

วิเคราะห์และเปรียบเทียบนายหน้าซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้ากับกฎหมายทั่วไปของ ไทยและกฎหมายต่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษาถึงสถานะและสิทธิหน้าที่และประเภทตัวแทน หรือบุคคลที่ได้
กระทำการเป็นตัวกลางประเภทต่างๆ ของประเทศไทยและต่างประเทศในบทก่อนแล้วนั้น สำหรับ
บทนี้จะเป็นการวิเคราะห์ถึงสถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของไทยว่ามีสถานะอย่างไร และ
มาตรการการคุ้มครองสิทธิของลูกค้าย่างไร เมื่อเปรียบเทียบกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของ
ต่างประเทศ

5.1 วิเคราะห์สถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้ถือหลักในเรื่องของการเป็นตัวแทนโดยตรง (Direct Agency) ตัวการ
จะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยตรงจากการกระทำของตัวแทน โดยตัวแทนจะต้องแจ้งหรือ
บอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกว่าตนได้กระทำการแทนตัวการ ในฐานะตัวแทนของบุคคลนั้น มิใช่
กระทำในนามตนเอง หากตัวแทนมิได้แจ้งเรื่องดังกล่าวให้บุคคลภายนอกทราบ ต้องถือว่าตัวแทน
กระทำการเพื่อตนเอง หรือตัวแทนโดยทางอ้อม (Indirect Agency) คือ ตัวแทนจะต้องผูกพันกับ
บุคคลภายนอกแทนตัวการ แต่ไม่ยอมรับหลักการในเรื่องที่ว่าบุคคลภายนอกเข้าใจว่าทำสัญญา
กับบุคคลหนึ่ง (ตัวแทน) ในฐานะตัวการ แต่มีบุคคลอื่น (ตัวการ) มาแสวงสิทธิเข้ามาเป็นคู่สัญญา
กับตนในฐานะตัวการในลักษณะการเป็นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Undisclosed Agent)
ซึ่งเป็นตัวแทนโดยทางอ้อม (Indirect Agency) ไม่แท้จริง

5.1.1 วิเคราะห์จากหลักเรื่อง ตัวการตัวแทน (Agency) และ สัญญา Mandate

ในเรื่องของนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนนั้น กฎหมายญี่ปุ่นได้เปิดช่องให้
ตัวแทนสามารถกระทำการในนามของตนเองหรือในนามของตัวการ (Mandator) ก็ได้ ซึ่งหาก
กระทำในนามตนเองก็ต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกในฐานะคู่สัญญา ซึ่งจะส่งผลให้ตัวการกับ
บุคคลภายนอกไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน แต่ถ้ากระทำในนามตัวการ (Mandator) ก็ผูกพันตัวการกับ
บุคคลภายนอกตามหลักกฎหมายเรื่องตัวการตัวแทน (Agency)

จากลักษณะการทำหน้าที่ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (Futures Commission
Merchant) ที่กระทำการเป็นตัวแทนซื้อขายสินค้าเกษตรแทนลูกค้าที่ได้รับการแต่งตั้งจากลูกค้า ซึ่ง
สัญญาดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วเป็นประเด็นของนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับนายหน้าซื้อขาย
ล่วงหน้าแล้ว โดยยังไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการแทนผู้ใด ก็ต้องถือว่า

นิติสัมพันธ์ดังกล่าว เป็นสัญญา Mandate ตามกฎหมายญี่ปุ่นแล้ว อย่างไรก็ตาม อาจมีประเด็นที่แตกต่างกันบ้าง เช่น ในกรณีของคำบำเหน็จ เพราะตามสัญญา Mandate นั้น โดยทั่วไปสัญญา Mandate จะไม่มีค่าตอบแทน เว้นแต่จะตกลงเป็นการเฉพาะ ขณะที่สัญญาระหว่างลูกค้ำกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้านั้น การเรียกเก็บค่าเหน็จหรือค่าธรรมเนียมต่างๆ ถือว่าเป็นประเพณีทางการค้า ทั้งนี้ เพราะการประกอบกิจการเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าก็มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคำบำเหน็จเสมอ ซึ่งประเด็นดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็นที่ไม่เป็นสาระสำคัญที่ถึงขนาดทำให้สัญญาระหว่างลูกค้ำกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่เป็นสัญญา Mandate ตามประมวลกฎหมายแพ่ง

แต่จะพิจารณาว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นตัวแทน (Agency) หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากการแสดงออกของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าว่ากระทำในนามตนเองหรือกระทำในนามลูกค้ำ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า การซื้อขายล่วงหน้าของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าดังกล่าวได้จะกระทำการในนามตนเอง โดยจะต้องเข้าเป็นคู่สัญญากับสำนักหักบัญชีโดยตรง และจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอก (สำนักหักบัญชีกลางญี่ปุ่น หรือ JCCH) จากการเข้ามาเป็นคู่สัญญาในลักษณะการเข้าแทนที่คู่สัญญา (Novation)¹ แม้ว่าสำนักหักบัญชีจะทราบว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำแทนบุคคลอื่นก็ตาม แต่เมื่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำในนามตนเองและเป็นคู่สัญญากับสำนักหักบัญชีแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า สถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จึงไม่เป็นตัวแทน (Agency) ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น

5.1.2 วิเคราะห์จากหลักเรื่องนายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์

นายหน้าตามกฎหมายญี่ปุ่น ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางหรือชี้ช่อง โดยใช้วิธีการชักจูงใจให้คู่สัญญาเข้ามาทำสัญญากันอันมีผลผูกพันกันตามกฎหมาย² และประกอบกิจการโดยหวังบำเหน็จ โดยนายหน้าไม่มีหน้าที่กระทำนิติกรรมแทนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะกระทำในนามตนเองหรือในนามผู้อื่น จากลักษณะดังกล่าว เมื่อเปรียบเทียบกับหน้าที่ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าที่ทำการซื้อขายล่วงหน้าแทนลูกค้ำ โดยลูกค้ำแต่งตั้งนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าให้เป็นตัวแทนของตน และนายหน้าจะต้องผูกพันกับสำนักหักบัญชีในฐานะคู่สัญญาแล้ว

¹ The Japan Commodity Clearing House, http://www.jcch.co.jp/i/i_b.html ณ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2549.

