

ข้อความคิดของทรัพย์เฉพาะสิ่ง

1. รากฐานความคิดเรื่องทรัพย์เฉพาะสิ่งในกฎหมายโรมัน

1.1 การเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งในสัญญาซื้อขายตามกฎหมายโรมัน

ในกฎหมายโรมันนั้นมี EMPTIO VENDITIO เป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์เฉพาะสิ่ง ซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนอันเป็นสัญญาที่ไม่ต้องมีแบบ ประเภทสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม CONSENSU สัญญานี้ก่อให้เกิดหนี้เพราะมีการแสดงเจตนาที่ตรงกัน (nudo consensu) โดยไม่ต้องมีแบบและไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบอื่นใดในรูปการกระทำ เช่น การส่งมอบทรัพย์สิน เนื่องจากเป็นสัญญาที่ต้องอาศัยหลักสุจริต ดังนั้นจึงใช้เพียงแต่ความยินยอมอย่างเดียวก็เพียงพอที่จะทำให้เกิดสัญญา

สำหรับพิธีการในการทำสัญญาซื้อขายนั้น คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวพร้อมกัน เหมือนการทำสัญญาโดยวาจา (stipulatio) ฉะนั้นจะทำสัญญาในระยะทางไกลโดยจดหมายหรือโดยผู้ส่งสารก็ได้ จะเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายนั้นเป็นสัญญาที่มีพิธีการเรียบง่ายเนื่องจากสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาแห่ง ius gentium หรือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นผลผลิตอันยอดเยี่ยมของวงการนิติศาสตร์ในสมัยประชาธิปไตยของโรมันและเกิดมาจากความไว้วางใจกันในกลุ่มคนโรมัน (fides Romana) จากที่กล่าวมานี้ทำให้สัญญาซื้อขายโรมันนั้นมีอิทธิพลอย่างมากต่อ civil law และ common law อีกทั้งยังเป็นพื้นฐานของการพาณิชย์ในปัจจุบัน

ถึงแม้ว่ากฎหมายโรมันจะไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาซื้อขายไว้ แต่กฎหมายก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนไว้ คือจะต้องมีการตกลงกันในทรัพย์ที่จะซื้อขายและจะต้องตกลงราคาให้แน่นอน<sup>1</sup> โดยทรัพย์สินนั้นผู้ขายจะต้องมีกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองหรือสามารถนำไปเป็นมูลแห่งการฟ้องร้องได้ และจะต้องไม่ใช่ทรัพย์นอกพาณิชย์ ซึ่งทรัพย์สินที่ซื้อขายในกฎหมาย

---

<sup>1</sup> Andrew Borkowski and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law. 3<sup>rd</sup> edition.(Oxford University Press , 2005) pp.266.

โรมันนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ถ้าไม่ใช่ก็จะใช้ EMPTIO VENDITIO ไม่ได้ ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดว่าทรัพย์สิน (RES HABILIS) ที่จะซื้อขายนั้นต้องมีลักษณะอย่างไรจึงจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามกฎหมายโรมันมีหลักเกณฑ์ดังนี้

#### 1.1.1 ทรัพย์สินนั้นจะต้องมีอยู่

ทรัพย์สินหรือวัตถุแห่งการซื้อขายตามกฎหมายโรมัน ต้องมีตัวตนอยู่ในขณะเจรจาตกลงซื้อขายกัน ถ้าไม่มีทรัพย์สินหรือวัตถุที่ซื้อขายนั้นตั้งแต่ต้นหรือถูกทำลายลงภายหลังทำสัญญาซื้อขาย ก็ถือว่าไม่มีการซื้อขาย<sup>2</sup> ทรัพย์สินที่จะต้องมีอยู่นั้นเป็นทรัพย์สินที่จะทำให้การซื้อขายเป็นไปได้ ไม่พ้นวิสัย อันจะต้องมีอยู่ในขณะที่ทำการตกลงกัน ถ้าทรัพย์สินนั้นไม่มีอยู่ คือไม่มีอยู่เลยหรืออาจมีอยู่แต่ถูกทำลายไป เช่น การตกลงเอาทาสที่ไม่มีชีวิตมาขายเช่นนี้ย่อมทำไม่ได้ จากสุภาษิตที่ว่า IMPOSSIBILUM NULLA OBLIGATIO EST หมายความว่า สิ่งซึ่งพ้นวิสัยย่อมไม่ก่อให้เกิดหนี้<sup>3</sup> หรือไม่มีสัญญาให้ทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ ซึ่งต้องบ่งชี้ทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หรือเป็นกึ่งทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หรือบางส่วนของทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง จะระบุเพียงประเภทของทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่ได้<sup>4</sup> ดังนั้นสัญญาซื้อขายสิ่งพ้นวิสัยย่อมเป็นโมฆะ ดังกรณีนี้การซื้อขายทาสที่ตายไปแล้ว ย่อมเกิดขึ้นไม่ได้เพราะทาสที่ตายไปแล้วไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอีกทั้งเป็นการพ้นวิสัยเนื่องจากทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นไม่มีอยู่

#### 1.1.2 ทรัพย์สินต้องมีความเหมาะสม

ความเหมาะสมของทรัพย์สินในที่นี้ คือ ต้องสามารถทำการซื้อขายได้ อาจจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ สิทธิทุกอย่างที่สามารถโอนให้แก่กันได้ย่อมซื้อขายกันได้ สัญญานี้ทำให้กรรมสิทธิ์โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ<sup>5</sup>

#### 1.1.3 การบ่งชี้ตัวทรัพย์สินแน่นอน

โดยทั่วไปทรัพย์สินซึ่งสามารถนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือกได้นั้นมักมีการกล่าวไว้เป็นเพียงประเภท (genus) แต่ถึงอย่างไรแล้วก็ต้องมีการระบุให้เฉพาะเจาะจงพอสมควร เนื่องจาก

<sup>2</sup> Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (London : Oxford at the Clarendon press , 1992) pp.172.

<sup>3</sup> ประชุม โฉมฉาย, *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน*, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด , 2548) น.80.

<sup>4</sup> Barry Nicholas , *supra note 2* , pp.173.

<sup>5</sup> ประชุม โฉมฉาย , *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3* , น.80.

ทรัพย์นั้นต้องมีความแน่นอน (certa) ถ้ามีการกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ เป็นอันใช้ไม่ได้เพราะไม่แน่นอนว่าเป็นทรัพย์อย่างไร อันไหน จึงต้องมีการระบุกำหนดให้แน่นอนเพื่อทำให้เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งก่อน เช่น การซื้อขายทาส หากระบุเพียงว่าต้องการซื้อขายทาสเท่านั้นจะทำได้ จะต้องระบุลงไปเฉพาะเจาะจงอีกว่า “ทาสของข้าพเจ้าชื่อ...” หรือแม้ไม่ได้บอกว่าทาสคนใด แต่หากระบุให้ชัดเจนเพียงเล็กน้อยก็สามารถใช้ได้ เช่น “ทาสคนหนึ่งของข้าพเจ้า” เป็นต้น ซึ่งทาสเป็นทรัพย์ที่ระบุไว้แน่นอนแล้วจึงเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง แม้จะยังมีได้คัดออกก็ตามแต่ก็รู้ว่าเป็นทาสคนหนึ่งของใคร

#### 1.1.4 ระบุแหล่งที่มา

ตามหลักกฎหมายโรมัน ทรัพย์ที่คู่สัญญากำหนดไว้โดยทั่วไป จะถือว่าเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายไม่ได้ ดังนั้นเพียงแต่ทำสัญญาซื้อขายข้าวสาลี 1,000 บุเชล หรือซื้อไวน์ขาว 20 ขวด อย่างนี้ย่อมใช้ไม่ได้เพราะทรัพย์นั้นยังไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง โดยปกติแล้วทรัพย์ที่สามารถ นับ ชั่ง ตวง วัด หรืออาจกำหนดโดยการกล่าวถึงชนิดหรือประเภทซึ่งมีการระบุเฉพาะเพียงเล็กน้อยก็สามารถเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งได้ดังที่กล่าวมาในหัวข้อที่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามการระบุแหล่งที่มาของทรัพย์นั้น ๆ หรือแหล่งที่จะหาทรัพย์นั้นได้ก็เป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้สัญญาซื้อขายเกิดขึ้น<sup>6</sup> เช่น ซื้อไวน์ 2 ขวด จากเมือง Tusculan (“these two amphorae of Tusculan country wine”) ยิ่งกว่านั้น อาจมีการระบุแหล่งที่มาให้ชัดเจนขึ้นอีก เช่น ไวน์ 10 ขวด ในห้องใต้ดินของฉัน (“ten amphorae of wine from my cella”)<sup>7</sup> หรือซื้อข้าว 1,000 บุเชล ในยุ้งของผู้ขาย ก็เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการระบุตัวทรัพย์ไว้โดยเฉพาะแล้ว (But I may contract to buy “a thousand bushels of the grain in your barn.” This was considered to be sufficiently specific)<sup>8</sup> แม้ว่าจะไม่ได้ระบุเฉพาะว่าเป็นส่วนไหนของยุ้งก็เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้ว เพราะที่ทางปฏิบัติทางการค้าก็มักจะมีการตกลงถึงตัวทรัพย์ที่มีอยู่อย่างเฉพาะเจาะจงเพียงแค่ว่าเป็นทรัพย์ประเภทใด ของใคร หรือมาจากแหล่งไหนเท่านั้นในเวลาซื้อขาย แต่ตามกฎหมายไทยจะต้องมีการนับ ชั่ง ตวง วัดจำนวนข้าวสาลีแล้วแยกออกมาเพื่อบ่งชี้ให้ชัดเจนแน่นอนก่อนจึงจะเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง

<sup>6</sup> Andrew Borkowski and Paul du Plessis , *supra note 1* , pp.270.

<sup>7</sup> Reinhard Zimmermann , *The Law of Obligation : Roman Foundation of the Civilian Tradition*, (Cape Town : Juta & Co.,Ltd., 1992) pp.236.

<sup>8</sup> Lee R.W. , *Element of Roman Law*. 4<sup>th</sup> edition , (London : Sweet and Maxwell , 1956) pp.310-311

EMPTIO VENDITIO เป็นการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่หากต้องการจะตกลงซื้อขายทรัพย์สินเป็นประเภท (GENUS) เช่น ข้าว 1,000 บุเชล , ไวน์ขาว 20 ขวด หรือ ทาส 1 คน นี้ไม่ใช่การซื้อขายทรัพย์สินที่เฉพาะเจาะจง แต่ก็อาจทำการซื้อขายได้ แต่ต้องใช้คำมั่นหรือ STIPULATIO 2 อัน คือ ต้องการการถามฝ่ายผู้ขายและผู้ขายต้องตอบว่าจะขายและผู้ซื้อว่าจะชำระราคาซึ่ง STIPULATIO นี้ไม่ใช่สัญญาซื้อขาย ในกฎหมายโรมันหากหาแบบของสัญญาที่เหมาะสมไม่ได้ ก็ให้กลับไปสู่หลักเดิมคือ STIPULATIO

การซื้อขายทรัพย์สินที่กล่าวไว้แต่เพียงกว้าง ๆ นั้น กล่าวคือกล่าวไว้แต่เพียงชนิดหรือประเภทนั้นย่อมมีผลตามกฎหมาย แต่บังเอิญตกลงกันจากการบัญญัติทางกฎหมาย (texts) ที่มีอยู่ในรูปต่างๆ หากต้นแบบของการซื้อขายตามกฎหมายโรมันเป็นการซื้อขายด้วยเงินสดในตลาด ดังนั้นการมีกฎเคร่งครัดเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของคนโรมันก็ไม่ใช่เรื่องแปลกแต่อย่างใด<sup>9</sup>

#### 1.4.5 การเหมา

การเหมา คือ การซื้อขายทั้งหมดจากแหล่งที่เฉพาะเจาะจง อันทำให้ทรัพย์สินที่ไม่แน่นอนในแหล่งที่ทำการซื้อขายเหมา นั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งขึ้นมา เช่น ขายไวน์ทั้งหมดในห้องใต้ดินของฉัน ( " all the wine in my cella" )<sup>10</sup> ทำให้ไวน์ทั้งหมดนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

#### 1.2 ข้อยกเว้นเรื่องหลักการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในกฎหมายโรมัน

ซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายโรมัน คือ การซื้อขายทรัพย์สินในอนาคต เช่น พืชที่จะออกผลในปีหน้าหรือทรัพย์สินที่ถูกทำขึ้นในภายหลัง ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเท่านั้น<sup>11</sup> ก็สามารถทำการซื้อขายกันได้ เพราะถือเป็นการยอมรับความเป็นไปได้ทางเกษตรกรรมไม่ขัดกับหลักการพันวิสัย พืชผลที่ยังไม่ได้เก็บเกี่ยวก็อาจทำสัญญาซื้อขายกันได้ ซึ่งการซื้อขายล่วงหน้าจึงแยกได้เป็น 2 แบบ ดังนี้

<sup>9</sup> W.W. Buckland and Arnold D. McNair, Roman Law and Common Law, 2<sup>nd</sup> edition (Cambridge University Press , 1974) pp.271.

<sup>10</sup> Reinhard Zimmermann , supra note 7 , pp.236.

<sup>11</sup> W.W. Buckland and Arnold D. McNair , supra note 9 , pp.281.

