

บทที่ 3

ความเสี่ยงภัยและหลักการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตาม กฎหมายไทย

1. ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องความเสี่ยงภัย

1.1 ความหมายของคำว่าความเสี่ยงภัย

หากจะพิจารณาถึงความหมายของคำว่าความเสี่ยงภัย (Risk) ในลักษณะทั่วไป นั้นจะมีความหมายว่า โอกาสที่จะทำให้เกิดความสูญเสียในอนาคต โดยเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นนั้น เป็นเหตุการณ์ที่มีความไม่แน่นอน ซึ่งอาจจะเกิดหรือไม่เกิดก็ได้ อย่างไรก็ตามเราสามารถ แบ่งประเภทของภัย (Peril) ซึ่งหมายถึงสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหาย ออกได้ 3 ประเภท ได้แก่

1) ภัยธรรมชาติ (Natural Perils) คือ เหตุการณ์ที่เกิดจากธรรมชาติ เช่น ไฟป่า พายุ ภูเขาไฟระเบิด น้ำท่วม เป็นต้น

2) ภัยที่มนุษย์สร้างขึ้น (Human Perils) คือ เหตุการณ์ที่เกิดจากการกระทำของบุคคล เช่น การลอบวางเพลิง การฆาตกรรม การจลาจล เป็นต้น

3) ภัยจากเศรษฐกิจ (Economic Perils) คือ เหตุการณ์ที่เกิดจากสภาพทางเศรษฐกิจ เช่น การเกิดภาวะเงินฝืด การเปลี่ยนแปลงрсนิยมของผู้บริโภค การเกิดภาวะสงคราม เป็นต้น

จากความหมายของความเสี่ยงภัยที่กล่าวในตอนต้นนี้ ถือเป็นความเสี่ยงภัยใน ความหมายที่ใช้กันโดยทั่วไป แต่ความเสี่ยงภัยที่จะกล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นถึง ความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นตามข้อความคิดทางกฎหมาย ซึ่งจะทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าใครจะเป็น ผู้รับบาปเคราะห์ กรณีสินค้าที่ทำการซื้อขายนั้นได้ถูกทำลายลงก่อนที่จะมีการปฏิบัติการชำระหนี้ โดยเหตุแห่งภัยพิบัติอันไม่อาจโทษคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้

สำหรับความเสี่ยงภัย (Risk of Loss) หรือ หลักความเสี่ยงภัย (Rules on Perils) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ทฤษฎีความเสี่ยงภัย (Theory of risk) ในเชิงข้อความคิดทางกฎหมายนั้น หมายถึงความเสียหายจากอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นต่อตัวสินค้า¹ ทั้งนี้ อาจครอบคลุมถึงการลักทรัพย์ (theft) การยึด (seizure) ทำลาย (destruction) ทำให้เสียหาย (damage) และทำให้เสื่อมสภาพ

¹ P.M.Roth, "The Passing of Risk," The American Journal of Comparative Law 27 (1979): 291.

(deterioration)² ซึ่งผลจากการกระทำดังกล่าวยอมทำให้สินค้านั้นสูญหรือเสียหายไปทั้งหมดหรือบางส่วน และเป็นที่น่าสังเกตว่า ความเสี่ยงภัยต่างๆ ที่กล่าวมานี้มีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ซึ่งลูกหนี้และเจ้าหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ส่วนกรณีของสินค้าที่เกิดความเสียหายและยังอาจอยู่ในวิสัยที่จะแก้ไขเยียวยาได้ แต่หากสินค้าเกิดเสื่อมสภาพลงกลับจะมีผลทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ของฝ่ายผู้ขายเนิ่นช้าเกินสมควร เช่น ไม่สามารถส่งมอบสินค้าที่ซื้อขายกันได้ตามระยะเวลาที่ตกลงกัน หรือ สินค้าไม่มีคุณภาพ หรือ ไม่มีลักษณะตรงตามที่ระบุไว้ในสัญญาซื้อขาย กฎหมายบางประเทศจะถือว่า คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายได้ ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายจึงกลายเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงภัยในกรณีดังกล่าวเอง³

อย่างไรก็ตาม ในทฤษฎีความเสี่ยงภัยนี้ จะมีความแตกต่างจากเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) เพราะเหตุสุดวิสัยไม่เกี่ยวข้องกับการเฉลี่ยความเสี่ยงภัยหรือการแบ่งเบาภาระความเสี่ยงภัย (Allocation of risk) เหตุสุดวิสัยเป็นเหตุที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้รับการยกเว้นความรับผิดในค่าเสียหายเมื่อตนไม่ได้ทำการปฏิบัติการชำระหนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ หลุดพ้นจากการชำระหนี้ เพราะเหตุที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของตน

ทฤษฎีความเสี่ยงภัยนี้ยังแตกต่างจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไปตามหลักกฎหมายอังกฤษที่เรียกว่า The Doctrine of Frustration เพราะหลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไปเป็นเรื่องของสัญญาที่สิ้นสุดลงโดยผลของสัญญานั้นสิ้นสุดลง (Frustrate) ไม่มีความรับผิดต่อกันอีกต่อไป หรือ หลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาหรือหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ทันที⁴ หากเปรียบเทียบกฎหมายไทยน่าจะอนุโลมเป็นเรื่องของเหตุการณ์ซึ่งทำให้การชำระหนี้เป็นอันพั่ววิสัย

² John Honnold, Uniform Law for International Sale Under the 1980 United Nations Convention, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991), p. 449.

³ P.M.Roth, "The Passing of Risk," The American Journal of Comparative Law 27: 291.

⁴ พินัย ณ นคร, "หลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป (The Doctrine of Frustration in the English Law of Contract)," เอกสารประกอบการบรรยาย, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ท.), (อัดสำเนา).

สำหรับในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งศึกษาถึงการโอนความเสี่ยงภัยของสินค้าของคำ และน้ำมันดิบ ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ซึ่งมีหมายความถึง โอกาส หรือ ความไม่แน่นอนที่อาจเกิดขึ้นจากเหตุการณ์อันเป็นภัยพิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นผลให้เกิดความเสียหาย หรือภัยพิบัติแก่ตัวสินค้าที่ทำกรซื้อขายกัน ตัวอย่างของเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความสูญหาย หรือเสียหายในบริบทเรื่องความเสี่ยงภัย ตัวอย่างเช่น สินค้าในโกดังเกิดความเสียหาย อันเนื่องมาจากอัคคีภัย ความเสียหายของสินค้าที่เกิดจากบุคคลภายนอกเป็นผู้กระทำ⁵ สินค้าเกิดการเสื่อมสภาพเนื่องจากความล่าช้าในการขนส่ง น้ำหนักของสินค้าหายไปอันเนื่องมาจากความชื้น สินค้าสูญหายอันเนื่องมาจากมีการลักทรัพย์ หรือเหตุอื่นใดที่ก่อให้เกิดผลเป็นการทำลายหรือทำให้สินค้าเสื่อมสภาพลง สำหรับกรณีของความเสียหายที่เกิดจากเหตุสงคราม ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า สามารถเทียบเคียงในลักษณะที่เกิดความเสี่ยงที่จะทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถจะกระทำได้เช่นเดียวกัน

เมื่อเกิดความเสียหายดังกล่าวขึ้นแก่สินค้าที่ซื้อขาย ก็มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าใครจะเป็นผู้รับผลร้ายหรือความเสี่ยงภัยในภัยพิบัตินั้น กล่าวคือ ขณะเกิดความเสียหาย ความเสี่ยงภัยจะตกอยู่กับผู้ขายหรือผู้ซื้อ หากความเสี่ยงภัยอยู่ที่ผู้ขาย ผู้ขายก็ต้องเป็นผู้รับบาปเคราะห์ในความเสียหายของทรัพย์สินที่ซื้อขาย คือ ผู้ขายจะไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้ซื้อชำระราคา แต่หากความเสี่ยงภัยอยู่ที่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อจะต้องเป็นผู้รับบาปเคราะห์ คือ มีหน้าที่ต้องชำระราคาสินค้าแม้ตนจะไม่ได้รับสินค้าที่ซื้อขายก็ตาม

ดังนั้นปัญหาเรื่องความเสี่ยงภัยในลักษณะทั่วไป ผู้เขียนสามารถแยกพิจารณาได้ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1) ปัญหาว่าเมื่อเกิดภัยพิบัติกับสินค้าซึ่งเป็นวัตถุในการชำระหนี้ โดยเหตุสุดวิสัยลูกหนี้จะยังคงผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้อยู่หรือไม่ ความเสี่ยงภัยในการชำระหนี้ในลักษณะดังกล่าว ต้องพิจารณาที่ตัวสินค้าซึ่งเป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้เป็นสำคัญว่ามีการกำหนดหรือระบุตัวสินค้าไว้อย่างแน่นอนแล้วหรือไม่

2) ปัญหาว่าใครจะเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยในทางเศรษฐกิจของกรณีที่มีการชำระหนี้ของฝ่ายหนึ่งกลายเป็นพันวิสัย กล่าวคือ ความเสี่ยงภัยในการที่จะไม่ได้รับการชำระหนี้ตอบแทนในส่วนของตน อันเป็นการไม่ได้รับชำระหนี้ แต่ต้องชำระหนี้ส่วนที่ตนผูกพันตอบแทน เช่น ไม่ได้รับของที่ซื้อ แต่ต้องชำระราคา

⁵LS Sealy, "Risk in the Law of Sale," Columbia Law Journal 225, 229 (197) cited by Dionysios Flambounas: 229.

การพิจารณาปัญหาการโอนความเสี่ยงภัยในกรณีที่ว่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรจะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่หนี้ที่ต้องชำระเป็นหนี้เฉพาะเจาะจงลงไปได้แน่นอนแล้วเท่านั้น เช่น ผู้ซื้อและผู้ขายระบุได้แน่นอนแล้วว่าสินค้าใดจะเป็นวัตถุในการส่งมอบ

โดยทั่วไปก่อนที่จะมีการทำสัญญาซื้อขาย ความเสี่ยงภัยของสินค้าที่ซื้อขายจะอยู่ที่ผู้ขาย แต่เมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายแล้วความเสี่ยงภัยจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ (Passing of risk) ซึ่งจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยจะเป็นสิ่งที่สามารถนำมาพิจารณาในเบื้องต้นได้ว่า ความเสี่ยงภัยได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อใด⁶ ซึ่งจะช่วยให้ทราบว่า คู่สัญญาผู้รับโอนความเสี่ยงภัยจะมีภาระผูกพันในการชำระค่าสินค้าเมื่อใด นอกจากนี้จุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยยังเป็นเกณฑ์กำหนดความรับผิดชอบของผู้ขายด้วยในกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าที่ซื้อขายซึ่งได้ตกลงกันไว้แล้วให้กับผู้ซื้อ เนื่องจากสินค้าที่ซื้อขายเกิดสูญหายหรือเสียหายจากภัยพิบัติซึ่งไม่สามารถโทษคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ และขณะเกิดเหตุความเสี่ยงภัยยังอยู่ที่ผู้ขาย กรณีนี้ผู้ซื้อไม่มีความรับผิดชอบที่จะต้องชำระราคาค่าสินค้า เพราะความเสี่ยงภัยยังอยู่ที่ผู้ขาย แต่ผู้ขายอาจต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายเนื่องจากการไม่ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ เช่น ส่งมอบสินค้าใหม่แทนสินค้าเดิมที่เสียหายหรือสูญหาย แต่สินค้าที่ส่งมอบแทนอาจมีราคาสูงกว่าราคาในขณะที่มีการตกลงซื้อขายสินค้า กรณีนี้ผู้ขายย่อมต้องรับผิดชอบต่อส่วนต่างของราคาดังกล่าวด้วย

อย่างไรก็ตาม จุดเวลาที่ความเสี่ยงภัยโอนไปของแต่ละประเทศนั้นจะแตกต่างกันออกไป บางประเทศถือหลักความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน บางประเทศถือว่าหลักความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกับกรรมสิทธิ์ บางประเทศยึดถือหลักความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อสัญญาซื้อขายเสร็จบริบูรณ์ ซึ่งผู้เขียนจะได้มีการอธิบายในรายละเอียดต่อไป

สำหรับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่มีการบัญญัติความหมายของคำว่าความเสี่ยงภัยไว้อย่างชัดเจน แต่ก็มีคำอธิบายถึงเรื่องเดียวกันนี้ว่า เป็นเรื่องของการรับภัย หรือ การรับบาปเคราะห์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คำว่าความเสี่ยงภัยกับคำว่า การรับภัย หรือการรับบาปเคราะห์ ถือว่ามีความหมายในลักษณะเดียวกัน เพียงแต่คำว่าความเสี่ยงภัยนี้ อาจมีความหมายกว้างกว่า ซึ่งใช้ได้ทั้งในลักษณะทั่วไป และลักษณะเฉพาะทางกฎหมาย เพราะสามารถพิจารณาได้ว่าขณะนั้นความเสี่ยงภัยอยู่ที่ผู้ซื้อหรือผู้ขายแม้ว่ายังไม่เกิดภัยพิบัติแก่ทรัพย์สินที่ซื้อขายก็ตาม แต่หากเกิดภัยพิบัติขึ้นแล้ว ปัญหาว่าความเสี่ยงภัยจะตกอยู่ที่ผู้ใด กับปัญหาว่าใครจะเป็นผู้รับภัยหรือรับบาปเคราะห์ ก็จะมี ความหมายอย่างเดียวกัน

⁶P.M.Roth, "The Passing of Risk," The American Journal of Comparative Law 27:

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 และ ข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยไม่มีการบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยไว้ ซึ่ง ในช่วงต้นของการเปิดตลาดอนุพันธ์เพื่อทำการซื้อขายก็มีสินค้าที่เปิดให้ทำการซื้อขายเพียงชนิดเดียว อันได้แก่ SET50Index ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ ทำให้ประเด็นเรื่องความเสี่ยงภัยเป็นแค่ ความเสี่ยงภัยทางการเงินการลงทุน แต่ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนสนใจ และเกิดแรงจูงใจในการทำ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ ประเด็นในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของสินค้าประเภท ทองคำ น้ำมันดิบ ซึ่งเป็นสินค้าที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 กรณีที่มีวัตถุประสงค์ในการ ส่งมอบ รับมอบสินค้ากันตามสัญญา ที่อาจมีการเปิดให้ทำการซื้อขายกันในอนาคต เหตุผลที่ สนับสนุนอีกประการหนึ่งก็คือ เนื่องจากสินค้าประเภททองคำและน้ำมันดิบเป็นสินค้าที่มีมูลค่า ทางเศรษฐกิจสูง ไม่ว่าจะมีการซื้อขายในปริมาณมากหรือน้อยก็ตาม ก็จะทำให้เกิดผลกระทบในเรื่อง การโอนความเสี่ยงภัยได้มากเช่นเดียวกัน ดังนั้นการวิเคราะห์เรื่องการโอนความเสี่ยงภัยใน พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 จึงถือเป็นเรื่องสำคัญที่ควรคำนึงถึง

1.2 ประเภทของความเสี่ยงภัย

เมื่อเราได้ทราบถึงความหมายของคำว่าความเสี่ยงภัยทั้งความหมายในลักษณะทั่วไปและความหมายตามลักษณะเฉพาะทางกฎหมายแล้ว เพื่อเข้าใจที่ชัดเจนในส่วนนี้จะได้มีการ จำแนกประเภทของความเสี่ยงภัยซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 4 ประเภท⁷ ได้แก่

1) ความเสี่ยงภัยที่แท้จริงและความเสี่ยงภัยที่มุ่งเก็งกำไร

ความเสี่ยงภัยที่แท้จริง (Pure Risk) หมายถึง ความเสี่ยงภัยนั้นมีโอกาสเกิดความ สูญเสียเพียงอย่างเดียว โดยที่ผู้เสี่ยงภัยไม่ต้องการให้เกิดขึ้น ไม่มีเจตนาทำให้เกิดเหตุการณ์ที่จะ นำมาซึ่งความเสียหาย เช่น โรคภัยไข้เจ็บ น้ำท่วม ไฟไหม้ รถชน พายุ เป็นต้น

ความเสี่ยงภัยที่มุ่งเก็งกำไร (Speculative Risk) หมายถึง ความเสี่ยงภัยที่มี เจตนาจะเข้าไป โดยที่การเสี่ยงภัยยังไม่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น แต่ผู้เสี่ยงภัย เป็นผู้สร้างความเสี่ยงภัย ขึ้นเอง ทั้งนี้ เพื่อหวังผลประโยชน์หรือเก็งกำไร และอาจขาดทุน หรือคุ้มทุนก็ได้ เช่น การซื้อขายหุ้น เป็นต้น

⁷Risk. Available from

http://tsl.tsu.ac.th/file.php/1/courseware/math/lesson1/less1_2.htmhttp://tsl.tsu.ac.th/file.php/1/courseware/math/lesson1/less1_2.htm. [2006, September 13]

2) ความเสี่ยงภัยพื้นฐาน และความเสี่ยงภัยจำเพาะ

ความเสี่ยงภัยพื้นฐาน (Fundamental Risk) หมายถึง ความเสี่ยงภัยที่มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจพื้นฐานโดยรวม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคนจำนวนมากซึ่งไม่อาจควบคุมได้ เช่น การเกิดภาวะเงินเฟ้อ เงินฝืด แผ่นดินไหว น้ำท่วม สงคราม และการว่างงาน เป็นต้น

ความเสี่ยงภัยจำเพาะ (Particular Risk) หมายถึง ความเสี่ยงภัยที่มีผลกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง เช่น เกิดอุบัติเหตุรถชน ไฟไหม้บ้าน ไฟไหม้โกดัง การขโมยรถ การปล้นธนาคาร เป็นต้น

3) ความเสี่ยงภัยที่แปรผันได้ กับความเสี่ยงภัยคงที่

ความเสี่ยงภัยที่แปรผันได้ (Dynamic Risk) หมายถึง ความเสี่ยงภัยที่เกิดจากความเปลี่ยนแปลงของภาวะทางเศรษฐกิจแล้วก่อให้เกิดความเสียหายทางการเงินให้แก่เจ้าของทรัพย์สิน เช่น การเปลี่ยนแปลงรสนิยมของผู้บริโภค การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี เป็นต้น

ความเสี่ยงภัยคงที่ (Static Risk) หมายถึง ความเสี่ยงภัยที่เกิดจากสาเหตุอื่นและไม่ขึ้นกับการเปลี่ยนแปลงสภาวะทางเศรษฐกิจ เช่น ความเสี่ยงภัยที่เกิดจากภัยธรรมชาติ ซึ่งมนุษย์จะต้องเสี่ยงภัยอยู่ตลอดเวลา ไม่ว่าสถานการณ์จะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรก็ตาม

4) ความเสี่ยงภัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายวัดเป็นตัวเงินได้ และความเสี่ยงภัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายวัดเป็นตัวเงินไม่ได้

ความเสี่ยงภัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายวัดเป็นตัวเงินได้ (Financial Risk) เช่น ไฟไหม้บ้าน รถชน เป็นต้น

ความเสี่ยงภัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายวัดเป็นตัวเงินไม่ได้ (Non financial Risk) เช่น เรื่องของจิตใจ การเสียชีวิต เป็นต้น

จากการศึกษาถึงความหมายของความเสี่ยงภัย ลักษณะของความเสี่ยงภัย ตลอดจนประเภทของความเสี่ยงภัย เหล่านี้เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาวิเคราะห์ถึงเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในส่วนต่อไป

2. หลักการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายไทย

2.1 หลักการโอนกรรมสิทธิ์

ในการวิเคราะห์ถึงปัญหาการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงหลักการพื้นฐานและประเภทของสัญญา ทั้งนี้เพื่อเป็นข้อมูลพื้นฐานที่ใช้ศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

มีนักกฎหมายบางท่านกล่าวว่า สัญญาคือ นิติกรรมหลายฝ่าย ที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป^๑ สำหรับสัญญาซื้อขายถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่งที่มีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาอันได้แก่ ผู้ซื้อและผู้ขายต่างมีหนี้ต่างตอบแทนกัน ผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อก็ต้องชำระราคาตามที่ตกลงกับผู้ขาย จะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 ดังนี้ "อันว่าการซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย" จากบทบัญญัติมาตรานี้จะเห็นว่าสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายที่นอกเหนือจากเรื่ององค์ประกอบของสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญา มีการตกลงยินยอมและสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์ ก็คือเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์และชำระราคา ซึ่งราคาอาจหมายถึงเงินตราและอาจเป็นได้ทั้งเงินตราไทยหรือเงินตราต่างประเทศ และราคาที่ว่านี้ไม่จำเป็นต้องกำหนดกันเป็นจำนวนแน่นอนไว้ในขณะนั้น เพียงแต่ตกลงว่าจะใช้ราคา แต่จะชำระจำนวนเท่าใดนั้นสามารถตกลงกันได้ภายหลัง

ดังนั้น การซื้อขายจึงทำให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยผลของสัญญาแต่เป็นผลของสัญญาที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ตามมาตรา 458 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไปของสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ สัญญาซื้อขายประกอบด้วยบุคคลสองฝ่ายเป็นคู่สัญญา ทรัพย์สินที่ซื้อขายต้องไม่ใช่ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ หรือทรัพย์สินที่กฎหมายห้ามซื้อขายกัน แต่อาจเป็นทรัพย์สินในอนาคตได้ การโอนเป็นไปโดยผลของสัญญาแต่การส่งมอบเป็นหน้าที่ของคู่สัญญา ดังนั้นการตกลงในสาระสำคัญตามมาตรา 453 นั้น ย่อมเป็นไปตามหลักเรื่องคำเสนอคำสนองบุคคลที่อยู่ในบังคับของกฎหมายที่ห้ามมิให้ซื้อขาย ย่อมทำสัญญาซื้อขายไม่ได้ เช่น บุคคลล้มละลาย เป็นต้น ส่วนราคาในการซื้อขายนั้นอาจกำหนดกันเป็นหน่วยหรือราคาเหมาก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาซื้อขายนั้นนอกจากก่อตั้งบุคคลสิทธิขึ้นแล้ว ก็ยังมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ไปในขณะเดียวกันด้วย กล่าวโดยสรุป แม้ผู้ทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินยัง

^๑จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้; แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ภิระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 247.

ไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือทรัพย์สินขณะที่ทำสัญญาก็ยังทำสัญญาต่างๆดังกล่าวได้ เพราะเป็นกรณีที่อยู่ในวัตถุประสงค์แห่งการโอนกรรมสิทธิ์หรือการโอนทรัพย์สิน⁹

ดังนั้นในฐานะที่หลักการโอนกรรมสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของสัญญาซื้อขาย และเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา เรื่อง การโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงต้องนำเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์มากล่าวถึงด้วย

คำว่า “กรรมสิทธิ์” ที่เรียกกันในกฎหมายไทยนั้น ในกฎหมายโรมัน เรียกว่า “Proprietas” ซึ่งหมายถึง อำนาจที่จะจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดกับทรัพย์สินของตนก็ได้ และมักใช้คู่กับความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งกรรมสิทธิ์มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายโรมันเรื่อยมา ในภายหลังมีการคิดค้นทฤษฎีทางกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้ ผู้เขียนขอหยิบยกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 544 มากล่าวไว้ในที่นี้ โดยได้มีการให้คำนิยามของกรรมสิทธิ์ ไว้ว่า

“La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”

แปลความได้ว่า กรรมสิทธิ์ คือ สิทธิใช้สอยหาประโยชน์ และจำหน่ายทรัพย์สินอย่างเต็มที่เด็ดขาด แต่การใช้สิทธินี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ¹⁰

จากบทบัญญัติในมาตราสำคัญ คือ มาตรา 544 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนี้เอง ทำให้สามารถแบ่งลักษณะทางกฎหมายที่สำคัญของกรรมสิทธิ์ออกได้เป็น 2 ประการ คือ

1) กรรมสิทธิ์ที่มีลักษณะเด็ดขาดแน่นอนและเป็นสิทธิส่วนบุคคล

กล่าวคือ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่เพียงผู้เดียวที่จะเป็นผู้มีสิทธิต่างๆอย่างเต็มที่ในทรัพย์สินนั้น และสามารถอ้างความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์นี้ต่อบุคคลทั่วไปได้ในส่วนตัวทรัพย์สินนั่นเอง ผู้หนึ่งผู้ใดจะแบ่งแยกทรัพย์สินนั้นไป โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ได้ กล่าวคือ โดยหลักการแล้วทรัพย์สินชิ้นหนึ่งจะมีเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว

⁹ไพจิตร ปุญญพันธ์, “ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ทรัพย์สินในอนาคต หรือยังไม่มีกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ : วัตถุประสงค์กับการชำระหนี้,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 15,2 (ธันวาคม 2546): 201.

¹⁰เอกสารประกอบการเรียนการสอนชั้นปริญญาตรี วิชา กฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 1.

