ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตีความสัญญานายหน้า

ณัฐนิตา ธรรมกิตติคุณ

DPU

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2552

LEGAL PROBLEMS ON INTERPRETATION OF BROKERAGE

NUTNITA THAMKITTIKHUN

DPU

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2009

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยความเมตตา กรุณาของท่าน รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยให้คำแนะนำ คำปรึกษา ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ ตลอดจนแก้ไขข้อบกพร่อง จนสำเร็จลุล่วงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดี ซึ่งผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง

ขอกราบขอบพระคุณท่าน ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านกรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ตลอดจนแก้ไขข้อบกพร่อง จนสำเร็จลุล่วงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณท่าน รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม และให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ ตลอดจนแก้ไขข้อบกพร่อง จนสำเร็จลุล่วงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง

และขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล และท่านรองศาสตราจารย์สำเรียง เมฆเกรียงไกร ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่าน ช่วยกรุณารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ โดยให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ ชี้แนะ ในประเด็นต่าง ๆ ตลอดจนแก้ไขข้อบกพร่องจนสำเร็จลุล่วงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดี

ท้ายที่สุดนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญยิ่ง คือบิดา มารดา และครอบครัวของผู้เขียน ที่มอบความรัก ให้กำลังใจ และช่วยเหลือสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด

วิทยานิพนธ์นี้ หากมีคุณค่าและประโยชน์ทางวิชาการ ผู้เขียนขอให้คุณค่านี้เป็นกตเวทิตาแก่บิดา มารดา ครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ให้ ตลอดจนผู้แต่งหนังสือ และตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ และหากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวทุกประการ

ณัฐนิตา ธรรมกิตติคุณ

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย..... ฆ

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... จ

กิตติกรรมประกาศ..... ช

บทที่

1. บทนำ..... 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... 1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... 3

1.3 สมมติฐานของการศึกษา..... 3

1.4 ขอบเขตของการศึกษา..... 3

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา..... 4

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... 4

2. วิวัฒนาการ ความหมาย ลักษณะและความแตกต่างของสัญญานายหน้ากับสัญญาลักษณะอื่น ๆ..... 5

2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับนายหน้า..... 5

2.2 ความหมายและลักษณะของสัญญานายหน้า..... 7

2.2.1 ความหมายของสัญญานายหน้า..... 7

2.2.2 ลักษณะของสัญญานายหน้า..... 11

2.3 ความแตกต่างของสัญญานายหน้ากับสัญญาลักษณะอื่น..... 14

2.3.1 ความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้ากับตัวแทน..... 14

2.3.2 ความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้ากับตัวแทนค้าต่าง..... 18

2.3.3 ความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้ากับ Factor..... 19

2.3.4 ความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้ากับ Canvassing agent..... 23

3. ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของประเทศไทย..... 26

3.1 มูลเหตุในการเข้าทำสัญญานายหน้า..... 26

3.2 บุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญานายหน้า..... 27

3.2.1 บุคคลที่ตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้า..... 27

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.2.2 คู่สัญญาฝ่ายที่สองก็คือนายหน้า..... 27
3.3 วัตถุประสงค์ของสัญญานายหน้า..... 34
3.4 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้า..... 36
3.5 ค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่าย..... 42
3.5.1 ค่าบำเหน็จ..... 42
3.5.2 ค่าใช้จ่าย..... 49
3.6 หน้าที่และความรับผิดชอบของนายหน้า..... 50
3.6.1 หน้าที่ของนายหน้า..... 50
3.6.2 ความรับผิดของนายหน้า..... 51
3.7 อายุความฟ้องเรียกค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่ายของนายหน้า..... 52
3.7.1 อายุความฟ้องเรียกค่าบำเหน็จ..... 52
3.7.2 อายุความฟ้องเรียกค่าใช้จ่าย..... 52
3.8 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้า..... 53

4. ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของต่างประเทศ..... 55

4.1 ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ..... 55
4.1.1 ความเป็นมาของสัญญานายหน้าในประเทศอังกฤษ..... 55
4.1.2 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญานายหน้า..... 57
4.1.3 ลักษณะของสัญญานายหน้า..... 59
4.2 ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน..... 74
4.2.1 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญานายหน้า..... 74
4.2.2 สัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน..... 78
4.2.3 สัญญานายหน้ากู้ยืมเงิน..... 81
4.2.4 สัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน..... 87

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.2.5 ความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน..... 94
4.3 ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น..... 97
4.3.1 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญานายหน้า..... 97
4.3.2 บทบัญญัติทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานายหน้า..... 99
4.3.3 บทบัญญัติเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานายหน้า..... 101
4.4 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้าของต่างประเทศกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย..... 105
4.4.1 ประเภทของสัญญา..... 105
4.4.2 หน้าที่ของนายหน้า..... 106
4.4.3 ความรับผิดของนายหน้า..... 108
4.4.4 สิทธิของนายหน้า..... 109
4.4.5 ค่าบำเหน็จของนายหน้า..... 109
5. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของสัญญานายหน้า..... 111
5.1 ปัญหาเกี่ยวกับการเกิด ความสมบูรณ์ และผลบังคับของสัญญานายหน้า..... 111
5.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้า..... 111
5.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้า..... 130
5.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของสัญญานายหน้า..... 135
5.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า..... 144
5.2.1 หน้าที่ของนายหน้า..... 145
5.2.2 การกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต่อการเข้ารับหน้าที่เป็นนายหน้า..... 146
5.2.3 นายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกับตัวการ…..... 156
5.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก..... 165
5.4 ปัญหาเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า..... 175

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

5.4.1 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเมื่อนายหน้าได้กระทำตามหน้าที่ของตนเสร็จสิ้นแล้ว..... 176
5.4.2 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเมื่อครบกำหนดเวลาที่ระบุในสัญญานายหน้า..... 176
5.4.3 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเมื่อมีการตกลงเลิกสัญญาระหว่างคู่สัญญา..... 180
5.4.4 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเพราะคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย..... 180
5.4.5 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ว่าด้วยการเลิกสัญญา ตามมาตรา 368 ถึงมาตรา 394..... 181
5.5 การทำข้อตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า..... 188
5.5.1 ข้อตกลงให้ค่าตอบแทนเพิ่มเติมหากจากข้อตกลงให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้า..... 189
5.5.2 ข้อตกลงห้ามมิให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าและ/หรือรับผลประโยชน์ตอบแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง..... 192
5.5.3 ข้อตกลงเกี่ยวกับค่าบำเหน็จของนายหน้า..... 195
5.5.4 ข้อตกลงให้นายหน้ากระทำการอื่นใดเป็นการนอกเหนือขอบอำนาจของการเป็นนายหน้าตามบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้า..... 199
6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 203
6.1 บทสรุป..... 203
6.1.1 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้า..... 203
6.1.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับปัญหาได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากการชี้ช่องของนายหน้า..... 204
6.1.3 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าบำเหน็จนายหน้า..... 205

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

6.1.4 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า..... 206
6.1.5 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก..... 207
6.1.6 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า..... 207
6.1.7 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการทำข้อตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า..... 208
6.2 ข้อเสนอแนะ..... 209
6.2.1 กรณีการเกิดของสัญญานายหน้า..... 209
6.2.2 กรณีสัญญาได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากการชี้ช่องของนายหน้า..... 209
6.2.3 กรณีการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า..... 210
6.2.4 กรณีเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก..... 210
6.2.5 กรณีเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า..... 210
6.2.6 กรณีการทำข้อตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า..... 210
บรรณานุกรม..... 212
ประวัติผู้เขียน..... 219

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตีความสัญญานายหน้า
ชื่อผู้เขียน ณัฐนิตา ธรรมกิตติคุณ
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2552

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 โดยมุ่งเน้นศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจาการบังคับใช้ และตีความกฎหมายลักษณะนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นสำคัญ เพื่อนำผลทางกฎหมายที่ได้จากการศึกษาไปใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้ และตีความกฎหมายลักษณะนายหน้า ให้มีความกระจ่างชัด และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันให้เหมาะสม และสามารถให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้บัญญัติไว้เพียง 5 มาตราเท่านั้น กล่าวคือ มาตรา 845 ถึงมาตรา 849 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในลักษณะที่ค่อนข้างสั้น ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดแจ้ง ดังนั้นการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับบทบัญญัติในส่วนนี้จึงเป็นการจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสาระสำคัญ อย่างเช่น ในเรื่องการเกิด และผลบังคับของสัญญานายหน้า เนื่องจากกฎหมายลักษณะนายหน้ามิได้มีบทวิเคราะห์ศัพท์ หรือคำนิยามศัพท์ที่เกี่ยวกับถ้อยคำที่เป็นสาระสำคัญที่จะทำให้สัญญานายหน้าเกิดผลบังคับตามกฎหมายไว้ ในการพิจารณาว่าสัญญานายหน้าเกิดผลบังคับในทางกฎหมายหรือไม่จึงต้องพิจารณาจากความเห็นทางวิชาการ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยประกอบกับบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญานายหน้าของกฎหมายของต่างประเทศเป็นสำคัญ นอกจากนี้การที่บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าที่มีบัญญัติไว้ในแต่ละมาตรามีถ้อยคำที่ค่อนข้างสั้นมิได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับบทบัญญัติในแต่ละมาตราไว้อย่างชัดแจ้ง ดังนั้น เมื่อมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล การบังคับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเป็นสำคัญ และจากการศึกษาพบว่าประเด็นปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นส่วนสำคัญ

เกี่ยวกับสัญญานายหน้า ได้แก่ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธ ไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า และประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการทำข้อตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า ซึ่งในการปรับใช้กฎหมายในกรณีเช่นนี้ต้องอาศัยการตีความกฎหมายลักษณะนายหน้าที่มีอยู่เป็นสำคัญ

จากผลการศึกษาปัญหาดังกล่าวข้างต้นสรุปความได้ว่า แม้บทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้าที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอาจจะไม่มีบัญญัติไว้โดยตรงต่อปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้น แต่เมื่อได้นำหลักทั่วไปอันได้แก่ กฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา และกฎหมายลักษณะหนี้มาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้น ย่อมสามารถปรับใช้ได้กับประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากผลของสัญญานายหน้าได้โดยไม่จำเป็นต้องทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนใดอีก เพียงแต่ผู้ใช้กฎหมายต้องปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายให้ตรงตามความมุ่งหมายของกฎหมายและสอดคล้องกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญานายหน้า

Thesis Title	Legal Problems on Interpretation of Brokerage
Author	Nutnita Thamkittikhun
Thesis Advisor	Associate Professor Paitoon Kongsompoon
Co-Thesis Advisor	Associate Professor Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic Year	2009

ABSTRACT

This thesis is aimed at studying the provisions of brokerage law provided under the Civil and Commercial Code, Book 3 Specific Contract, Title 16 by focusing on problems in relation to enforcement and interpretation of brokerage law with respect to the Thai Civil and Commercial Code. The purpose is to use the study result as a guideline for a clear application and interpretation of the provisions of brokerage law to be in accordance with an intention of the existing law and to give more effective protection to relevant parties.

Findings from the study reveals that the existing brokerage laws as provided in the Civil and Commercial Code of Thailand consists of only 5 sections, namely, Section 845 to Section 849. Those provisions are quite short without explicit details relating to enforcement criteria. Therefore, application of such provisions mainly requires interpretation such as formation and enforceability of brokerage contract as brokerage law has not provided definition and interpretation of terms which are subject matter to enforceability of brokerage contract. To consider whether such contract has been in effect or enforceable, it is thus necessary to refer to academic views, decisions of the Supreme Court of Thailand and provisions of brokerage law in other jurisdictions. In addition, whereas short content is provided in each relevant section without clear details, the application of provisions of law to the fact of the case brought before the court hence needs interpretation. It is further found from the study that legal problems involving enforcement of major clauses of brokerage contract are such as issue on broker's act done in violation of its obligations, issue on demanding for damages by a broker resulted from intentionally refusing to enter into an agreement with the third person by the principal, issue on

termination of brokerage contract and issue on an agreement differing from the provisions of brokerage law; all of which their applications require interpretation of the existing brokerage law.

From the above, it can be summarized that although brokerage law provided in the Thai Civil and Commercial Code has not provided the provision which can be directly applied to the above problems but the general principles in relation juristic act and contract and obligation can be effectively applied to such problems arisen out of brokerage contract without the need to amend or add any provision. The law practitioner is merely required to apply the provision of law in accordance with its purpose and the issue at hand arisen out of brokerage contract.

DPU

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้มีการประกาศใช้มานับตั้งแต่ พ.ศ. 2467 ซึ่งเป็นระยะเวลายาวนานกว่า 80 ปีแล้ว และบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้าก็ได้บัญญัติขึ้นพร้อมกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยในครั้งนั้น ซึ่งมีบัญญัติไว้เพียง 5 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 845 ถึงมาตรา 849 ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยสัญญานายหน้าที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ยังไม่เคยได้รับการยกร่างหรือนำมาปรับปรุงแก้ไขใหม่แต่อย่างใด และบ่อยครั้งได้มีการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้านำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน แต่เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะที่ค่อนข้างสั้น การปรับใช้กฎหมายในบางครั้งจึงยังไม่เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และในบางกรณีการปรับใช้กฎหมายนายหน้าก็เป็นการปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเฉพาะคดีอันทำให้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญานายหน้าขาดความชัดเจนและแน่นอนที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในภายหลัง ด้วยเหตุที่การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเกี่ยวสัญญานายหน้าที่ยังไม่เป็นการกระจ่างชัดเพียงพอ จึงทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมาย เช่น ศาล หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย เช่น ทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย หรือแม้กระทั่งนิสิต นักศึกษาไม่อาจทราบได้ว่าแท้จริงแล้วกฎหมายหนายหน้ามีแนวคิด หลักเกณฑ์และวิธีการใช้และตีความอย่างไรเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองคู่สัญญาทุกฝ่าย

หากได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้ว ในต่างประเทศได้ให้ความสำคัญกับกฎหมายนายหน้าเป็นอย่างมากเนื่องจากเป็นสิ่งที่ต้องประสบพบเจออยู่บ่อยครั้งในชีวิตประจำวันเช่นเดียวกับการทำสัญญาซื้อขาย เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วนักกฎหมายส่วนใหญ่แทบจะไม่เคยได้เรียนรู้ หรือใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติในเรื่องนายหน้าที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 16 มาตรา 845 ถึง มาตรา 849 อันเป็นบทบัญญัติที่ต่อท้ายจากบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทนเท่าใดนัก ทั้ง ๆ ที่นายหน้านั้นมีส่วนสำคัญในการติดต่อทางธุรกิจเช่นเดียวกับกฎหมายในส่วนอื่น ๆ โดยนักกฎหมายส่วนใหญ่จะมีความคุ้นเคยกับบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนมากกว่า และในบางครั้งอาจทำให้เข้าใจผิดในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ว่านายหน้ากับตัวแทนนั้นมีลักษณะที่

คล้ายคลึงกันซึ่งในบางกรณีอาจทำให้สับสนและปรับบทกฎหมายไม่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ แต่หากได้ศึกษาในส่วนของรายละเอียดแล้ว ตัวแทนและนายหน้ามีลักษณะที่แตกต่างกันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ และในบางกรณีบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนและนายหน้านั้นกลับมีลักษณะที่ตรงข้ามกันอย่างสิ้นเชิง ด้วยเหตุที่ไม่เคยชินกับการใช้บทบัญญัติในส่วนนี้จึงให้ความสำคัญกับบทบัญญัติในส่วนนี้น้อยกว่าบทบัญญัติในส่วนอื่น ๆ จึงทำให้กฎหมายในส่วนนี้หยุดอยู่กับที่ไม่เป็นพลวัตรกับสังคมที่มีความเจริญก้าวหน้าไปอย่างไม่หยุดยั้ง ซึ่งหากได้เปรียบเทียบกับเศรษฐกิจในปัจจุบันนับได้ว่าประเทศไทยได้มีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจมากขึ้น ธุรกิจต่าง ๆได้มีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว ไม่ว่าด้านอสังหาริมทรัพย์ หรือการซื้อขายสินค้าด้านอื่น ๆ ดังนั้นนายหน้าผู้ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการเป็นคนกลางเพื่อทำการติดต่อซื้อขาย หรือทำธุรกิจด้านอื่น ๆ ย่อมกลายมาเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินการทางธุรกิจของคู่สัญญา ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นเพียงคู่สัญญาสองฝ่ายอาจเป็นคู่สัญญาหลายฝ่ายก็ได้ อันจะทำให้การดำเนินการทางธุรกิจ หรือการเจรจาทางด้านธุรกิจให้มีความสะดวกและรวดเร็วขึ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นจึงเห็นได้ว่าเมื่อมีการเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจแต่กฎหมายที่มีอยู่มิได้เจริญตามเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป การปรับใช้กฎหมายกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นย่อมไม่อาจเกิดประสิทธิภาพดังเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ และหากเกิดกรณีปัญหากฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาเยียวยาได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ อันเป็นช่องว่างของกฎหมาย ก็อาจทำให้คู่สัญญาไม่ได้รับความเป็นธรรมอย่างเช่นที่ศาลยุติธรรมต้องการที่จะอำนวยให้แก่ประชาชน ผู้วิจัยจึงเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนายหน้านั้นเป็นบทบัญญัติที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน ควรที่จะได้มีการหยิบยกขึ้นมาใช้ พัฒนาและปรับปรุงให้ทันกับสภาพของสังคมและเศรษฐกิจที่มีความเปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบันซึ่งได้พัฒนาก้าวไกลไปมาก เพราะกฎหมายนายหน้านั้นเป็นกฎหมายที่มีการหยิบยกขึ้นมาใช้อยู่บ่อยครั้ง ด้วยเหตุอันเนื่องมาจากความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจอย่างมาก ซึ่งส่งผลให้นายหน้าได้กลายมาเป็นส่วนสำคัญในการติดต่อซื้อขาย หรือการทำธุรกิจต่าง ๆ ประเทศไทยเราแม้จะยังไม่เคยชินกับกฎหมายนายหน้ามากนักแต่ในความเป็นจริงแล้วในทางธุรกิจนายหน้ากลับมีส่วนสำคัญในการติดต่อซื้อขายเป็นอย่างมาก และปัญหาที่เกิดจากการประกอบธุรกิจเช่นนี้ก็ได้เกิดมีขึ้นเป็นจำนวนมาก แต่เป็นที่น่าเสียดายที่กฎหมายของเรานั้นยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมด ถึงแม้ว่าเราจะมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนายหน้าบางประเภทแต่กฎหมายเหล่านั้นสามารถแก้ไขปัญหาในส่วนที่เกิดขึ้นในลักษณะเฉพาะของวิชาชีพนั้น ๆ เท่านั้น เพื่อให้การแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นสามารถแก้ไขได้ทั้งหมด อย่างเป็นระบบเห็นควรแก้ไขกฎหมายที่

เป็นกฎหมายหลักให้มีความชัดเจนและครอบคลุมไปถึงนายหน้าในลักษณะอื่น ๆ ด้วย เพื่อให้การปรับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงกฎหมายลักษณะนายหน้าในบทบัญญัติว่าด้วยนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 ว่าด้วยนายหน้า

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจาการบังคับใช้ และตีความกฎหมายนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 ว่าด้วยนายหน้า

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงผลทางกฎหมายในเรื่องสัญญานายหน้าของต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย

1.2.4 เพื่อศึกษาถึงผลทางกฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทาง เสนอแนะ และปรับใช้กฎหมายนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายยิ่งขึ้น

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายลักษณะนายหน้าที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่มีการศึกษาอย่างชัดเจนและละเอียดเพียงพอ ทำให้เกิดเป็นปัญหาข้อโต้แย้งอยู่หลายประการ อาทิเช่น ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดความสมบูรณ์ ผลบังคับและความระงับของสัญญานายหน้า ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาวิจัยเพื่อนำไปเป็นแนวทางในการตีความและบังคับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงอันก่อให้เกิดความถูกต้องเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 16 ว่าด้วยนายหน้าที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันว่า กฎหมายสัญญานายหน้าในส่วนใดที่มีในปัจจุบันที่ยังเป็นปัญหาและกฎหมายนายหน้าในส่วนใดที่ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมาย และแนวคำพิพากษาของต่างประเทศ เพื่อที่จะหาหลักเกณฑ์แนวทางในการตีความและบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยนายหน้าที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนี้

จะศึกษาปัญหา การวิเคราะห์ และแนวทางแก้ไขปัญหา เพื่อหาบทสรุป ข้อเสนอแนะ และแนวทางในการใช้และตีความกฎหมายรวมทั้งปัญหาที่เกิดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดและนำไปเป็นแนวทางบังคับใช้กฎหมายนายหน้าต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยเป็นการศึกษาข้อมูลโดยวิจัยเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือเป็นการใช้วิธีการศึกษาโดยการค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในรูปแบบของตำรากฎหมายไทย หนังสือ บทความ และเอกสารต่าง ๆ เพื่อนำมาวิเคราะห์ในเชิงคุณภาพ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในเรื่องนายหน้า เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาล รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ และบทความทางวิชาการ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงสาระสำคัญ แนวคิด หลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 ว่าด้วยนายหน้า

1.6.2 ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 ว่าด้วยนายหน้า

1.6.3 ทำให้ทราบถึงผลทางกฎหมาย และผลการวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับหลักกฎหมายนายหน้าตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

1.6.4 ทำให้สามารถนำผลทางกฎหมายที่ได้จากการศึกษาวิเคราะห์ไปใช้เป็นแนวทางในใช้และตีความกฎหมาย และปรับใช้กฎหมายนายหน้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 16 นายหน้า ให้มีความเหมาะสม และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายยิ่งขึ้น

บทที่ 2
วิวัฒนาการ ลักษณะ และความแตกต่างของสัญญานายหน้ากับสัญญาลักษณะอื่น ๆ

2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับนายหน้า

นายหน้านั้นได้มีวิวัฒนาการมาจากสัญญาตัวแทนอันมีต้นกำเนิดเริ่มแรกมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งมีทั้งการสอดเข้าไปทำแทน ดั่งเช่นกรณีจัดการงานนอกสั่ง (Negotiorum gestio) ทำแทนเพราะมีความเกี่ยวข้องกัน เช่น บ่าวทำแทนนาย บุตรหลานทำแทนผู้บุพการี หรือ พระในอาวาสเดียวกันจัดหาสิ่งจำเป็นมาใช้สอยร่วมกันซึ่งมีอยู่เป็นอันมาก จนในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนได้จัดสัญญาตัวแทนไว้ในจำพวกสัญญาสมยอม (Consensual Contract) คือยอมให้ตัวแทนทำโดยปริยาย และที่มอบหมายสั่งการเป็นกิจจะลักษณะก็มีเรียก Mandatum ซึ่งแปลว่า จับยัดใส่มือ (To put into hand) ผู้ใช้เรียกว่า Mandator ส่วนผู้ถูกใช้เรียกว่า Mandatarius[1] แม้จะมีการยอมรับให้มีการมอบอำนาจ แต่การมอบอำนาจในระยะแรกนั้นเป็นการมอบอำนาจแบบเด็ดขาด (Mandatum Contractum) คือเป็นลักษณะสัญญามอบอำนาจชนิดที่ตัวการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนไปทำกิจการใดตามที่มอบหมายโดยเด็ดขาด เมื่อให้อำนาจเด็ดขาด ตัวแทนจึงมีอำนาจกระทำการใด ๆ ตามที่ตัวการมอบหมายได้ แต่หากตัวแทนกระทำการอย่างใด ๆ และก่อให้เกิดความเสียหาย ตัวการไม่ต้องรับผิด แต่ตัวแทนรับผิดแต่เพียงผู้เดียว ต่อมาได้มีการยอมรับกฎหมายใหม่ โดยยอมรับให้มีการมอบอำนาจอย่างไม่เด็ดขาด คือ ถ้าตัวแทนทำการใดภายในขอบอำนาจหรือตามที่ตัวการมอบหมายต้องถือว่าเป็นการกระทำของตัวการเอง ฉะนั้นหากมีความเสียหายอย่างใด ๆ ตัวการจึงต้องรับผิด แต่การยอมรับเช่นนี้เป็นการยอมรับในสัญญาตัวแทนบางประเภทเท่านั้น เช่น ยอมรับเฉพาะในกรณีที่มีการฟ้องคดีแทนตัวการ

ต่อมาชาว Anglo Saxon ได้นำเอาแนวความคิดเรื่องกฎหมายตัวแทนของโรมันมาใช้ในกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายอังกฤษนั้นยอมรับให้มีตัวแทนได้ไม่เฉพาะแต่เรื่องการฟ้องร้องคดีเท่านั้น แต่ยอมรับให้นำมาใช้ได้กับสัญญาเกือบทุกประเภท เช่น สัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้จำนอง

---

[1] สถิตย์ เล็งไธสง. (2550). **คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 15.

จำนำ เป็นต้น ยกเว้นสัญญาบางประเภทเท่านั้นที่ไม่อาจตั้งตัวแทนได้ เช่น เรื่องที่ตัวการต้องทำเองเป็นการเฉพาะตัว[2] เช่น การแต่งงาน การเลือกตั้ง การเกณฑ์ทหาร เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้นมีตัวแทนมาแต่โบราณกาล ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ดังปรากฏความในประวัติศาสตร์ตอนหนึ่งว่า สมัยพระบาทสมเด็จพระนารายณ์มหาราชแห่งกรุงศรีอยุธยา มีตำแหน่งพระศรีพิพัฒน์ทำหน้าที่เป็นตัวแทนการซื้อขายของพระคลังสินค้า ตัวแทนไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว เช่นเดียวกับสมัยนี้ ดังความตอนหนึ่งในกฎหมายเก่า ลักษณะหนี้ว่า บุตรกู้หนี้ใส่ชื่อบิดามารดาเป็นผู้กู้ในสัญญาก็ดี ภริยากู้หนี้ใส่ชื่อสามีเป็นผู้กู้ก็ดี ให้บิดามารดาหรือสามีแล้วแต่กรณีผู้มีชื่อในสัญญานั้นรับผิดต่อเจ้าหนี้ต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้บอกกล่าวให้บิดามารดาหรือสามีทราบแล้ว[3]

ต่อมาในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นเองก็ได้ปรากฏลักษณะของสัญญาตัวแทนในกฎหมายตราสามดวง ในพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 111 กล่าวถึงกรณีที่บุคคลหนึ่งวานให้อีกบุคคลหนึ่งซื้อสินค้าให้แก่ตนและบัญญัติว่า ถ้าผู้ซื้อไม่รับชำระราคาสินค้านั้น ศาลจะได้เรียกเอาตัวผู้วานให้ซื้อมา ถ้าผู้วานปฏิเสธไม่ยอมรับชำระราคาสินค้านั้น จะถูกปรับไหมเป็นทวีคูณให้ผู้ขายรับทุนไปเหลือนั้นเป็นสินไหมกึ่ง พินัยกึ่ง[4]

ประเทศไทยได้ใช้กฎหมายตราสามดวงมาจนถึงต้นรัชกาลที่ 5 จึงได้มีการตรวจชำระใหม่ และได้มีการนำเอาสัญญาใหม่มาใช้หลายชนิดซึ่งสัญญาใหม่นี้ส่วนใหญ่ได้นำมาจากกฎหมายอังกฤษ เพราะในสมัยนั้นมีการทำการค้าระหว่างสยามกับอังกฤษ และนักนิติศาสตร์โดยมากได้ไปศึกษากฎหมายในประเทศอังกฤษ ดังนั้นอาจารย์และผู้สอนกฎหมายในสมัยนั้นจึงได้เริ่มนำสัญญาตัวแทน หรือสัญญาเอเย่นต์ (Agency) เข้ามาสอน นอกจากสัญญาตัวแทนแล้วยังได้มีการนำเอาสัญญานายหน้าและทรัสต์เข้ามาใช้อีก และศาลได้ยอมรับบังคับบัญชาโดยถือเอาตามตำราและคำสอน[5]ดังปรากฏอยู่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 306/2465[6] เป็นหลักฐานอยู่จนบัดนี้เพราะฉะนั้น แนววินิจฉัยของศาลสูงก่อน พ.ศ. 2467 จึงใช้เทียบเคียงในการตีความกฎหมายตัวแทนเวลานี้ได้[7]

---

[2] มาโนช สุทธิวาทนฤพุฒิ. (2519). **บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 2-3.

[3] สถิตย์ เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้าเดิม.

[4] ร.แลงกาต์. (2516). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2**. หน้า 285-286.

[5] แหล่งเดิม.

[6] คำพิพากษาฎีกาที่ 306/2465 เจ้าของที่ดินมอบให้ผู้หนึ่งเป็นนายหน้าขายที่ดิน โดยมีข้อสัญญากันว่าถ้านายหน้าขายได้ราคาเกินกว่าที่เจ้าของกำหนดไว้ให้แล้ว ราคาที่เกินนั้นให้เป็นผลของนายหน้า ดังนี้ วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาระหว่างตัวการกับตัวแทนฯ.

[7] สถิตย์ เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 16.

สัญญานายหน้านั้นมีรากฐานเดียวกันกับสัญญาตัวแทน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 306/2465 ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ผู้วิจัยเห็นพ้องด้วยว่าสัญญานายหน้ากับสัญญาตัวแทนมีที่มาจากเบ้าหลอมเดียวกัน เพียงแต่แยกออกเป็นสัญญาตัวแทนและสัญญานายหน้า ซึ่งอาจมีข้อแตกต่างกันบางประการ กล่าวคือ สัญญาตัวแทนเป็นสัญญาที่ตัวการแต่งตั้งให้ตัวแทนไปทำการแทนตน โดยที่ตัวการหาจำต้องไปกระทำการเองไม่ แต่เมื่อตัวแทนกระทำการตามที่ตัวการได้มอบหมายไปการนั้นย่อมผูกพันตัวการ แต่สัญญานายหน้านั้นเป็นสัญญาที่ตัวการแต่งตั้งให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้าโดยนายหน้ามีหน้าที่เพียงเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเท่านั้น โดยที่นายหน้าหามีสิทธิในการเข้าไปทำความตกลงกับบุคคล ภายนอกไม่ อำนาจในการตัดสินใจเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นอำนาจตัดสินใจของตัวการเพียงฝ่ายเดียว อันเป็นการแตกต่างในประการสำคัญกับสัญญาตัวแทน ที่ตัวแทนมีอำนาจในการเข้าไปตกลงกับบุคคลภายนอกได้ และผลของการตกลงนั้นย่อมเป็นการผูกพันตัวการ

หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในปี พ.ศ. 2467 จึงได้มีการบัญญัติบทบัญญัติว่าด้วยนายหน้าไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 16 ว่าด้วยนายหน้า และบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

2.2 ความหมายและลักษณะของสัญญานายหน้า

2.2.1 ความหมายของสัญญานายหน้า

สัญญานายหน้านั้นมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้คำจำกัดความของนายหน้าและสัญญานายหน้าไว้ดังต่อไปนี้

หลวงสุทธิมนต์นฤนาถ ได้ให้คำจำกัดความว่า นายหน้า (Broker) คือคนกลางเป็นสื่อช่วยชี้ช่องให้บุคคลฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญากับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง หรือจัดการให้บุคคลทั้งสองฝ่ายเข้าทำสัญญากันได้ พูดง่าย ๆ ก็คือ นายหน้าเป็นแต่เพียงสะพานทอดหรือเครื่องมือติดต่อบุคคลสองฝ่ายเท่านั้น ตนเองไม่มีอำนาจทำการแทน[8]

ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล ได้ให้คำจำกัดความว่า นายหน้า คือ ผู้ที่ช่วยจัดให้ได้ทำสัญญากัน ได้แก่ คนกลาง เป็นสื่อช่วยชี้ช่องให้บุคคลฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่ง

---

[8] หลวงสุทธิมนต์นฤนาถ. (2511). **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน-นายหน้า.** หน้า 112.

หรือจัดการให้บุคคลทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากัน การที่นายหน้าทำไปนั้น ไม่ได้เข้าทำสัญญาแทนบุคคลใด และไม่ใช่ทำกิจการแทนผู้อื่นในนามของตนเองเช่นตัวแทนค้าต่าง[9]

ศาสตราจารย์ กมล สนธิเกษตริน ได้ให้คำจำกัดความว่า นายหน้า คือ คนกลางรับทำหน้าที่ชี้ช่องให้บุคคลฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญากับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง หรือจัดการให้บุคคลสองฝ่ายเข้าทำสัญญากัน (มาตรา 845 ปพพ.)[10]

อาจารย์จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย ได้ให้คำจำกัดความว่า สัญญานายหน้า คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวการตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายหน้า ทำหน้าที่เป็นคนกลาง หรือเป็นสื่อชี้ช่องให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก[11]

ศาสตราจารย์ ดร.ไผทชิต เอกจริยกร ได้ให้คำจำกัดความว่า สัญญานายหน้าเป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายหน้า จากการที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาหรือจัดการให้ได้ทำสัญญาเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จ[12]

ในต่างประเทศนั้นได้ให้คำจำกัดความของนายหน้าที่แตกต่างไปจากกฎหมายไทย กล่าวคือ ในต่างประเทศนั้นถือว่านายหน้านั้นเป็นลักษณะของตัวแทนอย่างหนึ่งแต่อาจจะมีลักษณะที่ไม่มีสิทธิ และหน้าที่บางอย่างที่เท่าเทียมกับตัวแทนได้ เช่น เรื่องการทำสัญญาแทนตัวการ การรับชำระหนี้แทนตัวการ หรือการฟ้องร้องคดีแทนตัวการ เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้นในบางประเทศยังได้แบ่งประเภทนายหน้าออกเป็นหลายประเภท อันประกอบด้วยนายหน้า และนายหน้าทางการค้า ดังเช่นคำจำกัดความดังต่อไปนี้

G.H.L. Fridman[13] ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า Broker สรุปความได้ดังนี้

นายหน้า คือตัวแทนซึ่งถูกจ้างมาเพื่อดำเนินการต่อรองและทำสัญญาระหว่างบุคคลในทางการค้าและในทางการเดินเรือ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือนายหน้าเป็นบุคคลซึ่งเป็นเพียงแต่เป็นผู้ทำการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา โดยที่ตัวนายหน้าไม่มีสิทธิครอบครองในสินค้า หรือไม่

---

[9] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. (2543). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนค้าต่างและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 34.

[10] กมล สนธิเกษตริน. (2530). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า**. หน้า 129.

[11] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน** (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 83.

[12] ไผทชิต เอกจริยกร. (ตุลาคม, 2545). **ตัวแทน-นายหน้า (Agency-Brokerage)** (พิมพ์ครั้งที่ 5). หน้า 308-309.

[13] G.H.L. Fridman. (1983). **Law of Agency** (5th ed.). p.37.

มีอำนาจในการตัดสินใจในการขายหรือซื้อสินค้า และไม่มีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขาย หรือบุคคลอื่นใดหรือไม่

นายหน้าไม่ได้รับมอบการครอบครองซึ่งสินค้าที่นายหน้ามีไว้เพื่อขาย ซึ่งต่างจาก Factor และเขาไม่อาจขายสินค้าได้ในนามของตนเอง ผู้ว่าจ้างซึ่งมีความไว้วางใจในนายหน้าผู้นั้นจึงอาจคาดหวังได้ว่านายหน้านั้นจะไม่ดำเนินการขายสินค้าในนามของนายหน้าเอง[14]

Professor Richard Stone[15] ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า Broker สรุปความได้ดังนี้ นายหน้าจะเป็นผู้ซึ่งดำเนินการในการเจรจาต่อรอง โดยเป็นการนำผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกัน และเป็นการชัดเจนว่านายหน้าเป็นเพียงบุคคลที่สามในการดำเนินการทางธุรกิจเหมือนกับที่ Fridman ชี้ให้เห็นว่า นายหน้านี้เป็นตัวแทน แต่ไม่ใช่ตัวแทนทางการค้า เช่น นายหน้าค้าหุ้น นายหน้าประกันภัย หรือนายหน้าค้าหลักทรัพย์[16]

Ernest J. Schuster[17] ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า Brokerage Agreements (Mäklervertrag) สรุปความได้ดังนี้ ความตกลงของสัญญานายหน้า (Mäklervertrag) คือ ความตกลงที่ผู้ว่าจ้างสัญญาที่จะจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ผู้ที่ทำสัญญากับตนซึ่งกระทำการเป็นสื่อกลางในการบอกกล่าวซึ่งข้อมูลของข้อตกลงนั้นให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สามทราบ หรือเพื่อการชี้ช่องเพื่อให้มีการเข้าสัญญานั้น ผู้ทำสัญญากับผู้ว่าจ้างในกรณีเช่นว่านี้ เรียกว่านายหน้า (Mäkler) การสัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จนี้อาจเป็นการให้สัญญาโดยปริยายก็ได้ ถ้าไม่สามารถร้องขอในการให้บริการได้ซึ่งอาจจะอยู่ภายใต้

---

[14] Brokers. Brokers, like factors, are mercantile agents. There is, however, a distinction between these classes of agent in that brokers are agents who are not given possession of goods or documents of title. A broker is:

"an agent employed to make bargains and contracts between person in matters of trade commerce and navigation. Properly speaking, a broker is a mere negotiator between other parties…He himself…has no possession of the goods, no power actual or legal of determining the destination of the goods, no power or authority to determine whether the goods belong to buyer or seller or either."

He is not entrusted with the possession of the goods he sells. Unlike a factor he may not sell in his own name. "The principal therefore who trusts a broker has a right to expect that he will not sell in his own name.

[15] Richard Stone. (1996). **Law of Agency**. p.13.

[16] The broker, much more so than the factor, is thus a "facilitator" rather than a primary party. The broker negotiates, and brings the buyer and seller together, but always does so clearly as a third party to the transaction. As Fridman point out, the term broker is also applied to agents who are not "mercantile agent" ,such as stockbrokers, insurance brokers, or credit brokers.

[17] Ernest J. Schuster. (1907). **The Principles of German civil law**. p.278-279.

เหตุการณ์บางอย่าง แต่โดยเหตุผลแล้วสามารถคาดหมายได้ว่าเป็นการกระทำการเพราะถูกปฏิบัติโดยปราศจากค่าตอบแทน เช่น ในกรณีที่มีการร้องขอต่อนายหน้าในทางอาชีพ

Thomson Sweet and Maxwell[18] ได้แบ่งนายหน้าเป็นสองประเภท คือ นายหน้าทางการค้า (Commercial broker) และ นายหน้า (Civil broker) และได้ให้คำจำกัดความของนายหน้าซึ่งสรุปความได้ดังนี้

1) นายหน้าทางการค้า คือ บุคคลที่ประกอบการทางธุรกิจเพื่อทำการเชิญชวนบุคคลอื่น ๆ ซึ่งจะไม่กระทำการอย่างถาวรเป็นการผูกขาด ในการเข้าทำสัญญาเพื่อซื้อ หรือขายสินค้า หรือหลักทรัพย์ ประกันภัย การขนส่ง การอนุญาตให้เช่าเรือ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าอื่นใด

ถ้านายหน้าทางการค้ากระทำการอย่างถาวร เขาจะกลายเป็นตัวแทนทางการค้า บริษัทอสังหาริมทรัพย์จะไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ทางการค้า หรือการขายสินค้าเท่าใดนัก และนายหน้าที่ทำการเช่นนั้นจะเรียกว่า Civil broker[19]

2) นายหน้า คือ บุคคลผู้ได้รับคำมั่นสัญญาว่าจะได้รับค่าตอบแทนเมื่อมีการแนะนำโอกาสให้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญา หรือเพื่อจัดหาสัญญา บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับนายหน้า ส่วนใหญ่นั้นจะหมายรวมถึงบุคคลที่เป็นนายหน้าที่ไม่ได้ดำเนินการอย่างนายหน้าทั่ว ๆ ไป อย่างเช่นการดำเนินธุรกิจปกติ หรือธุรกิจที่เกี่ยวกับที่ดิน การให้เช่าพื้นที่ของสำนักงาน หรือ อพาร์ทเมนต์ ซึ่งไม่เกี่ยวกับการขายสินค้า นายหน้าดังที่ได้กล่าวมานี้เป็นธุรกิจอย่างหนึ่งที่ต้องมีใบอนุญาตตามที่ The Business Practices Act กำหนด[20]

American Jurisprudence[21] ได้ให้คำจำกัดความของนายหน้าซึ่งสรุปความได้ดังนี้

---

[18] Thomson Sweet and Maxwell. (1979). **German Tax and Business Law**. p.7,035-7,036.

[19] A commercial broker is one whose business it is to solicit for others, without being permanently retained by them, contracts for the purchase or sale of goods or securities, insurance, transportation, boat charter or other commercial objects. If the commercial broker were permanently retained, he would be a commercial agent. Land and building companies are not considered goods or commercial objects and broker dealing with those would be civil brokers.

[20] A civil broker is one who is promised a fee for introducing the opportunity of making a contract (Nachweismakler) or for procuring a contract (vermittler). The statutory provision concerning the civil broker mainly cover those do not carry out broker activities as a regular business or whose business concern land, office space and apartments that are not considered commercial goods. This latter type of business requires a license according tos. 34 (c) of the Business Practice Act (Gewerbeordnung (GewO)).

[21] American Jurisprudence Second Edition Volume 12. (1997). **Broker**. p.630.

นายหน้าคือ ตัวแทนที่ทำหน้าที่ในการต่อรอง หรือการเจรจาซึ่งทำในนามของตัวการเพื่อประสงค์ที่ จะได้รับซึ่งค่าธรรมเนียม หรือค่านายหน้าโดยที่ตนเองเป็นเพียงคนกลางระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกในการเจรจาหรือดำเนินการทางธุรกิจ หรือการซื้อขายทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ โดยที่เขามิได้รับมอบให้รับผิดชอบในการเก็บรักษาทรัพย์นั้น[22]

Reynolds[23] ได้ให้คำจำกัดความซึ่งสรุปความได้ว่า นายหน้า คือ ตัวแทนซึ่งโดยปกติในทางธุรกิจเพื่อทำการเจรจา และทำสัญญาซื้อขาย สินค้า หรือทรัพย์สิน ซึ่งบุคคลเช่นว่านี้มิได้รับมอบให้ครอบครองหรือควบคุมซึ่งทรัพย์สินนั้น ๆ[24]

สำหรับความหมายของคำว่า นายหน้า ระหว่างกฎหมายอังกฤษ (common law) กับกฎหมายเยอรมันมีลักษณะเช่นเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างกันบ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน สัญญานายหน้ามีบัญญัติในลักษณะว่าด้วย Commercial Brokers (Handeis/Mäkler) นายหน้า (Mäkler) ไม่ได้เข้าไปทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นายหน้าเป็นเพียงสื่อชี้ช่องให้คู่สัญญาเข้าทำสัญญา ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายของอังกฤษ (Common law) สัญญานายหน้าเป็นสัญญาตัวแทนประเภทหนึ่ง โดยนายหน้ารับจ้างไปทำสัญญาในนามของตนเองและกระทำแทนตัวการ โดยนายหน้าจะได้รับค่าบำเหน็จ

ส่วนศาลนิวยอร์คได้วินิจฉัยคดีว่า สัญญานายหน้าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (A brokerage contract is a unilateral contract) โดยที่ตัวการได้ทำคำเสนอซึ่งเป็นที่เข้าใจว่าตัวการตกลงจะจ่ายค่านายหน้าเป็นการตอบแทนในการที่นายหน้าได้จัดหาผู้ซื้อที่พร้อมและประสงค์จะซื้อสินค้าตามข้อเสนอของตัวการ[25]

2.2.2 ลักษณะของสัญญานายหน้า

สัญญานายหน้าเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 ตั้งแต่มาตรา 845 ถึงมาตรา 849 ซึ่งสัญญานายหน้านี้

---

[22] Definition of Broker

"As generally defined, a broker is an agent who, for a commission or brokerage fee, bargains or carries on negotiations on behalf of principal as an intermediary between the latter and third persons in transacting business relative to the acquisition of contractual rights, or to the sale or purchase of any form of property, real or personal, the custody of which is not entrusted to him for purpose of discharging his agency."

[23] Reynolds. (1985). **Bowstead the law of Agency** (15th ed.). p.33.

[24] A broker is an agent whose ordinary course of business into negotiate and make contracts for the sale and purchase of goods and other property} of which he is not entrusted with the possession or control

[25] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 37.

มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับสัญญาตัวแทนมากซึ่งในทางสากลนั้นถือว่านายหน้านั้นเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง แต่ของตามกฎหมายไทยนั้นได้แยกบทบัญญัติในเรื่องนายหน้าไว้เป็นเอกเทศสัญญาอีกส่วนหนึ่งต่างหากจากตัวแทน ดังนั้นในการพิจารณาในเรื่องสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดระหว่างนายหน้าและตัวการย่อมต้องพิจารณาเฉพาะในบทบัญญัติเรื่องนายหน้าเท่านั้น

โดยหลักแล้วนายหน้ามักกระทำการเพื่อบำเหน็จ ซึ่งต่างกับตัวแทน และนายหน้ามักไม่ได้ครอบครองทรัพย์ของตัวการ เพราะการครอบครองทรัพย์นั้นเป็นการครอบครองแทนซึ่งอยู่ในข่ายของตัวแทน

นายหน้านั้นเกิดจากข้อตกลงเพียงอย่างเดียว อาจเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ เพราะฉะนั้นเมื่อมีปัญหาเรื่องค่านายหน้า เบื้องแรกที่ต้องพิจารณาคือ สัญญานายหน้า ถ้าไม่มีสัญญานายหน้าแล้วค่านายหน้าก็มีขึ้นไม่ได้

สัญญานายหน้านั้นกฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่าจะต้องทำเป็นหนังสือเหมือนสัญญาตัวแทนในมาตรา 798 เพราะฉะนั้น การตั้งนายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นมูลค่านับล้าน ก็ไม่จำต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ

สัญญานายหน้าก็มีลักษณะเหมือนกับสัญญาอื่นทั่วไป หากมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย พ้นวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมใช้บังคับไม่ได้[26]

นอกจากนี้ในเรื่องความรับผิดของนายหน้าต่อบุคคลภายนอกนั้น โดยหลักแล้วนายหน้าไม่ต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกแม้ว่าตัวการจะบิดพลิ้วไม่เข้าทำสัญญา หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำต่อบุคคลภายนอก ทั้งนี้เนื่องจากว่านายหน้านั้นเข้ากระทำการเป็นเพียงสื่อกลางในการชี้ช่องหรือจัดการให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้ามาทำสัญญากันเท่านั้น โดยที่นายหน้ามิได้เข้าไปผูกพันต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญานั้น ดังนั้นนายหน้าไม่อาจฟ้องหรือถูกฟ้องโดยบุคคลภายนอกในสัญญาที่นายหน้าเข้ากระทำการเป็นสื่อกลางเท่านั้น เว้นแต่ในกรณีที่นายหน้าละเลยไม่เปิดเผยชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนี้นายหน้าต้องรับผิดไปถึงการชำระหนี้ตามสัญญาที่ตนทำต่อกันเพราะตนได้เข้าเป็นสื่อ

ดังนั้นสาระสำคัญของสัญญานายหน้ามีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) นายหน้า คือบุคคลที่กระทำการเป็นเพียงคนกลางระหว่างบุคคลสองฝ่ายในการชี้ช่องหรือจัดการให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากันตามที่คู่สัญญาประสงค์ ซึ่งนายหน้าไม่ได้เข้าทำสัญญาในนามของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และไม่ได้เข้าทำสัญญาในนามของตนเอง ดังนั้น นายหน้าจึงไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ในทางสัญญากับบุคคลภายนอกในสัญญาที่นายหน้าได้เข้าทำการชี้ช่อง หรือ

---

[26] สถิต เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 14.

จัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่านายหน้าต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกในสัญญาที่ตนได้เข้าดำเนินการเช่นว่านั้น

2) เมื่อนายหน้าได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลที่สามเป็นผลสำเร็จ ตัวการมีหน้าที่ในอันที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าเป็นการตอบแทนเนื่องจากการที่นายหน้าได้ดำเนินการเช่นว่านั้น แต่หากนายหน้าไม่ได้ดำเนินการใด ๆ เพื่อทำการชี้ช่องหรือจัดการเพื่อให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลที่สาม ตัวการก็ไม่จำต้องจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าเป็นการตอบแทนแม้ว่าจะมีข้อตกลงระหว่างตัวการและนายหน้า ทั้งนี้เนื่องจากว่าการที่นายหน้าจะได้รับบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนนั้น พิจารณาจากว่าการที่ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จนั้นเป็นผลมาจากการที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการอย่างใด ๆ หรือไม่

ดังนั้น สัญญานายหน้าถ้าหากไม่มีข้อตกลงว่านายหน้ารับประกันความสำเร็จของงานตัวการไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องกับนายหน้าได้ เพราะการที่นายหน้าไม่ยอมทำงานไม่ถือว่านายหน้าผิดสัญญา และโดยสภาพของสัญญานายหน้าทำให้นายหน้าสามารถอ้างได้ว่า ผู้เป็นนายหน้าได้ขวนขวายทำงานให้อย่างเต็มความสามารถแล้ว แต่ไม่มีผู้ใดสนใจเข้าทำธุรกรรมด้วย[27] ดังนั้นการทำงานของนายหน้าคือ การดำเนินงานให้ตัวการได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกซึ่งเป็นเงื่อนไขของการมีสิทธิได้รับบำเหน็จ และด้วยเหตุนี้จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ตัวการในการเรียกให้นายหน้าทำงาน[28]

3) สัญญานายหน้านั้นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาตัวแทนในประการสำคัญ คือ นายหน้าไม่มีสิทธิในการรับมอบ หรือครอบครองซึ่งสินค้า หรือทรัพย์สินใด ๆไว้ในความครอบครองของตนแทนตัวการ เนื่องจากนายหน้านั้นทำหน้าที่เป็นเพียงสื่อกลางระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกเท่านั้นโดยที่นายหน้ามิได้มีส่วนเกี่ยวข้องในนิติสัมพันธ์ในสัญญารายนั้น

ดังนั้น สรุปได้ว่าสัญญานายหน้าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือ เมื่อตัวการได้ตกลงให้นายหน้าจัดหาซึ่งบุคคลที่มีความประสงค์ที่ตรงกับตัวการเพื่อทำการซื้อหรือขายสินค้า หรือเพื่อทำสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใด หากนายหน้าสามารถดำเนินการจัดหาบุคคลเช่นว่านั้นเพื่อจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลนั้นจนเป็นผลสำเร็จ นายหน้ารายนั้นก็ย่อมได้รับค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทน แต่ในกรณีที่นายหน้าไม่กระทำการดังกล่าว หากตัวการประสงค์จะเลิกสัญญา ตัวการไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้ เพราะนายหน้าไม่มีหน้าที่หรือหนี้ต้องกระทำการและไม่กระทบผลประโยชน์ของกันและกัน[29]

---

[27] ชัยยง อัชฌานนท์. (มิถุนายน, 2550). “นายหน้า.” **M & W (Money and Wealth), 5, 50**. หน้า 101.

[28] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. เล่มเดิม. หน้า 90.

[29] Fritz Staubach. Loc.cit.

2.3 ความแตกต่างของสัญญานายหน้ากับสัญญาลักษณะอื่น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้สัญญานายหน้ามีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้นการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายต้องบังคับใช้โดยบทบัญญัติที่บัญญัติเป็นการเฉพาะในเอกเทศสัญญาประเภทนั้นเสียก่อน แต่หากบทบัญญัติในเอกเทศสัญญามิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องนำบทบัญญัติทั่วไปมาบังคับใช้เท่าที่ไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติที่บัญญัติอยู่ในเอกเทศสัญญา แม้ว่าสัญญานายหน้านั้นจะเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่ง แต่สัญญานายหน้านี้กลับมีลักษณะที่มีความคล้ายคลึงกับเอกเทศสัญญาบางประเภทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เช่น บทบัญญัติเรื่องตัวแทน หรือ ตัวแทนค้าต่าง และสัญญาบางประเภทตามกฎหมายของต่างประเทศ เช่น Factor หรือ Canvassing agent ซึ่งหากไม่ได้มีการทำความเข้าใจ หรือมีการแยกแยะถึงความแตกต่างให้ชัดเจนอาจทำให้เกิดความสับสนในการทำการศึกษาได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการแยกแยะให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้ากับสัญญาประเภทอื่น ๆ ที่มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับสัญญานายหน้า ผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสัญญานายหน้ากับสัญญาประเภทอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญานายหน้า ดังต่อไปนี้

2.3.1 ความแตกต่างระหว่างนายหน้ากับตัวแทน

กฎหมายลักษณะตัวแทนเป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 15 ตั้งแต่มาตรา 797 ถึง มาตรา 844 ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนนี้ได้บัญญัติถึงลักษณะของสัญญาตัวแทนว่าสัญญาตัวแทน คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าตัวแทนมีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะกระทำการ ดังนั้นสัญญาตัวแทนอาจเกิดจากการที่ตัวการแต่งตั้งตัวแทนไม่ว่าโดยแสดงออกชัด หรือโดยปริยาย หรือกฎหมายให้อำนาจก็ได้ เมื่อได้มีการแต่งตั้งให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นตัวแทนแล้ว ตัวแทนนั้นย่อมมีหน้าที่และความรับผิดต่อตัวการตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ เช่น หน้าที่ที่ต้องกระทำตามคำสั่งหรือทางที่เคยทำกันมา หน้าที่ที่ต้องทำการด้วยตนเองและอำนาจใช้ตัวแทนช่วง ความรับผิดในความเสียหายเพราะความประมาทเลินเล่อ เพราะไม่กระทำการเป็นตัวแทน หรือเพราะทำการโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ เป็นต้น นอกจากนี้ตัวการก็มีหน้าที่และความรับผิดต่อตัวแทนเช่นกัน เช่น ตัวการต้องจ่ายเงินทดรองให้ตัวแทน ในกรณีที่ตัวแทนได้ออกเงินทดรองหรือค่าใช้จ่าย ต้องรับภาระเป็นหนี้ขึ้นหรือต้องเสียหาย ตัวการต้องรับผิด การจ่ายค่าบำเหน็จตัวแทนและสิทธิยึดหน่วงของตัวแทน เป็นต้น และเมื่อสัญญาตัวแทนนั้นเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวพันกับบุคคลภายนอก กฎหมายจึงได้บัญญัติให้ทั้งตัวการและตัวแทนต้องมีหน้าที่และความรับผิดต่อบุคคลภายนอกไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากหากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะตัวการที่ไม่เปิดเผยชื่อซึ่งไม่ได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกรายนั้น

โดยตรง แต่ให้ตัวแทนเป็นผู้ออกหน้าเข้าทำสัญญาในนามตนเอง หรือไม่เปิดเผยชื่อตัวการให้บุคคลภายนอกทราบไม่อาจฟ้องหรือถูกฟ้องโดยบุคคลภายนอกได้เนื่องจากตามหลักของความผูกพันทางสัญญาแล้ว ตัวการนั้นมิได้มีนิติสัมพันธ์โดยตรงกับบุคคลภายนอก กฎหมายลักษณะตัวแทนจึงต้องบัญญัติบทบัญญัตินี้ไว้เป็นการเฉพาะเพื่อให้บุคคลภายนอกสามารถเรียกให้ตัวการรับผิดตามสัญญาได้หากตัวแทนได้กระทำการภายใต้ขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน

ส่วนในเรื่องค่าบำเหน็จนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วตัวแทนไม่มีสิทธิจะได้รับบำเหน็จแต่อย่างไรก็ตามหากมีการตกลงไว้ในสัญญาว่ามีบำเหน็จ หรือแม้ว่าจะมิได้มีการตกลงกันเรื่องบำเหน็จ ตัวแทนก็ยังสามารถนำสืบได้ว่าตามที่เคยปฏิบัติต่อกันมาตัวการเคยให้บำเหน็จ ต้องถือเป็นปริยายว่ามีบำเหน็จ หรือกิจการเช่นนั้นเป็นธรรมเนียมที่ปฏิบัติกันต้องมีบำเหน็จ[30]

ความแตกต่างระหว่างนายหน้ากับตัวแทนในประการสำคัญ คือ

1) สัญญานายหน้า หากตัวการได้ตกลงให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้า นายหน้ารายนั้นมิได้เข้าทำสัญญาแทนตัวการ เป็นแต่ชี้ช่องให้บุคคลทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญากันเอง แต่สัญญาตัวแทน เมื่อตัวการได้ตกลงให้ตัวแทนกระทำการเป็นตัวแทน ตัวแทนรายนั้นเป็นผู้เข้าตกลงทำสัญญาแทนตัวการ เมื่อทำสัญญาเสร็จ กฎหมายให้ถือว่าสัญญาที่ตัวแทนทำนั้นผูกพันตัวการ[31]

---

[30] กุศล บุญยืน. (2541). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 12). หน้า 1 และ หน้า 58.

[31] คำพิพากษาฎีกาที่ 3049/2528 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีมีปัญหาว่าโจทก์ประกอบการค้าโดยเป็นนายหน้าหรือตัวแทนของบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด หรือไม่ เห็นว่า ประมวลรัษฎากรมิได้มีบทบัญญัติให้ความหมายของการค้าประเภทนายหน้าและตัวแทนไว้ความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด จะเป็นนายหน้าหรือตัวแทนหรือไม่จึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ **ซึ่งในเรื่องนายหน้านั้นจะต้องเป็นกรณีที่บุคคลผู้หนึ่งตกลงจะให้บำเหน็จแก่นายหน้า เพื่อการที่นายหน้าได้ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาหรือจัดการให้ได้ทำสัญญา ส่วนตัวแทนเป็นเรื่องที่บุคคลผู้หนึ่งตกลงทำการแทนตามที่บุคคลอีกผู้หนึ่งซึ่งเรียกว่าตัวการมอบหมายให้** ตามข้อเท็จจริงที่รับกันและตามทางนำสืบของทั้งสองฝ่าย ไม่ปรากฏว่าโจทก์ได้ทำการชี้ช่องหรือจัดการให้บริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด ได้เข้าทำสัญญากับผู้ใด อันจะทำให้โจทก์เป็นนายหน้าของบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด แต่อย่างใดไม่ในส่วนที่ว่าโจทก์เป็นตัวแทนของบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด หรือไม่นั้นข้อเท็จจริงก็ไม่ปรากฏว่าโจทก์ได้ขายกระจกหรือกระทำการแทนบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด แต่อย่างใดหากแต่เป็นเรื่องที่โจทก์ซื้อกระจกจากบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด แล้วขายต่อไปให้บริษัทมิตซูบิชิ (ประเทศไทย) จำกัด อีกต่อหนึ่ง หนังสือสัญญาระหว่างโจทก์กับบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด เอกสารหมาย จ.4 ระบุไว้ในข้อ 3 ด้วยว่าความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองฝ่ายไม่ใช่เป็นความสัมพันธ์ในทางตัวการตัวแทนแต่เป็นความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ขายกับผู้ซื้อ หากไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรโจทก์จะทำการใด ๆ แทนบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด ไม่ได้โจทก์จึงมิได้เป็นนายหน้าหรือตัวแทนของบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด แต่อย่างใดนอกจากนั้นศาลฎีกายังเห็นต่อไปอีกว่า โจทก์ย่อมมีเสรีภาพในการที่จะ

2) ในเรื่องบำเหน็จ นายหน้านั้นตามปกติย่อมเป็นที่คาดหมายว่าทำไปเพื่อหวังบำเหน็จ แต่ตัวแทนนั้นโดยหลักแล้วไม่มีสิทธิได้รับบำเหน็จ เว้นแต่จะตกลงกันไว้ว่าจะให้บำเหน็จ หรือมีธรรมเนียมปฏิบัติต่อกันว่าต้องมีบำเหน็จ[32]

ทำสัญญาซื้อกระจกกับบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด ในรูปแบบ เงื่อนไข และมีข้อตกลงในรายละเอียดต่าง ๆ อย่างไรก็ได้ ตราบเท่าที่สัญญานั้นไม่ต้องห้ามโดยกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งโจทก์และบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด ย่อมทำสัญญากันมีข้อตกลงในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความสะดวกในทางการค้าและได้รับผลประโยชน์มากที่สุดทั้งในรูปของผลกำไรและภาษี การที่โจทก์ตกลงให้บริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด มีส่วนในการกำหนดตัวผู้ซื้อกระจกต่อจากโจทก์ตลอดจนให้บริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด มีส่วนในการกำหนดราคาที่โจทก์จะขายต่อไปนั้น หาทำให้โจทก์ไม่เป็นผู้ซื้อไปแต่อย่างใดไม่ และการที่โจทก์จะสั่งซื้อกระจกจากบริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด ต่อเมื่อมีผู้สั่งซื้อกระจกจากโจทก์ก็ดี การที่บริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด ส่งกระจกที่โจทก์สั่งซื้อตรงไปยังลูกค้าของโจทก์ ตลอดจนการที่บริษัทกระจกไทยอาซาฮี จำกัด ให้สินเชื่อแก่โจทก์ก็ดีหาเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้โจทก์สิ้นสภาพจากการเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขาย กลายเป็นนายหน้าหรือตัวแทนไปแต่อย่างใดไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 920/2523 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เอกสารดังกล่าวมีใจความสำคัญว่า จำเลยทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าของที่พิพาทร่วมกัน ขอมอบที่ดินให้แก่นายณรงค์ไปขายในวงเงิน 400,000 บาท โดยให้ขายเฉพาะที่ดินไม่รวมถึงสิ่งปลูกสร้าง หากขายได้ราคาเกินกว่านี้ ส่วนที่เกินให้เป็นของผู้ขาย จำเลยทั้งสองขอมอบสิทธิในการขายให้เวลาภายใน 3 เดือนพ้นกำหนดนี้แล้วผู้ขายไม่มีสิทธิ ถ้ามีคนมาซื้อขายในเวลาที่กำหนดให้นี้ เป็นสิทธิของคุณณรงค์ผู้เดียว ได้ความว่า ก่อนจำเลยที่ 3 จะไปขอให้จำเลยที่ 1 และที่ 2 ทำหนังสือเอกสารหมาย จ.3 ให้นี้ จำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้เคยติดต่อกับจำเลยที่ 3 ให้ช่วยขายที่พิพาทมาก่อนแล้ว หลังจากนั้นจำเลยที่ 3 ก็เงียบไป ไม่ได้ส่งข่าวคราวให้ทราบ เมื่อจำเลยที่ 3 มาขอให้จำเลยที่ 1 และที่ 2 ทำหนังสือตามเอกสารหมาย จ.3 ให้ ศาลฎีกาเชื่อว่าจำเลยทั้งสองจะต้องสอบถามจำเลยที่ 3 ว่า จะให้ทำหนังสือฉบับดังกล่าวให้เพราะเหตุไร และเมื่อติดต่อขายที่พิพาทให้กับโจทก์ได้แล้ว จำเลยที่ 3 จึงได้ไปหาจำเลยที่ 1 และที่ 2 ขอให้ทำหนังสือมอบอำนาจขายที่พิพาท จำเลยทั้งสองก็ตกลงทำให้ **ตามเอกสารหมาย จ.3 มีข้อความชัดแจ้งว่า จำเลยที่ 1 และที่ 2 ขอมอบที่พิพาทให้จำเลยที่ 3 ไปขายในราคา 400,000 บาท และยังมีข้อความย้ำอีกว่า ขอมอบสิทธิในการขายที่พิพาทให้จำเลยที่ 3 ภายใน 3 เดือน ระหว่างเวลานี้ถ้ามีคนมาซื้อให้เป็นสิทธิของจำเลยที่ 3 แต่ผู้เดียว แสดงว่าจำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้มอบอำนาจให้จำเลยที่ 3 ขายที่พิพาทได้อย่างเต็มที่ ไม่มีข้อความตอนใดในเอกสารดังกล่าวที่ส่อแสดงว่า จำเลยทั้งสองตกลงให้จำเลยที่ 3 เป็นนายหน้าโดยจะให้ค่าบำเหน็จเพื่อชี้ช่องให้จำเลยทั้งสองได้เข้าทำสัญญาซื้อขายที่พิพาท คดีฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้ทำหนังสือมอบอำนาจตามเอกสารหมาย จ.3 ให้จำเลยที่ 3 เป็นตัวแทนขายที่พิพาทให้กับโจทก์ เมื่อจำเลยที่ 3 ไปทำสัญญาจะซื้อขายที่พิพาทให้โจทก์ภายในขอบอำนาจของตัวแทนจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นตัวการย่อมมีความผูกพันตามสัญญานั้น**.

[32] คำพิพากษาฎีกาที่ 667/2524 ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า “ข้อหาและข้ออ้างของโจทก์ตามฟ้องเป็นอันรับฟังไม่ได้ กล่าวคือ รับฟังไม่ได้ว่าจำเลยตกลงจะให้ค่าบำเหน็จนายหน้า 5 เปอร์เซ็น แก่โจทก์เพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญา หรือจัดการให้ได้ทำสัญญากันดังโจทก์ฟ้อง ข้อเท็จจริงได้ความตามที่โจทก์จำเลยนำสืบรับกันว่า

3) บทบัญญัติในเรื่องนายหน้า กฎหมายมิได้ห้ามนายหน้าไม่ให้กระทำการเป็นนายหน้าของอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าทำงานด้วยความสุจริตไม่ทำให้ฝ่ายใดเสียเปรียบ เพราะโดยสภาพของการเป็นนายหน้า ไม่ได้เข้าไปต่อรองตกลงกันในเรื่องเงินทองอย่างการเป็นตัวการ โอกาสที่นายหน้าจะทำความเสียหายแก่ตัวการจึงเกิดได้ยาก การเป็นนายหน้าให้ทั้งสองฝ่ายจึงทำได้ เว้นแต่ทุจริตเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น ช่วยให้ข้อมูลแก่ฝ่ายหนึ่งว่าคู่สัญญากำลังต้องการเงินด่วน ทำให้ลดราคาสินค้าหรือเข้าช่วยต่อรองราคาเสียเอง เพื่อช่วยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด แต่บทบัญญัติในเรื่องตัวแทน ตัวแทนจะกระทำการเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกด้วยไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากตัวการหรือนิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้

4) นายหน้า จะทำการให้บุคคลภายนอก เพราะหวังว่าจะได้รับบำเหน็จจากบุคคลภายนอกด้วยก็ได้ แต่ตัวแทนจะเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยเห็นแก่อามิสสินจ้างไม่ได้

5) นายหน้ากฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า นายหน้าย่อมไม่มีอำนาจรับเงินหรือรับชำระหนี้อันพึงจะต้องชำระตามสัญญาแทนผู้เป็นคู่สัญญา แต่ตัวแทนเมื่อตกลงทำสัญญากับบุคคลภายนอกแล้ว ย่อมมีอำนาจรับชำระหนี้จากสัญญานั้นได้ด้วย

6) นายหน้าไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำสัญญานายหน้าเป็นหนังสือ หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงตกลงด้วยวาจาก็มีผลบังคับได้ แต่สัญญาตัวแทนต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ ถ้าตัวแทนไปทำสัญญากับบุคคลภายนอกซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือตามลำดับ[33]

โจทก์เคยเป็นตัวแทนเก็บค่าเช่าให้จำเลยมาก่อน โดยจำเลยจ่ายผลประโยชน์ร้อยละห้าของค่าเช่าที่เก็บได้ให้แก่โจทก์ต่อมาจำเลยได้มอบหมายให้โจทก์จัดการแบ่งแยกที่ดินของจำเลยเป็นแปลงเล็ก ๆ และทำถนน จัดให้มีไฟฟ้าและน้ำบาดาลเข้าถึงที่ดินที่แบ่งแยกทุกแปลงค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวจำเลยตกลงเป็นผู้ออกทั้งสิ้น และจำเลยตกลงจะให้ผลประโยชน์แก่โจทก์เป็นค่าตอบแทนเมื่อทำงานดังกล่าวเสร็จต่อมามีผู้มาเช่าซื้อที่ดินดังกล่าวรวม 78 ราย โดยผู้เช่าซื้อ 70 รายเป็นผู้เช่าที่ดินของจำเลยมาแต่เดิม ส่วนอีก 6 รายได้รับคำแนะนำจากผู้เช่าเดิม ปรากฏหลักฐานตามหนังสือสัญญาเช่าที่ดินและหนังสือสัญญาเช่าซื้อที่ดินรวม 132 ฉบับตามเอกสารหมาย ล. 6 ศาลฎีกาเห็นว่า แม้จะฟังว่าการเช่าซื้อที่ดินของจำเลยเกิดจากการชักชวนแนะนำจัดการของโจทก์ ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการเป็นตัวแทนของโจทก์ที่ดำเนินการปรับปรุงที่ดินให้แก่จำเลย หาใช่เป็นผลเกิดจากการเป็นนายหน้าไม่ ที่ศาลล่างทั้งสองวินิจฉัยว่าโจทก์เป็นตัวแทนนั้นชอบแล้ว ส่วนเอกสารหมาย จ.3 เป็นหนังสือของจำเลยแจ้งให้โจทก์ทราบว่า บัดนี้งานได้เสร็จสิ้นลงแล้ว ซึ่งหมายถึงการเป็นตัวแทนของโจทก์ได้สิ้นสุดลงแล้ว จำเลยจึงขอให้โจทก์รับผลประโยชน์จากจำเลยได้ **ผลประโยชน์ดังกล่าวก็คือ บำเหน็จตัวแทน หาใช่ค่าบำเหน็จนายหน้าไม่**."

[33] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2545). เล่มเดิม. หน้า 85-86.

2.3.2 ความแตกต่างระหว่างนายหน้ากับตัวแทนค้าต่าง

ตัวแทนค้าต่างเป็นตัวแทนอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ มีลักษณะส่วนใหญ่คล้ายคลึงกับตัวแทนทั่วไป บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน จึงนำมาใช้บังคับถึงตัวแทนค้าต่างเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนค้าต่าง

บทบัญญัติในมาตรา 833 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ความหมายของตัวแทนค้าต่างไว้ ดังนี้ ตัวแทนค้าต่าง คือบุคคลซึ่งในทางค้าขายของเขาย่อมทำการซื้อ หรือขายทรัพย์สิน หรือรับจัดทำกิจการค้าขายอย่างอื่นในนามของตนเองต่างตัวการ ฉะนั้นผู้ที่เป็นตัวแทนค้าต่างต้องเป็นผู้ที่มีอาชีวะในทางค้าขาย ตัวแทนค้าต่างมีได้เฉพาะกิจการค้าขายเท่านั้น ฉะนั้นกิจการอื่นที่มิใช่การค้าขาย เช่นการฟ้องคดี หรือกิจการที่มิใช่นิติกรรมสัญญาก็จะเป็นเรื่องตัวแทนค้าต่างไม่ได้ ตัวแทนค้าต่างจะต้องจัดทำกิจการตามที่ตัวการมอบหมายในนามของตนเองจนเป็นผลสำเร็จ ดังนั้นจึงห้ามมิให้บุคคลผู้ไร้ความสามารถทำการเป็นตัวแทนค้าต่าง ทั้งนี้เพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมที่ตัวแทนค้าต่างทำขึ้น

ในกรณีที่ตัวแทนค้าต่างทำสัญญาผูกพันกับบุคคลภายนอก ตัวแทนค้าต่างได้สิทธิอันมีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และต้องผูกพันต่อคู่สัญญาฝ่ายนั้น และให้ถือว่ากิจการที่ตัวแทนค้าต่างทำไปมีผลเสมือนดั่งว่าทำไปในนามของตัวการโดยตรง ดังนั้นเมื่อมีกรณีพิพาทขึ้นเนื่องจากสัญญาที่ตัวแทนค้าต่างทำไว้ ตัวแทนค้าต่างต้องดำเนินคดีเป็นโจทก์เอง ในทางกลับกันอาจถูกฟ้องเป็นจำเลยเองได้ แต่ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกไม่ชำระหนี้ ตัวแทนค้าต่างไม่ต้องรับผิดต่อตัวการ เว้นแต่จะมีข้อกำหนดความรับผิดไว้ในฐานะตัวแทนฐานประกันหรือมีธรรมเนียมต้องรับผิด

ส่วนในเรื่องค่าบำเหน็จนั้นตัวแทนค้าต่างชอบที่จะได้รับบำเหน็จโดยอัตราตามธรรมเนียมที่ตนจัดการแทนตัวการทุกรายไป เว้นแต่จะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้นโดยหลักแล้วตัวแทนค้าต่างมีสิทธิได้รับบำเหน็จจากการที่ตนได้เข้ากระทำการเป็นตัวแทนค้าต่างนั้น

นอกจากนี้กฎหมายยังได้บัญญัติถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของตัวแทนค้าต่างต่อตัวการไว้เป็นการเฉพาะด้วย เช่น ตัวแทนค้าต่างต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตามคำสั่งต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ ตัวแทนค้าต่างมีหน้าที่ต้องแถลงรายงานให้ตัวการทราบว่าทำการไปอย่างไรบ้าง เป็นต้น[34]

ความแตกต่างระหว่างนายหน้ากับตัวแทนค้าต่างในประการสำคัญ คือ

1) นายหน้าเป็นเพียงผู้ชี้ช่องหรือจัดการให้เข้าทำสัญญาเท่านั้น นายหน้ามิได้เข้าเป็นฝ่ายหรือเป็นคู่สัญญาแต่ประการใด แต่ตัวแทนค้าต่างเป็นผู้เข้าทำสัญญาในนามของตนเอง มีสิทธิ

---

[34] กุศล บุญยืน. เล่มเดิม. หน้า 170-172.

ฟ้องหรือถูกฟ้องในนามของตัวแทนค้าต่าง และเข้าจัดการกิจการนั้นๆในนามของตนเอง เช่น เป็นผู้ซื้อหรือผู้ขายเอง

2) นายหน้านั้นตัวการไม่ได้ส่งมอบสินค้าและไม่ได้ส่งมอบสิทธิครอบครองในตัวทรัพย์สินให้แก่นายหน้า แต่ตัวแทนค้าต่างโดยทั่วไปจะได้รับมอบสินค้าและมีสิทธิครอบครองในสินค้านั้นจากตัวการ ในเมื่อให้จัดการซื้อหรือขายแทนตัวการ

3) นายหน้าไม่มีสิทธิเข้าเกี่ยวข้องกับสัญญา ไม่ได้เป็นฝ่ายในสัญญา จึงไม่มีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชำระหนี้ เพราะนายหน้าเป็นเพียงผู้แนะนำชี้ช่องให้คู่สัญญากันเท่านั้น แต่ตัวแทนค้าต่างได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกในนามของตนมีสิทธิเรียกให้บุคคลภายนอกชำระหนี้[35]

2.3.3 ความแตกต่างระหว่างนายหน้ากับ Factor

Factor เป็นลักษณะของตัวแทนประเภทหนึ่งตามกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากตามกฎหมายอังกฤษนั้นมิได้แยกสัญญาตัวแทนทางการค้า (Mercantile agent) หรือสัญญานายหน้า (Broker) ออกเป็นเอกเทศสัญญาลักษณะหนึ่งอย่างเช่นตามกฎหมายไทย แต่ในเรื่องของสัญญาตัวแทนนั้นกฎหมายอังกฤษได้แบ่งประเภทของตัวแทนออกเป็นหลายประเภท เช่น ตัวแทนโดยทั่วไป (General agent) ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจพิเศษ (Special agent) ตัวแทนทางการค้า (Mercantile agent) ซึ่งตัวแทนทางการค้านี้ประกอบไปด้วยตัวแทนประเภทที่เรียกว่า Factor และ นายหน้า นอกจากประเภทของตัวแทนตามที่ได้มีการกล่าวมาข้างต้นแล้วยังมีตัวแทนประเภทอื่น ๆ อีกเช่น ตัวแทนผู้รับเหมา (Forwarding agent) นายหน้าประกันภัย (Insurance broker) ตัวแทนฐานประกัน (Del credre agent) หรือผู้ทำการประมูล (Auctioneer) เป็นต้น ซึ่งประเภทของตัวแทนตามที่ได้กล่าวมานั้นโดยหลักแล้วการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน หรือตัวการและตัวแทนกับบุคคลภายนอกนี้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยตัวแทน แต่ในกรณีที่ตามจารีตประเพณี หรือตามธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าอันเกี่ยวกับตัวแทนประเภทนั้นมีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะหรือได้มีการปฏิบัติมาเป็นการเฉพาะก็ต้องถือตามที่ได้มีการปฏิบัติกันมาหรือตามธรรมเนียมปฏิบัติของสถานที่หรือในทางการค้าเช่นว่านั้นกำหนดไว้

ดังนั้น เมื่อ Factor เป็นตัวแทนลักษณะหนึ่งหากไม่มีจารีตประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้ากำหนดไว้เป็นการเฉพาะก็ต้องบังคับไปตามกฎหมายลักษณะตัวแทน

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่าทั้งนายหน้าและ Factor เป็นลักษณะของตัวแทนประเภทหนึ่งที่อยู่ในความหมายของตัวแทนทางการค้า ดังนั้นลักษณะโดยส่วนใหญ่ของตัวแทนทั้งสองประเภทนี้จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันมาก แม้กระทั่งคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษในระยะเริ่มแรกนั้น

---

[35] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 39.

ได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาทั้งสองประเภทนี้คลาดเลื่อนไป โดยวินิจฉัยว่าลักษณะของสัญญาเช่นนี้น่าจะเป็นนายหน้า แต่แท้ที่จริงแล้วคือ Factor เป็นต้น[36] ดังนั้นเพื่อความชัดเจนแก่การศึกษาถึงลักษณะของสัญญาดังกล่าว ผู้วิจัยจะได้อธิบายถึงลักษณะของ Factor เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่าง Factor และนายหน้า ดังนี้

ความหมายของ Factor

เดิมก่อนที่จะมีการบังคับใช้ Factor Act ฉบับแรกนั้น ในคดี Baring v Corrie ผู้พิพากษา Abbott ได้ให้ความหมายความของ Factor ไว้ดังนี้

"บุคคลที่ได้รับมอบหมายสินค้าเพื่อทำการค้าขายโดยที่พ่อค้าที่มอบหมายนั้นเป็นผู้ที่อยู่ต่างประเทศ หรือที่มีที่อยู่ห่างไกลจากสถานที่ที่ทำการค้าขายสินค้านั้น ซึ่งโดยปกติ Factor จะขายสินค้านั้นในนามของตนเองโดยไม่เปิดเผยนามของผู้ว่าจ้างหรือตัวการ"[37]

โดยผลของการให้คำจำกัดความนี้ทำให้เห็นว่าผู้ว่าจ้างหรือตัวการได้มอบความไว้วางใจ Factor ในการที่ให้ครอบครองสินค้า และให้อำนาจแก่ Factor ในการขายสินค้าในนามของตนเอง

ในคดีต่อมาซึ่งตัดสินก่อนที่ Factor Act 1889 จะมีผลใช้บังคับ คือ คดี Stevens v Biller Cotton LJ ได้ให้คำจำกัดความของ Factor ว่า

"ตัวแทนที่ได้รับมอบให้ครอบครองสินค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าขาย"[38]

คำจำกัดความนี้ได้ย้ำให้เห็นถึงแนวคิดที่ว่า Factor เป็นผู้ซึ่งมีสิทธิครอบครองในสินค้าและได้รับการครอบครองสินค้านั้นเพื่อขาย แต่คำจำกัดความนี้ได้ละเว้นซึ่งแนวคิดที่ว่า Factor เป็นผู้ขายสินค้านั้นในนามของตนเอง เมื่อเป็นเช่นนี้จะเห็นได้ว่า ตัวแทนกับ Factor ย่อมมีสถานะทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกัน ทั้งที่ความจริงนั้นตัวแทนนั้นถูกแต่งตั้งโดยตัวการ เพื่อขายสินค้าในนามของตัวการ ไม่ใช่ในนามของตนเอง

คำจำกัดความระหว่างตัวการและตัวแทนจะไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงประเภทของตัวแทน รวมทั้งไม่มีผลเปลี่ยนแปลงในประการอื่นในกรณีที่เป็นตัวแทนประเภทอื่นได้เลย

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ Factor Act 1889 ในพระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำจำกัดความไว้แต่ไม่ได้แยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่าง Factor กับ Agent หรือ Mercantile agent แต่ได้กล่าวเป็นความหมายโดยรวมเป็นความหมายเดียวว่า

---

[36] Baring v Corrie. (1818), Armstrong v Stokes (1872) และ N.&J. Vlassopulos v Ney Shipping Ltd. (The Santa Carina). (1997).

[37] "...a person to whom goods are assigned for sale by a merchant residing aboard or at a distance away from the place of sale… (He) normally sells in his own name without disclosing that of his principal."

[38] "an agent entrusted with the possession of goods for the purposes of sale."

"กรณีมีประเพณีปฏิบัติในทางการค้าในลักษณะที่เป็นตัวแทนในการขายสินค้า หรือจัดส่งสินค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย หรือซื้อสินค้า หรือทำให้หลักประกันของสินค้านั้นสูงขึ้น"[39]

คำจัดความนี้ได้เชิดชูคำตัดสินในยุคแรกๆ แต่สำหรับคดีนี้ไม่ได้ให้คำจำกัดความเฉพาะ Factor เท่านั้น แต่ได้ขยายไปถึงตัวแทนทางการค้าประเภทอื่นๆด้วย อย่างไรก็ตามย่อมเป็นการแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างตัวแทนกับลูกจ้าง (Servant) อย่างที่ผู้พิพากษา Willes ได้กล่าวไว้ในคดี Hayman v Flewker ดังนี้

"คำว่าตัวแทนไม่ได้หมายความรวมถึงเพียงแค่ลูกจ้าง หรือภารโรง หรือบุคคลที่มีสิทธิครอบครองในสินค้าเพื่อทำการขนส่งหรือดูแลสินค้า หรือคู่สัญญาที่กระทำการเป็นอิสระประการอื่น แต่เป็นเพียงบุคคลที่ได้รับการว่าจ้างอย่างตัวแทนทางการค้า (commercial agent) เหมือนกับ Factor"

ในคดีนี้ตัวแทนมีหน้าที่ในการจัดทำการประกันภัยกับบุคคลที่ได้รับฝากรูปภาพและวิธีการในการขายไว้กับเขา ซึ่งในกรณีนี้ได้ถูกตัดสินว่าเป็นตัวแทนตาม Factor Act แม้ว่าโดยปกติในทางธุรกิจของเขา เขาจะไม่ได้ทำการขายสินค้านั้นแต่หากเขาได้รับมอบสินค้าจากบุคคลหนึ่งเพื่อทำการขายหรือขนส่งเพื่อทำการขาย หรือจำนำในกรณีใดกรณีหนึ่งเพื่อตัวการรายใดรายหนึ่งก็ย่อมเป็นการเพียงพอแก่การวินิจฉัยแล้ว อย่างเช่นในคดี Weiner v Harris และคดี Lowther v Harris ตราบเท่าที่เขาไม่ได้เป็นเพียงแค่ลูกจ้าง หรือผู้ที่ได้รับทรัพย์สินในการประกันตัว และแม้ว่าในทางประเพณีทางการค้าจะใช้คำว่า ตัวแทนทางการค้า ก็ไม่ใช่สิ่งสำคัญที่จะนำมาพิจารณาว่าเขาจะต้องมีการการดำเนินการทางธุรกิจเช่นเดียวกับ Factor สิ่งที่สำคัญในการพิจารณา คืออำนาจที่ได้รับมาเพื่อทำการขายสินค้าหรือขนส่งสินค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการค้าขาย หรือเพื่อซื้อสินค้า หรือเพื่อทำให้หลักประกันของสินค้านั้นสูงขึ้น

แม้ว่าผลของการพัฒนาความหมายของคำจำกัดความของ Factor ไปสู่คำจำกัดความตามความหมายใน Factor Act นี้ทำให้ความหมายนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งได้หมายรวมถึงประเภทของตัวแทนไว้หลายประเภท แต่ก็ยังคงให้ความสะดวกแก่นักกฎหมายในการแยกแยะให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างประเภทของตัวแทนได้โดยชื่อของตัวแทนนั้นๆ แม้ว่าแท้จริงแล้วอำนาจจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นอาจจะคล้ายคลึงกัน แต่อำนาจในประการอื่นๆยังมีความแตกต่างกันอยู่

ส่วนนายหน้านั้นมีลักษณะคล้ายกับ Factor คือ เป็นตัวแทนทางการค้า แต่ความแตกต่างระหว่างนายหน้ากับ Factor คือ นายหน้านั้นเป็นตัวแทนที่ไม่ได้รับมอบหมายให้ได้รับการครอบครองซึ่งสินค้า หรือเอกสารแห่งสิทธิ[40]

---

[39] "…having in the customary course of his business as such agent authority to sell goods or to consign goods for the purpose of sale, or to buy goods, or to raise money on the security of goods."

[40] Fridman. Op.cit. p.35-37.

สรุปได้ว่า Factor คือตัวแทนประเภทหนึ่งที่ได้รับการว่าจ้างเพื่อทำการขายสินค้า หรือขนส่งสินค้าสำหรับทำการขาย หรือตัวการได้ส่งมอบสินค้าให้แก่ตน หรือรับมอบสินค้ามาเพื่อจะทำการส่งมอบให้แก่ตัวการ เพื่อค่าตอบแทนอย่างใดอย่างหนึ่ง

อำนาจและหน้าที่ของ Factor

1. Factor มีอำนาจขายสินค้าในนามของตนเอง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ปกติในทางการค้าในกรณีที่ตัวการไม่เปิดเผยชื่อ

2. Factor มีอำนาจในการให้การรับประกันได้ ถ้าในทางปกติในทางการค้าอนุญาตให้มีการกระทำเช่นว่านั้น

3. Factor มีสิทธิได้รับชำระเงิน และมีหน้าที่ในการออกซึ่งใบเสร็จรับเงินที่สมบูรณ์ในการขายสินค้าเชื่อรายนั้นๆ

4. Factor มีอำนาจให้การรับประกันในผลประโยชน์ที่เกี่ยวกับสินค้าได้

5. ภายหลังจากที่มีการบังคับใช้ Factor Act Factor สามารถจำนำสินค้าได้

6. Factor มีสิทธิยึดหน่วงสำหรับค่าใช้จ่ายทั่วไปสำหรับสินค้าที่ได้ส่งมอบให้แก่ Factor และในการดำเนินการเกี่ยวกับสินค้ารายนั้น แต่สิทธิยึดหน่วงนี้จะสิ้นไปต่อเมื่อ Factor ได้ทำการมอบซึ่งการครอบครองในตัวสินค้าให้กับเจ้าของสินค้า แต่สิทธิในการหักกลบลบหนี้ที่บุคคลที่สามมีต่อตัวการนั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิยึดหน่วงของเขา ในกรณีที่ Factor ได้กลายมาเป็นผู้รับประกันเพื่อตัวการ Factor จะมีสิทธิยึดหน่วงที่ขยายออกไปเพื่อครอบคลุมถึงความรับผิดของเขา แม้ว่าเขาจะได้ทำการขายสินค้าโดยวิธีการพิเศษตามคำสั่งของตัวการ เขาก็ยังคงมีสิทธิยึดหน่วง[41]

ส่วนนายหน้า คือ ตัวแทนซึ่งถูกจ้างมาเพื่อทำการต่อรอง และทำสัญญาระหว่างบุคคลในทางการค้าและในทางการเดินเรือ หรือกล่าวอย่างถูกต้อง คือ นายหน้าคือบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ทำการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา โดยที่ตัวเขาเองไม่ได้มีสิทธิครอบครองในสินค้าหรือไม่มีอำนาจในการตัดสินใจในเรื่องของสินค้า และไม่มีอำนาจตัดสินใจว่าตนจะมอบสินค้านั้นให้แก่ผู้ซื้อ หรือผู้ขาย หรือบุคคลอื่นใด

นายหน้าไม่ได้รับมอบซึ่งการครอบครองสินค้าที่เขาทำการขาย ซึ่งเป็นข้อแตกต่างจาก Factor และนายหน้าไม่อาจขายสินค้าได้ในนามของตนเอง ผู้ว่าจ้างซึ่งมีความไว้วางใจในนายหน้านั้นมีสิทธิที่จะคาดหวังว่านายหน้าจะไม่ขายสินค้านั้นในนามของตนเอง

ทั้งนายหน้าและFactor ต่างเป็นผู้ที่เข้าทำการเจรจาต่อรองในการซื้อขายสินค้า แต่อย่างไรก็ตามความแตกต่างระหว่างตัวแทนทั้งสองประเภทนี้ คือ การได้รับไปซึ่งสิทธิครอบครองในสินค้านั้นอันมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า นายหน้านั้นเป็นเพียงผู้เข้าทำการเจรจาต่อรองในหลาย ๆ สัญญา ซึ่งนายหน้านั้น

---

[41] John Montgomerie. **Stevens'Elements of Mercantile law** (13th ed.). p.164-165.

ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการจัดการในสินค้าโดยตัวเขาเองเลย เช่น นายหน้าทำการซื้อขายหุ้น ซึ่งทำหน้าที่เพียงติดต่อกับผู้ขายหุ้นเท่านั้น หรือนายหน้าประกันภัยมีเพียงหน้าที่ในการเสนอกรมธรรม์ประกันภัยเท่านั้น หรือ นายหน้าที่มีหน้าที่ในการจัดหาเรือ ก็เป็นเพียงผู้ที่ทำการติดต่อระหว่างเจ้าของเรือและพ่อค้าเพื่อทำการเช่าเรือในการขนส่งสินค้า เป็นต้น โดยนายหน้าแต่ละประเภทก็จะมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดไว้โดยเฉพาะตามแต่ประเภทนั้น ๆ[42]

นอกจากนี้ Professor Richard Stone ได้ให้ข้อสังเกตถึงความแตกต่างระหว่างนายหน้าและ Factor ไว้ดังนี้ นายหน้าจะอยู่ในความหมายของตัวแทนทางการค้า แต่มีความแตกต่างจาก Factor สองประการ คือ

1. นายหน้าจะไม่ได้รับมอบซึ่งการครอบครองในสินค้า และ
2. นายหน้าจะไม่ทำการขายสินค้าในนามของตนเอง[43]

2.3.4 ความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้ากับ Canvassing agent

Canvassing agent นี้เป็นประเภทหนึ่งของตัวแทนตามกฎหมายอังกฤษเช่นกัน เช่นเดียวกับ Factor แต่ Canvassing agent นี้จะมีลักษณะของการกระทำที่แคบกว่า Factor และนายหน้า ดังนี้

บทบาทที่สำคัญของ Canvassing agent คือ การหาลูกค้าตามที่ตัวการคาดหมาย และให้คำแนะนำเพื่อนำไปสู่การเกิดความสัมพันธ์กัน ถ้าการกระทำนี้นำไปสู่การขายสินค้า ตัวแทนนี้ก็จะได้รับสิทธิในค่าบำเหน็จ ผู้อธิบายบางคนได้รวมเอาตัวแทนค้าอสังหาริมทรัพย์ไปอยู่ในประเภทเดียวกับ Canvassing agent หรือ ตัวแทนที่มีหน้าที่ในการชักนำลูกค้า ซึ่งถือว่าเป็น incomplete agent เพราะไม่มีอำนาจกระทำการให้เกิดผลเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของตัวการ ไม่ถือว่าเป็นตัวแทนที่แท้จริง[44]

Bowstead โต้แย้งว่าเมื่อใดก็ตามที่เห็นว่าบุคคลใดเป็นตัวแทน หรือมีความไม่ไว้วางใจเมื่อนั้นความหมายของตัวแทนจะเพิ่งเล็งไปถึงความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน อำนาจของตัวแทนจะส่งผลไปยังฐานะทางกฎหมายของตัวการ คำจำกัดความของ Bowstead นั้นเป็นการเน้นถึงรูปแบบ และยังเป็นการรวมเอา Canvasser ไว้ในความหมายของตัวแทน

---

[42] G.H.L. Fridman. Loc.cit. p.37-38.

[43] A broker may well come within the definition of a “mercantile agent”, but will differ from a factor in two ways. First, a broker is not given possession of goods, and second, brokers never sell in their own name.

[44] คำสอนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2479. หน้า 197.