### 1.2.1 EMPTIO REI SPERATAE

เป็นการซื้อขายซึ่งคาดว่าจะได้ในอนาคต ซึ่ง ณ ตอนทำสัญญาซื้อขายนั้นอาจจะยังไม่มีทรัพย์สินอยู่ เช่น ขายข้าวสาลีทั้งหมดในนาที่จะเก็บเกี่ยวต่อไป การขายในลักษณะนี้ไม่แน่นอนเท่าใด เพราะมีการเสี่ยงภัย พืชผลอาจจะเสียหายไม่ได้ผลตามจำนวนที่คาดว่าจะควรจะเป็น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดินฟ้าอากาศ การขายดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาซื้อขายแบบมีเงื่อนไข ถ้าพืชผลล้มเหลวเก็บเกี่ยวไม่ได้ สัญญาก็เป็นโมฆะ<sup>12</sup> ผู้ขายย่อมรับความเสี่ยงภัยไป หากยังมีพืชผลที่ยังสามารถเก็บเกี่ยวได้อยู่ผู้ซื้อก็มีหน้าที่ใช้ราคาที่เหมาะสมกับคุณภาพเฉพาะจำนวนพืชผลที่เก็บเกี่ยวได้เท่านั้น ถือว่าเกิดการซื้อขายเสร็จบริบูรณ์และเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ทรัพย์สินที่ซื้อขายเกิดเป็นตัวตนขึ้น ส่วนจำนวนของทรัพย์สินนั้นไม่เป็นสาระสำคัญ แต่การตกลงซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าวมานั้นต้องสันนิษฐานตามหลักธรรมชาติได้ว่า สามารถเป็นตัวตนขึ้นมาได้ เช่น ลูกของสัตว์ ผลผลิตพืชไร่ที่จะมีในอนาคต (future crop)<sup>13</sup>

### 1.2.2 EMPTIO SPEI

การซื้อขายประเภทนี้เป็นการซื้อขายความคาดหวังที่จะได้ทรัพย์สิน คือ ความคาดหวังเป็นสิ่งที่มิอยู่ในขณะที่ตกลงกัน โดยมีหลักปฏิบัติให้สันนิษฐานว่าสิ่งที่ซื้อขายกันนั้นเป็นเพียงความคาดหวัง (expectation) ที่ขึ้นอยู่กับโอกาส<sup>14</sup> ในกรณีนี้ผู้ซื้อรับความเสี่ยงภัยทั้งหมด ถ้าพืชผลเสียหายผู้ซื้อก็ต้องชำระเงินอยู่ดี เพราะในสัญญาจะระบุไว้ว่าผู้ซื้อจะชำระเงินให้กับผู้ขายเป็นจำนวนเท่าใด เป็นค่าตอบแทนต่อพืชผลที่คาดว่าจะได้ เช่น มีการซื้อผลไม้แบบเหมาต้น จะได้ผลไม้มตามาคาดหวังหรือไม่ไม่เป็นประเด็น กรณีการตกลงหรือมะกอกเหมือนตกกระเทียมในประเทศไทยหรือเหมาซื้อปลาที่จะจับได้จากเรือทั้งลำ แม้จับปลาไม่ได้ผู้ซื้อก็ต้องชำระอยู่ดี ฉะนั้นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตแบบนี้ไม่มีเงื่อนไขใดจึงเป็นการซื้อขายโดยเด็ดขาด<sup>15</sup>

จะเห็นได้ว่าแม้สัญญาซื้อขายในกฎหมายโรมันจะทำได้ก็ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเท่านั้นแต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับทรัพย์สินในอนาคตที่ยังไม่มีตัวตนให้ซื้อขายได้เช่นกัน ในรูปของการซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งกฎหมายโรมันไม่ได้กำหนดว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายล่วงหน้าเหล่านี้จะเป็น

<sup>12</sup> Reinhard Zimmermann , *supra note 8* , pp.246.

<sup>13</sup> ธีระ เบญจรัศมีโรจน์ , “สัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคต ปัญหาบางประการในกฎหมายไทย” (วิทยานพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527) น.173.

<sup>14</sup> Barry Nicholas , *supra note 2* , pp.173.

<sup>15</sup> ประชุม โฉมฉาย , *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5* , น.83.

ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อใด เพียงแต่การกำหนดทั้ง 2 แบบนี้ก็เพื่อที่จะให้ทราบถึงฝ่ายที่จะรับภาระความเสี่ยงภัยเท่านั้น เพราะหลักการรับภาระความเสี่ยงภัยตามกฎหมายโรมันขึ้นอยู่กับหลักผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ<sup>16</sup> ความเสี่ยงภัยย่อมโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อสัญญาเสร็จบริบูรณ์ โดยไม่ได้ผูกติดอยู่กับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย หากยังไม่มี การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อแล้ว กรรมสิทธิ์ยังคงอยู่กับผู้ขาย แต่ความเสี่ยงภัยได้โอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่สัญญาสำเร็จบริบูรณ์แล้ว ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าเมื่อสัญญาเกิด ทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกันก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีพร้อมกับภาระความเสี่ยงภัยที่ได้โอนไปยังผู้ซื้อโดยทันทีเช่นกันแม้จะยังไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์กันเลยก็ตาม ซึ่งต่างจากกฎหมายไทยที่แม้ว่าทรัพย์สินนั้นได้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว แต่ภาระความเสี่ยงภัยก็จะไม่โอนไปยังเจ้าหนี้จนกว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังเจ้าหนี้แล้วภาระความเสี่ยงภัยถึงโอนไปพร้อมกัน เนื่องจากหลักการรับภาระความเสี่ยงภัยตามกฎหมายไทยนั้นขึ้นอยู่กับหลักความเสี่ยงภัยตกแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์หรือหลัก Res Perit Domino ซึ่งอาจเป็นเพราะได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ<sup>17</sup>

### 1.3 ความสำคัญของการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาซื้อขายตามกฎหมายโรมัน

#### 1.3.1 ทำให้เกิดสัญญา EMPTIO VENDITIO ขึ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่า EMPTIO VENDITIO เป็นการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หากทรัพย์สินนั้นยังถูกกำหนดอย่างเฉพาะเจาะจงเพียงพอว่าเป็นทรัพย์สินอย่างไร เท่าไหร่ จากที่ไหน ของผู้ใด แต่หากเป็นการซื้อขายทรัพย์สินเป็นประเภทก็ต้องกลับไปใช้หลัก STIPULATIO ซึ่งไม่ใช่สัญญาซื้อขาย ดังนั้นการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาซื้อขายทำให้เกิดสัญญา EMPTIO VENDITIO ขึ้น ทั้งนี้ทั้งนั้นไม่ได้หมายความว่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะเกิดขึ้นก่อนสัญญาเกิดแต่อย่างใด แต่หมายความว่าในการซื้อขายเช่นนั้นนั้นย่อมจะต้องรู้อยู่ก่อนล่วงหน้าแล้วว่าต้องการซื้อขายทรัพย์สินอะไร จากที่ไหน ราคาเท่าไหร่ หรือของใคร เมื่อสัญญาเกิดทำให้ทรัพย์สินที่ถูกระบุเฉพาะเจาะจงเหล่านั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีและสัญญาที่เกิดขึ้นก็คือสัญญา EMPTIO VENDITIO หากไม่ระบุให้ชัดเจนเพียงเล็กน้อยก็อาจทำให้การซื้อขายนั้นกลายเป็นการซื้อขายทรัพย์สินเป็นประเภท ซึ่งจะใช้

<sup>16</sup> Barry Nicholas, *supra note 2*, pp.179 – 180.

<sup>17</sup> อัจฉรา คำด้วง, “การโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทน” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2538) น. 46.

สัญญา EMPTIO VENDITIO ไม่ได้ เช่น ต้องการซื้อไวน์ 10 ขวดในห้องใต้ดินของคุณ (ไม่ต้องถึงขั้นระบุว่า เป็น 10 ขวดไหน) เป็นต้น เมื่อตกลงทำสัญญา EMPTIO VENDITIO ไวน์ 10 ขวดในห้องใต้ดินก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที ถึงแม้ว่ายังไม่ได้เลือกว่าเป็น 10 ขวดใดก็ตาม แต่หาก ระบุการซื้อขายทรัพย์สินเป็นเพียงประเภท สัญญาก็จะเปลี่ยนแปลงไปเป็นการใช้หลัก STIPULATIO ซึ่งถือว่าเป็นการให้คำมั่น คือฝ่ายหนึ่งตั้งคำถามว่าท่านให้คำมั่นเช่นนี้ใช่ไหม (spondesne) อีกฝ่ายหนึ่งตอบว่าใช่ข้าพเจ้าให้คำมั่นเช่นนั้น (spondeo)<sup>18</sup> ซึ่งหากตอบโดยวาจาถูกต้องตามแบบ ถ้อยคำที่กำหนดไว้ก็จะเกิดเป็นสัญญาผูกพันกันโดยวาจา (verbis)

### 1.3.2 ภาวะความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้ซื้อ

เนื่องจากสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและโอกาสที่ทรัพย์สินจะเกิดความวินาศนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ง่าย กฎหมายโรมันจึงได้วางหลักเรื่องการรับภาระความเสี่ยงภัยโดยใช้หลักให้เจ้าหนี้เป็นผู้รับภัย (res perit creditory) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปของการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาต่างตอบแทน ทั้งนี้เพื่อใช้กับสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เหตุที่ใช้ทฤษฎีนี้เนื่องจากการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นเป็นเรื่องของทรัพย์สินอันเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินมิใช่ตัวบุคคล<sup>19</sup> และเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์แล้วทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายนั้นย่อมกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและขณะเดียวกันประโยชน์ในทางเศรษฐกิจก็ย่อมตกอยู่แก่ผู้ซื้อ คือ หากทรัพย์สินนั้นมีราคาสูงขึ้นประโยชน์ก็จะตกอยู่แก่ผู้ซื้อโดยผู้ขายจะเรียกราคาเพิ่มไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งหากทรัพย์สินมีราคาลดลงหรือสูญหายผู้ซื้อก็ต้องชำระราคาอยู่ดี แม้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจะยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อก็ตาม แต่ผู้ซื้อซึ่งอยู่ในฐานะเจ้าหนี้จึงควรรับภาระความเสี่ยงภัยในภัยพิบัติอันอาจจะเกิดแก่ตัวทรัพย์สินไปด้วย<sup>20</sup> กล่าวคือในการทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ถ้าคู่สัญญาใดทำการซื้อขายโดยตกลงจะทำการส่งมอบในภายหลัง หากในช่วงเวลานับแต่ทำการซื้อขายเสร็จเด็ดขาด(The sale is concluded)จนถึงเวลาส่งมอบ ทรัพย์สินซึ่งซื้อขายกันนั้นเกิดวินาศลงโดยเหตุอันมิใช่ความผิดของผู้ขายแล้ว ผู้ขายย่อมหลุดพ้นจากหน้าที่จะต้องทำการส่งมอบ แต่สัญญายังคงมีผลบังคับให้ผู้ซื้อต้องชำระราคา แต่ถ้าหากชำระราคาไปแล้วก็ไม่สามารถเรียกคืนได้ เพราะผู้ซื้อเป็นผู้รับภาระ

<sup>18</sup> ประชุม โฉมฉาย , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3 , น. 77.

<sup>19</sup> Marcel Planiol and Geoge Ripert , Treaties on the Civil Law. 11<sup>th</sup> edition. 1939. pp.762.

<sup>20</sup> Reinhard Zimmermann , supra note 7 , pp.290.

