

มาตรการกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค : ศึกษากรณีผู้ใช้บริการ

ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

กัลย์ฉันท วิริยะเสริมสุข

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2564

**Legal Measures for Consumer Protection : A case study of users  
of real estate brokerage businesses**

**Kanthanat Viriyasermsuk**



**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**PridiBanomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2021**



## ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์      มาตรการกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค : ศึกษากรณีผู้ใช้บริการ  
ผู้ประกอบการรายหน้าอสังหาริมทรัพย์


เสนอโดย                      นางสาวกัลย์ชนันท์ วิริยะเสริมสุข

สาขาวิชา                      นิติศาสตร์

หมวดวิชา                      กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์      รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

ได้พิจารณาเห็นชอบ โดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

.....ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์  
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)

.....กรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ณومی โชคเหมาะ)

.....กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ รับรองแล้ว

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)

วันที่ ๒๕ เดือน มกราคม พ.ศ. ๒๕๖๕

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มาตรการกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค :
ชื่อผู้วิจัย	ศึกษากรณีผู้ใช้บริการผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
อาจารย์ที่ปรึกษา	กัลย์ชนัท วิริยะเสริมสุข
สาขาวิชา	รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
ปีการศึกษา	นิติศาสตร์
	2563

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อทำการศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้เป็นธุรกิจควบคุมสัญญา โดยศึกษาถึงทฤษฎี แนวคิด ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศในการควบคุมการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขปัญหา การควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

จากการศึกษาพบว่าธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน ได้มีเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ และการดำเนินการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นสัญญาให้บริการประเภทหนึ่งที่ยังไม่มีกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับใด ๆ ควบคุมการดำเนินกิจการของธุรกิจนี้เป็นการเฉพาะ ปัจจุบันประเทศไทยมีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 16 ว่าด้วย นายหน้า เพียง 5 มาตราเท่านั้น ซึ่งยังไม่ครอบคลุม ในการให้ความคุ้มครองทั้งในส่วนของผู้ประกอบธุรกิจและในส่วนของผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการได้อย่างเพียงพอ ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนเป็นผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไม่มีการจดทะเบียนและรับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ ไม่มีสถานประกอบธุรกิจที่แน่นอน เมื่อเกิดปัญหาขึ้นอาจไม่สามารถติดตามหรือติดต่อกับผู้ประกอบการได้ และเป็นการยากที่จะทำการตรวจสอบ ปัญหาในด้านของสัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้ใช้บริการ ปัจจุบันส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งจัดทำไว้ล่วงหน้าโดยผู้ประกอบการฝ่ายเดียว จึงทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ปัญหาเกี่ยวกับการเสียหายของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เมื่อยังไม่มีกฎหมายควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้ต้องมีการจดทะเบียน จึงมีปัญหาในการหลบหลีกเลี่ยงการเสียหายให้แก่รัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ยากที่จะตรวจสอบ จึงทำให้รัฐต้องขาดรายได้ในการที่จะนำมาพัฒนาประเทศ ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับ

มาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดและเยียวยาความเสียหาย ให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอนำเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหา โดยการให้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุม กำกับ ดูแล ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ เพื่อพัฒนาและยกระดับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งใช้บริการผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยให้กระทรวงการคลัง โดย กรมธนารักษ์ และ กระทรวงมหาดไทย โดย กรมที่ดิน เป็นผู้มีอำนาจควบคุมดูแล และมีการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาโดยให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาใช้อำนาจตามมาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ประกอบมาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ออกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญานายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติต่อไป

Thesis Title	Legal Measures for Consumer Protection: A case study of users of real estate brokerage businesses
Author	Kanthanat Viriyasermsuk
Thesis Advisor	Associate professor Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic year	2020

### **ABSTRACT**

The objective of this thesis is to study the legal problems in operating real estate brokerage business in order to be a contract control business. This thesis studies the theories, concepts, and background of relevant laws both domestically and internationally in the control of real estate brokerage business, studying problems and analyzing problems related to the control of real estate brokerage operators as a guideline for improvement solving the problem of controlling real estate broker operators.

The study found that the current real estate brokerage business has increased. The operation of real estate brokerage business is a type of service contract which does not have neither laws, rules nor regulations, specifically controls the operation of this business. At present, Thailand has only the Civil and Commercial Code title 16 regarding brokers only 5 sections which do not cover enough protection for both the business operator and the consumer or the user. Thailand has various problems with brokers, such as problems with registration of a real estate brokerage business or real estate brokerage business. There is no registration and permission to operate business. The real estate brokerage business does not have a definite place of business. When a problem arises, cannot be tracked or contacted business person and it is difficult to check. The problem in terms of the contracts available on the real estate market is that the brokers normally use the form of ready-made, single-handedly prepares contracts, which is basically unfair to the consumer. The problems with the tax payments of real estate brokers have made it difficult to avoid paying taxes to government officials audit is difficult to check. All these problems cause the government lack of income to develop the country, as well as problems regarding measures to punish offenders and remedy damages for those who have suffered from real estate brokers.

Therefore, this thesis proposes a way to solve the problem, that is to have law to control and supervise the real estate brokerage business in order to develop and upgrade the estate brokerage business and to protect consumers who use the service of real estate brokerage business by requiring the Ministry of Finance by the Treasury Department and the Ministry of Interior with the Department of Lands to have control. There is consumer protection in terms of contracts by the Committee on Power Contracts under Section 35 Bis of the Consumer Protection Act B.E. 2522 as amended by the Consumer Protection Act (Version 2) B.E. 2541 section 3, section 4, section 5 of the Royal Decree Prescribing rules and procedures for determining the business that controls the contract and the nature of the contract B.E. 2542. In addition, the announcement of the Committee on Contract stipulates that real estate broker contracts are businesses that govern the contracts under the Consumer Protection Act. This is for the benefit of society and the nation.



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี โดยการได้รับความช่วยเหลือแนะนำของ รองศาสตราจารย์ พินิจ ทิพย์มณี ซึ่งรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้กรุณาให้ คำแนะนำชี้แนะแนวทางในการเขียน รวมทั้งแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ความสำเร็จในครั้งนี้จะ เกิดขึ้นไม่ได้หากไม่ได้รับความกรุณาจากท่าน ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ ซึ่งกรุณาให้เกียรติเป็น ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ ซึ่งต่างก็ได้กรุณาให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และสละเวลา อันมีค่าให้ความช่วยเหลือแก้ไข และให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความ สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ทุกท่านที่ให้ความสะดวกด้านอำนวยความสะดวก ประสานงาน ในการทำวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียนตลอดมา และขอขอบพระคุณทุกท่านที่มีได้กล่าวมาในที่นี้ ที่มีส่วนในการช่วยเหลือ ให้คำแนะนำให้ การสนับสนุน รวมทั้งเป็นกำลังใจที่สำคัญจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จไปได้ด้วยดี

ส่วนดีและประโยชน์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอให้เป็นที่กตเวทิตา และมอบบูชา แด่บุพการี ครูบาอาจารย์ ผู้มีพระคุณทุกท่าน ตลอดจนผู้แต่งหนังสือ ตำรา บทความและข้อเขียน ทั้งหลายที่ผู้เขียน ได้ใช้ศึกษาค้นคว้าในการจัดทำ และอ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ในส่วนที่เป็น ข้อบกพร่องผู้เขียนขอน้อมรับไว้ทั้งหมด

กัลย์ชนันท์ วิริยะเสริมสุข

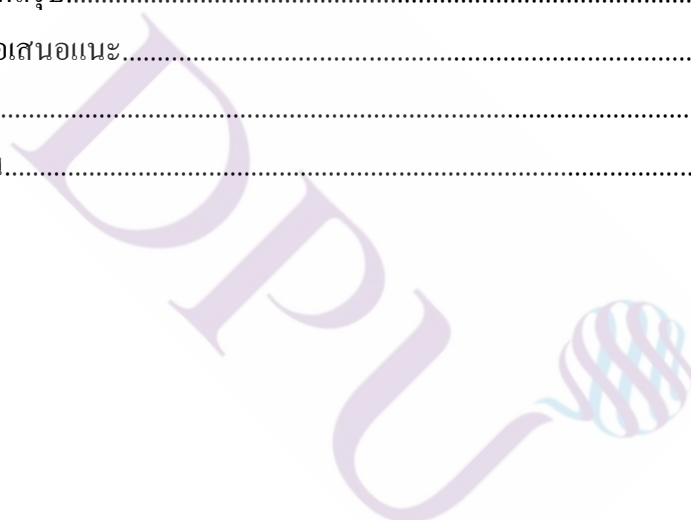


## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และการคุ้มครองผู้บริโภค.....	8
2.1 แนวความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการเกิดสัญญา.....	8
2.2 วิวัฒนาการ ความหมาย ลักษณะ และทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ นายหน้า.....	19
2.3 แนวความคิดและทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค.....	25
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งใช้บริการ ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ.....	38
3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งใช้บริการ ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย.....	38
3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งใช้บริการ ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	57
3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมดูแลผู้ประกอบการนายหน้า อสังหาริมทรัพย์ของเครือรัฐออสเตรเลีย.....	58
3.4 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมดูแลผู้ประกอบการ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์.....	72

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
4. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจนายหน้า อสังหาริมทรัพย์.....	88
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์.....	89
4.2 ปัญหาในด้านของสัญญา.....	99
4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเสียหายเงินได้จากการประกอบธุรกิจ.....	103
4.4 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษและเยียวยาความเสียหาย.....	104
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	110
5.1 บทสรุป.....	111
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	114
บรรณานุกรม.....	119
ประวัติผู้เขียน.....	123



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในอดีตที่ผ่านมาส่วนใหญ่จะเป็นการติดต่อกันในรูปแบบ นายหน้า อิสระที่ทำเป็นอาชีพเสริมและมีจำนวนไม่มากนัก หากอยู่ในรูปของนิติบุคคลก็จะเป็น กลุ่มซึ่งทำโดยโครงการและรับฝากขายให้กับลูกค้าของตนเองเท่านั้น แต่ในปัจจุบันการประกอบ ธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ได้มีการขยายตัวไปกว่าเดิมมาก เนื่องจากผู้ให้บริการที่มีได้เป็น เจ้าของโครงการส่วนใหญ่จะใช้บริการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพราะผู้ให้บริการไม่มีความรู้ ความชำนาญในการขาย ไม่ทราบช่องทางการขาย และรู้จักผู้คนทั่วไปไม่มากนัก หรือไม่สะดวกใน การที่จะทำการขายเอง จึงจำเป็นต้องอาศัยผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญและชำนาญในการติดต่อซื้อขายมากกว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ให้เข้ามาช่วยดำเนินการ ให้ ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะมีวิธีการทำงาน โดยการคิดป้ายโฆษณา ประชาสัมพันธ์รายละเอียด คุณสมบัติ เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่จะขายตามสถานที่ต่าง ๆ หรืออาจจะบอก ขายโดยตรงกับลูกค้าด้วยวาจา แต่วิธีนี้โอกาสที่จะขายได้จะมีไม่มากนัก ลูกค้าอาจจะซื้อเพราะ ความเชื่อถือหรือมีความประสงค์ที่จะซื้อทรัพย์สินที่จะขายอยู่แล้ว กับอีกวิธีหนึ่งก็คือผู้ประกอบการธุรกิจ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะประชาสัมพันธ์การขายทรัพย์สินโดยการโฆษณาผ่านสื่อต่าง ๆ เช่น หนังสือพิมพ์ หนังสือเกี่ยวกับการซื้อขายเช่าหรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ โทรทัศน์ ตลอดจนสื่อ อิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ซึ่งการขายโดยวิธีนี้เสียค่าใช้จ่ายมากกว่าวิธีแรก แต่ก็มีโอกาสขายได้สูงกว่า เพราะมีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ที่ดีกว่า

ส่วนเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นเจ้าของโครงการ ผู้ขายทรัพย์สินประเภทนี้ จำเป็นต้องจ้างบุคคลที่ มีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีความชำนาญเข้ามาทำหน้าที่เป็นนายหน้าทำการขายให้ ทั้งนี้เพื่อช่วย ให้มีโอกาสในการขายสูง เนื่องจากทรัพย์สินที่จะขายมีเป็นจำนวนมาก และเพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระ ของเจ้าของโครงการ นายหน้าแบบโครงการนี้จะมีการโฆษณาประชาสัมพันธ์การขายดีกว่า นายหน้ากรณีแรก เพราะเจ้าของโครงการเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย และส่วนใหญ่จะมีความรู้ความ เชี่ยวชาญ ความชำนาญมากกว่ากรณีแรกซึ่งจะเป็นใครก็ได้ จึงมีโอกาสขายทรัพย์สินได้มากกว่า การซื้อขายทรัพย์สินแบบโครงการเจ้าของโครงการจะมอบอำนาจให้นายหน้าเข้าทำสัญญาหรือรับเงิน

จงจากผู้ซื้อ เพราะเป็นการขายแก่ผู้ซื้อหรือลูกค้าจำนวนมาก เพื่อความสะดวกรวดเร็ว ในระหว่างการทำสัญญาหากผู้ซื้อหรือผู้ขายพบปัญหาในการซื้อขายนายหน้าก็จะต้องเป็นผู้ให้คำปรึกษา และนายหน้าแบบโครงการจะดูแลในเรื่องเกี่ยวกับรายละเอียดของสัญญาซื้อขาย จัดให้ผู้ขายกับผู้ซื้อเข้าทำสัญญากัน จนถึงขั้นตอนการจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดิน นายหน้าในลักษณะนี้ส่วนใหญ่จะอยู่ในความควบคุมดูแลของเจ้าของโครงการ โดยเจ้าของโครงการจะให้ค่าตอบแทนให้แก่นายหน้าเป็นเงินเดือนประจำ และค่าบำเหน็จเมื่อนายหน้าได้มีการซื้อหรือจัดการให้ผู้สัญญาได้เข้าทำสัญญา ต่างกับนายหน้าในกรณีแรกจะไม่มีผู้ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานโดยตรง เพราะเป็นนายหน้าอิสระ ไม่มีเงินเดือนประจำจะได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าบำเหน็จเท่านั้น

การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นธุรกิจการให้บริการประเภทหนึ่งที่มีต้นทุนต่ำ มีค่าใช้จ่ายน้อย แต่ในขณะเดียวกันจะได้รับค่าตอบแทนค่อนข้างสูง และเป็นอาชีพที่ทำได้ง่าย สามารถทำเป็นอาชีพเสริมได้ จึงมีผู้หันมาประกอบธุรกิจนี้เป็นจำนวนมากและมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากในปัจจุบันผู้บริโภคนิยมใช้บริการผู้ประกอบการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เพิ่มขึ้น โดยกลุ่มลูกค้าที่ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคจะมีอยู่หลายกลุ่ม เช่น กลุ่มผู้ฝากขายและกลุ่มผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ สาเหตุที่กลุ่มผู้ฝากขายและกลุ่มผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์นิยมหันมาใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์มากขึ้น ส่วนหนึ่งอาจเนื่องมาจากสภาวะทางเศรษฐกิจทำให้ผู้ฝากขายไม่สามารถหาสินเชื่อบ้านได้ หรือความสามารถในการผ่อนชำระลดลง หรือมีปัญหาด้านอื่น ๆ จึงหาทางออกด้วยการให้ผู้ประกอบการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นคนซื้อเพื่อนำทรัพย์สินหรือนำออกให้เช่าให้เร็วที่สุด ซึ่งผู้ใช้บริการเห็นว่าผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์น่าจะนำทรัพย์สินออกขายหรือนำออกให้เช่าได้เร็วกว่าผู้ใช้บริการดำเนินการเอง เนื่องจากผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์มีความรู้ความชำนาญให้การติดต่อเจรจา ซื้อเช่าให้ได้เข้าทำสัญญา รวมทั้งมีการโฆษณาประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ฝากขาย หรือทรัพย์สินที่จะให้เช่า จึงทำให้นำทรัพย์สินออกขายหรือให้เช่าได้เร็วกว่าเจ้าของทรัพย์สินนำออกขายหรือให้เช่าเอง

ผู้ใช้บริการอีกกลุ่มหนึ่งก็คือ ผู้ซึ่งต้องการเช่า หรือ ต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์ สาเหตุที่กลุ่ม ผู้ต้องการเช่าหรือต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์หันมาใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพราะผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์มีข้อมูล ทรัพย์สิน รวมทั้งมีทำเลที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์ให้เลือกมากมาย อีกทั้งผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ยังอำนวยความสะดวกแก่ผู้ใช้บริการด้วยการพาไปดูสภาพทรัพย์สินและทำเลที่ตั้งของทรัพย์สินที่จะขายหรือให้เช่า เป็นการสะดวกกว่าการใช้บริการจะเดินทางไปแสวงหาด้วยตนเอง ซึ่งจะเป็นการเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าการใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

การที่ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์มีการขยายตัวเพิ่มมากขึ้น ประกอบกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ ไม่มีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้บังคับควบคุมการประกอบธุรกิจดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐเข้ามาควบคุมกำกับดูแล ไม่มีการกำหนด กฎ ระเบียบ ข้อบังคับใด ๆ มาใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ตลอดจนไม่มีการตรวจสอบและควบคุมข้อกำหนดในสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะใช้ทำกับผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค คงมีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 16 นายหน้า 5 มาตรา เท่านั้น จึงไม่สามารถที่จะคุ้มครองและรักษาสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ที่เข้ามาใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้เกิดปัญหากับผู้ให้บริการหรือผู้บริโภค จากการให้บริการผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เช่น การเอารัดเปรียบผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ให้บริการ การหลอกลวง การถือโอกาสให้เกิดกรณีพิพาทขึ้นทั้งทางแพ่งและทางอาญา

ในปัจจุบันได้มีการประกาศบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยรัฐได้วางหลักประกันสิทธิของผู้บริโภคที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญไว้ว่า “สิทธิของผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง”<sup>1</sup> และรัฐต้องจัดให้มีมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านความรู้ข้อมูลที่เป็นจริง ด้านความเป็นธรรมในการทำสัญญา หรือด้านอื่นใดอันเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค<sup>2</sup> ดังจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันธุรกิจหลาย ๆ ธุรกิจ รัฐก็ได้จัดให้มีการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาด้วยการประกาศให้เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา เช่น ธุรกิจขายห้องชุด ได้มีการประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ธุรกิจการให้บริการออกก่าลังกาย ได้มีการประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการออกก่าลังกายเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2554 และ ธุรกิจให้เช่าอาคารเพื่ออยู่อาศัย ได้มีการประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 46 บัญญัติว่า “สิทธิของผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง

บุคคลย่อมมีสิทธิร่วมกันจัดตั้งองค์กรของผู้บริโภคเพื่อคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค องค์กรของผู้บริโภคตามวรรคสองมีสิทธิร่วมกันจัดตั้งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระเพื่อให้เกิดพลังในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค โดยได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการจัดตั้งอำนาจในการเป็นตัวแทนของผู้บริโภค และการสนับสนุนด้านการเงินจากรัฐ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 61 บัญญัติว่า “รัฐต้อง จัดให้มี มาตรการหรือกลไกที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้าน การรู้ข้อมูลที่เป็นจริง ด้านความปลอดภัย ด้านความเป็นธรรมในการทำสัญญา หรือด้านอื่นใดอันเป็นประโยชน์ต่อ ผู้บริโภค”

เรื่อง ให้ธุรกิจการให้เช่าอาคารเพื่ออยู่อาศัยเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2561 และในต่างประเทศ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ต่างก็มีหน่วยงานหรือองค์กร และกฎหมายควบคุม กำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายกำหนด เพื่อให้การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์และการทำสัญญานายหน้าอสังหาริมทรัพย์ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายและก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภค จึงเห็นสมควรให้มีกฎหมายในการควบคุมกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ และให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเข้ากำกับดูแลข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะใช้ทำกับผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค ตลอดจนจัดตั้งองค์กรของรัฐขึ้นควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจดังกล่าว การมีกฎหมายที่ใช้อย่างเฉพาะและองค์กรของรัฐในการกำกับดูแล จะเป็นผลดีในการที่จะทำให้ธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นธุรกิจที่มีมาตรฐานเช่นเดียวกับธุรกิจนายหน้าในกิจการประเภทอื่น ๆ เช่น นายหน้าในกิจการซื้อขายหลักทรัพย์ นายหน้าในกิจการประกันภัย ที่มีองค์กรและกฎหมายเป็นการเฉพาะกำกับดูแลคุ้มครองคู่สัญญา

ซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้จะเป็นการคุ้มครองสุจริตชนซึ่งเป็นผู้บริโภคให้ได้รับความปลอดภัยและเกิดความความมั่นใจในการใช้บริการผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์มากขึ้น ป้องกันการเอาเปรียบผู้บริโภค และเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ใช้บริการในการที่จะได้รับคำแนะนำในการติดต่อส่วนราชการหรือหน่วยงานต่าง ๆ ในการดำเนินการด้านอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งทราบข้อมูลด้านอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นจริง ตลอดจนเพื่อยกระดับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้มีมาตรฐาน น่าเชื่อถือ และสามารถแข่งขันกับนานาชาติ

ผู้ศึกษาเห็นว่าปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับนายหน้า ยังไม่ครอบคลุมในการควบคุม ดูแลการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และในการให้ความปกป้องคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการได้อย่างเพียงพอ เพราะผู้ประกอบการเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์นั้นจะเป็นใครก็ได้ สามารถทำได้ทุกคน โดยไม่มีการกำหนดคุณสมบัติที่เหมาะสมไว้ ไม่จำเป็นต้องมีหลักแหล่งในการประกอบธุรกิจที่แน่นอน เพียงแต่สามารถชี้ช่องให้ผู้ใช้บริการได้เข้าทำสัญญาก็ได้คำบ่าเหน็บแล้ว และสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ทำกับผู้ใช้บริการก็ไม่มีรูปแบบที่เป็นมาตรฐาน ส่วนใหญ่จะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งผู้ประกอบการจัดทำขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ส่วนหนึ่งจะใช้ชื่อสัญญาที่เอาเปรียบผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคที่มีอำนาจต่อรอง

น้อยกว่า และผู้ประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชนส่วนหนึ่งได้รับคำบ่นหนึ่งแล้วไม่นำเงินได้ไปเสียภาษีให้แก่รัฐ ทำให้รัฐได้รับความเสียหาย ซึ่งรัฐก็ยากที่จะติดตามเรียกเก็บและตรวจสอบ เนื่องจากไม่มีข้อมูลของผู้ประกอบการดังกล่าว จากการศึกษาผู้ศึกษาได้สังเกตเห็นปัญหาต่าง ๆ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนผู้ประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชน
2. ปัญหาในด้านของสัญญา
3. ปัญหาเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการประกอบการ
4. ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษและเยียวยาความเสียหาย

ผู้ศึกษาจึงสังเกตเห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุม ดูแล และใช้บังคับกับผู้ประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็นการเฉพาะ ตลอดจนจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐเข้ากำกับดูแลการประกอบการดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อเป็นการพัฒนาและยกระดับการประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชนให้มีมาตรฐาน น่าเชื่อถือ และเป็นการคุ้มครอง และป้องกันผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคมิให้ถูกหลอกลวง น้อ โกง หรือถูกเอาเปรียบ ป้องกันปัญหาการหลีกเลียงการเสียภาษี ทำให้รัฐสามารถจัดเก็บภาษีได้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจของประเทศชาติต่อไปดังเช่นต่างประเทศ จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นมูลเหตุในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษา แนวความคิด และทฤษฎี เกี่ยวกับการประกอบการจรรยาบรรณและการคุ้มครองผู้บริโภค
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งใช้บริการผู้ประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชน
3. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชน
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการกำกับ ดูแล การประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศไทย

## 1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

เนื่องจากในปัจจุบันการประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชนยังไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐเข้ามากำกับดูแล อีกทั้งยังไม่มีข้อกำหนด กฎ ระเบียบ มาควบคุมการประกอบการ ทำให้เกิดปัญหาการใช้บริการผู้ประกอบการจรรยาบรรณด้านสิทธิมนุษยชน เช่น มีการทำสัญญาใน



ลักษณะที่เอารัดเอาเปรียบและไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการในฐานะผู้บริโภค รวมทั้งยังมีการแอบอ้าง หลอกลวง และฉ้อ โกง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เศรษฐกิจและสังคม จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาเพื่อนำไปเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเพื่อให้ทราบความเป็นมาและสภาพปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยทำการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 16 ว่าด้วยนายหน้า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของ มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหา หาบทสรุป และข้อเสนอแนะ เพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และคุ้มครองผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค ให้เกิดความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ อันจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมและระบบเศรษฐกิจของประเทศ

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาข้อมูลโดยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ เป็นการศึกษาโดยการค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากบทบัญญัติของกฎหมาย หนังสือ วารสาร บทความ คำพิพากษาของศาลฎีกา เอกสารการวิจัย วิทยานิพนธ์ เอกสารต่าง ๆ รวมทั้งข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์ ให้ได้มาซึ่งข้อสรุปและแนวทางในการแก้ไขปัญหา

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบแนวความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และการคุ้มครองผู้บริโภค
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งใช้บริการผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
3. ทำให้ทราบผลการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
4. ทำให้ทราบแนวทางที่เหมาะสมและได้มาซึ่งข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยนำแนวทางกฎหมายของ



มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ มาเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาในการควบคุมผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมและเกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการในฐานะผู้บริโภค



## บทที่ 2

### แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนายหน้า อสังหาริมทรัพย์และการคุ้มครองผู้บริโภค

การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้มีการเกิดขึ้นมานานแล้วโดยในอดีตนั้น มักทำกันด้วยวาจาไม่ได้มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรดังเช่นปัจจุบัน หากจะมีการทำเป็น ลายลักษณ์อักษรก็จะทำตามรูปแบบและข้อตกลงกันเองอย่างเสรี แต่ปัจจุบันผู้ประกอบการ ธุรกิจในอสังหาริมทรัพย์จะมีทั้งในรูปแบบบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และจะทำสัญญากันเป็น ลายลักษณ์อักษรเพื่อให้มีผลผูกพันคู่สัญญา ลักษณะของสัญญาก็จะมีความแตกต่างกัน ทั้งในด้าน ความผูกพันทางสัญญา รูปแบบของสัญญา และข้อตกลงในสัญญา ตลอดจนฐานะของคู่สัญญา ซึ่งทุกชนชั้นในสังคมย่อมจะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นจึง จำเป็นต้องศึกษาถึงความเป็มา แนวคิด และทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์

#### 2.1 แนวความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการเกิดสัญญา

ในสมัยโรมันคำว่า “contractus” หรือสัญญานั้นมิได้มีความหมายเช่นที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่ความสำคัญของสัญญามีได้ขึ้นอยู่ที่กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาคือคำเสนอคำสนอง ความสำคัญของสัญญามีได้อยู่ที่หลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกทำ สัญญาอะไรกับใครมีเนื้อหาวางไรก็ได้ ความสำคัญของสัญญามีได้อยู่ที่เจตนา สัญญาทุกชนิดที่ทำ ไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบที่เป็นสัญญาเหมือน ๆ กัน สาละสำคัญหรือความสำคัญของสัญญาอยู่ที่ “หนี้” ที่สัญญานั้น ๆ ได้ก่อให้เกิดขึ้น Gaius นักกฎหมายคนสำคัญในยุคคลาสสิก ซึ่งเป็น 1 ใน 5 ที่ได้รับการกล่าวถึงใน Law of Citation ได้จัดสัญญาออกเป็น 4 กลุ่ม คือ

1. กลุ่มของสัญญาที่หนี้เกิดจากการส่งมอบตัวทรัพย์สิน (Obligatio Re Contratae) ซึ่งเป็น สัญญาที่ต้องมีการส่งมอบตัวทรัพย์สินก่อนเท่านั้นจึงจะก่อให้เกิดหนี้ สัญญาในกลุ่มนี้ได้แก่ สัญญาเช่า ใช้สิ่งเปลือง (Mutuum) สัญญาเช่าใช้คงรูป (Commodatum) สัญญาฝากทรัพย์สิน (Depositum) สัญญา จำนำ (Pignus)

2. กลุ่มของสัญญาที่หนี้เกิดจากการเปล่งวาจา (Obligation Verbis Contractae) เป็นสัญญาที่หนี้เกิดจากการเปล่งวาจาด้วยถ้อยคำตามตอบตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การให้คำมั่นในรูปของ Stipulation หรือการสาบานว่าจะชำระหนี้ด้วยวิธีการที่เรียกว่า Sponsio

3. กลุ่มของสัญญาที่หนี้เกิดจากการทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Obligation Litteris Contractae) กล่าวคือ เมื่อมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วก็ถือว่าก่อให้เกิดหนี้โดยไม่สนใจว่าเนื้อหาที่เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นต้องตรงตามความเป็นจริงหรือไม่

4. กลุ่มของสัญญาที่หนี้เกิดจากความยินยอม (Obligation Consensus Contractae) กล่าวคือ เพียงแต่มีความยินยอมที่จะเข้าทำสัญญากันของคู่สัญญาก็เกิดเป็นสัญญาที่สมบูรณ์และก่อให้เกิดหนี้ทันทีโดยไม่ต้องทำตามแบบพิธีใด ๆ สัญญาในกลุ่มนี้ ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ สัญญาตั้งตัวแทน สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน เป็นต้น

แต่ไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่อยู่ในกลุ่มใด สัญญาทุกชนิดของกฎหมายโรมันจะก่อเฉพาะมีผลผูกพันหรือก่อผลทางหนี้เท่านั้น ไม่มีสัญญาใดที่ก่อผลในทางทรัพย์สินเลย ต่อมาในยุคหลังคลาสสิก จึงเกิดรูปใหม่ของสัญญาคือสัญญาที่ไม่มีชื่อ ซึ่งหมายความว่าเพียงสัญญาที่มีได้มีกฎเกณฑ์ของกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ แต่ยังไม่ถึงขนาดที่จะกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่มีรากฐานอยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นในปัจจุบัน

ในยุคกลาง เกิดหลักที่ว่าคู่สัญญาสามารถที่จะสร้างความผูกพันที่สมบูรณ์โดยอาศัยเพียงข้อตกลง (Contractus) เท่านั้น<sup>3</sup>

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บัญญัตินิยามของคำว่า “สัญญา” ไว้ว่า หมายถึงอะไรอย่างแจ่มชัด แต่เมื่อได้พิจารณาจากตำราทั่ว ๆ ไป และนิยามของนิติกรรมอาจกล่าวได้ว่า สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอ สนองตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มีมุ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์<sup>4</sup> โดยมิองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญดังนี้

1. ความสามารถของบุคคล โดยหลักแล้วบุคคลจะทำสัญญาจะต้องมีความสามารถ

บุคคลธรรมดาบางกลุ่ม ซึ่งถูกจำกัดความสามารถ คือ ผู้เยาว์ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนไร้ความสามารถ ถูกจำกัดความสามารถในการทำสัญญา หรืออาจได้รับการยกเว้นให้ทำสัญญาบางประเภทได้ ถ้าฝ่าฝืนผลของสัญญาอาจเป็นผลของสัญญาอาจเป็น โมฆียะหรือโมฆะ

<sup>3</sup> ศนันทกรณ(จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 16 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : วิญญชน, 2554), น. 278.

<sup>4</sup> ศนันทกรณ(จำปี) โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 277.

2. วัตถุประสงค์ในการทำสัญญา สัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ไม่เป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีของประชาชนและต้องไม่เป็นการ

ฝ่าฝืนกฎหมาย ถ้าฝ่าฝืนผลของสัญญาก็เป็นโมฆะ

3. การแสดงเจตนาในการทำสัญญา จะต้องไม่บกพร่อง การตกลงทำสัญญาของคู่สัญญาต้อง

เกิดจากความสมัครใจ ไม่เกิดจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกข่มขู่ เกิดจากการการฉ้อฉล หรือ

4. แบบของสัญญา สัญญาบางประเภทกฎหมายบัญญัติให้ต้องทำตามแบบ ซึ่งแบบในการ

สัญญาต่าง ๆ กฎหมายอาจจะบังคับให้ทำเป็นหนังสือ หากทำสัญญาไม่ถูกต้องตามแบบ

ที่กฎหมายกำหนดไว้ก็จะทำให้สัญญาที่ทำขึ้นนั้นเป็นโมฆะ ผู้ศึกษาเห็นว่า การประกอบธุรกิจในปัจจุบันสิ่งที่ขาดไม่ได้คือการทำสัญญา ทั้งนี้เพื่อ

#### 2.1.1 ทฤษฎีว่าด้วยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ทฤษฎีหลักเสรีภาพในการทำสัญญาวางหลักไว้ว่า เสรีภาพของเอกชนเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง ความเป็นอิสระของเอกชนจะถูกจำกัดได้ก็โดยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น เสรีภาพของเอกชนในการทำสัญญาจึงเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม แนวความคิดของทฤษฎีนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1134 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หรือที่นิยมเรียกกันว่าประมวลกฎหมายนโปเลียนของฝรั่งเศสที่ว่า “ความตกลงที่สร้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งทำความตกลงนั้น”<sup>5</sup>

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาถือว่าเป็นเพียงนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่เปลี่ยนแปลงสิทธิของตนตามที่ต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์ในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของกิจการที่ประสงค์จะตกลงกันใน

<sup>5</sup> วิชา มหาคูณ, “ทฤษฎีกฎหมาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2563, จาก <https://so05.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal/article/download/243935/165691>.

การทำสัญญาโดยอิสระ และด้วยความสมัครใจ หากข้อตกลงนั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) และสัญญานั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้ ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาจึงถือหลักที่ว่า ตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญานั้นคือความสมัครใจ หรือเจตนา (La Volonté)

ในอดีตการทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะกำหนดรูปแบบหรือสาระสำคัญของสัญญาได้อย่างเสรี แต่ในปัจจุบันการทำสัญญาบางประเภทจะต้องทำตามวิธีการและรูปแบบตามที่กฎหมายกำหนด

เสรีภาพในการทำสัญญาจะมีความหมายอยู่ 2 ความหมาย ความหมายแรก คือ เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา ส่วนความหมายที่สอง หมายถึง เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อเกิดสัญญาขึ้นแล้ว

สำหรับเสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญานั้น หมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้น ดำเนินต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งในความหมายนี้อาจพิจารณาได้ 2 ด้าน คือ ด้านการกระทำ (positive sense) อันหมายถึง การเริ่มต้น ดำเนินต่อไป และการตกลงเข้าทำสัญญา และด้านไม่กระทำ (negative sense) อันหมายถึง การไม่เข้าทำสัญญา หรือการระงับกระบวนการในการเจรจา ด้วยการถอนคำเสนอหรือการยกเลิกการเจรจา เป็นต้น สำหรับการไม่เข้าทำสัญญาของผู้รับคำเสนอดี หรือการยกเลิกหรือระงับการเจรจาของผู้เจรจาก็ดี มักไม่มีปัญหา เพราะเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการใช้เสรีภาพดังกล่าว แต่ในส่วนที่ผู้เสนอเปลี่ยนใจไม่เข้าทำสัญญาด้วยการถอนคำเสนอนั้นอาจมีปัญหาในระบบกฎหมายของบางประเทศก็ได้ ผู้ทำคำเสนออาจไม่มีเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้

ส่วนเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาเกิดแล้วนั้น น่าจะหมายถึงความถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนมีตั้งแต่ขั้นตอนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้นเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วรัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้ เพราะหากปล่อยให้ทำเช่นนั้นได้ เสรีภาพของปัจเจกชนก็จะถูกทำลายไป<sup>6</sup>

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักที่อธิบายแก่นี่ที่เกิดจากสัญญา จะเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพอิสระที่จะตกลงทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการเอาเปรียบเกินไป หรือหนี้ที่ตนรับภาระไว้มีมากกว่าหนี้ที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตอบแทนจนไม่เป็นธรรมแล้วก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับ หรือตกลง จนก่อให้เกิดหนี้ขึ้น ด้วย การปฏิเสธการทำสัญญาด้วย เมื่อใดที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่าเป็น

<sup>6</sup> สันนักรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, อ่างแล้ว เชนอรรถที่ 3, น.279.

นั้นยุติธรรมแล้ว และหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว ลูกหนี้จะอ้างภายหลังว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครบังคับ เมื่อคู่สัญญาเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็ไม่จำเป็นต้องทำสัญญาด้วย เมื่อตกลงทำสัญญาแล้ว สัญญาจะยุติธรรมสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะอ้างว่าอีกฝ่ายหนึ่งเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ตกลงกันแล้วไม่ได้

### 2.1.2 ลักษณะของเสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญาเริ่มตั้งแต่คิดที่จะทำสัญญา เมื่อคิดรอบคอบแล้วก็มาสู่เสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่ ถ้าตัดสินใจว่าจะทำก็มีเสรีภาพที่เลือกจะทำสัญญากับใคร ทำสัญญาอะไร มีวัตถุประสงค์หรือมีเนื้อหาของสัญญาอย่างไร เมื่อตัดสินใจแล้ว ก็มีเสรีภาพที่จะแสดงออกมาด้วยวิธีการที่ต้องการ และมีเสรีภาพที่จะกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นก่อให้เกิดผลตามที่ตนประสงค์ ซึ่งเสรีภาพทั้งหลายเหล่านี้ได้รับการรองรับจากบทบัญญัติ มาตรา 151<sup>7</sup>

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจะเป็นหลักที่ซ่อนอยู่ในหลักอิสระในทางแพ่ง ซึ่งหากพิจารณาให้เห็นเป็นรูปธรรมอาจพิจารณาได้ดังนี้

- 1) หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับองค์ประกอบของสัญญา
  - (1) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล
  - (2) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างไรก็ได้ ตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน
  - (3) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญา ไม่ว่าจะด้วยวาจา หรือลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวิธีอื่นใด
  - (4) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่ และมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาออกมาตามที่ตนได้ตัดสินใจ
- 2) หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับเนื้อหาของสัญญา
 

คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ แม้ในเนื้อหาที่กำหนดอาจแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด หากมิใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นก็ไม่เป็นโมฆะ
- 3) หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับผลของสัญญา
 

คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้ หากไม่ขัดต่อกฎหมาย และเมื่อกำหนดไว้แล้ว กฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนา นั่นคือ สัญญาต้องเป็นสัญญาตามหลัก Pacta Sunt Servanda แต่อย่างไรก็ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้ก็ใช่ว่าจะมีเสรีภาพ

<sup>7</sup> สนันทกรณ(จำปี) โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 3, น.285.

ในการทำสัญญาในทุกเรื่อง ในบางเรื่องการทำสัญญาก็ยังจะมีข้อจำกัดเสรีภาพอยู่ ซึ่งจะทำให้การศึกษาต่อไปดังนี้

### 2.1.3 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา

แม้คู่สัญญาจะมีเสรีภาพมากมายในการทำสัญญา แต่เสรีภาพดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตอันสมควรด้วย เพื่อมิให้การใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลบางคนต้องไปกระทบหรือก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวมส่วนรวม เสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจถูกจำกัดได้ดังนี้

1) การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับองค์ประกอบของสัญญา

(ก) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาอาจถูกจำกัดได้ หากคู่สัญญาเป็นผู้ดำเนิน

กิจการในลักษณะผูกขาด เขาย่อมไม่มีเสรีภาพในการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วย เพราะกฎหมายบังคับให้ต้องทำสัญญากับบุคคลทุกคนโดยเสมอหน้ากัน

(ข) เสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และด้วยความเป็นไปได้ตามมาตรา 150

(ค) เสรีภาพในการเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญานั้น อาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางชนิดต้องทำตามแบบอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะเจาะจง

(ง) เสรีภาพในการตัดสินใจอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้อง

2) เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดย

(ก) การใช้เสรีภาพของคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่าไม่มีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

(ข) กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ได้แก่ การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

(ค) กฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายกำหนดราคาควบคุมสำหรับสินค้าบางประเภท เป็นต้น

(ง) ด้วยข้อตกลงของสหภาพแรงงานนายจ้าง และสหภาพแรงงานลูกจ้าง ซึ่งส่งผลให้นายจ้างและลูกจ้างที่เป็นสมาชิกของสหภาพไม่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาเป็นประการอื่น



3) เสรีภาพของสัญญาในการกำหนดผลของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยหลัก Rebus Sic Stantibus อันเป็นหลักที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เนื่องจากภายหลังที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ยังมีได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นผลของสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา หากยังต้องปฏิบัติการชำระหนี้กันต่อไปก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมากเกินไปและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมากเกินไป ทำให้ ณ เวลาที่มีการชำระหนี้ การปฏิบัติการชำระหนี้และการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนจะไม่สมดุลกับสัญญา จึงไม่ควรเป็นสัญญาอีก ตามหลักที่ว่าเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus)<sup>8</sup>

#### 2.1.4 หลักสัญญาต้องเป็นไปตามสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

หลักสัญญาต้องเป็นไปตามสัญญา เป็นการจำกัดเสรีภาพในเรื่องผลของสัญญา สัญญาต้องเป็นไปตามสัญญาตามเสรีภาพที่ได้ใช้

แม้จะมีหลัก Pacta Sunt Servanda หรือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาที่ยึดหลักว่าเมื่อคู่สัญญาได้ได้ตกลงทำสัญญากันขึ้นโดยเสรีแล้ว สัญญาก็ย่อมจะมีผลผูกพันคู่กรณีศาลจะยอมรับบังคับตามสัญญาดังกล่าวโดยไม่เข้าแทรกแซง เว้นแต่จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น

ในสังคมปัจจุบันผู้ประกอบการธุรกิจส่วนใหญ่จะมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าผู้บริโภค ถือเป็นโอกาสอาศัยหลักทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา เข้าทำสัญญากับผู้บริโภคในลักษณะเป็นสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่า และจำเป็นต้องเข้าเป็นคู่สัญญากับผู้ประกอบการ ซึ่งรัฐก็ไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงได้ ผู้ศึกษาเห็นว่าในปัจจุบันการนำหลักทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้คงไม่เหมาะสม โดยเฉพาะการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคมโดยรวมและเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้ถูกผู้ประกอบการเอาเปรียบ จึงไม่ควรนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้ในระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค โดยอาศัยข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 ที่บัญญัติว่า“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพการจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น

<sup>8</sup> ศนันทกรณ(จำปี) โสคติพันธุ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.283-284.



หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นการตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวกายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

### 2.1.5 หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา

หลักความเท่าเทียมกันนี้ถือเป็นสิทธิและเสรีภาพประการหนึ่งของบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>9</sup> ซึ่งถือว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมายในการทำสัญญา แต่ในความเป็นจริงนั้นผู้ประกอบการจะเป็นผู้ซึ่งมีโอกาสต่อช่องทางเศรษฐกิจสูงกว่าจะใช้อำนาจผูกขาดกำหนดข้อสัญญา หรือเงื่อนไข แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยจะทำสัญญาไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตน ส่วนผู้บริโภคซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าก็จำเป็นต้องเข้าทำสัญญาด้วย หรือบางครั้งผู้บริโภคอาจไม่มีอำนาจต่อรองเลย ผู้บริโภคได้แต่พิจารณาว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่เข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการเท่านั้น จึงเห็นได้ว่าในความเป็นจริงการทำสัญญานั้นจะพบกับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาเป็นจำนวนมาก ในปัจจุบันรัฐจึงได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เช่น ให้ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา เป็นต้น โดยรัฐได้กำหนดสัญญามาตรฐานให้ผู้ประกอบการนำมาใช้ทำสัญญากับผู้บริโภค หากมีข้อตกลงนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค วัตถุประสงค์ก็เพื่อจะเข้าคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นบุคคลผู้อยู่ในฐานะเสียเปรียบที่ถูกผู้ประกอบการซึ่งอยู่ในฐานะได้เปรียบวางข้อกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาที่เป็นการเอาเปรียบ ซึ่งการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวก็เป็นการลดปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาจากการเอาเปรียบได้ส่วนหนึ่ง

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

### 2.1.6 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (the Autonomy of the Will) เป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางนี้ว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิด และเป็นมาตรฐานของสิทธิ<sup>10</sup>

การแสดงเจตนาเป็นการกระทำซึ่งบุคคลแต่ละคนประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย และได้มีการแสดงเจตนาออกซึ่งความประสงค์นั้นให้ปรากฏด้วยการกระทำ

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเริ่มมาจากที่บุคคลมีอิสระในทางความคิดที่มีอยู่ในตัวเป็นธรรมชาติ การที่บุคคลจะกระทำการใด บุคคลนั้นย่อมรู้ตัวเอง แต่สิ่งที่สำคัญในการแสดงเจตนาในการทำสัญญานั้น จะต้องทำด้วยใจสมัครในการที่จะเข้าไปผูกนิติสัมพันธ์ในหนี่ที่จะเกิดจากสัญญานั้น

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นทฤษฎีที่พบในระบบประมวลกฎหมายมากกว่าในระบบกฎหมายจารีตประเพณี เป็นหลักเกณฑ์ที่ทำให้เอกชนสามารถกำหนดนิติสัมพันธ์โดยอิสระด้วยการแสดงเจตนา โดยหลักแล้วรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงในการทำสัญญา แม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่ต้องห้ามโดยกฎหมายอย่างชัดเจน หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 หลักทั่วไป ได้กล่าวถึงเจตนาว่า ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้เพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร<sup>11</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง สัญญาจะมีผลเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกัน

การที่จะกล่าวว่าเจตนา มีความศักดิ์สิทธิ์นั้น บุคคลที่แสดงเจตนาออกมาต้องเคารพต่อเจตนาของตน โดยเมื่อเกิดสัญญาที่เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาแล้ว สัญญานั้นต้องมีผลผูกพันตามเจตนาที่ก่อขึ้น ไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ ถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สมัครใจตกลงยินยอม

รากฐานของแนวความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เกิดจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม (Individualism) และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

<sup>10</sup> ดารารพ ติระวัฒน์, กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 12

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 “ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้เพ่งเล็งถึงเจตนา อันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

ปัจเจกชนนิยม (Individualism) มีหลักว่า รัฐต้องรับรองเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งมนุษย์ทุกคนมีอยู่ตามธรรมชาติ รัฐจะต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล เว้นแต่ในบางเรื่องที่เป็นกรณีอันสมควร จึงจะมีข้อจำกัดเสรีภาพได้ และเสรีภาพของบุคคลก็อาจถูกจำกัดลงได้ด้วยความสมัครใจของบุคคลเองเท่านั้น เจตนาของบุคคลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และมีความเป็นอิสระ

การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอันด้วยหลักปัจเจกชนนิยมนี้ เป็นเหตุผลของหลักที่เป็น Dogma คือ หลักเกณฑ์ในตัวของมันเองที่จะต้องประกอบด้วยเหตุผลในทางปฏิบัติด้วย จึงจะทำให้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาได้รับการยอมรับ<sup>12</sup>

ผู้ศึกษาเห็นว่า การให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา หรือเสรีภาพในการทำสัญญา เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรอง และมีระบบการค้าที่แข่งขันที่เป็นธรรม

#### 2.1.7 หลักความยุติธรรม (Principle of Equity)

แม้ว่าทุกคนจะมีเสรีภาพและความเท่าเทียมกันในการทำสัญญา แต่การทำสัญญาก็ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมเพื่อคุ้มครองสังคมซึ่งเป็นส่วนรวม ซึ่งหลักความยุติธรรมนี้ มักจะใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีโดยศาล โดยศาลจะเป็นผู้หยิบยกขึ้นมาใช้เพื่อความยุติธรรม

#### 2.1.8 หลักสุจริต (Principle of Good Faith)

หลักสุจริตในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปที่เป็นบทกฎหมายยุติธรรมที่ใช้เป็นมาตรฐานทั่วไปที่วัดความประพฤติของบุคคลในสังคมซึ่งมีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม อันมุ่งเน้นผลประโยชน์ของส่วนรวม

หลักสุจริตโดยทั่วไปนี้ ถูกรับรองโดยบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ค.ศ.1900) และในประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (ค.ศ.1907)

ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเดิมบัญญัติหลักนี้ไว้ในบรรพ 2 เรื่องนี้ มาตรา 242 ใช้เฉพาะในกฎหมายลักษณะหนี้ ต่อมาวงวิชาการนิติศาสตร์ และศาลในประเทศเยอรมันต่างเห็นพ้องต้องกันว่าหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ควรใช้กับกฎหมายเอกชนได้ทุกเรื่อง ครั้นถึงคราวทำประมวลกฎหมายสวิสจึงได้นำเอาหลักนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 เป็นหลักทั่วไปครอบคลุมกฎหมายแพ่งทั้งระบบ ต่อมาหลักนี้ถูกนำไปใช้ในคดีทางกฎหมายมหาชนด้วย ในปัจจุบันนี้เป็นความเห็นพ้องต้องกันในวงการนิติศาสตร์ในตระกูลกฎหมายเยอรมัน รวมทั้งสวิตเซอร์แลนด์ และออสเตรเลียว่าหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจเป็นหลักกฎหมายที่สามารถใช้ได้กับกฎหมายทุกแขนงไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือเอกชนก็ใช้ได้

<sup>12</sup> คาราวอร์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 15-16.

ถ้าเราพิจารณาในแง่กฎหมายเปรียบเทียบแล้วก็จะพบว่า มาตรา 5 นั้นเราเลียนแบบมาจากบทบัญญัติในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งมีข้อความว่า

“ในการใช้สิทธิที่ดี ในการปฏิบัติหน้าที่ที่ดี ทุกคนจะต้องกระทำการโดยสุจริต การใช้สิทธิไปในทางที่ผิดอย่างชัดเจนย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย”

จะเห็นได้ว่าในวรรคแรกของมาตรานี้ มีข้อความตรงกับมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอย่างไม่ผิดเพี้ยน ส่วนวรรคที่สองนั้นกฎหมายไทยไปบัญญัติเอาไว้ในหมวดละเมิด มาตรา 421 บทบัญญัตินี้ในทางนิติศาสตร์เยอรมันเรียกว่าเป็น “บทครอบจักรวาล” (Generalklauseln) คือ เป็นบทที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุก ๆ เรื่อง หรือในลักษณะทั่วไป จึงได้รับยกย่องว่าเป็นรากฐานของกฎหมายทั้งระบบทีเดียว นับเป็นการประกาศอุดมคติแห่งความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมว่าต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันด้วยหลักสุจริต<sup>13</sup>

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 5 เกี่ยวกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ ว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต ซึ่งมักเป็นที่เข้าใจกันว่า มาตรานี้จะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อมีหนี้แล้ว คือสัญญาเกิดแล้วเท่านั้น ความจริงหลักการนี้สามารถที่จะนำมาปรับใช้ในขั้นตอนก่อนสัญญาหรือในขั้นตอนของการก่อให้เกิดสัญญาด้วย เพราะถือได้ว่าแม้สัญญาจะยังไม่เกิด แม้หนี้ตามสัญญาจะยังไม่มี แต่ที่คู่สัญญาก็มีหนี้ต่อกันแล้วในการที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามหลักสุจริต และอาจกล่าวได้ว่าเป็นหนึ่งเดียวในการกระทำการ กล่าวคือ งดเว้นที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่งในขั้นตอนก่อนสัญญา<sup>14</sup>

หลักสุจริตเป็นหลักที่ยอมรับของระบบกฎหมายนานาประเทศว่าเป็นบทบัญญัติกฎหมายยุติธรรมที่ให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจวินิจฉัยคดีตามหลักความเป็นธรรม จัดเป็นกฎหมายยุติธรรมอันนำมาซึ่งอำนาจการใช้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาที่จะนำมาวินิจฉัยตัดสินคดี แม้คู่ความจะไม่ยกขึ้นอ้าง หลักสุจริตมีส่วนพัฒนากฎหมายอย่างสำคัญ เพราะกฎหมายต้องปรับให้เหมาะสมกับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบันซึ่งมีความซับซ้อนมากขึ้น การนำหลักสุจริตมาเสริมสร้างและอุดช่องว่างของกฎหมาย จึงเป็นการพัฒนากฎหมายที่ช่วยทำให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม

<sup>13</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544), น. 147-148.

<sup>14</sup> ศนันท์กรณณ์(จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 3, น. 286.

## 2.2 วิวัฒนาการ ความหมาย ลักษณะ และทฤษฎี เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนายหน้า

ธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นธุรกิจหนึ่งที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศ โดยเฉพาะนายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ด้านที่อยู่อาศัย เพราะที่อยู่อาศัยนั้นคือส่วนสำคัญที่เกี่ยวกับการดำรงชีวิตของมนุษย์ ในอดีตที่ผ่านมาผู้ประกอบการธุรกิจนี้ส่วนใหญ่จะเป็นนายหน้าอิสระมีการติดต่อกันแบบง่าย ๆ ส่วนใหญ่จะเป็นการติดต่อกันด้วยวาจา และจะยึดมั่นในหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ซึ่งต่างกับปัจจุบันผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์มักจะทำให้ผู้ใช้บริการทำสัญญาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในต่างประเทศหลาย ๆ ประเทศ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ต่างได้ตระหนักและให้ความสำคัญกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในการให้บริการแก่ประชาชน โดยได้มีมาตรการทางกฎหมายและหน่วยงานของรัฐในการควบคุมดูแลผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ

### 2.2.1 ทฤษฎีนายหน้า

เอ็ดมันด์เอฟพีเชค โท มัน เฮนเดอร์สัน และ รอส จอห์นสัน กล่าวไว้ว่านายหน้าอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นผู้ให้บริการแก่สองบุคคล ได้แก่ เจ้าของกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์ที่ฝากขายและผู้ที่ต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์นั้น ๆ ต่อการขายนั้น ขึ้นอยู่กับความร่วมมือของทุกฝ่าย ได้แก่ เจ้าของบ้านที่มาใช้บริการฝากขายบ้านกับนายหน้าโดยนายหน้านั้นจำเป็นต้องมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเกี่ยวกับงานนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้แก่กฎหมายที่เกี่ยวข้อง การตีค่าอสังหาริมทรัพย์ การโอนกรรมสิทธิ์ สภาพตลาดอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนมีความรู้เกี่ยวกับคุณภาพในการก่อสร้างและการหาแหล่งสินเชื่อที่อยู่อาศัย นอกจากนี้จะต้องมีความสามารถในการจัดการและความสามารถในการขาย

นายหน้าสามารถแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท โดยพิจารณาจากประเภทของอสังหาริมทรัพย์และประเภทของการบริการ อาทิ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยจะเชี่ยวชาญเฉพาะที่อยู่อาศัยรูปแบบต่าง ๆ เป็นต้น นายหน้าบางประเภทจะเชี่ยวชาญในกิจกรรมอื่นที่ไม่ใช่การขาย เช่น การหาผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์ การหาสินเชื่อที่อยู่อาศัย หรือ แลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์ ค่าบริการหรือค่าบำเหน็จ เป็นรายได้ที่นายหน้าได้รับจากการบริการจากผู้ซื้อหรือผู้ขายฝาก ซึ่งค่าบำเหน็จนี้ส่วนใหญ่จะคิดตามมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่ขาย ซึ่งจะมีระบุไว้ในสัญญาถึงความรับผิดชอบทั้งผู้ซื้อและผู้ขายฝาก ในกรณีที่นายหน้าให้บริการหาผู้เช่า ส่วนมากจะได้รับค่าบำเหน็จคิดตามร้อยละของค่าเช่าแต่ละเดือนตามที่ตกลงหรือให้เท่ากับค่าเช่าหนึ่งเดือน

ขณะเดียวกันถึงแม้ว่าคนส่วนใหญ่จะเข้าใจว่านายหน้าเป็นผู้ให้บริการแก่ผู้ฝากขายในการพยายามขายบ้านที่รับฝากให้ได้มากที่สุด แต่มีนายหน้าบางแห่งที่ดั่งขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็น

ผู้เสาะหาอสังหาริมทรัพย์ให้กับผู้ต้องการซื้อ โดยเฉพาะซึ่งผู้ซื้อจะเป็นผู้จ่ายค่าบำเหน็จ หรือในบางกรณีนายหน้าทำหน้าที่หาซื้ออสังหาริมทรัพย์ให้กับผู้ซื้อจะได้รับค่าบำเหน็จจากผู้ฝากขายบ้าน โดยแบ่งครึ่งกับนายหน้าที่รับฝากขายบ้าน<sup>15</sup>

### 2.2.2 วิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะนายหน้า

นายหน้านั้นได้มีวิวัฒนาการมาจากสัญญาตัวแทนอันมีต้นกำเนิดเริ่มแรกมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งมีทั้งการสอดเข้าไปทำแทน เช่น กรณีจัดการงานนอกสั่ง (Negotiorumgestio) ทำแทนเพราะมีความเกี่ยวข้องกัน เช่น บ่าวทำกับนาย บุตรหลานทำแทนบุพการี พระในอาวาสเดียวกันจัดหาสิ่งจำเป็นมาใช้สอยร่วมกันซึ่งมีอยู่เป็นอันมาก จนในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนได้จัดสัญญาตัวแทนไว้ในจำพวกสัญญาสมยอม (Consensual Contract) คือ ยอมให้ตัวแทนทำโดยปริยาย และที่มอบหมายสั่งการเป็นกิจจะลักษณะก็มีเรียกว่า “Mandatum” ซึ่งแปลว่า “จับยัดใส่มือ (To put into hand)” ผู้ใช้เรียกว่า “Mandator” ส่วนผู้ถูกใช้เรียกว่า “Mandatarius” แม้จะมีการยอมรับให้มีการมอบอำนาจ แต่การมอบอำนาจในระยะแรกนั้นเป็นการมอบอำนาจแบบเด็ดขาด (Mandatum Contractum) คือ เป็นลักษณะสัญญามอบอำนาจชนิดที่ตัวการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนไปทำกิจการใดก็ตามที่มอบหมายโดยเด็ดขาด เมื่อให้อำนาจเด็ดขาด ตัวแทนจึงมีอำนาจกระทำการใด ๆ ตามที่ตัวการมอบหมายได้ แต่หากตัวการกระทำการใด ๆ และก่อให้เกิดความเสียหายตัวการไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ตัวแทนรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ต่อมาได้มีการยอมรับกฎหมายใหม่โดยยอมรับให้มีการมอบอำนาจอย่างเด็ดขาด คือถ้าตัวแทนทำการใดภายในขอบอำนาจ หรือตามที่ตัวการมอบหมายต้องถือว่าเป็นการกระทำของตัวเอง ฉะนั้นหากมีความเสียหายใด ๆ ตัวการจึงต้องรับผิดชอบ แต่การยอมรับเช่นนี้ เป็นการยอมรับในสัญญาบางประเภทเท่านั้น เช่น ยอมรับเฉพาะในกรณีที่มีการฟ้องคดีแทนตัวการ

ต่อมาชาว Anglo Saxon ได้นำเอาแนวความคิดเรื่องกฎหมายตัวแทนของโรมัน

มาใช้ในกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายอังกฤษนั้นได้ยอมรับให้มีตัวแทนมาได้ไม่เฉพาะเรื่องฟ้องคดีเท่านั้น แต่ยอมรับให้นำมาใช้กับสัญญาเกือบทุกประเภท เช่น สัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ เป็นต้น ยกเว้นสัญญาบางประเภทเท่านั้นที่ไม่อาจตั้งตัวแทนได้ เช่น เรื่องที่ตัวการต้องทำเองเป็นการเฉพาะตัว<sup>16</sup>

<sup>15</sup> ปณิฉัท จันทนขจรฟูง, “การศึกษาส่วนประสมการตลาดของนายหน้าบ้านมือสองในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล,” (ภาคนิพนธ์มหบัณฑิต สาขาวิชาการตลาด บัณฑิตวิทยาลัยสถาบันราชภัฏสวนดุสิต, 2545), น. 5.

<sup>16</sup> ณัฐนิดา ธรรมกิตติคุณ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตีความสัญญานายหน้า,” (วิทยานิพนธ์มหบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), น. 5-6.



สำหรับประเทศไทยมีตัวแทนมาแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ดังปรากฏตามความในประวัติศาสตร์ตอนหนึ่งว่า สมัยพระบาทสมเด็จพระนารายณ์มหาราชแห่งกรุงศรีอยุธยา มีตำแหน่งพระศรีพิพัฒน์ทำหน้าที่เป็นตัวแทนการซื้อขายของพระคลังสินค้า ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเช่นเดียวกับสมัยนี้ ดังความตอนหนึ่งในกฎหมายเก่า ลักษณะหนึ่งว่า บุตรภู่นี้ใส่ชื่อบิดามารดาเป็นผู้กู้ในสัญญากู้ดี ภริยาภู่นี้ใส่ชื่อสามีเป็นผู้กู้ดี ให้บิดามารดาหรือสามีแล้วแต่กรณีผู้มีชื่อในสัญญานั้นรับผิดชอบเจ้าหนี้ต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้กล่าวให้บิดามารดาหรือสามีทราบแล้ว<sup>17</sup>

ระยะก่อน พ.ศ.2467 ประเทศไทยยังไม่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ซึ่งว่าด้วยเอกเทศสัญญารวมทั้งกฎหมายตัวแทน ศาลไทยได้นำกฎหมายอังกฤษมาปรับแก้คดีกฎหมายของอังกฤษเกี่ยวกับตัวแทนมีหลักเดียวกับกฎหมายตัวแทนของประเทศไทยเวลานี้ เว้นแต่เขาเรียกนายหน้าว่าตัวแทน<sup>18</sup> ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 306/2465 เจ้าของที่ดินมอบให้ผู้อื่นเป็นนายหน้าขายที่ดิน โดยมีข้อสัญญากันว่าถ้านายหน้าขายได้ราคาเกินกว่าที่เจ้าของกำหนดให้ไว้แล้ว ราคาที่เกินนั้นให้เป็นผลของนายหน้า ดังนี้ วินิจฉัยว่า เป็นสัญญาระหว่างตัวการกับตัวแทน<sup>19</sup> เป็นหลักฐานอยู่จนบัดนี้ เพราะฉะนั้นแนววินิจฉัยของศาลสูงก่อน พ.ศ.2467 จึงใช้เทียบเคียงในการตีความกฎหมายตัวแทนเวลานี้ได้<sup>20</sup> และทางสากลถือว่านายหน้าเป็นตัวแทนชนิดหนึ่ง<sup>21</sup>

นายหน้าจะมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาตัวแทนมาก ซึ่งในทางสากลนั้นถือว่านายหน้านั้นเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง สำหรับกฎหมายในเรื่องตัวแทนและนายหน้าของไทยจะปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องตัวแทนและนายหน้ามาตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2472 และแก้ไขเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน<sup>22</sup> โดยได้บัญญัติแยกออกเป็นเรื่องตัวแทนและนายหน้า โดยนายหน้าจะแยกเป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่งต่างหากจากตัวแทน ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 16 มาตรา 845 ถึงมาตรา 849 รวม 5 มาตรา คำว่าตัวแทนและนายหน้ามักจะใช้ปะปนกัน ทำให้เกิดความสับสน ซึ่งหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับ

<sup>17</sup> สติต เล็ง ไชยสง, คำอธิบายวิชากฎหมายตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2539), น. 33.

<sup>18</sup> สติต เล็ง ไชยสง, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 17, น. 34.

<sup>19</sup> ธีรนิติ ธรรมกิตติคุณ, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 16, น. 6.

<sup>20</sup> สติต เล็ง ไชยสง, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 17, น. 34.

<sup>21</sup> สติต เล็ง ไชยสง, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 17, น. 31.

<sup>22</sup> ไพทิต เอกจริยกร, ตัวแทน-นายหน้า (Agency-Brokerage), พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น. 13-14.

ตัวแทนและนายหน้านั้นจะแตกต่างกัน โดยเฉพาะในเรื่องหน้าที่และขอบเขตความรับผิดชอบ กล่าวคือ สัญญาตัวแทนเป็นสัญญาที่ตัวการแต่งตั้งให้ตัวแทนไปทำการแทนตัวการ เมื่อตัวแทนกระทำการตามที่ตัวการได้มอบหมายแล้วย่อมผูกพันตัวการ และตัวแทนมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อตัวการ ส่วนสัญญานายหน้านั้น นายหน้ามิได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเท่านั้น นายหน้าจึงไม่ต้องรับผิดชอบในสัญญาที่บุคคลทั้งสองฝ่ายได้ทำขึ้นจากการที่ตนชี้ช่องให้ได้ทำสัญญากัน ดังนั้นในการพิจารณาในเรื่องสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างนายหน้าและตัวการย่อมต้องพิจารณาเฉพาะในบทบัญญัติเรื่องนายหน้าเท่านั้น

### 2.2.3 ความหมายของสัญญานายหน้า

นักวิชาการหลายท่านได้ให้คำจำกัดความของนายหน้าและสัญญานายหน้าไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ กมล สนธิเกษตริน ได้ให้คำจำกัดความว่า “นายหน้า” (Broker) คือ คนกลางรับทำหน้าที่ชี้ช่องให้บุคคลฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญากับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง หรือจัดการให้บุคคลสองฝ่ายเข้าทำสัญญากัน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845)<sup>23</sup>

รองศาสตราจารย์ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย ได้ให้คำจำกัดความว่า “สัญญานายหน้า” คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า “ตัวการ” ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “นายหน้า” ทำหน้าที่เป็นคนกลาง หรือเป็นสื่อชี้ช่องให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก<sup>24</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริศ เอกจริยกร ได้ให้ความหมายของ “สัญญานายหน้า” คืออะไร ได้ว่า สัญญานายหน้าเป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งตกลงจะให้บำเหน็จแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “นายหน้า” จากการที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญา หรือจัดการให้ได้ทำสัญญา เมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จ

ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นพ้องด้วยกับความหมายคำว่า “สัญญานายหน้า” ของศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริศ เอกจริยกร ซึ่งตรงตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 ที่บัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำ สัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญากันก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าบำเหน็จก็ต่อเมื่อ สัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น ถ้าสัญญาที่ได้ ทำกันไว้นั้นมีเงื่อนไขเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนไซ้ ท่านว่าจะเรียกร้อยบำเหน็จแก่นายหน้ายังหาได้ไม่ จนกว่าเงื่อนไขนั้น

<sup>23</sup> กมล สนธิเกษตริน , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2530), น. 129.

<sup>24</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า ข้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2545), น. 83.



สำเร็จแล้ว นายหน้ามีสิทธิจะได้รับชดได้ค่าจ้างที่ได้เสียไปก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น ความ  
ข้อนี้ท่านให้ใช้บังคับแม้ถึงว่าสัญญาจะมีได้ทำกันสำเร็จ”

#### 2.2.4 ลักษณะของสัญญานายหน้า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 ได้บัญญัติถึงลักษณะของสัญญานายหน้าว่า “บุคคลใดตกลงจะให้บำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญากันก็ดี จัดการให้  
ได้ทำสัญญากันก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบค่าบำเหน็จก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จ  
เนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น ถ้าสัญญาที่ได้ทำกันไว้วันนั้นมีเงื่อนไขเป็น  
เงื่อนไขบังคับก่อน ท่านว่าจะเรียกร้อยบำเหน็จค่านายหน้ายังหาได้ไม่จนกว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว

นายหน้ามีสิทธิจะได้รับชดได้ค่าจ้างที่ได้เสียไปก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น ความ  
ข้อนี้ท่านให้ใช้บังคับแม้ถึงว่าสัญญาจะมีได้ทำกันสำเร็จ” ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังมีได้  
กำหนดไว้ชัดเจนว่า นายหน้าจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถหรือไม่ หากพิจารณาจากความเห็นของ  
นักวิชาการในเรื่องดังกล่าวอาจกำหนดเป็นแนวทางดังนี้

แนวความคิดแรก เห็นว่า เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนายหน้าไม่ได้  
กำหนดเรื่องความสามารถของนายหน้าไว้เป็นการเฉพาะ และเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในเรื่อง  
ตัวแทนแล้ว ตัวแทนยังอาจเป็นบุคคลไร้ความสามารถได้ ดังนั้นนายหน้าก็อาจเป็นบุคคลไร้  
ความสามารถได้เช่นกัน นอกจากนี้นายหน้าเป็นเพียงบุคคลผู้เข้าทำการชี้ช่องหรือชักชวนให้ทั้งสอง  
ฝ่ายได้เข้าทำสัญญากันเท่านั้นจึงไม่มีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว การเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถ  
หรือไม่จึงไม่เป็นสาระสำคัญ แนวความคิดนี้ได้มีความเห็นของนักวิชาการสนับสนุนไว้ดังนี้

อาจารย์สถิต เล็ง ไชยสง เห็นว่า เนื่องจากนายหน้าเป็นเพียงผู้ชี้ช่องหรือจัดการให้คนอื่น  
ได้เข้าทำสัญญากัน โดยสภาพของงานในหน้าที่นายหน้าย่อมจะไม่ต้องความสามารถอะไร  
มากมายนัก บุคคลผู้มีสติสัมปชัญญะพอพุดจารู้เรื่องก็ยอมเป็นนายหน้าได้ ทำนองเดียวกับตัวแทน  
ในมาตรา 799 ตัวแทนเสียอีกที่เป็นผู้ได้รับมอบอำนาจให้กระทำการแทนตัวการควรจะมี  
ความสามารถมากกว่านายหน้า แม้กระนั้นกฎหมายยังได้ให้ผู้ไร้ความสามารถเป็นตัวแทนได้ ด้วย  
เหตุผลดังกล่าว บุคคลแม้เป็นผู้ไร้ความสามารถก็อาจเป็นนายหน้าได้<sup>25</sup>

รองศาสตราจารย์ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย เห็นว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขต  
ความสามารถของบุคคลผู้จะเป็นนายหน้าไว้ ซึ่งผิดกับเรื่องตัวแทนมีบอกไว้เลยว่า ถ้าตัวการตั้งผู้ไร้  
ความสามารถเป็นตัวแทน ตัวการต้องผูกพันในกิจการที่ตัวแทนกระทำ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 799 แม้ในเรื่องนายหน้าจะไม่ได้กำหนดไว้ แต่เมื่อเปรียบเทียบความ

<sup>25</sup> สถิต เล็ง ไชยสง, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 17*, น. 271.

รับผิดชอบของตัวแทนกับนายหน้าแล้ว จะเห็นว่านายหน้าไม่ต้องรับผิดชอบมากเท่าตัวแทน ดังนั้น เมื่อการตั้งผู้ไร้ความสามารถเป็นตัวแทน ได้ก็ย่อมตั้งผู้ไร้ความสามารถเป็นนายหน้าได้ด้วย<sup>26</sup>

แนวความคิดที่สอง เห็นว่า สัญญานายหน้าเป็นสัญญาทั่วไปชนิดหนึ่ง จึงควรนำบทบัญญัติทั่วไปในบรรพ 1 มาพิจารณาประกอบด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่บทบัญญัติในลักษณะ 16 เรื่องนายหน้ามิได้บัญญัติเรื่องความสามารถของนายหน้าเป็นการเฉพาะ จึงควรนำบทบัญญัติในบรรพ 1 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยความสามารถมาบังคับใช้ แนวความคิดนี้ได้มีความเห็นของนักวิชาการสนับสนุนไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล เห็นว่า สัญญานายหน้าและการปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้าควรแยกวินิจฉัยเป็นสองประการ กล่าวคือ สัญญานายหน้านั้นเป็นสัญญาทั่ว ๆ ไป ชนิดหนึ่ง ฉะนั้นความสมบูรณ์ของสัญญาจึงต้องนำหลักทั่ว ๆ ไป มาพิจารณา ดังนั้นเรื่องความสามารถตามกฎหมายของผู้ที่จะเป็นนายหน้าจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่ง และเห็นว่าไม่มีกฎหมายยกเว้นไว้เป็นพิเศษ ถ้าหากตัวการได้ทำสัญญาตั้งให้ผู้เยาว์เป็นนายหน้า โดยผู้เยาว์ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมแล้ว ก็ทำให้สัญญานายหน้าเป็นโมฆียกรรมถ้ายังไม่ถูกบอกล้างแล้วก็ยังมีผลใช้บังคับได้ ส่วนการที่ผู้เยาว์ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยทำการแนะนำชี้ช่องจัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญา การกระทำหน้าที่ของนายหน้าในส่วนนี้ไม่ผูกพันทรัพย์สินของผู้เยาว์ จึงไม่ต้องพิจารณาถึงความสามารถในการทำนิติกรรมตามกฎหมาย<sup>27</sup>

แนวความคิดแรกเป็นแนวความคิดที่นักวิชาการส่วนใหญ่จะเห็นด้วย แต่แนวความคิดที่สองก็เป็นเรื่องที่น่าพิจารณาอย่างยิ่ง เพราะเมื่อสัญญานายหน้าเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสัญญานายหน้านี้อาจเป็นโมฆียะได้ หากผู้เป็นนายหน้าที่เป็นผู้เยาว์ทำการไปโดยปราศจากความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน (เว้นแต่จะตีความว่าเข้ากรณีใดที่มาตรา 22 บัญญัติว่า ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ทั้งสิ้น หากเป็นเพียงเพื่อจะได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่งหรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง) หรือในกรณีที่คนไร้ความสามารถที่ศาลสั่งแล้วทำการใด ๆ ลงไป ดังนี้สัญญานายหน้าก็เป็นโมฆียะ อาจถูกบอกล้างได้ หรือให้สัตยาบันได้ การเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถจึงไม่เป็นอุปสรรคในการทำการเป็นนายหน้า ในด้านนี้จึงเป็นไปตามความเห็นแรก<sup>28</sup> ผู้ศึกษามีความเห็นพ้องด้วยกับแนวความคิดที่สอง เนื่องจากสัญญานายหน้าเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่ง

<sup>26</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24*, น. 86.

<sup>27</sup> ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนค้าต่างและนายหน้า*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2549), น. 46.

<sup>28</sup> ไพทิต เอกจริยกร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22*, น. 368-369.

จึงต้องนำหลักทั่วไปในเรื่องสัญญามาพิจารณา โดยเฉพาะเรื่องความสามารถของบุคคลที่จะเป็น นายหน้าเพื่อให้การแต่งตั้งนายหน้ามีผลสมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆียะ ไม่ต้องมีการให้สัตยาบันหรือ บอกล้างในภายหลัง

ความรับผิดของนายหน้าต่อบุคคลภายนอกนั้น โดยหลักแล้วนายหน้าไม่ต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกแม้ว่าตัวการจะบิดพลิ้วไม่เข้าทำสัญญา หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากนายหน้ากระทำการเป็นเพียงสื่อกลางในการชี้ช่อง หรือจัดการให้คู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากันเท่านั้น โดยที่นายหน้ามิได้เข้าไปผูกพันต่อกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นายหน้าจึงไม่มีความรับผิดต่อบุคคลภายนอกในสัญญาที่นายหน้าเข้ากระทำการเป็นสื่อชี้ช่องหรือ จัดการให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำสัญญากัน เว้นแต่ในกรณีที่นายหน้าละเลยไม่เปิดเผยชื่อของฝ่าย หนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง นายหน้าจึงต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกตามสัญญาที่ตนได้เข้าเป็นสื่อ ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 848 “นายหน้าไม่ต้องรับผิดไปถึงการชำระหนี้ตาม สัญญาซึ่งได้ทำต่อกันเพราะตนเป็นสื่อ เว้นแต่จะมีได้บอกชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง”

### 2.3 แนวความคิด และทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

ในปัจจุบันโลกเจริญมากขึ้นทั้งวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี อุตสาหกรรม ทำให้ระบบ เศรษฐกิจ การค้าขายและการบริการมีความซับซ้อนมากขึ้น ต่างกับสมัยก่อนสภาพสินค้าและบริการ ยังไม่ซับซ้อน กระบวนการผลิตยังเป็นแบบง่าย ๆ การบริโภคของคนสมัยนั้นมีลักษณะผลิตเพื่อไว้ ใช้บริโภคภายในครอบครัวหรือซื้อขายแลกเปลี่ยนกันอยู่ในหมู่ของเพื่อนสนิทหรือคนใกล้ชิด ซึ่ง จะอยู่ในจำกัดเพียงวงแคบ ๆ จะไม่ค่อยพบการเอาเปรียบกัน การฉ้อโกงกัน การค้าขายยัง ไม่ได้เป็นไปในรูปของการประกอบธุรกิจดังเช่นปัจจุบัน จึงไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องบัญญัติ กฎหมายไว้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครอง หรือปกป้องรักษาความปลอดภัยและเป็นธรรมให้กับ ผู้บริโภค ในปัจจุบันได้มีการพัฒนาทางการค้าและเศรษฐกิจขึ้นเรื่อย ๆ จนนำไปสู่การประกอบ ธุรกิจการค้ากับประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก สินค้าและบริการต่าง ๆ ในสังคมถูกจัดทำขึ้นด้วยเทคโนโลยี ระดับสูงเกินความรู้หรือความเข้าใจของผู้บริโภค ซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายจากการบริโภคสินค้า และบริการ ผู้บริโภคไม่มีอำนาจต่อรองจึงตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นที่ รัฐบาลต้องเข้ามามีส่วนช่วยเหลือผู้บริโภค คุ้มครอง ป้องกัน และการเยียวยาความเสียหายแก่ ผู้บริโภค

#### 2.3.1 แนวความคิดและความเป็นมาในการคุ้มครองผู้บริโภค

การคุ้มครองผู้บริโภคเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับคนจำนวนมาก เพราะคนส่วนใหญ่จะเป็น ผู้ซื้อสินค้าหรือเป็นผู้ใช้บริการ ผู้บริโภคจึงอาจตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบจากการเสนอขายสินค้า

หรือบริการต่าง ๆ ของผู้ประกอบการ เพราะผู้บริโภคไม่ได้อยู่ในฐานะที่ทราบภาวะตลาด หรือความจริงที่เกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าและบริการต่าง ๆ ได้อย่างถูกต้อง รัฐจึงมีเหตุอันชอบธรรมที่จะเข้ามาควบคุมหรือแทรกแซง เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความปลอดภัยและเป็นธรรม ในสมัยที่การค้าและเศรษฐกิจยังจำกัดอยู่ในลักษณะแคบ ระบบเศรษฐกิจการค้าและการบริการยังไม่เจริญเหมือนเช่นปัจจุบัน รัฐไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีมาตรการกฎหมายเข้าควบคุมหรือแทรกแซงผู้ประกอบการ เพราะบุคคลจะตั้งอยู่บนพื้นฐานที่มีอิสระและเสรีภาพในการดำรงชีวิตที่เท่าเทียมกัน หรือความเสมอภาคตามหลักประชาธิปไตย ส่งผลให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez Faire) ซึ่งมีหลักการให้เอกชนดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจแข่งขันกันโดยอิสระ โดยมีสมมติฐานที่ว่าทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการเท่ากัน รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการตกลงของเอกชน แต่รัฐจะมีบทบาทในฐานะเพียงผู้กำกับดูแลให้การดำเนินการทางเศรษฐกิจของเอกชนเป็นไปภายในกรอบของกฎหมาย และคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวม

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าหลักหนึ่ง คือ “หลักผู้ซื้อต้องระวัง (Let the buyer beware)” ในการซื้อขายสินค้านั้นหากมีความชำรุดบกพร่องหรือมีความเสียหายใด ๆ ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน ผู้ซื้อต้องรับความเสียหายที่เกิดขึ้นเอง

ในโลกปัจจุบันได้เจริญมากขึ้น ทำให้ระบบการค้า เศรษฐกิจ สภาพของสินค้าและบริการเปลี่ยนแปลงไป มีความกระบวนกรซับซ้อนมากขึ้น หลักที่เคยถือว่าผู้ซื้อต้องระวังจึงขาดความยุติธรรมในแง่ที่ว่า ผู้ซื้อในฐานะผู้บริโภคไม่อาจปรับตัวให้ทันกับความเจริญทางเทคโนโลยีต่าง ๆ ได้ ความระมัดระวังในระดับธรรมดาไม่อาจช่วยให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคได้รับผลตอบแทนคุ้มค่ากับเงินที่เสียไป ซ้ำร้ายยังอาจทำให้เกิดอันตรายจากการบริโภคสินค้าที่ซื้อมาได้โดยคาดไม่ถึงด้วย ทำให้ประเทศต่าง ๆ หันมาพิจารณาสีทธิต่าง ๆ ของผู้บริโภคในอันที่จะได้รับความคุ้มครองและปกป้องรักษาผลประโยชน์เป็นการเฉพาะนอกเหนือจากสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายตามสัญญาหรือสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดตามกฎหมายเดิม ดังนั้นประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรป อเมริกา และออสเตรเลีย จึงได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่เคยมีอยู่เดิม ทั้งในแง่ความรับผิดชอบสัญญาหรือละเมิด ให้เอื้ออำนวยต่อการเยียวยาผู้ใช้ความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคให้มากขึ้น<sup>29</sup> อาจกล่าวได้ว่าวิวัฒนาการทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในต่างประเทศนั้น เริ่มต้นจากคดีที่เรียกร้องในทางละเมิดที่มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดจากการใช้สินค้า ซึ่งผู้ผลิตมีหน้าที่ป้องกันมิให้สินค้านั้นก่ออันตราย

<sup>29</sup> สุขุม สุกนิษฐ์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 4 ฉบับปรับปรุงแก้ไข

