เป็นลายลักษณ์อักษรลงไปในข้อบังคับของตลาดก็จะทำให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

## 2. พิจารณาจากหลักการโอนความเสี่ยงภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะมิได้มีการบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของสัญญาซื้อขายโดยตรง แต่ก็ได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในสัญญาต่างตอบแทน มาตรา 370 - 372 ซึ่งโดยปกติก็จะใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายด้วย เนื่องจากมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่ง

ในบทที่ผ่านมาผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิเคราะห์แล้วว่าสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำและน้ำมันดิบนั้น ไม่ใช่สัญญาซื้อขายที่มีลักษณะตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทั้งนี้ ได้มีนักนิติศาสตร์บางท่านให้ความเห็นไว้ว่า มาตรา 370 - 372 สามารถปรับใช้ได้กับทุกสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนอันมีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์<sup>1</sup> อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ว่าสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ และน้ำมันดิบ ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 นั้น สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 370 - 372 มาปรับใช้ได้หรือไม่ อย่างไร โดยสามารถแยกวิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้

<sup>1</sup> ทัศนะ วิจิตตวิริยกุล, "การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," : 648.



## 2.1 หลักการโอนความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ตามมาตรา 370 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 370 บัญญัติไว้ดังนี้

"ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินสิทธิในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะลงโทษลูกหนี้ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้

ถ้าไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ตั้งแต่เวลาที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195 วรรค 2 นั้นไป"

หลักเกณฑ์การโอนความเสี่ยงภัยในมาตรา 370 นี้ นอกจากจะต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินสิทธิแล้ว ทรัพย์สินนั้นต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งด้วย กล่าวคือ สินค้าที่นำมาทำการซื้อขายนั้นต้องมีการคัดเลือกชี้ชัดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง เป็นที่รู้กันและเข้าใจกันทั้งสองฝ่ายว่าเป็นสินค้าสิ่งนั้นสิ่งนี้<sup>2</sup> ซึ่งโดยปกติไม่อาจเอาสินค้าอื่นมาแทนได้ และหากเป็นกรณีที่เกิดโดยลักษณะของสินค้าและวิธีการในการซื้อขายนั้นเองยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ก็ต้องกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยสามารถทำให้สินค้านั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งขึ้นมาได้ โดยใช้วิธีคัดเลือก ตวง วัด หรือทำด้วยประการใด ให้สินค้าที่ไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแยกออกมาเป็นส่วนต่างหาก ตามบทบัญญัติมาตรา 195 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อได้ทำให้สินค้านั้นมีลักษณะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ก็ จะเข้าตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 370 วรรค 2 ได้

นอกจากนี้ สินค้าที่สูญหาย ต้องหมายถึงถูกทำลายให้หมดไป ไม่สามารถใช้งานได้ แต่หากเป็นลักษณะของสินค้าเสียหาย จะหมายถึงว่า ความเสียหายนั้นยังมีบางส่วนคงเหลือ และสามารถใช้งานได้บ้าง และที่สำคัญการสูญ หรือเสียหายของสินค้านั้นจะต้องเป็นเรื่องที่ไม่สามารถโทษลูกหนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ต้องไม่ใช่ความผิดของลูกหนี้นั่นเอง ซึ่งลูกหนี้ในกรณีดังกล่าว จะต้องหมายถึงลูกหนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการที่จะต้องกระทำกับตัวทรัพย์สิน ในที่นี้ หมายถึง ผู้ขายนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม หากสินค้านั้นไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ก็ถือว่าไม่เข้าหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 370 ดังนั้น สิ่งที่สำคัญที่สุดคือ การจะใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 370 ได้นั้นต้องครบถ้วน

<sup>2</sup> อัครราชทูต จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 147.

ขาดข้อใดข้อหนึ่งไม่ได้ ถ้าไม่ครบตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวข้างต้น ก็ต้องพิจารณาว่าจะเข้าข้อยกเว้น ในมาตรา 371 ต่อไปหรือไม่