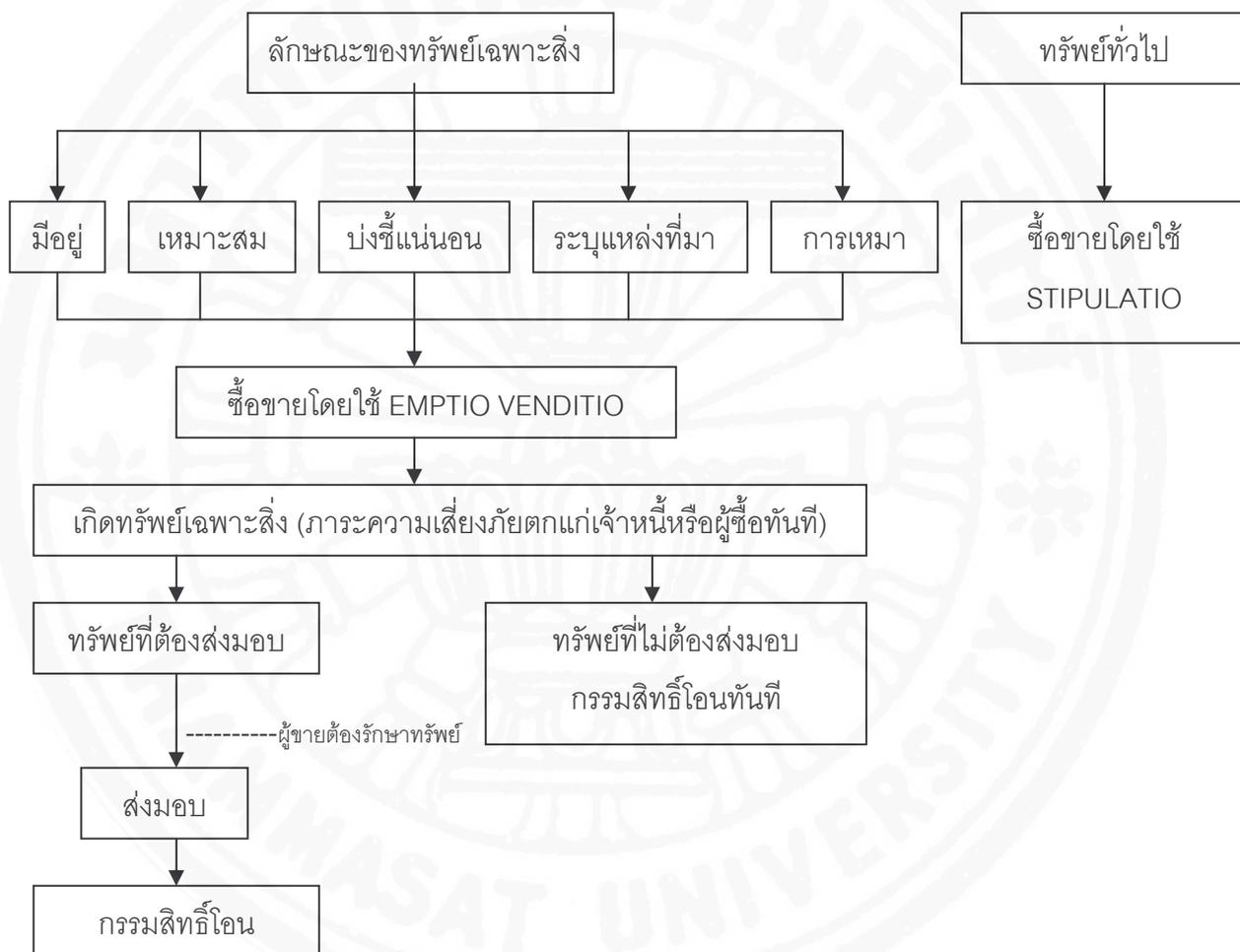
เสี่ยงภัยในความวินาศตามหลักลาตินที่ว่า *periculum rei venditae* คือการที่ไม่มีตัวทรัพย์สินที่จะส่งมอบแต่ต้องชำระราคา<sup>21</sup>

### 1.3.3 เกิดหน้าที่ต่อผู้ขายที่ต้องรักษาและส่งมอบทรัพย์สินนั้น

เมื่อสัญญาเกิดทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที แต่ก็ไม่ได้ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปจนกว่าจะได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน สัญญาบังคับได้ทันทีที่คู่กรณีตกลงเรื่องทรัพย์สินและราคาเสร็จสิ้นและไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ จะเห็นได้ว่าความเสี่ยงภัยตามกฎหมายโรมันไม่ได้ติดกับกรรมสิทธิ์ ทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่าเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วแต่ยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นยังอยู่กับผู้ขายแต่ภาระความเสี่ยงภัยยังอยู่กับผู้ซื้อ เช่นนี้ดูจะไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายผู้ซื้อ เพราะตนจะต้องรับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดขึ้นทั้งที่ยังไม่ได้ครอบครองและเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นเลย ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวกฎหมายโรมันจึงกำหนดหลักเกณฑ์ว่า เมื่อสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์แม้ผู้ซื้อจะเป็นฝ่ายรับภาระความเสี่ยงภัยแต่ในขณะที่ทรัพย์สินยังอยู่ในความครอบครองของผู้ขาย ผู้ขายจะต้องมีหน้าที่รักษาทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในฐานะหัวหน้าครอบครัวที่ดี (*bonus pater familias*) เพื่อส่งมอบ(โอนกรรมสิทธิ์)ให้แก่ผู้ซื้อ

<sup>21</sup> Marcel Planiol and Geoge Ripert , *supra note 20* , p. 760.

ความสำคัญของการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาซื้อขายตามกฎหมายโรมัน  
(ภาพประกอบที่ 1)



สำนักหอสมุด

## 2. ความหมายของทรัพย์เฉพาะสิ่งและบทบัญญัติศัพท์

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่ได้บัญญัติถึงความหมายของคำว่าทรัพย์เฉพาะสิ่งเอาไว้ว่าทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นคืออะไร มีความหมายว่าอย่างไร ซึ่งเรื่องทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นเป็นเรื่องของวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้ในลักษณะหนี้และสัญญา จึงเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงอยู่เสมอ เพราะว่าการที่ทรัพย์ใดจะถือว่าเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นย่อมมีผลอย่างมาก ถ้าหากวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้ส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่ง บุคคลผู้ชำระหนี้จะต้องส่งมอบตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลาที่ส่งมอบ (ป.พ.พ.มาตรา 323) เมื่อมิได้แสดงเจตนาไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าจะส่งชำระหนี้ ณ สถานที่ใด หากจะต้องส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่ง ต้องส่งมอบกัน ณ สถานที่ซึ่งทรัพย์นั้นอยู่ในเวลาเมื่อก่อให้เกิดหนี้ ส่วนการชำระหนี้โดยประการอื่นต้องชำระ ณ สถานที่ซึ่งเป็นภูมิลำเนาปัจจุบันของเจ้าหนี้ (ป.พ.พ.มาตรา 324) หากทรัพย์นั้นไม่มีอยู่แล้วย่อมส่งผลให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยซึ่งลูกหนี้อาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 218 หรืออาจหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 แล้วแต่กรณี ขณะเดียวกันลูกหนี้อาจมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนตามมาตรา 370 วรรคแรกก็ได้

ในเรื่องการซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดลงไว้แน่นอนนั้น กรรมสิทธิ์ยังไม่ได้โอนไปจนกว่าจะได้หมายหรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างอื่น หรือสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ทรัพย์สิน เพื่อให้รู้กำหนดราคาทรัพย์สินที่แน่นอน กรรมสิทธิ์ยังไม่ได้โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าการหรือสิ่งนั้นได้ทำแล้ว (ป.พ.พ. มาตรา 460)<sup>22</sup>

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าทรัพย์ใดเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งหรือไม่นั้น ก่อให้เกิดผลแตกต่างกันมากโดยผลแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นจึงควรพิจารณาต่อไปว่า “ทรัพย์เฉพาะสิ่ง” นั้น มีความหมายถึงทรัพย์ที่อยู่ในสภาพหรือลักษณะอย่างไร

### 2.1 ความหมายของทรัพย์เฉพาะสิ่ง

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่นไม่มีคำจำกัดความหรือให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์เฉพาะสิ่ง” ไว้ว่าหมายถึงทรัพย์ที่อยู่ในสภาพหรือลักษณะเช่นใด ซึ่ง

<sup>22</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, “ทรัพย์เฉพาะสิ่ง”, บทบัญญัติ, เล่มที่ 23, ตอน 4, น. 813 (ตุลาคม 2508).

เป็นเรื่องที่ศาลจะแปลความเอาเองว่าทรัพย์สินใดตามลักษณะของคู่กรณี จะถือว่าเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วหรือไม่

เมื่อกฎหมายไทยมิได้ให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง” ไว้ ดังนั้นคำว่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจึงต้องมีความหมายอย่างเช่นคนธรรมดาสามัญเข้าใจกัน เพื่อให้คนทั่วไปเข้าใจได้ง่าย จึงมีนักกฎหมายของไทยหลายท่านได้ให้คำจำกัดความของทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไว้ ดังนี้

“ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หมายถึง ทรัพย์สินที่คู่สัญญาเลือกกำหนดไว้เจาะจงเอาเป็นวัตถุที่จะใช้ในการชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งจะเอาสิ่งอื่นมาแทนกันไม่ได้<sup>23</sup>”

“ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ได้แก่ ทรัพย์สินซึ่งกำหนดลงไว้เป็นการแน่นอนแล้ว (เทียบกับ มาตรา 460 วรรคแรก) หรือได้มีการนับหมายกำหนดแยกออกเป็นสัดส่วนให้เป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว (เทียบกับ มาตรา 460 วรรคสอง และ มาตรา 323)<sup>24</sup>”

“เมื่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ได้ถูกกำหนดไว้แน่นอนเฉพาะเจาะจง เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง<sup>25</sup>”

“ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หมายถึง ทรัพย์สินที่ระบุเจาะจงลงไปว่าเป็นทรัพย์สินอะไร เช่น รถยนต์ ทรัพย์สินสิ่งใด เช่น รถยนต์คันไหน และทรัพย์สินจำนวนเท่าใด เช่น รถยนต์คันนั้น 1 คัน...หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หมายถึง ทรัพย์สินที่ผู้ซื้อผู้ขายได้แน่นอนว่าเป็นทรัพย์สินใดที่ตนตกลงซื้อและผู้ขายก็รู้ได้แน่นอนว่าเป็นทรัพย์สินใดที่ตนตกลงขาย หากยังไม่สามารถรู้ได้ในขณะทำสัญญาซื้อขายว่าทรัพย์สินที่ตกลงซื้อขายกันนั้นคือทรัพย์สินใดแล้ว หากใช่เป็นการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไม่<sup>26</sup>

<sup>23</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน์ , 2527)น.498.

<sup>24</sup> วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2549) น.185.

<sup>25</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด , 2549) น. 38.

<sup>26</sup> บัญญัติ สุชีวะ, “การโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขาย,” วารสารกฎหมาย, ฉบับ 2 , ปีที่ 2, น. 59 (พฤษภาคม 2519).

“ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง คือ ทรัพย์สินที่ได้มีการเลือกชี้ชัดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงเป็นที่รู้จักกันและเข้าใจกันทั้งสองฝ่ายว่าเป็นทรัพย์สินสิ่งนั้นสิ่งนี้ ซึ่งโดยปกติไม่อาจเอาทรัพย์สินอื่นมาแทนได้<sup>27</sup>”

“ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง คือ ทรัพย์สินที่มีตัวตนอยู่แล้วแน่นอนในขณะตกลงซื้อขายกัน<sup>28</sup>

จากการศึกษาคำนิยามของคำว่า “ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง” ที่นักกฎหมายหลายท่านได้จำกัดความเอาไว้ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าถ้าการกำหนดทรัพย์สินนั้นเป็นการกำหนดโดยลูกหนี้ ก็ต้องอยู่ภายใต้มาตรา 195 วรรคสอง ซึ่งในที่สุดแล้วการกำหนดว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้น ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วใน มาตรา 195 วรรคสอง แต่ทว่าในมาตราดังกล่าวนี้ไม่ได้ครอบคลุมทุกเรื่องเพราะมาตรานี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงเรื่องเจ้าหนี้เลือกตัวทรัพย์สิน แต่หากพิจารณาถึงหลักเสรีภาพในการทำสัญญา รวมถึงหลักปกติประเพณีในการซื้อขายทรัพย์สินบางประเภทแล้ว ทำให้เห็นว่าเจ้าหนี้สามารถเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินได้ ฉะนั้นทำให้เห็นว่าไม่ว่าเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ก็สามารถเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจงได้ทั้งสิ้น

นอกจากนี้การกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยการเลือกของเจ้าหนี้ นั้นอาจมีความตกลงของคู่สัญญาให้แตกต่างไปจากมาตรา 195 วรรคสองก็ได้ เพราะมาตรานี้มิใช่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 151) กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องให้ลูกหนี้เป็นฝ่ายเลือกเสมอไปแต่สามารถตกลงให้เจ้าหนี้เป็นผู้เลือก หรือให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เลือกหรืออาจตกลงทำการเลือกร่วมกันทั้งสองฝ่ายก็ได้ อีกทั้งไม่จำเป็นต้องกระทำทุกประการหรือให้เจ้าหนี้ยินยอมเพื่อให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามมาตรา 195 วรรคสองก็ได้ เช่น ตกลงกันว่าหากเลือกแล้วทรัพย์สินก็เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีโดยไม่ต้องกระทำทุกประการ เป็นต้น

ดังนั้นคำว่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง น่าจะหมายถึง “ทรัพย์สินซึ่งคู่สัญญาได้กำหนดลงไว้แน่นอนสำหรับการชำระหนี้ โดยมีเจตนาที่จะชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่กำหนดไว้เท่านั้น ไม่ว่าจะกำหนดในขณะที่เกิดสัญญาหรือภายหลังการเกิดสัญญาก็ตาม” เพื่อความเข้าใจที่กระจ่างขึ้นจึงขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้เป็นแนวทางในการศึกษาต่อไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2506 จำเลยทำสัญญาขายไม้สักให้โจทก์และรับเงินค่าไม้ไปแล้ว ต่อมาเจ้าหน้าที่ของโจทก์ได้ตรวจไม้ที่จำเลยเตรียมไว้ตามสัญญา และตีตราของโจทก์ลงไว้

<sup>27</sup> อัครราชทูต จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์ , 2531) น.163.

<sup>28</sup> ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2549) น. 57.