แก่ผู้ใช้ จะเห็นได้ว่าในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ถ้าพิจารณาความรับผิดชอบในทางสัญญา การยึดหลักกฎหมายแพ่งที่กำหนดว่าคู่สัญญาซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องให้ชดเชยเยียวยาความเสียหายจากกันได้ ยังไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดจากการบริโภคและบริการที่มีสภาพเปลี่ยนแปลงจากสังคมยุคก่อน ๆ โดยปัจจุบัน โอกาสที่ผู้ใช้คู่สัญญาจะเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการที่ซื้อขายกันสูงขึ้นเรื่อย ๆ จึงจำเป็นที่จะต้องวางหลักในเรื่องความรับผิดชอบนอกเหนือจากสัญญามาใช้ อีกทั้งปัจจุบันผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการอยู่ในฐานะที่จะป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการบริโภคสินค้าหรือบริการได้ดีที่สุด การที่ยึดหลักในเรื่องความมีนิติสัมพันธ์และสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือความรับผิดชอบตามสัญญาได้จำกัดเฉพาะคู่กรณีในสัญญาเท่านั้นที่อาจเรียกร้องกันได้ จึงเป็นอุปสรรคในการใช้บังคับเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคมการบริโภคในปัจจุบัน โดยผู้เสียหายที่มีคู่กรณีในสัญญาจะไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายสินค้ารับผิดชอบต่อตนได้ ซึ่งผู้เสียหายจะทำได้เพียงฟ้องร้องคดีในแง่ความรับผิดชอบในทางละเมิดนั้น ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ขายหรือผู้ประกอบการ ซึ่งในความเป็นจริงนั้นคู่สัญญาแทบจะพิสูจน์ไม่ได้เลย เพราะเมื่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีเติบโตขึ้น มีการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาช่วย มีกระบวนการผลิตที่สลับซับซ้อนมากขึ้น เกินกว่าความรู้ความสามารถของผู้บริโภคสินค้าและบริการจะตามได้

ประเทศต่าง ๆ จึงได้หันมาพิจารณาถึงสิทธิผู้บริโภคในอันที่จะได้รับความคุ้มครองและรักษาผลประโยชน์เป็นการเฉพาะ นอกจากสิทธิที่จะได้รับเพียงค่าเสียหายตามสัญญา หรือสิทธิฟ้องเรียกว่าเสียหายในคดีละเมิดตามกฎหมายเดิม ทั้งนี้เพื่อป้องกันความเสียหายและการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อผู้บริโภค รวมทั้งต้องหามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งอยู่ในฐานะเสียเปรียบ นอกจากนี้หากพิจารณาจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในโลกปัจจุบันแล้ว กฎหมายยังมิได้มีการเอื้ออำนาจความยุติธรรมแก่ผู้บริโภคเท่าที่ควร ด้วยเหตุที่ผู้บริโภคไม่มีอำนาจต่อรอง จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามามีส่วนช่วยในการดูแลผู้บริโภค ทั้งในด้านคุ้มครองป้องกัน และการชดเชยเยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักการของระบบการค้าแบบเศรษฐกิจเสรีโดยไม่มีการควบคุมนั้นขาดความเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับสถานะในปัจจุบัน เพราะฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าย่อมชนะฝ่ายที่ด้อยกว่า และทำให้เกิดสภาวะการตลาดแบบผูกขาด ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองประชาชนด้วยการออกกฎหมายมาบังคับใช้กับการประกอบธุรกิจต่าง ๆ โดยให้รัฐมีอำนาจเข้ามาแทรกแซงการประกอบธุรกิจของเอกชนได้ตามสมควร เพื่อก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม นอกจากนี้ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าประชาชนผู้บริโภคไม่ได้มีฐานะ ความรู้ และความสามารถเท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจจึงแสวงหาประโยชน์หรือเอาัดเอาเปรียบผู้บริโภคสินค้าและบริการได้ง่าย การคุ้มครองผู้บริโภคจึงเป็นสิ่งจำเป็น ดังนั้นรัฐจึงควรมี



การพัฒนากฎหมายให้มีการวิวัฒนาการที่เปลี่ยนไปตามยุคสมัย เพื่อเป็นการคุ้มครองปกป้องผู้บริโภคให้ได้รับความปลอดภัยและเป็นธรรม

ความเป็นมาในการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทย การคำนึงถึงสิทธิของผู้บริโภคในประเทศไทยเป็นครั้งแรกเริ่มมีขึ้น โดยการใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการบริโภคหามัน โดยการออกกฎหมายฉบับหนึ่งชื่อ พระราชบัญญัติ หามัน พ.ศ.2470 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2470 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดลเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์

ในระยะต่อมารัฐได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐให้สามารถควบคุมกำกับผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเครื่องอุปโภคบริโภค ของประชาชนให้ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ เป็นต้นว่า ให้จดทะเบียนสูตร ให้ทดสอบความปลอดภัย และมีโทษทางอาญาเป็นบทบังคับ แต่ยังไม่มีการเยียวยาชดเชยหากเกิดความเสียหายเนื่องจากการบริโภค

การพยายามให้มีกฎหมายรับรองคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคเริ่มเด่นชัดขึ้น เมื่อสภาสตรีแห่งประเทศไทยได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการบริโภคเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ปลอดภัย และประหยัด ในขั้นต้นมีการจัดตั้งกรรมการศึกษาและส่งเสริมผู้บริโภคขึ้นศึกษาปัญหาต่าง ๆ ของผู้บริโภค<sup>30</sup> ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยเริ่มมีการใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคตั้งแต่ปี พ.ศ. 2470 ต่อมาในปี พ.ศ. 2522 รัฐบาลสมัยพลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 คือ เนื่องจากปัจจุบันนี้การเสนอสินค้าและบริการต่าง ๆ ต่อประชาชนนับวันจะเพิ่มมากขึ้น ผู้ประกอบการการค้าและผู้ประกอบการธุรกิจโฆษณาได้นำวิชาการในทางการตลาด และทางการโฆษณามาใช้ในการส่งเสริมการขายสินค้าและบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ เพราะผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่ทราบภาวะตลาด และความจริงที่เกี่ยวกับคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการต่าง ๆ ได้อย่างถูกต้องทันทั่วทั้งที่ นอกจากนั้นในบางกรณีแม้จะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค โดยการกำหนดคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการอยู่แล้วก็ตาม แต่การที่ผู้บริโภคแต่ละรายจะไปฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ประกอบการการค้าหรือผู้ประกอบการโฆษณาเมื่อมีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคย่อมจะเป็นการเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายเป็นการไม่คุ้มค่า และผู้บริโภคจำนวนมากไม่อยู่ในฐานะที่จะเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีได้ และในบางกรณีก็ไม่อาจจะจับหรือยับยั้งการกระทำที่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคได้ทันทั่วทั้งที่ สมควรจะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นการทั่วไป โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการการค้าและ

<sup>30</sup> สุขุม ศุภนิคย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 30, น. 24-25.

ผู้ประกอบการธุรกิจโฆษณาต่อผู้บริโภค เพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค ตลอดจนจัดให้มืองค์กรของรัฐ เพื่อตรวจตรา ดูแล และประสานงาน การปฏิบัติงานของส่วนราชการต่าง ๆ ในการคุ้มครองผู้บริโภค จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้น<sup>31</sup> ต่อมาในปี 2541 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิพื้นฐานของผู้บริโภค จากเดิม 4 สิทธิ เพิ่มเป็น 5 สิทธิ โดยได้เพิ่มสิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาขึ้น (Right to Fair Contract) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ได้แก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ดังนี้

1. สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้อง และเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ การได้รับข่าวสารและคำพรรณนาที่ถูกต้อง จะทำให้การตัดสินใจในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการได้ตามความต้องการโดยไม่ผิดพลาดหรือตัดสินใจผิดพลาด สิทธิได้รับข่าวสารจึงเป็นการชดเชยข้อเสียเปรียบในแง่ความรู้ที่ผู้บริโภคมีต่อผู้ประกอบการ

2. สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ ผู้บริโภคมีสิทธิในการเลือกหาสินค้าหรือบริการด้วยความสมัครใจ ปราศจากการชักจูงที่ไม่เป็นธรรม ผู้บริโภคที่ขาดอิสระในการเลือกอาจมีสาเหตุมาจากพลังทางเศรษฐกิจที่อ่อนแอกว่าจำใจยอมรับข้อเสนอของผู้ประกอบการ

3. สิทธิได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับสินค้าและบริการที่ปลอดภัย ความปลอดภัยแต่เดิมพิจารณาจากสินค้ากายภาพเป็นหลัก แต่การคุ้มครองผู้บริโภคในปัจจุบันย่อมรวมถึงความไม่บกพร่องของสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ด้วย ดังนั้นหลักในปัจจุบันคือ สินค้าหรือบริการต้องจัดให้มีขึ้นโดยไม่มี ความบกพร่อง มีมาตรฐานเพียงพอแก่การใช้งานหรือบริการ

4. สิทธิได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับข้อสัญญาที่เป็นธรรม ไม่ถูกเอาเปรียบ

5. สิทธิได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ถ้าสินค้าหรือบริการใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้บริโภคต้องมีหนทางได้รับการเยียวยาความเสียหายนั้นเสมอ<sup>32</sup>

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคถือเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งของรัฐ ในการที่จะใช้ดำเนินการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภค และเป็นการปกป้องคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากหากรัฐปล่อยให้ผู้ประกอบการดำเนินการทางธุรกิจต่อไปตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ผู้บริโภคอาจเสียเปรียบ เพราะผู้บริโภคไม่มีอำนาจในการต่อรองกับผู้ประกอบการ อีกทั้งความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องเข้ามาควบคุมการ

<sup>31</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, (กรุงเทพมหานคร : วิญญชน, 2543), น. 77.

<sup>32</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32, น. 19-21.

ประกอบธุรกิจ โดยกำหนดนโยบายแทรกแซงบางอย่างเพื่อปกป้องและแก้ไขปัญหาของผู้บริโภค เพื่อไม่ให้ถูกเอาเปรียบและละเมิดสิทธิ และก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม

### 2.3.2 ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

ปัจจุบันลักษณะการดำรงชีวิตในสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โอกาสที่ผู้ที่มีใช้ คู่สัญญาจะเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการสูงขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดในทางกฎหมายและปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงในการบริโภคสินค้าและบริการ ซึ่งในแต่ละประเทศมีวิธีการและบทบัญญัติที่เรียกว่า “กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค” ขึ้นใช้บังคับนอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์เดิม ๆ ที่มีอยู่ในกฎหมายทั่วไป

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากได้แก่ การไม่คำนึงถึงความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างคู่กรณี (Privity Rule) ซึ่งหากยังคงใช้บังคับอยู่ จะทำให้การคุ้มครองผู้บริโภคประสบปัญหา เพราะผู้บริโภคที่แท้จริงอาจไม่ใช่คู่สัญญาเสมอไป หรือหลักผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat Emptor) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายโรมันที่ยึดถือกันหลายประเทศ ก็กลับกลายเป็นผู้ขายต้องเป็นฝ่ายใช้ความระมัดระวัง (Caveat Venditor) ตลอดจนภาระการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อในทางละเมิดของการผลิตแทนที่จะตกอยู่กับฝ่ายผู้ต้องเสียหายก็กลับให้เป็นภาระของผู้ผลิตหรือมีบทสันนิษฐานความรับผิดชอบในการผลิตเป็นต้น<sup>33</sup> ผู้ประกอบธุรกิจจึงมีหน้าที่จะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ให้เห็นหลักฐานความรับผิดชอบ ทฤษฎีกฎหมายที่นำมาใช้เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคมีดังนี้

#### 2.3.2.1 หลักความรับผิดชอบทางสัญญา

ด้วยเหตุที่แนวความคิดทฤษฎีหลักการไม่ให้ความสำคัญกับความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาหรือเสรีภาพในการทำสัญญา เหมาะสมในสภาพสังคมที่เท่าเทียมกันในอนาคตต้องรองและมีระบบการค้าที่แข่งขันกันค่อนข้างสมบูรณ์ แต่ในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น โดยเหตุที่ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องบริโภคสินค้าหรือบริการโดยอาศัยความสัมพันธ์ในทางสัญญาเสมอไป ฉะนั้นหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีความรับผิดชอบในความเสียหายที่ต้องอาศัยความผูกพันทางสัญญาที่กฎหมายรับรองจึงเป็นอุปสรรคใหญ่หลวงในการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีใช้คู่สัญญา ทฤษฎีกฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิในการได้รับการเยียวยาชดใช้เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภคจึงไม่คำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา ((Privity Rule) แต่อย่างใด<sup>34</sup>

ในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น หากพิจารณาในด้านของความรับผิดชอบในทางสัญญาโดยยึดหลักกฎหมายแพ่งที่กำหนดว่า คู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องให้ชดใช้

<sup>33</sup> สุขุม สุภนิตย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น. ข-ค.

<sup>34</sup> สุขุม สุภนิตย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31, น. 10 -11.



เสียหายความเสียหายจากกันได้นั้น ไม่สามารถแก้ปัญหที่เกิดจากการบริโภคสินค้าหรือบริการที่มีสภาพเปลี่ยนแปลงไป จึงมีความจำเป็นต้องเอาหลักในเรื่องความรับผิดชอบเหนือสัญญามาใช้

ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้าหรือบริการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจมักอาศัยหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามสัญญา คือ เมื่อได้มีข้อตกลงกันไว้อย่างใดอย่างหนึ่งแล้วคู่กรณีต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น ๆ ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามย่อมจะต้องรับผิดชอบตามสัญญา และรับผิดชอบในทางละเมิด

ความรับผิดชอบตามสัญญา กรณีความรับผิดชอบทางสัญญาจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมาย 2 ประการ คือ หลักความสัมพันธตามสัญญา (Privity of Contract) และ หลักความรับผิดชอบในคำรับประกัน (Warranty)

#### 1. หลักความสัมพันธตามสัญญา (Privity of Contract)

คู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันเท่านั้นที่จะมีสิทธิเรียกร้องให้รับผิดชอบกันได้ ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์อันสำคัญของหลักความรับผิดชอบในทางสัญญา แต่ในสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน ผู้บริโภคมักมิใช่คู่สัญญากับผู้ประกอบธุรกิจโดยตรง เมื่อเกิดความเสียหายจึงตกอยู่ในฐานะเสียหายเปรียบ เช่น ในคดี Brunnensalz ศาลสูงเยอรมันได้ตัดสินในปี 1915 ว่าโจทก์เป็นผู้ซื้อเกลือเกลือยา Brunnensalz ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ของจำเลยมาจากร้านขายยา โจทก์ได้รับความเสียหายจากการบริโภคยานั้น เนื่องจากมีเศษแก้วปะปนอยู่ จึงฟ้องจำเลยซึ่งเป็นผู้ผลิตให้ต้องรับผิดชอบ ศาลได้วินิจฉัยว่าโจทก์ไม่อาจเรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบโดยอาศัยมูลสัญญาได้ เพราะโจทก์ไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับจำเลยซึ่งเป็นผู้ผลิต หลักความสัมพันธตามสัญญา (Privity of Contract) นับเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจได้ เนื่องจากมิใช่คู่สัญญา แต่หลักดังกล่าวได้มีการผ่อนคลายลง โดยยอมให้บุคคลที่คาดหมายจะใช้หรือได้รับผลจากสินค้านั้น ให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจได้ แต่ก็มีข้อจำกัดเฉพาะความเสียหายที่มีผลต่อร่างกายเท่านั้น

ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบธุรกิจบางส่วนได้อาศัยอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่านำเอาหลักสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาไปใช้ในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตนฝ่ายเดียว ในรูปแบบข้อสัญญาสำเร็จรูป โดยกำหนดข้อสัญญาที่ตนเองได้เปรียบเอาไว้ เช่น ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ (Exemption Clause) จนทำให้ผู้บริโภคต้องตกอยู่ในฐานะที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในบางประเทศ ต้องควบคุมแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว โดยให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านั้นไม่มีผลบังคับ เช่น การใช้หลักการตีความของศาลโดยอาศัยหลักกฎหมายที่มีอยู่ เช่น หลักศีลธรรม หลักสุจริต ตลอดจนออกกฎหมายพิเศษมาควบคุมเป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศเยอรมัน ได้ออกกฎหมาย The Standard Terms Act 1976 จัดตั้งองค์กรที่สามารถฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการใช้

ข้อความบางอย่างในสัญญาสำเร็จรูป หรือในประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมาย The Unfair Contract Terms Act 1977 โดยกำหนดเทคนิค 2 ประการ คือ การควบคุมและการทดสอบสมเหตุสมผล

## 2. หลักการรับประกันในคำรับประกัน (Warranty)

กฎหมายสัญญาของต่างประเทศให้ความหมายคำว่า Warranty หมายถึง ข้อความใด ๆ ซึ่งแสดงถึงการรับรองข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้าว่าจะเป็นไปตามข้อความที่ระบุไว้และยืนยันว่าตนยินยอมจะรับผิดชอบหากมิได้เป็นไปตามนั้น ฉะนั้น Warranty จึงเป็นข้อสัญญาว่าจะรับผิดชอบหรือการรับประกัน ซึ่งอาจเป็นการรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranty) หรือการรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty) ก็ได้

การรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranty) หมายถึง คำรับรองที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายแสดงออกโดยชัดแจ้งไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ ว่า หากสินค้ามิได้เป็นไปตามคำรับรองจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อสินค้านั้น ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้โดยตรงจากผู้ให้คำรับรองหรือรับประกันนั้น เช่น ในคดี Crocker V. Winthrop laboratorie ได้ความว่า จำเลยเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยเป็นบริษัทผู้ผลิตยา ซึ่งผลิตยา “ Talwin” ซึ่งมีสรรพคุณขจัดความเจ็บปวดที่มีผลรุนแรงมาก จำเลยได้รับรองต่อผู้ซื้อว่าเมื่อใช้แล้วจะไม่เสพติด ผู้เสียหายซึ่งได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุได้ใช้ยานี้แล้วติดยา ต่อมาได้ถึงแก่ความตายเพราะผลจากการใช้ยานี้จนเป็นพิษ ศาลได้วินิจฉัยว่า จำเลยได้สัญญาว่า ยานี้มิใช่สิ่งที่ใช้แล้วเสพติด จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามคำรับประกัน โดยชัดแจ้งที่ได้ให้ไว้ โดยไม่ต้องคำนึงว่า ผู้เสียหายได้เชื่อถือตามคำรับรองของจำเลยในเวลาที่ยานี้ถูกนำสินค้าออกจำหน่ายในท้องตลาดหรือไม่

ส่วนการรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty) เป็นผลของกฎหมายที่ถือว่าผู้ขายได้ให้คำรับประกันไว้เช่นนั้น แม้ว่าตามความเป็นจริงแล้วผู้ขายอาจมิได้มีการให้การรับรองหรือรับประกันไว้เช่นนั้นเลยก็ตาม เช่น การรับประกันเรื่องกรรมสิทธิ์ (Warranty of Title) การรับประกันเรื่องภาระติดพัน (Warranty Against Encumbrances) การรับประกันการใช้สอยสินค้าที่เหมาะสมตามเจตนาที่ซื้อขาย (Warranty of Merchantability) ซึ่งถือว่าผู้ขายรับรองต่อผู้ซื้อว่าสามารถนำสินค้าที่ซื้อไปใช้ให้สมประโยชน์ตามสภาพของสินค้าได้ การรับประกันการใช้สอยสินค้าที่เหมาะสมตามความมุ่งหมายเฉพาะ (Warranty of Fitness for a Particular Purpose) หมายถึง ผู้ขายได้ทราบที่อยู่แล้วในขณะที่ซื้อขายกันว่า ผู้ซื้อมีความมุ่งหมายที่จะใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างจากสินค้าที่ซื้อนั้น หรือผู้ซื้อได้วางใจในความรู้ความชำนาญ หรือความสามารถพิเศษเฉพาะตัวของ

ผู้ขาย ซึ่งผู้ขายได้ให้คำรับรองหรือรับประกันโดยปริยายไว้ในเวลานั้นว่า สินค้านั้นสามารถนำไปใช้ได้สมประโยชน์หรือความมุ่งหมายเฉพาะ<sup>35</sup>

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักความรับผิดในคำรับประกัน (Warranty) ยังไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค เนื่องจากการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีฐานะทางด้านเศรษฐกิจและอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค และเป็นฝ่ายจัดทำสัญญาขึ้นฝ่ายเดียว มักจะทำสัญญาสำเร็จรูปโดยการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นความรับผิดของตนเองไว้ ซึ่งผู้บริโภคก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะต่อรองกับผู้ประกอบธุรกิจได้

### 2.3.3 ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดในทางละเมิดในกฎหมายระบบจารีตประเพณี (Common Law System) มีสองแนวใหญ่ ๆ ได้แก่ แนวคิดก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 ที่ถือว่า เมื่อมีความเสียหายต้องมีการชดเชยเยียวยา แนวความคิดดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดในแนวคิดนี้ไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายในด้านจิตใจของผู้กระทำ หรือการขาดความระมัดระวังแต่ประการใด เมื่อมีผู้เสียหายต้องมีผู้ชดเชยความเสียหาย เท่ากับคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้เพราะถือว่าความคิดของมนุษย์อันเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจไม่อาจถูกพิจารณาได้ ต่อมาทฤษฎีนี้ได้รับอิทธิพลจากศาสนาอย่างมากขึ้นและถือว่าผู้ละเมิดเป็นผู้ประพฤติดิถีธรรมไปในตัว และขยายหลักความรับผิดในทางละเมิดไปสู่เกณฑ์ที่ต้องพิจารณาการจงใจกระทำ ทำให้ความรับผิดละเมิดจะเกิดแต่เฉพาะกรณี ทำให้ความรับผิดในละเมิดจะเกิดแต่เฉพาะกรณีละเมิดโดยจงใจกระทำหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น เท่ากับคุ้มครองประโยชน์ของการใช้เสรีภาพของบุคคลตามแนวความคิดที่สอง<sup>36</sup> การชดเชยเยียวยาตามแนวความคิดนี้ จึงต้องพิเคราะห์ว่า ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือผู้กระทำนั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือไม่ หากมิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องชดเชยเยียวยาแก่ผู้เสียหาย

ปลายศตวรรษที่ 19 แนวทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดในละเมิดชัดเจนมากขึ้นว่า “จะต้องมีความผิดจึงจะมีความรับผิดได้ (No Liability without Fault หรือ Fault Theory)”<sup>37</sup>

<sup>35</sup> ศรีณย์ ศรีณยศสุนทร, “วิธีพิจารณาคดีคุ้มครองผู้บริโภคทางแพ่งในชั้นศาล,” (วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549), น. 27-30.

<sup>36</sup> สุขุม สุภณิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2537), น. 7-8.

<sup>37</sup> สุขุม สุภณิตย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39, น. 8.

หลักความรับผิดทางละเมิดมีทฤษฎีความรับผิดที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปอยู่ 2 หลัก คือ

1. หลักมีความรับผิดเมื่อมีความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำละเมิดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหาย และ
2. หลักความรับผิดโดยกฎหมายสันนิษฐานว่ามีความผิดแม้มิได้มีการจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ

หลักความรับผิดแบบที่สองคือ หลักความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) หลักความรับผิดเด็ดขาดได้รับการยอมรับมากขึ้น เฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีความเสียหายเกิดจากผลิตภัณฑ์ที่มีความซับซ้อนในการผลิต ผู้ได้รับความเสียหายไม่อาจพิสูจน์ถึงเหตุแห่งความเสียหายได้ว่าเป็นความผิดพลาดของผู้ใด<sup>38</sup> ภาระการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อในทางละเมิดของการผลิตแทนที่จะตกอยู่กับฝ่ายผู้ต้องเสียหายก็กลับให้เป็นภาระของผู้ผลิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นเกี่ยวกับการผลิตหรือการใช้สินค้าซึ่งมีความสลับซับซ้อน จึงต้องนำเอาทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาดในทางละเมิดมาปรับใช้กับคดีที่ฟ้องให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการบริโภค กระบวนการในการบริโภคเป็นกระบวนการที่กว้าง โดยประกอบด้วย ผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก ผู้บริโภค จึงเป็นการยากที่ผู้บริโภคจะพิสูจน์ว่าความบกพร่องที่เกิดขึ้นเกิดขึ้นในช่วงใด และหากความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคที่บริโภคสินค้านั้น เกิดเนื่องจากเหตุแห่งความบกพร่องในการผลิต ผู้บริโภคยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะพิสูจน์ได้ง่ายว่าผู้ผลิตสินค้ากระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้มีความชำรุดบกพร่องในสินค้า การกำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายต้องรับผิดโดยปราศจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ จึงเป็นการเหมาะสม แต่ผู้ผลิตหรือผู้ขายอาจพิสูจน์ว่าผู้บริโภคใช้สินค้านั้นโดยไม่ถูกวิธี ในกรณีที่ผู้ผลิตได้มีคำอธิบายวิธีใช้หรือคำเตือนไว้แล้ว หรือพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้บริโภคเอง หรือความชำรุดบกพร่องมิได้มีอยู่ในขณะที่ผู้บริโภคซื้อสินค้านั้นเพื่อให้พ้นความรับผิดได้

สำหรับแนวคิดหลักในการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมี 2 แนวคิด แนวคิดกล่าวคือ แนวคิดแรก เห็นว่าการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนหนึ่งของการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) จึงถือว่าการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่กำกับการแข่งขันทางการค้า เช่น ออสเตรเลีย เป็นต้น แต่อีกแนวคิดหนึ่งเห็นว่าการคุ้มครองผู้บริโภคต้องใช้มาตรการเฉพาะ จึงแยกออกมาเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งต่างหากจากกัน เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และไทย เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีไม่ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจะเป็นไปตามแนวคิดใด การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคของทุกประเทศจะมีลักษณะสำคัญร่วมกัน 2 ประการ คือ

<sup>38</sup> สุขุม ศุภนิคย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31*, น. 11 -12.

1. การผลักภาระพิสูจน์ (Onus of Proof) ในเรื่องทางเทคนิคให้แก่ผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้า โดยผู้บริโภคมิมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าตนได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ชำรุดบกพร่องหรือไม่ปลอดภัยอย่างไรเท่านั้น

2. การให้รัฐมีอำนาจดำเนินคดีแทนผู้บริโภค

มาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคแบ่งออกได้ 2 มาตรการ คือ มาตรการก่อนที่สินค้าจะเข้าสู่ตลาด (Pre-Market Control Measure) นั้น ได้แก่การกำหนดมาตรฐานจรรยาบรรณ (Code of Conduct) ของผู้ประกอบการ และการกำหนดมาตรฐาน (Standard) ของกระบวนการผลิตและมาตรฐานของสินค้าที่จะผลิตขึ้น ซึ่งบังคับให้ผู้ผลิตจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานที่กำหนดเท่านั้น

เทคนิคในการกำหนดมาตรฐานสินค้านั้นแบ่งออกได้เป็น 2 เทคนิค คือ

- การกำหนดมาตรฐานสินค้าตามประเภทของสินค้า (By Item) และ
- การกำหนดมาตรฐานสินค้ากลาง (General Standard)

สำหรับการกำหนดมาตรฐานสินค้าตามประเภทของสินค้าจะทำให้รัฐหรือหน่วยงานกำหนดมาตรฐานเอกชนต้องทำงานตลอดเวลา เนื่องจากสินค้านั้นมีจำนวนมาก และเป็นงานดำเนินการในลักษณะกำหนดมาตรฐานหลังจากที่มีการผลิตสินค้านั้นขึ้นแล้ว แต่การกำหนดมาตรฐานสินค้ากลางจะลดภาระดังกล่าวได้มาก ทั้งยังกระตุ้นให้ผู้ผลิตพัฒนากระบวนการผลิตสินค้าไปในตัว

ส่วนมาตรการหลังจากที่สินค้าเข้าสู่ตลาดแล้ว (Post-Market Control Measure) นั้น แยกเป็นการควบคุมระบบการจัดจำหน่าย (Supply Chain) การตรวจสอบคุณภาพของสินค้า (Product Quality Control) การให้ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าอย่างถูกต้องและพอเพียง (Product Information, Labeling) การควบคุมการโฆษณา การคุ้มครองอิสระในการตัดสินใจซื้อสินค้าของผู้บริโภค การเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า (Compensation) และการเรียกคืนสินค้าที่ไม่ปลอดภัยคืนจากผู้บริโภค (Product Recall Measure)<sup>39</sup>

ในปัจจุบันมีการแข่งขันทางการค้าสูง มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคจึงมีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจ และความเชื่อถือของผู้บริโภค เพราะหากมาตรฐานการคุ้มครองผู้บริโภคและคุณภาพของสินค้าและบริการของประเทศเป็นที่ยอมรับความมั่นใจของผู้บริโภคทั้งในและต่างประเทศแล้ว ย่อมส่งผลให้มีศักยภาพในการแข่งขันกับประเทศต่าง ๆ ได้ ซึ่งจะเป็นการยกระดับสินค้าและบริการของประเทศ นอกจากนี้ มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่

<sup>39</sup> ธเนศ ปดิภัทรพรกุล, “มาตรการกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคจากบรรพบุรุษที่มีขนาดใหญ่เกินจริง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 23-24.

เข้มแข็งยังช่วยยกระดับคุณภาพชีวิตของผู้บริโภคในประเทศ และยังช่วยส่งเสริมสุขภาพอนามัยของประชาชนอีกด้วย

#### 2.3.4 แนวความคิด และเหตุผลในการควบคุมสัญญา

แนวความคิดและเหตุผลในการควบคุมสัญญาเกิดจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 คือ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค และการบริหารงานคุ้มครองผู้บริโภค อันได้แก่ การตรวจตรา กำกับ ดูแล และประสานงานการปฏิบัติงานของส่วนราชการต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคยังไม่เหมาะสม และโดยที่ในปัจจุบันปรากฏว่ามีผู้บริโภคจำนวนมากยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น ๆ บัญญัติไว้ อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนมีผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการมากขึ้น สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ปรับปรุงองค์การบริหารงานคุ้มครองผู้บริโภค คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้ดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค และปรับปรุงอำนาจของคณะกรรมการการเฉพาะเรื่อง และคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในการเสนอเรื่องให้นายกรัฐมนตรีพิจารณาออกคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ได้ในกรณีจำเป็น หรือรีบด่วน ให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ตลอดจนเพิ่มบทบัญญัติกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาไว้โดยเฉพาะ<sup>40</sup> การทำสัญญาของประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ได้ยึดถือหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักแห่งเสรีภาพในการทำสัญญา กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครแล้ว คู่สัญญาต้องผูกพันและต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาที่ได้ทำต่อกันไว้โดยเคร่งครัด แม้ว่าสัญญานั้นจะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม ซึ่งในอดีตนั้นหลักการดังกล่าวนี้ได้ถูกยอมรับว่าถูกต้องและเป็นธรรมถ้าอยู่ในหลักแห่งความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน แต่ในสภาพความเป็นจริงในสังคมปัจจุบัน บุคคลไม่มีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ การศึกษา และสติปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้บริโภคย่อมไม่มีฐานะเสมอภาคและเท่าเทียมกับผู้ประกอบการ ไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ประกอบการ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ผู้บริโภคจึงได้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการด้านสัญญา แม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ใช้บังคับอยู่ แต่ในทางปฏิบัติยังไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้บริโภคได้อย่างแท้จริง เพราะเป็นการแก้ไขที่ปลายเหตุมากกว่าจะเป็นการป้องกัน

<sup>40</sup> ธนา เบญจาทิกุล, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, (กรุงเทพมหานคร : สภานายความ, 2544), น. 25.



จึงได้มีการบัญญัติหมวดการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาไว้เป็นการเฉพาะเพื่อเป็นการคุ้มครอง  
ผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมในการเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการ





### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งใช้บริการ ผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าสังหาริมทรัพย์เป็น มาตรการซึ่งแต่ละประเทศเล็งเห็นว่าเป็นสิ่งสำคัญ เพราะเป็นการให้การคุ้มครองผู้บริโภคและ พัฒนาการด้านเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมผู้ ประกอบธุรกิจจำหน่ายหน้าสังหาริมทรัพย์จึงเป็นสิ่งจำเป็น ซึ่งในที่นี้จะศึกษาจากกฎหมายของมลรัฐ นิวเซาท์เวลส์เครือรัฐออสเตรเลีย และ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ เปรียบเทียบกับมาตรการทาง กฎหมายของประเทศไทย ทั้งนี้เพื่อมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย และเกิด ประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจประเทศชาติต่อไป

### 3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งใช้บริการผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทย

การประกอบธุรกิจ หมายถึง กิจกรรมทางเศรษฐกิจของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการผลิต การแลกเปลี่ยน ซื้อขายสินค้า และให้บริการ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะแสวงหากำไรจากการประกอบ ธุรกิจนั้น และธุรกิจได้แยกประเภทออกเป็น ธุรกิจอุตสาหกรรม ธุรกิจการค้า และธุรกิจบริการ

มาตรการทางกฎหมายในส่วนเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจจำหน่ายหน้าสังหาริมทรัพย์ที่จะ ใช้ศึกษาในชั้นนี้มีดังต่อไปนี้

#### 3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

หลักการในการประกอบธุรกิจจำหน่ายหน้าสังหาริมทรัพย์ตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลายประการแต่ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจจำหน่าย หน้าสังหาริมทรัพย์มีดังนี้

### 3.1.1.1 หลักการว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ

หลักการว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบธุรกิจนับเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่อดีต เป็นเวลาอันยาวนาน ซึ่งประเทศไทยได้มีการรับรองแนวคิดนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 40วรรคหนึ่งว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ” วรรคสองได้บัญญัติไว้ว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่งเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” วรรคสาม ได้บัญญัติไว้ว่า “การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา” ในบางกรณีรัฐมีความจำเป็นต้องเข้าแทรกแซง ได้แก่ กรณีที่ประโยชน์สาธารณะมีมากกว่าของปัจเจกบุคคลจากการใช้สิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจตามกฎหมายเอกชน หรือ ประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ นอกจากกรณีที่เป็นข้อยกเว้น รัฐจะไม่เข้ามาแทรกแซงระบบเศรษฐกิจแต่ควรจะให้ภาคเอกชนมีเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 75 ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาทางเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ” วรรคสอง “รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภค หรือการจัดทำบริการสาธารณะ”

การที่รัฐจะตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกเอาเปรียบเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ จึงถือว่าเป็นกรณีที่รัฐตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่มีบทบัญญัติที่เป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 46 ที่วางหลักไว้ว่า “สิทธิของผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง” ผู้บริโภคจึงมีสิทธิในการได้รับข้อมูลที่เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิรวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค และมีองค์การเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงานของรัฐ ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐในการตราและบังคับใช้กฎหมายและกฎ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการ

กระทำอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ให้รัฐสนับสนุนงบประมาณในการดำเนินการขององค์การอิสระดังกล่าวด้วย” ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการทั่วไปอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นสิทธิที่ประชาชนควรจะต้องได้รับจากรัฐ และรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิของผู้บริโภค

เนื่องจากผู้บริโภคถือเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่า และมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประเทศ ทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม ความเสมอภาคที่พึงมีตามกฎหมายโดยเฉพาะในยุคเศรษฐกิจเสรีที่กำลังขยายตัวขึ้นอย่างรวดเร็ว และมีการแข่งขันทางการค้าที่สูง การบริการที่แสวงผลกำไร และผลประโยชน์ในธุรกิจการค้าให้ได้มากที่สุด จะทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้บริโภคทั้งทางตรงและทางอ้อม เพราะผู้บริโภคต้องตกอยู่ในฐานะผู้เสียเปรียบ เนื่องจากไม่มีโอกาสทราบภาวะตลาดและจำเป็นต้องบริโภคสินค้าหรือใช้บริการผู้ประกอบการ จึงนับเป็นบ่อเกิดแห่งความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ผู้ศึกษาเห็นว่าบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่ในการประกอบธุรกิจควรจะมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ปราศจากการผูกขาด และไม่เป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค ซึ่งการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ปัจจุบันมีการประกอบธุรกิจกันอย่างเสรี ใคร ๆ ก็สามารทำได้ ปราศจากการควบคุมของรัฐ และการแข่งขันก็ยังไม่มีความเป็นธรรม เนื่องจากมีผู้ประกอบการบางส่วนมีการใช้วิธีการต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจที่ไม่สุจริตกับผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค มีการประกอบธุรกิจที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค

#### 3.1.1.2 หลักการว่าด้วยความเสมอภาค

หลักการว่าด้วยความเสมอภาคเป็นอีกแนวคิดหนึ่งที่จะต้องใช้ในการดำเนินการในทางเศรษฐกิจ เพราะนอกจากการมีเสรีภาพในการดำเนินการแล้ว ยังต้องมีความเสมอภาคในการที่จะเข้าแข่งขันโดยมีโอกาสอย่างเท่าเทียมกัน ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 ได้วางหลักไว้ว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ผู้ศึกษาเห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ควรจะใช้ความเสมอภาคในการเข้าแข่งขันอย่างเสรี และเป็นธรรมโดยเท่าเทียมกันไม่เอาเปรียบซึ่งกันและกัน แต่ในความเป็นจริงในปัจจุบันความเสมอภาคนั้นยังไม่สามารถเป็นไปได้ ผู้ที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจสูงกว่ามักจะเอาเปรียบผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า จึงควรที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า

#### 3.1.1.3 หลักความโปร่งใส

หลักความโปร่งใสถือเป็นแนวคิดที่สำคัญอันเป็นกลไกในการตรวจสอบและติดตามผล นอกจากนี้หลักว่าด้วยความโปร่งใสยังถือเป็นกระบวนการที่มีความรับผิดชอบต่อประชาชนสร้าง

ความเชื่อมั่นให้กับภาคเอกชนในการที่จะเข้าประกอบธุรกิจในประเทศไทย อีกทั้งยังช่วยให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

### 3.1.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทบัญญัติเกี่ยวกับนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะกำหนดเพียงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเท่านั้น มิได้บัญญัติถึงการควบคุมผู้ประกอบการอาชีพนายหน้าไว้เป็นการเฉพาะ หลักกฎหมายเกี่ยวกับนายหน้าตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีสาระสำคัญดังนี้

#### 3.1.2.1 บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องในสัญญานายหน้า

สัญญานายหน้าเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่ายคือ บุคคลที่ตกลงให้คำบำเหน็จแก่นายหน้า และ ฝ่ายที่สองคือ นายหน้า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 ได้บัญญัติถึงลักษณะของสัญญานายหน้าไว้ดังนี้ “บุคคลใดตกลงจะให้คำบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบให้คำบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น” ลักษณะสาระ

สำคัญของสัญญานายหน้ามีดังนี้ สัญญานายหน้าจะเป็นสัญญา 2 ฝ่าย ประกอบด้วยฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่ต้องการทำสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดกับบุคคลภายนอก แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติเรียกชื่อคู่สัญญาไว้เหมือนสัญญาในลักษณะอื่น เช่น สัญญาตัวแทน จึงเรียกบุคคลฝ่ายนี้ว่า “ตัวการ” โดยอนุโลม อีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลผู้ทำหน้าที่ชี้ช่องหรือจัดการให้บุคคลฝ่ายแรกกับบุคคลภายนอกได้ทำสัญญากันตามที่บุคคลฝ่ายแรกพึงประสงค์ เรียกบุคคลฝ่ายนี้ว่า “นายหน้า” บุคคลที่จะเป็นนายหน้าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้<sup>42</sup> หากนายหน้าเป็นบุคคลธรรมดา ก็สามารถทำการเป็นนายหน้าได้ ไม่ว่าจะด้วยการบอกกล่าวชี้ชวน การให้ข้อมูลต่าง ๆ เพื่อให้เกิดการตกลงทำสัญญากัน แต่ถ้านายหน้าเป็นนิติบุคคลการแสดงออกซึ่งเจตนาของนิติบุคคลนั้นจะต้องทำผ่านผู้แทนนิติบุคคล และการเป็นนายหน้าต้องเป็นนายหน้าให้แก่คนอื่นไม่ใช่แก่ตนเอง ถ้าเป็นนายหน้าแก่ตนเองจะทำได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 337/2478)<sup>43</sup> นายหน้าจึงเป็นบุคคลซึ่งกระทำการเป็นเพียงคนกลางคอยชี้ช่องหรือจัดการเท่านั้น โดยเป็นคนกลางในการเชื่อมระหว่างบุคคลสองฝ่ายให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากันตามที่คู่สัญญาประสงค์ ซึ่งนายหน้าไม่ได้เข้าทำสัญญาในนามของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และไม่ได้ทำสัญญาในนามของตนเอง นายหน้าจึงไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ในทางสัญญากับบุคคลภายนอกในสัญญาที่นายหน้าได้เข้าทำการชี้ช่อง หรือ จัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่านายหน้าต้องรับ

<sup>42</sup> พินิจ ทิพย์มณี, หลักกฎหมายตัวแทน-นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 2 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น. 204.

<sup>43</sup> ไพทิต เอกจริยกร, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 22, น. 369.