เท่านั้น ยกเว้นกรณีของทรัพย์สินแบ่งไม่ได้ และกรรมสิทธิ์รวมซึ่งทรัพย์สินเดียวอาจมีเจ้าของกรรมสิทธิ์หลายคนก็ได้

กล่าวโดยสรุปแล้ว ถึงแม้ว่ากรรมสิทธิ์จะมีลักษณะเด็ดขาดแน่นอน และเป็นส่วนตัวของเจ้าของกรรมสิทธิ์ก็จริง แต่สิทธิดังกล่าวก็ถูกจำกัดโดยหลักใหญ่ 2 ประการ

ก. การจำกัดสิทธิเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เช่น การจำกัดสิทธิเพื่อประโยชน์แก่เจ้าของที่ดินข้างเคียง

ข. การจำกัดสิทธิเพื่อประโยชน์ของมหาชน โดยมักมุ่งถึงประโยชน์ด้านความปลอดภัยและสาธารณสุขของประชาชนเป็นสำคัญ และมักจะถูกจำกัดโดยผลของกฎหมาย เช่น กฎหมายผังเมือง เป็นต้น

2) กรรมสิทธิ์มีลักษณะถาวร

หมายความว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นในลักษณะถาวร ตลอดกาล และแม้ว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์จะไม่ได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้น ก็ไม่ทำให้พ้นสภาพจากการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เช่น นายเอ เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินแปลงหนึ่ง การที่นายเอไม่ได้ทำประโยชน์ หรือไม่ได้ใช้สอยที่ดินแปลงนั้น แต่ปล่อยให้อยู่ในสภาพที่รกร้างว่างเปล่า แม้ว่าจะปล่อยให้ร้างเกิน 30 ปี ก็ไม่ทำให้นายเอ สูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงนี้แต่ประการใด

อย่างไรก็ดี วิธีการในการได้กรรมสิทธิ์โดยสัญญาซื้อขายนั้นมีอยู่หลายวิธี แต่เนื่องจากในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาวิจัยเฉพาะเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอศึกษาเฉพาะเรื่องการได้กรรมสิทธิ์โดยหลัก Traditio เท่านั้น ซึ่งต่อมาประเทศต่างๆ เรียกการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ว่า วิธี Tradition¹¹

Tradition หมายถึง การส่งมอบโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยการสืบทอดสิทธิรวมตลอดถึงการได้มาซึ่งทรัพย์สินชนิดอื่นด้วย โดยอำนาจที่บุคคลผู้โอนมีอยู่โอนไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งผู้โอนและผู้รับโอนทั้งสองฝ่ายต่างก็มีเจตนาตรงกัน และมีสิทธิที่จะทำการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์นั้นได้ การกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์จะให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังบุคคลผู้รับโอน

ชนิดของ Tradition สามารถแบ่งได้ ดังนี้

ก. Real Tradition เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งโดยตรง ในกรณีที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเรียกการกระทำดังกล่าวโดยทั่วไปว่า การเข้าครอบครอง

¹¹เอกสารประกอบการเรียนการสอนชั้นปริญญาตรี วิชา กฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 3 – 4.

ข. Constructive Tradition ได้แก่ การส่งมอบที่ไม่สามารถกระทำโดยวิธีการปกติได้ นอกจากการกระทำใดๆ เป็นเครื่องชี้ถึงการส่งมอบ เช่น ส่งมอบสัญลักษณ์ใดๆ ส่งมอบโดยวิธีที่ให้ ผู้รับโอนเห็นทรัพย์สินนั้น เป็นต้น

ค. Quasi-Tradition ได้แก่ การส่งมอบทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง อาจโดยวิธีผู้รับโอนเข้าใช้สิทธิเหนือทรัพย์สิน

ง. Tradition by operation of Law ได้แก่ การส่งมอบที่ไม่ได้ระบุไว้ในทุกกรณีก่อนๆ และเป็นการส่งมอบที่มีผลโดยอำนาจของกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากหลักกรรมสิทธิ์และวิวัฒนาการของเรื่องกรรมสิทธิ์จากกฎหมายโรมันแล้ว สามารถจัดแบ่งระบบกรรมสิทธิ์เป็น 2 หลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

2.1.1 หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายทั่วไป

2.1.1.1 หลักการโอนโดยไม่แยกสัญญาซื้อขายออกจากการโอนกรรมสิทธิ์ เป็นหลักที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเรียกว่า "Solo – Consensu"¹² โดยหลักการแล้ว ตั้งแต่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาตรงกัน จนเกิดเป็นสัญญาแล้ว ต้องถือว่ากรรมสิทธิ์มีการเปลี่ยนมือแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นบางประการ คือ

1) โดยผลของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา กล่าวคือ คู่สัญญามีสิทธิที่จะทำความตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปในเวลาอื่น ซึ่งไม่ใช่เวลาที่ทำความตกลงซื้อขายกัน ทั้งนี้เพราะหลักการโอน Solo Consensu ไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้นคู่สัญญาอาจทำความตกลงกันให้กรรมสิทธิ์โอนไปภายหลังที่ผู้ซื้อได้เข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นสมบูรณ์แล้วก็ได้

2) โดยผลของสภาพแห่งทรัพย์สินนั่นเอง กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะยังต้องมีการขัง ตวง วัด ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว การโอนกรรมสิทธิ์จะโอนไปในขณะที่มีการส่งมอบการครอบครอง

3) โดยสภาพของทรัพย์สินนั้นตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษ กล่าวคือ การซื้อขายทรัพย์สินบางประเภท เพียงแต่การแสดงเจตนาของคู่สัญญาแต่เพียงอย่างเดียว ยังไม่เป็นการเพียงพอ เพราะมีกฎหมายบัญญัติว่าต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานก่อน สัญญาจึงจะสมบูรณ์ เช่นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่ดินจังหวัด เป็นต้น

หลักการโอน Solo Consensu มีผลระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการคำนึงถึงหลักกฎหมายเดิมมากไป โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกน้อยกว่า เพราะหากต้องการให้เกิดความเป็นธรรม ก็ควรจะให้บุคคลภายนอกได้ล่วงรู้ถึงการโอนกรรมสิทธิ์ใน

¹²อุกฤษ มงคลนาวิน, คำสอนชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ว่าด้วยกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส, หน้า 10 – 12.

ทรัพย์สินระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน เพราะกรรมสิทธิ์สามารถไต่ยันกับบุคคลทั่วไปได้¹³ ต่อมาจึงได้มีการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมให้มีแบบพิธีของการแสดงเจตนา โดยประชาชนทั่วไปสามารถล่วงรู้ได้ ซึ่งอาจจะให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลภายนอกได้มาก จึงมีการบัญญัติไว้ 2 วิธี คือ

1) การโอนสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่าง โดยมีการบัญญัติให้เป็นไปตามหลักกฎหมายโรมัน Traditio ซึ่งมีผลต่อผู้รับโอนอยู่แล้ว และไม่ทำให้บุคคลภายนอกเสียเปรียบแต่ประการใด

2) การโอนสังหาริมทรัพย์ จะนำเอาหลักเรื่องสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับไม่ได้ จึงได้มีการบัญญัติแบบในเรื่องการจดทะเบียนขึ้นในประมวลกฎหมายแพ่ง ในเรื่องการให้และการโอนโดยมีคำตอบแทน

อย่างไรก็ดี หลักเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ของกฎหมายฝรั่งเศสยังคงถือหลัก Solo Consensu เสมอ ส่วนการที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องมีการกระทำตามแบบพิธี คือ ต้องมีการจดทะเบียนเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น อันที่จริงไม่ใช่ข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าว แต่เป็นเพียงข้อจำกัดในการใช้หลักการดังกล่าวแล้วเท่านั้น กล่าวโดยสรุปคือ เพียงแต่ทำสัญญาซื้อขายก็ทำให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือแล้ว

2.1.1.2 หลักการโอนโดยแยกสัญญาซื้อขายออกจากการโอน

กรรมสิทธิ์ เป็นหลักที่ปรากฏในประเทศเยอรมัน โดยในประมวลกฎหมายเยอรมัน จะมีการแยกสัญญาซื้อขายกับการโอนกรรมสิทธิ์ออกจากกัน กล่าวคือ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นเรื่องของสัญญาในทางทรัพย์สิน ซึ่งผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์ แม้ว่าสัญญาซื้อขายจะปรากฏภายหลังว่าเป็นโมฆะก็ตาม สำหรับเหตุผลที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถือว่ากรรมสิทธิ์ผ่านมือต่อเมื่อมีการส่งมอบตัวสังหาริมทรัพย์นั้น ก็เพื่อให้เป็นไปตามหลักการโฆษณาโดยเปิดเผย การที่ผู้ขายทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินโอนกรรมสิทธิ์ให้ผู้ซื้อเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาในทางนี้ ซึ่งสัญญาในทางนี้กับสัญญาในทางทรัพย์สินอาจทำพร้อมกัน หรือ สัญญาทางทรัพย์สินอาจทำขึ้นภายหลังก็ได้ จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายเยอรมันไม่ตรงกับความรู้สึกของบุคคลทั่วไปที่ไม่รู้กฎหมาย กล่าวคือ หากเราไปซื้อสินค้าชนิดหนึ่ง คนทั่วไปอาจคิดว่ามีเพียงสัญญาเดียว คือ สัญญาซื้อขาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีถึง 3 สัญญา คือ 1.สัญญาทางนี้เป็นเหตุให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินและผู้ซื้อชำระราคา 2.สัญญาในทางทรัพย์สิน คือ ผู้ขายตกลงให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายโอนไปยังผู้ซื้อพร้อมกับการส่งมอบทรัพย์สิน 3.สัญญาทางทรัพย์สินโดยผู้ซื้อตกลงให้กรรมสิทธิ์ในเงินโอนไปยังผู้ขายพร้อมกันได้ส่งมอบเงินให้ แต่ในกรณีที่มีการส่งมอบสินค้าที่ขายให้แก่ผู้ซื้อในเวลาภายหลังที่ทำสัญญาซื้อขายแล้ว คนทั่วไปก็จะเข้าใจว่า มีสัญญาในทางทรัพย์สิน

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

เพราะมีการส่งมอบและชำระราคากันภายหลัง และผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในสินค้า ขณะที่ได้รับสินค้า และผู้ขายได้กรรมสิทธิ์ในเงินเวลาได้รับเงิน

กล่าวโดยสรุป คือ สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายเยอรมัน มีการกำหนดหน้าที่ของผู้ขาย 2 ประการ คือ ส่งมอบการครอบครอง และโอนกรรมสิทธิ์เพราะเพียงแต่การส่งมอบการครอบครองอย่างเดียวไม่พอ ต้องโอนกรรมสิทธิ์ด้วย¹⁴

สำหรับเหตุผลที่สนับสนุนการแบ่งแยกออกเป็นสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินคือ ทำให้เราสามารถพิจารณาสัญญาซื้อขายตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสัญญา ลักษณะหนี้ได้โดยเฉพาะ ส่วนสัญญาในทางทรัพย์สิน ก็นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมจำหน่ายมาใช้โดยเฉพาะ ผู้ขายสามารถทำสัญญาซื้อขายในขณะที่ตนยังไม่มีอำนาจจำหน่ายได้ และในกรณีถึงแม้ว่ากรรมสิทธิ์จะยังไม่ผ่านมือ สัญญาซื้อขายก็ถือว่าสมบูรณ์ ในทางกลับกันแม้ว่าสัญญาซื้อขายไม่สมบูรณ์ แต่หากสัญญาในทางทรัพย์สินทำให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน และถ้ามีการขายต่อมาผู้ซื้อได้รับโอนกรรมสิทธิ์ไปจากผู้ซื้อ จึงไม่ต้องคำนึงว่าผู้ขายให้แก่ตนได้กรรมสิทธิ์มาโดยสัญญาซื้อขายในทางหนี้โดยสมบูรณ์หรือไม่ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการคุ้มครองทางการค้าของประชาชน ส่วนสัญญาซื้อขายนั้นจะมีความสำคัญระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ในส่วนของบุคคลภายนอกนั้น การรับซื้อต่อหรือรับจำนำ จะขึ้นอยู่กับสัญญาในลักษณะทรัพย์สินว่ามีการโอนกรรมสิทธิ์สมบูรณ์หรือไม่

ผลของการแยกสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินออกจากสัญญาในทางลักษณะหนี้คือ ในกรณีที่ผู้ขายทำสัญญาซื้อขายของอย่างเดียวกันแก่บุคคลสองคน หากผู้ซื้อคนใดได้ทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินก่อนผู้ซื้อรายนั้นก็จะได้กรรมสิทธิ์ ดังนั้นผู้ซื้อจะคุ้มครองสิทธิของตนได้ก็โดยให้ผู้ขายทำสัญญาในทางทรัพย์สินโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นแก่ตนเสีย ซึ่งอาจทำได้แม้ผู้ขายจะยังไม่ได้มอบการครอบครองทรัพย์สินโดยการทำสัญญาให้ผู้ขายยืมหรือรับฝากทรัพย์สินไว้ ถ้าผู้ซื้อไม่กระทำการดังกล่าว แม้จะได้ชำระราคาทั้งหมดหรือบางส่วน ก็จะไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของตนได้

อย่างไรก็ตามการแยกออกเป็นสัญญาทางทรัพย์สินและสัญญาทางหนี้ก็ทำให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างผู้ขายและผู้ซื้อ เนื่องจาก หากปรากฏภายหลังว่าสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะและกรรมสิทธิ์ผ่านมือไปยังผู้ซื้อแล้ว ผู้ขายก็ต้องคืนราคาที่รับไปแล้วแก่ผู้ซื้อในฐานะลาภมิควรได้ และมีสิทธิเรียกทรัพย์สินและเรียกให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินคืนฐานลาภมิควรได้เช่นกัน แต่ถ้าผู้ซื้อไม่

¹⁴ หยุด แสงอุทัย, คำสอนชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยว่าด้วยกฎหมายแพ่งเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร, 2518), หน้า 41 – 45.

สามารถจะส่งมอบทรัพย์สินได้เพราะได้โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว ก็จะได้แต่เรียก
ราคาทรัพย์สินเท่านั้น

วิธีที่ผู้ขายจะป้องกันการเสียเปรียบดังกล่าว จึงต้องทำในลักษณะที่สัญญาโอน
กรรมสิทธิ์โดยมีเงื่อนไขว่า กรรมสิทธิ์จะโอนไปก็ต่อเมื่อสัญญาซื้อขายตามลักษณะหนึ่งสมบูรณ์

สำหรับการแยกสัญญาทางหนึ่งออกจากสัญญาทางทรัพย์สินนี้ ประเทศเยอรมันเอง
เพิ่งจะทำการแยกในศตวรรษที่ 19 ซึ่งก่อนหน้านั้นมีการใช้หลัก "สัญญาซื้อขายกับสัญญาการโอน
กรรมสิทธิ์" เป็นสัญญาอันหนึ่งอันเดียวกัน (Einheit von Kaufvertrag und Uebereignung)¹⁵ ซึ่ง
หลักที่ว่าสัญญาซื้อขายกับสัญญาโอนกรรมสิทธิ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนี้ ในส่วนของประเทศไทย
นั้นได้มีแนวคิดในทำนองที่ว่ามีการตกลงกันที่จะให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือนี้อยู่ในสัญญาซื้อขาย โดยไม่
จำเป็นต้องมีสัญญาทางทรัพย์สินอีก ซึ่งหลักแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนี้ ยังแยกได้อีก 2
ประการ คือ การผ่านมือ แห่งกรรมสิทธิ์ย่อมเกิดขึ้นโดยอาศัยเหตุที่มีสัญญาซื้อขายโดยเฉพาะ และ
อาศัยเหตุแห่งสัญญาซื้อขายประกอบกับปฏิบัติตามสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งมอบอีก
ประการหนึ่ง กล่าวคือ มีการเอาหลักแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนี้มาผสมกับหลักการส่ง
มอบ (Verbindung von Einheitsprinzip and Uebergabegrundsatz) สำหรับกฎหมายที่ใช้
หลักประการแรก คือ หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ได้แก่ กฎหมายประเทศฝรั่งเศส กฎหมาย
อังกฤษ กรณีซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ส่วนหลักการส่งมอบผสมกับสัญญาซื้อขายมีในกฎหมายทั่วไป
ของมลรัฐปรัสเซีย¹⁶

กล่าวโดยสรุป คือ หลักการนี้จะจำกัดในเรื่องนี้ให้มีแต่หน้าที่ที่เกิดจากหนี้จริงๆ
ส่วนเรื่องการโอนทรัพย์สินนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในเรื่องทรัพย์สิน และมีวิธีการอีกอย่างหนึ่ง
ต่างหากที่จะทำให้ทรัพย์สินโอนไปโดยไม่เกี่ยวกับหน้าที่ที่เกิดจากหนี้ ตามหลักการนี้บุคคลอาจ
โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่บุคคลอื่นโดยไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะหนึ่งเลยก็ได้

ข้อดีและข้อเสียของการแยกออกเป็นสัญญาในทางทรัพย์สินและสัญญาทางหนึ่ง
สามารถสรุปได้ กล่าวคือ การแยกออกเป็นสัญญาทางหนึ่งและสัญญาทางทรัพย์สินนั้น คนทั่วไปส่วน
ใหญ่ย่อมไม่รู้สึกรู้ว่าเป็นเช่นนั้น สิ่งสำคัญอยู่ที่ว่าในสัญญาทั้งสองเองต่างมีความหมายอยู่ในตัวเอง
เช่น ในกรณีที่ซื้อขายส่งมอบทันที คู่สัญญามักจะคิดถึงการค้ากรรมสิทธิ์มากกว่าการส่งมอบ แต่ใน
กรณีที่ทำสัญญาซื้อขายไปแล้ว และจะส่งมอบกันทีหลัง คู่สัญญาก็จะเห็นได้ชัดว่าจะมีการโอน
กรรมสิทธิ์กันภายหลัง และมีการทำสัญญาซื้อขายนั่นเองอาจเป็นไปได้ว่าคู่สัญญาทำสัญญาซื้อ

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-48

ขายและตกลงกันในเรื่องที่จะโอนกรรมสิทธิ์เสร็จแล้ว โดยไม่ต้องตกลงกันในเรื่องกรรมสิทธิ์ผ่านมือ
นี้อีก เมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินเมื่อใด กรรมสิทธิ์ก็ผ่านมือเมื่อนั้น

การใช้หลักสัญญาซื้อขายตามกฎหมายประเทศฝรั่งเศสและกฎหมายของไทยนั้น
มีข้อดีในลักษณะที่ว่า ถ้าสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะหรือมีการเลิกสัญญา เพราะผู้ซื้อผิดนัดไม่ชำระ
ราคาทำให้ผู้ขายมีกรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ขาย แม้ว่าจะมีการส่งมอบสินค้ากันแล้ว แต่ตามกฎหมาย
เยอรมัน ผู้ขายจะมีแต่สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายลักษณะหนี้ คือ เรียกทรัพย์สินจากผู้ซื้อเท่านั้นซึ่ง
ย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้ขาย¹⁷

2.1.2 หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

ในหัวข้อที่ผ่านมาได้มีการกล่าวถึงหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายทั่วไป
โดยมีการโอนกรรมสิทธิ์โดยไม่แยกสัญญาซื้อขายออกจากการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ของไทยได้เดินตามหลักการนี้ และการโอนกรรมสิทธิ์โดยแยกสัญญาซื้อขายออก
จากการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งใช้กันในประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งการโอนกรรมสิทธิ์ใน
สัญญาซื้อขายทั่วไปทั้งสองลักษณะดังกล่าวสามารถนำมาเป็นข้อมูลพื้นฐานเพื่อใช้ในการศึกษา
วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้ว่าควรจะเป็นไปใน
แนวทางใด

เนื่องจากสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
พ.ศ.2546 ในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายเข้าทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบรับมอบสินค้า
นั้น เป็นลักษณะที่ผู้ซื้อผู้ขายทำการซื้อขายโดยผ่านทางนายหน้าที่เป็นสมาชิกของตลาดอนุพันธ์
แห่งประเทศไทย มีการส่งคำสั่งซื้อหรือคำสั่งขายไปยังตลาด ทั้งนี้ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้เข้าทำ
สัญญา หรือมีนิติสัมพันธ์กันโดยตรง แต่ได้อาศัยข้อตกลงหรือข้อสัญญาหลักทั้งสองสัญญา
กล่าวคือ สัญญาระหว่างนายหน้ากับตลาดอนุพันธ์หรือสำนักหักบัญชี และสัญญาระหว่าง
นายหน้ากับลูกค้าผู้ซื้อหรือผู้ขาย ซึ่งจะมีระเบียบข้อบังคับของตลาด รวมทั้งข้อกำหนดในสัญญา
ซื้อขายล่วงหน้าเป็นตัวเชื่อมนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ดังนั้นในการวิเคราะห์เรื่องการโอน
กรรมสิทธิ์ของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าในประการแรก จะต้องพิจารณาว่า สัญญาซื้อขายล่วงหน้า
ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 นี้ มีลักษณะในทางกฎหมายอย่างไร หาก
มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็สามารถนำ
หลักเกณฑ์ในเรื่องการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้ทันที แต่หาก

¹⁷นิติ ผดุงชัย (เรืออากาศเอก), "การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์," (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), หน้า 296.

มิได้มีลักษณะในทางกฎหมายเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ต้องศึกษาวิเคราะห์ต่อไปว่า สัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 นี้มีลักษณะทางกฎหมายอย่างไรตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของไทย

สัญญาซื้อขาย มาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “อันว่าการซื้อขายนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย” จากบทบัญญัติดังกล่าว มีปัญหาว่า มาตรา 453 ถือเป็นบทนิยามของสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดหรือไม่ ในเรื่องดังกล่าวมีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้ 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวความเห็นที่ 1 เห็นว่า สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์แล้วเท่านั้น หากยังไม่มีกรรมสิทธิ์ ก็เป็นได้เพียงสัญญาจะซื้อจะขาย¹⁸

แนวความเห็นที่ 2 เห็นว่า สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดย่อมเกิดขึ้นได้โดยไม่จำเป็นที่กรรมสิทธิ์จะต้องโอนไปยังผู้ซื้อแล้ว หากคู่สัญญาได้ตกลงในสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นทุกเรื่องแล้ว ในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ การชำระราคา และการส่งมอบ เป็นเพียงหนี้ภายใต้อสัญญาซื้อขายที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามเท่านั้น¹⁹

สำหรับผู้เขียนเอง เห็นพ้องด้วยกับแนวความเห็นที่ 2 นี้ แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์นั้น ต้องมีการพิจารณาประกอบกับ มาตรา 458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย กล่าวคือ “กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญา” ซึ่งหมายความว่า สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดถือเป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และราคาเสร็จสิ้นบริบูรณ์ ส่วนการให้กรรมสิทธิ์โอนไปทันทีหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญเพียงแต่คู่สัญญาได้มีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ถือว่า เป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดแล้ว และนอกจากนี้ หากสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขเงื่อนไขบังคับไว้ โดยการกำหนดให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นยังไม่โอนไปจนกว่าจะเป็นไปตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขนั้น ถือได้ว่า เป็นสัญญาซื้อขาย

¹⁸ โปยม เลขยานนท์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499), หน้า 3 และ ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532), หน้า 29.

¹⁹ ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, หน้า 34 – 35 และ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 86.

เสร็จเด็ดขาดที่มีเงื่อนไขเงื่อนไขเวลา ตามมาตรา 459 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกัน

ดังนั้น ผู้เขียนสามารถสรุปลักษณะทางกฎหมายของสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังนี้

- 1) มีลักษณะเป็นนิติกรรมสองฝ่าย
- 2) เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่ต้องชำระแก่กัน
- 3) ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญามีตัวตนอยู่แล้วขณะทำสัญญา
- 4) สัญญามีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน
- 5) ผู้ขายต้องมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นและสามารถโอนกรรมสิทธิ์ไปยังผู้ซื้อได้ทันทีที่มีการทำสัญญาเสร็จสิ้นตามกฎหมาย
- 6) ทรัพย์สินที่ซื้อขายต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

สำหรับปัญหาที่ว่า สัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบรับมอบสินค้า นั้น มีลักษณะในทางกฎหมายเป็นประการใด ผู้เขียนสามารถวิเคราะห์ได้ ดังนี้

1) สัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 โดยฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย และอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ เข้าทำสัญญากัน โดยวิธีการตามที่ตลาดซื้อขายล่วงหน้ากำหนด ซึ่งเมื่อเกิดสัญญาซื้อขายล่วงหน้าแล้ว ตลาดซื้อขายล่วงหน้าหรือสำนักหักบัญชีจะเข้าเป็นคู่สัญญาแทนที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

2) สัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบรับมอบสินค้ามีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตามภาระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกัน

3) การทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 นั้น สามารถพิจารณาได้ 2 กรณี

กรณีแรก สินค้าอันเป็นวัตถุแห่งสัญญามีได้มีอยู่ในขณะทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า แต่คาดหมายได้ว่า จะเกิดมีขึ้นในอนาคต มีลักษณะเป็นทรัพย์สินในอนาคต²⁰

กรณีที่สอง สินค้ามีอยู่แล้วในขณะทำสัญญาและไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ตามมาตรา 460 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

²⁰ ศนัมภ์กรณ์ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 115.

4) กรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายเข้าทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบ รับมอบสินค้านั้น ผู้เขียนเห็นว่า มิได้มุ่งโอนกรรมสิทธิ์ในตัวสินค้าจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อทันทีที่ทำสัญญา ทั้งนี้สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

กรณีแรก สินค้าไม่มีอยู่ขณะทำสัญญา แต่คาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งหากสินค้ายังไม่เกิดมีขึ้น จึงถือว่า ในขณะที่ทำการซื้อขายผู้ขายยังไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ดังนั้นจึงไม่เข้าตามลักษณะของสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด มาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

กรณีที่สอง สินค้ามีอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา และยังมีลักษณะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในสินค้าที่เป็นวัตถุของสัญญาจึงยังมีได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อทันทีที่ทำสัญญาซื้อขายกัน เนื่องจากหลักของสัญญาซื้อขาย ครอบคลุมที่ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง การโอนกรรมสิทธิ์จะเกิดขึ้นไม่ได้²¹

เมื่อสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มิใช่สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะถือว่าเป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดที่มีเงื่อนไขเงื่อนไขหรือไม่มี ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเนื่องจากสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขก็ถือเป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดที่มีเงื่อนไขเงื่อนไขนั่นเอง

สำหรับข้อพิจารณาประการต่อมา คือ เมื่อสัญญาซื้อขายล่วงหน้ามิได้มีลักษณะในทางกฎหมายที่เป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะมีลักษณะเป็นสัญญาแบบใดทางกฎหมาย จากการวิเคราะห์ ผู้เขียนจึงขอเรียกสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่ดังกล่าวว่า สัญญาไม่มีชื่อชนิดหนึ่ง ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 แล้วพบว่ายังไม่มีการกำหนดเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรนำหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยเรื่องสัญญามาใช้บังคับ

2.2 ทฤษฎีความเสี่ยงภัย

2.2.1 ทฤษฎีความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายทั่วไป

หากต้องการทำความเข้าใจเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยให้ต้องแท้ ในเบื้องต้นควรทำความเข้าใจในเรื่องหลักพื้นฐานของสัญญาต่างตอบแทนก่อน เพราะถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญของการพัฒนาแนวความคิดเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของแต่ละประเทศ

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

เนื่องจากสัญญาซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายซึ่งถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนประเภทหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาสองฝ่ายมีหน้าที่จะต้องชำระตอบแทนต่อกันและกัน ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายและส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ ส่วนผู้ซื้อก็มีหน้าที่ชำระราคาให้แก่ผู้ขาย เป็นต้น

ในสัญญาต่างตอบแทนนั้นถือว่าหนี้ของลูกหนี้และการชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นตัวก่อให้เกิดความผูกพันของฝ่ายเจ้าหนี้ในการที่จะต้องชำระหนี้ในส่วนของตนตอบแทน ซึ่งจากคำอธิบายนี้จึงเกิดเป็นหลักทั่วไปในสัญญาต่างตอบแทน คือ หากการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกลายเป็นพันธวิสัย เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษฝ่ายใดไม่ได้ มีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นเสียสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ตอบแทน

ทั้งนี้ หลักของสัญญาต่างตอบแทนดังกล่าวจะไม่เหมาะสมกับสัญญาต่างตอบแทนที่ต้องชำระหนี้ด้วยการส่งมอบและการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หรือ ทรัพย์สินที่มีการกำหนดไว้แน่นอนแล้ว และไม่สามารถนำทรัพย์สินอื่นชำระหนี้แทนได้ หากกรณีที่ทรัพย์สินนั้นถูกทำลายลง ดังนั้น หากก่อนการส่งมอบทรัพย์สินหรือก่อนการโอนกรรมสิทธิ์ และทรัพย์สินนั้นถูกทำลายลงโดยมิใช่ความผิดของฝ่ายใด เช่น เกิดจากเหตุสุดวิสัย ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ กล่าวคือ ไม่สามารถส่งมอบหรือไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้ ทั้งที่

1) ทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้แล้ว แต่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไป เช่นสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ในบ้านที่ขาย กรรมสิทธิ์จะโอนไปที่ต่อเมื่อผู้ซื้อชำระราคาจนครบถ้วน ดังนั้นหากเกิดกรณีไฟไหม้บ้าน โดยมิใช่ความผิดของผู้ขาย และหากผู้ซื้อผ่อนชำระครบตามสัญญา และเมื่อถึงเวลาที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ ผู้ขายก็ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อได้ เพราะไม่มีตัวบ้านให้ทำการโอนกรรมสิทธิ์อีกแล้ว หรือ

2) หากตกลงให้กรรมสิทธิ์นั้นโอนไปยังเจ้าหนี้ตั้งแต่สัญญาที่เป็นมูลหนี้สมบูรณ์ แต่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้ เช่นสัญญาซื้อขายรถยนต์ที่มีการตกลงให้กรรมสิทธิ์ในรถยนต์โอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ตกลงทำสัญญาซื้อขาย โดยมีข้อตกลงว่าผู้ขายจะส่งมอบรถให้ผู้ซื้อภายหลัง ซึ่งในขณะที่ยังไม่ทันได้ส่งมอบ รถที่ทำสัญญาซื้อขายกันถูกทำลายลงโดยมิใช่ความผิดของฝ่ายใด ดังนั้น ผู้ขายย่อมไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อเมื่อถึงเวลาที่ต้องส่งมอบ เนื่องจากไม่มีตัวทรัพย์สินนั้นแล้ว

ซึ่งทั้งสองกรณีนี้ลูกหนี้ผู้ขายไม่สามารถชำระหนี้ของตนได้ หากนำหลักของสัญญาต่างตอบแทนข้างต้นมาพิจารณา จะพบว่า ลูกหนี้ผู้ขายไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนในส่วนที่เป็นเจ้าหนี้ หมายความว่า ไม่มีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ซื้อชำระราคา หรือเงินที่รับชำระมาแล้วก็ต้องส่งคืน เพราะลูกหนี้ผู้ขายเองก็ไม่สามารถชำระหนี้ของตน นั่นก็คือ การโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบรถยนต์ ดังนั้นลูกหนี้ผู้ขายจะต้องเป็นผู้เสี่ยงภัยที่การชำระหนี้ของตนกลายเป็นพันธวิสัย ทั้งที่ตัว

ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุในการชำระหนี้ตนเองก็อยู่กับเจ้าหนี้ผู้ซื้อ หรือ กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้นอาจโอนไปยังเจ้าหนี้ผู้ซื้อแล้ว ซึ่งจะเป็นการไม่เป็นธรรมกับลูกหนี้ผู้ขาย เพราะฉะนั้น จึงควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่า จะให้ฝ่ายใดเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงภัยนี้ ดังนั้น ประเทศต่างๆจึงมีการวางหลักเกณฑ์กำหนดว่า จะให้ใครเป็นผู้รับผลกระทบที่เกิดภัยพิบัติ ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีแนวความคิดเบื้องหลังที่สนับสนุนการวางกฎเกณฑ์อธิบายว่าเหตุใดจึงให้ผู้นั้นเป็นผู้รับความเสี่ยงภัย ซึ่งการที่เราทราบถึงเหตุผลสำคัญดังกล่าว จะช่วยให้การใช้บทบัญญัติของกฎหมายภายในในเรื่องของความเสี่ยงภัยนี้เป็นไปอย่างถูกต้องชอบธรรม

จากเหตุผลที่กล่าวในเบื้องต้น จึงมีการสรุปทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความเสี่ยงภัย เพื่อเป็นการแก้ปัญหาในเรื่องความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นว่าควรจะต้องอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายใด ซึ่งอยู่ 3 ทฤษฎี²² ดังต่อไปนี้

2.2.1.1 ทฤษฎีเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้รับภัย ความมุ่งหมายของทฤษฎีนี้ไม่ได้เกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทนโดยตรง แต่จะใช้กับสัญญาที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินแก่ลูกหนี้ เช่น ผู้ที่นำทรัพย์สินไปวางเป็นประกันในการกู้ยืมที่แม้ว่าทรัพย์สินที่วางนั้นจะถูกทำลายลงโดยมิใช่ความผิดของผู้รับไว้ ก็ถือว่าหนี้เงินกู้ยืมนั้นยังคงมีอยู่ ถ้าทรัพย์สินซึ่งจำนำไว้เป็นประกันวินาศลง ให้ความวินาศนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าของที่ยังคงมีฐานะเป็นลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้รับจำนำ

อย่างไรก็ดี ตามหลักกรรมสิทธิ์ถือว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยย่อมมีสิทธิภายใต้กฎหมายที่จะใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอน มีสิทธิในดอกผลที่ตนเองเป็นเจ้าของ รวมถึงมีสิทธิที่จะติดตามทวงคืน ซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลอื่น ที่ไม่มีสิทธิยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ตลอดจนขัดขวางไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตน ซึ่งสิทธิทั้งหลายที่กล่าวมานี้ จะมีได้ก็ต่อเมื่อตัวทรัพย์สินนั้นยังคงมีอยู่เท่านั้น ถือเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน หรือ ทรัพย์สินสิทธิ ในทางตรงกันข้ามเมื่อตัวทรัพย์สินนั้นวินาศไปไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ย่อมส่งผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของนั้นด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นย่อมหมดไปหากตัวทรัพย์สินนั้นถูกทำลายลงโดยเหตุสุดวิสัย อันจะโทษใครไม่ได้ เหตุดังกล่าวย่อมเป็นผลร้ายต่อตัวผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งก็คือผู้ที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องเป็นผู้แบกรับเอาผลแห่งภัยพิบัติ โดยจะไปเรียกร้องให้ใครรับผิดชอบหรือชดใช้ค่าเสียหายแก่ตนไม่ได้ ซึ่งถือเป็นผลในทางลบของหลักกรรมสิทธิ์นั่นเอง การที่เจ้าของ

²²James H Porter, "Multimodal Transport Containerization and Risk of Loss"

ทรัพย์รับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดขึ้นกับทรัพย์ของตน ตรงกับหลักกฎหมายโรมันที่ว่า “ res perit domino ” “ เจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้รับภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์ของตนเอง ” ซึ่งหลักดังกล่าวถูกนำมา กำหนดไว้ใน The Sale of Goods Act 1979 ของประเทศอังกฤษ มาตรา 20(1) ซึ่งบัญญัติว่า ความเสี่ยงภัยโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายโอนไปยังผู้ซื้อ กล่าวคือ ผู้ที่ รับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดขึ้นกับทรัพย์ที่ขายนั้น ขึ้นอยู่กับว่าผู้ใดเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นใน ขณะที่เกิดภัย ในทำนองเดียวกับ ประมวลกฎหมายฝรั่งเศส (Code Civil มาตรา 1138) ได้ กำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ซื้อขาย ซึ่งกรรมสิทธิ์จะโอน ได้ก็ต่อเมื่อสัญญาซื้อขายที่ทำนั้นสมบูรณ์²³ กล่าวคือ เมื่อทำสัญญาซื้อขายสมบูรณ์แล้ว กรรมสิทธิ์ ก็จะไปยังผู้ซื้อทันที ผู้ซื้อต้องรับผลแห่งภัยพิบัตินั้นตามไปด้วย กล่าวคือ ไม่ได้รับมอบทรัพย์ที่ ซื้อเพราะทรัพย์วินาศลง แต่ต้องมีหน้าที่ชำระราคาเช่นเดิม

กล่าวโดยสรุป ผู้ซื้อเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยเมื่อทำสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์ กล่าวคือ ในสัญญาซื้อขายผู้ขายยังคงเป็นผู้เสี่ยงภัยตราบเท่าที่ตนเองยังเป็นเจ้าของทรัพย์ที่ซื้อขาย เพราะ การโอนทรัพย์สินในกฎหมายนั้น การส่งมอบไม่สำคัญ เหตุแห่งการโอนกรรมสิทธิ์เป็นไปตั้งแต่ผู้ซื้อ ทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ความวินาศจึงตกเป็นพับแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของ

2.2.1.2 ทฤษฎีลูกหนี้เป็นผู้รับภัย ตามหลักทั่วไปของสัญญาต่างตอบแทนที่กล่าวว่า หนี้และการชำระหนี้ของฝ่ายหนึ่งเป็นตัวก่อให้เกิดความผูกพันของอีกฝ่ายที่จะต้อง ชำระหนี้ในส่วนของตนตอบแทน ทำให้ฝ่ายใด เมื่อไม่สามารถชำระหนี้ของตนโดยจะโทษอีกฝ่าย ไม่ได้แล้ว สิทธิที่จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายชำระหนี้ให้แก่ตนในฐานะเจ้าของทรัพย์ก็ไม่ได้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ หากการชำระหนี้ตกเป็นพันธียลูกหนี้จะเป็นผู้รับภัยตามหลักลาติน คือ res perit debitori

สำหรับตัวอย่างของสัญญาที่ใช้หลักนี้ เช่น สัญญาเช่าทรัพย์ หากทรัพย์ที่เช่าเกิด วินาศลงโดยไม่อาจให้เช่าได้อีก โดยไม่ใช่ความผิดของฝ่ายใด ผู้ให้เช่าในฐานะของลูกหนี้จะหลุด พ้นจากความรับผิดโดยไม่ต้องหาทรัพย์สินมาให้เช่า แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่สิทธิได้ค่าเช่า อีก ตัวอย่างหนึ่ง เช่น นายเอ จ้างบริษัทเดินเรือของนายบี ให้ขนส่งยางพาราไปต่างประเทศ ในเวลา ต่อมาปรากฏว่า ก่อนถึงกำหนดส่ง รัฐบาลสั่งห้ามไม่ให้ขนส่งยางพาราออกนอกประเทศ การขนส่ง ยางพาราเป็นการชำระหนี้ของบริษัทของบี จึงตกเป็นพันธียลูกหนี้ อันจะโทษฝ่ายใดฝ่าย

²³ รongพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การ พิมพ์, 2520), หน้า 73.

หนึ่งไม่ได้ ดังนั้น บริษัทบี ย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ค่าระวางพาหนะในการขนส่งจากนายเอ เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตามเหตุผลสำคัญของหลักดังกล่าวในสัญญาต่างตอบแทนนั้น ถือว่าการชำระหนี้ของคุณสัญญาแต่ละฝ่ายถือเป็นเงื่อนไขซึ่งกันและกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่มีคุณสัญญาฝ่ายใดที่จะยอมผูกพันตนโดยไม่มีผลประโยชน์ตอบแทน²⁴ จึงทำให้เกิดทฤษฎีที่ว่าลูกหนี้เป็นผู้รับภัย อันเป็นหลักทั่วไปในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทน

แต่สิ่งที่น่าสังเกตประการหนึ่งก็คือ หลักทั่วไปที่กล่าวข้างต้นนี้มักจะไม่เหมาะสมกับสัญญาซื้อขายนัก เพราะถ้ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ส่งมอบแล้วไม่โอนไปด้วย ตัวอย่างเช่น หากมีการทำสัญญาซื้อขายที่มีข้อตกลงให้กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไป เมื่อเป็นเช่นนั้น หากเกิดภัยพิบัติแก่ตัวทรัพย์สินที่ซื้อขายภายหลังที่ได้ส่งมอบกันไปแล้ว ผู้ขายก็ไม่สามารถเรียกให้ผู้ซื้อชำระราคาได้ เพราะการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถกระทำได้นั้นก็หมายความว่า ผู้ขายต้องแบกรับความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของผู้ซื้อ ซึ่งถือว่าเป็นการไม่เป็นธรรมแก่ผู้ขาย เพราะภัยพิบัตินั้นอาจจะไม่เกิด หรือ หากยังอยู่ในขอบเขตอำนาจของผู้ขายแล้วผู้ขายอาจป้องกันไม่ให้เกิดผลเช่นนั้นได้ ดังนั้นการที่ตัวทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของฝ่ายหนึ่ง แต่อีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้รับผลร้ายเมื่อทรัพย์สินนั้นถูกทำลายลง ก็ย่อมทำให้เกิดความรู้สึกไม่เป็นธรรม เพราะฉะนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงผลดังกล่าว ในหลายประเทศจึงได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัย โดยถือเอาหลักที่ว่า ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองหรืออำนาจของใคร ผู้นั้นก็สามารถที่จะปิดเป่าภัยพิบัติต่างๆ ได้ดีกว่าคนอื่น แม้แต่เหตุสุดวิสัย ดังนั้นเมื่อทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้โดยการส่งมอบ ครอบครองโดยทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่กับลูกหนี้โดยลูกหนี้ยังไม่ได้ส่งมอบ ลูกหนี้ก็เป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัย ครอบครองที่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้เจ้าหน้าที่แล้ว ทรัพย์สินเข้าไปอยู่ในขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่แล้ว ความเสี่ยงภัยจึงโอนไปด้วย กล่าวคือ ลูกหนี้เป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยต่อภัยพิบัติจนกว่าจะส่งมอบ การส่งมอบจึงเป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยนั่นเอง ความคิดของหลักเกณฑ์นี้เยอรมันได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีเหตุผลเบื้องหลัง คือ ผู้ซื้อย่อมเป็นผู้ที่สามารถที่จะป้องกันอันตรายที่อาจเกิดแก่ทรัพย์สินที่เข้ามาอยู่

²⁴ Marcel Planiol & Georg Ripert, *Treaties on the Civil Law*, (11th ed). Vol 2

(Translated by the Couisiana State Law Institutes, 1939), p.758.

ในความครอบครองของตน²⁵ อย่างไรก็ตาม หลักการโอนความเสี่ยงภัยที่เอา ณ ขณะที่ส่งมอบทรัพย์สิน จะไม่นำไปใช้กับกรณี ดังต่อไปนี้²⁶

- การโอนอสังหาริมทรัพย์ ความเสี่ยงภัยจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ เมื่อมีการจดทะเบียนการส่งมอบทรัพย์สินนั้น สุดแต่ว่าสิ่งใดจะเกิดขึ้นก่อน
- กรณีที่ผู้ซื้อให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินไปยังสถานที่ที่มีการกำหนดไว้ อันมิใช่ภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ซึ่งเป็นสถานที่ที่จะชำระหนี้ตามกฎหมาย ความเสี่ยงภัยจะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขนส่ง
- กรณีที่คู่สัญญา มีการตกลงซื้อขายกันโดยใช้สัญญาชนิดอื่น ความเสี่ยงภัยจะโอนเมื่อมีการกำหนดข้อตกลงในสัญญา เช่น สัญญา CIF หรือ FOB ความเสี่ยงภัยจะโอนเมื่อทรัพย์สินที่ซื้อขายถูกส่งผ่านกราบเรือ

เช่นเดียวกับในประมวลแพ่งออสเตรเลีย ที่มีแนวความคิดว่า ให้ผู้ขายเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยไปจนกว่าจะถึงเวลาที่ตกลงส่งมอบ หากพ้นจากกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้ซื้อเป็นผู้รับความเสี่ยงภัย²⁷ แม้ทรัพย์สินนั้นจะยังอยู่กับผู้ขายก็ตาม ทั้งนี้เพราะผู้ซื้อเป็นผู้มีผิดนัดในการชำระหนี้ เพราะฉะนั้นเมื่อเกิดผลร้ายต่อทรัพย์สินนั้นโดยไม่ใช่ความผิดของผู้ขาย ผลนั้นก็ควรตกแก่ผู้ซื้อ ซึ่งหมายความว่า ผู้ซื้อไม่ได้รับทรัพย์สินที่ซื้อแต่ต้องชำระราคา อย่างไรก็ตาม หากผู้ขายเป็นผู้มีผิดนัดในการชำระหนี้ ความเสี่ยงภัยก็จะยังคงอยู่กับผู้ขาย โดยที่ยังมิได้โอนไปที่ผู้ซื้อแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปตามทฤษฎีนี้ หากการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย ลูกหนี้ย่อมเป็นผู้รับภัยนั่นเอง

2.2.1.3 ทฤษฎีเจ้าหนี้เป็นผู้รับภัย เมื่อนำหลักทั่วไปในเรื่องความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทน ที่กล่าวว่า “การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยย่อมเป็นพันแก่ลูกหนี้” มาปรับใช้กับสัญญาต่างตอบแทนชนิดที่มีหนี้เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เช่น สัญญาซื้อขาย ผลก็คือ หากทรัพย์สินที่ซื้อขายเกิดภัยพิบัติจนทำให้ไม่สามารถชำระหนี้โอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ซื้อซึ่งเป็นเจ้าหนี้ได้แล้ว ผู้ขายซึ่งเป็นลูกหนี้ก็ไม่มีสิทธิที่จะได้รับการชำระราคาตอบแทน สัญญาเป็นอันสิ้นสุดลง ฝ่ายผู้ขายซึ่งเป็นลูกหนี้เป็นฝ่ายที่ต้องรับเคราะห์ร้าย ซึ่งกรณีดังกล่าว นัก

²⁵ หัสสุตมิ วิจิตตวิริยกุล, “การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” วารสารนิติศาสตร์ 28, 4 (ธันวาคม 2541): 648.

²⁶ E.J.Cohn, Manual of German Law, (Vol 2nd ed). (London: Oceana Publication, 1968), p.131.

²⁷ หัสสุตมิ วิจิตตวิริยกุล, “การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,”: 648.

กฎหมายโรมันเห็นว่า ไม่มีความเป็นธรรม เนื่องจากเห็นว่า การซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง มีทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิ เป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน มิใช่เหนือบุคคล²⁸ จึงได้มีการวางหลักกฎหมายซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปของการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทนสำหรับกรณีสัญญาซื้อขายไว้ โดยให้ภาระความเสี่ยงภัยตกอยู่กับผู้ซื้อซึ่งเป็นเจ้านั้น ทันทีที่ทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดซึ่งถ้าคู่สัญญาทำการซื้อขายโดยตกลงจะทำการส่งมอบกันในภายหลัง ในช่วงเวลานับแต่ทำการซื้อขายเสร็จเด็ดขาดจนถึงเวลาส่งมอบ หากทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นวินาศลงโดยเหตุอันมิใช่ความผิดของผู้ขายซึ่งเป็นลูกหนี้แล้ว ผู้ขายย่อมหลุดพ้นจากหน้าที่จะทำการส่งมอบ แต่สัญญายังมีผลบังคับให้ผู้ซื้อที่เป็นเจ้านั้นต้องชำระราคา แต่ถ้าชำระราคาไปแล้วก็เรียกคืนไม่ได้ ผลก็คือ ผู้ซื้อซึ่งเป็นเจ้านั้น เป็นผู้รับภาระความเสี่ยงภัยในความวินาศของสินค้าตามหลักลาตินที่ว่า "periculum rei venditae" เพราะไม่มีตัวทรัพย์สินที่จะส่งมอบแต่ต้องชำระราคา²⁹ ทั้งนี้เพราะในสายตาของกฎหมายโรมัน จะคำนึงถึงทางได้เสียของคู่สัญญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ ถ้าทรัพย์สินที่ซื้อขายมีค่าเพิ่มขึ้นเมื่อทำการซื้อขายแล้ว ผู้ขายไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าที่เพิ่มขึ้น ดังนั้น เมื่อผู้ซื้อเป็นผู้ที่ได้รับผลดีขึ้นดังกล่าว หากเกิดผลร้ายผู้ซื้อก็ต้องรับผลนั้นเช่นกัน

เปรียบเทียบได้กับการที่ใครเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจก็จะนำมาเป็นเหตุผลกำหนดว่าใครควรจะเป็นผู้รับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดแก่ตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุในการชำระหนี้³⁰ โดยมองว่าฝ่ายที่ได้รับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาอย่างเช่น ผู้ซื้อผู้ขาย จะเห็นได้ว่าทราบโดยที่ยังไม่ได้ทำสัญญากันลงไป หรือสัญญานั้นยังไม่บริบูรณ์ ผู้ขายก็มีโอกาสเลือกที่จะตัดสินใจเปลี่ยนใจไม่ขายหรือขายในราคาที่สูงกว่าที่เป็นอยู่ในขณะนั้น หรือ หากราคาทรัพย์สินตกต่ำลง เช่น ทองคำในขณะที่ราคาต่ำ หากขายไปอาจทำให้ขาดทุน ผู้ขายอาจจะเลือกที่จะไม่ขายก็ได้ เรียกได้ว่าผู้ขายมีสิทธิอำนาจที่จะกำหนดชะตากรรมทรัพย์สินนั้นอยู่ ดังนี้จะเห็นได้ชัดว่า ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจยังคงอยู่และยังคงเป็นของผู้ขาย แต่เมื่อขายไปแล้วได้ทำสัญญาสมบูรณ์เสร็จสิ้นลงแล้ว ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจก็จะตกเป็นของผู้ซื้อแม้ทรัพย์สินที่ซื้อขายจะยังคงอยู่กับผู้ขาย ซึ่งมีหน้าที่เพียงรักษาทรัพย์สินและส่งมอบทรัพย์สินนั้น หรือแม้กระทั่ง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจะยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อก็ตาม ดังจะเห็นได้จากการซื้อขายทองคำ หากในภายหลังราคาทองสูงขึ้น ประโยชน์ทางเศรษฐกิจก็จะเกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อยังคงชำระราคาเดิมตามที่ได้มีการตกลงกันไว้

²⁸ Marcel Planiol & Georg Ripert, *Treaties on the Civil Law*, p.269-270.