จากการที่ผู้เขียนได้อธิบายหลักเกณฑ์และรายละเอียดของมาตรา 370 ข้างต้น และนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับลักษณะของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าสินค้าประเภททองคำ หรือน้ำมันดิบ แล้ว สามารถแยกวิเคราะห์ได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรก ในมาตรา 370 วรรคแรก นั้น โดยลักษณะของการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ ในช่วงแรกที่ทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจะยังไม่มีกรงตัวสินค้า หรือเฉพาะเจาะจงตัวสินค้า ว่าต้องเป็นสินค้าชนิดใด อันไหน หรือหีบห่อใด โดยในตัวสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจะระบุเพียงประเภทสินค้า จำนวน และราคาไว้เท่านั้น ดังนั้นสินค้าที่ทำการซื้อขายล่วงหน้าในเวลานั้นจึงยังไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ทำให้กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ ซึ่งหากเกิดภัยพิบัติในช่วงเวลาดังกล่าว ผู้ขายก็ยังคงต้องเป็นผู้รับผลแห่งภัยพิบัตินั้นไป และเป็นผลให้ไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์ของมาตรา 370 วรรคแรก บังคับตามนั้นได้ สำหรับในวรรคที่สอง กฎหมายบัญญัติให้สามารถใช้มาตรา 370 ได้ ต่อเมื่อมีการทำให้สินค้านั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ตามมาตรา 195 วรรค 2 ซึ่งในลักษณะของสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เมื่อถึงวันที่ครบอายุสัญญาและมีการส่งมอบและรับมอบสินค้านั้นที่ทำการซื้อขาย ก็จะมีการระบุตัวสินค้าว่าเป็นสินค้าชนิดใด หีบห่อใด ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 370 วรรค 2 ถือว่าเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว กรรมสิทธิ์ได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อแล้ว หากภัยพิบัติเกิดภายหลังจากช่วงเวลาดังกล่าว ก็สามารถนำหลักเกณฑ์การโอนความเสี่ยงภัยของมาตรา 370 วรรคสอง มาใช้บังคับได้

กล่าวโดยสรุป คือ จากการศึกษาวิเคราะห์ มาตรา 370 กับสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ พบว่า กรณีที่ครบกำหนดระยะเวลาส่งมอบรับมอบสินค้าแล้ว และมีการทำให้สินค้านั้นมีลักษณะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามมาตรา 195 วรรคสอง ก็สามารถนำหลักเกณฑ์การโอนความเสี่ยงภัยตามมาตรา 370 วรรคสอง มาบังคับใช้ได้

## 2.2 หลักการโอนความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน ตามมาตรา 371 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 371 บัญญัติไว้ ดังนี้

“บทบัญญัติที่กล่าวมาในมาตราก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับถ้าเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน และทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นสูญหายหรือถูกทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ

ถ้าทรัพย์สินนั้นเสียหายเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษเจ้าหนี้มิได้ และเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้โดยลดส่วนอันตนจะต้องชำระหนี้ตอบแทนนั้นลง

หรือเลิกสัญญาอันเสียก็ได้ แล้วแต่จะเลือก แต่ในกรณีที่ต้นเหตุเสียหายเกิดเพราะฝ่ายลูกหนี้นั้น ท่านว่าหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนไม่”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นว่า หลักที่ใช้ในการพิจารณานั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่สูงสูญหายหรือถูกทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จโดยไม่สามารถโทษเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ได้ ผลแห่งภัยพิบัติในตัวสินค้าย่อมตกเป็นพับแก่ลูกหนี้ผู้ขาย ซึ่งสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนนั้น คือ สัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาได้กำหนดว่า จะให้มีผลตามกฎหมายเมื่อเหตุการณ์ในอนาคตและมีความไม่แน่นอนอันใดอันหนึ่งได้เกิดขึ้น คือ เงื่อนไขได้สำเร็จแล้ว

การพิจารณาโดยนำบทบัญญัติมาตรา 371 มาเปรียบเทียบกับสัญญาซื้อขายล่วงหน้าสินค้าประเภททองคำ หรือน้ำมันดิบนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 371 มาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายล่วงหน้าดังกล่าวได้ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะของเงื่อนไขบังคับก่อน เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ถือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนเข้ามาเกี่ยวข้องกับเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยด้วย ซึ่งลักษณะของสัญญาซื้อขายล่วงหน้ามิได้เป็นเช่นนั้น สัญญาซื้อขายล่วงหน้าเป็นเพียงสัญญาซื้อขายสินค้าที่มีการส่งมอบและชำระราคากันในอนาคต โดยที่รายละเอียดในตัวสัญญาซื้อขายล่วงหน้าไม่ได้ระบุถึงรายละเอียดของเงื่อนไขใดๆ นอกจากเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น ซึ่งระยะเวลาที่ระบุไว้สัญญาก็ไม่ถือเป็นลักษณะของเงื่อนไขเริ่มต้นตามความหมายของบทบัญญัติมาตรา 371 เนื่องจากเมื่อครบกำหนดระยะเวลาส่งมอบสินค้า รับมอบสินค้า ผู้ซื้อและผู้ขายก็ยังคงต้องผูกพัน และต้องดำเนินการตามนั้น