ผิดต่อบุคคลภายนอกในสัญญาที่ตนได้เข้าดำเนินการ เช่นในกรณีที่นายหน้าละเลยไม่เปิดเผยชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง นายหน้าจึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกตามสัญญาที่ตนได้เข้าเป็นสื่อ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 848

เมื่อนายหน้าได้เข้าทำการซื้อหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกจนเป็นผลสำเร็จแล้ว ตัวการมีหน้าที่จะต้องชำระค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเป็นการตอบแทนจากการที่นายหน้าได้ซื้อหรือจัดการให้เข้าทำสัญญากัน คำว่า “ซื้อหรือจัดการให้เข้าทำสัญญา” และคำว่า “จัดการให้เข้าทำสัญญา” นั้นก็คล้ายกัน หมายถึง นายหน้าจัดแจงช่วยเหลือให้ทั้งสองฝ่ายได้

ทำสัญญากัน นายหน้าอาจขับรถไปส่ง ช่วยต่อรองราคา และจัดการเตรียมสัญญาตลอดจนนัดคู่สัญญาไปจดทะเบียนซื้อขายกัน<sup>44</sup>

### 3.1.2.2 การเกิดของสัญญานายหน้า

การเกิดสัญญานั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองตรงกัน สัญญานายหน้าก็จะมีลักษณะเช่นเดียวกัน เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรค 1 และมาตรา 846 วรรค 1 จะเห็นได้ว่า สัญญาตั้งนายหน้าอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ สัญญาตั้งนายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ และสัญญาตั้งนายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการ โดยการตกลงกันว่านายหน้าจะทำการเพื่อซื้อหรือจัดการให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอก และไม่มีบทกฎหมายบัญญัติว่าการทำสัญญาจะต้องปฏิบัติเช่นใด การทำสัญญาหรือตกลงกันไม่จำเป็นต้องมีแบบและไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพียงแต่คู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจาโดยมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ตรงตามความประสงค์เดียวกัน สัญญานายหน้าย่อมเกิดขึ้นตามข้อตกลงนั้น ทั้งนี้ตาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2046/2535 สัญญานายหน้าไม่มีแบบ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เพียงแต่คู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจา สัญญานายหน้าย่อมเกิดขึ้นตามข้อตกลงนั้น การแต่งตั้งหรือมอบหมายเป็นนายหน้าจึงไม่ต้องทำตามแบบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4352/2545 โจทก์ติดต่อกับจำเลยและเจ้าของที่ดินทั้ง 4 แปลง เรื่องการเช่าและซื้อขายที่ดินดังกล่าว ซึ่งตลอดระยะเวลาที่เจรจาติดต่อกันนั้นได้ใช้บ้าน ร. มารดา จำเลยเป็นสถานที่นัดพบเสมอ ทั้ง ร. ก็ร่วมเจรจาอยู่ด้วย แม้บางครั้งจำเลยไม่มาแต่ ร. ก็เป็นผู้จัดการแทนจำเลย เพื่อนำไปสู่การทำสัญญาในที่สุด ดังนั้นข้อตกลงใด ๆ ที่อยู่ในกรอบของการเช่าหรือซื้อขายที่ดินของจำเลยย่อมเห็นเป็นปริยายว่าจำเลยได้เจตนา เป็นตัวแทนในการเจรจาดอกกับโจทก์ ทำให้เจ้าของที่ดินอีก 4 แปลง ตกลงยินยอมให้เช่าและขายที่ดิน เรื่องค่านายหน้าก็เป็นส่วนหนึ่งของ

<sup>44</sup> สติต เล็ง ไชยสง, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 17*, น. 271.

ข้อตกลงด้วย แม้มิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือก็มีผลผูกพันจำเลยแล้ว ดังนั้น จำเลยต้องให้ค่านายหน้า และเงินค่าที่ดินที่ให้เช่าหรือขายเกินกว่าราคาที่กำหนดแก่โจทก์

ผู้ศึกษาเห็นว่า โดยปกติทั่วไปนายหน้ามักจะให้ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคกลางมือชื่อในสัญญาสำเร็จรูปซึ่งนายหน้าได้ทำไว้แล้วล่วงหน้า และมีข้อความตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้จัดทำไว้ฝ่ายเดียว ซึ่งผู้ให้บริการไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ได้แต่เพียงพิจารณาว่าจะเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น

### 3.1.2.3 คำบ่าหนึ่ง

สัญญานายหน้ามีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยบุคคลหนึ่ง ซึ่งอนุโลมเรียกว่า “ตัวการ” ได้ตกลงจะให้บ่าหนึ่งแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “นายหน้า” เพื่อช่วยชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งกับบุคคลภายนอกตามความประสงค์ของคู่สัญญา คำบ่าหนึ่ง หมายถึง ผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้เป็นนายหน้าจะได้รับจากผู้ให้บริการ การรับคำบ่าหนึ่งของนายหน้า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 846 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลใดตกลงจะให้คำบ่าหนึ่งแก่นายหน้าเพื่อชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะรับผิดชอบคำบ่าหนึ่งก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องจากผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น ถ้าสัญญาที่ได้ทำกันไว้วันนั้นมีเงื่อนไขบังคับก่อนไซ้ ท่านว่าจะเรียกหรือบ่าหนึ่งค่านายหน้ายังได้ไม่จนกว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว” สัญญานายหน้าจะต้องมีการตกลงค่าเรื่องคำบ่าหนึ่งไว้ กล่าวคือนายหน้าจะได้รับคำบ่าหนึ่งต่อเมื่อมีการตกลงกันไว้แล้ว ซึ่งการตกลงอาจเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 846 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า “ถ้ากิจการอันได้มอบหมายแก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่า ย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาคำบ่าหนึ่งไซ้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันโดยปริยายว่ามีคำบ่าหนึ่งนายหน้า” การตกลงโดยปริยายนั้นอาจตกลงได้ด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การใช้บริการให้นายหน้าหาบ้านให้แต่ไม่ได้มีการตกลงคำบ่าหนึ่งไว้ก็ถือว่ามีการตกลงให้คำบ่าหนึ่งแล้วโดยปริยาย ทั้งนี้ตาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 705/2505 บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบให้คำบ่าหนึ่งแก่นายหน้าก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้กับผู้นั้นโดยชัดแจ้ง หรือถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งก็ต้องรับผิดชอบเมื่อกิจการอันได้มอบหมายแก่กันนั้นเป็นที่คาดหมายได้ว่า ผู้นั้นทำให้ก็แต่เพื่อจะเอาคำบ่าหนึ่งเท่านั้น ถ้าไม่มีการตกลงกัน หรือไม่ได้มีการมอบหมายกิจการแก่กันก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบให้คำบ่าหนึ่งแก่นายหน้า

ส่วนจำนวนคำบ่าหนึ่งนั้น ได้บัญญัติไว้ว่า “คำบ่าหนึ่งนั้นถ้ามิได้กำหนดจำนวนกันไว้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียม”



จากบทบัญญัติดังกล่าวจำนวนค่าบำเหน็จจึงอาจกำหนดได้ดังนี้

1. กรณีที่คู่สัญญาได้มีการตกลงกันไว้โดยชัดแจ้ง

จำนวนค่าบำเหน็จที่คู่สัญญาได้มีการตกลงกันไว้โดยชัดแจ้ง จะมีจำนวนมากน้อยเพียงใดก็ได้ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 257/2522 จำเลยให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดินตกลงให้ค่านายหน้าร้อยละ 5 ของราคาที่ดิน 3,500,000 บาท ถ้าขายได้เกินเท่าใดให้เป็นของโจทก์ เมื่อได้ตกลงทำสัญญาจะซื้อจะขายกันแล้วในราคา 5,000,000 บาท ต่อมาจำเลยกับคู่สัญญาที่ดินนี้ โจทก์เรียกค่านายหน้าร้อยละ 5 ได้ แต่เงินที่เกินจากราคาขายนั้นเมื่อไม่มีการขายกันจริงก็เรียกไม่ได้

2. กรณีคู่สัญญาที่ไม่ได้มีการตกลงค่าบำเหน็จกันไว้ให้ถือว่ามีการตกลงกันโดยปริยาย โดยคิดอัตราตามธรรมเนียมที่ได้มีการปฏิบัติกันในการใช้บริการนายหน้า

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้มีการตกลงกัน และตามพฤติการณ์หรือตามธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่เป็นการแน่นอนหรือไม่เป็นการทราบได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใด ศาลมีอำนาจกำหนดให้เท่าที่ศาลเห็นสมควรได้

กรณีที่มิได้มีการตกลงค่าบำเหน็จกันไว้ให้ถือว่ามีการตกลงกันโดยปริยาย โดยคิดอัตราตามธรรมเนียมที่ได้มีการปฏิบัติกันในการใช้บริการนายหน้า จำนวนตามธรรมเนียมนี้อาจเป็นธรรมเนียมประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือธรรมเนียมทางการค้า แต่ถ้าไม่ปรากฏว่าค่าบำเหน็จนี้ได้ตกลงกันเป็นจำนวนเท่าใด และไม่ปรากฏธรรมเนียมในการนี้ ศาลย่อมกำหนดให้เท่าที่กำหนดได้ตามสมควร ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2510 โจทก์ให้จำเลยจัดการขายที่ดิน จำเลยได้จัดการขายที่ดินของโจทก์ได้สำเร็จยอมเป็นกิจการที่ทำให้แก่กันโดยพฤติการณ์ที่คาดหมายได้ว่ายอมทำให้แก่เพื่อจะเอาบำเหน็จ จึงถือได้ว่าได้ตกลงกันโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 846 แม้จะฟังไม่ได้ว่าได้ตกลงให้ค่านายหน้าแก่กันเป็นจำนวนที่เกินไปจาก 11,000 บาท ดังที่จำเลยนำสืบ จำเลยก็ยังมิสิทธิได้ค่าบำเหน็จ เมื่อไม่ได้ความว่าค่าบำเหน็จนั้นได้ตกลงกันเป็นจำนวนเท่าใด และไม่ปรากฏธรรมเนียมในการนี้ ศาลย่อมกำหนดให้เท่าที่กำหนดได้ตามสมควร

ผู้ให้บริการนายหน้าอาจแต่งตั้งหรือมอบหมายนายหน้าหลายรายให้กระทำการเป็นนายหน้าให้แก่ตนได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ การที่ผู้ให้บริการมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้าให้แก่ตนจึงไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2540<sup>45</sup> การตกลงมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการ

<sup>45</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2540 ได้วินิจฉัยว่า คดีมีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ที่ 1 และที่ 2 ว่า โจทก์ที่ 1 และ โจทก์ที่ 2 เป็นนายหน้าติดต่อขายที่ดินของจำเลยตามฟ้องให้แก่บริษัทผู้ซื้อได้สำเร็จหรือไม่ ในข้อนี้โจทก์มีตัวโจทก์เบิกความว่า เมื่อเดือนกรกฎาคม 2532 จำเลยให้โจทก์ทั้งสามเป็นนายหน้าขาย



เป็นนายหน้านั้นตัวการก็หาจำต้องมีการมอบหมายพร้อมกัน ตัวการอาจตกลงมอบหมายให้บุคคลภายนอกกระทำการเป็นนายหน้าต่างวัน ต่างเวลากันได้ ซึ่งการมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้า บุคคลทุกคนที่ตกลงยอมรับเข้ากระทำการเป็นนายหน้าก็จะมีหน้าที่ในการเข้าซื้อหรือจัดการเพื่อให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จโดยหวังบำเหน็จเป็นค่าตอบแทน ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการเป็นตัวการมอบหมายให้บุคคลหลายคนกระทำการเป็นนายหน้าคือ หากนายหน้าแต่ละรายร่วมกันเข้าซื้อหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จ ตัวการต้องผูกพันชำระค่าบำเหน็จให้แก่รายนั้นอย่างไร กรณีนี้หากปรากฏว่าตัวการได้ทำความตกลงกับนายหน้าแต่ละรายไว้อย่างไรก็คงเป็นไปตามที่ได้มีการทำความตกลงกันไว้ระหว่างคู่สัญญา แต่หากปรากฏว่ามิได้มีการทำความตกลงกันเช่นนั้นอย่างชัดแจ้งกรณีมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2540 กำหนดให้นายหน้าแต่ละคนมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จคนละเท่า ๆ กัน ทั้งนี้ตามจำนวนค่าบำเหน็จทั้งหมดที่ตัวการได้ตกลงว่าจะให้เป็นค่าบำเหน็จแก่นายหน้า แต่หากกรณีปรากฏว่านายหน้าบางรายได้บอกเลิกการเป็นนายหน้าเสียก่อน แม้นายหน้ารายนั้นจะมีส่วนในการเข้าซื้อหรือจัดการให้ตัวการได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จก็ตาม นายหน้ารายนั้นก็หาสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน เพราะสัญญานายหน้าได้ระงับสิ้นลงแล้ว

กำหนดเวลาที่นายหน้าจะได้รับบำเหน็จ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติเกี่ยวกับกำหนดเวลาที่นายหน้าจะได้ค่าบำเหน็จว่า “บุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบค่าบำเหน็จก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จ เนื่องแต่การที่นายหน้าได้ซื้อหรือจัดการนั้นถ้า

---

ที่ดินของจำเลยและของบุตรสาวในราคา 13,650,000 บาท แต่ไม่ตกลงกันในเรื่องราคา ต่อมานายสมยศติดต่อประสานงานจนกระทั่งมีการทำสัญญาซื้อขายที่ดินพิพาทเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2533 ในราคา 13,650,000 บาท ข้อเท็จจริงดังกล่าวเห็นได้ว่า แม้นายสมยศจะเป็นผู้ติดต่อประสานงานขายที่ดินสำเร็จในภายหลัง แต่ก็คงขายให้แก่บริษัท เอ็กเซลสันท์ควอลิตี้(ไทยแลนด์) จำกัด ผู้ซื้อ ซึ่งโจทก์ทั้งสามได้ติดต่อไว้ก่อนในราคาเดิม ซึ่งโจทก์ทั้งสามเคยเสนอไว้ เป็นกรณีที่จำเลยถือเอาประโยชน์จากการที่โจทก์ทั้งสามเป็นผู้ติดต่อบอกขายที่ดินแก่บริษัทผู้ซื้อมาตั้งแต่ต้น ถือได้ว่าการซื้อขายที่ดินรายนี้ได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลการกระทำที่โจทก์ที่ 1 และที่ 2 เป็นนายหน้าซื้อหรือจัดการโจทก์ที่ 1 และที่ 2 จึงมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จนายหน้าตามข้อตกลงร้อยละ 5 ของราคาที่ดินที่ขายได้ แต่เนื่องจากโจทก์ที่ 3 มิได้อุทธรณ์ฎีกา คดีสำหรับโจทก์ที่ 3 จึงยุติไปตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น จำเลยจึงต้องชำระค่านายหน้าแก่โจทก์ที่ 1 และที่ 2 สองในสามส่วนของค่านายหน้าจำนวน 682,500 บาท คิดเป็นเงิน 455,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าวนับแต่วันที่ 10 เมษายน 2533 จนกว่าจะชำระเสร็จพิพากษาแก่เป็นว่าให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์ที่ 1 และที่ 2 จำนวน 455,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่ 10 เมษายน 2533 เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ.

สัญญาที่ได้ทำกันไว้นั้นมีเงื่อนไขเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนไซ้ ท่านว่าจะเรียกร้องบำเหน็จค่านายหน้ายังหาได้ไม่จนกว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว”

กำหนดเวลาที่นายหน้าจะได้รับบำเหน็จ

1. เมื่อสัญญาที่นายหน้าเป็นคนกลางชี้ช่องหรือจัดการให้ตามสัญญานายหน้าได้ทำกันสำเร็จ ซึ่งความสำเร็จนั้นเพียงแค่เข้าทำสัญญากันก็เป็นการเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดปฏิบัติตามสัญญากันจนครบถ้วน หรือ

2. เมื่อเงื่อนไขบังคับก่อนตามสัญญาที่นายหน้าชี้ช่องหรือจัดการนั้นได้สำเร็จแล้ว ถ้าเป็นการชี้ช่องให้ทำสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนแม้คู่สัญญาจะได้เข้าทำสัญญากันเพราะการจัดการของผู้เป็นนายหน้า นายหน้าก็ยังไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จจนกว่าเงื่อนไขนั้นจะสำเร็จ

ผู้ศึกษาเห็นว่าการค่าบำเหน็จจากการที่นายหน้าชี้ช่องหรือจัดการให้ได้เข้าทำสัญญาควรจะมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นการชัดแจ้ง ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดปัญหาในการเกิดข้อพิพาทกันระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค

3.1.2.4 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้า

ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญานายหน้านี้ กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องพิจารณาจากหลักทั่วไปของกฎหมายนิติกรรมสัญญาในบรรพหนึ่ง หลักการเลิกสัญญาโดยทั่วไป ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 ถึง 394 มาบังคับใช้โดยอนุโลมคือ

1. เมื่อนายหน้าได้ทำการชี้ช่องให้มีการทำสัญญาสำเร็จในเรื่องที่ได้รับมอบหมายแล้ว  
2. เมื่อข้อสัญญาอาจกำหนดถึงความระงับของสัญญานายหน้าไว้  
3. เมื่อคู่สัญญาตกลงกันเลิกสัญญากัน แม้ว่าสัญญานายหน้านั้นจะไม่ได้ระบุไว้แต่แรกก็ตาม ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

4. เมื่อตัวการหรือนายหน้าบอกเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียว โดยตัวการหรือนายหน้าอาจเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้ เพราะไม่กระทบผลประโยชน์ของกันและกัน นายหน้าเรียกได้แต่บำเหน็จ เรียกค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานไม่ได้ (กรณีตัวการเลิกสัญญา) ส่วนนายหน้าไม่มีหน้าที่หรือหน้าที่ที่ต้องกระทำการ ดังนั้นตัวการก็เรียกค่าเสียหายไม่ได้ (กรณีนายหน้าบอกเลิกสัญญา)<sup>46</sup>

ดังนั้น สัญญานายหน้าจึงระงับสิ้นไปหรือสิ้นสุดลงเมื่อนายหน้าได้ทำการตามที่ได้รับมอบหมายจากตัวการโดยการชี้ช่องและจัดการทำสัญญาสำเร็จแล้ว หรือเมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่

<sup>46</sup> พินิจ ทิพย์มณี, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 27, น. 223.

กำหนดให้นายหน้าทำการซื้อหรือจัดการให้ได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกแล้ว หรือเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงเลิกสัญญากัน หรือเมื่อเป็นไปตามเหตุใด ๆ ที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา

### 3.1.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ปัจจุบันการเสนอขายสินค้าและบริการมีการเพิ่มมากขึ้น ผู้ประกอบการกิจการค้าได้นำวิชาการต่าง ๆ ทั้งด้านการผลิต การตลาด และการโฆษณามาใช้ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าและบริการ ซึ่งทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบ เพราะผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่จะทราบขั้นตอนการผลิต ภาวะตลาด และความจริงเกี่ยวกับคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการต่าง ๆ รัฐจึงได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งบริโภคสินค้าหรือบริการผู้ประกอบการ แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นั้นยังไม่ครอบคลุมในการคุ้มครองผู้บริโภคผู้ซึ่งได้ใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ผู้ใช้บริการส่วนใหญ่จะเสียเปรียบและไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการ ซึ่งผู้ประกอบการส่วนใหญ่จะจัดทำสัญญาในลักษณะสัญญาสำเร็จรูป มีการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเอาเปรียบผู้บริโภค และสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคก็ไม่สามารถบังคับให้ผู้ประกอบการใช้สัญญาที่เป็นธรรมได้ เนื่องจากเป็นเสรีภาพของบุคคล ตามหลักแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา

### 3.1.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับผู้มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญา หรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น<sup>47</sup> ผู้บริโภคที่บริโภคสินค้าหรือใช้บริการผู้ประกอบการส่วนใหญ่จะไม่มีอำนาจในการต่อรองกับผู้ประกอบการ โดยผู้ประกอบการมักจะเปรียบได้เปรียบ เนื่องจากเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขในสัญญา ซึ่งเป็นผู้บริโภคที่ใช้บริการ

<sup>47</sup> หมายเหตุ ท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

จำต้องยอมรับและผูกพันตามข้อสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดไว้ล่วงหน้า และจำต้องเข้าทำสัญญาด้วยเพราะไม่มีอำนาจในการต่อรองกับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้ทำกับผู้บริโภคส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ประกอบธุรกิจได้จัดทำไว้ล่วงหน้า โดยกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้บริโภคแต่ฝ่ายเดียว ในทางกลับกันด้านผู้ประกอบธุรกิจกลับไม่มีข้อกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด จากปัญหาความไม่เป็นธรรมจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปที่ผู้บริโภคได้รับนั้น รัฐจึงได้มีตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้ข้อสัญญายังมีผลใช้บังคับได้ตามที่คู่สัญญาตกลงกันและไม่เป็นโมฆะ เพียงแต่ให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจบังคับให้เพียงบางส่วนที่เห็นว่ามีความเหมาะสมและเป็นธรรม จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น แต่ก็เป็นที่สังเกตว่าการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นแล้วมิได้มีลักษณะเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นโดยตรง อีกทั้งยังเป็นการที่จะต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาข้อความในสัญญานั้นว่ามีความเหมาะสมและเป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งการใช้ดุลพินิจนั้นในแต่ละคนก็อาจแตกต่างกันได้

#### 3.1.4.1 การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา

ต่อมารัฐได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยมีการกำหนดสิทธิของผู้บริโภคเพิ่มขึ้น คือ “สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา” และกำหนดมาตรการการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญามากขึ้น โดยให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาพิจารณากำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือตามปกติประเพณีต้องทำเป็นหนังสือเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญาได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขและรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคโดยส่วนรวม และเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบการทำสัญญาเอาเปรียบผู้บริโภค ซึ่งในปัจจุบันมีธุรกิจหลายประเภทได้ถูกประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมสัญญา

เนื่องจากมีผู้บริโภคจำนวนมากได้เข้าร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ<sup>48</sup> ในปี พ.ศ.2541 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา เพื่อป้องกันความไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจที่ส่วนใหญ่มักเอาเปรียบผู้บริโภค โดยกำหนดวิธีการดังนี้

<sup>48</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541

(1) คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้มีการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการที่สัญญาซื้อขายหรือให้บริการของธุรกิจนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีปกติประเพณีที่ทำเป็นหนังสือเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ ตามมาตรา 35 ทวิ วรรคหนึ่ง

(2) เมื่อเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแล้ว สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังนี้

ก. ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญานั้นจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร หรือ

ข. ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดตามมาตรา 35 ทวิ วรรคสอง และ วรรคสาม

(3) ถ้าคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือใช้โดยมีเงื่อนไขใด ถ้าไม่ใช้ข้อสัญญานั้นหรือใช้โดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขนั้นให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ใช้ หรือใช้ข้อสัญญาตามเงื่อนไขที่กำหนดนั้น แล้วแต่กรณี ตามมาตรา 35 ตรี แต่ถ้าคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใด หากใช้ข้อสัญญานั้น ให้ถือว่าสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อสัญญาที่ห้ามใช้นั้น ตามมาตรา 35 จัตวา

(4) เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาก็ได้ ตามมาตรา 35 ทวิ

ในปัจจุบันคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ออกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจ 13 ธุรกิจ ได้แก่

1. ธุรกิจให้เช่าอาคารเพื่ออยู่อาศัยเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2562
2. ธุรกิจการขายรถยนต์ใช้แล้วเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2562
3. ธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2561
4. ธุรกิจให้บริการดูแลเด็ก ผู้สูงอายุ คนทุพพลภาพ และผู้ป่วยตามที่อยู่อาศัยเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2559
5. ธุรกิจรับจ้างก่อสร้างอาคารเพื่อการอยู่อาศัยเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2559
6. ธุรกิจให้บริการจัดสรรเวลาเข้าใช้สถานที่พักเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2556
7. ธุรกิจให้บริการออกกำลังกายเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2554
8. ธุรกิจการขายรถยนต์ที่มีการจองเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2551

9. ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544
10. ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544
11. ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543
12. ธุรกิจให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543
13. ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542

ผู้ศึกษาเห็นว่า การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ประเทศไทยปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ และการตกลงทำสัญญากัน คู่สัญญาก็สามารถที่จะตกลงกำหนดสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบกันได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา การบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาที่อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้บริโภค เพราะสัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคส่วนใหญ่เป็นสัญญาสำเร็จรูป จัดทำขึ้นล่วงหน้าด้วยการกำหนดข้อสัญญาโดยผู้ประกอบการแต่เพียงฝ่ายเดียว ผู้บริโภคซึ่งเข้าทำสัญญาไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ประกอบการเพื่อขอเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขข้อสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาที่ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะใช้ทำกับผู้บริโภค จึงเห็นควรมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสัญญาที่ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะใช้ทำกับผู้บริโภค ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคที่ใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา

### 3.1.5 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ระบบเศรษฐกิจทุนนิยมต่างมุ่งเน้นการใช้ประโยชน์จากทุนต่างชาติ เพื่อเกื้อหนุนในทางเศรษฐกิจ การสร้างงาน และการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม การเข้ามาลงทุนของต่างชาติจะต้องคำนึงถึงการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศชาติ และการคุ้มครองธุรกิจที่ยังไม่พร้อมในการแข่งขัน ประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใช้บังคับ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (ปว.281) พ.ศ. 2515 ซึ่งได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน ในปี พ.ศ. 2542 จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวใหม่เป็น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์โดยรวม และเป็นเครื่องมือในการสร้างความมั่นใจแก่นักลงทุนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย



พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะควบคุมการประกอบธุรกิจเฉพาะบางประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้

บัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้แบ่งออกเป็น

บัญชี 1 ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายห้ามคนต่างชาติประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด เช่น การทำกิจการหนังสือพิมพ์ สถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ การค้าที่ดิน

บัญชี 2 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน หรือ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ธุรกิจห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

บัญชี 3 ธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ตามบัญชี 3 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้มีการกำหนดให้การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ หรือการบริการที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตร หรือตราสารทางการเงิน หรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย หรือจัดหาสินค้าที่จำเป็นต่อการผลิต หรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อ หรือจัดจำหน่าย หรือจัดหาตลาด ทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศ หรือนำเข้าจากต่างประเทศ อันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

เป็นธุรกิจตามบัญชี 3 ที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

การประกอบธุรกิจนายหน้าจึงเป็นอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทย เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว



### 3.1.6 การจดทะเบียนการประกอบธุรกิจ

การประกอบธุรกิจหรืออาชีพตามปกติย่อมเป็นสิทธิของประชาชนที่สามารถทำได้  
อย่างเสรี โดยไม่ต้องมีการขออนุญาต แต่เนื่องจากการประกอบธุรกิจของประชาชนมี  
หลากหลายประเภท และกิจการบางประเภทมีความสำคัญต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศ  
จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบสถิติ และทราบหลักฐานของผู้ประกอบพาณิชย์กิจ เพื่อประโยชน์ใน  
การส่งเสริมการพาณิชย์และการอุตสาหกรรม การปรับปรุงขยายเศรษฐกิจของประเทศให้ก้าวหน้า  
จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับตามพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พุทธศักราช 2479  
และพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2490 ซึ่งได้ประกาศใช้มานานแล้ว ต่อมาได้มี  
การปรับปรุงแก้ไขเป็น พระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

#### 3.1.6.1 ขอบเขตการใช้บังคับ

พระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 จะใช้บังคับกับการประกอบ  
กิจการอันเป็นพาณิชย์กิจตามกฎหมายโดยให้ผู้ประกอบพาณิชย์กิจต้องจดทะเบียน  
พาณิชย์ ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเพื่อประโยชน์ในทางสถิติและทราบหลักฐานของผู้  
ประกอบพาณิชย์กิจ ของพ่อค้าที่ถูกต้องเชื่อถือได้ อันจะใช้เป็นประโยชน์ในการส่งเสริมการ  
พาณิชย์และการอุตสาหกรรม และการปรับปรุงขยายการเศรษฐกิจของประเทศให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้น  
โดยได้กำหนดให้กิจการที่ถือว่าเป็นพาณิชย์กิจไว้ 11 ประเภท ตามมาตรา 6 ได้แก่

- 1) การซื้อ การขาย การขายทอดตลาด การแลกเปลี่ยน
- 2) การให้เช่า การให้เช่าซื้อ
- 3) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนค้าต่าง
- 4) การขนส่ง
- 5) การหัตถกรรม การอุตสาหกรรม
- 6) การรับจ้างทำของ
- 7) การให้กู้ยืมเงิน การรับจำนำ การรับจำนอง
- 8) การคลังสินค้า
- 9) การรับแลกเปลี่ยน หรือซื้อขายเงินตราต่างประเทศ การซื้อ หรือขายตั๋วเงิน การ  
ธนาคาร การเครดิตฟองซิเออร์ การโพงก๊วน
- 10) การรับประกันภัย
- 11) กิจการอื่นซึ่งกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

#### 3.1.6.2 ผู้มีหน้าที่ต้องจดทะเบียนพาณิชย์

ผู้มีหน้าที่ต้องจดทะเบียนพาณิชย์ได้แก่บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลซึ่ง

ประกอบพาณิชย์กิจเป็นอาชีพปกติและให้รวมทั้งผู้เป็นหุ้นส่วนที่ไม่จำกัดความรับผิดชอบ กรรมการ หรือผู้จัดการด้วย

### 3.1.6.3 พาณิชยกิจที่ต้องจดทะเบียนพาณิชย์

ลักษณะของการประกอบธุรกิจหรืออาชีพส่วนใหญ่แล้วถือว่าเป็น

พาณิชยกิจ ตามความในมาตรา 6 แต่พาณิชยกิจที่ผู้ประกอบการจะต้องจดทะเบียนนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์จะได้กำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ตาม มาตรา 8 ซึ่งปัจจุบันได้กำหนดไว้ 13 ประเภท ดังนี้

1. ผู้ประกอบการโรงสีข้าวและโรงเลื่อยที่ใช้เครื่องจักร
2. ผู้ประกอบการขายสินค้าไม่ว่าอย่างใด ๆ อย่างเดียวหรือหลายอย่าง คิดรวมทั้งสิ้นในวันหนึ่งขายได้เป็นเงินตั้งแต่ 20 บาทขึ้นไป หรือมีสินค้าดังกล่าวไว้เพื่อขายมีค่ารวมทั้งสิ้นเป็นเงินตั้งแต่ 500 บาทขึ้นไป
3. นายหน้า หรือ ตัวแทนค้าต่างซึ่งทำการเกี่ยวกับสินค้าไม่ว่าอย่างใด ๆ อย่างเดียวหรือหลายอย่างก็ตาม และสินค้านั้นมีค่ารวมทั้งสิ้นในวันหนึ่งวันใดเป็นเงินตั้งแต่ 20 บาทขึ้นไป
4. ผู้ประกอบการหัตถกรรมหรืออุตสาหกรรมไม่ว่าอย่างใด ๆ อย่างเดียวหรือหลายอย่างก็ตามและขายสินค้าที่ผลิตได้คิดรวมทั้งสิ้นในวันหนึ่งวันใดเป็นเงินตั้งแต่ 20 บาทขึ้นไปหรือในวันหนึ่งวันใดมีสินค้าที่ผลิตได้มีราคารวมทั้งสิ้นตั้งแต่ 500 บาทขึ้นไป
5. ผู้ประกอบการขนส่งทางทะเล การขนส่งโดยเรือกลไฟหรือเรือยนต์ประจำทาง การขนส่งโดยรถไฟ การขนส่งโดยรถราง การขนส่งโดยรถยนต์ประจำทาง การขายทอดตลาด การรับซื้อขายที่ดิน การให้กู้ยืมเงิน การรับแลกเปลี่ยนหรือซื้อขายเงินตราต่างประเทศ การซื้อหรือขายตัวเงิน การธนาคาร การโพงก๊วน การทำโรงรับจำนำ และการทำโรงแรม
6. ขาย ให้เช่า ผลิต หรือรับจ้างผลิต แผ่นซีดี แถบซีดี วิดีทัศน์ แผ่นวีดิทัศน์ ดีวีดี หรือ แผ่นวีดิทัศน์ระบบดิจิทัลเฉพาะที่เกี่ยวกับการบันทึก
7. ขายอัญมณี หรือเครื่องประดับซึ่งประดับด้วยอัญมณี
8. ซื้อขายสินค้าหรือบริการ โดยวิธีการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต บริการอินเทอร์เน็ต ให้เช่าพื้นที่ของเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่ายบริการเป็นตลาดกลางในการซื้อขายสินค้าหรือบริการ โดยวิธีการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต
9. การให้บริการเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อใช้อินเทอร์เน็ต
10. การให้บริการฟังเพลงและร้องเพลงโดยคาราโอเกะ
11. การให้บริการเครื่องเล่นเกมส์
12. การให้บริการผู้เพลง

13. โรงงานแปรรูปภาพ และสลัก และการหัตถกรรมจากงาช้าง การค้าปลีก การค้าส่ง  
งาช้าง และผลิตภัณฑ์จากงาช้าง

#### 3.1.6.4 พาณิชยกรรมที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องจดทะเบียนพาณิชย์

การประกอบกิจการอันเป็นพาณิชยกรรมเล็กน้อยหรือเป็นกิจการที่มีได้มีวัตถุประสงค์ใน  
การแสวงหากำไร และกิจการที่มีกฎหมายควบคุมการประกอบกิจการไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว จึงได้มี  
การกำหนดให้กิจการบางประเภทที่มีให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับ ทั้งนี้ตามมาตรา 7 ได้แก่

- 1) การค้าแร่ การค้าแลกเปลี่ยน
- 2) พาณิชยกรรมเพื่อการบำรุงศาสนาหรือเพื่อการกุศล
- 3) พาณิชยกรรมของนิติบุคคลซึ่งได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัด ตั้งขึ้น
- 4) พาณิชยกรรมของกระทรวง ทบวง กรม
- 5) พาณิชยกรรมซึ่งรัฐมนตรีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ปัจจุบันพาณิชยกรรมที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้ประกาศกำหนดให้ได้รับการ  
ยกเว้นไม่ต้องจดทะเบียนได้แก่

(1) บริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนที่เป็นนิติบุคคลตาม  
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท และได้ยื่นแบบแสดงรายการเกี่ยวกับ  
การประกอบธุรกิจของห้างหุ้นส่วนบริษัทไว้แล้วก่อนนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท ยกเว้น ห้าง  
หุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน บริษัทจำกัด ที่ประกอบกิจการดังต่อไปนี้ต้องจด  
ทะเบียนพาณิชย์ด้วย

ขาย ให้เช่า ผลิต หรือรับจ้างผลิต แผ่นซีดี แถบซีดี วิทยุทัศน์ แผ่นวิทยุทัศน์ ดีวีดี หรือ แผ่น  
วิทยุทัศน์ระบบดิจิทัลเฉพาะที่เกี่ยวกับการบันทึกขายอัญมณี หรือเครื่องประดับซึ่งประดับด้วยอัญมณี

ซื้อขายสินค้าหรือบริการ โดยวิธีการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบเครือข่าย  
อินเทอร์เน็ต บริการอินเทอร์เน็ต ให้เช่าพื้นที่ของเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่ายบริการเป็นตลาดกลางใน  
การซื้อขายสินค้าหรือบริการ โดยวิธีการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตการ  
ให้บริการเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อใช้อินเทอร์เน็ต

การให้บริการฟังเพลงและร้องเพลงโดยคาราโอเกะ

การให้บริการเครื่องเล่นเกม

การให้บริการตู้เพลง

โรงงานแปรรูปภาพ และสลัก และการหัตถกรรมจากงาช้าง การค้าปลีก การค้าส่งงาช้าง  
และผลิตภัณฑ์จากงาช้าง

(2) พาณิชยกิจของกลุ่มเกษตรกรที่ได้จดทะเบียนตามประกาศคณะ ปฏิวัติฉบับที่ 141 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2515

### 3.1.6.5 หน้าที่ของผู้ประกอบพาณิชยกิจ

1. ผู้ประกอบพาณิชยกิจ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในท้องที่ใดให้จดทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนท้องที่นั้น ถ้าสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในต่างประเทศและมาประกอบพาณิชยกิจในประเทศไทย สำนักงานสาขาใหญ่ตั้งอยู่ในท้องที่ใดให้จดทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนพาณิชย์ในท้องที่นั้น โดยต้องยื่นคำขอจดทะเบียนพาณิชย์ ณ สำนักงานทะเบียนพาณิชย์ตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวงภายใน 30 วัน นับแต่วันที่รัฐมนตรีประกาศให้ยื่นคำขอจดทะเบียนพาณิชย์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เริ่มประกอบพาณิชย์กิจนั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 10 และมาตรา 11 หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000 บาท และถือว่าเป็นความผิดต่อเนื่องให้ปรับอีกวันละไม่เกิน 100 บาท จนกว่าจะปฏิบัติตาม ตามมาตรา 19

2. ผู้ประกอบพาณิชยกิจที่ได้จดทะเบียนแล้วต้องแสดงใบทะเบียนพาณิชย์ไว้ ณ สำนักงานในที่เปิดเผยซึ่งอาจเห็นได้ง่ายและต้องจัดให้มีป้ายชื่อที่ใช้ในการประกอบพาณิชยกิจไว้ที่หน้าสำนักงานใหญ่และสำนักงานสาขาโดยเปิดเผยภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้จดทะเบียน ป้ายชื่อนี้ให้เขียนเป็นอักษรไทย อ่านได้ง่ายและชัดเจน และจะมีอักษรต่างประเทศด้วยก็ได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะกระทำบนแผ่นไม้ แผ่นโลหะ แผ่นกระจก กำแพง หรือผนัง ชื่อในป้ายหรือในเอกสารใด ๆ ต้องใช้ให้ตรงกับชื่อที่ได้จดทะเบียนไว้และถ้าเป็นสำนักงานสาขา ต้องมีคำว่า “สาขา” ไว้ด้วย หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 200 บาท และถือว่าเป็นความผิดต่อเนื่องให้ปรับอีกวันละไม่เกิน 20 บาท จนกว่าจะปฏิบัติตาม ตามมาตรา 20

3. ผู้ประกอบพาณิชยกิจที่ประสงค์จะเปลี่ยนแปลงรายการใด ๆ ที่ระบุไว้ในการจดทะเบียนพาณิชย์ หรือประสงค์ที่จะเลิกประกอบพาณิชยกิจให้ยื่นคำขอจดทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนท้องที่ภายใน 30 วัน นับแต่วันเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก ตามมาตรา 13

4. ผู้ประกอบพาณิชยกิจต้องมาให้นายทะเบียนสอบสวน และให้ถ้อยคำตามคำสั่งของนายทะเบียน และในระหว่างเวลาทำงานต้องยอมให้นายทะเบียนหรือเจ้าพนักงานที่มีอำนาจเข้าไปทำการตรวจสอบในสำนักงานเพื่อให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000 บาท ตามมาตรา 17 และ มาตรา 19

5. ผู้ประกอบพาณิชยกิจซึ่งถูกสั่งถอนใบทะเบียนพาณิชย์ห้ามประกอบพาณิชยกิจต่อไป เว้นแต่รัฐมนตรีจะสั่งให้รับจดทะเบียนใหม่ ตามมาตรา 16 หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 21

ดังนั้นการประกอบธุรกิจนายหน้าเป็นพาณิชย์กิจที่ต้องมีการจดทะเบียนตามมาตรา 6 เพื่อประโยชน์ในทางสถิติและทราบหลักฐานของผู้ประกอบพาณิชย์กิจที่ถูกต้อง

### 3.1.6.6 การดำเนินคดีของผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย

ในกรณีคณะกรรมการได้รับการร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิและคณะกรรมการเห็นสมควร พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 กำหนดให้อำนาจคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเข้าดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคได้ มาตรการนี้กำหนดขึ้นเพื่อต้องการช่วยเหลือผู้บริโภคโดยผู้บริโภคไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีเอง ซึ่งจะเป็นการเสียเวลาและค่าใช้จ่าย กฎหมายจึงวางมาตรการให้องค์กรของรัฐเข้าช่วยดำเนินคดีแทนให้ในกรณีที่เห็นสมควรเองหรือเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิและเห็นว่าเป็นการดำเนินคดีที่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวม รวมทั้งมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการโดยความเห็นชอบของอัยการสูงสุด หรือข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีคุณวุฒิไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในศาล และเมื่อคณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมายได้ การดำเนินคดีในศาลแทนผู้บริโภคเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สินหรือค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอ และเป็นการดำเนินคดีที่ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 39 ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีที่รัฐจัดตั้งองค์กรขึ้นเพื่อต้องการช่วยเหลือผู้บริโภค โดยผู้บริโภคไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีเอง ซึ่งจะเป็นการเสียเวลาและค่าใช้จ่าย เป็นในลักษณะการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นแล้ว เห็นควรที่รัฐจะต้องมีมาตรการในคุ้มครองและป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้บริโภค

## 3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในต่างประเทศแม้ว่าจะมีการให้สิทธิและเสรีภาพในการประกอบธุรกิจอย่างกว้างขวาง แต่ในบางประเทศเช่น เกาหลีออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ มาเลเซีย และสิงคโปร์จะมีการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ มีองค์กรของรัฐควบคุมกำกับดูแล การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องขออนุญาต

และจดทะเบียนต่อหน่วยงานของรัฐ มีการกำหนดคุณสมบัติ การศึกษาอบรม และการตรวจสอบประวัติของผู้ขออนุญาต ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้คุ้มครองผู้บริโภคและการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ

### 3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมดูแลผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของเครือรัฐออสเตรเลีย

ในช่วงทศวรรษที่ 1940 รัฐบาลเครือรัฐออสเตรเลียมีความกังวลเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่ติดต่อกับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ท้องถิ่นในการทำธุรกรรมซื้อขายบ้าน เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และอาจตกเป็นเหยื่อของนายหน้าที่ไม่เชื่อได้ง่าย ดังนั้นรัฐบาลจึงเกิดแนวความคิดที่จะคุ้มครองผู้บริโภคเหล่านี้ โดยการออกกฎหมายมากำกับอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยกำหนดให้ต้องมีการขอรับใบอนุญาตหรือขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ มีการกำหนดคุณสมบัติในด้านต่าง ๆ ของบุคคลที่ขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้มั่นใจว่า บุคคลที่จะมาประกอบอาชีพเหล่านี้มีคุณสมบัติตามที่ต้องการ ทั้งด้านการศึกษา ทักษะ และความประพฤติ ทั้งนี้เพื่อลดโอกาสในการเอาเปรียบลูกค้ายิ่ง นอกจากนี้รัฐบาลยังได้ออกกฎระเบียบจำนวนมาก เพื่อกำกับการดำเนินงานของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นไปเพื่อคุ้มครองเจ้าของบ้านและผู้ที่ต้องการซื้อบ้านจากนายหน้าที่ไม่มีความซื่อสัตย์ โดยกฎระเบียบเหล่านี้ครอบคลุมทุกแง่มุม ตั้งแต่การลงลายมือชื่อในเช็ค การเก็บค่าเช่าเพื่อตั้ง trust account และสุดท้ายรัฐบาลได้ดำเนินการตั้งกองทุนตามกฎหมาย (Statutory funds) ขึ้น เพื่อชดเชยเงินให้กับบุคคลที่เสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์<sup>49</sup>

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของเครือรัฐออสเตรเลีย นอกจากผู้ซื้อสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองแล้ว ยังสามารถทำการผ่านทางตัวแทนนายหน้า (Real Estate Agent) หรือการประมูล (Auction) รัฐบาลแต่ละมลรัฐของเครือรัฐออสเตรเลียได้มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการติดต่อกับนายหน้าเพื่อซื้อหรือขายอสังหาริมทรัพย์ โดยการประกอบอาชีพนายหน้าธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในมลรัฐต่าง ๆ ของเครือรัฐออสเตรเลียจำเป็นต้องผ่านเงื่อนไขการได้รับใบอนุญาตหรือขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ และจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในแต่ละมลรัฐ เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าผู้บริโภคจะไม่ถูกเอาเปรียบ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในการใช้บริการผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะกฎหมายของ

<sup>49</sup> ศิริพร เอี่ยมทรงชัย , อภิวัฒน์ จิระศิริ โสภณ, “กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ของประเทศออสเตรเลีย,” (รายงานการวิจัย นำเสนอ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2550), น.21.



มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 และ พระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

3.3.1 ลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย

มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เป็นรัฐหนึ่งที่ได้มีการออกกฎหมายเพื่อกำกับดูแลผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ เป็นเวลาเกินกว่า 60 ปี ที่การให้บริการด้านทรัพย์สินในรัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งรวมถึงการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 1941 (พ.ศ. 2484) ( Property, Stock and Business Agents Act 1941 ) กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีการย้ายถิ่นฐานและยังไม่มีความแน่นอนใด ๆ นับจากนั้นมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายฉบับดังกล่าวหลายครั้ง การแก้ไขแต่ละครั้งสะท้อนถึงการเปลี่ยนแปลงในทางปฏิบัติของตลาดอสังหาริมทรัพย์ และความต้องการที่จะคุ้มครองผู้บริโภค แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 พระราชบัญญัติปี 1941 มีความซับซ้อนล้าสมัย และไม่สามารถตอบสนองความเปลี่ยนแปลงมากมายที่เกิดขึ้นในช่วง 20 ปี ที่ผ่านมา ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นหลายด้าน เช่น ด้านการขายอสังหาริมทรัพย์ การจัดการอสังหาริมทรัพย์ การเติบโตของอสังหาริมทรัพย์เชิงพาณิชย์ ความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ที่ส่งผลกระทบต่อวิธีการสื่อสารการถ่ายโอนและการจัดการเงินทุน และการเกิดขึ้นของตลาดในระดับประเทศที่เข้มแข็ง ดังนั้น จึงมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนการจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 2002 ( Property, Stock and Business Agents Act 2002) ขึ้นใหม่ เพื่อปรับปรุงและยกเลิกพระราชบัญญัติเดิมที่ล้าสมัย และกำหนดกรอบภาคบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ ทั้งในปัจจุบันและอนาคตของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ขึ้นใหม่<sup>50</sup>

3.3.2 การบังคับใช้กฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์

การเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สินของ มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย จะต้องอยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 2002 (พ.ศ. 2545) ( Property, Stock and Business Agents Act 2002) และผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 2003 ( Property, Stock and Business Agents Regulation 2003) ทั้งนี้

<sup>50</sup> กรุณา ทาแก้ว, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจอาคารชุด : ศึกษากรณี พระราชบัญญัติดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2552), น. 96.

เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือทั้งด้านจริยธรรมและการเงิน และป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้บริโภคที่ใช้บริการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สิน หุ่น และ ธุรกิจการค้า ค.ศ. 2002 (พ.ศ. 2545) (Property, Stock and Business Agents Act 2002) มีมาตรการในการกำกับ ดูแล และควบคุม ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ สรุปได้ดังนี้

### 3.3.3 การขอรับใบอนุญาตและการจดทะเบียน

บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เกือบรัฐออสเตรเลีย ที่จะประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ จะต้องขอรับใบอนุญาต และขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ หากฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 100 หน่วย สำหรับบุคคลธรรมดา และ จะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 200 หน่วยสำหรับนิติบุคคล<sup>51</sup> ผู้มีสิทธิ์ได้รับใบอนุญาตจะต้องได้รับความเห็นชอบจากอธิบดี โดยมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี มีคุณสมบัติที่เหมาะสม ไม่ใช่เป็นบุคคลที่ถูกตัดสิทธิ์ และได้มีการจ่ายเงินเข้ากองทุนชดเชยความเสียหาย<sup>52</sup> ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องมี

---

#### <sup>51</sup> Part 2 Licences and certificates of registration

##### Division 1 Requirement for licence or certificate of registration

##### 8 Agents required to be licensed

(a) a real estate agent, unless the person is the holder of a real estate agent's licence, or

(e) an on-site residential property manager, unless the person is the holder of an on-site residential property manager's licence or a real estate agent's licence.

Maximum penalty: 100 penalty units.

##### 9 Corporations require corporation licence

(1) A corporation must not act as or carry on the business of (or advertise, notify or state that the corporation acts as or carries on the business of or is willing to act as or carry on the business of) an agent unless the corporation holds a corporation licence. Maximum penalty: 200 penalty units

#### <sup>52</sup> 14 Eligibility for licence or certificate of registration

(1) A natural person is eligible to hold a licence only if the Director-General is satisfied that the person:

(a) is at least 18 years of age, and

(b) is a fit and proper person to hold a licence and each person with whom the person is in partnership in connection with the business concerned is a fit and proper person to hold a licence, and

(c) has the qualifications required for the issue of the licence, and

สำนักงานที่จดทะเบียนในมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ และจะต้องจดทะเบียนตามที่อยู่ระบุไว้ในใบสมัคร การแจ้งการเปลี่ยนแปลงสถานที่ตั้งของสำนักงานที่จดทะเบียนจะต้องยื่นขออนุญาตต่ออธิบดี ภายในเวลาที่กำหนด หากฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 50 หน่วย<sup>53</sup> นอกจากนี้ผู้รับอนุญาต ยังต้องแสดงชื่อที่สำนักงานที่จดทะเบียนที่ผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจ และสถานที่อื่นใดที่ผู้รับ อนุญาตดำเนินธุรกิจในฐานะผู้รับอนุญาตด้วย<sup>54</sup>

การกำหนดคุณสมบัติของผู้ซึ่งจะประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และการจดทะเบียนสถานประกอบธุรกิจ ก็เพื่อให้มั่นใจว่าบุคคลที่ประกอบธุรกิจนี้ มีคุณสมบัติเหมาะสม และมีหลักแหล่งการประกอบธุรกิจที่แน่นอนชัดเจน เพื่อง่ายต่อการควบคุม การกำกับดูแล ตรวจสอบ และป้องกันการฉ้อโกงการเอาผิดเอาเปรียบ ตลอดจนคุ้มครองผู้บริโภคที่ใช้บริการผู้ประกอบธุรกิจ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์

---

(d) is not a disqualified person, and

(e) has paid such part of any contribution or levy payable under Part 10 (Compensation Fund) as is due and payable on the granting of the licence.

<sup>53</sup> **28 Registered office and address**

(1) A licensee must have a registered office within New South Wales.

(2) A licensee who carries on the business of an agent pursuant to a licence

or other authorisation under the laws of another State at an office (**the interstate office**) that is within 50 kilometres of New South Wales may have the licensee's registered office at the interstate office (even though it is not in New South Wales). The powers of an authorised officer under this Act may be exercised at the interstate office.

(3) The address specified in an application for a licence as the address at

which the applicant proposes to carry on business (or, in the case of a licensee carrying on business at more than one place, the address specified in the application as the licensee's principal place of business) is taken to be the registered office of the licensee.

(4) Notice of any change in the location of the registered office must be

lodged by the licensee with the Director-General within the time prescribed by the regulations.

Maximum penalty: 50 penalty units.

<sup>54</sup> **29 Display of name at registered office**

(1) A licensee must display legibly and conspicuously outside the licensee's registered office and any other place at which the licensee's business as a licensee is carried on:

(a) the licensee's name and description as a licensee, and

(b) a description of the kind of licence or licences held by the licensee.

### 3.3.4 การปฏิบัติงานบริการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

1. ผู้ได้รับอนุญาตเป็นนายหน้าจะทำหน้าที่เป็นทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในเวลาเดียวกันไม่ได้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 2002 (พ.ศ.2545) (Property, Stock and Business Agents Act 2002) มาตรา 48 ได้กำหนดห้ามไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตเป็นนายหน้าจะทำหน้าที่เป็นทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในเวลาเดียวกัน หากผู้ได้รับอนุญาตดำเนินการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตเป็นนิติบุคคลมีบทกำหนดโทษปรับสูงสุด 200 หน่วย ส่วนในกรณีอื่นมีบทกำหนดโทษปรับสูงสุด 100 หน่วย<sup>55</sup>

2. ห้ามมิให้นายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นลูกจ้างของนายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ หาประโยชน์ในทรัพย์สินในฐานะนายหน้าในการขายทรัพย์สิน

มาตรา 49 ได้กำหนดห้ามมิให้นายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์หาประโยชน์จากทรัพย์สินในฐานะนายหน้า เว้นแต่กรณีที่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือที่กำหนดโดยอธิบดี และต้องกระทำการอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลเกี่ยวกับการหาประโยชน์นั้น อีกทั้งต้องไม่ได้รับค่านายหน้าหรือประโยชน์อื่นใดจากธุรกรรมที่ตนได้รับประโยชน์แล้ว เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ใช้บริการ หากฝ่าฝืนมีบทกำหนดโทษปรับสูงสุด 200 หน่วย หรือจำคุก 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>56</sup>

#### <sup>55</sup> 48 Duty not to act for both buyer and seller of land

(1) A licensee must not act in his or her capacity as licensee on behalf of both the buyer and the seller of land at the same time.

(2) A licensee must not enter into agency agreements in respect of the

purchase or sale of land if the performance of services by the licensee under the agreements will or can result in the licensee acting in his or her capacity as licensee on behalf of both the buyer and the seller of the land at the same time.

Maximum penalty:

(a) 200 penalty units in the case of a corporation, or

(b) 100 penalty units in any other case.

#### <sup>56</sup> 49 Restrictions on licensee obtaining beneficial interest in property

(1) A real estate agent who is retained by a person (the client) as an agent for the sale of property must not obtain or be in any way concerned in obtaining a beneficial interest in the property.

Maximum penalty: 200 penalty units or imprisonment for 2 years, or both.

(2) A real estate salesperson employed by the real estate agent must not

obtain or be in any way concerned in obtaining a beneficial interest in the property.

### 3. การใช้บัญชีดูแลผลประโยชน์ (The Account หรือ Escrow Account)

Property, Stock and Business Agents Act 2002 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องบัญชีดูแลผลประโยชน์ เพื่อคุ้มครองบุคคลซึ่งนายหน้าหรือตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ ทำการเป็นตัวแทนจากการไม่ได้รับเงินตามสัญญา โดยสรุปหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

Property, Stock and Business Agents Act 2002 ตามมาตรา 86 กำหนดให้ตัวแทนนายหน้าซึ่งได้รับใบอนุญาต จะต้องทำการฝากเงินใด ๆ ที่ตนได้มาในฐานะกระทำการแทนบุคคลอันเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานที่ตนได้รับใบอนุญาตไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ เพื่อประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น (Exclusively for That Person) จะถอนเงินหรือจ่ายเงินให้แก่บุคคลนั้นได้ต่อเมื่อได้รับคำสั่งจากบุคคลนั้น ในการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ดังกล่าว ต้องเปิดบัญชีไว้กับสถาบันการเงินที่อธิบดีกรมการค้าที่เป็นธรรม (Director – General Department of Fair – Trading) รับรอง การเปิดบัญชีให้เปิดในนามบริษัทที่ตัวแทนนายหน้าทำงานอยู่ หากเป็นตัวแทนนายหน้าอิสระ ให้เปิดในนามตัวแทนนายหน้านั้น แต่ต้องแสดงคำว่า “บัญชีทรัสต์ (Trust Account)” ให้เห็นชัดเจนในสมุดบัญชี หรือบันทึกต่าง ๆ ของตัวแทนนายหน้า ตลอดจนในเช็คที่สั่งจ่ายออกจากบัญชีนั้น และหากมีการปิดบัญชีทรัสต์จะต้องแจ้งให้อธิบดีทราบภายใน 14 วัน การฝ่าฝืนข้อกำหนดต่าง ๆ ดังกล่าวจะได้รับโทษปรับ 100 หน่วย (Penalty Units)

Property, Stock and Business Agents Act 2002 ยังกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับบัญชีดูแลผลประโยชน์ในเรื่องหลัก ๆ ดังนี้

มาตรา 88 กำหนดห้ามมิให้นำเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์มาชำระหนี้ของตัวแทนนายหน้า

มาตรา 89 กำหนดให้ตัวแทนนายหน้าต้องแจ้งอธิบดีเป็นหนังสือในกรณีที่น่าจะมีการถอนเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์เกินบัญชีเกิดขึ้น โดยต้องแจ้งจำนวนเงินที่ถอนเกินบัญชีและเหตุผลที่ถอนเกินบัญชี หากฝ่าฝืนได้รับโทษปรับ 100 หน่วย

Maximum penalty: 200 penalty units or imprisonment for 2 years, or both.

(3) A person does not contravene this section by obtaining a beneficial interest in property if:

(a) before the person obtains the interest, the client consents in writing in a form approved by the Director-General to the person obtaining the interest, and

(b) the person acts fairly and reasonably in relation to the obtaining of the interest, and

(c) no commission or other reward is payable to the person in relation to the transaction by which the interest is obtained, unless the client consents in writing in a form approved by the Director-General to the commission or other reward being paid.

มาตรา 90 กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ สถาบันการเงินที่รับฝาก จะต้องนำส่งเข้าบัญชีของรัฐ หากฝ่าฝืนได้รับโทษปรับ 100 หน่วย<sup>57</sup>

### 3.3.5 มาตรการเยียวยาความเสียหาย

Property, Stock and Business Agents Act 2002 มาตรา 165 กำหนดให้อธิบดีจัดตั้ง กองทุนชดเชยความเสียหาย (Compensation Fund)<sup>58</sup> ขึ้น โดยผู้ประกอบธุรกิจนายหน้า อสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับการจดทะเบียนจะต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนตั้งแต่วันที่ได้รับการจดทะเบียน ตาม มาตรา 14 (1) (e)<sup>59</sup> กองทุนนี้ตั้งขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายทางการเงิน (Pecuniary Loss) อันเนื่องมาจากความบกพร่องในหน้าที่ (Failure to Account) ในการดูแลเงินหรือทรัพย์สินที่ตนหรือ ผู้เกี่ยวข้องกับตนได้รับมอบหมายให้ดูแลในฐานะนายหน้า ทั้งนี้ไม่ว่าความเสียหายดังกล่าวจะ เกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่การเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายจากกองทุนต้องกระทำ ภายใน 12 เดือน นับแต่วันที่รู้ถึงความบกพร่องดังกล่าว หรือภายในสองปีหลังจากที่มีความ บกพร่องเกิดขึ้น แล้วแต่ว่าระยะเวลาใดจะสิ้นสุดก่อน แต่อย่างไรก็ตาม อธิบดีอาจไม่อนุญาตให้มี การเรียกร้องค่าชดเชยได้ หากกรณีปรากฏต่ออธิบดีว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่ไม่ ยอมบรรเทาความเสียหาย หรือก่อให้เกิดความล่าช้าอย่างไม่สมควรในการเรียกร้อง

ในกรณีที่อธิบดีปฏิเสธไม่จ่ายค่าชดเชยความเสียหายให้กับผู้ร้อง มาตรา 174 กำหนดให้ ผู้ร้องสามารถดำเนินการดำเนินคดีกับกองทุนได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีก่อน และต้องเป็น กรณีที่อธิบดีปฏิเสธการจ่ายด้วย สำหรับจำนวนเงินค่าชดเชยความเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้นั้น จะต้องไม่เกินจำนวนที่เสียหายจริง หักด้วยจำนวนเงินทั้งหมด หรือมูลค่าของผลประโยชน์อื่นที่ผู้ ฟ้องได้รับจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่กองทุนชดเชยความเสียหาย และจำนวนเงินหรือมูลค่าของ ผลประโยชน์ที่อธิบดีคิดว่าผู้ฟ้องน่าจะได้รับจากแหล่งอื่น แต่ไม่ได้รับเนื่องจากความประมาท เลินเล่อหรือความละเลยของผู้ฟ้องเอง สำหรับอายุความในกรณีนี้คือ หกเดือนหลังจากผู้ฟ้องได้รับ แจ้งว่าคำร้องของตนไม่ได้รับการอนุมัติ หรือระยะเวลาที่ศาลอนุญาตให้นานกว่านั้นตามที่ศาล เห็นสมควร<sup>60</sup>

### 3.3.6 มาตรการลงโทษ (Sanction)

<sup>57</sup> กรุณา ทาแก้ว, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42*, น. 97-98.

<sup>58</sup> **165 Compensation Fund**

accounting records of the Department a fund, called the Property Services Compensation Fund.

<sup>59</sup> **14 Eligibility for licence or certificate of registration**, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 44*.

<sup>60</sup> กรุณา ทาแก้ว, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42*, น. 99.



Property, Stock and Business Agents Act 2002 นอกจากจะมีการจัดตั้งกองทุนเพื่อชดเชยความเสียหายให้กับผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้สัญญาแล้ว ยังได้มีบทกำหนดโทษทางปกครองและโทษทางอาญา ซึ่งสรุปได้ดังนี้

โทษทางปกครอง ตามมาตรา 191 ได้กำหนดถึงเหตุที่จะลงโทษทางปกครองไว้หลายกรณี เช่น กรณีที่ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือฝ่าฝืนกฎระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกรณีที่บุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุในใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียน หรือกรณีที่บุคคลดำเนินธุรกิจหรือปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่เป็นธรรม เป็นต้น<sup>61</sup> การลงโทษทางปกครองสามารถดำเนินการได้ 2 ช่องทาง คือ

1. กรณีที่มีบุคคลใดยื่นคำร้องต่ออธิบดีกรมการค้าที่เป็นธรรม (Director General of Department of Fair – Trading) โดยคำร้องดังกล่าวต้องระบุข้อกล่าวหาว่ามีการกระทำอันเป็นมูลเหตุในการลงโทษทางปกครองแก่บุคคลผู้ถูกกล่าวหา หรือ

2. กรณีที่อธิบดีมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีมูลเหตุในการลงโทษทางปกครองได้ อธิบดีจะมีหนังสือแจ้งไปยังบุคคลดังกล่าวเพื่อให้มาชี้แจง (Show Cause Notice) ถึงเหตุที่ตนไม่ควรถูกลงโทษทางปกครอง

ในกรณีที่อธิบดีเห็นว่าเหตุที่จะลงโทษทางปกครอง อธิบดีอาจกำหนดโทษทางปกครองโดยออกคำสั่งเป็นหนังสือพร้อมเหตุผลไปยังบุคคลดังกล่าว โดยโทษทางปกครองตามมาตรา 192 ได้แก่

(1) การเตือน

(2) มีคำสั่งให้บุคคลแสดงต่ออธิบดีเกี่ยวกับลักษณะการดำเนินธุรกิจหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนของตน

---

<sup>61</sup> **191 Grounds for disciplinary action**

Disciplinary action under this Part can be taken against a person who is or was the holder of a licence or certificate of registration on any one or more of the following grounds:

(a) the person has contravened a provision of this Act or any other Act administered by the Minister, or the regulations under any such Act, whether or not the person has been prosecuted or convicted of an offence in respect of the contravention,

(b) the person has contravened a condition of the licence or certificate of registration,

(c) the person has, in the course of carrying on business or exercising functions under the licence or certificate of registration, acted unlawfully, improperly, unfairly or incompetently.

- (3) มีคำสั่งให้บุคคลกระทำการเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามใบอนุญาตของตนภายในเวลาที่กำหนด
- (4) โทษปรับทางแพ่ง ปรับไม่เกิน 100 หน่วย ในกรณีบุคคลธรรมดา หรือ 200 หน่วย ในกรณีนิติบุคคล
- (5) กำหนดเงื่อนไขในใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียน
- (6) พักใช้ใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนแต่ไม่เกินระยะเวลาใบอนุญาต
- (7) ยกเลิกใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียน
- (8) ประกาศว่าบุคคลดังกล่าวขาดคุณสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าเป็นการถาวรหรือตามระยะเวลาที่กำหนด
- (9) ห้ามบุคคลดังกล่าวเข้ายุ่งเกี่ยวกับการควบคุม จัดการ หรือการดำเนินธุรกิจที่ได้รับใบอนุญาต<sup>62</sup>
- ตามมาตรา 200 บุคคลซึ่งถูกลงโทษทางปกครองสามารถยื่นคำร้องขอต่อคณะ

---

<sup>62</sup> **192 Disciplinary action**

- (1) Each of the following actions is disciplinary action that the Director-General can take against a person under this Act:
- (a) caution or reprimand the person,
- (b) give a direction to the person requiring the person to give a specified undertaking to the Director-General as to the manner in which the person will conduct business or exercise functions under a licence or certificate of registration held by the person,
- (c) give a direction to the person requiring the person to take specified action within a specified time in connection with the conduct of business or the exercise of functions under a licence or certificate of registration,
- (d) impose a monetary penalty on the person of an amount not exceeding 100 penalty units in the case of an individual or 200 penalty units in the case of a corporation,
- (e) impose a condition on the person's licence or certificate of registration,
- (f) suspend the person's licence or certificate of registration for a period that does not exceed the unexpired term of the licence or certificate of registration,
- (g) cancel the person's licence or certificate of registration,
- (h) declare the person to be a disqualified person for the purposes of this Act, either permanently or for a specified period,
- (i) disqualify the person from being involved in the direction, management or conduct of the business of a licensee.

กรรมการ เพื่อทบทวนคำสั่งของอธิบดีเกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองได้<sup>63</sup>

โทษทางอาญา นอกจากโทษทางปกครองอันเป็นมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภค แล้ว ยังมีบทกำหนดโทษทางอาญา เช่น

ผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนใครรับเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแทนบุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมใด โดยเงินที่ได้รับมานั้นเป็นเงินที่ผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนได้รับมาในฐานะผู้มีส่วนได้เสีย หรือเป็นเงินที่เก็บไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์เพื่อรอให้ธุรกรรมสมบูรณ์ และได้กระทำการดังต่อไปนี้

1. ผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนนำเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี
2. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนละเลยที่จะส่งเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้กับบุคคลที่ตนได้รับเงินมาหรือบุคคลที่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าว ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี
3. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนส่งเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนไปยังบัญชีอื่น โดยรู้ว่าเป็นบัญชีที่มีความไม่ถูกต้อง ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> **200 Review of disciplinary action by ADT**

A person against whom disciplinary action is taken by the Director-General may apply to the Administrative Decisions Tribunal under the Administrative Decisions Tribunal Act 1997 for a review of the Director-General's decision on the disciplinary action or on a review of the disciplinary action.

<sup>64</sup> **Division 1 Offences**

**211 Fraudulent conversion and false accounts of money received by licensee or registered person**

(1) This section applies to:

(a) any money received by a licensee or registered person on behalf of any person in respect of any transaction in the licensee's or registered person's capacity as a licensee or registered person, or any part of any such money, and

(b) any money so received that is held by the licensee or registered person as a stakeholder or in trust pending the completion of any transaction.

(2) If the licensee or registered person fraudulently converts the money or any part of that money to his or her own use or to the use of any other person, the licensee or registered person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 10 years.

(3) If the licensee or registered person fraudulently omits to account for, deliver or pay the money or any part of the money to the person from whom it was received or to the person or persons entitled to it, the

3.3.7 Property, Stock and Business Agents Regulation 2003 หรือกฎระเบียบว่าด้วยการเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สิน หุ้น และ ธุรกิจการค้า ค.ศ.2003

Property, Stock and Business Agents Regulation 2003 ออกโดยอาศัยอำนาจตาม Property, Stock and Business Agents Act 2002 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าการประกอบธุรกิจของนายหน้าเป็นไปในลักษณะที่น่าเชื่อถือทั้งด้านการเงินและจริยธรรม ป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งได้มีกำหนดหลักเกณฑ์ที่ในการ

ปฏิบัติตนสำหรับผู้ได้รับใบอนุญาตและผู้ได้รับการขึ้นทะเบียนตามกฎหมาย (Schedules 1) การวางกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการดำเนินงานของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (Schedules 2) ตลอดจนวางกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการดำเนินงานของนายหน้าผู้ซื้อ (Schedules 5) โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) Schedules 1 ของ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติตน ซึ่งบังคับใช้กับผู้ได้รับใบอนุญาตและผู้ได้รับการขึ้นทะเบียนภายใต้พระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 ทุกคน ซึ่งมีลักษณะเหมือนเป็นประมวลความประพฤติ (Code of Conduct) หรือประมวลจริยธรรม (Code of Ethich) สำหรับผู้ประกอบการวิชาชีพนายหน้าทุกประเภท ดังนี้

ก. นายหน้าทุกคนจะต้องมีความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับพระราชบัญญัติและกฎระเบียบต่าง ๆ ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเภทของใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนที่ตนถืออยู่ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ การซื้อขายอย่างเป็นธรรม การดำเนินธุรกิจ การต่อต้านการเลือกปฏิบัติ และข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข. นายหน้าต้องมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ทางการเงินที่เกิดขึ้นในฐานะนายหน้า

licensee or registered person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 10 years.

(4) If the licensee or registered person fraudulently renders an account of the money or any part of the money knowing the account to be false in any material particular, the licensee or registered person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 10 years.

(5) On the prosecution of a person for an offence under this section it is not necessary to prove the fraudulent conversion by the accused of any specific sum of money if there is proof of a general deficiency on the examination of the books of account, or entries kept, or made by the accused, or otherwise, and the jury are satisfied that the accused fraudulently converted the deficient money or any part of it.

ค. นายหน้าต้องปฏิบัติต่อคู่สัญญาทุกฝ่ายอย่างซื่อสัตย์ ยุติธรรม และอย่างเป็นมืออาชีพ และไม่ทำให้คู่สัญญาเข้าใจผิด หรือหลงกลวงในการเจรจาหรือทำธุรกรรม

ง. นายหน้าต้องทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามที่บุคคลที่มีอาชีพนายหน้าควรมี

จ. นายหน้าต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของลูกค้าโดยไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามกฎหมาย

ฉ. นายหน้าต้องไม่ใช่หรือเปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาในระหว่างกระทำการแทนลูกค้า หรือติดต่อกับลูกค้า ยกเว้นกรณีที่ได้รับอนุญาตจากลูกค้าหรือกฎหมายกำหนดให้ต้องเปิดเผย

ช. นายหน้าต้องไม่กระทำการแทนบุคคลโดยไม่ได้รับมอบอำนาจเป็นลายลักษณ์อักษร

ซ. นายหน้าต้องทำตามคำสั่งของลูกค้า เว้นแต่การกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้หรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่น

ฌ. นายหน้าซึ่งประจำสำนักงานจะต้องดำเนินการตามสมควรเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ได้รับการจดทะเบียนอื่นซึ่งสำนักงานได้ว่าจ้างได้ปฏิบัติตามกฎหมาย

ญ. นายหน้าต้องปฏิเสธการแต่งตั้งให้กระทำการหรือกระทำต่อไปในฐานะนายหน้า หากการกระทำดังกล่าวจะทำให้เกิดการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ระหว่างนายหน้าและลูกค้า

ฎ. นายหน้าต้องไม่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดในกรณีที่แนะนำลูกค้าให้แก่

ผู้ให้บริการอื่นว่าผู้ให้บริการอื่นเป็นอิสระต่างหากจากตน

ฏ. ผู้ให้บริการจะถือว่าเป็นอิสระจากนายหน้าต่อเมื่อ นายหน้าไม่ได้รับสิทธิในการขอคืนเงิน ส่วนลด ค่านายหน้า หรือประโยชน์อื่นใดจากการแนะนำลูกค้าไปให้ผู้ให้บริการ และนายหน้าจะต้องไม่มีความเกี่ยวข้องทั้งในด้านส่วนตัวและในทางการค้ากับผู้ให้บริการ

ฐ. ในกรณีที่ผู้ให้บริการไม่เป็นอิสระจากนายหน้า นายหน้าต้องเปิดเผยต่อตัวการถึงลักษณะของความเกี่ยวพันที่ตนมีกับผู้ให้บริการไม่ว่าด้านส่วนตัวหรือด้านการค้า และมูลค่าของผลประโยชน์ที่ตนได้รับ อาจได้รับ หรือคาดว่าจะได้รับอันเนื่องมาจากการแนะนำลูกค้าให้แก่ผู้ให้บริการ

ฑ. นายหน้ามีหน้าที่ที่จะไม่แนะนำตัวการให้ใช้บริการของทนายความหรือผู้จัดการ โอนกรรมสิทธิ์ หรือสำนักงาน หรือบริษัทของบุคคลดังกล่าว หากนายหน้าพบว่าบุคคลดังกล่าวกระทำการ หรือจะกระทำการแทนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ไม่มีทนายความ หรือผู้จัดการ โอนกรรมสิทธิ์อื่นในบริเวณดังกล่าว ซึ่งหากเป็นไปตามกรณียกเว้น นายหน้ามีหน้าที่ต้องแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวให้แก่ตัวการทราบ

ต. นายหน้าต้องไม่เสนอว่าจะให้ของขวัญหรือผลประโยชน์ใดกับบุคคลอื่น เพื่อชักจูงใจให้บุคคลดังกล่าวใช้บริการของตน

ฉ. นายหน้าต้องไม่ชักจูงลูกค้าหรือลูกค้าโดยผ่านการโฆษณา หรือการสื่อสารทางอื่นที่ตนรู้หรือควรรู้ว่าไม่เป็นความจริงหรือทำให้เข้าใจผิด

ค. นายหน้าต้องไม่ส่งหรือเสนอเอกสารใดให้บุคคลอื่นเพื่อลงนามในเอกสารดังกล่าว เว้นแต่ในเวลาที่ส่งหรือเสนอเอกสารนั้นได้มีการใส่สาระสำคัญทั้งหมดลงในเอกสารแล้ว

ด. นายหน้าต้องไม่นำเสนอสภาพหรือผลบังคับของบทบัญญัติตาม

พระราชบัญญัตินี้หรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้อย่างผิด ๆ

ถ. นายหน้าต้องไม่เสนอสัญญา นายหน้าหรือเงื่อนไขใดในสัญญาดังกล่าว ว่าเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ โดยทำให้เข้าใจว่ารูปแบบสัญญาหรือเงื่อนไขที่ระบุในสัญญาดังกล่าวเป็นสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้

(2) Schedules 2 ของ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการทำงานของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Agents) ตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Salespersons) และ On-Site Residential Property Managers ดังนี้

ก. นายหน้าต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการขายทรัพย์สินแทนตัวการจนกว่าจะได้ทำการตรวจสอบสภาพเบื้องต้นทางกายภาพของทรัพย์สินก่อน

ข. ก่อนที่จะเข้าทำสัญญาตัวแทนนายหน้าเกี่ยวกับการทรัพย์สิน นายหน้าต้องเตรียมการและจัดทำรายงานการตรวจสอบที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยรายงานต้องระบุรายละเอียดดังต่อไปนี้ และลงนามโดยนายหน้า

- ชื่อและที่อยู่ของตัวการ

- วันที่จัดทำรายงาน

- ชื่อของนายหน้า ที่อยู่สำนักงาน และหมายเลขโทรศัพท์

- รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน รวมทั้งที่อยู่ของทรัพย์สิน และรายละเอียดอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อสามารถระบุตัวทรัพย์สินได้ง่าย

- รายละเอียดของส่วนควบหรือสิ่งที่จะขายพร้อมกับทรัพย์สิน

- เงื่อนไขในการขายที่นายหน้าทราบ

- ข้อเสนอแนะของนายหน้าเกี่ยวกับวิธีการที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการขายทรัพย์สิน

- รายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิยึดเหนี่ยว ภาระติดพัน ข้อบกพร่อง ประกาศหรือคำสั่งของรัฐบาลท้องถิ่น ซึ่งมีผลกระทบต่อทรัพย์สินที่นายหน้าทราบ



- รายละเอียดของคำแนะนำพิเศษเกี่ยวกับการทำการตลาดและการแสดงทรัพย์สิน
- ชื่อ ที่อยู่สำนักงาน หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่สำหรับการส่ง

เอกสารของนายความตัวการ

ก. นายหน้าต้องแจ้งให้ตัวการทราบถึงคำเสนอซื้อให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ภายหลังจากที่ได้รับคำเสนอจนกระทั่งมีการแลกเปลี่ยนสัญญา โดยไม่คำนึงถึงคำสั่งของตัวการ หนังสือแจ้งจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและระบุตัวผู้ส่งคำเสนอ กรณีนี้ไม่ใช่บังคับกับการซื้อขายโดยการประมูล

ง. ในกรณีที่เป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยผ่านการประมูล หากการเสนอราคาต่ำกว่าราคาขั้นต่ำที่ตัวการกำหนดไว้ ห้ามมิให้ผู้ดำเนินการประมูลยกเลิกราคาดังกล่าวจนกว่าจะได้รับความยินยอมจากตัวการหรือกรรมการจากตัวการ

จ. นายหน้าต้องออกใบเสร็จรับเงินให้กับผู้วางเงินมัดจำที่มอบให้ก่อนการแลกเปลี่ยนสัญญา นายหน้าต้องแจ้งต่อผู้วางเงินมัดจำว่าตัวการที่ตนทำการแทนนั้นไม่มีหน้าที่ต้องขายทรัพย์สินหรือผู้ซื้อต้องซื้อทรัพย์สิน และสามารถขอคืนเงินมัดจำได้ หากไม่มีการเข้าทำสัญญาซื้อขายกันจริง โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและอาจมอบให้ในเวลาที่ได้รับเงินมัดจำ หลังจากที่ได้รับเงินมัดจำ นายหน้าต้องแจ้งตัวการถึงการวางเงินมัดจำดังกล่าวทันที นอกจากนี้ นายหน้าต้องแจ้งให้ผู้วางเงินมัดจำทราบหากต่อมาตนได้รับคำเสนอซื้อทรัพย์สินจากผู้อื่น โดยนายหน้าต้องให้คำแนะนำผู้วางเงินมัดจำถึงสิทธิในการทำคำเสนอใหม่ จนกว่าจะมีการแลกเปลี่ยนสัญญา

ฉ. ในกรณีที่นายหน้าได้รับการแต่งตั้งให้ขายทรัพย์สินซึ่งมีการเช่าอยู่ นายหน้าต้องทำการแจ้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งดังกล่าวพร้อมกับหนังสือแต่งตั้งให้นายหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารทรัพย์สินดังกล่าวทราบ

ช. นายหน้าต้องไม่รับหรือเรียกร้อยค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่นใดสำหรับการแนะนำตัวการให้แก่ นายหน้าของผู้ซื้อ

ซ. นายหน้าต้องไม่ทำการเสนอราคาในการประมูลแทนบุคคลที่สั่ง นายหน้าผ่านทางโทรศัพท์ เว้นแต่

- มีการมอบอำนาจเป็นหนังสือ ซึ่งนายหน้าได้ทำการเสนอราคา ตามที่ได้รับมอบอำนาจดังกล่าว โดยหนังสือมอบอำนาจต้องมีรายละเอียดว่าผู้มอบอำนาจได้รับสำเนาของเงื่อนไข ซึ่งสามารถปรับใช้เกี่ยวกับการขาย และ
- เป็นที่พอใจของนายหน้าว่าบุคคลดังกล่าวได้รับสำเนาเกี่ยวกับเงื่อนไขทั้งหมดแล้ว

(3) Schedules 5 Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

กำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับการทำงานของนายหน้าผู้ซื้อ (Buyer Agents) ดังนี้

ก. ก่อนจะทำสัญญานายหน้าผู้ซื้อกับตัวการการค้าในฐานนายหน้าผู้ซื้อ นายหน้าต้องเตรียมและจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับรายละเอียดทรัพย์สิน ซึ่งลงนามโดยนายหน้าและมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- รายละเอียดที่นายหน้าทราบเกี่ยวกับชนิดของทรัพย์สินที่  
ต้องการซื้อ

- รายละเอียดของคำแนะนำพิเศษเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะถูกซื้อ

ข. นายหน้าต้องแจ้งถึงผลของการเจรจาเกี่ยวกับราคาซื้อในแต่ละขั้นตอนตามที่ได้รับ คำสั่งจากตัวการให้ตัวการทราบอย่างสม่ำเสมอ แต่กฎนี้ไม่ใช้กับกรณีการเสนอราคาในการประมูล

ค. นายหน้าต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดเพื่อที่จะได้ราคาซื้อต่ำที่สุด โดยไม่เป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานทางจริยธรรมหรือเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานวิชาชีพนายหน้า

ง. ในการเจรจา นายหน้าต้องไม่เจรจาเกินราคาที่ตัวการกำหนด เว้นแต่ได้รับอนุญาต เป็นหนังสือจากตัวการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย ในกรณีซื้อทรัพย์สินโดยการประมูลห้ามนายหน้า ทำการเสนอราคาที่สูงกว่าที่ตัวการกำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากตัวการหรือผู้ที่ ได้รับมอบหมาย

จ. เมื่อมีการวางมัดจำที่เกี่ยวกับการเสนอซื้อทรัพย์สินก่อนที่มีการแลกเปลี่ยนสัญญา นายหน้าต้องแจ้งต่อตัวการว่าผู้ขายนั้น ไม่มีหน้าที่ต้องขายทรัพย์สินหรือผู้ซื้อต้องซื้อทรัพย์สิน และสามารถขอคืนเงินมัดจำได้หากไม่มีการเข้าทำสัญญาซื้อขายกันจริง โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องจัดทำ เป็นลายลักษณ์อักษรและอาจมอบให้ในเวลาที่ได้รับใบเสร็จรับเงินค่ามัดจำ หลังจากนั้น นายหน้ามี หน้าที่ต้องแจ้งตัวการทราบทันทีเมื่อตนได้ทราบถึงการยื่นคำเสนอราคาขอซื้อทรัพย์สินจากผู้อื่น

ฉ. นายหน้าต้องไม่รับหรือเรียกร้อยค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่นใดสำหรับการ แนะนำตัวการให้แก่หน้าของฝ่าย<sup>65</sup>

### 3.4 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมดูแลผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์

สาธารณรัฐฟิลิปปินส์เป็นประเทศที่ประกอบด้วยเกาะกว่า 7,000 เกาะ มีประชากร ประมาณ 108.4 ล้านคน (ปี 2561) มีการปกครองในรูปแบบสาธารณรัฐภายใต้ระบอบ

<sup>65</sup> กรูณา ทาแก้ว, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 42, น. 102 - 106.