²⁹ Ibid., p.760.

³⁰ หัสวุฒิ วิจิตรวิริยกุล, "การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," : 649.

การกำหนดให้ฝ่ายใดเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยโดยอาศัยหลักในเรื่องผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่ได้รับนี้ ถือเป็นการเฉลี่ยผลของความเสียหายที่มีความสมเหตุสมผลกันอยู่ในตัวเอง³¹ เพราะเมื่อเป็นฝ่ายที่ได้รับประโยชน์ในทางเศรษฐกิจในระหว่างนั้นซึ่งเป็นผลในทางบวก ก็ควรจะต้องรับผลเสียซึ่งเป็นผลในทางลบไปด้วย ไม่มีเหตุผลที่จะรับแต่ข้อดีอย่างเดียวโดยไม่รับเอาข้อเสียไปด้วย

แนวความคิดในเรื่องผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจเป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยนั้นอย่างเช่น กฎหมายลักษณะซื้อขายของโรมันในยุคคลาสสิกมีหลักการที่ว่า ผู้ขายเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยเมื่อสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลง ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า เมื่อการตกลงเสร็จสิ้นลงสัญญาก็สมบูรณ์ด้วย การเสร็จสิ้นลงของความตกลงนี้มีผลทำให้ความเสี่ยงภัยโอนไปด้วย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ก็นำเอาแนวความคิดเรื่องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเป็นหลักเกณฑ์ในการโอนความเสี่ยงภัย กล่าวคือ ใครเป็นผู้ได้รับประโยชน์นั้น ก็ควรรับภาระความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินนั้น

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ในสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เจ้าหนี้ย่อมเป็นผู้เสี่ยงภัยในการที่การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย ตามหลัก Res perit creditori อันเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปของความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทน แต่เนื่องจากสัญญาที่มีหนี้เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนี้มีตัวทรัพย์สินอันเกี่ยวกับวัตถุแห่งหนี้ซึ่งใช้ในการชำระหนี้ตามสัญญา โอกาสที่ทรัพย์สินนั้นจะเกิดภัยพิบัติซึ่งจะเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าสัญญาที่มีวัตถุแห่งหนี้ประเภทอื่น ทั้งสัญญาประเภทนี้คุ้นเคยและใช้กันบ่อย จึงทำให้อาจเข้าใจผิดไปว่า หลักกฎหมายเกี่ยวกับความเสี่ยงภัยในสัญญาประเภทนี้เป็นหลักทั่วไปของความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทน

จากทั้งสามทฤษฎีที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ในเวลาต่อมาประเทศต่างๆก็นำมาพัฒนาเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายในประเทศของตน และที่สำคัญคือ ทั้งสามทฤษฎีนี้มีผลต่อการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของประเทศไทยในเวลาต่อมา ดังจะปรากฏในรายละเอียดในส่วนต่อไป

2.2.2 ทฤษฎีความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

เมื่อศึกษาถึงทฤษฎีทางกฎหมายในเรื่องความเสี่ยงภัยของสัญญาซื้อขายทั่วไปแล้ว ทำให้ผู้เขียนสามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับทฤษฎีความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขาย

³¹ เรื่องเดียวกัน.

ล่วงหน้าได้ว่าจะเป็นไปในลักษณะใด แต่ทั้งนี้จะต้องนำหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่กำลังถึงในหัวข้อที่ผ่านมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย

สำหรับทฤษฎีความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการทำสัญญาเสร็จสิ้นลงนี้พัฒนามาตั้งแต่ยุคกฎหมายโรมัน ตามตำรากฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน (Institutes of Justinian) โดยได้มีการระบุหลักการของเรื่องนี้ไว้ว่า "ความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อ ณ ขณะที่มีการทำสัญญาเสร็จสิ้นลงถึงแม้ว่าฝ่ายผู้ซื้อจะยังไม่ได้ครอบครองสินค้าก็ตาม"³² ซึ่งหลักความเสี่ยงภัยที่โอนต่อเมื่อมีการทำสัญญาเสร็จสิ้นลงนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อผู้ขายอยู่ในฐานะที่จะส่งมอบสินค้าได้ทันทีในขณะที่มีการทำสัญญาเสร็จสิ้น ซึ่งทฤษฎีความเสี่ยงภัยนี้อาจไม่ตรงกับทางปฏิบัติในการซื้อขายสินค้าตามสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เพราะในขณะที่มีการทำสัญญาเสร็จสิ้นผู้ขายอาจไม่ได้เป็นเจ้าของสินค้าที่จะขายให้แก่ผู้ซื้อ หรือ ผู้ขายอาจไม่มีสินค้าที่พร้อมจะส่งมอบให้กับผู้ซื้อเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลง เพราะต้องดำเนินการผลิต หรือ มีการเก็บไว้ในโกดังสินค้าที่ห่างไกลออกไป

ด้วยเหตุผลต่างๆดังกล่าว จึงทำให้ทฤษฎีความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการทำสัญญาเสร็จสิ้นบริบูรณ์ จึงดูไม่เหมาะสมกับสภาพของการซื้อขายสินค้าล่วงหน้า อีกทั้งในการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าก็เป็นการซื้อขายสินค้าที่ยังไม่มีการเจาะจงหรือกำหนดตัวสินค้าเป็นที่แน่นอน (Unascertained goods) ระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย กล่าวคือยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หากใช้ทฤษฎีความเสี่ยงภัยโอน เมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นลงเป็นเกณฑ์ในการโอนความเสี่ยงภัย ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เป็นไปได้ว่ายังไม่มีการเจาะจงตัวสินค้าเป็นที่แน่นอน หรือ ยังไม่มีการผลิตสินค้าที่ตกลงซื้อขาย ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าทฤษฎีความเสี่ยงภัยนี้ จึงไม่สอดคล้องกับสภาพและทางปฏิบัติในการซื้อขายสินค้าล่วงหน้า

ทฤษฎีความเสี่ยงภัยโดยให้ลูกหนี้เป็นผู้รับภัย ถือเป็นหลักทั่วไปในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทน โดยให้การชำระหนี้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายถือเป็นเงื่อนไขซึ่งกันและกัน แต่ทฤษฎีความเสี่ยงภัยที่กำลังถึงนี้ ดูจะไม่เหมาะสมกับสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เนื่องจาก หากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ส่งมอบแล้วไม่โอนไปด้วย เช่นมีการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเมื่อถึงกำหนดระยะเวลาตามสัญญาและได้มีการส่งมอบสินค้ากันเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หากเป็นเช่นนี้ เมื่อเกิดภัยพิบัติแก่ตัวทรัพย์สินที่ซื้อขาย ภายหลังจากที่ได้ส่งมอบสินค้าไปแล้ว ผู้ขายก็ไม่สามารถเรียกให้ผู้ซื้อชำระราคาได้ เพราะยังไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ส่งผลให้ผู้ขายต้องแบกรับความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ซื้อขายทั้งที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของผู้ซื้อก็ตาม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ดูจะเป็นการไม่เป็นธรรมแก่ผู้ขายซึ่งเป็นลูกหนี้ ดังนั้นการที่ตัวทรัพย์สินในความครอบครองของฝ่ายหนึ่ง แต่อีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้รับผลร้ายเมื่อทรัพย์สินนั้นถูกทำลายลง ก็ย่อมทำให้เกิดความรู้สึก

³² Bernd von Hoffmann, *Passing of Risk in international Sales of Goods*, p.3.

ไม่เป็นธรรมกับผู้ขายซึ่งเป็นตัวลูกหนี้ ดังนั้นทฤษฎีความเสี่ยงภัยที่ให้ผู้ขายเป็นผู้รับภัยถึงแม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีการส่งมอบไปแล้วก็ตามจึงดูไม่เหมาะสมกับสภาพธุรกิจและแนวทางปฏิบัติของการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ที่ผู้ซื้อและผู้ขายต่างก็มีหน้าที่ส่งมอบสินค้าและชำระราคาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เพื่อความคล่องตัวทางธุรกิจ หากความเสี่ยงภัยยังไม่โอนไปถึงแม้ว่าจะมีการส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อแล้วก็ตาม ก็คงไม่มีผู้ผลิตหรือผู้ขายรายใดกล้านำสินค้าเข้ามาทำการซื้อขายล่วงหน้าในตลาดซื้อขายล่วงหน้าอย่างแน่นอน

ส่วนทฤษฎีความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์สินค้าที่ซื้อขาย กล่าวคือใครจะต้องเป็นผู้รับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติที่เกิดขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินที่ขายนั้นก็ขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในขณะที่เกิดภัย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิตามกฎหมายที่จะใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอน ตลอดจนติดตามทวงคืนทรัพย์สินของตนจากบุคคลภายนอก สิทธิดังกล่าวจะเกิดขึ้นต่อเมื่อตัวทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ และในทางกลับกันเมื่อทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปโดยพันวิสัยซึ่งมีอาจโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ก็ย่อมต้องส่งผลร้ายต่อผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยการต้องแบกรับความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นของตน ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้มีการพัฒนามาจากแนวคิดของ Grotius และ Pufendorf³³ แห่งสำนักกฎหมายธรรมชาติในช่วงศตวรรษที่ 17 รวมทั้งยังมีปรากฏอยู่ในมาตรา 20(1) ของ The Sale of Goods Act 1979 ของประเทศอังกฤษอีกด้วย

เมื่อพิจารณาถึงทฤษฎีความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์สินค้าที่ซื้อขาย จะเห็นได้ว่า เป็นทฤษฎีที่ดูจะมีความเหมาะสม สอดคล้องกับการซื้อขายสินค้าล่วงหน้า เพราะสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจัดอยู่ในประเภทสัญญาซื้อขายชนิดหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะ โดยคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างก็มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ หากผู้ซื้อไม่ชำระราคา ผู้ขายก็มีสิทธิไล่เบียดเอาภานายหน้าของตนและนายหน้าของตนก็ต้องไปไล่เบียดกับตลาดซื้อขายล่วงหน้า หรือสำนักหักบัญชีอีกต่อหนึ่ง ในทางตรงกันข้าม หากผู้ขายไม่ยอมส่งมอบสินค้า ผู้ซื้อก็มีสิทธิเรียกร้องเอาภานายหน้าของตน และนายหน้าก็ไปบังคับเอาภานตลาดซื้อขายล่วงหน้าหรือสำนักหักบัญชีได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบในโอกาสต่อไป คือ เรื่องหลักการโอนกรรมสิทธิ์กับทฤษฎีความเสี่ยงภัยนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกันทีเดียว เนื่องจากหลักกรรมสิทธิ์ใช้ยันกับบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกโดยทั่วไปได้ซึ่งถือเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในประเภทสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) แต่การโอนความเสี่ยงภัยเป็นเรื่องที่ส่งผลเฉพาะตัวคู่สัญญาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนก็ยังมีความเห็นว่าทฤษฎีความเสี่ยงภัยที่ให้ความเสี่ยงภัยโอนต่อเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ถือเป็น

³³ Ibid., p.3.

ทฤษฎีที่มีความเหมาะสม และสอดคล้องกับสภาพการซื้อขายสินค้าล่วงหน้า ที่ต้องให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายดำเนินการตามหน้าที่ของตน และเกิดความยุติธรรมในแง่ที่ว่าบุคคลที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ก็ควรเป็นผู้รับผลแห่งภัยพิบัติที่อาจเกิดขึ้นกับตัวทรัพย์สินนั้น

กล่าวโดยสรุปคือ หลังจากที่ได้มีการวิเคราะห์ในหัวข้อที่ผ่านมาในเรื่องหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าว่าต้องใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยเรื่องสัญญามาใช้บังคับ เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อชนิดหนึ่ง ซึ่งหากวิเคราะห์ได้ดังนั้นแล้ว ทฤษฎีความเสี่ยงภัยที่มีความสอดคล้องกับหลักการโอนกรรมสิทธิ์ดังกล่าวจึงเป็นลักษณะที่มีการโอนความเสี่ยงภัยไปพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ เนื่องมาจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิที่จะใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอน ทรัพย์สินนั้นได้ในทางกลับกัน เมื่อเกิดภัยพิบัติแก่ทรัพย์สินนั้นโดยไม่สามารถโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ก็ย่อมต้องส่งผลร้ายต่อผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในขณะนั้นเช่นกัน ถือได้ว่า การรับเอาผลแห่งภัยพิบัติหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นของเจ้าของกรรมสิทธิ์ เรียกได้ว่าเป็นผลในทาง Negative ของหลักกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน³⁴

3. หลักการโอนความเสี่ยงภัย

3.1 หลักการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายทั่วไป

หลักทั่วไปของการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายมีความสัมพันธ์กับจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัย เพราะจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยจะเป็นตัวชี้เบื้องต้นว่า ความเสี่ยงภัยได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อใด ซึ่งจะทำให้ทราบว่าคู่สัญญาผู้รับโอนความเสี่ยงภัยจะมีภาระผูกพันในการชำระค่าสินค้าเมื่อใด นอกจากนี้จุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยยังเป็นเกณฑ์กำหนดความรับผิดของผู้ขายด้วยในกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าที่ซื้อขายซึ่งได้ตกลงกันไว้แล้วให้กับผู้ซื้อ เนื่องจากสินค้าที่ซื้อขายเกิดสูญหายหรือเสียหายจากภัยพิบัติซึ่งไม่สามารถโทษฝ่ายใดได้ และขณะเกิดเหตุความเสี่ยงภัยยังอยู่ที่ผู้ขาย แต่ผู้ขายอาจต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายเนื่องจากไม่สามารถส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่าข้อพิจารณาสำคัญในเรื่องของความเสี่ยงภัย คือ ณ จุดเวลาใดที่มีการโอนความเสี่ยงภัยจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ เพราะจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยจะเป็นตัวชี้เบื้องต้นว่าคู่สัญญาผู้รับโอนความเสี่ยงภัยคือผู้ซื้อจะมีภาระผูกพันในการชำระค่าสินค้าหรือไม่ กล่าวคือ ณ จุดเวลาเกิดภัยพิบัติอันไม่สามารถโทษฝ่ายใดได้ ทำให้สินค้าเกิดสูญหายหรือเสียหาย

³⁴ หัสวุฒิ วิจิตรวิริยกุล, "การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," : 649.

นั้น ความเสี่ยงภัยอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายใด หรือตามนิติสัมพันธ์ของสัญญาซื้อขาย ณ จุดเวลานั้น ผู้ขายได้โอนความเสี่ยงภัยไปยังผู้ซื้อแล้วหรือไม่

กฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายของหลายประเทศ จึงได้มีการกำหนดจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้สามารถแบ่งแยกหลักการทั่วไปในการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายได้ ดังนี้

3.1.1 หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นลง

หลักความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อทำสัญญาเสร็จสิ้นลงนี้พัฒนามาตั้งแต่ยุคกฎหมายโรมัน โดยกำหนดหลักทั่วไปเกี่ยวกับการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาตอบแทนว่า ความเสี่ยงภัยจะตกให้แก่ลูกหนี้ (Res perit debitori)³⁵ ด้วยเหตุผลที่ว่าในสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาสองฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกัน เมื่อการชำระหนี้ของลูกหนี้ตกเป็นพันวิสัย ลูกหนี้ก็หลุดพ้นจากการที่ต้องชำระหนี้ แต่ในขณะเดียวกันลูกหนี้ก็ไม่ควรมีสิทธิในการได้รับชำระหนี้ตอบแทนด้วย

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายโรมันมีความเห็นว่า ในหลักทั่วไปให้ความเสี่ยงภัยตกเป็นของลูกหนี้ กล่าวคือ ผู้ขายซึ่งเป็นลูกหนี้จะต้องเป็นผู้รับภัย กรณีที่ทรัพย์สินที่ซื้อขายเกิดภัยพิบัติ ผู้ขายซึ่งเป็นลูกหนี้ก็ไม่มีสิทธิจะได้รับชำระราคาจากผู้ซื้อ³⁶ จากกรณีดังกล่าว นักกฎหมายโรมันเห็นว่าไม่มีความเป็นธรรม โดยให้เหตุผลว่าเมื่อพิจารณาจากทางได้เสียของผู้ซื้อและผู้ขายแล้วจะเห็นว่า เมื่อทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลงแล้ว ประโยชน์ที่ได้จะตกเป็นของผู้ซื้อ ถึงแม้ว่าจะยังไม่มีกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินนั้นยังอยู่ที่ผู้ขาย ผู้ขายก็มีหน้าที่เพียงรักษาทรัพย์สินไว้ให้เท่านั้น และในกรณีที่ทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นมีราคาสูงขึ้น ผู้ขายก็จะเรียกราคาเพิ่มไม่ได้ ในส่วนนี้ประโยชน์ก็จะตกแก่ผู้ซื้อ ในขณะที่หากทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นมีค่าลดลงหรือสูญหาย ผู้ซื้อก็ต้องชำระราคาตามที่ตกลงกันได้ กล่าวคือ ผู้ซื้อต้องเป็นผู้รับผลดี และผลร้ายที่เกิดขึ้นในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น ด้วยเหตุนี้ผลที่ตามมาคือ ผู้ซื้อต้องเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัยเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลง กรณีที่ทำสัญญาเสร็จสิ้นลง หมายความว่า คู่สัญญาได้ปฏิบัติหน้าที่ทุกอย่างแล้ว คงเหลือเพียงหน้าที่ในการส่งมอบตัวทรัพย์สิน และการชำระราคา ซึ่งเป็นเรื่องที่สามารถกระทำกันภายหลังได้ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาสองฝ่ายตกลงกันทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลงแล้ว ความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นจะโอนไปยังผู้ซื้อทันที

³⁵Bernd von Hoffmann, *Passing of Risk in international Sales of Goods*, p.3.

³⁶Marcel Planiol & Georg Ripert, *Treaties on the Civil Law*, p.760.

เนื่องจากหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายของโรมันยึดระบบที่แยกเรื่อง
 หนึ่งออกจากเรื่องทรัพย์สิน คือ กรรมสิทธิ์จะโอนต่อเมื่อมีการทำสัญญาทางทรัพย์สิน ซึ่งกระทำโดยการส่ง
 มอบ โดยลักษณะการทำสัญญาซื้อขายตามกฎหมายโรมัน จะไม่มีแบบ ความสมบูรณ์ของสัญญา
 อยู่ที่การทราบถึงตัวทรัพย์สินและราคาซื้อขายที่แน่นอน รวมไปถึงผู้ขายต้องมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่
 จะทำการซื้อขายด้วย ในกรณีที่สัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคต หรือการทำสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
 ก็สามารถกระทำได้ ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบ ผู้ซื้อมีหน้าที่ชำระราคา ซึ่งสัญญาสมบูรณ์แล้ว แม้ว่า
 สัญญาจะทำเสร็จสิ้น ผู้ขายก็ยังไม่จำเป็นต้องส่งมอบ จนกว่าผู้ซื้อจะชำระราคาให้ ดังนั้น
 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงยังไม่โอนไปจนกว่าจะส่งมอบ หากสัญญานั้นสมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์ที่กล่าว
 มา ก็สามารถบังคับตามสัญญาได้ คือ สามารถเรียกให้ส่งมอบสินค้าหรือให้ชำระราคาได้

เมื่อหลักการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมันมีหลักว่า กรรมสิทธิ์จะโอนไปยังผู้
 ซื้อต่อเมื่อผู้ขายได้ทำตามแบบการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ เป็นแบบในการ
 โอนกรรมสิทธิ์อย่างหนึ่ง ดังนั้นแม้ว่าสัญญาจะได้กระทำเสร็จสิ้นลงเป็นผลให้ความเสี่ยงภัยโอนไป
 ยังผู้ซื้อ แต่หากผู้ขายยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ กรรมสิทธิ์ก็ยังคงอยู่กับผู้ขาย จะเห็นได้ว่า
 ความเสี่ยงภัยตามกฎหมายโรมันไม่ได้ติดกับเรื่องกรรมสิทธิ์ ทำให้เกิดปัญหาว่า หลักการโอนความ
 เสี่ยงภัยและหลักการโอนกรรมสิทธิ์ที่แตกต่างกันนี้ หากเกิดกรณีที่ทำสัญญาซื้อขายเสร็จบริบูรณ์
 แล้ว แต่ยังไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ซื้อ กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ซื้อขายยังอยู่ที่ผู้ขาย แต่ความเสี่ยง
 ภัยถูกโอนไปยังผู้ซื้อแล้วเช่นนี้ จะเป็นการไม่เป็นธรรมกับฝ่ายผู้ซื้อมากเกินไป เพราะผู้ซื้อต้องเป็น
 ผู้รับผลแห่งภัยพิบัติที่จะเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น ทั้งที่ตนยังไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัว
 ทรัพย์สินนั้นและยังไม่ได้ครอบครองใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นเลย ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหา
 ดังกล่าว กฎหมายโรมันจึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมไว้ว่า เมื่อมีการทำสัญญาเสร็จสิ้นลง
 แล้ว แม้ผู้ซื้อจะเป็นผู้รับความเสี่ยงภัย แต่ในขณะที่ทรัพย์สินยังอยู่ในความครอบครองของผู้ขาย
 ผู้ขายจะต้องมีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์สินในฐานะหัวหน้าครอบครัวที่ดี "Bonus pater familias" ซึ่ง
 หลักนี้ถือเป็นหลักที่ใช้กันอย่างเคร่งครัดมาก

นอกจากนี้หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลง ยังปรากฏใน
 ประมวลกฎหมายลักษณะหนึ่งของประเทศสวิต ซึ่งเดินตามแบบของกฎหมายเยอรมันที่น่าหลักของ
 กฎหมายโรมันมาใช้ในการร่างกฎหมาย ดังนั้นประเทศสวิตเซอร์แลนด์จึงยึดถือทฤษฎีที่แยกเรื่อง
 หนึ่งออกจากเรื่องทรัพย์สินเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน โดยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ของ
 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ถือหลักการส่งมอบการครอบครองแต่เพียงอย่างเดียว เพราะประมวล
 กฎหมายแพ่งสวิตให้เหตุผลว่าการส่งมอบการครอบครองย่อมเพียงพอแล้วที่จะโอนกรรมสิทธิ์ใน
 สังหาริมทรัพย์นั้น ส่วนในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิตได้บัญญัติไว้
 ในเรื่องเอกเทศสัญญา ลักษณะ 6 ซื้อขายและแลกเปลี่ยน มีสาระสำคัญคือ ผลประโยชน์และ

ความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินนั้น จะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อมีการตกลงทำสัญญา เว้นแต่จะมีการตกลงหรือกำหนดไว้ในสัญญาเป็นพิเศษ และกรณีที่ทำสัญญาโดยมีเงื่อนไขบังคับก่อน ผลประโยชน์และความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่โอนไปจะตกเป็นของผู้ซื้อก็ต่อเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จลงแล้ว จะเห็นได้ว่า ความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ซื้อขายจะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อมีการตกลงกันทำสัญญา ถือได้ว่าความเสี่ยงภัยโอนเมื่อสัญญาสำเร็จบริบูรณ์ตามหลักกฎหมายโรมันนั่นเอง โดยไม่ต้องคำนึงว่า จะมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วหรือไม่ รวมทั้งในเรื่องสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน ในความเสี่ยงภัยโอนเมื่อเงื่อนไขสำเร็จแล้ว เท่ากับว่าเงื่อนไขบังคับก่อนนี้ถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้น มีผลทำให้ความเสี่ยงภัยยังไม่โอนไป ความเสี่ยงภัยจะโอนต่อเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว ดังนั้นหลักการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ซื้อขายของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ จึงแยกต่างหากจากหลักกรรมสิทธิ์อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับกฎหมายโรมัน

สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสนับได้ว่า มีอิทธิพลและถือเป็นแบบอย่างในการจัดทำประมวลกฎหมายในประเทศต่างๆอย่างมากมาย ในเวลาต่อมา รวมทั้งประเทศไทยด้วย³⁷

นอกจากนี้หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อสัญญาเสร็จสิ้นลงนั้นยังถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ และประมวลกฎหมายแพ่งสเปน อีกด้วย

หลักความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการทำสัญญาเสร็จสิ้นลงเป็นหลักที่กำหนดจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยได้เฉพาะกรณีที่ผู้ขายอยู่ในฐานะที่สามารถส่งมอบการครอบครองสินค้าที่ซื้อขายได้โดยทันทีเมื่อสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลง ซึ่งอาจจะไม่ตรงกับหลักความเป็นจริงในทางปฏิบัติ เพราะในขณะที่มีการทำสัญญาเสร็จสิ้นลง ผู้ขายอาจไม่ได้เป็นเจ้าของสินค้าที่จะขายให้แก่ผู้ซื้อ หรือผู้ขายอาจไม่มีสินค้าพร้อมที่จะส่งมอบให้กับผู้ซื้อเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลง เพราะสินค้าอาจถูกเก็บไว้ในโกดังสินค้าที่อยู่ห่างไกลออกไปจากสถานประกอบการของผู้ขาย หลักความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลง ก็มีความหมายต่อผู้ซื้อว่า ผู้ขายได้เชื้อเชิญให้ผู้ซื้อมาดำเนินการรับมอบสินค้าที่ซื้อขายโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แล้วจึงกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายเสร็จสิ้นลง แม้ว่าผู้ซื้อจะวิรอกที่จะมารับมอบสินค้าที่ซื้อขาย ผลที่เกิดขึ้นก็คือ ความเสี่ยงภัยนี้ได้โอนไปยังผู้ซื้อแล้ว หลักการนี้จึงมีเหตุผลเบื้องหลังที่ต้องการลงโทษผู้ซื้อนั่นเอง

³⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส : ความเป็นมาและลักษณะที่น่าสนใจบางประการ," วารสารนิติศาสตร์ 16, 3: 83 – 84.

