

กระบวนการกำหนดให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 195 ได้บัญญัติถึงทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนึ่งในการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งวัตถุแห่งหนึ่งเป็นการส่งมอบทรัพย์สิน คือ การโอนทรัพย์สินหรือโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน ถ้าลูกหนี้มีหน้าที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ กรณีเป็นเรื่องทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนึ่งต้องบังคับตาม มาตรา 195 ส่วนหนี้ที่มีทรัพย์สินเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ไม่ถึงกับเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ไม่ใช่กรณีที่จะต้องบังคับตาม มาตราดังกล่าว ถ้าวัตถุแห่งหนึ่งตามมูลหนี้อันใดมีทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนึ่งหรือเป็นวัตถุในการชำระหนี้ ก็อาจมีปัญหาเรื่องทรัพย์สินทั่วไป ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และทรัพย์สินที่เป็นเงินตรา¹

การที่ทรัพย์สินอันใดเป็นวัตถุแห่งหนึ่งถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะส่งผลให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินอันเดียวกันนั่นเอง จะนำทรัพย์สินอื่นมาชำระหนี้ไม่ได้ และถ้ามีภัยพิบัติเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินอันนั้น โทษก็จะตกอยู่แก่เจ้าหนี้ สถานที่ส่งมอบทรัพย์สินในการชำระหนี้ก็ต้องส่งมอบ ณ สถานที่ซึ่งทรัพย์สินนั้นได้อยู่ในเวลาที่เกิดหนี้ขึ้น สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นผลมาจากการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังนั้นจึงควรต้องพิจารณาแยกลักษณะให้ได้ว่าสิ่งใดคือทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง สิ่งใดคือทรัพย์สินทั่วไป ในที่นี้จะกล่าวถึงการกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หากทราบว่าสิ่งใดคือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ในทางกลับกันก็จะทราบได้ว่าสิ่งใดคือทรัพย์สินทั่วไป ซึ่งการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นสามารถเป็นได้หลายวิธีโดยจะต้องพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญตามที่จะกล่าวดังต่อไปนี้

1. เจตนาในการกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน

ก่อนที่ทรัพย์สินทั่วไปจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้นั้นจะต้องมีผู้หนึ่งผู้ใดทำการเลือกตัวทรัพย์สินเพื่อกำหนดเจาะจงลงไปว่าทรัพย์สินชิ้นใดที่จะใช้เป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งการที่กำหนดให้ผู้หนึ่งผู้ใดเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินนั้น มีวิธีการดังนี้

¹ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น.56.

1.1 มีการแสดงเจตนากำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน

การแสดงเจตนาที่นัยยอมเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งในการทำสัญญา เจตนาคือความตั้งใจต่อผลในกฎหมาย ซึ่งคู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้เองโดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในการกำหนดว่าผู้ใดที่จะเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินนั้นในบางกรณีก็อาจจะมีการแสดงเจตนาออกมาว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินนั้น ระหว่างผู้ชายหรือผู้ซื้อหรือแม้กระทั่งบุคคลภายนอก ซึ่งอาจได้มีการแสดงเจตนาตามลักษณะดังนี้

1.1.1 การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งในการกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ได้แก่ การแสดงเจตนาออกมาโดยชัดแจ้งเพื่อประสงค์ต่อผลอย่างนั้นโดยตรง ผลนี้ก็คือผู้ที่จะเป็นผู้กำหนดเลือกตัวทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะตกลงให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของคู่สัญญาหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้มีสิทธิในการเลือกตัวทรัพย์สินได้ ซึ่งอาจแสดงด้วยวาจาว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สิน หรืออาจแสดงโดยกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หรืออาจแสดงกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเข้าใจได้ว่าเป็นการแสดงเจตนา เช่น พักหน้า ชี้นิ้ว ตบมือ หรือให้สัญญา ณ เป็นต้น ดังเช่นในกรณีที่ได้มีการเข้าไปรับประทานอาหารในร้านที่จัดอาหารเป็นแบบบุฟเฟต์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งแล้วว่าผู้ชายต้องการให้ผู้ซื้อเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สิน กล่าวคือทางร้านต้องการให้ผู้ที่มารับประทานอาหารเป็นผู้ตักอาหารเอง และสามารถที่จะตักเท่าไรก็ได้เท่าที่ตนจะรับประทานจนอิ่ม

ตัวอย่าง นางสาวลดาต้องการรับประทานสลัดบาร์ที่ร้านอาหารซีลเลอร์ซึ่งเป็นแบบบุฟเฟต์ ถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งแล้วจากทางร้านที่จะให้นางสาวลดาเป็นผู้เลือกตักสลัดบาร์อย่างไหนก็ได้และเท่าไรก็ได้

ตัวอย่าง นางสาวสีดาต้องการซื้อของขวัญวันเกิดให้คุณแม่ จึงให้คุณแม่เป็นผู้เลือกของขวัญเองเพราะจะได้ถูกใจ โดยนางสาวสีดาเป็นคู่สัญญาซื้อชายและได้ตกลงกับผู้ชายโดยให้คุณแม่ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเป็นผู้เลือก

1.1.2 การแสดงเจตนาโดยปริยายในการกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน

การแสดงเจตนาโดยปริยาย คือ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิใช่เป็นการแสดงเจตนาเพื่อผลอันนั้นโดยตรง แต่พฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่ามีเจตนาที่จะให้ผลนั้นเกิดขึ้น ผลในที่นี้ก็คือการที่จะให้ใครเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินดังที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งการแสดงเจตนาโดยปริยายนั้นอาจจะสังเกตได้จากพฤติกรรมในครั้งก่อนๆของคู่สัญญา ที่ได้มีการทำอย่างนั้นมาเรื่อยๆ แล้ว

เมื่อมาถึง ณ เวลานั้นแม้ไม่ได้กำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สินโดยตรงแต่ก็สามารถอนุมานได้ว่ามีการแสดงเจตนาโดยปริยายที่จะมีการปฏิบัติต่อกันดังครั้งก่อน ดังเช่นการซื้อขายทรัพย์สินบางอย่างที่ปกติผู้ขายจะเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินเสมอแต่ก็ได้มีการตกลงให้ผู้ซื้อเป็นผู้เลือกทุกครั้ง ต่อมาแม้ไม่ได้มีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าจะให้ใครเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินแต่ก็เข้าใจกันโดยปริยายได้ว่าผู้ซื้อเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินนั้นเช่นดังที่ผ่านๆมา

ตัวอย่าง สำลีได้ซื้อน้ำพริกจากสำรวายเป็นประจำ ซึ่งโดยปกติแล้วการซื้อขายน้ำพริกเช่นนี้ผู้ขายจะต้องเป็นผู้เลือกหรือตักให้ แต่สำหรับคู่สัญญาครั้งนี้ได้ตกลงกันว่าให้สำลีเป็นผู้ตักเองได้เลย และได้ตกลงกันเช่นนี้เสมอมาในการซื้อทุกครั้ง ซึ่งต่อมาแม้ไม่ได้มีการแสดงเจตนาว่าจะให้ใครเป็นผู้เลือกแต่หากพิจารณาในพฤติการณ์ในครั้งก่อนๆก็สามารถเข้าใจโดยปริยายได้ว่าให้สำลีหรือผู้ซื้อเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สิน

สำหรับการแสดงเจตนาเพื่อกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน เมื่อกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สินได้แล้วนั้นเพื่อที่จะเป็นข้ออ้างไม่ได้ว่าผู้หนึ่งหรือผู้หนึ่งมีหรือไม่มีสิทธิในการกำหนดตัวทรัพย์สินหรืออย่างไร จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาอย่างละเอียดต่อไปในหัวข้อที่ 2. อันจะกล่าวต่อไปในเบื้องหน้า

1.2 ไม่มีการแสดงเจตนากำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน

เมื่อไม่มีการแสดงเจตนาว่าจะให้ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินแล้ว ก็หมายความว่าสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตนาถูกสละไป เพราะเหตุจากจงใจไม่กำหนดเนื่องจากไม่คิดว่าจะมีปัญหาอะไรฝ่ายใดจะเลือกก็ได้ หรือเพราะเหตุจากลืมหันใจกำหนดผู้เลือก หรือว่าต่างฝ่ายต่างไม่ยอมซึ่งกันและกันอยากจะเป็นผู้กำหนดตัวทรัพย์สินเสียเอง ซึ่งอาจมีปัญหาต่อไปในภายภาคหน้าจึงต้องใช้ปกติประเพณีในเรื่องนี้และบทบังคับของกฎหมายมาเป็นผู้ช่วยในการกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สินในกรณีที่ไม่มีการแสดงเจตนา

1.2.1 การกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สินตามปกติประเพณี

ในการทำสัญญาซื้อขายนั้นบางครั้งบางครั้งราผู้ซื้อกับผู้ขายก็ได้มีการตกลงกันในรายละเอียด ซึ่งก็จำเป็นที่จะต้องขยายความต่อไปว่า ความมุ่งหมายหรือความต้องการในที่สุดนั้นเป็นอย่างไร การที่จะไปถึงความต้องการของผู้สัญญานั้นก็ต้องอาศัยหลักที่ต้องคำนึงถึงปกติประเพณีทางการค้าด้วย คำว่า “ปกติประเพณี” ตามมาตรา 368 นั้น เป็นเพียงการประพฤติปฏิบัติกันทั่ว ๆ ไป ซึ่งอาจต่างกันตามประเภทของอาชีพหรือวิชาชีพ ดังนั้นหากไม่ปรากฏว่ามีการแสดงเจตนากำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน ก็อาจพิจารณาได้จากปกติประเพณีแล้วแต่กรณี ว่ากรณีไหน

ที่ผู้ซื้อจะเป็นผู้เลือกและกรณีไหนบ้างที่ผู้ขายจะเป็นผู้เลือก เนื่องจากปกติประเพณีนั้นได้แสดงออกถึงเจตนาในลักษณะของสัญญาที่ต้องการขยายความไปยังจุดมุ่งหมายสุดท้าย หากลักษณะของสัญญานั้นไม่สามารถหาจุดมุ่งหมายสุดท้ายได้ ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวนี้มาจากหลักที่ว่าสัญญามาก่อนกฎหมาย ดังนั้นปกติประเพณีจึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาก่อนเพราะเป็นสิ่งที่แสดงออกถึงเจตนาอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา

1.2.1.1 ผู้ซื้อเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สิน ในการเลือกกำหนดทรัพย์สินในบางครั้งอาจไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดแสดงเจตนาออกมาว่าตนจะเป็นผู้เลือกทรัพย์สิน ซึ่งก็มีการเลือกทรัพย์สินบางอย่างหรือบางสถานการณ์ที่ตามปกติประเพณีได้วางหลักให้ผู้ซื้อสามารถที่จะเป็นผู้ที่ทำการเลือกเองได้ ดังนี้

(1) ทรัพย์สินนั้นอาจมีความชำรุดบกพร่องหรืออาจมีตำหนิได้ง่าย

ตัวอย่าง มีนาต้องการซื้อปลากะป๋องจากร้านของเมษาจำนวน 10 กระป๋อง และเนื่องจากโดยสภาพของกระป๋องอาจจะบุบได้ง่ายและปลากะป๋องมีการหมดอายุได้ ดังนั้นจึงต้องให้ออกาสผู้ซื้อเป็นผู้เลือกและตรวจดูทรัพย์สินนั้นๆ

ตัวอย่าง มานีต้องการซื้อปากกา 1 ด้าม โดยปกติแล้วหากปากกานั้นเป็นปากการาคาถูกวางอยู่ในแผงและไม่ได้บรรจุอยู่ในถุงพลาสติกหรือในกล่อง ผู้ซื้อมักจะเป็นผู้เลือกเนื่องจากปากกานั้นเป็นทรัพย์สินที่อาจมีความชำรุดบกพร่อง เช่น หมึกไม่ออก , หมึกออกไม่ต่อเนื่อง เป็นต้น จึงต้องมีการเลือกและลองเขียนทดลองหมึกว่าออกดีหรือไม่

(2) เป็นทรัพย์สินที่ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของสรีระและบุคลิกของผู้ซื้อเป็นสำคัญ

ตัวอย่าง อลิศต้องการซื้อเสื้อเชิ้ตจากร้านของอลัน โดยปกติแล้วในกรณีนี้ผู้ซื้อหรืออลิศจะต้องทำการเลือกสินค้าด้วยตัวเอง เพราะอลิศเป็นผู้สวมใส่ ผู้ซื้อจะเป็นผู้ที่ทราบดีที่สุดว่าเสื้อเชิ้ตตัวไหนที่เหมาะสมกับตน ทรัพย์สินชิ้นไหนที่เหมาะสมที่จะถูกใช้เป็นวัตถุในการชำระหนี้ ดังนั้นกรณีนี้ผู้ซื้อจึงสมควรที่จะเป็นผู้เลือก

1.2.1.2 ผู้ขายเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สิน ทรัพย์สินบางประเภทตามปกติประเพณีนั้นหากไม่มีการแสดงเจตนาว่าจะให้ใครเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สิน ผู้ขายจะเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินเอง ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้คือ

(1) ผู้ขายมักมีความเชี่ยวชาญและรู้จริงเกี่ยวกับทรัพย์สินอาจทำให้เลือกทรัพย์สินได้คุณภาพสูงกว่าผู้ซื้อ

(2) ทรัพย์สินที่จะถูกเลือกนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเหมือน ๆ กันและมีประสิทธิภาพอย่างเดียวกัน

ตัวอย่าง การที่นำนาฬิกาไปเปลี่ยนถ่านโดยปกติประเพณีแล้วผู้ขายจะเป็นผู้เลือกถ่านนาฬิกาเอง เพราะผู้ขายถ่านนาฬิกาย่อมเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านนี้โดยเฉพาะ และถ่านนั้นเป็นทรัพย์สินที่เหมือน ๆ กันทุกก้อน หรือแม้แต่กรณีที่เปลี่ยนน้ำมันเครื่องก็ตามผู้ขายก็จะเป็นผู้เลือกให้ว่าจะเอาขวดไหนแล้วจัดการเปลี่ยนให้ หรือกรณีที่นำรถไปเปลี่ยนยางรถยนต์ผู้ขายก็จะเป็นผู้เลือกยางรถเส้นใหม่ให้แก่ลูกค้า

(3) ผู้ขายเป็นผู้เสียเปรียบในตัวทรัพย์สิน

ตัวอย่าง เฉลิมต้องการซื้อแกงเขียวหวานไก่จากแม่ค้า 1 ถูง ซึ่งตามปกติประเพณีในการซื้อขายแกงถูงนั้นผู้ขายจะเป็นผู้ตักให้ ซึ่งในกรณีนี้หากให้เฉลิมตักเอง เฉลิมอาจจะตักแต่เนื้อไก่ไปและอาจตักไปมากกว่าราคาที่ซื้อ ทำให้ผู้ขายเป็นผู้เสียเปรียบในตัวทรัพย์สิน ดังนั้นผู้ขายจึงเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินในกรณีนี้ แต่ทว่าในตัวอย่างนี้อาจมีคำถามตามมาว่าหากผู้ขายตักให้แต่ผักไม่มีเนื้อไก่เลย ผู้ซื้อจะปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ได้หรือไม่ ซึ่งตามประสงค์แห่งมูลหนี้ที่แท้จริงในการซื้อแกงเขียวหวานไก่จะต้องมีเนื้อไก่อยู่บ้าง หากไม่มีเลยหรือมีแต่เป็นเพียงเศษไก่หรือกระดูกไก่ ผู้ซื้อก็สามารถปฏิเสธได้ตามมาตรา 320

ตามหลักสุจริตแล้วผู้ขายจะต้องปฏิบัติให้ผู้ซื้อได้รับประโยชน์ตามความมุ่งหมายของสัญญา เพราะผู้ซื้อย่อมมีความมุ่งหมายอันเป็นวัตถุประสงค์ของผู้ซื้อในการเข้าทำสัญญาที่ต้องการจะได้ทรัพย์สินอย่างที่ตนมุ่งหวังตามปกติประเพณี ดังนั้นผู้ขายจึงมีหน้าที่ทำให้วัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของผู้ซื้อนั้นสามารถบรรลุตามที่ผู้ซื้อมุ่งหวังได้หน้าที่เช่นนี้แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ แต่ก็เกิดขึ้นจากหน้าที่ของผู้ขายที่จะต้องมีความสุจริตนั่นเอง คือ ต้องกระทำทุกอย่างเพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของสัญญาได้นั้นเอง² หากผู้ขายได้กระทำฝ่าฝืนหน้าที่ของตนที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาซื้อขาย หากเป็นการผิดหน้าที่ในส่วนสาระสำคัญ ย่อมก่อให้เกิดสิทธิทางด้านผู้ซื้อที่จะเลิกสัญญาได้ หากผู้ซื้อไม่ใช้สิทธิในการเลิกสัญญา ผู้ซื้อก็สามารถบังคับให้ผู้ขายปฏิบัติตามให้เป็นไปตามที่ตกลงกันในสัญญาหากว่าข้อตกลงนั้นยังสามารถบังคับกันได้

² พนิต เหล่าจรุงภัสสร, “หลักสุจริตของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549) น.41.

1.2.2 การกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สินตามบทบัญญัติของกฎหมาย

การกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สินหากไม่มีผู้ใดแสดงเจตนาเลือกหรือตามลักษณะของสัญญาไม่มีกำหนดไว้ และไม่ปรากฏปกติประเพณีก็ต้องนำบทบัญญัติของกฎหมายมาบังคับใช้ซึ่งในมาตรา 195 วรรคสอง เป็นมาตราที่จะตอบคำถามได้ดีในประเด็นที่ว่าหากไม่มีการแสดงเจตนาหรือตกลงกันว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินแล้วจะทำอย่างไรให้ได้มาซึ่งผู้เลือกกำหนดทรัพย์สิน ซึ่งในมาตรานี้ได้กำหนดให้ลูกหนี้เป็นผู้กำหนดเลือกตัวทรัพย์สิน เหตุที่ต้องให้ลูกหนี้เป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินนั้นเนื่องจากลูกหนี้มีหน้าที่ในการชำระหนี้ถ้าลูกหนี้ไม่เลือกก็จะไม่มีวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้เป็นผลให้ชำระหนี้ไม่ได้ ซึ่งวิธีที่ลูกหนี้ทำการกำหนดตัวทรัพย์สินจะกล่าวถึงโดยละเอียดในหัวข้อ 2.2 ต่อไป

2. ผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน

จากหัวข้อที่ 1 อันได้กล่าวถึงการแสดงเจตนากำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน ซึ่งการแสดงเจตนา นั้นไม่เพียงแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้แสดงเจตนาออกมา แต่การแสดงเจตนา นั้นสามารถแสดงออกมาโดยตกลงร่วมกันได้ประการหนึ่งโดยมีหลักกฎหมายต่าง ๆ มารองรับหลักเกณฑ์นี้ แต่ทว่าหากไม่มีการตกลงกันว่าผู้ใดจะเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินนั้นหรือไม่มีปกติประเพณีซึ่งแสดงออกถึงลักษณะของสัญญาว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน ก็จะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดผู้เลือกตัวทรัพย์สิน ซึ่งตาม มาตรา 195 วรรคสอง ได้กำหนดให้ลูกหนี้เป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินนั้น ๆ โดยได้กำหนดวิธีเลือกไว้ 2 วิธี ส่วนการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้ในการเลือกตัวทรัพย์สินนั้น แม้จะไม่ได้มีกำหนดไว้ในตัวบทกฎหมาย แต่ในบางสถานการณ์ฝ่ายเจ้าหนี้ก็จะเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินหรือแม้แต่บุคคลภายนอกก็สามารถเลือกตัวทรัพย์สินได้ ดังนั้นแม้จะไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้แน่นอน แต่ก็ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปมารองรับปัญหานี้ ดังที่จะกล่าวต่อไปเป็นข้อ ๆ

2.1 การแสดงเจตนาตกลงร่วมกันสองฝ่าย

การเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาซื้อขายนั้นสามารถทำได้โดยการตกลงร่วมกันประการหนึ่ง จาก มาตรา 453 ซึ่งเป็นแม่บทของสัญญาซื้อขายบัญญัติว่า “อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะชำระราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย”

จะเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญามีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติ เป็นการตอบแทนซึ่งกันและกัน กล่าวคือผู้ขายจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตกลงขายนั้น ให้แก่ผู้ซื้อ โดยทางฝ่ายผู้ซื้อก็ต้องชำระราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขายเป็นการตอบแทน ทั้งนี้ สัญญาซื้อขายก็มีกระบวนการก่อให้เกิดสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาอื่นๆ โดยการทำความเสนอของ ฝ่ายหนึ่งและโดยการสนองรับที่ต้องตรงกันของอีกฝ่ายหนึ่งก็ก่อให้เกิดสัญญาซื้อขาย³ สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาสองฝ่าย จึงต้องอาศัยความตกลงยินยอมร่วมกันและเจตนาที่ตรงกันเพื่อทำ ข้อตกลงที่จะผูกพันซึ่งกันและกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ความตกลงยินยอมดังกล่าวต้องเกิดด้วยความสมัครใจที่จะผูกพันกันจริงตามสัญญา โดยอาจเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ เช่น ได้ตกลงแน่นอนในหนังสือสัญญาซื้อขายว่าซื้อรถยนต์ยี่ห้อโตโยต้า สีดำ เลขทะเบียน กท 1 ซึ่งผู้ขายจะนำรถยนต์คันอื่นมาส่งมอบไม่ได้เพราะเป็นการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เว้นแต่ผู้ขายจะ ยอมรับเอาตามมาตรา 320 ดังนั้นเมื่อคู่กรณีตกลงกันให้ทรัพย์สินใดเป็นวัตถุในการชำระหนี้ (ตัว บทมาตรา 195 ใช้คำว่า “วัตถุแห่งหนี้”) ทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นวัตถุในการชำระหนี้ตั้งแต่นั้นเป็น ต้นไป⁴ ซึ่งการตกลงเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินนั้นว่าต้องการให้เป็นทรัพย์สินที่แน่นอนขึ้นใดนั้น ตั้งอยู่บนหลัก อิศระทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

2.1.1 หลักอิสระทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักอิสระทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นหลักที่กฎหมายรับรองให้ปัจเจกชนทั้งหลายสามารถที่จะใช้เสรีภาพของตนในการจัดการเกี่ยวกับผลประโยชน์ของตนเองใน ลักษณะที่ถือว่าสะดวกที่สุด และมีเสรีภาพที่จะผูกพันตนเองตามข้อตกลงในสัญญาอย่างไรก็ได้ โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

2.1.1.1 หลักอิสระทางแพ่ง (Privatautonomie) หมายถึง อำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเอง ด้วยตนเอง ทั้งในทางส่วนตัวและในทาง

³จำปี โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด , 2548) , น.65.

⁴ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545) , น. 76-77.

ทรัพย์สิน ในทางส่วนตัวอาจเป็นเรื่องการสมรส การหย่า ในทางทรัพย์สินอาจจัดการโดยใช้นิติกรรมสัญญา⁵

หลักอิสระทางแพ่งเป็นหลักการพื้นฐานของการทำนิติกรรมทุกชนิด บัณฑิตทุกคนมีความเป็นอิสระหรือมีเสรีภาพที่จะกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายอย่างไรก็ได้ตามที่ต้องการหรือเห็นสมควร อย่างไรก็ตามหลักอิสระทางแพ่งนี้ไม่อาจจะแสดงออกโดยตามอำเภอใจได้ จึงมีข้อจำกัดบางประการ ได้แก่ ต้องเคารพขอบเขตในทางกฎหมายของบุคคลอื่น เคารพกฎเกณฑ์ที่มาจากเหตุผลในสำนึกของเราเอง และเคารพในบทบัญญัติของกฎหมาย

2.1.1.2 เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) หมายถึง นโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของเขาตามที่เขาต้องการและเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของสัญญา แม้จะมีข้อความแย้งหรือขัดกับกฎหมายก็ทำได้ แต่กฎหมายนั้นต้องไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เสรีภาพในการทำสัญญามีอยู่อย่างยืดหยุ่นและกว้างขวางมาก ดังจะกล่าวดังนี้

- (ก) เสรีภาพที่จะคิดและตัดสินใจว่าจะทำนิติกรรมนั้นหรือไม่
- (ข) เสรีภาพที่จะทำนิติกรรมนั้นด้วยตัวเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นทำแทน
- (ค) เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาในนิติกรรมอย่างไรก็ได้
- (ง) เสรีภาพที่จะทำนิติกรรมประเภทที่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด
- (จ) เสรีภาพที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้
- (ฉ) เสรีภาพที่จะใช้เหตุผลส่วนตัวในการทำนิติกรรมนั้น⁶

เสรีภาพในการทำสัญญามีได้อย่างกว้างขวางดังที่กล่าวมา ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของนิติกรรม หากเป็นสัญญาซื้อขายคู่สัญญาก็สามารถตกลงกันได้โดยมีเสรีภาพว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้เลือก หรือตกลงเลือกร่วมกัน หรือตกลงจะขายอะไรหรือตกลงจะซื้ออะไร นั่นก็คือการกำหนดตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ในสัญญา ซึ่งสามารถจะตกลงกำหนดให้เป็นทรัพย์สินใด ๆ ก็ได้ เมื่อตกลงกันแล้วทรัพย์สินนั้นก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่ทรัพย์สินที่ใช้เสรีภาพในการกำหนดนั้นจะต้องไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁵ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2549) น.31.

⁶ เฟื่องอ้าง , น.33.

2.1.2 ลักษณะของข้อตกลง

สัญญาซื้อขายมีลักษณะเป็นนิติกรรมสองฝ่าย เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาทำคำเสนอสนองถูกต้องตรงกัน เหตุนี้สัญญาจึงต้องเกิดจากการแสดงเจตนาตกลงยินยอมของทุกฝ่ายซึ่งเป็นคู่กรณีในสัญญานั้นจึงจะก่อให้เกิดหนึ่งบังคับกันได้ตามกฎหมาย

“ข้อตกลงในความหมายอย่างกว้าง” คือ การแสดงออกซึ่งความยินยอมระหว่างกันของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ต่อบุคคลอีกผู้หนึ่ง

“ข้อตกลงในความหมายอย่างแคบ” คือ เป็นการแสดงความยินยอมซึ่งกันและกันของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเป็นผลถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นๆ โดยบุคคลนั้นๆ ให้ความตกลงอันประกอบด้วย การแลกเปลี่ยนคำมั่นซึ่งกันและกัน หรือการแลกเปลี่ยนคำมั่นเพื่อการชำระหนี้

จากคำนิยามที่กล่าวมาแยกลักษณะของข้อตกลง ได้ดังนี้

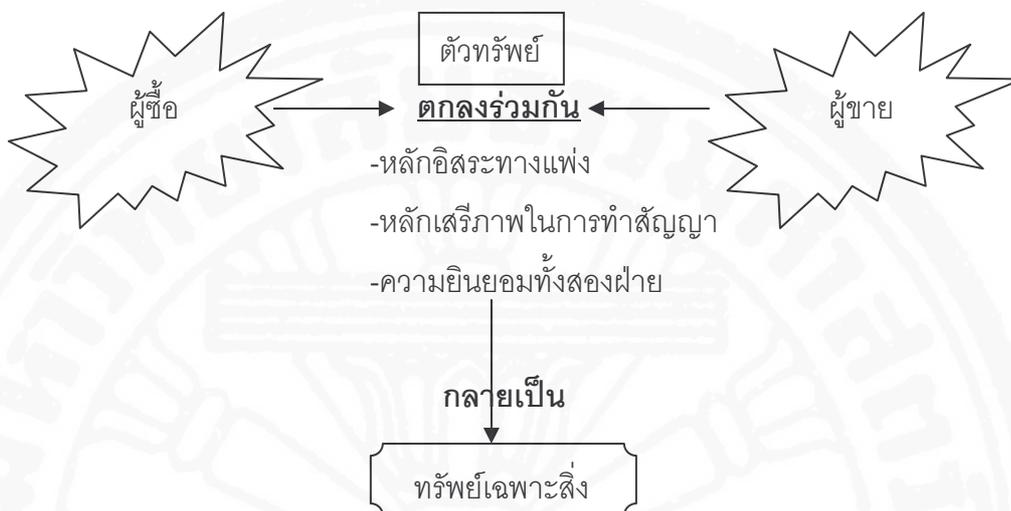
2.1.2.1 มีคู่กรณีอย่างน้อยสองฝ่าย จึงจะสามารถทำการตกลงกันได้ ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่ายก็ได้ แต่จะมีบุคคลคนเดียวหรือน้อยกว่าสองฝ่ายไม่ได้ เพราะคนเราจะทำข้อตกลงกับตนเองไม่ได้ เพราะต้องมีการตกปากรับคำหรือมีความประสงค์ต้องตรงกัน

2.1.2.2 ต้องมีความยินยอมระหว่างคู่กรณี ในตำราฝรั่งเศสเรียกว่า “ความสอดคล้องต้องกันของความประสงค์ เป็นไปตามหลักที่เรียกกันว่า “ความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา” (l' autonomie de la volonte) โดยที่ได้ยึดถือกันมาแต่ดั้งเดิมว่า คู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปนั้น ต้องมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา (liberalisme) ไม่เพียงแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้นที่ต้องมีความประสงค์ของคู่กรณีย่อมมีความสำคัญยิ่ง และความยินยอมที่ว่านี้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสวางหลักไว้ชัดเจนใน มาตรา 1108 ว่า “ความยินยอมของคู่กรณีซึ่งผูกพันตนเป็นสาระสำคัญของความสมบูรณ์ของข้อตกลงที่ที่มีความยินยอมระหว่างกันนั้น มีความหมายว่าด้วยคู่กรณีจะต้องตกลงในสิ่งเดียวกัน โดยมีข้อตกลงอย่างเดียวกัน ในเวลาเดียวกันเป็นการแน่นอน ถ้ามีข้อสงสัยหรือความแตกต่างกันออกไปก็ถือว่าไม่มีข้อตกลงกัน⁷” เช่น นาย ก. ตกลงจะขายนาฬิกาของตนให้นาย ข. ซึ่งนาย ข. ก็ตกลงจะซื้อนาฬิกาเรือนนั้น มีความยินยอมระหว่างคู่กรณีเกิดการตกลงร่วมกัน สัญญาเกิด ทำให้นาฬิกาเรือนนั้นของนาย ก. กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที เมื่อมีการตกลงร่วมกัน

⁷ ดาวพฤษ(นามแฝง) , “คำมั่นสัญญา (ตอน 9 ลักษณะของข้อตกลง)” , บทบัญญัติ , เล่ม 38 , ตอน 4 , น.509 - 510 (ตุลาคม 2524).