ยอมถือได้ว่าไม่ที่ตีตรา นั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตาม มาตรา 370 และบ่งตัวทรัพย์สินแน่นอน กรรมสิทธิ์  
ในไม้ตกเป็นของโจทก์แล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 2046/2531 จำเลยอ้างเหตุส่งมอบดินขาวให้โจทก์ตามสัญญาไม่ได้  
เพราะมีโจรแบ่งแยกดินแดนหมู่เรียกว่าคุ่มครองจากโรงงานที่ผลิตดินขาวของจำเลยจนคนงานไม่  
กล้าเข้าไปทำงาน ดังนี้ เมื่อตามสัญญามีได้เจาะจงให้ส่งมอบดินขาวจากแหล่งผลิตของโรงงาน  
จำเลย จำเลยจึงยอมจัดหาดินขาวจากแหล่งอื่นได้ ดินขาวมิใช่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง จำเลยจะอ้าง  
ว่าการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยและปฏิเสธความรับผิดชอบไม่ได้

## 2.2 บทบัญญัติศัพท์

เมื่อได้ศึกษาถึงคำว่า “ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง” ว่ามีความหมายอย่างไรแล้ว ก็สามารถทำให้  
มองเห็นถึงภาพโดยรวมของลักษณะการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่ถึงกระนั้นแล้วก็ยังมีคำศัพท์อีก  
หลายคำที่มีความเกี่ยวข้องกันในเรื่องนี้ที่มีความสับสนไม่น้อยกว่ามีความหมายอย่างไรหรือนำไปใช้  
ในกรณีไหน ซึ่งฐานข้อมูลบางแหล่งใช้ในอีกความหมายหนึ่ง อีกแหล่งก็ใช้ในอีกความหมายหนึ่ง  
หรือใกล้เคียงกัน หรือบางทีก็ใช้อีกคำและอีกทีหนึ่งก็ใช้อีกคำ เป็นต้น ซึ่งทำให้เกิดความไม่ชัดเจน  
ขึ้นในการสื่อสาร ดังนั้นเพื่อความกระจ่างในการศึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงขอได้บัญญัติศัพท์ที่  
เกี่ยวข้องเหล่านั้นไว้เพื่อความเข้าใจที่ตรงกันตลอดทั้งเล่ม รวมถึงเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ใน  
การศึกษาเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติมในวันข้างหน้า ดังนี้

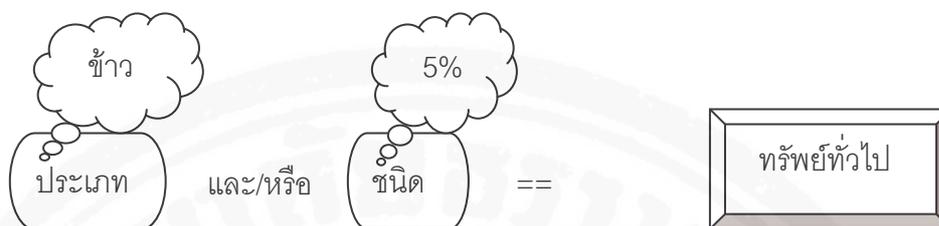
1. ทรัพย์สินไม่เฉพาะสิ่ง (Non – specific good) หมายถึง ทรัพย์สินทั่วไปหรือทรัพย์สินที่ยัง  
ไม่ได้กำหนดตัวไว้แน่นอน กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินที่ระบุแต่ประเภท ชนิด หรือจำนวนไว้เท่านั้น<sup>29</sup>

2. ทรัพย์สินทั่วไป (Property in genere) หมายถึง ทรัพย์สินที่ระบุไว้เพียงชนิดและหรือ  
ประเภท กล่าวคือเป็นทรัพย์สินซึ่งโดยปกติย่อมกำหนดด้วยจำนวน น้ำหนัก หรือความยาว<sup>30</sup>

<sup>29</sup> ฟังอ้าง, น. 57.

<sup>30</sup> ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่  
ที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548) น.66.

(ภาพประกอบที่ 2)



3. ทรัพย์สินที่ยังมิได้กำหนดไว้แน่นอน (Unascertained good) หมายถึง ทรัพย์สินที่ระบุเพียงรายการ หรือประเภท หรือปริมาณเท่านั้น<sup>31</sup> หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายยังมิได้กำหนดให้รู้แน่ชัดลงไปว่าเป็นทรัพย์สินใด ซึ่งอาจจะเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายแต่ยังไม่รู้ตัวทรัพย์สินที่แน่นอน หรืออาจเป็นทรัพย์สินที่ผู้ขายจะมีในภายภาคหน้าจึงยังไม่รู้ตัวทรัพย์สินแน่นอนก็ได้ ทรัพย์สินเช่นนี้แม้จะตกลงซื้อขายกันผู้ขายก็ยังไม่สามารถส่งมอบตัวทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้จนกว่าจะได้มีการนับ ชั่ง ตวง วัด คัดเลือก หรือทำการอย่างใดให้รู้ตัวทรัพย์สินแน่นอนแล้ว<sup>32</sup>

อีกทั้ง ทรัพย์สินที่ยังมิได้กำหนดไว้แน่นอน ยังอาจหมายถึง ทรัพย์สินที่ได้ระบุประเภทและชนิดไว้ อีกทั้งยังได้ระบุแหล่งที่มาของทรัพย์สินนั้นด้วย เช่น มานีตกลงขายข้าวสารชนิด 5% ที่เก็บอยู่ในโกดังของมานี ให้ชูใจ จำนวน 10 กระสอบ กรณีนี้แม้จะได้มีการกำหนดประเภทและชนิดของทรัพย์สินไว้แล้ว แต่ตราบใดที่ยังไม่ได้กำหนดลงแน่นอนว่าเป็นข้าวสารกระสอบไหน มานีก็อาจเอาข้าวสาร 5% กระสอบไหนในโกดังส่งให้ชูใจก็ได้ เพราะข้าวสารนั้นไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและก็ไม่ใช่ทรัพย์สินทั่วไป เพราะมานีจะไปเอาข้าวสารทั่ว ๆ ไปจากที่อื่น นอกจากที่อยู่ในโกดังมาส่งมอบให้ชูใจไม่ได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะมีเจตนาเพียงแต่จะซื้อขายข้าวสารชนิดเดียวกับที่เก็บไว้ในโกดัง ทรัพย์สินประเภทนี้จึงเรียกกันว่าเป็น ทรัพย์สินที่ยังมิได้กำหนดไว้แน่นอน<sup>33</sup>

นอกจากนี้ ทรัพย์สินที่ยังมิได้กำหนดไว้แน่นอนนี้กฎหมายอังกฤษได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังจะกล่าวต่อไปในบทที่ 4<sup>34</sup>

<sup>31</sup> “สำเนารายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย” (กรุงเทพมหานคร : ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , 2468 , อัดสำเนา).

<sup>32</sup> บัญญัติ สุชีวะ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26 , น.66.

<sup>33</sup> โสภณ รัตนากร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30 , น.70.

<sup>34</sup> โปรดดู น. 117.

(ภาพประกอบที่ 3)



4. ทรัพย์สินในอนาคต (Future good) หมายถึง ทรัพย์สินที่จะต้องมีการทำขึ้นมาหรือทรัพย์สินที่ผู้ขายจะได้มาในอนาคต หลังจากทำสัญญาซื้อขายแล้ว<sup>35</sup>

5. ประเภทของทรัพย์สิน หมายถึง ลักษณะของทรัพย์สินที่ได้ระบุไว้เป็นการทั่วไปว่าเป็นทรัพย์สินประเภทไหน ไม่ได้ระบุชัดว่าเป็นทรัพย์สินชนิดไหน<sup>36</sup> เช่น ระบุแต่เพียงว่า เป็น ข้าวเปลือก ข้าวสาร น้ำตาล ช้าง ม้า วัว ควาย รถยนต์ แต่ไม่ได้ระบุว่าเป็นข้าวเปลือก ข้าวสารหรือน้ำตาลจำนวนไหน ช้าง ม้า วัว ควายตัวไหน หรือรถยนต์คันไหน

6. ชนิดของทรัพย์สิน หมายถึง คุณภาพของทรัพย์สินหรือคุณลักษณะพิเศษของทรัพย์สิน ซึ่งตัวบทภาษาอังกฤษใช้คำว่า quality<sup>37</sup> เช่น ข้าว 5% น้ำตาลทรายขาวชั้นดี ไซโกเบอร์ 0 ช้างที่ลากไม้ได้ ม้าแข่งพันธุ์ดี วัวนมพ่อพันธุ์ชั้นเลิศ ควายที่ใช้งานได้ดี รถยนต์สปอร์ตยี่ห้ออะไร รุ่นไหน เป็นต้น

### 3. ประเภทของทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

การที่ทรัพย์สินใดเป็นวัตถุแห่งหนี้ ถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง จะส่งผลให้ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้นๆ จะนำทรัพย์สินอื่นมาชำระหนี้ไม่ได้การไม่มีอยู่ของทรัพย์สินเป็นเหตุให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 218 และมาตรา 219 อีกทั้งหากเกิดภัยพิบัติขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ทำการซื้อขายนั้นโดยโทษฝ่ายใดมิได้ ผลแห่งภัยพิบัติก็จะตกเป็นโทษแก่เจ้าหนี้ตาม มาตรา 370 หรือในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ครั้งทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

<sup>35</sup> The Sale of Goods Act , 1979 , Section 61(1) : “ Future goods means goods to be manufactured or acquired by the seller after the making of the contract of sale.”

<sup>36</sup> โสภณ รัตนากร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30 , น. 66.

<sup>37</sup> เพ็งอ้าง , น. 66.

ก่อน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงจะโอนไปยังผู้ซื้อได้ตามมาตรา 458 มาตรา 459 และมาตรา 460 นี้เป็น เรื่องที่จะต้องทำความเข้าใจว่าจะอะไรเป็นทรัพย์สินทั่วไปและอะไรเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

### 3.1 ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยสภาพ

ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยสภาพ คือ ทรัพย์สินที่มีสิ่งเดียว ขึ้นเดียว อันเดียวในโลก ย่อมเป็น ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยสภาพ เมื่อกล่าวถึงก็สามารถทราบได้ทันทีว่าเป็นทรัพย์สินขึ้นใด หากคู่สัญญาตกลง ทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าวแล้ว ก็จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีโดยไม่ต้องมีการทำตาม มาตรา 195 วรรคสอง แต่อย่างไรก็ดี ส่วนมากทรัพย์สินประเภทนี้มักจะเป็น อสังหาริมทรัพย์ งานจิตรกรรม ประติมากรรม รถมือสอง เช่น รถยนต์หมายเลขทะเบียน กท 1 กรุงเทพมหานคร , บ้านเลขที่ 1 หมู่บ้านแสนสุข , ปราสาทเนเวอร์แลนด์ , ภาพเขียนเรื่อง พระพุทธเจ้าในทิพยสถาน ของอาจารย์เฉลิมชัย โฆษิตพิพัฒน์ (ภาพเขียนมืออยู่ภาพเดียว แต่หาก เป็นภาพพิมพ์อาจมีหลายภาพจึงต้องมีการเลือกตัวทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก่อน) เป็นต้น

### 3.2 ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยการกำหนดเฉพาะเจาะจง

ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยการกำหนดเฉพาะเจาะจง คือ ทรัพย์สินทั่วไป ที่มีอยู่หลายๆ ขึ้น หลายๆ อัน เช่น ทรัพย์สินที่ผลิตได้จำนวนมากๆ โดยมนุษย์ผลิตขึ้นเองเป็นจำนวนมากๆ เช่น วิทยุ โทรทัศน์ รถยนต์ ปากกา สมุด ดินสอ เป็นต้น หรือเป็นทรัพย์สินที่เกิดขึ้นมาเองตามธรรมชาติเป็น จำนวนมากๆ เช่น ลำไย ลองกอง ข้าวสาร เป็นต้น ทรัพย์สินเหล่านี้เวลาตกลงซื้อขายกันก็จะตกลงได้ แต่เพียงเป็นประเภทว่า ซื้อข้าวสาร ซื้อปากกา แต่ถ้าได้กำหนดถึงตัวทรัพย์สินไว้แล้ว ทรัพย์สินนั้นก็จะ ไม่ใช่ทรัพย์สินทั่วไปอีก แต่จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เช่น ตกลงซื้อม้าที่ชื่อสีหมอกจากม้าหลายตัว ในฟาร์ม หรือไก่ที่อยู่ในเล้า 100 ตัว หากตกลงจะซื้อ 20 ตัว ต้องทำการแยกไก่ 20 ตัวนั้นออกมา จากเล้า แล้วไก่ 20 ตัวนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที แต่หากมีการตกลงซื้อไก่ในเล้าทุกตัวก็ ต้องถือว่าเป็นการซื้อทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (แต่ถ้ายังไม่รู้ราคากรรมสิทธิ์จะโอนก็ต่อเมื่อได้มีการนับ จำนวนเพื่อคำนวณราคาแล้ว มาตรา 460) เมื่อไก่ดังกล่าวเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วก็ต้องส่งมอบ ทรัพย์สินอันนั้นในการชำระหนี้ จะนำไก่จากเล้าอื่นมาส่งมอบให้มิได้

#### 4. ความสำคัญของการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

การที่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งเป็นวัตถุในการชำระหนี้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นมีความสำคัญอย่างมาก เพราะจะทำให้มีผลทางกฎหมายต่างไปจากการเป็นทรัพย์สินทั่วไป โดยเฉพาะในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ การรับภาระความเสี่ยงภัย และการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

##### 4.1 ความสำคัญในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์

การเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งมีความสำคัญอย่างมากในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกัน เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อได้ก็ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่ในขณะเดียวกันพึงตระหนักว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ได้ยึดติดกับการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ว่าเมื่อเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วกรรมสิทธิ์จะโอนไปทันที ควรทำความเข้าใจตรงกันว่า การโอนกรรมสิทธิ์แยกจากการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

##### 4.1.1 การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

จากมาตรา 458 ที่บัญญัติว่า “กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ผู้ขายได้ทำสัญญาซื้อขายกัน” หมายความว่าในการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ผู้ขายได้ทำสัญญาซื้อขายกัน คำว่า “ทำสัญญาซื้อขาย” ในมาตรา 458 นี้ หมายถึง “ทำสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 455 นั้นเอง เพราะมาตรา 455 บัญญัติว่า “เมื่อกล่าวต่อไปเบื้องหน้าถึงเวลาซื้อขาย ท่านหมายความว่าเวลาซึ่งทำสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์” และคำว่า “ทำสัญญาซื้อขาย” ในมาตรา 458 นี้ยังหมายถึงว่า ต้องมิใช่เป็นการทำสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขบังคับไว้ เพราะสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขบังคับไว้ได้มีมาตรา 459 บัญญัติไว้แล้ว<sup>38</sup>

สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด คือ สัญญาที่คู่สัญญาตกลงเรื่องต่าง ๆ ไว้เป็นการเรียบร้อยแล้วโดยไม่ต้องไปทำอะไรกันอีก ส่วนเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายย่อมโอนไปเป็นผู้ซื้อนั้นย่อมเป็นผลตามมา เมื่อทำการซื้อขายเสร็จเด็ดขาดนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อทันทีแม้ยังมิได้มีการชำระราคา หรือมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้

<sup>38</sup> บัญญัติ สุชีวะ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26 , น. 60.