อย่างไรก็ตามแนวความคิดที่กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นการถือตามวิธีการที่อยู่บนพื้นฐานของอำนาจของตัวแทน ตัวแทนค้าอสังหาริมทรัพย์ก็สามารถรวมอยู่ในความหมายดังกล่าวได้

Canvassers หรือ Introducers อื่น ๆ นั้น เป็นการยากที่จะหาคำจำกัดความ แต่ตามวัตถุประสงค์ของหนังสือเล่มนี้ หมายถึง บุคคลที่สามารถหาลูกค้าให้กับบุคคลอื่น ซึ่งไม่ได้ถือว่าตัวแทนอย่างแท้จริง (แต่ไม่จำต้องเกิดผลโดยสัญญา) สำหรับการเป็นตัวแทน ดังนั้นจึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในบางสถานการณ์ Canvasser นั้นไม่มีหนี้เหมือนกับตัวแทนประเภทอื่น ๆ ซึ่งความเห็นนี้ก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม Canvassing agent นี้ก็ถือว่าเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง แต่มีความหมายไม่เต็มตามแนวความคิดของการเป็นตัวแทน[45]

เมื่อพิจารณาถึงความหมายของ Canvassing agent แล้วจะเห็นได้ว่า Canvassing agent นี้แม้ว่าจะถือว่าเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง แต่มีลักษณะที่แตกต่างกับตัวแทนประเภทอื่น ๆ คือ Canvassing agent นี้มีหน้าที่เพียงแนะนำ หรือเชิญชวนให้บุคคลอีกคนหนึ่ง หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาดำเนินการในการจัดทำสัญญากับตัวการ โดยที่ Canvassing agent นี้ไม่มีอำนาจในการเข้าทำสัญญาแทนตัวการได้ จึงเรียกตัวแทนประเภทนี้ว่า incomplete agent

เมื่อเปรียบเทียบกับนายหน้านั้นจะเห็นได้ว่า Canvassing agent นี้มีลักษณะที่เหมือนกับนายหน้าในประการสำคัญคือ ไม่มีอำนาจเข้าทำสัญญาแทนตัวการได้ และเป็นแต่เพียงคนกลางในการชักนำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้ามาดำเนินการในการจัดทำสัญญากันเอง และเมื่อทั้งสองฝ่ายสามารถดำเนินการเจรจาจนเป็นผลสำเร็จ ทั้งนายหน้าและ Canvassing agent ต่างก็จะได้รับค่าตอบแทนจากการที่ตนทำการชักนำ หรือเชิญชวนให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้ามาดำเนินการเจรจาจนเป็นผลสำเร็จ และนอกจากนี้ทั้งนายหน้า และ Canvassing agent ต่างก็ไม่ต้องรับผิดในหนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นการส่วนตัว

จากการศึกษาพบว่าสัญญานายหน้านั้นเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นภายหลังสัญญาตัวแทน แต่เนื่องจากในสมัยเริ่มแรกที่ได้มีการนำเอาสัญญานายหน้ามาบังคับใช้ นักกฎหมายส่วนใหญ่จึงยังไม่เคยชินกับสัญญานายหน้า ซึ่งประเทศไทยเราได้นำเอาแบบอย่างมาจากประเทศอังกฤษ จึงทำให้แนวคำพิพากษาฎีกาในระยะเริ่มแรกยังไม่มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างสัญญาตัวแทนและสัญญานายหน้า แต่เมื่อนักกฎหมายไทยได้เริ่มทำการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้ามากยิ่งขึ้นย่อมทำให้เห็นถึงลักษณะและความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้า และสัญญาตัวแทน หรือสัญญาตัวแทนค้าต่างที่มีอยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย รวมทั้งความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้าและสัญญาประเภทอื่นของต่างประเทศ เช่น สัญญา Factor หรือ Canvassing Agent อันทำให้การปรับใช้กฎหมายเป็นไปในทางที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสัญญาแต่ละ

---

[45] Richard Stone. Op.cit. p.11-12.

ประเภทมากยิ่งขึ้น รวมทั้งยังเป็นการแยกแยะให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสัญญาที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันได้อย่างชัดเจน โดยลักษณะสำคัญของสัญญานายหน้านั้น นายหน้ามีลักษณะเป็นเพียงสื่อกลางที่คอยช่วยชี้ช่องจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกจนเป็นผลสำเร็จโดยที่นายหน้านั้นมิได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ ในสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อันเป็นลักษณะแตกต่างจากสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย รวมทั้งสัญญา Factor ของประเทศอังกฤษ ดังนั้นการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจึงไม่อาจนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตัวแทนมาปรับใช้หรือเทียบเคียงได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดเกี่ยวกับหลักกฎหมายและผลบังคับตามกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้า ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

DPU

บทที่ 3
ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของประเทศไทย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าไว้ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 ว่าด้วยนายหน้า ตั้งแต่มาตรา 845 ถึง มาตรา 849 ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยสัญญานายหน้าในส่วนนี้ได้บัญญัติถึงลักษณะของสัญญานายหน้า สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดของนายหน้า รวมทั้งผลในทางกฎหมายในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญาของนายหน้าได้เกิดมีขึ้น แม้ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าจะบัญญัติอยู่เพียง 5 มาตราเท่านั้น หากได้ศึกษาอย่างละเอียดแล้วจะทำให้เห็นได้ว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเป็นหลักกฎหมายที่ควรนำมาพิเคราะห์ พิจารณาและศึกษาอย่างยิ่ง ดังนี้

3.1 มูลเหตุในการเข้าทำสัญญานายหน้า

การที่บุคคลหนึ่งต้องอาศัยนายหน้าเข้าทำการชี้ช่องให้มีการทำสัญญากันนั้น แทนที่เข้าทำสัญญากับบุคคลใด ๆ โดยตรงนั้น ก็อาจเป็นเพราะว่าบุคคลดังกล่าวไม่ทราบหรือไม่สามารถจะติดต่อบุคคลอื่นใดให้เข้ามาทำสัญญากับตนได้ เพราะถ้าบุคคลนี้ทราบก็คงไม่ต้องอาศัยนายหน้าเข้ามาชี้ช่องให้ นายหน้าจึงเปรียบเสมือนคนกลางที่ทำให้บุคคลทั้งสองฝ่ายที่ต้องการทำสัญญากันมาพบมารู้จักและมาทำสัญญาในระหว่างกัน

ส่วนทางด้านตัวนายหน้าเอง จะทำการเป็นนายหน้าก็เพื่อเป็นการช่วยเหลือบุคคลผู้ที่ต้องการจะทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้สามารถทำการตามที่ประสงค์ได้ ไม่ว่านายหน้าจะหวังบำเหน็จนายหน้าเป็นการตอบแทนหรือไม่ เพราะอาจเป็นเพื่อน เป็นญาติก็ได้ แต่ส่วนใหญ่แล้ว นายหน้ามักทำการด้วยความประสงค์ที่จะได้รับค่าบำเหน็จ โดยเฉพาะนายหน้าในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ นายหน้าจัดหางาน หรือนายหน้าเกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์[46]

นอกจากนั้นในทางปฏิบัติยังเกิดปัญหามากมาย เช่น การโก่งราคาของผู้ขาย เนื่องจากผู้ซื้ออาจเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการซื้อขายทรัพย์สินนั้น ๆ ว่าในปัจจุบันนี้

---

[46] ไผทชิต เอกจริยกร. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 307-308.

ราคาทรัพย์สินที่แท้จริงแล้วควรอยู่ในช่วงราคาเท่าใด และหากหักค่าเสื่อมราคา หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ แล้ว ราคาทรัพย์สินที่แท้จริงนั้นควรอยู่ที่ราคาเท่าใด ดังนั้นนายหน้าจึงเป็นบุคคลที่มีความสำคัญในการซื้อขายทรัพย์สินบางประเภท เช่น รถยนต์ อสังหาริมทรัพย์ หรือแม้แต่หุ้นในตลาดหลักทรัพย์ เนื่องจากนายหน้ามักจะเป็นบุคคลที่มีความกว้างขวาง สามารถดำเนินการติดต่อกับบุคคลที่มีความประสงค์จะขายทรัพย์สินชนิดนั้นๆอยู่แล้ว และนายหน้ามักจะเข้าไปทำการติดต่อกับผู้ขายหลายรายเพื่อให้ได้ราคาที่ต่ำที่สุดในการซื้อขายทรัพย์สินชนิดนั้น เนื่องจากหากได้ราคาที่ต่ำเท่าไหร่นายหน้าก็อาจจะได้ค่าบำเหน็จที่เป็นส่วนต่างมากขึ้นเท่านั้น นอกจากนี้ผู้ที่ต้องการจะขายทรัพย์สินอาจจะไม่กำหนดราคาที่สูงเกินไปกว่าความเป็นจริงมากนัก เนื่องจากตอนที่นายหน้าเข้าไปทำการติดต่อ หรือเจรจานั้นอาจเป็นการไม่แน่ว่าจะมีผู้ซื้อสินค้าหรือไม่ และนายหน้ามักจะมีวิธีการในการเจรจาต่อรองราคาได้เป็นอย่างดี แต่ผู้ที่ต้องการให้นายหน้าเข้ามาทำการเจรจาต่อรอง หรือหาผู้ที่ต้องการขาย หรือซื้อสินค้าชนิดนั้นก็ต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่นายหน้าเพื่อเป็นการตอบแทนจากการดำเนินการดังกล่าว โดยอาจมีการกำหนดไว้เป็นการล่วงหน้า หรือคิดเป็นเปอร์เซ็นต์จากราคาขายหรือซื้อสินค้านั้น ๆ

3.2 บุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญานายหน้า

สัญญานายหน้าเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย กล่าวคือ

3.2.1 บุคคลที่ตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้า

บุคคลที่ตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้า หรือตัวการที่ได้ใช้นายหน้าให้ไปติดต่อจัดการให้บุคคลอื่นมาทำสัญญากับตน เช่น นาย ก ต้องการขายที่ดินพร้อมบ้านหนึ่งหลังจึงให้นาย ข ช่วยหาผู้ซื้อและตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นาย ข นาย ก ก็คือบุคคลดังกล่าวนี้ ดังนั้นหากนายหน้าได้ดำเนินการชี้ช่อง หรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จตัวการมีหนี้ที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า

บุคคลที่ตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้านี้จะเป็นบุคคลธรรมดา เช่น นาย ก หรือเป็นนิติบุคคล เช่น ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน หรือบริษัทก็ได้[47]

3.2.2 คู่สัญญาฝ่ายที่สองก็คือนายหน้า

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 845 ได้บัญญัติถึงลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของสัญญานายหน้าไว้ดังนี้ “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่อง

---

[47] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 309.

ให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น..."

จากบทบัญญัติข้างต้นนั้น การเป็นนายหน้าอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ หากการเป็นนายหน้านี้ ถ้านายหน้าเป็นบุคคลธรรมดาก็ไม่มีปัญหา เพราะบุคคลธรรมดาย่อมไปกระทำการเป็นนายหน้าได้ ไม่ว่าด้วยการบอกกล่าวชี้ชวน ให้ข้อมูลต่างๆนานา เพื่อให้เกิดการตกลงทำสัญญากันขึ้น แต่นายหน้าจะเป็นนิติบุคคลได้หรือไม่ ในเรื่องนี้มีผู้ได้ให้ความเห็นไว้ว่า[48]นายหน้าจะเป็นนิติบุคคลก็ได้ โดยการแสดงออกซึ่งเจตนาของนิติบุคคลนั้นสามารถทำผ่านผู้แทนนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ชี้ชวนให้มีการเข้าทำสัญญากันก็ได้

คำว่า ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญานั้น หมายถึงบอกให้ทราบ หรือ แนะนำให้รู้ หรือหาลู่ทางให้ เช่น บอกให้ผู้ต้องการขายที่ดินไปพบผู้ที่ต้องการซื้อ บอกเลขบ้าน หรือหมายเลขโทรศัพท์ของคู่กรณีก็ได้ชื่อว่าชี้ช่อง ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นผลให้เขาได้เข้าทำสัญญากันนายหน้าก็มีสิทธิได้รับบำเหน็จตามที่ตกลง อาจมีการบอกกล่าวต่อ ๆ ไปหลายทอดก็ได้ ใครสัญญากับคนไหนก็จะต้องจ่ายค่านายหน้าให้คนนั้น

คำว่า จัดการให้ได้ทำสัญญา นั้นก็คล้ายกับชี้ช่อง หมายถึงนายหน้าจัดแจงช่วยเหลือให้ทั้งสองฝ่ายได้ทำสัญญากัน นายหน้าอาจขับรถไปส่ง ช่วยต่อรองราคา และจัดการเตรียมสัญญาตลอดจนนัดคู่สัญญาไปจดทะเบียนซื้อขายกัน[49]

นอกจากนี้แล้วยังมีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า นายหน้าจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถหรือไม่ ซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นการชัดเจน หากพิจารณาจากความเห็นของนักวิชาการในเรื่องดังกล่าวอาจกำหนดเป็นแนวทาง ดังนี้

แนวความคิดแรก เห็นว่าเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนายหน้าไม่ได้กำหนดเรื่องความสามารถของนายหน้าไว้เป็นการเฉพาะ และเมื่อเทียบเคียงบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนแล้ว ตัวแทนยังอาจเป็นบุคคลไร้ความสามารถได้ ดังนั้น นายหน้าก็อาจเป็นบุคคลไร้ความสามารถได้เช่นกัน นอกจากนี้นายหน้าเป็นเพียงบุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่อง หรือชักชวนให้ทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากันเท่านั้นจึงไม่มีความรับผิดเป็นการส่วนตัว ดังนั้นการเป็นบุคคลไร้ความสามารถหรือไม่จึงไม่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งมีความเห็นของนักวิชาการหลายท่านสนับสนุนไว้ดังนี้

หลวงสุทธิมนต์ นฤนาถ เห็นว่า นายหน้าจะมีความสามารถตามกฎหมาย หรือไร้ความสามารถไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกล่าวไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นแม้แต่ผู้ไร้ความสามารถก็อาจเป็น

---

[48] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 310

[49] สถิตย์ เล็งไธสง. (2550). **กฎหมายลักษณะตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 254.

นายหน้าได้ทั้งนั้น เพราะเพียงแต่ชี้ช่องแนะนำให้เขามาทำสัญญากัน ตัวเองจึงไม่มีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวเลย[50]

ศาสตราจารย์กมล สนธิเกษตริน เห็นว่า กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษว่าใครบ้างจะเป็นนายหน้าได้ หรือนายหน้าจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไร ฉะนั้นใคร ๆ ก็เป็นนายหน้าได้ แม้จะเป็นผู้เยาว์หรือบุคคลไร้ความสามารถ เพราะนายหน้าเป็นเพียงผู้ชี้ช่องให้เขาเข้าทำสัญญากันได้เท่านั้น ตนเองมิได้เข้าเป็นคู่สัญญาหรือรับผิดชอบตามสัญญาที่เขาทำกันนั้นด้วย[51]

อาจารย์สถิตย์ เล็งไธสง เห็นว่า เนื่องจากนายหน้าเป็นเพียงผู้ชี้ช่องหรือจัดการให้คนอื่นเขาได้เข้าทำสัญญากันโดยสภาพของงานในหน้าที่นายหน้าย่อมจะไม่ต้องการความสามารถอะไรมากมายนัก บุคคลผู้มีสติสัมปชัญญะพอพูดจารู้เรื่องก็ย่อมเป็นนายหน้าได้ ทำนองเดียวกับตัวแทนในมาตรา 799 ตัวแทนเสียอีกที่เป็นผู้ได้รับอำนาจให้กระทำการแทนตัวการควรจะมีความสามารถมากกว่านายหน้า แม้กระนั้นกฎหมายก็ยังให้ผู้ไร้ความสามารถสามารถเป็นตัวแทนได้ด้วยเหตุผลดังกล่าว บุคคลแม้เป็นผู้ไร้ความสามารถก็อาจเป็นนายหน้าได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติจริง ๆ แล้วกลับเป็นว่านายหน้าที่ประสบความสำเร็จนั้น มักจะเป็นผู้มีความฉลาดทันคน มีความรู้รอบตัวดี ช่างเจรจาพาที[52]

อาจารย์จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย เห็นว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตความสามารถของบุคคลผู้จะเป็นนายหน้าไว้ ซึ่งผิดกับเรื่องตัวแทนมีบอกไว้เลยว่า ถ้าตัวการตั้งผู้ไร้ความสามารถเป็นตัวแทน ตัวการต้องผูกพันในกิจการที่ตัวแทนกระทำ (มาตรา 799) แม้ในเรื่องนายหน้าจะไม่ได้กำหนดไว้ แต่เมื่อเปรียบเทียบความรับผิดชอบของตัวแทนกับนายหน้าแล้ว จะเห็นว่านายหน้าไม่ต้องรับผิดชอบมากเท่าตัวแทน ดังนั้น เมื่อการตั้งผู้ไร้ความสามารถเป็นตัวแทนได้ก็ย่อมตั้งผู้ไร้ความสามารถเป็นนายหน้าได้ด้วย[53]

ศาสตราจารย์ไชยเจริญ สันติศิริ เห็นว่า ในเรื่องความสามารถที่ว่าใครบ้างจะทำการเป็นนายหน้าได้นั้น ในข้อนี้ไม่มีบทกฎหมายกล่าวไว้เป็นพิเศษ เพราะฉะนั้นใคร ๆ ก็เป็นนายหน้าได้ แม้จะเป็นผู้ไร้ความสามารถก็ดี เพราะเหตุว่าบุคคลที่เป็นนายหน้าไม่มีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัว

---

[50] หลวงสุทธิมนต์ นฤนาถ. (2511). **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน-นายหน้า**. หน้า 113.

[51] กมล สนธิเกษตริน. (2530). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า131.

[52] สถิตย์ เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 254.

[53] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน** (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 86.

ในการงานที่รับมอบหมายมานั้นมากไปกว่าตัวแทนธรรมดาเลย และแม้แต่ในเรื่องตัวแทนธรรมดาผู้ไร้ความสามารถก็ยังอาจทำการเป็นตัวแทนได้ (มาตรา 799) เพราะฉะนั้น ในเรื่องนายหน้าซึ่งต้องทำการเพียงเป็นสื่อให้เขาเท่านั้น คนไร้ความสามารถจึงอาจทำการได้[54]

แนวความคิดที่สอง เห็นว่า สัญญานายหน้าเป็นสัญญาทั่วไปชนิดหนึ่ง ดังนั้นจึงควรนำบทบัญญัติทั่วไปที่อยู่ในบรรพ 1 มาพิจารณาประกอบด้วย กล่าว คือในกรณีที่บทบัญญัติในลักษณะ 16 เรื่องนายหน้ามิได้บัญญัติเรื่องความสามารถของนายหน้าไว้เป็นการเฉพาะแล้วจึงนำบทบัญญัติในบรรพ 1 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยความสามารถมาบังคับใช้

ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล เห็นว่า สัญญานายหน้าและการปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้า ควรแยกวินิจฉัยเป็นสองประการ กล่าวคือ สัญญานายหน้านั้นเป็นสัญญาทั่ว ๆ ไปชนิดหนึ่ง ฉะนั้นความสมบูรณ์ของสัญญาจึงต้องนำหลักทั่วๆไป มาพิจารณา ดังนั้นเรื่องความสามารถตามกฎหมายของผู้ที่จะเป็นนายหน้าจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่ง และเห็นว่าไม่มีกฎหมายยกเว้นไว้เป็นพิเศษ ถ้าหากตัวการได้ทำสัญญาตั้งให้ผู้เยาว์เป็นนายหน้า โดยผู้เยาว์ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมแล้ว ก็ทำให้สัญญานายหน้าเป็นโมฆียกรรม ถ้ายังไม่ถูกบอกล้างแล้วก็ยังมีผลใช้บังคับได้ ส่วนการที่ผู้เยาว์ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยทำการแนะนำชี้ช่องจัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญา การกระทำหน้าที่ของนายหน้า ในส่วนนี้ไม่ผูกพันทรัพย์สินของผู้เยาว์ จึงไม่ต้องพิจารณาถึงความสามารถในการทำนิติกรรมตามกฎหมาย ดังนั้นก็มีปัญหาว่าถ้าผู้เยาว์ได้ปฏิบัติหน้าที่จนสำเร็จแล้ว จะมีสิทธิเรียกค่านายบำเหน็จจากตัวการได้หรือไม่นั้น ก็คงจะแยกพิจารณาได้ดังนี้คือ ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมจะให้โมฆียกรรมนั้นสมบูรณ์ ผู้แทนโดยชอบธรรมก็อาจให้สัตยาบันได้ หรือถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมไม่บอกล้าง สัญญานายหน้าก็ยังคงใช้บังคับได้ ตัวการจะปฏิเสธความไม่สมบูรณ์หรือจะบอกล้างเองไม่ได้ ถ้าหากผู้แทนโดยชอบธรรมไม่พอใจก็อาจบอกล้างได้ ในกรณีเช่นนี้ ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมใช้สิทธิโดยสุจริต เพื่อผลประโยชน์ของผู้เยาว์ก็จะทำให้โมฆียกรรมตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มต้น แต่ถ้าใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและทำให้กองทรัพย์สินของผู้เยาว์นั้นเสียหายแล้ว ผู้แทนโดยชอบธรรมอาจจะต้องรับผิดต่อผู้เยาว์เป็นการส่วนตัว สรุปแล้วตามความเห็นของศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล เห็นว่า ความสามารถของผู้ที่จะเป็นนายหน้าตามมาตรา 845 ยังคงต้องบังคับตามหลักทั่วไป[55]

---

[54] ไชยเจริญ สันติศิริ. (2446-2506). **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง**. หน้า 249-250.

[55] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. (2548). **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ถึง มาตรา 14** (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 46-47.

แนวความคิดที่สาม เห็นว่า แนวความคิดแรกเป็นแนวความคิดที่นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นด้วย แต่แนวความคิดที่สองก็เป็นเรื่องที่น่าพิจารณาอย่างยิ่ง เพราะเมื่อสัญญานายหน้าเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสัญญานายหน้านี้อาจเป็นโมฆียะได้ หากผู้เป็นนายหน้าที่เป็นผู้เยาว์ทำการไปโดยปราศจากความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน (เว้นแต่จะตีความว่า เข้ากรณีใดที่มาตรา 22 บัญญัติว่าผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ทั้งสิ้น หากเป็นเพียงเพื่อจะได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่งหรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง) หรือในกรณีที่คนไร้ความสามารถที่ศาลสั่งแล้วทำการใด ๆ ลงไป ดังนี้สัญญานายหน้าก็เป็นโมฆียะ อาจถูกบอกล้างได้ หรือให้สัตยาบันได้ แต่นั่นเป็นเรื่องระหว่างนายหน้ากับบุคคลผู้ใช้นายหน้าให้ทำการ แต่ถ้าเป็นเรื่องระหว่างบุคคลผู้ใช้นายหน้าซึ่งบุคคลผู้ไร้ความสามารถไปทำการ แม้นายหน้ารายนี้ได้ทำการชี้ช่องไปแล้วจนบุคคลภายนอกกับบุคคลที่ใช้นายหน้าทำสัญญากันไปแล้ว นายหน้าก็มีสิทธิได้รับบำเหน็จ การเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถจึงไม่เป็นอุปสรรคในการทำการเป็นนายหน้า ในด้านนี้จึงเป็นไปตามความเห็นแรก ส่วนนายหน้านั้นก็ไม่ต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอก เพราะตนเองเป็นเพียงผู้ชี้ช่อง จึงไม่ต้องไปพิจารณาเรื่องความสามารถของนายหน้า แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดของนายหน้าต่อบุคคลภายนอกก็ไม่ใช่ว่าไม่มี มาตรา 848 ยังกำหนดถึงความรับผิดของนายหน้าไว้ในกรณีหนึ่ง คือ ในกรณีที่นายหน้ามิได้บอกชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.ไผทชิต เอกจริยกร เห็นว่าในกรณีเช่นนี้นายหน้าซึ่งเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถก็มีสิทธิอ้างโมฆียกรรมในสัญญาเพื่อความรับผิดที่ตนจะพึงมี[56]

ในเรื่องความสามารถของนายหน้านี้ ผู้วิจัยเห็นควรแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

1) ในกรณีที่นายหน้าเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถ เมื่อสัญญานายหน้าเป็นเอกเทศสัญญาลักษณะหนึ่งในบรรพ 3 ดังนั้นในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะแล้วจึงต้องนำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาพิจารณา ดังนี้ บทบัญญัติในมาตรา 153 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ และเมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 21 ที่ว่า ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงโดยปราศจากความยินยอมเช่นว่านั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น จึงสรุปได้ว่า การใด ๆ ที่จะตกเป็นโมฆียะการนั้นผู้เยาว์จะต้องกระทำลงโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน

---

[56] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 310-311.

ดังนั้น หากนายหน้าเป็นผู้เยาว์ และได้เข้ากระทำการเป็นนายหน้าในสัญญานายหน้าโดยที่มิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน สัญญานายหน้าย่อมตกเป็นโมฆียะกรรม และอาจถูกผู้แทนโดยชอบธรรมบอกล้างเสียได้ หรือผู้เยาว์นั้นเองอาจบอกล้างได้เมื่อผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือก่อนที่ผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะผู้เยาว์ก็อาจบอกล้างได้ถ้าได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175[57]

แม้ว่านายหน้านั้นจะไม่มีความรับผิดในหนี้ หรือไม่มีอำนาจในการรับชำระหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำต่อกันเพราะการที่นายหน้าเป็นเพียงแต่สื่อ แต่ในทางธุรกิจการค้าการติดต่อสื่อสารเพื่อทำความตกลงในทางธุรกิจ คู่สัญญาต่างที่จะต้องการบุคคลที่ทั้งสองฝ่ายไว้วางใจและสามารถเป็นสื่อกลางในการเจรจาธุรกิจของทั้งสองฝ่ายได้ ดังนั้น หากนายหน้าเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถย่อมทำให้การดำเนินการในการเจรจาทางธุรกิจขาดความน่าเชื่อถือ และความไว้วางใจต่อกัน และการทำสัญญานายหน้าย่อมไม่มีความจำเป็นใด ๆ เลยในการทำธุรกิจในครั้งนั้นเพราะขาดบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือในการเชื่อมสัมพันธ์ในทางธุรกิจ นายหน้าจึงต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถสมบูรณ์เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือ และความไว้วางใจระหว่างคู่สัญญา

นอกจากนี้การที่มีผู้ให้ความเห็นว่าเมื่อบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนนั้นได้บัญญัติว่าตัวแทนอาจเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถได้ ดังนั้นในบทบัญญัติเรื่องนายหน้าก็อาจเทียบเคียงได้กับบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนดังกล่าว ด้วยความเคารพในข้อนี้ผู้วิจัยเห็นว่าหากกฎหมายต้องการให้นายหน้าเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถได้แล้วกฎหมายน่าจะมีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน เพราะเหตุว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้เป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติในบรรพ 1 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป หากกฎหมายมีความประสงค์เช่นนั้นก็น่าจะมีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจน และในกรณีนี้บทบัญญัติเรื่องตัวแทนไม่อาจนำมาเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับบทบัญญัติเรื่องนายหน้าเนื่องจากมีความแตกต่างหลายประการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น และผลของการที่ตัวการใช้ให้บุคคลผู้ไร้ความสามารถเป็นเป็นตัวแทนนั้น ตัวการย่อมต้องผูกพันในกิจการที่ตัวแทนกระทำ หากจะนำผลในเรื่องนี้มาเทียบเคียงกับสัญญานายหน้าแล้ว เมื่อนายหน้าเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์นั้นเองเมื่อบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือแม้ว่ายังไม่บรรลุนิติภาวะแต่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมอาจบอกล้างสัญญาได้ ทำให้การดำเนินการในทางธุรกิจขาดความมั่นคง และหากจะให้ผู้ที่ใช้นายหน้านั้นต้องเข้าผูกพันในสัญญาที่นายหน้ากระทำไปก็ย่อมไม่ความจำเป็นประการใดเลยที่จำต้องเทียบเคียง หรือต้องบัญญัติเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจาก

---

[57] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 โมฆียกรรมนั้น บุคคลต่อไปนี้จะบอกล้างเสียได้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ผู้เยาว์จะบอกล้างก่อนที่ตนจะบรรลุนิติภาวะก็ได้ถ้าได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม... .

ผู้ใช้นายหน้าต้องรับผิดในหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่นายหน้าได้ไปดำเนินการกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามหลักสัญญาทั่วไปอยู่แล้ว เพราะเหตุว่านายหน้าไม่มีอำนาจในการเข้าทำสัญญาในนามของตนเอง ดังนั้นไม่ว่านายหน้าจะเป็นบุคคลไร้ความสามารถหรือไม่จึงไม่ทำให้ความรับผิดของผู้ใช้นายหน้านั้นเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้นจึงหาจำต้องเทียบเคียง หรือบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ

2) ในกรณีที่ผู้ใช้นายหน้าเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถ บุคคลผู้ใช้นายหน้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนายหน้าและบุคคลผู้ใช้นายหน้านั้นเป็นอีกกรณีหนึ่ง ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความสามารถของบุคคลผู้ใช้นายหน้านี้จึงต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในบรรพ 1 มาพิจารณาประกอบด้วย ในกรณีที่บทบัญญัติในพรรพ 3 ลักษณะ 16 ไม่ได้กล่าวไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะ เรื่องนายหน้า มาตรา 845 บัญญัติแต่เพียงว่า บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญากันก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องจัดการนั้น...บทบัญญัติในมาตรานี้บัญญัติแต่เพียงว่าบุคคลผู้ตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้านั้น จะมีความรับผิดในหนี้ต่อเมื่อสัญญาที่นายหน้าเข้าชี้ช่องนั้นได้ทำสำเร็จขึ้น แต่มิได้บัญญัติไว้เป็นการโดยตรงว่านายหน้าจะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถหรือไม่ แต่หากพิจารณาประกอบกับถ้อยคำที่ว่าบุคคลผู้ตกลงจะให้บำเหน็จนี้เป็นบุคคลที่ต้องมีความรับผิดในหนี้ที่เกิดขึ้น ดังนั้น นายหน้าจึงควรเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาได้ และเมื่อบทบัญญัติในเรื่องนายหน้ามิได้บัญญัติเรื่องความสามารถของนายหน้าไว้เป็นการเฉพาะแล้วจึงควรบทบัญญัติในบรรพ 1 มาบังคับใช้ กล่าวคือ หากบุคคลผู้ใช้นายหน้านั้นเป็นผู้เยาว์ หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือเป็นบุคคลวิกลจริต สัญญานายหน้าที่ทำขึ้นนั้นย่อมตกเป็นโมฆียะกรรม และอาจถูกบอกล้างโดยผู้มีส่วนได้เสียตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 อันจะทำให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176[58]

---

[58] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 บัญญัติว่า โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้แทน

ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรจะรู้ได้ว่าการใดเป็นโมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะ นับแต่วันที่ได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นโมฆียะ

ห้ามมิให้ใช้สิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามวรรคหนึ่งเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันบอกล้างโมฆียกรรม.

3.3 วัตถุประสงค์ของสัญญานายหน้า

วัตถุประสงค์ของสัญญา คือ การที่นายหน้าชี้ช่อง หรือจัดการให้มีการทำสัญญา

คำว่า ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญานั้น หมายถึงบอกให้ทราบ หรือ แนะนำให้รู้ หรือหาลู่ทางให้ เช่น บอกให้ผู้ต้องการขายที่ดินไปพบผู้ที่ต้องการซื้อ บอกเลขที่บ้าน หรือหมายเลขโทรศัพท์ของคู่กรณีก็ได้ชื่อว่าชี้ช่อง ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นผลให้เขาได้เข้าทำสัญญากันนายหน้าก็มีสิทธิได้รับบำเหน็จตามที่ตกลง อาจมีการบอกกล่าวต่อ ๆ ไปหลายทอดก็ได้ ใครสัญญากับคนไหนก็จะต้องจ่ายค่านายหน้าให้คนนั้น

คำว่า จัดการให้ได้ทำสัญญา นั้นก็คล้ายกับชี้ช่อง หมายถึงนายหน้าจัดแจงช่วยเหลือให้ทั้งสองฝ่ายได้ทำสัญญากัน นายหน้าอาจขับรถไปส่ง ช่วยต่อรองราคา และจัดการเตรียมสัญญาตลอดจนนัดคู่สัญญาไปจดทะเบียนซื้อขายกัน[59]

ส่วนสัญญาที่นายหน้าเข้าชี้ช่องให้มีการทำสัญญากันนี้จะเป็นสัญญาอะไรก็ได้ เช่น สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ หรือสัญญาซื้อขาย แม้จะเป็นสัญญาจะซื้อจะขายก็ได้ หรือในสัญญาอื่น ๆ เช่น ห้างโจทก์มีวัตถุประสงค์จำหน่ายข้าวสาร และเป็นนายหน้าและตัวแทนค้าต่างในกิจการทุกประเภท ในการติดต่อขายข้าวให้กับผู้ซื้อในต่างประเทศ ทางห้างโจทก์เสนอราคาขายข้าวโดยบวกค่าระวางบรรทุก ค่าประกันภัยและค่านายหน้ารวมเข้าไปด้วย แต่โจทก์ไม่ได้จดทะเบียนเป็นผู้ส่งข้าวออกไปขายต่างประเทศ และไม่ได้ขออนุญาตต่อทางราชการ ได้ความว่าโรงสีเป็นผู้ขออนุญาตส่งข้าวไปขายต่างประเทศ เป็นผู้ขออนุญาตนำเงินตราต่างประเทศเท่าราคาข้าวเข้ามาขายในประเทศ ทั้งเป็นผู้ปฏิบัติตามพิธีการส่งออกของกรมศุลกากร เสียภาษีศุลกากร ค่าพรีเมี่ยม และภาษีค้าข้าว กระสอบบรรจุข้าวส่งไปขายต่างประเทศก็มีตราของผู้ซื้อประทับอยู่ แสดงว่าโรงสีรู้อยู่แล้วว่ามีผู้ซื้อตัวจริงในต่างประเทศ โจทก์อ้างว่าโรงสีขายข้าวให้โจทก์ แต่การซื้อขายไม่มีการวางมัดจำหรือทำสัญญาซื้อขายข้าวกัน โจทก์ไม่มีโกดังเก็บข้าวเอง เมื่อโรงสีส่งมอบข้าวแก่โจทก์ยังไม่ชำระเงินค่าข้าว ประกอบกับเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ผู้ซื้อในต่างประเทศส่งมาชำระค่าข้าวนั้น โจทก์รับเอาทั้งหมดไม่ได้ คงรับเฉพาะส่วนที่เป็นผลประโยชน์ของโจทก์เองเท่านั้น พฤติการณ์เหล่านี้แสดงว่าโจทก์เพียงแต่ทำการเป็นนายหน้า หรือตัวแทน หรือรับจัดธุรกิจจัดการให้โรงสีและผู้ซื้อในต่างประเทศได้ซื้อขายกัน แม้บางเดือนมีการขาดทุนเพราะคำนวณค่าใช้จ่ายผิดพลาดบ้าง การกระทำของโจทก์ก็เข้าลักษณะเป็นการประกอบการค้าประเภทนายหน้าตามประมวลรัษฎากร หาใช่โจทก์เป็นผู้ขายข้าวส่งต่างประเทศเองไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 897/2520)

แต่ถ้าบุคคลดังกล่าวได้เข้าไปทำสัญญาแทนตัวการเลยก็ไม่ใช่เรื่องนายหน้า แต่เป็นตัวแทน เพราะหน้าที่ของนายหน้ามีเพียงชี้ช่องหรือจัดการให้มีการทำสัญญาเท่านั้น ไม่ได้เข้าเป็น

---

[59] สถิตย์ เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 254.

คู่สัญญาด้วย เช่น การที่จำเลยมิใช่แต่เพียงเป็นสื่อกลางให้เขาทำสัญญากัน หากแต่จำเลยยังรับสินค้าไปจำหน่าย และชำระเงินค่าสินค้าคืนให้ตัวการ โดยจำเลยได้รับบำเหน็จผลประโยชน์และจำเลยยังมีอำนาจครอบครองสินค้าส่งมอบแก่ผู้ซื้อ เรียกและรับเงินค่าสินค้า ทั้งหนังสือก็ยังระบุว่าหนังสือสัญญารับเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้า อนึ่ง การจัดหาระวางเรือโดยจำเลยตกลงกับผู้รับขนแทน โดยองค์การสรรพาหารเสียค่าระวางเองนั้น ย่อมเป็นการที่จำเลยทำในฐานเป็นตัวแทน มิใช่นายหน้า ส่วนการที่จำเลยรับสินค้าไป แม้จะมีผู้ควบคุมโดยต้องตกลงราคากับผู้ควบคุมก่อนนั้น เป็นเรื่องที่ต้องทำตามคำสั่งขององค์การ (ตัวการ) (คำพิพากษาฎีกาที่ 1249/2506)[60]

แต่อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ของสัญญานายหน้านั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าตั้งนายหน้าไปบอกขายยาเสพย์ติด ซึ่งขัดต่อกฎหมายแล้วสัญญานายหน้านั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผลคือนายหน้าจะเรียกร้องเอาค่าบำเหน็จตอบแทนตามสัญญาไม่ได้แม้ว่าตนจะได้จัดการขายเป็นผลสำเร็จก็ตาม[61] หรือ วัตถุประสงค์ที่โจทก์กับพวกกระทำไปก็คือให้นายประเชิญใช้ตำแหน่งหน้าที่ช่วยเหลือจำเลยเพื่อให้จำเลยเข้าทำสัญญากับนายประเชิญ ปรีชาไว จนจำเลยได้ทำสัญญาเช่าที่ดินจากสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ทั้งนี้ย่อมเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะฉะนั้น ความตกลงทั้งหลายในกรณีนี้จึงเป็นโมฆะกรรม ใช้บังคับไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 331/2497)

มีปัญหาที่น่าพิจารณาว่า เรื่องที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่อง หรือจัดการให้มีการทำกันในระหว่างบุคคลที่ตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้ากับบุคคลภายนอกก็คือสัญญาเท่านั้น ถ้านำไปเปรียบเทียบกับเรื่องตัวแทน การงานที่ตัวแทนไปทำการแทนตัวการนั้นอาจจะไม่ใช่สัญญาก็ได้ ดังนั้นหากเป็นการให้นายหน้าไปชี้ช่องให้มีการทำการอย่างอื่นที่มิใช่สัญญาจะมีได้หรือไม่ ในเรื่องนี้มีผู้ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ไม่ได้ เพราะตัวบทมาตรา 845 นั้นก็กล่าวเฉพาะในเรื่องสัญญาเท่านั้น[62]

มีปัญหาที่น่าพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งว่า สัญญาตั้งนายหน้าให้เป็นแม่สื่อในการจัดหาคู่นี้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ลักษณะ 8 นายหน้า มาตรา 656 ได้บัญญัติว่า สัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จสำหรับการชี้ช่องให้ทำการสมรสหรือการจัดหาให้เพื่อทำการสมรส ย่อมไม่ก่อให้เกิดหนี้ใด ๆ ถ้าหากได้จ่ายอะไรไปเนื่องจากสัญญานั้นไม่อาจเรียกคืนเพราะเหตุว่าไม่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นแต่อย่างใด (No obligation is created by the promise of a fee for information of an opportunity to

---

[60] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 313-314.

[61] สถิตย์ เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 254-255.

[62] แหล่งเดิม.

enter into marriage or for the procurement of the conclusion of a marriage. What has been paid on account of the promise may not be demanded back by reason or on obligation having existed.)[63] ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้เป็นการชัดเจนว่า การสัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จสำหรับการชี้ช่องให้มีการทำการสมรสกันนั้นไม่ก่อให้เกิดหนี้ใด ๆ ไม่มีความผูกพันตามกฎหมายต่อกัน แต่ในประเทศสิงคโปร์นั้นไม่การห้ามในการที่จะมีนายหน้าในหารจัดหาคู่ หรือที่เรียกว่า Marriage broker หรือ Matchmaking ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการแนะนำบุคคลเพื่อมาทำความรู้จักกัน และอาจจะนำไปสู่การแต่งงานในที่สุด โดยมีการจัดตั้งหน่วยงานพัฒนาสังคม ซึ่งดำเนินการโดยรัฐบาลของนครรัฐ ในการนำเสนอผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นที่ปรึกษา และนำระบบเทคโนโลยีในการนัดพบปะกันระหว่างบุคคลมาใช้ ซึ่งมีลักษณะคล้าย ๆ กับการให้บริการทางการค้าในการจัดหาคู่ ดังนั้นบทบาสำคัญของนายหน้าจัดหาคู่นี้จึงได้กลายมาเป็นเหมือนสถาบันที่มีผู้บริหารงานในหน่วยงานนั้น และประชาชนเกือบทุกคนในสิงคโปร์ก็ได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของนายหน้าในการจัดหาคู่ ซึ่งได้ให้บริการด้วยความซื่อสัตย์ และอยู่ในระดับที่น่าพึงพอใจ

สำหรับกฎหมายไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติห้ามในการเป็นนายหน้าในการจัดหาคู่แต่อย่างใด เนื่องจากการจัดหาคู่เพื่อให้บุคคลสองคนมาเรียนรู้ และตัดสินใจในการสมรสกัน เป็นการที่ไม่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดีแต่อย่างใด เนื่องจากมิได้เป็นการบังคับหรือข่มขู่ให้บุคคลสองคนทำการสมรสกัน แต่หากนายหน้าจัดหาคู่ หรือจัดหาผู้หญิง หรือผู้ชายเพื่อให้ไปทำการสมรสกับบุคคลที่มีคู่สมรสอยู่แล้ว หรือเพื่อชักจูงให้ไปเป็นภรรยาน้อย หรือค้าบริการเหล่านี้ย่อมเป็นการชัดแจ้งว่าเป็นการเข้าทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาจึงตกเป็นโมฆะ

3.4 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้า

สัญญาแต่งตั้งนายหน้าเกิดเมื่อคำเสนอและคำสนองระหว่างตัวการและนายหน้าต้องตรงกัน และเมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 1 และมาตรา 846 วรรค 1 แล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาตั้งนายหน้าอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ สัญญาตั้งนายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ และสัญญาตั้งนายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการ ซึ่งในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าผู้วิจัยจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 5 ข้อ 5.1

ในประเด็นปัญหานี้มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจที่วินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติการณ์ของตัวการว่าเป็นการยอมรับให้เป็นนายหน้าหรือไม่ เพราะหากมีการยอมรับให้เป็นนายหน้าแล้ว สัญญา

---

[63] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 100-101.

นายหน้าก็ได้เกิดมีขึ้น และหากนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการเป็นผลสำเร็จ นายหน้าก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากตัวการ ดังนั้นการที่บุคคลหนึ่งเข้ากระทำการให้บุคคลอีกคนหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยที่บุคคลอีกคนหนึ่งมิได้มีพฤติการณ์ว่าขานวานใช้ให้ทำ พฤติการณ์เช่นนี้จะฟังได้หรือไม่ว่ามีการยอมรับให้เป็นนายหน้าแล้ว ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าพฤติการณ์เช่นนี้เป็นเพียงเป็นการช่วยเหลืออนุเคราะห์กันโดยอัธยาศัยไมตรีเท่านั้นจะให้ฟังว่าได้มีการตกลงให้เป็นนายหน้ายังหาได้ไม่[64] สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่า การเกิดนิติสัมพันธ์กันตามกฎหมาย ผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนาต้องมีการแสดงเจตนาโดยมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า จำเลยไม่ได้มีพฤติการณ์เป็นการตกลงให้โจทก์กระทำการเป็นนายหน้าแต่อย่างใด ลำพังพฤติการณ์ของโจทก์เพียงฝ่ายเดียวที่เข้าเป็นผู้จัดการให้แก่จำเลย และแม้ว่าภรรยาโจทก์ได้นำจำเลยไปหานายพร ศรีจามร ในที่สุด ดังนี้ยังถือไม่ได้ว่าโจทก์และจำเลยได้แสดงเจตนาโดยมุ่งโดยตรงที่จะผูกนิติสัมพันธ์กันขึ้นระหว่างบุคคล ลำพังพฤติการณ์ของโจทก์แต่เพียงฝ่ายเดียวยังไม่พอฟังได้ว่าจำเลยได้ยอมรับให้โจทก์เข้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่จำเลยแล้ว ดังนั้นการที่จำเลยกระทำการดังกล่าวจึงเป็นเพียงการช่วยเหลืออนุเคราะห์แก่จำเลยโดยอัธยาศัยไมตรีเท่านั้น หาได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ใด ๆ ในทางกฎหมายไม่ ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยมาดังกล่าวข้างต้นผู้วิจัยเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่ง

---

[64] คำพิพากษาฎีกาที่ 1301/2497 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยตกลงให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินของจำเลยด้วยวาจาจะให้ค่านายหน้าร้อยละ 5 จากราคา โจทก์ได้นำจำเลยไปติดต่อเจ้าหน้าที่การไฟฟ้าหลวงสามเสนที่สุดทางการได้ตกลงรับซื้อและจำเลยได้ตกลงขายให้ จำเลยมีหน้าที่ต้องจ่ายค่านายหน้าให้โจทก์ 15,000 บาท จำเลยไม่จ่ายจึงขอให้ศาลบังคับให้จำเลยใช้เงินจำนวนนี้พร้อมดอกเบี้ย จำเลยปฏิเสธไม่ได้ตกลงให้ค่านายหน้าโจทก์การซื้อขายก็มิได้สำเร็จเพราะโจทก์แต่ประการใด ศาลแพ่งพิพากษายกฟ้องโจทก์

โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้จำเลยชำระค่านายหน้าแก่โจทก์หนึ่งหมื่นห้าพันบาทกับดอกเบี้ย

จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า โจทก์จะชนะคดีนี้ได้ก็ต่อเมื่อนำสืบให้ได้ความ 2 ข้อ คือ (1) จำเลยได้ตกลงให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินของจำเลย โดยจะให้ค่านายหน้าร้อยละ 5 และ (2) การซื้อขายที่ดินรายนี้ได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่โจทก์ชี้ช่องหรือจัดการ ข้อนำสืบของโจทก์ฟังไม่ได้ว่าจำเลยตกลงให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ให้จำเลย ส่วนที่โจทก์ได้เข้ามาเกี่ยวข้องอยู่ด้วย เช่นหนังสือที่จำเลยเสนอในตอนหลังนี้ โจทก์เป็นผู้จัดการให้และทั้งภรรยาโจทก์ได้นำจำเลยไปหานายพร ศรีจามร ในที่สุดจำเลยเคยนำเงินไปให้ภรรยาโจทก์ แต่ภรรยาโจทก์ไม่รับ เหตุเหล่านี้จะให้ฟังว่าได้มีการตกลงให้เป็นนายหน้ายังหาได้ไม่จะฟังได้ก็แต่เพียงเป็นการช่วยเหลืออนุเคราะห์กันโดยอัธยาศัยไมตรีเท่านั้นอนึ่งการซื้อขายรายนี้สำเร็จลงเนื่องแต่การที่จำเลย ติดต่อกับนายพรมาแต่แรก หาได้สำเร็จเพราะโจทก์ไม่ พิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ให้ยกฟ้องโจทก์.

ส่วนในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 16 ว่าด้วย นายหน้า ไม่ได้กำหนดว่าสัญญานายหน้าจะต้องทำตามแบบ หรือกำหนดว่าจะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด ดังเช่นสัญญาตัวแทน ตามมาตรา 798 เพียงตกลงกันด้วยปากเปล่าก็สามารถเกิดเป็นสัญญานายหน้าและมีผลสมบูรณ์บังคับกันได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้เพราะหน้าที่สำคัญของนายหน้าคือ การแนะนำชี้ช่องจัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญาให้สำเร็จตามความมุ่งหมายของตัวการเท่านั้น โดยนายหน้าไม่ได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกในนามตนเอง หรือทำในนามของตัวการ ซึ่งในข้อนี้ต่างกับสัญญาตัวแทนซึ่งกฎหมายบังคับไว้ให้สัญญาตัวแทนในกิจการสำคัญๆต้องทำเป็นหนังสือ แต่สัญญานายหน้าไม่จำต้องทำเป็นหนังสือ เพราะนายหน้าเป็นเพียงสื่อ ไม่มีผลกระทบถึงสัญญาอันเขาได้ทำกันเพราะนายหน้าเป็นสื่อแต่อย่างใด[65] ดังนั้น สัญญานายหน้ามีลักษณะเป็นสัญญาทั่วๆไปชนิดหนึ่ง ซึ่งอาจเกิดจากตัวการและนายหน้าตกลงกันในเรื่องค่าบำเหน็จ หรือค่านายหน้า รวมตลอดจนค่าใช้จ่ายอื่น ๆ แล้วมอบหมายให้นายหน้าไปปฏิบัติหน้าที่ของตน สัญญานั้นอาจจะเกิดจากวาจา หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ ฉะนั้น ถ้าเป็นสัญญาที่เกิดจากวาจาแล้ว ถ้ามีปัญหาโต้เถียงว่ามีสัญญานายหน้าหรือไม่ ค่าบำเหน็จกำหนดเป็นจำนวนเท่าใดหรือได้มีการตกลงกันเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายหรือไม่เพียงใด คู่กรณีอาจนำพยานบุคคลหรือพยานหลักฐานอื่นมาสืบแสดงให้ศาลเห็นจริงตามที่ตนอ้าง[66]

ดังนั้น สัญญานายหน้าจึงเป็นการตกลงระหว่างกันว่านายหน้าจะทำการเพื่อชี้ช่องหรือจัดการให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอก และไม่มีบทกฎหมายบัญญัติว่าการทำสัญญาจะต้องปฏิบัติเช่นใด ดังนั้น การทำสัญญาหรือตกลงดังกล่าวจึงไม่มีแบบ กล่าวคือไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพียงแต่คู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจาโดยมีเจตนาจะผูกนิติสัมพันธ์ตรงตามความประสงค์เดียวกันสัญญานายหน้าย่อมเกิดขึ้นตามข้อตกลงนั้น[67]

นอกจากสัญญานายหน้าจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้สัญญานายหน้าจะต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าก็หาได้มีบทบัญญัติส่วนใดบัญญัติห้ามมิให้ตัวการแต่งตั้งหรือมอบหมายนายหน้าหลายรายให้กระทำการเป็นนายหน้าให้แก่ตนได้ ดังนั้นการที่ตัวการตกลงมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้าให้แก่ตนจึงหา

---

[65] สถิต เลิ่งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 255.

[66] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 43.

[67] คำพิพากษาฎีกาที่ 2046/2535 ย่อข้อกฎหมาย ศูนย์บริการข้อมูลตุลาการ ระบบสารสนเทศคำพิพากษาของศาลฎีกา.

ได้เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 3181/2536[68] และคำพิพากษาฎีกาที่ 1821/2540[69] การตกลงมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้านั้น

---

[68] คำพิพากษาฎีกาที่ 3181/2536 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "พิเคราะห์แล้ว ข้อเท็จจริงที่คู่ความนำสืบรับและไม่โต้แย้งกันในชั้นฎีกาฟังได้ว่า จำเลยทั้งสี่เป็นเจ้าของที่ดินตามที่โจทก์อ้างในคำฟ้องและได้บอกขายที่ดินแปลงนี้ให้แก่บุคคลทั่วไป โดยฝ่ายจำเลยตกลงที่จะชำระค่านายหน้าให้แก่ผู้ติดต่อหาคนซื้อจนสำเร็จในอัตราร้อยละห้าของราคาที่ขายได้เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายแล้ว โจทก์พานายเสรี วิริยะศิริกุล ไปติดต่อซื้อที่ดินดังกล่าวจนในที่สุดได้มีการจดทะเบียนโอนขายที่ดินแปลงนั้นเมื่อจดทะเบียนโอนที่ดินแล้วจำเลยทั้งสี่ได้ชำระค่านายหน้าให้แก่โจทก์กึ่งหนึ่งเป็นเงิน 275,768 บาท ส่วนอีกกึ่งหนึ่งจำนวน 275,768 บาทนั้น จำเลยทั้งสี่ไม่ได้ชำระแก่โจทก์โดยอ้างว่าเป็นส่วนของนายกิตติ ธรรมนิจกุล นายหน้าร่วมอีกคนหนึ่ง คดีมีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยในชั้นนี้เพียงว่า โจทก์ได้รับชำระค่านายหน้าไปครบถ้วนแล้วหรือไม่ ปัญหาข้อนี้ โจทก์ฎีกาว่านายกิตติไม่ได้เป็นนายหน้าร่วม จำเลยทั้งสี่ไม่มีสิทธิหักค่านายหน้าส่วนที่เหลือกึ่งหนึ่งเก็บไว้ให้นายกิตติ ศาลฎีกาเห็นว่า...ต้องฟังว่านายกิตติมีส่วนชี้ช่องให้นายเสรีเข้าทำสัญญาซื้อขายที่ดินแปลงดังกล่าวกับจำเลยทั้งสี่ นายกิตติจึงเป็นนายหน้าในการซื้อขายที่ดินนั้นด้วย ที่โจทก์ฎีกาว่า แม้จะฟังว่านายกิตติเป็นคนพานายเสรีผู้ซื้อไปดูที่ดินก็ตาม แต่ในการเจรจาเพื่อตกลงซื้อขายทุกครั้งไม่มีนายกิตติร่วมอยู่ด้วย นายกิตติจึงไม่ควรได้รับค่านายหน้านั้นเห็นว่า นายหน้าตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 นั้นได้แก่ผู้ที่ชี้ช่องให้ได้มีการเข้าทำสัญญากันหรือผู้ที่จัดการให้ได้ทำสัญญากันและนายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันเสร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น การที่นายกิตติได้พานายเสรีผู้ซื้อไปพบจำเลยที่ 4 ผู้ขายและพากันไปดูที่ดินและต่อมาได้มีการซื้อขายกันเนื่องมาจากการชี้ช่องดังกล่าวนายกิตติจึงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จโดยไม่จำเป็นที่นายกิตติจะต้องอยู่ด้วยในการเจรจาซื้อขายทุก ๆ ครั้งแต่อย่างใด จำเลยทั้งสี่จึงชอบที่จะไม่จ่ายบำเหน็จค่านายหน้าอีกกึ่งหนึ่งนั้นแก่โจทก์ที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษายกฟ้องโจทก์มานั้นชอบแล้ว ฎีกาของโจทก์ฟังไม่ขึ้น."

[69] คำพิพากษาฎีกาที่ 1821/2540 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีมีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ที่ 1 และที่ 2 ว่า โจทก์ที่ 1 และที่ 2 เป็นนายหน้าติดต่อขายที่ดินของจำเลยตามฟ้องให้แก่บริษัทผู้ซื้อได้สำเร็จหรือไม่ ในข้อนี้โจทก์มีตัวโจทก์เบิกความว่า เมื่อเดือนกรกฎาคม 2532 จำเลยให้โจทก์ทั้งสามเป็นนายหน้าขายที่ดินของจำเลยและของบุตรสาวในราคา13,650,000 บาท แต่ไม่ตกลงกันในเรื่องราคา ต่อมานายสมยศติดต่อประสานงานจนกระทั่งมีการทำสัญญาซื้อขายที่ดินพิพาทเมื่อวันที่10 เมษายน 2533 ในราคา 13,650,000 บาท จากข้อเท็จจริงดังกล่าวเห็นได้ว่า แม้นายสมยศ จะเป็นผู้ติดต่อประสานงานขายที่ดินสำเร็จในภายหลัง แต่ก็คงขายให้แก่บริษัทเอ็กเซลเล้นท์ควอลิตี้ (ไทยแลนด์) จำกัด ผู้ซื้อซึ่งโจทก์ทั้งสามได้ติดต่อไว้ก่อนในราคาเดิมซึ่งโจทก์ทั้งสามเคยเสนอไว้เป็นกรณีที่จำเลยถือเอาประโยชน์จากการที่โจทก์ทั้งสามเป็นผู้ติดต่อบอกขายที่ดินแก่บริษัทผู้ซื้อมาตั้งแต่ต้น ถือได้ว่าการซื้อขายที่ดินรายนี้ได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่โจทก์ที่ 1 และที่ 2 เป็นนายหน้าชี้ช่องจัดการโจทก์ที่ 1 และที่ 2 จึงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จนายหน้าตามข้อตกลงร้อยละ 5 ของราคาที่ดินที่ขายได้ แต่เนื่องจากโจทก์ที่ 3 มิได้อุทธรณ์ฎีกา คดีสำหรับโจทก์ที่ 3 จึงยุติไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น จำเลยจึงต้องชำระค่านายหน้าแก่โจทก์ที่ 1 และที่ 2 สองในสามส่วนของค่านายหน้า จำนวน 682,500 บาท คิดเป็นเงินจำนวน 455,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าวนับแต่วันที่ 10 เมษายน 2533 จนกว่า

ตัวการก็หาจำต้องมีการมอบหมายพร้อมกัน ตัวการอาจตกลงมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้าต่างวัน ต่างเวลากันได้ ซึ่งการมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้านี้ บุคคลทุกคนที่ตกลงยอมรับเข้ากระทำการเป็นนายหน้าก็จะมีหน้าที่ในการเข้าชี้ช่องหรือจัดการเพื่อให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จโดยหวังบำเหน็จเป็นค่าตอบแทน ดังนั้นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ตัวการมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้า คือหากนายหน้าแต่ละรายร่วมกันเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ ตัวการต้องผูกพันชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าแต่ละรายนั้นอย่างไร กรณีนี้หากปรากฏว่าตัวการได้ทำความตกลงกับนายหน้าแต่ละรายไว้อย่างไรก็คงเป็นไปตามที่ได้มีการทำความตกลงกันไว้ระหว่างคู่สัญญา แต่หากปรากฏว่ามิได้มีการทำความตกลงกันเช่นนั้นอย่างชัดแจ้ง กรณีมีประเด็นปัญหาขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1821/2540 โดยศาลฎีกากำหนดให้นายหน้าแต่ละคนมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จคนละเท่า ๆ กันทั้งนี้ตามจำนวนค่าบำเหน็จทั้งหมดที่ตัวการได้ตกลงว่าจะให้เป็นค่าบำเหน็จแก่นายหน้า แต่หากกรณีปรากฏว่านายหน้าบางรายได้บอกเลิกการเป็นนายหน้าเสียก่อนแล้ว แม้นายหน้ารายนั้นจะมีส่วนในการเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าสำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จก็ตาม นายหน้ารายนั้นก็หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่เพราะสัญญานายหน้าได้ระงับสิ้นลงแล้ว

ในประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไป คือหากตัวการได้มอบหมายให้นายหน้าหลายรายกระทำการเป็นนายหน้า แต่นายหน้าเหล่านั้นมิได้ร่วมกันเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ แต่การที่ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จนั้นเกิดจากการชี้ช่องของนายหน้าเพียงรายหนึ่งรายเดียวเท่านั้น ดังนี้ผลทางกฎหมายสำหรับนายหน้ารายนี้ และนายหน้ารายอื่นจะเป็นเช่นไร สำหรับประเด็นปัญหานี้ในกฎหมายเยอรมันได้ให้คำอธิบายไว้ ดังนี้ในกรณีที่ตัวการสงวนไว้ซึ่งการมีนายหน้าหลายรายนั้น (เฉพาะกรณีที่ตัวการให้นายหน้าเข้าชี้ช่องโอกาสในการดำเนินการทางธุรกิจเท่านั้น) หากมีนายหน้ารายใดรายหนึ่งสามารถเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ เป็นบุคคลแรกนายหน้ารายนั้นย่อมมีสิทธิได้รับไปซึ่งค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน แต่อย่างไรก็ตามตัวการย่อมมีหน้าที่อีกประการหนึ่งในการบอกกล่าวแก่นายหน้ารายอื่นๆว่าตนได้รับคำแนะนำในโอกาสในการดำเนินการทางธุรกิจจากนายหน้ารายหนึ่งแล้ว ส่วนตามกฎหมายไทยไม่มีหลักเกณฑ์เช่นนี้ คงต้องรอคำวินิจฉัยของศาลต่อไป

จะชำระเสร็จ พิพากษาแก้เป็นว่า ให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์ที่ 1 และที่ 2จำนวน 455,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าวนับแต่วันที่ 10 เมษายน 2533 เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ.

ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไป คือสัญญานายหน้าช่วงมีได้หรือไม่ กล่าวคือหากตัวการได้มอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้าแล้ว และนายหน้ารายนั้นได้ไปตกลงแต่งตั้งให้บุคคลอื่นกระทำการเป็นนายหน้าร่วมกับตน และนายหน้าช่วงรายนั้นสามารถเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ ตัวการจำต้องผูกพันต่อนายหน้าช่วงรายนั้นในอันที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนหรือไม่ ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าสัญญานายหน้าจะเกิดขึ้นต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองระหว่างตัวการและนายหน้าต้องตรงกัน และหากพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 1 และมาตรา 846 วรรค 1 แล้วจะเห็นได้ว่า สัญญานายหน้าอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ สัญญาตั้งนายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ และสัญญาตั้งนายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการ นอกจากกรณีเช่นว่านี้แล้วสัญญานายหน้าไม่อาจเกิดมีขึ้นได้เลย ดังนั้นการที่นายหน้าไปตกลงกับบุคคลอีกคนหนึ่งให้กระทำการเป็นนายหน้าร่วมกับตน บุคคลนี้จึงหาได้มีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายกับตัวการไม่ เพราะตัวการหาได้ตกลงมอบหมายให้บุคคลนี้กระทำการเป็นนายหน้าด้วยไม่ แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะได้เป็นผู้ชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ ตัวการก็ไม่มีความผูกพันตามสัญญานายหน้าในอันที่จะชำระค่าบำเหน็จให้แก่บุคคลนี้ไม่ การที่บุคคลนี้ไปทำความตกลงอย่างใดๆกับนายหน้าก็เป็นนิติสัมพันธ์อีกประการหนึ่งที่ผลผูกพันกันระหว่างคู่สัญญารายนั้น หาได้เกี่ยวข้องกับตัวการไม่ ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 724/2540[70] ดังนั้นการแต่งตั้งนายหน้าช่วงโดยที่ตัวการมิได้รู้เห็นยินยอมด้วยนั้นจึงไม่อาจเกิดมีขึ้นได้

---

[70] คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2540 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "พิเคราะห์แล้ว ข้อเท็จจริงเบื้องต้นรับฟังได้ว่าเดิมจำเลยเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดเลขที่ 2165 ตำบลคลองมะเดื่อ (คลองกระทุ่มแบน) อำเภอกระทุ่มแบนจังหวัดสมุทรสาคร ตามเอกสารหมาย จ.1 ซึ่งมีเนื้อที่ 28 ไร่ 1 งาน12 ตารางวา เมื่อปี 2536 จำเลยประกาศขายที่ดินแปลงดังกล่าวโดยตกลงให้ค่านายหน้าแก่บุคคลผู้ซึ่งเป็นนายหน้าชี้ช่องในอัตราร้อยละ 2 ของราคาที่ดินที่ขายได้ ต่อมาจำเลยตกลงขายที่ดินให้นายจรัล ระวีแสงสูรย์ ในราคาไร่ละ 1,000,000 บาท รวมเป็นเงิน 28,280,000 บาท คิดเป็นค่านายหน้า 565,600 บาท ในวันทำสัญญาจะซื้อขายจำเลยได้รับเงินมัดจำจากนายจรัล จำนวน 8,000,000 บาท วันที่ 4 มกราคม 2537 จำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินแปลงดังกล่าวให้นายจรัลตามสำเนาสารบัญแก้ทะเบียนท้ายโฉนดที่ดินเลขที่ 2165 เอกสารหมาย จ.1 คดีมีปัญหาวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ว่า โจทก์เป็นนายหน้าชี้ช่องให้จำเลยทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับนายจรัลและจำเลยยังค้างชำระค่าบำเหน็จแก่โจทก์ตามฟ้องหรือไม่ โดยจำเลยฎีกาว่า การเป็นนายหน้าไม่จำเป็นต้องเข้าไปติดต่อกับผู้ซื้อและผู้ขายทั้งสองฝ่าย เมื่อนายไพศาลน้องชายจำเลยมาติดต่อขายที่ดินของจำเลยให้แก่ผู้ซื้อโดยผ่านโจทก์และบอกโจทก์ว่าจำเลยจะให้ค่านายหน้าในอัตราร้อยละ 3 โจทก์จึงนำนายจรัลผู้ซื้อไปพบจำเลยที่บ้านนายไพศาลเป็นเหตุให้จำเลยสามารถทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับนายจรัลได้ ย่อมถือได้ว่าโจทก์และนายไพศาลต่างก็เป็นนายหน้าในการขายที่ดินแปลงนี้ให้แก่จำเลย ศาลฎีกาเห็นว่าตาม

3.5 ค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่าย

3.5.1 ค่าบำเหน็จ

ค่าบำเหน็จนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งในสัญญานายหน้า เนื่องจากสัญญานายหน้าไม่อาจเกิดขึ้นและสมบูรณ์ได้หากปราศจากการตกลงทำสัญญานายหน้าและตกลงจะให้บำเหน็จแก่นายหน้า[71] ดังนั้นการตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้านั้นจะตกลงโดยแจ้งชัดโดยระบุ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845บัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญากันก็ดีท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น" และมาตรา 846 บัญญัติว่า "ถ้ากิจการอันได้มอบหมายแก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่าย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จไซร้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จนายหน้า" จากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวแสดงให้ เห็นว่า **สัญญานายหน้าจะเกิดขึ้นได้ก็ต้องมีการตกลงกันระหว่างบุคคลที่ประสงค์จะทำสัญญากับบุคคลที่จะทำหน้าที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาหรือจัดการให้ได้ทำสัญญาที่เรียกว่านายหน้า** เมื่อได้ความจากโจทก์ว่า โจทก์ไม่เคยรู้จักจำเลยนายไพศาลน้องจำเลยเป็นผู้ติดต่อขอให้โจทก์ช่วยเสนอขายที่ดินตามโฉนดเลขที่ 2165 ของจำเลย โดยโจทก์ ได้ข้อมูลเกี่ยวกับที่ดินและราคาจากนายไพศาล นายไพศาลตกลงกับโจทก์ว่าค่านายหน้าที่จำเลยจะให้ในอัตราร้อยละ 3 ของราคาซื้อขายที่ดินนั้น นายไพศาลจะแบ่งให้โจทก์ร้อยละ 2 ส่วนนายไพศาลจะเอาไว้ร้อยละ 1 โจทก์ไม่เคยตกลงเรื่องค่านายหน้ากับจำเลย ในวันทำสัญญาจะซื้อขายเอกสารหมาย จ.3 โจทก์ได้รับเงินค่านายหน้าจากนายไพศาลและในวันที่มีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินระหว่างจำเลยกับนายจรัล โจทก์ไม่ได้ไปที่สำนักงานที่ดิน นายจรัลเป็นคนรับเงินค่านายหน้าไว้แทนโจทก์ 200,000 บาท และบอกว่าส่วนที่เหลือให้โจทก์ติดต่อนายไพศาล จากคำเบิกความของโจทก์ดังกล่าว แสดงให้เห็นชัดเจนว่า**จำเลยไม่ได้ตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้โจทก์เป็นนายหน้าชี้ช่องให้นายจรัลมาซื้อที่ดินจำเลย** ทั้งจำเลยก็นำสืบยืนยันว่าจำเลยตกลงให้นายไพศาลเป็นนายหน้าขายที่ดินให้เท่านั้น **แม้จะฟังได้ว่าโจทก์ตกลงร่วมกับนายไพศาลทำหน้าที่ติดต่อชี้ช่องให้นายจรัลเข้าทำสัญญากับจำเลยหรือจัดการให้นายจรัลทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับจำเลยแล้วได้ส่วนแบ่งค่านายหน้าจากนายไพศาลก็เป็นเพียงข้อตกลงระหว่างโจทก์กับนายไพศาลเท่านั้น** เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยตกลงให้โจทก์ร่วมกับนายไพศาลทำหน้าที่ชี้ช่องให้จำเลยกับนายจรัลเข้าทำสัญญากันแล้ว**โจทก์ย่อมไม่ใช่นายหน้าของจำเลยเพราะเหตุไม่มีนิติสัมพันธ์ข้อตกลงต่อกัน** แม้หากจะฟังต่อไปได้ว่าโจทก์ได้รับแบ่งค่านายหน้าที่จำเลยจ่ายให้จากนายไพศาลและนายจรัลมาบางส่วน ก็เป็นเพราะเหตุที่มีข้อตกลงกันไว้ระหว่างโจทก์กับนายไพศาลและนายจรัลจึงย่อมเรียกร้องกันได้ตามข้อตกลง แต่**โจทก์ไม่อาจฟ้องบังคับเรียกเอาค่านายหน้าจากจำเลยได้**.”

[71] คำพิพากษาฎีกาที่ 705/2505 ศาลฎีกาเห็นว่า บุคคลที่จะต้องรับผิดให้ค่าบำเหน็จนายหน้าแก่ผู้ใดก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้กับผู้นั้นโดยชัดแจ้งประการหนึ่ง หรือถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งก็จะต้องรับผิดต่อเมื่อกิจการอันได้มอบหมายแก่ผู้นั้น เป็นที่คาดหมายได้ว่า ผู้นั้นย่อมทำให้ก็แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จเท่านั้น ถ้าไม่มีการตกลงกันหรือไม่มีการมอบหมายกิจการ แก่กัน ก็ไม่จำต้องให้ค่าบำเหน็จนายหน้า กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ นายหน้า

ไว้ในข้อสัญญาในขณะที่มีการทำสัญญา หรือเวลาใด ๆ หลังทำสัญญาก็ได้ แต่หากไม่ได้ตกลงโดยแจ้งชัด แต่กิจการที่ได้มอบหมายให้แก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่าย่อมทำให้เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จ ดังนี้ให้ถือว่าได้ตกลงโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จนายหน้า (มาตรา 846) นอกจากนี้ได้มีผู้ให้ความเห็นว่าถ้าได้มีการตกลงกันว่าจะให้ค่านายหน้าแล้ว แม้ข้อตกลงนั้นจะมิได้เจาะจงตัวนายหน้าก็ยังถือว่าตกลงโดยปริยายให้บำเหน็จนายหน้าแก่ผู้กระทำการชี้ช่องตามข้อตกลงนั้น[72]

การตกลงเรื่องค่าบำเหน็จกฎหมายมิได้กำหนดว่าต้องทำตามแบบหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด ดังนั้นหากนายหน้าจะฟ้องร้องหรือเรียกให้ตัวการรับผิดนายหน้าสามารถนำสืบถึงความตกลงระหว่างตนกับตัวการได้ หรือนำสืบว่าโดยปกติประเพณีการดำเนินการเป็นนายหน้าในกิจการนั้น ๆ ย่อมมีค่าตอบแทนให้แก่กัน

สิทธิในการเรียกค่าบำเหน็จนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อสัญญาได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น

คำว่า “สำเร็จ” นั้น หมายความว่าตัวการและบุคคลภายนอกได้เข้าทำสัญญากัน แต่ไม่ต้องสำเร็จผลตามสัญญา[73] และไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะต้องทำสำเร็จจนถึงที่สุด หรือจนถึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันและกัน[74] นายหน้าทำการจนหมดภาระหน้าที่แล้วก็เป็นการเพียงพอ ถ้าทั้งสองฝ่ายตกลงทำสัญญาซึ่งมีผลเป็นการผูกพันกันตามกฎหมายแล้ว นายหน้าก็หมดภาระหน้าที่ของตน[75]

ที่จะได้รับบำเหน็จหรือค่านายหน้านั้น ในเบื้องต้นจะต้องมีสัญญาต่อกันโดยชัดแจ้งตามมาตรา 845 หรือมีสัญญาต่อกันโดยปริยาย ตามมาตรา 846 ผู้ใดจะอ้างตนเป็นนายหน้าฝ่ายเดียวเรียกร้องเอาค่าบำเหน็จโดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญญาด้วยแต่อย่างหนึ่งอย่างใดเลยนั้นจึงหามีกฎหมายสนับสนุนให้เรียกร้องได้ไม่ ฉะนั้น ไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เช่นโจทก์นี้จะหาประโยชน์จากการเป็นนายหน้าเป็นปกติธุระหรือไม่ก็ตาม หากต้องการประโยชน์คือบำเหน็จค่านายหน้าจากผู้ใดจะต้องมีสัญญากับผู้นั้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยจะกระทำไปฝ่ายเดียวโดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ตกลงรับรู้ด้วยอย่างใดแล้วมาอ้างว่าเป็นนายหน้าเรียกร้องเอาบำเหน็จย่อมไม่ได้อยู่เอง ในคดีนี้ตามข้อเท็จจริงที่โจทก์ตั้งเป็นข้อหามาเป็นกรณีที่โจทก์กระทำไปแต่ฝ่ายเดียวโดยอีกฝ่ายหนึ่ง คือ จำเลยมิได้ตกลงรับรู้ด้วยไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายอย่างใด การที่โจทก์อ้างว่าการซื้อขายที่ดินในประเทศไทยเท่าที่ปฏิบัติกันอยู่ทั่ว ๆ ไปเป็นที่คาดหมายได้โดยพฤติการณ์ว่าย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาบำเหน็จนายหน้าจึงถือว่า ตกลงกันโดยปริยายมาตรา 846 นั้นก็หาใช่ไม่ เพราะตกลงโดยปริยายตามมาตรานี้ หมายถึงกรณีที่มีการมอบหมายให้เป็นนายหน้าแล้วไม่ใช่กรณีที่ยังไม่มีการมอบหมายให้เป็นนายหน้า.

[72] สถิต เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 257.

[73] หลวงสุทธิมนต์นฤนาถ. เล่มเดิม. หน้า 114.

[74] คำพิพากษาฎีกาที่ 1501/2538 ย่อข้อกฎหมาย ศูนย์บริการข้อมูลตุลาการ ระบบสารสนเทศคำพิพากษาของศาลฎีกา.

[75] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 47.

โดยการดำเนินการชี้ช่อง หรือจัดการของนายหน้ารายนั้น แม้นายหน้าจะกระทำการเพียงครั้งเดียว แต่การกระทำครั้งนั้นเป็นผลให้ตัวการได้รับประโยชน์จากการชี้ชวน ก็ได้ชื่อว่าเป็นนายหน้าเช่นเดียวกันและมีสิทธิได้รับบำเหน็จจากตัวการนั้น[76] และแม้ว่าในภายหลังคู่สัญญาจะกระทำผิดตามข้อสัญญา หรือดำเนินการ หรือปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ครบถ้วนตามสัญญา หรือการที่คู่สัญญาเปลี่ยนใจกำหนดราคาซื้อขายกันใหม่ในภายหลัง[77] หรือการที่หรือตัวการจะนำข้อตกลงที่ว่าตนต้องเสียค่านายหน้าให้แก่นายหน้ารายอื่นมาเป็นข้อแก้ตัวให้ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้[78] หากโดยพฤติการณ์เห็นได้ว่ากิจการนั้นสำเร็จเนื่องจากนายหน้าเป็นผู้จัดการชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญากัน เช่น มีการวางมัดจำ แม้ต่อมาเจ้าของที่ดินจะกลับใจไม่ยอมขาย อย่างนี้ต้องถือว่านายหน้าได้ทำหน้าที่จัดการให้เจ้าของที่ดินทำสัญญากับผู้ซื้อแล้ว เจ้าของที่ดินจึงต้องจ่ายค่านายหน้า[79] หรือมีการชำระหนี้บางส่วน หรือได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งสามารถฟ้องร้องบังคับกันได้แล้ว หรือนายหน้าได้ดำเนินการต่าง ๆ ทั้งทางเอกสารและทางด้านอื่น ๆ จนตัวการได้เข้าทำการประมูลราคาและทำสัญญาสำเร็จ[80] เป็นต้น

---

[76] คำพิพากษาฎีกาที่ 1723/2531 ย่อข้อกฎหมาย ศูนย์บริการข้อมูลตุลาการ ระบบสารสนเทศคำพิพากษาของศาลฎีกา.

[77] คำพิพากษาฎีกาที่ 1515/2512 สัญญานายหน้าระหว่างโจทก์จำเลยยังไม่เลิก โจทก์ได้ติดต่อชี้ช่องให้ธนาคารตกลงรับจำนองที่ดินในราคาสองล้านหนึ่งแสนบาทตามข้อตกลงในสัญญาแล้ว แต่จำเลยเปลี่ยนใจขอเพิ่มราคาจำนองเป็นสามล้านบาท จำเลยจึงให้นายนำชัยติดต่อกับธนาคารนั้นจนเป็นผลให้จำเลยได้จำนองในราคาสามล้านบาทแล้ว วินิจฉัยว่าสัญญาจำนองสามล้านบาทนี้สำเร็จเนื่องจากผลแห่งการที่โจทก์เป็นนายหน้าชี้ช่องให้จำเลย จำเลยจึงต้องให้ค่าบำเหน็จแก่โจทก์.

[78] คำพิพากษาฎีกาที่ 1975/2500 เมื่อกิจการสำเร็จเพราะโจทก์ซึ่งเป็นนายหน้าแล้ว จำเลย (คู่สัญญา) ต้องจ่ายค่านายหน้าตามข้อตกลง การที่จำเลยต้องเสียค่านายหน้าแก่ผู้อื่นอีกนั้นไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของโจทก์ที่จะเรียกร้องอาค่านายหน้าจากจำเลย.

[79] สถิต เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 257.

[80] คำพิพากษาฎีกาที่ 256/2522 จำเลยที่ 1 ตกลงให้โจทก์ติดต่อขายรถยนต์ดัมทรัคสามคันกับสำนักงานปุ๋ยกรุงเทพมหานคร เมื่อสำนักงานปุ๋ยเรียกประกวดราคาซื้อขายรถยนต์ดัมทรัค โจทก์ก็ได้แจ้งให้จำเลยที่ 1 ทราบได้ขอแบบฟอร์มจากเจ้าหน้าที่สำนักงานปุ๋ยมามอบให้จำเลยที่ 1ทราบและได้ไปยื่นซองประกวดราคากับเจ้าหน้าที่ของจำเลยที่ 1 ด้วย เมื่อจำเลยที่ 1 ประกวดราคาได้ โจทก์ก็ได้พาจำเลยที่ 2 ผู้จัดการของจำเลยที่ 1 ไปเซ็นสัญญาขายรถยนต์ดังกล่าว ตอนส่งมอบรถยนต์ดังกล่าวโจทก์ก็เป็นผู้ถือเอกสารและนำรถยนต์ดังกล่าวไปมอบให้หัวหน้าแผนกกองโรงงานสำนักงานปุ๋ย

ศาลฎีกาเห็นว่า พฤติการณ์ของโจทก์ซึ่งเป็นผู้ติดต่อให้จำเลยที่ 1 ขายรถยนต์ดัมทรัคสามคันกับสำนักงานปุ๋ยกรุงเทพมหานคร จนเป็นผลสำเร็จดังกล่าวแล้วถือได้ว่าโจทก์ได้ติดต่อชักนำชี้ช่องให้จำเลยที่ 1 ได้เข้าทำสัญญาขายรถยนต์ดัมทรัคกับสำนักงานปุ๋ยกรุงเทพมหานครสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่โจทก์ได้ชี้ช่องและ

แต่หากนายหน้าได้ทำการชี้ช่องแล้ว แต่ผลสุดท้ายก็มิได้มีการที่บุคคลผู้ที่ตกลงจะให้บำเหน็จนายหน้า และบุคคลภายนอกได้เข้าทำสัญญากัน นายหน้าก็ไม่มีสิทธิได้รับบำเหน็จ เช่น สัญญาว่าจะให้ค่านายหน้าในการเดินขายที่ให้ ภายหลังผู้ขายเกิดไม่ยอมขาย ผู้ขายไม่ต้องรับผิดค่านายหน้า (คำพิพากษาฎีกาที่ 5/2476)[81] หรือการที่นายหน้าทำให้บุคคลใดมาเพียงเพื่อให้พบปะและเจรจาและยังไม่ได้ตกลงกันอย่างไร นายหน้ายังไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนจนสำเร็จ จึงยังไม่มีสิทธิรับค่าบำเหน็จได้[82] ดังนั้น เพียงแต่การชี้ช่องหรือบอกกล่าวให้ตัวการทราบอย่างเดียวคงไม่เพียงพอ นายหน้าจะต้องขวนขวายทำงานให้ตัวการมากกว่าเพียงแต่บอกข่าวจึงจะมีสิทธิได้รับบำเหน็จ[83] แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 846 เรื่องค่าบำเหน็จนายหน้านี้มิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นคู่สัญญาอาจทำความตกลงยกเว้นบทบัญญัติดังกล่าวได้ กล่าวคือ หากนายหน้าได้ทำการการชี้ช่องเพื่อให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้พบปะ และเจรจากัน แต่ไม่ได้มีการทำสัญญากันภายหลังจากนั้น นายหน้าก็มีสิทธิได้รับบำเหน็จตามที่มีการตกลงกันได้

ในบางครั้งการตั้งให้นายหน้าไปดำเนินการชี้ช่องนั้น บุคคลผู้ตกลงจะให้ค่านายหน้าอาจกำหนดเวลาให้แก่นายหน้าในการดำเนินการดังกล่าวภายในกำหนดด้วยเพื่อทำให้นายหน้ารีบเร่งทำการงานให้เสร็จ หากนายหน้าไม่สามารถทำได้ภายในระยะเวลาหรือภายใต้เงื่อนไขบางอย่างก็ไม่มีสิทธิได้ค่านายหน้า เพราะการแต่งตั้งให้เป็นนายหน้าสิ้นสุดแล้ว เช่น จำเลยทำสัญญาให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินโดยให้ค่านายหน้าร้อยละ 5 และยกส่วนที่ขายได้เกินตารางวาละ 2.75 บาท เป็นของโจทก์ด้วย แต่ถ้าจำเลยขายได้เองหรือมีผู้นำเอาไปขายได้แล้ว สัญญานี้เป็นอันระงับ ทำสัญญาแล้ว 8 เดือน โจทก์ยังขายไม่ได้ จำเลยจึงแบ่งออกเป็น 10 แปลง มีผู้อื่นมาเป็นนายหน้าขายไปได้ 8 แปลง โดยโจทก์ก็ทราบ ดังนี้ สัญญานายหน้าระหว่างโจทก์จำเลยเป็นอันเลิกกันแล้ว ฉะนั้นถึงแม้โจทก์ได้เป็นนายหน้าขายที่แปลงที่เหลือให้จำเลยได้ก็ดี โจทก์หามีสิทธิฟ้องเรียกเงินตามสัญญาไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 225/2481)[84]

จัดการถึงแม้ว่าการซื้อขายรถยนต์ดัมทรัคนั้นจะมีการประกวดราคาอันทำให้จำเลยที่ 1 ต้องเสนอราคาขายให้ต่ำกว่าผู้ขายรายอื่นก็ตามแต่ในที่สุดจำเลยที่ 1 ก็เป็นผู้ประมูลราคาได้และได้เข้าทำสัญญาขายรถยนต์ดัมทรัคให้แก่สำนักงานปู๋ยกรุงเทพมหานครได้ เพราะโจทก์เป็นผู้ชี้ช่องนั่นเอง ถือได้ว่าโจทก์ได้ชี้ช่องให้จำเลยที่ 1 เข้าทำสัญญาหรือจัดการให้ได้ทำสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 845 ศาลอุทธรณ์พิพากษาชอบแล้ว ฎีกาของจำเลยที่ 1 ฟังไม่ขึ้น.

[81] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 319.

[82] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 47.

[83] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. เล่มเดิม. หน้า 88.

[84] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 320.

ปัญหาที่น่าพิจารณาประการหนึ่ง คือ เมื่อนายหน้าได้ทำการชี้ช่องเพื่อให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มาพบปะกันแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจกระทำการอันไม่สุจริตโดยร่วมกันหาทางที่จะมาตกลงทำสัญญากันเองเป็นการลับหลัง ทั้งเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดในค่าบำเหน็จของนายหน้า ในกรณีเช่นนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า เมื่อกิจการสำเร็จเพราะโจทก์ซึ่งเป็นนายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการแล้ว จำเลยจะต้องจ่ายค่านายหน้าตามข้อตกลง เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2610/2521 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงจากการนำสืบของโจทก์ฟังได้ว่า ครั้งแรกจำเลยให้โจทก์บอกขายที่ดินในราคาไร่ละ 80,000 บาท โจทก์ได้เสนอขายให้แก่จำเลยร่วม จำเลยร่วมให้โจทก์ไปต่อรองราคาให้เหลือไร่ละ 70,000 บาท จำเลยไม่ยอมลดราคาให้หลังจากนั้น 2-3 เดือน จำเลยร่วมตกลงจะซื้อและให้โจทก์ไปตกลงเงื่อนไขในการทำสัญญา โจทก์ไปบอกให้จำเลยทราบ จำเลยขอผัดอ้างว่าติดทำบุญและถามถึงคนจะซื้อ โจทก์ก็แจ้งให้จำเลยทราบ ต่อมาจำเลยกลับบอกโจทก์ว่าจะขายในราคาไร่ละ 100,000 บาท โจทก์แจ้งให้จำเลยร่วมทราบ ครั้นจำเลยร่วมตกลงจะซื้อ จำเลยขอขึ้นราคาที่ดินอีกจึงยังตกลงซื้อขายกันมิได้ ผลที่สุดนางรัศมีบุตรจำเลยติดต่อขายที่ดินทั้งสองโฉนดรวมเนื้อที่ 8 ไร่ให้แก่จำเลยร่วมในราคา 800,000 บาท จากข้อเท็จจริงดังกล่าวเห็นได้ว่า แม้นางรัศมีจะเป็นผู้ติดต่อขายที่ดินสำเร็จในภายหลัง แต่ก็คงขายให้แก่จำเลยร่วมซึ่งโจทก์ได้ติดต่อไว้ก่อนแล้ว ราคาที่ขายก็มิได้สูงกว่าที่จำเลยร่วมตกลงจะซื้อจากโจทก์ การที่นางรัศมีติดต่อขายที่ดินให้จำเลยร่วม พฤติการณ์แสดงว่าได้ทราบจากจำเลยแล้วว่าจำเลยร่วมเป็นผู้จะซื้อตามที่จำเลยทราบจากโจทก์เป็นกรณีร่วมกับจำเลยถือเอาประโยชน์จากการที่โจทก์เป็นผู้ติดต่อบอกขายที่ดินให้จำเลยร่วมมาแต่ต้น ถือได้ว่าการซื้อขายที่ดินรายนี้ได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่โจทก์ได้ชี้ช่องจัดการ โจทก์จึงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จนายหน้าตามข้อตกลง ในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยจะได้พิเคราะห์ พิจารณาโดยละอียดต่อไปในบทที่ 5

แต่ในกรณีที่สัญญามีเงื่อนไขบังคับก่อน บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 บัญญัติว่า...ถ้าสัญญาที่ได้ทำกันไว้นั้นมีเงื่อนไขบังคับก่อนไซร้ ท่านว่าจะเรียกร้องบำเหน็จค่านายหน้ายังหาได้ไม่ จนกว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว

คำว่าเงื่อนไขนั้น คือ ข้อกำหนดในนิติกรรมที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเอาไว้เพื่อให้นิติกรรมเป็นผลหรือสิ้นผล โดยอาศัยเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งในอนาคต และเป็นเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 182) ส่วนเงื่อนไขบังคับก่อน คือ สัญญาได้ทำขึ้นแล้วแต่ยังไม่เกิดผลในขณะทำนิติกรรม จะเกิดผลเมื่อเงื่อนไขสำเร็จแล้ว (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 183)

ส่วนคำว่าสัญญานั้นไม่ได้หมายถึงสัญญานายหน้าที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน แต่เป็นสัญญาที่นายหน้าได้ชี้ช่องให้มีการทำสัญญากันนั้นมีเงื่อนไขบังคับก่อน[85] ดังนั้น หากสัญญาที่นายหน้าได้

[85] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 321.

เข้าทำการชี้ช่องเป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน นายหน้าจะเรียกร้องค่าบำเหน็จยังไม่ได้ จนกว่าเงื่อนไขนั้นจะเป็นผล แต่หากภายหลังนั้นเงื่อนไขตามสัญญานั้นมิได้สำเร็จลงและได้มีการเลิกสัญญา ดังนี้ นายหน้าจะเรียกเอาค่าบำเหน็จไม่ได้

อนึ่ง กฎหมายไม่ห้ามเรียกค่านายหน้ากรณีที่สัญญามีเงื่อนไขบังคับหลัง หรือเงื่อนเวลา เพราะว่ากรณีสัญญามีเงื่อนไขบังคับหลังนั้น สัญญามีผลบังคับแล้ว แต่จะสิ้นผลลงเมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นตามที่ระบุไว้ในสัญญา กรณีนี้จะเห็นได้ว่าสัญญาจะต้องมีผลแน่นอนเมื่อถึงกำหนดเวลา เพราะฉะนั้น กฎหมายจึงไม่ห้ามนายหน้าที่จะเรียกเอาค่าบำเหน็จทันทีในกรณีที่สัญญามีเงื่อนเวลา ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนเวลาบังคับก่อน หรือบังคับหลัง โดยไม่ต้องรอให้เงื่อนเวลาสำเร็จเหมือนดังกรณีเงื่อนไขบังคับก่อน[86] ทั้งนี้ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1959/2526 ซึ่งวินิจฉัยว่า จำเลยเป็นนายหน้าจัดการให้โจทก์ได้ทำสัญญาเช่าตึกกับเจ้าของตึกมีกำหนดสามปี สัญญาเช่าตึกจึงได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลที่จำเลยจัดการ จำเลยจึงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จจากโจทก์ ข้อความตามสัญญาเอกสารหมาย จ.สามว่า ถ้าโจทก์ต้องเลิกการเช่าด้วยเหตุใด ๆ จำเลยต้องคืนเงินค่าตอบแทนที่ได้รับล่วงหน้าให้โจทก์นั้น ข้อความดังกล่าวหมายความถึงกรณีที่มีเหตุจากฝ่ายผู้ให้เช่า หรือการรอนสิทธิจนโจทก์ไม่ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าคุ้มกับค่าเช่าและค่าบำเหน็จที่ให้แก่จำเลย คดีนี้โจทก์ได้ใช้และได้รับประโยชน์ในอาคารที่เช่าเป็นเวลานานถึงสองปีแปดเดือน จนเกือบจะครบตามสัญญา ต่อจากนั้นโจทก์ส่งคืนตึกที่เช่าให้แก่เจ้าของจึงไม่มีเหตุที่โจทก์จะมีสิทธิเรียกค่าตอบแทนอันเป็นค่าบำเหน็จนายหน้าคืนจากจำเลย

อัตราค่าบำเหน็จนั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 846 วรรค 2 ว่า ค่าบำเหน็จนั้นถ้ามิได้กำหนดจำนวนกันไว้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียม

จากบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การกำหนดอัตราค่าบำเหน็จ อาจกำหนดได้เป็น 2 วิธีดังนี้

1) คู่สัญญาทำการตกลงกันอย่างชัดแจ้ง ไม่ว่าด้วยวาจา หรือด้วยลายลักษณ์อักษร ดังนั้น เมื่อมีการตกลงกันเป็นจำนวนเท่าใด ตัวการก็ย่อมต้องผูกพันตามที่ได้มีการตกลงแล้วนั้น อัตราที่ตกลงนั้นอาจกำหนดเป็นจำนวนแน่นอน หรือคิดเป็นร้อยละของราคาขายหรือราคาซื้อนั้น หรือให้ตามส่วนต่างที่ผู้ขายกำหนดและที่นายหน้าบอกขายสินค้านั้น

2) กรณีที่มิได้กำหนดอัตราค่าบำเหน็จไว้ ให้ถือว่ามีการตกลงโดยปริยายโดยคิดอัตราตามธรรมเนียมในการดำเนินกิจการต่าง ๆ นั้น เช่น กิจการนายหน้าซื้อขายที่ดินในกรุงเทพฯ ตามธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติโดยทั่วไป เขาจะให้ค่าบำเหน็จร้อยละ 3-5 ของราคาที่ซื้อขายหรือกิจการ

---

[86] สถิต เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 259.

ตลาดหุ้น หรือค้าหลักทรัพย์ในกรุงเทพฯ นายหน้าซื้อขายหุ้นหรือหลักทรัพย์จะได้ค่านายหน้าร้อยละจุดห้า (ครึ่งเปอร์เซ็นต์)[87]

หากในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงค่าบำเหน็จกันไว้เป็นจำนวนเท่าใด และเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์ของคู่สัญญาหรือตามธรรมเนียมปฏิบัติก็ไม่เป็นการแน่นอน หรือไม่อาจทราบได้ว่าค่าบำเหน็จนายหน้านั้นควรมีจำนวนเท่าใด ดังนี้ ศาลมีอำนาจกำหนดให้เท่าที่ศาลเห็นสมควรได้[88]

สิทธิของนายหน้าในค่าบำเหน็จนี้ นายหน้าอาจจะไม่ได้รับค่าบำเหน็จหากปรากฏว่านายหน้าได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการเข้ารับหน้าที่ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 โดยมาตรา 847 บัญญัติไว้ว่า ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดี หรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซร้ ท่านว่านายหน้าหามีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่

เหตุที่ทำให้นายหน้าไม่ได้รับค่าบำเหน็จนั้น เนื่องจาก

1) นายหน้านั้นกระทำการเป็นนายหน้าให้แก่บุคคลภายนอก หรือ

2) นายหน้านั้นได้รับคำมั่นจากบุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริต

ทั้งสองกรณีนั้นจะต้องเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้าด้วย จึงจะถูกตัดสิทธิดังกล่าว ดังนั้นการที่นายหน้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอก หรือได้รับคำมั่นจากบุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จนั้น อาจจะยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการเข้ารับหน้าที่ของนายหน้า กล่าวคือ หากนายหน้าได้กระทำการโดยสุจริตมิได้ทำให้ตัวการต้องเสียเปรียบอีกฝ่ายหนึ่ง หรือต้องเสียประโยชน์จากการเข้ารับเป็นนายหน้านั้น นายหน้าก็ย่อมทำได้ เนื่องจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในมาตรานี้มีขึ้นเพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ตัวการผู้ซึ่งเข้าทำสัญญากับนายหน้านั้น และเพื่อมิให้นายหน้าแสวงหาผลประโยชน์จากการเข้ารับเป็นนายหน้าให้กับทั้งสองฝ่าย อันอาจจะทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร

การที่นายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกหรือได้รับคำมั่นแก่บุคคลเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตนั้น จะเป็นการเข้ารับหน้าที่อะไรก็ตาม เช่น เป็นนายหน้า หรือตัวแทน หรือตัวแทนค้าต่างของบุคคลภายนอก อันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้า นอกจากนั้นแล้ว ถ้าการกระทำของนายหน้าไม่มีบุคคลภายนอกเข้าไป

---

[87] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 81.

[88] คำพิพากษาฎีกาที่ 186/2510 ย่อข้อกฎหมาย ศูนย์บริการข้อมูลตุลาการ ระบบสารสนเทศคำพิพากษาของศาลฎีกา.