การตกลงร่วมกันให้ทรัพย์สินกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

(ภาพประกอบที่ 5)



2.1.3 ช่วงเวลาในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน

2.1.3.1 ตกลงก่อนที่จะทำสัญญา คือ ก่อนที่จะมีการตกลงทำสัญญากันได้มีการกำหนดตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุที่ใช้ชำระหนี้ในสัญญาไว้ก่อนแล้ว แต่สัญญายังไม่เกิดอาจเนื่องด้วยเงื่อนไขหรือเงื่อนไขบังคับก่อนตามมาตรา 183 วรรคแรก

ตัวอย่าง มานีตกลงจะขายเปียโนให้ซูโจหากมานีได้ไปเรียนต่อต่างประเทศ กรณีนี้เป็น การกำหนดตัวทรัพย์สินก่อนสัญญาเกิด หากมานีได้ไปเรียนต่อต่างประเทศจริง สัญญาก็จะเกิดขึ้นทันทีแล้วเปียโนหลังนี้ก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีเช่นกัน

ส่วนกรณีที่มีการเลือกตัวทรัพย์สินก่อนที่สัญญาจะเกิดแต่แล้วทรัพย์สินที่ต้องการเลือกหรือเลือกแล้วไม่มีทางที่จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้ อาจเนื่องจากว่าไม่สามารถตกลงกันในรายละเอียดได้ เช่น ตกลงกันในเรื่องราคาไม่ได้ หรือ ไม่มีขนาด สี หรือลักษณะที่ต้องการ เป็นต้น ทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นจึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันแต่อย่างใด

ตัวอย่าง อลิสต้องการซื้อกระโปรงราคา 500 บาทที่ร้านอลันโดยได้ทำการเลือกไว้แล้วว่า ต้องการตัวไหน โดยอลิสต่อรองราคาว่าต้องการราคา 400 บาท แต่ออลันไม่ตกลง อลิสจึงไม่ซื้อ สัญญาจึงไม่เกิดแม้ว่าได้เลือกทรัพย์สินไว้แล้วก็ตาม ดังนั้นการเลือกในกรณีนี้จึงไม่มีปัญหาเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

2.1.3.2 ตกลงตั้งแต่แรกทำสัญญา คือ คู่กรณีกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นที่แน่นอนตั้งแต่ตอนแรกที่ได้ทำสัญญา

ตัวอย่าง มานะตกลงขายบ้านที่มานะอยู่ให้แก่ปิติ บ้านจะเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้หรือเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ทำสัญญาซื้อขายกัน เป็นต้น

2.1.3.3 ตกลงตอนหลังทำสัญญา คือ ในตอนแรกคู่กรณีอาจกำหนดทรัพย์สินไว้เพียงประเภทหรือชนิดเท่านั้น แล้วต่อมาจึงได้กำหนดทรัพย์สินให้เป็นการเฉพาะเจาะจงในตอนหลังทำสัญญา

ตัวอย่าง ปิติตกลงซื้อทุเรียน 100 ลูกจากสวนของมานะ แต่ยังไม่ได้ชำระราคา โดยนัดกันว่าวันรุ่งขึ้นปิติจะมาตกลงเลือกและนับทุเรียนร่วมกันแล้วบรรทุกขึ้นรถที่เตรียมมา พร้อมด้วยชำระราคา ดังนั้นถือว่าในเบื้องต้นทุเรียนที่ปิติกับมานะตกลงซื้อขายกันนั้นไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแต่เป็นทรัพย์สินที่ไม่แน่นอน แต่เมื่อต่อมาได้เลือกและนับแยกต่างหากแล้วทรัพย์สินนั้นย่อมกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามที่ได้ตกลงร่วมกันกำหนดทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง โดยไม่ต้องทำตามมาตรา 195 วรรคสองแต่อย่างใด เนื่องจากในมาตรา 195 วรรคสองนั้นเป็นกรณีของลูกหนี้เป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สิน แต่เรื่องการตกลงร่วมกันไม่ได้มีกำหนดไว้ในกฎหมายแม้ว่าในความเป็นจริงจะเห็นได้ว่าการตกลงร่วมกันทำให้ทรัพย์สินกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นสามารถทำได้ก็ตาม ดังนั้นเพื่อความชัดเจนจึงมีความเห็นที่จะต้องเสนอกฎหมายใหม่เพื่อให้ครอบคลุมการกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยการตกลงร่วมกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ และเพื่อไม่ให้เกิดข้อโต้แย้งภายหลังว่าไม่สามารถทำได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้

จะเห็นได้ว่าการตกลงทั้งในกรณีที่สองและสาม ตัวทรัพย์สินที่ได้ถูกเลือกกำหนดไว้โดยการตกลงกันจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ได้มีการตกลงกัน แต่ในกรณีแรกนั้นตัวทรัพย์สินที่ได้ถูกกำหนดยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจนกว่าสัญญาซื้อขายจะเกิดขึ้น

2.2 ลูกหนี้เป็นฝ่ายกำหนดทรัพย์สิน (มาตรา 195 วรรคสอง)

การกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นนอกจากการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำการตกลงร่วมกันว่าจะให้ทรัพย์สินใดเป็นวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้ หรือจะทำให้ทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแล้ว นอกจากนั้นยังมีวิธีการที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้อีกตาม มาตรา 195 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้นทุกประการแล้วก็ดี หรือถ้าลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์สินที่จะส่งมอบแล้ว

ด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ก็ดี ท่านว่าทรัพย์นั้นจึงเป็นวัตถุแห่งหนี้จำเดิมแต่เวลานั้นไป” จะเห็นได้ว่าจากบทบัญญัตินี้ได้ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ที่จะเป็นฝ่ายกำหนดตัวทรัพย์แต่เพียงฝ่ายเดียว แล้วจะมีหลักกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมายมาตราใดบ้างที่จะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เป็นผู้เลือกที่จะกำหนดตัวทรัพย์นั้น จึงเป็นเรื่องที่ควรพิจารณาต่อไป

ซึ่งการจะใช้มาตรานี้ได้นั้นลูกหนี้จะต้องเป็นผู้มีสิทธิเลือกก่อนจึงจะทำการเลือกตามมาตรานี้ได้ สิทธิของลูกหนี้ที่จะเป็นฝ่ายเลือกกำหนดตัวทรัพย์นั้นสามารถทำได้โดยการตกลงร่วมกันกับเจ้าหนี้ตกลงให้ลูกหนี้เป็นผู้มีสิทธิเลือก แต่หากไม่มีการตกลงร่วมกันแล้วหรือไม่มีการแสดงเจตนาอันใดแล้วลูกหนี้ก็สามารถมีสิทธิเลือกกำหนดทรัพย์ได้โดยพิจารณาจากลักษณะของสัญญาหรือปกติประเพณีทางการค้าที่กำหนดให้ลูกหนี้เป็นผู้มีสิทธิเลือกดังกล่าวไว้แล้วในหัวข้อผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์

จากมาตรา 195 วรรคสอง ได้บัญญัติถึงวิธีและเงื่อนไข ในการทำให้ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ที่ระบุไว้เพียงเป็นประเภทกลายเป็นทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ที่เฉพาะเจาะจงแน่นอน ซึ่งสามารถทำได้โดยประการใดประการหนึ่ง ดังนี้

ประการที่ 1 ลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สิ่งนั้นทุกประการ
 ประการที่ 2 ลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์ที่จะส่งมอบแล้วด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้
 จากทั้งสองประการที่กล่าวมา สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.2.1 ลูกหนี้เป็นผู้กำหนดฝ่ายเดียวโดยกระทำทุกประการเพื่อส่งมอบ

จากประการแรกเป็นการที่ลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สิ่งนั้นทุกประการแล้ว เป็นการที่ลูกหนี้ได้ทำการเลือกกำหนดทรัพย์ไปเพียงฝ่ายเดียวโดยจะต้องกระทำทุกประการเพื่อส่งมอบ ซึ่งการกระทำทุกประการนั้นจะต้องทำถึงแค่ไหนเพียงใดและจะมีผลอย่างไรอันจะกล่าวดังต่อไปนี้

ลูกหนี้ได้กระทำการทุกประการ คือ เมื่อลูกหนี้ได้กระทำการอันเป็นหน้าที่ฝ่ายตนที่จะต้องกระทำทุกสิ่งทุกอย่างในอันที่จะส่งมอบทรัพย์เพื่อชำระหนี้ และยังเหลือแต่ที่เป็นฝ่ายเจ้าหนี้จะต้องรับการชำระหนี้เท่านั้น แล้วทรัพย์ที่ลูกหนี้ได้จัดไปเพื่อชำระหนี้ ก็กลายเป็นทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้โดยแน่นอน^๘ ซึ่งการกระทำทุกประการนั้นจะต้องทำการอันใดบ้างยังเป็นที่คลุมเครืออยู่ไม่น้อยว่าจะทำถึงเพียงใด ดังนั้นจึงจะขอกกล่าวถึงการกระทำโดยหลักดังนี้

^๘ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 – 2 มาตรา 1 – 240, พิมพ์ครั้งที่ 2, (พระนคร : หจก.โรงพิมพ์ไทยพิทยา , 2509) น.708.

2.2.1.1 มีการนับ ชั่ง ตวง วัดหรือคัดเลือกเพื่อแยกทรัพย์สินออกมา จากความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 195 วรรคสองและมาตรา 460 วรรคแรก ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ทำให้อนุมานได้ว่ากรกระทำทุกประการอันจะทำให้ทรัพย์สินที่กำหนดไว้เพียงประเภทหรือทรัพย์สินที่ยังไม่แน่นอนนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งมีองค์ประกอบที่สำคัญคือต้องมี การนับ ชั่ง ตวง วัด คัดเลือกหรือต้องบ่งชี้ทรัพย์สินนั้นออกมาเป็นที่แน่นอนแล้ว หากไม่มีการกระทำเช่นนั้น ก็ไม่อาจทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปได้หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าทรัพย์สินเหล่านั้นยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นเอง สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สินทั่วไปนั้น อาจมีการกำหนดปริมาณ น้ำหนัก หรือขนาดไว้ เช่น สมุด 1 เล่ม เชือกยาว 5 เมตร น้ำตาลทราย 2 กิโลกรัม ข้าวสาร 2 กระสอบ เป็นต้น ดังนั้น การจะถือว่าลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้นทุกประการแล้วนั้น จึงไม่ใช่เพียงแต่แยกทรัพย์สินมากองไว้ หรือทำเครื่องหมายที่ทรัพย์สินไว้เท่านั้น จะต้องมีการนับ ชั่ง ตวง วัด ให้ตรงตามความประสงค์แห่งสัญญานั้นด้วย เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 460 วรรคแรก ว่า “ในการซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดลงไว้แน่นอนนั้น ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้หมาย หรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อบ่งตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนแล้ว” ดังนั้นทรัพย์สินที่ระบุไว้แต่เพียงชนิดหรือประเภท (property described only in kind) ถือว่าเป็น ทรัพย์สินทั่วไป (property in genere) เนื่องจากยังไม่ได้มีการระบุเฉพาะเจาะจงให้เป็นที่แน่นอนว่าเป็นทรัพย์สินชิ้นไหน อันไหน ตรวจใดที่ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ระบุไว้แต่เพียงประเภทเท่านั้น แต่ไม่อาจกำหนดลงได้ว่าเป็นชนิดอย่างไรไซ้แล้ว ย่อมถือว่าหนี้ดังกล่าวนี้ยังไม่มีการอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ตรวจนั้น⁹ ซึ่งหากทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์สินที่แน่นอนหรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ในการชำระหนี้นั้นลูกหนี้จะต้องชำระด้วยการส่งทรัพย์สินนั้น ๆ จะเอาทรัพย์สินอื่นมาแทนไม่ได้ ซึ่งบางกรณีจะเห็นว่าเพียงแค่นับ ชั่ง ตวง วัด คัดเลือกก็เพียงพอที่จะเป็นการกระทำทุกประการอันจะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว เช่น ก. ต้องการซื้อน้ำอ้อยจากร้านขายน้ำของ ข. จึงได้ไปซื้อพร้อมนำแก้วของตนไปใส่น้ำอ้อยด้วย เมื่อ ข. ตวงน้ำอ้อยใส่ในแก้วของ ก. น้ำอ้อยในแก้วกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที เพียงแค่ทำการตวงใส่แก้วเพียงอย่างเดียว แต่ในบางกรณีเพียงแค่นับ ชั่ง ตวง วัด คัดเลือกก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจนกว่าจะได้มีการกระทำประการอื่นอันจำเป็นเพื่อให้ทรัพย์สินได้อยู่ในลักษณะเตรียมพร้อมที่จะส่งมอบแล้วดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

⁹ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด , 2549) ,น.35.

แต่สัญญาซื้อขายบางอย่างก็ไม่ต้องมีการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก ทรัพย์สินนั้นก็เป็นที่เฉพาะสิ่งหนึ่งที่สัญญาเกิด ซึ่งอาจเป็นทรัพย์สินที่ได้ถูกกำหนดกันไว้แล้วก่อนการเกิดสัญญา , ทรัพย์สินที่มีขึ้นเดียวในโลก หรือเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายเหมา เช่น ผู้ซื้อเหมาไข่ไก่ในฟาร์มของผู้ขายทั้งหมด ดังนั้นไข่ไก่ทั้งหมดในฟาร์มนั้นได้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ผู้อื่นจะมาเอาหรือผู้ขายจะเอาไปขายให้ผู้อื่นไม่ได้ แม้จะยังไม่มีการนับก็ตาม (ไข่ไก่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว แต่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนจนกว่าจะรู้ราคา มาตรา 460 วรรคสอง เฉพาะกรณีที่ไม่ได้กำหนดราคาซื้อขายเหมา)

2.2.1.2 มีการกระทำประการอื่น จากการกระทำโดยนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำประการอื่นเพื่อแบ่งตัวทรัพย์สินออกเป็นที่แน่นอนนั้น ในบางกรณีก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง จนกว่าจะได้มีการกระทำประการอื่นตามที่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือเป็นการทำตามปกติประเพณีทางการค้าของสินค้านั้น ๆ หรือทำการใด ๆ เพื่อการดูแลรักษาทรัพย์สินนั้น ๆ ให้อยู่ในสภาพที่สมประโยชน์ก่อนการส่งมอบ เช่น การบรรจุหีบห่อ , การผนึกสินค้าด้วยถุงสุญญากาศ , การบรรจุลงในถุง 2 ชั้น , ปิดซีล ฎ.2607/2531 (น.) หรือเขียนชื่อผู้ซื้อไว้ที่บรรจุภัณฑ์ เป็นต้น

2.2.1.3 เลือกรับทรัพย์สินตาม “ชนิด” ในการเลือกกำหนดทรัพย์สินนั้นส่วนมากมักจะมีการตกลงไว้แล้วว่าต้องการซื้อขายทรัพย์สินประเภทใดและมีชนิดอย่างไรผู้ขายก็ต้องเลือกกำหนดทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในสัญญานั้น แต่ในบางกรณีได้มีการกำหนดแต่เพียงประเภทเท่านั้นไม่ได้กำหนดชนิดของทรัพย์สินด้วย หากเป็นทรัพย์สินทั่วไปที่มีคุณภาพเดียวเสมอกันหมดก็จะมีปัญหาในเรื่องนี้ เช่น ซื้อหนังสือเรื่องธรรมะติดปีกซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ผลิตออกมาจำหน่ายและย่อมมีคุณภาพเท่าเทียมกันทุกเล่ม แต่ถ้าเป็นทรัพย์สินทั่วไปที่มีคุณภาพไม่เท่ากัน เช่น ข้าวสาร น้ำตาล ไข่ไก่ หรือผลไม้ต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีหลายคุณภาพ ดี เลว ปานกลาง แตกต่างกัน กรณีดังกล่าวนี้มาตรา 195 วรรคแรก บัญญัติว่า “เมื่อทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนึ่งนั้นได้ระบุไว้แต่เพียงเป็นประเภท และถ้าตามสภาพของนิติกรรมหรือตามเจตนาของคู่กรณีไม่อาจจะกำหนดได้ว่าทรัพย์สินนั้นจะพึงเป็นชนิดอย่างไรไซ้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินชนิดปานกลาง” อันเป็นกรณีที่วัตถุแห่งหนึ่งที่เกิดจากสัญญาไม่เป็นทรัพย์สินแน่นอน เมื่อถึงเวลาส่งมอบแก่กันผู้ขายก็จะส่งของที่เลวให้ ผู้ซื้อก็จะเรียกเอาของที่ดี อาจมีข้อแย้งกันขึ้นซึ่งตามความในมาตรานี้บัญญัติว่า “ลูกหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินชนิดปานกลาง¹⁰” ดังนั้นในการซื้อไข่ไก่ผู้ขายต้องส่งไข่ไก่อย่างกลาง ๆ ให้แก่ผู้ซื้อ จะส่งอย่างเลว

¹⁰ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) , อั่งแล้ว เจริญธรรมที่ 8 , น.707.

ซึ่งทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นผู้ซื้อจะต้องมารับมอบทรัพย์ไปเอง ณ ที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ แต่ถ้ายังไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ยังภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ แล้วการกระทำทุกประการในที่นี้ลูกหนี้จะต้องนำทรัพย์ไปส่งมอบที่ไหนและจะมีวิธีปฏิบัติอย่างไรในเรื่องสถานที่ชำระหนี้ อันแยกได้ดังนี้

(1.) ทรัพย์เฉพาะสิ่งที่เกิดขึ้น ณ เวลาทำสัญญา จากบทบัญญัติใน มาตรา 324 จะเห็นได้ว่า เวลาที่ “ก่อให้เกิดหนี้” นั้นน่าจะเป็นเวลาที่มีการซื้อขายนั่นเอง เพราะเมื่อทำสัญญาซื้อขายแล้วสัญญานี้ได้ก่อให้เกิดหนี้ของผู้ขายในการส่งมอบ¹²ทันที กล่าวคือเมื่อก่อนให้เป็นผลเกิดขึ้นเมื่อใด ถ้าในขณะนั้นทรัพย์อยู่ที่ไหนที่นั่นเป็นสถานที่ชำระหนี้¹³ ดังนั้นหากจะกล่าวในอีกทางหนึ่งก็คือ เป็นกรณีที่ทรัพย์เฉพาะสิ่งเกิด ณ เวลาที่ได้มีการทำสัญญากันขึ้น ทรัพย์เฉพาะสิ่งได้เกิดขึ้นทันทีเนื่องจากอาจมีการตกลงตัวทรัพย์กันก่อนหน้าทำสัญญาเมื่อทำสัญญาทรัพย์นั้นก็จะเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งทันที หรือตกลงตัวทรัพย์ขณะทำสัญญาจึงทำให้ทรัพย์นั้นกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งทันทีเช่นกัน กรณีนี้ไม่ใช่เป็นการทำสัญญาซื้อขายกันก่อนแล้วกำหนดตัวทรัพย์ในภายหลังทำสัญญาแต่เป็นการซื้อขายทรัพย์ในทันทีทันใด ทำให้ขณะเกิดหนี้ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ทราบอยู่แล้วว่าทรัพย์อยู่ที่ไหนและเมื่อไม่ได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นจึงให้ชำระหนี้กัน ณ ที่ทรัพย์ตั้งอยู่ เท่ากับให้เจ้าหนี้รับเอาทรัพย์ไปจากที่ที่ทรัพย์ตั้งอยู่ ทั้งนี้เพราะเมื่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่ตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็เท่ากับพอใจให้ส่งมอบกันตามที่ที่ทรัพย์ตั้งอยู่

ตัวอย่าง ก. ตกลงขายรถยนต์ของตนให้ ข. เมื่อ ข. ตกลงซื้อรถยนต์คันดังกล่าวกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งทันทีที่สัญญาได้เกิดขึ้น เนื่องจากรถนั้นได้กลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้ว ในขณะที่ทำสัญญาตามมาตรา 324 ข. จะต้องเป็นผู้ไปรับรถยนต์คันดังกล่าวจากสถานที่ที่รถยนต์นั้นได้ตั้งอยู่ในขณะเกิดสัญญา(บ้าน ก.) ก. สามารถส่งมอบรถคันดังกล่าวที่ที่บ้านของตนได้เลย เว้นแต่จะได้ตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า ก. จะต้องส่งรถไปยังบ้านของ ข. ผู้ซื้อ (หากเป็นการส่งซื้อรถยนต์ใหม่ไม่ได้เจาะจงว่าเป็นรถคันไหน ผู้ขายย่อมต้องนำรถไปส่งมอบให้ที่บ้านผู้ซื้อ

¹² กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัททิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (มาตรา 453 ถึง 536) , ไผทชิต เอกจริยกร , พศุศิกายน 2548 , น.43.

¹³ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม และหนี้เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น , 2527), น. 1399.

ตามมาตรา 324 เนื่องจากขณะที่ผู้ขายเลือกกำหนดทรัพย์สิน รถยนต์มือหนึ่งดังกล่าวยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งดังกล่าวต่อไป)

เพื่อความกระจ่างในการศึกษาจึงขอได้ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งเป็นฎีกาเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาในการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาเช่าซื้อ ซึ่งสามารถเทียบเคียงเกี่ยวกับเรื่องสถานที่ในการชำระหนี้ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาซื้อขายได้เช่นกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1555/2542 หนีตามคำพิพากษาที่ต้องส่งมอบรถที่เช่าซื้อเป็นการชำระหนี้ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง อีกทั้งตามคำขอของโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็มิได้ระบุสถานที่ส่งมอบรถและสถานที่ใช้เงินไว้ด้วย กรณีจึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 324 จึงต้องส่งมอบกัน ณ สถานที่ซึ่งทรัพย์สินนั้นได้อยู่ในเวลาเมื่อก่อให้เกิดหนี้นั้น เมื่อหนี้ของจำเลยที่จะต้องส่งมอบรถที่เช่าซื้อคืนจากโจทก์เกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้คืน ขณะนั้นรถอยู่ในความครอบครองของจำเลย จึงต้องส่งมอบรถกัน ณ ภูมิลำเนาของจำเลย

(2.) ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เกิดขึ้นหลังทำสัญญา เป็นกรณีที่เกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นประเภท ในขณะที่ทำการตกลงซื้อขายกันนั้น ทรัพย์สินที่ทำการตกลงซื้อขายกันยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะยังไม่ได้ทำการแบ่งตัวทรัพย์สินหรือคัดเลือกทรัพย์สินในขณะนั้น ทำให้เกิดความสงสัยในวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้ว่าเป็นทรัพย์สินชิ้นใด ซึ่งต้องมีการกำหนดตัวทรัพย์สินให้เป็นที่แน่นอนแล้วในภายหลัง ทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งขึ้นหลังสัญญาเกิด กล่าวคือ ในเวลาที่เกิดขึ้นยังไม่มีตัวทรัพย์สินหรือมีแล้วแต่ไม่รู้ว่าจะอยู่ที่ใด หรือว่าเป็นทรัพย์สินชิ้นไหน ซึ่งในขณะที่ทำสัญญาก่อนการเกิดทรัพย์สินเฉพาะสิ่งคู่สัญญาอาจทราบหรือยังไม่ทราบว่าทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ที่ใด จนกว่าจะได้ทำการระบุทรัพย์สินนั้นแล้ว ดังนั้นจึงมีปัญหาว่หากทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหลังสัญญาเกิดโดยวิธีการกระทำทุกประการนั้นจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินกัน ณ สถานที่ใด เนื่องจาก มาตรา 324 ระบุเพียงสถานที่ชำระหนี้เมื่อทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นได้เกิดขึ้นขณะก่อนหนี้เท่านั้น ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าหากทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเกิดขึ้นหลังทำสัญญาโดยวิธีที่ผู้ขายได้กระทำการทุกประการเพื่อการส่งมอบแล้ว จะต้องทำการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ณ สถานที่ใด

จากที่ได้ศึกษามาข้างต้นว่าในการกระทำทุกประการนั้น ก็คือกรณีที่เหลือเพียงฝ่ายผู้ซื้อเท่านั้นที่จะรับมอบทรัพย์สิน ดังนั้นการกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในวิธีแรกนี้จะต้องแยกทำความเข้าใจระหว่างการซื้อขายที่อยู่เฉพาะหน้ากันและการซื้อขายที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางว่าจะทำการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นการกระทำสุดท้ายที่ทำให้ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ณ สถานที่ใด จะเห็นได้ว่าการซื้อขายที่อยู่เฉพาะหน้ากันนั้นผู้ซื้อมักจะอยู่ด้วยขณะที่ผู้ขายทำการเลือกตัวทรัพย์สิน เมื่อผู้ขายเลือกทรัพย์สินมาแล้วและกระทำการใด ๆ เกี่ยวแก่ตัวทรัพย์สินดังกล่าวมาแล้วและเตรียมส่งมอบ

ทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย ณ ที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่นั้น ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้อีกแต่อย่างใด

ตัวอย่าง ก.ได้เข้าไปที่ร้านเซเว่นอีเลฟเว่นและสั่ง ข. ว่าซื้อถ่านไฟฉาย 2 ก้อน ข. ผู้ขายก็ได้เลือกถ่านไฟฉายให้ ก. 2 ก้อน เมื่อ ข. ได้กระทำการทุกประการเพื่อส่งมอบถ่านไฟฉายนั้นให้ ก. โดยการหยิบถ่านมา 2 ก้อนแล้วใส่ถุงเตรียมพร้อมส่งแล้ว ถ่านไฟฉาย 2 ก้อนนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที โดยไม่ต้องให้ ก. ยินยอมรับมอบทรัพย์สินอีก

ส่วนการซื้อขายที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง การกระทำทุกประการนั้นจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน ณ ภูมิลำเนาของผู้ซื้อก่อน เนื่องจากขณะเลือกทรัพย์สินทรัพย์สินนั้นยังเป็นทรัพย์สินทั่วไปอยู่ เช่นนี้ก็ต้องจัดให้มีการชำระหนี้โดยประการอื่น คือ ลูกหนี้ต้องนำไปชำระ ณ ภูมิลำเนาของเจ้าหนี้¹⁴ (ผู้ซื้อ)ก่อนตามมาตรา 324 ทรัพย์สินนั้นจึงจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ภูมิลำเนาของผู้ซื้อแล้ว ผู้ซื้อจึงเหลือเพียงการมารับมอบทรัพย์สินไปเท่านั้น ดังนั้นการส่งมอบทรัพย์สิน ณ ภูมิลำเนาของผู้ซื้อจึงเป็นการกระทำสุดท้ายของผู้ขายที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังนั้นการเตรียมการอันเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่ว่าคัดเลือกทรัพย์สินที่ดีหรือบรรจุหีบห่อที่ดีที่ได้กระทำในสถานประกอบการของผู้ขายนั้นก็ไม่พอที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และในขณะระหว่างทางที่ขนส่งทรัพย์สินก็ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจนกว่าจะได้กระทำการจนถึงขั้นไปยังภูมิลำเนาของผู้ซื้อและเตรียมพร้อมที่จะส่งมอบทรัพย์สินนั้นจึงจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ถึงแม้ว่าได้ไปถึงที่แล้วแต่ไม่พบเจ้าหนี้ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะแล้ว

สรุปแล้วสถานที่ในการชำระหนี้ในกรณีที่จะทำให้ทรัพย์สินกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยลูกหนี้กระทำทุกประการเพื่อส่งมอบทรัพย์สินในการซื้อขายที่อยู่เฉพาะหน้านั้นให้ส่งมอบ ณ ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่นั้น เพราะผู้ซื้อได้อยู่ในที่ที่เดียวกับที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ด้วย ส่วนการซื้อขายที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ผู้ขาย(ลูกหนี้)จะต้องนำทรัพย์สินไปส่งมอบให้ถึงภูมิลำเนาของผู้ซื้อ ทรัพย์สินนั้นจึงจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังนั้นถ้ามีการตกลงซื้อข้าวสาร 10 กระสอบผู้ขายตวงข้าวสารครบ 10 กระสอบโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ซื้อและนำไปส่งยังภูมิลำเนาของผู้ซื้อเตรียมส่งมอบแล้ว ก็เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที แม้ผู้ซื้อผิดนัดตามมาตรา 207 ก็ตาม แม้ว่าผู้ซื้อไม่ได้ยอมรับมอบทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว เมื่อเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วผลของการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก็สามารถใช้บังคับตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป

¹⁴ เพ็ญอังกูร, น. 1401.

แต่ทว่าก็ยังมีความปัญหาในการส่งมอบทรัพย์สินที่ได้ระคนปนกันอยู่กรณีที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางเมื่อใดทรัพย์สินนั้นจึงจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง จากการศึกษพบว่าหากระหว่างขนส่งสามารถแยกได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้ใดแล้ว เมื่อส่งทรัพย์สินถึงภูมิลำเนาผู้นั้นพร้อมที่เสนอที่จะชำระหนี้ก็ให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตั้งแต่นั้นไป แต่หากทรัพย์สินนั้นระคนปนกันอยู่โดยไม่สามารถแยกได้ว่าอย่างไรเป็นของใคร ก็จะต้องนำทรัพย์สินนั้นไปยังภูมิลำเนาของผู้ซื้อเสียก่อนและทำการคัดเลือกทรัพย์สินที่ระคนปนกันนั้นออกมาด้วยด้วยทรัพย์สินนั้นจึงจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ตัวอย่าง ร้านค้าของ ก. ได้สั่งซื้อเบปซี่จากบริษัทเบปซี่จำนวน 100 ขวด โดยทางบริษัทเบปซี่ได้ขนเบปซี่จำนวน 100 ขวดพร้อมกับขวดอื่น ๆ อีก 10,000 ขวด ที่ลูกค้ารายอื่นสั่งซื้อขึ้นรถบรรทุกเพื่อนำไปส่งให้แก่ลูกค้า หากระหว่างทางได้เกิดเหตุสุดวิสัยทำให้เบปซี่ได้รับความเสียหายทั้งคันรถ แล้วฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายรับภาระความเสี่ยงภัยในเหตุการณ์นี้ กรณีนี้ก็ต้องศึกษาว่าเบปซี่ที่ ก. ได้สั่งซื้อนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือยัง จะเห็นได้ว่าหากเป็นกรณีที่เบปซี่ทั้งคันรถเป็นสินค้าที่ ก. ได้สั่งซื้อทั้งหมด ทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ได้ส่งถึงภูมิลำเนาของ ก. หรือสถานที่ที่ได้ตกลงกัน หรือหากสินค้าบนรถนั้นสามารถแยกได้ว่าส่วนไหนเป็นของ ก. 100 ขวด ทรัพย์สินก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ได้ไปถึงหน้าร้านค้าของ ก. หรือสถานที่ที่ได้ตกลงกันเช่นกัน แม้ว่าผู้ขายได้ไปถึงแล้วแต่ ก. ไม่อยู่ เบปซี่ 100 ขวดนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว แต่หากเบปซี่นั้นเป็นทรัพย์สินที่ระคนปนกันอยู่ไม่อาจแยกได้แน่นอนว่าของใครเป็นของใคร เบปซี่นั้นก็ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อไปถึงภูมิลำเนาผู้ซื้อ แต่จะเป็นก็ต่อเมื่อได้มีการแยกเบปซี่ที่ระคนปนกันอยู่ออกมาคือไปถึงร้านค้าของ ก. แล้วดึงเบปซี่ออกมา 100 ขวดนั้นเตรียมส่งมอบให้ ก. เบปซี่นั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

นอกจากการส่งมอบทรัพย์สินไปยังภูมิลำเนาของเจ้าหนี้จะเป็นการกระทำทุกประการที่ทำให้ทรัพย์สินกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ก็ยังมีการส่งมอบอีกวิธีหนึ่งที่จะทำให้ทรัพย์สินที่ถูกส่งมอบนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้เช่นกัน นั่นก็คือ การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ขนส่งตามมาตรา 463 กล่าวคือ เพียงแค่นำทรัพย์สินไปอยู่ต่อหน้าผู้ขนส่งเตรียมพร้อมที่จะส่งมอบให้แก่ผู้ขนส่งนั้นก็เพียงพอให้ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยที่ผู้ขนส่งยังไม่ต้องรับมอบ หากผู้ขนส่งรับมอบแล้ว การชำระหนี้ก็จะสมบูรณ์

คำพิพากษาฎีกาที่ 1504/2526 ซื้อข้าวสารจำนวน 70 กระสอบ จากจำนวนหลายกระสอบ แม้จะยังไม่ได้ชำระราคา แต่ผู้ขายก็ได้ว่าจ้างขนส่งข้าวขึ้นรถบรรทุกไปส่งแก่ผู้ซื้อและดำเนินการขออนุญาตขนข้าวสารข้ามเขตในนามของผู้ซื้อแล้ว ดังนั้นขณะที่ขนส่งข้าวสารไปให้ผู้ซื้อข้าวสารตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อแล้ว ตามมาตรา 463

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6470/2541 การที่โจทก์ออกไปกำกับสินค้าซึ่งระบุรายละเอียดของชนิด ปริมาณ และราคาสินค้า แสดงว่า โจทก์ได้กำหนด คัดเลือก นับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อให้ได้ตัวสินค้าที่ตกลงซื้อขายเป็นการแน่นอนแล้ว และโจทก์ได้ส่งมอบสินค้านั้นให้แก่ผู้ขนส่งเรียบร้อยแล้ว ถือว่าการส่งมอบนั้นสำเร็จแล้วตาม ป.พ.พ.มาตรา 461 และ 463 ทั้งกรรมสิทธิ์ก็ได้โอนไปยังผู้ซื้อแล้วตาม ป.พ.พ.มาตรา 453 ,458 และ 460

ผลของการกระทำทุกประการ คือ การที่ทรัพย์ที่ลูกหนี้ได้จัดไปเพื่อชำระหนี้ ได้กลายเป็นทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้โดยแน่นอน มีผลทำให้เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง โดยไม่ต้องแสดงเจตนาต่อเจ้าหนี้หรือได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้แต่อย่างใด

2.2.2 เจ้าหนี้ให้ความยินยอมในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์

จากประการที่สองเป็นการที่ลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์ที่จะส่งมอบแล้วด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ ซึ่งมีปัญหาว่าความยินยอมของเจ้าหนี้ในที่นี้เป็นความยินยอมก่อนหรือหลังการเลือกกำหนดทรัพย์

ในความเป็นจริงแล้วมาตรา 195 วรรคสองนี้ กฎหมายไทยได้นำแนวคิดมาจากกฎหมายเยอรมัน มาตรา 243 และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 401 ซึ่งหากพิจารณาดูแล้วในกฎหมายเยอรมันจะบัญญัติถึงวิธีการกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งในกรณีที่ถูกหนี้ได้กระทำทุกประการในการกำหนดทรัพย์ที่จะใช้ชำระหนี้เท่านั้น ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีที่ลูกหนี้เลือกทรัพย์ด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ แต่วิธีการดังกล่าวนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น มาตรา 401 อีกทั้งบทบัญญัตินี้ได้นำมาปัญหามาให้ตีความอีกว่าความยินยอมของเจ้าหนี้ในที่นี้เป็นความยินยอมก่อนหรือหลังการเลือก หากพิจารณาจากบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นมานี้จะเห็นได้ว่าทำให้เกิดปัญหาดังกล่าวว่าความยินยอมของเจ้าหนี้ในที่นี้จะมีความยินยอมก่อนการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ของลูกหนี้หรือเป็นความยินยอมหลังจากที่ลูกหนี้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์แล้ว และความยินยอมเช่นนี้ควรยินยอมตอนไหนอย่างไรถึงจะสามารถแก้ปัญหาเรื่องการกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งได้ดีที่สุด ซึ่งมีแนวความคิดอยู่ 2 แนวด้วยกันคือ

แนวความคิดแรก เห็นว่าความยินยอมในที่นี้เป็นความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนที่ลูกหนี้จะได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ แม้ว่าลูกหนี้จะยังมีได้กระทำการครบถ้วนทุกสิ่งทุกอย่างดังกล่าวนั้นก็ดี ถ้าหากลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์ที่จะส่งมอบเพื่อการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้ได้ยินยอมให้เลือก ทรัพย์ที่เลือกได้นั้นก็กลายเป็นทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้โดยแน่นอน¹⁵ ลักษณะ

¹⁵ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) , อ้างแล้ว เที่ยงธรรมที่ 8 , น.709.