ประชาธิปไตยโดยมีประธานาธิบดีเป็นประมุขและหัวหน้าฝ่ายบริหาร<sup>66</sup> ซึ่งประชกรนับถือศาสนาโรมันคาทอลิก ร้อยละ 83 โปรเตสแตนต์ ร้อยละ 9 และอิสลาม ร้อยละ 5<sup>67</sup>

สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้รับอิทธิพลของศาสนาอิสลาม และอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศสเปนและสหรัฐอเมริกา ทำให้ระบบกฎหมายมีลักษณะรวม ๆ กฎหมายทั้ง 3 ระบบนั้นเข้าใจได้ ระบบกฎหมายอิสลามมีพื้นฐานมาจากคัมภีร์อัลกุรอาน ระบบกฎหมายสเปนมีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมันหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) และระบบแองโกลอเมริกา มีพื้นฐานมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

กฎหมายสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ขณะนี้ มีหลักกฎหมายอิสลามปรากฏอยู่ในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่ง โดยเฉพาะเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวของชาวมุสลิมทางภาคใต้ของประเทศ

ส่วนหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) นั้นก็ได้มีอิทธิพลเหนือกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติมาก ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ตลอดจนกฎหมายพาณิชย์ กฎหมายปกครอง และในกฎหมายรัฐธรรมนูญ

สำหรับหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) ก็ปรากฏเป็นพื้นฐานสำคัญแห่งประมวลกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

นอกจากนั้นแล้วในทางปฏิบัติศาลสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ก็ได้ยึดถือคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาเป็นหลักประกอบการวินิจฉัยเป็นจำนวนมาก<sup>68</sup>

กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้แก่ The Real Estate Service Act of the Philippines 2009<sup>69</sup>

รัฐบาลสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้เล็งเห็นถึงบทบาทที่สำคัญของผู้ปฏิบัติงานบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ในการพัฒนาสังคม การเมือง เศรษฐกิจ และความก้าวหน้าของประเทศด้วยการส่งเสริมตลาดอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะกระตุ้นเศรษฐกิจและเสริมสร้างรายได้ให้กับรัฐจากธุรกรรมที่

<sup>66</sup> RYT9, “เปิดประตูสู่ตลาดใหม่: ฟิลิปปินส์...จากคนป่วยแห่งเอเชียสู่ตลาดดาวรุ่งใหม่ของอาเซียน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2563, จาก <https://www.ryt9.com/s/exim/3082675>.

<sup>67</sup> จับตาเอเชียตะวันออก East Asia Watch, “ข้อมูลประเทศและเขตเศรษฐกิจ ฟิลิปปินส์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2563, จาก <https://eastasiawatchinth.com/th/information/11/>

<sup>68</sup> ประมวล ชันชื้อ, “ระบบศาลและการกฎหมายในฟิลิปปินส์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2563, จาก <http://www.library.coj.go.th/EbookInfo/zoom/4818>

<sup>69</sup> โชติมา วิริยะชัยพร, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (เพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 57.

เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ และการบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ จะพัฒนาไปได้โดยจะต้องมีกฎระเบียบที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมีการเข้าควบคุมดูแล และมีคณะบุคคลผู้เชี่ยวชาญทางด้านการบริการอสังหาริมทรัพย์ที่มีความรู้ ความสามารถความรับผิดชอบ และมีมาตรฐานการปฏิบัติงานและการบริการที่สามารถแข่งขันได้กับทั่วโลก<sup>70</sup> รัฐบาลสาธารณรัฐฟิลิปปินส์จึงได้มีการประกาศนโยบายในการพัฒนาเสริมสร้างการเติบโตให้กับธุรกิจการให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ ด้วยการบัญญัติรัฐบัญญัติการให้บริการอสังหาริมทรัพย์ของฟิลิปปินส์ ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) (Real Estate Service Act of the Philippines 2009) ขึ้นเพื่อใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจการให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์

3.4.1 ลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์

รัฐบัญญัติการให้บริการอสังหาริมทรัพย์ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) (Real Estate Service Act of the Philippines 2009) มีมาตรการในการควบคุมดูแลผู้ประกอบการให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ดังนี้

บทบัญญัติของรัฐบัญญัติการให้บริการอสังหาริมทรัพย์ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) (Real Estate Service Act of the Philippines 2009) มีสาระสำคัญดังนี้

#### 3.4.2 การบังคับใช้กฎหมาย

สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้บัญญัติให้ผู้ปฏิบัติงานบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องอยู่ภายใต้รัฐบัญญัติการให้บริการอสังหาริมทรัพย์ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) (Real Estate Service Act of the Philippines 2009) 5 ประเภท ดังนี้

---

<sup>70</sup> Section 2. Declaration of Policy. - The State recognizes the vital role of real estate service practitioners in the social political, economic development and progress of the country by promoting the real estate market, stimulating economic activity and enhancing government income from real property-based transactions. Hence, it shall develop and nurture through proper and effective regulation and supervision a corps of technically competent, responsible and respected professional real estate service practitioners whose standards of practice and service shall be globally competitive and will promote the growth of the real estate industry.

1) ผู้ให้คำปรึกษาด้านอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Consultant) หมายถึง บุคคลที่จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้คำแนะนำ เพื่อค่าธรรมเนียมวิชาชีพ หรือ ค่าตอบแทน เกี่ยวกับการได้มา การปรับปรุง การสงวน การใช้ประโยชน์ หรือการจำหน่ายไปซึ่งที่ดินหรือการปรับปรุงบนที่ดิน และการวางแผน การจัดการ และการพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์

2) ผู้ประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Appraiser) หมายถึง บุคคลที่จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ดำเนินการนำเสนอเพื่อให้บริการในการประมาณและให้ความคิดเห็น หรือปฏิบัติตนเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ เพื่อค่าธรรมเนียมวิชาชีพ หรือ ค่าตอบแทน และการบริการดังกล่าวจะถูกจัดไว้เพื่อรายงานในรูปปลายลักษณ์อักษรที่เป็นที่ยอมรับ

3) ผู้ประเมินในหน่วยงานของรัฐ (Real Estate Assessor) หมายถึง บุคคลธรรมดาที่จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาต ซึ่งปฏิบัติงานในหน่วยราชการส่วนท้องถิ่น และดำเนินการประเมินราคาหรือประเมินผลประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งรวมถึง โรงงาน อุปกรณ์และเครื่องจักรเพื่อวัตถุประสงค์ด้านภาษี

4) นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Broker) หมายถึง บุคคลที่จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้ปฏิบัติเป็นตัวแทนของฝ่ายหนึ่งในธุรกรรมด้านอสังหาริมทรัพย์เพื่อนำเสนอโฆษณา ชักชวน ส่งเสริม ต่อรองหรือก่อให้เกิดการนัดหมาย เพื่อการขาย ซื้อ แลกเปลี่ยน จำนอง ให้เช่า หรือร่วมทุน หรือธุรกรรมอื่นที่คล้ายคลึงกันในอสังหาริมทรัพย์หรือผลประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น เพื่อค่าตอบแทน

5) พนักงานขายอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Salesperson) หมายถึง บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้บริการในนามของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการควบคุมวิชาชีพการบริการอสังหาริมทรัพย์เพื่อส่วนแบ่งค่า佣หน้า ค่าตอบแทนอื่น ๆ<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Section 3. (g) "Real estate service practitioners" shall refer to and consist of the following:

(1) Real estate consultant - a duly registered and licensed -natural person who, for a professional fee, compensation or other valuable consideration, offers or renders professional advice and judgment on: (i) the acquisition, enhancement, preservation, utilization or disposition of lands or improvements thereon; and (ii) the conception, planning, management and development of real estate projects.

(2) Real estate appraiser- a duly registered and licensed natural person who, for a professional fee, compensation or other valuable consideration, performs or renders, or offers to perform services in estimating and arriving at an opinion of or acts as an expert on real estate values, such services of which shall be finally rendered by the preparation of the report in acceptable written form.

### 3.4.3 คณะกรรมการควบคุมดูแลผู้ให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์

รัฐบัญญัติการให้บริการอสังหาริมทรัพย์ของฟิลิปปินส์ ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) (Real Estate Service Act of the Philippines 2009) บัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพด้านอสังหาริมทรัพย์ Professional Regulatory Board of Real Estate Service ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลและการบริหารจัดการของคณะกรรมการ  
ควบคุมวิชาชีพ Professional Regulation Commission (PRC)<sup>72</sup>

### 3.4.4 อำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการ

รัฐบัญญัติการให้บริการอสังหาริมทรัพย์ของฟิลิปปินส์ ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) (Real Estate Service Act of the Philippines 2009) ได้มีบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการ Professional Regulatory Board of Real Estate Service ไว้หลายประการ เช่น

- 1) จัดทำแนวทางและนโยบายในการส่งเสริมและการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์
- 2) ดำเนินการสอบเพื่อรับใบอนุญาตในการปฏิบัติงานในวิชาชีพการบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ และกำหนดหลักสูตรเนื้อหาในการสอบที่เหมาะสม
- 3) ออก ระเบียบ เพิกถอน ใบรับรองการจดทะเบียนหรือบัตรประจำตัววิชาชีพ เพื่อการบริการด้านอสังหาริมทรัพย์
- 4) ดูแล รักษาทะเบียนผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพการบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ให้มีความครอบคลุมและเป็นปัจจุบัน

---

(3) Real estate assessor - a duly registered and licensed natural person who works in a local government unit and performs appraisal and assessment of real properties, including plants, equipment, and machineries, essentially for taxation purposes (4) Real estate broker - a duly registered and licensed natural person who, for a professional fee, commission or other valuable consideration, acts as an agent of a party in a real estate transaction to offer, advertise, solicit, list, promote, mediate, negotiate or effect the meeting of the minds on the sale, purchase, exchange, mortgage, lease or joint venture, or other similar transactions on real estate or any interest therein. (5) Real estate salesperson - a duly accredited natural person who performs service for, and in behalf of, a real estate broker who is registered and licensed by the Professional Regulatory Board of Real Estate Service for or in expectation of a share in the commission, professional fee, compensation or other valuable consideration.

<sup>72</sup> Section 4. Creation and Composition of the Board. - There is hereby created a Professional Regulatory Board of Real Estate Service, hereinafter referred to as the Board, under the supervision and administrative control of the Professional Regulation Commission (PRC).



- 5) ใต้สวนหรือสอบสวนการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด รวมถึงออกหมายเรียกให้ไปชี้แจงข้อมูล
- 6) ป้องกันและปกป้องผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตและชอบด้วยกฎหมาย และ ตรวจสอบประสานงานกับองค์การวิชาชีพผู้ปฏิบัติงานบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ และใช้อำนาจกึ่งตุลาการและบริหารเมื่อจำเป็น เพื่อจัดการปฏิบัติที่เป็นภัยของบุคคลที่ไม่มีอำนาจและไม่ได้รับใบอนุญาต
- 7) ประกาศใช้ บริหารจัดการ และบังคับใช้กฎ และระเบียบที่จำเป็นในการดำเนินการตามบทบัญญัตินี้
- 8) กำกับดูแลและควบคุมการจดทะเบียน การรับใบอนุญาต และการปฏิบัติของผู้ให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์
- 9) ประเมินและกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมที่เหมาะสม
- 10) ประเมินสถานะของการศึกษาและวิชาชีพทางการบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ แนะนำ หรือ ใช้มาตรการเพื่อยกระดับและรักษามาตรฐานของการศึกษาวิชาชีพทางการบริการด้านอสังหาริมทรัพย์
- 11) กำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์ให้กับโครงการการศึกษาวิชาชีพ(CPE) สำหรับผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์
- 12) กลั่นกรอง ตรวจสอบ และออกใบอนุญาตให้กับองค์การของผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพอสังหาริมทรัพย์ ในการดำเนินการสัมมนา และรับรองการสัมมนาตามโครงการ CPE รวมถึงผู้สอนหรือผู้บรรยายในการสัมมนาดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของการยกระดับคุณภาพและความรู้ในวิชาชีพ
- 13) ตรวจสอบและกำกับดูแลการดำเนินงานขององค์การวิชาชีพผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์
- 14) อำนาจหน้าที่อื่นตามที่คณะกรรมการเห็นว่าจำเป็นตามบทบัญญัตินี้<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Section 5. Powers and Functions of the Board. - The Board is hereby vested the following powers and functions: (a) Provide comprehensive policy guidelines for the promotion and development of the real estate industry; (b) Conduct licensure examinations for the practice of the real estate service profession and prescribe the appropriate, syllabi of the subjects for examination; (c) Issue, suspend, revoke or reinstate, after due notice and hearing, certificates of registration or professional identification cards for the practice of real estate service; (d) Maintain a comprehensive and updated register of licensed real estate service professionals; (g) Hear or investigate any violation of this Act, its implementing rules and regulations, and the Code of Ethics and Responsibilities for real estate service practitioners and issue subpoena and subpoena duces tecum to secure the appearance of witnesses and the production of documents in connection therewith; (h)

### 3.4.5 การสอบรับใบอนุญาตและการจดทะเบียน

สาธารณรัฐฟิลิปปินส์กำหนดให้ผู้ที่ประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องผ่านการสอบ โดยคณะกรรมการจะจัดให้มีการสอบขึ้น อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง ในสถานที่และวันที่ตามที่คณะกรรมการอาจกำหนด<sup>74</sup> ขอบเขตและเนื้อหาของการสอบเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ประกอบด้วยความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จรรยาบรรณและความรับผิดชอบของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ข้อกำหนดทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติการเป็นตัวแทนอสังหาริมทรัพย์ การจัดสรรที่ดิน – อาคารชุด การเงินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

---

Safeguard and protect legitimate and licensed real estate service practitioners and, in coordination with the accredited and integrated professional organization of real estate service practitioners, monitor all forms of advertisements, announcements, signboards, billboards, pamphlets, brochures and others of similar nature concerning real estate and, where necessary, exercise its quasi-judicial and administrative powers to finally and completely eradicate the pernicious practices of unauthorized or unlicensed individuals; (j) Promulgate, administer and enforce rules and regulations necessary in carrying out the provisions of this Act; (k) Supervise and regulate the registration, licensure and practice of real estate service in the Philippines; (l) Assess and fix the rate of reasonable regulatory fees; (o) Evaluate periodically the status of real estate service education and profession, and recommend and/or adopt measures to upgrade and maintain its high standard; (p) Prescribe guidelines and criteria for the Continuing Professional Education (CPE) program for real estate service practitioners in consultation with the accredited and integrated professional organization of real estate service practitioners; (q) Screen, issue and monitor permits to organizations of real estate professionals in the conduct of seminars and accredit such seminars pursuant to the CPE program, as well as the instructors or lecturers therein, for the purpose of upgrading the quality and knowledge of the profession; (r) Monitor and supervise the activities of the accredited and integrated professional organization and other associations of real estate service practitioners; and (s) Discharge such other powers, duties and functions as the Commission may deem necessary to carry out the provisions of this Act.

<sup>74</sup> Section 12. Licensure Examination. - Every applicant seeking to be registered and licensed as a real estate service practitioner, except a real estate salesperson, shall undergo an examination as provided for in this Act. Examinations for the practice of real estate service in the Philippines shall be given by the Board at least once every year in such places and dates as the Commission may designate.

และเศรษฐศาสตร์ หลักการพื้นฐานของระบบนิเวศ การพัฒนาที่ดินและผังเมือง กฎหมายเกี่ยวกับการขาย จำนอง และการเช่า การจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ กฎหมาย อสังหาริมทรัพย์ และวิชาที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการอาจกำหนด<sup>75</sup>

ผู้สมัครสอบจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้

1. จะต้องเป็นคนสัญชาติฟิลิปปินส์
2. มีวุฒิการศึกษาระดับปริญญาตรีในสาขาที่เกี่ยวข้องจากมหาวิทยาลัยหรือวิทยาลัย แห่งรัฐ หรือสถาบันการศึกษาอื่นที่ได้รับการยอมรับจาก CHED
3. จะต้องเป็นผู้มีศีลธรรมอันดี และไม่เคยต้องโทษทางอาญา<sup>76</sup>

ผู้ซึ่งจะถือว่าสอบผ่านจะต้องได้คะแนนโดยเฉลี่ยทั้งหมดทุกวิชาไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 และวิชาที่สอบไม่มีวิชาใดได้คะแนนต่ำกว่าร้อยละ 50 <sup>77</sup> โดยคณะกรรมการจะประกาศผลการสอบ

---

<sup>75</sup> Section 13. Scope of Examination. - An examination shall be given to the licensure applicants for real estate brokers, real estate appraisers and real estate consultants which shall include, but not limited to, the following:

(c) For real estate brokers - fundamentals of property ownership; code of ethics and responsibilities; legal requirements for real estate service practice; real estate brokerage practice; subdivision development; condominium concept; real estate finance and economics; basic principles of ecology; urban and rural land use; planning, development and zoning; legal aspect of sale, mortgage and lease; documentation and registration; real property laws; and any other related subjects as may be determined by the Board.

<sup>76</sup> Section 14. Qualification of Applicants for Examinations. - In order to be admitted to the licensure examination for real estate service, a candidate shall, at the time of filing his/her application, establish to the satisfaction of the Board that he/she possesses the following qualifications:

(a) A citizen of the Philippines; (b) A holder of a relevant bachelor's degree from a state university or college, or other educational institution duly recognized by the CHED: Provided, That as soon as a course leading to a Bachelor's degree in Real Estate Service is implemented by the CHED, the Board shall make this course a requirement for taking the "licensure examination; and (c) Of good moral character, and must not have been convicted of any crime involving moral turpitude: Provided, That an applicant for the licensure examination for real estate consultants must show proof that he/she has at least ten (10) years experience as a licensed real estate broker or an assessor, or as a bank or institutional appraiser or an employed person performing real property valuation, or at least five (5) years experience as a licensed real estate appraiser.

<sup>77</sup> Section 15. Ratings in the Examination. - In order that a candidate may be deemed to have successfully passed the examination, he/she must have obtained an average of at least seventy-five percent (75%) in all subjects, with no rating below fifty percent (50%) in any subject.

รับใบอนุญาตภายใน 10 วัน นับแต่วันสุดท้ายของการสอบ<sup>78</sup> ผู้ซึ่งสอบผ่านจะได้รับใบรับรองการจดทะเบียน และได้รับบัตรประจำตัวอาชีพ Professional Identification Card โดยบัตรประจำตัวนี้จะต้องต่ออายุทุก 3 ปี โดยมีเงื่อนไขเป็นไปตามข้อกำหนดของคณะกรรมการ<sup>79</sup> และคณะกรรมการจะไม่จดทะเบียนและออกใบรับรองการจดทะเบียนให้กับผู้สอบที่ต้องโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม หรือมีการกระทำที่ผิดศีลธรรม หรือมีความไม่เหมาะสมทางจิต<sup>80</sup>

คณะกรรมการอาจเพิกถอนใบรับรองการจดทะเบียนและบัตรประจำตัววิชาชีพ หรือยกเลิกหรือพักการใช้ใบอนุญาตของผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์ จากการปฏิบัติงานวิชาชีพในกรณีดังต่อไปนี้:

1. ผู้ซึ่งได้มาซึ่งใบรับรองการจดทะเบียน หรือ บัตรประจำตัววิชาชีพ โดยการฉ้อฉลหรือหลอกลวง
2. การให้บุคคลซึ่งไม่มีคุณสมบัติโฆษณาหรือปฏิบัติงานวิชาชีพ โดยการใช้ใบรับรองการจดทะเบียนหรือบัตรประจำตัววิชาชีพ หรือใบอนุญาตของตน
3. การปฏิบัติที่ไม่เป็นมืออาชีพ หรือการปฏิบัติที่ผิดจรรยาบรรณ
4. การปฏิบัติโดยทุจริตหรือการละเมิดบทบัญญัติใด ๆ ตามพระราชบัญญัติ กฎ ระเบียบ หลักจรรยาบรรณ และความรับผิดชอบของผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์

<sup>78</sup> Section 16. Release of the Results of Examination. - The results of the licensure examination shall be released by the Board within ten (10) days from the last day of the examination.

<sup>79</sup> Section 17. Issuance of the Certificate of Registration and Professional Identification Card. - A certificate of registration shall be issued to examinees who pass the licensure examination for real estate service subject to payment of fees prescribed by the Commission. The certificate of registration shall bear the signature of the chairperson of the Commission and the chairperson and the members of the Board, stamped with the official seal of the Commission, indicating that the person named therein is entitled to practice the profession with all the benefits and privileges appurtenant thereto. This certificate of registration shall remain in full force and effect until revoked or suspended in accordance with this Act. A professional identification card bearing the registration number, date of issuance and expiry date, duly signed by the chairperson of the Commission, shall likewise be issued to every registrant upon payment of the required fees. The professional identification card shall be renewed every three (3) years and upon satisfying the requirements of the Board such as, but not limited to, attendance in the CPE program.

<sup>80</sup> Section 18. Refusal to Register. - The Board shall not register and issue a certificate of registration to any successful examinee who has been convicted by a court of competent jurisdiction of any criminal offense involving moral turpitude or has been found guilty of immoral or dishonorable conduct after investigation by the Board, or has been found to be psychologically unfit.

## 5. ดำเนินการปฏิบัติงานวิชาชีพในระหว่างที่ถูกระงับใบอนุญาต<sup>81</sup>

### 3.4.6 การปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์

ผู้ซึ่งสอบได้และมีคุณสมบัติที่จะจดทะเบียน และผู้สมัครที่มีคุณสมบัติที่จะจดทะเบียน โดยไม่ต้องสอบ และผู้ขายซึ่งได้รับการรับรองต้องเข้าให้คำสัตย์ปฏิญาณต่อหน้าสมาชิกของ คณะกรรมการ หรือเจ้าหน้าที่ของคณะกรรมการที่ได้รับมอบหมายก่อนเข้าปฏิบัติงานบริการ อสังหาริมทรัพย์ในประเทศฟิลิปปินส์<sup>82</sup>

ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดที่ประกอบธุรกิจให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์

จะต้องจดทะเบียนกับสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (SEC) และผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้น จะต้องได้รับใบอนุญาตและจดทะเบียนให้เป็น นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ , ผู้ประเมิน หรือที่ปรึกษา แล้วแต่กรณี<sup>83</sup>

### 3.4.7 การประกันภัยความรับผิดชอบจากการประกอบวิชาชีพ

---

<sup>81</sup> Section 19. Revocation or Suspension of the Certificate of Registration and the Professional Identification Card or Cancellation of Special/Temporary Permit. - The Board may, after giving proper notice and hearing to the party concerned, revoke the certificate of registration and the professional identification card, or cancel the special/temporary permit of a real estate service practitioner, or suspend him/her from the practice of the profession on any of the following instances hereunder:(a) Procurement of a certificate of registration and/or professional identification card, or special/temporary permit by fraud or deceit; (b) Allowing an unqualified person to advertise or to practice the profession by using one's certificate of registration or professional identification card, or special/temporary permit; (c) Unprofessional or unethical conduct; (d) Malpractice or violation of any of the provisions of this Act, its implementin rules and regulations, and the Code of Ethics and Responsibilities for real estate service practitioners; and (e) Engaging in the practice of the profession during the period of one's suspension.

<sup>82</sup> Section 25. Oath. - All successful examinees qualified for registration and all qualified applicants for registration without examination as well as accredited salespersons shall be required to take an oath before any member of the Board or any officer of the Commission duly authorized by the Commission to administer oaths prior to entering into the practice of real estate service in the Philippines.

<sup>83</sup> Section 32. Corporate Practice of the Real Estate Service. - (a) No partnership or corporation shall engage in the business of real estate service unless it is duly registered with the Securities and Exchange Commission (SEC), and the persons authorized to act for the partnership or corporation are all duly registered and licensed real estate brokers , appraisers or consultants, as the case may be.

นอกจากผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์จะต้องให้คำสัตย์ปฏิญาณแล้ว ยังมีหน้าที่ต้องทำประกันภัย เพื่อคุ้มครองความรับผิดที่เกิดจากการประกอบอาชีพ ตามจำนวนเงินที่คณะกรรมการกำหนด แต่ไม่น้อยกว่า 20,000 เปโซ<sup>84</sup>

#### 3.4.8 ห้ามปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์โดยไม่ได้รับอนุญาต

ห้ามมิให้บุคคลผู้ใดปฏิบัติ หรือเสนอเพื่อปฏิบัติงานให้บริการอสังหาริมทรัพย์ ในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ หรือใช้ชื่อ ถ้อยคำ ตัวอักษร รูปภาพ ตัวเลข หรือสัญลักษณ์ หรือโฆษณาในลักษณะใด ๆ เพื่อแสดงให้เห็นว่าตนเป็นผู้ปฏิบัติงานให้บริการอสังหาริมทรัพย์ หรือว่าตนมีคุณสมบัติที่จะปฏิบัติงานอาชีพ หรือได้รับการแต่งตั้ง เว้นแต่บุคคลนั้นได้ผ่านการสอบรับใบอนุญาตที่จัดโดยคณะกรรมการ<sup>85</sup>

#### 3.4.9 มาตรการลงโทษ

ในกรณีที่ผู้ให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ หรือนายหน้าดำเนินการฝ่าฝืนรัฐบัญญัตินี้ หรือกฎ หรือระเบียบ ต่าง ๆ ที่จะต้องกระทำ จะมีโทษปรับไม่ต่ำกว่า 100,000 เปโซ หรือจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามดุลยพินิจของศาล และในกรณีที่การละเมิดกระทำโดยผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้รับใบอนุญาต ต้องถูกลงโทษเป็นสองเท่าของโทษปรับ หรือโทษจำคุกจากที่กำหนดไว้ในกรณีที่การละเมิดกระทำโดยห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลอื่น ผู้เป็นหุ้นส่วน ประธาน กรรมการ ผู้จัดการ ที่รู้เห็นหรือยินยอมกับการทำละเมิดดังกล่าว จะต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ทำละเมิด<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Section 26. Professional Indemnity Insurance/Cash or Surety Bond. - All real estate brokers and private real estate appraisers shall, in addition to the oath referred to in the preceding section, be required to post a professional indemnity insurance/cash or surety bond, renewable every three (3) years, in an amount to be determined by the Board, which in no case shall be less than Twenty thousand pesos (P20,000.00), without prejudice to the additional requirement of the client.

<sup>85</sup> Section 29. Prohibition Against the Unauthorized Practice of Real Estate Service. - No person shall practice or offer to practice real estate service in the Philippines or offer himself/herself as real estate service practitioner, or use the title, word, letter, figure or any sign tending to convey the impression that one is a real estate service practitioner, or advertise or indicate in any manner whatsoever that one is qualified to practice the profession, or be appointed as real property appraiser or assessor in any national government entity or local government unit, unless he/she has satisfactorily passed the licensure examination given by the Board.

<sup>86</sup> Section 39. Penal Provisions, - Any violation of this Act, including violations of implementing rules and regulations, shall be meted the penalty of a fine of not less than One hundred thousand pesos (P100,000.00) or imprisonment of not less than two (2) years, or both such fine and imprisonment upon the



ตารางเปรียบเทียบกฎหมายการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ประเทศ	สาธารณรัฐฟิลิปปินส์	มลรัฐนิวเซาท์เวลด์ เครือรัฐออสเตรเลีย	ประเทศไทย
กฎหมายที่ใช้ ควบคุมการ ประกอบธุรกิจ นายหน้า อสังหาริมทรัพย์	Real Estate Service Act of the Philippines 2009	1. Property , Stock and Business Agents Act 2002 2. Property , Stock and Business Agents Regulation 2003	ไม่มี
การบังคับใช้ กฎหมาย	- ผู้ประกอบธุรกิจให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องอยู่ภายใต้รัฐบัญญัติการให้บริการอสังหาริมทรัพย์ของฟิลิปปินส์ ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) (The Real Estate Service Act of the Philippines 2009) มี 5 ประเภท ได้แก่ 1. ผู้ให้ปรึกษาด้านอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Consultant)	- ผู้ประกอบธุรกิจการเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้าจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 2002 (พ.ศ.2545) (Property, Stock and Business Agents Act 2002) และนายหน้าจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะตาม	ไม่มี

discretion of the court. In case the violation is committed by an unlicensed real estate service practitioner, the penalty shall be double the aforesaid fine and imprisonment.

In case the violation is committed, by a partnership, corporation, association or any other juridical person, the partner, president, director or manager who has committed or consented to or knowingly tolerated such violation shall be held directly liable and responsible for the acts as principal or as a co-principal with the other participants, if any.

	<p>2. ผู้ประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Appraiser)</p> <p>3. ผู้ประเมินในหน่วยงานของรัฐ (Real Estate Assessor)</p> <p>4. นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Broker)</p> <p>5. พนักงานขายอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Salesperson)</p>	พระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003	
องค์กรที่เป็นผู้ควบคุมกำกับดูแลผู้ประกอบการอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์	คณะกรรมการกำกับดูแลการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพ (Professional Regulatory Board of real Estate Service) ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการควบคุมวิชาชีพ Professional Regulation Commission (PRC)	กรมการค้ายุติธรรม (Department of Fair Trading)	ไม่มี
การขอรับใบอนุญาตประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์	ผู้ซึ่งจะประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องผ่านการสอบเพื่อรับใบอนุญาต และผู้ซึ่งสอบผ่านจึงจะได้รับการจดทะเบียน	ผู้ซึ่งจะประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องขอรับใบอนุญาตและขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ	ไม่มี
คุณสมบัติของผู้ที่ได้รับอนุญาตและจดทะเบียนเป็นผู้ประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์	<p>1. จะต้องเป็นคนสัญชาติฟิลิปปินส์</p> <p>2. มีวุฒิการศึกษาระดับปริญญาตรีในสาขาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์จากมหาวิทยาลัยหรือ วิทยาลัยแห่งรัฐ หรือ</p>	<p>1. ผู้มีสิทธิ์ได้รับใบอนุญาตจะต้องได้รับความเห็นชอบจากอธิบดี</p> <p>2. มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี และมีคุณสมบัติที่เหมาะสม</p> <p>3. ไม่เป็นบุคคลที่ถูกตัดสิทธิ์ในการขอรับใบอนุญาต</p>	ไม่มี

	<p>สถาบันการศึกษาอื่นที่ ได้รับการยอมรับจาก CHED</p> <p>3. จะต้องเป็นผู้มีศีลธรรมอันดี และไม่เคยต้องโทษทางอาญา</p> <p>4. ผู้สมัครสอบที่จะถือว่าสอบ ผ่านจะต้องได้คะแนนโดยเฉลี่ย ทั้งหมดทุกวิชา ไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 และวิชาที่สอบไม่มีวิชาใดได้ คะแนนต่ำกว่าร้อยละ 50</p>	<p>4. มีการจ่ายเงินเข้า กองทุนชดเชยความเสียหาย</p>	
การจดทะเบียน	<p>1. ผู้ซึ่งสอบได้จะได้รับการจด ทะเบียน Certificate of Registration และได้รับบัตร ประจำตัวอาชีพ (Professional Identification Card)</p> <p>2. ห้างหุ้นส่วน หรือ บริษัท จำกัด ที่จะประกอบธุรกิจ ให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ จะต้องจดทะเบียนกับสำนักงาน คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (SEC) และ บุคคลซึ่งได้รับอนุญาตให้กระทำ การแทนนิติบุคคลนั้นจะต้องได้รับ อนุญาตและจดทะเบียนให้เป็น นายหน้าอสังหาริมทรัพย์, ผู้ประเมิน หรือที่ปรึกษา แล้วแต่กรณี</p> <p>- ผู้สอบได้และมีคุณสมบัติที่จะจด ทะเบียนต้องให้คำสัตย์ปฏิญาณ ก่อนเข้าปฏิบัติงานบริการ อสังหาริมทรัพย์</p>	<p>- ผู้ซึ่งได้รับอนุญาตและขึ้น ทะเบียนกับหน่วยงานของ รัฐให้เป็นผู้ประกอบธุรกิจ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ จะต้องมีสำนักงานที่ จดทะเบียนในมลรัฐ นิวเซาท์เวลส์ และจะต้อง จดทะเบียนตามที่อยู่ที่ระบุ ไว้ใน ใบสมัคร</p> <p>- ต้องแสดงชื่อที่สำนักงาน ที่จดทะเบียนซึ่งผู้รับอนุญาต ประกอบธุรกิจ และสถาน ที่อื่นใดที่ผู้รับอนุญาตดำเนิน ธุรกิจในฐานะผู้รับอนุญาต ด้วย</p>	ไม่มี

	- ห้ามมิให้บุคคลใดปฏิบัติหรือ เสนอเพื่อปฏิบัติงานให้บริการ อสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่จะได้ ผ่านการสอบรับใบอนุญาต		
<b>มาตรการเยียวยา ความเสียหาย</b>	ผู้ปฏิบัติงานด้านบริการ อสังหาริมทรัพย์ จะต้องทำ ประกันภัย เพื่อคุ้มครอง ความรับผิดที่เกิดจากการประกอบ อาชีพ ตามจำนวนเงิน ที่ คณะกรรมการกำหนด แต่ต้องไม่ น้อยกว่า 20,000 เปโซ	ผู้ประกอบการจรรยาบรรณ อสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับการ จดทะเบียนจะต้องจ่ายเงินเข้า กองทุนตั้งแต่วันที่ได้รับการ ขึ้นทะเบียน เพื่อชดเชย ความเสียหายอันเกิดจาก ความบกพร่องในหน้าที่ ไม่ว่าโดย จงใจหรือ ประมาทเลินเล่อของ ผู้ประกอบการ	ไม่มี
<b>มาตรการลงโทษ</b>	- โทษทางปกครอง เช่น 1. เพิกถอนใบรับรองการจด ทะเบียนและบัตรประจำตัววิชาชีพ หรือ 2. ยกเลิก หรือ 3. พักการใช้ใบอนุญาต - โทษทางอาญา เช่น 1. ผู้ให้บริการด้าน อสังหาริมทรัพย์ฝ่าฝืนบทบัญญัติ แห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎ หรือ ระเบียบที่จะต้องปฏิบัติจะต้องโทษ ปรับไม่ต่ำกว่า 100,000 เปโซ หรือ จำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี หรือทั้งจำทั้ง ปรับ 2. ในกรณีที่มีการละเมิดกระทำ โดยผู้ปฏิบัติงานให้บริการด้าน	- โทษทางปกครอง เช่น 1. การเตือน 2. พักใช้ใบอนุญาตหรือ ใบรับรองการจดทะเบียน 3. ยกเลิกใบอนุญาตหรือ ใบรับรองการจดทะเบียน - โทษทางอาญา เช่น 1. ผู้ได้รับอนุญาตหรือ ผู้ขึ้นทะเบียนนำเงินที่ได้รับ ไว้แทนบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในการทำธุรกรรมไปใช้เป็น ประโยชน์ของตนเองหรือ บุคคลอื่น ต้องรับโทษจำคุก ไม่เกิน 10 ปี 2. ผู้ได้รับอนุญาตหรือ ผู้ขึ้นทะเบียนละเลยการส่ง	ไม่มี

	<p>อสังหาริมทรัพย์โดยไม่ได้รับอนุญาตต้องถูกลงโทษเป็นสองเท่าของโทษปรับหรือโทษจำคุกจากที่กำหนดไว้</p> <p>- ในกรณีที่มีการละเมิดกระทำโดยห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือ บริษัท จำกัด หรือนิติบุคคลอื่น ผู้เป็นหุ้นส่วน ประธาน กรรมการ ผู้จัดการ ที่รู้เห็นหรือยินยอมกับการทำละเมิดดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ทำละเมิด</p>	<p>เงินให้กับบุคคลผู้มีสิทธิ์ได้รับเงิน ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี</p> <p>3. ผู้ได้รับอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนส่งเงินไปยังบัญชีอื่น โดยรู้ว่าเป็นบัญชีที่มีความไม่ถูกต้อง ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี</p> <p>- ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องขอรับใบอนุญาต และขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ หากฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 100 หน่วย สำหรับบุคคลธรรมดา และ จะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 200 หน่วยสำหรับนิติบุคคล</p> <p>- ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องจดทะเบียนสำนักงานตามที่อยู่ที่ระบุไว้ในใบสมัคร การแจ้งการเปลี่ยนแปลงสถานที่ตั้งของสำนักงานที่จดทะเบียนจะต้องยื่นขออนุญาตต่ออธิบดี ภายในเวลาที่กำหนด</p> <p>หาก ฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 50 หน่วย</p>	
--	---	---	--

## บทที่ 4

### ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจนายหน้า อสังหาริมทรัพย์

ลักษณะการดำเนินธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยโดยทั่วไป จะมีลักษณะที่ทำเป็นอาชีพหลัก และนายหน้าที่ทำเป็นอาชีพเสริม โดยผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์อาจมีการตกลงกับผู้ใช้บริการด้วยวาจา หรือมีการทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้มีผลผูกพันตามสัญญา และกันการบิดพลิ้ว ในการจ่ายค่าบำเหน็จ การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มี ความก้าวหน้าเหมือนดังต่างประเทศ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ถือว่าธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์มีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนและเศรษฐกิจของประเทศเป็นอย่างยิ่ง ประเทศเหล่านั้นจะมีการออกกฎหมายควบคุมบุคลากรที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีใบอนุญาตประกอบการเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น เมื่อจะทำการขายที่ดินก็จะมอบหมายให้นายหน้าเป็นผู้ขายให้ นายหน้าผู้ที่จะดำเนินการขายก็ต้องมีใบอนุญาตให้เป็นนายหน้า (Real Estate Broker) จึงจะทำการขายได้ ส่วนประเทศไทยมีกฎหมายควบคุมบุคลากรที่ดำเนินการด้านธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญา มาตรา 286 แต่เป็นการควบคุมเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดิน โดยผู้จะทำการจัดสรรที่ดินจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อน ส่วนบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับ โดยเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งผู้ใช้บริการนั้นส่วนใหญ่มีความจำเป็นจะต้องใช้บริการผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และกว้างขวาง มากกว่าที่ผู้ใช้บริการ ในการดำเนินการติดต่อซื้อขาย หาผู้เช่า หรือผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ เพราะผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจะดำเนินการได้รวดเร็ว และประสบความสำเร็จมากกว่าผู้ใช้บริการดำเนินการเอง ธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จึงถือเป็นธุรกิจที่มีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของผู้บริโภค ระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ เนื่องจากเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคงของครอบครัวในด้านการอยู่อาศัย การค้า และการลงทุน จึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการส่งเสริม พัฒนา และมาตรการทางกฎหมายในการปกป้อง สร้างความปลอดภัย และคุ้มครองผู้บริโภค การที่ไม่มียกเว้นข้อบัญญัติและมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับ ควบคุม ดูแล



ผู้ประกอบการกิจการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ และนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงมาบังคับใช้ จึงยังไม่สามารถที่จะควบคุม ดูแลการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างครอบคลุม ส่งผลให้ไม่สามารถที่จะคุ้มครองผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ จากการกระทำของผู้ประกอบการกิจการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่สุจริต ก่อให้เกิดกรณีพิพาทขึ้นทั้งทางแพ่งและทางอาญา และก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคมและเศรษฐกิจของประเทศชาติ ปัญหาในปัจจุบันนี้ใคร่ขี้อาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้ โดยเฉพาะในนามบุคคล ที่ผ่านมาผู้บริโภคมักถูกเอาเปรียบ ฟ้องร้องกันจำนวนมาก ที่ดินยังไม่ออกโฉนดก็หลอกว่าเป็นโฉนดแล้ว อีกทั้งยังมีการโกงเกิดขึ้น นอกจากนี้ต่างชาติยังเข้ามาขายอสังหาริมทรัพย์ในบ้านเรา โดยเฉพาะหัวเมืองใหญ่ เกิดวิกฤติหรือปัญหาที่ทิ้งกลับประเทศ เพราะกฎหมายไม่มีรองรับ<sup>87</sup> ผู้ศึกษาได้พบปัญหาหลายประการจากการศึกษาดังนี้

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ปัญหาการเกี่ยวกับการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นปัญหาที่สำคัญ เพราะการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยยังมิได้มีกฎหมายบัญญัติขึ้นมาควบคุมเป็นการเฉพาะเจาะจง ตามพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับผู้ประกอบการนายหน้าไว้แต่ก็เพียงกว้าง ๆ เพียงว่า ให้ถือกิจการ การเป็นนายหน้าเป็นพาณิชย์กิจ ตามมาตรา 6<sup>88</sup> และให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดพาณิชย์กิจตามที่ระบุไว้ใน

<sup>87</sup> หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ, “หนุนจัดระเบียบนายหน้า สศค. ขกระดับ ออก กม. คุมไทยและต่างชาติ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2563, จาก <https://www.thansettakij.com/cont/236320>

<sup>88</sup> มาตรา 6 ให้ถือกิจการดังต่อไปนี้เป็นพาณิชย์กิจ ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัตินี้

- (1) การซื้อ การขาย การขายทอดตลาด การแลกเปลี่ยน
- (2) การให้เช่า การให้เช่าซื้อ
- (3) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนค้าต่าง
- (4) การขนส่ง
- (5) การหัตถกรรม การอุตสาหกรรม
- (6) การรับจ้างทำของ
- (7) การให้กู้ยืมเงิน การรับจำนำ การรับจำนอง
- (8) การคลังสินค้า
- (9) การรับแลกเปลี่ยน หรือซื้อขายเงินตราต่างประเทศ การซื้อ หรือขายตัวเงิน การธนาคาร การเครดิตฟองซิเออร์ การโพงก๊วน