อย่างไรก็ดี หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการทำสัญญาเสร็จสิ้นลงเป็นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับลักษณะของสัญญาซื้อขายล่วงหน้าและทางปฏิบัติของการซื้อขายสินค้าล่วงหน้า ทองคำ หรือน้ำมันดิบ ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 หรือไม่ ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ในบทต่อไป

3.1.2 หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์

หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ของสินค้าที่ซื้อขาย ถูกนำมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัย กล่าวคือ ผู้ใดจะต้องเป็นผู้รับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดแก่ตัวทรัพย์สินที่ซื้อขาย ขึ้นอยู่กับว่าในขณะนั้นผู้ใดเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในขณะที่เกิดภัยพิบัติ หลักการนี้ได้กำหนดให้จุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยอิงกับหลักเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ย่อมต้องรับบาปเคราะห์แห่งภัยพิบัติที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินของตนเอง กล่าวคือ เจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามกฎหมายที่จะใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอน ตลอดจนติดตามทวงคืนทรัพย์สินของตนจากบุคคลภายนอก สิทธิดังกล่าวนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ในทางตรงกันข้ามเมื่อทรัพย์สินนั้นสูญสิ้นไป หรือถูกทำลายหมดไปโดยเหตุสุดวิสัยอันจะเอาผิดกับใครไม่ได้ ก็ย่อมส่งผลร้ายต่อตัวผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ที่จะต้องแบกรับเอาผลแห่งภัยพิบัติ หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นของตน ซึ่งถือเป็นผลในทางลบของหลักกรรมสิทธิ์³⁸

หลักดังกล่าวนี้พัฒนามาจากแนวความคิดของนักกฎหมายแห่งสำนักกฎหมายธรรมชาติ ในช่วงศตวรรษที่ 17³⁹ ที่ว่าความเสี่ยงภัยตกอยู่กับผู้ที่เป็นเจ้าของ โดยอธิบายเพิ่มเติมอีกว่า ผู้ขายยังคงเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยอยู่ตราบเท่าที่ผู้ขายยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ขายนั้น โดยหลักดังกล่าว ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติให้การโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัยเกิดขึ้นพร้อมกัน โดยวางหลักไว้ให้ลูกหนี้ผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินรับภาระความเสี่ยงภัยนับตั้งแต่เวลาที่ได้มีการตกลงกัน แม้ว่าจะยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินก็ตาม แต่หากการที่ไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้ เป็นเพราะความผิดของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ต้องเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงภัย

เนื่องจากหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายตามกฎหมายฝรั่งเศส ยึดถือระบบสัญญาที่ไม่ได้แยกเรื่องหนึ่งออกจากเรื่องทรัพย์สิน คือ ไม่จำเป็นต้องมีแบบพิธีเพียงแต่คู่สัญญาตกลงกันในเรื่องทรัพย์สินและราคาที่จะทำการซื้อขายก็มีผลทำให้กรรมสิทธิ์โอนทันที ทั้งนี้ถือ

³⁸ ทัศนะ วิจิตรวิญญู, "การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," 646 – 647.

³⁹ Bernd von Hoffmann, *Passing of Risk in international Sales of Goods*, p.3.

หลักการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ เมื่อเจตนาของคู่สัญญาตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมโอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่งทันที ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1582 บัญญัติว่า “สัญญาซื้อขาย คือ ความตกลงซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งต้องส่งมอบ (liverer) ทรัพย์สินและอีกฝ่ายหนึ่งต้องชำระราคา” ซึ่งในกฎหมายฝรั่งเศส ใช้คำว่า ส่งมอบ มิได้ใช้คำว่า การโอน เพราะต้องการกำหนดหนี้ของผู้ขาย เนื่องจากการโอนกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นตามความสมบูรณ์ของสัญญาแล้ว ซึ่งไม่เกี่ยวกับการส่งมอบอันเป็นหนี้ที่เกิดจากสัญญาไม่ใช่เกิดจากผลของสัญญา

ในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยนั้น ก่อนที่มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลักการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายเช่นเดียวกับกฎหมายโรมัน คือ ให้ความเสี่ยงภัยโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อสัญญาสำเร็จบริบูรณ์ ต่อมาในศตวรรษที่ 17 นักกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งมีอิทธิพลมากไม่เห็นด้วยกับหลักการโอนความเสี่ยงภัยตามกฎหมายโรมัน และได้ตั้งหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ว่า ความเสี่ยงภัยของทรัพย์สินที่ซื้อขายจะอยู่ที่ผู้ขายจนกว่าผู้ซื้อจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายโรมันที่ว่า *Res perit domino*

เนื่องจากระบบการโอนกรรมสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสามารถมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้น เพียงแต่คู่สัญญาตกลงกันกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยก็จะโอนไปยังผู้ซื้อทันที⁴⁰ ทำให้กรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยอยู่ด้วยกันจากหลักนี้เป็นผลให้ผู้ซื้อต้องรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติตั้งแต่ขณะที่ได้ทำสัญญาแม้ว่าขณะนั้นยังไม่มี การส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายก็ตาม

อย่างไรก็ตามหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยยึดหลักเจตนาเดียวกันนี้ ก็ยังมีข้อยกเว้นบางประการที่ถือว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อทันทีที่ทำสัญญาซื้อขายกัน ได้แก่

- การซื้อขายทรัพย์สินซึ่งยังไม่ได้มีการกำหนดไว้แน่นอน กรรมสิทธิ์จะโอนได้ก็ต่อเมื่อได้มีการกำหนดตัวทรัพย์สินนั้นเป็นที่แน่นอนแล้ว แต่การกำหนดตัวทรัพย์สินนั้นไม่ใช่เรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่อาจกล่าวได้ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน อาจทำได้ล่าช้าไปจนกว่าจะได้มีการกำหนดตัวทรัพย์สินที่ซื้อขายกันแน่นอนแล้ว

⁴⁰ อุกฤษ มงคลนาวิน, “กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วยการซื้อขาย,” *บทบัญญัติ* 28,4 (2514): 836 – 837.

ในเรื่องการรับผลแห่งภัยพิบัติก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ผู้ซื้อจะรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติก็ต่อเมื่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้โอนมายังผู้ซื้อแล้ว เพราะฉะนั้น หากยังไม่มีการรับตัวทรัพย์สินไว้เป็นที่แน่นอน ผู้ขายก็ยังคงต้องเป็นผู้รับบาปเคราะห์ในภัยพิบัตินั้นเอง⁴¹

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่าในเรื่องของการโอนความเสี่ยงภัยนั้น ให้ความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ก็ย่อมต้องรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สิน แม้ทรัพย์สินนั้นจะยังไม่ถูกส่งมอบก็ตาม ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก Res perit domino

อย่างไรก็ดี ข้อที่น่าสังเกตของหลักดังกล่าวนี้ ได้รับการยึดถือปฏิบัติโดยเคร่งครัดเพียงใด เพราะมีข้อยกเว้นในกฎหมายบางประเภทของฝรั่งเศส เช่น ในกฎหมายล้มละลาย ที่กล่าวว่า บุคคลที่เป็นผู้ซื้อกลายเป็นบุคคลล้มละลายและได้ครอบครองทรัพย์สิน แต่มีข้อสงวนตกลงให้กรรมสิทธิ์ยังอยู่ที่ผู้ขาย ศาลฎีกาของฝรั่งเศสถือว่า ข้อตกลงสงวนกรรมสิทธิ์ดังกล่าว ไม่มีผลบังคับถ้าเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้อ้างความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ก่อนที่ศาลจะสั่งพิทักษ์ทรัพย์สิน ดังนั้นผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์จึงรับภาระความเสี่ยงภัยทั้งที่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอน

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันกฎหมายฝรั่งเศสที่มีบทบัญญัติให้ความเสี่ยงภัยโอนพร้อมกับกรรมสิทธิ์โดยชัดเจน ก็ยังไม่ได้ถือตามหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด เพราะในคำพิพากษาของศาลคดีล้มละลายก็ให้ถือว่าการส่งมอบทรัพย์สินเป็นเรื่องที่สำคัญกว่า

นอกจากนี้หลักความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายยังปรากฏอยู่ในกฎหมายของอีกหลายประเทศ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี (Italian Codice Civile), ประมวลกฎหมายแพ่งรัฐหลุยเซียน่า ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

เมื่อพิจารณาหลักความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์สินค้าที่ซื้อขายว่าจะเหมาะสมกับเรื่องของการทำสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้า ทองคำ หรือน้ำมันดิบ ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 หรือไม่ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

3.1.3 หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการส่งมอบ

หลักนี้พิจารณาการส่งมอบเป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยโดยถือเกณฑ์ทรัพย์สินที่อยู่ในการครอบครองหรืออยู่ในอำนาจของผู้ใด ผู้นั้นย่อมสามารถปิดเป่าภัยพิบัติต่างๆได้ดีกว่าใคร แม้จะเป็นเหตุสุดวิสัยก็ตาม กล่าวคือ เมื่อทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขาย ซึ่งถือเป็นวัตถุในการชำระหนี้ในการส่งมอบยังคงอยู่กับลูกหนี้ โดยลูกหนี้ยังไม่ส่งมอบ ตามหลักนี้ถือว่า ลูกหนี้ก็เป็น

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 837.

ผู้รับความเสี่ยงภัยอยู่ แต่หากมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้เจ้าหนี้แล้ว ทรัพย์สินนั้นเข้าไปอยู่ในเขตอำนาจของเจ้าหนี้แล้ว ความเสี่ยงภัยก็จะโอนไปอยู่ที่ตัวเจ้าหนี้ ดังนั้นหลักนี้จึงเป็นตัวกำหนดว่าการแบกรับความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อพร้อมกับการส่งมอบ⁴² หลักนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีการวางหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 446⁴³ โดยที่ประเทศเยอรมันไม่ได้นำหลักกฎหมายโรมันที่ว่า การโอนความเสี่ยงภัยของทรัพย์สินที่ซื้อขายจะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อทำสัญญาสำเร็จบริบูรณ์ แต่จะยึดถือหลักที่ว่า ความเสี่ยงภัยของทรัพย์สินที่ซื้อขายโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อในเวลาที่ส่งมอบ ดังนั้นหากเกิดความเสียหายขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายภายหลังที่เกิดสัญญา แต่เป็นเวลาก่อนที่ผู้ขายจะส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้กับผู้ซื้อ ความเสี่ยงภัยก็จะตกอยู่กับผู้ขาย กล่าวคือ เมื่อเกิดความเสียหาย ผู้ขายหลุดพ้นหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ แต่ขณะเดียวกัน ผู้ซื้อก็หลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องชำระราคาให้แก่ผู้ขาย

เนื่องจากหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ยึดถือระบบกฎหมายที่แยกเรื่องหนี้เด็ดขาดจากเรื่องทรัพย์สิน ถือเป็นการแยกนิติกรรมออกเป็นสัญญาทางหนี้ (Schuldvertrag) และสัญญาทางทรัพย์สิน (Dinglicher Vertrag) ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 433⁴⁴ มีการอธิบายสัญญาซื้อขายว่า เป็นสัญญาที่ผู้ขาย

⁴² ทัศนะ วิชิตวิริยกุล, "การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," 647 – 649.

⁴³ B.G.B. 446

(1) On the delivery of the thing sold the risk of accidental destruction and accidental deterioration passes to the purchaser. After delivery the emoluments accrue to the purchaser, and he bears the burdens attached to the thing

(2) If the purchaser of a piece of land or, a registered ship or ship under construction is registered in the Land Register, the ship register or ship construction register, as owner before delivery, these consequences begin with the registration.

⁴⁴ B.G.B. 433

(1) By the contract of sale the seller of a thing is bound to deliver the thing to the purchaser and to transfer ownership of the thing. The seller of a right is bound to transfer the right to the purchaser, and if the right entitles one to the possession of a thing to deliver the thing.

(2) The Purchaser is bound to pay to the seller the purchase price agreed upon and to take delivery of the thing purchased.

ผูกพันตนที่จะต้องส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายมีสิทธิจำต้องโอนสิทธินั้นให้แก่ผู้ซื้อ รวมไปถึงการโอนการครอบครองด้วย ส่วนผู้ซื้อจะต้องชำระราคาให้ผู้ขายตามที่ตกลงกัน และต้องรับมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาทางหนึ่งชนิดหนึ่ง ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจะเกิดขึ้นได้อย่างไรนั้น เป็นอีกส่วนต่างหากออกไป ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้เพราะสัญญาซื้อขายไม่มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทันที

ในกรณีของสังหาริมทรัพย์ กฎหมายเยอรมันถือหลักการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมันโดยเคร่งครัด คือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจะโอนไปต่อเมื่อได้มีการโอนการครอบครองแล้ว ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายฝรั่งเศส หรือกฎหมายอังกฤษ ซึ่งถือว่า สัญญาซื้อขายเป็นผลให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ไปแล้วโดยมิต้องรอให้มีการส่งมอบการครอบครองเสียก่อน ดังนั้นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์นั้น จะต้องประกอบด้วย การส่งมอบการครอบครองโดยเจ้าของกรรมสิทธิ์ไปยังผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ และจะต้องมีการตกลงระหว่างเจ้าของกับผู้รับโอนว่าให้กรรมสิทธิ์ผ่านไปยังผู้โอน ข้อสำคัญของสัญญาทางทรัพย์สิน คือ ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง แต่หากกรณีที่ผู้รับโอนครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว สัญญาทางทรัพย์สินนี้ก็สมบูรณ์ตั้งแต่คู่สัญญาทำการตกลงกันให้กรรมสิทธิ์โอนไป กล่าวโดยสรุป คือ สัญญาซื้อขายตามกฎหมายเยอรมัน จึงมีความหมายเพียงสัญญาจะซื้อขาย ในระบบกฎหมายที่ไม่ได้แยกเรื่องนี้ออกจากเรื่องทรัพย์สินเท่านั้น

หลักเกณฑ์ของสัญญาทางทรัพย์สินในกรณีของสังหาริมทรัพย์จะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 929⁴⁵ บัญญัติไว้ว่า "การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ถือกรรมสิทธิ์จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน และทั้งสองฝ่ายตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้รับโอนแล้ว เพียงการตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปก็เป็น การเพียงพอ

จากบทบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของสัญญาทางทรัพย์สินในกรณีสังหาริมทรัพย์นั้น คือ ข้อตกลงให้กรรมสิทธิ์โอนไปและการส่งมอบทรัพย์สิน

⁴⁵ B.G.B. 929

"For the transfer of ownership of a movable thing, it is necessary that the owners of the thing deliver it to the acquirer and that both agree that the ownership be transferred. If the acquirer is in possession of the thing, the agreement of the transfer of ownership is sufficient"

เหตุผลที่กฎหมายเยอรมันยึดถือหลักความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อมีการส่งมอบ เนื่องจากเห็นว่าช่วงเวลาดังกล่าวผู้ซื้อสามารถครอบครองและควบคุมตัวทรัพย์สินนั้นได้ และสามารถให้ความระมัดระวังในการรักษาทรัพย์สิน ดังนั้นภาระและประโยชน์ควรจะตกไปยังอีกฝ่ายหนึ่งในเวลาเดียวกันกับที่ความเสี่ยงภัยโอนไป

เนื่องจากกฎหมายเยอรมัน ยึดถือหลักการโอนกรรมสิทธิ์ที่ว่า ในกรณีสังหาริมทรัพย์กรรมสิทธิ์จะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อมีการส่งมอบ ส่วนกรณีอสังหาริมทรัพย์กรรมสิทธิ์จะโอนเมื่อจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงเห็นได้ว่าการโอนความเสี่ยงภัยมักเกิดขึ้นพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ก็คงเป็นการไม่ถูกต้องที่จะกล่าวว่าในกฎหมายเยอรมันความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกรรมสิทธิ์ตามหลัก "Res perit domino" เพราะการส่งมอบ หมายถึงเฉพาะการส่งมอบการครอบครอง กล่าวคือ เวลาที่ผู้ซื้อสามารถครอบครองควบคุมสินค้าได้ ไม่ว่าจะกรรมสิทธิ์จะโอนหรือไม่ เช่น กรณีการซื้อขายที่ผู้ขายจะได้ส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อแล้ว แต่ตกลงกันว่ากรรมสิทธิ์จะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อชำระราคาทั้งหมด ดังนั้นถือว่าความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อแล้ว เพราะมิฉะนั้นแล้วผู้ซื้อจะให้ความระมัดระวังน้อยในการรักษาทรัพย์สิน

นอกจากนี้หลักความเสี่ยงภัยโอนพร้อมกับการส่งมอบนี้ยังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย มาตรา 552 , ประมวลกฎหมายแพ่งกรีก มาตรา 17 , พระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายและแลกเปลี่ยนสินค้าของสวีเดน 1905 (Swedish Act of 1905 relating to the purchase and exchange of Goods) และ US Uniform Commercial Code มาตรา 2-509 เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่ใช้การส่งมอบสินค้าเป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยของสินค้าที่ทำการซื้อขาย เหมาะสมกับเรื่องของการทำสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้า ทองคำ หรือน้ำมันดิบตาม พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 หรือไม่ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

3.1.4 หลักความเสี่ยงภัยโอนโดยอาศัยหลักเกณฑ์อื่นๆ

นอกจากหลักต่างๆที่กล่าวมาแล้ว ในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยตามสัญญาซื้อขายมักจะถือเอาเกณฑ์การครอบครองตัวสินค้าทางกายภาพ (Physical Possession) เป็นหลักในการกำหนดภาระความเสี่ยงภัย แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่สามารถปรับใช้กับสัญญาซื้อขายบางประเภทได้ เช่น สัญญาที่ต้องทำการขนส่งสินค้าที่ซื้อขาย ทั้งนี้เพราะในระหว่างขนส่งสินค้าที่ซื้อขาย สินค้าที่ซื้อขายมักจะอยู่ในความครอบครองของผู้ขนส่ง ซึ่งทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต่างไม่ได้ครอบครองสินค้าที่ซื้อขายในระหว่างขนส่งนั้นอยู่แล้ว ดังนั้นหากสินค้าเกิดเสียหายหรือสูญหายในระหว่างการขนส่งโดยเหตุอันไม่อาจโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ก็จะทำให้เกิดปัญหาว่า

ฝ่ายใดจะเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัย ดังนั้นจึงไม่สามารถใช้เกณฑ์การครอบครองทางกายภาพเป็นตัวกำหนดภาระความเสี่ยงภัยในกรณีนี้ได้

ดังนั้นในกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศจึงได้มีการกำหนดเกณฑ์ในการกำหนดภาระความเสี่ยงภัยในกรณีอื่นไว้ โดยสามารถสรุปได้ ดังนี้

1) หลักผู้จ่ายค่าขนส่งเป็นผู้รับความเสี่ยงภัย⁴⁶

หลักนี้เป็นหลักที่มีการพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นผู้จ่ายค่าขนส่งสินค้า ฝ่ายนั้นต้องเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัย โดยมีเหตุผลสนับสนุนอยู่เบื้องหลังว่า หากผู้ขายเป็นผู้จ่ายค่าขนส่งและค่าประกันภัยเท่ากับเป็นการยอมรับโดยปริยายว่า เป็นหน้าที่ของผู้ขายในการที่จะต้องส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ ดังนั้น ผู้ขายจึงควรเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยหากเกิดกรณีสินค้าสูญหาย หรือเสียหายในระหว่างการขนส่ง

แต่อย่างไรก็ตาม หลักนี้ก็อาจเกิดปัญหา หากมีข้อตกลงตามสัญญากำหนดให้ผู้ซื้อต้องชดใช้ค่าขนส่งและประกันภัยคืนให้แก่ผู้ขาย ซึ่งถ้ายึดหลักฝ่ายใดเป็นผู้จ่ายค่าขนส่งสินค้า ผู้นั้นต้องเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัย ก็เท่ากับผู้ซื้อเป็นผู้จ่ายค่าขนส่งและประกันภัย จึงต้องเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัยในการขนส่ง แต่ผู้ซื้อก็ไม่อาจทราบได้ว่าผู้ขายได้เรียกเก็บค่าขนส่งจากผู้ซื้อในอัตราที่สมควรแล้วหรือไม่

นอกจากนั้นการผลักภาระความเสี่ยงภัยไปให้ผู้ซื้อตามหลักผู้จ่ายค่าขนส่งสินค้า ผู้นั้นเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัย อาจเกิดปัญหาในกรณีที่ผู้ขายมีหน้าที่ต้องจัดการเรื่องการขนส่งสินค้าและประกันภัยตามสัญญา ผู้ขายอาจต้องการเสียค่าใช้จ่ายในราคาต่ำ จึงอาจไม่ให้ความสำคัญกับตัวผู้ขนส่งและผู้รับประกันภัยเท่าที่ควร อาจมีการจ้างผู้ขนส่งที่ไม่มีคุณภาพ ทำให้ผู้ซื้อเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยเนื่องจากต้องเป็นผู้จ่ายค่าขนส่งตามหลักนี้ ซึ่งถือว่ามีความเสี่ยงต่อการเกิดภัยพิบัติต่อสินค้าได้ง่าย หากผู้ขนส่งไม่มีคุณภาพเพียงพอ ดังนั้นหลักการที่ใครเป็นผู้จ่ายค่าขนส่งสินค้าผู้นั้นเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัย จึงเป็นหลักที่ไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควร

2) หลักการส่งมอบ (Deliverance)

หลักนี้ถือเอาการส่งมอบ เป็นเกณฑ์ในการกำหนดจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัย⁴⁷ ซึ่งความหมายที่แท้จริงของหลักการนี้ ถือว่าหากผู้ขายทำการส่งมอบสินค้าที่ชำรุดบกพร่องให้กับผู้ซื้ออย่างไม่ถือว่าผู้ขายได้ทำการส่งมอบสินค้าแล้ว เพราะผู้ขายยังไม่ได้ปฏิบัติตามข้อผูกพัน

⁴⁶Bernd von Hoffmann, *Passing of Risk in international Sales of Goods*, p.6.