ของทรัพย์สินที่เป็นประเภทรวมปนกันอยู่เช่นนี้ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็อาจเกิดได้เพียงเพียงงอนกันได้ ลูกหนี้เลือกกำหนดไว้แล้ว เจ้าหนี้ก็ลำบากยิ่งไม่ยอมรับ จะเรียกเอาส่วนอื่นของอื่น และโดยที่เป็นประเภทเหมือนกัน เจ้าหนี้ก็จะมีเหตุผลยกขึ้นอ้างได้ต่าง ๆ จึงเป็นปัญหาในการที่จะบัญญัติให้แน่นอนว่าเมื่อได้แยกส่วนแยกกองทรัพย์สินเป็นประเภทไว้ต่างหากสำหรับส่งมอบให้ เจ้าหนี้แล้วเมื่อใด ผลเท่ากับเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งสำหรับชำระให้แก่เจ้าหนี้เป็นต้นไปนับแต่เมื่อนั้น¹⁶

ตัวอย่าง ก. สั่งซื้อน้ำตาลจาก ข. 10 ขวด ก. เอาขวดมามอบให้ ข. บรรจุน้ำตาลให้ด้วย ดังนี้เมื่อ ข. ได้บรรจุน้ำตาลลงในขวดของ ก. เสร็จแล้ว น้ำตาลนั้นก็ทรัพย์สินที่ซื้อขายกันโดยแน่นอน¹⁷ เพราะ ข.(ลูกหนี้)ได้แยกน้ำตาลออกมาบรรจุลงขวดของ ก. จึงเป็นสัญลักษณ์ที่แจ้งให้ทราบว่าน้ำตาลในขวดนั้นเป็นของ ก. แต่เพียงผู้เดียว

ตัวอย่าง มานีตกลงขายข้าวสารชนิด 5% ที่เก็บอยู่ในโกดังของมานี ให้ชูใจ จำนวน 10 กระสอบ มานีได้ตัดข้าวสารจำนวน 10 กระสอบ จากโกดังมาส่งให้ที่รถบรรทุกซึ่งชูใจได้จัดมา สำหรับขนข้าวสารที่ดี หรือ มานีได้แยกข้าวสาร 10 กระสอบกองไว้ต่างหากจากกระสอบอื่น ๆ โดยชูใจตกลงยินยอมด้วยแล้ว ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ก็คงถือว่าข้าวสารที่ มานี ได้เอามาส่งมอบให้ที่รถบรรทุกหรือได้แยกออกมานั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนับแต่เวลาที่มีการเตรียมพร้อมที่จะส่งมอบหรือแยกข้าวสารนั้น อย่างไรก็ตาม แม้ก่อนมีการแยกข้าวสาร 10 กระสอบออกมา ข้าวสารที่มานีจะส่งมอบนั้นยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่ข้าวสารดังกล่าวก็ไม่เป็นทรัพย์สินทั่วไป เพราะมานีจะไปเอาข้าวสารทั่ว ๆ ไปจากที่อื่น นอกจากที่อยู่ในโกดังมาส่งมอบให้ชูใจไม่ได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะมีเจตนาเพียงแต่จะซื้อขายข้าวชนิดเดียวกับที่เก็บไว้ในโกดัง ทรัพย์สินประเภทนี้จึงเรียกกันว่าเป็น ทรัพย์สินที่ยังไม่แน่นอน

ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้มักจะเลือกเองโดยลูกหนี้ยินยอม(ซึ่งเท่ากับลูกหนี้เลือกโดยเจ้าหนี้ยินยอม) หรือลูกหนี้เป็นผู้เลือกโดยความยินยอมของเจ้าหนี้ก็ได้ เพราะฉะนั้นถ้าลูกหนี้เลือกโดยเจ้าหนี้ไม่ยินยอมก็ยังไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ย่อมใช้หลักการกำหนดทรัพย์สินเฉพาะสิ่งวิธีนี้ไม่ได้ต้องกลับไปใช้วิธีแรก เมื่อเลือกกำหนดโดยเจ้าหนี้ยินยอมก็เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีแม้จะยังไม่ส่งมอบ¹⁸

¹⁶ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13 , น.387 – 388.

¹⁷ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8 , น.707.

¹⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1 , น.61.

อีกทั้งจากแนวกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 401 นั้นได้วางหลักการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินโดยลูกหนี้เป็นผู้เลือก โดยให้ความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินเป็นหลัก¹⁹ ว่าเจ้าหนี้ยินยอมให้ลูกหนี้เลือกกำหนดทรัพย์สินหรือไม่ หากว่าเจ้าหนี้ยินยอมให้ลูกหนี้กำหนดตัวทรัพย์สิน ตัวทรัพย์สินที่ลูกหนี้เลือกนั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ลูกหนี้ได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินนั้นออกมา(วิธีที่สอง) แต่หากเจ้าหนี้ไม่ได้ให้ความยินยอมในการเลือกแก่ลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ต้องเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินโดยวิธีกระทำการทุกประการเพื่อส่งมอบตัวทรัพย์สิน(วิธีแรก)

แนวคิดนี้เห็นว่าการที่จะใช้วิธีใดในสองวิธีตามมาตรา 195 วรรคสองนี้ จะต้องพิจารณาจากความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินเป็นหลัก ซึ่งหลักดังกล่าวจะเป็นหลักที่สามารถแก้ปัญหาในการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้ทุกเรื่องหรือไม่ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาต่อไป

จากแนวความคิดข้างต้นจะเห็นได้ว่าความยินยอมในที่นี้เป็นความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนที่ลูกหนี้จะทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน แต่หากพิจารณาในแง่ของความเป็นจริงหลายๆ กรณีแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าเพียงแค่เจ้าหนี้ให้ความยินยอมแก่ลูกหนี้ก่อนการเลือกตัวทรัพย์สินนั้นยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากปัญหาที่ว่า แล้วจะรู้ได้อย่างไรว่าเมื่อเจ้าหนี้ให้ความยินยอมแก่ลูกหนี้ในการเลือกแล้ว ลูกหนี้จะทำการเลือกกำหนดทรัพย์สินเมื่อไหร่ แล้วทรัพย์สินนั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อไหร่ ซึ่งจะมีผลต่อการรับภาระความเสี่ยงภัยหากต่อมาเกิดภัยพิบัติขึ้นกับทรัพย์สินนั้น เช่น ฟ้าใส่ตกลงซื้อดอกไม้พลาสติกจำนวน 500 ดอก จากสายลมเพื่อนำไปตกแต่งร้านค้าของตน (เป็นทรัพย์สินที่มีอยู่ ณ ขณะนั้น แต่ไม่รู้ว่าจะขึ้นไหนอันไหน) โดยตกลงให้สายลมเป็นผู้เลือก แล้วอีก 2 วัน ฟ้าใสจะนำรถมาขนดอกไม้พลาสติกไปเองปรากฏว่า คืนเดียวกันนั้นเองไฟได้ไหม้โกดังเก็บดอกไม้พลาสติกจนหมด โดยไม่ใช่ความผิดของฝ่ายใดเลย ดังนี้แล้วฝ่ายใดจะเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงภัย หากว่าสายลมได้เลือกกำหนดทรัพย์สินแล้วว่าได้แก่ทรัพย์สินชิ้นใดบ้าง ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่เป็นผลให้ภาระความเสี่ยงภัยตกอยู่แก่ฟ้าใส (ผู้ซื้อ) ตามมาตรา 370 วรรคแรก แต่หากว่าสายลมยังไม่ได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินใด ๆ เลย ทรัพย์สินที่เสียหายนั้นก็ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ผู้ที่ต้องรับภาระความเสี่ยงภัยก็คือสายลม (ผู้ขาย) มาตรา 372 ซึ่งบางทีผู้ขายอาจจะอ้างว่าตนได้เลือกกำหนดทรัพย์สินแล้วเพื่อให้ตนหลุดพ้นความรับผิดตามมาตรา 219 ทั้ง ๆ ที่ตนยังไม่ได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินใด ๆ เลย เนื่องจากหากมีการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ภาระความเสี่ยง

¹⁹ โปรดดู น.133.

ภัยก็จะโอนไปยังผู้ซื้อ ซึ่งทางนักกฎหมายฝรั่งเศสได้วางแนวทางในการแก้ปัญหานี้ไว้ ก็คือ การให้ผู้ซื้อได้รับรู้ในการบ่งชี้ตัวทรัพย์สินนั้นด้วย เช่น การที่ผู้ซื้อได้อยู่ด้วยในขณะที่ได้มีการบ่งชี้ทรัพย์สินโดยผู้ขาย หรือหากผู้ซื้อไม่สะดวกอยู่ด้วยในขณะที่บ่งชี้ทรัพย์สิน ก็อาจตกลงให้ผู้ขายแจ้งให้แก่ผู้ซื้อภายหลังจากที่บ่งชี้ทรัพย์สินเรียบร้อยแล้ว (ถือว่าเป็นการที่ผู้ซื้อให้ความยินยอมหลังการเลือกอีกครั้งแล้วทำไมจึงไม่ตีความให้ความยินยอมที่ว่าเป็นความยินยอมหลังการเลือก) หรือผู้ขายต้องทำการบ่งชี้ทรัพย์สินให้ชัดเจนโดยการทำสัญลักษณ์ไว้ที่ทรัพย์สิน หรือติดป้าย หรือเขียนชื่อไว้ที่ทรัพย์สินว่าเป็นของผู้ซื้อ หรือวิธีการอื่นใดที่สามารถรับรู้ได้อย่างชัดเจนว่าผู้ขายได้ทำการเลือกกำหนดทรัพย์สินแล้วจริง หรือทรัพย์สินที่จะใช้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้หนี้ได้ถูกเลือกออกมาอย่างเฉพาะเจาะจงแล้ว

แนวคิดที่สอง มีความเห็นว่าความยินยอมของเจ้าหนี้เป็นความยินยอมหลังจากที่ลูกหนี้ได้ทำการเลือกกำหนดทรัพย์สินแล้ว กล่าวคือ เมื่อลูกหนี้ได้เลือกทรัพย์สินที่จะส่งมอบและเจ้าหนี้ก็ยินยอมด้วยแล้ว ก็จะมีผลทางกฎหมายว่ากรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินได้โอนมายังเจ้าหนี้แล้ว ความวิเศษแห่งทรัพย์สินย่อมเป็นพับแก่เจ้าหนี้²⁰ เช่น ถ้า ก. ได้คัดข้าวสารจำนวน 10 กระสอบ จากโกดังมอบให้แก่รถบรรทุกซึ่ง ข. จัดมาขนข้าวสารแล้วก็ดี หรือ ก. ได้แยกข้าวสาร 10 กระสอบกองไว้ต่างหากจากกระสอบอื่น ๆ โดย ข. ตกลงยินยอมด้วยแล้วไม่ว่าจะโดยปริยายหรือชัดแจ้ง²¹ ถือว่าข้าวสารนั้นได้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว

ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนการเลือกกำหนดทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งที่มืออยู่แล้วเพื่อให้ลูกหนี้ใช้สิทธิเลือกตามมาตรา 195 วรรคสอง ไม่ว่าจะในการเลือกกำหนดทรัพย์สินในวิธีกระทำทุกประการในวิธีแรกหรือวิธีเลือกทรัพย์สินโดยความยินยอมของเจ้าหนี้วิธีที่สอง เนื่องจากเมื่อผู้ซื้อตกลงที่จะซื้อทรัพย์สินได้ก็ย่อมหมายความว่าเจ้าหนี้ได้ยินยอมให้ลูกหนี้เป็นผู้เลือก แม้เจ้าหนี้ไม่ได้แสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งให้ลูกหนี้เป็นผู้เลือกกำหนดก็ตาม นอกเสียจากเจ้าหนี้จะแสดงเจตนาว่าตนจะเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินเอง หรือโดยปกติประเพณีตามลักษณะของสัญญาให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เป็นผู้เลือกหากไม่มีฝ่ายใดเป็นฝ่ายเลือก เมื่อความยินยอมของเจ้าหนี้เป็นสิ่งที่มืออยู่แล้วก่อนการเลือก อีกทั้งเพื่อแก้ปัญหาจากแนวคิดแรกในเรื่องการเกิดภัยพิบัติในระหว่างการเลือกกำหนดทรัพย์สินในวิธีที่สองนี้ จากตัวอย่างที่ฟ้าใสได้สั่งซื้อดอกไม้

²⁰ จิต เศรษฐบุตร , อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 9 , น.38.

²¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 8 , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2548), น.69.

พลาดตึกจากสายลมแล้วเกิดภัยพิบัติระหว่างเลือก สายลมสามารถอ้างได้ว่าตนได้เลือกทรัพย์ให้เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้วเพื่อให้ตนไม่ต้องรับภาระความเสี่ยงภัย ทั้งที่จริงแล้วสายลมอาจยังไม่ได้เลือกกำหนดทรัพย์เลยก็ได้ ซึ่งหากตีความให้ความยินยอมเช่นว่าเป็นความยินยอมของเจ้าหนี้ หลังการเลือกตัวทรัพย์ก็จะแก้ปัญหาที่ว่านี้ได้โดยไม่ต้องเพิ่มคำอธิบายนอกตัวบทดังกฎหมายฝรั่งเศส เพียงแต่ตีความตามตัวอักษรในตัวอย่างให้ความยินยอมนี้เป็นความยินยอมหลังการเลือกกำหนดทรัพย์ก็พอ ซึ่งความยินยอมของเจ้าหนี้หลังการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ได้แก่ การที่เจ้าหนี้อยู่กับลูกหนี้ในขณะที่ลูกหนี้ได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ หรือการที่ลูกหนี้ได้แจ้งให้เจ้าหนี้ทราบ

วิธีที่ลูกหนี้จะทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์นั้นมีอยู่ด้วยกันสองวิธีดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งการที่จะใช้วิธีใดวิธีหนึ่งในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ของลูกหนี้จะต้องพิจารณาจากการแสดงเจตนาต่อกันหรือมีการตกลงกันว่าจะใช้วิธีใด ทำให้เกิดปัญหาว่าหากต่างฝ่ายต่างก็ไม่ได้ตกลงกันว่าจะใช้วิธีใดในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ แล้วจะต้องใช้หลักใดมาพิจารณาในการเลือกวิธีการกำหนดตัวทรัพย์ จากการศึกษากฎหมายญี่ปุ่นได้วางหลักว่าให้ดูที่ความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนการเลือกตัวทรัพย์ ซึ่งเห็นได้จากคำอธิบายข้างต้นแล้วว่าหลักนี้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องการกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งได้ทั้งหมด ดังนั้นจึงขอเสนอว่าหากไม่มีการแสดงเจตนาดังกล่าวก็จะต้องมาพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาหรือปกติประเพณีทางการค้าในการซื้อขายทรัพย์นั้น ๆ ว่าทรัพย์นั้นโดยปกติประเพณีจะต้องได้รับการตรวจตรายินยอมจากเจ้าหนี้หลังจากที่ลูกหนี้ได้เลือกกำหนดตัวทรัพย์แล้วหรือไม่ หากทรัพย์นั้นจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้หลังการเลือกก็ต้องใช้วิธีการที่สองมาเป็นวิธีในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์โดยให้เจ้าหนี้ยินยอมหลังการเลือกด้วยทรัพย์นั้นจึงจะเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง แต่หากทรัพย์ดังกล่าวเป็นทรัพย์ที่ปกติแล้วไม่ต้องมีการตรวจตรา ก็จะใช้วิธีการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ในวิธีแรกคือทรัพย์จะกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งทันทีที่ลูกหนี้ได้กระทำทุกประการเพื่อส่งมอบทรัพย์นั้น ซึ่งทรัพย์ใดจะเป็นทรัพย์ที่ปกตินั้นจะต้องตรวจตราหรือไม่พิจารณาได้ดังนี้

(1.) ทรัพย์ที่โดยปกติประเพณีต้องมีการตรวจตราทรัพย์ก่อน ทรัพย์ประเภทนี้เมื่อส่งมอบทรัพย์ให้แก่ผู้ซื้อ ถ้าหากผู้ซื้อยังไม่ได้ตรวจตราทรัพย์มาก่อน จะถือว่าผู้ซื้อได้รับมอบทรัพย์แล้วยังไม่ได้ จนกว่าผู้ซื้อจะได้มีโอกาสพอสมควรที่จะตรวจตราทรัพย์เพื่อจะได้ทราบแน่นอนว่าทรัพย์นั้นตรงตามสัญญาหรือไม่ ฉะนั้น นอกจากจะมีข้อตกลงกันเป็นอย่างอื่น ผู้ขายจะต้องให้โอกาสพอสมควรแก่ผู้ซื้อที่จะตรวจตราทรัพย์ และย่อมสันนิษฐานเบื้องต้นว่าเวลาและสถานที่ที่ส่งมอบนั้น เป็นเวลาและสถานที่ที่จะตรวจตราทรัพย์ แต่พฤติการณ์แห่งกรณีอาจแสดงให้เห็นว่าคู่กรณีต้องการจะตรวจตราในเวลาและสถานที่อื่น โดยเฉพาะเมื่อทรัพย์นั้นมีความชำรุดบกพร่อง

ซ่อนอยู่ภายในซึ่งแม้จะใช้ความระมัดระวังธรรมดาที่ไม่อาจจะตรวจพบได้ ณ สถานที่ส่งมอบ ในกรณีเช่นนี้ การตรวจตรา ณ ที่ส่งมอบก็ย่อมไม่ผูกพันผู้ซื้อ ถ้าหากมีการตรวจตราต่อมาภายหลัง ผู้ซื้อก็ย่อมที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับทรัพย์สินนั้นได้ ถ้าหากทรัพย์สินไม่ตรงตามสัญญา²² ทรัพย์สินที่โดยปกติต้องมีการตรวจตราทรัพย์สินก่อน คือ เป็นทรัพย์สินที่โดยทั่วไปแล้วก่อนรับมอบทรัพย์สินนั้นๆ ต้องมีการตรวจตราก่อน มักจะเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะ ดังนี้

- เป็นทรัพย์สินที่มีความสลับซับซ้อน หรือ ต้องมีการทดลองการใช้งานก่อน (คำพิพากษาฎีกาที่ 9161/2544 น.) เช่น การซื้อเครื่องปรับอากาศในกรณีที่ได้เดินดูแบบเครื่องปรับอากาศที่ร้านก่อนว่าพอใจแบบไหน รุ่นใด เมื่อผู้ซื้อทราบรุ่นที่ต้องการแล้วก็มักจะแจ้งให้แก่ผู้ขายว่าต้องการอย่างไร แล้วให้ผู้ขายนำไปส่งที่บ้าน ซึ่งโดยปกติผู้ขายก็จะเลือกเครื่องใหม่ให้แก่ผู้ซื้อแต่ทว่ากรณีนี้เป็นกรณีการซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าที่มีการใช้งานสลับซับซ้อนถึงแม้ว่าผู้ขายจะได้นำทรัพย์สินไปส่งมอบแก่ผู้ซื้ออย่างมีมูลแล้วก็ไม่อาจทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไปได้ ซึ่งจะต้องมีการทดลองใช้งานว่าสามารถใช้งานได้ตามวัตถุประสงค์ของทรัพย์สินนั้น ๆ หรือไม่ แล้วผู้ซื้อจึงให้ความยินยอมในการที่ลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์สินนั้น ๆ ทรัพย์สินนั้นจึงจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไป จะเห็นได้ว่าการซื้อขายทรัพย์สินประเภทนี้จะต้องทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินในวิธีที่สองโดยให้เจ้าหนี้ยินยอมหลังการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินด้วย

- เป็นทรัพย์สินที่มีอายุการใช้งานได้นานและผู้ซื้อต้องการให้ใช้งานได้ยาวนานเหมาะสมกับตัวทรัพย์สิน

- เป็นทรัพย์สินที่มักจะพบความชำรุดบกพร่องได้ง่าย เช่น รถยนต์ ก่อนรับมอบรถนั้นๆ ก็ต้องมีการลองขับ เช็คเครื่องให้ดีก่อนจึงจะรับมอบ หรือโทรศัพท์มือถือ ก่อนตัดสินใจที่จะซื้อ ก็ต้องมีการตรวจสอบคุณภาพเครื่อง ตรวจสอบสัญญาว่าชัดเจนดีหรือไม่ก่อน เป็นต้น

ตัวอย่าง จากตัวอย่างในบทนำเกี่ยวกับการซื้อขายรถยนต์ Honda Jazz มือหนึ่ง ที่นาย ก. สั่งซื้อจากนาย ข. แล้วอีกสามเดือนต่อมา นาย ข. จึงได้ขับรถคันดังกล่าวที่นาย ก. สั่งซื้อไปส่งที่บ้านของนาย ก. แต่ปรากฏว่าระหว่างทางได้มีรถคันหนึ่งมาชนรถยนต์ Honda Jazz คันนี้แล้วหนีไป จากการศึกษาค้นพบว่ารถคันนี้ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แม้ว่าลูกหนี้คือนาย ข. จะได้ทำการ

²² Halsbury , Halsbury's Law of England , 3 rd vol. 34 , 1960 , pp.110-111, อ้างอิงจากประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร บุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย. พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2545) น.86

เลือกตัวทรัพย์สินโดยการแยกทรัพย์สินออกมาเป็นรถยนต์คันนี้ แต่ก็ยังไม่ทำให้รถคันนี้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เนื่องจากทรัพย์สินที่ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีราคาสูงและมักจะพบความชำรุดบกพร่องได้ง่ายมากตามที่เคยเห็นเป็นข่าวกัน ดังนั้นจึงต้องให้โอกาสแก่นาย ก. ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ซื้อทำการตรวจราดูก่อนว่ารถยนต์คันดังกล่าวมีตำหนิหรือให้ทดลองขับ เช็ครถดูก่อนว่ามีความชำรุดบกพร่องตรงไหนบ้าง ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการเลือกทรัพย์สินประเภทนี้จะต้องทำการเลือกในวิธีที่สองโดยเจ้าหนี้จะต้องให้ความยินยอมหลังการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินหากไม่มีการตกลงกัน ด้วยเหตุนี้เมื่อทรัพย์สินดังกล่าวยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในขณะถูกขน ภาระความเสี่ยงภัยก็จะตกอยู่กับนาย ข. ส่วนนาย ก. มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับรถคันนี้ตามมาตรา 320 แล้วขอเปลี่ยนเป็นรถคันใหม่แทนตามมาตรา 461

- ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายลักษณะพิเศษ ได้แก่ การซื้อขายตามตัวอย่าง การซื้อขายเผื่อชอบ การซื้อขายตามคำพรรณนา ซึ่งทรัพย์สินที่ซื้อขายตามสัญญาเหล่านี้ผู้ซื้อก็มีโอกาสที่จะตรวจตราทรัพย์สินก่อนรับมอบ ดังที่จะกล่าวต่อไปในหัวข้อที่ห้า

อย่างไรเป็นการยินยอมรับเอาทรัพย์สินหรือบอกปิด ย่อมแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป การรับเอาหรือบอกปิดนั้นเป็นข้อเท็จจริงประกอบด้วยเจตนาของผู้ซื้อว่ามีความพอใจรับเอาทรัพย์สินไว้หรือไม่ประสงค์จะรับไว้ เจตนาเช่นนี้ต้องแสดงออกโดยตรงหรือโดยปริยาย การรับเอาทรัพย์สินไว้โดยมิทันได้ตรวจตราและไม่ล่วงเลยเวลาสมควรยังไม่พอพึงว่าเป็นการรับเอาทรัพย์สินว่าถูกต้องตามสัญญา หากภายหลังผู้ซื้อตรวจพบข้อบกพร่องเห็นว่าไม่ตรงตามสัญญาก็ย่อมบอกเลิกสัญญาได้²³ กรณีที่ถือว่าผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินที่ส่งมอบแล้วมีดังต่อไปนี้ คือ

- (1.) เมื่อผู้ซื้อแสดงต่อผู้ขายว่าตนรับเอาทรัพย์สินที่ส่งมอบแล้วโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ
- (2.) เมื่อผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินถึงมือผู้ซื้อแล้ว ผู้ซื้อได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ทรัพย์สินนั้น ซึ่งแสดงว่าผู้ซื้อยึดถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นหรือกระทำการเกี่ยวแก่ทรัพย์สินนั้นอันเป็นปฏิบัติต่อกรรมสิทธิ์ของผู้ขาย

ตัวอย่าง หวานสังข์ข้าวไข่เจียวจากร้านอาหารของชม 1 จาน เมื่อทำเสร็จแล้วชมก็นำมาเสิร์ฟให้หวานที่โต๊ะ แล้วหวานก็รับมาโดยไม่มีข้อโต้แย้งอันใด ทำให้ข้าวไข่เจียวจานนี้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที หากระหว่างทางที่ชมจะนำข้าวไข่เจียวมาเสิร์ฟมีเด็กคนหนึ่งวิ่งมาชนแล้วหนีไปทำให้ข้าวไข่เจียวตกลงพื้น มีคำถามว่าหวานผู้ซื้อจะต้องชำระราคาค่าไข่เจียวหรือไม่ เมื่อระหว่างทาง

²³ มนุภาณวิมลศาสตร์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรประเสริฐ , 2522) น.59.

ข้าวไข่เจียวยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งผู้ขายก็ต้องเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงภัย ส่วนผู้ซื้อก็ต้องชำระราคาค่าข้าวไข่เจียวตามมาตรา 369

(3.) ผู้ซื้อยึดหน่วงทรัพย์สินไว้จนล่วงเลยเวลาอันสมควรไปแล้ว โดยมีได้บอกผู้ขายว่าจะไม่รับเอาทรัพย์สินนั้น²⁴

(2.) ทรัพย์สินที่โดยสภาพของทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต้องมีการตรวจตรา คือ เป็นทรัพย์สินที่ปกติจะไม่ต้องมีการตรวจตรา ซื้อแล้วก็แล้วกันไป ทรัพย์สินที่ไม่จำเป็นต้องมีการตรวจตรานั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีเมื่อได้ทำการเลือกตัวทรัพย์สินนั้นและได้มีการกระทำทุกประการตามวัตถุประสงค์ของสัญญา ลักษณะของทรัพย์สินที่ไม่จำเป็นต้องมีการตรวจตราก่อนรับมอบมีดังนี้

- เป็นทรัพย์สินที่มีราคาไม่สูงมากนัก เช่น ไม้บรรทัด ยางลบ สมุด ดินสอ เป็นต้น แต่ทรัพย์สินที่มีราคาไม่สูงบางอย่าง เช่น ปากกา , น้ำยาทาเล็บ เป็นต้น โดยปกติประเพณีแล้วหากผู้ขายไม่แสดงเจตนาว่าห้ามลองเขียน หรือตรวจตราดู ผู้คนส่วนมากก็มักจะทำการลองเขียนหรือลองทาก่อนซื้อ

- เป็นทรัพย์สินที่โดยทั่วไปไม่สามารถชำรุดบกพร่องกันได้ง่าย ๆ เช่น ถ่านไฟฉาย โดยปกติเมื่อผู้ขายได้เลือกกำหนดถ่านไฟฉายพร้อมที่จะส่งมอบให้ผู้ซื้อนั้น ถ่านไฟฉายนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที เนื่องจากถ่านไฟฉายนั้นไม่ต้องมีการตรวจตราใด ๆ จากเจ้าหน้าที่อีก เพราะเป็นทรัพย์สินที่มีคุณภาพเหมือนกันหมดและมีความชำรุดบกพร่องได้ยาก

สำหรับเรื่องทรัพย์สินในอนาคตหรือทรัพย์สินที่ต้องมีการทำขึ้น เช่น การสั่งซื้อพิซซ่า การสั่งอาหารตามสั่ง การซื้อพืชผลที่ยังไม่ออกผล จะเห็นได้ว่าเมื่อผู้ซื้อได้สั่งซื้อไปสัญญาย่อมเกิดขึ้นแล้วแต่ยังไม่มีตัวทรัพย์สิน ในสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและการโอนความเสี่ยงภัยจะมีขึ้นเมื่อทำทรัพย์สินเสร็จ²⁵ โดยสภาพของสัญญานั้นสามารถเข้าใจได้เป็นที่แน่นอนว่าการที่ผู้ซื้อได้สั่งซื้อไปแล้วนั้น เป็นการที่ผู้ซื้อได้ยินยอมให้ผู้ขายเป็นผู้กำหนดตัวทรัพย์สินก่อนการเลือกนั่นเอง เนื่องจากกรณีนี้เป็นการที่ลูกหนี้เป็นผู้ที่ก่อให้เกิดตัวทรัพย์สินนั้นขึ้นมา เมื่อเจ้าหน้าที่ตกลงซื้อก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ให้ความยินยอมแก่ลูกหนี้ในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินแล้วหากเจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น เช่น ทรัพย์สินที่เป็นอาหารต้องปรุงตามสั่ง หรือทรัพย์สินที่ต้องทำขึ้น (ซึ่งไม่ใช่กรณีสัญญาจ้างทำของโดยผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระสำหรับทำการงานอันมุ่งถึง

²⁴ ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร บุญญพันธ์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.87.

²⁵ ไผทชิต เอกจริยกร, *คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4,*

(กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2549) , น.46.