เกี่ยวข้องก็ไม่เข้าตามหลักมาตรา 847 ฉะนั้น ถ้านายหน้าไม่กระทำหน้าที่ของตนโดยไม่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกแล้ว และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการเพียงใดก็ตาม ก็ไม่เข้าตามมาตรา 847 นี้ แต่นายหน้าอาจต้องรับผิดตามหลักสัญญาทั่วไป หรือรับผิดฐานละเมิดก็ได้แล้วแต่กรณี[89]

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในมาตรา 847 นี้ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นคู่สัญญาอาจตกลงยกเว้นเป็นประการอื่นได้ กล่าวคือคู่สัญญาอาจตกลงให้นายหน้าสามารถรับค่าบำเหน็จนายหน้าจากคู่สัญญาอีกฝ่ายก็ย่อมทำได้

ยิ่งไปกว่านั้นอาจมีกรณีที่ผู้ที่ให้นายหน้าเป็นคนไปชี้ช่องหรือจัดการให้มีการทำสัญญาตกลงกับนายหน้าชัดแจ้งว่า หากนายหน้าได้รับค่านายหน้าจากบุคคลภายนอก นายหน้ายินยอมมอบค่านายหน้าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่ผู้ที่ให้นายหน้าทำการให้ ข้อตกลงเช่นนี้ก็ใช้ได้เช่นกัน เพราะไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประชาชน[90]

3.5.2 ค่าใช้จ่าย

ค่าใช้จ่ายที่นายหน้าได้ใช้จ่ายไปเพื่อการชี้ช่อง หรือจัดการให้บุคคลทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากันนั้น นายหน้าจะเรียกร้องได้หรือไม่นั้น หากพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า นายหน้ามีสิทธิจะได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้บังคับแม้ถึงว่าสัญญาจะมิได้ทำกันสำเร็จ โดยหลักแล้วนายหน้าไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่ตนได้เสียไปเนื่องในการจัดการชี้ช่องให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากัน เว้นแต่จะมีข้อตกลงระหว่างตัวการกับนายหน้าว่าให้นายหน้ามีสิทธิได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปได้ ซึ่งในกรณีนี้แม้ว่านายหน้าแม้ว่านายหน้าจะกระทำการไม่สำเร็จ คือคู่สัญญาอาจจะไม่ได้เข้ามาทำสัญญากันโดยมิใช่ความผิดของนายหน้า ดังนี้นายหน้าก็มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่ตนเสียไปนั้น ส่วนค่าบำเหน็จนั้นนายหน้าไม่มีสิทธิได้รับซึ่งบำเหน็จ เนื่องจากสัญญามิได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น

สำหรับเรื่องความตกลงเรื่องค่าใช้จ่ายนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบหรือว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่ประการใด ฉะนั้น ข้อตกลงนี้จึงเห็นได้ว่าจะทำด้วยวาจาก็มีผลใช้บังคับได้ ฉะนั้น ข้อตกลงนี้จึงเห็นว่าจะทำด้วยวาจาก็มีผลใช้บังคับได้[91]

---

[89] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 84.

[90] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 326

[91] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 72.

3.6 หน้าที่และความรับผิดของนายหน้า

3.6.1 หน้าที่ของนายหน้า

เนื่องจากสัญญานายหน้าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือตัวการจะเกิดหนี้ในอันที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าต่อเมื่อนายหน้ากระทำการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผลสำเร็จ หรือจะกล่าวได้ว่าการกระทำการของนายหน้าเป็นเงื่อนไขของการที่นายหน้ามีสิทธิที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนหรือไม่ หากนายหน้าไม่ได้กระทำการดังกล่าวนายหน้าก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องในอันที่จะเรียกให้ตัวการชำระหนี้ให้แก่ตนได้ และแม้ว่านายหน้าจะไม่กระทำการดังกล่าวตัวการก็ไม่อาจใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายจากนายหน้าได้ เพราะนายหน้าไม่มีหน้าที่หรือหนี้ในการกระทำการแก่ตัวการ

แต่หากนายหน้าได้ดำเนินการใด ๆ เพื่อเป็นการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก กฎหมายได้บัญญัติให้นายหน้ามีหน้าที่ที่ต้องกระทำแก่ตัวการเพื่อมิให้ตัวการได้รับความเสียหาย กล่าวคือ หน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 849

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 849 ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของนายหน้าไว้ดังนี้ การรับเงินหรือรับชำระหนี้อันจะพึงชำระตามสัญญานั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่านายหน้าย่อมไม่มีอำนาจที่จะรับแทนผู้เป็นคู่สัญญา ดังนั้นโดยหลักแล้วนายหน้าไม่มีหน้าที่รับเงินหรือเรียกให้คู่สัญญาอีฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ให้แก่ตนได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญานายหน้าคือ ผู้ที่เป็นนายหน้านั้นมีหน้าที่เพียงทำการชี้ช่อง หรือจัดการให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาพบปะ พูดคุย เพื่อเจรจาทำสัญญากัน โดยที่นายหน้านั้นมิได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในสัญญา ดังนั้นหน้าจึงไม่อาจรับเงิน หรือเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ได้ แต่บทบัญญัติของกฎหมายนี้มิใช่เป็นบทบังคับที่เด็ดขาด คู่สัญญาอาจทำความตกลงให้นายหน้ามีหน้าที่รับเงินหรือรับชำระหนี้แทนตัวการได้ ซึ่งในกรณีนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าหากมีการมอบหมายให้นายหน้ามีหน้าที่รับเงินหรือรับชำระหนี้ถือว่าเป็นกรณีตัวการได้แต่งตั้งให้นายหน้าเป็นตัวแทนในการรับชำระหนี้ ซึ่งเป็นกรณีที่นายหน้าได้ปฏิบัติหน้าที่อีกฐานะหนึ่งคือ ตัวแทน ดังนั้นผลทางกฎหมายต้องพิจารณาเรื่องตัวแทนประกอบด้วย[92] นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความเห็นว่านายหน้าประเภทนี้อาจเรียกว่า นายหน้าผู้รับมอบอำนาจเป็นตัวแทน[93]

---

[92] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 90-91.

[93] สถิต เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 265.

3.6.2 ความรับผิดของนายหน้า

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเมื่อนายหน้ากระทำตนเพียงเป็นสื่อ เป็นสะพานให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาพบปะกันโดยการชักจูง หรือชักนำของนายหน้า และนายหน้าเองก็ไม่มีหน้าอำนาจเข้าทำสัญญาในนามของตนเองหรือในนามของคู่สัญญาฝ่ายใด ดังนั้นนายหน้าจึงไม่อาจฟ้องหรือถูกฟ้องโดยคู่สัญญาฝ่ายใดเพื่อเรียกให้นายหน้ารับผิดชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มาทำความตกลงกัน นอกจากนี้นายหน้าไม่ต้องรับผิดชอบในการที่คู่สัญญาฝ่ายใดบิดพลิ้วหรือผิดนัดไม่ชำระหนี้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ความรับผิดตามสัญญาตามที่กล่าวมานี้เป็นความรับผิดตามสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มาตกลงทำสัญญากัน มิใช่สัญญาที่นายหน้าทำกับตัวการ

อย่างไรก็ตามก็มิได้หมายความว่านายหน้าจะไม่มีความรับผิดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสียเลย เนื่องจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 848 บัญญัติว่า ตัวนายหน้าไม่ต้องรับผิดไปถึงการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งทำต่อกันเพราะตนเป็นสื่อ เว้นแต่จะมิได้บอกชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นนายหน้าจะต้องรับผิดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่อเมื่อนายหน้ามิได้เปิดเผยชื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้คู่สัญญาอีกอีกฝ่ายหนึ่งทราบ เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองตัวการ ในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งบิดพลิ้วไม่ยอมชำระหนี้และตัวนายหน้าเองกลับไม่บอกชื่อให้ตัวการทราบ ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นายหน้านั้นก็ต้องรับผิดชำระหนี้ตามสัญญานั้น เนื่องจากตัวการไม่สามารถเรียกให้คู่สัญญาที่แท้จริงรับผิดได้

ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ โฆวิไลกูล ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การบอกชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น อาจจะบอกชื่อให้ทราบก่อนหรือภายหลังก็ได้[94] ถ้านายหน้าได้บอกให้ทราบก่อนแต่เวลาจะฟ้องร้องบังคับคดี ตัวการลืมชื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และนายหน้าไม่ยอมบอก นายหน้าจะต้องรับผิดตามมาตรา 848 หรือไม่นั้น การที่ผู้แจ้งไม่ยอมบอกก็เป็นการแสดงเจตนาทุจริต เห็นว่านายหน้าจะต้องรับผิดตามมาตรา 848 หรือนายหน้าไม่ได้บอกชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ตัวการทราบเพราะนายหน้าเองก็ไม่รู้ชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กรณีนี้นายหน้าต้องรับผิดหรือไม่นั้น เห็นว่าการที่นายหน้าไม่รู้ชื่อนั้นเป็นความบกพร่องของนายหน้า เพราะการทราบชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งถือได้ว่าเป็นหน้าที่ส่วนสำคัญของนายหน้า ดังนั้นนายหน้าจึงต้องรับผิดในกรณีดังกล่าวด้วย[95]

---

[94] คำพิพากษาฎีกาที่ 3343/2541 ย่อข้อกฎหมาย ศูนย์บริการข้อมูลตุลาการ ระบบสารสนเทศคำพิพากษาของศาลฎีกา.

[95] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 88-89.

3.7 อายุความฟ้องเรียกค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่ายของนายหน้า

3.7.1 อายุความฟ้องเรียกค่าบำเหน็จ

เมื่อนายหน้าได้เข้ากระทำการเป็นนายหน้าตามที่ได้มีการตกลงกับตัวการและมีการเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกจนเป็นผลสำเร็จแล้ว แต่ตัวการกลับบิดพลิ้วไม่ยอมชำระค่าบำเหน็จตามที่ได้มีการตกลงไม่ว่าจะโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายไว้กับนายหน้า ดังนี้หากนายหน้าได้ดำเนินการฟ้องร้องตัวการต่อศาลเพื่อบังคับให้ตัวการรับผิดเพื่อการชำระค่าบำเหน็จให้แก่ตนนั้น นายหน้าก็ต้องดำเนินการฟ้องร้องภายในอายุความตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แต่บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้านั้นมิได้บัญญัติเรื่องอายุความในการฟ้องร้องคดีไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องใช้อายุความทั่วไปตามมาตรา 193/30 คืออายุความ 10 ปี ดังปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 1183/2509 ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้พิจารณาแล้ว ตามฎีกาของจำเลยมีปัญหาว่านายหน้ากับบุคคลที่กล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 165 (1) และ (7) เป็นอย่างเดียวกันหรือไม่นั้นเห็นว่าบุคคลที่จะใช้สิทธิเรียกร้องตามมาตรา165 (1) และ (7) นั้น กฎหมายได้บัญญัติให้บุคคลเหล่านั้นเรียกเอาค่า เช่น ค่าที่ได้ส่งมอบของ ค่าทำของ ฯลฯ หรือไม่ก็เรียกเอาสินจ้าง กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้บุคคลเหล่านั้นเรียกเอาค่าบำเหน็จ บำเหน็จ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 เป็นเรื่องของนายหน้า ดังนั้น นายหน้ากับบุคคลที่กล่าวไว้ในมาตรา 165(1) และ (7) จึงไม่ใช่อย่างเดียวกันหรือเหมือนกัน การใช้สิทธิเรียกร้องจึงไม่เหมือนกันไปด้วย การใช้สิทธิเรียกร้องของโจทก์ในคดีนี้เป็นการเรียกร้องเอาค่าบำเหน็จ และไม่มีกฎหมายบัญญัติอายุความไว้เป็นอย่างอื่น จึงมีอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164 และโจทก์ได้ใช้สิทธินี้ภายใน 10 ปี คดีของโจทก์จึงไม่ขาดอายุความ

3.7.2 อายุความฟ้องเรียกค่าใช้จ่าย

ในกรณีของค่าใช้จ่ายของนายหน้านั้น นายหน้าจะได้รับชดใช้ซึ่งค่าใช้จ่ายที่เสียไปต่อเมื่อได้มีการทำความตกลงไว้ระหว่างตัวการและนายหน้า ดังนั้นไม่ว่านายหน้าจะชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จหรือไม่ แต่หากได้มีการทำความตกลงกันไว้ระหว่างตัวการและนายหน้าว่านายหน้ามีสิทธิได้รับชดใช้ซึ่งค่าใช้จ่ายที่เสียไปนั้น นายหน้าย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ตัวการรับผิดในการชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้ หากต่อมาตัวการบิดพลิ้วไม่ยอมชำระค่าใช้จ่ายให้แก่นายหน้า นายหน้าย่อมต้องนำคดีมาสู่ศาลเพื่อเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าว ดังนั้นนายหน้าก็ต้องดำเนินการฟ้องร้องคดีภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน แต่บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้มีการบัญญัติอายุความไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณา

ประกอบกับอายุความในการเรียกร้องค่าบำเหน็จซึ่งคำพิพากษาฎีกาก็ได้ระบุว่านายหน้าสามารถดำเนินการฟ้องร้องเพื่อค่านายหน้าภายในระยะเวลา 10 ปี แสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาคำนึงถึงลักษณะของบุคคลเป็นในการจำแนกถึงอายุความว่าจะกำหนดให้สั้นหรือยาวแตกต่างกันอย่างไร ดังนั้นการที่นายหน้าจะเรียกร้องเอาค่าบำเหน็จหรือค่าใช้จ่ายที่เสียไปนั้น จึงไม่ทำให้อายุความเรียกร้องในค่าดังกล่าวแตกต่างกัน เพราะผู้เรียกร้องมีคุณลักษณะเดียวกัน คือเป็นนายหน้า ดังนั้นอายุความเรียกร้องค่าใช้จ่ายก็ควรมีอายุความ 10 ปี ตามมาตรา 193/30[96]

3.8 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้า

ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้านี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนี้จะนำเอาหลักกฎหมายเรื่องความระงับแห่งสัญญาตัวแทนมาใช้ได้หรือไม่ มีผู้ให้ความเห็นว่าไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ เพราะลักษณะการทำงานของนายหน้าต่างจากตัวแทน การที่นายหน้าไม่ยอมทำงานไม่ถือว่านายหน้าผิดสัญญา การทำงานของนายหน้าคือ การดำเนินงานให้ตัวการได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอก เป็นเงื่อนไขของการมีสิทธิได้รับบำเหน็จ และด้วยเหตุนี้จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ตัวการในการเรียกให้นายหน้าทำงาน[97]

ดังนั้นการพิจารณาว่าสัญญานายหน้านั้นระงับสิ้นไปอย่างไรจึงต้องพิจารณาจากหลักของการระงับสิ้นไปแห่งสัญญาในกรณีปกติ กล่าวคือ

1) ข้อสัญญานายหน้า อาจกำหนดถึงความระงับของสัญญานายหน้าไว้ เช่น ถ้านายหน้าทำการชี้ช่องให้ทีการทำสัญญาไม่ได้ ภายในเวลาที่บุคคลตกลงจะให้บำเหน็จนายหน้าได้กำหนดไว้ เช่น ภายใน 1 เดือน ให้สัญญานายหน้าสิ้นสุดลงและถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายหน้ากระทำการดังกล่าวไม่ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด สัญญานายหน้าก็สิ้นสุดลง หรือสัญญากำหนดให้บุคคลผู้ตกลงจะให้บำเหน็จนายหน้า หรือตัวนายหน้าเองมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

2) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงเลิกสัญญานายหน้านั้นเสีย แม้สัญญานายหน้าจะไม่ได้ระบุไว้แต่แรกก็ตาม ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

3) นายหน้าได้กระทำการชี้ช่องให้มีการทำสัญญาจนสำเร็จในเรื่องที่ได้รับมอบหมายดังกล่าวแล้ว

---

[96] มาโนช สุทธิวาทนฤพุฒิ. (2519). **บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์** (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 270.

[97] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. เล่มเดิม. หน้า 90.

นอกจากการระงับสิ้นไปของสัญญาตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว มีความเห็นว่า[98] ตัวการหรือนายหน้าอาจเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้ เพราะไม่กระทบผลประโยชน์ของกันและกัน นายหน้าเรียกได้แต่บำเหน็จ เรียกค่าใช้จ่ายการดำเนินงานไม่ได้ (กรณีตัวการเลิกสัญญา) ส่วนนายหน้าไม่มีหน้าที่หรือหนี้ที่ต้องกระทำการ ดังนั้น ตัวการก็เรียกค่าเสียหายไม่ได้ (กรณีนายหน้าบอกเลิกสัญญา) ส่วนตามกฎหมายไทยไม่มีหลักเกณฑ์เช่นนี้ คงต้องรอคำวินิจฉัยของศาลต่อไป

นอกจากนี้ก็ต้องนำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 หมวด 4 เรื่องการเลิกสัญญาตั้งแต่มาตรา 386 ถึงมาตรา 394 มาใช้ด้วย[99] ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยจะได้พิเคราะห์ พิจารณาโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 5

หลักกฎหมายในเรื่องสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อสัญญานายหน้าได้เกิดมีขึ้น สมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมายแล้ว ย่อมทำให้ตัวการและนายหน้าซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญานายหน้าเกิดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดต่อกัน แต่สัญญานายหน้ามีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาอื่นทั่วไป กล่าวคือเมื่อสัญญานายหน้าได้เกิดมีขึ้นแล้ว ในเบื้องต้นนายหน้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่มีหนี้เพียงฝ่ายเดียวในอันที่จะต้องเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เป็นผลสำเร็จ หากนายหน้าได้กระทำหน้าที่เช่นว่านั้นสำเร็จแล้วย่อมเป็นเงื่อนไขในอันที่จะทำให้ตัวการต้องชำระหนี้ตอบแทน ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยโดยหลักใหญ่ใจความนั้นมิได้เป็นการแตกต่างในสาระสำคัญจากบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้าของกฎหมายต่างประเทศเท่าใดนัก เพราะในช่วงแรกของการยกร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นักกฎหมายไทยได้ยกร่างบทบัญญัติในส่วนนี้โดยนำต้นร่างมาจากประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่นเสียเป็นส่วนใหญ่ แต่คำว่า “สัญญานายหน้า” นั้นเดิมทีมีที่มาจากสัญญาตัวแทนเป็นสำคัญ การที่สัญญานายหน้าเข้ามามีบทบาทในกฎหมายไทยเพราะนักกฎหมายไทยในสมัยก่อนได้ไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษ ซึ่งในประเทศอังกฤษได้มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเกี่ยวกับสัญญานายหน้า นักกฎหมายไทยจึงนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวเข้ามาศึกษา เพื่อให้การศึกษาวิจัยในครั้งนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้วิจัยจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าของต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ในบทที่ 4 ต่อไป

---

[98] Fritz Staubach. Loc.cit.

[99] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 328-329.

บทที่ 4
ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของต่างประเทศ

สัญญานายหน้าเป็นสัญญาที่ถือได้ว่าเป็นสัญญาที่มีการใช้อย่างแพร่หลายในหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) หรือประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (common law) โดยลักษณะของสัญญานายหน้าในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียด แต่โดยหลักใหญ่ใจความที่สำคัญนั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน และในบางประเทศที่ได้แบ่งประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์ออกจากกันก็ได้แบ่งลักษณะของสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับไว้ต่างหากจากกันอันเป็นหลักกฎหมายที่น่าสนใจและเห็นควรนำมาศึกษาในการวิจัยในเล่มนี้ ซึ่งการศึกษาถึงลักษณะและผลของกฎหมายของสัญญานายหน้าของต่างประเทศในบทนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายของสัญญานายหน้า รวมทั้งหมด 3 ประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งสาระสำคัญของหลักกฎหมายนายหน้าที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของทั้งสามประเทศดังที่ได้กล่าวมานั้นล้วนเป็นหลักกฎหมายที่น่าสนใจและควรนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง ดังจะกล่าวต่อไปดังนี้

4.1 ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

4.1.1 ความเป็นมาของสัญญานายหน้าในประเทศอังกฤษ

สัญญานายหน้านั้นได้เริ่มปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในสมัยศตวรรษที่ 19 ทั้งนี้เนื่องจากคำพิพากษาต่าง ๆ ของศาลมีความประสงค์ในอันที่จะแยกแยะให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้า และ Factor[100]กล่าวคือ เมื่อคดีต่าง ๆ ที่ได้รับการตัดสินมาจากบรรทัดฐานเดิมที่มีอยู่

---

[100] Factor คือตัวแทนประเภทหนึ่งในกฎหมายอังกฤษที่มีลักษณะคล้ายกับนายหน้า แต่มีความแตกต่างในประการสำคัญ คือFactor มีสิทธิทำสัญญาในนามของตนเอง รวมทั้งการฟ้องร้องคดีในนามของตนเอง และหาก Factor ได้รับมอบมาซึ่งสินค้า Factor จะมีอำนาจในการครอบครองสินค้า และมีอำนาจในกาตัดสินใจว่าจะทำการขายสินค้าหรือไม่.

ก่อนหน้านั้น ทำให้เกิดความรู้ใหม่บางประการของธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าในเวลานั้นอันช่วยทำให้เกิดความเข้าใจถึงคดีเหล่านั้นมากยิ่งขึ้น การแยกแยะถึงความแตกต่างของสัญญาทั้งสองประเภทนี้ได้คำนึงถึงการค้าขายทางพาณิชย์เป็นสำคัญ แต่ภายใต้การดำเนินการดังกล่าวนั้นเป็นการพิจารณาถึงการค้าการพาณิชย์เป็นการทั่วไป มิได้เฉพาะเจาะจงถึงการค้าเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยในระยะแรกนั้นได้พิจารณาว่า Factor เป็นตัวแทนสำหรับการขายสินค้า และบ่อยครั้งที่สินค้านั้นได้ถูกส่งมาจากประเทศอื่น ๆ ที่ Factor มีหน้าที่ที่จะต้องส่งสินค้าต่อไป ดังนั้น Factor จึงเป็นผู้มีสิทธิในการครอบครองสินค้า หรือสามารถดำเนินการจัดการสินค้าที่ตนมีหน้าที่ในการขายนั้นโดยตนเอง และโดยปกตินั้น Factor จะทำการขายสินค้าที่เขาได้รับมอบมาในนามของตนเองโดยไม่จำต้องเปิดเผยชื่อของตัวการนั้น ซึ่งแท้ที่จริงแล้ว Factor อาจจะไม่แสดง หรือบ่งชี้เลยว่าเขาได้ดำเนินการเช่นว่านั้นในนามของตัวการ หรือในนามของตนเอง อย่างเช่นบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจอย่างชัดเจนในการขายสินค้านั้น หรือมีความเป็นเจ้าของในสินค้านั้นอย่างชัดเจน ดังนั้น Factor อาจมีอำนาจในการจัดการซึ่งสินค้านั้น แม้ว่าเขาจะไม่ได้รับมอบอำนาจก็ตาม การชำระค่าตอบแทนให้แก่ Factor นั้นค่าตอบแทนของ Factor จะถูกรวมอยู่ในราคาของสินค้าที่ทำการซื้อขาย แม้ว่าผู้ซื้อจะรู้จักตัวการหรือบริษัทที่แท้จริง และแม้ว่าตัวการหรือบริษัทจะขายสินค้าในนามตนเอง Factor ก็มีสิทธิในการเรียกร้องให้ชำระราคาดังกล่าวได้

ส่วนนายหน้านั้นเป็นลักษณะของบุคคลที่เกิดขึ้นภายหลัง Factor กล่าวคือนายหน้าเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ในการเจรจาต่อรอง และจัดทำสัญญาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในการขายสินค้านั้น ๆ ซึ่งนายหน้าเองอาจจะยังไม่เคยเห็นสินค้าที่ทำการซื้อขายกันนั้นมาก่อน ดังนั้นการประกอบอาชีพของนายหน้าจึงไม่จำต้องอาศัยความถูกต้องของข้อมูลสินค้านั้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้วราคาของสินค้าหรือตัวสินค้าที่ทำการซื้อขายกันนั้นอาจจะไม่เป็นไปตามราคาตลาดทั่วไป เพราะเป็นการทำการซื้อขายระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายที่ได้มาทำความตกลงกัน นายหน้าจะไม่ทำการซื้อขายสินค้าในนามของตนเอง และการชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าจะไม่ถูกรวมอยู่ในราคาสินค้าที่ทำการซื้อขายนั้น ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นเพียงกฎเกณฑ์ในเบื้องต้นเท่านั้น ซึ่งการแยกแยะให้เห็นถึงความแตกต่างยังไม่ชัดเจนเท่าใดนัก

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น Factor จะกระทำการอย่างพ่อค้าที่มีความเป็นอิสระ และบุคคลคนหนึ่งอาจกระทำการเป็นทั้ง Factor และนายหน้าในเวลาเดียวกันก็ได้

การทำความเข้าใจถึงความแตกต่างระหว่างนายหน้า และ Factor นั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมากในการทำความเข้าใจในคดีที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 19 ตัวอย่างเช่น คำตัดสินหลายคำตัดสินตัดสินบนพื้นฐานของความคิดที่ว่า บุคคลที่เข้าทำการติดต่อกับนายหน้านั้นต้องรู้ว่านายหน้านั้นกระทำการเพื่อตัวการ ไม่ว่านายหน้านั้นจะได้บอกให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงความมีอยู่ของ

ตัวการหรือไม่ แต่ในความเป็นจริงแล้วลักษณะดังกล่าวคือลักษณะของ Factor แต่ในความหมายของ Factor นั้นความหมายตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นได้มีการนำมาใช้น้อยมากในปัจจุบัน (ความจริงแล้วมักจะใช้ในความหมายอื่นมากกว่า เช่น ใช้ในความหมายของการรับซื้อสิทธิเรียกร้อง) และคำว่านายหน้า ได้ถูกนำมาใช้ในการดำเนินการหลาย ๆ ประเภทมากกว่านายหน้าในการซื้อขายสินค้า และบ่อยครั้งที่นำมาบังคับใช้กับบุคคลที่กระทำการเป็นคนกลางซึ่งความหมายที่ได้มีการให้ความหมายนั้นยังไม่เป็นการสอดคล้องเท่าที่ควร เช่น นายหน้าประกันภัย นายหน้าจำนอง นายหน้าการเดินเรือ เป็นต้น นอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติ The Factor Act 1889 อันเป็นบทบัญญัติที่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ และขยายกฎเกณฑ์พิเศษ เพื่อนำมาปรับใช้กับการดำเนินการบางอย่างที่ไม่ได้รับอนุญาตของ Factor และเพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ได้เข้าดำเนินการติดต่อกับ Factor และต่อมาได้มีการบัญญัติคำจำกัดความขึ้นมาใหม่เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว คือคำว่า ตัวแทนทางการค้า (Mercantile Agent) ซึ่งได้รับการอภิปรายเป็นการทั่วไป แม้ว่าการแยกแยะให้เห็นถึงความแตกต่างข้างต้นนั้นอาจจะเป็นการล้าหลังไปบ้าง แต่ก็มีความสำคัญในการทำความเข้าใจถึงกฎหมายในคดีที่เกิดขึ้นในช่วงระยะต้นได้[101]

4.1.2 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญานายหน้า

ในประเทศอังกฤษนั้นได้แบ่งประเภทของตัวแทนไว้หลายประเภท ซึ่งนายหน้านั้นถือว่าเป็นตัวแทนประเภทหนึ่งตามกฎหมายอังกฤษเช่นกัน แต่นายหน้านั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากตัวแทนประเภทอื่น เนื่องจากโดยหลักการแล้วนายหน้าไม่ได้เข้าทำสัญญาในนามของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และนายหน้าไม่มีสิทธิครอบครองในสินค้าของตัวการ ดังนั้นในเรื่องสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดของนายหน้าจึงมีความแตกต่างจากตัวแทนทั่วไป

ตัวแทน[102] ตามกฎหมายอังกฤษนั้นอาจแยกได้เป็นหลายลักษณะ ดังต่อไปนี้

1) ตัวแทนที่ได้มอบอำนาจเป็นการทั่วไป และตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจเป็นการเฉพาะ (General or special agent)

---

[101] Reynolds. (1977). **Bowstead on Agency**. p.25-26.

[102] ในส่วนของสัญญานายหน้าในประเทศอังกฤษนี้ หากผู้วิจัยได้กล่าวถึงคำว่าตัวแทนพึงหมายถึงตัวแทนทุกประเภทดังที่ได้อธิบายไว้ในส่วนข้อความเบื้องต้นนี้ซึ่งหมายรวมถึงนายหน้าด้วยเพราะตามกฎหมายอังกฤษคำว่าตัวแทนนั้นนั้นหมายรวมถึงนายหน้า ดังนั้นโดยหลักแล้วจึงต้องนำกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาตัวแทนมาปรับใช้เป็นหลัก แต่หากมีกฎหมายส่วนใด หรือมีจารีตประเพณีส่วนใดที่เกี่ยวข้องกับนายหน้าเป็นการเฉพาะ ผู้วิจัยจะได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ในส่วนนั้น ๆ.

ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจเป็นการทั่วไปนั้นมักจะเข้าไปเกี่ยวข้องในการดำเนินการทางธุรกิจอันเกี่ยวกับการทั่ว ๆ ไป ซึ่งโดยปกตินั้นจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการค้า หรือการดำเนินการทางธุรกิจ โดยส่วนใหญ่กรรมการบริหารบริษัทจะได้รับมอบอำนาจอย่างชัดเจนในการดำเนินการโดยทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับบริษัทนั้น เช่น มีหน้าที่ในการจัดทำสัญญาต่างๆในนามของบริษัท ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับหุ้นส่วนในบริษัท นอกจากนี้บุคคลที่ได้รับการแต่งให้มีอำนาจบางประการ เช่น อำนาจโดยปกติในการซื้อ หรือขายสินค้าในนามของตัวการ ดังนี้ก็เป็นลักษณะของตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจเป็นการทั่วไปเช่นกัน ในทางตรงกันข้าม ตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อให้ดำเนินการทางการค้าเฉพาะในบางกรณีเท่านั้น และไม่มีอำนาจในการจัดการใด ๆ นอกเหนือไปจากที่ได้กล่าวมานี้ อันเป็นลักษณะของตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจเป็นการเฉพาะ และความเป็นตัวแทนนี้จะสิ้นสุดลงเมื่อการดำเนินการทางธุรกิจได้ดำเนินการจนเสร็จสมบูรณ์แล้ว

2) ตัวแทนการค้า (Mercantile agent)

ตัวแทนการค้า คือบุคคลซึ่งมีอำนาจในการซื้อขายสินค้า หรือจัดส่งสินค้าเพื่อทำการซื้อหรือขายสินค้า หรือทำให้ราคาของสินค้าที่นำมาค้ำประกันให้สูงขึ้น

ตัวแทนอาจเป็นตัวแทนทางการค้าได้ แม้ว่าโดยปกติเขาอาจจะไม่ได้ประกอบอาชีพเป็นตัวแทน หรือเป็นตัวแทนที่มีลูกค้าเพียงคนเดียวเท่านั้น หรือแม้โดยปกติอาชีพของเขาคือพ่อค้าที่ได้รับมอบหมายให้ทำการขายสินค้าเท่านั้น ทั้งนี้โดยมีข้อแม้ว่าเขาจะต้องดำเนินการทางธุรกิจโดยความสามารถของตนเองอย่างตัวแทนการค้า และเขาต้องไม่ใช่เป็นเพียงลูกจ้าง หรือพนักงานขายของในร้านค้าเท่านั้น

ดังนั้น ตัวแทนการค้า คือตัวแทนที่ได้รับมอบหมายให้ทำการขายสินค้า หรือส่งสินค้านั้นคืน แต่การกระทำเช่นว่านั้นไม่ได้ทำให้ตัวแทนการค้ากลายมาเป็นเจ้าของในสินค้านั้นไปได้ และค่าตอบแทนของตัวแทนการค้านั้น ตัวแทนการค้าพึงได้รับจากผลกำไรจากการขายสินค้านั้น ตัวแทนยังคงเป็นตัวแทนการค้าเพื่อทำการส่งมอบซึ่งสิทธิครอบครองในสินค้านั้นให้แก่ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้กระทำการโดยสุจริต และในกรณีเช่นว่านี้ย่อมได้รับการคุ้มครองโดย The Factor Act 1889 ตราบเท่าที่ตัวการมิได้เข้าใจผิดในตัวตนของตัวแทนและตัวการมีเจตนาที่จะมอบการครอบครองในสินค้าให้แก่ตัวแทน ถึงแม้ว่าการยอมรับในความเป็นตัวแทนนั้น ตัวแทนมีเจตนาที่จะเพิกเฉยต่อเงื่อนไขต่าง ๆ และกระทำการอันเป็นการหลอกลวงเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง

ตามคำจำกัดความของตัวแทนการค้าข้างต้นนั้นได้หมายรวมถึงประเภทของตัวแทนทางการค้าไว้สองประเภท ดังนี้

(1) Factor : Factor คือตัวแทนการค้าประเภทหนึ่งซึ่งโดยปกติในทางธุรกิจการค้าได้รับมอบซึ่งความครอบครองในสินค้า หรือได้รับมอบการครอบครองในเอกสารแห่งสิทธิ

(2) นายหน้า : นายหน้า คือตัวแทนการค้าอีกประเภทหนึ่งซึ่งโดยปกติในทางการค้านั้น เขาจะได้รับการว่าจ้างให้จัดทำสัญญาเพื่อทำการซื้อ หรือขายทรัพย์สิน หรือสินค้า แต่เขาจะไม่ได้รับมอบซึ่งความครอบครองในสินค้า หรือเอกสารแห่งสิทธินั้น

3) ตัวแทนประเภทอื่น ๆ

ผู้รับเหมา (Forwarding agent) คือบุคคลผู้ที่เข้าดำเนินการในการขนส่ง หรือขนส่งต่อไปซึ่งสินค้า (ผู้รับเหมานี้มีความรับผิดเสมือนตัวการ) ซึ่งมีประเพณีในทางการค้าว่าผู้รับเหมาต้องรับผิดในค่าขนส่งไม่ว่าจะเป็นการขนส่งทางทะเล หรือทางอากาศ แต่เมื่อผู้รับเหมานี้ได้ชำระค่าใช้จ่ายสำหรับการขนส่งนั้นแล้ว ผู้รับเหมานี้สามารถเรียกเงินที่ชำระไปแล้วคืนได้ แม้ว่าจะเป็นการดำเนินการแทนตัวการที่เปิดเผยชื่อก็ตาม หลังจากที่ผู้รับเหมาได้ทำการจัดส่งสินค้าแล้ว หน้าที่ของผู้รับเหมาเกี่ยวกับสินค้านั้นยังไม่เสร็จสิ้นไปในทันที แต่เขามีหน้าที่ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้เกิดความสะดวก และไม่เป็นการขัดขวางในการจัดส่งสินค้าเพื่อให้ไปถึงจุดหมายอย่างปลอดภัย

ตัวแทนประกันภัย หรือนายหน้าประกันภัย คือบุคคลที่ได้รับการว่าจ้างเพื่อทำการเจรจา และจัดทำกรมธรรม์เพื่อให้กรมธรรม์นั้นมีผล

ตัวแทนฐานประกันภัย (Del credere agent) คือตัวแทนซึ่งได้ให้การรับรองแก่ตัวการว่าหากบุคคลที่สามที่ได้เข้าทำสัญญากับตัวการนั้นไม่ชำระเงินตามที่ได้ดำเนินการภายใต้สัญญานั้นให้แก่ตัวการ ตัวแทนฐานประกันภัยนี้จะได้เข้าชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวให้แก่ตัวการ

ผู้ประมูล (Auctioneer) คือตัวแทนที่ได้รับการว่าจ้างมาเพื่อทำการขายทรัพย์สินในการประมูล ซึ่งผู้ประมูลนี้อาจกระทำการเป็นทั้งตัวแทนของผู้ซื้อและผู้ขาย และอาจได้รับการครอบครองหรือไม่ได้รับซึ่งการครอบครองในทรัพย์สินที่ขาย หรือในเอกสารแห่งสิทธิในทรัพย์สินเช่นว่านั้น

ตัวแทนค้าอสังหาริมทรัพย์ (Estate agent) คือบุคคลที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการได้มาหรือการจัดการในที่ดิน หรือสิ่งปลูกสร้างอื่น ๆ บนที่ดินนั้น โดยเขามีหน้าที่ในการจัดหาบุคคลที่มีความต้องการในการซื้อหรือขายทรัพย์สินที่ตรงกันมาพบกัน หรือเพื่อดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น หรือดำเนินการเจรจาในนามของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

4.1.3 ลักษณะของสัญญานายหน้า

4.1.3.1 ความหมายของนายหน้า

นายหน้า คือตัวแทนซึ่งได้รับการว่าจ้างมาเพื่อดำเนินการต่อรองและทำสัญญาระหว่างบุคคลในทางการค้าหรือในทางการเดินเรือ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือนายหน้าเป็นบุคคลซึ่งเป็นเพียงผู้ทำการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา โดยที่ตัวนายหน้าเองไม่มีสิทธิครอบครองในสินค้า หรือไม่มีอำนาจในการตัดสินใจในการขายสินค้าหรือซื้อสินค้า และไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ

ว่าจะมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขาย หรือบุคคลอื่นใด[103] ดังนั้นนายหน้าจึงเป็นเพียงบุคคลที่เป็นคนกลางในการเข้าทำการเจรจา หรือต่อรองในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น นายหน้าไม่อาจมีสิทธิครอบครองในตัวสินค้าที่คู่สัญญาได้ทำการซื้อขาย และไม่มีอำนาจในการตัดสินใจที่จะซื้อหรือขายสินค้าในนามของตนเอง นอกจากนี้นายหน้ายังไม่มีอำนาจในการฟ้องคดีแทนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

แต่ในบางกรณีนายหน้านั้นอาจมีอำนาจในการเข้าทำสัญญากับบุคคลที่สามในนามของตนเองได้ โดยอำนาจนี้เป็นอำนาจโดยจารีตประเพณีของธุรกิจนั้นๆ หรือตลาดที่ทำการซื้อขายสินค้านั้น ๆ เพราะฉะนั้น บุคคลที่ว่าจ้างนายหน้ามาเพื่อให้กระทำการเป็นนายหน้านั้นจะได้รับการคาดหวังว่าเขาจะต้องให้อำนาจแก่นายหน้าเพื่อให้กระทำการเป็นนายหน้า และไม่สำคัญว่าผู้ว่าจ้างจะมีความคุ้นเคยกับกฎเกณฑ์ที่นายหน้านั้นจะต้องถูกผูกพันหรือไม่ ดังนั้นบุคคลที่ว่าจ้างนายหน้าในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งในตลาดหลักทรัพย์รู้กันโดยทั่วไปว่าบุคคลนั้นเป็นนายหน้า ดังนี้ต้องถือว่าบุคคลที่ว่าจ้างนั้นได้ให้อำนาจแก่นายหน้าในการกระทำการต่างๆบนกฎเกณฑ์ของตลาดหลักทรัพย์นั้น

หากตัวการได้ว่าจ้างนายหน้าให้ดำเนินการทางธุรกิจแทนตนเองในตลาดที่ตัวการไม่ทราบถึงธรรมเนียมปฏิบัติของตลาดนั้นๆ ดังนี้ถือได้ว่าตัวการได้ให้อำนาจแก่นายหน้าในการทำสัญญาโดยอยู่บนพื้นฐานของธรรมเนียมปฏิบัติของตลาดนั้นเพียงเท่าที่เกี่ยวกับรูปแบบของการปฏิบัติตามสัญญา และตราบเท่าที่ไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงซึ่งลักษณะอันแท้จริงของสัญญารายนั้น

นายหน้าเป็นตัวแทนการค้า (Mercantile agent) ประเภทหนึ่ง[104] และแม้ว่าการที่บุคคลหนึ่งเข้าทำสัญญาที่มีลักษณะเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ไม่จำเป็นว่าเขาจะต้องเป็นนายหน้าเสมอไป เช่น Mr.A เข้าทำสัญญาในนามของ Mr.B เพื่อไปทำการร้องเพลงในคอนเสิร์ต ดังนี้ Mr.A ไม่ได้กระทำการอย่างนายหน้า[105]

---

[103] Fowler v Hollins. (1872).

[104] ตัวแทนการค้า หรือ Mercantile agent นั้นประกอบไปด้วยตัวแทน 2 ประเภท คือ นายหน้า และ Factor แต่ความแตกต่างระหว่าง นายหน้า กับ Factor คือ นายหน้านั้นเป็นตัวแทนที่ไม่ได้รับมอบอำนาจให้ครอบครองทรัพย์สิน หรือเข้าทำสัญญาต่าง ๆ ในนามของตนเอง รวมทั้งไม่มีสิทธิในการตัดสินใจว่าตนจะทำการซื้อหรือขายสินค้านั้นหรือไม่ นายหน้าจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องในกรณีที่เกิดข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาในนามตนเอง ตรงกันข้ามกับ Factor Factor เป็นผู้ที่ได้รับมอบให้ครอบครองซึ่งสินค้าจากตัวการ และมีอำนาจในการเข้าทำสัญญาในนามของตนเอง รวมทั้งมีสิทธิตัดสินใจในการซื้อหรือขายสินค้านั้น และมีสิทธิฟ้องร้องในนามของตนเองแทนตัวการ.

[105] Milford v Hughes. (1847).

4.1.3.2 หน้าที่ของนายหน้า

หน้าที่ประการสำคัญของนายหน้า คือ หน้าที่ในการดำเนินการทางธุรกิจเพื่อจัดหาผู้ซื้อในสินค้าให้แก่บุคคลที่มีความประสงค์ในการที่จะขายสินค้าตามความต้องการของผู้ซื้อรายนั้น หรือจัดหาผู้ขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อที่มีความประสงค์จะซื้อสินค้ารายนั้น นอกจากนี้นายหน้ายังมีหน้าที่ในการเข้าทำการเจรจา และต่อรองระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น และจัดให้มีขึ้นซึ่งสัญญาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย แต่หากนายหน้าผู้นั้นกระทำการตามหน้าที่ของตนจนเสร็จสิ้นแล้ว นายหน้าผู้นั้นไม่อาจทำการยกเลิกสัญญา หรือจัดทำสัญญาอื่นได้[106]

เมื่อนายหน้าได้จัดให้มีขึ้นซึ่งสัญญาแล้ว แนวทางปฏิบัติของนายหน้า คือ นายหน้าจะต้องออกบันทึกการซื้อ และบันทึกการขาย (bought and sold note) ให้แก่ลูกค้าของตนเพื่อเป็นการบันทึกซึ่งเงื่อนไขในการซื้อขายที่ได้มีการตกลงกัน การบันทึกในข้อตกลงนี้นำไปสู่ยอมรับในความตกลง[107] ดังต่อไปนี้

1) บันทึกการซื้อและการขายนี้ ถ้าได้มีการตอบโต้ซึ่งกันและกันและบันทึกเหล่านี้มีความสมบูรณ์ ดังนี้ย่อมเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถ้าบันทึกเหล่านี้ไม่มีการโต้ตอบซึ่งกันและกันและไม่มีความสมบูรณ์ ดังนี้ย่อมไม่อาจถือเป็นสัญญาลายลักษณ์อักษรได้

2) ในกรณีที่บันทึกการซื้อและการขายนั้นได้ออกโดยนายหน้าที่กระทำการเป็นตัวแทนเพื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในกรณีที่ไม่อาจพิสูจน์โดยคู่สัญญาว่าบันทึกอื่นที่มีความแตกต่างออกไป บันทึกอันใดอันหนึ่งที่มีความสมบูรณ์นั้นสามารถเชื่อถือได้ว่าเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่สัญญาได้

แต่ต่อมาได้มีการยกเลิกซึ่งความตกลงตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นซึ่งต่อมาได้มีการจัดทำขึ้นในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในส่วนที่เกี่ยวกับบันทึกที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือบันทึกความเข้าใจของสัญญาที่มีมูลค่าตั้งแต่ 10 ปอนด์ขึ้นไป ทำให้กฎเกณฑ์เช่นว่านี้ลดความสำคัญลงไปมาก แต่ในบางกรณียังคงนำมาพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับว่าบันทึกนี้เป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่

ในส่วนที่เกี่ยวกับสมุดของนายหน้า และบันทึกการซื้อและขายของนายหน้ามีคำตัดสินเก่าจำนวนมากของศาลที่เกี่ยวกับเรื่องเช่นว่านี้ แต่เนื่องจากมีการบัญญัติซึ่ง The Sale of

---

[106] Robinson v Mollett . (1875). และ White v Benekendorff . (1873).

[107] ต่อมาความตกลงที่เป็นแนวทางปฏิบัติของนายหน้านี้ได้ถูกจัดทำขึ้นในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute).

Goods Act 1893[108] และการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าส่งผลให้กฎหมายเดิมที่เกี่ยวข้องกับสมุดนายหน้านั้นค่อย ๆ หมดไป ในช่วงหนึ่งเคยมีแนวความคิดที่ว่าในกรณีที่นายหน้าได้บันทึกเงื่อนไขในการซื้อขายไว้ในสมุดของนายหน้า และลงนามในสมุดนั้น และส่งมอบบันทึกการซื้อและการขายให้แก่คู่สัญญา การบันทึกซึ่งเงื่อนไขของสัญญาในสมุดของนายหน้าเช่นนี้ย่อมเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการยกเว้นบันทึกนั้น[109] แต่อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่าสัญญานั้นอาจเป็นเพียงส่วนหนึ่งในบันทึกก็ได้[110] นอกจากนี้ในรายงานของคดี Hawes v Forster (1834) คล้าย ๆ กับต้องการที่จะแสดงว่าคณะลูกขุนพบว่าโดยธรรมเนียมปฏิบัตินั้นบันทึกถือว่าเป็นสัญญาเช่นเดียวกัน แต่ในคดีนี้ได้มีการอธิบายเป็นประการอื่น ในวันที่ได้มีการให้ความ เห็นเช่นนี้ไว้ในคดีนี้ การกล่าวถึงบันทึกนี้ในครั้งแรก คือ หน้าที่ของนายหน้าในลอนดอนในการจัดทำการบันทึกเช่นนี้ นายหน้าในเมืองลอนดอนนั้นได้อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัท และโดยกฎเกณฑ์ของบริษัทที่เรียกร้องให้ต้องผูกพันประการหนึ่ง คือ นายหน้าต้องบันทึกสัญญาทุกสัญญาไว้ในสมุดในวันที่ได้มีการจัดทำสัญญานั้น แต่หน้าที่นี้ได้ถูกยกเลิกไปโดย London Brokers Relief Act 1870 ซึ่งได้ยกเลิกข้อผูกพัน และในที่สุด London Brokers Relief Act 1870 ได้ยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการถูกควบคุมโดยบริษัท ซึ่งเป็นระยะเวลาไม่นานในการมีวิธีการปฏิบัติในการบันทึกสัญญาต่าง ๆ ลงในสมุดนายหน้า ปัจจุบันนี้การบันทึกข้อมูลต่าง ๆ ลงในสมุดนายหน้านั้นเป็นเพียงการเป็นบันทึกช่วยจำส่วนบุคคลเท่านั้น ดูเหมือนว่าในปัจจุบันนี้การบันทึกเช่นว่านั้นจะไม่ได้รับการคำนึงถึงว่าเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่สัญญา เว้นแต่เป็นการบันทึกในกรณีอื่น ๆ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

รูปแบบของการบันทึกในบันทึกการซื้อ หรือบันทึกการขายนั้นอาจมีรูปแบบดังต่อไปนี้

"ได้ทำการซื้อ C.D. ให้คุณแล้ว"

"ได้ทำการขายให้คุณแล้ว"

---

[108] กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไป และได้บัญญัติใหม่ คือ The Sale of Goods Act 1979 (last amendment 1995).

[109] ความเห็นของผู้พิพากษา 3 ท่านในคดี Sievewright v Archibald (1851), คดี Thornton v Charles (1842) และคดี Pitts V Beckett (1845) และนอกจากนี้ความเห็นเช่นนี้ยังได้รับการสนับสนุนใน จาก Lord Ellenborough CJ in Heyman v Neale (1809) และในคดี Dickenson v Lilwal (1815).

[110] Gibbs CJ. ในคดี Cumming v Roebuck (1816), Abbott CJ. ในคดี Thornton v Meux (1827), Lord Denman CJ. ในคดี Hawes v Forster (1834) และคดี Townend v Drakeford (1843) และ Lord Abinger CB. ในคดี Thornton v Charles (1842).

"ผม/ดิฉันได้ซื้อให้คุณแล้ว"

ส่วนใหญ่แล้วนายหน้าจะเป็นตัวแทนทางฝ่ายผู้ขาย แต่เมื่อการเจรจาต่อรองได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว นายหน้าอาจเข้าเป็นตัวแทนของทั้งสองฝ่าย ดังนั้นการลงนามในสมุดของนายหน้าจะต้องทำให้ถูกต้องตาม The Sale of Goods Act 1893[111] ในทำนองเดียวกันบันทึกการซื้อและบันทึกการขายที่เกี่ยวข้อง และการบันทึกซึ่งเงื่อนไขของการตกลง จะต้องลงนามโดยนายหน้าและส่งมอบให้แก่คู่สัญญา เพื่อเป็นบันทึกข้อตกลงที่เพียงพอแก่ทั้งสองฝ่าย

ในกรณีที่คู่สัญญามีความประสงค์จะเปลี่ยนแปลงเนื้อหาในบันทึกข้อตกลงนี้ การเปลี่ยนแปลงเนื้อหาในบันทึกเช่นว่านี้จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การเปลี่ยนแปลงโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยกะทันหันโดยที่ยังไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมไม่อาจนำมาบังคับใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ เช่น ในคดี Mollett v Wackerbarth (1847) ผู้ซื้อได้แถลงซึ่งบันทึกที่เป็นรูปแบบดั้งเดิมต่อศาล การเปลี่ยนแปลงบันทึกโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจเป็นสาระสำคัญในบันทึกได้ แม้ว่าจะไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงในเรื่องหน้าที่ในการชำระหนี้ ถ้านายหน้าได้เปลี่ยนแปลงบันทึกการขายโดยฝ่ายผู้ขายอย่างกะทันหัน นายหน้าไม่สามารถเรียกร้องเงินที่ได้ชำระไป หรือที่ได้ชำระไปแทนผู้ขายจากผู้ซื้อได้

อย่างไรก็ตามการทำสัญญาโดยผ่านนายหน้าของคู่สัญญานี้มักจะเกิดปัญหาในข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีว่า สัญญาที่นายหน้าได้เข้าไปเกี่ยวข้องในการดำเนินการเจรจาในนามของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายนั้นจะเกิดผลผูกมัดเป็นสัญญาเมื่อใด และจะผูกพันกันอย่างไร สัญญาที่ได้ทำความตกลงด้วยวาจา หรือโดยการโต้ตอบผ่านนายหน้าคนเดียวหรือหลายคน เช่น ทางอิเล็กทรอนิกส์เมล์ หรือจดหมายโต้ตอบ หรือบันทึกข้อตกลงต่าง ๆ เอกสารเช่นว่านั้นอาจถูกทำให้เป็นรูปแบบมากยิ่งขึ้น เช่นโดยการที่นายหน้าออกเอกสารให้แก่คู่สัญญา หรือโดยการออกบันทึกข้อตกลงของนายหน้า หรือโดยการให้คู่สัญญาทำการแลกเปลี่ยนเอกสารซึ่งกันและกันซึ่งจะทำให้ให้เอกสารดังกล่าวนั้นมีความสอดคล้องต้องกันมากยิ่งขึ้น และมีความสมบูรณ์เป็นสัญญาระหว่างกันมากยิ่งขึ้น ในกรณีที่บันทึกในการซื้อ หรือขายนั้นมีข้อความในบันทึกที่ไม่สอดคล้องต้องกัน ดังนี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถมาทำความตกลงซึ่งกันและกันได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะให้ถือว่าบันทึกในส่วนใดเป็นบันทึกที่ถือว่าเป็นเงื่อนไขของสัญญาระหว่างกัน

เมื่อนายหน้าได้จัดทำบันทึกการซื้อ และบันทึกการขายให้แก่คู่สัญญาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว นายหน้าที่ได้รับการว่าจ้างมาเพื่อเข้าเจรจาต่อรองในการทำสัญญาเพื่อซื้อ หรือขายนั้น

---

[111] The Sale of Goods Act 1979 (last amendment 1995).

ย่อมมีอำนาจโดยปริยายในการจัดทำสัญญา หรือลงนามในสัญญาแทนตัวการในสัญญา หรือในบันทึกข้อตกลงนั้นทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสะดวกในการทำให้สัญญาเกิดผลตามกฎหมาย

ในกรณีที่ไม่ปรากฏสถานการณ์พิเศษ คู่สัญญาที่ได้เข้ามาทำสัญญาภายใต้เงื่อนไขของการขายกับนายหน้ารายอื่น โดยที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นเชื่อว่านายหน้าผู้นั้นเป็นตัวการเอง เนื่องจากมีการให้อำนาจโดยปริยายแก่นายหน้านั้นในการทำสัญญา และลงนามในสัญญาหรือในบันทึกข้อตกลงในนามของตนเอง โดยที่สัญญาหรือบันทึกข้อตกลงนั้นได้มีการบันทึกเงื่อนไขที่ได้มีการทำความตกลงกันเพื่อให้สัญญานั้นเกิดผลตามกฎหมาย สถานะของคู่สัญญาที่ได้เข้ามาทำการต่อรองกับนายนั้นอยู่บนพื้นฐานเช่นเดียวกับผู้ซื้อที่ได้ทำการประมูลกับผู้ที่ทำการประมูล ภายหลังจากที่การประมูลได้เสร็จสิ้นแล้ว การเปลี่ยนแปลงไปซึ่งกฎหมาย และธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าทำให้เกิดข้อสงสัยว่ายังต้องการคงไว้ซึ่งความต้องการ หรือขอบเขตในการรับรู้ซึ่งอำนาจโดยปริยายนี้หรือไม่

เนื่องจากโดยหลักแล้วนายหน้าซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนประเภทหนึ่งไม่มีอำนาจในการเข้าทำสัญญา หรือเข้าดำเนินการใด ๆ ที่ตนได้เข้าทำการเป็นสื่อกลางในนามของตนเองได้ แต่โดยจารีตประเพณีทางการค้าในธุรกิจ หรือในตลาดที่ได้ทำการซื้อขายสินค้าที่นายหน้าได้เข้าไปดำเนินการนั้น อาจมีจารีตประเพณีที่ให้อำนาจแก่นายหน้าในการดำเนินการทางธุรกิจด้วยตนเองได้ ซึ่งอำนาจนี้ถือว่าเป็นอำนาจโดยปริยายในการกระทำตามที่วิธีปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีของสถานที่นั้น หรือของตลาดนั้น หรือธุรกิจประเภทนั้นได้ให้อำนาจนี้ไว้ อำนาจที่เกิดจากจารีตประเพณีนี้มีความหลากหลายในทางปฏิบัติ หรือมีความหลากหลายในอำนาจโดยปริยายของตัวแทนแต่ละประเภท เช่น ในคดี Bayliffe v Butterworth (1847) คดีนี้ตัวการได้ให้อำนาจแก่นายหน้า หรือ Mr.A เพื่อทำการขายหุ้นให้แก่ตัวการ Mr.A ได้ทำการขายหุ้นให้กับ Mr.X ซึ่งกระทำการเป็นนายหน้าเช่นกัน แต่ Mr.A ไม่ได้ทำการโอนหุ้นให้แก่ Mr.X Mr.X จึงได้ทำการซื้อหุ้นกับผู้ค้ารายอื่นในราคาตลาดหลักทรัพย์นั้น ต่อมา Mr.A ได้เรียกร้องส่วนต่างในราคาหุ้นจากตัวการที่ Mr.A ได้ชำระราคาส่วนต่างตามที่ Mr.X เรียกร้องไป และ Mr.A ได้มาเรียกร้องเงินที่ตนได้ชำระไปจากตัวการ ในกรณีนี้ที่มีจารีตประเพณีระหว่างนายหน้าในเมือง Liverpool ซึ่งเป็นสถานที่ที่การดำเนินการทางธุรกิจนั้นได้เกิดขึ้น ที่นายหน้าจะต้องรับผิดชอบซึ่งกันและกันในสัญญาที่ทำขึ้นนั้น และตัวการได้รู้เกี่ยวกับจารีตประเพณีนั้นด้วย ดังนั้น ตัวการจึงต้องรับผิดในการชำระเงินคืนให้แก่ Mr.A

ผู้พิพากษา Alderson ได้อธิบายถึงกฎเกณฑ์นี้ไว้ว่า “ถ้าในสถานที่ใดสถานที่หนึ่งได้ก่อตั้งซึ่งวิธีปฏิบัติในการดำเนินการและจัดทำสัญญา บุคคลที่ได้รับการว่าจ้างมาเพื่อดำเนินการหรือจัดทำสัญญานั้นจะมีอำนาจโดยปริยายในการกระทำการในทางปกติของสถานที่นั้น”

ในคดี E Bailey & Co Ltd v Balholm Securities Ltd (1973) คดีนี้นายหน้าค้าโกโก้และน้ำตาลได้รับการตัดสินว่าเป็นตัวแทน แม้ว่าตามจารีตประเพณีนั้นนายหน้าได้กระทำการในนามของตนเอง และต้องรับผิดต่อบุคคลที่สามเป็นการส่วนตัว ดังนั้นเขาจึงไม่ได้รับมอบอำนาจให้ปิดบัญชีบางบัญชี และไม่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสัญญา ดังนั้นตัวการต้องรับผิดต่อนายหน้า เช่นเดียวกับในคดี Limako B V v Hentz & Co Inc. คดีนี้ได้รับการตัดสินว่านายหน้านั้นได้รับการแต่งตั้งให้กระทำการอย่างตัวการ เมื่อเขาได้ดำเนินการติดต่อกับลูกค้าเกี่ยวกับตลาดแห่งใดแห่งหนึ่งชื่อว่า Cocoa Terminal Market

ในตัวอย่างอื่นที่มีจารีตประเพณีที่มีลักษณะคล้าย ๆ กันนั้นได้ยืนยันถึงการกำหนดความสัมพันธ์ของตัวแทน ผลที่ตามมาคือ ตัวแทนไม่ต้องรับผิดในการชำระเงินคืนให้แก่ตัวการที่ตัวการได้ให้แก่ตัวแทนไว้ก่อนหน้านั้น และแม้ว่าตัวแทนจะไม่ได้ชำระเงินจำนวนดังกล่าวนั้นให้แก่บุคคลที่สาม ดังนั้น ตัวแทนที่เป็นตัวแทนโฆษณาสามารถเรียกร้องค่าธรรมเนียมจากลูกค้าในส่วนที่เกี่ยวกับการโฆษณาในหนังสือพิมพ์ แม้ว่าลูกค้ารายนั้นจะได้ให้เงินล่วงหน้าไว้ให้แก่ตัวแทนแล้วก็ตาม

ตัวการจะต้องทราบถึงจารีตประเพณี หรือจะต้องเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปว่าตัวการไม่สามารถอ้างได้ว่าตนไม่ทราบถึงจารีตประเพณีนั้นมาก่อน นอกจากนั้นจารีตประเพณีนั้นต้องเป็นจารีตประเพณีที่มีเหตุผล และถูกต้องตามกฎหมาย แต่ถ้าจารีตประเพณีนั้นถูกต้องตามกฎหมายแต่ไม่มีเหตุผล ตัวการก็ไม่จำต้องผูกพันในจารีตประเพณีนั้น เว้นเสียแต่ว่าตัวการได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าเขาต้องการผูกพัน การยอมรับโดยปริยายในการผูกพันโดยจารีตประเพณีทางการค้าหรือจารีตประเพณีแห่งสถานที่นั้น หรือตลาดนั้นๆจะมีผลเฉพาะจารีตประเพณีนั้นมีเหตุผลสมควรเท่านั้น

ข้อเท็จจริงที่ว่าจารีตประเพณีนั้นมีข้อสงสัยว่าเป็นการขัดหรือแย้ง หรือมีผลกระทบกับความสัมพันธ์ของตัวแทนที่มีมาแต่เดิมโดยปกติหรือไม่ สำหรับบางจารีตประเพณีไม่ได้รับการตระหนักถึงว่ามีเหตุผลหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อที่จะถูกผูกพันโดยจารีตประเพณีต้องมีการรวบรวมเป็นการพิเศษในสัญญาที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน สำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏการแสดงเจตนาแม้ว่าจารีตประเพณีทางการค้าอาจควบคุมวิธีการในการดำเนินการในสัญญานั้นก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสัญญาตัวแทนที่แท้จริงได้[112] เช่น ในคดี Robinson v Mollett ตัวการให้อำนาจแก่ตัวแทนเพื่อให้ทำการเป็นนายหน้าในการหาไขสัตว์เพื่อทำการซื้อไขสัตว์ให้แก่ตน

---

[112] ถ้าจารีตประเพณีทำให้ลักษณะของความสัมพันธ์ของตัวแทนเปลี่ยนแปลงไป ดังนี้ย่อมเป็นการผิดสัญญาตัวแทน หรือเป็นการละเมิดข้อตกลงโดยปริยายบนพื้นฐานของสัญญา หรือกล่าวได้ว่าจารีตประเพณีนั้นเป็นจารีตที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายและไม่มีเหตุผลสมควร.

ตามจารีตประเพณีในทางการค้าของนายหน้า นายหน้าได้ทำการซื้อไขสัตว์ในนามของตนเอง ในจำนวนที่มากกว่าความต้องการของตัวการ และนายหน้าได้จัดแบ่งไขสัตว์ให้แก่ตัวการตามจำนวนที่ตัวการต้องการ ตัวการปฏิเสธในการรับไว้ซึ่งไขสัตว์นั้น ในขณะเดียวกันนายหน้าก็ได้ทำการขายไขสัตว์นั้น และเรียกร้องราคาส่วนต่างจากตัวการ ในกรณีเช่นนี้ได้รับการตัดสินว่านายหน้าไม่สามารถดำเนินการในสัญญาได้เป็นผลสำเร็จ ตัวการจึงไม่ต้องถูกผูกพันโดยจารีตประเพณีทางการค้าที่ตัวการไม่ทราบถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้น เพราะผลแห่งการนี้ทำให้นายหน้ากลายเป็นตัวการเองในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลที่สาม ซึ่งไม่ก่อให้เกิดลักษณะของความเป็นนายหน้าที่สมบูรณ์

ผู้พิพากษา Blackburn ได้กล่าวไว้ว่า วิธีการในการบังคับตามคำสั่งนี้ คือ การออกจากหน้าที่โดยปกติของนายหน้า (หน้าที่ในการหานายหน้าเพื่อจัดทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย) นอกจากนี้วิธีการในการที่ตัวแทนได้ดำเนินการในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับตนเองที่เป็นการขัดหรือแย้งกับหน้าที่ที่ตนได้กระทำแทนตัวการกับผลประโยชน์ของตนเอง เช่น การซื้อไขสัตว์ในนามของตนเอง เป็นสิ่งที่ไม่ได้รับอนุญาตโดยจารีตประเพณีทางการค้าโดยปราศจากความยินยอมของตัวการก่อน

อย่างไรก็ตาม จารีตประเพณีนั้นแม้ว่าจะมีผลและได้มีการนำมาบังคับใช้โดยปกติ แต่จารีตประเพณีนั้นต้องไม่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของตัวแทนที่ได้ก่อตั้งโดยสัญญา ในกรณีที่สัญญาได้แสดงไว้อย่างชัดแจ้งเพื่อยกเว้นจารีตประเพณีอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ในคดี Benham and Reeves v Christensen (1979) โจทก์ซึ่งเป็นตัวแทนค้าอสังหาริมทรัพย์ได้ยืนยันว่าเขาสามารถนำจารีตประเพณีมาใช้เพื่อทำให้เขาสามารถเกิดสิทธิลงนามในสัญญาที่เขาได้ดำเนินการในนามของตัวการ แต่ในคดีนี้ตัวการไม่มีความประสงค์ในการที่จะลงนามในสัญญา และตัวการได้ปฏิเสธในการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ตัวแทน คดีนี้ได้รับการตัดสินว่า ตัวการไม่จำต้องถูกผูกมัดให้ต้องชำระเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ตัวแทนเพราะตัวการได้แจ้งให้แก่ตัวแทนทราบแล้วว่าเขาไม่มีความประสงค์ในการลงนามในสัญญานั้น ดังนั้นสัญญาที่มีข้อตกลงเช่นนี้ ทำให้ไม่อาจนำจารีตประเพณีมาบังคับใช้ได้

เมื่อนายหน้านั้นเป็นตัวแทนประเภทหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษกว่าตัวแทนโดยทั่วไป ดังนั้นจึงได้มีการขยายออกไปซึ่งอำนาจโดยปริยายของตัวแทนที่มีลักษณะพิเศษเช่นนั้น ซึ่งอำนาจโดยปริยายนี้จะเปลี่ยนแปลงไปตามลักษณะของประเภทธุรกิจ และเกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีทางการค้า และวิธีการปฏิบัติที่ควบคุมโดยปกติ และกำหนดวิธีการดำเนินการของอาชีพนั้นๆ ดังนั้น อำนาจโดยปริยายของนายหน้านั้นนายหน้าอาจกระทำการตามวิธีปฏิบัติ และกฎเกณฑ์ของตลาดที่เขาได้ดำเนินการเป็นปกติ เช่น อาจถือได้ว่านายหน้าผู้ซึ่งถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีของตลาดหลักทรัพย์ Leeds และชำระราคาส่วนต่างของราคาหุ้นที่นายหน้าได้ทำการ

ขายต่อไป เนื่องจากว่าตัวการไม่ได้ชำระค่าหุ้นให้แก่นายหน้าซึ่งส่งผลให้นายหน้าไม่สามารถชำระค่าหุ้นให้แก่ผู้ขายหุ้นนั้นได้ และนายหน้าสามารถเรียกคืนเงินส่วนต่างที่นายหน้าได้ชำระไปจากตัวการได้ หรือ นายหน้าสามารถดำเนินการปิดบัญชีของลูกค้าได้ หากลูกค้าไม่ชำระเงินที่เป็นส่วนต่างในแต่ละวันนั้นได้แก่นายหน้า นอกจากนี้นายหน้าสามารถยกเลิกการขายตราสารที่เขาได้พบว่าเป็นตราสารปลอมได้ และนายหน้าที่ได้รับคำสั่งจากตัวการหลายคนสามารถจัดทำสัญญาในนามของตนเองเพื่อทำการซื้อหุ้นทั้งหมดได้ (แต่อย่างไรก็ตามนายหน้าไม่สามารถทำสัญญาในนามของตนเองได้ เช่น ในคดี Baring v Corrie (1818) ซึ่งคดีนี้ตัดสินว่ากรณีเช่นว่านี้บุคคลนั้นไม่ได้กระทำการอย่างนายหน้า แต่กระทำการอย่าง Factor แต่ในคดี E Bailey & Co Ltd v Balhom Securities Ltd (1973) ตัดสินว่านายหน้าสามารถทำสัญญาในนามของตนเองได้) และทำการจัดแบ่งหุ้นให้แก่ตัวการ ด้วยเหตุนี้นายหน้าจึงสามารถจัดทำสัญญาส่วนบุคคลกับตัวการแต่ละคน หรือกับพ่อค้าคนกลางที่ทำการค้าหุ้นแต่ละรายได้ แม้ว่าเขาจะได้รวมสัญญาซื้อหุ้นที่เขาได้ดำเนินการในนามตนเองไว้ในฉบับเดียวกัน

แต่วิธีปฏิบัติบางวิธี หรือกฎเกณฑ์บางกฎเกณฑ์นั้น แม้ว่าจะไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่มีเหตุผลที่สมควร แต่ได้รับการสนับสนุนเพราะเป็นจารีตประเพณีที่มีการนำมาบังคับใช้เป็นการทั่วไป ดังนั้นจึงเป็นสิ่งที่ยากมากในการที่จะทราบว่าจารีตประเพณีใดนั้นเป็นจารีตที่ไม่มีเหตุผลที่สมควร แต่ในบางกรณีสัญญาที่จัดทำโดยนายหน้าซึ่งกระทำในนามของตนเองนั้นได้ถูกสนับสนุนบนพื้นฐานของจารีตประเพณีของตลาดที่อนุญาตให้ทำได้ ซึ่งในสัญญาอื่น ๆ อาจจะไม่ได้รับอนุญาตให้ทำเช่นนั้นได้ เช่น ในคดี Robinson v Mollett

ในส่วนของการปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการ โดยหลักแล้วตัวแทนที่ได้ดำเนินการตามหน้าที่ต้องกระทำการตามอำนาจที่เขาได้รับมอบหมายมา ตัวแทนต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่เขาได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง (ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย) หรือตัวแทนต้องกระทำการตามที่วิธีการโดยปกติในธุรกิจนั้น หรือกล่าวได้ว่ากระทำภายในขอบอำนาจโดยปริยาย หรือตามจารีตประเพณีทางการค้า หรือจารีตอื่น ๆ หรือวิธีปฏิบัติที่ตัวแทนสามารถนำมาปรับใช้ในการดำเนินการตามหน้าที่ หรือกล่าวได้ว่าตัวแทนสามารถกระทำการภายใต้อำนาจโดยปกติ หรืออำนาจโดยจารีตประเพณี แต่ปัจจัยที่สำคัญที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่ปรากฏคำสั่งโดยชัดแจ้ง หรือไม่ปรากฏวิธีปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีในการชี้นำให้แก่ตัวแทนว่าเป็นผลประโยชน์ของตัวการ และตราบเท่าที่ตัวแทนได้กระทำการสำหรับผลประโยชน์ของตัวการ ในกรณีเช่นว่านี้ตัวแทนสามารถใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจได้ ดังนั้นในกรณีที่ตัวแทน (นายหน้า) ได้รับมอบอำนาจให้ทำการขายหุ้นที่ราคาใดราคาหนึ่ง ตัวแทน (นายหน้า) นั้นไม่สามารถรอจนกระทั่งราคาของหุ้นสูงขึ้นได้ และในกรณีของนายหน้านายหน้ามีหน้าที่เพียงจัดทำสัญญาซื้อขายหุ้นที่ตนเองได้ทำในนามของลูกค้าจนเป็นผลสำเร็จตาม

กฎเกณฑ์ของตลาดหลักทรัพย์ และวิธีการเกี่ยวกับผลกำไรในการดำเนินการในธุรกิจนั้น และในการทำการขาย หากไม่มีการมอบอำนาจโดยชัดแจ้งเป็นประการอื่น นายหน้าสามารถขายหุ้นได้เฉพาะกรณีที่เป็นเงินสดเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามจารีตประเพณีในทางธุรกิจการค้านั้น แต่ในกรณีที่คำสั่งของตัวการนั้นเป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายตัวแทนก็ไม่จำต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น เช่น ในกรณีของผู้ทำการประมูล (ซึ่งเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง) ที่ทำการประมูลโดยปราศจากการจอง ไม่จำต้องผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าของสินค้านั้นว่าห้ามมิให้ทำการขายสินค้าเช่นว่านั้นในราคาที่ต่ำกว่าที่เจ้าของสินค้าได้กำหนดไว้ เนื่องจากว่าคำสั่งเช่นว่านี้ไม่เป็นไปตามกฎหมาย และผู้ทำการประมูลต้องขายสินค้าให้แก่ผู้ที่ประมูลได้ในราคาที่สูงที่สุด แม้ว่าผู้ประมูลรายนั้นจะให้ราคาที่ต่ำกว่าราคาที่เจ้าของนั้นได้ตั้งราคาไว้ในตอนแรก

ในการปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการนั้นตัวแทนต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และด้วยความเชี่ยวชาญ ตัวแทนมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังให้กับตัวการไม่ว่าตัวแทนนั้นจะเป็นตัวแทนประเภทที่ต้องผูกพันโดยสัญญา หรือเป็นตัวแทนประเภทที่ทำให้เปล่า (นอกจากนี้ตัวแทนยังมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลที่สามที่ตัวแทนได้เข้าไปทำการเจรจาแทนตัวการ) ในกรณีของนายหน้านั้น นายหน้าเป็นตัวแทนประเภทที่ผูกพันโดยสัญญา ดังนั้นระดับความระมัดระวังของตัวแทนนั้นต้องอยู่ในระดับของผู้มีความเชี่ยวชาญที่บุคคลในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำตามปกติในการดำเนินการทางธุรกิจเช่นนั้น และพึงกระทำตามที่วิญญูชนทั่วไปพึงคาดหวังได้จากตัวแทนที่ได้รับการว่าจ้างมาเพื่อให้ทำหน้าที่เช่นนั้น หากตัวแทนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและใช้ความเชี่ยวชาญในระดับดังกล่าวแล้ว ตัวแทนไม่ต้องรับผิดในความประมาทเลินเล่อ แม้ว่าตัวแทนนั้นจะกระทำการไม่เป็นผลสำเร็จ (แต่ตัวแทนอาจต้องรับผิดในกรณีที่ลูกจ้างของเขากระทำการประมาทเลินเล่อ) ดังนั้น ในกรณีที่นายหน้าได้รับการว่าจ้างมาเพื่อทำการซื้อขายหุ้น และดำเนินการในตลาดตามวิธีการโดยปกติในทางธุรกิจ และทำการซื้อหุ้นที่ทางบริษัทนำออกขายเพื่อเป็นการแทนดอกเบี้ย หรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง นายหน้าไม่ต้องรับผิดในการกระทำผิดของตน หากปรากฏว่าหุ้นที่นายหน้าได้เข้าซื้อนั้นเป็นหุ้นปลอม[113] ในกรณีที่ตัวแทนปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการ ตัวแทนนั้นไม่ต้องรับผิดแม้ว่าการดำเนินการนั้นไม่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของตัวการ[114] เว้นแต่ตัวแทนนั้นมีหน้าที่ในการปกป้องผลประโยชน์ดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยฐานะของเขาในการที่จะให้คำแนะนำแก่ตัวการในการออกคำสั่งแก่ตัวแทน แต่ในกรณีที่ตัวการไม่ได้ออกคำสั่งตัวแทนต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ของตัวการ

---

[113] Lambert v Heath. (1846).

[114] ทั้งนี้เนื่องจากว่าตัวแทนไม่มีหน้าที่ในการปกป้องผลประโยชน์ของตัวการจากการกระทำที่โง่เขลาของเขาที่เกิดขึ้นในภายหลัง.

4.1.3.3 ความรับผิดของนายหน้า

นายหน้านั้นเป็นบุคคลที่กระทำการเป็นเพียงสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น และนายหน้ามิได้เข้าทำสัญญานามของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นโดยหลักแล้วนายหน้าไม่ต้องรับผิดในสัญญาที่นายหน้าได้เข้ากระทำการโดยที่ตนมีฐานะเป็นเพียงนายหน้าเท่านั้น และถึงแม้ว่าในสัญญานั้นชื่อของตัวการจะไม่ได้ถูกเปิดเผยในสัญญาก็ตาม เว้นแต่การที่ชื่อของตัวการมิได้ถูกเปิดเผยนั้นเกิดจากเจตนาของนายหน้านั้นเอง ในกรณีเช่นว่านี้นายหน้าต้องถูกผูกพันในสัญญาที่ตนได้เข้ากระทำการเป็นสื่อกลางกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้นายหน้าอาจต้องรับผิดในกรณี ดังต่อไปนี้

1. มีจารีตประเพณีกำหนดว่าให้ต้องรับผิด[115]
2. โดยกำหนดไว้ในสัญญาว่านายหน้าต้องรับผิด หรือ
3. ถ้าในบันทึกนั้นได้ปรากฏว่านายหน้าได้กระทำการเพื่อตนเองอย่างตัวการ

โดยหลักการของการที่ตัวแทน หรือนายหน้านี้ได้เข้าทำสัญญาแทนตัวการตัวแทน หรือนายหน้าไม่มีความสัมพันธ์ หรือเป็นคู่สัญญาในสัญญาที่ทำนั้น ดังนั้นเขาจึงไม่อาจถูกฟ้องร้องโดยบุคคลที่สามในสัญญาที่เขาได้กระทำไปแทนตัวการได้ อย่างไรก็ตาม มีตัวอย่างบางตัวอย่างได้แสดงให้เห็นว่าตัวแทน หรือนายหน้าอาจต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวในสัญญาที่เขาได้กระทำแทนตัวการโดยถูกฟ้องร้องเป็นการส่วนตัวโดยบุคคลที่สาม

ตัวอย่างที่สำคัญที่สุดในเรื่องความรับผิดเป็นการส่วนตัว คือ ในกรณีที่ตัวแทนต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวในสัญญา สำหรับในกรณีที่สมเหตุสมผล และตัวแทนนี้ได้รับการชดใช้จากบุคคลที่ละเมิดสัญญา โดยบุคคลที่สามจะหาตัวแทนเพื่อให้เขาสามารถทำให้สัญญานั้นเป็นผล แต่สาระสำคัญคือ (ในกรณีที่ตัวแทนต้องรับผิด) ตัวแทนได้ทำสัญญาเป็นการส่วนตัว

ดังนั้นในคดี Bowen v Morris (1810) คดีนี้นายกเทศมนตรีของเทศบาลนั้นได้ลงนามในนามของตนเองและในนามของเทศบาลในสัญญาขาย ซึ่งสัญญาข้อหนึ่งได้กำหนดว่าเทศบาลต้องมีอำนาจในการขายต่อซึ่งสินค้าที่มีข้อบกพร่องโดยผู้ซื้อ สัญญาข้ออื่น ๆ คือนายกเทศมนตรีนั้นเป็นผู้ได้รับซึ่งมัดจำในการขายนี้ คดีนี้ตัดสินว่า นายกเทศมนตรีไม่สามารถฟ้องร้องในการที่ผู้ซื้อละเมิดสัญญาได้ เพราะเขากระทำการเป็นเพียงตัวแทน ทั้งๆที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเขาเป็นผู้ลงนามในสัญญา ผลของคดีที่คล้ายกัน คือ คดี Fairlie v Fento (1870) ในกรณีที่ตัวแทนลงนามในสัญญาโดยแสดงว่าตัวแทนได้กระทำการเป็นนายหน้าซึ่งเป็นการแสดงอยู่ในสัญญาแล้วว่าเขา

---

[115] ในคดี Fleet v Murton (1876) และในคดี Pike v Ongley (1887) ตามจารีตประเพณี นายหน้าต้องรับผิดในกรณีที่ไม่ได้ทำการส่งมอบ สินค้าให้แก่โจทก์ เมื่อในสัญญาได้กำหนดไว้ว่า “จำเลยได้ทำการขายให้แก่โจทก์ และในนามของเจ้าของบัญชี.”

ไม่ได้ทำสัญญานี้เป็นการส่วนตัว และในคดี Repetto v Millar's Karri and Jarrah Foresta Ltd (1901) ในกรณีที่นายเรือได้ลงนามในใบตราส่งอย่างตัวแทนเพื่อทำการแทนเจ้าของเรือ คดีนี้ได้รับการตัดสินว่านายเรือไม่สามารถฟ้องร้องพ่อค้าที่เช่าเรือเพื่อบรรทุกสินค้าตามสัญญานั้นได้

ในทางตรงกันข้ามในคดี Cooke v Wilson (1856) และคดี Short v Spackman (1831) ข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้แสดงว่าตัวแทนได้กระทำการเป็นตัวแทนในสัญญาแทนตัวการที่เปิดเผยชื่อโดยที่ตัวแทนไม่ได้ทำสัญญาเป็นการส่วนตัว คดีนี้ได้รับการตัดสินว่าตัวแทนสามารถฟ้องร้องบุคคลที่สามที่ละเมิดสัญญาได้ แม้ว่าในคดี Short v Spackman ตัวการได้บอกปัดอย่างไม่ถูกต้องว่าตัวแทนได้กระทำไป (ภายใต้อำนาจ) และไม่ยอมรับว่าสัญญาได้ทำในนามของตัวการ ดังนั้นในกรณีเช่นนี้จึงก่อให้เกิดคำถามในทางตรงกันข้ามว่า ตัวแทนได้ทำสัญญาเป็นการส่วนตัวหรือไม่

แต่ในกรณีที่ตัวแทนต้องทำสัญญาเป็นการส่วนตัวนั้นมีความจำเป็นอย่างมากในการที่จะต้องให้สิทธิแก่ตัวแทนในการฟ้องร้องในนามของตนเอง ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าตัวแทนมีทรัพย์สินพิเศษที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา หรือมีสิทธิยึดหน่วงในทรัพย์สินเช่นว่านั้น หรือมีผลประโยชน์พิเศษในการทำให้สัญญานั้นให้สมบูรณ์

ตัวแทนบางประเภท เช่น Factor หรือผู้ทำการประมูล บุคคลเหล่านี้จะมีความเป็นเจ้าของพิเศษในสินค้าที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นตัวแทนเพื่อทำการปกป้องผลประโยชน์ของตัวแทนนั้นเอง ผลคือ บุคคลเหล่านี้จะได้รับสิทธิในการฟ้องร้องได้ในนามของตนเอง และทำสัญญาในนามของตนเองในสินค้านั้น ๆ เช่น คดี Williams v Millington (1788) ผู้ทำการประมูลได้ถูกตัดสินว่าเขามีสิทธิฟ้องร้องเพื่อราคาของสินค้าของตัวการที่เขาได้ทำการขายให้แก่บุคคลที่สามโดยที่บุคคลที่สามนั้นทราบว่าผู้ทำการประมูลได้ทำการขายในนามของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

Lord Loughborough ได้ชี้ให้เห็นว่าตัวแทนสามารถฟ้องร้องในสัญญาที่เขาได้ทำแทนตัวการ ในกรณีที่เขาได้ครอบครองสินค้ารวมทั้งมีผลประโยชน์ในสินค้า หรือมีสิทธิพิเศษในการยึดหน่วงเพื่อค่าใช้จ่ายในการขายสินค้า หรือเพื่อค่าตอบแทนที่ตนเองมีสิทธิที่จะได้รับ นอกจากนี้ในคดี Chelmsford Auctions Ltd v Poole (1973) ซึ่งได้ดำเนินตามและปรับใช้ตามคดีที่มีลักษณะคล้ายกัน ในกรณีที่ค่าตอบแทนของตัวแทนได้ถูกจ่ายไปโดยบุคคลที่สาม (ผู้ที่ทำการซื้อสินค้า) โดยไม่มีการชำระเงินล่วงหน้าให้แก่ตัวแทน (ผู้ทำการประมูล) ตัวแทนนั้นได้ถูกตัดสินว่าเขามีสิทธิฟ้องบุคคลที่สามเพื่อการที่เขาไม่ได้รับชำระเงินในค่าสินค้า หลังจากที่ตัวแทนได้ชำระเงินให้แก่ตัวการ (เจ้าของสินค้าที่นำสินค้ามาประมูล)

แต่ในกรณีของนายหน้า นายหน้านั้นไม่มีผลประโยชน์ หรือไม่มีความเป็นเจ้าของในสินค้าที่เขาได้เข้าดำเนินการต่าง ๆ ดังนั้นนายหน้าจึงไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวในสัญญาที่เขา

ได้ทำไปในนามของตัวการ และเขาไม่มีสิทธิในการฟ้องบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นในเรื่องนายหน้าประกันภัยซึ่งมีสถานะพิเศษ และไม่คำนึงถึงว่าสัญญานั้นจะทำโดยเขาหรือไม่ เขาก็มีสิทธิในการฟ้องร้องในสัญญาเช่นว่านั้นได้

แม้ว่านายหน้าจะไม่ต้องรับผิดในสัญญาที่ตนได้เข้ากระทำการเป็นนายหน้า แต่หากในกรณีที่มีหนี้เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือ ระหว่างตัวการและบุคคลที่สาม หรือระหว่างตัวแทนและบุคคลที่สาม เช่น บุคคลที่สามเป็นลูกหนี้ของนายหน้า หรือบุคคลที่สามเป็นลูกหนี้ของตัวการ และได้มีการดำเนินการฟ้องร้องซึ่งกันและกัน และในกรณีที่ตัวการได้ฟ้องบุคคลที่สาม หรือตัวแทนได้ดำเนินการฟ้องร้องบุคคลที่สาม ดังนี้บุคคลที่สามจะขอหักกลบลบหนี้ที่เกิดกับตัวแทน หรือตัวการที่ไม่ได้เข้ามาดำเนินการในการฟ้องคดีนั้นได้หรือไม่ สามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่ตัวการเปิดเผยชื่อ หรือตัวแทนได้ดำเนินการฟ้องร้องด้วยตนเอง

หากตัวการได้ดำเนินการฟ้องร้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ตัวแทนได้เข้าทำสัญญาแทนตัวการ โดยหลักการแล้วหากตัวการฟ้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นจำเลย จำเลยไม่อาจขอหักกลบลบหนี้ที่ตนเองมีต่อตัวแทนได้ และในกรณีเดียวกัน หากตัวแทนเป็นผู้ฟ้องจำเลยเอง จำเลยก็ไม่อาจขอหักกลบลบหนี้ที่ตนมีต่อตัวการกับตัวแทนได้เช่นกัน เว้นแต่จะได้มีการแสดงให้เห็นว่าตัวการได้ยินยอมให้มีการหักกลบลบหนี้กับตัวแทนนั้นได้ แต่การขอหักกลบลบหนี้เช่นนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่เป็นการกระทำการที่ทำให้ตัวแทนเสื่อมสิทธิในอันที่จะยึดหน่วงในค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่นายหน้าได้รับมาจากตัวการก่อนหน้านั้นในการที่ตัวแทนได้กระทำการใดๆเกี่ยวกับตัวการไป

นอกจากนี้การที่ตัวการ หรือตัวแทนมีข้อตกลงอย่างหนึ่งอย่างใดต่อบุคคลที่สาม เช่น ข้อตกลงระหว่างระหว่างตัวแทนกับบุคคลที่สาม หรือข้อตกลงระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิตัวการ หรือสิทธิของตัวแทนแล้วแต่กรณีนั้น ดังนั้นข้อตกลงไม่ว่าในส่วนใดส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดระหว่างตัวการกับบุคคลที่สามมีผลกระทบต่อสิทธิของตัวแทนในการฟ้องร้องคดี แต่สิทธิของตัวแทนจะไม่ถูกกระทบโดยสิ่งใด ๆ ที่ตัวการเลือกที่จะกระทำการในกรณีที่ตัวแทนมีสิทธิยึดหน่วงในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา เช่น ตัวแทนมีสิทธิฟ้องร้องบุคคลที่สามว่าเขามีสิทธิเหนือกว่าสิทธิของตัวการ เว้นแต่สัญญาโดยตัวเอง หรือการกระทำของตัวแทนได้ทำให้บุคคลที่สามเชื่อว่าการตกลงกับตัวการจะปกป้องเขาได้ในกรณีที่ตัวแทนได้ฟ้องเขาเป็นการส่วนตัว เช่น

ผู้ทำการประมูลได้ขายสินค้าให้ Mr.X ในนามของ Mr.Y และขณะเดียวกัน Mr.Y เป็นหนี้ Mr.X อยู่ และได้มีการทำข้อตกลงระหว่าง Mr.X และ Mr.Y ก่อนทำการขายสินค้า

รายนั้นว่าหนี้รายนั้นสามารถนำมาหักกลบลบหนี้ในราคาของสินค้าที่ Mr.X ได้ทำการประมูลไปได้ โดยผู้ที่ทำการประมูลไม่ทราบถึงการตกลงเช่นว่านี้มาก่อน และผู้ทำการประมูลได้ให้ Mr.X นำสินค้าไป โดยคิดว่า Mr.X จะชำระเงินให้แก่ผู้ทำการประมูล ในขณะที่ Mr.X ที่ได้รับสินค้าไปนั้นก็เชื่อว่าหนี้ที่ Mr.Y ที่เป็นหนี้ตนอยู่นั้นได้เพียงพอกับราคาของสินค้ารายนี้แล้ว แต่ต่อมาผู้ทำการประมูลได้ทราบว่า Mr.X และMr.Y ได้ทำการตกลงเช่นว่านั้น ผู้ทำการประมูลจึงให้ Mr.Y คืนเงินส่วนที่ Mr.Y ได้รับเกินไปกว่าราคาที่ Mr.X ได้ทำการประมูลไป และหลังจากนั้นผู้ทำการประมูลได้ฟ้องร้อง Mr.X ในราคาของสินค้าที่ Mr.X ต้องชำระแก่เขา คดีนี้ได้รับการตัดสินว่าเมื่อผู้ทำการประมูลได้ชำระเงินให้แก่ Mr.Y ไปก่อนที่เขาจะได้ทราบถึงข้อตกลงระหว่าง Mr.X กับ Mr.Y และค่าตอบแทนของเขาได้ถูกจ่ายออกไปก่อนที่จะมีการทำการประมูล ข้อตกลงระหว่าง Mr.X กับ Mr.Y ย่อมกลายเป็นข้อต่อสู้ที่ดีให้แก่การดำเนินการของผู้ทำการประมูลต่อ Mr.X

ข้อต่อสู้อื่น ๆ ที่ได้เปิดเผยต่อบุคคลที่สาม ถ้าถูกฟ้องร้องโดยตัวแทนเพื่อทำการหักกลบลบหนี้กับข้อเรียกร้องของตัวแทนในหนี้ที่เกิดจากตัวแทนกับบุคคลที่สาม แม้ว่าหนี้นั้นจะไม่สามารถนำมาหักกลบลบหนี้กับตัวการได้ ถ้าตัวการได้ดำเนินการฟ้องร้องในสัญญาที่ทำในนามของตนเองด้วยตนเอง

2) กรณีที่ตัวการไม่เปิดเผยชื่อได้ดำเนินการฟ้องร้องด้วยตนเอง

หากตัวการที่ไม่เปิดเผยชื่อได้ดำเนินการฟ้องร้องให้จำเลยต้องรับผิดในหนี้ที่เกิดขึ้น ดังนี้จำเลยอาจขอหักกลบลบหนี้ที่เกิดจากตัวแทนกับตัวการที่ไม่เปิดเผยชื่อนั้นได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า

(1) ข้อเรียกร้องที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจนั้นได้ดำเนินการในนามของตัวแทนในฐานะอย่างเช่นตัวการ

(2) โจทก์ (ตัวการไม่เปิดเผยชื่อ) ได้ให้อำนาจแก่ตัวแทนในการดำเนินการอย่างตัวการ

(3) จำเลยได้เข้าดำเนินการทางธุรกิจกับตัวแทนโดยเชื่อว่าตัวแทนนั้นคือตัวการ

(4) หนี้ที่จำเลยประสงค์ที่จะทำการขอหักกลบลบหนี้นั้นได้เกิดขึ้นก่อนที่จำเลยจะได้ทราบว่าตัวแทนนั้นได้กระทำการเป็นเพียงตัวแทนเท่านั้น ถ้าจำเลยไม่อาจเชื่อได้เลยว่าตัวแทนนั้นเป็นเพียงตัวแทน ดังนี้สิทธิในการขอหักกลบลบหนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นสิทธิในการขอหักกลบลบหนี้ในกรณีที่เป็นตัวแทนโดยทั่วไป แต่ในกรณีของตัวแทนการค้า เช่น นายหน้านี้หากจำเลยนั้นรู้เพียงว่าตัวแทนคือตัวแทน เช่น จำเลยรู้ว่าบุคคลเช่นว่านี้กระทำการเป็นนายหน้า โดยที่จำเลยไม่ได้รู้ถึง

ตัวการเลย หากจำเลยนั้นได้ถูกดำเนินการไต่สวนโดยที่ตัวการเป็นผู้ฟ้องจำเลยนั้นเอง ดังนี้จำเลยไม่สามารถขอหักกลบลบหนี้ที่เกิดจากตัวแทนต่อตัวการนั้นได้ และจำเลยก็ไม่อาจอ้างจารีตประเพณีใด ๆ ที่โจทก์ไม่อาจทราบได้เพื่อให้ตนเองเกิดสิทธิในการขอหักกลบลบหนี้เช่นว่านั้นได้ อย่างไรก็ตาม หากจำเลยเชื่อว่าตัวแทนนั้นมีสิทธิกระทำการต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง เช่นในกรณีของ Factor ซึ่ง Factor มีสิทธิในการขายสินค้าในนามของตนเองหรือเรียกคืนเงินที่ได้ชำระเงินล่วงหน้าให้แก่ตัวการ ดังนี้จำเลยก็ไม่จำต้องถูกไต่สวน และสามารถขอหักกลบลบหนี้ที่เกิดจากตัวแทนกับตัวการได้

ถ้าการเรียกร้องนั้นจำเลยได้ขอหักกลบลบหนี้ที่เกิดจากการดำเนินการทางธุรกิจที่นายหน้าที่ได้ดำเนินการแทนจำเลยกับตัวแทนของตัวการอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนี้การได้รู้ถึงข้อเท็จจริงใด ๆ ของนายหน้านั้นย่อมถือว่าจำเลยได้รู้ถึงข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันนั้นด้วย และหากนายหน้าได้ทราบว่าตัวแทนคือตัวแทน ดังนี้จำเลยก็ไม่อาจขอหักกลบลบหนี้ที่เกิดจากตัวแทนกับตัวการนั้นได้

นายหน้าอาจขอหักกลบลบหนี้ที่ตนเองมีต่อตัวการกับตัวการได้ หากนายหน้าซึ่งเป็นจำเลยในคดีนั้นได้ทำการซื้อ หรือขายต่อซึ่งสินค้าในนามของโจทก์ แต่นายหน้านั้นไม่สามารถขอหักกลบลบหนี้ในราคาของสินค้าที่เขาได้ชำระไปให้กับผู้ขายจากโจทก์ได้ หากโจทก์ได้ทราบว่าจำเลยได้กระทำการโดยผ่านนายหน้า หรือจำเลยได้กระทำการโดยหวังบำเหน็จจากผู้ที่ทำการขายอย่างแท้จริง

ดังได้กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วว่า นายหน้านั้นไม่มีสิทธิครอบครองในสินค้า หรือทรัพย์สินใด ๆ ของตัวการ ดังนั้นนายหน้าจึงไม่มีสิทธิยึดหน่วงในทรัพย์สินใด ๆ ของตัวการเพื่อการชำระหนี้ แต่กรณีเช่นว่านี้มีข้อยกเว้นในเรื่องของนายหน้าประกันภัยซึ่งเขามีสิทธิยึดหน่วงในกรมธรรม์ประกันภัย

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษนั้นถือว่านายหน้าเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง ดังนั้นโดยหลักแล้วการพิจารณาถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดของนายหน้าจึงต้องนำบทบัญญัติในเรื่องกฎหมายตัวแทนมาบังคับใช้ แต่เนื่องจากนายหน้านั้นเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล ดังนั้นหากมีแนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับนายหน้าจึงต้องนำมาพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายด้วย นอกจากนั้นสัญญานายหน้านั้นเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับสัญญาทางการค้าการพาณิชย์ เพราะฉะนั้น หากมีจารีตประเพณีทางการค้าใดที่เกี่ยวข้อง หรือที่เป็นแนวปฏิบัติในทางการค้า หรือทางพาณิชย์นั้นก็ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งนายหน้าที่เกี่ยวข้องกับทางการค้า เช่น นายหน้าค้าหุ้น หรือ นายหน้าประกันภัย จะมีจารีตประเพณี และแนวปฏิบัติที่เข้ามาเกี่ยวข้องจำนวนมาก ดังนั้นการพิจารณาถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดจึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์เช่นว่านี้มาพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายด้วยเช่นกัน

4.2 ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน

4.2.1 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญานายหน้า

ประเทศเยอรมันนั้นได้แยกกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์ออกเป็นสองฉบับ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับหนึ่ง (The Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) กับ ประมวลกฎหมายพาณิชย์เป็นอีกฉบับหนึ่ง (The Handelsgesetzbuch หรือ HGB) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นเป็นประมวลกฎหมายที่มีประวัติศาสตร์อันยาวนานในการจัดทำประมวลกฎหมาย และในที่สุดนั้นได้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ.1896 แต่มีผลบังคับใช้จริงเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 เป็นต้นไป และได้รับการแก้ไขปรับปรุงหลายครั้งซึ่งในปัจจุบันได้มีการแก้ไขครั้งล่าสุดโดยพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 ส่วนประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันฉบับแรกนั้นได้ถูกยกเลิกไปเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1897 และได้นำกลับมาใช้บังคับใหม่ในต้นศตวรรษนี้ ซึ่งแนวความคิดในการแยกประมวลพาณิชย์ออกจากประมวลกฎหมายแพ่งนั้นได้ถูกนำไปปรับใช้ในหลายๆประเทศในประเทศภาคพื้นยุโรป ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันนี้มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างผู้ค้าด้วยกัน ในขณะที่ประมวลแพ่งเยอรมันจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่ไม่ใช่ในทางการค้า แต่เป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกัน หรือระหว่างเอกชนกับรัฐ แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันไม่ได้จำกัดเฉพาะการดำเนินการของพ่อค้าในลักษณะที่เป็นผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้น แต่ได้นำมาปรับใช้กับบุคคลทุกคนที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในทางการค้า จากอู่ซ่อมรถยนต์เล็ก ๆ ไปจนถึงระดับบริษัทประกันภัยขนาดใหญ่ ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันนั้นถูกร่างขึ้นมาในลักษณะที่คล้ายกับประมวลแพ่งเยอรมันคือร่างขึ้นมาในช่วงท้ายของศตวรรษ และเป็นการสะท้อนถึงสภาพของสังคมและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าเป็นสำคัญ[116]

เหตุที่ต้องอธิบายถึงประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศเยอรมันในเบื้องต้นเสียก่อน เนื่องจากว่าสัญญานายหน้าในระบบของกฎหมายเยอรมันนั้นได้แบ่งสัญญานายหน้าออกเป็นสองประเภทตามลักษณะของประมวลกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็นนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil broker) และนายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Broker) ซึ่งนายหน้าทั้งสองประเภทนี้จะมีหน้าที่และความรับผิดที่แตกต่างกันออกไป

---

[116] Simon L. Goren. (1897). **The German Commercial Code** (3rd ed.). p.xi.

นายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่ง (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่านายหน้า) คือ บุคคลผู้ซึ่งได้รับคำมั่นสัญญาจากตัวการว่าจะจ่ายค่าตอบแทนให้เมื่อมีการแนะนำหรือชี้ช่องให้มีการเข้าทำสัญญาหรือเพื่อจัดหาสัญญาให้[117] บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยส่วนใหญ่ที่เกี่ยวกับนายหน้านั้นจะรวมถึงบุคคลที่ไม่ได้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อย่างนายหน้าอย่างเช่นการดำเนินการในทางธุรกิจโดยปกติ หรือดำเนินการในธุรกิจที่เกี่ยวกับที่ดิน พื้นที่ของสำนักงาน หรืออพาร์ทเมนต์ที่ไม่ได้คำนึงถึงสินค้าในทางพาณิชย์ นายหน้าตามที่กล่าวถึงในภายหลังนี้เป็นการดำเนินธุรกิจอย่างหนึ่งที่ต้องมีใบอนุญาตตามที่ The Business Practices Act กำหนด

โดยปกติแล้วนายหน้าจะกระทำการแทนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น รายละเอียดของสัญญาประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นข้อสัญญามาตรฐาน และอยู่ภายใต้กฎข้อบังคับของข้อสัญญามาตรฐานทางการค้า (The rule of standard term of trade) ยกตัวอย่างเช่นข้อสัญญาที่ผูกขาดโดยนายหน้าแต่เพียงผู้เดียว ไม่ได้เป็นข้อต้องห้ามเฉพาะการผูกขาดเฉพาะนายหน้ารายอื่นเท่านั้น แต่เป็นข้อห้ามในข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการขายตรง หรือการซื้อสินค้าของตัวการด้วยอันถือว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติในข้อสัญญามาตรฐานทางการค้า และ Conditions Act ด้วย ข้อสัญญาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าบำเหน็จทั้งจำนวนของนายหน้าโดยไม่คำนึงว่านายหน้าจะดำเนินการในการชี้ช่องสำเร็จหรือไม่ ให้ถือว่าตกเป็นโมฆะ

ถ้าตัวการสงวนไว้ซึ่งการมีนายหน้าหลายราย (ตัวแทนค้าอสังหาริมทรัพย์) ซึ่งเป็นบุคคลที่สามารถดำเนินการเพื่อให้การซื้อหรือขายเป็นผลสำเร็จ ดังนั้นค่าบำเหน็จจะมีการตกลงกันหลายครั้ง เช่น ถ้ามีคำสั่งให้ชี้ช่องเพื่อการดำเนินการทางธุรกิจ ดังนั้นนายหน้าแต่ละรายก็จะมีหน้าที่ในการกระทำการเพื่อให้เป็นผลสำเร็จโดยหวังบำเหน็จเป็นค่าตอบแทน แต่ถ้าคำสั่งเป็นเรื่องการแนะนำโอกาสในการดำเนินการทางการค้า นายหน้าผู้ซึ่งเข้าทำการเช่นว่านั้นเป็นบุคคลแรกก็จะได้รับไปซึ่งค่าบำเหน็จนั้น

ในคำนิยามโดยทั่วไปจะให้คำจำกัดความว่าตัวการผู้ซึ่งได้รับคำแนะนำในโอกาสนั้น ๆ จะต้องคัดค้านโดยทันที เมื่อเขาได้รับรู้ซึ่งข้อมูลนั้น ๆ จากแหล่งอื่นแล้ว ตามที่ศาลยุติธรรมของสหพันธรัฐ ได้ตัดสินไว้ว่าข้อสัญญาใด ๆ เว้นแต่การไม่รวมถึงการเจรจาในสัญญาของเอกชน ไม่เป็นการคุ้มครองพยานหลักฐานของตัวการในภายหลังจากที่เขาได้รู้ถึงโอกาสเช่นว่านั้นก่อนแล้ว

มีข้อจำกัดอีกมากมายที่นำมาบังคับใช้กับนายหน้าที่เข้าทำสัญญากับอพาร์ทเมนต์ส่วนบุคคล อันปรากฏอยู่ใน Housing Agency Regulation Act

---

[117] A civil broker is one who is promised a fee for introducing the opportunity of making a contract (Nachweismakler) or for procuring a contract (Vermittler).

ส่วนนายหน้าอีกประเภทหนึ่งคือ นายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า นายหน้าทางการค้า) นายหน้าทางการค้านี้ คือบุคคลที่ประกอบการในทางธุรกิจเพื่อทำการเชิญชวนบุคคลทั่วไป ให้เข้าทำสัญญาเพื่อซื้อ หรือขายสินค้า หรือเพื่อซื้อหรือขายหลักทรัพย์ การประกันภัย การขนส่ง การอนุญาตให้เช่าเรือ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าอื่น ๆ ซึ่งนายหน้าทางการค้านี้จะไม่กระทำการอย่างถาวรเป็นการผูกขาด[118]

ถ้านายหน้าทางการค้าถูกผูกมัดให้กระทำการอย่างถาวร นายหน้าทางการค้านี้จะกลายเป็นตัวแทนทางการค้า (Commercial agent) บริษัทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าที่ดินและอาคารนั้นจะไม่คำนึงถึงสินค้า หรือวัตถุทางการค้า และนายหน้าที่เข้าทำสัญญากับบริษัทประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นนายหน้า (Civil broker)

ค่าตอบแทนของนายหน้าทางการค้านั้น นายหน้าทางการค้าสามารถเรียกร้องได้จากบุคคลที่นายหน้าได้เข้าทำสัญญาด้วย แต่ในบางกรณีแม้ว่าจะไม่มีการตกลงเรื่องค่าบำเหน็จก็ถือว่านายหน้าทางการค้ากระทำการโดยมีการตกลงเรื่องค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนโดยปริยาย อย่างไรก็ตามผู้ซื้อที่ได้มีการแนะนำโดยบุคคลหนึ่งที่ผูกขาดโดยผู้ขายเพื่อวัตถุประสงค์ในการขายนั้นไม่จำต้องสันนิษฐานว่าผู้ซื้อนั้นต้องจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าเช่นเดียวกับผู้ขาย แต่ความไม่แน่นอนของบทบัญญัติเช่นว่าอาจนำมาสู่ความเสี่ยงของนายหน้าทางการค้านั้นเอง ในทางตรงกันข้ามถ้านายหน้าทางการค้านั้นไม่ได้ถูกผูกมัดโดยผู้ขายนั้น การแนะนำ หรือชี้ช่องของนายหน้าให้แก่บุคคลหนึ่ง และการดำเนินการทางธุรกิจนั้นเป็นผลสำเร็จ ดังนี้ผู้ขายไม่สามารถโต้แย้งได้ว่า ความสำเร็จนี้ไม่ได้เกิดจากความตกลงของนายหน้า และผู้ขายต้องรับผิดเพื่อค่าบำเหน็จของนายหน้าด้วยเช่นกัน

โดยปกติแล้วสัญญานายหน้าทางการค้านี้ไม่ได้เป็นการผูกมัดนายหน้าให้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำการดังกล่าว (แต่อาจจะเข้ามาเกี่ยวข้องเมื่อเขาได้รับมอบหมายแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น) แต่ถ้าเขาได้กระทำการเพื่อชำระหนี้ เขาต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างเช่นผู้ประกอบธุรกิจในทางการค้า และในกรณีที่นายหน้าทางการค้ากระทำการเพื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย นายหน้าทางการค้า ยิ่งต้องมีความระมัดระวังอย่างยิ่งในความเป็นกลาง และหากไม่มีการตกลงเป็นประการอื่นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องรับผิดเพื่อค่าบำเหน็จฝ่ายละเท่า ๆ กัน

ค่าบำเหน็จโดยปกตินั้นจะได้คำนวณรวมถึงเปอร์เซ็นต์ของมูลค่าในการดำเนินการทางธุรกิจนั้นไว้ด้วยแล้ว และการจ่ายค่าบำเหน็จนี้จะจ่ายให้แก่นายหน้าทางการค้า เมื่อ

1. เมื่อได้เลิกสัญญาแล้ว (ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป)

---

[118] A commercial broker is one whose business it is to solicit for others, without being permanently retained by them, contracts for the purchase or sale of goods or securities, insurance, transportation, boat charter or other commercial object.

2. เมื่อมีความจำเป็นตามความมุ่งหมายของคู่สัญญา และ

3. เมื่อนายหน้าได้ดำเนินการเป็นผลสำเร็จ

การดำเนินการของนายหน้าตามที่กล่าวถึงในข้อที่สามนั้นจะต้องเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามข้อสัญญาที่จะทำให้การดำเนินการในทางธุรกิจเป็นผลสำเร็จ ข้อเรียกร้องนั้นจะต้องเป็นที่พอใจแม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยกเลิกสัญญานายหน้าทางการค้า และต่อมาได้เลิกข้อตกลงที่นายหน้าได้เตรียมการไว้ โดยปกติแล้วนายหน้าจะได้รับมอบสิทธิให้มีการทำให้สิ้นสุดซึ่งการดำเนินการทางธุรกิจนั้นเอง (เช่น นายหน้าอาจดำเนินการสองหน้าที่ คือ เขาอาจจะทำให้การตกลงนี้สิ้นสุดโดยตัวเขาเองในขณะเดียวกันกับที่เขากระทำการเป็นนายหน้าสำหรับการดำเนินธุรกิจเช่นว่านั้น)

ถ้าไม่มีการตกลงเป็นประการอื่น นายหน้าทางการค้าต้องจัดทำสรุปเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจโดยทันทีเพื่อเสนอถึงบันทึกข้อตกลงในการขาย นายหน้าทางการค้าต้องคงไว้ซึ่งสมุดบันทึกที่มีการบันทึกสรุปการดำเนินการทางธุรกิจในแต่ละวัน

คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญานายหน้าทางการค้าไม่ว่าในเวลาใดก็ตาม แต่การเลิกสัญญาเช่นนั้นไม่มีผลกระทบต่อค่าบำเหน็จของนายหน้าตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น[119]

ในส่วนของความตกลงของสัญญานายหน้านั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้จัดประเภทของสัญญานายหน้าว่าเป็นประเภทของสัญญาพิเศษที่เกี่ยวข้องกับการทำงานหรือการให้บริการ สัญญาพิเศษที่มีลักษณะเป็นการทำงาน หรือการให้บริการเช่นนี้จะบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) และประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน (HGB) เพียงแต่ว่าสัญญาบางชนิดนั้น ที่เป็นสัญญาสำหรับการบริการ หรือสำหรับการทำงาน สัญญาเช่นว่านี้ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับแต่ละข้อตกลงนั้น และเช่นเดียวกันที่กฎเกณฑ์เหล่านี้ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางธุรกิจทั้งหมดสำหรับบุคคลอื่น นอกจากนี้สัญญาเช่นว่านี้ยังอยู่ภายใต้กฎที่เกี่ยวข้องกับสัญญาในการดำเนินการทางธุรกิจนั้น

กฎเกณฑ์พิเศษที่จะได้กล่าวต่อไปนี้เป็นเพียงส่วนเติมเต็มในกฎเกณฑ์ทั่วไปเท่านั้น

ความตกลงของสัญญานายหน้า (Mäklervertrag) คือ ความตกลงที่ผู้ว่าจ้างสัญญาที่จะจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ผู้ที่ทำสัญญากับตนซึ่งกระทำการเป็นสื่อกลางในการบอกกล่าวซึ่งข้อมูลของข้อตกลงนั้นให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สามทราบ หรือเพื่อการชี้ช่องเพื่อให้มีการเข้าสัญญานั้น ผู้ทำสัญญากับผู้ว่าจ้างในกรณีเช่นว่านี้ เรียกว่านายหน้า (Mäkler) การสัญญาที่จะให้ค่าบำเหน็จนี้อาจเป็นการให้สัญญาโดยปริยายก็ได้ ถ้าไม่สามารถร้องขอในการให้บริการได้ซึ่งอาจจะอยู่ภายใต้เหตุการณ์

---

[119] Thomson Sweet & Maxwell. (1779). **German Tax and Business Law**. p.7,035-7,036.

บางอย่าง แต่โดยเหตุผลแล้วสามารถคาดหมายได้ว่าเป็นการกระทำการเพราะถูกปฏิบัติโดยปราศจากค่าตอบแทน เช่น ในกรณีที่มีการร้องขอต่อนายหน้าในทางอาชีพ[120]

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นเพียงการอธิบายถึงประเภทของนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันอย่างกว้าง ๆ เท่านั้น แต่หากจะได้พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันแล้วนายหน้าทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกันในหลายประการ ทั้งในเรื่องสิทธิ และหน้าที่ รวมทั้งความรับผิดของนายหน้าในกรณีนายหน้ากระทำละเมิดต่อตัวการ ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียด ดังต่อไปนี้

4.2.2 สัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

สัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นได้บัญญัติขึ้นในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เล่มที่สอง หมวดกฎหมายลักษณะหนี้ บทที่ 10 สัญญานายหน้า ซึ่งได้บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตราที่ 652 ถึงมาตรา 656 ซึ่งมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

4.2.2.1 ความหมายของสัญญานายหน้า

ความหมายของนายหน้านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้ให้คำจำกัดความไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อได้พิจารณาถึงบทบัญญัติในมาตรา 652 แล้วนั้นสรุปความได้ว่า นายหน้า คือบุคคลที่ดำเนินการชี้ช่องเพื่อให้บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งสัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้า เพื่อการที่นายหน้าได้ชี้ช่องให้แก่ตนเพื่อเข้าทำสัญญา หรือเพื่อดำเนินการเจรจาในสัญญานั้น ๆ เป็นผลสำเร็จอันเนื่องมาจากการชี้ช่อง หรือการเจรจาของนายหน้า แต่หากสัญญานั้นมีเงื่อนไขบังคับก่อนนายหน้ามีสิทธิในอันที่จะได้รับบำเหน็จต่อเมื่อเงื่อนไขของสัญญานั้นเป็นผลแล้ว[121]

สาระสำคัญของนายหน้ามีลักษณะดังต่อไปนี้

1) นายหน้านั้นเป็นบุคคลที่ดำเนินการในการชี้ช่องเพื่อให้บุคคลอีกคนหนึ่งได้เข้าทำสัญญา หรือเพื่อได้ดำเนินการเจรจากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

---

[120] Ernest J. Schuster. (1894). **The Principles of German Civil Law**. p.278.

[121] The German civil code section 652 paragraph 1;

A person who promises a brokerage fee for evidence of the opportunity to enter into a contract or for negotiating a contract is obliged to pay the fee only if the contract comes into existence as a result of the evidence or as a result of the negotiation of the broker. If the contract is entered into subject to a condition precedent, the brokerage fee may only be demanded if the condition is fulfilled.

2) บุคคลที่ได้เข้าทำสัญญา หรือได้เข้าดำเนินการเจรจากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นผลมาจากการที่นายหน้าได้เข้าทำการชี้ช่องเช่นว่านั้น ต้องรับผิดในการจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าเพื่อผลสำเร็จแห่งการชี้ช่องนั้น

3) หากสัญญาที่นายหน้าได้เข้าทำการชี้ช่องนั้นเป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน นายหน้าไม่มีสิทธิได้รับบำเหน็จจนกว่าเงื่อนไขนั้นเป็นผลสำเร็จแล้ว

ดังนั้นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องในสัญญานายหน้า คือ บุคคลผู้สัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าในกรณีที่ตนได้เข้าทำสัญญาที่นายหน้าได้ทำการชี้ช่อง หรือได้ดำเนินการในการเจรจาซึ่งเป็นผลอันเนื่องมาจากการชี้ช่องของนายหน้า ซึ่งอนุโลมเรียกว่า ตัวการ และบุคคลอีกคนหนึ่ง คือนายหน้าซึ่งมีหน้าที่ในการเข้าชี้ช่องให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อให้ได้เข้าทำสัญญากัน

ความสัมพันธ์ระหว่างนายหน้ากับตัวการนั้นเป็นไปตามสัญญานายหน้าที่ได้ทำต่อกันไว้ ซึ่งหน้าที่และความรับผิดนี้ก็ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติเรื่องนายหน้า แต่นายหน้าไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายใดๆกับบุคคลที่สามที่ได้เข้ามาทำสัญญากับตัวการ ดังนั้นสิทธิ หน้าที่และความรับผิดของนายหน้าต่อบุคคลที่สามนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เว้นแต่ในกรณีที่นายหน้าได้กระทำการเป็นนายหน้าแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

4.2.2.2 สิทธิของนายหน้า

สิทธิของนายหน้าต่อตัวการตามสัญญานายหน้า โดยปกติแล้วการดำเนินการในการชี้ช่องของนายหน้านั้นเป็นการกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน ดังนั้นในกรณีที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องจนเป็นผลสำเร็จแล้วนายหน้ามีสิทธิได้รับบำเหน็จเป็นค่าตอบแทน อันเนื่องมาจากการที่ได้ชี้ช่องเช่นว่านั้นให้แก่ตัวการ แต่ในบางครั้งทั้งนายหน้าและตัวการมิได้ตกลงถึงค่าบำเหน็จไว้เป็นการชัดแจ้ง ดังนี้หากคาดหมายได้ว่าการดำเนินการของนายหน้านั้นพึงได้รับบำเหน็จเป็นค่าตอบแทน ให้ถือว่ากรณีนี้เป็นการตกลงโดยปริยายระหว่างนายหน้าและตัวการว่านายหน้ามีสิทธิได้รับบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนจากการที่ตนได้เข้าชี้ช่องเพื่อให้ตัวการได้เข้าทำสัญญาเป็นผลสำเร็จ ส่วนในเรื่องค่าบำเหน็จนั้นหากไม่มีการตกลงไว้เป็นการแน่นอนว่าเป็นจำนวนเท่าใด ถ้าได้มีการตกลงเรื่องค่าธรรมเนียมไว้ก็ให้ถือว่าค่าธรรมเนียมของค่าบำเหน็จนั้นเป็นอัตราเดียวกับที่ได้เคยตกลงกันไว้ แต่หากไม่เคยมีการตกลงเรื่องค่าธรรมเนียมกันมาก่อน ให้จ่ายตามที่ธรรมเนียมปกติจะได้ตกลงกัน[122]

---

[122] The German civil code section 653;

A brokerage fee is deemed to have been tacitly agreed if in the circumstances the task entrusted to the broker can only be expected for remuneration.

แต่หากในกรณีที่ค่าบำเหน็จของนายหน้ามีการตกลงไว้เป็นจำนวนที่สูงเกินสมควร คู่สัญญาซึ่งมีหน้าที่ในอันที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จดังกล่าวนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าบำเหน็จในจำนวนที่เหมาะสมได้ แต่หากได้มีการชำระค่าบำเหน็จแล้ว ศาลไม่อาจใช้ดุลยพินิจเพื่อลดค่าบำเหน็จได้[123]

สิทธิของนายหน้าอีกประการหนึ่ง คือนายหน้ามีสิทธิได้รับคืนซึ่งค่าใช้จ่าย แต่ในกรณีเช่นว่านี้ต้องได้มีการตกลงกันไว้ระหว่างนายหน้าและตัวการ และหากได้มีการตกลงกันไว้แล้วนั้นแม้ว่าสัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องจะไม่เป็นผลสำเร็จก็ตามนายหน้าก็มีสิทธิได้รับคืนซึ่งค่าใช้จ่ายที่ได้มีการตกลงกันไว้นั้น[124]

นอกจากนี้บทบัญญัติในส่วนสุดท้ายของบทที่ 10 เรื่องสัญญานายหน้านี้ได้บัญญัติถึงกรณีที่นายหน้าได้เข้าทำการชี้ช่องเพื่อให้มีการสมรสกัน โดยกำหนดว่าในกรณีที่มีการสัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อให้นายหน้าได้ดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อให้มีการสมรส การสัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อกระทำการดังกล่าวย่อมไม่ก่อให้เกิดหนี้ใด ๆ แก่ผู้ที่สัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้า แต่หากตัวการได้ชำระค่าบำเหน็จนั้นให้แก่นายหน้าไปแล้ว ตัวการไม่อาจเรียกคืนซึ่งค่าบำเหน็จที่ได้มีการชำระไปแล้วได้ เนื่องจากถือว่าไม่ก่อให้เกิดหนี้ใด ๆ แก่คู่สัญญา นอกจากนี้บทบัญญัติในส่วนนี้ยังได้นำไปบังคับใช้กับข้อตกลงใด ๆ ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ก่อให้เกิดหนี้กับนายหน้า เช่น การยอมรับสภาพหนี้อย่างไม่มีข้อจำกัดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามสัญญา[125]ดังนี้จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันห้ามมิให้นายหน้ากระทำ

If the amount of remuneration is not specified, then if a tariff exists, the tariff rate of remuneration is deemed to have been agreed; if no tariff exists, the customary fee is deemed to have been agreed.

[123] The German civil code section 655;

If a disproportionately high brokerage fee has been agreed for the evidence of an opportunity to enterinto a service contract or for negotiating such a contract, then it may, on the application of the party owing it, be reduced to the appropriate amount by court decision. Reduction of the fee is excluded after it has been paid.

[124] The German civil code section 652 paragraph 2;

The broker is only to be reimbursed for expenses if this has been agreed. This also applies even if the contract does not come about.

[125] The German civil code section 656;

No obligation is established by promising a fee for giving evidence of an opportunity to contract a marriage or for acting as a broker in arranging a marriage. What has been paid on the basis of such a promise may not be claimed back on the grounds that there was no obligation.

การเป็นสื่อเพื่อให้บุคคลได้แต่งการงาน หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าห้ามกระทำการเป็นแม่สื่อ หากนายหน้าได้กระทำการเช่นนั้นนายหน้าไม่มีสิทธิในอันที่จะได้รับใช้ซึ่งค่าใช้จ่ายและค่าบำเหน็จ เนื่องจากถือว่าไม่ก่อให้เกิดหนี้ใด ๆ แก่คู่สัญญาด้วย นอกจากนี้หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ก่อให้เกิดหนี้กับนายหน้า เช่น การยอมรับสภาพหนี้เพื่อให้นายหน้ากระทำการอย่างใด ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังนี้ก็ถือว่าไม่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาเช่นกัน

4.2.2.3 หน้าที่ของนายหน้า

หน้าที่ของนายหน้า ตามที่ได้กล่าวมาข้าวต้นแล้วว่า หน้าที่ในประการสำคัญของนายหน้า คือหน้าที่ในการเข้าทำการชี้ช่องเพื่อให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญา หรือทำการเจรจากัน นอกจากนี้หน้าที่อีกประการหนึ่งของนายหน้า คือนายหน้าไม่อาจกระทำการเพื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นการฝ่าฝืนสัญญานายหน้าได้[126] แต่การฝ่าฝืนเช่นว่านี้จะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อเมื่อการทำสัญญาเพื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นผลให้ตัวการต้องเสียหาย ดังนั้นหากนายหน้าได้เข้ากระทำการเป็นนายหน้าเพื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้วไม่ทำให้ตัวการต้องเสียหายจากการะทำเช่นว่านั้นนายหน้ามีสิทธิที่จะกระทำการดังกล่าวได้

4.2.2.4 ความรับผิดของนายหน้า

ในส่วนความรับผิดของนายหน้า หากนายหน้าได้กระทำการอย่างนายหน้าเพื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอันเป็นการฝ่าฝืนสัญญานายหน้าซึ่งเป็นผลให้ตัวการได้รับความเสียหาย นายหน้าไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่ายได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการชดเชยความผิดที่ตนได้กระทำการอันไม่สุจริตแก่คู่สัญญาของตน

4.2.3 สัญญานายหน้ากู้ยืมเงิน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่แก้ไขใหม่นี้ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค (Loan brokerage contract between an entrepreneur

---

These provisions also apply to an agreement by which the other party has entered into an obligation in relation to the broker for the purpose of fulfilling the promise, including without limitation to an acknowledgement of a debt.

[126] The German civil code section 654;

The claim to a brokerage fee and reimbursement of expenses are excluded if the broker, contrary to the contents of the contract, also worked for the other party.

and a consumer) โดยแยกออกเป็นสัญญาอีกลักษณะหนึ่งไว้ใน Subtitle 2 ของบทที่ 10 ซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้

4.2.3.1 ความหมายของสัญญานายหน้ากู้ยืมเงิน

สัญญานายหน้ากู้ยืมเงิน (Loan brokerage contract) คือ สัญญาที่ผู้ประกอบการตกลงกับนายหน้าว่าจะจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าต่อเมื่อผู้บริโภคได้เข้าทำสัญญากู้ยืมเงินกับตน หรือนายหน้าได้กระทำการอย่างใดเพื่อให้ผู้บริโภคได้เข้าทำสัญญากู้ยืมเงินกับตน ซึ่งสัญญาเช่นนี้ย่อมอยู่ภายใต้บทบัญญัตินี้ แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในส่วนนี้ไม่นำไปบังคับใช้กับกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 491 (2)[127] แห่งประมวลกฎหมายนี้[128]

4.2.3.2 ลักษณะของสัญญานายหน้ากู้ยืมเงิน

ลักษณะของสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินมีลักษณะที่เหมือนกับสัญญานายหน้าในส่วนสำคัญ คือนายหน้ามีหน้าที่กระทำการเพื่อการชี้ช่องให้คู่สัญญาได้มาพบกัน หรือได้เข้าทำสัญญากัน โดยที่นายหน้านั้นจะได้รับบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนต่อเมื่อการกระทำการดังกล่าวเป็นผลจากการชี้ช่องของตน แต่สัญญานายหน้ากู้ยืมเงินนี้มีลักษณะเป็นสัญญานายหน้าที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากสัญญานายหน้าทั่วไป เนื่องจากเป็นการกระทำการชี้ช่องให้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากู้ยืมเงินเท่านั้น มิใช่เป็นการชี้ช่องให้เข้าทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ดังนั้นบทบัญญัติในส่วนนี้จึงนำมาบังคับใช้เฉพาะสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินเท่านั้น

---

[127] ลักษณะของสัญญากู้ยืมเงินที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 491 (2) นั้นแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1. การกู้ยืมเงินที่ไม่เกิน 200 ยูโร

2. การกู้ยืมเงินที่เป็นการทำสัญญาระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่อัตราดอกเบี้ยนั้นต่ำกว่าความเป็นจริง

3. การกู้ยืมเงินที่เป็นการให้ความช่วยเหลือทางการเงินด้านที่อยู่อาศัย และด้านการพัฒนาชุมชน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเห็นชอบของมหาชน หรือการได้รับอนุญาตจากรัฐโดยตรง ระหว่างองค์กรมหาชนที่ได้ให้ความช่วยเหลือทางด้านการเงินกับผู้กู้ยืมในอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าความเป็นจริง.

[128] The German civil code section 655a;

A contract by which an entrepreneur agrees for a fee to broker a consumer loan contract or to give the consumer evidence of an opportunity to enter into a consumer loan contract is governed, subject to sentence 2, by the following provisions. This does not apply to the extent specified in section 491 (2).

4.2.3.3 แบบของสัญญานายหน้ากู้ยืมเงิน

เนื่องจากการกู้ยืมเงินนั้นกฎหมายบัญญัติว่าต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร[129] ดังนั้นบทบัญญัติในส่วนนี้จึงได้กำหนดแบบของสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินไว้ว่าต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน เนื้อหาของสัญญานอกจากจะต้องเปิดเผยข้อมูลแล้วจะต้องมีการกำหนดถึงค่าบำเหน็จของนายหน้า โดยค่าบำเหน็จจะกำหนดจากอัตราส่วนของเงินที่ได้มีการกู้ยืมกัน ถ้านายหน้าได้เข้าทำความตกลงกับผู้ประกอบการเพื่อค่าบำเหน็จ ค่าบำเหน็จนี้จะต้องระบุไว้ในสัญญาด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามสัญญานายหน้านี้จะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมในการยื่นคำร้องขอเพื่อกู้ยืมเงินของผู้บริโภค นอกจากนี้นายหน้ายังมีหน้าที่ต้องแจ้งให้แก่ผู้บริโภคได้รับทราบถึงเนื้อหาที่อยู่ในสัญญาด้วย

สัญญานายหน้ากู้ยืมเงินที่ไม่เป็นไปตามที่กล่าวไว้ข้างต้น ย่อมตกเป็นโมฆะ[130]

4.2.3.4 ค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่าย

ในส่วนของค่าบำเหน็จของนายหน้านั้นในบทบัญญัติส่วนนายหน้ากู้ยืมเงินได้บัญญัติให้ผู้บริโภคเป็นผู้มีหน้าที่ในการชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าด้วย แต่ผู้บริโภคจะต้องจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าต่อเมื่อการกระทำการเจรจา หรือการดำเนินการของนายหน้าใด ๆ นั้นเป็นผลให้ผู้บริโภคผู้นั้นได้รับการอนุมัติให้กู้ยืมเงิน และได้มีการจ่ายเงินที่มีการกู้ยืมนั้นให้แก่ผู้บริโภคแล้ว

---

[129] The German civil code section 492 paragraph 1;

Consumer loan contracts are to be entered into in writing unless a more stringent form is provided for. Entering into the agreement in electronic form is excluded. The requirement of written form is satisfied if the offer and acceptance by the parties to the contract are declared in writing in separate documents. The statement of the lender need not be signed if it is made with the help of automatic equipment. The contract declaration must be signed by the borrower and must indicate:…

[130] The German civil code section 655b;

The loan brokerage contract must be in writing. The contract, subject to other duties to provide information, must in particular, without limitation, state the fee of the loan broker as a percentage of the loan; if the loan broker has agreed remuneration with the entrepreneur too, this remuneration must also be stated. The contract may not be linked to the application for the loan to be granted. The loan broker must notify the consumer in text form of the contents of the contract.

A loan brokerage contract that does not satisfy the requirements of subsection (1) sentences 1 to 3 is void.

และการเพิกถอนโดยผู้บริโภคภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 355 แห่งประมวลกฎหมายนี้[131] ไม่อาจเกิดขึ้นได้ แต่หากนายหน้าได้ทราบว่า การกู้ยืมเงินของผู้บริโภครายนี้นั้นผู้บริโภคมีวัตถุประสงค์ในการกู้ยืมเพื่อนำไปชำระหนี้รายอื่นที่ถึงกำหนดก่อน การเรียกร้องในค่าบำเหน็จนั้นจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่ออัตราดอกเบี้ยรายปีที่แท้จริง หรืออัตราดอกเบี้ยเริ่มต้นรายปีนั้นไม่มีอัตราที่สูงขึ้น หากอัตราดอกเบี้ยที่แท้จริงหรืออัตราดอกเบี้ยเริ่มต้นที่แท้จริงได้ถูกนำมาคิดรวมกับต้นเงินกู้ที่จะต้องชำระคืนค่าใช้จ่ายใด ๆ ของนายหน้านั้นจะไม่นำมาคำนึงถึงด้วย[132]

ในการให้บริการที่เกี่ยวกับการเป็นสื่อกลางเพื่อให้ผู้บริโภคได้เข้าทำสัญญากู้ยืมเงินนั้นนายหน้าไม่อาจทำความตกลงกับผู้บริโภคเพื่อให้ผู้บริโภคชำระค่าใช้จ่ายอื่นใดให้แก่

---

[131] บทบัญญัติในประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 355 นั้นเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิการเพิกถอนในสัญญาผู้บริโภค คือ หากผู้บริโภคได้รับสิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมายให้มีสิทธิให้เพิกถอนสัญญาได้ภายใต้บทบัญญัติในส่วนนี้ ดังนั้นผู้บริโภคไม่อาจถูกผูกมัดโดยการแสดงเจตนาของเขาให้ต้องเข้าทำสัญญา หากเขาได้บอกเลิกสัญญาในเวลาที่เหมาะสม ซึ่งการบอกกล่าวเพื่อเลิกสัญญานี้ไม่จำต้องมีเหตุผลในการบอกเลิกสัญญา แต่ต้องบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรแก่ผู้ประกอบการภายในสองสัปดาห์ หรือส่งจดหมายตอบรับภายในเวลาที่กำหนดหรือภายในเวลาที่เหมาะสม นอกนี้การเริ่มนับระยะเวลาตามที่กล่าวมานั้นให้เริ่มนับตั้งแต่เวลาที่ผู้บริโภคได้แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่ผู้ประกอบการทราบโดยแสดงถึงวิธีการเกี่ยวกับสิทธิอย่างชัดแจ้งในการบอกเลิกสัญญา และต้องระบุถึงชื่อ และที่อยู่ของบุคคลที่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญานี้ รวมทั้งรายละเอียดของของระยะเวลาเริ่มต้น และกฎเกณฑ์ใน Subsection 1 sentence 2 ข้างต้น หากได้มีการแจ้งถึงเงื่อนไขภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาไปแล้วเป็นเวลาหนึ่งเดือน ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ระยะเวลานั้นจะยังไม่เริ่มนับจนกว่าเอกสารสัญญา คำร้องขอของผู้บริโภค หรือสำเนาของเอกสารสัญญาดังกล่าวหรือสำเนาของคำร้องขอดังกล่าวนั้นจะได้ส่งให้แก่ผู้บริโภค ถ้ามีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับระยะเวลาเริ่มต้นของสัญญา ภาระการพิสูจน์ย่อมตกแก่ฝ่ายผู้ประกอบการ แต่อย่างไรก็ตามผู้บริโภคไม่อาจใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้เมื่อพ้นหกเดือนนับแต่วันที่ได้มีการจัดทำสัญญา แต่ในกรณีที่ได้มีการจัดส่งสินค้า ระยะเวลาเริ่มต้นของสัญญาจะยังไม่เริ่มนับจนกว่าผู้บริโภคจะได้รับมอบซึ่งสินค้านั้น ในกรณีที่เป็นสัญญาให้บริการทางการเงินที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง สิทธิในการบอกเลิกสัญญาย่อมไม่สิ้นสุดลงแม้ว่าผู้บริโภคไม่เคยได้แจ้งถึงสิทธิในการบอกเลิกสัญญา นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่ได้ดำเนินการอย่างเหมาะสมในหน้าที่เพื่อแจ้งให้ทราบภายใต้มาตรา 312c (2) ส่วนที่ 1.

[132] The German civil code section 655c;

The consumer is only obliged to pay the fee if as the result of the negotiation by or evidence from the loan broker the loan is granted to the consumer and the loan has been paid out to the consumer and revocation by the consumer under section 355 is no longer possible. To the extent that, with the knowledge of the loan broker, the consumer loan contract is intended for the early repayment of another loan (debt rescheduling), a claim to remuneration arises only if the effective annual rate of interest or the initial effective annual rate of interest is not increased; when the effective or initial effective annual rate of interest for the loan to be repaid is calculated, any possible brokerage costs are disregarded.

นายหน้าได้ เว้นแต่ว่าจะเป็นการตกลงเรื่องค่าบำเหน็จที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 655c แต่อย่างไรก็ตามหากมีค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอันเกิดจากการกระทำการดังกล่าว นายหน้ากับผู้บริโภคอาจทำความตกลงเพื่อค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเช่นนั้นได้[133]

บทบัญญัติในส่วนนี้ได้มีการกำหนดว่าห้ามมิให้มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติในส่วนนี้เพื่อเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค รวมทั้งให้มีการนำบทบัญญัติในส่วนนี้มาบังคับใช้ในกรณีที่มีการหลบเลี่ยงบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยการเปลี่ยนแปลงไปในรูปแบบอื่น นอกจากนี้บทบัญญัติในส่วนนี้ยังได้นำไปบังคับใช้กับสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ก่อตั้งธุรกิจรายใหม่อันมีความหมายตามบทบัญญัติในมาตรา 507[134] แห่งประมวลกฎหมายนี้[135]

เมื่อได้พิจารณาถึงบทบัญญัติในสวนที่เกี่ยวกับนายหน้ากู้ยืมเงินแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในส่วนนี้มีความแตกต่างกับสัญญานายหน้าทั่วไปในส่วนที่เป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1) เรื่องแบบ บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับนายหน้ากู้ยืมเงินนี้ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่า สัญญานายหน้ากู้ยืมเงินนี้ต้องจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องระบุถึงจำนวนค่าบำเหน็จที่นายหน้านั้นจะได้รับเป็นค่าตอบแทนจากผู้บริโภค รวมทั้งหากนายหน้าได้ไปทำความตกลงกับผู้ประกอบการว่าให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จจากผู้ประกอบการด้วยแล้วนั้น ในสัญญานายหน้าก็ต้องระบุถึงรายละเอียดในส่วนนี้ไว้ในสัญญานายหน้าด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีสัญญานายหน้านี้มิได้เป็นส่วนประกอบในอันที่จะทำให้ผู้บริโภคจะได้รับการอนุมัติ

---

[133] The German civil code section 655d;

For services that are linked to negotiating the consumer loan contract or giving evidence of an opportunity to enter into a consumer loan contract, the loan broker may not agree any payment except for remuneration in accordance with section 655c sentence 1. However, it may be agreed that the loan broker is reimbursed necessary expenses that were incurred.

[134] ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 507 หมายถึงบุคคลธรรมดาที่ได้รับการอนุญาตให้กู้ยืมเงิน หรือได้รับอนุญาตให้เลื่อนการชำระเงินออกไปอย่างไม่มีกำหนด หรือได้รับการช่วยเหลือทางการเงินเพื่อทำการค้า หรือประกอบอาชีพด้วยตนเอง หรือบุคคลที่เข้าทำสัญญาผ่อนส่ง เว้นแต่เป็นการกู้ยืมเงินที่เกินกว่า 50,000 ยูโร.

[135] The German civil code section 655e;

Deviation from the provisions of this subtitle to the disadvantage of the consumer is not allowed. The provisions of this subtitle apply even if they are circumvented by other constructions.

This subtitle also applies to loan brokerage contracts between an entrepreneur and a founder of a new business within the meaning of section 507.

ให้มีการกู้ยืมเงินหรือไม่ เนื่องจากนายหน้ากู้ยืมเงินมีหน้าที่เพียงเป็นสื่อกลางเพื่อให้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันเท่านั้น ส่วนการอนุมัติให้กู้ยืมเงินหรือไม่ย่อมเป็นดุลยพินิจของผู้ประกอบการรายนั้น ๆ

ส่วนสัญญานายหน้าทั่วไปนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าสัญญานายหน้านั้นต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นเพียงแค่มีการทำความตกลงกับนายหน้าไม่ว่าด้วยวาจา หรือด้วยลายลักษณ์อักษรว่าตัวการตกลงจะให้บำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อการที่นายหน้าได้ชี้ช่องเพื่อให้ตัวการได้เข้าทำสัญญานั้นเป็นผลก็เป็นการเพียงพอแล้ว ถือว่าสิทธิ หน้าที่และความรับผิดของนายหน้า และตัวการตามสัญญานายหน้าได้เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว

2) เรื่องค่าบำเหน็จนายหน้า ในสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินนั้นได้กำหนดให้ผู้บริโภคมีหน้าที่ต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าต่อเมื่อ

(1) การเข้าชี้ช่องของนายหน้าเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับการอนุมัติให้กู้ยืมเงิน และ

(2) เงินกู้นั้นได้มีการจ่ายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว และ

(3) ผู้บริโภคจะไม่ยกเลิกสัญญากู้ยืมเงินนี้

ดังนั้นสิทธิในอันที่จะได้รับบำเหน็จของนายหน้ากู้ยืมเงินนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อครบองค์ประกอบทั้งสามประการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าของผู้บริโภคนั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเกิดผลสำเร็จในสัญญาที่นายหน้าได้ทำการชี้ช่องเป็นสำคัญ

ส่วนสัญญานายหน้าทั่วไปนั้น กฎหมายมิได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งอย่างเช่นกรณีของนายหน้ากู้ยืมเงิน กฎหมายกำหนดแต่เพียงว่าหากการชี้ช่องของนายหน้าเป็นผลให้ตัวการได้เข้าทำการเจรจา หรือเข้าทำสัญญาที่เป็นผล นายหน้าก็เกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จนั้นทันที โดยที่ไม่ต้องรอว่าคู่สัญญาจะได้เข้าทำสัญญาจนมีการชำระราคา และส่งมอบทรัพย์เป็นที่เรียบร้อยตามสัญญาแล้ว

3) เรื่องค่าใช้จ่าย กฎหมายในส่วนของสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินนั้นได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า ห้ามมิให้นายหน้าเรียกค่าใช้จ่ายอื่นใดจากผู้บริโภค เว้นแต่ค่าบำเหน็จเท่านั้น แต่หากมีค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่มีความจำเป็นและเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำการของนายหน้า คู่สัญญาอาจตกลงกันในค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ได้

ส่วนค่าใช้จ่ายของนายหน้าทั่วไปนั้นหากได้มีการตกลงไว้ในเรื่องของค่าใช้จ่าย นายหน้าสามารถเรียกให้ตัวการชำระค่าใช้จ่ายตามที่ได้มีการตกลงไว้ได้ แม้ว่าสัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องนั้นจะไม่เป็นผลสำเร็จ

4.2.4 สัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของเยอรมันนั้นได้แบ่งออกเป็น 4 เล่ม โดยเล่มที่ 1 และเล่มที่ 3 นั้นมีความสำคัญมากในการดำเนินการทางการค้า ส่วนเล่มที่ 2 นั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับรูปแบบที่หลากหลายของห้างหุ้นส่วนบริษัท และการดำเนินการทางธุรกิจ ซึ่งเป็นรูปแบบที่สำคัญขององค์กรทางธุรกิจ และเล่มที่ 4 นั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายทะเลโดยเฉพาะ ดังนั้นหลักกฎหมายพาณิชย์ของเยอรมันส่วนใหญ่จะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ อย่างไรก็ตามกฎหมายพาณิชย์อาจอยู่ในรูปของกฎหมายเฉพาะเรื่องที่แยกต่างหากจากประมวลกฎหมายพาณิชย์ด้วย และการใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ยังต้องนำหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้ด้วยเสมอ เพราะตามกฎหมายถือว่ากฎหมายพาณิชย์เป็นบทเฉพาะของกฎหมายแพ่งทั่วไป[136]

ในการวิจัยนี้ผู้วิจัยจะพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญานายหน้าทางการค้าเท่านั้น ซึ่งบัญญัติอยู่ในเล่มที่ 1 ส่วนที่ 8 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์นี้ ตั้งแต่มาตรา 93 ถึงมาตรา 103 อันมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

4.2.4.1 ความหมายของนายหน้าทางการค้า

นายหน้าทางการค้านั้น คือบุคคลซึ่งมีอาชีพในการเข้าดำเนินการในสัญญาในนามของบุคคลอื่นเพื่อจัดหาสัญญาอันเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสินค้า หรือการจัดการซึ่งสินค้า หรือหลักทรัพย์ หรือ ประกันภัย หรือการขนส่งสินค้า หรือการจัดหาสัญญาที่เจ้าของเรือได้ยืมเงินเพื่อออกเรือได้โดยการนำเรือมาเป็นหลักประกัน หรือการจัดหาใบอนุญาตของเรือ หรือการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับทางการค้า โดยที่นายหน้านั้นไม่ได้มีภาระผูกพันทางสัญญาเป็นการถาวรกับผู้ว่าจ้างรายนั้น ๆ บุคคลนั้นมีสิทธิและหน้าที่อย่างนายหน้าทางการค้า นอกจากนี้กฎหมายยังได้บัญญัติเป็นการเพิ่มเติมอีกว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ไม่นำไปบังคับใช้กับการดำเนินการจัดหาสิ่งอื่นใดนอกจากที่ได้กล่าวมาในวรรคก่อนแม้ว่าการดำเนินการเช่นว่านั้นจะดำเนินการโดยนายหน้าทางการค้า และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินการจัดหาอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์[137] ดังนี้สัญญานายหน้าทางการค้า

---

[136] การพัฒนาระบบกฎหมายพาณิชย์. (2548). เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง แนวทางในการปรับปรุงระบบกฎหมายพาณิชย์และกระบวนการวิธีพิจารณาและร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง วันที่ 30 กรกฎาคม 2548 ณ โรงแรมกะตะธานี ภูเก็ต บีช รีสอร์ท จังหวัดภูเก็ต.

[137] The German commercial code section 93;

A person who professionally undertakes on behalf of others the procuring of contracts concerning the acquisition or disposal of goods or securities, concerning insurance, transportation of goods, bottomry, chartering of

จึงเป็นสัญญาที่ดำเนินการโดยบุคคลที่มีอาชีพในการชี้ช่องให้คู่สัญญาให้ได้เข้าทำสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น นอกเหนือจากสัญญาตามที่ได้กฎหมายได้กำหนดไว้แล้ว แม้ว่าจะได้มีการดำเนินการชี้ช่องโดยนายหน้าทางการค้าก็ไม่ถือว่าเป็นนายหน้านั้นกระทำการอย่างนายหน้าทางการค้า และไม่อาจนำบทบัญญัติในส่วนนี้ไปบังคับใช้ได้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับนายหน้าทางการค้านั้นได้กำหนดขอบเขตของลักษณะของสัญญาที่นายหน้าสามารถเข้าทำการชี้ช่องไว้เพียงบางประเภทเท่านั้น ซึ่งแตกต่างกับสัญญานายหน้าทางแพ่งที่มิได้บัญญัติขอบเขตของสัญญาที่นายหน้าสามารถเข้าทำการชี้ช่องได้ ดังนั้นนายหน้าทางแพ่งจึงสามารถเข้าชี้ช่องในสัญญาได้ทุกประเภท หากไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะ

4.2.4.2 หน้าที่ของนายหน้าทางการค้า

เมื่อนายหน้าทางการค้าได้เข้าทำการชี้ช่องให้แก่คู่สัญญาเป็นผลสำเร็จแล้ว นายหน้ามีหน้าที่ที่ต้องดำเนินการอีกประการหนึ่ง คือนายหน้าทางการค้านั้นจะต้องส่งข้อตกลงในสัญญาของนายหน้าที่ได้มีการลงนามโดยนายหน้าทางการค้านั้นแล้วให้แก่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายภายหลังจากที่การดำเนินการทางธุรกิจได้สำเร็จลงแล้วโดยทันที ตราบเท่าที่คู่สัญญาไม่ได้ยกเว้นมิให้นายหน้าทางการค้าไม่ต้องกระทำการดังกล่าว หรือตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอันเกี่ยวกับประเภทของสินค้านั้นไม่ได้ระบุว่านายหน้าไม่ต้องกระทำการเช่นนั้น ซึ่งในข้อตกลงในสัญญานี้จะต้องมีเนื้อหาอันประกอบไปด้วย

1. ชื่อของคู่สัญญา
2. เนื้อหาของสัญญาและเงื่อนไขในการดำเนินการทางธุรกิจ
3. ในกรณีที่มีการขายสินค้า หรือซื้อขายหลักทรัพย์นั้นจะต้องมีการระบุถึงประเภทหรือชนิดของสินค้าหรือหลักทรัพย์นั้น รวมทั้งต้องมีการระบุถึงปริมาณของสินค้า ราคาและเวลาในการส่งมอบทรัพย์สินนั้น ๆ

แต่ในกรณีที่การดำเนินการทางธุรกิจนั้นมิได้เป็นผลสำเร็จขึ้นโดยทันที ข้อตกลงในสัญญานั้นจะต้องได้มีการนำเสนอให้แก่คู่สัญญาเพื่อลงนามในข้อตกลงในสัญญานั้นและคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องลงนามในข้อตกลงในสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

---

ships, or other means of commerce, without being permanently charged by them to do so under a contractual relationship, has the rights and obligations of a commercial broker.

The provisions of this section are not applicable to the procurement of transaction other than those indicated, especially as to the procurement of transactions involving immovable property, even if the procuring is done by a commercial broker.

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะลงนามในข้อตกลงในสัญญานั้น นายหน้าทางการค้ามีหน้าที่ในอันที่จะต้องส่งคำบอกกล่าวให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบด้วย[138] ดังนั้นหน้าที่ของนายหน้าทางการค้าที่สำคัญประการหนึ่งคือการบันทึกข้อตกลงในสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ได้เข้าทำสัญญาต่อกัน โดยในบันทึกนั้นจะต้องมีรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด พร้อมทั้งต้องมีการลงชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย รวมทั้งตัวนายหน้าทางการค้าเองด้วย แต่หากการดำเนินการทางธุรกิจไม่อาจดำเนินการจนเป็นผลสำเร็จได้ในทันที นายหน้าทางการค้าก็ยังคงมีหน้าที่ในการจัดทำเอกสารดังกล่าวเช่นกัน โดยต้องจัดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ลงนามในเอกสารของแต่ละฝ่ายไว้ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักฐานในการดำเนินการทางธุรกิจระหว่างคู่สัญญา

นอกจากนายหน้าทางการค้าจะมีหน้าที่ในการจัดทำบันทึกข้อตกลงในสัญญาให้แก่คู่สัญญาแล้ว นายหน้ายังมีหน้าที่ในการบันทึกถึงการดำเนินการในทางการค้า หรือทางธุรกิจที่นายหน้าได้ดำเนินการเช่นนั้นลงในบันทึกประจำวันของนายหน้าด้วย ซึ่งนายหน้าเองก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องเก็บรักษาบันทึกประจำวันนี้ไว้ ซึ่งในบันทึกประจำวันของนายหน้านี้จะต้องมีการบันทึกถึงสิ่งที่เขาได้ดำเนินการไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 94 วรรค 1 และนายหน้าทางการค้าต้องลงนามในบันทึกทุกครั้ง

บทบัญญัติในมาตรา 43[139] และมาตรา 44[140] อันเกี่ยวกับการก่อตั้งและการเก็บรักษาข้อมูลทางธุรกิจต้องนำมาบังคับใช้กับบันทึกประจำวันของนายหน้าทางการค้านี้ด้วย[141]

---

[138] The German commercial code section 94;

The commercial broker, insofar as the parties do not exempt him, or the local custom regarding the kind of the goods does not dispense with it, shall immediately after the conclusion of the transaction send to each party a contract note signed by him, containing the parties, the subject matter and conditions of the transaction, and especially in the case of selling goods or securities, the description and quantity thereof, as well as the price and time of delivery.

In respect of transactions which are not to be carried out immediately, the contract note is to be presented to the parties for their signatures, and each party shall be furnished with a contract note signed by the other.

If one of the parties refuses to accept or sign the contract not, the commercial broker shall immediately give notice thereof to the other party.

[139] บทบัญญัติในมาตรา 43 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน กำหนดให้พ่อค้าเป็นผู้มีหน้าที่จัดทำซึ่งการบันทึกข้อมูลลงในสมุดของพ่อค้า หรือบันทึกต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทางการค้านั้น.

[140] บทบัญญัติในมาตรา 44 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน กำหนดให้พ่อค้ามีหน้าที่ในการเก็บรักษาซึ่งสมุดบันทึกนั้นไว้เป็นระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ได้มีการบันทึกซึ่งข้อมูลไว้ในสมุดนั้นเป็นครั้งสุดท้าย

และในกรณีที่คู่สัญญาร้องขอให้นายหน้าทำการส่งมอบซึ่งบันทึกประจำวันของนายหน้านี้ นายหน้าทางการค้ามีหน้าที่ในการจัดหาซึ่งบันทึกประจำวันของตนที่ถูกต้องให้แก่คู่สัญญาไม่ว่าในเวลาใด ๆ ที่คู่สัญญาได้มีการร้องขอ ซึ่งในบันทึกประจำวันนี้จะต้องได้มีการลงนามโดยนายหน้าทางการค้า และในบันทึกนี้จะต้องมีการบันทึกทุกประการอันเกี่ยวกับสิ่งที่นายหน้าได้ดำเนินการในการเจรจาในทางธุรกิจ[142]

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาและบันทึกประจำวันของนายหน้าทางการค้านั้นไม่นำมาใช้บังคับกับบุคคลที่กระทำการอย่างพ่อค้าคนกลางในการค้าสินค้าขายปลีก[143]

ความสำคัญของบันทึกประจำวันของนายหน้านี้ คือในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา หรือมีการดำเนินคดีระหว่างกันในศาล ศาลมีสิทธิในอันที่จะเรียกให้มีการแสดงซึ่งบันทึกประจำวันของนายหน้านี้ แม้ว่าจะไม่มีคู่ความฝ่ายใดร้องขอก็ตาม ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์สำคัญในการทำการเปรียบเทียบกับข้อตกลงในสัญญา และพยานหลักฐานอื่น ๆ[144] จะเห็นได้ว่าบันทึกประจำวันของนายหน้าทางการค้านั้นถือเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญในการดำเนินคดีในศาลในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่สัญญา ดังนั้นนายหน้าทางการค้าต้องทำการจดบันทึกประจำวันของนายหน้า

และกฎเกณฑ์เช่นเดียวกันนี้ให้นำไปบังคับใช้กับการจัดเก็บจดหมายตอบรับทางธุรกิจ, สำเนาของจดหมายทางธุรกิจที่ได้ทำการจัดส่งไป รวมทั้งรายการทางบัญชีที่เกี่ยวข้อง.

[141] The German commercial code section 100;

A commercial broker has the duty to maintain a daily journal and record in it daily all transactions made. The entries shall be made in chronological sequence; they shall contain the particulars indicated in section 94 (1). The matters entered shall be signed by the commercial broker daily.

The provisions of section 43 and section 44 concerning the establishment and safe-keeping of business records shall apply to the daily journal of the commercial broker.

[142] The German commercial code section 101;

The commercial broker is obliged to furnish to the parties on demand at any time extracts from his daily journal, which are signed by him and contain everything entered by him in respect of the negotiated transaction.

[143] The German commercial code section 104;

The provision concerning contract notes and daily journals are not applicable to persons who as middle men handle the trading of goods in retail.

[144] The German commercial code section 102;

The court has the power in the course of a litigation to order the production of the daily journal even in the absence of a request by one of the parties, for the purpose of comparing it with the contract note, with the extracts or other evidence.

ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจของคู่สัญญาทุกฝ่าย เพราะเหตุว่าในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น ศาลจะถือเอาบันทึกประจำวันของนายหน้าทางการค้านี้เป็นพยานหลักฐานที่สำคัญเพื่อทำการเปรียบเทียบกับพยานหลักฐานอื่น ๆ

ในการดำเนินการทางธุรกิจนั้น หากนายหน้าทางการค้าได้รับมอบไว้ซึ่งตัวอย่างของสินค้าอันเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจนั้น นายหน้าทางการค้ามีหน้าที่ในการเก็บรักษาตัวอย่างสินค้าสำหรับการค้าขายไว้ในความอารักขาอย่างปลอดภัย ทั้งนี้เนื่องจากว่าคู่สัญญาไม่ได้ยกเว้นมิให้นายหน้าทางการค้าไม่กระทำการดังกล่าว หรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอันเกี่ยวกับประเภทของสินค้านั้นไม่ได้งดเว้นมิให้นายหน้ากระทำการเช่นนั้น การเก็บรักษาตัวอย่างสินค้านั้น นายหน้าต้องเก็บรักษาไว้จนกระทั่งคู่สัญญาได้ทำความตกลงในการซื้อขายสินค้าโดยที่ไม่ได้มีการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้านั้นอีก หรือจนกระทั่งการดำเนินการทางธุรกิจระหว่างคู่สัญญานั้นได้ดำเนินการจนเป็นผลสำเร็จ นอกจากนี้นายหน้าต้องทำเครื่องหมายไว้บนตัวอย่างของสินค้านั้นด้วย[145]

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่านายหน้าทางการค้ากระทำการเป็นเพียงสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น ดังนั้นนายหน้าทางการค้าจึงไม่มีสิทธิในการที่จะได้รับชำระราคาหรือค่าใช้จ่ายใด ๆ จากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายอันเกิดจากการตกลงในสัญญานั้น[146] เพราะเหตุว่าตนมิได้มีนิติสัมพันธ์ในการดำเนินการทางธุรกิจในสัญญานั้น

4.2.4.3 ความรับผิดของนายหน้าทางการค้า

ตามที่ได้เข้าใจแล้วว่านายหน้านั้นกระทำการเป็นเพียงสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น ดังนั้นนายหน้าแต่เพียงผู้เดียวจึงเป็นผู้ที่รู้จักคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย นายหน้าอาจต้องถูกผูกพันในสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากัน หากนายหน้าไม่ได้เปิดเผยถึงชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ หรือคู่สัญญาฝ่ายที่ได้เปิดเผยชื่อในตอนแรกนั้นมีเหตุผลสมควรประการอื่น แต่หากนายหน้าได้ดำเนินการจัดส่งข้อตกลงใน

---

[145] The German commercial code section 96;

The commercial broker is obliged, insofar as the parties do not exempt him or the local custom regarding the kind of goods does not dispense with it, to retain in safe custody from all merchandise sold through his negotiation according to sample, the sample, in case it is handed to him, until the merchandise is accepted without any protest as to its quality or until the transaction is otherwise concluded. He shall make the sample recognizable by a mark.

[146] The German commercial code section 97;

The commercial broker is not deemed authorized to receive a payment or any other consideration stipulated in the contract.

สัญญาตามบทบัญญัติในมาตรา 94 ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ยอมรับข้อตกลงในสัญญาซึ่งนายหน้าได้สงวนชื่อ หรือไม่เปิดเผยชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไว้ แต่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะได้มีการเปิดชื่อให้แก่นายหน้าทราบภายหลัง คู่สัญญาฝ่ายที่ยอมรับซึ่งข้อตกลงในสัญญาที่ไม่มีการเปิดเผยชื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังคงต้องผูกพันในสัญญาที่ไม่ได้เปิดเผยชื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งดังกล่าว เว้นแต่เมื่อได้มีการเปิดเผยซึ่งชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้ยอมรับข้อตกลงในสัญญาในตอนแรกนั้นจะมีข้อคัดค้านที่มีเหตุผลอันสมควรในการที่ตนจะไม่ผูกพันตามสัญญานั้น เช่น นาย ก.ตกลงที่จะทำการเป็นนายหน้าให้แก่ นาย ข. แต่นาย ข.ได้บอกกับนาย ก.ว่าไม่ให้เปิดเผยชื่อของตน นาย ค. ซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ หากนาย ก.ได้ไปดำเนินการติดต่อกับนาย ค.โดยได้บอกกล่าวกับนาย ค.ว่ามีบุคคลหนึ่งประสงค์จะดำเนินการทางธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับนาย ค .โดยที่ นาย ก.ไม่ได้บอกให้นาย ค .ทราบว่าบุคคลนั้นคือ นาย ข. ดังนี้หาก นาย ค .ได้ยอมรับซึ่งข้อตกลงดังกล่าว และเข้าทำสัญญาโดยผ่าน นาย ก. โดยที่ นาย ค.เองไม่ทราบเลยว่า บุคคลที่ตนเข้าทำสัญญาด้วย คือ นาย ข. ดังนี้ นาย ค.จะอ้างในภายหลังไม่ได้ว่าสัญญาที่ตนได้ทำผ่านนาย ก. ไม่มีผลผูกพันตน เนื่องจากว่าตนได้ยอมรับซึ่งข้อตกลงในการที่นายหน้าไม่ได้เปิดเผยถึงชื่อคู่สัญญาที่แท้จริง เว้นแต่ภายหลังหาก นาย ค. ทราบว่าบุคคลที่ตนเข้าทำสัญญาด้วย คือ นาย ข. ซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้าในธุรกิจของตน ดังนี้ นาย ค.สามารถอ้างเหตุผลเช่นว่านี้เพื่อมิให้สัญญาที่ตนเองได้ทำผ่านนาย ก. มีผลผูกพันตนได้

ส่วนการเปิดเผยถึงชื่อของคู่สัญญานั้นจะต้องเปิดเผยภายในเวลาที่จำกัดตามที่จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นได้กำหนดเอาไว้ แต่หากไม่มีประเพณีแห่งท้องถิ่นเช่นว่านั้น ต้องเปิดเผยภายในระยะเวลาที่เหมาะสมแก่กรณี

แต่หากไม่มีการเปิดเผยชื่อ หรือระบุตัวของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือคู่สัญญาฝ่ายที่ได้เปิดเผยชื่อนั้นมีข้อคัดค้านที่มีเหตุผล คู่สัญญาเปิดเผยที่เปิดเผยชื่อมีสิทธิที่จะเรียกให้นายหน้าทางการค้ารับผิดชอบเพื่อการดำเนินการตามข้อตกลงในการดำเนินการทางธุรกิจนั้น แต่คู่สัญญาฝ่ายที่เปิดเผยชื่อนั้นจะไม่มีสิทธิเรียกร้องเช่นว่านั้นต่อนายหน้า หากไม่ได้แจ้งให้ทราบโดยทันทีว่าตนยังคงต้องการให้มีการปฏิบัติตามสัญญานั้นอยู่[147]

---

[147] The German commercial code section 95;

If a party accepts a contract note in which the commercial broker has reserved the designation of the other party, he is bound by the transaction with the other party, whose identity will be subsequently disclosed to him, unless well founded objections are raised against the latter.

The disclosure of the other party's identity shall take place within a time limit in accordance with local custom and, in the absence of one, within a period reasonable in the circumstances.

ดังนั้นการที่นายหน้าต้องเข้าผูกพันในสัญญาที่ตนเข้าดำเนินการเป็นสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต่อเมื่อนายหน้ามิได้เปิดเผยถึงชื่อของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ และคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เปิดเผยชื่อมิได้เปิดเผยชื่อให้แก่นายหน้าและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบในภายหลัง และในกรณีที่ได้มีการเปิดเผยถึงชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้เปิดเผยชื่อมาแต่แรกนั้นมีข้อคัดค้านที่มีเหตุผลอันสมควร ดังนี้คู่สัญญาฝ่ายที่เปิดเผยชื่อมีสิทธิเรียกให้นายหน้ารับผิดชอบในสัญญาเช่นว่านั้น แต่ต้องบอกกล่าวแก่นายหน้าโดยทันที

นอกจากความรับผิดอันเนื่องจากการไม่เปิดเผยถึงชื่อคู่สัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบแล้ว นายหน้าทางการค้าต้องรับผิดในความเสียในกรณีที่ตนเองก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อันเนื่องมาจากความบกพร่องของตนเองด้วย[148] การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนของบุคคลที่กระทำการอย่างนายหน้าทางการค้านี้ ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันได้กำหนดโทษปรับไว้ในกรณีดังกล่าวด้วย กล่าวคือ

1. ในกรณีที่นายหน้าทางการค้ากระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในหน้าที่ในการเก็บรักษาซึ่งบันทึกประจำวันของนายหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เป็นผลสำเร็จแล้ว หรือเก็บรักษาบันทึกประจำวันนั้นไปในทางที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในมาตรา 100 วรรค 1

2. นายหน้าทางการค้าได้ทำลายซึ่งบันทึกประจำวันก่อนระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ทำการเก็บรักษานั้น

การกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น นายหน้าทางการค้าต้องรับผิดในค่าปรับตั้งแต่ 10,000 ดอยมาร์กขึ้นไป[149]

If the designation is not forthcoming or there are well-founded objection against the named person or firm, the party is entitled to hold the commercial broker responsible for the carrying out of the transaction. This claim is excluded, if the party on demand of the commercial broker fails immediately to declare that he demands performance.

[148] The German commercial code section 98;

The commercial broker is liable to both parties for damage caused by his fault.

[149] The German commercial code section 103;

An infringement is committed by any person who, being a commercial broker

1. Willfully or negligently fails to keep a daily journal concerning transactions carried out, or maintains the journal in such a way that section 100 (1) is contravened, or

2. Destroys such a journal before the expiration of the statutory period of retention. The infringement shall be liable to a fine of up to ten thousand deutsche marks.

4.2.4.3 ค่าบำเหน็จของนายหน้าทางการค้า

สิทธิในอันที่จะได้รับชำระค่าบำเหน็จของนายหน้าทางการค้านั้น นายหน้าทางการค้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จแม้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจกำหนดเงื่อนไขในสัญญาได้ คือสัญญานั้นอาจไม่เป็นผลเนื่องจากคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันในเงื่อนไขของสัญญาได้ ส่วนคู่สัญญาที่มีหน้าที่ในการชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้านั้น ได้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และต้องชำระในส่วนที่เท่ากัน[150]

4.2.5 ความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน

เมื่อได้พิจารณาถึงบทบัญญัติของนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันแล้วนั้น เห็นได้ว่าสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นมีความแตกต่างในสาระสำคัญดังต่อไปนี้

4.2.5.1 ประเภทของสัญญาที่นายหน้าได้เข้าทำการชี้ช่อง

ประเภทของสัญญาที่นายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นสามารถเข้าชี้ช่องในสัญญาได้นั้น กฎหมายมิได้บัญญัติซึ่งประเภทของสัญญาที่นายหน้าสามารถเข้าชี้ช่องไว้เพียงแต่กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ว่านายหน้ามีหน้าที่ในการชี้ช่องให้แก่คู่สัญญาเพื่อให้คู่สัญญาได้เข้าทำการเจรจา หรือจัดทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นนายหน้าสามารถเข้าชี้ช่องได้ในสัญญาทุกประเภท (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 652)

ประเภทของสัญญาที่นายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันสามารถเข้าชี้ช่องได้ กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะสำหรับสัญญาบางประเภท ดังต่อไปนี้ สัญญาอันเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสินค้า หรือการจัดการซึ่งสินค้า หรือหลักทรัพย์ หรือ ประกันภัย หรือการขนส่งสินค้า หรือการจัดหาสัญญาที่เจ้าของเรือได้ยืมเงินเพื่อออกเรือได้โดยการนำเรือมาเป็นหลักประกัน หรือการจัดหาใบอนุญาตของเรือ หรือการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับทางการค้า นอกเหนือจากสัญญาที่กฎหมายกำหนดแล้ว หากนายหน้าทางการค้าได้เข้าทำการชี้ช่องก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำการโดยนายหน้าทางการค้า (ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน มาตรา 93)

---

[150] The German commercial code section 99;

If the parties fail to stipulate who shall pay the broker's fee, each party shall pay half, if there is no local custom to the contrary.

4.2.5.2 ค่าบำเหน็จของนายหน้า

นายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นมีสิทธิได้รับบำเหน็จเป็นการตอบแทนเนื่องจากการที่ตนได้เข้าชี้ช่องในสัญญาแก่คู่สัญญาจนเป็นผล โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ในการชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า คือ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้ทำความตกลงแก่นายหน้าผู้นั้น หรือที่เรียกว่าตัวการ ดังนั้นการที่นายหน้าจะได้รับบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับว่าการชี้ช่องในสัญญาที่นายหน้าได้กระทำการนั้นเป็นผลหรือไม่ (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 93) และหากการกำหนดค่าบำเหน็จของนายหน้านั้นสูงเกินสมควรศาลสามารถกำหนดค่าบำเหน็จให้อยู่ในจำนวนที่เหมาะสมได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา655) ยกเว้นในกรณีที่เป็นสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินนายหน้าจะได้รับบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากผู้บริโภคด้วยต่อเมื่อ ก) การเข้าชี้ช่องของนายหน้าเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับการอนุมัติให้กู้ยืมเงิน และ ข) เงินกู้นั้นได้มีการจ่ายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว และ ค) ผู้บริโภคจะไม่ยกเลิกสัญญากู้ยืมเงินนี้ ดังนั้นการได้รับซึ่งค่าบำเหน็จของนายหน้ากู้ยืมเงินนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 655C)

สิทธิในอันที่จะได้รับชำระค่าบำเหน็จของนายหน้าทางการค้านั้น นายหน้าทางการค้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จแม้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจกำหนดเงื่อนไขในสัญญาได้เป็นผลสำเร็จ คือสัญญานั้นอาจจะไม่เป็นผลเนื่องจากคู่สัญญาไม่อาจตกลงในเงื่อนไขของสัญญาได้ ส่วนคู่สัญญาที่มีหน้าที่ในการชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้านั้น ได้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และต้องชำระในส่วนที่เท่ากัน (ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน มาตรา 99)

4.2.5.3 หน้าที่ของนายหน้า

หน้าที่ของนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น นายหน้ามีหน้าที่เพียงชี้ช่องให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อให้เข้ามาทำสัญญากันเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 652) นอกจากนี้นายหน้ามีหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำการเพื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นการฝ่าฝืนสัญญานายหน้าด้วย ทั้งนี้ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 654

ส่วนหน้าที่ของนายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันนั้น นอกจากหน้าที่ในการชี้ช่องเพื่อให้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันแล้ว นายหน้าทางการค้ายังมีหน้าที่อื่น ๆ ดังต่อไปนี้

1) หน้าที่ในการจัดทำข้อตกลงในสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน มาตรา 94

2) หน้าที่ในการบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจในบันทึกประจำวันของนายหน้า และมีหน้าที่ในการเก็บรักษาบันทึกนั้นไว้ด้วยความระมัดระวัง และไม่ทำลายบันทึกนั้นก่อนถึงเวลาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ และมีหน้าที่ในการส่งบันทึกประจำวันของนายหน้าให้แก่คู่สัญญาไม่ว่าในเวลาใด ๆ ที่คู่สัญญาร้องขอ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน มาตรา 100, มาตรา 101 และมาตรา 103

3) หน้าที่ในการเก็บรักษาตัวอย่างสินค้าที่ได้รับมอบจากคู่สัญญาไว้จนกว่าการดำเนินการทางธุรกิจนั้นเป็นผลสำเร็จ ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน มาตรา 96

4.2.5.4 ความรับผิดของนายหน้า

ความรับผิดของนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในกรณีที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนสัญญานายหน้า โดยนายหน้านั้นได้กระทำการเป็นนายหน้าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งทำให้ตัวการต้องเสียหายนั้น นายหน้านั้นย่อมไม่อาจเรียกร้องในค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่ายใด ๆ จากตัวการได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 654) แต่นายหน้าตามประมวล แพ่งนั้นไม่มีโทษปรับตามกฎหมายกรณีที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนสัญญานายหน้านั้น

ส่วนความรับผิดของนายหน้าทางการค้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันนั้นจะเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้คือ

1) กรณีที่นายหน้าทางการค้าไม่เปิดชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งทราบ นายหน้าทางการค้าต้องรับผิดในการที่ตนมิได้เปิดเผยชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยการที่ตนต้องเข้าผูกพันในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องนั้น (ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน มาตรา 95)

2) กรณีที่นายหน้าทางการค้าก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยความผิดพลาดของตนเอง (ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน มาตรา 98)

3) กรณีที่นายหน้าทางการค้าไม่ว่าจะได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อหน้าที่ในการเก็บรักษาบันทึกประจำวันของนายหน้า หรือเก็บรักษาบันทึกประจำวันนั้นไปในทางที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในมาตรา 100 วรรค 1 หรือนายหน้าทางการค้าได้ทำลายซึ่งบันทึกประจำวันก่อนระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ทำการเก็บรักษานั้นนายหน้าทางการค้าต้องรับผิดในค่าปรับตั้งแต่ 10,000 ดอยมาร์กขึ้นไป (ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน มาตรา 103)

4.3 ลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

4.3.1 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญานายหน้า

ประเทศญี่ปุ่นนั้นได้แบ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกเป็นสองฉบับแยกต่างหากจากกัน โดยแบ่งออกเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฉบับหนึ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์อีกฉบับหนึ่ง ในที่นี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงเฉพาะประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากเป็นประมวลกฎหมายที่เกี่ยวกับบทบัญญัติเรื่องนายหน้าที่ได้ทำการวิจัยอยู่ในวิจัยเล่มนี้

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นหลังจากที่ได้มีการบังคับใช้นั้น ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นจำต้องมีการปรับปรุงอยู่บ่อยครั้ง ทั้งนี้เนื่องมาจากระบบของเศรษฐกิจและสังคมของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป จึงทำให้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นนี้กลายเป็นรูปแบบของรัฐที่มีระบบเศรษฐกิจที่มีความก้าวหน้าภายในหนึ่งศตวรรษเท่านั้น การแก้ไขหลายครั้งนี้ย่อมเป็นการพิสูจน์ให้เห็นถึงความพยายามที่ยิ่งใหญ่ของประชาชนชาวญี่ปุ่นในการปรับตัวไปสู่โลกที่มีการพัฒนาในระบบเศรษฐกิจ การแก้ไขประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นครั้งสำคัญเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1911, ค.ศ. 1938 และ ค.ศ. 1952

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นฉบับต้นฉบับนั้นประกอบไปด้วย 5 เล่มด้วยกัน ซึ่งต่อมาบทบัญญัติในเล่มที่ 4 อันเกี่ยวกับตั๋วแลกเงินและเช็คนั้นได้ถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1933 โดยเป็นผลมาจากการเข้าร่วมลงนามในสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับตั๋วแลกเงินและเช็ค ในปี ค.ศ. 1931 และ ค.ศ. 1932 ณ กรุงเจนีวา ดังนั้นประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นจึงประกอบไปด้วย 4 เล่ม ดังต่อไปนี้

เล่มที่ 1 ซึ่งเป็นบททั่วไปของประมวลกฎหมายนี้ และมีความสัมพันธ์กับบทบัญญัติเรื่องนายหน้า (ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงต่อไปในภายหลัง) บททั่วไปนี้ได้ถูกร่างขึ้นใหม่และเสร็จสมบูรณ์ในปี ค.ศ. 1938 ซึ่งในเล่มที่ 1 นี้ได้รวมเอากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับพ่อค้าวาณิชย์ไว้ในบทที่ 2 การจดทะเบียนทางการค้าไว้ในบทที่ 3 ชื่อทางการค้าไว้ในบทที่ 4 สมุดบัญชีทางการค้าไว้ในบทที่ 5 ลูกจ้างทางการค้าไว้ในบทที่ 6 และตัวแทนทางการค้าไว้ในบทที่ 7

เล่มที่ 2 นั้นเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัท ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้ถูกแก้หลายครั้งและการแก้ไขครั้งล่าสุดนี้เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2006

เล่มที่ 3 เป็นบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญานายหน้าโดยตรงเนื่องจากได้มีการบัญญัติบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าไว้ในส่วนนี้ โดยบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางการค้า ในบทที่ 1 นี้ได้แบ่งการดำเนินการทางการค้าเป็น 3 ประเภท คือ การดำเนินการทางการค้าอย่างแท้จริง (มาตรา 501) การดำเนินการในอาชีพทางการค้า (มาตรา 502)

และ ภาคผนวกอันเกี่ยวกับการดำเนินการทางการค้า (มาตรา 503) การดำเนินการทางการค้าอย่างแท้จริงนั้นโดยปกติจะเป็นการดำเนินการทางการค้าในทางอาชีพหรือไม่ก็ได้ แต่การดำเนินการในอาชีพทางการค้าโดยปกติแล้วจะไม่เป็นการดำเนินทางการค้า เว้นแต่จะได้กระทำการโดยบุคคลที่กระทำการในทางอาชีพ ส่วนภาคผนวกจะเกี่ยวกับการกระทำกาตามกฎหมายของพ่อค้าในทางอาชีพ ในอีก 9 บทนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาขาย, บัญชีกระแสรายวัน, หุ้นส่วนที่ไม่เปิดเผยชื่อ, นายหน้า, ตัวแทนทางการค้า, ผู้รับเหมา, การขนส่ง, มัดจำ และประกันภัย (ซึ่งเกี่ยวกับการประกันภัยทางบกเท่านั้น)

เล่มที่ 4 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเล่มที่ 5 ก่อนที่จะได้มีการยกเลิกบทบัญญัติในเล่มที่ 4 โดยเล่มที่ 4 นี้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการค้าทางทะเล ซึ่งประกอบไปด้วย 7 บท ดังนี้ เรือและเจ้าของเรือ, ลูกเรือ, การขนส่ง, การสูญหาย, การกู้เรือ, การประกันภัย และสิทธิยึดหน่วงของเจ้าหนี้[151]

ในระบบกฎหมายญี่ปุ่น ถือว่ากฎหมายพาณิชย์เป็นกฎหมายพิเศษเมื่อเทียบกับกฎหมายแพ่งซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายทั่วไป และขณะเดียวกันกฎหมายพาณิชย์ก็ถูกมองว่าเป็นกฎหมายทั่วไปเมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติที่ตราออกมาเป็นการเฉพาะ โดยในเรื่องนี้ มาตรา 1 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้วางหลักไว้ว่า

“ในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการพาณิชย์นั้น ให้ใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์บังคับแก่คดี เมื่อไม่มีบทกฎหมายในประมวลกฎหมายพาณิชย์ที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการพาณิชย์ ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ก็ให้วินิจฉัยคดีโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่ง”

ดังนั้น ในกรณี คดีพิพาทเกี่ยวกับการพาณิชย์ ประมวลกฎหมายพาณิชย์จึงเป็นกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ประมวลกฎหมายพาณิชย์มิได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ ศาลต้องพิจารณาว่ามีจารีตประเพณีเกี่ยวกับการพาณิชย์ในเรื่องนั้นหรือไม่ หากมีก็ให้ศาลใช้จารีตประเพณีนั้นมาปรับใช้แก่คดี แต่หากไม่มีศาลต้องพิจารณากฎหมายทั่วไปคือกฎหมายแพ่งว่าบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นอย่างไร ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายแพ่งจะเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่คดี[152]

---

[151] Yosiyuki Noda (translated and edited by Anthony H.Angelo). (1978). **Introduction to Japanese law**. p.202-204.

[152] การพัฒนาระบบกฎหมายพาณิชย์. (2548). **เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง แนวทางในการปรับปรุงระบบกฎหมายพาณิชย์และกระบวนการวิธีพิจารณาและร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง วันที่ 30 กรกฎาคม 2548 โรงแรมกะตะธานี ภูเก็ต บีช รีสอร์ท จังหวัดภูเก็ต**.

4.3.2 บทบัญญัติทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานายหน้า

บทบัญญัติทั่วไปที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น เล่มที่ 1 บทที่ 7 นั้น เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนทางการค้า ซึ่งได้มีการบัญญัติถึงนายหน้าว่านายหน้าเป็นตัวแทนทางการค้าประเภทหนึ่ง ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

4.3.2.1 ความหมายของตัวแทนทางการค้า

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นนั้นได้บัญญัติว่านายหน้านั้นเป็นตัวแทนทางการค้า (Dairishō) ประเภทหนึ่ง ซึ่งตัวแทนทางการค้านี้ย่อมหมายรวมถึงทั้งตัวแทน และนายหน้าที่กระทำการเป็นปกติในทางธุรกิจ แต่มิได้มีความสัมพันธ์กับตัวการหรือผู้ว่าจ้างอย่างนายจ้างและลูกจ้าง แต่เป็นการรับดำเนินการทางธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อพ่อค้ารายใดรายหนึ่งเท่านั้น[153]

4.3.2.2 สิทธิและหน้าที่ของตัวแทนทางการค้า

เมื่อตัวแทนทางการค้านี้ได้เข้ากระทำการเป็นตัวแทน หรือนายหน้าเพื่อการดำเนินการทางการค้าในธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งตัวแทน หรือนายหน้ามีหน้าที่ในการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่ตัวการทราบโดยไม่ชักช้าด้วย[154] นอกจากนี้ตัวแทนทางการค้าจะต้องไม่กระทำการใดๆไม่ว่าในนามของตนเอง หรือในนามของบุคคลอื่นโดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากตัวการก่อนในการเข้าดำเนินการทางการค้าที่มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับประเภทธุรกิจของตัวการ หรือกระทำการเป็นกรรมการ หรือพนักงานที่มีอำนาจในการบริหารงาน หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่มีวัตถุประสงค์คล้ายคลึงกับธุรกิจของตัวการ ในกรณีที่ตัวแทนทางการค้าได้กระทำการอันเป็นการละเมิดบทบัญญัติดังกล่าว ให้นำบทบัญญัติในมาตา 41 วรรค และวรรค 3[155] มาบังคับใช้โดยอนุโลม[156]

---

[153] The Japanese commercial code section 46;

The meaning of commercial agent is a person who is not an employee, but who ordinarily acts as the agent or broker for a certain merchant for transactions belonging to the merchant's line of business.

[154] The Japanese commercial code section 47;

When a commercial agent has acted as an agent or broker for a transaction, he must send notice without delay to the principal.

[155] บทบัญญัติในประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น มาตรา 41 วรรค 1 และวรรค 2 เป็นบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดของผู้จัดการบริษัทในกรณีที่ผู้จัดการบริษัทได้ดำเนินการทางธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกับธุรกิจของเจ้าของธุรกิจที่ตนได้กระทำการเป็นผู้จัดการ (การค้าแข่ง) บทบัญญัติในส่วนนี้ได้บัญญัติว่าเจ้าของธุรกิจเช่นว่านั้นสามารถถือได้ว่าการดำเนินการของผู้จัดการดังกล่าวเป็นการดำเนินการทางธุรกิจในนามของบริษัทของ

ในกรณีที่ตัวแทนทางการค้านั้นได้รับมอบให้ทำการขายสินค้า หรือเป็นนายหน้าให้ทำการขายสินค้าดังกล่าว ตัวแทนทางการค้านั้น ย่อมมีสิทธิในการรับหนังสือบอกกล่าวอันเกี่ยวกับข้อบกพร่องในสินค้าที่ทำการขาย หรือความขาดตกบกพร่องในปริมาณของสินค้านั้น หรือกรณีใด ๆ ที่เกี่ยวกับการขายสินค้านั้น[157] นอกจากนี้ตัวแทนทางการค้ายังมีสิทธิในการยึดหน่วงซึ่งทรัพย์สินหรือหลักทรัพย์ใดๆของตัวการเพื่อการที่ตัวแทนทางการค้าจะได้ชำระเงินคืนในกรณีที่ตัวแทน หรือนายหน้าได้ชำระไปเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจนั้น แต่บทบัญญัติในส่วนนี้ไม่นำไปบังคับใช้ในกรณีที่มีบทบัญญัติบัญญัติไว้เป็นประการอื่น[158]

4.3.2.3 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาตัวแทนทางการค้า

สิทธิในการเลิกสัญญาของคู่สัญญานั้น อาจเกิดขึ้นในกรณีที่สัญญามิได้เป็นไปตามระยะเวลาที่คู่สัญญาได้กำหนดเอาไว้ในสัญญา ดังนี้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ทั้งนี้ต้องได้มีการบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 2 เดือน อย่างไรก็ตามคู่ สัญญา

ตนเอง แต่สิทธิของเจ้าของบริษัทเช่นว่านี้จะสิ้นสุดไปต่อเมื่อเจ้าของธุรกิจมิได้ดำเนินการเช่นว่านั้นภายใน 2 สัปดาห์นับแต่ตนได้ทราบเรื่องเช่นว่านั้น หรือเมื่อครบ 1 ปีนับแต่การดำเนินการทางธุรกิจนั้นได้ดำเนินการเป็นผลสำเร็จ.

[156] The Japanese commercial code section 48;

A commercial agent may not, without the approval of his principal, on his own account, or on behalf of a third party engage in transactions in the same line of business as his principal, or serve as a director, executive officer or unlimited liability member of a corporation which has a corporate objective the same line of business.

Where a commercial agent violates the terms of the previous paragraph, the provisions of Article 41, paragraphs 2 and 3 shall apply mutatis mutandis.

[157] The Japanese commercial code section 49;

A commercial agent who has been entrusted to sell goods or brokering of such, has the authority to receive notice concerning defects in the goods sold, volume deficiencies or other matters related to the execution of the sale.

[158] The Japanese commercial code section 51;

A commercial agent may retain things or securities held on behalf of the principal when the time has arrived for the repayment of claims arising out of agency or brokerage transactions until the time of repayment. Provided however, that this shall not apply where there has been separate provisions to the contrary.

อาจบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่มีเหตุผลที่สมควรอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงว่าสัญญานั้นจะได้มีการกำหนดเวลาไว้ในสัญญาหรือไม่[159]

บทบัญญัติทั่วไปตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงต้องนำไปพิจารณาในกรณีที่บทบัญญัติในเรื่องนายหน้ามิได้กล่าวถึงไว้เป็นการเฉพาะด้วย

4.3.3 บทบัญญัติเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานายหน้า

ในส่วนที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานายหน้านั้นได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ เล่มที่ 3 บทที่ 5 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.3.1 ความหมายของนายหน้า

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นได้ให้คำนิยามของนายหน้าไว้ดังนี้ คือ นายหน้า คือ บุคคลซึ่งกระทำการเป็นสื่อกลางในทางธุรกิจระหว่างคู่สัญญา[160]

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นนั้นได้ให้คำจำกัดความของนายหน้าไว้อย่างกว้างซึ่งสาระสำคัญของนายหน้า คือ เป็นเพียงสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น และนายหน้ามิได้กระทำการไปในนามของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการดำเนินการทางธุรกิจนั้น ดังนั้น ผลของการที่นายหน้ากระทำการเป็นเพียงสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย นายหน้าจึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ในการรับชำระหนี้แทนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ หรือกระทำการประการอื่นเพื่อชำระหนี้ในสัญญาที่นายหน้าได้เข้าเป็นสื่อกลางนั้น เว้นแต่ จะได้มีการแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น หรือมีจารีตประเพณีกำหนดไว้เป็นประการอื่น[161] ดังนั้นโดยหลักแล้วนายหน้าจะรับชำระหนี้แทนคู่สัญญาฝ่ายใด

---

[159] The Japanese commercial code section 51;

Where a contract has not provided for the time period of the contract, any party may cancel the contract with two months advance notice.

Regardless of whether a contract has provided for the time period of the contract, any party may cancel the contract at any time when there are unavoidable reasons.

[160] The Japanese commercial code section 543;

A broker is a person who makes it his business to act as intermediary in commercial transactions between other persons.

[161] The Commercial Code of Japan : Article 544;

A broker may not accept on behalf of the parties either payment or any other performance in connection with the transaction in which he has acted as intermediary, unless any different declaration of intention or any different custom exists.

ฝ่ายหนึ่ง หรือกระทำการประการอื่นเพื่อชำระหนี้ในสัญญาที่ตนเป็นสื่อไม่ได้ ทั้งนี้เนื่องจากว่านายหน้าไม่มีความผูกพันในสัญญาที่นายหน้าเข้าทำการเป็นสื่อเพื่อให้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันนั้น นายหน้ามีหน้าที่เป็นเพียงคนกลางที่ชักนำให้คู่สัญญาได้เข้ามาทำสัญญากัน โดยการแนะนำ หรือชี้ช่องให้คู่สัญญาได้มาพบปะ และเจรจาทางการค้าซึ่งกันและกัน ซึ่งในสัญญาที่คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันนั้น นายหน้าไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องหรือไม่มีนิติสัมพันธ์กับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือได้เข้าทำสัญญาในนามของตนเอง หรือในนามของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นนายหน้าจึงไม่อาจรับเงิน หรือรับชำระหนี้แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ แต่ในกรณีดังกล่าวนี้ได้มีข้อยกเว้นว่า หากมีการแสดงเจตนาเป็นประการอื่น หรือมีจารีตประเพณีเป็นอย่างอื่น นายหน้านั้นอาจรับชำระหนี้แทนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งอาจเป็นการตกลงระหว่างตัวการและนายหน้าผู้นั้นโดยอาจเป็นการมอบหมายเป็นการเฉพาะกรณี หรือในธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้านั้นนายหน้าเป็นผู้รับชำระหนี้แทนตัวการได้

4.3.3.2 หน้าที่ของนายหน้า

นอกจากการเข้ากระทำการเป็นสื่อกลางในการดำเนินการทางธุรกิจแล้ว ประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของนายหน้าไว้ดังนี้

1) ในกรณีที่นายหน้าได้รับตัวอย่างของสินค้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจที่ตนเป็นสื่อกลางนั้น นายหน้ามีหน้าที่ในการเก็บรักษาซึ่งตัวอย่างสินค้านั้นไว้จนกระทั่งการดำเนินการทางธุรกิจนั้นเป็นผลสำเร็จ[162]

2) เมื่อธุรกรรมระหว่างคู่สัญญามีผลบังคับใช้ นายหน้าจะต้องเตรียมเอกสารโดยไม่ชักช้าอันประกอบด้วย ชื่อเต็มที่ใช้ในการธุรกิจของแต่ละฝ่าย วันที่และเนื้อหาของธุรกรรมโดยสรุป และภายหลังจากที่ได้ลงนามในเอกสารที่กล่าวมาแล้ว นายหน้าจะต้องทำการส่งเอกสารข้างต้นให้แก่คู่สัญญาแต่ละฝ่าย

เว้นแต่ในกรณีที่คู่สัญญาทำการชำระหนี้ในสัญญานั้นทันที นายหน้าจะต้องส่งเอกสารตามวรรคแรกให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายภายหลังจากที่นายหน้าได้จัดให้แต่ละฝ่ายลงนามเอกสารนั้นแล้ว

หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม หรือไม่ลงนามในเอกสารตามที่ได้กล่าวมานั้นนายหน้ามีหน้าในการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่ชักช้า[163]

---

[162] The Commercial Code of Japan : Article 545;

If a broker has received a sample in connection with a transaction in which he has acted as intermediary, he shall keep it in his custody until the transaction has been completed.