กล่าวโดยสรุป คือ จากการศึกษาวิเคราะห์ มาตรา 371 กับสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ พบว่า ถึงแม้จะสามารถทำให้สินค้านั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้ในขณะส่งมอบรับมอบสินค้า แต่ในตัวสัญญาซื้อขายล่วงหน้าก็มิได้มีการระบุเงื่อนไขใดๆ ที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 371 ดังนั้น จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติ มาตรา 371 มาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบได้ ประกอบกับ ผู้เขียนได้มีการวิเคราะห์ไว้ในประเด็นที่ผ่านมาแล้วว่าสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ สามารถนำหลักเกณฑ์การโอนความเสี่ยงภัยตามมาตรา 370 วรรคสอง มาใช้บังคับได้ ดังนั้นโดยหลักการแล้ว จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 371 มาบังคับใช้ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบอีก

### 2.3 หลักการโอนความเสี่ยงภัยในลักษณะทั่วไป ตามมาตรา 372 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 372 บัญญัติไว้ ดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 372 วรรคแรก บัญญัติไว้ ดังนี้

“นอกจากกรณีที่ถูกกล่าวไว้ในสองมาตราก่อน ถ้าการชำระหนี้ตกเป็นพันธวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง อันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ไซ้ ท่านว่าลูกหนี้หามีสิทธิจะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่”

หลักความเสียหายตามบทบัญญัติมาตรา 372 ถือเป็นหลักทั่วไปของการโอนความเสียหายในสัญญาต่างตอบแทนที่มีสาระสำคัญเป็นกรณีของการชำระหนี้ ซึ่งหากการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยตามมาตรา 219 ให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ แต่ในขณะเดียวกันตนเองก็ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนจากเจ้าหนี้ด้วย ดังนั้น ความสูญหายหรือเสียหายจึงตกเป็นพับแก่ลูกหนี้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 372 สามารถนำไปปรับใช้ได้กับทุกกรณีที่ไม่ว่าเข้าตามมาตรา 370 และมาตรา 371 ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 372 เป็นหลักทั่วไปของกรณีสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งอาจไม่ใช่สัญญาซื้อขายเพียงอย่างเดียว แต่อาจจะเป็นลักษณะของสัญญาเช่าซื้อ สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าไม่สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 372 มาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ทองคำ หรือน้ำมันดิบได้ เนื่องจาก บทบัญญัติเรื่องการโอนความเสียหายตามมาตรา 370 – 372 นั้น มีบทยกเว้น คือ มาตรา 370 และมาตรา 371 และมีบทหลักคือ มาตรา 372 ตามที่ได้กล่าวแล้วในตอนต้น ซึ่งโดยหลักแล้วหากมีประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องการโอนความเสียหาย ก็จะต้องนำมาปรับใช้กับบทยกเว้นที่มีก่อน หากไม่สามารถปรับใช้กับบทยกเว้นได้ จึงจะนำมาปรับใช้กับบทหลักต่อไป ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนได้มีการวิเคราะห์ไว้ในหัวข้อที่ผ่านมาแล้วว่า สัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบในเรื่องการโอนความเสียหาย สามารถปรับใช้กับมาตรา 370 วรรคสอง ได้ ซึ่งถือว่าได้มีการปรับใช้กับบทยกเว้นไปแล้ว ดังนั้น จึงไม่ต้องนำมาปรับใช้กับมาตรา 372 ซึ่งเป็นบทหลักอีก

อย่างไรก็ตาม จากการวิเคราะห์บทบัญญัติทั้ง 3 มาตราดังกล่าว กับ ประเด็นเรื่องการโอนความเสียหายในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ นั้น ถึงแม้ว่าจะสามารถนำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติมาตรา 370 วรรคสอง มาปรับใช้ได้ก็ตาม แต่ในความคิดเห็นของผู้เขียนแล้ว ก็ยังคงเห็นว่า สัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ เป็นสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่ตกอยู่ภายใต้การบังคับของพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ที่มีข้อบังคับของตลาดเป็นกฎหมายลำดับรอง และใช้เป็นกฎข้อบังคับในการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งแม้ว่าในปัจจุบันจะยังไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การโอนความเสียหายไว้ในข้อบังคับของตลาดก็ตาม แต่เพื่อความเป็นเอกภาพ และความมีระเบียบแบบแผนในการบังคับใช้กฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการบัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การโอนความเสียหายไว้ในข้อบังคับของตลาด และมีกรณีพิพาท