ซื้อแล้วก็ตาม<sup>39</sup> และการซื้อขายทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดนี้ ทรัพย์สินที่ขายต้องมีตัวตนอยู่แล้วและเจาะจงซื้อทรัพย์สินที่มีตัวตนแน่นอนนั้น<sup>40</sup> หรืออาจกล่าวได้ว่าสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดคือสัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่กำหนดตัวตนแน่นอนแล้วหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว<sup>41</sup> ตามบทบัญญัติมาตรา 458 นี้ แม้จะมีได้กล่าววาททรัพย์สินที่ขายนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก็ตาม แต่มาตรานี้ย่อมจะต้องหมายถึงการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะหากเป็นการซื้อขายทรัพย์สินที่ได้กำหนดไว้แน่นอนหรือมิใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ต่างหากอีกมาตราหนึ่งคือมาตรา 460 วรรคแรก และทรัพย์สินตามมาตรา 458 นี้ก็ยังหมายถึงทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่กำหนดราคาหรือรู้ราคาไว้แน่นอนแล้วในขณะที่ทำสัญญาซื้อขาย<sup>42</sup> เพราะการที่ต้องมีการนับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อให้รู้ราคาภายหลังกรรมสิทธิ์จึงโอน เป็นเรื่องของ มาตรา 460 วรรคสอง แต่ในมาตรา 458 นี้ หมายความว่ากรรมสิทธิ์ต้องโอนทันที หรือทรัพย์สินในมาตรานี้อาจเป็นทรัพย์สินที่ยังไม่รู้ราคาก็ได้แต่สามารถรู้ภายหลังได้ในทันที ไม่ต้องทำการนับ ชั่ง ตวง วัดอีก เช่น ซื้อเค้กที่ทำไว้แล้ว 2 ชิ้น แล้วนั่งกินภายในร้านเค้ก กินเข้าไปแล้วกรรมสิทธิ์โอนแต่ยังไม่รู้ราคา เป็นต้น ซึ่งกรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่ต้องทำการนับ ชั่ง ตวง วัด ตามมาตรา 460 วรรคสอง เพราะประสงค์แต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่ไม่ประสงค์จะรู้ราคา โดยปกติสามารถรู้ได้แต่ยังไม่อยากรู้ จะรู้เมื่อตอนชำระเงินภายหลัง เป็นต้น กรณีดังกล่าวนี้สามารถสืบค้นรู้ราคาได้ แต่หากเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามมาตรา 460 วรรคสอง จะสืบค้นอย่างไรก็ไม่รู้จนกว่าจะได้ทำการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างอื่น หรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดเกี่ยวแต่ทรัพย์สิน เพื่อให้รู้ราคาทรัพย์สินแน่นอน ดังนั้นจึงสามารถอธิบายได้ว่าในการซื้อขายเสร็จเด็ดขาดนั้นเมื่อเกิดสัญญาซื้อขายขึ้นแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายก็จะโอนทันทีตามมาตรา 458 ซึ่งหมายความว่าทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกันนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งขึ้นมาทันทีเช่นกัน นั่นคือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปไม่ได้หากทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งนั้นนั้นไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะในการโอนกรรมสิทธิ์นั้นจะต้องทราบถึงตัวทรัพย์สินเฉพาะเจาะจงว่าเป็นอันไหน อย่างไรที่จะโอนไป

<sup>39</sup> ไผทชิต เอกจริยกร, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 28*, น. 87

<sup>40</sup> ปรีชา สุมาวงศ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้พิมพ์ครั้งที่ 6* (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครพิมพ์ , 2532) น.32.

<sup>41</sup> กฤตยชญ์ ศิริเขต. “การโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* , 2520. น.18.

<sup>42</sup> บัญญัติ สุชีวะ , *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 26* , น.60.

คำพิพากษาฎีกาที่ 802/2546 จำเลยที่ 1 ซื้อรถยนต์พิพาทมาจากจำเลยที่ 2 โดยชำระราคาด้วยเช็ค หลังจากนั้นจำเลยที่ 1 ได้ขายรถยนต์พิพาทให้แก่โจทก์ โดยโจทก์ได้ชำระราคาครบถ้วนและได้รับมอบรถยนต์พิพาทจากจำเลยที่ 1 แล้ว แม้ว่าเช็คที่จำเลยที่ 1 ชำระราคารถยนต์พิพาทจะถูกรณาคารปฏิเสธรายการเงิน การซื้อขายรถยนต์พิพาทระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ก็เป็นการซื้อขายเสร็จเด็ดขาด กรรมสิทธิ์โอนไปยังจำเลยที่ 1 ผู้ซื้อตั้งแต่ขณะที่เมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกันตามมาตรา 458 ส่วนการชำระราคาไม่ใช่เรื่องเงื่อนไขการโอนกรรมสิทธิ์

คำพิพากษาฎีกาที่ 2733/2546 ตามสัญญาซื้อขายที่ทำขึ้นระหว่างผู้คัดค้านและจำเลยที่ 2 มีข้อความระบุแต่เพียงว่าผู้คัดค้านได้ขายรถยนต์ของกลางให้แก่จำเลยที่ 2 ในราคา 320,000 บาท ได้รับเงินมัดจำไว้ 170,000 บาท ส่วนที่เหลือ 150,000 บาท จะชำระในวันที่ 29 มกราคม 2541 สัญญาซื้อขายดังกล่าวเป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ที่มีการแบ่งชำระราคาซื้อขายเป็นสองงวดเท่านั้น ดังนั้นเมื่อทำสัญญาเสร็จแล้ว กรรมสิทธิ์ในรถยนต์ยอมโอนไปยังจำเลยที่สอง ซึ่งเป็นผู้ซื้อทันทีตามมาตรา 458 มิใช่สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขการโอนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 459

จากสองฎีกาที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่ารถยนต์ดังกล่าวนี้เป็นทรัพย์สินที่มีการระบุไว้อย่างเฉพาะเจาะจงแน่นอนแล้วว่าเป็นคันไหน ดังนั้นเมื่อสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดเกิดขึ้นมีผลทำให้รถยนต์คันดังกล่าวกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อโดยทันทีเพราะไม่มีเงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนไขเวลาใดๆมาประวิงไว้ จากฎีกานั้นคู่สัญญาไม่เจตนาทำสัญญาซื้อขายโดยเสร็จเด็ดขาด ดังนั้นการที่จะชำระราคาหรือไม่ชำระราคาเมื่อไหร่จึงไม่ใช่เงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์

ประเด็นต่อมามีปัญหาว่ากรณีที่ยังไม่มีตัวทรัพย์สินหรือยังไม่ได้กำหนดตัวทรัพย์สินให้เฉพาะเจาะจงแน่นอนนั้น จะทำการซื้อขายเสร็จเด็ดขาดได้หรือไม่ เช่น การสั่งซื้อรถยนต์คันใหม่ที่ยังไม่ผลิต ขณะสั่งซื้อสัญญาเกิดแล้วผูกพันกันแล้วแต่ยังไม่มีตัวทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งการเกิดของทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นจะมีขึ้นเมื่อใดและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปเมื่อใดเป็นประเด็นปัญหาดังจะกล่าวต่อไปในหัวข้อทรัพย์สินในอนาคต<sup>43</sup>

ส่วนอีกมาตราหนึ่งที่จะมาอธิบายว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก็คือตาม มาตรา 460 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ในการซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดลงไว้แน่นอนนั้น ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้หมายหรือนับ ซึ่ง ตวง วัด หรือ คัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อให้บังตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนแล้ว” ซึ่งเป็นการโอนกรรมสิทธิ์

<sup>43</sup> โปรดดู น. 108.

ในทรัพย์สินที่ยังไม่ได้กำหนดไว้แน่นอน หมายถึง ทรัพย์สินที่ในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายยังมิได้กำหนดให้ผู้แนบชัดเจนไปว่าเป็นทรัพย์สินใด ซึ่งอาจจะเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายแต่ยังไม่รู้ตัวทรัพย์สินที่แน่นอน หรืออาจเป็นทรัพย์สินที่ผู้ขายจะมีในภายหน้าจึงยังไม่รู้ตัวทรัพย์สินแน่นอนก็ได้ ทรัพย์สินเช่นนี้แม้จะตกลงซื้อขายกัน ผู้ขายก็ยังไม่สามารถส่งมอบตัวทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้จนกว่าจะได้มีการนับ ชั่ง ตวง วัด คัดเลือก หรือทำการอย่างใดให้ผู้ซื้อได้รับทราบแล้ว

ตัวอย่าง ปูมีมะพร้าวอยู่ในเรือ 1 ลำ ปลาต้องการซื้อมะพร้าวในเรือของปู 50 ผล ทันทีที่ซื้อขายกันสัญญาเกิดแต่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนจนกว่ามะพร้าว 50 ผล จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยการคัดเลือก เมื่อมีการคัดเลือกมะพร้าว 50 ผล ออกมาเป็นที่แน่นอนแล้ว กรรมสิทธิ์ในมะพร้าวจะโอนไปยังปลาหรือผู้ซื้อทันที

การซื้อขายทรัพย์สินที่ยังไม่ได้กำหนดไว้แน่นอนนั้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อ จนกว่าจะได้ทำสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์แล้ว และได้มีการหมายนับ ชั่ง ตวง วัด คัดเลือก หรือทำการอย่างใดให้ผู้ซื้อได้รับทราบแล้ว ทั้งนี้ตั้งที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 460 วรรคแรก เหตุผลที่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้หมาย นับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อป้องกันตัวทรัพย์สินออกเป็นการแน่นอน ก็เพราะเมื่อยังไม่มีการแยกทรัพย์สินว่าทรัพย์สินอันไหนเป็นทรัพย์สินที่ผู้ขายจะโอนให้เมื่อนั้น กรรมสิทธิ์ก็ยังไม่โอนเพราะยังไม่ทราบว่าจะต้องโอนทรัพย์สินใดแก่เจ้าหนี้ แต่เมื่อใดมีการแบ่งตัวทรัพย์สินโดยการนับ ชั่ง ตวง วัด คัดเลือกหรือระบุออกมาเป็นการแน่นอนแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็โอนไปยังผู้ซื้อทันที ซึ่งมีผลทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไปเช่นกันเนื่องจากได้ถูกแบ่งตัวทรัพย์สินออกมาเป็นที่แน่นอนแล้ว จะเห็นได้ว่าเมื่อทรัพย์สินยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะไม่มีทางโอนไปได้เลย

#### 4.1.2 การโอนกรรมสิทธิ์แยกจากการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ความจริงสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์หรือสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดนั้น หากจำเป็นจะต้องผูกมัดอยู่กับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเสมอไปไม่ สัญญาซื้อขายอาจสำเร็จบริบูรณ์หรือเสร็จเด็ดขาดได้โดยที่กรรมสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องโอนไปยังผู้ซื้อ<sup>44</sup>ในทันที นั่นก็คือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นอาจจะยังไม่โอนไปแม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วก็ตาม

ซึ่งอาจเกิดจากการซื้อขายทรัพย์สินนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนไขเวลา เริ่มต้นตาม มาตรา 459 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไข หรือเงื่อนไขเวลาบังคับไว้ ท่านว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปจนกว่าการจะได้เป็นไปตามเงื่อนไข หรือถึงกำหนดเงื่อนไข

<sup>44</sup> บัญญัติ สุชีวะ , อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 27 , น.59 – 62.