ผลสำเร็จของงานแต่เป็นสัญญาซื้อขาย อาจเป็นการซื้อขายตามตัวอย่างก็ได้ เช่น ซื้อโต๊ะ เก้าอี้ เพื่อเป็นของใช้ในกิจการโรงเรียน ก็ต้องมีการซื้อเป็นพันๆชุด คงไม่มีร้านใดนำโต๊ะ เก้าอี้ ออกมาวางแสดงเพื่อให้ขายเป็นพัน ๆ ชุดแน่ จะมีก็แค่ตัวอย่างของโต๊ะหรือเก้าอี้ที่นำออกมาวางแสดงไว้เท่านั้น ผู้ซื้อกับผู้ขายจึงเพียงตกลงกันให้ทำตามแบบที่ต้องการหรือตามตัวอย่างที่วางแสดงเท่านั้น) การให้ความยินยอมก่อนการเลือกนั้นเป็นสิ่งที่มืออยู่แล้วเมื่อผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์สินที่สร้างขึ้นแต่ทว่า จะเชื่อใจผู้ขายได้แค่ไหนว่าจะเลือกตัวทรัพย์สินให้สมกับวัตถุประสงค์ของหนี้ ซึ่งผู้ขายอาจมีการหลงลืม พลังเพลอ หรือตั้งใจทำให้ทรัพย์สินที่ใช้ในการชำระหนี้นั้นผิดเพี้ยนไป แล้วทรัพย์สินที่ผิดเพี้ยนไปนั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อผู้ขายหรือลูกหนี้ได้เลือกตัวทรัพย์สินเรียบร้อยแล้วเช่นนั้นหรือ ในเมื่อทรัพย์สินที่ผิดเพี้ยนไปนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ผู้ซื้อหรือเจ้าหนี้จะต้องรับภาระความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ตนไม่ได้คาดหวังไว้เช่นนั้นหรือ ดังตัวอย่างในการสั่งซื้อพิซซ่าทางโทรศัพท์ซึ่งการที่ผู้ซื้อสั่งซื้อไปก็ถือว่าผู้ซื้อได้ยินยอมให้ผู้ขายเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินแล้ว หลายคนเห็นว่าการที่ผู้ขายได้ทำพิซซ่าเสร็จแล้วพิซซ่านั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีเพราะพิซซ่าชิ้นนั้นผู้ขายก็ตั้งใจทำให้ผู้ซื้อคนเดียว แล้วพิซซ่าดังกล่าวนั้นจะไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้อย่างไร ดังนั้น หากระหว่างทางที่จะไปส่งพิซซ่ายังบ้านของผู้ซื้อได้มีสุนัขวิ่งตัดหน้ารถมอเตอร์ไซด์ที่ส่งพิซซ่าทำให้รถล้มแล้วพิซซ่าตกกระจายแล้วสุนัขก็คาบไป หากพิซซ่าดังกล่าวเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วก็ส่งผลให้ผู้ซื้อต้องชำระเงินค่าพิซซ่าโดยที่ไม่ได้รับพิซซ่าเลยตามมาตรา 370 วรรคแรก แต่หากผู้ซื้อได้สั่งพิซซ่าหน้าฮาวายเอี้ยน แต่ผู้ขายกลับทำพิซซ่าหน้าทูน่า แล้วระหว่างทางเกิดกรณีเช่นว่านั้นทำให้เกิดความเสียหายแก่พิซซ่าแล้วผู้ซื้อยังต้องชำระเงินค่าพิซซ่าหน้าทูน่าที่ตนไม่ได้สั่งอีกหรือ หากพิจารณาจากตัวอย่างดังกล่าวโดยตรรกะแล้วเห็นว่า ความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนการเลือกตัวทรัพย์สินนั้นยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ทรัพย์สินที่ลูกหนี้เลือกกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ต้องมีความยินยอมของเจ้าหนี้หลังการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินด้วย

ทรัพย์สินในอนาคตกรณีที่เป็นทรัพย์สินที่ทำตามคำสั่งของผู้ซื้อ เช่น อาหารตามสั่ง ผู้ซื้อจะมีสิทธิตรวจดูก่อนหากผู้ขายทำผิดจากที่สั่งไว้ผู้ซื้อก็สามารถไม่รับมอบได้และหากผู้ซื้อได้ยินยอมรับมอบแล้ว ทรัพย์สินนั้นถึงจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ตัวอย่าง นุ้ยโทรศัพท์สั่งพิซซ่าหน้าฮาวายเอี้ยนให้มาส่งที่บ้าน ระหว่างทางมีสุนัขวิ่งตัดหน้ารถมอเตอร์ไซด์เป็นเหตุทำให้รถล้มจนพิซซ่าก็ตกลงพื้นแล้วสุนัขก็คาบไป การที่จะให้ฝ่ายใดรับภัยพิบัตินี้ก็ต้องพิจารณาว่าพิซซ่าที่ทำเสร็จพร้อมส่งนี้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วหรือยัง โดยปกติแล้วเมื่อเด็กส่งพิซซ่ามาส่งผู้ซื้อมักจะไม่มีใครตรวจดูก่อน ทั้งที่มีสิทธิในการตรวจดูว่าหากไม่ใช่หน้าตามาที่สั่งไปก็สามารถปฏิเสธไม่รับได้ แต่เมื่อผู้ซื้อไม่ตรวจดูถือว่าผู้ซื้อสละสิทธิที่จะตรวจ

จากตัวอย่างที่กล่าวมาไม่ว่าจะเป็นตัวอย่างพิชชาหรืออาหารตามสั่งก็แล้วแต่ หากเกิดความเสียหายกับทรัพย์สินเหล่านั้นผู้ซื้อไม่ต้องรับภาระความเสี่ยงภัยจนกว่าทรัพย์สินนั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยความยินยอมของเจ้าหนี้หลังการเลือก

สรุปได้ว่าการเลือกกำหนดทรัพย์สินของลูกหนี้จะใช้วิธีใดระหว่างการให้ลูกหนี้กระทำทุกประการเพื่อการส่งมอบทรัพย์สินหรือการให้ลูกหนี้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ จะต้องพิจารณาจากความตกลงก่อนเป็นอันดับแรกว่าต้องการให้ลูกหนี้เลือกทรัพย์สินโดยวิธีใด แต่หากไม่มีการตกลงกันการจะให้ลูกหนี้ได้เลือกทรัพย์สินโดยวิธีใดนั้นจะต้องพิจารณาจากลักษณะของสัญญาและปกติประเพณีทางการค้าของทรัพย์สินนั้น ๆ ดังที่กล่าวมา

สำหรับวิธีการที่ลูกหนี้ได้ทำการเลือกทรัพย์สินโดยวิธีกระทำการทุกประการในการเลือกตัวทรัพย์สินแล้วเจ้าหนี้ไม่ต้องให้ความยินยอมภายหลังทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วเมื่อส่งมอบส่วนวิธีที่ลูกหนี้ได้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ ทรัพย์สินนั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อเจ้าหนี้ได้ให้ความยินยอมหลังการเลือกกำหนดทรัพย์สินแล้ว

วิธีการทำให้ทรัพย์สินทั่วไปเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งดังกล่าวต้องสอดคล้องกับ มาตรา 195 วรรคแรกด้วย กล่าวคือ ต้องกระทำการเพื่อส่งมอบหรือกำหนดทรัพย์สินจากชนิดปานกลางหรือตามชนิดที่กำหนดได้โดยสภาพของนิติกรรมหรือตามเจตนาของคู่กรณี จึงจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที ถ้าไปทำแก่ทรัพย์สินไม่ตรงกับชนิดตาม มาตรา 195 วรรคแรก ย่อมเป็นการไม่ชอบไม่ทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไปได้ ดังนั้นถ้าแสดงเจตนากำหนดชนิดของทรัพย์สินแล้วก็สามารถส่งทรัพย์สินอันใดที่เป็นชนิดนั้นได้ แต่ถ้าเลือกกำหนดทรัพย์สินจากทรัพย์สินชนิดนั้นแล้วจะเปลี่ยนไปส่งมอบทรัพย์สินที่มีชนิดเดียวกันไม่ได้ เพราะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไปแล้วต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นเท่านั้น

ความในตอนท้ายของ มาตรา 195 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ทรัพย์สินนั้นจึงเป็นวัตถุแห่งหนี้จำเดิมแต่เวลานั้นไป” ต้องเข้าใจว่าวัตถุแห่งหนี้มี 3 ประการ คือ กระทำการ ละเว้นกระทำการ และโอนทรัพย์สิน ทรัพย์สินไม่ได้เป็นวัตถุแห่งหนี้ แม้ไม่มีตัวทรัพย์สินที่แน่นอนก็มีหนี้แล้วแต่เมื่อทรัพย์สินทั่วไปถูกทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ก็จะมีผลเป็นการนำทรัพย์สินนั้นเข้าสู่ระบบของวัตถุแห่งหนี้ดังกล่าวนับแต่เวลานั้นไป ไม่มีผลย้อนหลัง หรือไม่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้เกิดขึ้นแล้วหรือไม่

ลูกหนี้เป็นฝ่ายเลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน มาตรา 195 วรรคสอง

(ภาพประกอบที่ 6)



2.3 เจ้าหนี้เป็นฝ่ายกำหนดตัวทรัพย์สิน

จากที่เห็นตาม มาตรา 195 วรรคสอง ได้ให้สิทธิแก่ลูกหนี้เป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุในการชำระหนี้แต่เพียงฝ่ายเดียว จึงมีคำถามว่าหากเจ้าหนี้จะเป็นผู้เลือกวัตถุในการชำระหนี้บ้างจะได้หรือไม่ แล้วต้องเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินอย่างไรทรัพย์สินนั้นจึงจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะมีหลักไคมาสนับสนุน โดยหลักพื้นฐานที่ใช้ในการทำสัญญา ก็คือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งอาจเป็นคำตอบในปัญหานี้

2.3.1 หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของสัญญาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งตามมาตรา 195 วรรคสอง ที่ตัวบทให้สิทธิแก่ลูกหนี้เป็นผู้เลือกได้นั้นมิได้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นก็สามารถใช้เสรีภาพในการทำสัญญาแสดงเจตนาที่จะให้ผู้ซื้อเป็นผู้เลือกได้เช่นกัน เช่น การซื้อผลไม้ที่ตลาดสดบางร้านแม่ค้าก็จะเป็นผู้เลือกให้บางร้านก็จะติดป้ายเอาไว้เลยว่าห้ามผู้ซื้อเลือก บางร้านก็ให้ลูกค้าเลือกเองโดยแม่ค้าแสดงเจตนาโดยการยื่นถุงพลาสติกให้ใส่ผลไม้ หรือบางร้านทั้งแม่ค้าและลูกค้าก็ทำการเลือกผลไม้ด้วยกัน เป็นต้น แล้วแต่จะแสดงเจตนาอย่างไร

2.3.2 ใช้ปกติประเพณี มาตรา 368

จากมาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” หมายความว่า ในการตีความสัญญานั้นต้องคำนึงถึงความประสงค์หรือเจตนาอันมีร่วมกันของคู่สัญญาซึ่งเป็นเจตนาที่คาดหมายในทางสุจริตและต้องคำนึงประเพณีปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาเองหรือประเพณีในทางการค้าด้วย²⁷ ดังนั้นกรณีว่าผู้ซื้อหรือผู้ขายจะเป็นผู้เลือกตัวทรัพย์สินนั้นหากไม่ได้กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วก็ต้องพิจารณาตามปกติประเพณีในการซื้อขายนั้น ๆ เช่น ผู้ซื้อได้ตกลงกับผู้ขายว่าจะซื้อรถยนต์ 1 คัน ซึ่งเป็นรถมือสอง กำหนดราคา 50,000 บาท แต่ไม่ได้กำหนดว่าใครจะเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน หากพิจารณาตามปกติประเพณีในการซื้อรถมือสองแล้วผู้ซื้อมักจะเป็นฝ่ายเลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน (หากเป็นรถยนต์ใหม่ผู้ขายจะเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินให้เอง) เป็นต้น

²⁷ จำปี โสติพันธ์, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 3, น. 264.

2.2.3 ขั้นตอนการเลือกกำหนดทรัพย์สินของเจ้าหนี้

ในกรณีที่ผู้เป็นเจ้าของหนี้สามารถมีสิทธิเลือกตัวทรัพย์สินที่จะนำมาใช้ในการชำระหนี้ให้แก่ตนตามหลักที่กล่าวมานั้นก็มีคำถามตามมาว่าเจ้าหนี้สามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่จะเลือกได้หรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากขั้นตอนการเลือกกำหนดทรัพย์สินของเจ้าหนี้ ดังนี้

2.2.3.1 ลูกหนี้ยินยอม ความยินยอมของลูกหนี้ในที่นี้คือความยินยอมของลูกหนี้ก่อนการเลือกตัวทรัพย์สิน เหตุที่ลูกหนี้จะต้องให้ความยินยอมแก่เจ้าหนี้ก่อนที่เจ้าหนี้จะได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินนั้น เป็นเพราะในการชำระหนี้นั้นลูกหนี้เป็นผู้เสียหายในมูลหนี้ก็สมควรที่จะให้ลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมแก่เจ้าหนี้ก่อนที่เจ้าหนี้จะทำการเลือกตัวทรัพย์สิน อาจเป็นการยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ โดยชัดแจ้งก็เช่น แม่ค้ายื่นถุงพลาสติกให้ลูกค้าเลือกผลไม้เองได้ตามใจชอบ โดยปริยายเช่นเป็นการกระทำในการซื้อขายครั้งก่อน ๆ ที่ลูกหนี้ยอมให้เจ้าหนี้เป็นผู้เลือก แต่เมื่อมีการซื้อขายในครั้งอีกแล้วไม่ได้กำหนดตัวผู้เลือกตัวทรัพย์สินก็ถือว่าลูกหนี้ได้แสดงเจตนาโดยปริยายให้ผู้ซื้อเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินดังเช่นครั้งก่อน ๆ เป็นต้น ดังนั้นความยินยอมของลูกหนี้ก่อนการเลือกตัวทรัพย์สินโดยเจ้าหนี้เป็นผู้เลือกจะต้องมีทุกครั้งที่เจ้าหนี้เลือก ความยินยอมของลูกหนี้ก่อนการเลือกนั้นเป็นการทำให้เจ้าหนี้เป็นผู้มีสิทธิในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน ก็เพียงพอให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหลังจากที่เจ้าหนี้ได้ทำการเลือกกำหนดทรัพย์สินแล้ว

ตัวอย่าง ลัดดาเป็นแม่ค้าขายแอปเปิ้ลกาล่า ขายในราคา 3 ลูก 20 บาท ดาลัดเป็นลูกค้าต้องการซื้อแอปเปิ้ล 3 ลูก ลัดดายื่นถุงให้ดาลัดเลือก ดาลัดจึงเลือกแอปเปิ้ลมา 3 ลูก แอปเปิ้ล 3 ลูกนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ดาลัดเลือกและแจ้งความนั้นแก่แม่ค้า

2.2.3.2 เจ้าหนี้แสดงเจตนาเลือก การที่เจ้าหนี้จะแสดงเจตนาเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินได้นั้น เจ้าหนี้จะต้องมีสิทธิในการเลือกเสียก่อนซึ่งสิทธิในการเลือกของเจ้าหนี้นั้นอาจมาจากความตกลงกันของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยลูกหนี้อาจเป็นผู้แสดงเจตนาให้เจ้าหนี้เป็นฝ่ายเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินเองแล้วเจ้าหนี้ก็ตกลงที่จะเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินเองก็ได้ หรือเจ้าหนี้แสดงเจตนาขอเป็นฝ่ายเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินแล้วลูกหนี้ก็ยินยอมตามนั้นก็ได้ แต่ถ้าไม่มีการแสดงเจตนาใด ๆ หรือต่างฝ่ายก็ต่างอยากจะเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินเสียเองก็จะต้องมาพิจารณาตามปกติประเพณีทางการค้าในสินค้านั้นว่าฝ่ายใดควรจะเป็นฝ่ายเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินซึ่งได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

2.2.3.3 แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ เจ้าหนี้จะต้องแสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าตนเป็นผู้เลือกและต้องแจ้งแก่ลูกหนี้ว่าตนจะเลือกทรัพย์สินชิ้นไหน อย่างไร เนื่องจากลูกหนี้เป็นฝ่ายที่จะต้องนำหนี้หนี้ ๆ มาชำระให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้นลูกหนี้ต้องรู้ว่าตนจะต้องชำระหนี้อย่างไรให้แก่

เจ้าหนี้ แม้ว่าทรัพย์สินได้อยู่ในมือของเจ้าหนี้แล้วก็ตาม เจ้าหนี้ก็ต้องแจ้งต่อลูกหนี้ว่าตนจะเลือกทรัพย์สินไหนเพราะว่าหากเจ้าหนี้ไม่แจ้งให้ลูกหนี้ทราบดังนั้นก็ไม้อาจทราบได้ว่าเจ้าหนี้ได้ทำการเลือกทรัพย์สินให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วหรือยัง หากลูกหนี้ไม่ทราบเจ้าหนี้อาจเปลี่ยนใจเลือกทรัพย์สินได้อันไม่เป็นธรรมต่อลูกหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของตนแล้วขณะเดียวกันลูกหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหนี้ชำระราคา

ตัวอย่าง ก่องส่งมอบตุ๊กตาทามิแพนด้าให้แก่แก่่ง เพื่อให้แก่่ง นำไปให้กล้า จำนวน 10 ตัว แก่่งเห็นตุ๊กตาทามิแพนด้าน่ารักดี เลยอยากได้ จึงได้แสดงเจตนาขอซื้อจากกล้า 1 ตัว กล้าตกลงดังนั้นแก่่ง(เจ้าหนี้หรือผู้ซื้อ) จึงได้เลือกตุ๊กตาทามิแพนด้าไป 1 ตัว และแจ้งความนั้นแก่่งกล้า(ลูกหนี้หรือผู้ขาย) ว่าตนได้เลือกตุ๊กตาทามิแพนด้าตัวใดทำให้ตุ๊กตาทามิแพนด้าตัวที่แก่่งเลือกกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที

ส่วนการทำประการอื่นต่อหลังจากที่เจ้าหนี้ได้เลือกแล้ว เช่น มีการต่อรองราคาภายหลังการเลือก , ลูกหนี้ทำการคัดทรัพย์สินที่เกินออกเนื่องจากเจ้าหนี้เลือกมากเกินไป ไม่ใช่ความยินยอมของลูกหนี้หลังการเลือกตัวทรัพย์สิน แต่เป็นการบังคับตามเจตนาที่แท้จริงตามมาตรา 171 กล่าวคือ เป็นการกำหนดทรัพย์สินที่ส่งมอบตามที่ผู้ซื้อต้องการ หยิบมากเกินไปก็สามารถเอาออกได้ไม่เกินที่เขาต้องการ

ตัวอย่าง การซื้อขายข้าวโพดดิบ

ผู้ซื้อ : ข้าวโพดกิโลกรัมละเท่าไร?

ผู้ขาย : กิโลกรัมละ 15 บาท (ผู้ขายโยนถุงพลาสติกให้ผู้ซื้อทันที)

ผู้ซื้อ : (ผู้ซื้อเลือกจากกองใส่ถุงไป 5 ฟัก แล้วส่งให้ผู้ซื้อ)

ผู้ขาย : ต้องการกี่กิโลกรัม?

ผู้ซื้อ : 1 กิโลกรัม

ผู้ขาย : ฟักเดียวก็เกือบกิโลแล้ว ใส่มาได้ตั้ง 5 ฟัก ต้องการหมดหรือเปล่า

ผู้ซื้อ : เอาหมดเลยก็ได้

ผู้ขาย : 2 กิโลกรัม 8 ซีด คิดเป็นเงิน 40 บาท จะเลือกอีกฟักใหม่ให้ครบ 3 กิโลกรัม

ผู้ซื้อ : (เลือกมาอีก 1 ฟัก)

ผู้ขาย : (ซึ้งกิโล) เกินมานิดหนึ่ง คิดแค่ 45 บาทพอ (เสียบข้าวโพดใส่ถุงและมัดปากถุงส่งให้ผู้ซื้อ ผู้ซื้อชำระราคา)

ดังตัวอย่างจะเห็นได้ว่าการกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยเจ้าหนี้เป็นผู้เลือกนั้นจะต้องมีการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ว่าตนต้องการเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน หรือลูกหนี้แสดงเจตนาให้

เจ้าหนี้เป็นผู้เลือก โดยผู้ขายโอนถุงพลาสติกให้ผู้ซื้อ และเมื่อเจ้าหนี้ได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินแล้ว เจ้าหนี้จะต้องทำการแจ้งลูกหนี้ว่าตนต้องการทรัพย์สินใด เพื่อที่ลูกหนี้จะได้ทราบว่าทราบขึ้นใดที่ตนจะต้องทำการส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ โดยผู้ซื้อได้ทำการเลือกข้าวโพดแล้วยื่นให้ผู้ขายแล้วข้าวโพดนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที (กรณีนี้มีการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งสองครั้ง ครั้งแรกเมื่อผู้ซื้อเลือกข้าวโพด 5 ฝัก ครั้งที่สองเมื่อผู้ซื้อเลือกข้าวโพดเพิ่มอีก 1 ฝัก) กรณีนี้จะเห็นว่าเพียงแค่ผู้ซื้อแสดงเจตนาต่อผู้ขายว่าต้องการทรัพย์สินใดทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเลย ส่วนผู้ขายจะขายหรือไม่ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งแม้คนขายยังไม่ทันรับมอบก็เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว แม้ต่อมาผู้ขายจะหยิบข้าวโพดออกก็ตาม แต่ข้าวโพดที่อยู่ในถุงตอนแรกก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วเพราะมีความไม่แน่นอนว่าจะเอาทุกฝัก แต่ต้องการใน 5 ฝักนี้แน่นอน การกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นเป็นเมื่อเจ้าหนี้เลือกทรัพย์สินและแสดงเจตนาต่อลูกหนี้ แต่ก็ได้หมายความว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปพร้อมกันด้วย ในกรณีนี้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนตามมาตรา 460 วรรคสอง เมื่อได้ทำการชั่งเพื่อให้รู้ราคาแล้วดังนั้นกรรมสิทธิ์ในข้าวโพดทั้ง 6 ฝักโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ขายได้ทำการชั่งและบอกราคาว่า 45 บาท

ส่วนความยินยอมของลูกหนี้นั้นจะเห็นได้ว่าความยินยอมก่อนการเลือกตัวทรัพย์สินเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้ว เพราะลูกหนี้เป็นผู้เสียหายในมูลหนี้ก็ย่อมต้องรู้ว่าจะให้ความยินยอมแก่เจ้าหนี้ในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินดีหรือไม่ หรือว่าทรัพย์สินบางอย่างอาจเป็นทรัพย์สินที่ไม่ได้ขายแต่เจ้าหนี้อยากซื้อก็ต้องดูว่าลูกหนี้ได้ยินยอมให้เลือกซื้อก่อนหรือไม่ เมื่อลูกหนี้ให้เจ้าหนี้เป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินแล้วในบางกรณีทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่เจ้าหนี้ได้ทำการเลือกกำหนดทรัพย์สินและแจ้งให้ลูกหนี้ทราบ

ส่วนเหตุผลว่าทำไมในการเลือกกำหนดทรัพย์สินของเจ้าหนี้จึงไม่ใช่วิธีเดียวกับการที่ลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์สินในมาตรา 195 วรรคสอง ก็เพราะว่าเจ้าหนี้ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้น ๆ เจ้าหนี้จึงไม่ต้องกระทำทุกประการเพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้น และเนื่องจากว่าเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้น ๆ ถ้าลูกหนี้ไม่ยินยอมหลังการเลือกแสดงว่าลูกหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้ เพราะลูกหนี้ได้ยินยอมให้เจ้าหนี้เลือกแล้วจึงไม่ต้องให้ความยินยอมอีกครั้งหลังการเลือก

2.4 บุคคลภายนอกเป็นฝ่ายกำหนดตัวทรัพย์สิน

ในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินนั้นไม่เพียงแต่ฝ่ายเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ที่สามารถเป็นผู้เลือกได้เท่านั้น บุคคลภายนอกเองก็สามารถทำการเลือกตัวทรัพย์สินได้เช่นกัน โดยเจ้าหนี้ตกลงที่จะให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เลือกตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา หรือลูกหนี้ตกลงให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินในกรณีที่ลูกหนี้เป็นผู้มีสิทธิเลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน หรือคู่สัญญาทั้งสองได้ตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน ซึ่งวิธีการเลือกของบุคคลภายนอกนั้นจะแตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าบุคคลภายนอกนั้นเป็นตัวแทนของฝ่ายใด

คำว่า “ตัวแทน” นั้นตามมาตรา 797 บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจกระทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

ซึ่งหน้าที่ของตัวแทนนั้น คือ หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการ มีอำนาจทำการแทนตัวการ ดั่งนั้น เมื่อฝ่ายใดได้ตั้งบุคคลภายนอกให้เป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินแล้ว บุคคลภายนอกนั้นก็ต้องทำการเลือกตามคำสั่งของเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ หรือทั้งสองฝ่ายแล้วแต่กรณี และต้องเลือกกำหนดตามวิธีของแต่ละฝ่ายดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

2.4.1 บุคคลภายนอกเป็นตัวแทนฝ่ายลูกหนี้ กรณีนี้เปรียบเหมือนตัวลูกหนี้นั้นได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินเอง ดั่งนั้นบุคคลภายนอกที่เป็นตัวแทนลูกหนี้ในการเลือกกำหนดทรัพย์สินก็ต้องเลือกกำหนดทรัพย์สินตามวิธีของลูกหนี้ตามมาตรา 195 วรรคสอง คือ บุคคลภายนอกจะต้องกระทำการอันพึงต้องทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สินทุกประการ หรือ บุคคลภายนอกนั้นได้เลือกกำหนดทรัพย์สินแล้วด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้หลักการเลือกทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

2.4.2 บุคคลภายนอกเป็นตัวแทนฝ่ายเจ้าหนี้ บุคคลภายนอกนั้นจะต้องทำการเลือกกำหนดทรัพย์สินตามวิธีของเจ้าหนี้โดยการบุคคลภายนอกสามารถแสดงเจตนาโดยการแจ้งไปยังผู้ขาย(ลูกหนี้) (เทียบเคียงกับมาตรา 201 วรรคแรก)

2.4.3 บุคคลภายนอกเป็นตัวแทนร่วมทั้งฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ กรณีนี้จะต้องพิจารณาแยกว่าการที่บุคคลภายนอกได้ทำการเลือกกำหนดทรัพย์สินนั้น เป็นการเลือกกำหนดทรัพย์สินเพื่อส่งมอบให้เจ้าหนี้ หรือเป็นการเลือกกำหนดทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเอง หากเป็นการเลือกกำหนดเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเองเมื่อบุคคลภายนอกเลือกแล้วแสดงเจตนาต่อลูกหนี้ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที เช่น เมฆาต้องการซื้อแหวนเพชรให้มีนา 1 วง

แต่เกรงว่ามีนาจะไม่ถูกใจ จึงตกลงกับผู้ขายให้มีนาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเลือกแหวนเพชรเอง โดยมีนาได้เลือกกำหนดทรัพย์แล้วและแสดงเจตนาเลือกไปยังผู้ขาย แหวนเพชรวงนั้นก็กลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งทันที โดยไม่ต้องแจ้งให้เจ้าหนี้ทราบเพราะเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องรู้ว่าทรัพย์ชิ้นไหนที่จะเป็นทรัพย์ที่ชำระหนี้เนื่องจากเจ้าหนี้ไม่ได้ต้องการที่จะได้ทรัพย์นั้นไว้เอง

แต่หากเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นตัวแทนของทั้งสองฝ่ายทำการเลือกกำหนดทรัพย์แทนเจ้าหนี้ บุคคลภายนอกจะต้องแสดงเจตนาต่อลูกหนี้และลูกหนี้ต้องแจ้งให้เจ้าหนี้ทราบด้วยเพื่อที่เจ้าหนี้จะได้ทราบว่าทรัพย์ชิ้นไหนที่ตนจะได้รับชำระหนี้ (เทียบเคียงกับมาตรา 201) เพื่อเป็นการตรวจทานความถูกต้อง เช่น มีนาต้องการซื้อรถยนต์มือสอง 1 คัน แต่ไม่รู้จะเลือกรถสภาพอย่างไรเพราะไม่มีความเชี่ยวชาญ จึงตกลงร่วมกับผู้ขายให้เมษาบุคคลภายนอกเป็นผู้เลือกกำหนดเพราะมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องนี้ดีกว่า ดังนั้นเมื่อเมษาได้เลือกรถยนต์โดยแสดงเจตนาต่อลูกหนี้และลูกหนี้ได้แจ้งแก่เจ้าหนี้แล้วทรัพย์นั้นจึงจะเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง

ซึ่งการเลือกของบุคคลภายนอกในที่นี้จะไม่ต้องได้รับความยินยอมหลังการเลือกจากลูกหนี้อีก ซึ่งมีเหตุผลเดียวกับการที่เจ้าหนี้เลือกกำหนดทรัพย์ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งจะเห็นได้ว่าทรัพย์นั้นจะกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งทันทีที่บุคคลภายนอกเลือกเช่นเดียวกับเจ้าหนี้เป็นผู้เลือก

หากบุคคลภายนอกไม่ได้เลือก สิทธิการเลือกก็ตกไปอยู่กับฝ่ายลูกหนี้ (เทียบเคียงกับมาตรา 201 วรรคสอง) เพราะบุคคลภายนอกไม่ใช่เป็นผู้มีส่วนได้เสียดังเช่นลูกหนี้และเจ้าหนี้ เมื่อเขาไม่อาจเลือกได้หรือไม่เต็มใจจะเลือกก็ไม่ควรไปบังคับให้เขาเลือก เช่น ก. ตกลงซื้อหนังสือสี่แสนสารจากร้านของ ข. ซึ่งมีอยู่หลาย ๆ เล่ม คู่สัญญาตกลงให้ ก. เลือกภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ต่อมา ก. ยินยอมให้ ค. บุคคลภายนอกเป็นผู้เลือก แต่ ค. ไม่ยอมเลือกเสียที่ สิทธิในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์จึงตกอยู่กับ ข. ลูกหนี้ ซึ่ง ข. ก็ต้องทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ตามมาตรา 195 วรรคสอง

วิธีในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์โดยการตกลงร่วมกันหรือโดยเจ้าหนี้หรือโดยบุคคลภายนอกนั้นไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายดังในส่วนของทางเลือกกำหนดตัวทรัพย์โดยลูกหนี้ แม้จะมีหลักเสรีภาพในการทำสัญญามารองรับในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์โดยร่วมกันหรือโดยเจ้าหนี้หรือโดยบุคคลภายนอกแล้ว แต่ก็ยังไม่อาจที่จะเป็นที่เข้าใจได้ตรงกันว่าเมื่อเลือกกำหนดตัวทรัพย์โดยร่วมกันหรือโดยเจ้าหนี้หรือโดยบุคคลภายนอกแล้ว ทรัพย์ที่ถูกเลือกกำหนดนั้นจะเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งเมื่อใด ดังนั้นจึงต้องมีวิธีการเลือกกำหนดตัวทรัพย์ของบุคคลเหล่านั้นให้ชัดเจนดังที่กล่าวมาแล้ว เพื่อที่จะทราบได้ว่าเมื่อทรัพย์ถูกเลือกโดยบุคคลไหนจะใช้วิธีการเลือกวิธีใดเพื่อให้ทรัพย์นั้นได้กลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งและเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งเมื่อใด ถึงแม้ว่าได้กำหนดวิธีการ

เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินโดยร่วมกันหรือโดยเจ้านี้หรือบุคคลภายนอกเป็นชั้นเป็นตอนดังนี้แล้ว แต่ก็ยังมีปัญหาอยู่ว่าวิธีการเหล่านี้อาจเป็นไปได้แค่เพียงหลักการตีความทางทฤษฎีเท่านั้น หากมีปัญหว่าทรัพย์สินที่เลือกกำหนดโดยร่วมกันหรือโดยเจ้านี้หรือโดยบุคคลภายนอกจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อใดผู้ใช้กฎหมายอาจตีความไปไม่ถึงตามข้อเสนอนี้ก็ไม่ได้ ดังนั้น จึงต้องมีการเสนอเพิ่มเติมวิธีการเหล่านี้ไว้ในกฎหมายขึ้น

อีกทั้งในเรื่องการเลือกกำหนดทรัพย์สินโดยลูกหนี้ที่ได้ตีความว่าหากไม่ได้มีเจตนาตกลงให้ใช้วิธีใดในสองวิธีตามมาตรา 195 วรรคสอง เพื่อเลือกกำหนดตัวทรัพย์สิน ก็ต้องพิจารณาตามปกติ ประเพณีทางการค้าตามมาตรา 368 ว่าหากทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ต้องตรวจตรายินยอมก็ให้ใช้วิธีการเลือกกำหนดทรัพย์สินโดยให้ลูกหนี้เลือกกำหนดทรัพย์สินแล้วเจ้านี้ให้ความยินยอมภายหลัง การเลือกแล้วทรัพย์สินจึงจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่หากทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่โดยปกติมักไม่พบความชำรุดบกพร่อง ลูกหนี้ก็สามารถเลือกกำหนดทรัพย์สินโดยวิธีการกระทำทุกประการเพื่อส่งมอบทรัพย์สินให้ทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่ทว่าในบทบัญญัติเดิมนั้นไม่ได้บัญญัติให้ชัดเจนว่าจะใช้วิธีใดก่อนหรือวิธีใดหลัง หากเกิดปัญหาขึ้นมาผู้ใช้กฎหมายอาจตีความไปไม่ถึงตามที่เสนอมานี้ ดังนั้นจึงเห็นสมควรแก้กฎหมายในมาตรา 195 วรรคสองนี้เช่นกัน โดยการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะขอแยกวิธีการเลือกกำหนดทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยลูกหนี้ เจ้านี้ บุคคลภายนอก หรือโดยการตกลงร่วมกันออกมาตรา 195 วรรคแรกเป็นอีกมาตราหนึ่งต่างหาก เนื่องจากมาตรา 195 วรรคแรกนั้นเป็นเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินว่าจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่มีลักษณะอย่างไรอันเป็นคนละเรื่องกับเรื่องกับวิธีการกำหนดทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง โดยขอเสนอแก้ไขเพิ่มเติมคือ

ให้ตัดข้อความในมาตรา 195 วรรคสองออกและให้เพิ่มเป็นมาตราดังต่อไปนี้

“มาตรา 195/1 ในกรณีที่มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ผู้มีสิทธิเลือกกำหนดทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้น ให้เป็นไปตามปกติประเพณีหรือสภาพแห่งนิติกรรม”

เหตุที่ต้องเพิ่มเติมมาตรา 195/1 ขึ้นมาใหม่ก็เพราะว่าตามตัวบทปัจจุบันในมาตรา 195 วรรคสอง ได้กล่าวถึงการเลือกกำหนดทรัพย์สินของลูกหนี้แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ดังนั้นหากเกิดสถานการณ์ที่ไม่ได้กำหนดผู้เลือกกำหนดทรัพย์สิน เนื่องจากลืมหันหรือคิดว่าไม่มีปัญหาอันใดในการเลือกจึงไม่กำหนด หรือต่างฝ่ายต่างอยากจะเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินเอง อาจทำให้เกิดการแก้ปัญหาโดยการให้มาตรา 195 วรรคสอง ดังกล่าวมาปรับใช้โดยให้ฝ่ายลูกหนี้เป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินในกรณีที่ต่างฝ่ายต่างก็ไม่ได้แสดงเจตนากำหนดว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินหรือในกรณีที่ต่างฝ่ายก็อยากจะเป็นผู้มีสิทธิเลือกกำหนด ซึ่งการแก้ปัญหาโดยนำมาตรา 195 วรรคสอง มาปรับให้ขึ้นนี้อาจทำให้เกิดการชำระหนี้ที่ไม่เหมาะสมเกิดขึ้นเพราะการเลือก