⁴⁷Article 97(1) of ULIS: "The risk shall pass to the buyer when delivery of the goods is effected in accordance with the provisions of the contract and the Present Law"

ในสัญญาอย่างสมบูรณ์ และเมื่อไม่ถือว่ามี การส่งมอบสินค้าเกิดขึ้น ก็ถือว่าความเสี่ยงภัยก็ยังตก อยู่แก่ผู้ขาย แม้ว่าในความเป็นจริงสินค้านั้นอาจอยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อและผู้ซื้ออาจทำ การบริโภคหรือใช้สินค้านั้นไปแล้วก็ได้

เกณฑ์ในการกำหนดจุดเวลาในการโอนความเสี่ยงภัยโดยอาศัยการส่งมอบสินค้า ที่อยู่ในสภาพบริบูรณ์นั้น จะไม่สอดคล้องกับสภาพปฏิบัติในทางการค้าหรือการทำสัญญาซื้อ ขายล่วงหน้า ซึ่งในช่วงต้นของการทำสัญญาคู่สัญญาจะไม่ทราบว่าคู่สัญญาของตนเป็นใคร จนกว่าจะถึงวันที่ทำการตกลงส่งมอบสินค้า อีกทั้งยังอาจอยู่ห่างไกลกันโดยระยะทาง เพราะหาก ผู้ขายทำการส่งมอบสินค้าที่ชำรุดบกพร่องให้แก่ผู้ซื้อไปแล้วก็ย่อมไม่ถือว่าผู้ขายได้ปฏิบัติภาระ หนี้ตามสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ภาระความเสี่ยงภัยจึงยังคงตกอยู่กับผู้ขาย

ดังนั้นหลักการโอนความเสี่ยงภัยในลักษณะนี้ จึงไม่ได้รับความนิยมนเท่าที่ควร แต่ ในปัจจุบันก็ยังมีกรณีปฏิบัติในบางประเทศ

3) หลักการส่งมอบเอกสาร (Hand over of documents)

หลักการส่งมอบเอกสาร หมายความว่า คู่สัญญาฝ่ายใดในสัญญาซื้อขายเป็นผู้ ถือเอกสารการขนส่ง (Transport document) เช่นใบตราส่ง (Bill of Lading) ถือเป็นผู้ครอบครอง สินค้าที่ซื้อขาย ดังนั้นเมื่อมีการส่งมอบเอกสารขนส่งให้แก่คู่สัญญาอาจถือเป็นส่วนหนึ่งของการส่ง มอบสินค้าที่ซื้อขาย คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับและยึดถือเอกสารการขนส่ง ซึ่งก็คือผู้ซื้อ ในขณะที่สินค้า เกิดสูญหายหรือเสียหาย ผู้ซื้อนั้นก็ควรเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัยต่อสินค้าที่ซื้อขายในกรณี ดังกล่าว

อย่างไรก็ตามหลักการส่งมอบเอกสารนี้ไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางการค้าทั้ง ระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศที่บังคับต่อการซื้อขายของหลายประเทศ เช่น Uniform Commercial Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งไม่สอดคล้องต่อหลักการโอนความ เสี่ยงภัยตามข้อกำหนดในบทบัญญัติ ดังนั้นในเวลาต่อมาจนถึงปัจจุบันจึงยังไม่ได้ได้รับความนิยม เท่าที่ควร และไม่ถือเป็นจุดเวลาที่ใช้แบ่งความรับผิดชอบของการโอนความเสี่ยงภัย

4) หลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อผู้ซื้อเป็นฝ่ายผิดสัญญา

หลักการนี้มีแนวความคิดว่า เมื่อคู่สัญญาทำความตกลงซื้อขายสินค้ากันแล้ว แต่ ผู้ซื้อทำผิดหน้าที่โดยการไม่มารับมอบสินค้า การโอนความเสี่ยงภัยก็จะเกิดขึ้นทันที ทั้งนี้การจะถือ ว่า ฝ่ายผู้ซื้อผิดสัญญาไม่มารับมอบสินค้า ต้องปรากฏว่ามีการกำหนดเวลาส่งมอบสินค้าไว้อย่าง

แน่นอนตามสัญญา หรือถ้าไม่มีการกำหนดเวลาไว้ในสัญญาก็ต้องเป็นช่วงที่ผ่านเวลาพอสมควร หลังจากที่ผู้ขายมีหนังสือบอกกล่าวไปถึงผู้ซื้อ⁴⁸

5) หลักความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการบ่งตัวสินค้าที่แน่นอนแล้ว

หลักการนี้มีแนวความคิดว่า หากมีการกำหนดตัวสินค้าไว้อย่างแน่นอนแล้ว ความเสี่ยงภัยก็จะมีภาระโอนไปยังผู้ซื้อทันที ยกเว้นกรณีที่มีการส่งมอบสินค้าเพียงบางส่วน ก็ต้องรอให้มีการส่งมอบสินค้าให้ครบจำนวนตามสัญญาที่ตกลงกันได้ จึงสามารถถือว่าความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อแล้ว⁴⁹

จากหลักการทั่วไปของการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขาย เป็นการสร้างหลักขึ้นมาเพื่อพยายามแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมของสัญญาต่างตอบแทนหรือหนี้ต่างตอบแทน เมื่อเกิดภัยพิบัติแก่ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุในการชำระหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน ทั้งนี้เหตุแห่งภัยพิบัติไม่ได้เกิดจากลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตามหลักของสัญญาต่างตอบแทน เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้ เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิได้รับการชำระหนี้ตอบแทนด้วยเช่นกัน หรือ อีกนัยหนึ่งเจ้าหนี้ซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ตอบแทน เพราะ เขาจะชำระหนี้ตอบแทนเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั่นก็คือลูกหนี้จะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ด้วย จากความไม่เป็นธรรมดังกล่าว จึงทำให้เกิดคำถามว่า หากมีภัยพิบัติเกิดขึ้นจะมีผลอย่างไร จะให้ใครเป็นผู้แบกรับผลแห่งภัยนั้น หรือจะให้ใครเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัยนั้น ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ขึ้นอยู่กับว่าจะยอมรับเอาสิ่งใดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าจะให้ความเสี่ยงภัยนั้นตกอยู่ที่ใคร ซึ่งหลักเกณฑ์นั้นจะต้องให้เหตุผลได้ว่า เพราะเหตุใดจึงเป็นเช่นนี้ จึงจะสร้างความเป็นธรรม และทำให้เกิดการยอมรับและบังคับใช้หลักนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

3.2 หลักการโอนความเสี่ยงภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ตามกฎหมายไทย มิได้มีการบัญญัติในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของทรัพย์สินที่ซื้อขายไว้โดยตรง แต่จะมีบทบัญญัติในเรื่องผลของสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งนำมาใช้กับสัญญาซื้อ

⁴⁸ Article 69 (1) of CISG : "...the risk passes to the buyer when he takes over the goods, if he does not do so in due time, from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery"

⁴⁹ Article 69 (3) of CISG: "If the contract relates to goods not then identified, the goods are not considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract".

ขายด้วย คือ มาตรา 370-372 โดยก่อนที่จะได้ศึกษาถึงเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขาย จะต้องศึกษาถึงสัญญาซื้อขายในเบื้องต้นเสียก่อน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้นิยามของสัญญาซื้อขายไว้ใน มาตรา 453 ดังนี้ “อันว่าซื้อขายนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาในทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย”

จากบทบัญญัติมาตรา 453 นี้ สามารถแยกสาระสำคัญได้ออกเป็น

- ก. มีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย
- ข. ต้องมีการใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย

และเนื่องจากสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่ง ดังนั้นเราจึงสามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมสัญญาทั่วไปมาใช้พิจารณาได้ ซึ่งสิ่งสำคัญของสัญญาซื้อขายก็คือการโอนกรรมสิทธิ์และการชำระราคา เพียงผู้ซื้อตกลงกันว่าจะใช้ราคาให้แก่ผู้ขาย สัญญาก็เกิดขึ้นแล้ว โดยอาจไม่จำเป็นต้องชำระราคากันในทันทีทั้งนี้ก็ยังไม่จำเป็นต้องกำหนดราคาเป็นจำนวนแน่นอนในขณะนั้นก็ได้ เพียงแต่ตกลงจะชำระราคา โดยจำนวนเท่าใดสามารถตกลงกันภายหลัง รวมไปถึง ผู้ขายอาจยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในขณะทำสัญญาได้⁵⁰ กล่าวคือ อาจเป็นทรัพย์สินในอนาคต หรือ อาจทำขึ้นหรือได้มาถึงผู้ขายในอนาคตได้เช่นกัน สำหรับหลักทั่วไปของนิติกรรมที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขาย เช่น ความสามารถและการแสดงเจตนา คำเสนอสนองต้องตรงกัน เป็นต้น

มาตรา 453 นี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยนำมาเป็นแบบอย่างจากมาตรา 1582 แปลความได้ว่า “การซื้อขาย คือ ข้อตกลงซึ่งบุคคลหนึ่งผูกพันว่าตนจะส่งมอบทรัพย์สินให้อีกฝ่ายหนึ่ง และอีกฝ่ายหนึ่งตกลงจะชำระราคา”

ในส่วนของหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายของไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 458 ซึ่งบัญญัติว่า “กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญา” ซึ่งก็หมายความว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจะโอนไปยังผู้ซื้อทันทีที่ทำสัญญาเสร็จบริบูรณ์ แม้ว่าการส่งมอบและการชำระราคาจะยังมิได้กระทำก็ตาม เพราะถือว่าไม่ใช่สาระสำคัญแต่อย่างใด⁵¹ ดังนั้นจะเห็นว่า การโอนกรรมสิทธิ์โดย

⁵⁰ไพจิตร บุญญพันธุ์, “ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ทรัพย์สินในอนาคต หรือยังไม่มีกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ : วัตถุประสงค์กับการชำระหนี้,”: 201.

⁵¹ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 13.

อาศัยหลักจากมาตรา 458 มาเป็นหลักอธิบายนี้ ทำให้เราสามารถทราบได้ว่า ระบบกฎหมายของไทยยึดระบบสัญญาเดี่ยวในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของสัญญา เพราะในระบบสัญญาของไทยไม่ได้แยกเรื่องนี้ออกจากเรื่องทรัพย์สิน เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

สำหรับเหตุผลสนับสนุนว่าระบบกฎหมายของไทยไม่ได้แยกเรื่องนี้ออกจากเรื่องทรัพย์สิน เพราะในหลักเกณฑ์การโอนกรรมสิทธิ์ของไทยมีการพิจารณาตามเงื่อนไขอยู่ 2 ประการ คือ การพิจารณาตามชนิดของทรัพย์สิน และการพิจารณาตามข้อตกลงของคู่สัญญา

กรณีพิจารณาตามชนิดของทรัพย์สิน ได้แก่

ก. สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ในประมวลกฎหมายไทยไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้ว่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งคืออะไร แต่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเป็นเรื่องของวัตถุในการชำระหนี้ซึ่งเป็นข้อที่จะต้องคำนึงถึงอย่างมาก เนื่องจาก หากทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ให้ส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ผู้ที่ทำการชำระหนี้จะต้องส่งมอบตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลาที่ฟังจะส่งมอบ ตามมาตรา 323 โดยที่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นอาจเกิดขึ้นโดยคู่กรณีมีการกำหนดไว้เฉพาะเจาะจงตั้งแต่แรก หรืออาจกำหนดเพียงประเภทหรือชนิดในตอนแรก และต่อมามีการกำหนดตัวทรัพย์สินเฉพาะเจาะจงในตอนหลัง⁵²

ข. สัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่ยังมิได้กำหนดไว้แน่นอน หมายถึง ทรัพย์สินที่ในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายยังมิได้กำหนดชัดเจนว่าเป็นทรัพย์สินใด ซึ่งอาจจะ เป็นทรัพย์สินที่มีอยู่แล้ว หรือทรัพย์สินที่ผู้ขายจะมีในอนาคตก็ได้ ทรัพย์สินประเภทนี้แม้ว่าจะทำการตกลงซื้อขายกัน ผู้ขายก็ยังคงไม่สามารถส่งมอบตัวทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้ จนกว่าจะมีการกำหนดชัดเจน เช่น ชั่ง ตวง วัด นับ อย่างแน่นอนแล้ว การซื้อขายทรัพย์สินที่ยังมิได้กำหนดไว้แน่นอนเช่นนี้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อ จนกว่าจะได้ทำสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์แล้ว รวมทั้งมีการนับ ชั่ง ตวง วัด อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว

ค. สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ต้องจดทะเบียนการโอน หมายถึง การที่ทรัพย์สินตามกฎหมายการซื้อขายจะสำเร็จบริบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือ จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ เรือกำปั่น เป็นต้น ทรัพย์สินดังกล่าวเมื่อทำการซื้อขายแล้ว กรรมสิทธิ์จะโอนต่อเมื่อทำหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว

ง. สัญญาซื้อขายกรณีพิเศษ เช่น สัญญาซื้อขายตามตัวอย่าง กรรมสิทธิ์จะโอนต่อเมื่อผู้ซื้อได้ตรวจดูทรัพย์สินจนเป็นที่พอใจแล้วว่าตรงตามตัวอย่างและได้รับมอบทรัพย์สินไว้แล้ว สัญญาซื้อขายตามคำพรรณนา กรรมสิทธิ์จะโอนต่อเมื่อผู้ซื้อได้ตรวจตราทรัพย์สินจนเป็นที่พอใจว่าตรงตามคำพรรณนาและรับมอบทรัพย์สินนั้นไว้แล้ว สัญญาซื้อขายเผื่อชอบ กรรมสิทธิ์จะโอนไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อ

⁵² โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), หน้า 25.

เงื่อนไขได้สำเร็จหรือถึงกำหนดตามเงื่อนไข หรือผู้ซื้อได้ปฏิบัติตามข้อความที่ผู้ทอดตลาด ประกาศให้ทราบ

กรณีพิจารณาตามข้อตกลงของคู่สัญญา ได้แก่

การโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งพิจารณาจากข้อตกลงของคู่สัญญา ได้แก่ สัญญาซื้อขายที่มี เงื่อนไข หรือ มีเงื่อนไขนั่นเอง หมายถึง สัญญาซื้อขายที่มีข้อกำหนดการโอนกรรมสิทธิ์ จนกว่าจะถึงตามเงื่อนไข หรือ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้

สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขนั้น ความจริงแล้วก็เป็นสัญญาซื้อขายที่ สำเร็จบริบูรณ์แล้ว มิใช่สัญญาจะซื้อจะขาย ซึ่งตามธรรมดากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายควรจะไป ยังผู้ซื้อนับตั้งแต่ขณะทำสัญญาซื้อขายกันแล้ว แต่เนื่องจากมีเงื่อนไขบังคับก่อนหรือมีเงื่อนไข เริ่มต้นบังคับไว้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายจึงยังไม่โอนไปจนกว่าจะเป็นไปตามเงื่อนไขหรือถึง กำหนดเวลาตามที่ตกลงกันได้

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยตามกฎหมายไทย ได้มีการ บัญญัติอยู่ในบรรพ 2 ลักษณะ 2 หมวด 2 เรื่องผลของสัญญา ตั้งแต่มาตรา 370-372 ซึ่งมีที่มา จากหลักกฎหมายต่างประเทศ ตามที่อ้างของกรมการร่างกฎหมาย คือ ประมวลกฎหมายแพ่ง ญี่ปุ่น มาตรา 534-536 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 323-324 สามารถแยกอธิบาย ได้ดังต่อไปนี้

3.2.1 การโอนความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (มาตรา 370)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 370 บัญญัติไว้ดังนี้

"ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินใน ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะลงโทษลูกหนี้ ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้

ถ้าไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ตั้งแต่เวลา ที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195 วรรค 2 นั้นไป"

หมายความว่า สัญญาต่างตอบแทนที่ทำให้คู่สัญญาต้องทำการโอนทรัพย์สินนั้น ถ้า ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และเกิดสูญหรือเสียหาย โดยไม่สามารถโทษแก่ลูกหนี้ได้ เจ้าหนี้ในหน้าที่โอนทรัพย์สินถือเป็นผู้รับความเสี่ยงภัย หรือความสูญหายเสียหายของทรัพย์สินนั้น

ซึ่งจากการศึกษาคำพิพากษากฎีกา พบว่า ศาลฎีกาได้มีการวางหลักไว้ว่า สัญญา ต่างตอบแทน คือ สัญญาที่ก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำสัญญา แต่หากว่าเป็น สัญญาที่ยังมิก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ เช่น สัญญาจะซื้อจะขาย (คำพิพากษากฎีกาที่ 950/2493) คำมั่นว่าจะซื้อจะขาย การซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไข (คำพิพากษากฎีกาที่ 149/2506) ซึ่ง

กรณีต่างๆเหล่านี้ ถือว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอน ก็ยังไม่ถือว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอน กรรมสิทธิ์ตามความหมายของมาตรานี้ ดังนั้นจึงไม่สามารถนำหลักความเสียหายแก่เจ้าหนี้มาใช้ในกรณีนี้ได้

หลักเกณฑ์ในการที่ความสูญหายหรือเสียหายจะตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ นั้น ทรัพย์ที่โอนไปต้องเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง กล่าวคือ เป็นทรัพย์ที่มีการเจาะจงว่าเป็นทรัพย์ใดแน่นอนแล้ว เพราะหากไม่ใช่ทรัพย์เฉพาะสิ่ง ก็จะไม่นำมาตรา 370 นี้มาบังคับ

ในส่วนตัวลักษณะของทรัพย์เฉพาะสิ่ง หมายถึง ทรัพย์ที่มีการระบุเจาะจงลงไปว่าเป็นทรัพย์อะไร เช่น รถยนต์ ก็ต้องกำหนดลงไปว่าเป็นรถยนต์คันไหน หากระบุแต่เพียงว่ารถยนต์ 1 คัน โดยไม่มีการระบุว่าเป็นรถยนต์คันไหน รถยนต์ 1 คันนั้น ก็ถือว่าไม่ใช่ทรัพย์เฉพาะสิ่ง อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องทรัพย์เฉพาะสิ่ง บางทีก็เป็นปัญหาที่ยุ้งยาก ทั้งนี้ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป ทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์อันใดอันหนึ่งเสมอไป แต่จะต้องระบุให้แคลงว่าเป็นทรัพย์ใดแน่นอนก็พอถือได้ว่าเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง

ถ้าหากมีทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญา ยังไม่ใช่ทรัพย์เฉพาะสิ่งในมาตรา 370 วรรค 2 บัญญัติบังคับตั้งแต่เวลาที่ทรัพย์นั้นกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง ตามบทบัญญัติ มาตรา 195 วรรค 2 เป็นต้นไป กล่าวคือ ลูกหนี้ได้กระทำการอันตนพึงต้องกระทำ เพื่อส่งมอบทรัพย์นั้นทุกประการแล้ว หรือ ลูกหนี้ได้กำหนดทรัพย์ที่จะส่งมอบด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ ก็ถือว่า ทรัพย์นั้นเป็นวัตถุแห่งหนี้ เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง เมื่อการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย โดยไม่สามารถโทษฝ่ายใดได้ เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ต้องรับผลแห่งภัยพิบัติ ตามมาตรา 370 วรรคแรก

ตัวอย่างเช่น นายเอ ทำสัญญาขายไม้สักให้กับโจทก์และรับเงินค่าไม้ไปแล้ว ซึ่งต่อมา นายบีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ได้ทำการตรวจไม้ที่นายเอเตรียมไว้ตามสัญญา และตีตราลงไว้ ทั้งนี้ ย่อมถือว่า ไม้ที่ตีตราเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง ถือว่า กรรมสิทธิ์ในไม้ตกเป็นของนายบีแล้ว ดังนั้น เมื่อมี คนลอบวางเพลิงโรงเลื่อยของนายเอ ซึ่งมีไม้ความผิดของนายเอ โดยไม้ทั้งหมดถูกเพลิงไหม้เสียหายหมด นายบีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่จะเรียกเงินค่าไม้คืนจากนายเอไม่ได้

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 195 วรรค 2 นี้มีนักกฎหมายบางท่าน อธิบายไว้ว่า ตราบใดที่ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ระบุไว้แต่เพียงประเภทเท่านั้น แต่ไม่อาจกำหนดลงไปได้ว่าเป็นชนิดใด ย่อมถือได้ว่า หนี้ดังกล่าวยังไม่มีการโอนเป็นวัตถุแห่งหนี้ตราบนั้น จนกว่าลูกหนี้จะได้กระทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นถูกต้องแล้ว หรือลูกหนี้ได้เลือกทรัพย์ที่จะส่งมอบแล้ว เจ้าหนี้ก็ยินยอมด้วยแล้ว

หลักเกณฑ์การโอนความเสี่ยงภัยในมาตรา 370 นี้ นอกจากจะต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนทรัพย์และทรัพย์นั้นต้องเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง หลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งคือ ความเสียหายหรือสูญหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์นั้น ต้องเกิดขึ้นโดยเอาโทษลูกหนี้

ไม่ได้ เพราะหากเอาโทษลูกหนี้ได้ มาตรา 370 วรรค 1 ก็ใช้บังคับไม่ได้ คือ ความวินาศจะไม่ตกแก่เจ้าหนี้ แต่ความวินาศจะตกเป็นพับแก่ลูกหนี้

ในทางกลับกัน หากเหตุภัยพิบัติหรือความเสียหายเป็นเหตุที่สามารถโทษลูกหนี้ได้ ลูกหนี้ก็ยังคงต้องชดใช้ค่าทดแทนเพื่อความเสียหายใดๆ แก่เจ้าหนี้ด้วย ซึ่งเหตุอันสามารถโทษลูกหนี้ได้สามารถสรุปได้ 2 ประเภท คือ

1) ลูกหนี้ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลรักษาทรัพย์สินอย่างเช่นวิญญูชนพึงกระทำตาม มาตรา 323 วรรค 2 จนเป็นเหตุให้ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้สูญหรือเสียหาย

2) ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดตามมาตรา 217 ทำให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในกรณีการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยเพราะอุบัติเหตุอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาผิดนัด เว้นแต่ความเสียหายนั้น ถึงแม้ว่าลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ทันตามกำหนดเวลา ก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่นั่นเอง เหตุผลที่นักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่ใช้อธิบายหลักการโอนความเสี่ยงภัยตามมาตรา 370 ว่า หลักเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้รับภัย เพราะ ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้โอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว จึงควรให้ผู้รับโอนทรัพย์สินเป็นผู้รับความเสี่ยงภัย เพราะผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในขณะใดย่อมต้องเป็นผู้รับทั้งผลดีและผลเสียที่เกิดขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินในขณะนั้น⁵³

ข้อพิจารณาในการปรับใช้หลักการโอนความเสี่ยงภัยตาม มาตรา 370 คือ การปรับใช้หลักการโอนความเสี่ยงภัยตามมาตรา 370 นั้น นักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่ได้ปรับใช้โดยยึดหลักเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้รับภัย (Res Perit Domini) เพราะเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายเสร็จบริบูรณ์ และกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อแล้ว ผู้ซื้อที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัย และในทางตรงข้าม หากกรรมสิทธิ์ยังไม่โอนมายังผู้ซื้อทั้งๆที่บางกรณีผู้ซื้อเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น ผู้ซื้อก็ไม่ต้องรับความเสี่ยงภัยในผลแห่งภัยพิบัติที่อาจเกิดขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินนั้น ซึ่ง

⁵³ อักษราทร จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 141 – 142 และ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 78 – 79 และ ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 53 และ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 – 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 53.

แนวความคิดที่ถือว่าความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ ก็มีนักนิติศาสตร์บางท่านมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการโอนความเสี่ยงภัยซึ่งสามารถสรุปได้ คือ⁵⁴

1) บทบัญญัติมาตรา 370 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยผลของสัญญาอันถือเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถใช้ได้กับสัญญาทุกสัญญาที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หากสัญญานั้นๆ กฎหมายมิได้บัญญัติในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยไว้เป็นการเฉพาะ เพราะฉะนั้นโดยหลักแล้ว มาตรา 370 จึงไม่ได้ใช้กับสัญญาซื้อขายเพียงอย่างเดียว ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 370 ที่บัญญัติว่า การสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ ซึ่งมาตรา 370 ไม่ได้ใช้ถ้อยคำเฉพาะอย่าง เช่นคำว่า ผู้ซื้อผู้ขายเหมือนบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันในกฎหมายลักษณะซื้อขาย The Sale of Goods Act 1979 section 20 ของอังกฤษ ซึ่งคำกลางๆที่มาตรา 370 บัญญัตินั้น คือ คำว่าเจ้าหนี้ ที่หมายถึง ผู้ที่มีสิทธิเรียกให้ผู้ซึ่งเป็นลูกหนี้ทำการชำระหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาซื้อขายเท่านั้น แต่เป็นเจ้าหนี้ที่เกิดจากสัญญาอื่นๆก็เป็นได้

ดังนั้น จากการตีความว่า มาตรา 370 จะใช้ได้เฉพาะกรณีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายโอนไปยังผู้ซื้อแล้ว ทำให้กรณีที่ยังไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ย่อมไม่อาจปรับใช้กับมาตรา 370 ได้ จึงเท่ากับว่ามาตรา 370 จะปรับใช้ได้เฉพาะสัญญาซื้อขายที่กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อแล้วเท่านั้น ซึ่งถือเป็นการตีความของบทบัญญัติที่เป็นหลักทั่วไป ซึ่งควรจะปรับใช้ได้ทุกกรณี ในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ฉะนั้นการปรับใช้บทบัญญัติทั่วไปในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ถูกต้องตามหลักของการปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร

2) สัญญาอื่นๆ ในลักษณะทั่วไปไม่อาจใช้มาตรา 370 ปรับใช้ได้ทุกสัญญา โดยสัญญาที่จะปรับใช้ได้กับมาตรา 370 นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ ดังนี้ 1) เป็นสัญญาต่างตอบแทน 2) มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือการโอนทรัพย์สิน 3) ทรัพย์สินนั้นต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเท่านั้น 4) เกิดภัยพิบัติแก่ตัวทรัพย์สินโดยมิใช่ความผิดของลูกหนี้ นอกจากสัญญาซื้อขายแล้ว ก็ยังมีสัญญาแลกเปลี่ยน เช่นซื้อ ส่วนในกรณีของสัญญาจ้างทำของ ในประมวลกฎหมายแพ่งมีบทบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยเฉพาะตนเองในมาตรา 603-604 อยู่แล้ว ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องใช้มาตรา 370 เมื่อเกิดปัญหาดังกล่าว

3) ในบทบัญญัติมาตรา 370 ไม่มีการบัญญัติว่า ทรัพย์สิน (กรรมสิทธิ์) ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามมาตรานี้ ต้องโอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว เพียงแต่บัญญัติว่า "ถ้าสัญญาต่างตอบแทน ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง" ฉะนั้นจากถ้อยคำของตัวบท

⁵⁴ หัสสุตุมิ วิฑิตวิริยกุล, "การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," 658 - 666.