นั้น” ทำให้น่าคิดว่าเงื่อนไขในที่นี้เป็นเงื่อนไขการโอนกรรมสิทธิ์หรือเงื่อนไขการเกิดสัญญา ซึ่งสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขในที่นี้หมายถึงสัญญาซื้อขายที่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อน<sup>45</sup> คือคู่สัญญาได้ทำสัญญาซื้อขายกันแล้ว เมื่อสัญญาเกิดทำให้ตัวทรัพย์ที่ทำการซื้อขายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่ทว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่อาจโอนได้เนื่องจากมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาตามมาประวิง เมื่อพิจารณาแล้ว แม้ผลของเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาของสัญญาซื้อขายคือ สัญญาจะเกิดหรือไม่ หรือแม้สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแต่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนเป็นของผู้ซื้อก็ตาม ผลก็เหมือนกันคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายก็ยังไม่โอนไปเป็นของผู้ซื้อเช่นกัน อย่างไรก็ตามคำตอบในที่นี้น่าจะเป็นว่าสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาตามมาตรานี้ เป็นเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายมากกว่าจะเป็นเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาของการเกิดขึ้นของสัญญา<sup>46</sup> เงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลานั้นได้หวังเหนี่ยวผลแห่งนิติกรรมยังไม่ให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปเท่านั้น มิได้หมายความว่านิติกรรมสัญญายังไม่เกิด ถ้าหากไม่มีนิติกรรมสัญญาแล้วจะเอาอะไรมาผูกพันระหว่างคู่กรณี<sup>47</sup>

ตัวอย่าง นาย ก. ทำสัญญาซื้อขายรถแทรกเตอร์จาก นาย ข. โดยตกลงกันว่า นาย ข. จะโอนกรรมสิทธิ์ในรถแทรกเตอร์คันนี้ไปยัง นาย ก. เมื่อลูกชายของ นาย ข. มารับ นาย ข. ไปอยู่ด้วยกันที่กรุงเทพฯ การที่ลูกชายของ นาย ข. จะมารับนาย ข. ไปอยู่กรุงเทพฯหรือไม่นั้นจึงเป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน เมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้วทำให้รถแทรกเตอร์คันนี้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที แต่ว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนจนกว่าลูกชายของ นาย ข. มารับ นาย ข. ไปอยู่ที่กรุงเทพฯด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกา 7531/2543 สัญญาเช่าซื้อระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ทำขึ้นเพื่ออำพรางสัญญาซื้อขาย ต้องนำบทบัญญัติกฎหมายซื้อขายมาใช้บังคับ จำเลยที่ 1 เพียงแต่ส่งมอบรถยนต์คันพิพาทโดยยังไม่ส่งมอบเอกสารที่ใช้ในการจดทะเบียนแก่จำเลยที่ 2 แสดงว่า

<sup>45</sup> จำปี ไสตติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด , 2548) น.128.

<sup>46</sup> กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (มาตรา 453 ถึง 536) , ไผทชิต เอกจริยกร , พฤศจิกายน 2548, น.34.

<sup>47</sup> ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545) น.68.

จำเลยที่ 1 ยังไม่มีเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ให้จนกว่าจำเลยที่ 2 จะชำระราคาครบถ้วน เมื่อจำเลยที่ 2 ชำระราคายังไม่ครบถ้วนกรรมสิทธิ์ยังไม่ตกเป็นของจำเลยที่ 2 ตามมาตรา 459 โจทก์ซื้อรถยนต์คันพิพาทจากจำเลยที่ 2 จึงไม่ได้กรรมสิทธิ์

จากฎีกาดังกล่าวเป็นการซื้อขายรถยนต์ที่ระบุเฉพาะเจาะจงแล้วแต่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปในทันทีเนื่องจากมีเงื่อนไขบังคับก่อนคือการชำระราคา ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้วแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ก็หาได้โอนเสมอไปไม่ เพราะยังมีเงื่อนไขบังคับก่อนมาประวิง

และอีกกรณีหนึ่งที่จะอธิบายว่าการโอนกรรมสิทธิ์แยกออกจากการเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นก็คือเหตุตาม มาตรา 460 วรรคสอง ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ในการซื้อขายทรัพย์เฉพาะสิ่ง ถ้าผู้ขายยังจะต้องนับ ชั่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างอื่น หรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ทรัพย์สินเพื่อให้รู้กำหนดราคาทรัพย์สินนั้นแน่นอน ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าการหรือสิ่งนั้นได้ทำแล้ว” ตามวรรคสองนี้มีใช่เป็นการแยกตัวทรัพย์ที่ขาย แต่เป็นการกระทำเพื่อที่จะกำหนดรู้ราคา ดังนั้นทรัพย์ในมาตรานี้จึงต้องเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งเสียก่อน จึงจะมีการนับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อให้รู้ราคา ดังนั้นหากการกระทำนั้นๆไม่ใช่เพื่อการให้รู้ราคาแล้ว ก็ไม่ใช่การชัดขวางให้กรรมสิทธิ์โอนไปตามหลักธรรมดา

ตัวอย่าง มาลีซื้อไข่เปิดจากมาลัยทั้งลำเรือเป็นเงิน 10,000 บาท โดยตกลงกันว่ามาลัยจะต้องบรรจุไข่เปิดลงในกล่องซึ่งมาลีจัดมาให้ กล่องละ 2 โหล มาลัยคิดค่าบรรจุเป็นราคากล่องละ 10 บาท มาลีจะชำระราคาค่าไข่เปิดและค่าบรรจุเมื่อมาลัยบรรจุเสร็จแล้ว ดังนี้ถือว่าเป็นการซื้อขายทรัพย์เฉพาะสิ่ง เพราะเป็นการขายเหมาทั้งลำเรือ กรรมสิทธิ์ยอมเปลี่ยนมือจากมาลัยไปสู่มาลีทันทีที่ได้ตกลงซื้อขายกันตาม มาตรา 458 การบรรจุไข่เปิดลงในกล่องเป็นการตกลงพิเศษนอกเหนือสัญญาซื้อขาย (เป็นสัญญาจ้างทำของ) จึงมิใช่การทำการเพื่อให้ทราบราคาของทรัพย์สินตาม มาตรา 460 วรรค 2<sup>48</sup> แต่หากมาลีซื้อไข่เปิดจากมาลัยทั้งลำเรือแล้วแต่ยังต้องนับว่ามีไข่เปิดทั้งหมดกี่ใบ เพราะจะได้คิดใบละ 5 บาทนั้น ไข่ทั้งลำเรือเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งทันทีที่ทำสัญญาซื้อขายกัน แต่ทว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนจนกว่าจะได้มีการนับว่ามีไข่เปิดกี่ใบเพื่อนำมาคำนวณเพื่อให้รู้ราคาในภายหลัง

จากที่กล่าวมาทำให้ทราบว่าอันที่จริงแล้วการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์และการเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นได้แยกออกจากกันแต่ก็ไม่ได้แยกจากกันโดยสิ้นเชิง จะเห็นได้ว่าเมื่อทรัพย์กลายเป็น

<sup>48</sup> เทียบข้อสอบกฎหมายแพ่ง ข้อที่ 6 ของสำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัย 15 ปีการศึกษา 2505

ทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้วไม่จำเป็นว่ากรรมสิทธิ์จะต้องโอนไปด้วยเสมอไป แต่การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ ทรัพย์นั้นจะต้องเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งเสมอ

#### 4.1.3 การโอนกรรมสิทธิ์ต่างกับการส่งมอบทรัพย์

การส่งมอบและการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขาย ต่างเป็นหนี้ซึ่งผู้ขายจะต้องปฏิบัติการชำระด้วยกันทั้งคู่ แต่ข้อแตกต่างอยู่ที่ว่า การส่งมอบทรัพย์สินนั้นเป็นเรื่องที่ผู้ขายจะต้องกระทำ มิฉะนั้นไม่มีทางที่ทรัพย์สินจะพ้นจากการครอบครองของฝ่ายหนึ่งไปสู่การครอบครองของอีกฝ่ายหนึ่งโดยผลของกฎหมาย ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์นั้น อาจเป็นเรื่องที่โอนไปได้โดยอำนาจแห่งกฎหมาย เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นประการอื่น เช่น มีข้อกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาหน่วงเหนี่ยวการโอนกรรมสิทธิ์ไว้<sup>49</sup>

กรรมสิทธิ์สามารถโอนได้แม้ยังไม่มี การส่งมอบทรัพย์ แต่ถ้ามีการส่งมอบทรัพย์แล้ว ย่อมเป็นที่เข้าใจว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนแล้ว เว้นแต่เป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาตาม มาตรา 459

#### 4.2 ความสำคัญในเรื่องการรับภาระความเสี่ยงภัย

หนี้ตามสัญญาต่างตอบแทนนั้นเป็นมูลเหตุแห่งการชำระหนี้ซึ่งกันและกัน คือจะต้องมีการชำระหนี้ตอบแทนกันทั้งสองฝ่าย ดังนั้น ถ้าการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติได้เพราะตกเป็นพ้นวิสัยนั้น ก็ย่อมเกิดปัญหาขึ้นว่าผลแห่งภัยพิบัตินั้นจะตกเป็นบาปเคราะห์แก่คู่สัญญาฝ่ายใดหรือฝ่ายใดจะต้องรับภัย การชำระหนี้อันเป็นพ้นวิสัยนั้น อาจเกิดจากเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งใน 3 ประการ คือ เหตุอันโทษลูกหนี้ได้ หรือเหตุอันโทษเจ้าหนี้ได้ หรือเหตุอันโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ตามหลักทั่วไป เมื่อการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ลูกหนี้อาจจะต้องรับผลแห่งภัยพิบัตินั้น (res perit debitori) และไม่มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ตอบแทน ทั้งนี้ก็เพราะโดยลักษณะแห่งสัญญาต่างตอบแทนจะต้องมีการชำระหนี้ตอบแทนกัน เมื่อฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ไม่ได้ก็ย่อมจะเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ไม่ได้ด้วย เพราะไม่มีอะไรที่จะชำระตอบแทนกันตามมาตรา 369 แต่หลักทั่วไปดังกล่าวย่อมไม่ใช้ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษนั้นก็คือกรณีของสัญญาซื้อขายทรัพย์เฉพาะสิ่งตามมาตรา 370 และมาตรา 371 โดยทรัพย์ที่ซื้อขายกันนั้นจะต้องเป็นทรัพย์

<sup>49</sup> วิชาญ เครื่องงาม, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 24, น.198

เฉพาะสิ่ง หากยังไม่เป็นก็จะใช้สองมาตรานี้ไม่ได้ จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อได้ทำตามวิธีที่กำหนดในมาตรา 195 วรรคสอง แล้วดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### 4.2.1 กรณีของสัญญาซื้อขายทรัพย์เฉพาะสิ่งตาม มาตรา 370

มาตรา 370 บัญญัติว่า “ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์เฉพาะสิ่ง และถ้าทรัพย์นั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง อันจะโทษลูกหนี้ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้

ถ้าไม่ใช่ทรัพย์เฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้บังคับแต่เวลาที่ทรัพย์นั้นกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195 วรรค 2 นั้นไป”

จากมาตรา 370 วรรคแรกมีหลักเกณฑ์ คือ ต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สิน ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน หากเป็นสัญญาที่ยังมิได้ก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ทันที เช่น สัญญาจะซื้อจะขาย คำมั่นว่าจะขาย หรือสัญญาที่เพียงแต่จะก่อให้เกิดทรัพย์สินต่อไปในภายหน้า ได้แก่ สัญญาที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา หรือจะต้อนับ ซึ่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อแบ่งตัวทรัพย์หรือกำหนดราคาแน่นอน ซึ่งกรณีเหล่านี้กรรมสิทธิ์ยังไม่โอน ก็ยังถือไม่ได้ว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามความหมายของมาตรานี้ จะไม่นำหลักความเสี่ยงภัยตกได้แก่เจ้าหนี้มาใช้ในกรณีเหล่านี้ ส่วนทรัพย์ที่โอนตามสัญญาดังกล่าวต้องเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งที่คุณสัญญาเลือกกำหนดไว้เจาะจงเอาเป็นวัตถุประสงค์แห่งการชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งจะเอาสิ่งอื่นมาแทนกันไม่ได้<sup>50</sup> หากทรัพย์นั้นยังไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งก็จะมาใช้มาตรานี้ไม่ได้ จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อได้ทำตามวิธีที่กำหนดไว้ในมาตรา 195 วรรคสอง ตามที่มาตรา 370 วรรคสองได้บัญญัติไว้

หลักเกณฑ์อีกประการคือความสูญหายหรือเสียหายดังกล่าวจะเอาโทษกับลูกหนี้ไม่ได้ หากเอาโทษกับลูกหนี้ได้ด้วยเหตุที่ลูกหนี้ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลรักษาทรัพย์อย่างเช่น วิทยุชนฟังกระทำตาม มาตรา 323 วรรคสอง จนทำให้ทรัพย์อันเป็นวัตถุประสงค์สูญหายหรือเสียหาย หรือลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดตาม มาตรา 217 ผลพิบัติที่เกิดขึ้นกับตัวทรัพย์ย่อมตกเป็นพับแก่ลูกหนี้และลูกหนี้หรือผู้ขายต้องชดใช้ค่าสินไหมด้วยตาม มาตรา 218 และไม่มีสิทธิเรียกให้ชำระค่าตอบแทนตามมาตรา 369

<sup>50</sup> เสนีย์ ปราโมช , อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 23 , น.498.