กำหนดตัวทรัพย์สินบางกรณี เช่น การเลือกซื้อเสื้อผ้า รองเท้า ฯลฯ นั้นผู้เลือกสมควรที่จะเป็นฝ่ายผู้ซื้อ มากกว่าลูกหนี้ เนื่องจากการเลือกซื้อทรัพย์สินดังกล่าวนี้ผู้ซื้อย่อมจะเป็นผู้รู้ดีกว่าทรัพย์สินชิ้นใดที่จะเหมาะสมกับตน ดังนั้นในกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินหรือกำหนดไม่ได้นั้นจึงสมควรต้องพิจารณาตามปกติประเพณีทางการค้าตามมาตรา 368 หรือสภาพแห่งนิติกรรมว่า ทรัพย์สินอย่างใดมีปกติประเพณีในการซื้ออย่างไรหรือตามสภาพแห่งนิติกรรมนั้นได้กำหนดให้ฝ่ายใด เป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สิน ดังนั้นจึงได้เพิ่มเติมมาตรา 195/1 ขึ้นเพื่อความชัดเจนในการตีความว่าจะใช้หลักใดในการพิจารณาว่าฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายเลือกกำหนดทรัพย์สินในกรณีดังกล่าว

นอกจากนั้นยังได้เพิ่มเติมกำหนดวิธีการและขั้นตอนในการทำให้ทรัพย์สินกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยการตกลงร่วมกัน โดยลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้ และโดยบุคคลภายนอกเป็นอีกมาตราหนึ่งต่างหากดังต่อไปนี้

“มาตรา 195/2 ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันเลือกกำหนดทรัพย์สินที่จะส่งมอบแล้ว ท่านว่าทรัพย์สินนั้นจึงเป็นวัตถุแห่งหนี้จำเดิมแต่เวลานั้นไป

ในกรณีที่ลูกหนี้มีสิทธิเลือกกำหนดทรัพย์สิน เมื่อลูกหนี้ได้เลือกกำหนดและเจ้าหนี้ให้ความยินยอมแล้วทรัพย์สินนั้นจึงเป็นวัตถุแห่งหนี้จำเดิมแต่เวลานั้นไป เว้นแต่ โดยข้อสัญญาหรือโดยปกติประเพณีเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม ให้ทรัพย์สินกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนับแต่เวลาที่ลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำ เพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้นทุกประการแล้ว

ในกรณีที่เจ้าหนี้และบุคคลภายนอกมีสิทธิเลือกกำหนดทรัพย์สิน เมื่อเลือกทรัพย์สินแล้ว ให้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ และกรณีบุคคลภายนอกเป็นตัวแทนร่วมกันของคู่สัญญาเป็นผู้เลือกเมื่อได้เลือกกำหนดโดยได้แจ้งต่อลูกหนี้และลูกหนี้ได้แจ้งความนั้นต่อเจ้าหนี้ทรัพย์สินนั้นจึงกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เว้นแต่เป็นกรณีตามมาตรา 374”

และขอแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเป็นทรัพย์สินทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในมาตรา 370 วรรคสอง ด้วย ดังนี้

“มาตรา 370 วรรคสอง บัญญัติว่า ถ้าไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ บังคับแต่เวลาที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195/2 นั้นไป”

นอกจากนี้อาจมีปัญหว่าบทบัญญัติที่แก้ไขเป็นการแก้ไขในส่วนของมาตรา 195 ซึ่งเป็นบททั่วไปว่าด้วยวัตถุแห่งหนี้แล้วจะกระทบกับสัญญาอื่นที่ร่วมใช้บทบัญญัติในเรื่องการเลือกกำหนดทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือไม่ เหตุใดทำไมจึงไม่นำไปแก้ไขที่มาตรา 460 อันเป็น

บทบัญญัติเฉพาะในเรื่องสัญญาซื้อขาย เพราะจะได้ไม่กระทบในเรื่องอื่น ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

หากพิจารณาในเรื่องของสัญญาเยี่ยมใช้สิ่งเปลี่ยน ซึ่งมีความหมายตามมาตรา 650 ว่า “อันว่าเยี่ยมใช้สิ่งเปลี่ยนนั้น คือสัญญาซึ่งผู้ให้เยี่ยมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปนั้น เป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้เยี่ยม และผู้เยี่ยมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณ เช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้เยี่ยมนั้น” การเยี่ยมใช้สิ่งเปลี่ยนนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เยี่ยม กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เยี่ยมนั้นตกไปเป็นของผู้เยี่ยมทันที ดังนั้นผู้เยี่ยมจึงมีสิทธิในการใช้ทรัพย์สินที่เยี่ยม นั้นอย่างเจ้าของ จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เยี่ยมมานั้นอย่างไรก็ได้ ผู้ให้เยี่ยมจึงต้องเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เยี่ยมกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะถูกตัดขาดโอนไปยังผู้เยี่ยมทันที วัตถุประสงค์ของสัญญาเยี่ยม ได้แก่ ทรัพย์สินที่ใช้สิ้นไป ทรัพย์สินที่เยี่ยมเป็นประเภทอาหาร ได้แก่ ข้าวสาร น้ำมันพืช หรือของใช้หมดไป เช่น กาแฟ นมผง มันฝรั่ง ไม้ขีดไฟ ฟิล์มถ่ายรูป เป็นต้น เมื่อใช้ทรัพย์สินที่เยี่ยมนั้นแล้ว ทรัพย์สินนั้นย่อมสิ้นสภาพไป สลายไป หรือหมดไป พิจารณาได้ว่าขณะที่ผู้ให้เยี่ยม(เจ้าหนี้)เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินเพื่อที่จะให้ผู้เยี่ยมเยี่ยมนั้น ผู้ให้เยี่ยมสามารถใช้วิธีการในมาตรา 195/2 วรรคสามมาปรับใช้ได้เลย กล่าวคือ ทรัพย์สินจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อเจ้าหนี้(ผู้ให้เยี่ยม)ได้ทำการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินแล้วแสดงเจตนาต่อลูกหนี้ จะเห็นว่าในส่วนนี้ผู้เยี่ยมนี้จะมีปัญหาพบปัญหาเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะสัญญาเยี่ยมใช้สิ่งเปลี่ยนจะสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่เยี่ยม หากไม่ส่งมอบสัญญาเยี่ยมก็ไม่สมบูรณ์ แม้ว่าจะได้ตกลงเยี่ยมกันแล้วแต่ยังไม่ได้ส่งมอบก็ยังคงค้างกันไม่ได้ แต่ในส่วนของการคืนนั้นผู้เยี่ยมมีหน้าที่ในการส่งคืนทรัพย์สินซึ่งมีประเภท ชนิด และปริมาณ เดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้เยี่ยมนั้น เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เยี่ยมมีหน้าที่กระทำการดังกล่าวนั้นก็น่าจะด้วยเหตุผลเพราะสัญญาเยี่ยมใช้สิ่งเปลี่ยนเป็นสัญญาที่ใช้เยี่ยมโดยได้เปล่า แต่ มีบางประเภทเท่านั้นที่เป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนก็ตามเช่น สัญญากู้ยืมเงิน เป็นต้น การส่งคืนทรัพย์สินที่เยี่ยมโดยทั่วไปย่อมส่งคืนตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเยี่ยมนั้น แต่ถ้าหากมิได้มีกำหนดเวลาให้คืนทรัพย์สินซึ่งเยี่ยมไป ผู้ให้เยี่ยมก็มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวแก่ผู้เยี่ยมให้คืนทรัพย์สินภายในเวลาอันสมควร แล้วทรัพย์สินที่ทำการคืนนี้เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าลูกหนี้หรือผู้เยี่ยมนั้นเป็นผู้เลือกกำหนดหากไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งทรัพย์สินที่ผู้เยี่ยมจะได้เลือกกำหนดเพื่อทำการคืนนั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อใด จะใช้หลักการตามมาตรา 195/2 วรรคสองได้หรือไม่ ศึกษาได้จากตัวอย่างดังนี้

ตัวอย่าง วาริได้เยี่ยมยาสีฟันหลอดใหม่ของวีระ 1 หลอด และตกลงจะใช้คืนยาสีฟันชนิดเดียวกันนี้ในอีกหนึ่งสัปดาห์ เมื่อวีระได้เลือกกำหนดยาสีฟันและแสดงเจตนาต่อวาริ ยาสีฟันหลอดนี้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที แม้ยังไม่ส่งมอบก็ตาม แต่ก็จะไม่มีปัญหาเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

เนื่องจากสัญญาในเรื่องนี้จะสมบูรณ์เมื่อส่งมอบ ต่อมาอีกหนึ่งสัปดาห์วารี(ลูกหนี้)จะคืนยาเสพติดให้ วีระ(หากไม่ได้ระบุในสัญญาว่าฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายเลือกกำหนดทรัพย์สินที่คืน ให้พิจารณาที่ปกติ ประเพณีอันเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าผู้ยืม(ลูกหนี้)เป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินจึงใช้มาตรา 195/1) จาก การศึกษาพบว่าขณะที่วารีได้เลือกยาเสพติดชนิดใหม่ที่มีชนิดเดียวกับที่ที่ยืม ยาเสพติดชนิดนั้นยังเป็นทรัพย์สินที่หวงอยู่ ดังนั้น วารีจะต้องเลือกกำหนดทรัพย์สินตามวิธีในมาตรา 195/2 วรรคสอง โดยดูว่าสัญญากำหนดให้เลือกกำหนดโดยวิธีใด หากไม่ได้กำหนดให้พิจารณาได้ว่ายาเสพติดนั้นโดยปกติ เป็นทรัพย์สินที่เล็กน้อยไม่ต้องมีการตรวจสอบให้ลูกหนี้เลือกกำหนดโดยกระทำทุกประการอันพึงต้อง ทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สินเพียงฝ่ายเดียวก็พอ เมื่อเลือกกำหนดทรัพย์สินแล้วก็ต้องเสนอคืนทรัพย์สินแก่ เจ้าหนี้ ซึ่งการคืนนั้นจะคืนตามมาตรา 324 โดยดูสัญญาก่อนว่าจะคืนที่ไหนหากไม่ระบุให้คืนที่ ภูมิลำเนาหรือบ้านของวีระ(เจ้าหนี้) ดังนั้นเมื่อวารีได้เลือกยาเสพติดที่จะคืนได้แล้วพร้อมใส่ถุง เดินทางไปบ้านวีระพร้อมเสนอส่งมอบคืนทรัพย์สิน ทรัพย์สินนั้นจึงจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังนั้น หาก ระหว่างเดินทางไปบ้านวีระ มีขโมยวิ่งราวกระเป๋าของวารีที่มียาเสพติดอยู่ในนั้นด้วย ก็จะไม่เป็น การชำระหนี้เป็นพันวิสัย เนื่องจากยาเสพติดดังกล่าวยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง วารีจะต้องซื้อ ยาเสพติดชนิดใหม่มาคืนให้วีระต่อไป

สรุปได้ว่าบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นหากนำมาใช้กับสัญญาเดิมใช้สิ้นเปลืองดังนั้นก็ จะไม่มีปัญหาอันใดในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

สัญญาต่อมาที่จะพิจารณาได้แก่สัญญาเช่า มาตรา 537 บัญญัติว่า “อันว่าเช่า ทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้เช่า ได้ ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ ค่าเช่าเพื่อการนั้น” จากการศึกษาพบว่าในสัญญาเช่าไม่มีปัญหาเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในส่วนที่จะ คืนเพราะจะต้องคืนทรัพย์สินเดิมเสมอ ส่วนการเลือกกำหนดทรัพย์สินที่เช่าโดยเจ้านั้นนั้นสามารถ พิจารณาได้จากตัวอย่าง เช่น วารีได้ขอเช่าจักรยาน 1 คัน จากร้านบริการให้เช่าจักรยานของวีระ เพื่อนำไปปั่นชมทัศนียภาพ สัญญาเช่าเกิดแล้ว วีระให้วารีไปเลือกจักรยานเองที่ลานจอด มี จักรยานอยู่ 100 คัน จากนั้นวารีได้เลือกจักรยานที่ตนต้องการเช่าแล้วแสดงเจตนาต่อวีระว่าตนจะ เช่าคันไหน จักรยานคันนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีตามมาตรา 195/2 วรรคสาม

ส่วนการเลือกกำหนดทรัพย์สินโดยลูกหนี้นั้นสามารถพิจารณาได้จากตัวอย่างดังนี้ เช่น วารีต้องการเช่าวีซีดีจากร้านของวีระ ซึ่งมีบริการรับส่งถึงบ้าน วารีจึงโทรศัพท์ไปสั่งวีซีดีเรื่อง “มะ หมา” หนึ่งเรื่อง ซึ่งกรณีนี้ผู้ให้เช่า(ลูกหนี้) เป็นผู้เลือกกำหนดทรัพย์สินโดยปกติประเพณีการเช่าวีซีดี นั้นเป็นการเช่าตามเรื่องที่กำหนดไว้ไม่จำเป็นต้องมีการตรวจตราขอยอมดังนั้นเพียงแค่วีระเลือก

กำหนดทรัพย์สินและเดินทางมาถึงยังบ้านวารีและเสนอส่งมอบทรัพย์สิน วิธีดีเรื่อง “มะหมา” เรื่องนี้ก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาเช่าแล้ว

ต่อมาในเรื่องสัญญาให้ มาตรา 521 บัญญัติว่า “อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสน่หาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น” สัญญาให้นั้นจะสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบตามมาตรา 523 แม้ตกลงว่าจะให้แต่ไม่ให้ได้บังคับไม่ได้ แต่หากเป็นการให้โดยจดทะเบียนตามมาตรา 526 ทรัพย์สินที่ให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งบังคับได้ โดยระบบของการจดทะเบียนเป็นการตกลงร่วมกันตามมาตรา 195/1 วรรคแรกสามารถใช้ได้ เว้นแต่เป็นกรณีการตกลงที่จะให้เงินหรือทรัพย์สินที่ทดแทนกันได้ เช่น ข้าวสาร น้ำตาล เป็นต้น

จากการพิสูจน์พบว่าไม่มีปัญหาที่จะทำให้ทรัพย์สินในสัญญาอื่นนอกจากสัญญาซื้อขายไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามวิธีการที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมใหม่เป็นมาตรา 195/2 นี้เลย ทุกสัญญาสามารถใช้หลักเดียวกันกับที่เสนอขึ้นใหม่นี้ ทำให้การเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาอื่นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ต้องตามระบบอันเป็นประโยชน์แก่ทุกสัญญาที่ต้องมีการกำหนดทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังนั้นจึงขอแก้ไขเพิ่มเติมในจุดดังกล่าวนี้เพื่อให้เป็นระบบเดียวกันทั้งหมด

ชำนาญกหอสมุด

การกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง
(ภาพประกอบที่ 7)



*ผู้มีสิทธิเลือกกำหนดทรัพย์สินเฉพาะสิ่งให้เป็นไปตามความตกลงหรือปกติประเพณี

3. การกำหนดทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจง

การที่ทรัพย์สินใดจะเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้วหรือไม่นั้น มีความสำคัญหลายประการ เจ้าหนี้ผู้ที่มีสิทธิจะได้ทรัพย์สินย่อมต้องการรู้ว่าตนมีสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินขึ้นใด ส่วนลูกหนี้ก็ต้องการรู้ว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินขึ้นใดให้ ในกรณีที่มิมีปัญหาว่าทรัพย์สินนั้นได้ออนไปยังเจ้าหนี้แล้วหรือยัง และกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเกิดสูญหายหรือเสียหาย ก็มีปัญหาว่าภัยพิบัติแห่งทรัพย์สินนั้น จะตกอยู่กับเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ การชำระหนี้จะกลายเป็นพันธียหรือไม่ ตลอดจนการรักษาทรัพย์สิน การส่งมอบทรัพย์สิน และสถานที่ชำระหนี้ นอกจากนี้ยังเกี่ยวข้องกับปัญหาว่าหนี้แบ่งได้หรือแบ่งไม่ได้อีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงต้องมีการกำหนดให้รู้ว่าทรัพย์สินใดเป็นวัตถุแห่งหนี้

ตัวทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญของทรัพย์สินสิทธิ ทรัพย์สินสิทธิจะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้ายังไม่มีตัวทรัพย์สิน หรือตัวทรัพย์สินยังไม่เป็นที่แน่นอน ดังนั้นทรัพย์สินจึงจำเป็นต้องมีทรัพย์สินอยู่และปรากฏโดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นสิ่งไหน ส่วนทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้นั้น อาจมีสัญญาก่อให้เกิดสิทธิทางหนี้ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินโดยที่ตัวทรัพย์สินยังไม่มี เป็นแต่เพียงทรัพย์สินในอนาคต หรือมีทรัพย์สินแล้วแต่ยังไม่ได้ระบุให้เป็นที่แน่นอนเพียงแต่ระบุว่าเป็นทรัพย์สินประเภทใดเท่านั้น ทรัพย์สินชนิดนี้จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นทรัพย์สินทั่วไป หรือแม้จะได้มีการระบุประเภทชนิดของทรัพย์สินแล้ว แต่ทรัพย์สินนั้นก็ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะยังต้องมีการกำหนดตัวทรัพย์สินให้แน่นอนอีก

ตัวอย่าง ทิวชายมะม่วงให้ราตรี 100 กิโลกรัม ดังนี้ขณะทำสัญญาชายมะม่วง ทิวอาจยังไม่มีมะม่วงเลยก็ได้ เรียกว่า ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ไม่มีอยู่ แต่หนี้นั้นก็ยังมีอยู่ หรือทิวอาจมีมะม่วงอยู่แต่ก็ไม่ปรากฏโดยเฉพาะเจาะจงว่า เป็นมะม่วงลูกไหน ตรงไหน ดังนี้ก็มีอยู่เช่นกัน

เมื่อวัตถุแห่งหนี้เป็นการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่จะต้องโอนหรือส่งมอบจึงเป็นสิ่งที่ต้องมีอยู่ มิฉะนั้นก็ไม่อาจชำระหนี้ได้ แม้ตัวทรัพย์สินมีอยู่แล้วแต่ยังไม่ได้กำหนดให้แน่นอน กรณีที่จะต้องส่งมอบก็ไม่อาจทราบได้ว่าจะส่งมอบทรัพย์สินขึ้นใด การที่จะกำหนดตัวทรัพย์สินให้แน่นอนลงไปได้ ทรัพย์สินนั้นคู่สัญญาจะต้องระบุไว้แล้วอย่างน้อยว่าเป็นทรัพย์สินประเภทใด ยิ่งกรณีที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์ยังโอนไปไม่ได้จนกว่าจะได้กำหนดตัวทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นทรัพย์สินขึ้นไหน ซึ่งเรียกว่า ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง กรณีนี้ทรัพย์สินจะระบุแต่เพียงประเภทและคุณภาพนั้นยังไม่เพียงพอ จะต้องมีการกำหนดลักษณะเฉพาะของทรัพย์สินนั้นลงไปให้รู้ว่าเป็นทรัพย์สินส่วนไหนด้วย

ในบรรพ 2 ได้กล่าวถึงทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ว่ามีผลอย่างไร ทรัพย์สินทั่วไปจะเกิดผลเช่นนั้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการทำให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในสภาพที่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเสียก่อน จึงจะ

เข้าสู่ระบบหรือผลของทรัพย์สินได้ สำหรับวิธีทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วว่าจะทำให้กลายเป็นทรัพย์สินได้อย่างไร สำหรับทรัพย์สินทั่วไปถ้าไม่ได้ทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งย่อมมีผลแต่เพียงว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินอันใดที่เป็นชนิดเดียวกันนั้นก็ได้ ผลอื่นๆที่เป็นเรื่องของทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะไม่นำมาบังคับใช้ วิธีการกำหนดทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อให้ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง อาจทำได้ ดังนี้

3.1 การบ่งตัวทรัพย์สินแน่นอน

การบ่งตัวทรัพย์สินแน่นอน คือ การระบุให้ชัดเจนแน่นอน ลงไปว่าเป็นทรัพย์สินชิ้นไหน อันไหน เช่น สาธิตต้องการซื้อผ้าในฟาร์มโชคชัย 1 ตัว ซึ่งผ้าในฟาร์มนั้นมีอยู่หลายตัวด้วยกัน หากสาธิตระบุไปว่าต้องการซื้อผ้าที่ชื่อสีหมอก ที่อยู่ในฟาร์มนี้ ผ้าชื่อสีหมอกตัวนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที เพราะได้มีการบ่งชี้ทรัพย์สินไว้แน่นอนแล้ว

มีข้อสังเกตว่าแม้ตามสภาพของนิติกรรมหรือตามเจตนาของคู่กรณีกำหนดไว้ว่าเป็นทรัพย์สินชนิดใดแล้ว ก็ยังถือว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินทั่วไปอยู่แต่แคบกว่าเดิม คือสามารถส่งทรัพย์สินอันใดก็ได้ที่เป็นชนิดที่กำหนดไว้ก็แล้วกัน ไม่ใช่เป็นการทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งเป็นคนละเรื่องกัน

ส่วนทรัพย์สินที่ระบุไว้เพียงชนิด หรือประเภทและแหล่งที่มา ก็ยังไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะไม่รู้ว่าส่วนไหนจะเป็นทรัพย์สินที่ระบุไว้แน่นอน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่รู้ว่า เป็นข้าวถึงไหน เม็ดไหน น้ำมันลิตรไหน น้ำอัดลมขวดไหน เมื่อไม่ได้แยกมาให้เห็นกันโดยเฉพาะเป็นสัดส่วนแล้ว จะถือว่าเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้อย่างไร ถ้าทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือเสียหายไปบางส่วน จะว่ากันอย่างไร เพราะทรัพย์สินนั้นได้ระคนปนกันอยู่ จะแยกความรับผิดชอบอย่างไร จะนำมาตรา 370 มาใช้ย่อมไม่ได้ ถ้าหากทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือเสียหายไปทั้งหมด ก็ไม่มีปัญหาอะไร จะเรียกร้องอะไรกันไม่ได้ การสูญหายหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่ลูกหนี้

ตัวอย่าง ริสาซื้อข้าวเปลือกจำนวน 10 เกวียน เกวียนละ 1,000 บาท ในยุ้งของวิภา ซึ่งมีอยู่จำนวน 50 เกวียน ริสาซื้อแล้วก็เลยฝากวิภาไว้ เพราะยังหาที่เก็บและหาคนมาขนยังไม่ได้ ดังนั้นจะถือว่ากรรมสิทธิ์ในข้าวที่ระคนปนกันอยู่จำนวน 10 เกวียน โอนไปยังริสาแล้วหรือยัง ซึ่งจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า ข้าว 10 เกวียนนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือไม่

มีความเห็นว่า²⁸ ทรัพย์ที่ได้ระบุส่วนไว้ทั้งหมดว่าเท่าไร แต่ส่วนของทรัพย์นั้นไม่ได้กำหนดระบุแน่นอนว่าจะเอาจากตรงไหน ก็เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งเหมือนกันถ้าหากได้กำหนดทรัพย์ทั้งหมดไว้แล้วว่า ข้าวในยุ้งนี้ น้ำมันในถังนั้น เพราะตัวทรัพย์ได้ระคนปนกันอยู่ ไม่ต้องกำหนดไปว่าต้องเป็นข้าวเมล็ดไหน น้ำมันลิตรไหน เพราะข้าวหรือน้ำมันไม่ว่าจะเป็นส่วนไหน ก็เป็นอย่างเดียวกันนั่นเอง การแปลความดังนี้เป็นกรแปลความตามกฎหมายโรมันและย่อมเป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติ เพราะไม่ต้องมีการกระทำบางอย่างให้เสียเวลายุ่งยากกันอีก เช่นตามตัวอย่าง ขณะทำการซื้อขายกัน ก็ไม่ต้องหยิบยื่นตัวทรัพย์ชนข้าวส่งให้แก่กัน เวลาผู้ซื้อได้ที่เก็บข้าวหรือได้คนมาชนแล้ว จึงค่อยมาชนเอาไป จึงเป็นการสะดวกแก่ฝ่ายผู้ซื้ออย่างยิ่ง เพราะไม่ต้องทำการเกี่ยวกับตัวทรัพย์กันอีก ถ้าหาก ชั่ง ตวง วัด นับ ฯลฯ แล้วผู้ซื้อฝากตัวทรัพย์ระคนปนกันอยู่ ก็ยอมเป็นเช่นเดิม ถ้าหากจะแยกออกจากกัน ก็ยอมเปลืองที่เก็บ ผู้ขายอาจไม่รับฝากก็ได้

ดังนั้น เมื่อมีกรณีสูญหายหรือเสียหายบางส่วน ก็ต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยกรรมสิทธิ์รวม และโดยที่รู้ส่วนแล้วว่าส่วนของบุคคลใดมีเท่าใด จึงต้องเฉลี่ยความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามส่วน ซึ่งอาจจะเป็นการยุ่งยากมิใช่น้อย เพราะต่างฝ่ายคงจะเถียงกันว่า ส่วนของตนไม่สูญหาย เมื่อปล่อยให้ทรัพย์ระคนปนกันอยู่ดังนี้ เมื่อมีความสูญเสียหาย ให้รับผิดชอบตามส่วน ก็ยอมเป็นธรรมดาอยู่แล้ว

ข้อสังเกต จากที่กล่าวมาที่มีความเห็นว่าเป็นการซื้อขายทรัพย์เฉพาะสิ่ง ส่วนการฝากกันไว้นั้นไม่ใช่เป็นการกระทำอย่างอื่นหรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ตัวทรัพย์เพื่อให้อำนาจกำหนดราคา เพราะกรณีนี้ได้รู้ราคากันแล้วว่าเป็นเงิน 10,000 บาท กรณีไม่ต้องด้วย มาตรา 460 วรรคสอง และถือว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนมาเป็นของผู้ซื้อแล้ว จึงได้มีการฝากกันไว้

จากความเห็นที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการแปลความตามกฎหมายโรมัน ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายไทย เนื่องจากกฎหมายไทยการเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นจะต้องมีการบ่งตัวทรัพย์ออกมาให้แน่นอนชัดเจนว่าเป็นชิ้นไหน อันไหน หรือส่วนไหน ถ้าหากกำหนดกันไว้ว่า ส่วนที่ตกลงกันนั้นอยู่บริเวณไหน ตอนไหน ลงไปให้แน่นอน แม้ทรัพย์จะระคนปนกันอยู่ ดังนี้ส่วนที่ตกลงกันนั้นก็น่าจะเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง เช่น ข้าว 10 เกวียน ในจำนวน 50 เกวียน ซึ่งอยู่ในยุ้งเดียวกันระคนปนกันอยู่ แต่ส่วนที่ซื้อตกลงกันว่าคงด้านเหนือของยุ้ง จึงเป็นการระบุบ่งตัวทรัพย์ไป ถ้า

²⁸ ไพจิตร ปุญญพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น. 815 - 820.

เกิดไฟไหม้ทางด้านใต้ของยุง ไฟลุกลามไปไม่ถึงครึ่งยุงตั้งนี้ก็ยอมเห็นได้ชัดว่า ส่วนของผู้ซื้อซึ่งอยู่ทางด้านเหนือของยุงและมีจำนวนเพียง 10 เกวียน เท่านั้น ยังไม่ถูกเพลิงไหม้เสียหายไป²⁹

3.2 การแยกทรัพย์สินออกมา

ทรัพย์สินทั่วไปที่รวมกันอยู่ถ้าได้แยกออกมาไว้ต่างหากแล้ว ก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เช่น ข้าวสารที่แยกออกมาบรรจุอยู่ในรถกระบะแล้ว ก็ต้องถือว่าเป็นข้าวสารที่อยู่ในรถทั้งหมดนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เป็นต้น ซึ่งรวมถึงการส่งมอบทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นการแยกตัวทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งด้วย เช่นเดียวกับการคัดแยกสินค้าและติดป้ายเพื่อส่งไปให้ผู้ซื้อ หรือการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้รับขนในกรณีที่ต้องส่งสินค้าไปให้ผู้ซื้อ (มาตรา 463)³⁰

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5774/2534 กรมสารบรรณทหารบกซื้อแบตเตอรี่จากองค์การแบตเตอรี่หลายหม้อ แต่ซื้อแล้วฝากเก็บไว้ที่องค์การปะปนกับแบตเตอรี่หม้ออื่นๆ เมื่อต้องการใช้ก็ให้คนไปเบิกออกมา ต่อมาผู้ลอบทำหลักฐานอื่นไปเบิกเพื่อประโยชน์ส่วนตัว องค์การแบตเตอรี่เป็นโจทก์ฟ้องผู้นั้นได้ เพราะกรรมสิทธิ์ในแบตเตอรี่ยังเป็นขององค์การเนื่องจากยังไม่ได้แยกตัวทรัพย์สินออกมาจากแบตเตอรี่หม้ออื่นๆ

3.3 การเหมา

การขายเหมา คือ การซื้อขายซึ่งตกลงซื้อทรัพย์สินที่ผู้ขายเสนอขายทั้งหมดในราคาจำนวนหนึ่งโดยไม่ต้องคำนวณจำนวนทรัพย์สินที่ขาย แม้ว่าจะน้อยหรือมากกว่าที่คิดคำนวณไว้ก็ตาม ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายก็ต้องผูกพันชำระราคาและส่งมอบทรัพย์สินนั้นตามที่ตกลงกันไว้ ผู้ขายไม่มีสิทธิได้รับชำระราคามากขึ้นไปกว่าที่ตกลงกัน หากปรากฏว่าทรัพย์สินที่ขายมากกว่าที่คำนวณไว้ แต่ถ้าทรัพย์สินนั้นมีน้อยกว่าที่คิดคำนวณไว้ ผู้ซื้อก็ต้องชำระราคาตามที่ตกลงกัน ไม่มีสิทธิขอลดราคา³¹

จากคำนิยามข้างต้นแปลความได้ว่า ในการขายเหมานั้นจะต้องมีจำนวนทรัพย์สินที่ซื้อขายที่แน่นอนและไม่จำเป็นต้องมีการตรวจนับอย่างใดอีก ฉะนั้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน

²⁹ เฟิงอั้ง , น.816.

³⁰ ไสภณ รัตนากร, อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 69.

³¹ ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุณฺณพินฺธุ์ , อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 4 , น.76.

ยอมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะทำสัญญาซื้อขายกัน เช่น ข้าวสารในโกดัง หรือเกลือในเรือ หากมีการซื้อขายกันทั้งโกดัง หรือเหมากันทั้งลำเรือ กรรมสิทธิ์ในข้าวหรือเกลือนั้นก็โอนไปทันที ถ้าเป็นการขายเพียงบางส่วน ก็ต้องแยกออกมาให้เป็นส่วนชัดเจนก่อน แม้เป็นการซื้อขายทรัพย์สินในอนาคต เช่น ซื้อขายมะม่วงที่กำลังจะออกผล โดยซื้อเหมากันทั้งสวน กำหนดราคากันตายตัว ผลมะม่วงนั้นก็เป็นที่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้ ทั้งนี้เพราะการเหมาขายเป็นการขายทั้งจำนวน (sold in lump) มีผลเหมือนการขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง³² คือเมื่อทำสัญญาซื้อขายเหมากันเสร็จแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายเหมานั้นยอมโอนไปยังผู้ซื้อทันทีเพราะไม่ต้องมีการเลือกอีก

หากมีการซื้อเหมาทรัพย์สิน แต่ยังไม่ทราบราคาตั้งแต่แรกจนกว่าจะได้นับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อให้รู้ราคาในภายหลังเช่นนี้ จะเรียกว่าเป็นการซื้อขายเหมาหรือไม่เพราะจากคำนิยามเห็นจะต้องรู้ราคาตั้งแต่ต้น ซึ่งกรณีนี้เป็นกรซื้อทั้งจำนวนก็จริงและทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนจนกว่าจะรู้ราคาโดยการนับ ชั่ง ตวง วัด เช่น สีส้มตกลงซื้อเหมาส้มทั้งหมดในสวนของสาทร ในราคากิโลกรัมละ 10 บาท เป็นการแสดงเจตนาจะซื้อส้มทั้งหมดในสวน แต่ยังไม่ทราบราคาจนกว่าจะได้ทำการชั่งน้ำหนักของส้มว่าส้มทั้งหมดในสวนมีกี่กิโลกรัม เช่นนี้จะเรียกว่าเป็นการซื้อขายเหมาหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าการซื้อขายทั้งจำนวนไม่ว่าจะรู้ราคา ณ ขณะทำสัญญาซื้อขายหรือว่ารู้ราคาในภายหลังก็ตามถือว่าเป็นการซื้อขายเหมาทั้งสิ้น เพราะการที่จะกล่าวว่าเป็นการซื้อขายเหมาหรือไม่ก็เพื่อให้ทราบถึงตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุในการชำระหนี้ว่าต้องการชำระหนี้ทั้งจำนวน ไม่ต้องมีการนับชั่ง ตวง วัด คัดเลือก หรือทำประการใดเพื่อแบ่งชี้ให้ทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอีก เพราะทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีเมื่อมีการตกลงซื้อขายกันทั้งจำนวน หรือซื้อขายเหมานั้นเอง ในกรณีที่รู้ราคากันขณะทำสัญญาซื้อขายเหมาแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็จะโอนไปเป็นผู้ขายทันทีที่สัญญาเกิด ส่วนกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดราคาของทรัพย์สินที่ซื้อเหมานั้น ทรัพย์สินทั้งหมดกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ทำสัญญาแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอน จนกว่าจะมีการกำหนดให้รู้ราคากันในภายหลังตามมาตรา 460 วรรคสอง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงจะโอนไปยังผู้ซื้อ ดังนั้นจะเห็นว่าการซื้อขายเหมานั้นไม่จำเป็นต้องรู้ราคาก่อน

สำหรับการซื้อขายเหมาทรัพย์สินในอนาคตที่ไม่มีความจำเป็นต้องนับเพื่อให้รู้ราคา กรรมสิทธิ์จะโอนทันทีเมื่อทรัพย์สินนั้นได้เกิดขึ้น เช่น มดแดงตกลงซื้อลูกสุนัขทั้งหมดที่อยู่ในท้องของ

³² โสภณ รัตนากร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21 , น. 68.