ดังกล่าว จึงไม่อาจตีความให้ถึงขนาดว่า ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแล้ว หากมองว่าต้องเป็นกรณีดังกล่าว บทบัญญัติ มาตรา 370 ก็ควรจะบัญญัติให้ชัดเจน เพื่อมิให้มีเกิดปัญหาหรือข้อโต้แย้งในการตีความ

4) ถ้อยคำในมาตรา 370 ได้บัญญัติว่า “ท่านว่าการสูญหรือเสียหายให้ตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้” ซึ่งคำว่าเจ้าหนี้นั้น หมายถึง ผู้ที่มีกำลังเรียกร้องให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้ตนหรือเรียกร้องเอาไว้ประการอื่น ซึ่งถ้อยคำในมาตรา 370 ดังกล่าว ไม่ได้ทำให้เข้าใจชัดเจนถึงขนาดว่า เจ้าหนี้ต้องเป็นผู้ที่ได้ทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นแล้ว เพราะหากกฎหมายมุ่งประสงค์จะแปลความเช่นนั้นก็จะบัญญัติชัดเจนลงไปเลยว่า การสูญหรือเสียหายให้ตกเป็นพับแก่เจ้าของทรัพย์สิน

5) มาตรา 370 นี้มิได้บัญญัติลงไปชัดเจนว่าผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุในการชำระหนี้ว่าตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้นั้น ตกเป็นพับเร็วที่สุดตั้งแต่เมื่อใด ทั้งนี้ก็ไม่มีเนื้อความแห่งบทบัญญัตินี้เหมือนบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันของกลุ่มประเทศใด ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มอังกฤษ ฝรั่งเศสที่ยึดหลักกรรมสิทธิ์ กลุ่มเยอรมันที่ยึดหลักการครอบครอง หรือกลุ่มโรมันและสวิสที่ถือหลักเรื่องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ เมื่อพิจารณามาตรา 370 นี้แล้ว จะเห็นได้ว่า ความเสี่ยงภัยโอนไปยังเจ้าหนี้เมื่อผลแห่งภัยพิบัติตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ตั้งแต่แรกที่สัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์ ถึงแม้ว่าเนื้อความในตัวบทมาตรา 370 จะไม่ได้บัญญัติเหมือนกับกฎหมายโรมันและกฎหมายสวิส แต่สุดท้ายการโอนความเสี่ยงภัยตามมาตรา 370 ก็โอนไปเมื่อสัญญาเสร็จบริบูรณ์ เพราะหลักที่อยู่เบื้องหลังมาตรา 370 ไม่น่าจะใช้หลักกรรมสิทธิ์ และหลักการครอบครอง ดังนั้นหลักความคิดที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติมาตรา 370 จึงเป็นเรื่องผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ผู้ใดเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจสำหรับทรัพย์สินนั้น ผู้นั้นก็ควรเป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินนั้นด้วย

กล่าวโดยสรุป การปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 370 จึงควรปรับใช้กับสัญญาทุกประเภทที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หากสัญญานั้นๆ ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องของการโอนความเสี่ยงภัยไว้เป็นการเฉพาะ และไม่คำนึงว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่งแล้วหรือไม่ ดังนั้น สัญญาซื้อขายที่มีการหวังกรรมสิทธิ์ หรือ แม้กระทั่ง สัญญาจะซื้อจะขาย ก็ย่อมสามารถปรับใช้กับมาตรา 370 ได้ทั้งสิ้น

สำหรับความเห็นของผู้เขียนแล้ว เห็นว่า หลักการโอนความเสี่ยงภัยตามมาตรา 370 เป็นหลักที่เกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความเคร่งครัดของหลักสัญญาต่างตอบแทนที่ให้ลูกหนี้เป็นผู้รับภัยเสมอ การเกิดขึ้นของหลักการโอนความเสี่ยงภัยที่ให้เจ้าหนี้เป็นผู้รับภัย จึงถือเป็นข้อยกเว้นของหลักลูกหนี้เป็นผู้รับภัยที่เป็นหลักทั่วไป

นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 370 เองก็บัญญัติแต่เพียงการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทน ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง โดย

มิได้ระบุชัดเจนถึงขนาดที่จะทำให้เข้าใจได้ว่า การปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 370 ต้องเป็นกรณีที่กรรมสิทธิ์ไดโอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว ดังนั้นในการปรับใช้มาตรา 370 หากไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยไว้เป็นการเฉพาะ สัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทุกประเภทที่เข้าองค์ประกอบมาตรา 370 ย่อมสามารถปรับใช้กับมาตรา 370 ได้ ดังนั้น ไม่จำกัดเฉพาะแต่เพียงสัญญาต่างตอบแทนที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไดโอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว

3.2.2 การโอนความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน (มาตรา 371)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 371 บัญญัติไว้ ดังนี้

“บทบัญญัติที่กล่าวมาในมาตราก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับถ้าเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน และทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นสูญหายหรือถูกทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ

ถ้าทรัพย์สินนั้นเสียหายเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษเจ้าหนี้มิได้ และเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้โดยลดส่วนอันตนจะต้องชำระหนี้ตอบแทนนั้นลงหรือเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ แล้วแต่จะเลือก แต่ในกรณีที่ต้นเหตุเสียหายเกิดเพราะฝ่ายลูกหนี้นั้น ท่านว่าหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนไม่”

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นว่า หากเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนทรัพย์สินที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน และทรัพย์สินนั้นเกิดภัยพิบัติ หรือสูญหาย หรือถูกทำลายลง ในระหว่างเงื่อนไขยังไม่สำเร็จก็จะไม่นำหลักความเสี่ยงภัยที่ตกแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 370 มาใช้บังคับ แต่จะนำหลักทั่วไปมาใช้ นั่นก็คือ หลักความเสี่ยงภัยตกได้แก่ลูกหนี้มาใช้ ดังนั้น ความแตกต่างที่สำคัญของมาตรา 370 และมาตรา 371 คือ การมีข้อกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขบังคับก่อน ทั้งนี้ หมายความว่ารวมถึงเงื่อนไขเริ่มต้นด้วย⁵⁵

สัญญาต่างตอบแทนที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนนั้น หมายถึง สัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญากำหนดว่า จะมีผลตามกฎหมายเมื่อเหตุการณ์ในอนาคตและมีความไม่แน่นอน อันใดอันหนึ่งได้เกิดขึ้น คือ เงื่อนไขได้สำเร็จแล้ว

ในเรื่องของสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนนี้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะพบว่า ศาลฎีกาไม่ได้จำกัดเฉพาะสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนทรัพย์สินที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนเท่านั้น ที่ยึดหลักความเสี่ยงภัยตกอยู่กับลูกหนี้ ทั้งนี้ศาลฎีกายังใช้หลักดังกล่าว กับสัญญา

⁵⁵ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้; แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หน้า 465.

ชนิดอื่นๆ อีกซึ่งกำหนดให้การโอนทรัพย์สินนั้นเลื่อนเวลาออกไป เช่น สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขล่วงหน้าไว้ (ฎีกาที่ 149/2506) หรือสัญญาซื้อขายที่ต้องนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือกเพื่อทำการบ่งตัวทรัพย์สินที่แน่นอน โดยศาลจะพิจารณาจากการโอนกรรมสิทธิ์เป็นหลัก กล่าวคือ สัญญาต่างตอบแทนใดที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้โอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว ก็อยู่ในบังคับของมาตรา 370 แต่ถ้ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังมอบอยู่ในบังคับของมาตรา 371⁵⁶

สัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนนั้น ในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ ทรัพย์สินที่ย่อมยังไม่โอนไปเพราะเมื่อเงื่อนไขยังไม่สำเร็จ นิติกรรมก็ยังไม่เป็นผล ถือว่า ยังไม่มีสัญญาต่อกัน (มาตรา 183) ดังนั้น ถ้าทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาสูญหายหรือถูกทำลายลงก่อนเงื่อนไขสำเร็จก็หาตกเป็นพันแก่เจ้าหนี้ไม่ จะถือว่าเจ้าหนี้ได้ชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้วไม่ได้ จึงไม่ต้องรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติ ตัวอย่างเช่น ก.ตกลงซื้อรถยนต์จาก ข. 1 คัน โดยมีเงื่อนไขบังคับก่อนว่า รถคันนั้นต้องเข้าแข่งขันชนะก่อน ก. จึงจะซื้อ ถ้ารถไฟใหม่ก่อนเข้าแข่งขัน ก. ก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ราคา เพราะเงื่อนไขยังไม่สำเร็จ กรรมสิทธิ์ในรถนั้นยังคงอยู่กับ ข. ข. จึงต้องเป็นผู้รับบาปเคราะห์นั้น (มาตรา 459) แต่ถ้ารถถูกไฟไหม้หลังจากการเข้าแข่งขันชนะแล้ว ก็ต้องบังคับตามมาตรา 370 เพราะขณะเงื่อนไขสำเร็จนั้น กรรมสิทธิ์ในรถได้โอนไปยังผู้ซื้อแล้ว

ส่วนมาตรา 371 วรรค 2 นั้นไม่ใช่เรื่องของ การโอนความเสี่ยงภัยโดยตรงแต่เป็นเรื่องผลของการโอนความเสี่ยงภัยที่ว่าถ้าภัยพิบัติตกอยู่แก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแล้ว จะมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิอย่างไรบ้าง ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องนอกเหนือจากประเด็นปัญหาในเรื่องการศึกษา เรื่องการโอนความเสี่ยงภัย ผู้เขียนจึงขออนุญาตไม่อธิบายในส่วนนี้

กล่าวโดยสรุป คือ บทบัญญัติตามมาตรา 371 วรรคแรก มีหลักการว่า เมื่อทรัพย์สินได้สูญหายหรือถูกทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จโดยไม่สามารถโทษเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ได้ ผลแห่งภัยพิบัติในตัวทรัพย์สินย่อมตกเป็นพันแก่ลูกหนี้ผู้ขาย ทั้งนี้เป็นผลจากการอธิบายหลักการโอนความเสี่ยงภัยโดยใช้หลักเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้รับภัย⁵⁷ อย่างไรก็ตาม หากทรัพย์สินนั้นเพียงแต่เสียหายแต่อาจยังประโยชน์แก่เจ้าหนี้ที่ต้องการรับทรัพย์สินนั้นไว้ได้ ดังนั้น มาตรา 371 วรรค 2 จึงบัญญัติให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินนั้น โดยชดเชยราคาลงตามส่วนเมื่อเงื่อนไขสำเร็จแล้ว หรือ เลือกที่จะเลิกสัญญาก็ได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะเกิดขึ้นก็แต่กรณีความสูญหายหรือเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นเพราะความผิดของเจ้าหนี้ ในทางกลับกัน หากเจ้าหนี้เป็นผู้ทำให้ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือเสียหายเอง ย่อมทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 และเจ้าหนี้ยังต้อง

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁷ วิชาญ เครื่องงาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 221.

ชำระหนี้ในส่วนของตนให้แก่ลูกหนี้ด้วย โดยนำมาตรา 372 วรรค 2 มาบังคับใช้โดยอนุโลม แต่หากความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความผิดของลูกหนี้แล้ว นอกจากเจ้าหนี้จะมีสิทธิเลือกปฏิบัติตาม มาตรา 371 วรรค 2 เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย ตาม มาตรา 218 ด้วย

สำหรับข้อพิจารณาในการปรับใช้หลักการโอนความเสี่ยงภัยตามมาตรา 371 คือ การที่สัญญาต่างตอบแทนมีข้อตกลงหรือเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์และเงื่อนไขนั้นยังไม่สำเร็จ อาจทำให้ผู้เข้าใจว่า จะนำมาตรา 370 มาใช้บังคับเรื่องภัยพิบัติที่เกิดขึ้นกับตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุ แห่งการชำระหนี้ไม่ได้ เพราะมาตรา 371 บัญญัติห้ามเอาไว้ แต่หากเราพิจารณามาตรา 371 อย่างถ่องแท้แล้ว จะเห็นว่า เงื่อนไขบังคับก่อนที่บัญญัติไว้ในมาตรา 371 หมายถึง เงื่อนไขของ สัญญาซึ่งแม้การตกลงจะเสร็จสิ้นแล้วก็ตาม แต่เมื่อการตกลงดังกล่าวมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไข เวลา เริ่มต้น ก็ถือว่าสัญญายังไม่มีผลใช้บังคับ สัญญายังไม่สมบูรณ์ หรืออาจกล่าวได้ว่า สัญญายังไม่ เกิดขึ้น เมื่อสัญญายังไม่เกิดขึ้น ความผูกพันตามสัญญาจึงยังไม่มี ไม่มีความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ ดังนั้น เมื่อเกิดภัยพิบัติแก่ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้ ผลแห่งภัยพิบัติจึงยังไม่ตกแก่เจ้าหนี้ ตามมาตรา 370 แต่ข้อตกลงหรือเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์มิใช่เงื่อนไขของนิติกรรมสัญญา หากแต่เป็นเงื่อนไขของการชำระหนี้ ซึ่งสัญญานั้นเกิดสมบูรณ์แล้ว รอแต่การชำระหนี้ตามสัญญา เท่านั้น ข้อตกลงหรือเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์จึงไม่อาจใช้มาตรา 371 บังคับได้ ดังนั้นหากเกิด ภัยพิบัติขึ้น โดยที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะยังไม่โอนไปยังเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็จะต้องรับผลแห่ง ภัยพิบัติที่เกิดขึ้นตามมาตรา 370 นั่นเอง⁵⁸

สำหรับความเห็นของผู้เขียนแล้ว เห็นว่า การตีความว่าการโอนความเสี่ยงภัย ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการโอนกรรมสิทธิ์ และมาตรา 371 เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีเงื่อนไขในการโอน กรรมสิทธิ์และเงื่อนไขนั้นยังไม่สำเร็จ ก็ถือว่าสัญญานั้นยังไม่มีผลบังคับ ดังนั้น จึงเป็นธรรมดาที่ ลูกหนี้ต้องเป็นผู้รับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติอันเกิดแก่ตัวทรัพย์สิน เพราะถือว่า เงื่อนไขตามมาตรา 371 นั้นเป็นเงื่อนไขทางหนี้ มิใช่เงื่อนไขทางทรัพย์สิน

3.2.3 การโอนความเสี่ยงภัยในลักษณะทั่วไป (มาตรา 372)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 372 วรรคแรก บัญญัติไว้ ดังนี้

⁵⁸ หัสวุฒิ วิชิตวิริยกุล, "การโอนความเสี่ยงภัย: ปัญหาในการใช้มาตรา 370 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์," : 667.

“นอกจากกรณีที่กำลังกล่าวไว้ในสองมาตราก่อน ถ้าการชำระหนี้ตกเป็นพันธวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง อันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ที่มีสิทธิจะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่”

จากที่กล่าวมาแล้วว่า ตามหลักของสัญญาต่างตอบแทนนั้น เมื่อการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกเป็นพันธวิสัย คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ในขณะที่เดียวกัน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตอบแทนเช่นกัน หรือหากเกิดกรณีที่ชำระหนี้ไปแล้วก็อาจเรียกสิ่งที่ได้ชำระหนี้ไปแล้วคืนได้ จะเห็นได้ว่าแม้ว่าการชำระหนี้ของลูกหนี้ตกเป็นพันธวิสัย ก็จะทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิดเช่นเดียวกัน แต่ในขณะที่เดียวกันลูกหนี้ก็ไม่มีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชำระหนี้ตอบแทน ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่า การชำระหนี้ตกเป็นพันธวิสัยโดยไม่สามารถโทษฝ่ายใดได้ ลูกหนี้ต้องเป็นผู้รับภัย⁵⁹

หลักความเสียหายตามบทบัญญัติมาตรา 372 ถือเป็นหลักทั่วไปของการโอนความเสียหายในสัญญาต่างตอบแทนที่ให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ แต่ในขณะที่เดียวกันตนเองก็ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนจากเจ้าหนี้ด้วย ดังนั้น ความสูญหายหรือเสียหายจึงตกเป็นพัวแก่ลูกหนี้ ซึ่งหลักดังกล่าวถือเป็นหลักทั่วไปของสัญญาต่างตอบแทน

ในมาตรา 372 วรรคแรก บัญญัติว่า “นอกจากกรณีที่กำลังกล่าวไว้ในสองมาตราก่อน” นั้นนับว่ามีความหมายกว้างมาก เพราะหมายถึงสัญญาต่างตอบแทนทุกชนิดที่ไม่เข้าตามมาตรา 370 กล่าวคือ ต้องมิใช่สัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งอาจเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญาเช่าหุ้นส่วน เป็นต้น และเหตุที่การชำระหนี้ตกเป็นพันธวิสัยนั้นไม่ได้หมายความว่าความเสียหายภัยพิบัติที่ทำให้ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือเสียหายเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการชำระหนี้อันเป็นการพันธวิสัยในกรณีอื่นๆก็อยู่ในบังคับของมาตรา 372 นี้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม จากคำอธิบายที่ว่า หมายถึงสัญญาต่างตอบแทนทุกชนิดที่ไม่เข้าตามมาตรา 370 และมาตรา 371 และไม่ใช่วินัยที่ทรัพย์สินถูกทำให้สูญหายหรือเสียหาย ก็สามารถบังคับได้ตามมาตรา 372 นี้ ตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำสัญญากับนาย ข. ว่า จะไปซื้อที่ดินจากนาย ค. แล้วนำมาโอนขายต่อให้นาย ข. ปรากฏว่านาย ค. ไม่ยอมขายที่ดินดังกล่าวให้นาย ก. นาย ก. จึงไม่สามารถนำที่ดินนั้นมาโอนขายต่อให้นาย ข. ได้ จะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวไม่สามารถปรับ

⁵⁹จิต เศรษฐบุต, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้; แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หน้า 335.

ใช้กับมาตรา 370 ได้ เพราะที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายตามสัญญาไม่ได้สูญหรือเสียหายไป ดังนั้นจึงสามารถนำมาตรา 372 มาปรับใช้ได้⁶⁰

สำหรับความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 372 สามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่ไม่เข้าตามมาตรา 370 และมาตรา 371 ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 372 เป็นหลักทั่วไปของกรณีสัญญาต่างตอบแทน ดังนั้นหากเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่อาจนำมาตรา 370 และมาตรา 371 มาปรับใช้แก่กรณีได้ จึงเป็นธรรมดาที่จะนำบทบัญญัติมาตรา 372 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาปรับใช้ได้

กรณีตามมาตรา 372 วรรคแรก ที่ให้ลูกหนี้เป็นผู้รับบาปเคราะห์ในความเสียหาย เป็นกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพันธวิสัยโดยไม่สามารถโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ แต่หากข้อเท็จจริงว่า ลูกหนี้เป็นฝ่ายผิดที่ทำให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้สูญหรือเสียหายไป นอกจากลูกหนี้จะไม่ได้รับชำระหนี้ตอบแทนจากเจ้าหนี้แล้ว ลูกหนี้เองยังจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่างๆ อันเกิดจากการไม่ชำระหนี้นั้นให้แก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 218 อีกด้วย

ในทางตรงกันข้าม หากความสูญหรือเสียหายของทรัพย์สินมีเหตุอันจะโทษเจ้าหนี้ได้ ลูกหนี้อาจหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 และยังมีสิทธิเรียกให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ตอบแทนด้วยตามมาตรา 372 วรรค 2 อย่างไรก็ดี หากลูกหนี้ได้อะไรไว้เพราะการปลดหนี้หรือชวณชวยหามาได้ หรือแกล้งละเลยไม่ชวณชวยเอาอะไรที่สามารถจะทำได้ ประโยชน์เหล่านั้นต้องมาหักกับจำนวนอันตนจะได้รับชำระหนี้ตอบแทนด้วย

นอกจากนี้มาตรา 372 วรรค 2 ยังใช้กับการที่การชำระหนี้ตกเป็นพันธวิสัยในระหว่างที่เจ้าหนี้ผิดนัดไม่รับชำระหนี้ ซึ่งมีผลทำให้เจ้าหนี้ต้องเป็นผู้รับผลแห่งภัยพิบัติโดยลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 และมีสิทธิเรียกให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ตอบแทนด้วยเช่นเดียวกับกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพันธวิสัย โดยเหตุอันโทษเจ้าหนี้ได้ เช่น นาย ก. นำรถมาจ้าง นาย ข. พันสี กำหนดรับรถคืนใน 7 วัน แต่นาย ก. ไม่มารับคืน โดยนาย ข. ได้เดือนแล้ว ปรากฏว่าเกิดไฟไหม้รถเสียหายในระหว่างนั้นโดยไม่ใช่ความผิดของนาย ข. ดังนั้นนาย ข. สามารถเรียกค่าพันสีรถจากนาย ก. ได้

จากบทบัญญัติทั้งหมดที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ปัญหาในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีหนี้ที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนเกิดขึ้น ถ้าเป็นสัญญาฝ่ายเดียวก็ย่อมจะไม่เกิดปัญหานี้ เพราะเมื่อเป็นสัญญาต่างตอบแทนแล้ว คู่สัญญาย่อมคาดหวังว่าตนจะได้รับผลประโยชน์ในการชำระหนี้ตอบแทน หากฝ่ายใดไม่สามารถชำระหนี้ได้เพราะพันธวิสัย ปัญหา

⁶⁰ ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา,

(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517), หน้า 160.

ภาวะความเสี่ยงภัยก็จะเกิดขึ้นว่าจะตกอยู่แก่ผู้ใด ซึ่งการที่จะอ้างว่าการชำระหนี้เป็นพันธียุติได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ว่าวัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วเท่านั้น เพราะถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นประเภททั่วไปไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ปัญหาในเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันธียุติจะไม่มี

เรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขาย ซึ่งสัญญาซื้อขายมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุของสัญญาเป็นทรัพย์สิน ในทางปฏิบัติจึงเป็นเรื่องของการบังคับบทบัญญัติมาตรา 370 และมาตรา 371 เป็นส่วนใหญ่ และสัญญาซื้อขายนับเป็นสัญญาที่บุคคลทำกันมากที่สุด จึงดูเหมือนว่าบทบัญญัติดังกล่าว แทบจะกลายเป็นหลักแทนบทบัญญัติมาตรา 372 ไปแล้ว

หากจะศึกษาในลักษณะที่ว่า การโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายตามแนวคำพิพากษากฎีกานั้นจะเห็นได้ว่า การโอนความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ซื้อขาย ศาลฎีกาของไทยยึดถือหลักที่ว่า ความเสี่ยงภัยของทรัพย์สินที่ซื้อขายโอนไปยังผู้ซื้อพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ คือยึดถือหลักความเสี่ยงภัยตกแก่เจ้าของ (Res perit domino) เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส สำหรับเหตุผลที่เป็นเช่นนี้ เพราะบทบัญญัติเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในกฎหมายลักษณะซื้อขายของไทย มาตรา 458 ลอกแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1583 ดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมา ดังนั้นจึงเป็นเหตุให้การตีความในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยของไทย ดำเนินตามหลักเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ที่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ให้เจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้รับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสตามมาตรา 1138 ในขณะที่ของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนความเสี่ยงภัยไว้ชัดเจนเหมือนกับประเทศฝรั่งเศส

ในกรณีสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขนั้น ศาลฎีกาถือว่าในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จถือว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอน โดยศาลไม่ได้จำกัดเฉพาะสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนตามที่ตัวบทมาตรา 371 วรรคแรก บัญญัติไว้เท่านั้น หากแต่ศาลฎีกายังตีความรวมไปถึงสัญญาที่มีเงื่อนไขและสัญญาที่มีเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยทั้งที่บทบัญญัติมาตรา 371 วรรคแรกนั้น น่าจะเป็นเงื่อนไขของการทำสัญญามากกว่าเงื่อนไขของการโอนกรรมสิทธิ์

3.3 หลักการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

รายละเอียดในหัวข้อที่ผ่านมาเป็นหลักการโอนความเสี่ยงภัยในกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับสัญญาซื้อขายทั่วไป แต่ในส่วนนี้จะเป็นการละเอียดของหลักการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีสัญญาซื้อขายล่วงหน้าอยู่ 2 ประเภท คือ สัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ดังนั้นผู้เขียนจะขอกล่าวถึงหลักการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ทั้ง 2 ประเภท ดังนี้

3.3.1 หลักการโอนความเสี่ยงภัยตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ.2542

ก่อนที่จะกล่าวถึงในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่เป็นสินค้าเกษตร ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงความเป็นมาของพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ.2542 โดยสังเขปเพื่อประกอบความเข้าใจในเบื้องต้นต่อไป

อนึ่ง พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ.2542 เกิดขึ้นด้วยเหตุผลที่ว่า ราคาสินค้าเกษตรขาดเสถียรภาพก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อภาคเกษตรกร ผู้ประกอบการโรงงานแปรรูปสินค้าเกษตร และผู้ส่งออก ซึ่งตลาดสินค้าเกษตรที่มีอยู่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ประกอบกับรัฐต้องการปกป้องผู้มีรายได้น้อยที่ถูกกดโกงจากรูกรักแซร์ หรือการลงทุนในธุรกิจซื้อขายล่วงหน้า หรือที่รู้จักกันดีว่า "คอมมอดิตี"⁶¹ และต้องการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเสถียรภาพของราคาสินค้าเกษตรในระยะยาว และให้เกิดมาตรฐานในการซื้อขายล่วงหน้าที่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม คุ่มครองประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ ทำให้ในเวลาต่อมาได้มีการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เพื่อป้องกันประชาชนถูกฉ้อโกง แต่ก็ปรากฏว่ามีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองหลายครั้ง จึงทำให้ร่างดังกล่าวยังไม่ผ่านการพิจารณา ซึ่งในช่วงเวลาต่อจากนั้นมีการศึกษาปรับปรุงร่างกฎหมายและระบบการซื้อขายในตลาดเกษตรล่วงหน้าอยู่หลายครั้ง จนกระทั่งสุดท้ายผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาและนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย และ ตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 โดยมีการจัดตั้งตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) เป็นตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าเพียงแห่งเดียว มีฐานะเป็นนิติบุคคลอิสระ ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า (ก.ล.ส.) โดยในปัจจุบัน มีสินค้าเกษตรที่กำหนดขึ้นและดำเนินการซื้อขายอยู่ในปัจจุบัน 3 ประเภท⁶² ได้แก่

- 1) ยางแผ่นรมควัน ชั้น 3
- 2) ข้าวขาว 5 เปอร์เซ็นต์ ประเภทข้อตกลงขนาดเล็ก
- 3) มันสำปะหลังเส้น (TC)

โดยสินค้าที่ถูกกำหนดขึ้นดังกล่าวได้ถูกกำหนดตามประกาศคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า เรื่องหลักเกณฑ์ในการกำหนดสินค้าเกษตรล่วงหน้าเพื่อนำมาซื้อขายในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ณ วันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ.2546 ข้อ 1 กำหนดไว้ว่า "สินค้าเกษตร

⁶¹AFET. Available from <http://www.afet.or.th/thai/corporate/history.php>. [2006, September 15].