[163] The Commercial Code of Japan : Article 546;

3) นายหน้าต้องจัดการบันทึกเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจ เช่น ชื่อเต็มที่ใช้ในการธุรกิจของแต่ละฝ่าย วันที่และเนื้อหาของธุรกรรมโดยสรุปไว้ในสมุดบัญชีทางการค้าของนายหน้า[164]

นอกจากนี้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้นายหน้าจัดส่งสำเนาของสมุดบัญชีทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางธุรกิจของตนที่นายหน้าได้กระทำการเป็นคนกลางในเวลาใด ๆ ก็ได้[165]

4.3.3.3 ความรับผิดของนายหน้า

ในกรณีที่นายหน้าและตัวการเป็นบุคคลที่รู้จัก คุ้นเคยกัน หรือมีความไว้เนื้อเชื่อใจกัน ตัวการอาจสั่งให้นายหน้านั้นไม่เปิดเผยชื่อ หรือชื่อทางการค้าของตนในเอกสารทางการค้าหรือไม่ระบุชื่อทางการค้าไว้ในสำเนาสมุดนายหน้าก็ได้[166] เนื่องจากตัวการอาจไม่ต้องการเปิดเผย

When a transaction has been effected between the parties, the broker shall, without delay, prepare documents containing the full name of trade name of each party, the date and a summary of such transaction, and after signing them, shall deliver one of such documents to each party.

Except in cases where performance is to be effected by the parties immediately, the broker shall, after having caused each party to sign one of the document mentioned in the preceding paragraph, deliver it to the other party.

If, in the cases mentioned in the preceding two paragraphs, one of the parties does not accept or sign the document, the broker shall dispatch notice thereof to the other party without delay.

[164] สมุดบัญชีทางการค้า คือ สมุดที่ได้มีการบันทึกถึงเรื่องรายละเอียดเกี่ยวกับบัญชีทางการค้า และทรัพย์สินต่าง ๆ ที่เกิดจากการดำเนินการทางธุรกิจ ซึ่งผู้ที่มีหน้าที่ในการบันทึกรายละเอียดต่าง ๆ ลงในสมุดบัญชีทางการค้านี้จะต้องทำการเก็บรักษาสมุดบัญชีทางการค้าและเอกสารที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจไว้เป็นระยะเวลา 10 ปี ซึ่งการเริ่มนับระยะเวลานั้นให้เริ่มนับแต่วันที่ได้มีการปิดบัญชีทางการค้านั้น (ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น มาตรา 32 และมาตรา 35)

สมุดบัญชีทางการค้านี้ ศาลอาจสั่งให้คู่ความส่งมอบสมุดบัญชีทางการค้า หรือส่งมอบส่วนใดส่วนหนึ่งของสมุดบัญชีทางการค้านั้นโดยคำร้องขอของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือโดยดุลยพินิจของศาลเองได้ (ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น มาตรา 36).

[165] The Commercial Code of Japan : Article 547;

The broker shall enter in his books the particulars mentioned in paragraph 1 of the preceding Article. Either party may at any time demand of the broker the delivery of a copy of the entries in his books in connection with the transaction in which he has acted as intermediary for him.

[166] The Commercial Code of Japan : Article 548

ชื่อของตนเองให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพราะเกรงว่าหากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบอาจจะไม่เข้าทำสัญญากับตน แต่ในกรณีนี้ทั้งตัวการและนายหน้าจะต้องมีความไว้เนื้อเชื่อใจกันอย่างมาก เนื่องจากโดยหลักแล้วในกรณีที่นายหน้าไม่เปิดเผยชื่อ หรือชื่อทางการค้าของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้คู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลที่สามทราบ นายหน้านั้นจะต้องรับผิดในการชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง[167] หากว่าคู่สัญญาฝ่ายที่นายหน้าไม่เปิดเผยชื่อได้กระทำการอันเป็นการผิดสัญญา หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่นายหน้าให้เข้าทำการเป็นคนกลางในสัญญานั้น เมื่อคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลที่สามไม่อาจทราบได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นใคร และมีถิ่นที่อยู่ที่ใด นายหน้าซึ่งเป็นบุคคลเพียงคนเดียวที่คู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลที่สามทราบ และสามารถเรียกให้ทำการชำระหนี้ได้ ส่วนนายหน้านั้นจะไปไล่เบี้ยจากตัวการอย่างไรก็ย่อมเป็นไปตามสัญญาระหว่างนายหน้ากับตัวการนั้น แต่ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ตัวการได้สั่งให้นายหน้าไม่ให้เปิดเผยชื่อตนเพราะอาจจะมีเหตุผลบางประการในการเข้าทำสัญญาระหว่างกัน ดังนี้นายหน้าจะต้องมีความไว้เนื้อเชื่อใจตัวการว่า ตัวการจะไม่กระทำการอันเป็นการผิดสัญญาแก่คู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลที่สาม หรือตัวการจะไม่หลบหนีเพื่อหลีกเลี่ยงการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นตามสัญญาที่ทำกับบุคคลที่สาม เพราะหากมีกรณีเช่นว่านั้นขึ้นนายหน้าแต่เพียงผู้เดียวจึงต้องรับผิดในการชำระหนี้แทนตัวการ ดังนั้นในการเข้าทำสัญญาเช่นว่านี้นายหน้าจึงเป็นบุคคลที่ต้องยอมเสี่ยงภัยในสัญญาที่ได้มีการจัดทำขึ้นระหว่างตัวการและบุคคลภายนอก โดยนายหน้าอาจจะคำนวณความเสี่ยงภัยที่ตนอาจจะได้รับไว้ในการเรียกค่าบำเหน็จจากตัวการ หรือจัดทำเป็นข้อสัญญาต่างหากเพื่อเรียกให้ตัวการรับผิดในหนี้ที่เกิดขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม หากนายหน้าได้เข้าทำการชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกแทนตัวการ นายหน้าก็มีสิทธิไล่เบี้ยเอากับตัวการตามสัญญานายหน้าได้อยู่แล้ว[168]

If either party has directed to broker not to disclose his full name or his trade name to the other party, the broker shall not enter such full name or trade name in the documents mentioned in Article 546 paragraph 1 or in the copy mentioned in paragraph 2 of the preceding Article.

[167] The Commercial Code of Japan : Article 549

If the broker has not disclosed the full name or trade name of one of the parties to the other, he shall himself be liable to the latter for performance.

[168] Kikuo Nishizawa. Foreign Researcher of Law and Technology Center Chulalongkorn University. Interview 7 October 2008.

4.3.3.4 ค่าบำเหน็จ

ในเรื่องค่าบำเหน็จนั้น นายหน้าไม่อาจเรียกค่าบำเหน็จจากได้จนกว่านายหน้าจะได้กระทำการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 546 เป็นที่เรียบร้อยแล้ว[169] กล่าวคือ นายหน้าจะมีสิทธิได้รับบำเหน็จต่อเมื่อคู่สัญญาได้เข้าทำกิจการการค้ากัน หรือได้มีการชำระหนี้ต่อกัน และนายหน้าได้ตระเตรียมเอกสารทางการค้าต่างๆจนเสร็จสิ้นสมบูรณ์ นายหน้าจึงมีสิทธิที่จะได้รับชำระค่าบำเหน็จนั้น

ส่วนค่าบำเหน็จนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องรับผิดในค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าฝ่ายละเท่า ๆ กัน[170] ทั้งนี้เนื่องมาจากว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างได้รับประโยชน์จากการที่นายหน้าได้เข้าเป็นสื่อกลางในการเข้าทำสัญญาด้วยกันทั้งสองฝ่าย หากจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ทำสัญญากับนายหน้าต้องรับผิดในการชำระค่าบำเหน็จแก่นายหน้าแต่เพียงผู้เดียวอาจเป็นการไม่ยุติธรรม เนื่องจากต่างฝ่ายต่างก็ได้รับประโยชน์จากนายหน้าด้วยกันทั้งสิ้น ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นจึงกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องรับผิดในการชำระค่าบำเหน็จแก่นายหน้าฝ่ายละเท่า ๆ กัน

4.4 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสัญญานายหน้าของต่างประเทศกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะและผลทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าของต่างประเทศทั้งประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่นแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามหลักกฎหมายของต่างประเทศนั้นมีข้อแตกต่างจากสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยหลายประการ ดังจะได้พิจารณา ดังต่อไปนี้

4.4.1 ประเภทของสัญญา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กำหนดให้สัญญานายหน้าเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งบัญญัติอยู่ในบรรพ 3 ลักษณะ 16 ตั้งแต่มาตรา 845 ถึงมาตรา 849 ต่างหากจากสัญญาตัวแทน และสัญญาตัวแทนค้าต่าง ซึ่งสัญญานายหน้านี้มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับ

---

[169] The Commercial Code of Japan : Article 550 paragraph 1

The broker may not demand remuneration until after he has complied with the formalities prescribed in Article 546.

[170] The Commercial Code of Japan : Article 550 paragraph 2

The broker's remuneration shall be borne by both parties in equal proportions.

สัญญาตัวแทนมากซึ่งในทางสากลนั้นถือว่านายหน้านั้นเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง แต่ของตามกฎหมายไทยนั้นได้แยกบทบัญญัติในเรื่องนายหน้าไว้เป็นเอกเทศสัญญาอีกส่วนหนึ่งต่างหากจากตัวแทน ดังนั้นในการพิจารณาในเรื่องสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดระหว่างนายหน้าและตัวการย่อมต้องพิจารณาเฉพาะในบทบัญญัติเรื่องนายหน้าเท่านั้น ดังนั้นในการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นจึงต้องนำเอาบทบัญญัติที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับสัญญานายหน้ามาปรับใช้เป็นสำคัญ และกรณีไม่อาจนำบทบัญญัติเรื่องสัญญาตัวแทน หรือสัญญาตัวแทนทางการค้ามาปรับใช้เป็นการเทียบเคียงได้ เนื่องจากบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้าได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

ส่วนสัญญานายหน้าตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น กฎหมายอังกฤษได้กำหนดให้สัญญานายหน้าเป็นสัญญาประเภทเดียวกับสัญญาตัวแทน กล่าวคือ นายหน้านั้นเป็นตัวแทนทางการค้า (Mercantile agent) ประเภทหนึ่งตามหลักกฎหมายอังกฤษ ดังนั้นหลักกฎหมายโดยส่วนใหญ่จึงต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายสัญญาตัวแทน แต่เนื่องจากสัญญานายหน้านั้นเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล ดังนั้นหากมีแนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับนายหน้าจึงต้องนำมาพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายด้วย นอกจากนั้นสัญญานายหน้านั้นเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับสัญญาทางการค้าการพาณิชย์ เพราะฉะนั้น หากมีจารีตประเพณีทางการค้าใดที่เกี่ยวข้อง หรือที่เป็นแนวปฏิบัติในทางการค้า หรือทางพาณิชย์นั้นก็ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งนายหน้าที่เกี่ยวข้องกับทางการค้า เช่น นายหน้าค้าหุ้น หรือ นายหน้าประกันภัย จะมีจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติที่เข้ามาเกี่ยวข้องจำนวนมาก ดังนั้นการพิจารณาถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดจึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์เช่นว่านี้มาพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายด้วยเช่นกัน

สัญญานายหน้าตามหลักกฎหมายญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นได้กำหนดให้สัญญานายหน้าเป็นสัญญาประเภทเดียวกับสัญญาตัวแทนทางการค้า (Dairishō) เช่นกัน ซึ่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของตัวแทนทางการค้าไว้เป็นการเพิ่มเติมจากบทบัญญัติในเรื่องของสัญญานายหน้าไว้ในบทบัญญัติที่เป็นบททั่วไป ดังนั้นในการปรับใช้กฎหมายจึงต้องพิจารณาบทบัญญัติในส่วนที่เป็นบททั่วไปประกอบด้วย

4.4.2 หน้าที่ของนายหน้า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้บัญญัติถึงหน้าที่ของนายหน้าไว้ในบทบัญญัติในส่วนของเอกเทศสัญญาว่าด้วย สัญญานายหน้าไว้เพียง 2 มาตราเท่านั้น คือ มาตรา 845 และมาตรา 849 กล่าวโดยสรุป คือนายหน้ามีหน้าที่ในการเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ และนายหน้าไม่มีหน้าที่ในการรับชำระเงินหรือรับชำระหนี้

อันจะพึงชำระตามสัญญา ดังนั้นหน้าที่อื่น ๆ อันนายหน้าจะพึงปฏิบัติต่อคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องหนี้

ในส่วนของหลักกฎหมายอังกฤษนั้นนอกจากนายหน้าจะมีหน้าที่ในการเข้าชี้ช่องจัดการในการหาคู่สัญญาที่มีความประสงค์ต้องตรงกันแล้ว นายหน้ายังมีหน้าที่ในการจัดให้มีซึ่งสัญญาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย และจัดทำบันทึกการซื้อขายระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การจัดทำสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่สัญญาในภายหลัง

ในส่วนของประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันได้บัญญัติถึงหน้าที่ของนายหน้าทางการค้านอกจากหน้าที่ในการเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกไว้หลายประการ ดังนี้

1) นายหน้าทางการค้ามีหน้าที่ในการจัดส่งข้อตกลงในสัญญาที่ได้มีการลงนามโดยนายหน้าทางการค้านั้นแล้วให้แก่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายภายหลังจากที่การดำเนินการทางธุรกิจได้สำเร็จลงแล้วโดยทันที

2) นายหน้าทางการค้ามีหน้าที่ในการบันทึกข้อตกลงในสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ได้เข้าทำสัญญาต่อกัน โดยในบันทึกนั้นจะต้องมีรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนดพร้อมทั้งต้องมีการลงชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย รวมทั้งตัวนายหน้าทางการค้าเองด้วย

3) นายหน้าทางการค้ามีหน้าที่ในการบันทึกถึงการดำเนินการในทางการค้า หรือทางธุรกิจที่นายหน้าได้ดำเนินการเช่นนั้นลงในบันทึกประจำวันของนายหน้าด้วย ซึ่งนายหน้าเองก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องเก็บรักษาบันทึกประจำวันนี้ไว้

ในกรณีที่คู่สัญญาร้องขอให้นายหน้าทำการส่งมอบซึ่งบันทึกประจำวันของนายหน้านี้ นายหน้าทางการค้ามีหน้าที่ในการจัดหาซึ่งบันทึกประจำวันของตนที่ถูกต้องให้แก่คู่สัญญาไม่ว่าในเวลาใด ๆ ที่คู่สัญญาได้มีการร้องขอ ซึ่งในบันทึกประจำวันนี้จะต้องได้มีการลงนามโดยนายหน้าทางการค้า และในบันทึกนี้จะต้องมีการบันทึกทุกประการอันเกี่ยวกับสิ่งที่นายหน้าได้ดำเนินการในการเจรจาในทางธุรกิจ

ความสำคัญของบันทึกประจำวันของนายหน้านี้ คือในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา หรือมีการดำเนินคดีระหว่างกันในศาล ศาลมีสิทธิในอันที่จะเรียกให้มีการแสดงซึ่งบันทึกประจำวันของนายหน้านี้ แม้ว่าจะไม่มีคู่ความฝ่ายใดร้องขอก็ตาม ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์สำคัญในการทำการเปรียบเทียบกับข้อตกลงในสัญญา และพยานหลักฐานอื่น ๆ

4) หากนายหน้าทางการค้าได้รับมอบไว้ซึ่งตัวอย่างของสินค้าอันเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจนั้น นายหน้าทางการค้ามีหน้าที่ในการเก็บรักษาตัวอย่างสินค้าสำหรับการค้าขายไว้ในความอารักขาอย่างปลอดภัย

สำหรับหน้าที่ของนายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นนั้น นอกจากนายหน้าจะมีหน้าที่ในการเข้ากระทำการเป็นสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว นายหน้ายังมีหน้าที่อื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้

1) เมื่อนายหน้าได้เข้ากระทำการเป็นนายหน้าเพื่อการดำเนินการทางการค้าในธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง นายหน้ามีหน้าที่ในการส่งหนังสือบอกกล่าวในการเข้ารับเป็นนายหน้าให้แก่ตัวการทราบโดยไม่ชักช้า

2) ในกรณีที่ได้รับมอบให้เป็นนายหน้าให้ทำการขายสินค้า นายหน้านั้นย่อมมีสิทธิในการรับหนังสือบอกกล่าวอันเกี่ยวกับข้อบกพร่องในสินค้าที่ทำการขาย หรือความขาดตกบกพร่องในปริมาณของสินค้านั้น หรือกรณีใด ๆ ที่เกี่ยวกับการขายสินค้านั้น

3) ในกรณีที่นายหน้าได้รับตัวอย่างของสินค้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจที่ตนเป็นสื่อกลางนั้น นายหน้ามีหน้าที่ในการเก็บรักษาซึ่งตัวอย่างสินค้านั้นไว้จนกระทั่งการดำเนินการทางธุรกิจนั้นเป็นผลสำเร็จ

4) เมื่อธุรกรรมระหว่างคู่สัญญามีผลบังคับใช้ นายหน้ามีหน้าที่ต้องเตรียมเอกสารโดยไม่ชักช้าและภายหลังจากที่ได้ลงนามในเอกสารที่กล่าวมาแล้ว นายหน้ามีหน้าที่ต้องทำการส่งเอกสารข้างต้นให้แก่คู่สัญญาแต่ละฝ่าย

5) นายหน้ามีหน้าที่ในการจัดการบันทึกเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจ

6) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ นายหน้ามีหน้าที่ในการจัดส่งสำเนาของสมุดบัญชีทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางธุรกิจของตนที่นายหน้าได้กระทำการเป็นคนกลางไม่ว่าในเวลาใด ๆ

4.4.3 ความรับผิดของนายหน้า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กำหนดถึงความรับผิดของนายหน้าไว้ในกรณีที่นายหน้าได้เข้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอก หรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้า อันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้ารายนั้นหามีสิทธิได้รับบำเหน็จหรือค่าใช้จ่ายเป็นการตอบแทน แต่นายหน้าไม่ต้อรับผิดไปถึงการชำระหนี้ตามสัญญาที่ได้ทำต่อกัน เนื่องจากการที่ตนได้เข้าเป็นสื่อ เว้นแต่ในกรณีที่นายหน้ามิได้บอกชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง

ความรับผิดของนายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันนั้น ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันได้กำหนดถึงความรับผิดของนายหน้าที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังนี้ ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันได้กำหนดให้นายหน้าต้องรับผิดในความ

เสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในกรณีที่ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นเนื่องมาจากความบกพร่องของนายหน้านั้นอง และหากนายหน้ากระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในหน้าที่การเก็บรักษาซึ่งบันทึกประจำวันของนายหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจ หรือได้ทำลายซึ่งบันทึกประจำวันก่อนระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ นายหน้าต้องโทษปรับตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย

4.4.4 สิทธิของนายหน้า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยบัญญัติถึงสิทธิของนายหน้าไว้เพียงว่านายหน้ามีสิทธิได้รับได้ค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนเมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการเป็นผลสำเร็จ

แต่ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นนั้น นอกจากจะกำหนดให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนแล้ว ในกรณีที่นายหน้าได้ชำระเงินไปเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจ นายหน้ามีสิทธิในการยึดหน่วงซึ่งทรัพย์สิน หรือหลักทรัพย์ใด ๆ ของตัวการเพื่อการที่นายหน้าจะได้ชำระเงินคืนด้วย

4.4.5 ค่าบำเหน็จของนายหน้า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กล่าวถึงสิทธิที่นายหน้าจะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน เมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ และค่าบำเหน็จที่นายหน้ามีสิทธิที่จะได้รับนั้นหากมีการตกลงไว้อย่างชัดแจ้งระหว่างตัวการและนายหน้าก็ย่อมเป็นไปตามที่ตกลงกัน แต่ในกรณที่ไม่มีการตกลงไว้อย่างชัดแจ้งให้ถือว่ามีการตกลงโดยปริยายและให้ถือว่าได้ตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียมอันเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจประเภทนั้น โดยการชำระค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนนี้ ตัวการเพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้มีหน้าที่และความรับผิดในการชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า เนื่องจากตัวการเป็นคู่สัญญากับนายหน้าตามสัญญานายหน้าที่ได้มีการตกลงกันเช่นนั้น

ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยในประการสำคัญ คือ ในเรื่องของการที่ให้ศาลเข้ามามีดุลยพินิจในการปรับลดค่าบำเหน็จลงได้ในกรณีที่ค่าบำเหน็จนั้นสูงเกินสมควร แต่คู่สัญญาซึ่งมีหน้าที่ในอันที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าบำเหน็จในจำนวนที่เหมาะสมได้ แต่หากได้มีการชำระค่าบำเหน็จแล้ว ศาลก็ไม่อาจใช้ดุลยพินิจเพื่อลดค่าบำเหน็จได้

ในส่วนของประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันได้กำหนดให้สิทธิแก่นายหน้าในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน แม้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะไม่อาจตกลงในเรื่องเงื่อนไขในสัญญาได้เป็นผลสำเร็จ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องมีหน้าที่และความรับผิดในอันที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าฝ่ายละเท่ากัน

และในส่วนของประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นได้กำหนดให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนต่อเมื่อคู่สัญญาได้เข้าทำกิจการการค้ากันหรือได้มีการชำระหนี้ต่อกัน และนายหน้าได้ตระเตรียมเอกสารทางการค้าต่าง ๆ จนเสร็จสิ้นสมบูรณ์ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่และความรับผิดในอันที่จะชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าฝ่ายละเท่ากัน เช่นเดียวกับนายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าของประเทศต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นโดยสาระสำคัญมีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าที่มีความแตกต่างกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในสาระสำคัญคือ บทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน และประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น อันเป็นหลักกฎหมายที่มีสาระสำคัญอันควรนำมาพิจารณาเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการบังคับใช้ และตีความกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพื่อให้แนวทางการบังคับใช้กฎหมายนายหน้าของไทยในปัจจุบันว่าในส่วนที่ยังเป็นปัญหา และสามารถนำแนวทางการบังคับใช้กฎหมายนายหน้าของต่างประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทยมาเป็นแนวทางในการเทียบเคียงเพื่อปรับใช้ และตีความกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

บทที่ 5
วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของสัญญานายหน้า

จากที่ได้พิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้า ทั้งตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ ดังเช่นตามหลักกฎหมายของประเทศในระบบคอมมอนลอร์ (Common law) คือ ประเทศอังกฤษ และหลักกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ซึ่งได้แก่ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ตลอดจนหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยมาโดยละเอียดในบทที่ 3 และบทที่ 4 ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น พบว่ายังมีปัญหาที่ต้องทำการศึกษาอยู่อีกหลายประเด็นด้วยกันเพื่อให้การศึกษากฎหมายของสัญญานายหน้ามีความสมบูรณ์ ดังนั้นในบทที่ 5 นี้ ผู้วิจัยจึงจะยกปัญหากฎหมายของสัญญานายหน้าที่สำคัญขึ้นมาเพื่อทำการศึกษาและวิเคราะห์ ผู้วิจัยจะได้ศึกษาและวิเคราะห์โดยการเทียบเคียงเพื่อเปรียบเทียบระหว่างผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อให้การศึกษาดังกล่าวนั้น มีความถูกต้องสมบูรณ์และสามารถนำไปใช้เป็นประโยชน์ในการบังคับใช้และตีความกฎหมายเรื่องสัญญานายหน้าต่อไป

5.1 ปัญหาเกี่ยวกับการเกิด ความสมบูรณ์ และผลบังคับของสัญญานายหน้า

5.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้า

การที่ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้านั้น ถ้าสัญญานายหน้าได้เกิดมีขึ้นย่อมเกิดหนี้ระหว่างตัวการและนายหน้า แต่ถ้าสัญญานายหน้ามิได้เกิดมีขึ้นย่อมไม่เกิดหนี้ผูกพันกัน เพราะฉะนั้นในเบื้องต้นจึงต้องวิเคราะห์เสียก่อนว่า สัญญานายหน้าเกิดขึ้นได้ในพฤติการณ์อย่างไรบ้าง

โดยหลักแล้วสัญญาจะเกิดต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ทำคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำคำสนองรับที่ต้องตรงตามคำเสนอทุกประการ และคำสนองนั้นเกิดขึ้นภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำเสนอ ก็ก่อให้เกิดสัญญาได้ ซึ่งกระบวนการก่อให้เกิดสัญญานี้อาจเกิดขึ้นในลักษณะของการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า และอีกฝ่ายสนองรับกลับมาทันที หรืออาจเกิดด้วยการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้าโดยผู้ทำคำเสนอ

เขียนจดหมายทำคำเสนอไปและผู้รับคำเสนอเขียนจดหมายสนองรับกลับมาก็ใช้ได้[171] เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว[172] ย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายทันทีที่ทำสัญญา ได้แก่ ผลทางหนี้ ก็คือ การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือโอนสิทธิเรียกร้อง หรือความผูกพันที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ต่อไป นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดผลทางทรัพย์ ก็คือ การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือโอนสิทธิในทางทรัพย์[173] ดังนี้จึงกล่าวได้ว่าสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้อย่างหนึ่งที่ทำให้คู่สัญญาเกิดสิทธิเรียกร้องและภาระหน้าที่ต่อกัน

สัญญานายหน้าแม้จะเป็นเอกเทศสัญญา แต่สัญญานายหน้าก็คือ “สัญญา” ที่จะต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องสัญญามาบังคับใช้ด้วย ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการเกิดของสัญญานายหน้าจึงต้องพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติทั่วไปในบรรพ 1 และบรรพ 2 ที่เกี่ยวกับการเกิดของสัญญาทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นประกอบด้วย และตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ข้อ 2.1 เรื่องวิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้า ว่าสัญญานายหน้านั้นมีวิวัฒนาการมาจากสัญญาตัวแทน ดังนั้นในการพิจารณาถึงการเกิดของสัญญานายหน้า ผู้วิจัยจะพิจารณาเทียบเคียงกับการเกิดของสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับสัญญานายหน้าไปพร้อมกัน ดังนี้

การเป็นตัวการตัวแทนกันได้จะต้องมีการเกิดขึ้นของความเป็นตัวแทนหรือสัญญาตัวแทนเสียก่อน ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 ที่บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดังนั้น

---

[171] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. (2551). **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**. หน้า 270.

[172] ถ้าสัญญานั้นเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญามีความบกพร่องในเรื่องความสามารถ วัตถุประสงค์ของสัญญาไม่อยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และหากว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นมีกฎหมายบังคับไว้ว่าต้องทำตามแบบ และคู่สัญญามิได้ทำสัญญาให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ อีกทั้งในขั้นตอนของการทำคำเสนอและคำสนองอันเป็นกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้น คู่สัญญามีความบกพร่องในกระบวนการในการแสดงเจตนา กล่าวคือ การแสดงเจตนานั้นเป็นการแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉล ถูกข่มขู่ หรือเกิดจากความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญา และ/หรือ คู่สัญญาได้ทำสัญญาโดยการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับเจตนาภายใน กล่าวคือ การแสดงเจตนานั้นเป็นการแสดงเจตนาอันเป็นการซ่อนเร้น หรือเป็นการแสดงเจตนาลวงโดยสมคบกับคู่กรณี หรือเป็นการทำนิติกรรมอำพราง หรือเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญา อันจะถือได้ว่าคู่สัญญามิได้เข้าทำสัญญาโดยใจสมัครและมุ่งโดยตรงที่จะผูกนิติสัมพันธ์ สัญญาที่เกิดขึ้นมานั้นก็ไม่สมบูรณ์และอาจถูกบอกล้างในภายหลังได้ .

[173] แหล่งเดิม. หน้า 297-298.

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้" และนอกจากมาตรา 797 แล้วยังมีมาตราอื่น ๆ ที่กล่าวถึงการเกิดขึ้นของการเป็นตัวแทนได้อีก กล่าวคือ มาตรา 802[174] มาตรา 821[175] และมาตรา 823[176]

จากบทบัญญัติของทั้ง 4 มาตราข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า การเป็นตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกิดได้ 5 ประเภทใหญ่ คือ[177]

1) ตัวแทนที่ถูกแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ กล่าวคือ ตัวการนั้นได้แสดงออกไม่ว่าด้วยวาจา หรือโดยลายลักษณ์อักษรก็ตาม มอบอำนาจให้แก่ตัวแทนไปกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแทนตน[178] และตัวแทนก็ตกลงที่จะเป็นตัวแทนและทำงานแทนให้ ซึ่งงานนั้นอาจเป็นสัญญาหรือนิติกรรม หรือกิจการอื่น ๆ ใดก็ได้

เมื่อเปรียบเทียบกับการเกิดของนายหน้าแล้ว นายหน้าที่ถูกแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการนั้นก็เกิดมีได้เช่นกัน โดยพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตา 845 วรรค 1 ที่กฎหมายบัญญัติว่า "บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น..." และมาตรา 846 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้ากิจการอันได้มอบหมายแก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่าย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จไซร้ ท่านให้ถือว่าตกลงกันโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จนายหน้า" ประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่

---

[174] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 802 บัญญัติว่า "ในเหตุฉุกเฉิน เพื่อจะป้องกันมิให้ตัวการต้องเสียหาย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าตัวแทนจะกระทำการใด ๆ เช่นอย่างวิญญูชนจะพึงกระทำก็ย่อมมีอำนาจกระทำได้ทั้งสิ้น."

[175] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 บัญญัติว่า "บุคคลผู้ใดเชิดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเชิดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน."

[176] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 บัญญัติว่า "ถ้าตัวแทนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยปราศจากอำนาจก็ดี หรือทำนอกทำเหนือขอบอำนาจก็ดี ท่านว่าย่อมไม่ผูกพันตัวการ เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบันแก่การนั้น

ถ้าตัวการไม่ให้สัตยาบัน ท่านว่าตัวแทนย่อมต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกโดยลำพังตนเอง เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าบุคคลภายนอกนั้นได้รู้อยู่แล้วว่าตนทำการโดยปราศจากอำนาจหรือทำนอกเหนือขอบอำนาจ."

[177] ไผทชิต เอกจริยกร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 58-72.

[178] คำพิพากษาฎีกาที่ 1321/2509 คำพิพากษาฎีกาที่ 1880/2514 คำพิพากษาฎีกาที่ 2323/2514 เป็นต้น.

ปรากฏ[179] นั้น การเกิดของนายหน้าในกรณีเช่นนี้เป็นกรณีที่ตัวการได้แสดงออกโดยชัดแจ้งไม่ว่าด้วยวาจา หรือโดยลายลักษณ์อักษรตกลงแต่งตั้งให้บุคคลคนหนึ่งทำการเป็นนายหน้า เพื่อให้นายหน้าจัดหาบุคคลที่มีความประสงค์ต้องตรงกับตัวการ เพื่อตัวการจะได้เข้าทำสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดกับบุคคลภายนอกนั้น ดังนั้น นายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งย่อมเกิดมีขึ้นได้เช่นเดียวกับกรณีตัวแทนที่ถูกแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ

2) ตัวแทนที่ถูกแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการ ตัวแทนประเภทนี้เป็นตัวแทนที่ไม่ได้รับการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ แต่ด้วยการแสดงออกของตัวการและตัวแทน เป็นที่เข้าใจได้ว่ามีการตกลงโดยยินยอมกันเช่นนั้น กล่าวคือ ตัวการตกลงให้ผู้นั้นเป็นตัวแทน ผู้นั้นก็ตกลงยินยอมทำการเป็นตัวแทนด้วย ซึ่งการกระทำหรืองดเว้นกระทำของตัวการหรือตัวแทนอาจถือได้ว่าเป็นการยินยอมโดยปริยาย ซึ่งคำว่า “โดยปริยาย” นี้ต้องอาศัยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไปว่าการกระทำหรือการแสดงออกอย่างนั้นพอจะถือได้ว่าตกลงยินยอมเป็นตัวแทนกันหรือไม่[180]

ส่วนนายหน้านั้น นายหน้าที่ถูกแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการก็เกิดมีขึ้นได้เช่นกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่นายหน้าไม่ได้รับการตกลงแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ มิได้มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาที่จะให้ทำการเป็นนายหน้า แต่ด้วยการแสดงออกของตัวการและนายหน้าพึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าทั้งตัวการและนายหน้าประสงค์จะผูกพันตามสัญญานายหน้านั้น แม้ว่าจะไม่มีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้เป็นนายหน้ากันจริง[181] ดังนั้น การแต่งตั้งนายหน้าโดยปริยายจากตัวการย่อมเกิดมีขึ้นได้เช่นเดียวกับกรณีตัวแทนที่ถูกแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการเช่นกัน

3) ตัวแทนเชิด บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติถึงเรื่องตัวแทนเชิด คือบทบัญญัติ มาตรา 821 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดเชิดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเชิดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน” ตัวแทนประเภทนี้เกิดขึ้นด้วยกิริยา อาการ พฤติการณ์ การกระทำหรือการประพฤติปฏิบัติต่อกันและกันระหว่างคู่กรณี โดยบุคคลหนึ่งอาจจะแสดงออกด้วยกิริยาหรือวาจาทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าตนได้มอบอำนาจให้บุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตน ในกรณีนี้กฎหมายได้

---

[179] คำพิพากษาฎีกาที่ 517/2494 คำพิพากษาฎีกาที่ 705/2505 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1821/2540 เป็นต้น.

[180] คำพิพากษาฎีกาที่ 407/2491 คำพิพากษาฎีกาที่ 1255/2505 คำพิพากษาฎีกาที่ 834/2512 และคำพิพากษาฎีกาที่ 122/2514 เป็นต้น.

[181] คำพิพากษาฎีกาที่ 1254/2519 และคำพิพากษาฎีกาที่ 4352/2545.

บัญญัติไว้เป็นพิเศษเรียกว่า ตัวแทนเชิด หรือ ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากตามหลัก “Doctrine of Estoppels” ตามหลักกฎหมายอังกฤษ

ตามหลักการของตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ เมื่อบุคคล (ตัวการ) กระทำการไม่ว่าด้วยการแสดงออกหรือด้วยวาจาต่อบุคคลอื่นว่าบุคคลใดเป็นตัวแทนของตน ตัวการจะถูกปิดปากต่อบุคคลที่สามในอันที่จะปฏิเสธว่าบุคคลนั้นเป็นหรือเคยเป็นตัวแทนของตน โดยตัวการจะผูกพันจากการกระทำของบุคคลที่ปรากฏแก่คนทั่วไปว่าเป็นตัวแทน แต่ว่าความสัมพันธ์อย่างสมบูรณ์ระหว่างตัวการและตัวแทนไม่ได้มีขึ้น สภาพทางกฎหมายระหว่างตัวการและตัวแทนจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่เริ่มจากข้อสมมติฐานว่า ไม่ได้มีความตกลงระหว่างตัวการและตัวแทน

ตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ หมายถึง ปิดปากเฉพาะผู้ที่เป็นตัวการมิให้เถียงว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นมิใช่ตัวแทนของตน ทั้งนี้เพราะการกระทำหรืองดเว้นการกระทำการของผู้ที่เป็นตัวการกับตัวแทน และเพื่อรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้ทำการติดต่อด้วยความสุจริตมิให้ต้องได้รับความเสียหาย แม้ว่าตามความจริงตัวการจะมิได้มอบอำนาจให้แก่ตัวแทนโดยตรง เช่น นาย ก เที่ยวบอกใคร ๆ ว่านาย ข เป็นตัวแทนรับซื้อของเก่าของตน หาก นาย ค หลงเชื่อนำของเก่ามาขายให้แก่ นาย ข นาย ก ก็ต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขายดังกล่าว แม้ว่าจริง ๆ แล้ว นาย ก จะมิได้แต่งตั้งให้นาย ข เป็นตัวแทนของตนก็ตาม หรือนาย ข เองเที่ยวบอกแก่ใคร ๆ ว่าตนเป็นตัวแทนรับซื้อของเก่าของนาย ก ทั้งๆที่นาย ก มิได้แต่งตั้งให้นาย ข เป็นตัวแทน และนาย ก ทราบความข้อนี้แล้วแต่ก็นิ่งเฉยมิได้ปฏิเสธแต่อย่างใด นาย ค หลงเชื่อนำของเก่ามาขายให้แก่ นาย ข นาย ก ก็ต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขายดังกล่าวเช่นกัน เพราะกรณีนี้กฎหมายปิดปากนาย ก มิให้ปฏิเสธว่าตนไม่ต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขายกับนาย ค ผู้กระทำการด้วยความสุจริต

การเป็นตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ เป็นการที่บุคคลภายนอกสามารถสันนิษฐานได้จากการกระทำของตัวการว่า ตัวแทนมีอำนาจที่จะกระทำการดังกล่าวได้ แม้ว่าโดยความเป็นจริงแล้ว ตัวแทนจะไม่มีอำนาจที่จะกระทำการแทนได้ก็ตาม นอกจากนี้ตัวแทนโดยปริยายต่างกับตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก หรือตัวแทนเชิด เพราะตัวแทนโดยปริยายเกิดจากความตกลงโดยปริยาย ซึ่งเป็นกรณีที่มีพฤติกรรมของตัวการและตัวแทนต่อกันที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมีเหตุผลที่จะเข้าใจจากพฤติกรรมนั้นว่า ยินยอมให้เกิดมีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นตัวการและตัวแทนกัน ส่วนตัวแทนเชิดนั้นตัวการไม่ปรารถนาที่จะผูกพันกับบุคคลภายนอก สำหรับการกระทำของตัวแทนเอง แต่กฎหมายปิดปากตัวการและบังคับให้ผูกพันเพื่อรักษาประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้สุจริต

สำหรับนายหน้าโดยการเชิด หรือโดยกฎหมายปิดปากนั้นจะเกิดขึ้นมีผลเป็นสัญญานายหน้าเช่นเดียวกับกรณีการเกิดตัวแทนโดยการเชิดได้หรือไม่นั้น พิจารณาจากกรณีที่บุคคลใดได้

ป่าวประกาศเป็นการทั่วไปว่าตนได้กระทำการเป็นนายหน้าของบุคคลอีกคนหนึ่ง (ตัวการ) โดยที่ตัวการมิได้แสดงออกโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายว่าจะให้บุคคลนั้นกระทำการเป็นนายหน้า ดังนี้ หากมีบุคคลภายนอกหลงเชื่อว่าบุคคลที่ป่าวประกาศเช่นว่านั้นเป็นนายหน้าของตัวการจริง และได้มาเข้าทำสัญญากับตัวการเป็นผลสำเร็จ ดังนี้จะถือว่าเกิดสัญญานายหน้าระหว่างตัวการและนายหน้าโดยการเชิดได้หรือไม่ เช่น นาย ก เที่ยวประกาศว่าเป็นนายหน้าของนาย ข และนาย ข มีความประสงค์จะขายที่ดินแปลงหนึ่ง นาย ค หลงเชื่อจึงได้มาเข้าทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับนาย ข เป็นผลสำเร็จ ดังนี้จะถือได้หรือไม่ว่านาย กเป็นนายหน้าของนาย ข

สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากนำบทบัญญัติเรื่องตัวแทนเชิดมาเทียบเคียงนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายเรื่องตัวแทนเชิดนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อให้ความคุ้มครองซึ่งผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตมิให้ต้องได้รับความเสียหายเป็นสำคัญ เพราะโดยหลักกฎหมายตัวแทนนั้น ตัวแทนเป็นบุคคลที่เข้าไปทำความตกลงกับบุคคลภายนอกในสัญญา หรือกิจการที่ได้รับมอบหมายจากตัวการ และตัวการต้องผูกพันในสัญญานี้แม้ว่าตนจะมิได้เข้าไปทำความตกลงด้วย แต่ในเรื่องตัวแทนเชิดนั้นเป็นกรณีที่ระหว่างตัวการและตัวแทนไม่ได้มีความตกลงกันมาก่อน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ตัวแทนไม่มีอำนาจที่จะกระทำการแทนตัวการได้ แต่เนื่องจากพฤติการณ์ทำให้บุคคลภายนอกสามารถที่จะสันนิษฐานได้จากการกระทำของตัวการว่า ตัวแทนมีอำนาจที่จะกระทำการเช่นนั้นได้ ดังนั้นตัวแทนเชิดจึงเป็นกรณีที่ระหว่างตัวการและตัวแทนไม่ได้มีความตกลงกันมาก่อน แต่กฎหมายปิดปากตัวการและบังคับให้ผูกพันเพื่อรักษาประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้สุจริต

ส่วนสัญญานายหน้านั้น โดยหลักกฎหมายเรื่องสัญญานายหน้านั้น ตัวการจะเป็นผู้มีอำนาจเข้าไปเจรจาต่อตกลงทำสัญญากับบุคคลภายนอกเองโดยตรง ตัวการมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจในการเข้าทำสัญญาได้เอง และตัวการก็ต้องผูกพันตามสัญญาที่ตนได้เข้าทำกับบุคคลภายนอกนี้ โดยที่นายหน้านั้นเป็นเพียงบุคคลที่เข้าไปทำการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จเท่านั้น นายหน้าจึงเป็นผู้ที่กระทำการเป็นเพียงสื่อกลางระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกเท่านั้น โดยที่นายหน้าหาจำต้องถูกผูกพันหรือถูกผูกมัดในสัญญาที่ตัวการได้เข้าทำกับบุคคลภายนอกนั้นไม่ ดังนั้น แม้ว่านายหน้าจะทำการโดยเชิดตนเองเป็นนายหน้าของตัวการโดยที่ตัวการทราบแล้วแต่ก็ยอมให้เขาเชิดตัวเขาเองออกเป็นนายหน้าของตนก็ดี โดยมิได้ทำการทักท้วงแต่ประการใด และหากบุคคลภายนอกพึงสันนิษฐานได้จากพฤติการณ์ที่นายหน้าได้กระทำการเช่นนั้น โดยที่นายหน้าไม่มีอำนาจที่จะกระทำการเช่นนั้นได้ก็ตาม และบุคคลภายนอกยินยอมตกลงเข้าทำสัญญากับตัวการเป็นผลสำเร็จ ดังนี้ทั้งบุคคลภายนอกผู้สุจริตหาได้เสียประโยชน์หรือได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการที่ตนมิได้ทราบข้อความจริงระหว่าง

ตัวการกับนายหน้าว่าไม่ได้มีความตกลงให้กระทำการเป็นนายหน้าเช่นนั้นไม่ นอกจากนี้โดยหลักกฎหมายเรื่องสัญญานายหน้านั้น สัญญานายหน้าจะเกิดมีขึ้นได้ต่อเมื่อมีการตกลงมอบหมายให้เป็นนายหน้ากันมาก่อน ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 705/2505 ที่ได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า "...นายหน้าที่จะได้รับบำเหน็จหรือค่านายหน้านั้น ในเบื้องต้นจะต้องมีสัญญาต่อกันโดยชัดแจ้งตามมาตรา 845 หรือมีสัญญาต่อกันโดยปริยายตาม มาตรา 846 ผู้ใดจะอ้างตนเป็นนายหน้าฝ่ายเดียวเรียกร้องเอาค่าบำเหน็จโดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญญาด้วยแต่อย่างหนึ่งอย่างใดเลยนั้น จึงหามีกฎหมายสนับสนุนให้เรียกร้องได้ไม่..." ดังนั้นการที่นายหน้าไปป่าวประกาศว่าตนจะได้กระทำการเป็นนายหน้าให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยที่บุคคลนั้นหาได้มีการมอบหมายไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้กระทำการเป็นนายหน้านั้น จึงเป็นการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวของนายหน้าโดยไม่มีผู้สนองรับการแสดงเจตนาอันจะเกิดขึ้นเป็นสัญญาได้ อีกทั้งยังหามีกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้าบัญญัติสนับสนุนให้นายหน้าสามารถกระทำเช่นนั้นได้ และเจตนารมณ์ของกฎหมายในส่วนนี้ก็แตกต่างกัน กล่าวคือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนเชิดนั้นก็มีขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกผู้กระทำการด้วยความสุจริตเป็นสำคัญ เพื่อมิให้บุคคลภายนอกผู้กระทำการด้วยความสุจริตต้องเสียหาย เพราะหากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการปิดปากให้ตัวการต้องรับผิด ตัวการอาจปฏิเสธได้ว่าตนมิได้มอบหมายให้ตัวแทนกระทำการเป็นตัวแทน และตนก็มิใช่คู่สัญญาในสัญญาที่ตัวแทนไปทำความตกลงกับบุคคลภายนอกนั้นในอันที่บุคคลภายนอกจะใช้สิทธิเรียกร้องหรือบังคับให้ตนต้องรับผิดตามสัญญานั้นได้ แต่ในส่วนของบทบัญญัติในเรื่องนายหน้านั้น การที่นายหน้าจะได้เชิดตนเองออกเป็นนายหน้า และตัวการก็ได้ทราบถึงพฤติการณ์ดังกล่าวแล้ว แต่ก็หาได้ทักท้วงประการใดไม่ จึงทำให้บุคคลภายนอกหลงเชื่อว่าบุคคลนั้นกระทำการเป็นนายหน้าของตัวการจริงและเข้าทำสัญญากับตัวการเป็นผลสำเร็จ ดังนี้บุคคลภายนอกหาได้รับความเสียหายจากการที่บุคคลภายนอกมิได้ทราบข้อความจริงว่าระหว่างตัวการและนายหน้าว่าไม่มีความตกลงระหว่างกัน เพราะสัญญาระหว่างตัวการทำกับบุคคลภายนอกได้เกิดมีขึ้นสมบูรณ์ และบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาแล้ว

ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่า นายหน้าโดยการเชิดจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ในเรื่องสัญญานายหน้าด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตามในประเด็นปัญหานี้ยังมีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า เมื่อบุคคลที่ได้กระทำการอันเป็นการชี้ช่อง (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า บุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่อง) ให้บุคคลอีกคนหนึ่ง (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ผู้ที่ได้รับประโยชน์) ได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จแล้ว แม้ว่าระหว่างบุคคลที่ได้รับประโยชน์ดังกล่าวกับบุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องนั้นจะไม่มีการตกลงให้กระทำการเป็นนายหน้ากันมาก่อน แต่เมื่อบุคคลที่ได้รับประโยชน์เป็นฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากการที่บุคคลอีกคนหนึ่งได้เข้าทำการชี้ช่อง บุคคลที่เข้าทำ

การชี้ช่องนั้นก็น่าจะเกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าตอบแทนอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการตอบแทนได้บ้าง ดังนี้เมื่อพิจารณาในเรื่องหนี้แล้วจะเห็นได้ว่า หนี้มีมูลหรือที่มาที่สำคัญ 4 ทางด้วยกัน คือ 1.สัญญา 2. ละเมิด 3. ลาภมิควรได้ 4. จัดการงานนอกสั่ง และ 5. หนี้ที่เกิดตามบทบัญญัติอื่นของกฎหมายบางเรื่อง[182] ในกรณีนี้แม้ว่าบุคคลที่เข้าทำการชี้ช่องจะไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องให้บุคคลที่ได้รับประโยชน์จ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ตนได้โดยสัญญา (สัญญานายหน้า) เพราะไม่มีการตกลงแต่งตั้งมอบหมายให้กระทำการเป็นนายหน้ากันมาก่อน แต่การที่บุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องได้กระทำการเช่นนั้นอาจถือได้หรือไม่ว่า บุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องได้กระทำการอันเป็นการจัดการงานนอกสั่ง[183] อันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ประการหนึ่ง หากถือว่าการที่บุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องได้ประกาศว่าตนกระทำการเป็นนายหน้าของบุคคลที่ได้รับประโยชน์โดยที่บุคคลที่ได้รับประโยชน์มิได้ว่าขานวานใช้ (แต่งตั้ง) ให้ทำนั้น เป็นกรณีที่บุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องได้กระทำการงานอันเป็นการจัดการงานนอกสั่ง และการจัดการงานนอกสั่งของบุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องนั้นเป็นการสมประโยชน์ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์ และต้องตามความประสงค์อันแท้จริงของบุคคลที่ได้รับประโยชน์ หรือความประสงค์ตามที่จะพึงสันนิษฐานได้ กล่าวคือ การที่นาย ค ประกาศว่าตนเป็นนายหน้าของนาย ก หากผู้ใดประสงค์จะซื้อที่ดินของนาย ก นาย ก ยินดีจะขายให้โดยที่นาย ก ก็มีความประสงค์จะขายที่ดินแปลงนั้นอยู่แล้ว นาย ข บุคคลภายนอกทราบและต้องการที่ดินแปลงนั้นอยู่พอดี จึงไปพบนาย ก และเข้าเจรจาซื้อขายที่ดินจนเป็นผลสำเร็จ ดังนี้การที่นาย ค ได้ประกาศว่าตนเป็นนายหน้าของนาย ก ก็อาจถือได้ว่าเป็นการที่นาย ค ได้เข้าทำการแทนนาย ก โดยที่ นาย ก มิได้ว่าขานวานใช้ให้ทำ หรือโดยมิได้มีสิทธิที่จะทำการงานนั้นแทนนาย ก และผลจากการที่นาย ค ได้กระทำการเช่นนั้นเป็นการสมประโยชน์ของนาย ก และต้องตามความประสงค์อันแท้จริงของนาย ก คือนาย ก สามารถขายที่ดินได้ตามที่ตนประสงค์จะขายอยู่ก่อนนั้นแล้ว เพียงแต่ตนยังมิได้บอกกล่าวแก่ผู้ใดหรือยังมิได้ตั้งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งทำการเป็นตัวแทน หรือนายหน้าในการขายที่ดินแปลงนั้น แต่นาย ค เผอิญไปทราบความประสงค์ของนาย ก จึงได้ไปกระทำการเป็นนายหน้าโดยที่นาย ก

---

[182] โสภณ รัตนากร. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้** (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 29.

[183] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 395 บัญญัติว่า “บุคคลใดเข้าทำกิจการแทนผู้อื่นโดยเขามิได้ว่าขานวานใช้ให้ทำก็ดี หรือโดยมิได้มีสิทธิที่จะทำการงานนั้นแทนผู้อื่นด้วยประการใดก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องจัดการงานไปในทางที่จะให้สมประสงค์ของตัวการ ตามความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ หรือตามที่จะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประสงค์ของตัวการ.”

มิได้ว่าขานวานใช้ให้ทำ ดังนี้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 401 วรรค 1[184] บัญญัติให้ ผู้จัดการนั้นมีสิทธิที่จะเรียกให้ตัวการชดใช้เงินอันผู้จัดการนั้นได้ออกไปคืนแก่ตนอย่างตัวแทนได้ ดังนั้น นาย ค ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ นาย ก ชดใช้เงินที่ นาย ค ได้ออกไปคืนแก่ นาย ค ได้ ซึ่งคำว่า “เงินอันผู้จัดการได้ออกไป…” ตามบทบัญญัติในมาตรา 401 วรรค 1 ที่นาย ค มีสิทธิเรียกคืนจากนาย ก นี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หมายเฉพาะค่าใช้จ่ายที่จำเป็นที่นาย ค ได้ใช้จ่ายไป เนื่องจากการที่ นาย ค ได้กระทำการให้ นาย ก ได้รับประโยชน์ คือขายที่ดินสำเร็จ และ นาย ก ก็ได้รับประโยชน์ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงของตน แต่ในกรณีนี้หาได้มีความหมายรวมความไปถึงค่าบำเหน็จด้วยไม่ เพราะการที่บุคคลหนึ่งจะใช้สิทธิเรียกร้องให้บุคคลอีกคนหนึ่งจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ตนได้ บุคคลทั้งสองคนนั้นต้องมีนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายในฐานะคู่สัญญาตามสัญญานายหน้ากันมาก่อน และกรณีนี้บทบัญญัติในมาตรา 401 ววรค 1 บัญญัติแต่เพียงว่า ผู้จัดการจะเรียกให้ชดใช้เงินอันตนได้ออกไปคืนแก่ตนเช่นอย่างตัวแทน และเมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในเรื่องตัวแทน มาตรา 815 และมาตรา 816 ที่บัญญัติให้สิทธิแก่ตัวแทนในอันที่จะเรียกให้ตัวการชดใช้เงินได้เฉพาะกรณีที่ตัวแทนออกเงินทดรองและกรณีตัวแทนออกเงินค่าใช้จ่ายแทนตัวการเท่านั้น นอกจากนี้โดยหลักกฎหมายตัวแทนแล้วตัวแทนไม่มีสิทธิจะได้รับบำเหน็จเป็นการตอบแทน เว้นแต่จะได้มีข้อตกลงกันไว้ในสัญญาว่ามีบำเหน็จ หรือทางการที่คู่สัญญาประพฤติปฏิบัติต่อกันนั้นเป็นปริยายว่ามีบำเหน็จ หรือเคยเป็นธรรมเนียมมีบำเหน็จ ทั้งนี้ตามมาตรา 803 ดังนั้นนาย ค จึงไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้อง ในอันที่จะเรียกให้ตัวการชำระค่าบำเหน็จให้แก่ตนได้

ดังนั้นแม้ว่าบุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องจะได้ทำการเป็นนายหน้าโดยที่ผู้ที่ได้รับประโยชน์มิได้ตั้งแต่งหรือแสดงออกให้เป็นนายหน้าก็ตาม แต่การที่ผู้ที่ได้รับประโยชน์ทราบถึงการที่บุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องได้กระทำการดังกล่าวนั้นโดยที่ตนมิได้ทักท้วงหรือปฏิเสธแต่ประการใด และกลับเข้ารับเอาประโยชน์จากการที่บุคคลนั้นได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการนั้น แม้ว่าผู้ที่ได้รับประโยชน์และบุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องรายนี้จะมิได้มีความผูกพันกันตามสัญญานายหน้าอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนก็ตาม แต่บุคคลที่ได้เข้าทำการชี้ช่องก็หาเสียสิทธิในอันที่จะเรียกให้ผู้ที่ได้รับประโยชน์ใช้ค่าใช้จ่ายหรือเงินทดรองที่ตนต้องเสียไปจากการที่ตนได้กระทำการเช่นนั้นไม่ ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายเรื่องจัดการงานนอกสั่งด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

---

[184] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 401 วรรค 1 บัญญัติว่า “ถ้าการที่เข้าจัดการงานนั้นเป็นการสมประโยชน์ของตัวการ และต้องตามความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ หรือความประสงค์ตามที่พึงจะสันนิษฐานได้นั้นไซร้ ท่านว่าผู้จัดการจะเรียกให้ชดใช้เงินอันตนได้ออกไปคืนแก่ตนเช่นอย่างตัวแทนก็ได้ และบทบัญญัติมาตรา 816 วรรค 2 นั้น ท่านก็ให้นำมาบังคับด้วย โดยอนุโลม...”

4) ตัวแทนโดยการให้สัตยาบัน ตัวแทนโดยการให้สัตยาบันเป็นกรณีที่บุคคลใดกระทำการใดโดยปราศจากอำนาจหรือตัวแทนได้กระทำการไปเกินขอบเขตอำนาจของตน แต่ได้กระทำไปในนามของตัวการหรือเพื่อตัวการ แล้วตัวการได้มาให้การรับรองหรือให้สัตยาบันแก่การกระทำดังกล่าว

ในกฎหมายไทย ตัวแทนอาจเกิดขึ้นโดยการให้สัตยาบันของตัวการได้เช่นกัน โดยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 ได้บัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยปราศจากอำนาจก็ดี หรือทำนอกทำเหนือขอบอำนาจก็ดี ท่านว่าย่อมไม่ผูกพันตัวการ เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบันแก่การนั้น

ถ้าตัวการไม่ให้สัตยาบัน ท่านว่าตัวแทนย่อมต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกโดยลำพังตนเอง เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าบุคคลภายนอกนั้นได้รู้อยู่แล้วว่าตนทำการโดยปราศจากอำนาจหรือทำนอกเหนือขอบอำนาจ”

ดังนั้น การที่ตัวแทนกระทำการโดยปราศจากอำนาจหรือกระทำการนอกเหนือขอบอำนาจของตน ก็ไม่ได้หมายความว่าตัวการจะไม่พึงพอใจเสมอไปในทุกกรณี ในบางกรณีตัวการอาจจะเห็นว่ากิจการที่ตัวแทนกระทำการไปโดยปราศจากอำนาจหรือโดยนอกเหนือขอบอำนาจของตนได้ก่อให้เกิดความได้เปรียบทางธุรกิจขึ้น ตัวการก็อาจจะเข้ารับเอากิจการดังกล่าวได้

ดังนั้น ตัวแทนโดยการให้สัตยาบันเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะคือ

(1) กรณีแต่เดิมได้มีการเป็นตัวการและตัวแทนกันอยู่แล้ว แต่ตัวแทนได้ทำนอกเหนืออำนาจที่ได้รับมา เมื่อตัวการทราบภายหลังและให้การรับรองนั้น การกระทำดังกล่าวก็ถือเสมือนว่าได้รับมอบอำนาจจากตัวการ เช่น นาย ก ตั้งนาย ข เป็นตัวแทนไปซื้อตั๋วดูภาพยนตร์ เรื่อง Titanic 1 ใบ แต่นาย ข เห็นว่าซื้อ 1 ใบ นาย ก จะเหงาเพราะต้องไปดูคนเดียว จึงซื้อตั๋วมา 2 ใบโดยหวังว่านาย ก อาจจะชวนนางสาว ค ไปดูด้วย ดังนี้นาย ก ก็สามารถให้สัตยาบันแก่การกระทำเกินขอบอำนาจได้

(2) กรณีแต่เดิมไม่มีการเป็นตัวการและตัวแทนกัน เมื่อบุคคลหนึ่งได้กระทำการแทนลงไปโดยปราศจากอำนาจ ต่อมาเจ้าของกิจการนั้นเข้ารับรองหรือถือเอาประโยชน์จากกิจการดังกล่าว ก็ถือเสมือนว่าตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้ทำกิจการดังกล่าว เช่น นาย ข ไปอ้างกับนาย ค ว่าเป็นตัวแทนของนาย ก ให้มาขายนาฬิกาโรเล็กซ์ 1 เรือน โดยที่ไม่ได้รับมอบหมายจากนาย ก เลย ต่อมานาย ก ทราบเข้าและกำลังต้องการเงินจึงได้ให้สัตยาบันแก่การซื้อขายดังกล่าว

ตัวแทนโดยการให้สัตยาบันจึงเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะตามที่ได้กล่าวข้างต้น

สำหรับการเกิดของสัญญานายหน้าโดยศึกษาเปรียบกับการเกิดของตัวแทนโดยการให้สัตยาบันนั้น ผู้วิจัยจะศึกษาโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับ การเกิดของตัวแทนโดยการให้สัตยาบันใน 2 กรณี ดังนี้

(1) กรณีได้มีการตกลงมอบหมายให้เป็นนายหน้ากันอยู่ก่อนแล้ว แต่นายหน้าได้ทำนอกเหนืออำนาจที่ได้รับมา เช่น นาย ก มีที่ดิน 2 แปลง โดยนาย ก ตั้งให้นาย ข ทำการเป็นนายหน้าเพื่อให้นาย ข หาบุคคลที่มีความประสงค์จะซื้อที่ดินแปลงที่ 1 ของนาย ก เท่านั้น แต่ขณะที่ นาย ข ได้ไปประกาศขายที่ดินของนาย ก นั้น นาย ข ได้บอกขายที่ดินแปลงที่ 2 ของ นาย ก ด้วย ปรากฏว่า นาย ค บุคคลภายนอกเกิดสนใจที่ดินทั้งสองแปลงของ นาย ก จึงขอให้นาย ข พาตนไปพบกับนาย ก เพื่อทำการเจรจาซื้อขายที่ดินทั้งสองแปลงดังกล่าว นาย ก เห็นว่านาย ค ให้ราคาที่ดินดีทั้งสองแปลงจึงตกลงขายให้แก่นาย ค ทั้งสองแปลง ดังนี้สำหรับที่ดินแปลงที่ 1 ที่นาย ก ตั้งให้นาย ข เป็นนายหน้านั้น เมื่อนาย ข สามารถขายที่ดินแปลงที่ 1 ได้เนื่องจากการที่ นาย ข เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้นาย ก ได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ นาย ข จึงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 1

แต่สำหรับที่ดินแปลงที่ 2 ประเด็นปัญหามีว่า การที่นาย ก ขายที่ดินแปลงที่ 2 สองให้แก่นาย ค ได้นั้นจะถือว่านาย ข เป็นนายหน้าในการชี้ช่องในที่ดินแปลงที่สองด้วยหรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่บุคคลหนึ่งจะเกิดภาระหน้าที่ หรือ หนี้ในอันที่จะทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องได้นั้นก็ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองคนนั้นมีนิติสัมพันธ์ไม่ว่าโดยนิติกรรม หรือโดยนิติเหตุผูกพันกันมาก่อน อันจะเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเกิดหนี้ในอันที่จะใช้สิทธิเรียกร้องต่อกันได้ ทำนองเดียวกันกับสัญญานายหน้า การที่ตัวการจะมีภาระหน้าที่ หรือหนี้ในอันที่นายหน้าจะใช้สิทธิเรียกร้องให้ตัวการจ่ายค่าบำเหน็จ (อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ในสัญญานายหน้า) ให้แก่ตนหากตนได้เข้าทำการชี้ช่องเป็นผลสำเร็จได้ก็ต่อเมื่อตัวการและนายหน้ารายนั้นมีความผูกพันทางสัญญาอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ประการหนึ่งเสียก่อน ดังนั้นหากบุคคลหนึ่งมิได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้า สัญญานายหน้าอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ก็หาได้เกิดมีขึ้นไม่ เมื่อไม่มีบ่อเกิดแห่งหนี้ก็ไม่มีหนี้ในอันจะทำให้บุคคลนั้นเกิดสิทธิเรียกร้องในค่าบำเหน็จอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ได้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้กระทำการโดยการเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้บุคคลอีกคนหนึ่งได้รับประโยชน์โดยการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จก็ตาม

ดังนั้นเมื่อพิจารณาประกอบกับอุทาหรณ์ที่ปรากฏข้างต้นจะเห็นได้ว่า การที่นาย ก ตั้งให้นาย ข กระทำการเป็นนายหน้ามีหน้าที่ในการบอกขายที่ดินแปลงที่ 1 ของนาย ก เท่านั้น การที่นาย ข เข้าชี้ช่องหรือจัดการโดยการบอกขายที่ดินแปลงที่ 2 สองด้วยนั้น เป็นกรณีที่

นาย ข กระทำการนอกเหนือหน้าที่ที่นาย ก ได้ตั้งให้นาย ข เป็นนายหน้า และเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายเรื่องสัญญานายหน้า โดยหลักแล้วนายหน้าถือเสมือนหนึ่งเป็นเพียงสื่อกลางระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกให้ได้เข้าทำสัญญากันเท่านั้น นายหน้าจึงไม่มีอำนาจเข้ากระทำการแทนตัวการอย่างเช่นกรณีตัวแทน (หากนายหน้าได้รับมอบอำนาจให้เข้ากระทำการแทนตัวการด้วย มีผู้ให้ความเห็นว่า[185] นายหน้าได้ปฏิบัติหน้าที่อีกฐานะหนึ่ง คือตัวแทน ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจึงต้องตามกฎหมายว่าด้วย “ตัวแทน”) ดังนั้นหากนายหน้ากระทำหน้าที่อันเป็นการนอกเหนือจากที่ตัวการได้มอบหมายให้แก่นายหน้า ผลทางกฎหมายจึงมีเพียงว่าตัวการมีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะเข้าเจรจาและตกลงทำสัญญากับบุคลภายนอกตามที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องนอกเหนือจากที่ได้รับมอบมาจากตัวการหรือไม่เท่านั้น และหากตัวการตกลงเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก กรณีนี้ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่ตัวการให้สัตยาบันในสิ่งที่นายหน้าทำกระทำการอันเป็นการนอกเหนือหน้าที่ที่ได้รับมอบมาอย่างกรณีสัญญาตัวแทน เพราะการทำการนอกเหนือหน้าที่ของนายหน้านั้นเป็นการกระทำการโดยนายหน้าไม่มีอำนาจกระทำการแทนตัวการมาก่อน เมื่อนายหน้าไม่มีอำนาจกระทำการแทนตัวการมาก่อนอย่างเช่นกรณีตัวแทน ตัวการก็ไม่อาจให้สัตยาบันในการกระทำของนายหน้านั้นได้

ดังนั้น ในกรณีที่นาย ข บอกขายที่ดินแปลงที่สองและแม้ว่านาย ก จะตกลงเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกจนเป็นผลสำเร็จ จึงมิใช่กรณีที่นาย ข นายหน้ากระทำการนอกขอบอำนาจที่ได้รับมอบมาอย่างกรณีตัวแทนในอันที่นาย ก จะให้สัตยาบันได้อย่างเช่นกรณีตัวแทนโดยการให้สัตยาบัน แต่เป็นกรณีที่นาย ข กระทำการโดยไม่มีอำนาจกระทำการเป็นนายหน้าในที่ดินแปลงที่สองนั้นเลย นาย ข จึงไม่มีความผูกพันเป็นตัวการและนายหน้าในที่ดินแปลงที่สองกับนาย ก ดังนั้นบ่อเกิดแห่งหนี้สำหรับที่ดินแปลงที่สองระหว่างนาย ก และนาย ข นั้นจึงหาได้มีไม่ นาย ก และนาย ข จึงไม่อยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้กันตามสัญญานายหน้าในอันที่ นาย ข จะใช้สิทธิเรียกร้องต่อนาย ก ให้นาย ก จ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ตนได้ และแม้ว่านาย ก จะได้ยอมรับเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกตามที่นาย ข ได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่านาย ก ได้ให้สัตยาบันในสิ่งที่นาย ข ทำโดยปราศจากอำนาจ ทั้งเนื่องจากนาย ข มิได้มีอำนาจในอันที่ นาย ก จะให้สัตยาบันได้อย่างเช่นกรณีตัวแทน

สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยมีความเห็นเป็นการเพิ่มเติมว่า หากตีความการเกิดสัญญานายหน้าโดยการเทียบเคียงกับการเกิดสัญญาตัวแทนโดยการให้สัตยาบันแล้ว จะเป็นการแปลความที่เป็นการขยายความหลักการเกิดของสัญญานายหน้าที่จะเป็นการเกินเลยไปจากหลัก

---

[185] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. (2548). **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ถึง มาตรา 14** (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 91.

กฎหมายเรื่องสัญญานายหน้าที่ว่า สัญญานายหน้าจะเกิดขึ้นได้โดยการแต่งตั้ง ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายเท่านั้น ดังปรากฏในบทบัญญัติใน มาตรา 845 วรรค 1 และมาตรา 846 วรรค1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[186] ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่705/2505[187] และคำพิพากษาฎีกาที่ 3611/2524[188] ที่วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า “นายหน้าที่จะได้รับบำเหน็จหรือค่า

---

[186] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 1 บัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น...” และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 846 วรรค 1 บัญญัติว่า “ถ้ากิจการอันได้มอบหมายแก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่าย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จไซร้ ท่านให้ถือว่าตกลงกันโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จนายหน้า ...”

[187] คำพิพากษาฎีกาที่ 705/2505 บุคคลที่จะต้องรับผิดให้ค่าบำเหน็จนายหน้าแก่ผู้ใดก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้กับผู้นั้นโดยชัดแจ้งประการหนึ่ง หรือถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งก็จะต้องรับผิดต่อเมื่อกิจการอันได้มอบหมายแก่ผู้นั้นเป็นที่คาดหมายได้ว่า ผู้นั้นย่อมทำให้ก็แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จเท่านั้น ถ้าไม่มีการตกลงกันหรือไม่มีการมอบหมายกิจการแก่กันก็ไม่จำต้องให้ค่าบำเหน็จนายหน้า กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ **นายหน้าที่จะได้รับบำเหน็จหรือค่านายหน้า นั้น ในเบื้องต้นจะต้องมีสัญญาต่อกันโดยชัดแจ้งตามมาตรา 845 หรือมีสัญญาต่อกันโดยปริยายตาม มาตรา 846 ผู้ใดจะอ้างตนเป็นนายหน้าฝ่ายเดียวเรียกร้องเอาค่าบำเหน็จโดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญญาด้วยแต่อย่างหนึ่งอย่างใดเลยนั้น จึงหามีกฎหมายสนับสนุนให้เรียกร้องได้ไม่** ฉะนั้น ไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเช่นโจทก์นี้จะหาประโยชน์จากการเป็นนายหน้าเป็นปกติธุระหรือไม่ก็ตาม หากต้องการประโยชน์คือบำเหน็จค่านายหน้าจากผู้ใดจะต้องมีสัญญากับผู้นั้นโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยจะกระทำไปฝ่ายเดียวโดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ตกลงรับรู้ด้วยอย่างใดแล้วมาอ้างว่าเป็นนายหน้าเรียกร้องเอาบำเหน็จย่อมไม่ได้อยู่เอง ในคดีนี้ ตามข้อเท็จจริงที่โจทก์ตั้งเป็นข้อหามาเป็นกรณีที่โจทก์กระทำไปแต่ฝ่ายเดียวโดยอีกฝ่ายหนึ่ง คือจำเลยมิได้ตกลงรับรู้ด้วยไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายอย่างใดการที่โจทก์อ้างว่าการซื้อขายที่ดินในประเทศไทยเท่าที่ปฏิบัติกันอยู่ทั่วๆไปเป็นที่คาดหมายได้โดยพฤติการณ์ว่าย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาบำเหน็จนายหน้า จึงถือว่าตกลงกันโดยปริยาย มาตรา 846 นั้นก็หาใช่ไม่ เพราะตกลงโดยปริยายตามมาตรานี้ หมายถึงกรณีที่มีการมอบหมายให้เป็นนายหน้าแล้วไม่ใช่กรณีที่ยังไม่มีการมอบหมายให้เป็นนายหน้า.

[188] คำพิพากษาฎีกาที่ 3611/2524 ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า ชั้นนี้มีประเด็นวินิจฉัยเพียงว่าจำเลยที่ 3 ที่ 4 และ ที่ 5 จะต้องรับผิดใช้ค่านายหน้าแก่โจทก์หรือไม่พิจารณาแล้ว โจทก์นำสืบว่าทำสัญญานายหน้ากับจำเลยที่ 1 ผู้เดียว เพราะจำเลยที่ 1 เป็นผู้จัดการมรดกมีอำนาจลงชื่อแทนทายาททั้งหมดเห็นว่าผู้จัดการมรดกของสมเด็จพระนางเจ้าอินทรศักดิ์ศจี มีด้วยกัน 7 คน หาใช่มีแต่จำเลยที่ 1 เพียงผู้เดียวไม่ และจากสัญญานายหน้าเอกสารหมาย จ.2 ซึ่งโจทก์อ้างว่าโจทก์ยึดถือไว้ กับสัญญานายหน้าเอกสารหมาย ล.1 ซึ่งอยู่ที่จำเลยที่ 1 มีข้อความเขียนไว้ต่อท้ายลายเซ็นของจำเลยที่ 1 ว่า "เมื่อได้รับความเห็นชอบจากผู้จัดการมรดกอีก 6 คนแล้ว" แสดงว่าขณะทำสัญญานายหน้าดังกล่าวจำเลยที่ 1 ยังไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้จัดการมรดกคนอื่น แต่ได้กระทำไปโดยพลการทั้งยังได้ความตามข้อนำสืบของจำเลยที่ 1 ว่าจำเลยที่ 1 ทำสัญญานายหน้ากับนายทวีแซ่ล้อ นายฟุ้ง ทองนวล นายสุทิน

นายหน้านั้น ในเบื้องต้นจะต้องมีสัญญาต่อกันโดยชัดแจ้งตามมาตรา 845 หรือมีสัญญาต่อกันโดยปริยายตาม มาตรา 846 ผู้ใดจะอ้างตนเป็นนายหน้าฝ่ายเดียวเรียกร้องเอาค่าบำเหน็จโดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญญาด้วยแต่อย่างหนึ่งอย่างใดเลยนั้น จึงหามีกฎหมายสนับสนุนให้เรียกร้องได้ไม่" ซึ่งหากตีความโดยถือว่าการที่บุคคลผู้ที่ได้รับประโยชน์ (นาย ก) ยอมรับเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกถือว่าเป็นการให้สัตยาบันในสิ่งที่บุคคลผู้ที่เข้าชี้ช่องหรือจัดการ (นาย ข) ได้กระทำไปนอกเหนืออำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจ อันทำให้เกิดเป็นสัญญานายหน้าได้ในอีกลักษณะหนึ่งนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าจะเป็นการตีความโดยเป็นการขยายความหลักกฎหมายนายหน้าออกไปว่า แม้ไม่มีการแต่งตั้งหรือมอบหมายให้เป็นนายหน้ากันมาก่อน สัญญานายหน้าก็เกิดได้โดยการให้สัตยาบันของตัวการ อันจะเป็นการขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายนายหน้าที่มีอยู่มาแต่เดิม และการตีความเช่นนี้จะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่นายหน้าเป็นการเกินเลยไป และอาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ตัวการได้

ดังนั้น ในประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยเห็นว่าสัญญานายหน้าจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยการให้สัตยาบันของตัวการตามเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น และผู้วิจัยเห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นอย่างยิ่งว่า การตีความการเกิดสัญญานายหน้านั้นต้องตีความโดยเคร่งครัดดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า นายหน้าที่มีสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนนั้น ในเบื้องต้นนั้นระหว่างตัวการและนายหน้าจะต้องมีสัญญากันมาก่อน ดังนั้น หากตีความการเกิดของสัญญานายหน้าที่เป็นการขยายความเกินเลยไปจากตัวบทกฎหมายที่มีอยู่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ตัวการได้ เพราะกฎหมายเรื่องนายหน้ามุ่งให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญา คือ ตัวการและนายหน้าเป็นสำคัญ การตีความจึงมุ่งพิจารณาเฉพาะคู่สัญญา คือตัวการและนายหน้าเท่านั้น จึงไม่อาจนำหลักกฎหมายเรื่องสัญญาตัวแทนมาเทียบเคียงในกรณีนี้ได้เพราะวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายเรื่องตัวแทนมุ่งให้ความคุ้มครองต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายตัวแทนมุ่งให้ความ

และนายสุจินต์ (ไม่ปรากฏนามสกุล) ปรากฏตามสัญญาที่จำเลยที่ 1 ยึดถือไว้ตามเอกสารหมาย ล.1พิเคราะห์แล้วเอกสารหมาย ล.1 ไม่มีชื่อโจทก์เป็นคู่สัญญา แต่ฉบับหมาย จ.2 ที่โจทก์อ้างมีชื่อนายหน้ามากกว่าเอกสารหมาย ล. 1 ถึง 2 คน คือ นายเจือ ม่วงชุ่ม และโจทก์โดยเขียนเพิ่มเติมลงไปในภายหลังสีของหมึกแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด ทั้งมีรอยขีดฆ่าชื่อนายทวี แซ่ล้อ กับนายสุทินออกมีหมายเหตุว่า ชื่อที่ฆ่าขอสละสิทธิถ้ามีเหตุอันใดเกิดขึ้นไม่ขอรับผิดชอบ ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อสัญญานายหน้าทำขึ้น 2 ฉบับ ฉบับที่โจทก์อ้างว่าตนยึดถือไว้มีการเพิ่มเติมและขีดฆ่าชื่อนายหน้าเป็นพิรุธ ส่วนฉบับที่อยู่กับจำเลยที่ 1 ไม่มีรอยขีดฆ่าตกเติมแต่อย่างใด ทั้งไม่มีชื่อโจทก์เป็นคู่สัญญาจึงฟังว่าจำเลยที่ 1 ไม่ได้ตกลงให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินรายนี้ **แม้จะได้ความตามที่โจทก์ฎีกาว่าโจทก์เป็นผู้ชี้ช่องจนได้มีการทำสัญญาซื้อขายที่ดินกัน แต่เมื่อจำเลยมิได้ตกลงให้โจทก์เป็นนายหน้าโจทก์ก็ฟ้องจำเลยให้จ่ายเงินค่านายหน้าหาได้ไม่จำเลยที่ 3 ที่ 4 และที่ 5 ไม่ต้องรับผิดใช้ค่านายหน้าแก่โจทก์**.

คุ้มครองแก่บุคคลภายนอกเป็นสำคัญจึงได้มีบทบัญญัติเรื่องตัวแทนโดยการให้สัตยาบันเป็นการรับรองสิทธิของบุคคลภายนอก

(2) กรณีไม่มีการตกลงมอบหมายให้เป็นนายหน้ากันอยู่ก่อน และบุคคลหนึ่งได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการไปโดยปราศจากอำนาจ ในกรณีนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าผลทางกฎหมายก็เป็นเช่นเดียวกับที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือบุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่องโดยที่บุคคลอีกคนหนึ่งไม่เคยมีการตกลงมอบหมายให้เป็นนายหน้ามาก่อนนั้น และบุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่องนั้นได้กระทำลงไปโดยปราศจากอำนาจ และบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นได้ยอมรับโดยเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกตามที่บุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่องนั้นได้ชี้ช่องหรือจัดการเป็นกรณีที่ไม่อาจเกิดมีขึ้นได้เลยในเรื่องสัญญานายหน้า ทั้งนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่705/2505 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3611/2524 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้เนื่องจากระหว่างบุคคลผู้ได้ประโยชน์จากการชี้ช่องและบุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่องหาได้มีนิติสัมพันธ์หรือความผูกพันใด ๆ กันมาก่อน และก็ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายส่วนใดที่จะสนับสนุนให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องเช่นว่านั้นได้ การที่บุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่องกระทำการดังกล่าวนั้นก็เป็นการเสี่ยงภัยเสียสิทธิของบุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่องรายนั้นเอง แม้ว่าภายหลังบุคคลผู้ได้ประโยชน์จากการชี้ช่องนั้นจะได้ยอมรับเอาประโยชน์จากการที่บุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่องได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้นก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลสองคนนั้นไม่ได้มีความผูกพันตามสัญญากันมาก่อน และหาได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายสนับสนุนให้เรียกร้องได้ จึงหาได้ก่อให้สิทธิ หน้าที่และความรับผิดใด ๆ ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าตัวการจะมิเคยได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้นายหน้ารายนั้นกระทำการเป็นนายหน้าก็ตาม แต่หากตัวการมีพฤติการณ์ยอมรับเข้าผูกพันในอันที่จะจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่บุคคลใดๆที่ได้ชี้ช่องหรือจัดการให้ตนได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2490[189] ที่ว่า แม้ผู้ขายที่ดินไม่ได้ตั้งผู้ใดเป็นนายหน้า แต่ได้ทำสัญญากับผู้ซื้อที่ดินว่า ผู้ขายยอมเสียค่านายหน้าโดยรู้ว่าการซื้อขายนี้มีนายหน้า(ของฝ่ายผู้ซื้อ)ทั้งรู้ตัวผู้เป็นนายหน้าด้วยแล้ว เมื่อนายหน้าแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ตามสัญญานั้นแล้ว ผู้ขาย

---

[189] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2490 ผู้ขาย (จำเลย) และผู้ซื้อตามที่ปรากฏในสำเนาสัญญาจะซื้อขาย ฟ้องว่าผู้ขายยอมเสียค่าธรรมเนียมและค่านายหน้าเอง ซึ่งถ้อยคำในสัญญาก็ไม่มีทางจะแปลไปได้ว่า จำเลยสัญญาเพียงจะให้ค่านายหน้าเฉพาะบุคคลที่จำเลยมอบหมายกิจการให้ทำ ความจริงแล้วก็ไม่มีความจำเป็นอะไรที่ต้องสัญญาเช่นนั้น เพราะจำเลยก็ต้องรับผิดอยู่แล้วตามกฎหมาย กล่าวคือ คำว่า ค่านายหน้าในที่นี้นั้นหมายความถึงค่าบำเหน็จแก่บุคคลใด ๆ ที่ได้ชี้ช่องให้ผู้ซื้อและผู้ขายได้เข้าทำสัญญากันนั่นเอง ซึ่งจำเลยก็ได้เข้าใจดีแล้วในขณะที่ทำสัญญานั้น อนึ่ง นายหน้าของผู้ซื้อจะเรียกค่านายหน้าของผู้ขายซึ่งไม่ใช่คู่สัญญากับตนได้ต่อเมื่อผู้ขายสัญญากับผู้ซื้อว่าจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าด้วย.

ที่ดินต้องรับผิดชำระค่านายหน้า กรณีเช่นว่านี้แม้ผู้ขายจะไม่ได้ตั้งให้ผู้ใดเป็นนายหน้า แต่ตามข้อสัญญาตามสัญญาซื้อขายที่ดินกับผู้ซื้อ ผู้ขายยอมตนเข้าผูกพันในอันที่จะชำระค่าบำเหน็จให้แก่บุคคลที่ผู้ขายรู้ตัวอยู่แล้วว่าทำการเป็นนายหน้าของฝ่ายผู้ซื้อ ดังนี้เมื่อสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายได้เกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จอันเนื่องมาจากการที่นายหน้าชี้ช่องหรือจัดการนั้น และนายหน้าทางฝ่ายผู้ซื้อได้แสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์จากข้อสัญญานั้นกับผู้ขายแล้ว ผู้ขายก็ต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าฝ่ายผู้ซื้อนั้น ในกรณีเช่นนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า[190] เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ซึ่งผู้วิจัยก็เห็นพ้องด้วยกับความเห็นดังกล่าว และมีความเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวมิใช่เป็นการแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดกระทำการเป็นนายหน้าของฝ่ายผู้ขาย เพราะนายหน้าที่ได้แสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์จากข้อสัญญาที่ฝ่ายผู้ขายได้ตกลงไว้กับฝ่ายผู้ซื้อนั้นเป็นนายหน้าของฝ่ายผู้ซื้อแต่เพียงฝ่ายเดียว และฝ่ายผู้ขายหาได้แต่งตั้งแสดงออกโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายให้นายหน้าฝ่ายผู้ซื้อกระทำการเป็นนายหน้าของฝ่ายผู้ขายด้วย และการนายหน้าฝ่ายผู้ซื้อมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จจากฝ่ายผู้ขายเป็นการตอบแทนก็เนื่องมาจากว่ามีข้อสัญญากำหนดไว้ และนายหน้าฝ่ายผู้ซื้อก็ได้แสดงเจตนาแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้นแล้ว อันเข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก[191] ซึ่งหากไม่มีข้อสัญญาดังกล่าว นายหน้าทางฝ่ายผู้ซื้อก็หาเกิดสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายผู้ขายซึ่งมิใช่คู่สัญญากับตนจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ตนได้ และในส่วนของเงินที่ฝ่ายผู้ขายต้องชำระให้แก่นายหน้าทางฝ่ายผู้ซื้อนั้น แท้จริงแล้วก็หาใช่ค่าบำเหน็จไม่ เพราะมิใช่เงินที่นายหน้าฝ่ายผู้ซื้อมีสิทธิได้รับอันเนื่องมาจากการที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการเป็นผลสำเร็จเนื่องจากการที่ตนกระทำการเป็นนายหน้า แต่การที่นายหน้ามีสิทธิเรียกร้องในเงินจำนวนดังกล่าว เนื่องจากนายหน้าได้แสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์จากข้อสัญญาที่ฝ่ายผู้ขายสัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนแก่บุคคลใด ๆ ที่ได้ชี้ช่องให้ผู้ซื้อและผู้ขายได้เข้าทำสัญญากันสำเร็จนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่านายหน้าโดยการให้สัตยาบันไม่อาจเกิดมีขึ้นได้เลยในเรื่องสัญญานายหน้า ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลผู้ได้ประโยชน์จากการชี้ช่องและบุคคลผู้ที่เข้าทำการชี้ช่องหาได้มีสัญญาผูกพันกันมาก่อนไม่ และไม่มีกฎหมายส่วนใดสนับสนุนให้กระทำได้ จึงหาก่อให้บุคคลผู้ที่เข้าทำการชี้ช่องเกิดสิทธิเรียกร้องอย่างใดๆแก่บุคคลผู้ได้ประโยชน์จากการที่

---

[190] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 50-51.

[191] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซร้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้

ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดมีขึ้นตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น.”

ตนได้เข้าทำการชี้ช่องนั้นไม่ แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้เข้าถือเอาประโยชน์จากการชี้ช่องของบุคคลผู้ที่เข้าทำการชี้ช่องนั้นก็ตาม

5) ตัวแทนโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉิน ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 802 บัญญัติว่า “ในเหตุฉุกเฉิน เพื่อจะป้องกันมิให้ตัวการต้องเสียหาย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าตัวแทนจะกระทำการใด ๆ เช่นอย่างวิญญูชนจะพึงกระทำก็ย่อมมีอำนาจกระทำได้ทั้งสิ้น” ตัวแทนโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉินนั้น เกิดเพราะความจำเป็นบังคับให้ตัวแทนทำการ ตัวการมิได้แสดงอะไรออกมาเลย ตัวแทนกระทำไปโดยพลการ โดยถือว่าตัวการประสงค์เช่นนั้น ตัวแทนโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉินจึงเป็นสัญญาที่กฎหมายบังคับให้ตัวการยินยอม

การเป็นตัวแทนในเหตุฉุกเฉินนี้ต้องเป็นกรณีที่ตัวแทนนั้นเป็นตัวแทนของตัวการอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นตัวแทนโดยการถูกแต่งตั้งโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย ต่อมามีเหตุฉุกเฉินที่ทำให้ตัวแทนต้องทำการใดๆลงไปเพื่อป้องกันมิให้ตัวการเสียหาย ทั้งนี้ เพื่อปกปักรักษาผลประโยชน์ของตัวการนั่นเอง ตัวแทนก็ได้ทำอย่างวิญญูชนจะพึงกระทำ แทนที่จะต้องรอคำสั่งของตัวการก็อาจจะไม่ทันหรือไม่มีโอกาสจะทำการติดต่อกับตัวการได้ทันท่วงที หรือไม่ทราบว่าตัวการอยู่ที่ใด แม้ในเรื่องนั้นจะเป็นเรื่องที่อยู่นอกขอบอำนาจของตัวแทนก็ตาม

ตัวอย่าง นาย ก แต่งตั้งให้นาย ข เป็นตัวแทนในตำแหน่งผู้จัดการร้านค้าของนาย ก โดยให้นาย ข มีอำนาจกู้ยืมเงินบุคคลภายนอกมาใช้ในร้านค้าได้ไม่เกิน 10,000 บาท แต่ต่อมาได้เกิดฝนตกหนักและน้ำท่วม นาย ข ไม่มีเงินและติดต่อนาย ก ไม่ได้ เนื่องจากนาย ก ไปปต่างประเทศ จึงต้องไปยืมเงินบุคคลอื่น 15,000 บาท เพราะเงิน 10,000. บาทนั้นไม่เพียงพอที่จะจ้างช่าง และซื้ออุปกรณ์มาทำทำนบกั้นน้ำมิให้น้ำไหลมาในร้านค้า เครื่องสูบน้ำและสะพานให้ลูกค้าเดดเดินเข้ามา และเพื่อมิให้ร้านค้าได้รับความเสียหาย

ในทางตรงกันข้าม ถ้าเป็นกรณีที่ตัวแทนสามารถติดต่อขออนุญาตจากตัวการ หรือให้ตัวการมอบหมายให้กระทำการในสิ่งที่จำเป็นอยู่นอกอำนาจของตัวแทนได้ แต่ตัวแทนไม่ทำการแจ้งหรือติดต่อให้ตัวการทราบ ก็น่าจะถือไม่ได้ว่าเป็นเรื่องจำเป็นฉุกเฉินตามมาตรา 802 นี้

ในประเด็นการเกิดของสัญญานายหน้าโดยเทียบเคียงกับการเกิดตัวแทนโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉินนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า นายหน้าโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉินไม่อาจมีขึ้นได้ในเรื่องสัญญานายหน้า เพราะวัตถุประสงค์การเกิดตัวแทนโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉินนั้น มีขึ้นเพื่อให้บุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการเป็นตัวแทนอยู่แล้วกระทำการใด ๆ อันเกิดเนื่องมาจากเหตุฉุกเฉินอันทำให้ตัวแทนไม่สามารถติดต่อขอคำสั่งจากตัวการได้ก่อน เหตุฉุกเฉินนั้นต้องเป็นเรื่องรีบด่วนจริง ๆ และต้องเป็นการฉุกเฉินที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สมบัติของตัวการ โดยมิใช่ความบกพร่องล่าช้าของตัวแทน และมิใช่เกิดจากการกระทำของตัวแทนที่จงใจให้เป็นเช่นนั้น โดยเจตนา

จะทำนอกเหนืออาจ[192] และตัวแทนต้องกระทำลงด้วยความซื่อสัตย์เพื่อปกปักรักษาผลประโยชน์ของตัวการ แม้ว่าการนั้นจะอยู่นอกขอบอำนาจการเป็นตัวแทนก็ตาม

ส่วนนายหน้านั้น นายหน้าเป็นเพียงบุคคลที่เป็นสื่อกลางที่ช่วยเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จเท่านั้น นายหน้าจึงไม่มีอำนาจหรือหน้าที่ในอันที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของตัวการได้เลย เพราะแม้แต่อำนาจในการรับชำระเงินหรือรับชำระหนี้อันจะพึงชำระตามสัญญาแทนผู้เป็นคู่สัญญา นายหน้ายังหามีสิทธิรับเงินหรือรับชำระหนี้แทนไม่ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 849 ดังนั้นโดยวัตถุประสงค์ของสัญญานายหน้านั้น นายหน้ากระทำการเป็นเพียงสื่อกลางระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกเท่านั้น นายหน้าหามีหน้าในอันที่จะต้องเข้าไปปกปักรักษาผลประโยชน์ของตัวการแต่อย่างใด เพราะหน้าที่ของนายหน้าตามสัญญานายหน้ามีเพียงเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ และไม่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตเท่านั้น ดังนั้นในกรณีที่เกิดมีเหตุฉุกเฉินขึ้นเกี่ยวกับทรัพย์สินของตัวการ นายหน้าก็หามีหน้าที่ในอันที่จะต้องเข้าปกปักรักษาผลประโยชน์แทนตัวการไม่ และกรณีนี้หาได้มีกฎหมายบัญญัติให้นายหน้าต้องกระทำการเช่นนั้นอย่างเช่นกรณีสัญญาตัวแทน

ตัวอย่างเช่น นาย ก ได้รับมอบหมายให้เป็นนายหน้าของนาย ข โดยนาย ข ได้บอกแก่ นาย ก ว่าตนประสงค์จะขายที่ดินแปลงหนึ่ง ให้นาย ก ช่วยหาบุคคลที่มีความประสงค์ที่ต้องการซื้อที่ดินแปลงนี้เพื่อให้มาเจรจาต่อรองกับตน เนื่องจากตนมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องใช้เงิน ปรากฏว่าในขณะที่นาย ข กำลังขวนขวายหาผู้ซื้อที่มีความประสงค์เช่นนั้น นาย ก มีความจำเป็นต้องเดินทางไปต่างประเทศ และขณะเดียวกันนาย ข ก็สามารถหา นาย ค บุคคลที่มีความประสงค์จะซื้อที่ดินของ นาย ก ได้ แต่นาย ข ไม่สามารถติดต่อนาย ก ได้ อีกทั้งตนก็ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจแทนนาย ก ว่านาย ก ประสงค์จะขายที่ดินตามที่ นาย ค เสนอซื้อมาหรือไม่ ดังนี้ แม้ว่าจะทำให้นาย ก ต้องเสียประโยชน์ เนื่องจากไม่สามารถขายที่ดินให้แก่นาย ค ได้ แต่นาย ข ก็หามีความจำเป็นในอันที่จะต้องกระทำการใด ๆ อันเป็นการปกปักรักษาผลประโยชน์ของนาย ก เพื่อมิให้นาย ก ต้องเสียหายเนื่องจากการที่นาย ก ไม่สามารถขายที่ดินแปลงนั้นได้ เพียงแต่ทำให้นาย ข หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจาก นาย ก เท่านั้น

ดังนั้น นายหน้าโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉินจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีหลักกฎหมายเรื่องนายหน้าเพราะนายหน้ากระทำการเป็นเพียงสื่อกลางระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกเท่านั้น หาได้มีหน้าที่ในอันที่จะต้องปกปักรักษาผลประโยชน์ของตัวการไม่

---

[192] กุศล บุญยืน. (2541). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า**. หน้า 55-56.