#### 4.2.2 กรณีของสัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อนตาม มาตรา 371

มาตรา 371 บัญญัติว่า “บทบัญญัติที่กล่าวมาในมาตราก่อนหน้านี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าเป็นสัญญาต่างตอบแทนมีเงื่อนไขบังคับก่อนและทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นสูญหรือทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ

ถ้าทรัพย์สินเสียหายเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษเจ้าหนี้มิได้ และเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้โดยลดส่วนอันตนจะต้องชำระหนี้ตอบแทนนั้นลงหรือเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้แล้วแต่จะเลือก แต่ในกรณีที่ต้นเหตุเสียหายเกิดเพราะฝ่ายลูกหนี้นั้น ท่านว่าหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนไม่”

สัญญาต่างตอบแทนที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนนั้นก็ให้แก่สัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาได้กำหนดว่าให้สัญญามีผลตามกฎหมายเมื่อเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งมีลักษณะไม่แน่นอนอันใดอันหนึ่งได้เกิดขึ้น เงื่อนไขจึงจะสำเร็จ

จากมาตรา 371 นี้จะเห็นได้ว่าหากเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการโอนทรัพย์สินที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน และทรัพย์สินสูญหายหรือถูกทำลายในระหว่างเงื่อนไขไม่สำเร็จจะไม่นำหลักความเสี่ยงภัยตกให้แก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 370 มาบังคับใช้ แต่จะนำหลักทั่วไป คือหลักความเสี่ยงภัยตกให้แก่ลูกหนี้มาใช้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หากสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์แล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนแล้ว ภาระความเสี่ยงภัยก็จะตกแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 370 วรรคหนึ่ง แต่หากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปยังเจ้าหนี้เพราะเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อนก็ต้องมาพิจารณาใน มาตรา 371 บังคับในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาสูญหายหรือเสียหายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ ซึ่งจะแยกพิจารณาเป็น 2 วรรค ดังนี้

วรรคหนึ่ง จะเป็นกรณีของทรัพย์สินสูญหายหรือถูกทำลายคือไม่มีตัวทรัพย์สินเหลือเลยในระหว่างที่เงื่อนไขบังคับก่อนยังไม่สำเร็จ เป็นผลให้ภัยพิบัติหรือความสูญหายหรือการที่ถูกทำลายนั้นย่อมไม่ตกเป็นพัวพันกับเจ้าหนี้ เพราะเจ้าหนี้ยังไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินในขณะที่เกิดภัยพิบัติ<sup>51</sup> ผลแห่งภัยพิบัติในตัวทรัพย์สินย่อมตกแก่ลูกหนี้ ซึ่งทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตาม มาตรา 219 และลูกหนี้ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทน ตามมาตรา 369

<sup>51</sup> ศนันทกรรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2549) น.309.

วรรคสอง จะเป็นกรณีของทรัพย์สินเสียหายเท่านั้น ความเสียหายดังกล่าวต้องเกิดในระหว่างเงื่อนไขยังไม่สำเร็จและโทษเจ้าหนี้ไม่ได้ และตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นยังคงมีอยู่ แต่ไม่อยู่ในสภาพเดิมเหมือนตอนทำสัญญา ดังนั้นผลในทางกฎหมายก็จะแตกต่างกันด้วย คือทรัพย์สินนั้นเพียงแต่เสียหายแต่ก็อาจยังเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ได้อยู่ หากเงื่อนไขสำเร็จในเวลาต่อมากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมโอนไปยังเจ้าหนี้ และเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้และขอลดค่าตอบแทนในส่วนที่ตนต้องชำระลงตามสัดส่วนความเสียหายของตัวทรัพย์สิน หรือเจ้าหนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา<sup>52</sup> ก็ได้

#### 4.3 ความสำคัญในเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย

เมื่อเกิดภัยพิบัติกับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้โดยเหตุสุดวิสัยลูกหนี้จะยังคงผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ให้เจ้าหนี้อยู่อีกหรือไม่ ดังนี้เป็นเรื่องความเสี่ยงภัยในการชำระหนี้ ปัญหานี้โดยทั่วไปแล้วจะต้องพิจารณาที่ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้เป็นสำคัญว่าทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้เป็นทรัพย์สินที่ได้มีการกำหนด ระบุ หรือบ่งตัวทรัพย์สินได้แน่นอนหรือยัง

ถ้าทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้ยังไม่ได้กำหนดตัวแน่นอน หรือเพียงแต่ระบุตัวทรัพย์สินไว้ หรือส่วนของทรัพย์สินนั้นยังไม่ได้ระบุไว้แน่นอน กล่าวคือทรัพย์สินที่เป็นวัตถุในการชำระหนี้ระบุไว้เป็นประเภทหรือชนิดแต่ยังไม่รู้แน่นอนว่าเป็นอันไหนหรือส่วนไหน จำนวนไหนเจาะจงลงไป โดยทั่วไปแล้วสำหรับทรัพย์สินดังกล่าวมีหลักว่า “ไม่กลายเป็นพันวิสัย หากยังหาของอื่นที่เป็นประเภท ชนิดเดียวกัน และปริมาณที่เท่ากันมาแทนได้อยู่” (genus non perit : die guttung geht nicht unter) เพราะหากยังสามารถหาทรัพย์สินดังกล่าวจากที่อื่นมาแทนได้ การชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้นยังเป็นวิสัยที่กระทำได้ แต่จะถือว่าการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินดังกล่าวจะกลายเป็นพันวิสัยไปก็ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นหมดไป ไม่มีอีก ไม่อาจหามาได้จากแหล่งหรือที่ๆ กำหนดไว้โดยเฉพาะ เช่น ซื้อไก่ 100 ตัว จากเจ้าของผู้ขายเองเท่านั้น และเมื่อไก่ทั้งฝูงได้ตายลงหมดจากโรคไข้หวัดนก จะไปหาไก่จากที่อื่นก็ไม่ได้เพราะได้ระบุไว้ว่าต้องเป็นไก่ในเจ้าของผู้ขายเท่านั้น ดังนี้จึงจะถือว่าการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินดังกล่าวกลายเป็นพันวิสัย แต่ถ้าการซื้อไก่ 100 ตัว นั้นไม่ได้ระบุว่าเป็นไก่จากที่ไหน แม้ว่าไก่ในเจ้าของผู้ขายตายลงหมด การชำระหนี้ก็ยังไม่กลายเป็นพันวิสัย ผู้ขายยังสามารถ

<sup>52</sup> เฟิ่งอ๋าง , น. 311.

หาได้จากแหล่งอื่นมาส่งมอบให้ผู้ซื้อได้อยู่ แต่ถ้าไม่อาจหาได้อีกเลยไม่ว่าที่ใดก็ต้องถือว่าเป็นการชำระหนี้โดยพันธวิสัยเช่นกัน

กรณีที่ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ จากเดิมที่เป็นทรัพย์ไม่แน่นอน กลายเป็นทรัพย์ที่แน่นอน มีผลสำคัญในกฎหมายมาก เพราะเหตุว่า หากทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์ที่ระบุไว้เพียงเป็นประเภท แล้วลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ได้โดยเหตุสุดวิสัย อันเป็นเหตุการณ์เฉพาะตัวลูกหนี้ ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบ แต่ถ้าได้กำหนดทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ได้แน่นอนแล้ว ความรับผิดชอบก็จะเปลี่ยนไปเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น ฟ้ำทำสัญญาซื้อขายข้าวเปลือกจากเขียว 2 เกวียน (ไม่ได้ระบุแน่นอนว่าเป็น 2 เกวียน จากส่วนไหนของยุ้ง) เมื่อทำสัญญาแล้วไฟไหม้ยุ้งข้าวของเขียว และข้าวเปลือกของเขียวก็ถูกไฟไหม้เสียหายจนหมด เขียวจะอ้างเหตุขึ้นขับปฏิเสธสัญญาต่อฟ้ำไม่ได้ แต่เขียวอาจจะอ้างเหตุสุดวิสัยขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตาม มาตรา 219 ได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าข้าวเปลือกที่ไหนๆ ก็ไม่มี จึงเป็นการพันธวิสัยที่เขียวจะหาข้าวเปลือกมาส่งให้ฟ้ำตามสัญญา

แต่ถ้าหากเป็นทรัพย์ที่ได้กำหนดแน่นอนแล้ว ลูกหนี้อาจอ้างเหตุสุดวิสัยขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ ตามมาตรา 219 เช่น ในกรณีที่เขียวตกลงขายข้าวเปลือกให้ฟ้ำ 2 เกวียน แต่ เขียวได้ดวงข้าว 2 เกวียน ไว้ต่างหาก ด้วยความตกลงของฟ้ำ ภายหลังไฟไหม้ข้าว 2 เกวียนนั้นหมด โดยไม่ใช่ความผิดของเขียว การรับประกันความเสี่ยงภัยก็ต้องตกแก่ฟ้ำ คือเขียวหลุดพ้นหน้าที่ส่งมอบทรัพย์ตาม มาตรา 219 ส่วนฟ้ำต้องชำระราคาโดยไม่ได้ทรัพย์ตามมาตรา 370 อันจะได้ศึกษาต่อไป

เพราะฉะนั้นตราบไต่ที่ทรัพย์อันเป็นวัตถุในการชำระหนี้ยังไม่ได้มีการกำหนดตัวแน่นอน หรือทรัพย์ที่เป็นวัตถุในการชำระหนี้ที่ระบุไว้เป็นประเภทชนิดนั้นยังไม่ได้ถูกจำกัด กำหนด หรือถูกคัดเลือกออกมาเป็นทรัพย์ที่แน่นอนเพื่อชำระหนี้ ตราบนั้นลูกหนี้ก็ยังไม่หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ผูกพันที่จะต้องเอาทรัพย์อื่นหรือของอื่นที่เป็นชนิดเดียวกันจากที่ๆ กำหนดหรือที่อื่นมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จึงจะพ้นภาระผูกพันที่ตนมีต่อเจ้าหนี้ ซึ่งหมายความว่าในกรณีดังกล่าวนี้ลูกหนี้เป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยในการชำระหนี้

หากทรัพย์ที่เป็นวัตถุในการชำระหนี้ได้มีการกำหนดตัวแน่นอนด้วยประการใดๆ ที่ทำให้รู้แน่ว่าเป็นทรัพย์อันไหน สิ่งไหน กองไหน จำนวนไหน ที่จะเป็นวัตถุในการชำระหนี้แล้ว กล่าวคือ เมื่อมีการแบ่งแยกตัวทรัพย์ออกเป็นการแน่นอนแล้ว ทรัพย์ที่ถูกแบ่งถูกคัดหรือถูกเลือกนั้นก็กลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง ดังนั้นเมื่อเกิดภัยพิบัติกับทรัพย์นั้นโดยเหตุสุดวิสัยก็ไม่อาจเอาทรัพย์นั้นมาชำระได้อีก เมื่อไม่ใช่ความผิดของลูกหนี้ ลูกหนี้ก็เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตน ไม่ต้องหาทรัพย์อื่นหรือของอื่นที่เป็นประเภทหรือชนิดเดียวกันมาชำระหนี้แทนให้แก่เจ้าหนี้อีก ดังที่

บัญญัติไว้ใน มาตรา 219 วรรคแรก ว่า “ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้” ดังคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1074/2546 การที่โจทก์ส่งมอบข้าวเปลือกของโจทก์ให้จำเลยสี่เป็นข้าวสารแล้วส่งคืนข้าวสารแก่โจทก์ โดยโจทก์ให้ค่าตอบแทนแก่จำเลยเป็นปลายข้าวและรำข้าว ถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่งซึ่งจำเลยมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องนำข้าวเปลือกจำนวนที่ได้รับมอบจากโจทก์ อันกำหนดไว้แน่นอนมาดำเนินการสี่เป็นข้าวสารแล้วส่งมอบให้โจทก์ ขณะไฟไหม้โรงสีมีแต่ข้าวสารที่จะต้องส่งมอบให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว การที่จำเลยไม่สามารถส่งมอบข้าวสารให้แก่โจทก์ได้เนื่องมาจากไฟไหม้โรงสีของจำเลยทำให้ข้าวสารเสียหาย ทั้งเหตุที่ไฟไหม้ไม่ปรากฏว่าเกิดจากการกระทำของผู้ใด จึงถือไม่ได้ว่าเหตุที่เกิดไฟไหม้เนื่องมาจากพฤติการณ์ที่จำเลยต้องรับผิดชอบ ดังนั้น การชำระหนี้ด้วยการส่งมอบข้าวสารจึงกลายเป็นพันธวิสัยเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบตาม มาตรา 219 วรรคแรก แห่งป.พ.พ.