แม่สุนัขจากมดดำ คือหากลูกสุนัขเกิดมาก็ตัวมดแดงก็จะรับซื้อไว้หมด ตัวละ 2,000 บาท ต่อมาลูกสุนัขได้เกิดออกมามีอยู่ 5 ตัว ซึ่งก็เป็นสิ่งที่นับได้ในทันทีทันใดอยู่แล้วว่าลูกสุนัขเกิดออกมามี 5 ตัว ไม่จำเป็นต้องมานับกันอีก กรรมสิทธิ์ในลูกสุนัขโอนแก่มดดำทันทีเมื่อลูกสุนัขเกิดมา

ส่วนการซื้อขายหมาทรัพย์สินในอนาคตที่เกิดขึ้นแล้วยังไม่รู้จำนวนและราคาที่แน่นอน ต้องมีการนับ ชั่ง ตวง วัดเพื่อให้รู้ราคาเสียก่อนตามมาตรา 460 วรรคสอง แต่ทรัพย์สินเหล่านั้นก็ได้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีแล้วเมื่อก่อเกิดตัวตนขึ้น แต่ทว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่อาจโอนได้เท่านั้น เช่น ผักบุงตกลงซื้อหมาลูกมึงคุดในสวนของกึ่งนาง ซึ่งจะออกผลในอีก 2 เดือน สัญญาซื้อขายเกิดทันทีแต่ยังไม่มีตัวทรัพย์สิน ตัวทรัพย์สินจะเกิดขึ้นใน 2 เดือนข้างหน้า เมื่อตัวทรัพย์สินซึ่งก็คือลูกมึงคุดได้ออกผลแล้วแม้ว่าจะเป็นผลเล็ก ๆ ก็ตามถือว่าลูกมึงคุดที่เพิ่งออกนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ซึ่งมึงคุดและผลไม่ต่าง ๆ นั้นเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตอนออกผลเป็นลูกเล็กลูกน้อย แต่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอน เพราะกรณีนี้จะต้องมีการทำเพื่อให้รู้ราคาก่อนตามมาตรา 460 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2868/2528 ผู้เสียหายตกลงขายครึ่งให้แก่จำเลยในราคา 400 บาท จำเลยขอแกะครึ่งจากไม้ก่อน เมื่อแกะครึ่งแล้ว ก่อนเอาครึ่งไปจะชำระเงินอีก 300 บาท โดยไม่ได้ตกลงให้ถือเอาการชำระเงินเป็นเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ ข้อตกลงดังกล่าวจึงมิใช่เงื่อนไขที่จะทำให้กรรมสิทธิ์ในครึ่งไม้โอนไปยังจำเลย การตกลงซื้อขายครึ่งระหว่างผู้เสียหายกับจำเลยเป็นการซื้อขายเสร็จเด็ดขาด เพราะเป็นการซื้อเหมาครั้งที่มีจำนวนแน่นอน เมื่อตกลงซื้อขายด้วยวาจา กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายย่อมโอนไปยังผู้ซื้อทันที ตามป.พ.พ. มาตรา 458

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 468/2532 สินค้าพิพาทเป็นสินค้าที่เสียหายเนื่องจากน้ำท่วมและกองรวมกันไว้ในโกดังโดยมิได้จำแนกว่าเสียหายมากน้อยเป็นจำนวนเท่าใด ในการซื้อขายสินค้าพิพาทดังกล่าว ทั้งโจทก์ซึ่งเป็นผู้ขายและจำเลยซึ่งเป็นผู้ซื้อต่างมิได้ยึดถือเอกสารที่ระบุถึงรายการสิ่งของที่ได้รับความเสียหายเป็นข้อสำคัญ หากประสงค์จะซื้อขายสินค้าทั้งหมดที่กองไว้นั้นในลักษณะขายเหมาเมื่อจำเลยประมูลซื้อได้ กรรมสิทธิ์ในสินค้าทั้งหมดตกเป็นของจำเลย โจทก์จึงไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่สินค้านี้เสียหายเพิ่มเติม จำเลยมีหน้าที่ชำระราคาสินค้าแก่โจทก์จนครบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2496 ทำสัญญาขายเหมาอัฐ 2 เต้า อัฐประมาณสองแสนสองหมื่นแผ่น ซึ่งอยู่ที่ลานเป็นเงิน 7,000 บาท ดังนี้เป็นการขายอัฐเป็นเต้าซึ่งมีจำนวนแน่นอน คือสองเต้าราคาก็แน่นอน คือ 7,000 บาท แม้จะได้กล่าวถึงจำนวนอัฐไว้ด้วย ก็เป็นการกล่าวไว้โดยประมาณพอให้เข้าใจว่าอัฐที่ขายมีปริมาณสักเท่าใด กรรมสิทธิ์ในอัฐย่อมผ่านจากผู้ซื้อไปยังผู้ขายตั้งแต่ขณะทำสัญญากันแล้ว กรณีไม่ต้องด้วย ป.พ.พ.มาตรา 460

คำพิพากษาฎีกาที่ 1283/2513 การซื้อขายตามเอกสารหมาย ล.1 เป็นการซื้อเหมาจำนวนทรัพย์สินที่จะซื้อขายมีจำนวนแน่นอน ไม่จำเป็นต้องมีการตรวจนับอย่างใดอีก ฉะนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ทำสัญญาซื้อขายกัน ส่วนเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายกันเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ไม่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์

การทำสัญญาซื้อขายแบบเหมา ไม่เพียงแต่จะสามารถทำการซื้อขายในทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น แต่ยังสามารถทำการซื้อขายแบบเหมาในทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ได้อีกด้วย เช่น การซื้อขายที่ดินแบบเหมา คือ การที่ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้ถือเอาจำนวนเนื้อที่ดินเป็นสาระสำคัญ เป็นการซื้อแบบเหมาทั้งแปลงโดยไม่สนว่าจะมีกี่ไร่ กี่ตารางวา ตารางวาละเท่าไร ซึ่งตีความได้ว่าสัญญาต่างประสงคิให้ไม่ต้องมีการรับผิดชอบกันเกี่ยวกับจำนวนที่ดินที่ขาดตกบกพร่อง

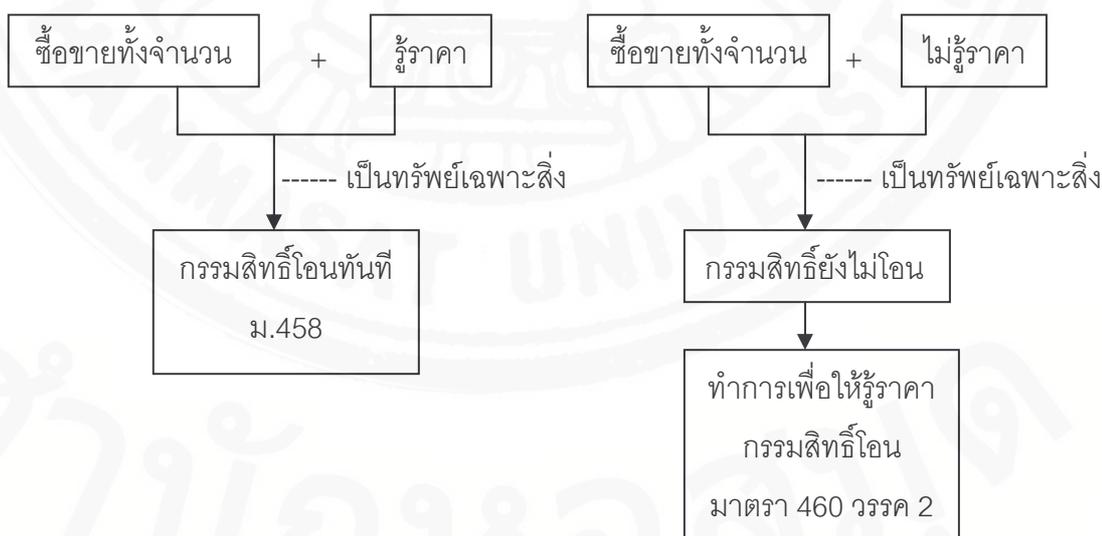
คำพิพากษาฎีกาที่ 400/2501 สัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน แม้ว่าจะไม่ระบุว่าขายเหมา ถ้าข้อสัญญาแสดงว่าซื้อขายกันทั้งแปลงตามที่ระบุ และทำแผนที่สังเขปไว้โดยตกลงราคาแน่นอนระบุเนื้อที่ดินแต่โดยประมาณ ไม่กำหนดว่าตารางวาละเท่าใด ฯลฯ ถือเป็นการขายเหมา เนื้อที่ที่เกินจากประมาณไว้ ผู้ขายจะเรียกราคาเพิ่มมิได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 6259/2541 ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินฉบับพิพาทระบุว่า ผู้จะขายตกลงจะขาย และผู้จะซื้อตกลงจะซื้อที่ดินหรือที่ดินพร้อมอาคาร ดังต่อไปนี้ ที่ดิน น.ส.3 ก. เลขที่ 2571 เนื้อที่ประมาณ 1,550 ตารางวา (3 ไร่ 3 งาน 50 ตารางวา) คู่สัญญาได้ตกลงราคาที่ดินหรือที่ดินพร้อมอาคาร ที่จะซื้อขายกันดังกล่าวเป็นเงิน 3,400,000 บาท และตามสัญญาจะซื้อจะขายมิได้ระบุไว้ว่าที่ดินมีราคาตารางวาละเท่าไร ดังนี้ เมื่อสัญญาจะซื้อขายไม่ได้ระบุราคากันไว้ว่าไร่ละหรือตารางวาละเท่าใด และเนื้อที่ดินที่จะขายก็เป็นแต่กะประมาณ แต่ได้กำหนดราคาไว้ 3,400,000 บาท อันมีลักษณะเป็นการขายรวม ๆ กันไป เป็นการแสดงให้เห็นเจตนาของคู่สัญญาได้ว่าไม่ถือเอาจำนวนเนื้อที่ดินเป็นสาระสำคัญ โจทก์เองได้ทำการตรวจสอบเนื้อที่ดินหลายครั้ง จึงไม่สนใจที่จะถือเอาเรื่องเนื้อที่ดินเป็นข้อสำคัญอีกต่อไป อีกทั้งตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินฉบับพิพาทคงกล่าวถึงความรับผิดชอบของผู้จะขายหรือจำเลยไว้แต่เฉพาะเรื่องปลอดจากการจำนอง การรอนสิทธิหรือภาระติดพันอื่นใดซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการรับผิดชอบในข้อที่ทรัพย์สินขาดตกบกพร่องหรือล้าจำนวนอันมิได้กล่าวไว้เลย เสมือนหนึ่งคู่สัญญาต่างมุ่งประสงค์ไม่ให้อันต้องรับผิดชอบกันเกี่ยวกับเนื้อที่ดินที่ขาดตกบกพร่องหรือล้าจำนวนที่อาจเกิดขึ้นในภายภาคหน้า จึงถือได้ว่าเป็นสัญญาซื้อขายที่ดินยกทั้งแปลงหรือขายเหมา ดังนั้น ไม่ว่าที่ดินที่ซื้อขายจะขาดตกบกพร่องหรือล้าจำนวน โจทก์จำเลยก็จะเรียกเงินค่าซื้อที่ดินคืนหรือค่าซื้อที่ดินที่ยังขาดอยู่จากกันมิได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 133/2544 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจาก โจทก์เนื้อที่ 107 ตารางวา แต่จดทะเบียนโอนเกินกว่าที่ตกลงไป 11 ตารางวา ขอให้เพิกถอนการ จดทะเบียน หรือให้จำเลยชำระค่าเสียหายเท่ากับราคาที่ดินตารางวาละ 120,000 บาท เมื่อศาลเห็น ว่าคำขอท้ายฟ้องที่ขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนโอนที่ดินไม่สามารถเพิกถอนได้ ก็ยกคำขอส่วนนี้ และพิพากษาให้จำเลยชำระเงิน 1,320,000 บาท ตามคำขอท้ายฟ้องที่ว่า หากสภาพแห่งหนี้ไม่ อาจบังคับได้ขอให้จำเลยชำระค่าที่ดิน ซึ่งหมายความว่า เมื่อเพิกถอนนิติกรรมไม่ได้ ก็ขอให้จำเลย ชดใช้ค่าที่ดินส่วนที่เกินได้ไม่เป็นการพิพากษาเกินคำขอ

สัญญาขายเหมา คือ สัญญาซื้อขายที่ผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์สินที่ผู้ขายเสนอขายหมดทั้ง จำนวนในราคาที่ตกลงกัน ซึ่งผู้ซื้อต้องผูกพันชำระราคาและผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินทั้งหมด ตามที่ตกลงกันไว้ ทั้งนี้ไม่ว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายจะมีปริมาณมากหรือน้อยกว่าที่คิดคำนวณไว้ ดังนั้น เมื่อสัญญาจะซื้อจะขายระหว่างโจทก์จำเลยได้ระบุตัวทรัพย์สินและส่วนของทรัพย์สินที่จะซื้อจะขายไว้ แน่นนอน คือที่ดินเนื้อที่ 107 ตารางวา แต่ในส่วนของราคาระบุไว้ให้เพิ่มหรือลดลงได้ตามเนื้อที่ซึ่ง ยังไม่แน่นอนว่าจะมีราคาเท่าใดจึงไม่ใช่สัญญาขายเหมา

การซื้อขายเหมา (ภาพประกอบที่ 8)



3.4 การนับ ชั่ง ตวง วัด

จากมาตรา 460 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในการซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดลงไว้แน่นอนนั้น ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้หมาย หรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อให้บ่งตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนแล้ว” หมายความว่าในการซื้อขายนั้นจะต้องมีการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือกสินค้าเพื่อกำหนดตัวทรัพย์สินออกมาเป็นที่แน่นอน ตราบใดที่ยังไม่ได้นับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อกำหนดตัวทรัพย์สิน ทรัพย์สินนั้นก็ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่เมื่อใดได้มีการกระทำดังกล่าวก็เท่ากับเป็นการทำให้ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง การซื้อขายจะสมบูรณ์และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็จะโอนไปด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 6470/2541 การที่โจทก์ออกไปกำกับสินค้าซึ่งระบุรายละเอียดของชนิด ปริมาณ และราคาสินค้า แสดงว่า โจทก์ได้กำหนด คัดเลือก นับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อให้ได้ตัวสินค้าที่ตกลงซื้อขายเป็นการแน่นอนแล้ว และโจทก์ได้ส่งมอบสินค้านั้นให้แก่ผู้ขนส่งเรียบร้อยแล้ว ถือว่าการส่งมอบนั้นสำเร็จแล้วตาม ป.พ.พ.มาตรา 461 และ 463 ทั้งกรรมสิทธิ์ก็ได้โอนไปยังผู้ซื้อแล้วตาม ป.พ.พ.มาตรา 453 ,458 และ 460

คำพิพากษาฎีกาที่ 2607/2531 บริษัท อ. นำน้ำมันเตาจำนวน 12,000 ลิตร ที่โจทก์ร่วมสั่งซื้อไปส่งยังบริษัทโจทก์ร่วมโดยรถบรรทุกน้ำมัน และจะรับรู้หรือรับผิดชอบถ้าหากขวดซีลที่ฝาปิดเปิดอยู่ในสภาพไม่เรียบร้อย แสดงว่าบริษัท อ. ผู้ขายได้หมายหรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือกบ่งตัวทรัพย์สินคือน้ำมันเตาที่โจทก์ร่วมสั่งซื้อไว้แน่นอนเป็นจำนวน 12,000 ลิตร และบรรจุไว้ในรถเรียบร้อยแล้ว กรรมสิทธิ์ในน้ำมันเตาที่ซื้อขายย่อมโอนไปเป็นของโจทก์ร่วม การที่โจทก์ร่วมนำรถบรรทุกน้ำมันไปซึ่งน้ำหนักอีกทีหนึ่งเป็นเพียงวิธีการตรวจสอบว่าบริษัท อ. ได้ส่งมอบน้ำมันเตาที่สั่งซื้อให้โจทก์ร่วมครบถ้วนหรือไม่เท่านั้น หากใช่เป็นการกระทำเพื่อให้ทราบราคาที่แน่นอนไม่เมื่อจำเลยลักน้ำมันเตาไป 4,000 ลิตร โจทก์ร่วมจึงเป็นผู้เสียหาย

ในบางกรณีผู้ขายได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ซื้อโดยรวมกับทรัพย์สินของผู้ซื้ออื่นอีก โดยได้กำหนดจำนวนหรือปริมาณและราคาทรัพย์สินของผู้ซื้อแต่ละคนเป็นที่แน่นอนแล้ว แต่ได้บรรจุมาในบรรจุภัณฑ์อันเดียวกัน ซึ่งทำให้ผู้ซื้อแต่ละคนนั้นเมื่อรับมอบทรัพย์สินมาก็ต้องทำการแยกแบ่งทรัพย์สินระหว่างกันอีก ในกรณีนี้ถือว่าผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินตามจำนวนที่ได้กำหนดไว้และมีราคาที่แน่นอน เป็นการซื้อขายเสร็จเด็ดขาด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ทำสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6035/2537 โจทก์และจำเลยซื้อสินค้าเคมีภัณฑ์เหลวชนิดเดียวกัน เป็นการซื้อขายโดยกำหนดจำนวนหรือปริมาณและราคาของทรัพย์สินที่ซื้อขายกันแน่นอน โดยไม่ต้องหมาย หรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก เพื่อให้แบ่งตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนอีก ทั้งสินค้าดังกล่าวได้บรรจุมาในเรือลำเดียวกัน เทียบเดียวกัน และบรรจุในแท็งก์เดียวกันด้วย ถือว่าเป็น การซื้อขายเสร็จเด็ดขาด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ซื้อขายได้ทำ สัญญาซื้อขายกันแล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 458 เมื่อจำเลยรับสินค้าเคมีภัณฑ์ซึ่งเป็นของโจทก์ เกินไปจำเลยต้องคืนให้แก่โจทก์

หากทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการกำหนดราคา ที่แน่นอน กรรมสิทธิ์ก็จะยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะได้มีการนับ ชั่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างใด เพื่อให้รู้ราคาก่อน หรือไม่ได้ขายเหมาจะต้องมีการ นับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อกำหนดราคาอีก กรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินก็ยังไม่โอนจนกว่าจะได้มีการนับ ชั่ง ตวง วัด เพื่อกำหนดราคาก่อน ตามมาตรา 460 วรรค สอง บัญญัติว่า “ในการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ถ้าผู้ขายยังจะต้องนับ ชั่ง ตวง วัด หรือทำการอย่าง อื่นหรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ทรัพย์สินเพื่อให้รู้ราคาทรัพย์สินนั้นแน่นอน ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าการหรือสิ่งนั้นได้ทำแล้ว”

3.5 การคัดเลือกทรัพย์สิน

คำว่า “คัดเลือก” ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายว่า “เลือกเอาที่ต้องการไว้ , คัดเอาที่ไม่ต้องการออก” กล่าวคือในการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินจากทรัพย์สิน ที่เป็นทรัพย์สินทั่วไปนั้น ในทรัพย์สินทั่วไปที่เป็นประเภทเดียวกันถึงแม้จะมีลักษณะที่เหมือน ๆ กัน แต่คุณภาพในการผลิตอาจแตกต่างกัน (หากการผลิตไม่ได้มาตรฐาน) หรือการเกิดของผลิตผลอาจแตกต่างกันตามพันธุกรรม ดังนั้นจึงต้องมีการเลือกสรรเพื่อให้ได้ทรัพย์สินที่สมกับประโยชน์ที่ต้องการ เมื่อได้เลือกทรัพย์สินดังกล่าวออกมาแล้วทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9161/2544 สาระสำคัญของสัญญาซื้อขายนี้จะต้องติดตั้ง เครื่องจักรและทดลองเดินเครื่องให้ได้คุณภาพตามที่กำหนดไว้ หากไม่ได้ผลตามที่กำหนดอาจต้อง เปลี่ยนเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ที่ได้ส่งมอบแต่ละรายการหรือทั้งหมดอีกก็ได้กรณีจึงเป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดลงไว้แน่นอน กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้หมาย หรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อให้แบ่งตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนแล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 460 วรรคแรก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1964/2543 ป่วยที่จำเลยที่ 2 ตกลงซื้อจากจำเลยที่ 1 เก็บอยู่ที่โกดังเก็บสินค้าของจำเลยที่ 1 ยังมิได้มีการคัดเลือกออกมาว่าป่วยดูใดจะขายให้แก่จำเลยที่ 2 เพื่อให้แบ่งตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นที่แน่นอนแล้วแต่อย่างไร กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันยังไม่โอนไปยังจำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 460 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2387/2534 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยยกยอกข้าวเปลือกของโจทก์จำนวน 400 กระสอบ ซึ่งฝากไว้ที่ยุ้งข้าวของจำเลย โดยข้าวเปลือกจำนวนดังกล่าวจำเลยชำระหนี้ให้โจทก์ ยังมิได้มีการตรวจนับจำนวนหรือคัดเลือกข้าวเปลือกเพื่อกำหนดส่งมอบให้แก่โจทก์ ข้าวเปลือกที่โจทก์กล่าวอ้างจึงยังไม่เป็นวัตถุแห่งหนี้ที่จะชำระให้แก่กันและกรรมสิทธิ์ในข้าวเปลือกยังไม่โอนไปเป็นของโจทก์ จึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยครอบครองข้าวเปลือกของโจทก์ไม่อาจเป็นความผิดฐานยกยอก

4. ช่วงเวลาการเกิดทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ช่วงเวลาการเกิดทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นจะดูช่วงเวลา ณ สัญญาเกิดเป็นตัวตัดระหว่างการเกิดหรือไม่เกิดทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งต้องทำความเข้าใจกับคำว่า “ขณะทำสัญญา” ว่าหมายความว่าอย่างไร ช่วงเวลาขณะทำสัญญา หมายถึง ช่วงเวลาที่สัญญายังไม่เกิด เพราะกำลังทำสัญญากันอยู่ สัญญาจึงยังไม่เสร็จสมบูรณ์ จึงยังไม่ก่อความผูกพันอันใดทำให้การเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก็ยังไม่เกิดขึ้น อันเป็นผลให้ ณ ช่วงเวลานั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อหรือเจ้านั้นในทรัพย์สินนั้น เนื่องจากขณะทำสัญญา ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญายังไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง³³ ดังนั้นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อสัญญาได้ทำเสร็จสมบูรณ์แล้ว ซึ่งแบ่งช่วงเวลาดังกล่าวได้ ดังนี้

4.1 ทันทีก่อนสัญญาเกิด

สัญญาเป็นมูลเหตุแห่งหนี้ เมื่อสัญญาเกิดแล้ววัตถุแห่งหนี้จึงเกิดขึ้น จากมาตรา 458 ได้วางหลักไว้ว่า เมื่อสัญญาเกิด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นจะโอนไปที่ไหนที่ ซึ่งทรัพย์สินที่จะทำการโอนกรรมสิทธิ์ไปได้นั้นก็คือทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังนั้นการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะมีขึ้นได้เมื่อสัญญา

³³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ , 2547) น.410.

เกิด ซึ่งก็เกิดมีประเด็นใหม่ขึ้นมาว่าเมื่อสัญญาเกิดแล้ว ทรัพย์นั้นก็เป็นที่ทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้วเหตุใด จึงสามารถคืนทรัพย์นั้นได้อีก

ตัวอย่าง ในการซื้อของที่ซูเปอร์มาเก็ต ก.ต้องการซื้อแฮมพู ก.จึงหยิบแฮมพูที่อยู่ใน ชั้นขึ้นมา แต่ยังไม่ทันจะไปชำระเงินที่จุดชำระเงิน ก.ก็เกิดเปลี่ยนใจไม่ซื้อแฮมพูแล้ว จึงนำแฮมพูที่ หยิบมาแล้วไปคืนที่ชั้นวางตามเดิม จึงมีปัญหาว่าสัญญาเกิดหรือยัง แล้วแฮมพูนั้นเป็นทรัพย์ เฉพาะสิ่งแล้วหรือไม่เมื่อหยิบมา แล้วเหตุใดจึงสามารถคืนแฮมพูได้ตามหลักกฎหมายได้

สัญญาเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายเกิดจากการที่บุคคลฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ (offer) และ บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำคำสนอง (acceptance) ตอบรับ เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้น ซึ่งกรณีนี้หากสัญญายังไม่เกิดก็สามารถคืนสินค้าได้ไม่มีปัญหาอะไร แต่หาก สัญญาเกิดแล้ว สินค้านั้นก็กลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้วจะคืนสินค้านั้นด้วยหลัก กฎหมายมาตราใด

ในกรณีนี้มีผู้เห็นว่า³⁴ การที่ร้านค้าได้นำสินค้าออกวางขายไม่ว่าจะติดป้ายบอกราคา สินค้าหรือไม่ก็ตามยังไม่เป็นการทำคำเสนอ เพราะผู้ขายที่วางสินค้าสามารถปฏิเสธไม่เข้าทำ สัญญากับใครก็ได้และสามารถบอกปิดไม่รับคำขอซื้อจากอีกฝ่ายหนึ่งและผู้ซื้อก็สามารถนำสินค้า กลับไปวางที่ชั้นแสดงสินค้าได้ จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเขาต้องการผูกพันอย่างคำเสนอ การที่นำ สินค้าออกวางขายและติดป้ายราคาเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ผู้ซื้อมาทำคำเสนอหรืออย่างที่เราเรียกว่า เป็นคำเสนอชนิดที่ไม่มีข้อผูกมัด³⁵ เมื่อผู้ซื้อหยิบสินค้าไปจึงจะเกิดคำเสนอขึ้น แต่ยังไม่มีการสนอง สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นแต่อย่างใด ดังนั้นจึงไม่เกิดสิทธิและหน้าที่ผูกพันระหว่างผู้ขายและผู้ซื้อ ผู้ ซื้อจึงสามารถคืนสินค้าได้ คำเสนอของลูกค้าจะมีต่อเมื่อลูกค้าได้นำสินค้าไปยังโต๊ะชำระเงินและ คนเก็บเงินได้ยอมรับคำเสนอดังกล่าว³⁶ สัญญาจึงเกิดขึ้น

³⁴ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2549), น.21.

³⁵ Marcel Planiol and Geoge Ripert , Treaties on the Civil Law. 11th edition. 1939., pp.329.

³⁶ ไผทชิต เอกจริยกร , อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น. 96.

แต่ก็มีผู้เห็นต่างออกไปว่า³⁷ จากการที่ร้านค้าได้นำสินค้าติดป้ายออกวางขายนั้นเป็นเพียงการเชื่อเชิญให้ทำข้อเสนอ ซึ่งเมื่อผู้ซื้อหยิบสินค้าขึ้นมาถึงจะเป็นข้อเสนอ ส่วนผู้ขายจะตัดสินใจขายโดยการสนองหรือไม่เป็นเรื่องของผู้ขายนั้น อาจมองว่าเป็นการกระทำโดยเลือกปฏิบัติ(discrimination) เพราะอาจจะไม่ชอบหน้าผู้เสนอหรือเห็นว่าผู้นั้นมีผิวสีที่ไม่ชอบ และการที่ให้ผู้ซื้อเป็นผู้ทำข้อเสนอแล้วร้านค้ากลับคอยรอรับข้อเสนอแล้วจึงทำคำสนองตอบดูมันขัดกัน ทั้งๆเป็นที่ประจักษ์แจ้งอยู่ว่าการริเริ่มในการทำสัญญานั้นได้มาจากร้านค้าขายของนั้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการที่ร้านค้าได้นำสินค้าติดป้ายราคาออกวางขายน่าจะเป็นการทำข้อเสนอ เพราะการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นต้องแสดงออกมาโดยชัดแจ้ง ได้แก่ การแสดงกิริยาอาการออกมาโดยชัดแจ้ง อาจแสดงด้วยวาจาขีดเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือแสดงกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ชัดเจนว่าเป็นการแสดงเจตนาที่ดี ซึ่งการนำสินค้าออกวางขายโดยปิดป้ายบอกราคาย่อมถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอโดยชัดแจ้ง และตามกฎหมายนี้สวิสมาตรา 7 วรรคสามได้วางหลักว่ากรณีที่นำสินค้าออกแสดงพร้อมกับแจ้งราคาไว้ย่อมถือได้ว่าเป็นคำเสนอ ส่วนคำสนองจะมีขึ้นได้อย่างไรนั้น มีความเห็นว่าการที่ผู้ซื้อได้หยิบสินค้ามานั้นเป็นการทำคำสนองแต่คำสนอนั้นยังไม่เป็นผล แม้มีการแสดงเจตนาทำคำสนองไว้แล้ว แต่ยังไม่ส่งไปก็ดี หรือส่งไปแล้วแต่ยังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนาที่ดี การแสดงเจตนาที่นั้นยังไม่เป็นผลเป็นคำสนองอันจะก่อให้เกิดสัญญาและคำสนองต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง คือแสดงต่อผู้เสนอหรือตามผู้เสนอกำหนดไว้³⁸ ดังนั้นคำสนองจะมีผลผูกพันผู้สนองรับเมื่อได้แสดงเจตนาต่อผู้เสนอเท่านั้น ต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลมิใช่ต่อสิ่งของ ด้วยเหตุนี้สัญญาซื้อขายจึงยังไม่เกิดขึ้นและไม่มีความผูกพันอันใดระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย ผู้ซื้อจึงสามารถที่จะคืนสินค้าได้ ซึ่งคำสนองในกรณีนี้จะเกิดขึ้นได้เมื่อผู้ซื้อหยิบสินค้าที่ร้านวางเสนอขายและส่งเงินให้ตามราคาในป้ายบอกราคา³⁹คือสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ซื้อได้ชำระเงินที่จุดชำระเงินนั่นเอง

และก็มีบางความเห็นเห็นว่าคำสนอนั้นน่าจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้อหยิบสินค้านั้นขึ้นมา เมื่อเสนอสนองต้องตรงกันทำให้สัญญาเกิดขณะหยิบสินค้าหากต้องการจะคืนสินค้า ก็ต้องกลับไปใช้หลักทั่วไปของการเลิกสัญญา โดยการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเห็นว่านิติสัมพันธ์ระหว่างนั้นไม่อาจ

³⁷ จิต เศรษฐบุตตร, แก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ติงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์ , 2526) น.252

³⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น.356.

³⁹ เพ็งอ่าง , น.355.