มาตรา 6 ต้องจดทะเบียนพาณิชย์ตามมาตรา 8<sup>89</sup> ผู้ประกอบพาณิชย์กิจผู้ใดไม่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000 บาท และเป็นความผิดต่อเนื่องกันให้ปรับอีกวันละไม่เกิน 100 บาท จนกว่าจะได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ตาม มาตรา 19<sup>90</sup> ตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบังคับใช้เฉพาะผู้ประกอบพาณิชย์กิจซึ่งเป็นนายหน้าโดยทั่ว ๆ ไป ไม่ได้มีการเฉพาะเจาะจง ปัจจุบันการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยสามารถเปิดดำเนินการอย่างเสรี ไม่มีมาตรการทางกฎหมายเข้ามาควบคุม กำกับดูแล ตรวจสอบ เป็นการเฉพาะ ได้แต่อาศัยกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับ และตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจนายหน้าหรือตัวแทน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าว จากการศึกษาเห็นว่าหากรัฐยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีการจดทะเบียน รัฐก็ไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของนายหน้าซึ่งเป็นคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ โดยเฉพาะนายหน้าที่เป็นบุคคลธรรมดา ทำให้เกิดปัญหาในการทำธุรกิจแข่งขันกับคนไทยในขณะที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะทำการแข่งขันกับคนต่างด้าว จึงทำให้คนไทยต้องสูญเสียโอกาสในการประกอบธุรกิจให้แก่คนต่างด้าว และตามพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 ใช้บังคับกับการประกอบกิจการอันเป็นพาณิชย์กิจตามกฎหมาย โดยให้ผู้ประกอบพาณิชย์กิจต้องจดทะเบียนพาณิชย์ ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เพื่อประโยชน์ในทางสถิติและทราบหลักฐานของผู้ประกอบพาณิชย์กิจที่ต้องเชื่อถือได้ อันจะใช้เป็นประโยชน์ในการส่งเสริมการพาณิชย์และการอุตสาหกรรม และการปรับปรุงขยายการเศรษฐกิจของประเทศให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้น ซึ่งการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนค้าต่าง

(10) การรับประกันภัย

(11) กิจการอื่นซึ่งกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

<sup>89</sup>มาตรา 8 ให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดเป็นครั้งคราวโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่า พาณิชยกิจใดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 6 ในท้องที่ใด ผู้ประกอบพาณิชย์กิจต้องจดทะเบียนพาณิชย์

<sup>90</sup>มาตรา 19 ผู้ประกอบพาณิชย์กิจใด

1) ไม่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

(2) แสดงรายการเท็จ หรือ

(3) ไม่มาให้นายทะเบียนพาณิชย์สอบสวน ไม่ยอมให้ถ้อยคำ หรือไม่ยอมให้นาย

ทะเบียนพาณิชย์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบตามมาตรา 17

มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินวันละสองพันบาท และในกรณีตาม (1) อันเป็นความผิดต่อเนื่อง ให้ปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งร้อยบาท จนกว่าจะได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

เป็นพาณิชย์กิจที่กำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียน แต่ตามพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 กำหนดไว้เฉพาะเพียงเรื่องผู้ประกอบการพาณิชย์นายหน้าโดยทั่ว ๆ ไป เท่านั้นที่จะต้องมีการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน ไม่ได้มีการกำหนดเฉพาะเจาะจงให้ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีการจดทะเบียน นายหน้าส่วนใหญ่ก็จะไม่มีการจดทะเบียนการประกอบพาณิชย์ เพราะไม่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอย่างจริงจัง ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่ก็ไม่ได้มีการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจเช่นกัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบทบัญญัติเกี่ยวกับนายหน้าก็กำหนดเพียงสิทธิและหน้าที่ของนายหน้าเท่านั้น ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นปัญหาสำคัญที่กระทบต่อผู้บริโภคและหน่วยงานของรัฐโดยตรง เพราะการไม่มีกฎหมายบังคับให้การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ต้องมีการจดทะเบียน ไม่มีองค์การของรัฐเข้าควบคุม กำกับ ดูแล ไม่มีการตรวจสอบคุณสมบัติและการออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจ การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยจึงไม่มีหลักเกณฑ์และไม่เป็นมาตรฐานสากล ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ จากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่สุจริต เช่น

1. นายหน้าหลอกลวงผู้จะซื้อด้วยการนำชี้และเสนอขายทรัพย์สินคนละแปลงกับทรัพย์สินที่จะขายให้ผู้จะซื้อพิจารณา เนื่องจากทรัพย์สินแปลงที่นำชี้มีสภาพดีกว่าทรัพย์สินแปลงที่จะขาย หรือหลอกลวงผู้จะซื้อว่าทรัพย์สินแปลงที่จะขายกำลังจะมีการตัดถนนผ่าน แต่ความจริงไม่มีการตัดถนนผ่านทรัพย์สินแปลงที่จะขาย

2. นายหน้าให้ข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นความจริง เช่น ที่ดินยังไม่ออกโฉนดก็บอกว่าเป็นที่ดินมีโฉนดแล้ว หรือ บอกว่าที่ทรัพย์สินแปลงติดกันได้ขายไปในราคาที่สูงกว่าทรัพย์สินแปลงที่จะขาย ซึ่งความจริงทรัพย์สินแปลงที่ติดกันไม่มีการซื้อขายกันเลย

3. นายหน้าทำการขายทรัพย์สินในราคาต่ำกว่าราคาที่ผู้ขายได้ตั้งไว้ หรือต่ำกว่าราคาตามท้องตลาด ทั้ง ๆ ที่มีผู้เสนอซื้อทรัพย์สินในราคาสูงกว่า เนื่องจากนายหน้าได้รับผลประโยชน์จากส่วนต่าง อีกทั้งยังได้รับค่าบำเหน็จด้วย

4. นายหน้าไม่เสนอคำขอซื้อให้ผู้จะขายพิจารณา เพราะเห็นว่าราคายังถูกเกินไปจะได้ค่าบำเหน็จน้อย ทำให้ผู้จะขายเสียโอกาสในการขาย

5. นายหน้าหลอกลวงผู้จะซื้อว่ามีผู้ต้องการซื้อ ให้ผู้จะซื้อซื้อตัดหน้าและเอาไปขายต่อจะได้กำไร แต่เมื่อผู้จะซื้อได้ซื้อไปแล้ว กลับพบว่าไม่มีผู้ต้องการซื้อจริง แต่เป็นเพียงการหลอกลวงของนายหน้า ซึ่งทำไปเพื่อหวังค่าบำเหน็จเท่านั้น

6. นายหน้าหลอกลวงผู้จะซื้อว่า นายหน้าสามารถทำให้เสียค่าธรรมเนียม ค่าอากรในการโอนกรรมสิทธิ์ได้ต่ำกว่าปกติ เพื่อเป็นการจูงใจให้ซื้อทรัพย์สินที่จะขาย ซึ่งไม่เป็นความจริง

7. นายหน้าปิดความบกพร่องของทรัพย์สินที่จะขาย ทำให้ผู้ซื้อต้องได้รับความเสียหาย
8. นายหน้าปลอมเอกสารหรือใช้เอกสารปลอม นำชี้หลักเขตปลอม ทำให้ผู้ซื้อหลงเชื่อ จึงรับซื้อทรัพย์สินไว้
9. นายหน้ารับเงินแทนผู้ขายโดยไม่มีอำนาจและไม่ส่งมอบให้ผู้ขาย
10. ผู้ขายมอบอำนาจให้นายหน้ารับเงินจากการขาย นายหน้ารับเงินแล้วส่งมอบให้แก่ผู้ขายล่าช้า หรือไม่ส่งมอบให้แก่ผู้ขาย และนำเงินที่ได้รับนั้นไปเป็นประโยชน์แก่ตน
11. นายหน้าแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการทำหน้าที่เป็นนายหน้า
12. ทำหน้าที่เป็นนายหน้าทั้งฝ่ายผู้ซื้อและฝ่ายผู้ขายและรับบำเหน็จจากทั้งสองฝ่าย
13. นายหน้าแย่งลูกค้ากันโดยการใส่ความนายหน้าอื่น เพื่อให้ขาดความน่าเชื่อถือ และให้มาทำสัญญากับตน

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น ทำให้ผู้บริโภคซึ่งใช้บริการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ต้องได้รับความเสียหายและมีการดำเนินคดีกับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ทั้งทางแพ่งและทางอาญา ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลฎีกาบางส่วนดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 504-505/2543 จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 3 ซึ่งให้โจทก์ร่วมดูบ้านและที่ดิน จำเลยที่ 2 มีอาชีพเป็นนายหน้า ชักชวนโจทก์ร่วมมาดูที่ดินและรับซื้อฝาก เชื่อว่าจำเลยที่ 2 ร่วมรู้เห็นด้วย ในลักษณะเป็นตัวละครร่วมและแบ่งงานกันทำ เมื่อบริษัทที่โจทก์ร่วมรับซื้อฝากตามสัญญาขายฝากที่ดินเป็นคนละแปลงกับที่จำเลยทั้งสามร่วมกันหลอกลวงให้โจทก์ร่วมหลงเชื่อ ทั้งไม่มีทาว์นเฮาส์ปลูกอยู่ จำเลยทั้งสามจึงมีความผิดฐานร่วมกันฉ้อโกง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7362/2538 จำเลยที่ 1 (นายหน้า) ติดต่อบอกขายที่ดินแก่โจทก์ร่วม 2 แปลง และนัดหมายไปดูที่ดินกัน จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 พาโจทก์ร่วมและสามีไปดูที่ดินทั้งสองแปลง แต่โจทก์ร่วมไม่ชอบ จึงได้เสนอขายที่ดินแปลงพิพาท และจำเลยทั้งสองยังได้ร่วมกันพาโจทก์ร่วมไปดู ทั้งยังชี้หลักเขตที่ดินซึ่งเป็นหลักเขตปลอม ทำให้โจทก์ร่วมหลงเชื่อว่าเป็นที่ดินแปลงพิพาทจึงรับซื้อฝากไว้ พฤติการณ์ของจำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็นการร่วมกันวางแผนโดยแบ่งหน้าที่กันทำ จึงเป็นตัวละครร่วมกันใช้เอกสารราชการปลอมและร่วมกันกับจำเลยที่ 3 ฉ้อโกง การที่จำเลยทั้งสองใช้เอกสารราชการปลอมแสดงต่อโจทก์ร่วมจนทำให้โจทก์ร่วมหลงเชื่อยอมรับซื้อฝากที่ดินไว้ เป็นการกระทำโดยมีเจตนาฉ้อโกงด้วย แต่การกระทำความผิดฐานใช้เอกสารราชการปลอมและความผิดฐานฉ้อโกงเป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบทซึ่งต้องลงโทษบทหนัก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16512/2557 จำเลยที่ 3 มีพฤติการณ์เป็นนายหน้าชี้ช่องให้ทำการซื้อขายที่ดินพิพาท โดยจำเลยที่ 3 รับราชการอยู่ที่สำนักงานเขตมีนบุรี โดยมีหน้าที่เกี่ยวกับภาษี

บำรุงห้องที่ อีกทั้งมีหลักฐานสำเนาโฉนดที่ดินพิพาท ย่อมสามารถตรวจสอบสภาพที่ดินได้ ตลอดเวลาที่ที่ดินพิพาทมีสภาพเป็นบ่อดิน ป่ารก มีน้ำท่วมขัง ซึ่งความนี้จำเลยที่ 1 เองก็ทราบจาก ผู้รับมอบอำนาจของตนที่ไปขอรังวัดสอบเขตที่ดิน เมื่อจำเลยที่ 3 พาจำเลยที่ 4 ไปดูที่ดินของ ส.แต่ กลับอ้างว่าเป็นที่ดินพิพาท จึงถือว่าจำเลยที่ 3 เป็นนายหน้าของจำเลยที่ 1 ไม่แจ้งความจริงให้จำเลยที่ 4 ซึ่งเป็นนายหน้าฝ่ายโจทก์ทราบ ครั้นจำเลยที่ 4 พาโจทก์ที่ 1 ไปดูที่ดินตามที่จำเลยที่ 3 เสนอมาชี้ ไว้ ทำให้ฝ่ายโจทก์หลงเข้าใจผิดว่าที่ดินที่ต้องการซื้อเป็นที่ดินนา มิใช่ที่ดินมีสภาพน้ำท่วมขังอัน เป็นสภาพแท้จริง นอกจากนี้แล้วในวันเจรจาจะซื้อจะขายครั้งแรก โจทก์ที่ 1 กับจำเลยที่ 4 สอบถามสภาพที่ดิน จำเลยที่ 2 และที่ 3 ก็บอกเป็นที่นา เมื่อโจทก์ที่ 1 แจ้งว่ามีคนทำนาอยู่ จำเลยที่ 2 ก็รับว่าจะจัดการให้ออกไปเสียจากที่ดิน พฤติการณ์ดังกล่าวสนับสนุนได้ว่า ฝ่ายโจทก์ประสงค์ซื้อ ที่ดินนา มิใช่ที่ดินที่มีสภาพน้ำท่วมขัง จำเลยที่ 1 เอง ขายที่ดินราคาต่ำกว่าราคาซื้อมาในปี 2535 เกือบ 3,000,000 บาท แล้วยังยอมออกค่าธรรมเนียมการโอน ค่าภาษีที่ดิน ค่านายหน้าแทนฝ่ายโจทก์ อันทำให้ขาดทุนจำนวนมาก และจงใจนิ่งเสียไม่แจ้งข้อความจริงให้ฝ่ายโจทก์ทราบ นอกจากนี้ จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นนายหน้าของจำเลยที่ 1 เป็นคนนำชี้ที่ดิน อีกทั้งตามสภาพที่ดินแม้โจทก์ที่ 1 จะมี สำเนาโฉนดที่ดินพิพาทก็ไม่อาจตรวจสอบได้โดยง่าย ยังไม่ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรง การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นกลฉ้อฉล อันเป็นทางให้โจทก์ทั้งหกเสียเปรียบ เมื่อโจทก์ ทั้งหกส่งมอบที่ดินคืนแก่ ส. และมีหนังสือบอกเลิกสัญญา พร้อมทวงถามให้จำเลยที่ 1 คืนเงินค่าซื้อ ขายที่ดิน โดยชอบแล้ว ถือว่า โจทก์ทั้งหกซึ่งถูกกลฉ้อฉลได้บอกล้างสัญญาซื้อขายอันเป็น โมฆียะกรรม แต่จำเลยที่ 1 กลับเพิกเฉย โจทก์ทั้งหกมีสิทธิขอให้เพิกถอนการซื้อขายที่ดิน เพื่อให้ คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบคืนเงินค่าซื้อขายพร้อมดอกเบี้ยนับแต่วันครบ กำหนดทวงถามเป็นต้นไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4997/2549 ในวันนัดจดทะเบียนขายฝากที่ดิน โจทก์ให้จำเลยที่ 1 พาโจทก์ไปดูที่ดินที่จะขายฝาก จำเลยที่ 1 กลับชี้ให้โจทก์ดูที่ดินของผู้อื่น ซึ่งอยู่ติดถนนลาดยาง แปลงเดียวกับที่จำเลยที่ 2 เคยพานุคคลอื่นไปดู ซึ่งมีไร่ที่ดินของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 มีส่วนร่วมกับ จำเลยที่ 2 หลอกลวงโจทก์ให้รับซื้อฝากที่ดิน ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยที่ 2 เป็นเพียงนายหน้า ของจำเลยที่ 1 หรือเป็นผู้ซื้อที่ดินจากจำเลยที่ 1 แล้วนำไปขายต่อให้โจทก์ และไม่ต้องคำนึงว่าโจทก์ หวังผลกำไรจากการรับซื้อฝากที่ดินหรือไม่ เพราะมิใช่สาระสำคัญที่จะทำให้ผลคดีเปลี่ยนแปลงไป การที่โจทก์หลงเชื่อและรับซื้อฝากที่ดินไว้จากจำเลยที่ 1 โดยเข้าใจว่าเป็นที่ดินแปลงที่อยู่ติด ถนนลาดยางตามที่จำเลยที่ 1 นำชี้ ถือไม่ได้ว่าโจทก์ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และเป็นกรณีที่ โจทก์แสดงเจตนาซื้อฝากที่ดินจากจำเลยที่ 1 โดยสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม อันเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา

156 มีผลเท่ากับการขายฝากที่ดินมิได้เกิดขึ้น และไม่ก่อสิทธิใด ๆ แก่จำเลยที่ 1 ที่จะยึดถือเอาเงินของโจทก์ไว้ได้ จำเลยที่ 1 จึงต้องคืนเงินให้แก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6103/2545 การที่โจทก์ทำนิติกรรมโอนขายที่ดินพิพาทให้แก่จำเลยที่ 1 ในราคา 4,000,000 บาท ทั้ง ๆ ที่โจทก์มีเจตนาขายที่ดินพิพาทในราคา 52,000,000 บาท และจำเลยที่ 1 ก็ทราบอยู่แล้วว่าที่ดินพิพาทมีราคาท้องตลาดมากกว่า 36,000,000 บาท เป็นการทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดเพราะถูกนายหน้าขายที่ดินหลอกลวง ซึ่งตามพฤติการณ์จำเลยที่ 1 กับพวกรู้ถึงการหลอกลวง การที่โจทก์สำคัญผิดในเรื่องราคาทรัพย์สินที่ตกลงซื้อขายกันเช่นนี้ แม้มิใช่สำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรมหรือตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีหรือทรัพย์สิน ซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม แต่ราคาทรัพย์สินที่ตกลงซื้อขายกัน ย่อมมีความสำคัญมากพอกับตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม จึงถือว่าโจทก์แสดงเจตนาทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 เช่นเดียวกัน เมื่อนิติกรรมการซื้อขายที่ดินพิพาทเกิดจากการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมมีผลเป็น โฆษิตตาม มาตรา 156 แต่นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาเพราะถูกฉ้อฉลมีผลเป็น โฆษิต ตามมาตรา 159 จึงต้องถือว่านิติกรรมรายนี้เป็น โฆษิต เพราะเป็นผลดีต่อผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรม โดยบกพร่องยิ่งกว่าเป็น โฆษิต

ก่อนหน้านั้นประเทศไทยได้เคยมีการผลักดันให้มีกฎหมายเพื่อใช้ควบคุม กำกับ ดูแล ผู้ประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ด้วยการร่างพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์ขึ้น โดยในปี 2530 มีการสนับสนุนกฎหมายนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งนำโดย นายศิริ เกวลินสฤยดี ดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมที่ดิน เป็นผู้คิดริเริ่มให้มีกฎหมายนายหน้า จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ขึ้น ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแล้ว สมัยนั้นคือ พลเอกประจวบ สุนทรางกูร และยังสามารถเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายของกระทรวงมหาดไทย แต่เป็นที่น่าเสียดายยังไม่ได้มีการนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลเสียก่อน ซึ่งทำให้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวถูกระงับไป<sup>91</sup> ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแล การจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้กับผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ไว้โดยสรุปดังนี้

<sup>91</sup> วิจารณ์ภัค เกศา, “กฎหมายนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ประเทศสิงคโปร์ และประเทศฟิลิปปินส์,” (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2559), น. 5.



มาตรา 6 กำหนดให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการกำกับดูแลอาชีพ นายหน้าและพนักงานขาย” ประกอบด้วยอธิบดีกรมที่ดินเป็นประธาน อัยการสูงสุดหรือผู้แทน เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือผู้แทนเป็นกรรมการ โดยตำแหน่ง ผู้อำนวยการ กำกับดูแลหน้าอสังหาริมทรัพย์และกรรมการอีก 7 คน

ให้มีสำนักงานกำกับดูแลนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ขึ้นในกรมที่ดิน และให้ผู้อำนวยการ สำนักงานดังกล่าวเป็นนายทะเบียนด้วย

มาตรา 12 ได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

มาตรา 15 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กรรมการ อนุกรรมการ หรือ เจ้าหน้าที่ซึ่งคณะกรรมการมอบหมายเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 17 บุคคลที่ประสงค์จะกระทำการเป็นนายหน้าหรือพนักงานขาย ต้องยื่นคำขอ อนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 18 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้า

มาตรา 19 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะขอรับใบอนุญาตเป็นพนักงานขาย

มาตรา 27 กำหนดให้นายหน้าต้องมีสำนักงานตามที่ระบุไว้ในคำขอรับใบอนุญาตและ จดแจ้งไว้ในทะเบียนด้วย และห้ามมิให้นายหน้าย้ายสำนักงานจนกว่าจะได้แจ้งให้นายทะเบียน ทราบ

มาตรา 28 กำหนดให้พนักงานขายต้องสังกัดสำนักงานนายหน้าเพียงหนึ่งแห่งตามที่ ระบุไว้ในใบอนุญาต ห้ามมิให้พนักงานขายผู้ใดย้ายสำนักงาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากนาย ทะเบียน

นอกจากนั้นตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว หมวด 4 ยังได้มีการกำหนดมารยาทหน้า หน้าและพนักงานขายไว้ด้วย

สมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทยเห็นด้วย กับการร่างกฎหมายมาควบคุม นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ต้องมีใบอนุญาตประกอบ อาชีพทั้งไทยและต่างชาติ ป้องกันการเอาเปรียบผู้บริโภค และความน่าเชื่อถือ

แหล่งข่าวจากสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (สศค.) เปิดเผยว่า ขณะนี้ สำนักงาน เศรษฐกิจการคลัง (สศค.) ร่วมกับภาคเอกชนสนับสนุนธุรกิจบ้านมือสอง โดยยกร่างกฎหมาย นายหน้าให้มีผลบังคับใช้เพื่อยกระดับวิชาชีพ และต้องได้รับอนุมัติใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ สำหรับเงื่อนไข ต้องตั้งขึ้นในรูปนิติบุคคล แต่หากเป็นนายหน้าในนามบุคคลจะต้องอยู่ภายใต้สังกัด นิติบุคคล เพราะหากเกิดความเสียหายจะต้องมีค่าชดเชยให้กับผู้บริโภคตามกฎหมาย เหมือน ประเทศเพื่อนบ้าน อย่างประเทศสิงคโปร์ มาเลเซีย ฮองกง เป็นต้น ขณะเดียวกันเพื่อลดความ

เสียเปรียบจากประเทศเพื่อนบ้านที่เข้ามาตั้งโต๊ะขายที่ดินที่อยู่อาศัยในไทย และมีความน่าเชื่อถือ ขณะที่นายหน้าไทยไม่มีมาตรฐานที่จะเข้าไปประกอบอาชีพในบ้านของเขาได้ แต่ต่อไปหากกฎหมายมีผลบังคับใช้ นายหน้าต่างชาติจะต้องขอใบอนุญาตจากไทยก่อนจึงจะประกอบการค้าบ้านมือสองได้ การเร่งออกกฎหมายนายหน้าเป็นเรื่องที่จำเป็น เพราะปัจจุบันไม่สามารถควบคุมนายหน้าได้ หากเป็นนายหน้าบุคคลธรรมดาจะไม่สามารถคุ้มครองผู้บริโภคและชดเชยความเสียหายได้เหมือนนิติบุคคล และหากไม่มีกฎหมายนายหน้าก็ไม่สามารถควบคุมนายหน้าต่างชาติได้<sup>92</sup>

ในต่างประเทศ เช่น เครือรัฐออสเตรเลีย มีความกังวลเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคที่ติดต่อกับนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ในการการทำธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นขาดความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และอาจตกเป็นเหยื่อของนายหน้าที่ไม่ซื่อสัตย์ได้ง่าย รัฐบาลเครือรัฐออสเตรเลียจึงเกิดแนวคิดที่จะคุ้มครองผู้บริโภคเหล่านี้ โดยแต่ละมลรัฐได้มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการติดต่อกับนายหน้าเพื่อซื้อหรือขายอสังหาริมทรัพย์ มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย ได้มีการออกพระราชบัญญัติ Property , Stock and Business Agents Act 2002 และ Property , Stock and Business Agents Regulation 2003 ขึ้นบังคับใช้กับ ผู้ประกอบอาชีพนายหน้าในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์หรือตัวแทนค้าที่ดิน โดยกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพดังกล่าวต้องมีการขอรับใบอนุญาต และขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ มีการกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ของผู้ซึ่งต้องการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้มั่นใจว่าบุคคลที่จะมาประกอบอาชีพเหล่านี้มีคุณสมบัติตามที่ต้องการทั้ง ด้านการศึกษา ทักษะ และความประพฤติ จริยธรรม ตลอดจนมีมาตรการเยียวยาความเสียหาย โดยการจัดตั้งกองทุนขึ้น เพื่อชดเชยความเสียหายอันเกิดจากความบกพร่องในหน้าที่ไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนตั้งแต่วันที่ขึ้นทะเบียน อีกทั้งยังมีมาตรการลงโทษ ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย รวมทั้งกฎระเบียบที่ออกตามกฎหมายดังกล่าว ทั้งทางปกครองและทางอาญา ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าผู้บริโภคจะไม่ถูกเอาเปรียบ และเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในการใช้บริการผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ส่วนสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้บัญญัติให้ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ต้องอยู่ภายใต้รัฐบัญญัติ “Real Estate Service Act of the Philippines 2009” โดยมีคณะกรรมการควบคุมดูแล โดยคณะกรรมการจะมีอำนาจในการกำหนดนโยบาย ดำเนินการสอบใบอนุญาต ออก ระเบียบ หรือเพิกถอนใบรับรองการจดทะเบียน หรือบัตร

<sup>92</sup> หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 65.

ประจำตัววิชาชีพ การสอบสวนการละเมิดต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญนี้ ตลอดจนกำกับดูแล ว่ากล่าว ตักเตือนและลงโทษ รัฐบาลสาธารณรัฐฟิลิปปินส์เห็นว่าการบริการด้านอสังหาริมทรัพย์จะพัฒนาไปได้โดยจะต้องมีกฎระเบียบที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเข้าควบคุมดูแล และมีคณะบุคคล ผู้ปฏิบัติงานผู้เชี่ยวชาญทางด้านการบริการอสังหาริมทรัพย์ที่มีความรู้ ความสามารถความ รับผิดชอบ และเป็นผู้มีมาตรฐานการปฏิบัติและการบริการสามารถแข่งขันได้กับทั่วโลก ในการ เสริมสร้างการเติบโตให้กับธุรกิจการให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์จึงได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญ “Real Estate Service Act of the Philippines 2009” ขึ้นเพื่อใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจการ ให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์

สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้มีมาตรการในการกำกับดูแลให้ผู้ซึ่งจะเป็นนายหน้า อสังหาริมทรัพย์ต้องผ่านการสอบ และขอบเขตและเนื้อหาของการสอบเป็นตัวแทนและนายหน้า อสังหาริมทรัพย์จะเป็นไปตามที่ Professional Regulatory Board of Real Estate Service กำหนด และผู้ซึ่งสมัครสอบจะถือว่าสอบผ่านจะต้องได้คะแนนโดยเฉลี่ยทั้งหมดทุกวิชาไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 และวิชาที่สอบต้องไม่มีวิชาใดคะแนนต่ำกว่าร้อยละ 50 ผู้ซึ่งสอบผ่านจะได้รับใบจดทะเบียน Certificate of Registration และบัตรประจำตัวอาชีพ Professional Identification Card บัตรประจำตัวอาชีพนี้จะมีอายุ 3 ปี และสามารถต่ออายุได้ โดยมีเงื่อนไขเป็นไปตามข้อกำหนดของ คณะกรรมการ

ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดที่ประกอบธุรกิจให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์จะต้องจด ทะเบียนกับคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ และบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลจะต้อง ได้รับอนุญาตให้เป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์และได้จดทะเบียนไว้ก่อนที่จะเป็นผู้ทำการแทน

นอกจากนั้นกฎหมายดังกล่าวยังมีมาตรการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติงานของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยผู้ปฏิบัติงานด้านบริการ อสังหาริมทรัพย์จะต้องทำประกันภัย เพื่อคุ้มครองความรับผิดที่เกิดจากการประกอบอาชีพตาม วงเงินที่คณะกรรมการกำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 20,000 เปโซ อีกทั้งยังมีมาตรการลงโทษทาง อาญา เช่น โดยผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้หรือกฎระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องโทษปรับไม่ต่ำกว่า 100,000 เปโซ หรือจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และ ผู้ปฏิบัติงานให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์โดยไม่ได้รับอนุญาตต้องถูกลงโทษเป็นสองเท่าของโทษ ปรับหรือโทษจำคุกจากที่กำหนดไว้

สรุปปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ผู้ศึกษาเห็นว่า การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมาย ควบคุมกำกับดูแลเกี่ยวกับการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งก่อนหน้า

นั้นประเทศไทยได้เคยมีร่างพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อควบคุมกำกับ ดูแล และตรวจสอบ ผู้ประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ กลุ่มครองสุจริตชน และเป็นการยกมาตรฐานอาชีพนายหน้า แต่ก็ยังไม่ได้มีการประกาศใช้ โดยเมื่อปี พ.ศ. 2548 คณะรัฐมนตรีสมัยนั้นมีการตั้งคณะอนุกรรมการ มีการประชุมประกอบกว่า 10 หน่วยงาน อาทิ กรมธนารักษ์ คณะกรรมการกฤษฎีกา กรมที่ดิน รวมไปถึงสมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ แต่หลังจากเกิดเหตุการณ์ทางการเมืองเมื่อปี 2549 รัฐบาลชุดต่อ ๆ มาไม่มีแนวคิดที่จะผลักดันให้เกิดขึ้นต่อ<sup>93</sup> โดยการยกร่างพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ตามคำสั่งกระทรวงการคลังที่ 511/2548 เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนและนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ตั้ง ณ. วันที่ 14 ตุลาคม 2548 ภายได้กำกับดูแลสำนักกฎหมาย กรมธนารักษ์ กระทรวงการคลัง ซึ่งมีการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ 4 ครั้ง คือ วันที่ 18 มกราคม 2549 วันที่ 17 พฤษภาคม 2549 วันที่ 11 สิงหาคม 2549 และครั้งสุดท้ายวันที่ 19 กันยายน 2549 และได้หยุดไป<sup>94</sup> และในต่างประเทศ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีการสอบเพื่อรับอนุญาต และขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคและเป็นการพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ และเสริมสร้างรายได้ให้กับรัฐ

ปัจจุบันประเทศไทยมีผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เพราะการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยนั้นสามารถดำเนินการได้อย่างเสรี ไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างชาติ จึงมีทั้งผู้เข้ามาประกอบธุรกิจโดยสุจริต และไม่สุจริตทะเลาะเคล้าปะปนกันไป โดยเหตุที่ปัจจุบันการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยสามารถดำเนินการได้อย่างเสรี ไม่มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการจดทะเบียนจัดตั้งสำนักงานสถานประกอบธุรกิจ การขออนุญาตประกอบธุรกิจ การจดทะเบียนให้เป็นผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และไม่มีหน่วยงานของรัฐกำกับดูแลและควบคุมตรวจสอบเป็นการเฉพาะ เหมือนเช่นการประกอบธุรกิจนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาด

<sup>93</sup> บริษัท พลัส พร็อพเพอร์ตี้ จำกัด, “สู้รบ พรบ. นายหน้าปลุกตลาดบ้านมือสอง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2563, จาก <https://www.plus.co.th/articles/PLUS-1815/>

<sup>94</sup> Positioning Magazine, “สมาคมนายหน้าฯ กระตุ้นรัฐบาลคลอดกฎหมายควบคุมวิชาชีพบริการอสังหาริมทรัพย์,” สืบค้นเมื่อ 24 เมษายน 2563, จาก <https://positioningmag.com/46772>

หลักทรัพย์<sup>95</sup> ธุรกิจนายหน้าประกันวินาศภัย<sup>96</sup> ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์บางคน จะเช่าสถานที่เป็นสำนักงานประกอบธุรกิจ หรือบางคนอาจไม่มีสถานที่ประกอบธุรกิจ มีเพียง หมายเลขโทรศัพท์ และหมายเลขโทรศัพท์ที่ให้ไว้บางครั้งก็ไม่สามารถติดต่อได้ หรือกรณี ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เสนอไปให้บริการยังสถานที่ที่นัดหมายกัน เมื่อมีการผิด สัญญา หรือเกิดการฉ้อฉล หรือการถือโกง ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคก็จะมีปัญหาในการติดต่อ หรือติดตามทวงถาม เพราะไม่สามารถติดต่อผู้ประกอบการได้ การที่ผู้ประกอบการนายหน้า อสังหาริมทรัพย์ไม่มีสำนักงานในการประกอบธุรกิจ ไม่มีการขออนุญาตและจดทะเบียนให้เป็น ผู้ประกอบธุรกิจ และการที่ไม่มีองค์กรเข้ามาควบคุมเป็นการเฉพาะ เป็นเหตุให้ขาดการควบคุม ดูแล ตรวจสอบ และกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมในการคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับ ผลกระทบได้อย่างเพียงพอ ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคจึงอาจได้รับความเสียหายจากการกระทำผู้ ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่สุจริตได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น โดยผู้ให้บริการจะต้องไปฟ้องร้องดำเนินคดีเอาากับผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะ เป็นการเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่าย และผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคอาจจะไม่ได้รับการเยียวยาชดใช้ ค่าเสียหาย เพราะผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์อาจจะไม่มีทรัพย์สินที่จะให้บังคับคดี ขายทอดตลาดนำเงินมาชำระค่าเสียหายให้กับผู้ได้รับความเสียหายได้

#### 4.2 ปัญหาในด้านของสัญญา

ปัญหาการคุ้มครองผู้บริโภคจากการเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการนายหน้า อสังหาริมทรัพย์ สัญญาที่ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ทำกับผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ บริโคนั้นมิได้กำหนดแบบและข้อความแห่งสัญญาไว้ คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันด้วยวาจา หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ปัจจุบันสัญญานายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้อยู่จำนวนมากมี ลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร ในลักษณะรูปแบบของสัญญาที่เรียกกันว่า “สัญญาสำเร็จรูป” มีการ กำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ล่วงหน้า โดยผู้ประกอบการจัดทำขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว ส่วน หนึ่งมักจะมีข้อสัญญาในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค เช่น เรื่องความรับ ผิดของผู้ให้บริการ และการยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจ การผิดสัญญา หรือกำหนดข้อ สัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค ซึ่งปัจจุบันรัฐก็ยังไม่มี การเข้าไป

<sup>95</sup> พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535, ส่วนที่ 3 การเป็นนายหน้าซื้อขาย หลักทรัพย์

<sup>96</sup> พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535, หมวดที่ 4 ตัวแทนประกันวินาศภัย และนายหน้า ประกันวินาศภัย.

ควบคุมดูแล เพราะรัฐจะยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา เมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครแล้ว คู่สัญญาจะต้องผูกพันและต้องปฏิบัติตาม ข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด แม้ว่าผลสัญญานั้นจะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เสียเปรียบก็ตาม หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าถูกต้องเป็นธรรมเนียม แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักแห่ง ความเสมอภาค และเท่าเทียมกันของบุคคล ซึ่งสภาพการณ์ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าประชาชน ผู้บริโภคไม่ได้มีฐานะ ความรู้ และความสามารถเท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นด้าน เศรษฐกิจ การศึกษา สติปัญญา ไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจในทาง เศรษฐกิจที่เหนือกว่าผู้บริโภค อีกทั้งยังมีความสับสนในการประกอบธุรกิจมากกว่า ส่วนในด้าน ความรับผิดชอบตามสัญญานั้น เมื่อได้มีข้อตกลงกันไว้เป็นอย่างดีแล้ว คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม ข้อตกลงนั้น ๆ ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามย่อมจะต้องรับผิดชอบ ผู้ประกอบธุรกิจมักจะจำกัดความรับผิดชอบ ของตนเอง และกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของตนเองไว้ในสัญญา เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากความ รับผิดชอบตามสัญญา ซึ่งผู้บริโภคไม่มีอำนาจในการต่อรองแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขหรือข้อตกลงใน สัญญา อีกสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์บางรายใช้ทำกับผู้ให้บริการมีข้อ สัญญาเป็นตัวอักษรขนาดเล็กจนมองเห็นได้ไม่ชัดเจน หรือใช้ถ้อยคำที่เคลือบคลุม หรือกำหนดข้อ สัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับ ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพราะปัจจุบันพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ยังไม่ถือว่าสัญญานายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นสัญญาที่ถูกควบคุม จึงมีปัญหว่าในการทำสัญญากับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะนำหลักกฎหมายใดมาบังคับใช้กับ กรณีดังกล่าวเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญา เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ ระบุเพียงสิทธิและหน้าที่ของนายหน้าทั่ว ๆ ไปเท่านั้น ซึ่งผู้บริโภคส่วนใหญ่ก็มักจะตกอยู่ในฐานะ เสียเปรียบหรือถูกเอาเปรียบ เนื่องจากตกอยู่ในภาวะจำยอม มีความจำเป็นที่จะต้องใช้บริการ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นผู้ดำเนินการติดต่อซื้อช่องให้ได้เข้าทำสัญญา เพราะผู้ประกอบธุรกิจ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีความกว้างขวางมากกว่าผู้ให้บริการ ส่งผลให้สามารถทำการซื้อ ขาย เช่า หรือ ให้เช่า ได้รวดเร็วกว่าผู้ให้บริการดำเนินการเอง หาก ผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคได้ พบกับผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ขาดความ รับผิดชอบ ขาดจรรยาบรรณ ปราศจากศีลธรรม และความสุจริต ในการประกอบธุรกิจแล้ว ผู้ให้บริการก็จะได้รับความเดือดร้อน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 แก้ไข เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้มีมาตรการคุ้มครอง ผู้บริโภคด้านสัญญาบัญญัติไว้ในมาตรา 35 ทวิ ว่า “ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการ



ใดถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือตามปกติ ประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นว่านั้นจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขและรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสองให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา”

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 แล้วคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาตามพระราชบัญญัติดังกล่าว สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาเงื่อนไขหรือข้อความในสัญญาได้ ด้วยการกำหนดให้สัญญานายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ซึ่งจะ ทำให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มีอำนาจเข้าตรวจสอบและพิจารณาเงื่อนไข ข้อตกลงตามสัญญาว่ามีความเป็นธรรมต่อผู้บริโภคเพียงใดหรือไม่ ซึ่งพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนายหน้ายังไม่มียกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์กับผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้บริโภค เมื่อเกิดกรณีร้องเรียนขึ้น สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจึงต้องเป็นหน่วยงานที่รับการร้องทุกข์ เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแล้วจะพบว่า มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่ตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบจากสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามความเจริญต่าง ๆ ดังนั้นเพื่อให้สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรง และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายเข้ามาแก้ไขความไม่เป็นธรรมของผู้บริโภคที่ได้รับจากการทำสัญญากับผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคซึ่งตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ก่อนหน้านั้นประเทศไทยได้เคยมีร่างพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับด้านสัญญาไว้โดยสรุปดังนี้

มาตรา 40 สัญญานายหน้าอย่างน้อย จะต้องระบุสาระสำคัญต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- (1) วัน เดือน ปี ที่ทำสัญญา
- (2) ชื่อคู่สัญญาและที่อยู่ปัจจุบัน
- (3) ราคาเสนอขาย
- (4) ค่าบำเหน็จ
- (5) วัน เดือน ปี ที่หมดอายุสัญญา มิฉะนั้นเป็นโมฆะ

และสัญญานายหน้า คู่สัญญาจะบอกเลิกสัญญาในเวลาใดก็ได้ เว้นแต่จะขัดกับข้อสัญญาหรือนายหน้าได้ชี้ช่องสำเร็จแล้ว

สรุปปัญหาในด้านของสัญญา

ผู้ศึกษาเห็นว่า ปัจจุบันการผู้บริ โภคเป็นจำนวนมากที่ใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ยังไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพราะผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่จะใช้สัญญาสำเร็จรูป มีการกำหนดข้อสัญญาหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ล่วงหน้า โดยผู้ประกอบการจัดทำขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว ส่วนหนึ่งจะมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือเอาเปรียบผู้บริ โภค ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริ โภคก็ไม่มีอำนาจในการต่อรองให้ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ทำการแก้ไขข้อสัญญา ได้แต่เพียงพิจารณาว่าจะเข้าทำสัญญาใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์หรือไม่เท่านั้น ซึ่งปัญหาในด้านการทำสัญญานายหน้าอสังหาริมทรัพย์ส่วนหนึ่งเกิดจากการที่ไม่มีกฎหมายควบคุมเป็นการเฉพาะ และไม่มีหน่วยงานของรัฐเข้าควบคุม ดูแล ตรวจสอบ เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะใช้ทำกับผู้บริ โภค ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือกว่าผู้ให้บริการเป็นฝ่ายกำหนดข้อสัญญาขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริ โภค หากมีกรณีฟ้องร้องเกี่ยวกับสัญญาที่ผู้บริ โภคทำกับผู้ประกอบการ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อสัญญาที่ผู้บริ โภคทำกับผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ หากเอาเปรียบเกินสมควรก็ให้ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งเป็นการแก้ไขที่ปลายเหตุ เพราะต้องมีการฟ้องคดีต่อศาลก่อนศาลจึงจะมีอำนาจพิจารณาได้ ถ้าหากไม่มีการฟ้องคดีต่อศาลผู้ให้บริการก็จะไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไข

#### 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้จากการประกอบธุรกิจ

ปัญหาเกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้จากการประกอบธุรกิจของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เมื่อนายหน้าทำการซื้อช่องให้ผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคได้เข้าทำสัญญาสำเร็จแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ก็จะได้ค่าบำเหน็จเป็นค่าตอบแทนจากผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค ซึ่งค่าบำเหน็จที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับนี้ย่อมถือเป็นเงินได้ของผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้รับค่านายหน้า และผู้จ่ายค่านายหน้าต่างก็มีภาระภาษีดังนี้

ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์มีภาระภาษีดังนี้

##### 1. ภาษีเงินได้

###### 1.1 ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

กรณีผู้รับค่านายหน้าเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา เมื่อได้รับค่านายหน้าแล้วต้องนำเงินได้นั้นมาเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา โดยค่านายหน้าถือเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(2) แห่งประมวลรัษฎากร

###### 1.2 ภาษีเงินได้นิติบุคคล

กรณีผู้รับค่านายหน้าเป็นนิติบุคคล ต้องนำเงินได้นั้นไปรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามแบบ ภ.ง.ด. 50 เช่นเดียวกับรายได้อื่น มาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

##### 2. ภาษีมูลค่าเพิ่ม

การเป็นนายหน้าถือเป็นการให้บริการประเภทหนึ่งตามมาตรา 77/1(10) แห่งประมวลรัษฎากร ถ้านายหน้ามีเงินได้จากกิจการให้บริการเกิน 1,800,000 บาท ต่อปี เงินได้นั้นต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มและต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 85 และมาตรา 85/1 แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ไม่ว่านายหน้านั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล

ผู้จ่ายค่านายหน้าให้แก่ผู้รับค่านายหน้ามีภาระในด้านภาษีดังนี้

##### 1. ภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย

1.1 กรณีผู้รับค่านายหน้าเป็นผู้ที่มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา เช่น จ่ายค่านายหน้าให้แก่ นาย ก. หรือ นาย ข. เป็นต้น จะต้องคำนวณหัก ณ ที่จ่าย ตามมาตรา 50(1) แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งมีวิธีการคำนวณภาษีหัก ณ ที่จ่าย ไว้โดยเฉพาะ (วิธีการเช่นเดียวกับการคำนวณหักภาษี ณ ที่จ่ายของเงินเดือน ค่าจ้าง) เว้นแต่ ถ้าผู้รับอยู่ในประเทศไทยไม่ถึง 180 วัน ในปีภาษี ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 50(1) วรรคสี่ แห่งประมวลรัษฎากร

1.2 กรณีผู้รับค่านายหน้าเป็นบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล เช่น จ่ายค่านายหน้าให้บริษัท ก. จำกัด เป็นต้น ถ้าผู้จ่ายค่านายหน้าเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือนิติบุคคลอื่น ผู้จ่ายเงินดังกล่าวต้องคำนวณหักภาษี ณ ที่จ่าย ในอัตราร้อยละ 3 และนำส่งตามข้อ 3/1

ของคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 ถ้าผู้จ่ายเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายแต่อย่างใด เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย

1.3 ถ้าเป็นการจ่ายค่านายหน้าให้แก่บริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ โดยมีได้ประกอบกิจการในประเทศไทย ผู้จ่ายเงินต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย และนำส่งด้วยตามแบบ ภ.ง.ด.54

## 2. ภาษีมูลค่าเพิ่ม

กรณีจ่ายค่านายหน้าให้แก่ผู้ประกอบการ(นายหน้า) ซึ่งอยู่ในต่างประเทศโดยหากลูกค้าในประเทศไทยให้แก่ผู้จ่ายค่านายหน้าในประเทศไทย ผู้จ่ายมีหน้าที่ต้องนำส่งภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 7 ตามแบบ ภ.พ.36 ทั้งนี้ตามมาตรา 83/6(2) แห่งประมวลรัษฎากร

แม้ว่าจะมีกฎหมายกำหนดชัดเจนอยู่แล้วว่าการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ มีภาระทางภาษีอย่างไร แต่หากบุคคลทั้งสองฝ่ายทั้งผู้ว่าจ้างนายหน้า และตัวนายหน้าเองสมัครใจกันที่จะปกปิดไม่ให้สรรพากรรู้ ก็เป็นการยากที่สรรพากรจะตรวจสอบได้ว่าเงินได้ที่เกิดขึ้นนั้นมีแหล่งที่มาจากการประกอบอาชีพเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาการเลี่ยงภาษีของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้ง่าย<sup>97</sup>

สรุปปัญหาเกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้จากการประกอบธุรกิจ

ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีที่ไม่มีกฎหมายบังคับให้การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ต้องมีการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจ และไม่มีหน่วยงานของรัฐเข้าไปควบคุม ดูแล ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวเป็นการเฉพาะ จึงเป็นการยากที่รัฐจะรวบรวมจัดทำสถิติของผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากไม่มีข้อมูลที่จัดเก็บอย่างเป็นระบบ จึงทำให้รัฐไม่สามารถเข้าตรวจสอบการเสียภาษีของผู้ประกอบธุรกิจนี้ได้ทั้งหมด จึงเป็นการยากที่รัฐจะจัดเก็บภาษีเงินได้ให้ได้ครบถ้วน ทำให้รัฐต้องเสียหาย เพราะผู้ประกอบธุรกิจบางส่วนอาจหลีกเลี่ยงไม่นำเงินได้จากการประกอบธุรกิจไปเสียภาษีให้กับรัฐ ทำให้รัฐขาดรายได้ เพื่อนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารและพัฒนาประเทศ

## 4.4 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษ และเยียวยาความเสียหาย

ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่กระทำทำให้ผู้บริโภคที่ใช้บริการได้รับความเสียหาย ตามสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับการคุ้มครองนั้น ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งมาตรการลงโทษทางกฎหมายถือเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพื่อผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะได้ประกอบธุรกิจโดยสุจริต และเป็นธรรม ยังผลให้เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้บริโภคจะได้ใช้บริการได้อย่าง

<sup>97</sup> โชติมา วิริยะชัยพร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 69*, น. 87-88.

ปลอดภัย ปราศจากความวิตกกังวลว่าจะถูกเอารัดเอาเปรียบ ถูกขู่ โกง หรือ ถูกหลอกลวง ส่วนมาตรการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวยังไม่มียกเว้นบัญญัติกฎหมาย ในการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการผู้ประกอบการ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ อีกทั้งไม่มีหลักประกันใด ๆ ในการที่จะเยียวยาผู้ใช้ ค่าเสียหายให้แก่ผู้ใช้บริการได้รับความเสียหายจากการประกอบธุรกิจของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ก่อนหน้านั้นประเทศไทยได้เคยมีร่างพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งได้ บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการลงโทษและเยียวยาความเสียหายไว้โดยสรุปดังนี้

#### มาตรการลงโทษ

มาตรา 44 บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเพราะการประพฤติผิดมรรยาทนายหน้าหรือ พนักงานขายมีสิทธิยื่นคำกล่าวหาต่อประธานคณะกรรมการ โดยเสนอผ่านนายทะเบียน เพื่อเสนอ คณะกรรมการพิจารณา

มาตรา 48 คณะกรรมการมีอำนาจวินิจฉัยและทำคำสั่งชี้ขาดอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้

- (1) ยกข้อกล่าวหา
- (2) ว่ากล่าวตักเตือน
- (3) ภาคทัณฑ์
- (4) พักใช้ใบอนุญาตมีกำหนดไม่เกินหนึ่งปี
- (5) เพิกถอนใบอนุญาต

คำสั่งชี้ขาดของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

มาตรา 50 เมื่อปรากฏว่านายหน้าหรือพนักงานขายผู้ใดขาดคุณสมบัติ ไม่ว่าจะการขาด คุณสมบัตินั้นจะเป็นการขาดก่อนหรือหลังขึ้นทะเบียน ให้คณะกรรมการสั่งเพิกถอนใบอนุญาตและ แจ้งคำสั่งให้ผู้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตนั้นทราบ

#### มาตรการเยียวยาความเสียหาย

มาตรา 23 ผู้รับใบอนุญาตเป็นนายหน้าจะต้องวางหลักประกันต่อคณะกรรมการ

มาตรา 24 การวางหลักประกันมิไว้เพื่อชดใช้ค่าเสียหาย ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจ บังคับชำระหนี้จากนายหน้าหรือพนักงานขาย

ในต่างประเทศ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ต่างก็มีมาตรการลงโทษผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีที่นายหน้าดำเนินการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎ ระเบียบ ที่ออกตามบทบัญญัติของกฎหมายทั้งทางปกครอง และ ทางอาญา ดังนี้

### โทษทางปกครอง

มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย ได้บัญญัติถึงมูลเหตุการลงโทษทางปกครองไว้หลายกรณี เช่น กรณีที่ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 หรือฝ่าฝืนกฎระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว หรือกรณีที่ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียน หรือดำเนินธุรกิจหรือปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เหมาะสม หรือไม่เป็นธรรมเนียม เป็นต้น

ในกรณีที่อธิบดีเห็นว่ามีความผิดที่จะลงโทษทางปกครองได้ อธิบดีอาจกำหนดโทษทางปกครอง เช่น

- (1) การเตือน
- (2) การพักใช้ใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียน
- (3) ยกเลิกใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียน
- (4) กำหนดค่าปรับทางแพ่ง
- (5) กำหนดเงื่อนไขในใบอนุญาตใบรับรองการจดทะเบียน
- (6) ห้ามบุคคลดังกล่าวเข้ายุ่งเกี่ยวกับการควบคุม จัดการ หรือการดำเนินธุรกิจที่ได้รับ

### ใบอนุญาต

#### โทษทางอาญา

นอกจากมาตรการลงโทษทางปกครองแล้ว Property, Stock and Business Agents Act 2002 ยังมีการบัญญัติบทลงโทษทางอาญาไว้ เช่น

1. ผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนนำเงินที่ได้รับไว้แทนบุคคลที่เกี่ยวข้องในการทำธุรกรรม ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี
2. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนละเลยที่จะส่งเงิน ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนให้กับบุคคลที่ตนได้รับเงินมาหรือบุคคลที่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าว ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี
3. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนส่งเงิน ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนไปยังบัญชีอื่น โดยรู้ว่าเป็นบัญชีที่มีความไม่ถูกต้อง ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี

Property, Stock and Business Agents Act 2002 ยังได้กำหนดให้ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้อง



1. ขอรับใบอนุญาต และขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ หากฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 100 หน่วย สำหรับบุคคลธรรมดา และ จะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 200 หน่วยสำหรับนิติบุคคล

2. จดทะเบียนสำนักงานตามที่อยู่ที่เราไว้ในใบสมัคร และการแจ้งการเปลี่ยนแปลงสถานที่ตั้งของสำนักงานที่จดทะเบียนจะต้องยื่นขออนุญาตภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หากฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษปรับสูงสุด 50 หน่วย

ส่วนสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางปกครองและลงโทษทางอาญา ในกรณีที่ผู้ให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ หรือนายหน้าดำเนินการฝ่าฝืนรัฐบัญญัติ “Real Estate Service Act of the Philippines 2009” หรือกฎ หรือระเบียบ ตลอดจนการดำเนินการต่าง ๆ ที่ออกตามรัฐบัญญัติ ดังนี้

โทษทางปกครอง เช่น

1. เพิกถอนใบรับรองการจดทะเบียนและบัตรประจำตัววิชาชีพ หรือ
2. ยกเลิก หรือ
3. พักการใช้ใบอนุญาตของผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์ จากการปฏิบัติงานวิชาชีพในกรณีดังต่อไปนี้ :

1. ผู้ซึ่งได้มาซึ่งใบรับรองการจดทะเบียน หรือ บัตรประจำตัววิชาชีพ โดยการฉ้อฉลหรือหลอกลวง

2. การให้บุคคลซึ่งไม่มีคุณสมบัติโฆษณาหรือปฏิบัติงานวิชาชีพ โดยการใช้ใบรับรองการจดทะเบียนหรือบัตรประจำตัววิชาชีพ หรือใบอนุญาตของตน

3. การปฏิบัติที่ผิดจรรยาบรรณ

4. การปฏิบัติโดยทุจริตหรือการละเมิดบทบัญญัติใด ๆ ตามพระราชบัญญัติ กฎ ระเบียบ หลักจรรยาบรรณ และความรับผิดชอบของผู้ปฏิบัติงานบริการอสังหาริมทรัพย์

5. ดำเนินการปฏิบัติงานวิชาชีพในระหว่างที่ถูกระงับใบอนุญาตโทษทางอาญา เช่น

1. ผู้ให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎ หรือระเบียบที่จะต้องปฏิบัติจะต้องโทษปรับไม่ต่ำกว่า 100,000 เปโซ หรือจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

2. ในกรณีที่การละเมิดกระทำโดยผู้ปฏิบัติงานบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้รับอนุญาต ต้องถูกลงโทษเป็นสองเท่าของโทษปรับหรือโทษจำคุกจากที่กำหนดไว้

ในกรณีการละเมิดกระทำโดยหุ้นส่วนจำกัด หรือ บริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลอื่น ผู้เป็นหุ้นส่วน ประธาน กรรมการ ผู้จัดการ ที่รู้เห็นหรือยินยอมกับการทำละเมิดดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ทำละเมิด

#### มาตรการเยียวยาความเสียหาย

สำหรับมาตรการในการเยียวยาความเสียหายจากการประกอบธุรกิจนายหน้า อสังหาริมทรัพย์ มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย ได้ให้มีการจัดตั้งกองทุนชดเชยความเสียหาย (Compensation Fund) ขึ้น โดย Property, Stock and Business Agents Act 2002 ได้บัญญัติให้นายหน้าที่ได้รับการจดทะเบียนจะต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนตั้งแต่วันที่ได้รับการขึ้นทะเบียน ซึ่งกองทุนนี้ก่อตั้งขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายทางการเงิน (Pecuniary Loss) อันเนื่องมาจากความบกพร่องในหน้าที่ (Failure to Account) ในการดูแลเงินหรือทรัพย์สินที่ตนหรือผู้เกี่ยวข้องกับตนได้รับมอบหมายให้ดูแลในฐานะนายหน้า ทั้งนี้ไม่ว่าความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ส่วนสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้กำหนดให้ผู้ปฏิบัติงานด้านบริการอสังหาริมทรัพย์ จะต้องทำประกันภัย เพื่อคุ้มครองความรับผิดชอบที่เกิดจากการประกอบอาชีพ ตามวงเงินที่คณะกรรมการกำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 20,000 เปโซ

#### สรุปปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษ และเยียวยาความเสียหาย

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายโดยตรงในการลงโทษผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกระทำผิด เพื่อให้เกิดความเข็ดหลาบ ตลอดจนไม่มีมาตรการในการป้องกันและเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ คงนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ ซึ่งยังไม่ครอบคลุมและไม่สามารที่จะคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเพียงพอ เพราะหากผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการใช้บริการผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาล ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาก็ที่ปลายเหตุมากกว่าเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ในต่างประเทศ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ได้มีการบัญญัติกฎหมายและมีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรที่เป็นผู้ควบคุม กำกับ ดูแล และตรวจสอบ ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยผู้ที่ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีการจดทะเบียนและได้รับอนุญาต ให้เป็นผู้ประกอบธุรกิจ มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับอนุญาต มีมาตรการลงโทษและเยียวยาความเสียหายให้กับบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ สำหรับประเทศไทยนั้นเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการ

กระทำของผู้ประกอบธุรกิจในทางอาญา ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจึงจะมีสิทธิเข้าแจ้งความร้องทุกข์ หรือฟ้องร้องดำเนินคดีเอากับผู้กระทำผิดได้ ซึ่งจะเป็นการเสียเวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายของผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค และเป็นการไม่แน่ว่าผู้บริการที่ได้รับความเสียหายจะได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหาย เพราะผู้กระทำความผิดอาจหลบหนีไป ไม่สามารถติดตามผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีได้ ในคดีส่วนแพ่งเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาแล้วจำเลยอาจไม่มีทรัพย์สินที่จะให้บังคับคดีขายทอดตลาดนำเงินมาเยียวยาชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายได้



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ปัจจุบันธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นธุรกิจการให้บริการประเภทหนึ่งที่มีความสำคัญต่อคนในสังคม เพราะเป็นการอำนวยความสะดวกในการซื้อขาย เช่า หรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามความจำเป็นของแต่ละบุคคลและมีความสำคัญต่อการพัฒนาทางสังคม และเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นหนึ่งในธุรกิจบริการที่มีแนวโน้มการขยายตัวสูงและสร้างรายได้ให้กับประเทศชาติเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เพราะในปัจจุบันทั้งชาวไทยและชาวต่างชาตินิยมใช้บริการธุรกิจดังกล่าว เนื่องจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่จะไม่มีเวลาและความชำนาญและไม่ทราบช่องทางในการนำทรัพย์สินออกขายหรือให้เช่า จึงจำเป็นต้องอาศัยนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นผู้ช่วยดำเนินการแทน ซึ่งจะเป็นการสะดวกกว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ดำเนินการเอง เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะมีความเชี่ยวชาญ ความรู้ ความชำนาญในการติดต่อเจรจา ซึ่งช่องให้ได้เข้าทำสัญญา รวมทั้งมีการโฆษณาประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ฝากขาย หรือทรัพย์สินที่จะให้เช่า จึงทำให้นายหน้าอสังหาริมทรัพย์หรือให้เช่าได้เร็วกว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นำทรัพย์สินออกขายหรือให้เช่าเอง ส่วนผู้ซึ่งต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์ หรือต้องการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ปัจจุบันก็นิยมใช้บริการผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพราะผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะมีทรัพย์สินหลากหลายรูปแบบ มีข้อมูล และทำเลที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์เป็นจำนวนมากให้เลือกหาและเปรียบเทียบ เพื่อให้ได้ทรัพย์สินที่มีสภาพดีตรงกับความต้องการ และคุ้มค่า อีกทั้งผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ยังอำนวยความสะดวกด้วยการพาไปดูสภาพทรัพย์สินและทำเลที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์ด้วย เป็นการสะดวกกว่าการที่ผู้ใช้บริการไปเดินทางไปเลือกหาเอง ดังนั้นธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จึงถือเป็นธุรกิจที่มีความสำคัญต่อการดำเนินชีวิตของผู้บริโภคอย่างหนึ่ง

จากการศึกษามาตรการกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยศึกษาและวิเคราะห์ระหว่างกฎหมายของประเทศไทยและของต่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในต่างประเทศ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย หรือ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ จะให้ความสำคัญกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไว้เป็นอย่างมาก เพื่อเป็นการ

คุ้มครองผู้บริโภค และให้ความปลอดภัยในการใช้บริการผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนเพื่อเป็นการเข้าควบคุมดูแล การปฏิบัติงานและการบริการของผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้มีมาตรฐานสามารถแข่งขันได้กับทั่วโลก ทั้งนี้เพื่อเป็นการพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ และความก้าวหน้าของประเทศ

ส่วนประเทศไทยปัจจุบันมีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 16 ว่าด้วย นายหน้าเพียง 5 มาตรา ซึ่งเป็นการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของนายหน้าทั่วไป ยังไม่มี บทบัญญัติและมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับ ควบคุม ดูแล ตรวจสอบ การประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ เหมือนเช่น การประกอบการจำหน่ายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ หรือธุรกิจนายหน้าประกันวินาศภัย อีกทั้งยังไม่มีองค์กรของรัฐที่เข้าควบคุม ดูแล ตรวจสอบ โดยตรง จึงยังไม่สามารถที่จะควบคุม ดูแล ตรวจสอบ การประกอบการของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างครอบคลุม และยังไม่สามารถที่จะให้ความ คุ้มครองผู้ซึ่งใช้บริการผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้เกิด ปัญหาจากการกระทำของผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่สุจริต อาศัยช่องว่างของ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ยังครอบคลุมไม่ถึง ทำให้ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคได้รับความเดือดร้อน เสียหาย ผู้ศึกษาได้พบปัญหาหลายประการจากการศึกษาดังนี้

#### 5.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนการประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยส่วนใหญ่จะเป็นนายหน้า อิสระ ทำเป็นอาชีพเสริม เนื่องจากเป็นอาชีพที่ทำได้ง่าย มีต้นทุนต่ำ แต่ในขณะเดียวกันจะได้รับ ค่าตอบแทนที่ค่อนข้างสูง แม้ไม่มีสำนักงานเป็นสถานที่ประกอบธุรกิจก็สามารถดำเนินการ ประกอบธุรกิจได้ จึงมีผู้หันมาประกอบอาชีพนี้เป็นจำนวนมาก เพราะสามารถดำเนินการประกอบ ธุรกิจได้อย่างเสรี อีกทั้งปัจจุบันยังไม่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับใด ๆ ควบคุมการ ดำเนินการประกอบธุรกิจดังกล่าวนี้เป็นการเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการจดทะเบียนสถานที่ตั้ง สำนักงานในการประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ การขออนุญาตประกอบธุรกิจการ จดทะเบียนให้เป็นผู้รับอนุญาตประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และยังไม่มีความหมายของ รัฐในการกำกับ ควบคุม ดูแล ตรวจสอบ เป็นการเฉพาะ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภคได้แก่ สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค ก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายโดยตรงในการเข้าควบคุม ดูแล ตรวจสอบ และกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็ยังไม่ครอบคลุมเพียงพอในการให้ความ คุ้มครองผู้บริโภคผู้ซึ่งใช้บริการ ผู้ประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ การที่ผู้ประกอบการ จำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไม่มีการจดทะเบียนสำนักงานสถานที่ตั้งในการประกอบธุรกิจ ไม่มีการ ขออนุญาตและจดทะเบียนให้เป็นผู้รับอนุญาตประกอบการจำหน่ายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เมื่อเกิด

ปัญหาขึ้นอาจไม่สามารถติดตามหรือติดต่อกับผู้ประกอบการธุรกิจได้ และเป็นการยากที่รัฐจะเข้าไปควบคุมดูแลตรวจสอบ เนื่องจากไม่มีข้อมูลของผู้ประกอบการธุรกิจในการที่จะให้ติดตามตรวจสอบ ส่งผลให้ไม่สามารถที่จะคุ้มครอง ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ จากการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่สุจริต เช่น การแอบอ้าง การหลอกลวง การฉ้อโกง การฉ้อฉล การเอาเปรียบ ผู้บริโภค ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค สังคม และเศรษฐกิจของประเทศชาติ รวมทั้งก่อให้เกิดกรณีพิพาทขึ้นทั้งทางแพ่งและทางอาญา จะเห็นได้ว่าหากผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากการใช้บริการของผู้ประกอบการธุรกิจของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ผู้บริโภคร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคก็จะดำเนินการไกล่เกลี่ย หากไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จก็จะต้องทำการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อไป ซึ่งจะเป็นการเสียเวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย อีกทั้งเป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ ปัจจุบันพบว่าในต่างประเทศได้มีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม ดูแลการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย ผู้ที่จะประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องขออนุญาต และขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ อีกทั้งต้องจดทะเบียนสำนักงานตามที่อยู่ที่จะระบุไว้ในใบสมัคร การแจ้งเปลี่ยนแปลงที่ตั้งสำนักงานที่จดทะเบียนต้องยื่นขออนุญาต หรือในทวีปเอเชีย เช่น สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ผู้ที่จะประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องผ่านการสอบเพื่อรับใบอนุญาตและผู้ที่ยื่นขอสอบผ่านจึงจะได้รับจดทะเบียนให้เป็นผู้ประกอบการ ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดที่ประกอบธุรกิจให้บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ต้องจดทะเบียนกับสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และบุคคลซึ่งกระทำการแทนนิติบุคคลนั้นจะต้องได้รับอนุญาตและจดทะเบียนให้เป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์, ผู้ประเมิน หรือ ที่ปรึกษาแล้วแต่กรณี

5.1.2 ปัญหาในด้านของสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ทำกับผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคที่ใช้อยู่ในปัจจุบันส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร ในลักษณะสัญญาสำเร็จรูป มีการกำหนดข้อสัญญาและเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ล่วงหน้า โดยผู้ประกอบการธุรกิจจัดทำขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว ส่วนหนึ่งจะมีข้อสัญญาหรือเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบหรือไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค เมื่อผู้ใช้บริการได้แสดงเจตนาทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์แล้ว ก็จะต้องผูกพันและต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ได้

ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด แม้ว่าสัญญานั้นจะทำให้ผู้ใช้บริการเสียเปรียบ เพราะโดยสภาพการณ์ในปัจจุบันผู้บริโภคไม่ได้มีฐานะ ความรู้ ความสามารถเท่าเทียมกับผู้ประกอบการธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ การศึกษา สติปัญญา จึงจำต้องยอมรับข้อสัญญาหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ตามที่ผู้ประกอบการกำหนด ไม่มีโอกาสต่อรอง เนื่องจากตกอยู่ในภาวะจำยอมมีจำเป็นที่จะต้อง



ใช้บริการนายหน้าเป็นผู้ติดต่อซื้อขาย เพราะผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะมีความรู้ ความชำนาญ และกว้างขวางมากกว่าผู้ใช้บริการ สามารถทำการซื้อขาย เช่า หรือให้เช่า ได้รวดเร็ว กว่าผู้ใช้บริการดำเนินการด้วยตนเอง อีกทั้งสัญญาที่ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์บาง รายจะมีลักษณะของข้อความเป็นตัวอักษรขนาดเล็กมองเห็นได้ไม่ชัดเจน หรือมีถ้อยคำที่เคลือบคลุม หรือมีการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ซึ่งผู้ใช้บริการก็ได้แต่เพียงพิจารณาว่า จะทำสัญญากับผู้ประกอบการหรือไม่เท่านั้นปัญหาในด้านการทำสัญญานายหน้าอสังหาริมทรัพย์ นั้นส่วนหนึ่งเกิดจากการที่ในปัจจุบันไม่มีกฎหมายใช้บังคับเป็นการเฉพาะและยังไม่มีหน่วยงาน ของรัฐเข้าควบคุม ดูแล ตรวจสอบ เกี่ยวกับลักษณะของข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการจะใช้ทำกับ ผู้บริโภค ทำให้ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในทางเศรษฐกิจ เหนือกว่าผู้ใช้บริการกำหนดข้อสัญญาขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียวในลักษณะสัญญาสำเร็จรูป จึงไม่เป็น ธรรมต่อผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค

#### 5.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเสียหายจากการประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

คำบ้ำาเหนืงที่ผู้ประกอบการได้รับยอมถือเป็นเงินได้ที่ผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องเสีย ภาษีให้แก่รัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 50 ที่บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่ดังต่อไปนี้..... (9) เสียภาษีอากรตามที่กฎหมายบัญญัติ จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันยังไม่มืกฎหมายบังคับให้ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ต้องมีการจดทะเบียน ไม่มีหน่วยงานของรัฐเข้าไปควบคุม ดูแล ผู้ประกอบการดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ไม่มีการรวบรวม จัดทำสถิติของผู้ประกอบการ และจัดเก็บข้อมูลของผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นระบบ จึงเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์บางส่วนอาศัย เป็นช่องทางในการหลีกเลี่ยงไม่นำเงินได้จากการประกอบการไปเสียภาษีให้กับรัฐ และรัฐก็ยาก จะเข้าตรวจสอบการเสียหายของผู้ประกอบการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้ทั้งหมดเพราะไม่มี ข้อมูลของผู้ประกอบการ ทำให้รัฐต้องขาดรายได้จากการที่ผู้ประกอบการนายหน้า อสังหาริมทรัพย์หลีกเลี่ยงไม่นำเงินได้มาเสียภาษีให้แก่รัฐ ทำให้รัฐได้รับความเสียหาย ขาดรายได้ เพื่อนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารประเทศ จึงส่งผลกระทบต่อการพัฒนาของสังคมและ เศรษฐกิจประเทศ

#### 5.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษ และเยียวยาความเสียหาย

ปัจจุบันธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้มีการขยายตัวเพิ่มมากขึ้น การควบคุมดูแล การประกอบการของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นสิ่งสำคัญ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้า มาควบคุมดูแลตรวจสอบการประกอบการดังกล่าวให้มีความเหมาะสม เป็นธรรม ป้องกันการเอา รัศเอาเปรียบ หลอกลวง หรือล้อโกง ผู้ใช้บริการ เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มืกฎหมายและมาตรการ

และหน่วยงานของรัฐในการควบคุม กำกับ ดูแล ที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ คงนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นกฎหมายใกล้เคียงมาใช้บังคับ ซึ่งยังไม่ครอบคลุมในการนำมาใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้โดยตรง อีกทั้งยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรงในการลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อให้เกิดความเกรงกลัว เช็ดหลาบ ในการที่จะกระทำความผิดหรือก่อให้เกิดผู้ใช้บริการได้รับความเสียหายอีก รวมทั้งไม่มีมาตรการในการป้องกันและเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย ผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจะต้องแจ้งความร้องทุกข์ ฟ้องร้องต่อศาลเพื่อดำเนินคดีเอากับผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ผู้ซึ่งทำให้ได้รับความเสียหาย ซึ่งจะเป็นการเสียเวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย และเป็นการไม่แน่ว่าผู้ได้รับความเสียหายจะได้รับการเยียวยาชดใช้ค่าเสียหาย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่คุณศึกษาได้ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ทำให้ทราบว่ามาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ยังไม่สามารถปกป้อง ให้ความปลอดภัย ตลอดจนคุ้มครองผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคได้อย่างเพียงพอ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค และป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้บริโภค รวมทั้งสร้างมาตรฐานในการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจของประเทศชาติ ผู้ศึกษาจึงใคร่ขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหา ดังนี้

### 5.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะให้มีการออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับ ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ และให้กระทรวงการคลัง โดยกรมธนารักษ์ และกระทรวงมหาดไทย โดยกรมที่ดิน เป็นหน่วยงานที่ควบคุมกำกับดูแลโดยตรง และสาระสำคัญของกฎหมายควรมีดังนี้

1. กำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
2. กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

2.1 กำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนและการออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

2.2 กำหนดหลักสูตรการเรียนการสอน วิธีการจัดสอบความรู้ผู้เข้ารับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

2.3 กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะขออนุญาตประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

2.4 พิจารณาอนุญาตให้รับขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

2.5 สอดส่องความประพฤติและสอบสวนข้อกล่าวหาหรือข้อร้องเรียน

2.6 พิจารณาสั่งพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบธุรกิจให้เป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

2.7 กำหนดกฎ ระเบียบ จรรยาบรรณ จริยธรรม และ มรรยาท ของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

2.8 ในการปฏิบัติหน้าที่ให้กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งคณะกรรมการมอบหมายเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

3. กำหนดให้สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคเป็นผู้กำกับดูแลเรื่องสัญญา โดยให้มีผู้แทนของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกรรมการในคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นด้วย เพื่อพิจารณาในเรื่องของสัญญาการให้บริการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เป็นธุรกิจบริการที่ควบคุมสัญญา

4. ผู้ที่จะประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีคุณสมบัติขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนด และจะต้องได้รับการสอบเพื่อรับอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งต้องจดทะเบียนระบุชื่อ ที่อยู่ ของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และสำนักงานสถานที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจ ซึ่งจะทำได้ง่ายต่อการควบคุม ดูแล และตรวจสอบ

ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นการควบคุมดูแล ตรวจสอบ การดำเนินการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ คุ้มครองผู้บริโภคที่ใช้บริการผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้และปลอดภัย ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาควบคุม ดูแล และตรวจสอบการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้มีความเหมาะสม เป็นธรรม ด้วยการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ และจัดตั้งหน่วยงานขึ้นควบคุม ดูแล ตรวจสอบโดยตรง

#### 5.2.2 ปัญญาในด้านของสัญญา

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะให้สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคเป็นผู้ควบคุมดูแลเรื่องสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะใช้ทำกับผู้ให้บริการหรือผู้บริโภค เนื่องจากสัญญา

นายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นสัญญาให้บริการประเภทหนึ่งที่ยังไม่มีกฎหมายและหน่วยงานของรัฐ เข้าควบคุมเป็นการเฉพาะ จึงเห็นควรมีให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาที่ผู้ประกอบการ ธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะใช้ทำกับผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคต้องผ่านการตรวจสอบของ คณะกรรมการ และจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด เพื่อป้องกันและ แก้ไขปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ทำสัญญากับ ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคในลักษณะที่เอาเปรียบ เคลือบคลุม หรือใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็น ธรรมกับผู้บริโภค และจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญานายหน้า อสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้ประกอบการจะทำกับผู้ใช้บริการ โดยให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาใช้ อำนาจตามมาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ประกอบมาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและ ลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ออกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ธุรกิจนายหน้า อสังหาริมทรัพย์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และกำหนดให้สัญญานายหน้าอสังหาริมทรัพย์ต้องมี ข้อความเป็นภาษาไทย มีขนาดที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจน และสัญญาอย่างน้อยต้องระบุข้อ สาระสำคัญดังนี้

1. วัน เดือน ปี ที่ทำสัญญา
2. ชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้บริการนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
3. ชื่อและที่อยู่ของผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
4. สถานที่ตั้งของสำนักงาน หมายเลขโทรศัพท์ เลขทะเบียนนิติบุคคล ของผู้ประกอบการ ธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
5. รายละเอียดของพนักงานผู้ดูแลรับผิดชอบ
6. รายละเอียดของทรัพย์สินที่จำเป็นเพื่อสามารถระบุตัวทรัพย์สินได้ง่าย รวมทั้งที่อยู่ ของทรัพย์สิน
7. ค่าบำเหน็จและการชำระค่าบำเหน็จ
8. ผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เสียไป
9. ขอบเขตในการดำเนินการชี้ช่องของนายหน้า

10. ระยะเวลาในการดำเนินการตามสัญญา
11. การบอกเลิกสัญญา
12. ค่าปรับกรณีผิดสัญญา ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

### 5.2.3 ปัญหาการเสียหายจากการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะให้รัฐบัญญัติกฎหมายขึ้นควบคุม ดูแล ตรวจสอบ การประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ทุกรายจะต้องได้รับอนุญาตและมีการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจต่อหน่วยงานของรัฐ และมีเก็บข้อมูล รวมทั้งรวบรวมจัดทำสถิติของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์อย่างถูกต้องเป็นระบบ เพื่อรัฐจะได้ง่ายต่อการควบคุมและตรวจสอบการเสียหายของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์หลีกเลี่ยงการเสียหาย ซึ่งจะทำให้รัฐมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีเพื่อนำมาพัฒนาประเทศได้มากขึ้น อันจะเป็นแนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงการเสียหายของประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

### 5.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษ และเยียวยาความเสียหาย

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะ ให้รัฐบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษในทางปกครอง เช่น ให้พักการใช้ใบอนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต หรือห้ามมิให้ดำเนินธุรกิจอีกต่อไป รวมทั้งให้มีมาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดในทางอาญา กับผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเกรงกลัว เจ็ดหลาบ ในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่สังคมและเศรษฐกิจของประเทศชาติ ตลอดจนมีมาตรการในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคจะได้ไม่ต้องไปฟ้องร้องดำเนินคดีเอากับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นการแก้ไขเยียวยาที่ปลายเหตุมากกว่าการป้องกัน

ซึ่งแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ที่นำเสนอเหล่านี้ จะเป็นประโยชน์ในการที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ประกอบธุรกิจด้วยความสุจริต และเป็นธรรม ยังผลให้

เป็นการคุ้มครองผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคจะได้ใช้บริการได้อย่างปราศจากความวิตกกังวลว่าจะถูกผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เอารัดเอาเปรียบ น้อโกง หรือ หลอกลวงป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้บริโภค เพื่อผู้บริโภคจะได้รับความปลอดภัยในการใช้บริการผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนเป็นการสร้างมาตรฐานในการประกอบธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้มีความทัดเทียมและเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ อันจะส่งผลดีต่อผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค ผู้ประกอบการธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ สังคม และเศรษฐกิจของประเทศชาติสืบไป







**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

กมล สนธิเกษตริณ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 7.

กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2530.

กรุณา ทาแก้ว. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจอาคารชุด : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า  
จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

“จับตาเอเชียตะวันออก East Asia Watch. ข้อมูลประเทศและเขตเศรษฐกิจฟิลิปปินส์.”

<https://eastasiawatchinth.com/th/information/11/>, 29 มีนาคม 2563.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โภค. กรุงเทพมหานคร : วิญญชน, 2543.

โชติมา วิริยะชัยพร. “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้า  
อสังหาริมทรัพย์ (เพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)).”  
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

ณัฐนิตา ธรรมกิตติคุณ. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตีความสัญญาหน้า.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.

ดารารพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญา  
ที่ไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

ธนา เบญจาทิกุล. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โภค. กรุงเทพมหานคร : สภานายความ, 2544.

ชเนศ ปติภัทรพรกุล. “มาตรการกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคจากบรรจภัณฑ์ที่มีขนาดใหญ่  
เกินจริง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

บริษัท พลัส พร็อพเพอร์ตี้ จำกัด. “ลูน พรบ. นายหน้าปลุกตลาดบ้านมือสอง.”

<https://www.plus.co.th/articles/PLUS-1815/>, 24 เมษายน 2563.

ปณิภัท จันทนขจรฟูง. “การศึกษาส่วนสมการตลาดของนายหน้าบ้านมือสองใน

เขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล.” ภาคนิพนธ์ บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต

บัณฑิตวิทยาลัย สถาบันราชภัฏสวนดุสิต, 2545.

ประสิทธิ์ โขวิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนค้าต่างและ  
นายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2549.

ประมาณ ชันชื้อ. “ระบบศาลและการกฎหมายในฟิลิปปินส์.”

<http://www.library.coj.go.th/EbookInfo/zoom/4818>, 29 มีนาคม 2563.

ไพฑูริศ เอกจริยกร. ตัวแทน-นายหน้า (Agency-Brokerage). พิมพ์ครั้งที่ 13.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

พินิจ ทิพย์มณี. หลักกฎหมายตัวแทน-นายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 2 ปรับปรุงใหม่.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

วิชา มหาคุณ. “ทฤษฎีกฎหมาย.”

<https://so05.tcithaijo.org/index.php/lawjournal/article/download/243935/165691>,  
29 มีนาคม 2563.

วิจักขณ์ภัค เกศา. “กฎหมายนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกับ

กฎหมายนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ประเทศสิงคโปร์ และประเทศฟิลิปปินส์.”

การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
สุโขทัยธรรมมาธิราช, 2559.

ศนันท์ภรณ์(จำปี) โสคติพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 16 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554.

ศรัณย์ ศรัณยสุนทร. “วิธีพิจารณาคดีคุ้มครองผู้บริโภคทางแพ่งในชั้นศาล.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549.

ศนันท์ภรณ์(จำปี) โสคติพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

ศิริพร เอี่ยมธงชัย. อภิวัฒน์ จิระศิริโสภณ. “กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของ  
ประเทศออสเตรเลีย.” รายงานการวิจัย นำเสนอ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,  
2550.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป.

พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2544.

สถิต เล็งไชสง. คำอธิบายวิชากฎหมายตัวแทนและนายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 3.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2539.

สุขุม สุภนิติย์. คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 4 ฉบับปรับปรุงแก้ไข.

กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

สุขุม สุภนิติย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.

กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2537.

หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ. “हनุนัจระเบียบนายหน้า สศค. ยกระดับ ออก กม. คุมไทย และต่างชาติ.” <https://www.thansettakij.com/cont/236320>, 29 มีนาคม 2563.

Positioning Magazine. “สมาคมนายหน้า ฯ กระตุ้นรัฐบาลลดกฎหมายควบคุมวิชาชีพบริการ อสังหาริมทรัพย์.” <https://positioningmag.com/46772>, 24 เมษายน 2563.

RYT9. “เปิดประตูตลาดใหม่: ฟิลิปปินส์...จากคนป่วยแห่งเอเชียสู่ตลาดดาวรุ่งใหม่ ของอาเซียน.” <https://www.ryt9.com/s/exim/3082675>, 29 มีนาคม 2563.

“สืบค้นคำพิพากษาศาลฎีกา.” <https://deka.supremecourt.or.th/>

### ภาษาต่างประเทศ

Property, Stock and Business Agents Act 2002.

Property, Stock and Business Agents Regulation 2003.

Real Estate Service Act of the Philippines 2009

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

กัลย์ฉันท วิริยะเสริมสุข

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2537 นิติศาสตร์บัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

พ.ศ. 2551 เนติบัณฑิต

สำนักอบรมแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ตำแหน่งที่ทำงานปัจจุบัน

ทนายความ