เมื่อพิจารณาการเกิดของสัญญานายหน้าโดยเทียบเคียงการเกิดของสัญญาตัวแทนแล้ว จะเห็นได้ว่า สัญญานายหน้าเกิดได้ใน 2 กรณี ดังนี้

(1) นายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ การแต่งตั้งหมายรวมทั้งแต่งตั้งด้วยวาจา และแต่งตั้งด้วยลายลักษณ์อักษร และ

(2) นายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการ เป็นกรณีที่ทั้งตัวการและนายหน้าแสดงออกโดยพฤติการณ์ว่าทั้งสองฝ่ายยินยอมเข้าผูกพันเป็นตัวการและนายหน้า และการแสดงออกของตัวการและนายหน้าพึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าทั้งตัวการและนายหน้าประสงค์จะผูกพันตามสัญญานายหน้านั้น

ส่วนนายหน้าโดยการเชิด และนายหน้าโดยการให้สัตยาบันของตัวการไม่อาจเกิดมีขึ้นได้เลยในเรื่องสัญญานายหน้า เพราะระหว่างตัวการและนายหน้าหาได้มีการแต่งตั้งมอบหมายให้เป็นนายหน้ากันมาก่อนจึงไม่ได้มีความผูกพันทางสัญญาต่อกัน และกรณีนี้ไม่มีกฎหมายส่วนใดเกี่ยวกับสัญญานายหน้าสนับสนุนให้นายหน้าสามารถกระทำการเช่นนั้นได้ นอกจากนี้นายหน้าในเหตุจำเป็นฉุกเฉินก็ไม่อาจมีได้เช่นกันดังเหตุผลตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

เมื่อได้พิเคราะห์และพิจารณาว่าสัญญานายหน้าเกิดขึ้นแล้ว ประเด็นปัญหาที่นำมาพิเคราะห์และพิจารณาต่อไป คือนายหน้ารายนั้นเป็นนายหน้าของผู้ใด

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 845 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น...” ดังนี้จะเห็นได้ว่า การที่บุคคลคนหนึ่ง อนุโลมเรียกว่าตัวการ ตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายหน้า เมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จนั้น การที่ตัวการตกลงมอบหมายให้บุคคลใดกระทำการเป็นนายหน้า นายหน้ารายนั้นย่อมมีฐานะเป็นคู่สัญญาในสัญญานายหน้าแต่เฉพาะกับตัวการรายนั้น ทั้งนี้ตามหลักสัญญาย่อมผูกพันเฉพาะคู่สัญญา (Privity of contract) และมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนเฉพาะจากตัวการรายดังกล่าวเมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จเท่านั้น ดังนั้นเมื่อตัวการตกลงแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดกระทำการเป็นนายหน้า บุคคลนั้นก็มีฐานะเป็นคู่สัญญาตามสัญญานายหน้าแต่เฉพาะกับตัวการที่ได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้ตนกระทำการเป็นนายหน้าเท่านั้น

ประเด็นปัญหาที่นำมาพิเคราะห์ และพิจารณาต่อไปคือ นายหน้าคนเดียวกันนี้จะกระทำการเป็นนายหน้าของทั้งตัวการและบุคคลภายนอกในขณะเดียวกันได้หรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหานี้ โดยหลักบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้า[193] ก็ไม่ได้ห้ามมิให้นายหน้าซึ่งกระทำการเป็นนายหน้าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแล้ว จะเข้ากระทำการเป็นนายหน้าของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ กล่าวคือถ้าบุคคลหนึ่งทำหน้าที่เป็นนายหน้าของคู่สัญญาสองฝ่าย หากได้กระทำหน้าที่ของนายหน้าโดยสุจริตและไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบแล้วก็ดี หรือนายหน้าได้ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยความชอบธรรมแล้วก็ดี ก็คงทำหน้าที่ได้โดยสมบูรณ์ และมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จนายหน้า[194] จากทั้งตัวการและบุคคลภายนอกนั้น ดังนั้นนายหน้าจึงสามารถทำการเป็นนายหน้าให้แก่ทั้งตัวการและบุคคลภายนอกได้ ตราบเท่าที่นายหน้ากระทำการด้วยความสุจริต และไม่เป็นการทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบหรือมีผลประโยชน์ขัดกันแล้วนายหน้าก็ย่อมทำได้[195] และนายหน้าก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน[196] จากทั้งตัวการและบุคคลภายนอกนั้น

5.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้า

เมื่อได้ศึกษาในประเด็นปัญหาที่ว่าสัญญานายหน้าเกิดขึ้นได้ในพฤติการณ์ใดบ้างมาแล้ว ประเด็นปัญหาที่ผู้วิจัยจะนำมาศึกษาต่อไปคือ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้า กล่าวคือ สัญญานายหน้านั้นจะมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญา โดยคู่สัญญาสามารถใช้สิทธิเรียกร้องระหว่างกัน รวมทั้งสามารถใช้สิทธิทางศาลในกรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิระหว่างคู่สัญญากันได้หรือไม่ ดังนี้

โดยหลักแล้ว นิติกรรมย่อมสมบูรณ์โดยมีการแสดงเจตนา เพราะกฎหมายถือว่าเจตนาเป็นปัจจัยหรือส่วนประกอบอันจำเป็นยิ่งของนิติกรรม[197] ดังนี้ เมื่อมีการแสดงเจตนาออกมาแล้ว นิติกรรมก็เกิดขึ้น กล่าวคือถ้าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเช่นผู้ทำนิติกรรมฝ่ายเดียวแสดงออกมาตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนา นิติกรรมนั้นก็เกิดขึ้น ถ้าเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายหรือสัญญา เมื่อคู่กรณีได้

---

[193] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 บัญญัติว่า “ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดีหรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซร้ ท่านว่านายหน้าหามีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่.”

[194] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 84-85.

[195] แหล่งเดิม.

[196] คำพิพากษาฎีกาที่ 144/2467.

[197] ยกเว้นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งในใจจริงผู้แสดงเจตนามิได้มีเจตนาให้ตนต้องผูกพันตามที่ได้แสดงออกมา ซึ่งเพื่อรักษาไว้ให้มีความมั่นคงแห่งสัมพันธภาพของสังคม มาตรา 154 บัญญัติให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์ นอกจากคู่กรณีอีกฝ่ายจะรู้ซึ่งเจตนาจริงนั้น.

แสดงเจตนาตกลงกันตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา สัญญาก็เกิด[198] ดังนั้นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นจะทำด้วยวาจา หรือทำเป็นหนังสือ นิติกรรมนั้นก็มีผลสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมายและตามหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา แต่อย่างไรก็ตาม หากมีบทบัญญัติของกฎหมายบังคับว่า การแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว นิติกรรมนั้นก็ต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ มิฉะนั้นจะทำให้การแสดงเจตนาทำนิติกรรมตกเป็นโมฆะดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 152 ที่ว่า “การใดมิได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นตกเป็นโมฆะ”[199]

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า สัญญานายหน้ามีวิวัฒนาการมาจากสัญญาตัวแทน ดังนั้นการพิจารณาในประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้า ผู้วิจัยจะศึกษาโดยเทียบเคียงกับความสมบูรณ์ของสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับสัญญานายหน้า ดังนี้

ในเรื่องตัวแทนนั้น ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า การเกิดขึ้นหรือการเป็นตัวแทนนั้นอาจจะเกิดได้ด้วยการตั้งแต่งแสดงออกชัด โดยปริยาย หรือโดยการให้สัตยาบันก็ได้ สัญญาตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยการตั้งแต่งแสดงชัด จะเกิดเมื่อมีคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันระหว่างตัวการและตัวแทนที่จะทำสัญญาตัวแทน เพื่อให้ตัวแทนไปมีอำนาจกระทำการแทนตัวการได้ ซึ่งการเกิดสัญญาตั้งตัวแทนนั้น นอกจากจะต้องมีคำเสนอและคำสนองระหว่างตัวการและตัวแทนต้องตรงกันแล้ว ประมวลแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 798 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ความสมบูรณ์ของสัญญาตัวแทนเป็นไว้ ดังนี้

“กิจการอันใดท่านบังคับไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้นก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย

กิจการอันใดท่านบังคับไว้ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย”

สำหรับสาเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้การตั้งตัวแทนต้องมีหลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้น ก็ด้วยเหตุผลที่สำคัญ ๆ ดังนี้

1) ให้สัญญาที่ตัวแทนทำกับบุคคลภายนอกมีความสมบูรณ์บังคับคู่สัญญาได้ คือ บังคับทั้งตัวการและบุคคลภายนอกได้

2) เพื่อคุ้มครองทั้งบุคคลภายนอกและตัวการ เพราะบุคคลภายนอกอาจจะไม่รู้ความเกี่ยวพันระหว่างตัวการกับตัวแทนว่าได้มอบหมายให้ทำแทนกันไว้อย่างใด บุคคลภายนอกจึงอาจ

---

[198] จิ๊ด เศรษฐบุตร. (2528). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 5). หน้า 32.

[199] อธิราช มณีภาค. (2543). **คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม** (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 56.

อ้างได้ว่าตนไม่ต้องรับผิดต่อตัวการ เพราะตนไม่รู้ว่าบุคคลที่ตนติดต่อด้วยนั้นเป็นตัวแทนของใคร เนื่องจากไม่ได้ทำหนังสือไว้ให้ตนได้รู้ได้เห็น ทำนองเดียวกัน ถ้าหากตัวแทนไปทำการใดโดยตัวการไม่รู้เรื่องด้วย ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสืออะไรไว้กับตัวการเลย แล้วทำกิจการใดแทนตัวการไปต่อบุคคลภายนอก ตัวการก็อาจอ้างได้ว่าตนไม่ต้องรับผิด เพราะตนไม่รู้เรื่องด้วย เนื่องจากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือไว้ให้ตนได้รู้[200]

อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าการตั้งตัวแทนจะต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือทุกกรณี แต่ต้องพิจารณาว่ากิจการที่ตัวการได้ตั้งตัวแทนไปกระทำการแทนนั้นเป็นกิจการใด และกิจการนั้นๆกฎหมายได้กำหนดถึงแบบ หรือหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาไว้หรือไม่ ถ้ากิจการนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดถึงแบบหรือหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาไว้แต่ประการใด การทำสัญญาหรือกิจการดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้แม้เพียงแต่มีการตกลงกันด้วยวาจาเท่านั้น ดังนี้การตั้งตัวแทนเพื่อกระทำการในกิจการนี้ก็ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่ประการใด แต่ถ้ากิจการนั้นกฎหมายได้กำหนดให้ต้องทำตามแบบหรือมีหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาไว้ ดังนี้การตั้งตัวแทนเพื่อกระทำการในกิจการนั้นก็ต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย

ในเรื่องหลักเกณฑ์การตั้งตัวแทนตามบทบัญญัติในมาตรา 798 มีผู้ให้ความเห็นว่า[201] มาตรา 798 นี้ไม่ใช่เรื่องแบบของสัญญาตัวแทน แต่เป็นเพียงหลักฐานในการตั้งตัวแทน ดังนั้น การตั้งตัวแทนที่ไม่มีหนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือก็ไม่ได้ทำให้สัญญาตัวแทนเสียเปล่าตกเป็นโมฆะไปแต่อย่างใด แต่ผลของการตั้งตัวแทนที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออยู่ตรงเรื่องความผูกพันระหว่างบุคคลภายนอกที่ตัวแทนไปทำการด้วยกับตัวการคือ นิติกรรมหรือสัญญานั้นจะไม่มีผลผูกพันกันในระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก[202] ส่วนสัญญาตัวแทนในระหว่างตัวการและตัวแทน เมื่อมีข้อตกลงกันเป็นตัวแทนแล้ว สัญญาตัวแทนก็เกิดขึ้น แม้ไม่มีหนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือก็ยังใช้บังคับกันได้ และแม้กิจการที่ตัวแทนกระทำกับบุคคลภายนอกจะไม่สมบูรณ์ก็ไม่ได้ทำให้สัญญาตัวแทนตกเป็นโมฆะ เพียงแต่ทำให้ในระหว่างตัวการกับตัวแทนด้วยกัน ตัวแทนจะอ้างมาตรา 798 มาใช้บังคับไม่ได้ เช่น ในกรณีที่ตัวการเรียกร้องเอาประโยชน์จากตัวแทนที่ได้รับไว้แทนตัวการจากบุคคลภายนอกนั้น ตัวแทนจะอ้างมาตรา 798 มาใช้บังคับไม่ได้[203] แต่ในระหว่าง

---

[200] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 89-91

[201] แหล่งเดิม. หน้า 100.

[202] คำพิพากษาฎีกาที่ 935/2508 คำพิพากษาฎีกาที่ 1091/2515 คำพิพากษาฎีกาที่ 2526/2520 เป็นต้น.

[203] คำพิพากษาฎีกาที่ 435/2507.

กันเองยังมีความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนกันอยู่ ดังนั้นย่อมต้องบังคับกันตามสิทธิหน้าที่ในสัญญาได้ เพราะมาตรา 798 ไม่ใช่แบบของสัญญาตัวแทน[204]

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 798 มิได้นำมาใช้กับการตั้งตัวแทนในทุกกรณี กล่าวคือ บทบัญญัติในมาตรา 798 ไม่นำมาใช้บังคับกับการตั้งตัวแทนในกรณีดังต่อไปนี้

1. การตั้งตัวแทนโดยปริยาย[205]
2. ตัวแทนเชิด[206]
3. ตัวแทนโดยการให้สัตยาบัน[207]
4. ตัวการไม่เปิดเผยชื่อแต่กลับได้แสดงตนให้ปรากฏและเข้ารับเอาสัญญาซึ่งตัวแทนได้ทำไว้แทนตน[208]

การที่มาตรา 798 นี้ไม่ใช้แก่การตั้งตัวแทนโดยปริยาย ตัวแทนเชิดหรือตัวแทนโดยการให้สัตยาบัน ดังนั้น แม้ไม่มีการตั้งตัวแทนโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนก็ใช้ได้ เพราะการตั้งตัวแทนประเภทเหล่านี้มักไม่มีการตกลงกันโดยชัดแจ้งจึงหาหลักฐานและหนังสือไม่ได้เองอยู่แล้ว หรือในกรณีที่เป็นตัวการที่ไม่เปิดเผยชื่อคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นบุคคลนอกไม่มีทางรู้ได้ว่าเป็นการทำการแทนใคร การแสดงเจตนาของบุคคลภายนอกประสงค์จะผูกพันตัวแทนโดยตรง จะไปเกี่ยงบุคคลภายนอกให้ต้องเอาหนังสือตั้งตัวแทนมาแสดงเป็นเรื่องเป็นไปไม่ได้ นอกจากนี้ มาตรา 798 ไม่ใช้บังคับในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนซึ่งยังสามารถบังคับกันได้ แม้การตั้งตัวแทนจะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือทำเป็นหนังสือก็ตาม[209]

ดังนี้ โดยหลักแล้วสัญญาตัวแทนย่อมเกิดมีขึ้นและสมบูรณ์ เมื่อมีคำเสนอและคำสนองระหว่างตัวการและตัวแทนต้องตรงกันอันทำให้เกิดสัญญาตั้งตัวแทนเพื่อให้ตัวแทนไปทำการที่ตัวการมอบหมาย แต่หากการนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนก็ต้องมีหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือเช่นกันตาม มาตรา 798 และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 798 แล้วจะเห็นได้ว่า มาตรา 798 มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกและตัวการ ในกรณีที่ตัวแทนไปทำการใดกับบุคคลภายนอกโดยที่

---

[204] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน** (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 39.

[205] คำพิพากษาฎีกาที่ 1486/2525.

[206] คำพิพากษาฎีกาที่ 1063/2491 คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2535 คำพิพากษาฎีกาที่ 2751/2541 เป็นต้น.

[207] คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2494 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1237/2535.

[208] คำพิพากษาฎีกาที่ 3179/2528 คำพิพากษาฎีกาที่ 225/2532 คำพิพากษาฎีกาที่ 531/2537 เป็นต้น.

[209] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 91-115.

ตัวการไม่รู้เรื่องด้วย แล้วเอาการนั้นมาผูกพันตัวการ ซึ่งตัวการสามารถอ้างต่อบุคคลภายนอกได้ว่าตนไม่ต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกเพราะตนไม่รู้เรื่องด้วย หรือในกรณีที่บุคคลภายนอกอาจไม่รู้ถึงความเกี่ยวพันระหว่างตัวการกับตัวแทนว่าได้มอบหมายกันไว้อย่างไร บุคคลภายนอกจึงอ้างได้ว่าตนไม่ต้องรับผิดต่อตัวการเพราะตนไม่รู้ว่าบุคคลที่ติดต่อเป็นตัวแทนของใคร ดังนั้นหากมีหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือทั้งบุคคลภายนอกและตัวการย่อมได้รับความคุ้มครอง โดยทั้งตัวการและบุคคลภายนอกไม่อาจอ้างได้ว่าตนไม่ทราบถึงการตั้งตัวแทนนั้น เพื่อให้ตนไม่ต้องผูกพันตามสัญญาที่ตัวแทนได้ทำไปนั้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้า สัญญานายหน้าเกิดขึ้นเมื่อมีคำเสนอและคำสนองระหว่างตัวการและนายหน้าที่จะทำสัญญานายหน้าเช่นเดียวกับสัญญาตั้งตัวแทน แต่บทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้าประการอื่น ดังเช่นปรากฏในบทบัญญัติใน มาตรา 798 อย่างเดียวกับสัญญาตัวแทน ทั้งนี้เนื่องมาจากว่า โดยหลักแล้วเมื่อตัวการแต่งตั้งให้นายหน้าไปทำการชี้ช่องหรือจัดการหาบุคคลภายนอกเพื่อให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก ตัวการจะเป็นผู้ที่เข้าไปเจรจาหรือทำความตกลงกับบุคคลภายนอกเอง อีกทั้งตัวการยังเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจว่าตนประสงค์จะเข้าผูกพันกับบุคคลภายนอกตามที่นายหน้าชี้ช่องหรือไม่ ขณะเดียวกันบุคคลภายนอกที่นายหน้าชี้ช่องหรือจัดการให้ได้พบกับตัวการนั้น บุคคลภายนอกก็เป็นผู้เข้าไปเจรจาหรือทำความตกลงกับตัวการรายนั้นเองโดยตรง โดยที่นายหน้ามิได้เข้าไปเกี่ยวข้องหรือเกี่ยวพันในนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกใด ๆ เลย ดังนั้น ในเรื่องนายหน้าจึงไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องมีการตั้งนายหน้าเป็นหนังสือ หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือไม่ว่าการที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้นกฎหมายจะได้บังคับให้ต้องมีหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่อย่างสัญญาตัวแทน และแม้ว่าสัญญาตั้งนายหน้าจะไม่มีหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกก็ย่อมฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ตามสัญญาที่ตัวการและบุคคลภายนอกได้ตกลงกัน ทั้งตัวการและบุคคลภายนอกก็หามีสิทธิฟ้องร้องให้นายหน้าต้องรับผิดตามสัญญานั้น เนื่องจากนายหน้ามิได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวจึงหาได้มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ อันจะทำให้ตัวการและบุคคลภายนอกใช้สิทธิเรียกร้องหรือฟ้องบังคับให้นายหน้าต้องรับผิดได้ เว้นแต่จะมีกรณีตามบทบัญญัติในมาตรา 848[210]

ส่วนสัญญานายหน้านั้น แม้ไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ย่อมสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ เพราะเมื่อมีการตกลงกันให้เป็นนายหน้าแล้ว สัญญานายหน้าก็เกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์แม้ว่าสัญญานายหน้าจะมิได้ทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่ง

---

[210] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 848 บัญญัติว่า “ตัวนายหน้าไม่ต้องรับผิดไปถึงการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งได้ทำต่อกันเพราะตนเป็นสื่อ เว้นแต่จะมิได้บอกชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง.”

อย่างใด[211] เพราะโดยหลักเรื่องสัญญานายหน้าดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ตัวการจะเป็นผู้เข้าทำสัญญาและเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอกเองโดยตรง นายหน้าจึงไม่อาจฟ้องหรือถูกฟ้องโดยตัวการหรือบุคคลภายนอกให้ต้องรับผิดในสัญญาที่ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกได้ ดังนั้น บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจึงหาจำต้องมีกฎหมายส่วนใดสนับสนุนให้บุคคลภายนอกอ้างสัญญานายหน้าเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกในอันที่จะฟ้องร้องบังคับให้ตัวการต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกอย่างเช่นกรณีสัญญาตัวแทนไม่ แม้ว่าระหว่างตัวการและนายหน้าจะมิได้มีการตั้งนายหน้าเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ ตัวการและนายหน้าก็ยังมีความสัมพันธ์กันอยู่เพราะสัญญานายหน้าได้เกิดมีขึ้น สมบูรณ์ และสามารถบังคับกันได้ตามสิทธิ หน้าที่ในสัญญา แม้ว่าสัญญานายหน้านั้นจะมิได้มีหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือ และหากสัญญาตั้งนายหน้าเป็นสัญญาที่เกิดจากวาจาแล้ว ถ้ามีปัญหาโต้เถียงว่ามีสัญญานายหน้าหรือไม่ ค่าบำเหน็จกำหนดเป็นจำนวนเท่าใดหรือได้มีการตกลงกันเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายหรือไม่พียงใด คู่กรณีก็อาจนำพยานบุคคลหรือพยานหลักฐานอื่นมาสืบแสดงให้ศาลเห็นจริงตามที่ตนอ้างได้[212] หาเป็นการต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94 ไม่

5.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของสัญญานายหน้า

เมื่อสัญญานายหน้าได้เกิดมีขึ้น สมบูรณ์แล้ว ประเด็นปัญหาที่ต้องนำมาศึกษาต่อไปคือผลบังคับของสัญญานายหน้า การที่ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของสัญญานายหน้านั้นเพราะผลบังคับของสัญญานายหน้าจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนเมื่อตนได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ

---

[211] สัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใช้กับสัญญานายหน้าทุกประเภท เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ แม้ทำด้วยวาจาก็ย่อมสมบูรณ์และบังคับกันได้ อันเป็นการแตกต่างกับหลักกฎหมายนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เฉพาะแต่กรณีของสัญญานายหน้ากู้ยืมเงินที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาตรา 655b ได้กำหนดให้สัญญานายหน้ากู้ยืมเงินต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (The loan brokerage contract must be in writing) และได้กำหนดผลบังคับในกรณีที่ไม่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ว่าให้สัญญานายหน้านั้นตกเป็นโมฆะ (A loan brokerage contract that does not satisfy the requirements of subsection (1) sentences 1 to 3 is void) แต่สำหรับประเทศไทยนั้น เห็นว่า ลำพังบทบาทของนายหน้ายังไม่ถึงขนาดกระทำการเป็นตัวแทน ผู้วิจัยจึงเห็นว่า สัญญานายหน้าจึงไม่จำต้องทำเป็นหนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะแม้ว่าสัญญานายหน้าจะไม่ได้ทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของทั้งตัวการ นายหน้า และบุคคลภายนอกแต่ประการใด.

[212] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 43.

แต่หากนายหน้าเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกไม่เป็นผลสำเร็จ นายหน้าก็หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่ ดังนั้น คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิในอันที่จะเรียกร้องค่าบำเหน็จจากตัวการเป็นการตอบแทน อันเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้วิจัยจะได้ศึกษาต่อไป

ในเบื้องต้นนี้ ผู้วิจัยจะได้พิจารณาในประเด็นปัญหาว่า เมื่อสัญญานายหน้าเกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว นายหน้ารายนั้นกระทำการเป็นนายหน้าของตัวการรายใด เนื่องจากกฎหมายมิได้ห้ามนายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าทั้งแก่ตัวการและบุคคลภายนอก และหากนายหน้ากระทำการตามหน้าที่ของตนเป็นผลสำเร็จก็หาได้มีกฎหมายส่วนใดห้ามมิให้นายหน้ารับค่าบำเหน็จจากทั้งตัวการและบุคคลภายนอก ตราบเท่าที่นายหน้ามิได้กระทำการอย่างใดๆอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการและบุคคลภายนอกอันถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตซึ่งบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าก็ได้บัญญัติบทลงโทษนายหน้าผู้กระทำการเช่นนั้นไว้แล้ว[213]

โดยหลักเรื่องสัญญาแล้วเมื่อคำเสนอของผู้เสนอต้องตรงกันกับคำสนองของผู้สนองอันทำให้สัญญาระหว่างคู่สัญญาได้เกิดมีขึ้นอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ประการหนึ่งแล้ว บุคคลทั้งสองคนจึงอยู่ในฐานะเป็นคู่สัญญาระหว่างกันอันจะทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องและภาระหน้าที่ต่อกัน และบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตามหลักสัญญาย่อมผูกพันคู่สัญญาเท่านั้น (Privity of contract) บุคคลอื่นใดนอกจากคู่สัญญาหาอาจใช้สิทธิเรียกร้องหรือมีภาระหน้าที่ในอันที่จะต้องปฏิบัติต่อคู่สัญญาในสัญญาที่เกิดมีขึ้นได้ไม่ เว้นแต่สัญญานั้นจะเข้าลักษณะสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกและบุคคลภายนอกได้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าตนจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้นแล้ว สิทธิของบุคคลภายนอกก็ย่อมเกิดมีขึ้นในอันที่จะใช้สิทธิเรียกร้องต่อคู่สัญญาเดิมแม้ถึงว่าตนจะมิเป็นคู่สัญญาในสัญญานั้นมาก่อน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับสัญญานายหน้าแล้วจะเห็นได้ว่า เมื่อตัวการได้แสดงเจตนาตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้กระทำการเป็นนายหน้า และบุคคลนั้นก็ได้ยอมรับและตกลงเข้ากระทำการดังกล่าว สัญญานายหน้าก็เกิดมีขึ้น สมบูรณ์บังคับกันได้ตามกฎหมาย แม้ว่าการตั้งนายหน้ารายนั้นตัวการจะตั้งด้วยวาจาก็ตาม เพราะบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าหาได้มีกฎหมายบัญญัติว่าสัญญานายหน้าจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ ดังนั้นแม้การตั้งนายหน้าจะทำด้วยวาจาหรือด้วยลายลักษณ์อักษร สัญญานายหน้าก็เกิดขึ้นและสมบูรณ์อันจะทำให้ตัวการ

---

[213] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 บัญญัติว่า “ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดีหรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซร้ ท่านว่านายหน้าหามีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่.”

และนายหน้าเกิดสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาต่อกัน และมีผลบังคับกันได้ระหว่างตัวการและนายหน้ารายนั้นเท่านั้นตามหลักสัญญาย่อมผูกพันเฉพาะคู่สัญญา แต่หากนายหน้ารายนั้นได้กระทำการเป็นนายหน้าของบุคคลภายนอกด้วย นอกจากนายหน้ารายนั้นจะมีความผูกตามสัญญากับตัวการแล้ว นายหน้ารายนั้นก็ยังมีความผูกพันตามสัญญากับบุคคลภายนอกด้วย โดยความผูกพันนี้มีลักษณะเป็นเอกเทศแยกออกจากกันตามสัญญาที่นายหน้าได้ไปทำความตกลงผูกพันนั้น ดังนั้น เมื่อตัวการได้แสดงเจตนาตั้งบุคคลใดให้กระทำการเป็นนายหน้าแล้ว ตัวการและนายหน้ารายนั้นย่อมมีความผูกพันตามสัญญานายหน้าต่อกันเฉพาะระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น บุคคลภายนอกหาอาจมีสิทธิเรียกร้องหรือฟ้องบังคับให้นายหน้าของตัวการเข้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่ตนโดยที่ตนมิได้แสดงเจตนาแต่งตั้งให้บุคคลนั้นกระทำการเป็นนายหน้าของตนด้วยได้ไม่ ในทำนองเดียวกันหากบุคคลภายนอกมิได้แสดงเจตนาตั้งแต่งให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าของบุคคลภายนอกด้วย แม้ว่านายหน้ารายนั้นจะได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการ(ของนายหน้ารายนั้น) กับบุคคลภายนอกได้เข้าทำสัญญากันเป็นผลสำเร็จ นายหน้าก็หาอ้างสิทธิต่อบุคคลภายนอกให้บุคคลภายนอกต้องรับผิดชำระค่าบำเหน็จให้แก่ตนได้ไม่ ทั้งเนื่องจากบุคคลภายนอกไม่ใช่คู่สัญญากับนายหน้าตามสัญญาแต่งตั้งนายหน้าอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิเรียกร้องต่อบุคคลภายนอกนั้นได้

อย่างไรก็ตาม ก็มิได้หมายความว่าแม้ว่านายหน้ารายนั้นจะมิได้เป็นคู่สัญญาตามสัญญานายหน้ากับบุคคลภายนอก นายหน้าจะไม่มีสิทธิเรียกร้องในค่าบำเหน็จจากบุคคลภายนอกในทุกกรณี กล่าวคือ แม้ว่าบุคคลภายนอกจะมิได้ตั้งบุคคลใดให้กระทำการเป็นนายหน้า และแม้ว่านายหน้ารายนั้นจะมิได้เป็นคู่สัญญาตามสัญญานายหน้ากับบุคคลภายนอก แต่หากบุคคลภายนอกได้ทำสัญญาโดยมีข้อสัญญาตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้ารายหนึ่งรายใดที่สามารถเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับตนเป็นผลสำเร็จ อันเข้าลักษณะสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 วรรค 1[214] ดังนี้แม้ว่านายหน้ารายนั้นจะมิได้เป็นได้เป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอกในสัญญานายหน้า แต่หากนายหน้ารายนั้นได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้บุคคลภายนอกได้เข้าทำสัญญากับตัวการเป็นผลสำเร็จ และนายหน้ารายนั้นได้แสดงเจตนาแก่บุคคลภายนอกว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น สิทธิของนายหน้าย่อมเกิดมีขึ้นในอันที่จะเรียกให้บุคคลภายนอกจ่ายค่าบำเหน็จตามที่บุคคลภายนอกได้แสดงเจตนาไว้ให้แก่นายหน้ารายนั้นได้ ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 448/2490[215] โดยมีข้อเท็จจริงโดยย่อความว่า แม้

---

[214] ประมวลกฎมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 วรรค 1 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซร้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้...”

[215] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2490 ผู้ขาย (จำเลย) และผู้ซื้อตามที่ปรากฏในสำเนาสัญญาจะซื้อขาย ฟ้องว่าผู้ขายยอมเสียค่าธรรมเนียมและค่านายหน้าเอง ซึ่งถ้อยคำในสัญญาก็ไม่มีทางจะแปลไปได้ว่า จำเลยสัญญาเพียง

ผู้ขายที่ดินไม่ได้ตั้งผู้ใดเป็นนายหน้า แต่ได้ทำสัญญากับผู้ซื้อที่ดินว่า ผู้ขายยอมเสียค่านายหน้าโดยรู้ว่าการซื้อขายนี้มีนายหน้า(ของฝ่ายผู้ซื้อ) ทั้งรู้ตัวผู้เป็นนายหน้าด้วยแล้ว เมื่อนายหน้าแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ตามสัญญานั้นแล้ว ผู้ขายที่ดินต้องรับผิดชำระค่านายหน้า ดังนี้จะเห็นได้ว่าผู้ขายที่ดิน (บุคคลภายนอก) มิได้ตั้งผู้ใดให้กระทำการเป็นนายหน้าของตน ซึ่งโดยหลักแล้วบุคคลภายนอกก็ไม่ต้องชำระค่าบำเหน็จค่านายหน้าให้แก่นายหน้าของฝ่ายผู้ซื้อ (ตัวการ) เพราะผู้ซื้อต้องรับผิดในค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าอยู่แล้วในฐานะที่ตนเป็นคู่สัญญาตามกฎหมาย แต่ผู้ขายกลับได้ทำสัญญากับผู้ซื้อโดยมีข้อสัญญาว่า “ผู้ขายยอมเสียค่าธรรมเนียมและค่านายหน้า” ซึ่งศาลฎีกาได้แปลความค่านายหน้าตามข้อสัญญานี้ว่า ตัวการยอมเสียค่าบำเหน็จให้แก่บุคคลใด ๆ ที่ได้ชี้ช่องให้ผู้ซื้อและผู้ขายได้เข้าทำสัญญากัน อันเข้าลักษณะสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก และเมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ผู้ขายได้เข้าทำสัญญากับผู้ซื้อเป็นผลสำเร็จ และนายหน้าได้แสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ตามสัญญานั้นต่อผู้ขายแล้ว ผู้ขายจึงต้องรับผิดชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า แม้ว่านายหน้ารายนั้นจะมิใช่คู่สัญญาตามสัญญาตั้งนายหน้ากับผู้ขายก็ตาม แต่กรณีนี้เป็นกรณีที่นายหน้า (เจ้าหนี้) เรียกให้ผู้ขาย (ลูกหนี้) ชำระหนี้โดยอาศัยอำนาจแห่งมูลหนี้ตามสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก หาใช่โดยอาศัยอำนาจแห่งมูลหนี้ตามสัญญานายหน้าไม่ นอกจากนี้ค่าบำเหน็จที่ผู้ขายจ่ายให้แก่นายหน้า หาใช่ค่าบำเหน็จตามความหมายของมาตรา 845 วรรค 1 ไม่เพราะกรณีมิใช่เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกจ่ายค่าตอบแทนให้แก่นายหน้าเมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้บุคคลภายนอกได้เข้าทำสัญญากับตัวการเป็นผลสำเร็จในฐานะที่นายหน้าเป็นคู่สัญญากับตนตามสัญญานายหน้า แต่การจ่ายค่าบำเหน็จนี้เป็นการชำระหนี้ประการหนึ่งให้แก่นายหน้าซึ่งอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ตามมูลหนี้สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

ดังนั้น โดยหลักแล้วความผูกพันระหว่างตัวการและนายหน้าตามสัญญานายหน้าย่อมเป็นไปตามหลักสัญญาทั่วไปคือ สัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น (Privity of contract) เว้นแต่บุคคลภายนอกจะได้ทำสัญญาในสัญญาโดยมีข้อสัญญาอันเข้าลักษณะสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก และนายหน้าได้แสดงเจตนาต่อบุคคลภายนอกแล้วว่าตนจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น สิทธิของนายหน้าก็ย่อมเกิดมีขึ้นในอันที่จะใช้สิทธิเรียกร้องต่อบุคคลภายนอกได้ แม้ถึงว่าตนจะมิได้มีฐานะเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอกรายนั้นมาก่อน แต่อย่างไรก็ตามข้อสัญญาลักษณะ

จะให้ค่านายหน้าเฉพาะบุคคลที่จำเลยมอบหมายกิจการให้ทำ ความจริงแล้วก็ไม่มีความจำเป็นอะไรที่ต้องสัญญาเช่นนั้น เพราะจำเลยก็ต้องรับผิดอยู่แล้วตามกฎหมาย กล่าวคือ คำว่า ค่านายหน้าในที่นี้นั้นหมายความถึงค่าบำเหน็จแก่บุคคลใด ๆ ที่ได้ชี้ช่องให้ผู้ซื้อและผู้ขายได้เข้าทำสัญญากันนั่นเอง ซึ่งจำเลยก็ได้เข้าใจดีแล้วในขณะที่ทำสัญญานั้น อนึ่ง นายหน้าของผู้ซื้อจะเรียกค่านายหน้าของผู้ขายซึ่งไม่ใช่คู่สัญญากับตนได้ต่อเมื่อผู้ขายสัญญากับผู้ซื้อว่าจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าด้วย.

เช่นนี้มิใช่เป็นสัญญาตั้งนายหน้า เพราะการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลภายนอกและนายหน้ามิได้มีเจตนามุ่งโดยตรงที่จะผูกนิติสัมพันธ์เพื่อจะก่อให้เกิดเป็นสัญญานายหน้า แต่เป็นการแสดงเจตนาเพื่อที่จะก่อให้เกิดความผูกพันกันในฐานะเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

นอกจากผลบังคับของสัญญานายหน้าตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว สัญญานายหน้ายังก่อให้เกิดผลบังคับอีกประการหนึ่ง โดยพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 1 ที่ว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น ถ้าสัญญาที่ได้ทำกันไว้นั้นมีเงื่อนไขเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนไซร้ ท่านว่าจะเรียกร้องบำเหน็จค่านายหน้ายังหาได้ไม่ จนกว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว...” เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 845 วรรค 1 สามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วน คือ

1) ส่วนของการเกิดสัญญานายหน้า ดังข้อความในตอนต้นที่ว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญา...” ตามที่ได้กล่าวไว้โดยละเอียดในข้อ 5.1.1 เรื่องปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าข้างต้นจึงขอไม่กล่าวซ้ำในที่นี้อีก

2) ส่วนของผลบังคับของของสัญญานายหน้า ดังข้อความในตอนท้ายที่ว่า “...บุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น...” ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า เป็นผลบังคับของสัญญานายหน้าอีกประการหนึ่ง คือผลบังคับอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิในอันจะได้รับค่าบำเหน็จอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญานายหน้าเป็นการตอบแทนจากตัวการ ซึ่งนายหน้าจะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนก็ต่อเมื่อ นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ

ดังนั้น ในการพิจารณาว่าสัญญานายหน้าจะเกิดผลบังคับในส่วนนี้อันจะทำให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนนั้น จึงต้องพิจารณาถึงคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” เป็นสาระสำคัญ และคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” นั้นมีความหมายแค่ไหนและเพียงใดอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน ซึ่งผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาโดยละเอียดดังต่อไปนี้

คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนายหน้ามิได้ให้นิยามศัพท์ของคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ไว้ว่ามีความหมายเพียงใด ดังนั้น การตีความคำว่า

“สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” โดยส่วนใหญ่จึงมาจากความเห็นทางวิชาการและการวินิจฉัยตีความตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ดังนี้

ความเห็นทางวิชาการเห็นว่า คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” นั้น ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะต้องทำกันสำเร็จจนถึงที่สุด หรือจนถึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันและกัน เพียงแต่นายหน้าได้กระทำการจนหมดภาระหน้าที่ของตนก็เป็นการเพียงพอแล้ว กล่าวคือ ถ้าทั้งตัวการและบุคคลภายนอกทั้งสองฝ่ายตกลงทำสัญญาซึ่งเป็นการผูกพันกันตามกฎหมายแล้ว[216] แม้ว่าระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกจะไม่สามารถฟ้องร้องกันได้ในภายหลังเพราะเหตุว่าสัญญาที่ตัวการและบุคคลภายนอกได้ตกลงทำกันนั้นปราศจากหลักฐานเป็นหนังสือ แต่เมื่อนายหน้าได้ทำหน้าที่จนครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว สัญญานายหน้ามีผลสมบูรณ์ นายหน้าก็หมดภาระหน้าที่ของตน นายหน้าย่อมมีสิทธิเรียกให้ตัวการรับผิดในเรื่องค่าบำเหน็จได้ การที่สัญญาทำกันขึ้นโดยปราศจากหลักฐานเป็นหนังสือไม่อาจนำไปฟ้องร้องบังคับคดี ย่อมไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของนายหน้าที่จะเรียกค่าบำเหน็จแต่ประการใด[217]

แนวคำพิพากษาศาลฎีกา วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกันว่า คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” นั้นไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะต้องทำกันสำเร็จจนถึงที่สุด หรือจนถึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันและกัน เพียงแต่นายหน้าได้กระทำการจนหมดภาระหน้าที่ของตนก็เป็นการเพียงพอแล้ว[218] โดยการ

---

[216] ไชยเจริญ สันติศิริ. (2446-2506). **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง** (พิมพ์ครั้งที่4). หน้า 250-251.

[217] มาโนช สุทธิวาทนฤพุฒิ. (2519). **บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์** (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 259-261.

[218] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1501/2538 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ส่วนปัญหาข้อกฎหมายที่จำเลยฎีกาว่าตามสัญญาให้ค่าบำเหน็จนายหน้า เอกสารหมาย จ.2 มีข้อความระบุไว้ว่า ...สำหรับการที่บุคคลทั้งสามเป็นผู้ชี้ช่องจนข้าพเจ้าสามารถขายที่ดินโฉนดเลขที่... เนื้อที่ 87 ไร่ได้ โดยจะชำระวันที่ 5 ตุลาคม 2532...” มีความหมายว่า โจทก์ที่ 1 และจำเลยจะต้องมีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินและชำระค่าที่ดินกันจึงจะถือว่า จำเลยสามารถขายที่ดินได้และมีหน้าที่ชำระค่าบำเหน็จนายหน้านั้น เห็นว่า เกี่ยวกับสัญญานายหน้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 บัญญัติว่า “บุคคลใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้า เพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดีจัดการให้ได้ทำสัญญากันก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าชี้ช่องหรือได้จัดการนั้น...” สัญญานายหน้าจึงเป็นสัญญา ซึ่งบุคคลคนหนึ่งตกลงให้นายหน้าเป็นผู้ชี้ช่องหรือจัดการให้เขาได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกและนายหน้ารับกระทำการตามนั้น เมื่อได้ชี้ช่องหรือจัดการให้เขาได้ทำสัญญากันแล้ว นายหน้าก็จะได้บำเหน็จตามที่ตกลงกันไว้ **และคำว่าสัญญาสำเร็จมิได้หมายความว่าสำเร็จถึงขนาดจัดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่กัน เพียงแต่นายหน้าได้ทำการชี้ช่องให้คู่กรณีได้ทำสัญญาเป็นการผูกมัดกันตามกฎหมาย นายหน้าก็หมดหน้าที่** เมื่อข้อเท็จจริงฟังยุติว่า โจทก์ที่ 2 และ

ดำเนินการชี้ช่อง หรือจัดการของนายหน้ารายนั้น แม้นายหน้าจะกระทำการเพียงครั้งเดียว แต่การกระทำครั้งนั้นเป็นผลให้ตัวการได้รับประโยชน์จากการชี้ชวน ก็ได้ชื่อว่าเป็นนายหน้าเช่นเดียวกัน และมีสิทธิได้รับบำเหน็จจากตัวการนั้น[219] นอกจากนี้ยังไม่เป็นข้อสำคัญว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะได้ปฏิบัติการครบถ้วนตามสัญญานั้นหรือไม่ หรือว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะผิดสัญญากันในภายหลังก็ตามก็ไม่ทำให้นายหน้าหมดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน[220] ทำนองเดียวกับ การที่ผู้ซื้อได้วางเงินมัดจำเป็นสัญญาที่มีข้อผูกพันกันแล้ว แม้ต่อมาในภายหลังผู้ขายจะผิดสัญญา แม้กระนั้นนายหน้าก็มีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน[221]

ที่ 3 ชี้ช่องหรือจัดการให้จำเลยกับโจทก์ที่ 1 ได้เข้าทำสัญญาซื้อขายที่ดินกันจำเลยต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จนายหน้าให้แก่จำเลยที่ 2 และที่ 3หาใช่จะต้องมีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินและชำระราคาต่อกันครบถ้วน จำเลยจึงจะมีหน้าที่ชำระค่าบำเหน็จนายหน้าดังจำเลยฎีกาไม่."

[219] คำพิพากษาฎีกาที่ 1723/2531 ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า ที่โจทก์อุทธรณ์ว่า โจทก์ทั้งยี่สิบสี่คนมิได้ประกอบการเป็นธุรกิจการค้าแต่อย่างใด แต่การกระทำของโจทก์ทั้งยี่สิบสี่คนเป็นการกระทำเพียงครั้งเดียว และการกระทำของโจทก์เป็นลักษณะชี้ชวนให้คนมาลงทุนถือหุ้นในธนาคารเท่านั้น จึงไม่เข้าข่ายเป็นตัวแทนนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 และ845 ศาลฎีกาพิเคราะห์แล้วเห็นว่า **โจทก์จะประกอบการค้าเพียงครั้งเดียวหรือหลายครั้ง ก็ได้ชื่อว่าโจทก์เป็นผู้ประกอบการค้าเช่นเดียวกัน โจทก์ได้ชี้ชวนให้ผู้มีชื่อมาซื้อหุ้นของธนาคารกสิกรไทยจำกัด และบุคคลเหล่านี้ก็ได้ซื้อหุ้นดังกล่าวตามที่โจทก์ชี้ชวน โดยโจทก์ได้รับค่าธรรมเนียมจากการชี้ชวนนี้เป็นเงินจำนวนหนึ่งค่าธรรมเนียมดังกล่าวก็คือบำเหน็จอย่างหนึ่งนั่นเอง โจทก์ทั้งยี่สิบสี่คนจึงเป็นนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845อุทธรณ์ของโจทก์ฟังไม่ขึ้น**

[220] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 517/2494 ศาลฎีกาเห็นว่า เรื่องนี้โจทก์ผู้เป็นนายหน้าได้ชักนำผู้ซื้อมาตกลงทำสัญญาซื้อขายกับจำเลยตามประสงค์ของจำเลย ที่ได้ตกลงไว้กับโจทก์ นับว่าโจทก์ได้ปฏิบัติหน้าที่ครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 **ส่วนการที่ผู้ซื้อผิดสัญญากับจำเลยนั้นเป็นเรื่องของจำเลยจะว่ากล่าวแก่ผู้ซื้อไม่เกี่ยวแก่โจทก์อย่างใดโจทก์ย่อมมีสิทธิได้รับค่านายหน้าตามที่ตกลงไว้กับจำเลย... .**

[221] คำพิพากษาฎีกาที่ 256/2522 จำเลยที่ 1 ตกลงให้โจทก์ติดต่อขายรถยนต์ดัมทรัคสามคันกับสำนักงานปุ๋ยกรุงเทพมหานคร เมื่อสำนักงานปุ๋ยเรียกประกวดราคาซื้อขายรถยนต์ดัมทรัค โจทก์ก็ได้แจ้งให้จำเลยที่ 1 ทราบ ได้ขอแบบฟอร์มจากเจ้าหน้าที่สำนักงานปุ๋ยมามอบให้**จำเลยที่ 1ทราบและได้ไปยื่นซองประกวดราคากับเจ้าหน้าที่ของจำเลยที่ 1 ด้วย เมื่อจำเลยที่ 1 ประกวดราคาได้ โจทก์ก็ได้พาจำเลยที่ 2 ผู้จัดการของจำเลยที่ 1 ไปเซ็นสัญญาขายรถยนต์ดังกล่าว ตอนส่งมอบรถยนต์ดังกล่าวโจทก์ก็เป็นผู้ถือเอกสารและนำรถยนต์ดังกล่าวไปมอบให้หัวหน้าแผนกกองโรงงานสำนักงานปุ๋ย**

ศาลฎีกาเห็นว่า พฤติการณ์ของโจทก์ซึ่งเป็นผู้ติดต่อให้จำเลยที่ 1 ขายรถยนต์ดัมทรัคสามคันกับสำนักงานปุ๋ยกรุงเทพมหานคร จนเป็นผลสำเร็จดังกล่าวแล้วถือได้ว่าโจทก์ได้ติดต่อชักนำชี้ช่องให้จำเลยที่ 1 ได้เข้าทำสัญญาขายรถยนต์ดัมทรัคกับสำนักงานปุ๋ยกรุงเทพมหานครสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่โจทก์ได้ชี้ช่องและ

แต่ถ้าหากนายหน้าได้จัดการเพียงให้ผู้ซื้อและผู้ขายพบปะเจรจากัน แต่ผู้ซื้อและผู้ขายเจรจาตกลงกันในเรื่องต่าง ๆ ไม่ได้ จึงไม่ทำสัญญากัน นายหน้ายังไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนจนสำเร็จ นายหน้าจึงหามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่ หรือกรณีมีพฤติการณ์ปรากฏแต่เพียงว่านายหน้าได้จัดการให้ผู้ซื้อและผู้ขายได้ทำสัญญาจองที่ดินเท่านั้น กรณีจึงยังไม่พอฟังได้ว่าได้มีการทำสัญญากันสำเร็จเนื่องจากการชี้ช่องของนายหน้า พฤติการณ์ต้องปรากฏถึงขนาดว่าได้มีการทำสัญญาจะซื้อจะขายกันระหว่างตัวการและบุคคลภายนอก จึงจะถือว่าสัญญาได้ทำกันสำเร็จ อันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิที่จะได้ค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน[222] แต่หากมีข้อตกลงว่าจะให้ค่าตอบแทนแก่นายหน้า เมื่อนายหน้าสามารถหาบุคคลภายนอกมาทำสัญญาจองได้ แม้ว่าต่อมาสัญญาจะไม่ได้ทำกันสำเร็จ ตัวการก็ต้องชำระเงินจำนวนนี้ให้แก่นายหน้าตามข้อตกลงในสัญญา ส่วนเงินจำนวนนี้จะถือว่าเป็นค่าบำเหน็จหรือไม่นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า เงินจำนวนนี้ไม่ถือว่าเป็นค่าบำเหน็จเพราะสัญญายังมิได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากการชี้ช่องของนายหน้า แต่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ตัวการตกลงจะให้เป็นค่าตอบแทนแก่นายหน้าอีกส่วนหนึ่ง เมื่อนายหน้ากระทำหน้าที่ตามที่ข้อสัญญาได้กำหนดไว้

เมื่อกิจการสำเร็จเพราะนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการแล้ว ตัวการก็ต้องจ่ายค่าบำเหน็จแก่นายหน้า โดยจะยกเอาข้อที่ตัวไปตกลงให้ค่านายหน้าแก่ผู้อื่นอีกมาแก้ตัวให้พ้นความผิดไม่ได้[223]

และเมื่อพิจารณา คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” โดยเทียบเคียงกับบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[224] มาตรา 652 ซึ่งบทบัญญัติที่เป็นภาษาอังกฤษ

จัดการถึงแม้ว่าการซื้อขายรถยนต์ดัมทรัคนั้นจะมีการประกวดราคาอันทำให้จำเลยที่ 1 ต้องเสนอราคาขายให้ต่ำกว่าผู้ขายรายอื่นก็ตามแต่ในที่สุดจำเลยที่ 1 ก็เป็นผู้ประมูลราคาได้และได้เข้าทำสัญญาขายรถยนต์ดัมทรัคให้แก่สำนักงานปู้ยกรุงเทพมหานครได้ เพราะโจทก์เป็นผู้ชี้ช่องนั่นเอง ถือได้ว่าโจทก์ได้ชี้ช่องให้จำเลยที่ 1 เข้าทำสัญญาหรือจัดการให้ได้ทำสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 845 ศาลอุทธรณ์พิพากษาชอบแล้วฎีกาของจำเลยที่ 1 ฟังไม่ขึ้น.

[222] คำพิพากษาฎีกาที่ 5335/2550 วินิจฉัยว่า “สัญญาจองเป็นเพียงหนังสือแจ้งความประสงค์จะจองที่ดินเท่านั้น ส่วนสัญญาจะซื้อจะขายระหว่างโจทก์กับผู้ซื้อยังไม่ได้ทำกัน ผลจากการชี้ช่องหรือจัดการของโจทก์ที่ทำการเป็นนายหน้าจึงยังไม่เกิดขึ้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกเอาค่าบำเหน็จในการเป็นนายหน้าจากจำเลยทั้งสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มตรา 845.”

[223] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 704/2482 ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า การที่จำเลยที่ 1 เสียค่านายหน้าให้แก่จำเลยที่ 2 โดยคำขอร้องของจำเลยที่ 2 นั้นเป็นอีกส่วนหนึ่งไม่เกี่ยวกับโจทก์ จึงพิพากษายืนตามศาลแพ่ง (ศาลแพ่งพิพากษาให้จำเลยที่ 1 ชำระค่านายหน้าแก่โจทก์ที่ 1 ตามสัญญา).

[224] เนื่องจากที่มาของบทมาตรา 845 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 652.

ของบทมาตรานี้ใช้ข้อความว่า “A person who promises a brokerage fee for evidence of the opportunity to enter into a contract or for negotiating a contract is obliged to pay the fee only if **the contract comes into existence** as a result of the evidence or as a result of the negotiation of the broker” และเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติที่เป็นภาษาอังกฤษในมาตรา 845 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งมีความว่า “A person who agrees to pay a remuneration to a broker for indicating the opportunity for the conclusion of a contract, or for procuring a contract, is liable to pay the remuneration only if **the contract is concluded** in consequence of the indication or of the procurement by the broker” ดังนี้จะเห็นได้ว่าทั้งถ้อยคำที่ว่า “the contract comes into existence” ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและถ้อยคำที่ว่า “the contract is concluded” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ต่างแปลความได้ทำนองเดียวกันว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ดังนั้นการใช้และตีความคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงน่าจะมีความหมายเดียวกับการใช้และตีความคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” มีความหมายว่า นายหน้าได้กระทำตามหน้าที่ของตนโดยการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกได้มาพบปะเจรจา และตกลงทำสัญญาผูกพันกันในที่สุด แต่ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะต้องทำกันสำเร็จจนถึงที่สุด หรือจนถึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันและกัน และไม่คำนึงถึงว่าสัญญาที่ตัวการและบุคคลภายนอกที่ได้ตกลงทำกันนั้นจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้หรือไม่ หรือแม้ว่าภายหลังตัวการและบุคคลภายนอกจะได้เลิกสัญญากันก็หามีผลกระทบต่อสิทธิของนายหน้าในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่ หากนายหน้าได้กระทำการจนหมดหน้าที่ของตนแล้ว และแม้ว่าตัวการจะได้ตั้งให้บุคคลอื่นเป็นนายหน้าด้วยในกิจการอันเดียวกันนั้นและได้จ่ายค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้ารายอื่นไปด้วยแล้ว ตัวการก็หาอาจยกเป็นข้อที่ตนไม่ต้องรับผิดในอันที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้ารายนี้ได้ไม่

นอกจากนี้หากนายหน้าได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้พบปะ เจรจากับบุคคลภายนอกแล้ว แต่สัญญามิได้เกิดมีขึ้นในขณะนั้น เพราะตัวการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไม่อยากจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าจึงไปตกลงทำสัญญากับบุคคลภายนอกลับหลังนายหน้า ดังนี้เมื่อมีคดีมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็จะพิพากษาตัวการต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า แม้ว่าในกรณีนี้สัญญายังมิได้เกิดขึ้นในขณะที่นายหน้าชี้ช่องหรือจัดการ แต่ได้เกิดขึ้นในภายหลังแต่ก็เนื่องมาจากการชี้ช่องหรือจัดการของนายหน้านั้นเอง[225]

---

[225] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446/2473.

เมื่อสัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้พบปะ หรือเจรจากับบุคคลภายนอกได้เกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จแล้ว นายหน้าก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845

ดังนั้น การที่สัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำกับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จหรือไม่ ย่อมเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้สัญญานายหน้ามีผลบังคับอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน

จากการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้า ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้า ความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้า และผลบังคับของสัญญานายหน้าตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าจะทำให้การตีความกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าในส่วนนี้มีความกระจ่างชัดยิ่งขึ้นอันจะทำให้ทั้งผู้บังคับใช้กฎหมาย (ศาล) และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้า (ทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย นิสิต นักศึกษา) สามารถนำแนวทางการตีความกฎหมายเช่นนี้นำไปปรับใช้ได้อย่างถูกต้อง อีกทั้งยังเป็นการทำให้เกิดความยุติธรรมจากการตีความและบังคับใช้กฎหมายให้ต้องตรงตามเจตนารมย์ของบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าที่มุ่งประสงค์จะอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่สัญญาทุกฝ่าย ไม่ว่าคู่สัญญานั้นจะอยู่ในฐานะใดก็ตาม ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าแนวทางในการตีความเพื่อนำกฎหมายไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังที่ได้ศึกษามาจะเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าในประเด็นปัญหานี้มีความกระจ่างชัดยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอันจะเป็นการอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในสัญญานายหน้าทุกฝ่าย

5.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า

เมื่อบุคคลหนึ่งได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้า แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีหน้าที่เพียงเข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เป็นผลสำเร็จ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่ามีหน้าที่เป็นเพียงสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้ได้เข้าทำสัญญากันเท่านั้น มิได้มีหน้าที่ถึงขนาดที่จะเข้าทำกิจการงานแทนตัวการ อย่างเช่นกรณีตัวแทน แต่เมื่อตัวการได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลนั้นกระทำการเป็นนายหน้าแล้ว ก็ถือเท่ากับว่าตัวการได้มอบความไว้วางใจให้แก่นายหน้าว่านายหน้าจะปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้าด้วยความซื่อสัตย์สุจริต[226] ซึ่งหน้าที่ที่จะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตนี้เป็นคุณลักษณะที่สำคัญยิ่งของ

---

[226] จากการศึกษาพบว่า ศาลฎีกาก็ได้นำคุณลักษณะข้อนี้ใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยว่า นายหน้าจะมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนหรือไม่ หรือจะเกิดความรับผิดต่อตัวการหรือไม่ อย่างไร ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 326-328/2518 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า หากพฤติการณ์ไม่ปรากฏว่านายหน้ากระทำการโดยไม่สุจริต

บุคคลที่อยู่ในฐานะทำแทนผู้อื่นไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด และหน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นตามหลักสัจธรรม เพราะถึงไม่กำหนดเขาก็ต้องมีหน้าที่อันนี้[227] ดังนั้นในบทวิเคราะห์ในหัวข้อเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้านี้ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ว่า นายหน้านั้นมีหน้าที่ประการใดตามสัญญานายหน้า การกระทำของนายหน้าในลักษณะใดที่จะถือได้ว่านายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต่อการที่ตนเข้ารับหน้าที่เป็นนายหน้า รวมทั้งผลบังคับในกรณีที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่นั้น และกรณีปัญหาเกี่ยวกับนายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกับตัวการ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย ดังนี้

5.2.1 หน้าที่ของนายหน้า

สำหรับหน้าที่ของนายหน้านี้ เมื่อได้ศึกษาตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตั้งแต่มาตรา 845 ถึง มาตรา 849 มาโดยละเอียดในบทที่ 3 เรื่องลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าของประเทศไทยตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าหน้าที่สำคัญของนายหน้า คือหน้าที่ในการเป็นคนกลางหรือสื่อกลางชี้ช่องจัดการให้มีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา (มาตรา 845) โดยที่นายหน้าไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือมีนามเป็นคู่สัญญาในสัญญาที่ทำขึ้นแต่ประการใด และเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 847[228] แล้วจะเห็นได้ว่านายหน้ายังมีหน้าที่ที่สำคัญอีก 2 ประการ คือ หน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำการเป็นนายหน้าให้แก่บุคคลภายนอก และหน้าที่ที่จะต้องไม่รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริต อันเข้าลักษณะของการกระทำเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนรับหน้าที่เป็นนายหน้า ซึ่งอย่างไรจะเป็นการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า ผู้วิจัยจะได้กล่าวโดยละเอียดในข้อ 5.2.2 ต่อไป ซึ่งหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนรับหน้าที่เป็นนายหน้านี้เป็นหน้าที่ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดที่แฝงอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 847 ที่นายหน้าจะต้องปฏิบัติต่อตัวการ

อย่างไรแล้ว นายหน้าย่อมมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน หากนายหน้าได้ปฏิบัติหน้าที่สำเร็จ และจะถือว่านายหน้าได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ได้รับหน้าที่เป็นนายหน้าแต่อย่างใดไม่.

[227] สถิตย์ เล็งไธสง. (2550). **กฎหมายลักษณะตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 117.

[228] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 บัญญัติว่า “ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดี หรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซร้ ท่านว่านายหน้าหามีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่.”

โดยที่ตนจะต้องไม่นำเอาผลประโยชน์ของทั้งตนเองและของผู้อื่นมาขัดกับผลประโยชน์ของตัวการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่เป็นนายหน้าตามที่ได้รับมอบหมายความไว้วางใจจากตัวการให้กระทำการนั้น

เมื่อได้เปรียบเทียบหน้าที่ของนายหน้าตามกฎหมายไทยกับหน้าที่ของนายหน้าตามกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้ว[229] จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ได้บัญญัติหน้าที่ของนายหน้าไปในแนวทางเดียวกันกับหน้าที่ของนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของกฎหมายไทย กล่าวคือนอกจากนายหน้าจะมีหน้าที่ในการเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกแล้ว นายหน้ายังมีหน้าที่ในอันที่จะต้องไม่กระทำการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นอันเป็นการขัดหรือแย้งกับหน้าที่ที่ตนมีต่อตัวการตามสัญญานายหน้าด้วย ซึ่งผลทางกฎหมายในกรณีที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าดังกล่าวนั้นไม่เป็นการแตกต่างจากผลทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คือ นายหน้าหามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จ หรือค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่ หากตนได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าว

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า นอกจากนายหน้าจะมีหน้าที่เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันจนเป็นผลสำเร็จแล้ว นายหน้ายังมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อตัวการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ไม่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับหน้าที่เป็นนายหน้าด้วย

5.2.2 การกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ต่อการเข้ารับหน้าที่เป็นนายหน้า

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดี หรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซร้ ท่านว่านายหน้าหามีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่” แล้ว จะเห็นว่ากฎหมายได้บัญญัติลักษณะของการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของการที่นายหน้าเข้ารับหน้าที่ของนายหน้าไว้ 2 กรณี คือ นายหน้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอกอันเป็นการฝ่าฝืนต่อ

---

[229] The German civil code section 654 “The claim to a brokerage fee and reimbursement of expenses are excluded if the broker, **contrary to the contents of the contract, also worked for the other party**” และเมื่อเปรียบเทียบกับตัวบทภาษาอังกฤษของไทยความว่า “A broker is not entitled to remuneration or to reimbursement of his expenses if, c**ontrary to his engagement, he has acted also for the third party** or has been promised by such third party a remuneration which is not consistent with the broker acting in good faith” ถ้อยคำของตัวบทกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยต่างให้ความหมายไปในแนวเดียวกันว่า นายหน้าต้องไม่กระทำการให้แก่บุคคลภายนอกในลักษณะที่จะเป็นการขัดหรือแย้งต่อหน้าที่ที่ตนจะต้องปฏิบัติต่อตัวการ.

การที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้ากรณีหนึ่ง กับนายหน้าได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการ โดยสุจริตอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้าอีกกรณีหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามการที่นายหน้ากระทำการในกรณีหนึ่งกรณีใด หรือทั้งสองกรณีตามที่กล่าวมานี้ โดยหลักแล้วกฎหมายไม่ได้ห้ามนายหน้าทีเดียวว่าไม่ให้กระทำการเช่นนั้น หากการทำการเป็นนายหน้าให้แก่บุคคลภายนอกด้วย หรือรับคำมั่นจากบุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จแก่ตนด้วยนั้นไม่เข้าลักษณะของการกระทำเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า นายหน้าก็ย่อมทำได้[230] เช่น แม้นายหน้าจะรับเป็นนายหน้าให้แก่ทั้งตัวการและบุคคลภายนอก แต่หากการที่นายหน้าเข้ากระทำการดังกล่าวทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสมประโยชน์ ก็ไม่ถือว่าเป็นกรณีที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า[231] แต่หากนายหน้ากระทำการดังกล่าวอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้า ผลทางกฎหมาย คือนายหน้ารายนั้นหามีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่

ดังนั้น สาระสำคัญของบทบัญญัติในมาตรา 847 นี้ คืออย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการที่นายหน้าทำการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับหน้าที่ และอย่างไรจึงเป็นค่าบำเหน็จอันไม่สมควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริต ซึ่งจะส่งผลทางกฎหมายให้นายหน้ารายนั้นถูกตัดสิทธิไม่ให้ได้รับค่าบำเหน็จอันถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญานายหน้า รวมทั้งค่าใช้จ่ายเป็นการตอบแทน ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ถ้อยคำในบทบัญญัติ มาตรา 847 บัญญัติไว้แต่เพียงว่า “...เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่...” และ “...ค่าบำเหน็จอันไม่สมควร...” เท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะต้องพิเคราะห์ พิจารณาและตีความถ้อยคำในตัวบทกฎหมายตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต่อไป ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยจะพิเคราะห์ พิจารณาโดยมุ่งศึกษาจากตัวอย่างในทางตำรา ดังนี้

---

[230] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 84.

[231] คำพิพากษาฎีกาที่ 144/2467 ข.ได้เป็นนายหน้าบอกขายที่นาแก่ พ. พ.ขอให้ ข.นำ พ.ไปตกลงกับเจ้าของนา และ สัญญาจะให้ค่าจ้าง ข. 100 บาท และ ข.ได้ตกลงกับเจ้าของนาว่าถ้าขายที่ได้ราคา 1,300 บาท เจ้าของนาจะให้ค่านายหน้า ข. 100 บาท ข.ได้นำพ. ไปตกลงซื้อขายที่นารายนี้กับเจ้าของนาเอง เมื่อซื้อขายกันเสร็จแล้ว ข.ได้รับค่านายหน้าจากเจ้าของนา 100 บาท และได้ข้างฝ่าย พ.20 บาท ยังค้างอีก 80 บาท จึงฟ้องเรียกเงินนี้

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ฐานะของ ช. ในการซื้อขายที่นารายนี้ หาใช่เป็นตัวแทนของ พ. ไม่ ช.ได้ทำสัญญากับ พ.เพียงแต่รับเป็นผู้ชักนำ พ. กับเจ้าของนาให้พบกันเท่านั้น เมื่อ ช. ได้พา พ.ไปพบกับเจ้าของนาและตกลงซื้อขายที่นากับเจ้าของนาเองดังนี้ ต้องถือว่า ช.ได้ทำนาที่ครบถ้วนตามสัญญาแล้ว การที่ ช. รับค่านายหน้า ทั้ง 2 ฝ่าย สำหรับคดีเช่นนี้นั้นหาเป็นการผิดต่อหน้าที่ ข. ซึ่งจะทำให้ พ.พ้นจากความรับผิดชอบในเรื่องค่านายหน้าต่อ ช.ไม่ ให้ พ. ใช้เงิน ช.ตามสัญญา.

5.2.2.1 กรณีนายหน้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอกอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้า

ตัวอย่าง นาย ก เป็นนายหน้าขายม้าของนาย ข โดยนาย ก รู้ว่าม้าตัวนั้นไม่สมบูรณ์ และนาย ข เสนอขายในราคาที่สูงกว่าราคาตลาด ในขณะเดียวกันนาย ก ก็ได้ตกลงเป็นนายหน้าของนาย ค ให้ช่วยหาซื้อม้า นาย ก จึงได้เสนอขายม้าของนาย ข ให้แก่นาย ค โดยบอกนาย ค ว่าม้าของนาย ข เป็นม้าดี ดังนั้นถ้านาย ค ได้หลงเชื่อและตกลงซื้อม้าตัวนั้นแล้ว แม้นาย ค ได้ตกลงกับนาย ก ว่าจะให้ค่าใช้จ่ายในการช่วยซื้อม้า นาย ก ก็ไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไป หรือถ้านาย ค ทราบความจริงจึงไม่ซื้อม้าตัวนั้น นาย ก ก็ไม่มีสิทธิจะได้รับค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไป ทั้งนี้เพราะการกระทำของนาย ก เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้า[232]

เมื่อพิจารณาตามตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นนี้แล้วจะเห็นได้ว่ากรณีนายหน้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอกอันจะเข้าลักษณะเป็นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ในกรณีนี้นั้น อาจเทียบเคียงได้กับนิติกรรมที่เกิดจากกลฉ้อฉล[233] โดยบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่กรณีแห่งนิติกรรม ซึ่งในกรณีนี้ คือนาย ก ซึ่งได้รับเข้าเป็นนายหน้าของทั้งนาย ข และนาย ค ซึ่งในกรณีนี้จะทำให้นิติกรรมระหว่างนาย ข และนาย ค ตกเป็นโมฆียะก็ต่อเมื่อ นาย ข ซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากกลฉ้อฉลของนาย ก ทราบหรือควรจะได้ทราบถึงกลฉ้อฉลนั้น ซึ่งการรู้หรือควรจะได้รู้ของนาย ข นั้นต้องพิจารณาเฉพาะในขณะที่นาย ข เข้าทำนิติกรรมกับนาย ค เท่านั้น หากนาย ข ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้เสียแล้ว นิติกรรมการซื้อขายม้าระหว่างนาย ข และนาย ค ก็สมบูรณ์ แม้นาย ก นายหน้าจะมาบอกให้นาย ข รู้ภายหลังก็ไม่มีผลกระทบกับความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่ได้สมบูรณ์ไปแล้ว[234] ดังนั้นเมื่อนาย ข มิได้ทราบข้อความจริงที่นาย ก ได้ไปทำกลฉ้อฉลต่อนาย ค จึงทำให้นิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์ แม้ระหว่างนาย ก กับนาย ข นาย ก จะมิได้ทำให้นาย ข ตัวการต้องเสียประโยชน์หรือต้องเสียหายจากการที่ตนเข้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่นาย ค บุคคลภายนอกอันจะเข้าลักษณะของการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้าก็ตาม แต่เมื่อนาย ก ได้ตกลงเป็นนายหน้าของนาย ค ด้วย นาย ก ก็ควรต้องปฏิบัติต่อนาย ค ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเช่นเดียวกับที่ตนได้ปฏิบัติต่อนาย ข ตัวการอีกฝ่ายหนึ่งด้วย การที่นาย ก ทราบข้อความจริงว่าม้าที่นาย ข ต้องการขายนั้นมีลักษณะที่ไม่สมบูรณ์ ซึ่งหากนาย ค ทราบ

---

[232] แหล่งเดิม. หน้า 86.

[233] กลฉ้อฉล หมายถึง การที่บุคคลคนหนึ่งกระทำการหลอกลวงใดๆก็ตามที่ทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความเป็นจริง(คือทำให้เขาสำคัญผิด) แล้วผู้ถูกหลอกได้แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมซึ่งมิฉะนั้นแล้วจะไม่ทำหรืออาจจะทำในเงื่อนไขที่แตกต่างออกไป.

[234] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 121-126.

ข้อความจริงนั้นก็คงจะไม่เข้าทำสัญญากับนาย ข แต่นาย ก กลับไม่บอกข้อความจริงให้นาย ค ตัวการทราบอันถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนรับทำหน้าที่นายหน้าประการหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้แม้ว่าสัญญาที่นาย ก ได้เข้าชี้ช่องจะได้เกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จ นาย ก ก็หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จรวมทั้งค่าใช้จ่าย (หากได้มีการตกลงไว้) เป็นการตอบแทนจากนาย ค ไม่ เพราะนาย ก กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่นายหน้าผู้กระทำการด้วยความสุจริตโดยไม่บอกข้อความจริงให้แก่นาย ค ทราบ

ตัวอย่าง นายแดงให้นายดำเป็นนายหน้าขายที่ดินของตนแปลงหนึ่ง สั่งไว้ให้ขายในราคาสูงสุดเท่าที่จะขายได้ บำเหน็จ 5% ต่อมานายดำไปรับเป็นนายหน้าหาซื้อที่ดินให้แก่นายเขียวด้วย โดยนายเขียวสั่งไว้ให้ซื้อในราคาที่ถูกที่สุดเท่าที่จะถูกได้ แล้วจะให้บำเหน็จพิเศษ นายดำได้นำที่ดินของนายแดงแปลงนี้ไปเสนอต่อนายเขียว เขียวบอกว่าอยากจะได้ไว้ แต่ต้องราคาไม่เกิน 3 ล้านบาท นายดำกลับมาบอกนายแดงว่ามีผู้ขอซื้อสูงสุดเพียง 3 ล้านบาท (ความจริงจะขาย 4 ล้านบาทก็ขายได้) กรณีเช่นนี้ เป็นการที่นายดำได้ทำการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ว่าจะขายในราคาสูงสุด แต่กลับไปจัดการขายในราคาต่ำกว่าราคาที่ควรจะขายได้เพื่อจะได้รับบำเหน็จจจากบุคคลภายนอกที่สัญญาว่าจะให้ กรณีเช่นนี้นายดำเสียสิทธิที่จะได้รับบำเหน็จ และหากในสัญญามีข้อตกลงว่าจะได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไป นายดำก็เรียกไม่ได้[235]

กรณีตามตัวอย่างนี้เป็นกรณีนายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่บุคคลภายนอกด้วยเช่นกัน แต่ลักษณะของการที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่นายหน้าเข้ารับทำหน้าที่นายหน้า จะเป็นการแตกต่างจากกรณีตามตัวอย่างแรก กล่าวคือ กรณีนี้เป็นกรณีที่นายหน้าเข้ารับเป็นนายหน้าให้กับทั้งตัวการและบุคคลภายนอก แต่ลักษณะของการเข้ากระทำการเป็นนายหน้านั้นเข้าลักษณะที่ทำให้ผลประโยชน์ของฝ่ายตัวการและฝ่ายบุคคลภายนอกนั้นขัดกัน กล่าวคือ ในกรณีนี้นายแดงตัวการฝ่ายผู้ขายมีความประสงค์จะขายที่ดินของตนโดย นายแดงได้บอกความประสงค์แก่นายดำว่าให้นายดำไปบอกขายที่ดินในราคาสูงสุดเท่าที่จะขายได้ และขณะเดียวกันนายดำก็ได้รับเข้าเป็นนายหน้าของนายเขียวและนายเขียวก็มีความประสงค์จะซื้อที่ดินโดยนายเขียวตัวการฝ่ายผู้ซื้อก็ได้บอกความประสงค์แก่นายดำว่า ให้ซื้อที่ดินในราคาที่ถูกที่สุดเท่าที่จะถูกได้เช่นกัน ดังนี้จะเห็นได้ว่าความประสงค์ของทั้งนายแดงและนายเขียวมีลักษณะอันเป็นการขัดแย้งกัน คือ อีกฝ่ายอยากจะขายให้ได้ในราคาสูง แต่ขณะเดียวกันอีกฝ่ายก็อยากจะซื้อให้ได้ในราคาต่ำ ในทางกฎหมายแม้นายดำจะมีฐานะเป็นนายหน้าเพียงฐานะเดียว แต่นายดำมีหน้าที่ที่ต้องงกระทำการให้แก่ตัวการทั้งสองฝ่ายอันเป็นการขัดแย้งกัน หากนายดำกระทำการอันเป็นการสมประโยชน์ของตัวการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ย่อมเป็นการกระทำที่เป็นการทำให้ตัวการอีกฝ่ายหนึ่งต้อง

---

[235] สถิตย์ เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 423-424.

เสียประโยชน์อยู่ในขณะเดียวกัน ดังนั้นหากนายดำกระทำการเป็นนายหน้าโดยทำให้นายเขียวสมประโยชน์ คือซื้อที่ดินตามราคาที่นายเขียวพึงพอใจ ขณะเดียวกันก็ต้องทำให้นายแดงเสียประโยชน์ คือขายที่ดินได้ในราคาต่ำกว่าที่ควรจะขายได้ ดังนี้นายดำจึงหามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากนายแดงไม่ กรณีถือได้ว่านายดำนายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตต่อนายแดงตัวการ แต่ในขณะเดียวกันถือได้ว่านายดำได้ปฏิบัติหน้าที่นายหน้าที่ไม่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่นายหน้าต่อนายเขียวตัวการ นายดำจึงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากนายเขียว จะเห็นได้ว่าการที่นายหน้ายังคงทำหน้าที่เป็นนายหน้าให้แก่ตัวการทั้งสองฝ่ายต่อไป โดยที่การกระทำหน้าที่นั้นทำให้ตัวการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเสียประโยชน์ที่ควรจะได้จากสัญญารายที่นายหน้าเข้าเป็นผู้ชี้ช่องหรือจัดการ กรณีจึงถือได้ว่าเป็นการที่นายหน้ากระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนรับทำหน้าที่นายหน้าอีกประการหนึ่งได้เช่นกัน

อาจกล่าวโดยสรุปว่ากรณีที่นายหน้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอกอันจะเข้าลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้า อาจเข้าลักษณะทำนองว่านายหน้าทราบข้อความจริงเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือคุณลักษณะของทรัพย์ที่ตัวการประสงค์จะเข้าทำนิติกรรมนั้น แต่นายหน้ากลับไม่บอกข้อความจริงให้ตัวการทราบอันอาจทำให้ตัวการได้รับความเสียหายประการหนึ่ง กับกรณีที่นายหน้าเข้ารับเป็นนายหน้าให้แก่ตัวการทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาเดียวกันแต่มีความประสงค์ในการเข้าทำนิติกรรมอันเป็นการขัดหรือแย้งกัน ซึ่งหากนายหน้าเข้ากระทำการอันเป็นการสมประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ย่อมทำให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียประโยชน์ในขณะเดียวกัน ดังนั้นการที่นายหน้าเข้ารับทำหน้าที่ให้แก่บุคคลภายนอกที่จะไม่เข้าลักษณะอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ของนายหน้านั้นจึงต้องมีเงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือต้องไม่เป็นการทำให้ตัวการอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบหรือมีผลประโยชน์ขัดกัน นายหน้าก็ย่อมทำการเช่นนั้นได้ ดังที่นักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้ความเห็นไว้[236]

5.2.2.2 กรณีนายหน้าได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้า

ตัวอย่าง นายดำเป็นนายหน้าขายที่ดินของนายแดงราคา 5 ล้านบาท ค่าบำเหน็จ 3 % และมีสิทธิที่จะได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไประหว่างวิ่งเต้น 3,000 บาท นายดำได้นำเรื่องนี้ไปเสนอแก่นายเขียว นายเขียวพูดกับนายดำว่าราคา 5 ล้านบาทก็ไม่แพง แต่ถ้านายดำจะช่วยต่อให้ได้ราคา 4,500,000 บาท นายเขียวจะให้รางวัลแก่นายดำ 200,000 บาท นายดำรับปาก แล้วกลับมาพูดกับนายแดงว่าราคา 5 ล้านบาทนั้นราคาสูงไป คงขายยากถ้าขายในราคา 4,500,000 บาทพอจะขายได้ นายแดง

---

[236] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 84.

หลงเชื่อจึงตกลงขายไปในราคา 4,500,000 บาท กรณีเช่นนี้เป็นกรณีที่นายหน้ารับคำมั่นจากบุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริต อันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่นายหน้าเข้าทำหน้าที่ทำให้นายหน้าเสียสิทธิที่จะได้รับค่าบำเหน็จและค่าใช้จ่ายคืน[237]

กรณีนายหน้าได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้าอาจเทียบเคียงได้กับกรณีตัวแทนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยเห็นแก่อามิสสินจ้าง[238] กล่าวคือ เป็นกรณีที่ตัวแทนเข้าทำกิจการใดแทนตัวการกับบุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกได้ให้หรือให้คำมั่นว่าจะให้ค่าจ้างหรือสิ่งตอบแทนเป็นลาภส่วนตัวแก่ตัวแทนนั้น ผลทางกฎหมายคือ ตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาที่ตัวแทนได้กระทำไปนั้น เหตุผลที่กฎหมายกำหนดไม่ให้ตัวการต้องผูกพันเช่นนี้ ก็เพราะตัวแทนมีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อตัวการ (Fiduciary duty) โดยจะต้องทำการไปในทางรักษาผลประโยชน์ของตัวการ หากตัวแทนทำการโดยเห็นแก่ผลประโยชน์ที่ได้รับจากคนอื่น ก็ย่อมจะไม่ทำการโดยรักษาประโยชน์ของตัวการเท่าที่ควรจะเป็น การกระทำเช่นนี้ของตัวแทนถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริตต่อตัวการ[239]

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีนายหน้ากระทำการโดยรับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกที่สัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตแล้ว ก็เป็นกรณีที่นายหน้ามีหน้าที่ที่จะต้องทำหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตไปในทางรักษาผลประโยชน์ของตัวการเช่นกัน แม้ว่าโดยหลักกฎหมายแล้วนายหน้าจะไม่มีอำนาจเข้ากระทำการแทนตัวการอย่างกรณีตัวแทนก็ตาม แต่เมื่อนายหน้าเข้ารับหน้าที่เป็นนายหน้าแล้ว นายหน้าต้องก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องปฏิบัติต่อตัวการด้วยความสุจริต โดยจะต้องกระทำหน้าที่ของนายหน้าไปในทางรักษาผลประโยชน์ของตัวการอย่างเช่นกรณีของตัวแทนเช่นกัน ดังนั้นหากนายหน้าทำการโดยเห็นแก่ค่าบำเหน็จที่บุคคลภายนอกให้คำมั่นว่าจะให้แก่นายหน้าจนทำให้นายหน้าละเลยในอันที่จะรักษาประโยชน์ของตัวการฝ่ายตนแล้ว ก็ย่อมเข้าลักษณะของการกระทำที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตเช่นกัน ดังนั้น การที่นายดำเข้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่

---

[237] สถิตย์ เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 424.

[238] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 825 บัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยเห็นแก่อามิสสินจ้างเป็นทรัพย์สินอย่างใดๆ หรือประโยชน์อย่างอื่นอันบุคคลภายนอกได้ให้เป็นลาภส่วนตัวก็ดี หรือให้คำมั่นว่าจะให้ก็ดี ท่านว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญา ซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย.”

[239] ไผทชิต เอกจริยกร. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 275-276.

นายแดง โดยที่นายดำเห็นแก่ค่าบำเหน็จที่นายเขียวบุคคลภายนอกให้คำมั่นว่าจะให้แก่นายดำเป็นเงินจำนวน 200,000 บาท จนนายดำละเลยในอันที่จะรักษาผลประโยชน์ของนายแดงตัวการ จนทำให้นายแดงต้องขาดทุนจากการขายที่ดินดังกล่าวไปในราคา 500,000 บาท เมื่อนายดำกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่โดยรับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกที่สัญญาว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแล้ว ผลในทางกฎหมายในกรณีนี้ คือ นายดำหามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จรวมทั้งค่าใช้จ่าย (หากมีการตกลงไว้) เป็นการตอบแทนไม่ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 และจากอุทาหรณ์ที่ปรากฏ หากนายเขียว ได้มอบหมายให้นายดำเป็นนายหน้าด้วย กรณีนี้นายดำก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จจากนายเขียว เพราะนายดำหาได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่นายหน้าต่อนายเขียวตัวการแต่อย่างใด นายดำจึงหาหมดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากนายเขียวไม่ แต่หากการจะให้รางวัลของนายเขียวแก่นายดำเป็นเพียงคำมั่นจะให้รางวัลแก่นายดำมื่อนายดำกระทำการตามที่นายเขียวประสงค์สำเร็จ โดยที่นายเขียวหาได้แต่งตั้งให้นายดำกระทำการเป็นนายหน้าด้วยแต่อย่างใดไม่ กรณีนี้นายดำก็ยังคงมีสิทธิได้รับเงินจำนวน 200,000 บาทเป็นการตอบแทน แต่เงินจำนวน 200,000 บาทที่นายดำมีสิทธิได้รับจากนายเขียวนั้นมีลักษณะเป็นการให้เป็นรางวัลจากการที่นายดำกระทำการตามที่นายเขียวประสงค์ได้สำเร็จ หาใช่ในฐานะที่เป็นค่าบำเหน็จไม่ เพราะนายเขียวและนายดำไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายตามสัญญานายหน้า

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 847 ในตัวบทภาษาอังกฤษความว่า “A broker is not entitled to remuneration or to reimbursement of his expenses if, c**ontrary to his engagement,** he has acted also for the third party or has been promised by such third party a remuneration which is not consistent with the broker acting in good faith” กับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 654 ในตัวบทภาษาอังกฤษ ความว่า“The claim to a brokerage fee and reimbursement of expenses are excluded if the broker, **contrary to the contents of the contract,** also worked for the other party” แล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งถ้อยคำที่ว่า “contrary to the contents of the contract” ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและถ้อยคำที่ว่า “contrary to his engagement” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ต่างแปลความได้ทำนองเดียวกันว่า “กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในสัญญา” ดังนั้นการใช้และตีความคำว่า “กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในสัญญา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงน่าจะมีความหมายเดียวกับการใช้และตีความคำว่า “กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในสัญญา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

แต่ข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 654 กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 847 คือลักษณะของการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า กล่าวคือตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดไว้เพียงกรณีเดียวเท่านั้น คือนายหน้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอกอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญา (contrary to the contents of the contract, also worked for the other party) อันเป็นการแตกต่างกับลักษณะของการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่กำหนดให้การที่นายหน้าได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการ โดยสุจริตเป็นลักษณะของการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่นายหน้าอีกประการหนึ่งด้วย

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า นอกจากนายหน้าจะมีหน้าที่เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกแล้ว นายหน้ายังต้องมีหน้าที่ในอันที่จะต้องปฏิบัติต่อตัวการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ไม่ฉ้อฉล หรือหลอกลวงตัวการฝ่ายตนโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากบุคคลภายนอกในกรณีที่ตนเข้ารับเป็นนายหน้าของบุคคลภายนอกนั้นด้วย รวมทั้งจะต้องไม่รับบำเหน็จอันไม่สมควรแก่นายหน้าผู้กระทำการด้วยความสุจริต อันจะทำให้ตัวการต้องเสียประโยชน์จากสัญญาที่นายหน้าเข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้น อันเป็นความมุ่งหมายสำคัญที่แฝงอยู่ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 847 ที่มุ่งหมายไม่ให้นายหน้าใช้หน้าที่ในการเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้แก่ตัวการ โดยมุ่งแสวงหาผลประโยชน์ใส่ตน นายหน้าจึงต้องเข้ากระทำหน้าที่ต่อตัวการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ดังนั้น หากนายหน้าเข้ากระทำหน้าที่ด้วยความไม่ซื่อสัตย์สุจริตแล้ว แม้ตัวการจะไม่ได้รับความเสียหาย นายหน้าก็หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติในมาตรา 847

การที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าตาม มาตรา 847นั้น อาจมีกรณีที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการ ดังนี้ความรับผิดของนายหน้ารายนั้นจะมีอย่างไรต่อตัวการ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป ดังนี้

ในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้กล่าวถึงเรื่องความรับผิดของนายหน้าที่มีต่อตัวการไว้ในเรื่องสัญญานายหน้าไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อได้พิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 98 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันได้บัญญัติถึงความรับผิดของนายหน้าไว้อย่างชัดเจน ในกรณีที่นายหน้าก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากข้อผิดพลาดหรือความบกพร่องของตน นายหน้ารายนั้นต้องรับผิดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในความเสียหายนั้น (The commercial broker is liable to both parties for damage caused by his fault) ในกรณีนี้อาจ

ตีความหมายรวมไปได้ว่าการที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า ในอันที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย นายหน้าก็ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายนั้นด้วย ซึ่งในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันได้บัญญัติถึงความรับผิดของนายหน้าไว้อย่างชัดเจนว่า หากนายหน้ากระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอันเนื่องมาจากความบกพร่องของตน ไม่ว่าความบกพร่องนั้นจะเกิดจากการที่ตนไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือความบกพร่องในการชำระหนี้ประการอื่น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว นายหน้าก็ต้องรับผิดต่อคู่สัญญานั้น อันเป็นข้อแตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 847 ที่มิได้มีกฎหมายบัญญัติถึงความรับผิดของนายหน้าประการอื่น นอกจากกรณีที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าเท่านั้น

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยเห็นว่า การที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าตาม มาตรา 847 แล้วทำให้ตัวการได้รับความเสียหายนั้น เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติความรับผิดของนายหน้าในกรณีเช่นว่านี้ไว้ การพิจารณาสิทธิของตัวการในอันที่จะเรียกร้องให้นายหน้าชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวการจึงต้องพิจารณาบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องหนี้ ซึ่งในเรื่องหนี้นั้นกรณีที่ลูกหนี้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้ก็แต่เฉพาะความเสียหาย อันเป็นผลมาจากความผิดของลูกหนี้ในการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ดังนั้นเพียงแต่เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วนนั้น หาเพียงพอที่จะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายได้ไม่ จะต้องปรากฏว่าการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วนนั้น เกิดขึ้นเพราะลูกหนี้เป็นผู้ก่อขึ้นด้วย[240] ซึ่งในกรณีที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่นี้พอจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นกรณีที่นายหน้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตรงความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ในอันที่ตัวการเจ้าหนี้จะเกิดสิทธิเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 215 ในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่ามิใช่กรณีที่นายหน้าไม่ชำระหนี้ให้ต้องตรงกับความประสงค์อันแท้จริงของมูลหนี้ เพราะหนี้ของนายหน้ามีเพียงประการเดียว คือหนี้กระทำการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จเท่านั้น ดังนั้นการที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าตาม มาตรา 847 จึงมิอาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่นายหน้าไม่ชำระหนี้ให้ต้องตรงความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ อันจะทำให้ตัวการเกิดสิทธิในอันที่จะเรียกให้นายหน้าชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

---

[240] โสภณ รัตนากร. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้** (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 145.

ดังนั้น กรณีที่นายหน้ากระทำการอันไม่สุจริตฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่เป็นนายหน้า จะถือว่าเป็นกรณีที่นายหน้าใช้สิทธิโดยไม่สุจริต อันเป็นการกระทำละเมิด (Abuse of Rights) ต่อตัวการตามมาตรา 421[241] ได้หรือไม่ ในประเด็นปัญหานี้ต้องพิจารณาประกอบกับหลักทั่วไปในมาตรา 420[242] ที่มาตรา 420 ขยายความรับผิดในละเมิดจากหลักทั่วไปในมาตรา 420 ออกไปในมาตรา 421 ว่าถ้าใช้สิทธินั้นเพื่อมุ่งแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็เป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นความผิดละเมิดได้ถ้ามีองค์ประกอบครบถ้วนตามมาตรา 420 หมายความว่าโดยปกติแล้วการกระทำโดยมีสิทธิหรือมีอำนาจที่กฎหมายรับรองไม่เป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าการกระทำโดยมีสิทธิมุ่งหมายจะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น คือเจตนาให้เกิดเสียหายโดยรู้อยู่แล้วว่าต้องเสียหายแก่เขาถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย[243] ดังนั้นเมื่อนายหน้ามีสิทธิซึ่งกฎหมายรับรองให้อำนาจไว้ แต่ได้ใช้อำนาจหรือใช้สิทธินั้นโดยมุ่งหมายจะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น คือตัวการ คือเจตนาให้เกิดเสียหายโดยรู้อยู่แล้วว่าต้องเสียหายแก่ตัวการ จึงเป็นกรณีที่นายหน้าจงใจทำต่อตัวการ โดยผิดกฎหมายให้ตัวการเสียหายในทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด กรณีจึงถือได้ว่านายหน้ากระทำการอันเป็นการละเมิดต่อตัวการ นายหน้าจึงจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตัวการอันเนื่องมาจากการที่ตนใช้สิทธิโดยไม่สุจริตโดยมุ่งหมายจะให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการ ดังนั้นตัวการจึงมีสิทธิเรียกร้องให้นายหน้าใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้นได้ ทั้งนี้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 438 แต่ตัวการต้องใช้สิทธิฟ้องร้องภายในกำหนดเวลา 1 ปีนับแต่ตัวการทราบถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือภายใน 10 ปีนับแต่วันทำละเมิด ทั้งนี้ตามมาตรา 448

ดังนั้น แม้ว่าตัวการจะไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องให้นายหน้าใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้โดยอาศัยมูลหนี้ตามสัญญานายหน้าได้ แต่ตัวการก็หาเสียสิทธิในอันที่จะฟ้องร้องให้นายหน้าชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน เนื่องจากการที่นายหน้ากระทำการอันไม่

---

[241] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย.”

[242] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น.”

[243] สุษม ศุภนิตย์. (2550). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด** (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 63.

สุจริตฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่เป็นนายหน้าโดยอาศัยมูลละเมิดได้ ด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมาข้างต้น

แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะไม่ได้กล่าวถึงเรื่องความรับผิดของนายหน้าที่มีต่อตัวการไว้ในเรื่องสัญญานายหน้าไว้อย่างชัดเจน และบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยเรื่องหนี้ก็ไม่อาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ตัวการใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายจากความเสียหายดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดที่สามารถนำมาช่วยแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อให้ตัวการสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นในกรณีดังกล่าวได้ ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ข้างต้น

5.2.3 นายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกับตัวการ

สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ ปัญหาเกี่ยวกับนายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการ โดยศึกษากรณีที่นายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการเสียเอง ในกรณีเช่นว่านี้จะถือว่านายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการอันเป็นการกระทำหน้าที่โดยไม่สุจริตหรือไม่ และผลบังคับในกรณีเช่นว่านี้จะเป็นเช่นไร ผู้วิจัยจะพิเคราะห์พิจารณาโดยละเอียดต่อไป ดังนี้

หลักผลประโยชน์ขัดกัน หรือผลประโยชน์ทับซ้อนนี้ (Conflict of interest) คือหลักที่ว่า หากบุคคลใดมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือผลประโยชน์ใด บุคคลนั้นไม่ควรเข้าไปเกี่ยวข้องหรือตัดสินใจในผลประโยชน์นั้น ผลก็คือเมื่อบุคคลใดมีผลประโยชน์หลายอย่าง และผลประโยชน์หลายอย่างเหล่านั้นขัดแย้งกัน บุคคลนั้นจึงไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือตัดสินใจในเรื่องหรือผลประโยชน์นั้นเลยไม่ว่าจะมีเหตุผลดี หรือเหมาะสมเพียงใดก็ตาม[244] นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความเห็นว่า[245]การทำนิติกรรมสองฝ่ายโดยบุคคลคนเดียวกัน เป็นไปได้ยากที่จะปฏิบัติโดยเที่ยงธรรม เพราะเป็นธรรมดาที่ฝ่ายหนึ่งต้องพยายามหาประโยชน์ในส่วนตัว ประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายจึงขัดกันหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน ดังนั้น การที่บุคคลหนึ่งทำงานในสองตำแหน่งที่ซึ่งมีผลประโยชน์ของงานขัดแย้งกัน และตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียใน

---

[244] สมบัติ พฤติพงศภัค. (2549, มิถุนายน). “หลักผลประโยชน์ขัดกันหรือผลประโยชน์ทับซ้อน.” **วารสารยุติธรรมปริทัศน์, 1, 6**. หน้า.119.

[245] กุศล บุญยืน. (2541). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 12). หน้า 60.