ดำเนินต่อไปได้ จึงทำคำเสนอขอเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งก็เห็นพ้องต้องตรงกันก็จะสนองรับกลับมา เนื่องจากในกรณีนี้เป็นการทำสัญญาที่จะเลิกสัญญาจึงอาจใช้วิธีการในการก่อสัญญาแบบปกติได้ รวมทั้งการที่จะสนองรับคำเสนอขอลเลิกสัญญากันโดยปริยายด้วย⁴⁰ ส่วนผลของหลักการเลิกสัญญานั้นก็จะเป็นไปตามหลักกฎหมายได้ ดังนั้นเมื่อผู้ซื้อต้องการจะคืนของก็นำของนั้นไปวางชั้นที่เดิมถือว่าเป็นการทำคำเสนอขอเลิกสัญญา เมื่อทางห้างร้านไม่ได้มีปฏิกิริยาอันใดก็ถือว่าเป็นการรับคำเสนอขอเลิกสัญญาได้

4.2 หลังสัญญาเกิด

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วอาจจะยังไม่มีทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเกิดขึ้นเนื่องจากไม่มีทรัพย์สินหรือมีทรัพย์สินแล้วแต่ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ไม่แน่นอน เพราะไม่ได้กระทำการบางอย่างเพื่อให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เช่น การนับ ชั่ง ตวง วัด ตามมาตรา 460 วรรคแรก , การแยกทรัพย์สิน , การทำสัญญาลักษณะไว้ที่ทรัพย์สิน, การคัดเลือกทรัพย์สินโดยการทดลองเครื่องเพื่อเลือกเครื่องที่สมบูรณ์, การแจ้งไปยังเจ้าหนี้ ฯลฯ ดังที่กล่าวมาข้างต้น

5. การกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาซื้อขายกรณีพิเศษ

นอกจากสัญญาซื้อขายแบบทั่วไปแล้วก็มีสัญญาซื้อขายอีกหลายชนิดที่มีวิธีการซื้อขายแตกต่างไปจากการซื้อขายปกติ แต่ก็ยังคงจัดอยู่ในเรื่องซื้อขายอยู่นั้นก็คือ สัญญาซื้อขายตามตัวอย่าง สัญญาซื้อขายตามคำพรรณนา สัญญาซื้อขายเพื่อชอบ และสัญญาขายทอดตลาด ซึ่งจะต้องนำหลักเกณฑ์ต่างๆของสัญญาซื้อขายทั่วไปมาใช้กับสัญญาซื้อขายเหล่านี้ด้วย เช่น การส่งมอบ การชำระราคา หน้าที่ของผู้ซื้อ หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขาย เป็นต้น แต่ในส่วนที่แตกต่างออกไปจากสัญญาซื้อขายทั่วไปก็มีบ้าง ดังในเรื่องการกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งจะได้แยกพิจารณาเป็นเรื่องๆไป ดังนี้

⁴⁰ เสนีย์ ปราโมช , อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 13 , น.547.

5.1 สัญญาซื้อขายตามตัวอย่าง (Sale by simple)

สัญญาซื้อขายตามตัวอย่าง คือ สัญญาซื้อขายซึ่งผู้ขายให้ผู้ซื้อดูตัวอย่างของทรัพย์สินที่ซื้อขายก่อน เมื่อผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์สินนั้น ๆ ผู้ขายก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่างที่ผู้ขายได้เสนอขายต่อผู้ซื้อแล้วตามมาตรา 503 วรรคแรก หากทรัพย์สินที่ส่งมอบไม่ตรงตามตัวอย่าง ผู้ซื้อจะมีสิทธิปฏิเสธไม่ยอมซื้อได้ ดังนั้นผู้ขายต้องให้โอกาสแก่ผู้ซื้อในการตรวจดูทรัพย์สินนั้นว่าตรงตามตัวอย่างที่ผู้ขายเสนอเป็นตัวอย่างก่อนการรับมอบหรือไม่ ซึ่งตัวอย่างในที่นี้คือสิ่งที่ในเวลาผู้ขายได้เสนอขาย ผู้ขายได้นำสิ่งนั้นออกมาให้ผู้ซื้อได้ดูเป็นตัวอย่างในเวลาขายเพื่อแสดงลักษณะและคุณภาพของทรัพย์สินที่จะขายและเมื่อได้มีการตกลงซื้อขายกัน ผู้ขายก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่มีลักษณะและคุณภาพตรงตามตัวอย่างนั้นด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7727/2540 ตามประกาศประกวดราคาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระบุไว้ว่าตัวอย่างสินค้าที่ผู้ประกวดราคาส่งไปนั้นเพื่อประโยชน์ในการที่โรงงานยาสูบจะได้ทำการตรวจสอบคุณภาพ และคู่สัญญาจะทำสัญญาซื้อขายกันตามชนิด จำนวน คุณภาพที่ถูกต้องตรงตามความประสงค์ และเป็นทีพอใจของโรงงานยาสูบ ประกอบกับในสัญญาก็ไม่มีการระบุว่าผู้ขายจะต้องส่งสินค้าให้ตรงตามตัวอย่างแต่ประการเดียวโดยไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าตามสัญญาเป็นประการอื่นอีก แสดงว่าตัวอย่างที่ผู้ประกวดราคาส่งไปนั้นเพียงเพื่อตรวจสอบคุณภาพ มิใช่เพื่อสำหรับใช้ตรวจสอบว่าสินค้าที่ต้องส่งมอบตามสัญญาถูกต้องตรงตามตัวอย่างนั้นหรือไม่สัญญาซื้อขายสินค้านี้จึงมิใช่ซื้อขายตามตัวอย่าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4797/2534 ผู้ซื้อที่ดินจาก ฉ. ได้ซื้อบ้านที่โจทก์ปลูกลงในที่ดินนั้นพร้อมกันด้วยและโจทก์ก็ได้จัดเตรียมแบบแปลนสำหรับปลูกบ้านในที่ดินทุกแปลงไว้เหมือนกันทุกหลังกับได้สร้างบ้านตัวอย่างขึ้นไว้ให้ผู้ซื้อได้ดูเป็นตัวอย่าง อีกทั้งโจทก์ได้ลงมือปลูกสร้างบ้านลงในที่ดินเป็นการล่วงหน้าไปก่อนที่ผู้ซื้อจะได้ตกลงทำสัญญาซื้อที่ดินกับ ฉ. และทำสัญญารับจ้างเหมาก่อสร้างกับโจทก์ แสดงว่าโจทก์ลงมือปลูกสร้างบ้านขึ้นเพื่อขายมาแต่ต้น อันเป็นลักษณะของการขายตามตัวอย่างหาใช่เป็นการรับจ้างทำของไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 139/2496 ในกรณีซื้อขายตามตัวอย่างนั้น เมื่อทำสัญญาซื้อขายกันแล้วต่อมาตัวแทนของผู้ซื้อมารับมอบสิ่งของที่ซื้อขายกันไปจากผู้ขาย ได้ทำใบรับรองไว้ให้ ในเอกสารรับรองนั้นมีจำนวนสิ่งของและราคาพร้อมทั้งกล่าวว่าได้ตรวจดูด้วยความพอใจตามตัวอย่างเรียบร้อยแล้ว ถือได้ว่า การซื้อขายสิ่งของจำนวนที่รับมอบไปนั้นเป็นการซื้อขายเสร็จเด็ดขาดแล้ว

ในการส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่างนั้น หมายถึงทรัพย์สินนั้นจะต้องมีคุณภาพ (quality) ที่ตรงตามตัวอย่างด้วย เมื่อส่งมอบแล้วผู้ซื้อจะรับของไปตรวจสอบหากพอใจตามตัวอย่างแล้วก็ถือว่าการชำระหนี้สำเร็จลงแล้ว แต่ถ้าส่งมอบไม่เหมือนตัวอย่างแม้จะผิดเพียงเล็กน้อยก็ตาม ผู้ซื้อมีสิทธิปฏิเสธไม่รับซื้อได้

จะเห็นได้ว่าการซื้อขายตามตัวอย่างเป็นการซื้อขายที่มีข้อตกลงกันว่าจะส่งทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่าง กล่าวคือ ถ้าหากปรากฏว่าทรัพย์สินที่ผู้ขายส่งมอบไม่ตรงตามตัวอย่าง ผู้ซื้อไม่ยอมรับมอบ ถือว่าสัญญาเกิดแล้วเมื่อทำการตกลงซื้อแต่มีการผิดสัญญาคือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องเกิดขึ้น ส่วนในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์นั้นในการซื้อขายตามตัวอย่างผู้ซื้อจะต้องมีโอกาสตรวจสอบทรัพย์สินที่ส่งมอบว่ามีลักษณะและคุณภาพเหมือนตัวอย่างหรือไม่ก่อนที่ผู้ซื้อจะรับมอบ เมื่อผู้ซื้อรับมอบแล้ว ทรัพย์สินนั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีและกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อทันทีเช่นกัน

การซื้อขายตามตัวอย่างนี้หลังจากที่ผู้ซื้อตกลงที่จะทำการซื้อขายทรัพย์สินแล้ว ผู้ขายหรือลูกหนี้จะเป็นผู้เลือกกำหนดตัวทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายตามมาตรา 195 วรรคสอง และทรัพย์สินนั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเมื่อผู้ซื้อได้ตรวจสอบทรัพย์สินนั้นเป็นที่พอใจแล้วว่าตรงตามตัวอย่างและได้ยินยอมในการเลือกทรัพย์สินแล้วทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไป(วิธีที่สอง) แล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังผู้ซื้อ หากผู้ซื้อยังไม่รับมอบทรัพย์สินโดยมีข้ออ้างว่าไม่ตรงตามตัวอย่างการซื้อขายหรือทรัพย์สินนั้นมีความชำรุดบกพร่อง ทำให้ทรัพย์สินนั้นก็ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจึงยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อ

5.2 สัญญาซื้อขายตามคำพรรณนา (Sale by description)

การซื้อขายตามคำพรรณนา คือ สัญญาซื้อขายซึ่งผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนาตาม มาตรา 503 วรรคสอง การซื้อขายเช่นนี้เป็นเรื่องที่ผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์สินโดยเชื่อคำพรรณนาเกี่ยวกับคุณภาพ ลักษณะหรือรูปร่างสีสันของทรัพย์สินซึ่งผู้ขายได้พรรณนาไว้ ฉะนั้นการชำระหนี้จะสำเร็จลงก็ต่อเมื่อผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ตรงตามคำพรรณนาให้แก่ผู้ซื้อแล้ว ซึ่งคำพรรณนานั้นอาจพรรณนาด้วยวาจา หรือเป็นรูปภาพ หรือเป็นลายลักษณ์อักษรตามสมุดภาพก็ได้ (catalog)

หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของการซื้อขายตามคำพรรณนานี้คล้ายคลึงกับการขายตามตัวอย่างมาก ข้อที่แตกต่างก็คือการซื้อขายตามตัวอย่างนั้นผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์สินเพราะได้เห็นตัวอย่าง

ทรัพย์สินที่ผู้ขายเสนอขายก่อนแล้ว แต่ในการซื้อขายตามคำพรรณนาผู้ซื้อตกลงซื้อตามคำพรรณนาลักษณะทรัพย์สินของผู้ขาย ซึ่งโดยปกติผู้ซื้อจะไม่มีโอกาสเห็นหรือตรวจตราดูทรัพย์สินที่จะซื้อขายนั้น บางกรณีผู้ซื้ออาจเห็นทรัพย์สินที่จะขายนั้นแต่ไม่มีโอกาสตรวจตราถึงคุณภาพก็ได้ และผู้ซื้อก็ตกลงซื้อโดยอาศัยคำพรรณนาของผู้ขายเป็นหลัก และผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนานั้น

โดยปกติแล้วแม้ผู้ซื้อจะยังไม่ทราบถึงลักษณะอันแท้จริงของทรัพย์สินนั้น ผู้ซื้อก็ตกลง โดยอาศัยคำบอกพรรณนาถึงลักษณะคุณภาพของผู้ขาย ถือว่าเป็นการขายตามคำพรรณนา การขายทรัพย์สินไม่เฉพาะสิ่งโดยปกติเป็นการขายตามคำพรรณนา หากผู้ซื้อมิได้เห็นหรือตรวจตราทรัพย์สินนั้นก่อนการรับมอบก็ไม่ว่าจะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไปได้ เนื่องจากทรัพย์สินเหล่านี้ผู้ซื้อจะไม่เคยเห็นตัวทรัพย์สินเห็นแต่ในหนังสือหรือตามคำพรรณนา ดังนั้นจึงต้องมีการตรวจดูว่าเป็นทรัพย์สินตามคำพรรณนาหรือไม่ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นทรัพย์สินที่สลับซับซ้อนหรือไม่ก็ตาม เพราะผู้ซื้อมีโอกาสตรวจสอบถ้าไม่ตรวจสอบก็ถือว่าสละสิทธิการตรวจสอบในขณะเดียวกันก็ถือว่ายินยอมในทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้เลือกกำหนดแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2762/2524 การซื้อขายที่จะเป็นการซื้อขายตามคำพรรณนา ก็ต่อเมื่อเป็นการซื้อขายโดยผู้ซื้อเชื่อคำบรรยายถึงลักษณะรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของสินค้า การที่โจทก์เสนอขายพินัยห่อหนึ่งซึ่งผลิตโดยบริษัทเดียวกับผู้ผลิตพินัยห่อที่จำเลยเคยใช้ โดยแจ้งว่ามีคุณภาพมาตรฐานใกล้เคียงกันนั้นเป็นแต่เพียงอวดอ้างคุณสมบัติของสินค้า อันเป็นการโฆษณาสินค้าของโจทก์ผู้ขายเท่านั้น ไม่มีรายละเอียดแห่งคำรับรองเป็นกิจจะลักษณะถึงขนาดที่จะเป็นการขายตามคำพรรณนา ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินซึ่งขายที่มิขึ้นภายหลังการส่งมอบ

การขายตามคำพรรณนานี้ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนา ฟังสังเกตว่าถ้าเป็นการซื้อขายธรรมดาในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ผู้ขายมีหน้าที่เพียงส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อเท่านั้น ทรัพย์สินจะมีลักษณะและคุณค่าอย่างไร มิใช่หน้าที่ของผู้ขายจะต้องรับรองและถ้าหากเป็นทรัพย์สินไม่เฉพาะสิ่ง ผู้ขายคงมีหน้าที่ส่งทรัพย์สินอย่างนั้นในชนิดปานกลาง แต่การทำสัญญาซื้อขายกันธรรมดาโดยมีคำรับรองว่าทรัพย์สินนั้นมีคุณค่าดังความประสงค์ของผู้ซื้อตามสัญญา ถ้าหากไม่สมจริงตามคำรับรองแล้วผู้ซื้ออาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ แต่จะปฏิเสธสัญญาหาได้ไม่ แต่การ

ทำสัญญาซื้อขายตามคำพรรณนา ถ้าหากผู้ขายส่งทรัพย์สินมาให้ใช้ไม่ได้ประโยชน์สมดังคำพรรณนา ผู้ซื้อจะมีสิทธิบอกปัดเสีย และเรียกค่าเสียหายได้⁴¹

คำพิพากษาฎีกาที่ 2010/2500 การซื้อขายตามแคตตาล็อกและคำพรรณนาเป็นการซื้อขายตามคำพรรณนา เมื่อผู้ขายส่งมอบของไม่ตรงตามคำพรรณนา ผู้ซื้อเลิกสัญญาได้

5.3 สัญญาซื้อขายเพื่อชอบ (Sale on approval)

สัญญาซื้อขายเพื่อชอบ คือ สัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไขให้ผู้ซื้อได้มีโอกาสตรวจสอบดูทรัพย์สินก่อนรับซื้อตามมาตรา 505 การซื้อขายเช่นนี้ผู้ขายต้องให้ผู้ซื้อมีโอกาสตรวจตราทรัพย์สินก่อนที่จะตกลงทำสัญญาซื้อขายกัน หากผู้ซื้อตรวจดูแล้วไม่พอใจที่จะซื้อ สัญญาซื้อขายก็ยังไม่เกิดขึ้น ดังนั้นสัญญาซื้อขายเพื่อชอบจะสำเร็จบริบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ซื้อได้ตรวจตราทรัพย์สินและตกลงรับซื้อหรือตกลงทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินนั้นแล้ว

แต่ถ้าผู้ซื้อได้รับมอบทรัพย์สินจากผู้ขายเพื่อให้ตรวจดู และผู้ซื้อไม่ได้ตอบให้ผู้ขายทราบว่าจะซื้อหรือไม่ ถือได้ว่าเป็นการนิ่ง ตามหลักแล้วการนิ่งไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนา แต่มีข้อยกเว้นอยู่ในกรณีของการซื้อขายเพื่อชอบที่ถือว่าการนิ่งเป็นการแสดงเจตนาตาม มาตรา 508 ซึ่งมาตรานี้ได้วางหลักให้ถือว่าการซื้อขายเพื่อชอบเป็นอันสมบูรณ์เมื่อ

(1) ถ้าผู้ซื้อได้บอกกล่าวว่าจะไม่ยอมรับซื้อภายในเวลาที่กำหนดไว้โดยสัญญา หรือโดยประเพณี หรือโดยคำบอกกล่าว อันแสดงว่าในการซื้อขายเพื่อชอบ ซึ่งผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ซื้อเพื่อตรวจดูแล้ว ผู้ซื้อจะนิ่งเฉยเสียไม่ได้ ถ้าผู้ซื้อไม่ประสงค์จะซื้อ ผู้ซื้อจะต้องแสดงเจตนาให้ผู้ขายทราบว่าไม่ประสงค์จะซื้อ (ไม่ว่าจะโดยการตอบปฏิเสธไม่ซื้อหรือส่งของคืน) ถ้าผู้ซื้อนิ่งเฉยเสีย มาตรา 508 (1) ถือว่าผู้ซื้อแสดงเจตนารับซื้อโดยการนิ่งนั่นเอง⁴² ซึ่งมีผลทำให้ทรัพย์สินที่ผู้ซื้อแสดงเจตนารับซื้อโดยการนิ่งนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อทันที

(2) ถ้าผู้ซื้อไม่ส่งทรัพย์สินภายในกำหนดเวลาดังกล่าวมานั้น สำหรับระยะเวลาในการตรวจตรานั้นก็แล้วแต่คู่สัญญาตกลงกัน แต่ถ้าไม่ได้ตกลงกันในชั้นแรก ผู้ขายจะบอกกำหนดแก่ผู้

⁴¹ ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4, น.64.

⁴² หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517) น.48 – 49.

ซื้อในภายหลังก็ได้หากเวลาเช่นนั้นพอสมควรแก่การตรวจตราและถ้าผู้ซื้อไม่ต้องการทรัพย์สินนั้นก็
ต้องแจ้งให้ผู้ขายทราบ หรือส่งคืนทรัพย์สินนั้นให้ภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว

(3) ถ้าผู้ซื้อใช้ราคาทรัพย์สินนั้นสิ้นเชิง หรือแต่บางส่วน หรือ

(4) ถ้าผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สินนั้น หรือทำประการอื่นอย่างใดอันเป็นปริยายว่ารับซื้อ
ของนั้น เช่น ซาคริตรับเครื่องดูฝุ่นจากบริษัทมิซซูไปทดลองใช้เพื่อชอบ ต่อมาซาคริตนำเครื่องดู
ฝุ่นเครื่องนั้นไปจำหน่าย ดังนี้ ถือว่าซาคริตได้แสดงเจตนาว่ารับซื้อเครื่องดูฝุ่นเครื่องนั้นโดยปริยายแล้ว

มีข้อสังเกตว่าหากผู้ซื้อได้ส่งสินค้ามาทดลองใช้ดู หรือยินยอมให้ผู้ขายส่งสินค้ามาให้
ทดลองใช้ ถือว่าเป็นซื้อขายเพื่อชอบ แต่ถ้าผู้ขายส่งสินค้ามาให้ผู้ซื้อทดลองใช้เอง โดยที่ผู้ซื้อไม่เคย
ส่งมาใช้ ไม่ถือว่าเป็นการซื้อขายเพื่อชอบ หากผู้ซื้อหนึ่งเคยไม่ส่งมอบสินค้านั้นคืนภายในเวลาที่
กำหนด สัญญาซื้อขายเพื่อชอบก็ไม่เกิดเนื่องจากผู้ขายเป็นผู้ยึดเหนี่ยวให้ผู้ซื้อทดลองใช้เอง ผู้ซื้อ
ไม่ได้มีเจตนาที่จะขอทดลองใช้ตั้งแต่แรก

ตัวอย่าง ผู้ขายหนังสือสี่สัณสาระได้ส่งหนังสือให้ ก. ทดลองอ่านโดย ก. ไม่ได้สั่งมาทดลอง
อ่านแต่อย่างใด และกำหนดว่าหากครบ 7 วัน ก. แล้ว ก. ไม่ได้ส่งหนังสือคืน ถือว่า ก. ได้ตกลงซื้อ
หนังสือดังกล่าวนั้น เช่นนี้เมื่อครบ 7 วัน ก. ยังไม่ได้ส่งหนังสือคืน สัญญาซื้อขายก็ไม่เกิดเพราะ ก.
ไม่มีหน้าที่ผูกพันที่จะคืนหนังสือดังกล่าวนี้

ในการซื้อขายเพื่อชอบนั้นหากผู้ซื้อได้ทดลองใช้จนเป็นที่พอใจแล้วต้องการซื้อทรัพย์สินที่ตน
ทดลองใช้นั้น ทรัพย์สินดังกล่าวจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีโดยไม่ต้องมีการเลือกตามมาตรา 195 แต่
อย่างไรก็ดี เพราะทรัพย์สินได้อยู่ในมือของผู้ซื้อแล้ว

5.4 สัญญาขายทอดตลาด (Sale by auction)

สัญญาขายทอดตลาด คือ สัญญาซื้อขาย ซึ่งการขายทรัพย์สินนั้นผู้ขายจะนำทรัพย์สินออก
เสนอขายโดยให้ผู้ซื้อสู้ราคากันเป็นการขายโดยเปิดเผย โดยวิธีโฆษณาให้บุคคลทั่วไปมีโอกาส
ทราบ และการซื้อกระทำโดยวิธีสู้ราคากระหว่างผู้ซื้อด้วยกัน สัญญาจะยังไม่เกิดจนกว่าผู้ซื้อจะ
ตัดสินใจซื้อโดยการสู้ราคาและผู้ขายทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยการเคาะไม้ หรือด้วยกิริยา
อย่างอื่นตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด หากยังไม่มี การแสดงความตกลงเช่นนั้น ผู้ซื้อซึ่ง
เข้าสู้ราคาจะถอนคำสู้ราคาของตนก็ได้ และถ้าผู้ทอดตลาดเห็นว่า ราคาซึ่งมีผู้สู้สูงสุดยังไม่
เพียงพอ ผู้ขายทอดตลาดอาจถอนทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดได้ตาม มาตรา 509 , 510 และ
513 ในกรณีนี้จะไม่มีการเลือกโดยลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ เพราะทรัพย์สินที่นำมาขายทอดตลาดนั้นเป็น

ทรัพย์สินที่มีความเฉพาะเจาะจงแน่นอนแล้วไม่ต้องมีการเลือกอีก เมื่อสัญญาเกิดโดยมีการเคาะไม้เกิดขึ้นทรัพย์สินที่ผูกประมูดังกล่าวก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีโดยไม่ต้องมีการเลือกกำหนดตัวทรัพย์สินตามมาตรา 195 วรรค 2 แต่อย่างไร

ทรัพย์สินที่ขายทอดตลาดนั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อเมื่อการขายทอดตลาดได้สำเร็จบริบูรณ์ โดยวิธีเคาะไม้หรือด้วยวิธีการอย่างอื่นตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด เว้นเสียแต่ว่าจะมีเงื่อนไขเงื่อนไขหรือข้อความอื่นแจ้งให้ทราบไว้ในคำโฆษณา หรือผู้ขายทอดตลาดได้ประกาศให้ทราบก่อนที่จะมีการสู้ราคา ในกรณีเช่นนี้กรรมสิทธิ์จะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อเงื่อนไขได้สำเร็จหรือถึงกำหนดตามเงื่อนไข หรือผู้ซื้อได้ปฏิบัติตามข้อความที่ผู้ทอดตลาดประกาศให้ทราบ

ถ้าทรัพย์สินที่ซื้อจากการขายทอดตลาดเป็นทรัพย์สินประเภทที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในการซื้อขาย ทรัพย์สินนั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีเมื่อผู้ขายทอดตลาดได้เคาะไม้แต่กรรมสิทธิ์ยังไม่โอน กรรมสิทธิ์จะโอนเป็นของผู้ซื้อเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ซึ่งการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในทรัพย์สินประเภทที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในการซื้อขายนี้คือการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในสัญญาจะซื้อจะขายนั่นเอง

สรุปแล้วการซื้อขายตามตัวอย่าง การซื้อขายเพื่อชอบ การซื้อขายตามคำพรรณานั้นทรัพย์สินจะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและกรรมสิทธิ์จะโอนไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อผู้ซื้อได้ทำการตรวจตราและรับมอบทรัพย์สินนั้นแล้ว แต่เนื่องจากการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเป็นปัญหาของการรับภาระความเสี่ยงภัยก่อนการส่งมอบตามมาตรา 370 ซึ่งหากทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วเกิดความเสียหายหรือสูญหายแก่ทรัพย์สินนั้น เจ้าหนี้ยี่ก็ต้องเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงภัย แต่การซื้อขายลักษณะนี้เป็นการที่ทรัพย์สินได้อยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อแล้วก่อนที่จะกรรมสิทธิ์จะโอน กล่าวคือ ผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ซื้อได้ตรวจดูก่อน เมื่อผู้ซื้อพอใจตกลงรับมอบแล้วสัญญาซื้อขายเหล่านี้จึงสมบูรณ์ทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและกรรมสิทธิ์ก็จะโอนไปทันที ซึ่งขณะที่กรรมสิทธิ์โอนนั้นทรัพย์สินก็ได้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ยี่แล้ว จึงไม่มีประโยชน์อันใดที่จะพิจารณาเรื่องการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพื่อปรับใช้ในเรื่องการรับภาระความเสี่ยงภัยก่อนการส่งมอบ แต่หากทรัพย์สินซึ่งอยู่ในระหว่างความครอบครองของผู้ซื้อซึ่งผู้ซื้อยังตรวจตราไม่เสร็จนั้นเกิดความเสียหายหรือเสียหายโดยไม่ใช้ความผิดของผู้ซื้อแล้ว ก็ต้องกลับไปใช้หลักทั่วไปในเรื่องการรับภาระความเสี่ยงภัยในมาตรา 372 คือผู้ขายหรือลูกหนี้ยี่ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายนั้นเพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังคงเป็นของผู้ขายอยู่

ส่วนการขายทอดตลาดนั้นหากเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนั้นกรรมสิทธิ์โอนเมื่อได้จดทะเบียนการซื้อขายต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ ทรัพย์เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งเมื่อจดทะเบียนเรียบร้อยแล้ว สำหรับการขายทอดตลาดสังหาริมทรัพย์นั้น การเคาะไม้ตกลงของผู้ขายทอดตลาดก็เพียงพอให้เป็นสัญญาซื้อขายโดยกรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือและบังคับฟ้องร้องกันได้⁴³ ดังนั้นเมื่อมีการเคาะไม้แล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ก็จะโอนไปยังผู้ซื้อทันทีหากไม่มีเงื่อนไขใดๆ ถ้าเกิดความเสียหายหรือสูญหายกับทรัพย์ซึ่งขณะนี้ได้กลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้วเพราะสัญญาเกิดแล้ว ผู้ที่รับภัยพิบัติ ณ เวลานั้นก็คือผู้ซื้อนั่นเอง

6. ปัญหาการเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งในทรัพย์บางประเภท

6.1 การเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งจากสัญญาที่มีเจตนาบกพร่อง

การที่มีเจตนาบกพร่องขณะทำสัญญาอาจมีผลต่อการกลายเป็นหรือไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งได้เนื่องจาก การแสดงเจตนาบกพร่อง คือ เจตนาที่เกิดจากกระบวนการในการก่อเจตนาถูกรบกวนทำให้บิดเบือนไปจากที่ควรจะเป็น แต่เป็นกรณีที่เกิดขึ้นเป็นการแสดงเจตนาที่ตรงกับเจตนาภายใน เพียงแต่เจตนาภายในนี้เกิดขึ้นในลักษณะที่ผิดปกติ เพราะมีเหตุการณ์มาแทรกแซงทำให้กระบวนการสร้างเจตนาแปรปรวนไป ทำให้เจตนาที่ผิดปกติไม่อยู่ในฐานะที่ควรจะเป็น ความผิดปกติหรือความบกพร่องที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการก่อเจตนาภายใน กล่าวคือ เพราะมีการทำกลลวงหลอ ผู้ถูกกลลวงจึงตัดสินใจหรือก่อเจตนาภายในไปตามที่ถูกหลอก เพราะการข่มขู่ผู้ถูกข่มขู่จึงตัดสินใจหรือก่อเจตนาภายในไปตามที่ถูกบีบบังคับ เพราะความเข้าใจผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดตัดสินใจหรือก่อเจตนาภายในไปตามที่เข้าใจผิดนั้น แต่เมื่อมีการแสดงเจตนา เจตนาที่แสดงออกมาตรงกับเจตนาภายในที่ได้ก่อขึ้น กรณีนี้จึงไม่ถึงขนาดที่จะถือว่าเจตนาที่แสดงออกไม่มีเจตนาภายในรองรับ แต่ก็ถือว่ากระบวนการในการก่อเจตนาผิดปกติอยู่ดี แต่เป็นความผิดปกติในขั้นตอนของการก่อเจตนาภายในในทุกกรณี ดังกล่าวนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงกำหนดให้มีผลเพียงโมฆียะเท่านั้น⁴⁴

⁴³ ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : กรุณาการพิมพ์, 2532), น.669.

⁴⁴ ศนันทกร (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5, น.122.