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นข้าวสารที่จะส่งมอบดังกล่าวนี้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วเนื่องจาก ข้าวสารในที่นี้ก็คือข้าวเปลือกที่โจทก์ส่งมอบให้จำเลยสี่ตั้งแต่แรกนั่นเอง ขณะที่โจทก์ได้ส่งมอบข้าวเปลือกให้จำเลยสี่นั้นโจทก์ได้ส่งมอบให้เป็นจำนวนที่แน่นอนว่าเป็นข้าวเปลือกจำนวนไหนกองใด ดังนั้นเมื่อข้าวเปลือกดังกล่าวสี่เป็นข้าวสารแล้วข้าวสารที่จะส่งให้โจทก์นั้นก็คือข้าวเปลือกจำนวนเดิมกองเดิมนั่นเอง ดังนั้นจึงสามารถระบุเฉพาะเจาะจงได้ว่าข้าวสารของโจทก์เป็นข้าวจำนวนใดข้าวสารที่จะส่งมอบให้โจทก์นั้นจึงเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นจะต้องส่งมอบด้วยทรัพย์สินนั้น จะนำทรัพย์สินอื่นมาชำระแทนไม่ได้ ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหายกับทรัพย์สินเฉพาะสิ่งขึ้น จึงเกิดการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยอย่างแน่นอน เนื่องจากไม่สามารถหาทรัพย์สินอื่นมาชำระแทนได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4341/2531 สัญญาซื้อขายข้าวสารระหว่างโจทก์และจำเลยมิได้กำหนดให้จำเลยจัดหาข้าวสารเพื่อส่งมอบให้แก่จำเลยจากที่ใด การที่จำเลยทำสัญญาซื้อขายข้าวสารจากโรงสีชุมชนสหกรณ์ที่จังหวัดนครนายก โจทก์ไม่ได้รู้เห็นหรือเกี่ยวข้องด้วย เมื่อเกิดเพลิงไหม้โรงสีและข้าวเปลือกที่เตรียมไว้สี่เป็นข้าวสารถูกเพลิงไหม้ไปด้วย จำเลยก็สามารถจัดหาข้าวสารจากที่อื่นส่งมอบให้แก่โจทก์ได้ จำเลยอ้างว่าเป็นเหตุสุดวิสัยเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบต่อโจทก์ไม่ได้

จากฎีกานี้จะเห็นได้ว่าเป็นการซื้อขายทรัพย์สินทั่วไป ข้าวสารที่จำเลยจะส่งมอบให้โจทก์นั้นยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเนื่องจากจำเลยยังไม่ได้ปฏิบัติตามวิธีที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็น

ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามมาตรา 195 วรรคสอง ซึ่งการชำระหนี้ทั่วไปนั้นสามารถนำทรัพย์สินชนิดเดียวกันอย่างเดียวกันจากที่อื่นใดก็ได้มาชำระแทน ไม่เป็นการพ้นวิสัยที่จะทำได้ ดังนั้นการชำระหนี้ของจำเลยยังเป็นวิสัยที่จะทำได้อยู่โดยการหาข่าวสารจากที่ใดก็ได้มาชำระแทน แต่หากที่อื่นที่ใดเช่นว่านั้นไม่มีทรัพย์สินเช่นว่านั้นอยู่หรือว่าทั้งโลกนี้ก็ไม่สามารถหาทรัพย์สินเช่นว่านั้นได้ การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยก็สามารถเป็นไปด้วยเช่นกัน

### ความสำคัญของการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามกฎหมายไทย

(ภาพประกอบที่ 4)



## 5. ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 195 วรรคสอง และมาตรา 460

สิ่งแรกที่ต้องทำความเข้าใจในสองมาตรานี้ก็คือทั้งสองมาตรานี้มีที่มาต่างกัน เนื่องจากมาตรา 195 วรรคสอง ได้ถูกบัญญัติไว้ในบรรพ 2 ลักษณะ 1 หมวด 1 เรื่องวัตถุแห่งหนี้ ส่วนมาตรา 460 ได้บัญญัติไว้ใน บรรพ 3 ลักษณะ 1 หมวด 1 ส่วนที่ 2 เรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ เมื่อพิจารณาดูแล้วเป็นคนละเรื่องกัน

จะเห็นได้ว่ามาตรา 195 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำ เพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้นทุกประการแล้วก็ดี หรือถ้าลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์สินที่จะส่งมอบแล้วด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ก็ดี ท่านว่าทรัพย์สินนั้นจึงเป็นวัตถุแห่งหนี้จำเดิมแต่เวลานั้นไป” ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีการที่จะได้มาซึ่งทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้ อันมีอยู่สองวิธีด้วยกัน

ส่วนมาตรา 460 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในการซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดลงไว้แน่นอนนั้น ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้หมายหรือนับ ซึ่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อให้แบ่งตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนแล้ว” เป็นการบัญญัติถึงเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดไว้แน่นอน คือจะต้องทำให้ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่แน่นอน เฉพาะเจาะจงก่อนกรรมสิทธิ์จึงจะโอนไปได้

และมาตรา 460 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ถ้าผู้ขายยังต้องนับ ซึ่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างอื่น หรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ทรัพย์สินเพื่อให้รู้กำหนดราคาทรัพย์สินนั้นแน่นอน ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าการหรือสิ่งนั้นได้ทำแล้ว” เป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ยังไม่รู้ราคา จึงต้องทำการนับ ซึ่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างอื่น หรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ทรัพย์สินเพื่อให้รู้ราคาของทรัพย์สินก่อน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจึงจะโอนไปยังเจ้าหนี้

กรณีจะเห็นได้ว่ามาตรา 195 วรรคสองนั้นเป็นเรื่องของวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้ ส่วนมาตรา 460 เป็นเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นคนละเรื่องกัน แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นทั้งสองมาตรานี้ก็มีความสัมพันธ์กันดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

หากพิจารณาจาก มาตรา 195 วรรคสอง โดยมาตรานี้ได้กำหนดวิธีการทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งมีอยู่ 2 วิธีด้วยกัน วิธีแรกคือการที่ลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้นทุกประการแล้ว ส่วนวิธีที่สองคือการที่ลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์สินที่จะส่งมอบแล้วด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ ซึ่งการที่ลูกหนี้กระทำทุกประการและการที่ลูกหนี้ทำ

การเลือกกำหนดทรัพย์หมายถึงจะต้องทำอย่างไรนั้น ต้องขอล่าวโดยโยงไปในมาตรา 460 วรรคแรก คือลูกหนี้จะต้องทำการหมายหรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อให้บังคับทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนว่าต้องการซื้อขายทรัพย์ชิ้นใด เมื่อได้กระทำการนั้นแล้วมีผลทำให้ทรัพย์นั้นกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ก็จะโอนไป หากยังไม่ได้กระทำเช่นนั้นก็ไม่สามารถทราบได้ว่าทรัพย์ใดที่จะซื้อขายกันกรรมสิทธิ์ก็ย่อมโอนไปไม่ได้ ซึ่งการเลือกกำหนดทรัพย์นี้ในบางกรณีเพียงแค่ทำการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือกเพียงอย่างเดียวก็ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นโอนไปยังเจ้าหนี้พร้อมกับทำให้ทรัพย์นั้นกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง แต่บางกรณีเพียงแค่ทำการเลือกเท่านั้นก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ทรัพย์กลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งได้ แต่จะต้องมีการกระทำทุกประการที่จำเป็นเพื่อส่งมอบ กล่าวคือ เมื่อนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำการบังคับตัวออกมาแล้วจากนั้นต้องมีการจัดทรัพย์นั้นบรรจุลงในหีบห่อ พร้อมกับส่งมอบทรัพย์ไปยังภูมิลำเนาของเจ้าหนี้หรือสถานที่ที่ได้ตกลงกันไว้ หรือเมื่อลูกหนี้เลือกทรัพย์โดยกระทำการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือกแล้วโดยได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ทรัพย์นั้นจึงจะกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง จะเห็นได้ว่าการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำการบังคับตัวออกมา จึงเป็นเพียงการกระทำหนึ่งในการกระทำทุกประการ ซึ่งการกระทำทุกประการนั้นจะต้องทำอย่างไรบ้างเป็นสิ่งที่กล่าวต่อไปในเบื้องหน้า

หากมาพิจารณาด้านมาตรา 460 วรรคแรก เป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ยังไม่แน่นอน คือทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ที่ถูกกำหนดไว้แต่เพียงประเภท หรือในขณะทำสัญญาซื้อขายยังมีได้กำหนดให้รู้แน่ชัดลงไปว่าเป็นทรัพย์ใด ซึ่งอาจจะเป็นทรัพย์ที่มีอยู่แล้วในขณะทำสัญญาซื้อขายแต่ยังไม่รู้ตัวทรัพย์ที่แน่นอนหรืออาจเป็นทรัพย์ที่ผู้ขายจะมีในภายหน้าจึงยังไม่รู้ตัวทรัพย์แน่นอนก็ได้ ทรัพย์เช่นนี้แม้จะได้มีการตกลงซื้อขายกัน แต่ผู้ขายก็ยังไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ให้แก่ผู้ซื้อได้จนกว่าจะได้มีการนับ ชั่ง ตวง วัด คัดเลือก หรือทำการอย่างใดให้รู้ตัวทรัพย์เป็นที่แน่นอนแล้ว เพราะว่าทรัพย์ที่ยังไม่แน่นอนนั้นยังไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งการที่จะทำให้เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นจะต้องมีการดำเนินการตามวิธีหนึ่งวิธีใดใน มาตรา 195 วรรคสอง และ มาตรา 460 วรรคแรก ดังที่ได้กล่าวมา ทั้งนี้รวมถึงการกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์ด้วย เนื่องจากใน มาตรา 460 วรรคแรก นั้นไม่ได้กล่าวถึงว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นฝ่ายเลือกตัวทรัพย์ เมื่อไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย หรืออาจไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา อีกทั้งปกติประเพณีก็ไม่มีกำหนด ดังนั้นก็ต้องกลับไปพิจารณาที่มาตรา 195 วรรคสอง ที่ได้บัญญัติให้ลูกหนี้หรือผู้ขายเป็นฝ่ายเลือกตัวทรัพย์นั้นด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ว่าหากไม่มีผู้เลือกตัวทรัพย์ว่าจะให้ทรัพย์ชิ้นใดเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง

แล้วกรรมสิทธิ์จะโอนได้อย่างไร อีกทั้งผู้ขายมีหน้าที่เป็นผู้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อหากไม่ได้เลือกทรัพย์สินแล้วจะส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้อย่างไร

แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นสัญญาซื้อขายได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หากสภาพแห่งสัญญา หรือเนื้อหาของสัญญา หรือโดยปกติประเพณีกำหนดให้เจ้าหนี้หรือผู้ซื้อเป็นฝ่ายเลือกตัวทรัพย์สิน ก็ต้องให้ผู้ซื้อทำการนับ ชั่ง ตวง วัดหรือคัดเลือกทรัพย์สิน เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่ถึงอย่างไรแล้วผู้ใดจะเป็นฝ่ายเลือกตัวทรัพย์สินจะต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลักซึ่งผู้เลือกอาจเป็นเจ้าหนี้หรือบุคคลนอกหรือลูกหนี้เป็นผู้เลือกก็ได้ หากไม่มีก็ต้องพิจารณาจากปกติประเพณีหรือตามหลักกฎหมายมาตรา 195 วรรคสองที่วางไว้ ดังที่จะกล่าวในบทต่อไป

ส่วนมาตรา 460 วรรคสองนั้น เป็นเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งยังไม่อาจรู้ราคาทรัพย์สินนั้นได้จนกว่าจะได้ทำการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างอื่น หรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดเพื่อให้รู้ราคาทรัพย์สิน เช่น ซื้อราคาลำไยในกองทั้งหมดในราคา กิโลกรัมละ 30 บาท , ซื้อไข่ไก่ทั้งเล้าในราคา ฟองละ 2 บาท , ซื้อส้มทั้งสวนในราคา เซ่งละ 500 บาท เป็นต้น เช่นนี้ไม่ต้องมีการทำตามวิธีให้ทรัพย์สินกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามมาตรา 195 วรรคสอง อีก เพราะทรัพย์สินเช่นนี้ได้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ทำการซื้อขาย เนื่องจากเป็นการซื้อขายแบบเหมาทั้งจำนวน ทำให้ทรัพย์สินที่ซื้อขายเหมาในกรณีนี้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ทำการซื้อขาย แต่ทว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะยังไม่โอน จนกว่าจะได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้รู้ราคาทรัพย์สินตามมาตรา 460 วรรคสองแล้ว เช่น ต้องนำลำไยที่เหมาทั้งสวนอันเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วมาชั่งว่าได้กี่โล เพื่อที่จะได้คำนวณในราคา กิโลกรัมละ 30 บาท หรือต้องนับไข่ไก่ในเล้าทั้งหมดที่เหมาว่ามีกี่ฟองเพื่อที่จะได้คิดในราคา ฟองละ 2 บาท เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ทั้งสองมาตรานี้จะมีที่มาต่างกัน แต่ก็มีความสัมพันธ์กันอยู่ว่าการเลือกกำหนดทรัพย์สินโดยลูกหนี้ตามมาตรา 195 วรรคสองนั้น ต้องกระทำการอันใดบ้าง โดยพิจารณาจากมาตรา 460 วรรคแรก ว่าจะต้องมีการหมายหรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อให้บ่งตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นที่แน่นอนก่อน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงจะโอนไปยังเจ้าหนี้ ซึ่งทำให้ทรัพย์สินที่ถูกเลือกกำหนดนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไป โดยการเลือกของลูกหนี้ในกรณีนี้ ฝ่ายเจ้าหนี้จะต้องให้ความยินยอมด้วย อีกทั้งการกำหนดผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินในมาตรา 460 วรรคแรกนี้ไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน ถ้าหากตามเจตนาหรือตามลักษณะสัญญาไม่ได้กำหนดเอาไว้ ก็จะต้องมาพิจารณาตามมาตรา 195 วรรคสองก็จะได้คำตอบว่าผู้เลือกตัวทรัพย์สินนั้นก็คือฝ่ายลูกหนี้นั่นเอง