ตำแหน่งหน้าที่นั้น ย่อมทำให้การทำหน้าที่ของบุคคลนั้นไม่อาจพ้นความเคลือบแคลงได้ว่า บุคคลนั้นปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตหรือไม่

หลักผลประโยชน์ขัดกัน หรือผลประโยชน์ทับซ้อนนี้ (Conflict of interest) เป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด แฝงอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายมาตรา[246] ซึ่งในเรื่องผู้แทนนิติบุคคล และในเรื่องตัวแทนก็มีหลักกฎหมายนี้แฝงอยู่เบื้องหลังเช่นกัน ทั้งนี้เนื่องจากว่า ทั้งผู้แทนนิติบุคคลและตัวแทนต่างเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลหรือตัวการนั้น[247] การใดที่ผู้แทนนิติบุคคลหรือตัวแทนได้กระทำไปในนามของนิติบุคคลหรือในนามของตัวการและอยู่ภายใต้ขอบอำนาจที่ได้รับมอบมา การนั้นย่อมมีผลผูกพันนิติบุคคลหรือตัวการนั้น แต่หากการใดที่ผู้แทนนิติบุคคลหรือตัวแทนได้กระทำไปในนามของนิติบุคคลหรือในนามของตัวการมีลักษณะที่มีผลประโยชน์ของผู้แทนหรือตัวแทนเข้าไปเกี่ยวข้องด้วยแล้วก็ย่อมเป็นไปได้ยากว่าผู้แทนหรือตัวแทนจะปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความเที่ยงธรรม เพราะเป็นธรรมดาที่ผู้แทนหรือตัวแทนนั้นต้องพยายามหาประโยชน์ในส่วนตัว ดังนั้นกฎหมายจึงได้บัญญัติห้ามมิให้ทั้งผู้แทน[248] และตัวแทน[249] เข้าทำนิติกรรมใดๆที่ผลประโยชน์ของผู้แทน หรือตัวแทนขัดกับผลประโยชน์ของนิติบุคคล หรือตัวการ อันจะเป็นการเอาเปรียบนิติบุคคลหรือตัวการ หรือทำให้นิติบุคคลหรือตัวการนั้นต้องเสียหาย

---

[246] เช่น มาตรา 74 ห้ามมิให้ผู้แทนนิติบุคคลกระทำการอันมีผลประโยชน์ของตนเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของนิติบุคคล มาตรา 511 ห้ามมิให้ผู้ทอดตลาดเข้าสู้ราคาหรือสั่งให้ผู้อื่นเข้าสู้ราคา มาตรา 805 ห้ามมิให้ ตัวแทนทำนิติกรรมใดในนามของตัวการ ทำกับตนเอง หรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้ รับความยินยอมของตัวการ มาตรา 1038 และมาตรา 1066 ห้ามมิให้หุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดแข่งขันกับห้างหุ้นส่วน โดยหุ้นส่วนอื่นไม่ยินยอมให้ทำ และมาตรา 1168 ก็ห้ามกรรมการบริษัท มิให้ทำการค้าแข่งกับบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น นอกจากนั้น มาตรา 1575 ก็ห้ามมิให้ ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำการใด ๆ อันผลประโยชน์ของตนกับผลประโยชน์ของผู้เยาว์ขัดกัน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลก่อน และมาตรา 1574 (เดิม) ก็ห้ามมิให้ผู้ปกครองกระทำการอย่างเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้จัดการมรดกซึ่งเป็นตัวแทนของทายาททั้งหลายก็ตกอยู่ในข้อห้ามนี้เช่นเดียวกัน (มาตรา 1730) เป็นต้น.

[247] แต่ผู้แทนนิติบุคคลไม่ใช่ตัวแทนนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคลมีสภาพเป็นตัวการ หรือตัวนิติบุคคลนั้นเพียงแต่ผู้แทนเป็นบุคคลที่ดำเนินกิจการหรือความประสงค์ของนิติบุคคลแทนนิติบุคคลนั้น.

[248] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 74 บัญญัติว่า “ถ้าประโยชน์ได้เสียของนิติบุคคลขัดกับประโยชน์ได้เสียของผู้แทนนิติบุคคลในการอันใด ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นจะเป็นผู้แทนในการอันนั้นไม่ได้.”

[249] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805 บัญญัติว่า “ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการ จะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของ ตัวการ ทำกับตนเอง หรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก หาได้ไม่ เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้.”

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้า บทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าในมาตรา 847 บัญญัติไว้แต่เพียงว่าห้ามมิให้นายหน้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอกอันเป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่เท่านั้น จึงเป็นเฉพาะกรณีกฎหมายห้ามมิให้นายหน้าเข้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอก หากการนั้นมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนการทำหน้าที่ของนายหน้าและทำให้ตัวการได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนนั้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรานี้แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้ห้ามเป็นการเด็ดขาดว่าไม่ให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่บุคคลภายนอกด้วย เพราะโดยหลักแล้วหน้าที่สำคัญของนายหน้ามีเพียงหน้าที่เป็นสื่อกลางที่คอยชี้ช่องหรือจัดการให้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันเท่านั้น โดยที่ตนไม่มีอำนาจ หรือได้รับมอบอำนาจจากตัวการให้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกแทนตัวการอย่างเช่นกรณีตัวแทน ดังนั้น แม้ว่าบุคคลภายนอกที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ได้ทำสัญญากับตัวการจะมีผลประโยชน์ที่ขัดกับตัวการ นายหน้าก็หาได้มีส่วนต้องเข้าไปรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ ทั้งนี้เนื่องจากนายหน้าไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในสัญญาที่ได้ทำต่อกันเพียงเพราะตนเป็นสื่อ ดังนั้นหลักกฎหมายในส่วนนี้จึงมิได้มีการนำมาคำนึงถึงเท่าใด

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจาณาบทบัญญัติในมาตรา 847 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในมาตรา 805 ในเรื่องตัวแทนแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 847 มิได้บัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งอย่างเช่นกรณีตัวแทนว่า ห้ามไม่ให้นายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการ ดังนี้จะตีความว่านายหน้าสามารถใช้สิทธิในการกระทำการดังกล่าวได้หรือไม่ สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้กฎหมายจะมิได้บัญญัติห้ามไว้เป็นการชัดแจ้งอย่างเช่นกรณีของตัวแทน แต่การใช้สิทธิของบุคคลทุกคนย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต ซึ่งหลักสุจริตนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ความว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต” ซึ่งหลักสุจริตดังกล่าวมาจากภาษาลาตินว่า “Bona Fide” ในภาษาอังกฤษว่า “Good Faith” ในภาษาเยอรมันนีเรียกว่า “Treu and Glauben” ซึ่งแปลได้ว่า “ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” หมายความว่าบุคคลภายใต้ระบบกฎหมายนั้น จะต้องประพฤติตนอย่างซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกันได้ ความประพฤติใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความเป็นคนที่มีความซื่อสัตย์และความไว้วางใจย่อมนับว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักสุจริตตามมาตรา 5 นี้เป็น “หลักทั่วไป” ถือเป็นบทครอบจักรวาล แม้เรื่องใดจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นอยู่แล้ว หลักสุจริตก็ยังใช้เป็นมาตรฐานเพื่อชี้ขาดว่า การกระทำตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ได้กระทำ

โดยไม่ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจหรือไม่ และอาจนำมาใช้บังคับเป็นหลักทั่วไปในเรื่องใด ๆ ก็ตามที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ[250]

แต่แม้ว่าหลักสุจริตตามมาตรา 5 นี้ จะเป็นหลักทั่วไปและอาจนำมาใช้บังคับได้สำหรับในเรื่องใดๆก็ตามที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่หลักสุจริตนี้ ศาลไทยมิได้ใช้อย่างกว้างขวางในทุกกรณี ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยถึงขอบเขตของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไว้ เช่นในกรณีต่อไปนี้[251]

1. การแย่งใช้สิทธิหรือแสวงหาประโยชน์โดยที่รู้อยู่ว่าผู้อื่นมีสิทธิหรือได้ประโยชน์อยู่ก่อน[252]
2. รับรองหรือยินยอมให้ผู้อื่นได้สิทธิหรือประโยชน์บางอย่าง แล้วตอนหลังจะปฏิเสธไม่ได้ เป็นทำนองถูกกฎหมายปิดปาก[253]
3. กระทำการหลีกเลี่ยงกฎหมาย[254]
4. ใช้สิทธิทางศาลโดยมิชอบหรือเพื่อกลั่นแกล้งผู้อื่น[255]
5. ทำการฉ้อโกงหรือหาประโยชน์โดยมิชอบ[256]
6. ทำการโดยประมาทเลินเล่อให้ผู้สุจริตได้รับความเสียหาย[257]

---

[250] ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). “หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ.” **อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงหพันธ์ ป.ม.ท.ช., วันอังคารที่ 21 มิถุนายน 2526**.

[251] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 104-107.

[252] เช่น เข้าครอบครองที่ดินที่มีผู้ขอประทานบัตรทำเหมืองแร่ แล้วขัดขวางไม่ให้ผู้ได้รับประทานบัตรเข้าทำเหมืองแร่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 178/2485) ซื้อที่ดินโดยรู้ว่ามีผู้ครอบครองปรปักษ์อยู่แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 90/2516) แอบตัดหน้าไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยรู้อยู่ว่ามีผู้ใช้เครื่องหมายการค้านั้นอยู่ก่อนแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 814/2478) เป็นต้น.

[253] เช่น สามียอมให้ภริยามีชื่อในโฉนดที่ดินแต่ผู้เดียว และเคยให้ภริยาจำนองหรือขายฝากที่ดินนั้นมาก่อน ตอนหลังสามีจะบอกล้างนิติกรรมนั้นหาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 468/2488) เจ้าของที่ดินให้น้องสาวเอาที่ดินไปขายฝากโดยหลอกว่าเป็นเจ้าของที่ดินเอง ตอนหลังเจ้าของที่ดินจะฟ้องขอให้เพิกถอนการขายฝากหาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 575/2515) เป็นต้น.

[254] เช่น จดทะเบียนหย่าและแบ่งสินสมรสกันเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกยึดทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 408/2524) สมคบกันโอนทรัพย์เพื่อให้พ้นการบังคับคดี (คำพิพากษาฎีกาที่ 1540/2525).

[255] เช่น ผู้ให้เช่าซื้อยอมให้ผู้เช่าซื้อใช้ชื่อของผู้ให้เช่าซื้อขอคืนทรัพย์ของกลางจากศาล (คำพิพากษาฎีกาที่ 1528/2522) โจทก์ยินยอมให้ผู้จัดการมรดกขายที่ดินมรดกเพื่อเอาเงินมาแบ่งกันระหว่างทายาทแล้วกลับมาฟ้องห้ามมิให้ผู้จัดการมรดกแบ่งเงินแก่ทายาทอีก (คำพิพากษาฎีกาที่ 1700/2515) เป็นต้น.

[256] เช่น ขายที่ดิน ส.ค. 1 ให้เขาแล้ว กลับไปขอออก น.ส. 3 ทับที่ดินนั้นอีก (คำพิพากษาฎีกาที่ 2423/2519) เจ้าพนักงานบังคับคดีขายทรัพย์ของจำเลยต่ำกว่าราคาจริงมาก และหลอกลวงมิให้จำเลยมีโอกาสคัดค้านการขาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1429-1430/2525) เป็นต้น.

ดังนั้น การใช้หลักสุจริตในเรื่องใดๆที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องใช้ภายในขอบเขตที่จำกัดในอันที่จะไม่เป็นการทำลายซึ่งความยุติธรรมเช่นกัน

สำหรับบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้านั้น แม้ว่าจะมิได้บัญญัติห้ามไม่ให้นายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการไว้เป็นการชัดแจ้งอย่างเช่นกรณีของตัวแทน แต่การใช้สิทธิของนายหน้าในการเข้ากระทำการดังกล่าวก็ย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตด้วย เมื่อตัวการได้มอบหมายให้นายหน้ากระทำหน้าที่เป็นนายหน้าของตนแล้ว นายหน้าก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อตัวการด้วยความซื่อสัตย์และสุจริตตามที่ตัวการได้ไว้วางใจและมอบหมายให้ แม้ว่าหน้าที่ในการที่จะต้องปฏิบัติต่อตัวการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กฎหมายจะมิได้บัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งว่าให้นายหน้าต้องกระทำการเช่นนั้น แต่หน้าที่นี้เป็นหน้าที่ตามหลักสัจธรรม[258] ที่แม้กฎหมายมิได้กำหนด นายหน้าก็ควรต้องมีหน้าที่เช่นนี้

ดังนั้นในกรณีที่นายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการ หากนายหน้าปฏิบัติต่อตัวการในฐานะที่ตนเป็นนายหน้าและในฐานะที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาที่ตนเข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และมิได้ทำให้ตัวการต้องเสียประโยชน์จากการเข้าทำสัญญากับนายหน้าแต่อย่างใด แม้นายหน้าจะกระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการ กรณีเช่นว่านี้ก็หาใช่เป็นกรณีที่นายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการอันจะถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไม่[259] และ

---

[257] เช่น โจทก์ลงชื่อในใบมอบฉันทะ ซึ่งไม่ได้กรอกข้อความมอบให้จำเลยที่ 1 พร้อมด้วยสำเนาทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวและโฉนดที่ดิน เป็นเหตุให้จำเลยที่ 1 ยักยอกเอาที่ดินไปขาย จำเลยที่ 2 รับซื้อไว้โดยสุจริต นับว่าโจทก์ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การที่โจทก์ฟ้องเรียกที่ดินคืนเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (คำพิพากษาฎีกาที่ 6403/2540).

[258] สถิตย์ เล็งไธสง. เล่มเดิม. หน้า 117.

[259] คำพิพากษาฎีกาที่ 5604/2548 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยทั้งสองต้องรับผิดชำระค่านายหน้าให้แก่โจทก์เพียงใด เห็นว่า ตามสัญญานายหน้าจำเลยทั้งสองตกลงจ่ายค่านายหน้าให้แก่โจทก์ไว้ 2 กรณี ในกรณีแรกตามสัญญาข้อ 3 ถ้าโจทก์ชี้ช่องให้จำเลยทั้งสองขายอาคารพาณิชย์ได้ในราคาไม่ต่ำกว่าห้องละ 6,500,000 บาท จำเลยทั้งสองตกลงจ่ายค่านายหน้าห้องละ 300,000 บาท ในกรณีที่สอง ตามสัญญาข้อ 4 หากโจทก์สามารถชี้ช่องให้จำเลยทั้งสองขายอาคารพาณิชย์ได้ในราคาสูงกว่าที่กำหนดไว้ในข้อ 3 จำเลยทั้งสองตกลงให้จำนวนเงินส่วนที่เกินเป็นของโจทก์ ดังนั้น เมื่อโจทก์ชี้ช่องให้จำเลยทั้งสองขายอาคารพาณิชย์ห้อง เอ. 9 และ เอ. 10 ได้ตามราคาที่กำหนด โจทก์ย่อมมีสิทธิได้ค่านายหน้าห้องละ 300,000 บาท ตามสัญญาข้อ 3 และโจทก์ชี้ช่องให้จำเลยทั้งสองขายอาคารพาณิชย์ห้อง เอ. 2, เอ. 6 ถึง เอ. 8 ในราคาสูงกว่าที่กำหนด โจทก์ย่อมมีสิทธิได้รับค่านายหน้าที่ชี้ช่องให้จำเลยทั้ง

นายหน้ายังคงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จอยู่ตามเดิมเช่น นาย ก ตัวการมอบหมายให้นาย ข กระทำการเป็นนายหน้าขายที่ดินของตนในราคา 1,000,000 บาท นาย ข นายหน้า เห็นว่าที่ดินแปลงนี้เหมาะแก่การทำประโยชน์ของตน และราคานี้นาย ข ก็พึงพอใจที่จะซื้อจึงบอกกล่าวแก่นาย ก ว่าตนประสงค์จะซื้อที่ดินรายนี้ตามที่ นาย ก เสนอราคามา ดังนี้หากนาย ข เข้าทำสัญญากับ นาย ก เสียเองก็ไม่ถือว่าเป็นกรณีที่นาย ข นายหน้าใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแต่อย่างใด เนื่องจากมิได้ทำให้ นาย ก ต้องเสียสิทธิหรือเสียประโยชน์ เนื่องจากราคาประเมินของที่ดินรายนี้ทั้งนาย ก และนาย ข ก็ทราบดีว่าเป็นราคาประเมินที่สูงที่สุดในขณะที่ทำการซื้อขายนี้ แม้ว่าจะมีบุคคลอื่นมาเสนอซื้อก็ยังคงขายได้ในราคาดังกล่าว และการที่นาย ข เสนอซื้อที่ดินรายดังกล่าวก็มิใช่เป็นกรณีที่ นาย ข นายหน้ากระทำการในลักษณะที่มีผลประโยชน์ขัดกับตัวการ เพราะทั้ง นาย ก และ นาย ข ต่างพึงพอใจที่จะทำการซื้อขายตามราคาที่ได้ตกลงกันไว้ และนาย ข หาได้กระทำการใด ๆ อันเข้าลักษณะที่จะทำให้ตนได้ประโยชน์และจะทำให้ นาย ก ตัวการต้องเสียประโยชน์แต่อย่างใด กรณีเช่นว่านี้ก็มิอาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่นายหน้ากระทำการโดยไม่สุจริต ในอันจะทำให้ผลประโยชน์ระหว่างตนกับตัวการเข้า

สองขายอาคารพาณิชย์ได้ในราคาไม่ต่ำกว่าที่กำหนดตามสัญญาข้อ 3 และมีสิทธิได้รับเงินในส่วนที่สามารถชี้ช่องให้จำเลยทั้งสองขายในราคาสูงกว่าที่กำหนดตามสัญญาข้อ 4 อีกด้วย ที่ศาลล่างทั้งสองวินิจฉัยว่าโจทก์มีสิทธิได้รับค่านายหน้าทั้งสองกรณีชอบแล้ว ฎีกาของจำเลยทั้งสองในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยทั้งสองว่า จำเลยทั้งสองมีสิทธิริบเงินค่านายหน้าดังกล่าวเพราะโจทก์ผิดสัญญาจะซื้อจะขายห้อง เอ. 1 หรือไม่ เพียงใด เห็นว่า **ตามสัญญานายหน้าข้อ 5 ระบุไว้ชัดว่า โจทก์และจำเลยทั้งสองตกลงกันให้ถือว่าค่านายหน้าที่โจทก์พึงได้รับส่วนหนึ่งเป็นการชำระค่าซื้อห้อง เอ. 1 ส่วนที่เหลือโจทก์จะชำระให้แก่จำเลยทั้งสองเป็นเงินสดภายใน 150 วัน นับแต่วันทำสัญญาจะซื้อจะขายกันเป็นต้นมา** โจทก์และจำเลยทั้งสองยังคงโต้เถียงพิพาทกันถึงจำนวนเงินค่านายหน้าที่โจทก์พึงมีสิทธิได้รับจากจำเลยทั้งสองตามสัญญานายหน้าซึ่งย่อมส่งผลให้ไม่สามารถคำนวณจำนวนหนี้ค่าซื้อห้อง เอ. 1 ส่วนที่เหลือไว้ว่าเท่าไร ดังนั้น การที่โจทก์ยังไม่ชำระหนี้ค่าซื้อห้อง เอ. 1 ให้แก่จำเลยทั้งสอง เพราะพฤติการณ์ดังกล่าวยังถือไม่ได้ว่าโจทก์ตกเป็นผู้ผิดสัญญาจะซื้อจะขาย จำเลยทั้งสองไม่มีสิทธิเลิกสัญญา การบอกเลิกสัญญาของจำเลยทั้งสองจึงไม่ทำให้สัญญาจะซื้อจะขายห้อง เอ. 1 ระงับลงเพราะไม่มีผลเป็นการบอกเลิกสัญญาตามกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาจำเลยทั้งสองได้นำห้อง เอ. 1 ที่ตกลงขายให้แก่โจทก์นั้นไปขายให้แก่บุคคลอื่นโดยโจทก์มิได้ทักท้วงหรือเรียกร้องให้จำเลยทั้งสองปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขาย ซึ่งถือได้ว่าโจทก์และจำเลยทั้งสองตกลงเลิกสัญญาจะซื้อจะขายห้อง เอ. 1 โดยปริยาย โจทก์และจำเลยทั้งสองต้องยอมให้แต่ละฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 โจทก์จึงมีสิทธิได้รับเงินค่านายหน้าจำนวน 3,000,000 บาท ที่จำเลยทั้งสองหักไว้เป็นการชำระค่าซื้อห้อง เอ. 1 คืน พร้อมดอกเบี้ยตามมาตรา 391 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แต่เมื่อศาลอุทธรณ์ภาค 9 พิพากษาให้จำเลยทั้งสองรับผิดชำระค่านายหน้าเพียง 2,500,000 บาท โจทก์มิได้ฎีกาโต้แย้ง จึงเป็นอันยุติตามที่ศาลอุทธรณ์ภาค 9 พิพากษา ฎีกาของจำเลยทั้งสองในข้อนี้ฟังไม่ขึ้นเช่นกัน พิพากษายืน ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นฎีกาให้เป็นพับ.

ลักษณะเป็นผลประโยชน์ขัดกัน นอกจากนี้เมื่อนาย ข ได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้นาย ก ได้เข้าทำสัญญาเป็นผลสำเร็จ นาย ข ยังคงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จอยู่ตามเดิม

ดังนั้น การที่นายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการที่จะเข้าลักษณะของการทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการอันจะเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนั้น นายหน้ารายนั้นจะต้องกระทำการเป็นทั้งนายหน้าและเป็นทั้งคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนเข้าชี้ช่องหรือจัดการในลักษณะที่นายหน้าเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญานั้นด้วย และผลจากการที่นายหน้าเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาทำให้นายหน้าใช้สิทธิโดยไม่สุจริตทำให้ตัวการต้องเสียประโยชน์ และขณะเดียวกันก็ทำให้นายหน้าได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น เช่น นาย ก ตัวการมอบหมายให้นาย ข เป็นนายหน้าบอกขายที่ดินของตนในราคา 1,000,000 บาท (ซึ่งความจริงแล้วที่ดินแปลงนี้จะขาย 1,500,000 บาท ก็ขายได้ แต่นาย ข กลับไม่บอกข้อเท็จจริงแก่นาย ก) แต่นาย ข กลับนิ่งเฉยไม่ไปบอกขายที่ดินรายนี้ และวันต่อมานาย ข กลับมาบอกนาย ก ว่า ไม่มีผู้ใดสนใจจะซื้อ แต่นาย ข อยากได้ไว้เองจึงบอกแก่นาย ก ว่าตนประสงค์จะซื้อ และนาย ก ได้ตกลงขายให้แก่นาย ข ในราคา 1,000,000 บาท ดังนี้ แม้ราคาที่นาย ก บอกขายให้แก่นาย ข จะเป็นราคาที่นาย ก พึงพอใจที่จะขายก็ตาม แต่หากนาย ก ทราบข้อความจริงเกี่ยวกับราคาที่ดินที่แท้จริง และหากมีการบอกขายที่ดินรายนี้แก่บุคคลอื่น นาย ก อาจขายที่ดินได้ในราคาที่สูงกว่า 1,000,000 บาทก็เป็นได้ แต่เนื่องจากนาย ข นายหน้าใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เพราะตนจะเข้าไปมีผลประโยชน์ได้เสียในสัญญารายดังกล่าวจึงไม่บอกราคาที่แท้จริงของที่ดินให้นาย ก ทราบจึงทำให้นาย ก ต้องเสียประโยชน์จากการขายที่ดินรายนี้ กรณีจึงเข้าลักษณะนายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการอันเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แม้สัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างนาย ก กับนาย ข จะสมบูรณ์บังคับกันได้ แต่เมื่อนาย ข กระทำการโดยไม่ซื่อสัตย์สุจริตต่อตัวการ นาย ข ก็หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จ รวมทั้งค่าใช้จ่าย (หากมีการตกลงไว้) เป็นการตอบแทนจากนาย ก ตัวการไม่

ดังนั้น กรณีที่นายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการในอันที่จะเข้าลักษณะนายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการนั้นต้องเป็นกรณีที่นายหน้าเข้าทำสัญญาในฐานะที่เป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการแล้วทำให้ตัวการต้องเสียประโยชน์ หรือต้องเสียหายจากการที่ตนใช้หน้าที่ของตนในการแสวงหาประโยชน์จากการนั้นด้วย อันเข้าลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่ซื่อสัตย์สุจริตของนายหน้าอีกประการหนึ่ง ดังนั้น หากนายหน้าเข้าทำสัญญาในฐานะที่เป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการ แต่การเข้าทำสัญญานั้นนายหน้าเข้ากระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต มิได้ทำให้ตัวการต้อง

เสียประโยชน์แต่อย่างใด ก็ถือไม่ได้ว่านายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการในอันที่จะเป็นการทำหน้าที่ด้วยความไม่ซื่อสัตย์สุจริตอีกประการหนึ่ง นายหน้ารายนี้ก็หาถูกตัดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากตัวการไม่ เพราะถือว่าสัญญาได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากการที่ตนได้เข้าชื้อช่องหรือจัดการด้วยเช่นกัน แต่หากนายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการ อันเข้าลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่ซื่อสัตย์สุจริตของนายหน้า ผลทางกฎหมาย คือนายหน้าก็หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติในมาตรา 847

นอกจากนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจที่เกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3648/2529[260] ดังนี้

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ 1 เป็นนิติบุคคล จำเลยที่ 2 เป็นกรรมการผู้จัดการมีอำนาจกระทำการแทนจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 3 เป็นพนักงานบริหารของจำเลยที่ 1 จำเลยได้ติดต่อขอให้โจทก์จัดการขายที่ดินของจำเลยที่ 1 โดยให้คำมั่นว่าจะจ่ายบำเหน็จค่านายหน้า โจทก์เสนอขายที่ดินแปลงดังกล่าวให้แก่บริษัทอุตสาหกรรมรังสิตจำกัด ในราคา 73 ล้านบาท และบริษัทนิคมอุตสาหกรรมรังสิต จำกัด ทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินดังกล่าวกับจำเลยที่ 1 ตามการชี้ช่องของโจทก์ จำเลยจึงต้องจ่ายค่าบำเหน็จนายหน้าให้แก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ย

จำเลยที่ 1 ให้การว่า โจทก์เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัทนิคมอุตสาหกรรม รังสิต จำกัด โจทก์เป็นกรรมการบริษัท จำเลยที่ 1 ตกลงทำสัญญาจะซื้อขายไม่ใช่เนื่องจากการชี้ช่องของโจทก์ จำเลยที่ 1 ไม่เคยตกลงให้โจทก์เป็นนายหน้า บริษัทนิคมอุตสาหกรรมรังสิต จำกัด ตกลงเลิกสัญญาจะซื้อขายกับจำเลยที่ 1 และขอลดเงินมัดจำที่จะต้องถูกริบ 11 ล้านบาท โดยยอมให้ริบเพียง 3 ล้านบาท การโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาไม่เกิดขึ้น สัญญาข้อ 5 ระบุไว้ว่าจำเลยที่ 1 จะจ่ายค่าบำเหน็จนายหน้าในวันที่โอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์ที่ซื้อขาย การเจรจาขอซื้อที่ดินตลอดจนตกลงเลิกสัญญา และการขอลดการริบเงินมัดจำ โจทก์เป็นผู้ติดต่อแทนบริษัทนิคมอุตสาหกรรมรังสิต จำกัด ทั้งสิ้น การที่จำเลยที่ 1 ตกงจะจ่ายค่าบำเหน็จนายหน้าก็เพื่อให้บริษัทในครอบครัวของโจทก์จ่ายเงินค่าซื้อที่ดินน้อยลง การฟ้องคดีนี้ของโจทก์จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ขอให้ยกฟ้อง

จำเลยที่ 2 ที่ 3 ให้การทำนองเดียวกับจำเลยที่ 1 กับให้การว่า หากจำเลยที่ 1 ตกลงให้ค่านายหน้า สัญญานายหน้าก็ไม่ผูกพันจำเลยที่ 2 ที่ 3 ซึ่งเป็นเพียงเจ้าหน้าที่หรือผู้แทน ขอให้ยกฟ้อง

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วพิพากษาให้จำเลยที่ 1 ใช้เงินค่านายหน้าแก่โจทก์ 1,825,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย คดีสำหรับจำเลยที่ 2 ที่ 3 ให้ยกฟ้อง

---

[260] คำพิพากษาฎีกาที่ 3648/2529ย่อข้อกฎหมาย ศูนย์บริการข้อมูลตุลาการ ระบบสารสนเทศคำพิพากษาของศาลฎีกา.

โจทก์และจำเลยที่ 1 อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน จำเลยที่ 1 ฎีกา

ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า โจทก์เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัทนิคมอุตสาหกรรมรังสิต จำกัด โจทก์เป็นนายหน้าชี้ช่องให้บริษัทนิคมอุตสาหกรรมรังสิต จำกัด เข้าทำสัญญาจะซื้อขาย และค่าบำเหน็จนายหน้าคิดเป็นเงิน 1,825,000 บาทตามสัญญาจะซื้อขายเอกสารหมาย จ. 6 โจทก์ทราบข้อความในสัญญาและลงลายมือชื่อเป็นพยานในสัญญา ต่อมามีการแก้ไขเอกสารหมาย จ.6 โดยเพิ่มเงินมัดจำเป็น 8 ล้านบาท และยืดเวลาการชำระค่าที่ดินส่วนที่เหลือ ครั้นถึงกำหนดผู้ซื้อได้ชำระเงินทั้งหมดให้จำเลยที่ 1 คงชำระเพียง 6 ล้านบาท ต่อมาผู้ซื้อและจำเลยที่ 1 ได้ตกลงเลิกสัญญาจะซื้อขายที่ดินแปลงดังกล่าวต่อกันตามเอกสารหมาย ล.6 แล้ววินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายว่า...ประเด็นข้อต่อไปที่จำเลยที่ 1 ฎีกาว่า โจทก์เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของผู้ซื้อ เป็นตัวแทนผู้ซื้อมาติดต่อขอซื้อที่ดิน ตลอดจนขอเลิกสัญญา และโจทก์เป็นพยานในสัญญาพิพาท (เอกสารหมาย จ. 6) การที่โจทก์ฟ้องคดีนี้จึงเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตและดำเนินคดีโดยไม่สุจริตนั้น เห็นว่าบริษัทนิคมอุตสาหกรรมรังสิต จำกัด ผู้ซื้อ เมื่อได้จดทะเบียนแล้ว ย่อมเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลกับสิทธิและหน้าที่ของผู้เป็นหุ้นส่วนจึงต้องแยกพิจารณาต่างหากจากกัน การที่โจทก์เป็นนายหน้าชี้ช่องให้ผู้ซื้อเข้าทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินกับจำเลยที่ 1 นิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 เป็นไปตามสัญญานายหน้าส่วนนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อกับจำเลยที่ 1 เป็นไปตามสัญญาจะซื้อขายเพราะเป็นคนละสัญญาและมิใช่เป็นคู่สัญญารายเดียวกัน ทั้งโจทก์ก็ทำสัญญานายหน้ากับจำเลยที่ 1 ในฐานะส่วนตัวของโจทก์เอง มิได้เกี่ยวข้องกับบริษัทนิคมอุตสาหกรรมรังสิตจำกัด แต่อย่างใดไม่ ฉะนั้น การที่โจทก์ฟ้องเรียกค่านายหน้าจากจำเลยที่ 1 เป็นคดีนี้จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตหรือดำเนินคดีโดยไม่สุจริต ศาลล่างทั้งสองพิพากษาชอบแล้ว ฎีกาจำเลยที่ 1 ฟังไม่ขึ้น พิพากษายืน

เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาฎีกาที่ 3648/2529 แล้วจะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่จำเลยที่ 2 (ตัวการ) เป็นผู้ติดต่อให้โจทก์ (นายหน้า) จัดการขายที่ดินของจำเลยที่ 1 (นิติบุคคล) โดยจำเลยที่ 2 ให้คำมั่นว่าจะจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่โจทก์อันเข้าลักษณะของสัญญาแต่งตั้งนายหน้าแล้ว และเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าโจทก์มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัทนิคมอุตสาหกรรมรังสิต จำกัด (บุคคลภายนอก) (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “บริษัท น”) ด้วย ดังนี้จะถือเป็นกรณีที่โจทก์กระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของจำเลยที่ 2 และขณะเดียวกันก็เป็นคู่สัญญากับจำเลยที่ 2 ในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการนั้นด้วยหรือไม่ สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เมื่อบริษัท น. ได้จดทะเบียนเป็นบริษัท จำกัดแล้ว บริษัท น. ย่อมมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทนั้น ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 ดังนั้นความประสงค์ของบริษัท น .ย่อมแสดงออกโดยผู้แทน

ของนิติบุคคล ซึ่งก็คือกรรมการของบริษัท น.นั้นเอง ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรค 2 ประกอบมาตรา 1144 ดังนั้นเมื่อโจทก์มีฐานะเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของ บริษัท น. ในทางกฎหมายโจทก์จึงมีฐานะแยกต่างหากจากบริษัท น. และความประสงค์ของบริษัท น. ย่อมแสดงออกโดยกรรมการของบริษัท น. เท่านั้น เมื่อโจทก์มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นไม่ใช่ผู้จัดการหรือกรรมการของบริษัท โจทก์จึงไม่มีอำนาจจัดการในบริษัท น. ได้โดยตรง โจทก์จึงมิใช่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่โจทก์ได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้จำเลยที่ 2 ได้เข้าทำสัญญากับบริษัท น. จึงถือไม่ได้ว่า การที่โจทก์เป็นนายหน้าเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้จำเลยที่ 2 ได้เข้าทำสัญญากับบริษัท น. เป็นกรณีที่โจทก์กระทำการในฐานะที่โจทก์เป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาที่โจทก์ทำกับจำเลยที่ 2 เสียเอง แต่เป็นกรณีที่โจทก์กระทำการในฐานะที่โจทก์เป็นนายหน้าเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้จำเลยที่ 2 และบริษัท น. ได้เข้าทำสัญญากัน ในฐานะส่วนตัวของโจทก์เอง มิได้เกี่ยวข้องกับบริษัท น.แต่อย่างใด ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ ดังนั้นการที่โจทก์ฟ้องร้องเรียกค่านายหน้าจากจำเลยที่ 1 เป็นคดีนี้จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการที่โจทก์ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหรือดำเนินคดีโดยไม่สุจริตแต่อย่างใด

กรณีนี้จึงมิใช่กรณีที่นายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการที่จะทำให้นายหน้าเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากสัญญาที่ได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้น ดังนั้นแม้ว่านายหน้ารายนี้จะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท น. ก็ตามแต่เมื่อฐานะทางกฎหมายระหว่างผู้ถือหุ้นและบริษัท น.นั้นแยกออกจากกันอย่างชัดเจน และนายหน้าก็หาได้มีส่วนในอันที่จะเข้าบริหารจัดการใด ๆ ในบริษัท น. โดยตรง กรณีไม่อาจถือได้ว่า นายหน้าทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกับตัวการ ดังเช่นกรณีที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้ามิได้ห้ามนายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการแล้ว นายหน้ารายนั้นก็ย่อมกระทำการเช่นนั้นได้ แต่เมื่อใดก็ตามที่นายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการอันถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต นายหน้ารายนั้นก็หามีสิทธิได้รับบำเหน็จ รวมทั้งค่าใช้จ่ายเป็นการตอบแทนไม่ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 และหากการกระทำการเช่นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใด ๆ แก่ตัวการ นายหน้าก็ต้องรับผิดในความเสียหายนั้น ทั้งนี้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิด

5.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธ ไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก

เมื่อตัวการตกลงแต่งตั้งให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้าและบุคคลนั้นได้ยอมรับเข้ากระทำการเป็นนายหน้า นายหน้ารายนั้นจะเกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน

ก็ต่อเมื่อตนได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ แต่ถ้าหากนายหน้าเพียงแต่จัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกได้พบปะ เจรจากัน แต่ตัวการและบุคคลภายนอกไม่สามารถตกลงในเรื่องต่างๆกันได้ จึงไม่ได้ทำสัญญากัน นายหน้าก็หามีสิทธิได้รับบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนไม่ แต่อย่างไรก็ตามหากตัวการและนายหน้าได้ทำความตกลงกันไว้ว่านายหน้ามีสิทธิได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไป นายหน้าก็มีสิทธิเรียกร้องในค่าใช้จ่ายนั้น แม้ว่าสัญญาจะมิได้ทำกันสำเร็จ ดังนั้นค่าใช้จ่ายที่นายหน้ามีสิทธิเรียกร้องจากตัวการนี้จึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ว่าสัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการได้ทำกันสำเร็จหรือไม่ แต่การได้รับชดใช้คืนซึ่งค่าใช้จ่ายนี้ต้องอยู่บนพื้นฐานของความตกลงระหว่างตัวการและนายหน้าโดยมีกฎหมายในเรื่องสัญญานายหน้าสนับสนุนให้กระทำเช่นนั้นได้[261]

หากกรณีที่สัญญามิได้ทำกันสำเร็จ เนื่องจากตัวการและบุคคลภายนอกไม่สามารถตกลงกันได้ในข้อสัญญาต่าง ๆ ดังนี้ก็ย่อมเป็นความเสี่ยงภัยเสียสิทธิของนายหน้าเองว่าตนอาจจะไม่ได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากการเข้าทำหน้าที่ดังกล่าว แต่หากการที่สัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการไม่ได้ทำกันสำเร็จเกิดขึ้นจากฝ่ายตัวการจงใจไม่ยอมเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก ทั้งนี้เนื่องจากตัวการอาจเกิดความเสียดายในค่าบำเหน็จไม่อยากจ่ายให้แก่นายหน้า หรืออาจเกิดจากตัวการและบุคคลภายนอกสมคบกันเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า ตัวการจึงปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกในขณะนั้นแต่กลับแอบไปทำสัญญากันเองลับหลังนายหน้า ทำให้นายหน้าต้องเสียสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จดังกล่าวเป็นการตอบแทน อีกทั้งหากตัวการและนายหน้ามิได้ทำความตกลงในเรื่องค่าใช้จ่ายไว้ ดังนี้นายหน้ารายนั้นก็หามีสิทธิได้รับชดใช้คืนซึ่งค่าใช้จ่ายที่เสียไปด้วยไม่ เมื่อบทบัญญัติในมาตรา 845 กำหนดไว้ว่า ตราบใดที่สัญญายังไม่ได้ทำกันสำเร็จ นายหน้าก็หาได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่ แต่ถ้าหากพฤติการณ์ที่ทำให้สัญญามิได้ทำกันสำเร็จมิได้เกิดขึ้นจากการที่นายหน้าขาดความสามารถในการเข้ากระทำการเป็นนายหน้า แต่เกิดขึ้นเนื่องจากการที่ตัวการมีพฤติการณ์ที่ไม่สุจริตดังที่ได้กล่าวข้างต้น ดังนี้นายหน้าจะใช้สิทธิเรียกร้องในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างไรได้บ้าง เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่นายหน้าในอันที่จะใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่นายหน้าอันเนื่องจากพฤติการณ์ดังกล่าว จึงเป็นข้อที่ควรนำมาพิจารณาประการหนึ่งว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่มีอยู่นั้น บทบัญญัติในส่วนใดที่สามารถนำมาปรับใช้ เพื่อแก้ไขกรณีปัญหาดังกล่าวได้บ้าง ซึ่งผู้วิจัยจะได้พิเคราะห์พิจารณาต่อไป โดยศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ ประกอบกับแนวคำพิพากษาฎีกาที่ปรากฏ

---

[261] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 2 บัญญัติว่า “นายหน้ามีสิทธิจะได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้บังคับแม้ถึงว่าสัญญาจะมิได้ทำกันสำเร็จ.”

เพื่อนำมาพิจารณาเป็นแนวทางในการตีความกฎหมายและปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้ต่อไป ดังนี้

สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายนั้นเป็นสิทธิเรียกร้องประการหนึ่งของเจ้าหนี้ กล่าวคือ เจ้าหนี้ในมูลหนี้ตามสัญญาจะเกิดสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหาย ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้แล้วแต่ไม่ถูกต้อง ไม่ครบถ้วน ไม่ตรงต่อเวลา และเกิดความเสียหายขึ้นแก่เจ้าหนี้[262] หรือกรณีเจ้าหนี้ในมูลละเมิด เจ้าหนี้จะเกิดสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายก็ต่อเมื่อศาลได้พิพากษาให้ผู้ทำละเมิด (ลูกหนี้) ต้องรับผิด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกรณีที่เป็นการชดใช้ค่าเสียหายที่บุคคลทั้งสองฝ่ายยังไม่มีความผูกพันทางกฎหมายกันมาก่อน แต่เป็นหนี้ที่เกิดเนื่องจากกฎหมายกำหนดเมื่อมีการล่วงสิทธิผิดหน้าที่และเกิดความเสียหายขึ้น[263] ดังนั้นการที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ตนได้นั้น ไม่ว่าหนี้นั้นจะเกิดจากมูลหนี้ใด ก็ต่อเมื่อมีการทำผิดหน้าที่ของลูกหนี้หรือมีการล่วงสิทธิผิดหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ด้วย เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดความรับผิดไว้โดยเด็ดขาดโดยถือว่าต้องรับผิดแม้ไม่มีความเสียหาย ดังนั้นหากเจ้าหนี้ไม่ได้รับความเสียหายแม้ว่าลูกหนี้จะทำผิดหน้าที่ เจ้าหนี้ก็หามีสิทธิเรียกค่าเสียหายไม่ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่า ค่าเสียหายมีเพื่อชดใช้ความเสียหาย หรือการชดใช้ค่าเสียหายก็เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิหรือประโยชน์ของเจ้าหนี้ จะมีการชดใช้ค่าเสียหายกันก็ต่อเมื่อสิทธิหรือประโยชน์ของเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายแล้ว[264]

ในกรณีสัญญานายหน้า การที่สัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการมิได้เกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จอันเนื่องมาจากฝ่ายตัวการปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยจงใจที่จะไม่ชำระค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนแก่นายหน้านั้น หากนายหน้าได้รับความเสียหายจากที่ตัวการปฏิเสธเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกในกรณีดังกล่าวนี้ นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายอย่างไรได้บ้าง เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่นายหน้าในอันที่จะใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่นายหน้าอันเนื่องจากพฤติการณ์ดังกล่าวได้

ในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อตัวการได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้าแล้ว นายหน้ามีหน้าที่หรือหนี้ในอันที่จะต้องใช้ความสามารถของตนในการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เป็นผลสำเร็จ ส่วนทางด้าน

---

[262] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 143.

[263] สุษม ศุภนิตย์. (2550). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด** (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 4-5.

[264] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 155.

ตัวการนั้น เมื่อตัวการได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้าแล้ว ตัวการยังหาได้มีหน้าที่ หรือหนี้ใด ๆ ที่จะต้องชำระ หรือกระทำเป็นการตอบแทนแก่นายหน้าจนกว่านายหน้าจะได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ แต่เมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกจนเป็นผลสำเร็จแล้ว ตัวการจึงจะเกิดมีหนี้ในอันที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนแก่นายหน้า ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญานายหน้านั้นมิใช่สัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีหน้าที่ หรือหนี้ที่จะต้องกระทำ หรือชำระเป็นการตอบแทนไม่ แต่เป็นสัญญาที่ในเบื้องต้นนายหน้าเป็นผู้มีหน้าที่เพียงฝ่ายเดียวในอันที่จะต้องกระทำการในการชี้ช่องหรือจัดการเพื่อให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เป็นผลสำเร็จเสียก่อน นายหน้าจึงจะได้รับชำระค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน หรืออาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ของนายหน้านี้เป็นเงื่อนไขที่ทำให้ตัวการมีหนี้ที่จะต้องกระทำการโดยการชำระค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนแก่นายหน้าด้วย แต่ถ้านายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการเพื่อให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก แล้วตัวการตัดสินใจโดยไม่เข้าผูกพันในสัญญากับบุคคลภายนอกตามที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการ กรณีนี้นายหน้าก็หาได้เกิดสิทธิในอันที่จะบังคับให้ตัวการต้องเข้าผูกพันในสัญญาที่ตนได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น[265] ทั้งนี้เพราะกรณีไม่อาจถือได้ว่าการเข้าผูกพันในสัญญาที่นายหน้าเป็นผู้ชี้ช่องหรือจัดการนั้นเป็นหนี้ที่ตัวการจะต้องกระทำการเป็นการตอบแทนแก่นายหน้า นายหน้าจึงไม่อาจบังคับให้ตัวการกระทำการเช่นนั้นได้ นอกจากนี้สัญญาที่ตัวการจะเข้าผูกพันกับบุคคลภายนอกนั้นเป็นสัญญาที่ตัวการและบุคคลภายนอกมุ่งจะเข้าผูกพันกันระหว่างคู่สัญญา ดังนั้นความผูกพันตามนิติกรรมหรือสัญญานั้นย่อมต้องเกิดมีขึ้นด้วยใจสมัครและมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์กันทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญานั้นเท่านั้น บทบัญญัติในกฎหมายหรือบุคคลภายนอกก็หาอาจบังคับให้บุคคลใด ๆ ต้องเข้ามาผูกนิติสัมพันธ์กันได้ไม่ ดังนั้นการที่ตัวการปฏิเสธที่จะเข้าผูกพันในสัญญาดังกล่าวก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่ตัวการไม่กระทำการอันเป็นการไม่ชำระหนี้ให้แก่นายหน้าที่จะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายจากตัวการตามสัญญานายหน้าได้ เว้นแต่จะได้มีการทำความตกลงไว้เป็นการล่วงหน้าว่าให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญาได้[266]

---

[265] ในทางกลับกันหากตัวการได้มอบหมายให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าแล้ว แต่นายหน้ากลับนิ่งเฉยไม่เข้ากระทำการชี้ช่องหรือจัดการหาบุคคลภายนอกให้แก่ตัวการ ตัวการก็ไม่อาจบังคับให้นายหน้ากระทำการเช่นนั้นได้เช่นกัน และกรณีนี้ก็ไม่ถือว่านายหน้าผิดสัญญา เพียงแต่ทำให้นายหน้าหาได้รับสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่.

[266] คำพิพากษาฎีกาที่ 7926/2538.

แต่อย่างไรก็ตาม แม้นายหน้าจะไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายจากตัวการโดยอาศัยมูลหนี้ตามสัญญานายหน้าได้ แต่หากการใช้สิทธิปฏิเสธเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้นเกิดจากความไม่สุจริตของตัวการ กล่าวคือ นายหน้าได้กระทำการเป็นนายหน้าโดยเข้าชี้ช่องหรือจัดการเพื่อให้ตัวการได้พบปะ เจรจา กับบุคคลภายนอก และได้มีการตกลงกันจนเป็นที่เป็นที่พึงพอใจของทั้งฝ่ายตัวการและบุคคลภายนอกเป็นที่เรียบร้อยแล้ว แต่ภายหลังตัวการกลับจงใจหลบเลี่ยงไม่ยอมเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก เนื่องจากตัวการเกิดเสียดายในค่าบำเหน็จที่จะต้องชำระให้แก่นายหน้า หรือเนื่องจากตัวการสมคบกับบุคคลภายนอกไปทำสัญญากันเองในภายหลังจากการเจรจาดังกล่าว เพื่อที่ตัวการจะได้ไม่ต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า ซึ่งจะทำให้ทั้งฝ่ายตัวการและบุคคลภายนอกต่างได้รับประโยชน์จากการที่ตัวการไม่ต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า ซึ่งพฤติการณ์ของตัวการเช่นนี้ทำให้นายหน้าต้องขาดประโยชน์ที่ควรจะได้จากการปฏิบัติหน้าที่นั้น กรณีนี้จะถือได้หรือไม่ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการที่ตัวการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต[267] อันจะเป็นที่มาแห่งการโต้แย้งสิทธิอย่างหนึ่งของนายหน้าที่จะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิเรียกร้องในอันที่จะให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่า การที่นายหน้าได้ใช้ความสามารถในการทำหน้าที่นายหน้าอย่างเต็มความสามารถแล้ว แต่ตัวการกลับเป็นฝ่ายปฏิเสธไม่ยอมเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยที่การปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกนั้นมิได้เกิดจากความบกพร่องหรือความผิดพลาดจากการทำหน้าที่ของนายหน้า หรือมิได้เกิดจากการที่บุคคลภายนอกเป็นฝ่ายปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญา หรือมิได้เกิดเหตุอื่นใดอันจะโทษนายหน้าได้ แต่เกิดจากการที่ตัวการใช้สิทธิในการตัดสินใจเพียงฝ่ายเดียว และการตัดสินใจโดยการไม่ยอมรับเข้าทำสัญญาดังกล่าวเกิดจากความจงใจใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์และขณะเดียวกันตัวการก็ทราบดีว่าการกระทำเช่นนั้ย่อมทำให้เกิดความเสียหายแก่นายหน้า กรณีจึงถือได้ว่าเป็นการที่ตัวการใช้สิทธิซึ่งกฎหมายรับรองหรือให้อำนาจไว้เพื่อหาประโยชน์โดยมิชอบอันเป็นการกระทำที่เข้าลักษณะของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตประการหนึ่ง[268] และการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตดังกล่าวของตัวการก็ถือได้ว่า

---

[267] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต.”

[268] ศาลฎีกาได้วินิจฉัยถึงขอบเขตของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไว้ เช่นในกรณีต่อไปนี้

1. การแย่งใช้สิทธิหรือแสวงหาประโยชน์โดยที่รู้อยู่ว่าผู้อื่นมีสิทธิหรือได้ประโยชน์อยู่ก่อน

2. รับรองหรือยินยอมให้ผู้อื่นได้สิทธิหรือประโยชน์บางอย่าง แล้วตอนหลังจะปฏิเสธไม่ได้ เป็นทำนองถูกกฎหมายปิดปาก

3. กระทำการหลีกเลี่ยงกฎหมาย

เป็นกรณีที่ตัวการจงใจใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นอันเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายให้นายหน้าต้องเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด[269] อันเป็นการกระทำละเมิดต่อนายหน้าที่จะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 438 ซึ่งศาลสามารถใช้ดุลพินิจวินิจฉัยในค่าเสียหายให้แก่นายหน้าตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดที่เกิดจากการกระทำของตัวการรายนั้น

ดังนั้น แม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะมิได้บัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในอันที่จะเรียกให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ตัวการกระทำการดังกล่าวได้ อีกทั้งกรณีนี้นายหน้าก็ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายโดยอาศัยสัญญานายหน้าเป็นมูลฐานแห่งสิทธิในอันที่จะใช้สิทธิเรียกร้องได้ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อการกระทำของตัวการดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอันเข้าลักษณะของการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อนายหน้า นายหน้าก็หาอาจเสียสิทธิในอันที่จะเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นการละเมิดของตัวการต่อนายหน้าไม่

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นกรณีที่ตัวการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการปฏิเสธเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก โดยที่ในสัญญานายหน้าหาได้มีข้อสัญญาที่กำหนดให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวได้ อีกทั้งบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าก็หาได้มีบทบัญญัติใดบัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีดังกล่าวได้ กรณีจึงต้องนำบทบัญญัติทั่วไปในบรรพ 1 และบรรพ 2 ว่าด้วยละเมิดมาปรับใช้เพื่อให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายได้ แต่หากตัวการและนายหน้าได้ทำความตกลงในสัญญานายหน้าโดยมีข้อสัญญากำหนดว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญา ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกค่าเสียหายได้ ดังนี้ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ มีข้อพิจารณาดังนี้

เมื่อบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายของนายหน้าไว้เป็นการชัดแจ้ง และบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าก็มิได้บัญญัติห้ามมิให้ตัวการและนายหน้าทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าว อีกทั้งข้อตกลงดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเป็น

---

4. ใช้สิทธิทางศาลโดยมิชอบหรือเพื่อกลั่นแกล้งผู้อื่น
5. ทำการฉ้อโกงหรือหาประโยชน์โดยมิชอบ
6. ทำการโดยประมาทเลินเล่อให้ผู้สุจริตได้รับความเสียหาย

[269] สิทธิในการที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน.

การขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ก็ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 7926/2538 สนับสนุนดังนี้

การเป็นนายหน้าที่ยังมิได้ทำสัญญาซื้อขายได้สำเร็จ ยังไม่ต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าตามกฎหมายนั้นก็ตาม แต่เมื่อผู้ขายหลบเลี่ยงไม่ยอมขายที่ดินตามที่ผู้ประสงค์จะซื้อแล้ว ถือว่าได้ทำการเป็นนายหน้าติดต่อตามข้อตกลงตามสัญญานายหน้าแล้ว ผู้ขายจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา นายหน้าจึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายได้ตามข้อตกลงในสัญญานายหน้า (ข้อเท็จจริงปรากฏว่าตามสัญญานายหน้ามีข้อตกลงในข้อ 5 ว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายที่ผิดสัญญาได้)

ดังนี้จะเห็นได้ว่าเมื่อไม่มีกฎหมายห้ามมิให้ทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวคู่สัญญาก็มีเสรีภาพในการแสดงเจตนาในการกำหนดข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญาเป็นประการใดก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในอันที่จะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ฉะนั้นเมื่อข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่มิได้เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อสัญญาดังกล่าวจึงใช้บังคับได้ หาได้ตกเป็นโมฆะไม่

นอกจากประเด็นปัญหาตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7926/2538 ยังมีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายของศาลฎีกาที่กำหนดให้แก่นายหน้าในกรณีที่ตัวการหลบเลี่ยงไม่ยอมเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเมื่อนายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการแล้ว ซึ่งผู้วิจัยจะนำมาพิเคราะห์ พิจารณาต่อไป ดังนี้

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกานี้ปรากฏว่า จำเลย (ตัวการ) ตกลงให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินของจำเลย 27 แปลง เนื้อที่ประมาณ 531 ไร่ (ในชั้นที่สุดปรากฏว่าที่ดินมีเนื้อที่ทั้งหมด 489 ไร่) แล้วให้สิทธิโจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินดังกล่าวแต่ผู้เดียวในราคาไร่ละ 5,000 บาท ให้ค่านายหน้าอัตราร้อยละ 5 ของราคาที่ขายได้ หากขายได้ราคาเกิน 5,000 บาท จำเลยยอมยกเงินส่วนที่เกินให้แก่โจทก์ ต่อมาโจทก์เสนอขายที่ดินให้แก่นาง ม. นาง ม .ตกลงซื้อที่ดินทั้งหมดในราคาไร่ละ 6,000 บาท โดย นาง ม. ได้ทำหนังสือแจ้งไปยังจำเลยว่าประสงค์จะซื้อที่ดินตามข้อเสนอของโจทก์ในราคาไร่ละ 6,000 บาท หากจำเลยตกลงให้นัดวันเวลาเพื่อทำสัญญากันโดยแจ้งผ่านโจทก์ และโจทก์ก็ได้ทำหนังสือถึงจำเลยแจ้งให้จำเลยทราบว่าหาตัวผู้ประสงค์จะซื้อที่ดินได้แล้วในราคาไร่ละ 6,000 บาท เมื่อจำเลยได้รับหนังสือของ นาง ม. และโจทก์แล้ว จำเลยกลับไม่ยอมให้โจทก์พา นาง ม. ไปพบถือได้ว่าจำเลยเป็นฝ่ายหลบเลี่ยงไม่ยอมขายที่ดินให้แก่นาง ม. ผู้ประสงค์จะซื้อที่ดินซึ่งโจทก์ได้ทำการเป็น

นายหน้าติดต่อมาตามข้อตกลงที่ทำไว้กับจำเลยตามสัญญานายหน้า จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ตามข้อตกลงในสัญญานายหน้า (ข้อตกลงในข้อ 5 ว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายที่ผิดสัญญาได้) ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษากำหนดค่าเสียหายให้แก่นายหน้าเท่ากับค่านายหน้าที่โจทก์ควรได้รับเมื่อมีการขายที่ดินของจำเลยได้ และเงินส่วนเกินในการขายที่ดินของจำเลย หากจำเลยตกลงขายที่ดินให้แก่ นาง ม. ดังนั้นค่าบำเหน็จนายหน้าอัตราร้อยละ 5 ของราคาที่ดินจำนวน 489 ไร่และเงินส่วนเกินในการขายที่ดินไร่ละ 1,000 บาท จำนวน 489 ไร่ จึงถือได้ว่าเป็นความเสียหายที่โจทก์ได้รับอันเนื่องมาจากการผิดสัญญานายหน้าของจำเลย จำเลยจึงต้องชำระค่าเสียหายจำนวนดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ยให้แก่โจทก์ตามฟ้อง

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าความเสียหายที่นายหน้าได้รับเนื่องจากการที่ตัวการปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก คือการที่นายหน้าต้องเสียสิทธิ หรือต้องเสียประโยชน์ในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จรวมทั้งเงินส่วนเกินจากการขายที่ดินเป็นการตอบแทนจากตัวการ หากตัวการตกลงขายที่ดินนั้นให้แก่บุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษากำหนดค่าเสียหายให้เท่ากับจำนวนของค่าบำเหน็จที่นายหน้ามีสิทธิได้รับ รวมทั้งเงินส่วนเกินที่นายหน้าจะได้รับหากมีการทำสัญญาซื้อขายเป็นผลสำเร็จ

สำหรับประเด็นปัญหานี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 1[270] แล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 845 วรรค 1 อาจแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วน คือ

1) ส่วนของการเกิดสัญญานายหน้า ดังข้อความในตอนต้นที่ว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญา...” ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏนี้ย่อมเป็นการชัดแจ้งว่า สัญญานายหน้าได้เกิดมีขึ้นแล้ว เพราะจำเลยได้ตกลงให้โจทก์กระทำการเป็นนายหน้าโดยชัดแจ้ง

2) ส่วนของผลบังคับของของสัญญานายหน้า ดังข้อความในตอนท้ายที่ว่า “...บุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น...” เป็นส่วนของผลบังคับของสัญญานายหน้าในอันที่จะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากตัวการ ซึ่งนายหน้าจะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนก็ต่อเมื่อ สัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้า

---

[270] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 1 บัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดใช้ค่าบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น...”

ได้ชี้ช่องหรือจัดการ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าสัญญานายหน้าจะเกิดผลบังคับในส่วนนี้อันจะทำให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาถึงคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” เป็นสาระสำคัญ ซึ่งผู้วิจัยได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้วในข้อ 5.1.3 แล้ว สำหรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7926/2538 ปรากฏแต่เพียงว่า นาง ม.ได้มีคำเสนอซื้อที่ดินโดยการทำหนังสือแจ้งไปยังจำเลยว่าประสงค์จะซื้อที่ดินรายดังกล่าว และเมื่อจำเลยได้รับคำเสนอซื้อของนาง ม.จำเลยกลับนิ่งเฉย ไม่สนองรับคำเสนอนั้นแต่อย่างใด และกลับหลบเลี่ยงไม่ยอมไปทำสัญญากับ นาง ม. พฤติการณ์เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างจำเลยและนาง ม.ยังมิได้เกิดมีขึ้น ดังนั้นจึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้ทำการชี้ช่องหรือจัดการให้จำเลยได้ทำสัญญากับนาง ม.เป็นผลสำเร็จ ดังนั้นโจทก์ในฐานะนายหน้าก็หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 845

แต่ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกานี้ปรากฏว่า การที่สัญญามิได้เกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จเนื่องมาจากการที่จำเลยเป็นฝ่ายหลบเลี่ยงไม่ยอมให้โจทก์พานาง ม.ไปพบ ทั้ง ๆ ที่โจทก์ได้ทำการเป็นนายหน้าติดต่อมาตามข้อตกลงที่ทำไว้กับจำเลยตามสัญญานายหน้า จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ตามข้อตกลงในสัญญานายหน้า ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นคือโจทก์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากจำเลยอย่างไรได้บ้าง ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยกำหนดให้ค่าเสียหายแก่โจทก์เท่ากับค่านายหน้าที่โจทก์ควรได้รับเมื่อมีการขายที่ดินของจำเลยได้รวมทั้งเงินส่วนเกินในการขายที่ดินของจำเลย หากจำเลยตกลงขายที่ดินให้แก่ นาง ม.

จากการที่ศาลฎีกากำหนดให้ค่าเสียหายแก่โจทก์เท่ากับค่านายหน้ารวมทั้งเงินส่วนเกินจากการขายที่ดินของจำเลย ทำให้ผู้วิจัยเกิดประเด็นปัญหาในกรณีว่า เงินที่ตัวการตกลงจะให้เป็นค่าบำเหน็จให้แก่นายนั้นอาจอยู่ได้ในสองฐานะ กล่าวคือในฐานะที่เป็นค่าบำเหน็จและในฐานะที่เป็นค่าเสียหาย ฉะนั้นไม่ว่านายหน้ารายนั้นจะชี้ช่องให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกสำเร็จหรือไม่ นายหน้ารายนั้นก็ยังคงมีสิทธิได้รับเงินจำนวนดังกล่าวนั้นอยู่ แต่ว่าเงินจำนวนดังกล่าวนั้นจะอยู่ในฐานะใดก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏ กล่าวคือ หากนายหน้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จนายหน้าก็มีสิทธิได้รับเงินจำนวนดังกล่าวในฐานะที่เป็นค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทน แต่หากสัญญามิได้เกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จ เพราะตัวการประพฤติผิดข้อสัญญา นายหน้าก็ยังคงมีสิทธิได้รับเงินจำนวนดังกล่าวเช่นกัน แต่อยู่ในฐานะที่ตัวการชำระเป็นค่าเสียหายให้แก่นายหน้า ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้วิจัยเห็นว่าสิทธิที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นผลบังคับของสัญญานายหน้า กล่าวคือหากสัญญาระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกได้ทำกันสำเร็จอันเนื่องมาจากการชี้ช่องหรือจัดการของโจทก์ โจทก์ก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน ฉะนั้นการที่จำเลยหลบเลี่ยงไม่ยอมเข้าทำสัญญากับ นาง ม. สัญญาซื้อ

ขายระหว่างจำเลยและ นาง ม. จึงไม่ได้เกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จอันเนื่องมาจากการชี้ช่องของโจทก์จึงทำให้โจทก์ไม่ได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนก็เป็นกรณีที่โจทก์ทำหน้าที่ของตนอันเป็นเงื่อนไขที่จะทำให้ตนได้รับค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนไม่สำเร็จ ฉะนั้นโจทก์จึงไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน[271] และการที่โจทก์ต้องเสียสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนก็หาใช่เป็นความเสียหายที่โจทก์ได้รับในลักษณะที่โจทก์ต้องขาดทุน หรือขาดกำไรเนื่องแต่การที่ได้ทำหน้าที่นายหน้าแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นค่าบำเหน็จจึงไม่อาจเป็นเงินที่โจทก์สามารถใช้สิทธิเรียกร้องในฐานะที่เป็นค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการที่จำเลยหลบเลี่ยงไม่ยอมเข้าทำสัญญากับนาง ม.ได้ แต่ในกรณีของเงินส่วนเกินที่โจทก์จะได้รับหากมีการขายที่ดินของจำเลยสำเร็จ ผู้วิจัยเห็นว่าเงินจำนวนนี้ย่อมเป็นเงินที่โจทก์สามารถใช้สิทธิเรียกร้องในฐานะที่เป็นค่าเสียหายได้ เนื่องจากเป็นความเสียหายในลักษณะของการขาดกำไรที่โจทก์คาดว่าจะได้รับหากสัญญาระหว่างจำเลยกับนาง ม.ได้ทำกันสำเร็จ นอกเหนือไปจากเงินค่าบำเหน็จที่จะได้จากการที่ได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้น ดังนั้นเฉพาะกรณีของเงินส่วนเกินนี้ที่ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิเรียกร้องจากจำเลยได้ ดังนั้นเมื่อโจทก์ปฏิบัติหน้าที่ของตนไม่สำเร็จ โจทก์ก็ไม่อาจมีสิทธิได้รับเงินค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนได้เลย และการเสียสิทธิในอันที่จะได้รับเงินค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนนี้ก็ไม่อาจเป็นความเสียหายที่โจทก์สามารถจะใช้สิทธิเรียกร้องในฐานะที่เป็นค่าเสียหายจากจำเลยได้ แต่เฉพาะเงินส่วนเกินที่โจทก์คาดว่าจะได้รับหากสัญญาระหว่างจำเลยกับ นาง ม. ได้ทำกันสำเร็จนั้นเป็นค่าเสียหายที่โจทก์สามารถใช้สิทธิเรียกร้องจากจำเลยได้

ดังนั้นการที่ตัวการประพฤติผิดสัญญาและทำให้นายหน้าได้รับความเสียหายอย่างไรก็เป็นเรื่องที่นายหน้าจะต้องใช้สิทธิทางศาลเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่นายหน้า ซึ่งความเสียหายนี้นายหน้าเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายอย่างไร จากการที่ตัวการผิดข้อตกลงในสัญญาดังกล่าว ซึ่งความเสียหายนี้อาจเป็นลักษณะของค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่นายหน้าต้องเสียไปเนื่องจากการดำเนินการนั้น เช่น ค่าเดินทาง ค่าพาหนะ หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่จำเป็นอันเกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้า รวมทั้งความเสียหายในลักษณะของกำไรที่นายหน้าคาดหวังว่าจะได้รับหากสัญญาได้ทำกันสำเร็จ นอกเหนือจากการได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ค่าเสียหายที่นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีที่ตัวการหลบเลี่ยงไม่ยอมเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกนั้นไม่อาจเป็นเงินจำนวนเดียวกันกับค่าบำเหน็จได้เลย ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ก็ได้มีนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้

---

[271] แต่การที่จำเลยใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกแล้วทำให้นายหน้าได้รับความเสียหายอย่างไร นายหน้าก็สามารถอาศัยบทบัญญัติในเรื่องละเมิดมาปรับใช้เพื่อให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายจากตัวการได้ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น.

ความเห็นไว้ว่า[272] การที่นายหน้าจะเรียกค่านายหน้าได้นั้น ก็ต่อเมื่อได้ความว่ามีการตกลงกันให้เป็นนายหน้า และสัญญาได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากผลของการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น ถ้าตราบใดที่สัญญายังไม่ได้ทำกันสำเร็จ นายหน้าก็จะไม่ได้รับค่าบำเหน็จนายหน้า กรณีข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกานี้ การใช้ค่าเสียหายจึงน่าจะเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญานายหน้า ไม่ใช่ค่านายหน้า เพราะค่าเสียหายเนื่องจากผิดสัญญานั้นอย่างหนึ่ง ส่วนค่านายหน้านั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง สำหรับค่าเสียหายที่ควรจะได้ในที่นี้ จึงน่าจะเป็นค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 2 คือค่าใช้จ่ายต่างๆที่เสียไป แต่ไม่ใช่เรียกค่าบำเหน็จนายหน้า ผู้วิจัยเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งเพราะค่าบำเหน็จของนายหน้าเป็นค่าตอบแทนที่นายหน้ามีสิทธิที่จะได้รับจากตัวการก็ต่อเมื่อสัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการได้ทำกันสำเร็จแล้วเท่านั้น ส่วนการที่ตัวการผิดสัญญาทำให้นายหน้าได้รับความเสียหายก็เป็นสิทธิเรียกร้องอีกส่วนหนึ่งที่นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดสัญญาของตัวการ

ในประเด็นปัญหาเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้านี้ แม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะมิได้บัญญัติให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีที่ตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกตามที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการก็ตาม และบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องหนี้ก็ไม่อาจนำมาใช้แก้ไขปัญหาในกรณีดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากการจงใจกระทำการดังกล่าวของตัวการเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอันเข้าลักษณะของการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเสียหายแก่บุคคลอื่นอันเป็นการกระทำละเมิด ดังนั้นนายหน้าจึงสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ตัวการรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนโดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องละเมิดเป็นช่องทางในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

5.4 ปัญหาเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า

เมื่อสัญญานายหน้าได้เกิดมีขึ้นไม่ว่าโดยการแต่งตั้งแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้วก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและนายหน้าตามสัญญานายหน้าก็ย่อมก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่ ตลอดจนความรับผิดระหว่างตัวการและนายหน้า ซึ่งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดระหว่างตัวการและนายหน้านี้ก็มีอยู่เรื่อยไปจนกว่าสัญญานายหน้า หรือความเป็นนายหน้าจะได้สิ้นสุดลง

ความระงับ หรือความสิ้นสุดของสัญญานายหน้านี้ เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติถึงความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้าไว้เป็นการเฉพาะ และกรณีนี้ก็ไม่อาจ

---

[272] รชฎ เจริญฉ่ำ. (2539, สิงหาคม). “นายหน้าเรียกค่าเสียหายอย่างไร.” **วารสารอัยการ, 19, 222**. หน้า 129-131.

เทียบเคียงโดยการนำหลักความระงับแห่งสัญญาตัวแทนมาใช้ได้ เพราะลักษณะของสัญญานายหน้านั้นมีความแตกต่างจากลักษณะของสัญญาตัวแทน และการทำงานของนายหน้าก็แตกต่างจากสัญญาตัวแทน[273] จึงไม่อาจนำหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมาเทียบเคียงได้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยจะได้พิเคราะห์ พิจารณาว่าสัญญานายหน้าสามารถระงับสิ้นลงเพราะเหตุใดบ้าง ดังนี้

5.4.1 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเมื่อนายหน้าได้กระทำตามหน้าที่ของตนเสร็จสิ้นแล้ว

กล่าวคือเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 แล้วจะเห็นได้ว่า สัญญานายหน้าอาจระงับลงได้ เมื่อนายหน้าได้กระทำการชี้ช่องให้มีการทำสัญญาจนสำเร็จในเรื่องที่ได้รับมอบหมายจากตัวการแล้ว ความเป็นนายหน้าก็สิ้นสุดลง เช่น นาย ก. แต่งตั้งให้นาย ข. เป็นนายหน้า เพื่อให้นาย ข. หาบุคคลที่ต้องการซื้อที่ดินของนาย ก. เมื่อนาย ข. สามารถทำการชี้ช่องหรือจัดการให้นาย ก. ได้ทำสัญญาซื้อขายกับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จแล้ว สัญญานายหน้าก็ย่อมระงับสิ้นลง

5.4.2 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเมื่อครบกำหนดเวลาที่ระบุในสัญญานายหน้า

หากในสัญญานายหน้ากำหนดว่า ถ้านายหน้าทำการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกไม่ได้ภายในระยะเวลาที่ตัวการกำหนด เช่น ภายใน 1 เดือน ให้สัญญา

---

[273] กล่าวคือ สัญญาตัวแทน เมื่อตัวแทนได้รับมอบหมายให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนตัวการ ตัวแทนย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการตามคำสั่งของตัวการเพื่อให้สมประโยชน์ของตัวการ หากตัวแทนไม่กระทำการเป็นตัวแทนตามที่ได้รับมอบหมายจากตัวการ หรือกระทำการเป็นตัวแทนแต่ไม่สมประโยชน์ของตัวการ และการกระทำการหรือไม่กระทำการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ตัวการแล้ว ตัวแทนก็ต้องรับผิดต่อตัวการในความเสียหายที่เกิดขึ้น และหากการที่จะกระทำการเป็นตัวแทนต่อไปนั้นอาจทำให้ตัวการได้รับความเสียหาย ตัวการก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาตัวแทนนั้นได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาตัวแทนเป็นสัญญาที่ตัวแทนมีหนี้ที่จะต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อตัวการ การที่ตัวแทนไม่กระทำการดังกล่าวถือเท่ากับว่า ตัวแทนไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ต้องตรงตามความประสงค์ของตัวการซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นจึงก่อให้เกิดสิทธิแก่ตัวการในอันที่จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ อันเป็นลักษณะที่แตกต่างจากสัญญานายหน้าตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 5.3 ว่าสัญญานายหน้ามิใช่สัญญาต่างตอบแทน ดังนั้นการที่นายหน้าไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตัวการได้แต่งตั้งให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้า หรือการที่ตัวการไม่เข้าผูกพันในสัญญาที่นายหน้าเป็นผู้เข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้นก็หาได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่อีกฝ่ายหนึ่งในอันที่จะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติได้ นอกจากนี้การที่ทั้งตัวการและนายหน้าไม่กระทำการดังกล่าวก็หาได้ถือว่าตัวการและนายหน้าประพฤติผิดสัญญาในอันที่จะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้.

นายหน้าเป็นอันสิ้นสุดลงและถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายหน้าทำการดังกล่าวไม่ได้ภายในเวลาที่กำหนด สัญญานายหน้าก็สิ้นสุดลง[274]

แต่หากกรณีปรากฏว่าการที่สัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้นไม่อาจเกิดมีขึ้นสำเร็จได้ภายในเวลาที่ตัวการกำหนดเพราะมีเหตุอันมิอาจก้าวล่วงได้เกิดขึ้นภายในกำหนดเวลานั้น จึงทำให้สัญญานายหน้าระงับไป ดังนี้นายหน้าจะอ้างเหตุเช่นว่านั้นอันจะทำให้สัญญานายหน้ายังไม่ระงับสิ้นไปได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นปัญหานี้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 5419/2537 วินิจฉัยไว้ดังนี้

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยทั้งสอง และ นางสวลี อัมระปาล เป็นเจ้าของที่ดินโฉนดเลขที่ 1370 มีความประสงค์จะขายที่ดินดังกล่าว นางสวลีในฐานะเจ้าของที่ดินคนหนึ่งกระทำการแทนจำเลยทั้งสองมอบหมายให้โจทก์เป็นนายหน้า ค่านายหน้าร้อยละ 5 ของราคาที่ดินที่ขายได้โดยจะจ่ายให้ในวันจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน ต่อมาโจทก์ได้นำกรรมการของ บริษัทไทยสุริยะการเคหะและเกษตรกรรม จำกัด ไปพบกับนางสวลีและได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายเมื่อเดือนมีนาคม 2526 กำหนดไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในปี 2528 แต่ต่อมาได้มีประกาศใช้พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในท้องที่อำเภอลำลูกกาให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดิน พ.ศ. 2527 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 2 ตุลาคม2527 มีผลทำให้ไม่สามารถโอนขายกันได้ภายในระยะเวลา 3 ปี นับแต่วันพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินใช้บังคับ ครั้นเมื่อพ้นกำหนด3 ปี นับแต่วันที่ 2 ตุลาคม 2527 จำเลยทั้งสองและนางสวลีจึงจดทะเบียนโอนขายที่ดินแปลงดังกล่าวที่สำนักงานที่ดินเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2530 ในราคา 5,442,525 บาท การที่จำเลยทั้งสองและนางสวลีได้ทำสัญญาซื้อขายกับผู้ซื้อเป็นผลมาจากการชี้ช่องของโจทก์ โจทก์จึงมีสิทธิได้รับค่านายหน้าตามที่ตกลงกันไว้นั้น โจทก์ได้ทวงถามค่านายหน้าคิดเป็นเงิน 272,126.25 บาท จากนางสวลีต่อมาวันที่ 9 สิงหาคม 2531 นางสวลีถึงแก่กรรม จำเลยที่ 1ได้เป็นผู้จัดการมรดกตามคำสั่งศาล ขอให้บังคับจำเลยทั้งสองร่วมกันใช้เงินโจทก์พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จ

จำเลยที่ 1 ให้การว่า ที่ดินโฉนดเลขที่ 1370 ตามฟ้อง จำเลยที่ 1 และนางสวลีมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพียง 2 ส่วน อีก 2 ส่วนเป็นของจำเลยที่ 2 และนายสุนทร อัมระปาล นางสวลีเคยให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินโฉนดดังกล่าวมีเงื่อนไขให้โจทก์จัดการขายที่ดินและจดทะเบียนซื้อขายภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันทำสัญญา หากพ้นกำหนดสัญญานายหน้าเป็นอันสิ้นสุดลง โจทก์ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาดังนั้น สัญญานายหน้าระหว่างโจทก์กับนางสวลีจึงสิ้นสุดลงโจทก์จึงไม่มีสิทธิได้รับค่านายหน้า ขอให้ยกฟ้อง

จำเลยที่ 2 ให้การว่า ไม่เคยตั้งโจทก์หรือมอบอำนาจให้นางสวลีเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 ตั้งโจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดิน ส่วนของจำเลยที่ 2 ขอให้ยกฟ้อง

---

[274] คำพิพากษาฎีกาที่ 827/2523 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3377/2537 เป็นต้น.

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ว พิพากษาให้จำเลยที่ 1 ในฐานะส่วนตัวและในฐานะผู้จัดการมรดกของ นางสวลี อัมระปาล ชำระเงินจำนวน 217,126.25 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่ 30 พฤศจิกายน 2530 เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์กับให้ยกฟ้องโจทก์สำหรับจำเลยที่ 2

จำเลยที่ 1 อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกฟ้องโจทก์สำหรับจำเลยที่ 1 ด้วย นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์มีว่า โจทก์มีสิทธิเรียกค่าบำเหน็จนายหน้าจากจำเลยที่ 1 ในฐานะส่วนตัวและในฐานะผู้จัดการมรดกของนางสวลี อัมระปาล หรือไม่โจทก์ฎีกาว่า แม้หนังสือสัญญานายหน้าเอกสารหมาย จ.1 มีว่ามอบให้นายหน้าไปจัดการให้จดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินให้เสร็จภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับแต่วันทำสัญญาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติหรือข้อเท็จจริงแล้ว โจทก์ผู้เป็นนายหน้าไม่มีอำนาจที่จะไปจัดการให้ฝ่ายจำเลยที่ 1 ผู้ขายไปจดทะเบียนกับฝ่ายผู้ซื้อ เพราะผู้ขายและผู้ซื้อไม่ได้มอบอำนาจให้โจทก์ไปกระทำการดังกล่าวได้ เมื่อโจทก์เป็นนายหน้าไปติดต่อหาผู้ซื้อที่ดินได้และฝ่ายจำเลยที่ 1 ก็ได้โอนขายให้ฝ่ายผู้ซื้อที่โจทก์เป็นนายหน้าแล้ว โจทก์ก็มีสิทธิได้ค่าบำเหน็จนายหน้าตามที่ได้ตกลงกันไว้นั้น เห็นว่าข้อตกลงในหนังสือสัญญานายหน้าเอกสารหมาย จ.1 มีข้อความว่า "มอบให้นายหน้าไปจัดการให้จดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินให้เสร็จภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันทำสัญญานี้ ถ้าพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว สัญญานายหน้านี้เป็นอันระงับสิ้นสุดลง" ตามข้อตกลงดังกล่าวแสดงว่า คู่สัญญามีเจตนากำหนดเวลาไว้แน่นอนว่าต้องจดทะเบียนซื้อขายโอนกรรมสิทธิ์ให้เสร็จภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับแต่วันทำสัญญา กำหนดเวลาดังกล่าวจึงเป็นข้อสาระสำคัญของสัญญานายหน้า เมื่อโจทก์ไม่สามารถจัดการให้มีการจดทะเบียนซื้อขายโอนกรรมสิทธิ์กันได้ภายในกำหนด 30 วัน โดยไม่ปรากฏว่าฝ่ายจำเลยที่ 1 ได้ผ่อนเวลาตามสัญญาออกไปอีกแล้วถือว่าสัญญาสิ้นสุดไม่มีผลผูกพันคู่กรณีที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าโจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าบำเหน็จนายหน้าจากจำเลยที่ 1 ได้นั้นชอบแล้ว ฎีกาของโจทก์ฟังไม่ขึ้น พิพากษายืน”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการที่โจทก์ไม่สามารถจัดการให้มีการจดทะเบียนซื้อขายโอนกรรมสิทธิ์ได้ภายในกำหนด 30 วัน ก็เนื่องมาจากได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในท้องที่ดังกล่าวให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดินจึงทำให้ไม่สามารถโอนขายที่ดินกันได้ ดังนั้นเมื่อโจทก์ไม่สามารถจัดการโอนขายที่ดินกายในระยะเวลาที่ตัวการกำหนด สัญญานายหน้ารายนี้ก็เป็นอันระงับสิ้นสุดลง กรณีนี้จะเห็นได้ว่าการที่สัญญานายหน้าระงับสิ้นลงมิได้เกิดจากการที่นายหน้าเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกไม่เป็นผลสำเร็จ เพราะพฤติการณ์ที่ปรากฏว่า โจทก์ (นายหน้า) ได้นำกรรมการของบริษัทไทยสุริยะการเคหะและเกษตรกรรม จำกัด

ไปพบกับนางสวลีและได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายเมื่อเดือนมีนาคม 2526 กำหนดไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในปี 2528 ดังนี้ถือได้ว่าตัวการและบุคคลภายนอกตกลงทำสัญญาซึ่งเป็นการผูกพันกันตามกฎหมายแล้ว และตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 5.1.3 แล้วว่า คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” มิได้หมายความว่าสัญญานั้นจะต้องทำกันสำเร็จจนถึงที่สุด หรือจนถึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันและกัน ดังนั้นหากพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ปรากฏ ผู้วิจัยเห็นว่าสัญญาระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกได้ทำกันสำเร็จ เนื่องแต่ผลจากการชี้ช่องหรือจัดการของนายหน้าแล้วจึงทำให้นายหน้าเกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน แต่ในกรณีนี้ การที่นายหน้าไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน เนื่องจากสัญญานายหน้าได้มีการทำข้อสัญญากันไว้เป็นอีกส่วนหนึ่งว่า "มอบให้นายหน้าไปจัดการให้จดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินให้เสร็จภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันทำสัญญานี้ ถ้าพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว สัญญานายหน้านี้เป็นอันระงับสิ้นสุดลง" จึงเป็นข้อสัญญาที่เป็นการกำหนดหน้าที่ของนายหน้าอีกประการหนึ่งที่จะทำให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน และเป็นข้อสัญญาที่เป็นการกำหนดเงื่อนเวลาสิ้นสุดของสัญญานายหน้าไว้อีกส่วนหนึ่งด้วย นอกเหนือจากกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งตัวการสามารถทำความตกลงเช่นว่านี้ได้ เพราะหาได้เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้ข้อสัญญาตกเป็นโมฆะแต่อย่างใดไม่ แต่เมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องจัดการเสร็จเรียบร้อยแล้วได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในท้องที่ดังกล่าวให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดินจึงทำให้นายหน้าไม่สามารถไปจัดการโอนขายที่ดินดังกล่าวได้จนกระทั่งพ้นกำหนดระยะเวลาที่ตัวการกำหนดจึงทำให้สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปตามเงื่อนเวลาของข้อสัญญา เมื่อสัญญาระงับแล้วก็ไม่มีผลเป็นการผูกพันคู่สัญญาอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิเรียกร้องในค่าบำเหน็จจากตัวการได้ นายหน้าจึงหามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่

สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยเห็นว่า การที่สัญญาได้ระงับสิ้นไปนั้นเกิดจากเหตุอันมิอาจก้าวล่วงได้ และเหตุอันมิอาจก้าวล่วงได้ก็มิได้เกิดจากพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งตัวการจะต้องรับผิดชอบ หรือเป็นพฤติการณ์ที่ตัวการจงใจทำให้เกิดขึ้นเพื่อที่จะหลบเลี่ยงไม่ชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า อีกทั้งขณะที่ได้มีการตกลงทำข้อสัญญาดังกล่าว ข้อแท้จริงก็มิได้ปรากฏว่าตัวการได้ทราบว่า ที่ดินดังกล่าวอยู่ในเขตปฏิรูปที่ดินอันจะมีผลเป็นการทำให้ไม่สามารถโอนที่ดินดังกล่าวได้ ดังนั้นเมื่อตัวการมิได้มีพฤติการณ์ที่ไม่สุจริตอันจะทำให้นายหน้าต้องเสียสิทธิอย่างใด ๆ นายหน้าก็ไม่สามารถอ้างเหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อให้สัญญานายหน้ายังไม่ระงับสิ้นไปได้ ดังนั้นการที่นายหน้าไม่สามารถทำหน้าที่ของตนตามข้อสัญญาดังกล่าวได้ทันภายในเวลาที่กำหนด สัญญานายหน้ารายดังกล่าวจึงระงับสิ้นไป ทั้งตัวการและนายหน้าจึงหาได้มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกันไม่ นายหน้าจึงหามีสิทธิเรียกร้องให้ตัวการต้องใช้ค่าบำเหน็จดังกล่าวให้แก่นายหน้า แม้ภายหลังจะปรากฏว่าตัวการจะ

ได้ตกลงโอนขายที่ดินรายดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกก็ตาม แต่เมื่อไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกัน แล้วนายหน้าก็หาได้เกิดสิทธิเรียกร้องจากตัวการแต่อย่างใดไม่ ดังที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้

5.4.3 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเมื่อมีการตกลงเลิกสัญญาระหว่างคู่สัญญา

กล่าวคือ เป็นกรณีที่ตัวการและนายหน้าทั้งสองฝ่ายต่างเห็นพ้องต้องกันว่าสัญญาที่ได้ทำขึ้นนั้นไม่ควรดำรงอยู่ต่อไปเพราะเหตุผลบางประการที่คู่สัญญามีร่วมกัน เช่น ตัวการอาจเกิดกลับใจไม่อยากขายทรัพย์สินของตนแล้ว และขณะเดียวกันนายหน้าก็ไม่อาจหาบุคคลที่มีความประสงค์ต้องตรงกับตัวการได้ จึงตกลงเลิกสัญญากัน อันเป็นลักษณะของการทำนิติกรรมอันใหม่เพื่อระงับสิทธิหรือนิติสัมพันธ์อันเดิม ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149

5.4.4 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเพราะคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย

ในกรณีที่นายหน้าถึงแก่ความตาย สัญญานายหน้าย่อมเป็นอันระงับ เพราะการแต่งตั้งมอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้าย่อมอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจระหว่างตัวการและนายหน้ารายนั้นเป็นการเฉพาะตัว ดังนั้นเมื่อนายหน้าถึงแก่ความตาย สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดต่างๆของนายหน้าจึงหาได้ตกเป็นมรดกแก่ทายาทไม่ เพราะโดยสภาพแล้วย่อมเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ ดังนั้นเมื่อนายหน้าตาย สัญญานายหน้าจึงระงับสิ้นไป แต่หากตัวการต้องการจะตั้งทายาทของนายหน้าผู้ตายเป็นนายหน้าของตนต่อไปก็ย่อมทำได้โดยการแต่งตั้งอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

ในกรณีที่ตัวการถึงแก่ความตาย สัญญานายหน้าก็ระงับสิ้นไปเช่นกัน เพราะการตกลงแต่งตั้งให้บุคคลหนึ่งทำหน้าที่เป็นนายหน้าย่อมอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจเช่นกันและเมื่อนายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้พบปะกับบุคคลภายนอกแล้ว ตัวการย่อมมีอำนาจในการตัดสินใจว่าตนประสงค์จะเข้าผูกพันในสัญญารายนั้นหรือไม่ซึ่งเป็นอำนาจตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียวของตัวการอันถือได้ว่าเป็นการเฉพาะตัวโดยแท้ ดังนั้นหากตัวการถึงแก่ความตาย สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดต่างๆของตัวการตามสัญญานายหน้าจึงหาได้ตกเป็นมรดกแก่ทายาทไม่ เพราะโดยสภาพแล้วย่อมเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ ดังนั้นเมื่อตัวการตาย สัญญานายหน้าจึงระงับสิ้นไปเช่นกัน

5.4.5 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ว่าด้วยการเลิกสัญญา ตามมาตรา 386 ถึงมาตรา 394

สาเหตุที่จะทำให้สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

5.4.5.1 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปเมื่อมีการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

กล่าวคือเป็นการที่คู่สัญญาใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาโดยที่ไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤติผิดสัญญา โดยการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขอเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเห็นพ้องต้องตรงกัน สนองตอบรับกลับมา ก็มีผลเป็นสัญญาที่มีลักษณะของการระงับนิติสัมพันธ์ที่เคยเกิดมาแล้ว และกรณีนี้เป็นการทำสัญญาที่จะเลิกสัญญา จึงอาจใช้วิธีการในการก่อสัญญาแบบปกติได้ รวมทั้งการที่จะสนองรับคำเสนอบอกเลิกสัญญากันโดยปริยายด้วย[275] ซึ่งในกรณีนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า[276] การที่ตัวการหรือนายหน้าใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวนั้น อีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้ เพราะไม่กระทบผลประโยชน์ของกันและกัน ในกรณีที่ตัวการบอกเลิกสัญญา นายหน้าก็ไม่อาจเรียกค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานได้ ขณะเดียวกันหากนายหน้าเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญา ตัวการก็ไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้เช่นกัน

แต่หากการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญานั้นเกิดจากการใช้สิทธิไม่สุจริต กล่าวคือเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยจงใจแกล้งให้นายหน้าได้รับความเสียหาย เช่น เมื่อนายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้พบปะ เจรจา กับบุคคลภายนอก โดยนายหน้าได้ชักจูงให้บุคคลภายนอกและตัวการเข้าทำสัญญาจนสัญญาเกือบจะได้ทำสำเร็จแล้ว แต่ตัวการกลับแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาแก่นายหน้าไปโดยอ้างว่าตนยังไม่ประสงค์จะเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกนี้ แต่ภายหลังจากได้มีการบอกเลิกสัญญานายหน้าแล้วตัวการกลับเป็นฝ่ายไปทำการติดต่อกับบุคคลภายนอกรายนั้นเองโดยตรง จนกระทั่งได้มีการทำสัญญากันเป็นผลสำเร็จ ในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ว่าการบอกเลิกสัญญาของตัวการจะทำให้สัญญานายหน้าระงับและทำให้นายหน้าไม่สามารถอ้างอิงแสวงสิทธิใด ๆ จากสัญญานายหน้าเพื่อให้ตัวการชำระค่าบำเหน็จ หรือค่าเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นได้ เพราะนิติสัมพันธ์ตามสัญญานายหน้าได้ระงับสิ้นแล้ว แต่เมื่อการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาของตัวการดังกล่าวเกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต นายหน้าก็สามารถอ้างสิทธิในการที่จะเรียกร้องค่าเสียหาย

---

[275] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. เล่มเดิม. 395.

[276] Fritz Staubach. (1997). **The German Law of Agency and Distributorship Agreements. European Commercial Law Library number 7** (อ้างถึงใน จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, 2545 : 90).

ในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ตัวการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในกรณีนี้โดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องละเมิดได้ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติในมาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 438 ดังนั้นแม้ว่าการบอกเลิกสัญญาจะเป็นสิทธิ แต่การใช้สิทธิดังกล่าวก็ย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานของความสุจริตด้วย ตราบใดที่การใช้สิทธิเกิดจากความไม่สุจริตแล้วทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย คู่สัญญานั้นก็ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

นอกจากนี้การมีสิทธิแต่ไม่ใช้สิทธิก็อาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ กล่าวคือเมื่อสัญญาได้เกิดมีขึ้นและเกิดผลผูกพันตามกฎหมายแล้ว หากคู่สัญญาต้องการให้สัญญาระงับสิ้นไป คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ต้องแสดงเจตนาให้ปรากฏแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างนิ่งเฉยไม่แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาก็ไม่อาจทำให้สัญญาระงับสิ้นไปเองได้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ต้องผูกพันตามสัญญานั้นเรื่อยไป จนกว่าจะได้มีการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญานั้น และหากการที่ไม่ได้แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดไปอันทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกิดความผูกพันตามสัญญาหรือตามกฎหมายขึ้นมา คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ย่อมต้องผูกพันในการนั้นด้วย ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 1975/2500[277] เป็นกรณีที่ตัวการได้แต่งตั้งให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้า และ

---

[277] คำพิพากษาฎีกาที่ 1975/2500 คดีได้ความว่า โจทก์ซึ่งมีอาชีพเป็นนายหน้าเคยหาที่ดินให้จำเลยซึ่งมีอาชีพรับเหมาก่อสร้าง เช่าสร้างตึก โจทก์บอกว่ามีที่ดินจะให้เช่าปลูกตึกและบอกเงื่อนไขกับหลักการพร้อมกับให้จำเลยดูแบบแปลนซึ่งเจ้าของที่ให้ไปดู จำเลยถามว่า จะเอาค่านายหน้าเท่าใด โจทก์ขอห้องละ 1,000 บาทตามแบบแปลนมี 41 ห้อง ต่อมาโจทก์กับสามี (ทนายโจทก์) พาจำเลยไปดูที่ก่อสร้างแล้วจำเลยขอแบบแปลนไว้คิดคำนวณค่าก่อสร้างสัก 3-4 วัน ครบกำหนดโจทก์กับสามีและคนขับรถไปหาจำเลย จำเลยลดค่านายหน้าขอให้ 30,000 บาท และขอให้สามีโจทก์ร่างสัญญาให้ด้วย จำเลยจะจ่ายค่านายหน้าในวันทำสัญญากับเจ้าของที่ โจทก์ตกลงแล้วนำร่างสัญญาไปให้จำเลยและนายมูนาตำปีเจ้าของที่ดูแก้ไขกันแล้วโจทก์จึงพาจำเลยไปพบนายมูนาตำปีเมื่อเดือนพฤษภาคม 2497 แล้วนัดเซ็นสัญญากันวันที่ 5 เดือนหน้า ให้จำเลยเตรียมเงินสดมาวางประกัน 50,000 บาท ถึงกำหนดโจทก์จำเลยไปที่ร้านนายมูนาตำปี จำเลยไม่มีเงินสดวางประกันขอเซ็นเช็คล่วงหน้า นายมูนาตำปีไม่ยอม จำเลยขอผัดไปวันที่ 12 นายมูนาตำปีว่าจะต้องไปเมืองนอก จำเลยว่ารอกลับจึงค่อยเซ็นสัญญา ต่อเมื่อเดือนพฤษภาคม2498 ขุนประมวล ฯ บอกโจทก์ว่าจำเลยกำลังก่อสร้างในที่ (ที่โจทก์เคยไปชี้ช่อง) โจทก์จึงไปขอค่านายหน้า จำเลยว่าเสียทางโน้นมากแล้วแต่จะให้บ้าง โจทก์ว่าต้องให้เต็ม จำเลยไม่ยอม

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์เห็นว่าโจทก์เป็นผู้ชี้ช่องจัดการให้จำเลยได้ทำสัญญาตั้งแต่ต้นตลอดมา พิพากษาให้จำเลยชำระเงินค่านายหน้า 30,000 บาท พร้อมทั้งดอกเบี้ยร้อยละ 7 ครึ่งต่อปี จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า โจทก์ได้ชักนำจำเลยเข้าทำสัญญาปลูกสร้างตึกแถวในที่ดินของนายมูนาตำปี ที่ไม่ตกลงเซ็นสัญญากันในวัน (นัด) เซ็นสัญญาก็โดยความผิดของจำเลยที่ไม่มีเงินสดมาวางตามสัญญา

ข้อที่จำเลยคัดค้านว่าโจทก์ปล่อยเวลาให้ล่วงเลย แสดงว่านิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับจำเลยได้เลิกกันไปแล้วนั้น ปรากฏว่าโจทก์และขุนประมวล ฯ ไปถามข่าวนายมาริกันหลายครั้ง นายมาริกันยังไม่กลับจานอก

นายหน้ารายนั้นก็ได้ปฏิบัติหน้าที่นายหน้าต่อตัวการด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต จนกระทั่งเวลาได้ผ่านไปเป็นระยะเวลา 1 ปีแล้ว แต่นายหน้ารายแรกนี้ก็ยังไม่สามารถดำเนินการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกได้เป็นผลสำเร็จ และกรณีก็มิได้ปรากฏว่าสัญญานายหน้าได้กำหนดเงื่อนเวลาสิ้นสุดไว้ และตัวการก็มิได้แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญานายหน้าแก่นายหน้ารายแรกแต่อย่างใด ฉะนั้นความผูกพันตามสัญญานายหน้าระหว่างนายหน้ารายแรกและตัวการยังคงมีอยู่เรื่อยไป แม้ต่อมาตัวการได้ไปแต่งนายบุญเกิดให้เป็นนายหน้าอีกรายหนึ่ง และนายบุญเกิดได้ชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกสำเร็จ ซึ่งบุคคลภายนอกที่ตัวการได้เข้าทำสัญญากันสำเร็จนั้นเป็นบุคคลคนเดียวกับนายหน้ารายแรกได้ชี้ช่องหรือจัดการไว้ นายหน้ารายแรกจึงได้มาฟ้องเป็นคดีนี้ และเรียกค่าบำเหน็จจากตัวการ ตัวการคัดค้านว่านายหน้ารายแรกเป็นฝ่ายปล่อยเวลาให้ล่วงเลย นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับนายหน้ารายแรกได้เลิกกันไปแล้ว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในประเด็นปัญหานี้ไว้ว่า “ปรากฏว่าโจทก์ (นายหน้ารายแรก) และขุนประมวล ฯ ไปถามข่าวนายมาริกัน (บุคคลภายนอก) หลายครั้ง นายมาริกันยังไม่กลับจากนอก ครั้นเดือนพฤศจิกายน 2498 ขุนประมวลฯ เห็นจำเลยยกป้ายสร้างตึกจึงไปบอกโจทก์ โจทก์ก็ไปถามนายมาริกัน ทราบว่าเซ็นสัญญากัน 2 เดือนแล้ว ข้อว่าโจทก์มอบแปลนคืนให้นายมาริกันไปได้ความว่า นายมาริกันทวงคืนโจทก์จึงให้ไปแสดงว่าโจทก์ยังไม่ละทิ้งในเรื่องค่านายหน้าโดยหวังว่าเมื่อนายมาริกันกลับมาจะได้เซ็นสัญญากัน เมื่อจำเลยมีเงินสดวางตามข้อตกลง

ข้อที่ว่าถ้านิติสัมพันธ์ยังมีอยู่ระหว่างโจทก์จำเลย เหตุไรจำเลยจึงจะให้นายบุญเกิดเป็นนายหน้าอีกซึ่งจำเลยจะต้องเสียค่านายหน้าถึงสองครั้งนั้น การที่จำเลยให้ค่านายหน้าแก่นายบุญเกิดไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของโจทก์ที่จะเรียกร้องเอาแก่จำเลย” จึงเป็นกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่าสัญญานายหน้าระหว่างโจทก์และจำเลยหาได้ระงับสิ้นไปไม่ และการที่จำเลยได้เข้าทำ

ครั้นเดือนพฤศจิกายน 2498 ขุนประมวล ฯ เห็นจำเลยยกป้ายสร้างตึกจึงไปบอกโจทก์ โจทก์ก็ไปถามนายมาริกัน ทราบว่าเซ็นสัญญากัน 2 เดือนแล้ว ข้อว่าโจทก์มอบแปลนคืนให้นายมาริกันไปได้ความว่า นายมาริกันทวงคืนโจทก์จึงให้ไปแสดงว่าโจทก์ยังไม่ละทิ้งในเรื่องค่านายหน้าโดยหวังว่าเมื่อนายมาริกันกลับมาจะได้เซ็นสัญญากัน เมื่อจำเลยมีเงินสดวางตามข้อตกลง

ข้อที่ว่าถ้านิติสัมพันธ์ยังมีอยู่ระหว่างโจทก์จำเลย เหตุไรจำเลยจึงจะให้นายบุญเกิดเป็นนายหน้าอีกซึ่งจำเลยจะต้องเสียค่านายหน้าถึงสองครั้งนั้น การที่จำเลยให้ค่านายหน้าแก่นายบุญเกิดไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของโจทก์ที่จะเรียกร้องเอาแก่จำเลย

พฤติการณ์ฟังได้ว่า โจทก์ได้ชี้ช่องให้จำเลยเข้าทำสัญญาปลูกสร้างตึกแถวโดยหวังประโยชน์ในค่านายหน้าเป็นการตอบแทนนิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์จำเลยยังคงมีอยู่เรื่องจำนวนค่านายหน้านั้นฟังได้ว่าจำเลยได้ตกลงให้แก่โจทก์ 30,000 บาท จริง พิพากษายืน.