เมื่อเจตนาในการทำสัญญาซื้อขายบกพร่องอันเป็นการทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆียะ สัญญาซื้อขายได้เกิดแล้วชั่วขณะหนึ่งแล้วอาจมีอยู่ตลอดหากได้รับการให้สัตยาบัน แล้วก็อาจกลายเป็นโมฆะได้ถ้ามีการบอกล้างจากผู้ที่บกพร่องในเจตนาอื่นๆ สำหรับทรัพย์ที่ทำกรซื้อขายในสัญญาที่เกิดจากเจตนาบกพร่องนี้ ก็ถือได้ว่าเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง ในขณะที่สัญญาเกิดเพราะได้มีการบังคับทรัพย์ซื้อขายที่แน่นอนแล้ว ซึ่งสัญญาอันเป็นโมฆียะผลก็ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางโมฆียะกรรม กรรมสิทธิ์ก็โอนได้จนกว่าจะมีการบอกล้าง

คำพิพากษาฎีกาที่ 4717/2541 ส.หลอกลวงให้โจทก์เข้าใจว่า ส.เป็นตัวแทนของฝ่ายจำเลยมาสั่งซื้อเครื่องปรับอากาศ 2 เครื่อง จากโจทก์ให้นำไปติดตั้งที่บ้านจำเลย ในขณะที่เดียวกัน ส.ก็ทำให้จำเลยเข้าใจว่า ส.เป็นเจ้าของเครื่องปรับอากาศดังกล่าวและนำพนักงานมาติดตั้งเครื่องปรับอากาศที่บ้านจำเลยตามที่ได้เสนอขายให้จำเลยไว้กรณีจึงเป็นเรื่องที่ทั้งโจทก์และจำเลยต่างก็ถูก ส.หลอกลวง การกระทำทั้งหลายของ ส. ที่มีต่อโจทก์ย่อมไม่เกิดเป็นสัญญาผูกพันโจทก์ แม้การกระทำของ ส.ดังกล่าวที่มีต่อโจทก์จะเข้าลักษณะซื้อขายทรัพย์เฉพาะสิ่ง ก็ไม่ทำให้ ส. ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในเครื่องปรับอากาศของโจทก์ อันเกิดจากการกระทำเพื่อหลอกลวงใช้โจทก์เป็นเครื่องมือดังกล่าว ส. จึงไม่มีสิทธิขายเครื่องปรับอากาศของโจทก์ให้แก่จำเลยในขณะที่เครื่องปรับอากาศทั้งสองเครื่องดังกล่าวยังอยู่ในความครอบครองของพนักงานโจทก์ ซึ่งถือได้ว่ายังอยู่ในความครอบครองของโจทก์ จำเลยจะอ้างเอากรซื้อขายเครื่องปรับอากาศ ดังกล่าวจาก ส. ขึ้นยันต่อโจทก์มิได้ เมื่อโจทก์ขอลดเอาเครื่องปรับอากาศคืนไป แต่จำเลยกลับปฏิเสธและยึดเอาเครื่องปรับอากาศของโจทก์ไว้เป็นของตน ดังนี้ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบชำระราคาเครื่องปรับอากาศแก่โจทก์

6.2 เงินตรา

เงินตราโดยปกติเป็นสิ่งกมทรัพย์และไม่ใช่ทรัพย์เฉพาะสิ่ง เงินตรามีลักษณะพิเศษกว่าทรัพย์อื่น เพราะทำหน้าที่เป็นเครื่องวัดราคาหรือมูลค่าของทรัพย์สิน เป็นเครื่องกำหนดค่าแรงงานและค่าบริการ เงินตราจึงกลายเป็นสื่อกลางในการซื้อขาย หรือการโอนโดยมีค่าตอบแทนในรูปแบบอื่น ตลอดจนเป็นสินจ้าง ค่าจ้าง รางวัล ค่าตอบแทน มัดจำ หรือค่าเสียหาย

6.2.1 เงินตราในกรณีที่ไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง กรณีที่ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้เป็นเงินตรา หรือกรณีของหนี้เงินซึ่งลูกหนี้มีหนี้จะต้องชำระเงินนั้น เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด เพราะเงินเป็นวัตถุทั่วไปของหนี้ ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามค่าปกติของเงินในวันชำระหนี้ ไม่ใช่ค่าของ

เงินในวันก่อนนี้ หนี้เงินมีลักษณะพิเศษที่มีดอกเบี่ย และลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้โดยอ้างเหตุสุดวิสัย หรือการกระทำของบุคคลภายนอกเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ เช่นผู้รับฝากเงินจะต้องคืนเงินให้ครบจำนวน แม้เงินที่ฝากจะได้สูญหายไปด้วยเหตุสุดวิสัย (มาตรา 672 วรรคสอง)⁴⁵

คำพิพากษาฎีกาที่ 6028/2539 จำเลยกู้เงินโจทก์ จึงเป็นหนี้เงินที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่โจทก์เป็นเงินเหมือนกัน การชำระหนี้เงินมิใช่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง จะเลยจะต้องนำเงินไปชำระ ณ สถานที่ซึ่งเป็นภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ตามมาตรา 324

6.2.2 เงินตราในกรณีที่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง โภคทรัพย์และสังกะทรัพย์โดยทั่วไปไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่คู่สัญญาอาจกำหนดตกลงกำหนดตัวทรัพย์สินที่แน่นอนให้เป็นวัตถุแห่งหนี้ขึ้นได้ ในกรณีเช่นนี้ ตัวทรัพย์สินที่คู่สัญญากำหนดโดยเฉพาะเจาะจงกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งขึ้นมา แม้แต่เงินตราซึ่งโดยลักษณะเป็นสังกะทรัพย์ที่มีการหมุนเวียนกันเปลี่ยนมือเป็นประจำ และใช้แทนกันได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่คู่สัญญาก็อาจตกลงกันให้ต้องส่งมอบเหรียญหรือธนบัตร ซึ่งเป็นเงินตราขึ้นใด ขึ้นหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้ ในกรณีเช่นนี้เงินตราก็สามารถกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้เช่นกัน เป็นการส่งมอบเงินตราในฐานะเพื่อคุณค่าอย่างอื่น ไม่ใช่หนี้เงินตามความหมายของ มาตรา 196 เช่น ธนบัตรโบราณ , เหรียญโบราณ , เงินพดด้วง , ธนบัตรลักษณะพิเศษที่มีหมายเลขธนบัตรเป็นเลขมงคลหรือเลขสวย เป็นต้น

ตัวอย่าง ก. ตกลงซื้อธนบัตรฉบับ 1,000 บาท ที่มีหมายเลขธนบัตรเป็นหมายเลข 9 ก 9999999 จาก ข. ในราคา 100,000 บาท ทำให้ธนบัตรฉบับดังกล่าวนี้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ทำสัญญาซื้อขายกัน ข. ต้องส่งมอบธนบัตรดังกล่าวนี้ให้ ก. ซึ่งส่งมอบในฐานะทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน ไม่ใช่เป็นหนี้เงินดังที่กล่าวมา

6.3 ทรัพย์สินในอนาคต

ทรัพย์สินประเภทนี้กฎหมายลักษณะซื้อขายของอังกฤษเรียกว่า “ทรัพย์สินในอนาคต” (future goods) ซึ่งมีคำจำกัดความตาม The Sale of Goods Act , 1979 Section 61(1) หมายถึงทรัพย์สินที่ต้องทำขึ้นหรือผู้ขายทำมาหาได้ภายหลังที่ทำสัญญาซื้อขายแล้ว⁴⁶ ซึ่งอาจเป็นทรัพย์สินที่

⁴⁵ โสภณ รัตนกร , อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21 , น. 74.

⁴⁶ 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.”

เฉพาะเจาะจงหรือไม่ก็ได้⁴⁷ อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 61 (1) คำว่าทรัพย์สินในอนาคตอาจเป็นทรัพย์สินที่มีตัวตนอยู่แล้ว (existing goods) เพียงแต่ยังไม่อยู่ในความครอบครองของผู้ขาย เป็นเรื่องที่ผู้ขายจะต้องแสวงหามาในภายหลัง ซึ่งการจัดประเภททรัพย์สินเช่นนี้มีผลในทางกฎหมายอังกฤษว่า คู่กรณีจะทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดในทรัพย์สินประเภทนี้ไม่ได้ จะทำได้ก็แต่เพียงสัญญาจะซื้อจะขายเท่านั้น เพราะตามกฎหมายอังกฤษสัญญาจะซื้อจะขายหมายถึงสัญญาที่ยังมิได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ ในขณะที่ตกลงซื้อขายกันแต่หากจะโอนกันในภายภาคหน้า

ส่วนกฎหมายลักษณะซื้อขายของไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติเรื่องการซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตไว้โดยเฉพาะ แต่บุคคลอาจทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตได้ในลักษณะของสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด⁴⁸ ในกรณีของสิทธิเรียกร้องหรือหนี้นั้นอาจมีสัญญาก่อให้เกิดสิทธิทางหนี้ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินโดยที่ตัวทรัพย์สินนั้นยังไม่มี เป็นเพียงทรัพย์สินในอนาคต⁴⁹ โดยหลักแล้วการตกลงซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตสัญญาเกิดขึ้นที่ ไม่ใช่สัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญามีเงื่อนไข แต่สัญญานั้นเกิดโดยสมบูรณ์ แต่มีการชำระหนี้ภายหลัง เช่น การสั่งซื้อรถยนต์มือหนึ่งที่ยังไม่ได้ผลิต , การสั่งซื้อผ้าไทย เป็นต้น

ในกรณีของการซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตนั้นจะรู้ได้อย่างไรว่าเมื่อใดทรัพย์สินเหล่านั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หากเกิดภัยพิบัติบางอย่างทำให้ทรัพย์สินที่ยังไม่มีขึ้น ไม่สามารถที่จะมีได้ตลอดไป หรือมีขึ้นมาแล้วเกิดสูญหายหรือเสียหายไปใครจะเป็นผู้รับผิดชอบ

ตัวอย่าง ก. ตกลงซื้อลูกสุนัขเพศผู้พันธุ์สูงจาก ข. โดยที่ลูกสุนัขตัวนั้นยังอยู่ในท้องแม่ของมันอยู่ โดยตกลงว่าถ้าออกมาเป็นเพศผู้ไม่ว่ากี่ตัวก็จะรับซื้อไว้ตัวละ 2,000 บาท อีกสองวันต่อมาปรากฏว่าแม่สุนัขตัวนั้นถูกรถทับตาย นาย ก. จะต้องชำระราคาลูกสุนัขอีกหรือไม่ คำตอบก็คือ นาย ก. ไม่ต้องชำระราคาลูกสุนัขตามมาตรา 369 เมื่อฝ่ายหนึ่งไม่ชำระอีกฝ่ายหนึ่งสามารถปฏิเสธไม่ชำระหนี้ตอบแทนได้ เมื่อ ข. ไม่สามารถส่งมอบลูกสุนัขได้ ก. ผู้ซื้อก็ไม่ต้องชำระเงิน เนื่องจากไม่เข้ามาตรา 370 เพราะลูกสุนัขยังไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง สัตว์ที่อยู่ในท้องแม่ถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับแม่ มันยังไม่เกิดหรือยังไม่เป็นทรัพย์สินแยกออกมา ซึ่งวัตถุประสงค์ของผู้ซื้อไม่ต้องการซื้อแม่สุนัขแต่ต้องการซื้อลูกสุนัข ในขณะที่แม่สุนัขตายลูกสุนัขยังไม่เกิด ทรัพย์สินยังไม่

⁴⁷ Fridman, G.H.L. *Sale of Goods*. (London : Sweet & Maxwell , 1966) p.41.

⁴⁸ สัมภาษณ์ ผศ.ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี , อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 25 ธันวาคม 49.

⁴⁹ โสภณ รัตนากร , อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21 , น. 65

เกิดขึ้นมา สิ่งที่ตายคือแม่สุนัขซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ของสัญญา ลูกสุนัขที่อยู่ในท้องแม่สุนัขยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

6.3.1 ทรัพย์สินในอนาคตที่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีเมื่อเกิด คือ ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นมาแล้วไม่ต้องมีการ นับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือกเพื่อแบ่งชี้ตัวทรัพย์สินอีก เนื่องจากผู้ซื้อได้ทำสัญญาซื้อเหมาทั้งหมดเมื่อทรัพย์สินเกิดแล้ว ดังนั้นเมื่อทรัพย์สินเกิดทรัพย์สินนั้นจึงกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันที เช่น ก. ทำสัญญาซื้อเหมาของงูทั้งสวนของ ข. ซึ่งตอนนั้นงูยังไม่ออกผล หากงูออกผลเมื่อไหร่งูในสวนของ ข. นั้นก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีไม่ต้องมานับ ชั่ง ตวง วัด ทั้งนี้เพราะการขายเหมาเป็นการขายทั้งจำนวน (sold in lump) มีผลเหมือนการขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง⁵⁰ อย่างไรก็ตามศาลของอังกฤษเคยตัดสินว่า การซื้อขายผลผลิตธรรมชาติของทรัพย์สินที่เจาะจงแล้วเป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดไม่ใช่สัญญาจะซื้อจะขาย เช่น ตกลงซื้อผลไม้จากต้นซึ่งระบุแล้วแต่ในขณะนั้นยังไม่ออกเป็นผล เป็นต้น⁵¹

6.3.2 ทรัพย์สินในอนาคตที่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหลังการเกิด คือ ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นมาแล้วมีจำนวนมากกว่าที่ได้ตกลงกันไว้ ก็ต้องมีการนับ ชั่ง ตวงวัดหรือคัดเลือกเพื่อแบ่งชี้ตัวทรัพย์สินก่อน เช่น เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2550 ก. ทำสัญญาซื้อเห็ดนางฟ้าในสวนของ ข. 10 กิโลกรัม ซึ่ง ข. ผู้ขายตกลงให้ ก. ผู้ซื้อมาเก็บเห็ดและบรรจุเอง ซึ่งน้ำหนักเอง ในวันที่ 10 สิงหาคม 2550 กล่าวคือ ตอนทำสัญญาซื้อขายเห็ดนางฟ้า นั้น ยังไม่มีตัวเห็ดนางฟ้าอยู่เพียงแต่ทำสัญญากันไว้ก่อน ซึ่งคาดว่าเห็ดนางฟ้าจะออกเป็นผลผลิตที่สมบูรณ์ในอีก 2 เดือนข้างหน้า เมื่อเห็ดนางฟ้าออกแล้วเห็ดนั้นยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง จนกว่าจะได้ทำการนับ ชั่ง ตวง วัดก่อนโดยผู้ซื้อต้องให้ความยินยอม ทรัพย์สินในอนาคตถ้าเป็นทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่แล้วเป็นจำนวนมาก การจะทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้น ก็ย่อมมีการคัดออกมาหรือมีการเลือกเสียก่อน แล้วดำเนินการอื่นๆ ต่อไปเพื่อส่งมอบ การเลือกเช่นนี้เมื่อมิได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้จึงไม่ทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไปได้⁵²

มีประเด็นว่าทรัพย์สินในอนาคตนั้นถ้าหากทำสัญญาจะซื้อจะขาย หรือสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขแล้ว แต่ทรัพย์สินนั้นไม่อาจทำขึ้นได้ หรือผู้จะขายไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ได้เลย ผลของสัญญาอาจเป็นดังนี้

⁵⁰ เฟิงอั้ง , น.68.

⁵¹ Fridman , G.H.L , *supra note 47* , p.39.

⁵² ไพโรจน์ วายุภาพ , อั้งแล้ว เจริญอรรถที่ 1 , น.62.

1. หากทรัพย์สินตามสัญญาเป็นทรัพย์สินในอนาคตและไม่มีทางทำให้สำเร็จขึ้นได้เลย สัญญาจะยอมตกเป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์เป็นอันพัลลภตาม มาตรา 150
2. หากทรัพย์สินตามสัญญาเป็นทรัพย์สินในอนาคตและต่อมาผู้จะขายไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ได้ เช่น ไม่อาจทำทรัพย์สินนั้นขึ้น หรือไม่อาจโอนกรรมสิทธิ์หรือไม่อาจส่งมอบได้ โดยไม่ใช่ความผิดของผู้จะขาย ผู้จะขายย่อมไม่ต้องรับผิด ตามมาตรา 219 ดังตัวอย่างการซื้อลูกสุนัขที่ยังอยู่ในท้องแม่ แล้วแม่สุนัขโดนรถชนตาย ทรัพย์สินในอนาคตคือลูกสุนัขไม่สามารถเกิดขึ้นได้แน่นอน ทำให้ผู้จะขายไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ผู้ขายไม่ต้องรับผิด
3. หากทรัพย์สินตามสัญญาเป็นทรัพย์สินในอนาคตและต่อมาผู้จะขายจะขายไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ได้ เช่น ไม่อาจโอนกรรมสิทธิ์หรือไม่อาจส่งมอบได้ โดยเกิดจากความผิดของผู้จะขาย เช่น พิมพ์ตกลงซื้อโต๊ะอาหารของนโปเลียนที่รับประทานอาหารมื้อสุดท้ายจากพอล ซึ่งตอนนี้ของยังไม่มี เพราะพอลจะต้องไปหาซื้อจากเศรษฐีคนหนึ่งในฝรั่งเศส แต่เมื่อพอลได้หาชุดโต๊ะอาหารชุดนี้มาได้พอลกลับขายให้พล ซึ่งพอลมีสิทธิทำได้ตามมาตรา 1336 เนื่องจากพอลยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อยู่ พอลไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในชุดโต๊ะอาหารของนโปเลียนให้พิมพ์ได้ตามสัญญา ทำให้พอลต้องรับผิดเนื่องจากโต๊ะชุดนี้มีอยู่ชุดเดียวและโต๊ะชุดนี้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว พิมพ์สามารถเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 218

6.4 อสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินที่ต้องจดทะเบียนการโอน

อสังหาริมทรัพย์ตาม มาตรา 139 หมายความว่า “ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย”

ส่วนการซื้อขายทรัพย์สินโดยจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นอกจากจะเป็นการซื้ออสังหาริมทรัพย์แล้วยังให้รวมถึง เรือกำปั่นหรือเรือที่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ(ที่คนอยู่อาศัย) และสัตว์พาหนะตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 456 วรรคแรก

ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์สินซึ่งตามกฎหมายการซื้อขายจะสำเร็จบริบูรณ์หรือเสร็จเด็ดขาดก็ต่อเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น กล่าวคือ เมื่อซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าวกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังผู้ซื้อก็ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว หากเพียงทำสัญญาเป็นหนังสืออย่างเดียวโดยมิได้จดทะเบียนต่อพนักงาน

เจ้าหน้าที่ แม้จะได้ชำระราคาเรียบร้อยแล้ว ก็หาถือเป็นการซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์ไม่ ดังนั้น กรรมสิทธิ์จึงยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะได้ปฏิบัติการให้ครบถ้วน ตาม มาตรา 456 แล้ว หากทำ สัญญาซื้อขายทรัพย์ดังกล่าวโดยสัญญาว่าจะไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในภายหลัง ดังนั้น กรรมสิทธิ์จะยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว⁵³

พิจารณาแล้วจะเห็นว่าที่จริงแล้วเป็นเรื่องที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือยังนั่นเอง เมื่อ กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบ สัญญาเกิดขึ้นเมื่อได้ทำตามแบบแล้ว และเมื่อสัญญา เกิดขึ้นแล้ว กรรมสิทธิ์ก็ย่อมโอนไปทันทีอยู่แล้ว ตามมาตรา 458 ดังนั้นในเรื่องนี้เห็นได้ว่า แบบนั้น บังคับการเกิดสัญญา มิใช่บังคับเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์⁵⁴

จากที่ได้ศึกษามาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการเกิดทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อขณะที่ สัญญาเกิดหรือหลังสัญญาเกิดแล้ว สำหรับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์ที่ต้องมีการจดทะเบียนการโอนส่วนมากผู้ขายและผู้ซื้อจะกำหนดและรู้ตัวทรัพย์ที่เฉพาะเจาะจงอันจะทำการซื้อขายอยู่แล้ว เช่น ซื้อขายบ้านเลขที่ 11 ในหมู่บ้านแสนสุข เป็นต้น ซึ่งในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนั้นมักจะทำเป็นสัญญาจะซื้อจะขายก่อน และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้มีบัญญัติหรือให้คำนิยามไว้แต่ประการใด ก็เป็นที่เข้าใจกันได้ว่าสัญญาจะซื้อจะขาย คือ สัญญาที่ยังมิได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตกลงซื้อขายกัน ซึ่งมีผลให้ คู่สัญญาต้องกระทำการซื้อขายให้สำเร็จต่อไป กล่าวคือคู่สัญญาจะต้องไปทำสัญญาซื้อขายกัน ตามแบบพิธีแต่ไม่จำเป็นต้องไปตกลงอะไรกันใหม่อีกเพราะข้อตกลงต่างๆ ย่อมต้องมีอยู่ในขณะที่ ทำสัญญาจะซื้อจะขายอยู่แล้วมิฉะนั้นก็คงไม่ผูกพันคู่กรณีในฐานะเป็นสัญญาจะซื้อจะขาย ทั้ง มิได้หมายความว่าถึงสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไข⁵⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4304/2540 บ้านพร้อมที่ดินเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งซึ่งมีลักษณะเฉพาะ ไม่อาจใช้ทรัพย์อื่นมาโอนแทนกันได้

⁵³ บัญญัติ สุชีวะ, “การโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขาย,” วารสารกฎหมาย, ฉบับ 2 , ปีที่ 2, น. 66 (พฤษภาคม 2519).

⁵⁴ เฟิ่งอ้าง , น.62.

⁵⁵ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43 , น.58.

6.5 รถยนต์และรถอื่น ๆ ที่ต้องมีการจดทะเบียน

สำหรับการซื้อขายรถยนต์และรถอื่น ๆ ที่ต้องมีการจดทะเบียนนั้น มักมีผู้สงสัยกันว่า กรมสิทธิจะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อใด และเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตอนไหน สัญญาเกิดขึ้นเมื่อใด ข้อนี้ควรเข้าใจเบื้องต้นว่า รถยนต์เป็นสิ่งหามทรัพย์ จึงไม่อยู่ในบังคับของ มาตรา 456 วรรคแรก ว่าต้องทำตามแบบแต่อย่างใด จริงอยู่แม้มีการซื้อขายรถยนต์ย่อมมีราคาเกินกว่า 20,000 บาท และกฎหมายกำหนดให้มีหลักฐานการฟ้องร้องตาม มาตรา 456 วรรคท้าย แต่การมีหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีก็มีใช้แบบอยู่นั่นเอง ฉะนั้นสัญญาซื้อขายรถยนต์ประเภทเสร็จเด็ดขาดกรมสิทธิยอมโอนไปยังผู้ซื้อทันทีตาม มาตรา 458 เว้นแต่จะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาประวิงไว้ กล่าวคือทันทีที่สัญญาเกิดกรมสิทธิจะโอนเลย ไม่ต้องแจ้งต่อนายทะเบียนก็ได้ แต่หากไม่แจ้งอาจเกิดโทษทางอาญาได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ.2522 มาตรา 17 จะวางหลักว่าเมื่อมีการโอนรถที่จดทะเบียนแล้ว ผู้โอนและผู้รับโอนต้องแจ้งต่อนายทะเบียนภายใน 15 วัน นับแต่วันโอนเพื่อจดแจ้งในทะเบียนใหม่อันเป็นประโยชน์ต่อการควบคุมของเจ้าหน้าที่ จึงต้องมีการปฏิบัติให้ถูกต้องด้วย แม้จะไม่มีผลกระทบต่อกรมสิทธิก็ตาม⁵⁶

ดังนั้นการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของรถยนต์และรถอื่น ๆ ที่ต้องจดทะเบียนนั้นสามารถเกิดขึ้นทันทีที่เกิดสัญญาซื้อขายกัน (หากไม่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาประวิง) โดยไม่จำเป็นต้องรอให้จดทะเบียนก่อน เพราะการจดทะเบียนในที่นี้ไม่ใช่การจดทะเบียนเพื่อเป็นเงื่อนไขในการเกิดสัญญาดังอสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามมาตรา 456 แต่เป็นการจดทะเบียนเพื่อเป็นประโยชน์ในการควบคุมของเจ้าหน้าที่

6.6 ความสมบูรณ์ของการเลือกกรณีการพึงกระทำชำระหนี้มีหลายอย่าง มาตรา 198

จากมาตรา 198 บัญญัติว่า “ ถ้าการอันมีกำหนดพึงกระทำเพื่อการชำระหนี้มีหลายอย่าง แต่จะต้องกระทำการใดการหนึ่งแต่อย่างเดี๋ยวจะรู้ ท่านว่าสิทธิที่จะเลือกทำการอย่างใดนั้นตกอยู่แก่ฝ่ายลูกหนี้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น” หลักเกณฑ์ตามมาตรานี้ คือ หนี้นั้นมี

⁵⁶ วิชาญ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2549) , น.123.

การกระทำเพื่อชำระหนี้หลายอย่าง เรียกว่าเป็น หนี้ผสม (composite obligation) แต่ลูกหนี้ต้องเลือกชำระเพียงอย่างเดียว เป็นกรณีของหนี้เลือกชำระได้ (alternative obligation) ลูกหนี้มีสิทธิเลือกส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้หรือเลือกชำระหนี้ได้อย่างใดอย่างหนึ่ง มิใช่ต้องชำระหนี้ทุกอย่าง เมื่อมีการชำระหนี้อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว หนี้ก็เป็นอันระงับไป⁵⁷ โดยวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ได้เลือกมานั้นก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่เลือก ตามมาตรา 198 มิใช่ตามมาตรา 195 วรรคสอง

สังเกตว่าตาม มาตรา 198 นี้เป็นกรณีการชำระหนี้ซึ่งมีวัตถุในการชำระหนี้หลายอย่าง และวัตถุในการชำระหนี้หลายอย่างนั้นจะต้องเลือกเอาอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นคนละกรณีกับ มาตรา 195 วรรคสองซึ่งวัตถุในการชำระหนี้จะต้องเป็นประเภทและชนิดเดียวแต่มีอยู่หลายอัน จึงต้องกำหนดเฉพาะเจาะจงว่าจะเอาอันไหนเพื่อที่จะได้ชำระหนี้ในอันที่ถูกต้อง แต่การเลือกตาม มาตรา 198 นี้มิได้เป็นการเลือกเอาทรัพย์สินเฉพาะเจาะจงตาม มาตรา 195 วรรคสอง จึงนำมาตรานี้มาใช้ในการเลือกกรณีนี้มิได้

ตัวอย่าง ผู้ขายตกลงขายสัตว์ 1 ตัว ในราคา 20,000 บาท โดยให้ผู้ซื้อเลือก มีม้า 1 ตัว วัว 1 ตัว สุนัข 1 ตัว ให้เลือกอย่างใดก็ได้ 1 ตัว เมื่อผู้ซื้อเลือกสัตว์ตัวใดตัวหนึ่งแล้ว สัตว์ตัวนั้นก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ผู้ซื้อเลือกสุนัขโดยแสดงเจตนาต่อผู้ขายแล้ว สุนัขก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามมาตรา 199 วรรคสอง ไม่ใช่มาตรา 195 วรรคสอง

กรณีที่หนี้เลือกชำระได้จะต้องมีหนี้อย่างน้อย 2 อย่างขึ้นไป ซึ่งจะต้องชำระแยกจากกันมิใช่รวมกัน มิใช่ต้องชำระหนี้ทุกอย่างจึงจะหลุดพ้นจากหนี้ เป็นหนี้ประการเดียวซึ่งจะระงับได้โดยเพียงการชำระหนี้อย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาหลายอย่าง โดยปกติลูกหนี้จะเป็นผู้มีสิทธิเลือกว่าจะชำระหนี้อย่างไร เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น ลูกหนี้จะเลือกชำระหนี้ชนิดไหนก็ได้ แต่จะเลือกชำระอย่างละเล็กอย่างละน้อยไม่ได้ เช่น ก. มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบน้ำตาลหรือเกลือเป็นจำนวน 10 ตัน ก. จะเลือกส่งมอบน้ำตาล 5 ตัน และ เกลืออีก 5 ตัน หาได้ไม่

วัตถุแห่งหนี้เป็นการโอนกรรมสิทธิ์หลายอย่างให้เลือกได้ก็มี เช่น ให้ส่งมอบม้าหรือสุนัข ซึ่งถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้และมีหลายอย่างให้เลือกได้โดยแต่ละอย่างเป็นทรัพย์สินทั่วไปก็จะมีปัญหาเรื่องของการเลือกให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซ้อนเข้าไปอีกชั้นหนึ่ง เช่น เมื่อเลือกให้ส่งมอบสุนัขก็จะมีปัญหาต่อไปว่าสุนัขชนิดไหน หรือตัวไหน ก็ต้องย้อนกลับไปนำ มาตรา 195 วรรคสอง มาบังคับใช้

⁵⁷ โสภณ รัตนกร , อั่งแล้ว เจริญธรรมที่ 21 , น. 82-83.

ตัวอย่าง ผู้ขายตกลงขายสัตว์ 1 ตัว ในราคา 20,000 บาท โดยผู้ขายเลือก มีม้า 20 ตัว วัว 20 ตัว สุนัข 20 ตัว ผู้ขายจะต้องเลือกสัตว์อย่างใดก็ได้ 1 ตัวเพื่อขายให้ผู้ซื้อ ผู้ขายเลือกม้าโดยใช้มาตรา 199 แต่ทว่าม้ามีอยู่ 20 ตัว แต่ต้องเลือกเพียง 1 ตัวเท่านั้นก็ต้องกลับไปเลือกตามมาตรา 195 วรรคสอง (หากผู้ซื้อเลือกจะไม่ใช้มาตรา 195 วรรคสอง) ถ้าหากผู้ขายหรือผู้ซื้อเป็นผู้เลือกในกรณีนี้และมาซื้อที่คอกเลยว่าจะเลือกสัตว์ประเภทใดตัวไหน ก็จะจบลงที่มาตรา 199 สัตว์ที่ถูกซื้อนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยไม่ต้องใช้ 195 วรรคสอง หรือเลือกอีก อันเป็นขั้นตอนต่อเนื่องไม่จำเป็นต้องใช้มาตรา 195 วรรคสองอีก เพราะมาตรา 199 นั้นเป็นลักษณะเฉพาะของมันในการส่งมอบทรัพย์สินหลาย ๆ อย่างและทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียว

กรณีที่ลูกหนี้จะต้องเลือกส่งมอบทรัพย์สินใดสิ่งหนึ่งในบรรดาทรัพย์สินหลายสิ่ง แม้ทรัพย์สินที่จะต้องเลือกได้กำหนดไว้แน่นอนแล้วว่าสามารถเลือกชำระหนี้ได้อย่างไรบ้าง แต่ตราบดที่ลูกหนี้ยังไม่ได้เลือกว่าจะส่งมอบทรัพย์สินใดให้เจ้าหนี้ก็ยังไม่มีการเลือกทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเกิดขึ้นจนกว่าจะมีการเลือก ทรัพย์สินที่ลูกหนี้เลือกจึงกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งขึ้นมา ก่อนหน้าที่ลูกหนี้เลือก หากทรัพย์สินใดถูกทำลายไป ลูกหนี้ก็ต้องชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่ยังคงเหลืออยู่ ต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์สินทั้งหมดถูกทำลายไป ลูกหนี้จึงจะอ้างได้ว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยได้

6.7 ทรัพย์สินบางประเภทไม่มีปัญหาเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ทรัพย์สินบางประเภทที่ไม่มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วหรือไม่อย่างไร เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายกันโดยทันทีทันใด ซื้อทรัพย์สินมารับมอบทรัพย์สินแล้วชำระราคาไป กล่าวคือ การกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันกับการส่งมอบและการรับมอบ หรือว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วในขณะที่ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อ หรือว่าโดยสภาพของการชำระหนี้ไม่อาจจะแยกทรัพย์สินนั้นออกเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก่อนส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ซื้อ ดังอุทธรณ์ในเรื่องการเติมน้ำมันรถในสถานบริการน้ำมันที่กล่าวไว้ในบทนำ ทรัพย์สินคือน้ำมัน เป็นทรัพย์สินที่รับมอบมาในทันที ไม่ต้องไปพิจารณาว่าน้ำมันนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งขณะอยู่ในหัวจ่ายน้ำมัน หรือขณะอยู่ในสายจ่ายน้ำมัน หรือเมื่ออยู่ในถังน้ำมันรถแล้ว

ในกรณีการติดตั้งเครื่องจำหน่ายสินค้าประเภทตู้ (vending machine) เป็นการกระทำเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้สนใจสินค้าซื้อสินค้าโดยการหยอดเหรียญในช่องใดช่องหนึ่งแล้วจะมีสินค้าที่ต้องการออกมา โดยถือว่าผู้ติดตั้งหรือผู้เปิดให้บริการเครื่องจำหน่ายนั้นเป็นฝ่ายทำคำเสนอ ส่วนผู้

ที่หยอดเหรียญลงไปนั้นถือว่าเป็นผู้สนองรับ สัญญายอมเกิดขึ้นในขณะนั้นโดยทันที⁵⁸ จึงไม่มีปัญหาในเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

จากที่กล่าวมาในข้างต้นแล้วว่าเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นเป็นเรื่องของการรับภาระความเสี่ยงภัยก่อนการส่งมอบ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าหากได้มีการส่งมอบทรัพย์สินก่อนที่ทรัพย์สินนั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ทำให้ทรัพย์สินดังกล่าวไม่มีปัญหาในเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพราะทรัพย์สินนั้นได้ถูกส่งมอบไปยังเจ้าหนี้แล้ว กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินที่เลือกให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อได้ตรวจสอบและผู้ซื้อได้ให้ความยินยอมกับการเลือกทรัพย์สินของผู้ขายแล้ว อย่างเช่นในเรื่องของสัญญาซื้อขายตามตัวอย่าง สัญญาซื้อขายตามคำพรรณนา และสัญญาซื้อขายเพื่อชอบ เพราะก่อนที่ทรัพย์สินนั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ทรัพย์สินนั้นได้ถูกส่งมอบให้เจ้าหนี้แล้วเพื่อที่จะได้ตรวจสอบดูว่าทรัพย์สินดังกล่าวตรงตามตัวอย่างหรือตามคำพรรณนาหรือไม่ หากทำการตรวจสอบแล้วพอใจรับไว้ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังเจ้าหนี้ทันที จากที่กล่าวมาจะไม่มีช่องว่างให้เกิดปัญหาเรื่องภาระความเสี่ยงภัยในการส่งมอบทรัพย์สินเลย

กล่าวโดยสรุปก็คือทรัพย์สินที่มีการซื้อขายกันโดยทันทีรับมาจ่ายไปหรือทรัพย์สินที่มีการส่งมอบแล้วก่อนที่จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะไม่มีปัญหาเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่งว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในภัยพิบัติของทรัพย์สินนั้น ๆ

สำหรับทรัพย์สินบางอย่างนั้นจะไม่มีปัญหาในการเลือกกำหนดทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง กล่าวคือไม่ว่าจะเลือกอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ตกลงทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินนั้นๆ เนื่องจากไม่ต้องมีการเลือกกันอีก ได้แก่ ทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งโดยสภาพ หรือทรัพย์สินที่มีอยู่ขึ้นเดียวในโลก , ทรัพย์สินที่ผู้ขายได้เลือกกำหนดก่อนทำสัญญา คือทรัพย์สินที่ผู้ขายต้องการขายเพียงชิ้นนั้นผู้ขายก็เลือกมา หากผู้ซื้อต้องการซื้อชิ้นนั้นที่ผู้ขายเลือก ทรัพย์สินชิ้นนั้นก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง , ทรัพย์สินที่ผู้ซื้อเลือกกำหนดก่อนทำสัญญา เช่นผู้ซื้อเลือกเสื้อผ้าชิ้นที่ตนพอใจ เมื่อเลือกได้จึงได้ตกลงทำสัญญาซื้อขายกับผู้ขาย ทรัพย์สินนั้นก็จะกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทันทีที่ได้ตกลงในรายละเอียดของสัญญาเรียบร้อยแล้ว สุดท้ายคือการเลือกกำหนดทรัพย์สินที่เลือกขณะอยู่เฉพาะหน้ากันและส่งมอบในทันที ซึ่งไม่มีช่องว่างที่จะทำให้เกิดภาระความเสี่ยงภัยในระหว่างส่งมอบ กรณีนี้จึงไม่มีปัญหาเรื่องทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

⁵⁸ วิษณุ เครืองาม , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 56, น.20.