⁶²ข้อมูล ณ วันที่ 21 เมษายน 2551

หมายความว่า ผลผลิตทางเกษตรกรรมและผลิตภัณฑ์ที่ได้จากการแปรรูปผลผลิตทางเกษตรกรรม ซึ่งคณะกรรมการตลาดกำหนดให้มีการซื้อขายล่วงหน้า” โดยให้มีคุณสมบัติที่สำคัญ ตามข้อ 2 คือ เป็นสินค้าที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม อีกทั้งต้องมีราคาที่ผันผวนมากเพียงพอ มีขนาดของตลาดและแนวโน้มปริมาณการผลิตที่เหมาะสม สามารถจัดขึ้นและจัดมาตรฐานของสินค้าได้

ดังนั้นสามารถวิเคราะห์ได้ว่า สินค้าเกษตรดังกล่าวเป็นสินค้าที่สามารถจับต้อง ถือครอง และรับ-ส่งมอบกันได้ทางกายภาพ ซึ่งทำให้เกิดหลักการหนึ่งที่มีความสำคัญต่อซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า นั่นคือ หลักในเรื่องความเสี่ยงภัยที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า นั่นเอง

จากที่ได้มีการศึกษามาแล้วว่า สัญญาซื้อขายล่วงหน้ามิได้มีลักษณะตามกฎหมายเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากแต่มีลักษณะในทางกฎหมายเป็นสัญญาซื้อขายตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ.2542 ซึ่งถือเป็นกฎหมายเฉพาะ โดยเมื่อเราพิจารณาจาก คำนิยามของการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ.2542 รวมถึงลักษณะทางกฎหมายของสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาโดยเป็นการโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ขายไปยังผู้ซื้อลักษณะเดียวกับสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม เมื่อวิเคราะห์ว่าสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าเป็นสัญญาซื้อขายตามกฎหมายเฉพาะที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น หลักการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยในสินค้าเกษตรอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญา จึงต้องนำหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ.2542 มาใช้บังคับทั้งนี้มิได้นำหลักการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้แต่อย่างใด

ทั้งนี้ ในเรื่องหลักการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยของสินค้าเกษตรอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า นั้น มิได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ.2542 แต่ได้กำหนดไว้ในข้อบังคับของคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าว่า ด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบและการรับมอบสินค้าเกษตรแต่ละประเภทไว้โดยเฉพาะว่าให้กรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยในสินค้าเกษตรนั้นโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเวลาใด

ในที่นี้ เพื่อความชัดเจน ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยของสินค้าเกษตรแต่ละประเภทดังต่อไปนี้

ก. ข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบและการรับมอบยางแผ่นรมควันชั้น 3 พ.ศ.2548

ข้อบังคับนี้มีการกำหนดหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าเกษตรประเภทยางแผ่นรมควันชั้น 3 ไว้ในข้อ 18(2) ว่า "กรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ส่งมอบจะโอนไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อผู้ขายได้ชำระราคาสินค้าเป็นเช็คธนาคารหรือตั๋วแลกเงินธนาคารจากผู้ซื้อเรียบร้อยแล้วตามข้อ 17(8)

จากข้อบังคับดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าเกษตรเป็นไปในลักษณะเดียวกับข้อกำหนดของสินค้าเกษตรประเภทยางแท่งเอสทีอาร์ 20 กล่าวคือ เมื่อผู้ขายส่งมอบสินค้าให้กับผู้ขายตามที่กำหนด โดยสำนักหักบัญชีนำเช็คธนาคารหรือตั๋วแลกเงินธนาคารของผู้ซื้อส่งมอบให้กับนายหน้าผู้ขาย และผู้ขายได้รับเช็คธนาคารหรือตั๋วแลกเงินธนาคารแล้วก็ถือว่ากรรมสิทธิ์ในสินค้าเกษตรที่ส่งมอบได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อแล้ว โดยไม่คำนึงว่าผู้ขายจะได้รับชำระราคาสินค้าตามเช็คธนาคารหรือตั๋วแลกเงินธนาคารแล้วหรือไม่

ส่วนกรณีความเสี่ยงภัยในความสูญหายหรือเสียหายในสินค้าเกษตรประเภทยางแผ่นรมควันชั้น 3 มีการกำหนดไว้ในข้อ 18 (1) ว่า "ความเสี่ยงภัยต่อการสูญหายหรือเสียหายของสินค้าให้ตกเป็นของผู้ซื้อทันที เมื่อผู้ขายได้ทำการบรรจุสินค้าขึ้นพันกราบเรือ หรือ ตัวแทนขนส่งของผู้ซื้อได้ออกใบตราส่งที่ลงนามแล้ว ในกรณีส่งมอบสินค้าที่ลานพักตู้บรรจุสินค้า โดยถือเวลาที่ออกใบตราส่งที่ลงนามแล้วเป็นสำคัญ"

สำหรับจุดเวลาที่ถือว่าความเสี่ยงภัยโอนในกรณีสินค้าเกษตรประเภทยางแผ่นรมควันชั้น 3 คือผู้ขายบรรจุสินค้านี้ขึ้นพันกราบเรือ หรือ ตัวแทนขนส่งของผู้ซื้อออกใบตราส่งที่ลงนามแล้วอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็จะถือว่า ความเสี่ยงภัยจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อทันที

ข. ข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบและการรับมอบข้าวขาว 5 เปอร์เซ็นต์ ประเภทข้อตกลงขนาดเล็ก (Mini-sized Contract) พ.ศ.2548

ข้อบังคับนี้มีการกำหนดหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าเกษตรประเภทข้าวขาว 5 เปอร์เซ็นต์ ไว้ในข้อ 19 (3) กำหนดว่า "กรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ส่งมอบจะโอนไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อผู้ขายได้รับชำระราคาสินค้าเป็นเช็คธนาคารหรือตั๋วแลกเงินธนาคารจากผู้ซื้อเรียบร้อยแล้วตามข้อ 18 (5)" ประกอบกับข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบและการรับมอบข้าวขาว 5 เปอร์เซ็นต์ ข้อ 18 (5) ซึ่งกำหนดว่าหลังจากที่สมาชิกผู้ขายได้รับเช็คธนาคารหรือตั๋วแลกเงินธนาคารส่งจ่ายผู้ขายสำหรับการชำระราคาสินค้าจากสำนักหักบัญชีแล้ว...ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้ขายส่งมอบสินค้าตามที่กำหนดไว้ และสำนักหักบัญชีซึ่งเป็นตัวกลางในการส่งมอบและรับมอบสินค้าเกษตรจะนำเช็คธนาคารหรือตั๋วแลก

เงินธนาคารของผู้ซื้อที่ได้รับขายหน้าของผู้ซื้อส่งต่อให้แก่ขายหน้าของผู้ขาย และเมื่อผู้ขายได้รับเช็คธนาคารหรือตั๋วแลกเงินธนาคารเรียบร้อยแล้ว ก็ถือว่า กรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ส่งมอบนั้นโอนไปยังผู้ซื้อทันที โดยไม่จำเป็นว่าผู้ขายจะได้รับชำระราคาตามตั๋วแลกเงินธนาคารหรือเช็คธนาคารดังกล่าวแล้วหรือไม่

กรณีความเสี่ยงภัยในความสูญหาย หรือเสียหายในสินค้าเกษตรประเภทข้าวขาว 5 เปอร์เซ็นต์ นั้นตามข้อบังคับมีการกำหนดไว้ในข้อ 19 โดยกำหนดให้ผู้ซื้อเป็นผู้รับความเสี่ยงต่อการสูญหายหรือเสียหายของสินค้า เมื่อผู้ขายได้นำสินค้ามาส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ ณ คลังสินค้า และคลังสินค้าได้ออกใบรับสินค้าให้แล้ว แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ซื้อปฏิเสธการรับมอบสินค้าให้ผู้ขายเป็นผู้รับความเสี่ยงต่อการสูญหายหรือเสียหายของสินค้าทันทีที่ผู้ขายรับสินค้าคืน ซึ่งข้อบังคับนี้มีการกำหนดการโอนความเสี่ยง ภัย ทั้งกรณีของการที่ผู้ขายนำสินค้ามาส่ง และผู้ซื้อออกใบรับสินค้า ก็ถือว่าความเสี่ยงภัยโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ และกรณีที่หากผู้ซื้อปฏิเสธไม่รับสินค้า ความเสี่ยงภัยก็จะยังคงตกอยู่กับตัวผู้ขายเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้ซื้อปฏิเสธการรับมอบสินค้าที่ผู้ขายนำมาส่งมอบนั้น ควรจะต้องมีความเป็นเหตุเป็นผล หรือมีเหตุจำเป็นว่าสินค้าที่นำมาส่งไม่ได้ตามมาตรฐานตามที่ตกลงกันในสัญญา ถ้าเป็นลักษณะนี้ เมื่อผู้ซื้อปฏิเสธไม่รับมอบสินค้า ก็ถือว่า ความเสี่ยงภัยยังอยู่ที่ตัวผู้ขาย แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ซื้อปฏิเสธไม่รับสินค้าเพราะกรณีที่เกิดจากตัวผู้ซื้อเอง เช่น ไม่มีที่เก็บสินค้า หรือกรณีอื่นใด ก็ถือว่าผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าโดยชอบแล้ว ก็ควรจะทำให้ ความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อทันที

อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบและการรับมอบข้าวขาว 5 เปอร์เซ็นต์ นี้มีการกำหนดจุดส่งมอบ ณ คลังสินค้าที่ผู้ซื้อกำหนดในเขตกรุงเทพมหานครและบริเวณใกล้เคียงระยะไม่เกิน 100 กิโลเมตรจากกรุงเทพมหานคร ตามข้อ 6

ค. ข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบและการรับมอบมันสำปะหลังเส้น พ.ศ.2549

ข้อบังคับนี้มีการกำหนดหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าเกษตรประเภทมันสำปะหลังเส้นไว้ในข้อ 17.2 กำหนดว่า "กรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ส่งมอบจะโอนไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อผู้ขายได้รับชำระราคาสินค้าเป็นเช็คธนาคารหรือตั๋วแลกเงินธนาคารจากผู้ซื้อเรียบร้อยแล้ว

กรณีความเสี่ยงภัยในความสูญหาย หรือเสียหายในสินค้าเกษตรประเภทมันสำปะหลังเส้นนั้นตามข้อบังคับมีการกำหนดไว้ในข้อ 17.1 "กำหนดให้ผู้ซื้อเป็นผู้รับความเสี่ยงต่อการสูญหายหรือเสียหายของสินค้า เมื่อผู้ขายได้นำสินค้ามาส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ ณ คลังสินค้า หรือ โรงงาน

ที่ผู้ซื้อกำหนดในการจัดเก็บสินค้า และผู้ตรวจสอบคุณภาพสินค้าได้ออกใบรับรองคุณภาพและน้ำหนักของสินค้า หรือผู้ซื้อ หรือผู้ตรวจรับสินค้าได้ออกใบรับสินค้าให้แก่ผู้ขายแล้ว แล้วแต่กรณี”

จากข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบและการรับมอบสินค้าเกษตรแต่ละประเภท จะเห็นว่ามีข้อกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัยของสินค้าเกษตรในแต่ละประเภทไว้อย่างชัดเจน โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้รับโอนความเสี่ยงภัยพิบัติของตัวสินค้ามิได้พิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ของสินค้าเกษตรในขณะนั้นเป็นของผู้ใด ตามสัญญาซื้อขายทั่วไป ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ไม่ได้เป็นไปตามหลักบาปเคราะห์ยอมตกอยู่กับเจ้าของกรรมสิทธิ์

เนื่องจากเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามข้อบังคับนี้ การโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัย มีการกำหนดแยกกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ ความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้านั้นโอนไปยังผู้ซื้อก่อนการโอนกรรมสิทธิ์ เพราะเหตุว่า เมื่อผู้ขายนำสินค้าเกษตรนั้นมาส่งมอบให้ผู้ซื้อตามวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของคณะกรรมการตลาดของสินค้าเกษตรแต่ละประเภท เช่น ผู้ขายได้ทำการบรรทุกสินค้าพันกราบเรือ หรือตัวแทนขนส่งของผู้ซื้อได้ออกใบตราส่งที่ลงนามแล้ว เป็นต้น ความเสี่ยงภัยในสินค้านั้นจะโอนมายังผู้ซื้อทันที แต่ในส่วนของกรรมสิทธิ์นั้นจะโอนมายังผู้ซื้ออีกต่อเมื่อผู้ขายได้ชำระราคาสินค้าตามข้อบังคับที่กำหนด เช่น ได้รับเช็คธนาคารหรือตัวแลกเงินธนาคารแล้ว ซึ่งการโอนกรรมสิทธิ์นี้เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นภายหลัง จากที่ผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อได้ออกใบรับสินค้าให้แก่ผู้ขาย หรือ เมื่อผู้ขายทำการบรรทุกสินค้าขึ้นพันกราบเรือ แล้วนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม หลักการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยของสินค้าเกษตรดังกล่าว เป็นการที่ผู้ซื้อและผู้ขายได้ดำเนินการตามขั้นตอนและข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบและการรับมอบสินค้าเกษตรแต่ละประเภทที่กำหนดไว้ สิ่งที่ควรพิจารณาในประเด็นต่อมาคือ กรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายเลือกที่จะทำการส่งมอบและรับมอบสินค้าโดยทางอื่นที่แตกต่างจากวิธีการที่คณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้ากำหนดไว้ในข้อบังคับ กรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยในสินค้านั้นจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อใด

อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับดังกล่าวมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หากผู้ซื้อและผู้ขายต้องการที่จะทำการส่งมอบและรับมอบสินค้าโดยทางอื่นแล้วนั้น จะให้กรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อใด และแม้ว่าผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงกันในเรื่องเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบรับมอบสินค้านวมถึงการชำระราคา ก็ไม่ได้หมายความว่าความรวมไปถึงการตกลงกันในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัยของสินค้านั้นแต่อย่างใด

อีกทั้งผู้เขียนเห็นว่าไม่สามารถนำหลักการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยของสินค้าเกษตรที่กำหนดไว้ในข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ที่กำหนดให้กรรมสิทธิ์ในสินค้าเกษตรโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ซื้อได้ชำระราคาสินค้าและกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อ เมื่อมีการส่งมอบสินค้านี้ดังกล่าวให้อยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อ ตามขั้นตอนที่ตลาดกำหนดมา ปรับใช้กับกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงส่งมอบรับมอบสินค้าโดยทางอื่นได้ เนื่องจากในขั้นตอนตามข้อบังคับดังกล่าวตลาดโดยสำนักหักบัญชีต้องเข้ามาเป็นตัวกลางในการส่งมอบและรับมอบสินค้า

ดังนั้นเมื่อไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันส่งมอบและรับมอบสินค้าโดยทางอื่นไว้ จะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อใด ผู้เขียนเห็นว่า อาจจะต้องนำหลักการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาใช้บังคับในช่วงที่ยังไม่มีบทบัญญัติใดมาใช้บังคับ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายทำการส่งมอบและรับมอบสินค้ากันตามวิธีที่ตลาดกำหนดก็จะมีข้อบังคับในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยกำหนดไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นเพื่อความชัดเจนสมบูรณ์ของข้อบังคับ จึงเห็นควรกำหนดเพิ่มเติมข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าให้ชัดเจนว่า ในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันส่งมอบและรับมอบสินค้าโดยทางอื่น ให้กรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยในสินค้าเกษตรโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้อยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อ และผู้ซื้อได้ทำการชำระราคาให้แก่ผู้ขายตามที่ได้ตกลงกันได้

3.3.2 หลักการโอนความเสี่ยงภัยตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546

หลังจากที่มีการตราพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ.2542 ขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนทั่วไป และเกษตรกรจากปัญหาความผันผวนของสินค้าเกษตร และความเสี่ยงภัยในรูปแบบอื่นๆ เช่น สภาพดินฟ้าอากาศที่ไม่เอื้ออำนวย , การถูกกดราคาจากพ่อค้าคนกลาง เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันตลาดซื้อขายล่วงหน้าสินค้าเกษตรได้เปิดดำเนินการซื้อขายมาเป็นเวลากว่า 7 ปี และมีแนวโน้มเป็นไปในทิศทางที่ดีและเป็นระบบมากขึ้น ดังนั้นในเวลาต่อมา จึงเกิดแนวความคิดที่ต้องการมีตลาดซื้อขายสินค้านี้ล่วงหน้าในสินค้าประเภทอื่นที่ไม่ใช่สินค้าเกษตร เช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ

ด้วยเหตุนี้ในปี พ.ศ.2546 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ขึ้น โดยมีบริษัทตลาดอนุพันธ์ (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัทย่อยของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เป็นผู้ดำเนินการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า รวมทั้งมี

วัตถุประสงค์ที่จะเป็นศูนย์กลางซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่มีประสิทธิภาพ สามารถเป็นเครื่องมือบริหารความเสี่ยงที่ดีให้นักลงทุน เป็นทางเลือกหนึ่งให้นักลงทุน ภายใต้ระบบการซื้อขายที่มีความยุติธรรม โปร่งใส มีสภาพคล่องส่งผลให้เกิดความมั่นใจในการชำระราคาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อีกทั้งยังสามารถเป็นแหล่งข้อมูลเพื่อสะท้อนความคาดหวังของนักลงทุนในการวางแผนการลงทุนในตลาดปัจจุบันได้ ซึ่งจากการเปิดดำเนินการของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทยนี้ นับเป็นพัฒนาการที่สำคัญยิ่งของตลาดทุนของไทย ที่จะทำให้ตลาดทุนไทยมีความครบวงจรมากขึ้น และมีเครื่องมือบริหารความเสี่ยงประเภทใหม่ให้นักลงทุน ที่เป็นประโยชน์และเปิดโอกาสให้กับผู้ลงทุนหรือผู้ประกอบการให้นำเครื่องมือเหล่านั้นมาใช้บริหารงานของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทันต่อสภาวะแวดล้อมของโลกธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 มีการกำหนดให้สินค้ามีความหลากหลาย ตามบทบัญญัติดังต่อไปนี้

มาตรา 3 "สินค้า หมายความว่า หลักทรัพย์ ทองคำ น้ำมันดิบ หรือทรัพย์สินอื่นใดที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี แต่ไม่รวมถึงเงินตราสกุลใดๆ"

ซึ่งจะเห็นได้ว่า สินค้าตามคำนิยามของพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 หากมองตามลักษณะทางกายภาพของสินค้านี้ จะสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ สินค้าประเภทที่ไม่สามารถส่งมอบได้ทางกายภาพ คือ หลักทรัพย์ และสินค้าประเภทที่สามารถส่งมอบได้ทางกายภาพ คือ ทองคำ น้ำมันดิบ นอกเหนือจากนี้ คำนิยามตามมาตรา 3 ยังได้มีการเปิดช่องให้สามารถกำหนดสินค้านิดอื่นขึ้นได้ ตามประกาศของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งจากการศึกษาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 และข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทย ดังกล่าว ไม่พบว่ามีการกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัยของสินค้าตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 แต่อย่างใด ทั้งที่สินค้าเกษตรและสินค้ากลุ่มโภคภัณฑ์ จำพวกทองคำ น้ำมันดิบ ตามมาตรา 3 นี้ ต่างก็เป็นสินค้าที่สามารถส่งมอบได้ตามลักษณะทางกายภาพ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยได้ สาเหตุที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ในปัจจุบัน ตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทย เพิ่งเริ่มเปิดทำการซื้อขายจริงในเดือนเมษายน พ.ศ.2549 ที่ผ่านมา โดยขณะนี้ มีสินค้าเพียงชนิดเดียวที่นำเข้ามาเพื่อทำการซื้อขายกันในตลาดซื้อขายล่วงหน้า คือ SET50 Index ซึ่งสินค้าประเภทนี้เป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ ไม่สามารถส่งมอบได้ ดังนั้นจึงไม่มีปัญหาเรื่องการโอนความเสี่ยงภัย แต่หากพิจารณาในประเด็นการโอนความเสี่ยงภัยของสินค้าจำพวกทองคำ และน้ำมันดิบ ที่ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ

สัญญาซื้อขายล่วงหน้า และจะนำเข้ามาทำการซื้อขายในตลาดซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งการส่งมอบถือเป็นวิธีการหนึ่งในการซื้อขายล่วงหน้าที่สำคัญเช่นเดียวกับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า เมื่อถึงเวลานั้นปัญหาในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยอาจเกิดขึ้นเป็นกรณีพิพาท ดังนั้น หากมีการนำเข้ามาทำการซื้อขายแล้วแต่ยังไม่มีการโอนความเสี่ยงภัย เมื่อเกิดปัญหาหรือกรณีพิพาทขึ้น ก็จะไม่มีความหมายเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเข้ามาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย

สำหรับความคิดเห็นของผู้เขียนเองนั้น เห็นว่า การโอนความเสี่ยงภัยของสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เมื่อมีการศึกษาถึงทฤษฎีว่าด้วยเรื่องความเสี่ยงภัยและลักษณะทางกฎหมายของสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ที่มีการกล่าวถึงในช่วงต้น ถือได้ว่า สัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 มีลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อชนิดหนึ่ง ที่ไม่มีลักษณะตามสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ในพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 หรือในข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์แห่งประเทศไทย มิได้มีการกำหนดในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัยไว้เช่นเดียวกับในพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 ดังนั้นในเบื้องต้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะมีการศึกษาเปรียบเทียบกลับไปถึงทฤษฎีและแนวความคิดของสัญญาซื้อขายทั่วไป การโอนความเสี่ยงภัยตามมาตรา 370-372 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมไปถึงเทียบเคียงกับบทบัญญัติเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ซึ่งถือเป็นสัญญาซื้อขายล่วงหน้าของไทยที่มีความใกล้เคียงกัน อีกทั้งพิจารณาถึงสถานการณ์ในปัจจุบัน วิธีการดำเนินธุรกิจ วิธีการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าในตลาดซื้อขายล่วงหน้า โดยคำนึงถึงการซื้อขายล่วงหน้าในลักษณะเฉพาะเป็นสำคัญ และสิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ศึกษาวิจัยถึงสัญญาซื้อขายล่วงหน้าในสินค้าประเภทเดียวกันของตลาดซื้อขายล่วงหน้าในต่างประเทศว่ามีลักษณะอย่างไร มีความเป็นมาหรือมีแนวความคิดเบื้องหลังเป็นอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะขอนำบทบัญญัติในเรื่องสัญญาซื้อขายล่วงหน้าของต่างประเทศมากล่าวไว้ในบทต่อไป ทั้งนี้ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาเป็นแนวทางในการศึกษาวิเคราะห์ เปรียบเทียบกับกฎหมายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าของไทย และนำไปสู่การหาแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการโอนความเสี่ยงภัยในข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์ภายใต้พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ให้มีความเหมาะสม ชัดเจนและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น