เกิดขึ้น ก็จะทำให้กฎหมายดังกล่าวสามารถอำนวยความสะดวกให้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เป็นอย่างดี

จากการที่ผู้เขียนได้กำหนดประเด็นเกี่ยวกับการโอนความเสี่ยงภัยในลักษณะต่าง ๆ เพื่อหาความเหมาะสมในการนำมาใช้เป็นบทบัญญัติเฉพาะของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบ ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 นั้น ล้วนแล้วแต่เป็นหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้อยู่ในตลาดซื้อขายล่วงหน้าต่างประเทศและประเทศไทยในส่วนที่เป็นตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ที่ผู้เขียนนำมาใช้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบทั้งสิ้น ซึ่งข้อสรุปของหลักเกณฑ์การโอนความเสี่ยงภัยที่ผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสมและสามารถนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทองคำ หรือน้ำมันดิบในตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยนั้น จะขอกล่าวในบทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

ตารางที่ 2 : บทวิเคราะห์ประเด็นการโอนความเสี่ยงภัยของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าใน  
กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

หัวข้อ ประเด็น	ประเทศ/ ตลาดซื้อขาย ล่วงหน้า	ผลของการโอนความ เสี่ยงภัย	ผลดี/ผลเสีย
1. ความเสี่ยงภัยโอน เมื่อทำสัญญาเสร็จ สิ้นลง	<u>ประเทศญี่ปุ่น</u> - ตลาด Central Japan ตลาด Commodity & TOCOM	ความเสี่ยงภัยโอนจาก ผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อทำ สัญญาซื้อขาย ล่วงหน้าเสร็จสิ้นถึงแม้ ยังไม่ได้ส่งมอบสินค้าก็ ตาม	ผลดี - ความเสี่ยง ภัยโอนทันทีที่ทำ สัญญาซื้อขาย ล่วงหน้า ผลเสีย - อาจไม่ เป็นธรรมกับผู้ซื้อ
2. ความเสี่ยงภัยโอน เมื่อมีการโอน กรรมสิทธิ์	<u>ประเทศสหรัฐอเมริกา</u> - ตลาด Chicago Board of Trade (CBOT)	เจ้าของกรรมสิทธิ์ใน สินค้าที่ซื้อขาย ล่วงหน้าเป็นผู้รับความ เสี่ยงภัยเมื่อเกิดภัย พิบัติกับตัวสินค้า	ผลดี - สะดวก และมีความสม เหตุ สมผล
3. ความเสี่ยงภัยโอน เมื่อมีการส่งมอบ	<u>ประเทศไทย</u> - ตลาดซื้อ ขายสินค้าเกษตร ล่วงหน้า	ความเสี่ยงภัยโอนจาก ผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อ ผู้ขายส่งมอบสินค้า และผู้ซื้อออกไปรับ สินค้า	ผลดี - เห็นเป็น รูปธรรม

หัวข้อ ประเด็น	ประเทศ/ ตลาดซื้อขาย ล่วงหน้า	ผลของการโอนความ เสี่ยงภัย	ผลดี/ผลเสีย
4. ความเสี่ยงภัยโอนตามแบบจาร์ต ประเพณีทางการค้า	ประเทศอังกฤษ - ตลาด The London Metal Exchange ประเทศไทย - ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า	ความเสี่ยงภัยโอนตามวิธีการรับขนสินค้าซึ่งมีการกำหนดไว้เป็นพิเศษ	ผลดี - หลักการที่ใช้กันในทางการค้า ถือเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่ผู้ซื้อและผู้ขายต่างรับทราบกันอยู่
5. ความเสี่ยงภัยโอนตามมาตรา 370 - 372 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	-	มาตรา 370 - ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการทำให้สินค้าเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง มาตรา 371 - ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อเงื่อนไขบังคับก่อนสำเร็จ (สินค้าต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งด้วย) มาตรา 372 - ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่เข้าตาม มาตรา 370 และ มาตรา 371 ทั้งนี้ต้องเกิดภัยพิบัติที่ไม่สามารถโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้	ผลดี - มีความเป็นธรรมและสมเหตุสมผล