สัญญากับนายมาริกันเป็นผลสำเร็จก็เนื่องมาจากการที่โจทก์มีส่วนในการเข้าชี้ช่องด้วย ดังนั้นจำเลยจึงต้องรับผิดชำระค่าบำเหน็จให้แก่โจทก์ด้วย[278]

ดังนั้นการที่ตัวการไม่ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งจนทำให้เกิดผลบังคับตามกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใด ตัวการก็ยังคงต้องผูกพันและรับผิดในผลที่เกิดจากสัญญา หรือกฎหมายด้วย

5.4.5.2 สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปโดยบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องสัญญาดังที่บัญญัติไว้ในบรรพ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเลิกสัญญาตั้งแต่มาตรา 386 ถึง มาตรา 394 ซึ่งได้บัญญัติถึงสิทธิในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำต้องเห็นพ้องด้วย กล่าวคือการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาได้นั้น คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะต้องมีสิทธิเสียก่อน ซึ่งสิทธินี้อาจเกิดจากข้อสัญญา หรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย[279] ซึ่งสิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานั้นอาจเกิดจากการที่คู่สัญญาได้ระบุไว้ในสัญญาที่ทำว่า ถ้ามีการผิดสัญญาหรือมีการไม่ชำระหนี้อย่างใดอย่างหนึ่งของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ก็ให้อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้[280] นอกจากสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาแล้ว สิทธิในการเลิกสัญญาก็อาจเกิดขึ้นได้จากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้าไว้โดยเฉพาะ กรณีจึงต้องพิจารณาตามบททั่วไปในบรรพ 2 ตั้งแต่มาตรา 386 ถึงมาตรา 394 เช่น สิทธิ

---

[278] การที่นายหน้ารายแรกมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน เพราะนายหน้าได้ทำหน้าที่ในการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกได้ทำความตกลงว่าจะทำสัญญากันสำเร็จแล้ว เพียงแต่การที่สัญญามิได้ทำกันขึ้นนั้น เนื่องมาจากการที่ตัวการไม่มีเงินมาวางมัดจำในวันทำสัญญา จึงทำให้สัญญาเช่าดังกล่าวมิได้เกิดมีขึ้น แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเพียงต่นายหน้ารายแรกมาทำการติดต่อ แต่บุคคลภายนอกยังไม่ได้ตัดสินใจเข้าทำสัญญา จนเวลาล่วงเลยไปเป็นเวลา 1 ปีดังข้อเท็จจริงที่ปรากฏ และตัวการได้แต่งตั้งนายหน้าอีกรายหนึ่งละนายหน้ารายนั้นสามารถเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ กรณีนี้จึงถือได้ว่าการที่สัญญาได้ทำกันสำเร็จเนื่องมาจากการชี้ช่องหรือจัดการของนายหน้ารายที่สองเท่านั้น.

[279] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

แสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่.”

[280] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 396.

บอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้[281] สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ตามเวลาในกรณีที่เวลาเป็นสาระสำคัญ[282] หรือสิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้[283]

ดังนั้นแม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะมิได้บัญญัติถึงความระงับของสัญญานายหน้าไว้ แต่สัญญานายหน้าก็อาจระงับลงได้เมื่อนายหน้าได้ทำหน้าที่ของตนเสร็จสิ้นแล้ว หรือเมื่อครบกำหนดระยะเวลาในสัญญาที่คู่สัญญากำหนดไว้ หรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับรู้หรือรับทราบแล้ว สัญญานายหน้าก็เป็นอันระงับสิ้นลงได้ หรือคู่สัญญาได้ตกลงกันเลิกสัญญา และแม้ว่าคู่สัญญาจะไม่มีพฤติการณ์ดังกล่าวการระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้าก็อาจเกิดมีขึ้นได้โดยพิจารณาถึงบทบัญญัติทั่วไปในบรรพ 2 ว่าด้วยการเลิกสัญญาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือหากตัวการได้มอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้า และภายหลังได้ไปมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการเป็นนายหน้าอีกรายหนึ่งและตัวการได้เข้าผูกพันในสัญญาที่นายหน้ารายนั้นได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการจนเป็นผลสำเร็จแล้ว โดยที่ตนยังมิได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญานายหน้ากับนายหน้ารายแรก ดังนี้จะถือได้หรือไม่ว่าความผูกพันระหว่างตัวการและนายหน้ารายแรกได้ระงับสิ้นลงโดยปริยายแล้ว สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในการที่คู่กรณีแห่งนิติกรรมเข้าผูกนิติสัมพันธ์กันตามนิติกรรมหรือสัญญาใด ๆ การเข้าทำนิติกรรมหรือสัญญานั้นคู่กรณีแห่งนิติกรรมจะต้องมีเป้าหมายเสมอ ซึ่งเป้าหมายในการทำนิติกรรมหรือสัญญานี้ก็คือวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม[284] อันเป็นประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งที่คู่กรณีแห่งนิติกรรมมุ่งหวังจะได้จากการทำนิติกรรมนั้น ดังนั้นการที่ตัวการเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับนายหน้าในสัญญานายหน้า ประโยชน์หรือเป้าหมายที่ตัวการมุ่งประสงค์จะได้รับ

---

[281] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไซร้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้.”

[282] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388 บัญญัติว่า “ถ้าวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลามีกำหนดก็ดี หรือภายในเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดี และกำนดเวลาหรือระยะเวลานั้นได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไซร้ ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มิพักต้องบอกกล่าวดังว่าไว้ในมาตราก่อนนั้นเลย.”

[283] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389 บัญญัติว่า “ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ไซร้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้.”

[284] วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม หมายถึง ความประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำนิติกรรมของคู่กรณีในนิติกรรมนั้น หรืออาจหมายถึงประโยชน์สุดท้ายที่คู่กรณีแห่งนิติกรรมหวังจะได้จากการทำนิติกรรมนั้น.

จากการเข้าผูกนิติสัมพันธ์รายนี้ก็คือ การที่ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ ขณะเดียวกันประโยชน์หรือเป้าหมายที่นายหน้ามุ่งประสงค์ที่จะได้รับจากการเข้าผูกนิติสัมพันธ์ในสัญญานายหน้ารายนี้ก็คือการได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากตัวการ ดังนั้นหากสัญญานายหน้าที่ตัวการและนายหน้ามุ่งประสงค์จะเข้าผูกนิติสัมพันธ์กันนี้ไม่มีวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมดังกล่าว หรือวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมดังกล่าวได้เกิดมีขึ้นและสำเร็จไปแล้วภายหลังจากที่คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญานายหน้ากันแล้ว และจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ไม่ได้ ดังนี้การเข้าทำนิติกรรมรายนี้ก็ไม่อาจเกิดผลบังคับตามที่คู่สัญญามุ่งหวังได้เลย ฉะนั้นการที่ตัวการได้มอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้าแล้วก็หาได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ห้ามมิให้ตัวการมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการเป็นนายหน้าของตนได้อีก ตัวการจึงสามารถมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้าได้ หาได้เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายและความผูกพันตามสัญญานายหน้าไม่ แต่เมื่อนายหน้ารายอื่นสามารถเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จแล้ว วัตถุประสงค์ของการเข้าผูกนิติสัมพันธ์ในสัญญานายหน้าของตัวการย่อมเป็นอันสำเร็จลุล่วงและเกิดเป็นความผูกพันทางหนี้ในอันที่ตัวการจะต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้ารายที่ได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ ดังนั้นแม้นายหน้ารายอื่นจะได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการหาบุคคลภายนอกให้ตัวการในภายหลังได้อีก แต่เมื่อวัตถุประสงค์ในการเข้าทำสัญญาของตัวการสำเร็จแล้ว การทำหน้าที่ของนายหน้าจึงกลายเป็นพ้นวิสัยที่จะทำให้สัญญาระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกเกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จอันเนื่องมาจากการที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการซึ่งที่จะทำให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน ดังนั้นแม้ว่าจะไม่เหตุที่จะทำให้สัญญาเลิกกัน แต่สัญญานั้นก็คงระงับไป เพราะการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยอันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ไม่ได้[285] (เทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 10226/2539)

แต่หากกรณีปรากฏว่ามีข้อสัญญากำหนดว่า หากนายหน้ารายอื่นที่ตัวการแต่งตั้งหรือมอบหมายให้เป็นนายหน้าเช่นกันสามารถชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกสำเร็จก่อนให้สัญญานายหน้าระหว่างตัวการกับนายหน้ารายแรกเป็นอันระงับลง ข้อตกลงนี้ก็เป็นอันใช้บังคับได้ ทั้งนี้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญา และหาได้

---

[285] อย่างไรก็ตาม ในประเด็นปัญหานี้มีท่านอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิให้ความเห็นว่า เหตุที่ทำให้สัญญาระงับสิ้นไปนั้นก็ต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาระหว่างคู่สัญญา หรือสัญญาระงับสิ้นไปตามบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องสัญญาดังที่บัญญัติไว้ในบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลำพังเพียงแต่การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยไม่อาจทำให้สัญญาระงับสิ้นไปได้ เว้นแต่การชำระหนี้นั้นจะเป็นเงื่อนไขบังคับหลังก็ย่อมทำให้สัญญาระงับสิ้นไป.

เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 225/2481 วินิจฉัยว่า ได้ความว่าจำเลยทำสัญญาให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินของจำเลยโดยให้ค่านายหน้าร้อยละ 5 และส่วนที่ขายได้เกินตารางวาละ 2.75 บาท ให้เป็นของโจทก์ด้วย ความในสัญญาตอนหนึ่งมีว่า ถ้าจำเลยขายได้เองหรือมีผู้นำเอาไปขายได้แล้วสัญญาฉบับนี้เป็นอันใช้ไม่ได้ ทำสัญญาได้แล้ว 8 เดือน โจทก์ก็ยังขายที่ไม่ได้จำเลยจึงถนนยาวตลอดที่แบ่งที่ออกเป็น 10 แปลง และมีผู้อื่นขายไปได้ 8 แปลงแล้ว ราคาตารางวาละ 3 บาทเสียค่านายหน้าร้อยละ 5 แปลงรายพิพาทนี้อยู่ติดด้านถนนใหญ่ โจทก์ได้พา ช.มาซื้อไปราคาตารางวาละ 4 บาท 50 สตางค์ 5 แปลงรายพิพาทนี้อยู่ติดด้านถนนใหญ่ โจทก์ได้พา ช.มาซื้อไปราคาตารางวาละ 4 บาท 50สตางค์ จำเลยไม่ให้ โจทก์จึงฟ้องคดีนี้ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ศาลอุทธรณ์กลับโดยเห็นว่าสัญญาระหว่างโจทก์จำเลยเลิกจากกันแล้ว จึงให้ยกฟ้อง ศาลฎีกาตัดสินว่า เมื่อจำเลยได้เปลี่ยนรูปที่ดินไปหมดเพื่อให้ราคาดีขึ้น ประกอบกับโจทก์เองก็ทราบถึงการที่มีคนอื่นมาเป็นนายหน้าขายที่ให้จำเลย โดยคิดค่านายหน้าอย่างเดียวร้อยละ 5 จึงเห็นว่าสัญญาเดิมได้เลิกกันแล้ว ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์ชอบแล้ว จึงพิพากษายืนตาม

ดังนั้น สัญญานายหน้าหากมีข้อสัญญาที่กำหนดให้สัญญาเป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อมีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา สัญญาก็ย่อมระงับสิ้นไปตามที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงกันไว้

กรณีที่สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ว่าด้วยการเลิกสัญญา อาจเกิดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้เป็นกรณีที่ไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤติผิดสัญญา กับกรณีการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาตามข้อสัญญาหรือข้อกฎหมาย แต่การใช้สิทธิเลิกสัญญาทั้งสองกรณีนี้มีข้อแตกต่างกันที่ว่า หากการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยการแสดงเจตนาเลิกสัญญาโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้ประพฤติผิดสัญญา แต่ฝ่ายที่ใช้สิทธิเลิกสัญญาใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โดยการจงใจบอกเลิกสัญญาเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย ดังนี้คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจต้องรับผิดต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากกรณีที่ความเสียหายได้เกิดมีขึ้น แต่หากเป็นกรณีที่เป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยอาศัยสิทธิตามข้อสัญญา หรือข้อกฎหมาย กรณีเช่นว่านี้ก็ไม่อาจเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยการใช้สิทธิไม่สุจริตอันจะเป็นละเมิดได้

แม้ว่าความระงับ หรือความสิ้นสุดของสัญญานายหน้า บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะมิได้บัญญัติถึงความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้าไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็เป็นข้อสำคัญในการที่จะต้องนำมาพิเคราะห์ พิจารณา เพราะตราบใดที่สัญญายังไม่ระงับความผูกพันตามสัญญาระหว่างคู่สัญญาก็ย่อมมีอยู่เรื่อยไป ดังนั้นเพื่อให้ความผูกพันตามสัญญาได้ระงับหรือ

สิ้นสุดลง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำต้องแสดงเจตนาอันเป็นการบอกเลิกสัญญาให้ปรากฏเพื่อที่ตนจะได้ไม่ต้องถูกผูกพันตามสัญญาอีกต่อไป

5.5 การทำข้อตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า

สัญญานายหน้าเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งที่มีกฎหมายกำหนดชื่อและหลักเกณฑ์ไว้เป็นเอกเทศหรือไว้โดยเฉพาะ แต่แม้ว่าสัญญานายหน้าจะเป็นเอกเทศสัญญาที่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม ก็มิได้หมายความว่าจะปรับใช้หลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในเอกเทศสัญญากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยแยกเด็ดขาดหรือขาดความสัมพันธ์อย่างสิ้นเชิงจากหลักเรื่องสัญญาก็หาได้ไม่ ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องเอกเทศสัญญามักบัญญัติเน้นย้ำว่าเอกเทศสัญญาก็คือ “สัญญา” ดังนั้นเอกเทศสัญญาและหลักทั่วไปในเรื่องสัญญาจึงมีความสัมพันธ์กันอย่างแยกกันไม่ออก จึงต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ของสัญญาเสมอเมื่อมีการทำเอกเทศสัญญา ฉะนั้นแม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดข้อสัญญาในบางเรื่องของคู่สัญญาไว้ แต่ก็มิได้หมายความว่าคู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดข้อสัญญานั้น ๆ ได้อำเภอใจ เพราะการตกลงกำหนดข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวย่อมต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย กล่าวคือ แม้ว่าคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่จะตกลงทำสัญญาที่ตนสมัครใจเข้าผูกมัดตนโดยสามารถกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงต่าง ๆ ไว้ในสัญญาเท่าที่เห็นว่าเหมาะสม โดยมีกฎหมายมารองรับให้สิ่งที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงนั้นเกิดผลบังคับในทางกฎหมายได้ แต่การใช้เสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญานี้ต้องอยู่ภายในกรอบ และกรอบนี้ก็คือ กฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นกรอบที่ปัจเจกชนไม่อาจก้าวล่วงออกมาได้ ดังนั้นหากการแสดงเจตนาผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาก้าวล่วงออกมา กฎหมายก็ไม่อาจยอมรับนิติกรรมหรือสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกระทำให้มีผลในทางกฎหมายได้

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะเห็นได้ว่าได้มีการบัญญัตินำหลักเสรีภาพมาบัญญัติไว้ใน มาตรา 151 ดังนี้ “การใดเป็นการอันแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” จากบทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่า นิติกรรมใดก็ตามเมื่อทำแล้วแตกต่างกับที่กฎหมายบัญญัติไว้มีผลสมบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมที่ทำนั้นได้ทำแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นก็จะไม่สมบูรณ์ คือตกเป็นโมฆะ

สำหรับการทำนิติกรรมที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้น มาตรา 151 มิได้ระบุว่าเป็นส่วนใด ย่อมหมายความว่า ผู้ทำนิติกรรมย่อมสามารถทำนิติกรรมแตกต่างจากกฎหมายได้ว่า

ไม่ว่าในส่วนใด ๆ เช่น ไม่ว่าจะเป็นในเรื่ององค์ประกอบของนิติกรรม คือเรื่องบุคคล วัตถุประสงค์ แบบ เจตนา ย่อมใช้หลักอิสระในทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรมได้ทั้งสิ้น แต่หลักดังกล่าวก็ย่อมมีกรอบหรือขอบเขตที่ไม่อาจก้าวล่วงได้ อาทิ กรอบของวัตถุประสงค์ คือ มาตรา 150[286] กรอบของแบบ คือมาตรา 152[287] เป็นต้น ซึ่งกรอบดังกล่าวนี้ หรือบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ คือกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั่นเอง[288]

เมื่อพิจารณาบททั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าแล้ว จะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วคู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพในการที่จะกำหนดข้อตกลงใด ๆ ระหว่างคู่สัญญาได้ ตราบเท่าที่ไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นในการพิจารณาว่าการทำข้อตกลงใด ๆ ระหว่างคู่สัญญาอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะสัญญานายหน้าจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาก่อนว่าในการทำความตกลงในเรื่องนั้น ๆ บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าได้มีบัญญัติไว้แล้วหรือไม่ หากได้มีบัญญัติไว้บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าในเรื่องนั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ หากไม่ใช่ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาก็สามารถทำความตกลงอันเป็นการแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ และหากบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติไว้ คู่สัญญาก็มีเสรีภาพที่จะทำความตกลงเช่นว่านั้นได้ ตราบเท่าที่ไม่เกินขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

ดังนั้น ข้อตกลงในลักษณะใดบ้างที่คู่สัญญาในสัญญานายหน้าสามารถตกลงให้เป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะสัญญานายหน้า ผู้วิจัยจะได้พิเคราะห์ พิจารณาและยกตัวอย่างเฉพาะข้อตกลงที่เป็นส่วนสำคัญของสัญญานายหน้า ดังนี้

5.5.1 ข้อตกลงให้ค่าตอบแทนเพิ่มเติมต่างหากจากข้อตกลงให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้า

บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ากำหนดไว้แต่เพียงว่า หากสัญญาระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการชี้ช่องหรือจัดการของนายหน้าแล้ว ตัวการจะต้อง

---

[286] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ.”

[287] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ.”

[288] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 28-30.

รับผิดใช้ค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า ดังนั้นหากตัวการและนายหน้าได้ทำความตกลงกันไว้เป็นอีกส่วนหนึ่ง เช่น นาย ก แต่งตั้งให้นาย ข จัดการขายที่ดินของตน ในราคาไร่ละ 100,000 บาท กำหนดค่าบำเหน็จในอัตราร้อยละ 3 ของราคาที่ดิน หากนาย ข สามารถขายได้เกินราคาไร่ละ 100,000 บาท นาย ก ตกลงให้ส่วนที่เกินตกเป็นของนาย ข ดังนี้ข้อตกลงเช่นนี้สามารถใช้บังคับได้หรือไม่ ในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นคู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพในการที่จะกำหนดข้อสัญญาระหว่างกันได้ และการตกลงให้ค่าตอบแทนเพิ่มเติมต่างหากจากข้อตกลงให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้านั้นก็หาได้ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด ข้อสัญญาลักษณะดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

เมื่อข้อสัญญาลักษณะดังกล่าวมีผลบังคับได้ตามกฎหมายแล้ว มีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า หากคู่สัญญากำหนดข้อสัญญาเป็นการเพิ่มเติมอีกว่า “ให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จรวมทั้งเงินส่วนเกินที่ได้จากการทำสัญญาซื้อขายเมื่อได้มีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ตามผลของสัญญาซื้อขายแล้ว” ดังนี้ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ ในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่าแม้บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าในมาตรา 845 จะกำหนดไว้ว่า ให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนก็ต่อมื่อสัญญาที่ตัวการทำกับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จอันเนื่องมาจากการเข้าชี้ช่องหรือจัดการของนายหน้าก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็หาใช่บทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นการที่คู่สัญญากำหนดให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนต่อเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด[289] ก็หาได้ทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะไม่ ดังนั้นข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีผลบังคับได้ตามกฎหมายและก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างคู่สัญญา ส่วนข้อสัญญาที่กำหนดว่าให้นายหน้ามีสิทธิได้รับเงินส่วนเกินที่ได้จากการทำสัญญาซื้อขายเมื่อได้มีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ตามผลของสัญญาซื้อขายแล้ว ผลในทางกฎหมายก็ย่อมไม่เป็นการแตกต่างจากกรณีที่ตัวการตกลงให้ค่าตอบแทนเป็นการเพิ่มเติมต่างหากจากข้อตกลงให้ค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนแก่นายหน้า เพียงแต่ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ตัวการกำหนดเงื่อนไขที่นายหน้ามีสิทธิที่จะได้รับเงินส่วนเกินนี้เป็น

---

[289] ตามแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1501/2538ได้วินิจฉัยไว้ว่า “...คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” นั้น ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะต้องทำกันสำเร็จจนถึงที่สุด หรือจนถึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันและกัน เพียงแต่นายหน้าได้กระทำการจนหมดภาระหน้าที่ของตนก็เป็นการเพียงพอแล้ว...”ดังนั้นพฤติการณ์ที่ว่านายหน้าได้ดำเนินการชี้ช่อง หรือจัดการและเป็นผลให้ตัวการได้รับประโยชน์จากการชี้ชวนโดยการตกลงเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก นายหน้าก็ได้ชื่อว่าดำเนินการเป็นผลสำเร็จ อันจะทำให้นายหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนแล้ว.

การเพิ่มเติมจากกรณีแรก คือเมื่อได้มีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ตามผลของสัญญาซื้อขายแล้ว อีกกรณีหนึ่ง ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ก็ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 6446/2540 วินิจฉัยสนับสนุนไว้[290]

ดังนั้น หากต่อมาตัวการและบุคคลภายนอกตกลงเลิกสัญญากัน(โดยมิได้เกิดจากการใช้สิทธิไม่สุจริต) นายหน้าก็ไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จรวมทั้งเงินส่วนเกินที่จะได้จากการขายที่ดินรายดังกล่าว ทั้งนี้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญานายหน้าระหว่างคู่สัญญา และในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่านายหน้าก็ไม่สามารถอ้างบทบัญญัติในมาตรา 845 มาเพื่อสนับสนุนให้ตนใช้สิทธิในอันที่จะเรียกค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากตัวการได้ (หากกรณีมีพฤติการณ์ปรากฏว่าตัวการและบุคคลภายนอกได้ทำสัญญาผูกพันกันแล้ว เหลือแต่เพียงการจะไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ตามข้อตกลงในสัญญาเท่านั้น) เพราะกรณีนี้เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกำหนดข้อสัญญาอันเป็นการยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมาย และบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวก็หาใช่บทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ ดังนั้นนายหน้าจึงไม่อาจยกบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาเพื่อทำให้ข้อสัญญาระหว่างตัวการและนายหน้าตกเป็นโมฆะอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิเรียกร้องในค่าบำเหน็จได้

แต่หากกรณีปรากฏว่าการที่ตัวการตกลงเลิกสัญญากับบุคคลภายนอกเกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของตัวการเพื่อหลีกเลี่ยงในการที่จะไม่ชำระค่าบำเหน็จรวมทั้งเงินส่วนเกินให้แก่นายหน้า ดังนี้นายหน้าจะมีสิทธิต่อตัวการอย่างไรบ้าง กรณีนี้จึงต้องไปพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องละเมิด ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยได้กล่าวไว้โดยละเอียดในข้อ 5.3 เรื่องปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกไว้โดยละเอียดแล้วจึงขอไม่กล่าวซ้ำ ณ ที่นี้อีก

ดังนั้นหากตัวการประสงค์จะกำหนดข้อตกลงให้ค่าตอบแทนเพิ่มเติมต่างหากจากข้อตกลงให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าก็ย่อมกระทำได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

---

[290] คำพิพากษาฎีกาที่ 6446/2540 วินิจฉัยว่า “บันทึกข้อตกลงท้ายสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่าง ป.ผู้ขาย กับจำเลยผู้ซื้อระบุว่า จำเลยต้องการให้โจทก์เป็นนายหน้าหรือตัวแทนในการขายที่ดินให้กับบริษัท ค.ไม่ว่าจะเป็นที่ดินส่วนใดก็ตาม ซึ่งทางจำเลยขายให้กับทางบริษัท ค.ได้ จำเลยสัญญาว่าจะจัดค่านายหน้าให้กับโจทก์ 20,000 บาท ต่อไร่ของที่ดินทุก ๆ แปลง (นอกเหนือจากข้อตกลงให้ค่าบำเหน็จร้อยละ 3 ของค่าที่ดิน) ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนดค่าตอบแทนพิเศษเพิ่มเติมอีกส่วนหนึ่งต่างหากจากข้อตกลงให้ค่าบำเหน็จนายหน้า 3 เปอร์เซ็นต์ โดยมีเงื่อนไขว่าจำเลยจะจ่ายให้แก่โจทก์ในอัตราไร่ละ 20,000 บาท ต่อเมื่อโจทก์ดำเนินการให้จำเลยขายที่ดินดังกล่าวได้จนเป็นผลสำเร็จ เมื่อโจทก์เพียงแต่จัดให้จำเลยได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายกับ พ.กรรมการบริษัท ค. แต่ต่อมาผู้จะซื้อผิดสัญญาจนมีการเลิกสัญญาจะซื้อจะขายดังกล่าวไปแล้ว กรณีจึงหาได้มีการซื้อขายเสร็จเด็ดขาดอันจะทำให้จำเลยได้รับเงินตามราคาที่ตกลงกันไว้ไม่ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดจ่ายเงินส่วนเกินหรือค่าตอบแทนตามที่ตกลงกันไว้ดังกล่าว.”

ระหว่างคู่สัญญา อีกทั้งข้อตกลงดังกล่าวก็หาได้เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ทางกฎหมาย และก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างคู่สัญญา

5.5.2 ข้อตกลงห้ามมิให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าและ/หรือรับผลประโยชน์ตอบแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ตามที่ได้กล่าวข้างต้นในข้อ 5.1.1 แล้วว่า โดยหลักบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้า[291] ไม่ได้ห้ามมิให้นายหน้าซึ่งกระทำการเป็นนายหน้าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง แล้วจะเข้ากระทำการเป็นนายหน้าของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ กล่าวคือถ้าบุคคลหนึ่งทำหน้าที่เป็นนายหน้าของคู่สัญญาสองฝ่าย หากได้กระทำหน้าที่ของนายหน้าโดยสุจริตและไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบแล้วก็ดี หรือนายหน้าได้ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยความชอบธรรมแล้วก็ดี ก็คงทำหน้าที่ได้โดยสมบูรณ์ และมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จนายหน้า[292]จากทั้งตัวการและบุคคลภายนอกนั้น ดังนั้นนายหน้าจึงสามารถทำการเป็นนายหน้าให้แก่ทั้งตัวการและบุคคลภายนอกได้ตราบเท่าที่นายหน้ากระทำการด้วยความสุจริต และไม่เป็นการทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบหรือมีผลประโยชน์ขัดกันแล้ว นายหน้าก็ย่อมทำได้[293] และนายหน้าก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน[294] จากทั้งตัวการและบุคคลภายนอก

ดังนี้ หากตัวการไม่ประสงค์จะให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าและ/หรือรับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ตัวการก็ย่อมกำหนดข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวได้เช่นกัน เพราะหาได้มีบทบัญญัติของกฎหมายนายหน้าส่วนใดบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง และการทำความตกลงในลักษณะดังกล่าวก็หาได้เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดไม่ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย[295] ดังนั้นหากนายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าว ผลบังคับในทางกฎหมาย

---

[291] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 บัญญัติว่า “ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดีหรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซร้ ท่านว่านายหน้าหามีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่.”

[292] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 84-85.

[293] แหล่งเดิม.

[294] คำพิพากษาฎีกาที่ 144/2467.

[295] คำพิพากษาฎีกาที่ 4362/2545 วินิจฉัยว่า “โจทก์เป็นผู้เริ่มต้นติดต่อขอซื้อที่ดินจากจำเลยที่ 1 และเจรจาติดต่อกับญาติพี่น้องของจำเลยที่ 1 หลายครั้ง รวมทั้งไปพบกันที่บ้านมารดาจำเลยที่ 1 เมื่อโจทก์เสนอขาย

ก็ย่อมเป็นไปตามที่คู่สัญญาจะได้ตกลงกัน เช่น กำหนดให้นายหน้าหามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากตัวการไม่ หรือหากการฝ่าฝืนนั้นทำให้ตัวการได้รับความเสียหายอย่างไรก็อาจกำหนดข้อสัญญาเป็นการเพิ่มเติมว่า ให้นายหน้าต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนข้อสัญญาดังกล่าว เป็นต้น

ในกรณีของข้อตกลงที่ห้ามมิให้นายหน้ารับผลประโยชน์เป็นการตอบแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือบทบัญญัติของกฎหมายเยอรมัน[296] และกฎหมายญี่ปุ่น[297] แล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ห้ามบุคคลคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นนายหน้าของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแต่ประการใด นอกจากนี้ยังได้บัญญัติกฎหมายในเรื่องสิทธิในการที่จะได้รับค่าบำเหน็จของนายหน้าโดยป้องกันไม่ให้นายหน้าได้รับค่าบำเหน็จจากทั้งสองฝ่าย โดยกำหนดให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างต้องรับผิดในค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าคนละส่วนเท่ากันด้วย ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้

ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาต่อมา คือการที่ตัวการกำหนดข้อสัญญาห้ามมิให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น แม้ว่าข้อตกลงเช่นนั้นจะไม่เป็นการต้องห้ามต่อบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะก็ตาม แต่กรณีจะถือได้หรือไม่ว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็น

ที่ดินต่อบริษัท ค. แล้ว ทางเจ้าหน้าที่ของบริษัทดังกล่าวรวมทั้งโจทก์ต่างก็มาดูที่ดินที่จะซื้อขายตลอดทั้งนำเจ้าหน้าที่ของบริษัท ค. มาเจรจาตกลงจะซื้อจะขายที่ดินกับจำเลยทั้งสองและได้จดทะเบียนให้บริษัท ค. เช่าที่ดินเป็นผลสำเร็จนั้น จึงเกิดจากการที่โจทก์เป็นผู้ชี้ช่องให้ทั้งสองฝ่ายเข้าทำสัญญากัน การที่โจทก์เป็นผู้ดำเนินการตั้งแต่ต้นโดยไม่เคยรู้จักกับบริษัท ค. และไม่เคยรู้จักจำเลยที่ 1 กับเจ้าของที่ดินรายอื่น ๆ มาก่อนต้องเข้าร่วมเจรจาติดต่อกับเจ้าของที่ดินทั้งหลายก็เพื่อต้องการผลประโยชน์เป็นค่านายหน้าไม่ใช่ทำให้เปล่า หากโจทก์ไม่ได้ค่านายหน้าเป็นผลตอบแทนในการเจรจาติดต่อในครั้งแรกแล้ว การดำเนินการใด ๆ ต่อมาคงไม่เกิดขึ้น และการที่บริษัท ค. กำหนดข้อห้ามไม่ให้ ส. รับประโยชน์หรือค่านายหน้าจากจำเลยที่ 1 นั้น ก็เป็นเรื่องเฉพาะระหว่างบริษัท ค. กับ ส. ไม่เกี่ยวกับโจทก์ ทั้งไม่ได้ความว่าโจทก์ตกลงยกเลิกสัญญานายหน้ากับจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 จะปฏิเสธไม่ชำระค่านายหน้าแก่โจทก์หาได้ไม่."

[296] The German commercial code section 99;

If the parties fail to stipulate who shall pay the broker's fee, each party shall pay half, if there is no local custom to the contrary.

[297] The Commercial Code of Japan : Article 550 paragraph 2

The broker's remuneration shall be borne by both parties in equal proportions.

ข้อตกลงอันเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน[298] อันจะเข้าลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สำหรับประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยจะได้พิเคราะห์ พิจารณา ดังนี้

สำหรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 5 นี้จำกัดอยู่ที่ลักษณะของข้อสัญญาว่าถ้าเป็นข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ก็ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 แล้ว ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าข้อสัญญาดังกล่าวจะอยู่ในสัญญาอะไร

ข้อตกลงที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 นี้จะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ (1) เป็นข้อตกลงที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (2) ข้อตกลงนั้นต้องไม่เป็นโมฆะ และ(3) เป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ[299]

หากพิจารณาองค์ประกอบในข้อ (1) แล้วจะเห็นได้ว่าหากนายหน้ารายนั้นมิได้ทำหน้าที่เป็นนายหน้าเป็นอาชีพ หรือมิได้ทำหน้าที่เป็นนายหน้าเพื่อประกอบธุรกิจการค้าหรือเป็นวิชาชีพแต่อย่างหนึ่งอย่างใด แม้ตัวการจะได้ทำความตกลงในลักษณะดังกล่าว ก็ไม่อาจทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ดังนั้นหากมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจก้าวล่วงเข้าไปกำหนดข้อสัญญาให้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ ดังนั้นข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีผลสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย และหาได้อยู่ในขอบอำนาจตรวจสอบของศาลตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่

แต่หากนายหน้ารายนั้นทำหน้าที่เป็นนายหน้าเป็นอาชีพ หรือทำหน้าที่เป็นหน้าในทางธุรกิจการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง กรณีอาจเข้าลักษณะเป็นข้อตกลงที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้

---

[298] พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ให้พิเคราะห์ถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย.”

[299] จรัญ ภักดีธนากุล. (2541, มกราคม-มิถุนายน). “สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.” **ดุลพาห, 45, 1**. หน้า 109-110.

หากข้อสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ได้ตกเป็นโมฆะ และข้อสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ โดยพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าว (ก) มีระยะเวลาที่ทำให้นายหน้ารายนั้นถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพสั้นยาวอย่างไร และการถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นในเขตพื้นที่ใดกว้างแคบเพียงใด (ข) นายหน้าผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพมีโอกาสที่จะทำนิติกรรมหรือประกอบอาชีพการงานกับบุคคลอื่นหรือในรูปแบบอื่นได้หรือไม่ และหากมีโอกาสเช่นนั้นนายหน้าจะมีความสามารถใช้โอกาสนั้นหรือไม่ และ (ค) ทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นเป็นอย่างไร ซึ่งผลทางกฎหมายในกรณีเช่นว่านี้จะเป็นอย่างไรก็ต้องไปพิจารณาข้อสัญญาที่ตัวการกำหนดว่าเข้าหลักเกณฑ์ตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กำหนดไว้หรือไม่ หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ข้อสัญญาระหว่างตัวการและนายหน้าในกรณีเช่นนี้ก็ย่อมอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ด้วย

ฉะนั้น ในกรณีที่ตัวการไม่ประสงค์จะให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่บุคคลอื่นและ/หรือห้ามมิให้นายหน้ารับผลประโยชน์จากจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ตัวการก็ย่อมทำความตกลงในลักษณะดังกล่าวได้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายหาได้ตกเป็นโมฆะไม่ และการที่ตัวการทำข้อตกลงห้ามมิให้นายหน้ากระทำการเป็นนายหน้าให้แก่บุคคลอื่นด้วย หากนายหน้ารายนั้นมิได้ทำหน้าที่เป็นนายหน้าเป็นอาชีพ ข้อตกลงดังกล่าวก็หาได้อยู่ภายใต้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วยไม่

5.5.3 ข้อตกลงเกี่ยวกับค่าบำเหน็จของนายหน้า

สำหรับความตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จนายหน้านั้น บทบัญญัติในมาตรา 846 บัญญัติว่า

“ถ้ากิจการอันได้มอบหมายแก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่าย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จไซร้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จนายหน้า

ค่าบำเหน็จนั้นถ้ามิได้มีกำหนดจำนวนกันไว้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียม”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น การตกลงเกี่ยวกับค่าบำเหน็จนายหน้ามีได้ 2 ทางคือ

1. มีการตกลงกันโดยชัดแจ้งถึงบำเหน็จนายหน้าว่า นายหน้ามีสิทธิได้รับบำเหน็จ หากว่าทำการสำเร็จ

2. มีการตกลงโดยปริยาย กล่าวคือ กิจการที่มีการมอบหมายให้นายหน้ากระทำการโดยพฤติการณ์คงไม่มีใครทำให้เปล่า แต่จะเรียกค่าบำเหน็จนายหน้าเป็นการตอบแทนกันแล้ว กฎหมายก็เลยสันนิษฐานว่าได้ตกลงกันโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จ

สำหรับจำนวนค่าบำเหน็จนายหน้านั้น ในกรณีที่มีการตกลงถึงจำนวนค่าบำเหน็จของนายหน้าไว้ก็จะต้องเป็นไปตามนั้น แต่ในกรณีที่ไม่ได้ตกลงกันไว้ก่อนว่าค่าบำเหน็จของนายหน้าเป็นจำนวนเท่าใด ก็ต้องถือตามธรรมเนียมที่เคยให้กันในกิจการเช่นนั้น[300] แต่หากกรณีไม่ปรากฏว่าได้มีการตกลงค่าบำเหน็จกันไว้เป็นจำนวนเท่าใด และกรณีก็ไม่ปรากฏธรรมเนียมในการนี้ กรณีเมื่อมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดให้ได้ตามสมควร[301]

ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณา คือหากนายหน้าทำความตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จกับตัวการไว้ในจำนวนที่สูงกว่าอัตราตามธรรมเนียมปกติที่นายหน้าควรได้รับจากกิจการนั้น เช่น สูงกว่าอัตราค่าบำเหน็จที่นายหน้าพึงจะได้จากการนั้นถึง 5 เท่า ดังนี้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับตามกฎหมายหรือไม่ และหากมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลสามารถใช้ดุลพินิจก้าวล่วงเข้าไปปรับลดค่าบำเหน็จดังกล่าวให้อยู่ในอัตราที่เหมาะสมได้หรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาที่ว่า หากนายหน้าทำความตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จกับตัวการไว้ในจำนวนที่สูงกว่าอัตราตามธรรมเนียมปกติที่นายหน้าควรได้รับจากกิจการนั้น ดังนี้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับตามกฎหมายหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดจำนวนค่าบำเหน็จแก่นายหน้านั้น เมื่อคู่สัญญาได้ทำความตกลงกำหนดจำนวนค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าไว้ในจำนวนเท่าใด นายหน้าก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จในจำนวนนั้นเป็นค่าตอบแทนเมื่อตนได้ทำหน้าที่สำเร็จ และหากข้อตกลงดังกล่าวมีการกำหนดจำนวนค่าบำเหน็จในอัตราที่สูงกว่าอัตราตามธรรมเนียมปกติที่

---

[300] ไผทชิต เอกจริยกร. เล่มเดิม. หน้า 322-323.

ในเรื่องอัตราค่าธรรมเนียมนายหน้า คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ได้ออกข้อกำหนดเรื่อง อัตราค่าธรรมเนียมในการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนไว้ดังต่อไปนี้ ให้สมาชิกเรียกค่าธรรมเนียมในการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อหรือขายหลักทรัพย์จดทะเบียนตามอัตรา ดังต่อไปนี้ (1) ประเภทหุ้น หน่วยลงทุน ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้น ใบแสดงสิทธิในการซื้อหุ้นเพิ่มทุนที่โอนสิทธิได้หรือใบสำคัญแสดงสิทธิอนุพันธ์ ให้เรียกในอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละ 0.25 ของจำนวนเงินที่ซื้อหรือขาย (2) หลักทรัพย์ประเภทอื่น ให้เป็นไปตามอัตราที่ได้ตกลงกับลูกค้า

ส่วนอัตราค่าธรรมเนียมในการเป็นนายหน้าในการซื้อขายที่ดินนั้นเป็นไปตามอัตราที่แต่ละธนาคารจะกำหนด.

[301] คำพิพากษาฎีกาที่ 186/2510 ประชุมใหญ่ วินิจฉัยว่า “โจทก์ให้จำเลยจัดการขายที่ดิน จำเลยได้จัดการขายที่ดินของโจทก์ได้สำเร็จย่อมเป็นกิจการที่ทำให้แก่กันโดยพฤติการณ์ที่คาดหมายได้ว่าย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาบำเหน็จ จึงถือได้ว่าได้ตกลงกันโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 846 แม้จะฟังไม่ได้ว่าตกลงให้ค่านายหน้าแก่กันเป็นจำนวนที่เกินไปจาก 11,000 บาทดังที่จำเลยนำสืบ จำเลยก็ยังมีสิทธิได้ค่าบำเหน็จ **เมื่อไม่ได้ความว่าค่าบำเหน็จนั้นได้ตกลงกันเป็นจำนวนเท่าใด และไม่ปรากฏธรรมเนียมในการนี้ ศาลย่อมกำหนดให้เท่าที่กำหนดได้ตามสมควร**...”

นายหน้าพึงได้รับจากกิจการนั้น ข้อสัญญาดังกล่าวก็หาได้ตกเป็นโมฆะไม่ เพราะการกำหนดจำนวนค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้า บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าหาได้บัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งว่าห้ามมิให้กำหนดค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าเกินกว่าอัตราตามธรรมเนียมปกติที่นายหน้าพึงจะได้รับจากการทำหน้าที่นั้น อีกทั้งการทำความตกลงในลักษณะดังกล่าวก็หาใช่เป็นการทำความตกลงที่เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด อันจะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ดังนั้นการที่คู่สัญญากำหนดค่าบำเหน็จเพื่อเป็นการตอบแทนแก่นายหน้าในจำนวนมากหรือน้อยเพียงใดย่อมเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญานั้น ความตกลงดังกล่าวจึงมีผลผูกพันบังคับกันได้ตามกฎหมาย และในประเด็นปัญหานี้ได้มีคำพากษาฎีกาที่ 2581/2526[302] วินิจฉัยสนับสนุนไว้ว่า การทำความตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จของนายหน้าในลักษณะดังกล่าวสามารถกระทำได้ แต่เมื่อมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลจะบังคับให้ค่าบำเหน็จจำนวนดังกล่าวให้ได้ต่อเมื่อในระหว่างคู่สัญญามีการทำหลักฐานกันไว้เป็นหนังสือหรือมีเอกสารอื่นใดพอที่จะแสดงให้เห็นว่า มีการตกลงกันเช่นนั้นจริง เพราะศาลฎีกาถือว่าข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้เป็นข้อตกลงกันเป็นพิเศษที่จะต้องมีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้นหากกรณีไม่ปรากฏว่ามีหลักฐานเป็นหนังสือหรือเอกสารอื่นใดที่แสดงได้ว่ามีการทำข้อตกลง

---

[302] คำพิพากษาฎีกาที่ 3581/2526 วินิจฉัยไว้ว่า “ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า จำเลยซื้อที่ดินสิบแปลงตามฟ้องโดยการชี้ช่องของโจทก์ จำเลยได้ตกลงให้โจทก์เป็นนายหน้า แล้ววินิจฉัยข้อกฎหมายว่า โจทก์ฎีกาเพียงข้อเดียวว่า ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า มิได้มีการกำหนดค่าบำเหน็จนายหน้าไว้ต่อกันต้องถือว่าได้ตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียมคือร้อยละ 5 ของราคาที่ดินที่ซื้อขายกันแท้จริงนั้นไม่ถูกต้อง โจทก์ควรได้ค่าบำเหน็จนายหน้าในอัตราไร่ละ 50,000 บาท ตามที่โจทก์จำเลยตกลงกัน จึงมีปัญหาว่าโจทก์จำเลยได้ตกลงค่าบำเหน็จนายหน้ากันไว้ไร่ละ 50,000 บาทหรือไม่ เห็นว่าค่าบำเหน็จนายหน้าที่คู่สัญญาตกลงกันเป็นพิเศษ จะต้องกำหนดกันไว้โดยชัดแจ้ง มิฉะนั้นจะต้องถือว่าตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียมตามบทบัญญัติมาตรา 846 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้โจทก์จะอ้างว่าเหตุที่คิดค่าบำเหน็จนายหน้าสูงถึงไร่ละ 50,000 บาทนั้น เพราะที่ดินที่จำเลยต้องการมีลักษณะพิเศษซึ่งหาได้ยาก คือต้องได้ที่ดินติดต่อเป็นผืนเดียวกันมีเนื้อที่ไม่น้อยกว่า 20 ถึง 25 ไร่ ทั้งต้องอยู่ติดริมแม่น้ำไม่น้อยกว่า6 เส้น และต้องลึกไม่ต่ำกว่า 10 เมตรด้วยก็ตาม แต่เมื่อเทียบค่าบำเหน็จนายหน้าดังกล่าวกับราคาที่ดินที่จำเลยซื้อมาในราคาไร่ละ 200,000 บาท เศษแล้ว **เห็นว่าค่าบำเหน็จนายหน้าดังกล่าวสูงเกือบถึงร้อยละ 25 ซึ่งเป็นอัตราที่สูงผิดปกติมาก คือสูงกว่าอัตราตามธรรมเนียมทั่ว ๆ ไปเกือบ5 เท่า ดังนี้ หากมีการตกลงกันในอัตราที่สูงผิดปกติเช่นนี้ก็น่าจะได้ทำหลักฐานกันไว้เป็นหนังสือหรือมีเอกสารอื่นใดพอที่จะแสดงให้เห็นว่า มีการตกลงกันเช่นนั้นจริง** แต่โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานเป็นเอกสารพอที่จะยืนยันให้เชื่อได้ว่าจำเลยได้ตกลงให้ค่าบำเหน็จนายหน้าในอัตราดังกล่าวจริง คงมีแต่คำเบิกความของพยานลอย ๆ จึงไม่อาจฟังเป็นยุติได้ว่ามีการตกลงกำหนดค่าบำเหน็จนายหน้ากันไว้เท่าใดแน่นอน จึงต้องถือเอาอัตราตามธรรมเนียมที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ค่าบำเหน็จนายหน้าร้อยละ 5 ของราคาที่ซื้อขายกันแท้จริงนั้นชอบแล้ว.”

ในลักษณะดังกล่าว ศาลฎีกาถือว่าคู่สัญญามิได้ตกลงเรื่องค่าบำเหน็จกันเอาไว้ ศาลฎีกาจึงกำหนดค่าบำเหน็จให้ตามธรรมเนียมที่นายหน้าพึงจะได้จากการทำการนั้น

ดังนั้น หากนายหน้าประสงค์จะทำข้อตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จในอัตราที่สูงกว่าอัตราค่าบำเหน็จที่นายหน้าพึงจะได้รับจากการนั้น นายหน้าต้องทำความตกลงดังกล่าวที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย หากมิได้มีการทำข้อตกลงดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างใดอย่างหนึ่ง และเมื่อมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็ไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงนั้นได้ เพราะกรณีนี้ศาลฎีกาถือว่าเป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงกันเป็นพิเศษจึงจะต้องกำหนดกันไว้โดยชัดแจ้ง

ส่วนประเด็นปัญหาที่ว่า หากมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลสามารถใช้ดุลพินิจก้าวล่วงเข้าไปปรับลดค่าบำเหน็จดังกล่าวให้อยู่ในอัตราที่เหมาะสมได้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องสัญญานายหน้าสนับสนุนให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจก้าวล่วงเข้าไปปรับลดค่าบำเหน็จที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงกันไว้ได้ ศาลก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจเช่นว่านั้นก้าวล่วงเข้าไปปรับลดได้ แม้ว่าศาลจะเห็นว่าจำนวนค่าบำเหน็จดังกล่าวอยู่ในอัตราที่สูงกว่าอัตราค่าบำเหน็จที่นายหน้ามีสิทธิจะได้รับตามธรรมเนียมในการทำการซื้อขายทรัพย์สินรายนั้นก็ตาม และกรณีนี้ก็ไม่อาจนำบทบัญญัติเรื่องการลดหนี้ที่ได้มีการกำหนดกันไว้ล่วงหน้าระหว่างคู่สัญญา เช่น เรื่องเบี้ยปรับมาเทียบเคียงเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการปรับลดค่าบำเหน็จที่สูงเกินสมควรนี้ได้ เพราะเจตนารมณ์ในทางกฎหมายของสัญญาทั้งสองประเภทนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือในเรื่องเบี้ยปรับเป็นข้อตกลงกำหนดค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า หากคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องน้อยกว่าจำนวนของเบี้ยปรับที่มีการกำหนดไว้ล่วงหน้า ศาลจึงมีอำนาจลดเบี้ยปรับลงได้หากตกลงไว้สูงเกินส่วน ตามหลักที่ว่าค่าสินไหมทดแทนมีไว้เพื่อชดใช้ความเสียหายที่คู่สัญญาได้รับความเสียหายนั้นจริง[303] แต่กรณีค่าบำเหน็จของนายหน้านั้น ค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนที่นายหน้ามีสิทธิได้รับเนื่องจากการที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ มิใช่เป็นการกำหนดค่าบำเหน็จไว้เป็นการล่วงหน้าเพื่อเป็นค่าเสียหาย ดังนั้นจึงไม่อาจนำบทบัญญัติในเรื่องการลดเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 มาเทียบเคียงได้ ดังนั้นแม้ว่าค่าบำเหน็จที่นายหน้าทำความตกลงไว้กับตัวการจะอยู่ในอัตราที่สูงเกินสมควร เมื่อมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจก้าวล่วงเข้าไปปรับลดจำนวนค่าบำเหน็จดังกล่าวได้

ในประเด็นปัญหานี้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 655 ในตัวบทภาษาอังกฤษ ที่บัญญัติว่า

---

[303] ทวีศักดิ์ อึ้งประภากร. (2544). **เบี้ยปรับในหนี้เงิน**. หน้า 55.

"If a disproportionately high brokerage fee has been agreed for the evidence of an opportunity to enter into a service contract or for negotiating such a contract, then it may, on the application of the party owing it, be reduced to the appropriate amount by court decision.

Reduction of the fee is excluded after it has been paid"

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น หากกรณีมีการกำหนดค่าบำเหน็จในอัตราที่สูงเกินสมควร คู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องถูกผูกพันชำระค่าบำเหน็จนั้นอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลปรับลดค่าบำเหน็จให้อยู่ในจำนวนที่สมควรได้ แต่หากได้ชำระค่าบำเหน็จแล้ว สิทธิในการร้องขอให้ศาลปรับลดค่าบำเหน็จดังกล่าวย่อมเป็นอันสิ้นไป แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีบทบัญญัติที่สนับสนุนให้ศาลสามารถเข้าไปปรับลดค่าบำเหน็จนายหน้าในกรณีดังกล่าวได้ ดังนั้นหากคู่สัญญาได้ทำความตกลงกันไว้เช่นไรก็จำต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น

ดังนั้น หากนายหน้าและตัวการได้ทำความตกลงในเรื่องจำนวนค่าบำเหน็จกันไว้เท่าใดก็จำต้องผูกพันกันตามที่ได้ทำความตกลงไว้ แม้ว่าจำนวนค่าบำเหน็จที่ได้ทำความตกลงนั้นจะอยู่ในจำนวนที่สูงเกินสมควร แต่เมื่อการกำหนดค่าบำเหน็จเช่นนี้หาได้มีกฎหมายห้ามไว้โดยชัดแจ้ง และกรณีนี้ก็หาได้เป็นการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดไม่ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย นอกจากนี้ในกรณีที่มีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจเข้าไปปรับลดจำนวนค่าบำเหน็จในกรณีเช่นว่านี้ได้ เพราะหาได้มีกฎหมายในส่วนใดสนับสนุนไว้เช่นนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา การที่ศาลจะบังคับเรื่องค่าบำเหน็จที่สูงเกินสมควรนี้ให้ได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าระหว่างคู่สัญญามีการทำหลักฐานเป็นหนังสือหรือเอกสารอย่างใดอย่างหนึ่งที่แสดงได้ว่ามีข้อตกลงกันเป็นการพิเศษเช่นนั้นด้วย

5.5.4 ข้อตกลงให้นายหน้ากระทำการอื่นใดอันเป็นการนอกเหนือขอบอำนาจของการเป็นนายหน้าตามบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้า

เมื่อบุคคลหนึ่งตกลงมอบหมายให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้า และบุคคลนั้นได้ยอมรับเข้าทำหน้าที่เช่นว่านั้นแล้ว สัญญานายหน้าย่อมเกิดมีขึ้น และเมื่อสัญญานายหน้าได้เกิดมีขึ้นแล้ว นายหน้าย่อมมีหน้าที่สำคัญในการเข้าชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้เป็นผลสำเร็จ โดยที่นายหน้าหามีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องกับสัญญาที่ตัวการได้ทำขึ้นกับบุคคลภายนอกแต่อย่างใด ดังนั้นนายหน้าจึงหามีอำนาจในการตัดสินใจหรือเจรจาต่อรองในเรื่องราคาของทรัพย์สินโดยอาศัยอำนาจของตนเองไม่ ดังนั้นหากกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการนั้น นายหน้าก็หามีสิทธิฟ้องร้องหรือถูกฟ้องโดยคู่สัญญา

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ นอกจากกรณีจะเป็นไปตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้[304] นอกจากนี้นายหน้ายังไม่มีอำนาจเกี่ยวกับการรับเงินหรือรับชำระหนี้อันจะพึงชำระตามสัญญาแทนผู้เป็นคู่สัญญาด้วย[305]

ดังนี้ หากตัวการประสงค์จะให้นายหน้ามีอำนาจกระทำการเช่นว่านั้นด้วย ตัวการสามารถแต่งตั้งหรือมอบหมายให้นายหน้ารายนั้นกระทำการเช่นว่านั้นได้หรือไม่ และจะเป็นการขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าที่ได้บัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งหรือไม่ ในประเด็นปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้า เช่น มาตรา 847[306] จะได้บัญญัติห้ามมิให้นายหน้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอก หรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวหาได้บัญญัติห้ามไว้เป็นการเด็ด กล่าวคือการที่นายหน้าเข้ารับทำหน้าที่ให้แก่บุคคลภายนอกด้วย ไม่ว่าจะในฐานะนายหน้า หรือตัวแทน หากการเข้ารับทำหน้าที่นั้นนายหน้าได้เข้ากระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อตัวการหาได้ทำให้ตัวการต้องเสียเปรียบหรือเสียประโยชน์แต่อย่างใดไม่ นายหน้ารายนั้นก็สามารถเข้ากระทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยได้ไม่ว่าจะในฐานะนายหน้า หรือตัวแทน นอกจากนี้แม้บทบัญญัติในมาตรา 849 จะบัญญัติว่านายหน้าไม่มีหน้าที่ในการรับเงินหรือรับชำระหนี้แทนผู้เป็นคู่สัญญาก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นเพียงข้อสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นถ้ามีการตกลงระหว่างนายหน้าและตัวการว่าให้นายหน้ามีอำนาจรับเงินหรือรับชำระหนี้อันจะพึงชำระตามสัญญานั้น นายหน้าก็มีอำนาจกระทำได้ ดังนั้นแม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะได้มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็หาได้เป็นบทบัญญัติบทบังคับ (jus dispositivum)ที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงและวางข้อกำหนดในสัญญาให้ผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นได้ แต่การที่คู่สัญญาจะตกลงกำหนดข้อตกลงให้ผิดแผกไปจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นจะต้องไม่เป็นการทำลายหลักพื้นฐานอันเป็นลักษณะของสัญญานั้น คู่สัญญาก็สามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เป็นอย่างอื่นได้[307] ฉะนั้นแม้ว่าการที่ตัวการทำข้อตกลงดังกล่าวในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการผิด

---

[304] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 848 บัญญัติว่า “ตัวนายหน้าไม่ต้องรับผิดไปถึงการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งทำต่อกันเพราะตนเป็นสื่อ เว้นแต่จะมิได้บอกชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง.”

[305] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 849 บัญญัติว่า “การรับเงินหรือรับชำระหนี้อันจะพึงชำระตามสัญญานั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่านายหน้าย่อมไม่มีอำนาจที่จะรับแทนผู้เป็นคู่สัญญา.”

[306] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847 บัญญัติว่า “ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดีหรือได้รับคำมั่นแต่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อการที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซร้ ท่านว่านายหน้าหามีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไปไม่.”

[307] ดาราพร เตชะกำพุ. (2529, กันยายน). “ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา.” **วารสารนิติศาสตร์, 16, 3.** หน้า 139-140.

แผกแตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้า แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็หาได้เป็นการทำลายหลักพื้นฐานของสัญญานายหน้า และบทบัญญัติของกฎหมายที่ตัวการทำความตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากกฎหมายนั้นก็หาได้เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในทางที่จะทำให้นายหน้าต้องเสียประโยชน์แต่อย่างหนึ่งอย่างใดที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะให้ความคุ้มครอง ดังนั้นตัวการและนายหน้าจึงสามารถทำความตกลงในลักษณะเช่นว่านั้นได้

แต่ในกรณีที่ตัวการตกลงให้นายหน้ากระทำการเช่นว่านั้น เช่น การรับเงินหรือการรับชำระหนี้แทนคู่สัญญา ถือได้ว่าเป็นการที่นายหน้ากระทำการเกินขอบแห่งการเป็นนายหน้าหรือไม่นั้น ในประเด็นปัญหานี้มีผู้ให้ความเห็นว่า[308] การที่ตัวการมอบอำนาจให้นายหน้ามีอำนาจรับเงินหรือรับชำระหนี้ก็คงเป็นการปฏิบัติหน้าที่อีกส่วนหนึ่ง เพราะสัญญานายหน้าโดยทั่วไป หากบุคคลภายนอกทำการชำระหนี้ให้นายหน้านั้นย่อมไม่มีผลผูกพันต่อตัวการแต่ประการใด เพราะนายหน้าไม่มีอำนาจดังเช่นตัวแทนทั่วไป แต่ถ้าบุคคลภายนอกทำการชำระหนี้ให้แก่นายหน้าแล้วจะมีผลผูกพันตัวการ อันจะทำให้หนี้ระงับก็หมายความว่าตัวการต้องมีการแต่งตั้งให้นายหน้าผู้นั้นเป็นตัวแทนเพื่อรับชำระหนี้ ซึ่งการแต่งตั้งอาจจะแต่งตั้งโดยแสดงออกชัด หรือโดยปริยายก็ได้ และเมื่อตัวแทนได้ทำภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทนแล้ว ย่อมมีผลผูกพันระหว่างบุคคลภายนอกกับตัวการ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 ประกอบมาตรา 820) ในกรณีนี้เห็นว่านายหน้าได้ปฏิบัติหน้าที่อีกฐานะหนึ่งคือตัวแทน ดังนั้นผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยตัวแทน ดังนั้นการที่ตัวการจะมอบหมายให้นายหน้ากระทำการประการอื่นนอกเหนือจากขอบอำนาจตามบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้า และการนั้นก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างตัวการและบุคคลภายนอก ตัวการจึงต้องมีการตกลงมอบหมายให้นายหน้ากระทำการเป็นตัวแทนในอีกฐานะหนึ่ง มิฉะนั้นการใดๆที่นายหน้ากระทำไปเกี่ยวแก่บุคคลภายนอกก็หาได้มีผลผูกพันตัวการไม่ เพราะโดยหลักแล้วนายหน้าหามีสิทธิ หน้าที่ที่จะกระทำการแทนตัวการไม่ และกรณีนี้ผลบังคับในทางกฎหมายก็ต้องพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องสัญญาตัวแทนเป็นสำคัญยิ่งกว่าพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้า

ดังนั้นการที่ตัวการจะตกลงมอบหมายให้นายหน้ากระทำการอื่นใดอันเป็นการนอกเหนือขอบอำนาจของการเป็นนายหน้าตามที่บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าได้กำหนดไว้ แม้ว่าการตกลงมอบหมายนั้นจะเป็นการขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าก็ตาม แต่เมื่อบทบัญญัติดังกล่าวหาได้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแต่อย่างไร ตัวการและนายหน้าจึงสามารถทำความตกลงให้เป็นการแตกต่างได้ แต่เมื่อได้ทำความตกลงใน

---

[308] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. เล่มเดิม. หน้า 90-91.

ลักษณะเช่นนั้นย่อมเข้าลักษณะของการเป็นตัวแทนอีกฐานะหนึ่ง ดังนั้นผลบังคับในทางกฎหมายจึงต้องนำกฎหมายเรื่องสัญญาตัวแทนมาพิจารณาเป็นสำคัญ

ข้อตกลงใดแม้ว่าจะเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า แต่เมื่อบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าหาใช่กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด และการตกลงข้อสัญญาดังกล่าวให้เป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้านี้หาได้เป็นการทำลายหลักพื้นฐานของสัญญานายหน้า อันจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะต้องเสียประโยชน์ที่มีอยู่ตามกฎหมายเพราะการที่ข้อตกลงของสัญญาเป็นการผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถวางข้อตกลงในสัญญาให้เป็นการแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้

DPU

บทที่ 6
บทสรุป และข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ทำการศึกษาลักษณะสำคัญและผลทางกฎหมายของสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามกฎหมายของต่างประเทศ รวมทั้งที่ได้ทำการพิเคราะห์ พิจารณาประเด็นปัญหาทางกฎหมายของสัญญานายหน้าโดยมุ่งศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจาการบังคับใช้ และตีความกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 เป็นสำคัญ ผู้วิจัยได้ทำการสรุปความจากการที่ได้ทำการศึกษา และเสนอแนะแนวทางในการบังคับใช้และตีความกฎหมายนายหน้าต่อไป ดังนี้

6.1 บทสรุป

เนื่องจากบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานายหน้ามีลักษณะที่ค่อนข้างสั้น และบัญญัติไว้อยู่เพียง 5 มาตราเท่านั้น และเมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษา พิเคราะห์ พิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า การบังคับใช้และการตีความเกี่ยวกับบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าในบางกรณียังไม่เป็นการกระจ่างชัด และในบางครั้งยังไม่เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษา และวิจัยโดยมุ่งเน้นถึงการตีความและการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นสำคัญ ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้และตีความกฎหมายโดยสรุป ดังนี้

6.1.1 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้า

ข้อพิจารณาในเรื่องประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าที่สำคัญ คือ สัญญานายหน้าสามารถเกิดมีขึ้นได้ในกรณีใดบ้าง จากการศึกษาพบว่าการเกิดของสัญญานายหน้าต้องเกิดจากการทำความตกลงระหว่างตัวการและนายหน้าเป็นสำคัญ ไม่ว่าการทำความตกลงนั้นจะเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม ฉะนั้นการที่บุคคลหนึ่งอ้างตนเองเพียงฝ่ายเดียวว่าตนได้เข้ากระทำหน้าที่เป็นนายหน้าเพื่อขอรับค่าบำเหน็จจากตัวการจึงหามีกฎหมายส่วนใดสนับสนุนให้บุคคลนั้นสามารถกระทำการเช่นนั้นได้ ดังนั้นหากจะได้เทียบเคียงถึงการเกิดของสัญญานายหน้า

กับสัญญาตัวแทน สัญญานายหน้าโดยการโดยการเชิด และนายหน้าโดยการให้สัตยาบันของตัวการ จึงไม่อาจเกิดมีขึ้นได้เลยในเรื่องสัญญานายหน้า เพราะระหว่างตัวการและนายหน้าหาได้มีการแต่งตั้งมอบหมายให้เป็นนายหน้ากันมาก่อนจึงไม่ได้มีความผูกพันทางสัญญาต่อกันอันจะทำให้บุคคลนั้นเกิดสิทธิเรียกร้องในค่าบำเหน็จจากตัวการ แม้ว่าตัวการจะได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จอันเนื่องจากการชี้ช่องหรือจัดการของบุคคลนั้นก็ตาม

ในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้านั้น แม้สัญญานายหน้าจะไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ย่อมสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ เพราะเมื่อมีการตกลงกันให้เป็นนายหน้าแล้ว สัญญานายหน้าก็เกิดขึ้น และมีผลสมบูรณ์แม้ว่าสัญญานายหน้าจะมิได้ทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม

6.1.2 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสัญญาได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากการชี้ช่องของนายหน้า

กล่าวคือ เมื่อสัญญาแต่งตั้งนายหน้าได้เกิดมีขึ้นแล้ว แต่การที่นายหน้ารายนั้นจะมีสิทธิได้รับบำเหน็จเป็นการตอบแทนหรือไม่จะต้องพิจารณาประกอบกับผลบังคับของสัญญานายหน้าเป็นสำคัญว่า สัญญาที่นายหน้าเข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการนั้นได้เกิดมีขึ้นเป็นผลสำเร็จหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้ให้นิยามศัพท์ของคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ไว้ว่ามีความหมายเพียงใด ดังนั้นการตีความคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” จึงมาจากความเห็นทางวิชาการและการวินิจฉัยตีความตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา จากการศึกษา และวิจัยสรุปได้ว่าคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” มีความหมายว่า นายหน้าได้กระทำตามหน้าที่ของตนโดยการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกได้มาพบปะ เจรจา และตกลงทำสัญญาผูกพันกันในที่สุด แต่ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะต้องทำกันสำเร็จจนถึงที่สุด หรือจนถึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันและกัน และแม้ว่าภายหลังตัวการและบุคคลภายนอกจะได้เลิกสัญญากันก็หามีผลกระทบต่อสิทธิของนายหน้าในอันที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนไม่ หากนายหน้าได้กระทำการจนหมดหน้าที่ของตนแล้ว นายหน้าก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 ดังนั้น คำว่า”สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้สัญญานายหน้ามีผลบังคับอันจะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิในที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน และเมื่อพิจารณา คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” โดยเทียบเคียงกับบทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 652 ซึ่งบทบัญญัติที่เป็นภาษาอังกฤษของบทมาตรานี้ใช้ข้อความว่า “A person who promises a brokerage fee for evidence of the opportunity to enter into a contract or for negotiating a contract is obliged to pay the fee only if **the contract comes into existence** as a result of the evidence or as a result of the negotiation of the broker” และเมื่อ

เปรียบเทียบกับบทบัญญัติที่เป็นภาษาอังกฤษในมาตรา 845 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งมีความว่า “A person who agrees to pay a remuneration to a broker for indicating the opportunity for the conclusion of a contract, or for procuring a contract, is liable to pay the remuneration only if **the contract is concluded** in consequence of the indication or of the procurement by the broker” ดังนี้จะเห็นได้ว่าทั้งถ้อยคำที่ว่า “the contract comes into existence” ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและถ้อยคำที่ว่า “the contract is concluded” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ต่างแปลความได้ทำนองเดียวกันว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ดังนั้นการใช้และตีความคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงน่าจะมีความหมายเดียวกับการใช้และตีความคำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

6.1.3 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าบำเหน็จนายหน้า

สำหรับประเด็นปัญหาที่ว่า การตกลงให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้านั้นมีหลักเกณฑ์อย่างไร จากการศึกษาพบว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ว่าด้วยสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นการตกลงกำหนดค่าบำเหน็จระหว่างตัวการและนายหน้าย่อมเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญา ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วตัวการและนายหน้าจะตกลงกำหนดค่าบำเหน็จโดยคิดจากราคาที่ตัวการเสนอขายทรัพย์สินรายนั้นหรือตามราคาที่ได้มีการตกลงซื้อขายทรัพย์สินรายนั้น ซึ่งจำนวนค่าบำเหน็จของนายหน้านี้แม้ว่าจะอยู่ในอัตราที่สูงกว่าตามธรรมเนียมปฏิบัติในการซื้อขายทรัพย์สินรายนั้น ข้อตกลงเช่นว่านั้นก็มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย เพราะหาได้ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดไม่ และตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ศาลฎีกาถือว่าข้อตกลงเช่นว่านี้เป็นข้อตกลงพิเศษที่ต้องมีการตกลงกันอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างใดอย่างหนึ่ง มิฉะนั้นศาลก็ไม่อาจบังคับให้ได้ แต่หากมีการตกลงกันอย่างชัดแจ้งแล้วและแม้ว่าการกำหนดค่าบำเหน็จดังกล่าวจะอยู่ในอัตราที่สูงกว่าปกติ ศาลก็ไม่มีดุลพินิจในการที่จะเข้าไปปรับลดค่าบำเหน็จให้อยู่ในจำนวนที่เหมาะสมได้ อย่างเช่นกรณีของกฎหมายของประเทศเยอรมนีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สนับสนุนให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเช่นว่านั้นได้ ดังนั้นแม้ว่าการตกลงค่าบำเหน็จระหว่างตัวการและนายหน้าจะอยู่ในอัตราที่สูงเกินกว่ากรณีปกติข้อตกลงดังกล่าวก็หาได้ตกเป็นโมฆะ และเมื่อมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจก้าวล่วงเข้าไปปรับลดค่าบำเหน็จให้อยู่ในอัตราที่เหมาะสมได้

6.1.4 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า

เมื่อบุคคลหนึ่งได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้าแล้ว โดยหลักแล้วบุคคลนั้นย่อมมีหน้าที่เป็นเพียงสื่อกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้ได้เข้าทำสัญญากันเท่านั้น แต่หากได้พิจารณาถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าโดยละเอียดแล้วจะพบว่านายหน้ายังมีหน้าที่ในอันที่จะต้องไม่กระทำการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายอื่น อันเป็นการขัดหรือแย้งกับหน้าที่ที่ตนมีต่อตัวการตามสัญญานายหน้าด้วย การที่นายหน้าเข้ารับทำหน้าที่เป็นนายหน้าให้แก่บุคคลภายนอกด้วย หาได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายส่วนใดบัญญัติห้ามไว้ แต่หากการที่นายหน้าเข้ารับทำหน้าที่เป็นนายหน้านั้นเป็นไปด้วยความไม่ซื่อสัตย์สุจริต ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการ นายหน้ารายนั้นก็ต้องรับผิดต่อตัวการในความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการนั้นด้วย ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายจากนายหน้านี้ แม้ว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนายหน้าจะมิได้มีบทบัญญัติส่วนใด บัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งให้ตัวการสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีดังกล่าวได้อย่างเช่นกฎหมายของประเทศเยอรมนี ที่บัญญัติไว้ความว่า “The commercial broker is liable to both parties for damage caused by his fault” แต่เมื่อได้พิจารณาถึงบททั่วไปที่บัญญัติอยู่ในบรรพ 2 แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องละเมิดสามารถที่จะทำมาใช้แก้ไข เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าในกรณีเช่นว่านี้ได้ แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะไม่ได้กล่าวถึงเรื่องความรับผิดของนายหน้าที่มีต่อตัวการไว้ในเรื่องสัญญานายหน้าไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดก็สามารถนำมาช่วยแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อให้ตัวการสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นในกรณีดังกล่าวได้

นอกจากนี้การที่นายหน้ากระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการเสียเอง ในกรณีเช่นว่านี้จะถือว่านายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการอันเป็นการกระทำหน้าที่โดยไม่สุจริตหรือไม่ สำหรับประเด็นปัญหานี้จากการศึกษาและวิจัย ผู้วิจัยเห็นว่าหากนายหน้าปฏิบัติต่อตัวการในฐานะที่ตนเป็นนายหน้าและในฐานะที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาที่ตนเข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และมิได้ทำให้ตัวการต้องเสียประโยชน์จากการเข้าทำสัญญากับนายหน้าแต่อย่างใด แม้นายหน้าจะกระทำการในฐานะที่ตนเองเป็นนายหน้าของตัวการ และเป็นคู่สัญญากับตัวการในสัญญาที่ตนได้เข้าทำการชี้ช่องหรือจัดการ กรณีเช่นว่านี้ก็หาใช่เป็นกรณีที่นายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการอันจะถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไม่ และหากสัญญาได้ทำกันสำเร็จนายหน้าก็ยังคงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จอยู่ตามเดิม แต่หากนายหน้ารายนั้นเข้ากระทำการในลักษณะที่นายหน้าเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญานั้นด้วย และผลจากการที่นายหน้าเข้าไป

มีส่วนได้เสียในสัญญาทำให้นายหน้าใช้สิทธิโดยไม่สุจริตทำให้ตัวการต้องเสียประโยชน์ และขณะเดียวกันก็ทำให้นายหน้าได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น จึงเป็นกรณีที่นายหน้ากระทำหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ขัดกันกับตัวการอันเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ดังนั้นแม้ว่าสัญญาจะได้ทำกันสำเร็จนายหน้าก็หามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จไม่ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847

6.1.5 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก

สำหรับประเด็นปัญหานี้เป็นกรณีที่สัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการไม่ได้ทำกันสำเร็จเกิดขึ้นจากฝ่ายตัวการจงใจไม่ยอมเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกรณีที่ตัวการจงใจใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในทำนองที่จะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่นายหน้า แม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายส่วนใดสนับสนุนให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายจากตัวการในกรณีดังกล่าวได้ แต่เมื่อได้พิจารณาถึงบทบัญญัติทั่วไปในบรรพ 2 แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีเช่นว่านี้สามารถนำบทบัญญัติในเรื่องละเมิดมาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวได้ กล่าวคือเป็นกรณีที่ตัวการจงใจใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่นายหน้าอันเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายให้นายหน้าต้องเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการกระทำละเมิดต่อนายหน้าที่จะทำให้นายหน้าเกิดสิทธิเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 438 ซึ่งศาลสามารถใช้ดุลพินิจวินิจฉัยในค่าเสียหายให้แก่นายหน้าตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดที่เกิดจากการะทำของตัวการรายนั้น ดังนั้น แม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะมิได้บัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้งให้นายหน้าสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในอันที่จะเรียกให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ตัวการกระทำการดังกล่าวได้ แต่เมื่อการกระทำของตัวการดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอันเข้าลักษณะของการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อนายหน้า นายหน้าก็หาอาจเสียสิทธิในอันที่จะเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นการละเมิดของตัวการต่อนายหน้าไม่

6.1.6 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า

แม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าจะมิได้บัญญัติถึงความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้าไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาถึงเหตุของความระงับสิ้นไปของสัญญาในกรณีทั่วไปแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าสัญญานายหน้าสามารถระงับสิ้นไปโดยแบ่งได้เป็น 2 กรณีใหญ่ๆ ดังนี้ (1) ความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้าโดยผลของสัญญา และ(2) ความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า

ตามบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ดังนั้นแม้ว่าบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องความระงับแห่งสัญญาแล้ว สัญญานายหน้าก็สามารถระงับสิ้นไปได้ในกรณีดังกล่าว

นอกจากนี้ในประเด็นปัญหาที่ว่า หากตัวการได้มอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการเป็นนายหน้า และภายหลังได้ไปมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการเป็นนายหน้าอีกรายหนึ่งและตัวการได้เข้าผูกพันในสัญญาที่นายหน้ารายนั้นได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการจนเป็นผลสำเร็จแล้ว โดยที่ตนยังมิได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญานายหน้ากับนายหน้ารายแรก ดังนี้จะถือได้หรือไม่ว่าความผูกพันระหว่างตัวการและนายหน้ารายแรกได้ระงับสิ้นลงโดยปริยาย กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ไม่มีการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาอย่างชัดแจ้ง แต่เมื่อการชำระหนี้ของทั้งฝ่ายตัวการและนายหน้าได้กลายเป็นพ้นวิสัยแล้ว สัญญานั้นก็คงระงับไป เพราะไม่อาจเกิดผลบังคับใดๆในทางกฎหมายต่อกันอีก จึงถือได้ว่าสัญญานายหน้าได้ระงับสิ้นไปโดยปริยาย

6.1.7 ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการทำข้อตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า

สำหรับประเด็นปัญหานี้ เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าหาได้มีบทบัญญัติในส่วนใดเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นการที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงอย่างใดอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าก็หาทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะไม่ ดังนั้นหากคู่สัญญาได้ทำความตกลงอย่างใด ๆ ที่ไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในส่วนอื่นด้วย ข้อสัญญานั้นก็ย่อมมีผลบังคับและผูกพันคู่สัญญาได้ตามกฎหมาย

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การที่บทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญานายหน้ามีบัญญัติอยู่เพียง 5 มาตรา การปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับบทบัญญัติในส่วนนี้จึงเป็นการจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญ ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานายหน้าต้องตามประสงค์ของเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมาย เช่น ศาล หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย เช่น ทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย หรือแม้กระทั่งนิสิต นักศึกษา สามารถทราบได้ว่าแท้จริงแล้วกฎหมายหนายหน้ามีแนวคิด หลักเกณฑ์และวิธีการใช้และตีความอย่างไรเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองคู่สัญญาทุกฝ่าย

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้า ผู้วิจัยเห็นว่ามีประเด็นปัญหาที่สำคัญอยู่ 6 ประการด้วยกัน ดังนี้ ประการแรก กรณีเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้า ประการที่สอง กรณีเกี่ยวกับสัญญาได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากการชี้ช่องของนายหน้า ประการที่สาม กรณีปัญหาเกี่ยวกับการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า ประการที่สี่ กรณีปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก ประการที่ห้า กรณีปัญหาเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า และประการที่หก คือกรณีการทำข้อตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า

ทั้งหกปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า บทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ว่าด้วยนายหน้า บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญา และหนี้สามารถที่จะนำมาปรับใช้กับปัญหาดังกล่าวได้โดยไม่จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายแต่อย่างใด เพียงแต่ปัญหาทั้งหกประการที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น หากมีข้อโต้แย้งประการใด ผู้ใช้กฎหมายต้องใช้กฎหมายให้ตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายและสอดคล้องกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากสัญญานายหน้า เพราะฉะนั้น จากปัญหาทั้งหกประการดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้ข้อโต้แย้งมีความกระจ่างชัด ชัดเจนและยุติ จึงเห็นควรมีการตีความและปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงดังที่กล่าว ผู้วิจัยใคร่ขอเสนอแนะในการตีความและปรับใช้กฎหมายต่อไปดังนี้

6.2.1 กรณีการเกิดของสัญญานายหน้า

สัญญานายหน้าสามารถเกิดมีขึ้นได้เฉพาะกรณีมีการตกลงแต่งตั้งระหว่างตัวการและนายหน้า ไม่ว่าการทำความตกลงนั้นจะเกิดขึ้นโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย ฉะนั้นสัญญานายหน้าไม่อาจเกิดมีขึ้นได้เลย ถ้าไม่มีการตกลงแต่งตั้งของตัวการอันเป็นข้อแตกต่างสำคัญกับกรณีการเกิดขึ้นของตัวแทน

6.2.2 กรณีสัญญาได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากการชี้ช่องของนายหน้า

ตามที่ได้ทำการศึกษา คำว่า “สัญญาได้ทำกันสำเร็จ” สรุปความได้ว่า นายหน้าได้กระทำตามหน้าที่ของตนโดยการชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกได้เข้าทำสัญญาต่อกัน ในที่สุดถึงขนาดที่คู่สัญญาได้รับประโยชน์จากสัญญาที่ได้ทำกันขึ้นนั้น กล่าวคือคู่สัญญาสามารถนำสัญญาที่ได้ทำต่อกันฟ้องร้องให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะต้องทำกันสำเร็จจนถึงที่สุด หรือจนถึงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันและกัน และไม่คำนึงว่าสัญญาที่

ตัวการและบุคคลภายนอกได้ทำต่อกันนั้น ภายหลังตัวการและบุคคลภายนอกจะตกลงเลิกสัญญากันหรือมิได้ทำการฟ้องร้องบังคับตามสัญญานั้นก็หามีผลกระทบต่อการได้รับซึ่งค่าบำเหน็จของนายหน้าไม่

6.2.3 กรณีการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้า

ในกรณีที่นายหน้ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของนายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตตามมาตรา 847นั้น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตัวการ ตัวการย่อมเกิดสิทธิเรียกร้องให้นายหน้าชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นได้ทั้งนี้บทบัญญัติในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 438

6.2.4 กรณีเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายของนายหน้ากรณีตัวการจงใจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก

การที่สัญญาที่นายหน้าได้เข้าชี้ช่องหรือจัดการไม่ได้ทำกันสำเร็จเกิดขึ้นจากฝ่ายตัวการจงใจไม่ยอมเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก หากการใช้สิทธิปฏิเสธเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเกิดจากความไม่สุจริตของตัวการย่อมทำให้เกิดความเสียหายแก่นายหน้า กล่าวคือทำให้นายหน้าต้องเสียหายแก่สิทธิในการที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อนายหน้าประการหนึ่ง จึงนายหน้ามีสิทธิเรียกร้องให้ตัวการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 438

6.2.5 กรณีเกี่ยวกับความระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า

บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติถึงความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้าไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องความระงับของสัญญา มาพิจารณาประกอบถึงการระงับสิ้นไปของสัญญานายหน้า ซึ่งสัญญานายหน้าสามารถระงับสิ้นไปได้ใน 2 กรณีใหญ่ ๆ ดังนี้ สัญญานายหน้าระงับสิ้นไปโดยผลของสัญญา และสัญญานายหน้าระงับสิ้นไปตามบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2

6.2.6 กรณีการทำข้อตกลงอันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะนายหน้า

บทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าไม่มีบทบัญญัติในส่วนใดเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นการที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงอย่างใด

อันเป็นการผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าก็ไม่ทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะไม่ ดังนั้นหากคู่สัญญาได้ทำความตกลงอย่างใดๆที่ไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในส่วนอื่นด้วย ข้อสัญญานั้นก็ย่อมมีผลบังคับและผูกพันคู่สัญญาได้ตามกฎหมาย

DPU

บรรณานุกรม

DPU

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กมล สนธิเกษตริน. (2530). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

_____. (2543). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ถึงบรรพ 6 ฉบับภาษาอังกฤษ** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

กุศล บุญยืน. (2541). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

จิ๊ด เศรษฐบุตร. (2528). **คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จำปี โสตถิพันธุ์. (2548). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

_____. (2549). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

ไชยเจริญ สันติศิริ. (2446-2506). **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง** (พิมพ์ครั้งที่ 4). พระนคร: ไทยพิทยา.

ดาราพร ถิระวัฒน์. (2530). **หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาในสัญญา**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

_____. (2542). **กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ธานี วรภัทร. (2549). **หลักกฎหมายตัวแทนนายหน้า**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

ประสาน บุญโสภาคย์ พวงผกา บุญโสภาคย์. (2540). **คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. (2548). **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ถึง มาตรา 14** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. (2543). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนค้าต่างและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

ไผทชิต เอกจริยกร. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

_____. (2550). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์และเช่าซื้อ** (พิมพ์ครั้งที่ 13 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

_____. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

พจน์ ปุษปาคม. (2546). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ**. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

พินิจ ทิพย์มณี. (2547). **หลักกฎหมายตัวแทน นายหน้า**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

พระวรภักดิ์พิบูลย์ (ม.ล. นภา ชุมสาย). (2512). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

มรกต ศรีจรุณรัตน์. (2547). **กฎหมายลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

มานะ พิทยาภรณ์. (2531). **คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน** (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร: พับลิคบิสเนสพริ้นท์.

มานิตย์ จุมปา. (2551). **คำอธิบายสัญญาประนีประนอมยอมความ** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

มาโนช สุทธิวาทนฤพุฒิ. (2519). **บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์** (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ร.แลงกาต์. (2506). **กฎหมายตราสามดวง** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา ศึกษาภัณฑ์พาณิชย์.

ร.แลงกาต์. (2516). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพาณิชย์.

รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. (2548). **กฎหมายแพ่งทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

ศนันกรณ์ (จำปี) โสตถิพันธ์. (2551). **อธิบายศัพท์นิติกรรมสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

_____. (2551). **คำอธิบายนิติกรรมสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

ศักดิ์ สนองชาติ. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

วิทยา เชียงกูล. (2549). **นโยบายด้านเศรษฐกิจ: การทับซ้อนของผลประโยชน์ทางธุรกิจ (Conflict of interest)** (พิมพ์ครั้งที่ 1). นนทบุรี: สำนักวิจัยและพัฒนาสถาบันพระปกเกล้า.

สมยศ เชื้อไทย. (2549). **ความรู้ทั่วไป คำอธิบายกฎหมายแพ่งลักษณะทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

โสภณ รัตนากร. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้** (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

สุธีร์ ศุภนิตย์, วิจิตรา วิเชียรชม และ ไผทชิต เอกจริยกร. (2549). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน ยืม ฝากทรัพย์ บรรพ 3 (มาตรา 537–มาตรา 679)**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุษม ศุภนิตย์. (2550). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ.

สุทธิมนต์ฤนาท. (2511). **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน-นายหน้า.** กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สถิตย์ เล็งไธสง. (2550). **กฎหมายลักษณะตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร.

สุปัน พูลพัฒน์. (2515). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา.** กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์.

อธิราช มณีภาค. (2543). **คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

อนุมัติ ใจสมุทร. (2515). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยนิติกรรม** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: อักษรสาส์น.

อุกฤษ มงคลนาวิน. (2514). **ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล)** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพาณิชย์.

บทความ

จรัญ ภักดีธนากุล. (2514, มกราคม-มิถุนายน). “สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.” **ดุลพาห, 45, 1**. หน้า 77-154.

ชัยยง อัชฌานนท์. (2550, มิถุนายน). “นายหน้า.” **นิตยสารเพื่อการบริหารการเงินส่วนบุคคล, 5, 50**. หน้า 100-101.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). “หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ.” **อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงหพันธ์ ป.ม.ท.ช., วันอังคารที่ 21 มิถุนายน 2526**.

ดาราพร (เตชะกำพุ) ถิระวัฒน์. (2529, กันยายน). “ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา.” **วารสารนิติศาสตร์**. หน้า 131-145.

ยุทธ วรฉัตรธาร. (2550, มีนาคม). “หายนะจากผลประโยชน์ทับซ้อน.” **นิตยสารเพื่อการบริหารการเงินส่วนบุคคล, 4, 47**. หน้า 88-89.

_____. (2550, เมษายน). “ผลประโยชน์ทับซ้อนป้องกันได้หรือไม่.” **นิตยสารเพื่อการบริหารการเงินส่วนบุคคล, 4, 48**. หน้า 92-93.

รชฎ เจริญฉ่ำ. (2539, สิงหาคม). “นายหน้าเรียกค่าเสียหายอย่างไร.” **วารสารอัยการ, 19, 222**. หน้า 125-131.

รุ่งโรจน์ รื่นเริงวงศ์. (2543, พฤษภาคม). “หลักฐานแห่งหนี้.” **Tax and Business law, 6, 68**. หน้า 51-56.

สมชัย กุศลพูน. (2548, เมษายน-มิถุนายน). “นายหน้ามืออาชีพ.” **ธนาคารอาคารสงเคราะห์, 11, 41**. หน้า 51-54.

สมบัติ พฤติพงศภัค. (2549, มิถุนายน). “หลักผลประโยชน์ขัดกันหรือผลประโยชน์ทับซ้อน.” **วารสารยุติธรรมปริทัศน์, 1, 6**. หน้า119.

อมร อนุรุทธิกร. (2536, มกราคม). “นายหน้า อาชีพที่ไม่ควรมองข้าม.” **วารสารกฎหมายธุรกิจ, 14, 2**. หน้า 32-40.

วิทยานิพนธ์

กันยาลักษณ์ อัศวินอานันท์. (2551). **จำนำตั๋วเงิน**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

โชติกร ลือสัมพันธ์. (2535). **ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมัดจำ**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ทวีศักดิ์ อึ้งประภากร. (2544). **เบี้ยปรับในหนี้เงิน**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วรภัทร รัตนาพาณิชย์. (2548). **ตัวแทนโดยปริยาย ศึกษาในสถานะที่ตัวแทนโดยปริยายแตกต่างกับตัวแทนตามกฎหมาย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สมชาย กาญจนชานันท์. (2542). **ตัวแทนค้าต่าง ศึกษาสถานะและหน้าที่ในกฎหมาย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Ardizoni. (2005). **German Tax and Business Law**. London: Thomson Sweet and Maxwell.

Chung Hui Wang. (1907). **The German Civil Code**. London: Stevens.

Ernest J. Schuster. (1907). **The Principles of German Civil Law**. Oxford: Clarendon Pr.

F.M.R. Reynolds. (1985). **Bowstead On Agency** (15th ed.). London: Sweet and Maxwell.

G.H.L. Fridman. (1983). **Law of Agency** (5th ed.). London: Butterworths.

Hailsham. (1984). **Halsbury's Law of England** (4th ed.). London: Butterwoths.

Hiroshi Oda. (2002). **Basic Japanese Law**. Faculty of Laws University College London: Oxford University Press.

John Montgomerie. (1960). **Stevens'Elements of Mercantile Law** (13th ed.). London: Butterworth.

Joseph Ernest De Becker. (1979). **Elements of Japanese Law**. Washington,D.C.: University Publications of America.

Richard Stone. (1996). **Law of Agency**. London: Cavandish.

Simon L. Goren. (1998). **The German Commercial Code** (2nd ed.). Fred B. Rothman.

Yosiyuki Noda. (1976). **Introduction to Japanese Law**. Tokyo: University of Tokyo Pr.

DPU

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	ณัฐนิตา ธรรมกิตติคุณ
ประวัติการศึกษา	ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปี 2548 หลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ แห่งสภาทนายความ รุ่นที่ 25 ปี 2548 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 59 สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปี 2549
ประสบการณ์การทำงาน	เจ้าหน้าที่กฎหมาย ฝ่าย Legal Department, Regulatory And Legal Affairs Group บริษัท เบญจจินดา โฮลดิ้ง จำกัด

DPU