² Commercial Code Article 305 " A broker is a person who make its business to act as intermediary in commercial transaction between other person."

จะเห็นได้ว่า นายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ไม่ได้เข้าทำสัญญาใดๆกับบุคคลใดๆเลย มีเพียงหน้าที่วิธีการชักจูงใจให้คู่สัญญาเข้ามาทำสัญญากันเท่านั้น ขณะที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องเข้าผูกพันในฐานะที่เป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอก(สำนักหักบัญชี) จึงทำให้สถานะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่ใช่ นายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม การที่นายหน้าได้ทำการชี้ชวนให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่ไม่ประสงค์จะเปิดเผยชื่อหรือชื่อทางการค้าของตนในการทำนิติกรรมกัน หรือในกรณีที่นายหน้าเองที่ไม่ได้เปิดเผยให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ ทำให้นายหน้าจะต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง³ จะมีลักษณะเข้าเงื่อนไขของการเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้ หรือไม่ เมื่อพิจารณาการกระทำของนายหน้าแล้ว นายหน้าไม่ได้เข้าทำสัญญาใดๆกับคู่สัญญาเลย เพียงแต่จะต้องรับผิดชอบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อันเนื่องมาจากการไม่เปิดเผยชื่อคู่สัญญาให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ ทั้งนี้ เพราะการที่นายหน้าต้องรับผิดชอบนั้นเป็นการรับผิดชอบในฐานะที่ตนได้ทำการชี้ชวนบุคคลอีกคนหนึ่งมาทำสัญญาด้วยกัน โดยปกปิดบุคคลภายนอกไม่ให้ทราบชื่อของอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกโดยเฉพาะ ต่างจากนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องรับผิดชอบกับสำนักหักบัญชีในฐานะที่เป็นคู่สัญญา ดังนั้น ลักษณะดังกล่าวก็ไม่ทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นนายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้

5.1.3 วิเคราะห์จากหลักเรื่องตัวแทนทางการค้า (Commercial Agent)

ตัวแทนทางการค้าทำหน้าที่เป็น ตัวแทนหรือตัวกลางในการดำเนินการธุรกิจหรือกิจการของผู้ค้า ซึ่งบางกรณีอาจเป็นตัวแทน (Agency) ตามประมวลกฎหมายแพ่ง หรือเป็นนายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่ในสัญญา ระหว่างผู้ค้ากับตัวแทนทางการค้า แต่ตัวแทนทางการค้ามีลักษณะที่สำคัญคือ ประกอบกิจการดังกล่าวเป็นทางการค้าปกติหรือเป็นธุรกิจหลักเพื่อผู้ค้าในฐานะตัวแทนหรือตัวกลาง โดยกระทำในนามของตัวการ

จากลักษณะของตัวแทนทางการค้าข้างต้น มีลักษณะแตกต่างจากนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หากว่าจะกระทำในฐานะนายหน้า เพราะเมื่อได้พิจารณาจากหลักกฎหมายเรื่องนายหน้าแล้ว ก็ไม่ทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีฐานะเป็นตัวแทนทางการค้าได้ นอกจากนี้ หากว่าเป็นกรณีของตัวแทนทางการค้าที่เป็นตัวแทน ก็ไม่อาจจะทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นตัวแทน

³ Commercial Code Article 311 If the broker has not disclosed the full name or trade name of one of the parties to the other, he shall himself be liable to latter for performance.

ทางการค้าได้ ทั้งนี้เพราะตัวแทนทางการค้านั้นจะต้องกระทำในนามตัวการ แต่ขณะที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำในนามตนเอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น

5.1.4 วิเคราะห์จากหลักเรื่องตัวแทนค้าต่าง (Commission Agent)

ตัวแทนค้าต่าง คือ บุคคลที่ทำหน้าที่ซื้อขายทรัพย์สินแทนตัวการในนามของตนเอง โดยตนเองจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยตรง ซึ่งทำให้ตัวแทนค้าต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่เกิดจากการทำกิจการนั้นจนกว่าจะมีการโอนสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวให้แก่ตัวการ นิติสัมพันธ์ของตัวแทนค้าต่างกับตัวการนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักในเรื่องสัญญา Mandate ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ในลักษณะที่ตัวแทนค้าต่างกระทำการในนามตนเอง โดยมีได้แจ้งให้บุคคลภายนอกได้ทราบ ว่าตนกระทำการแทนผู้อื่น แต่จะแตกต่างกับหลักตัวแทน (Agency) แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้ให้นำบทบัญญัติของทั้งในเรื่อง สัญญา Mandate และหลักตัวแทน (Agency) มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนค้าต่าง

จากลักษณะดังกล่าวเมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว มีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นตัวแทนของลูกค้าเช่นเดียวกับตัวแทนค้าต่าง โดยนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าทำการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในนามของตนเอง และเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอก (สำนักหักบัญชีกลางญี่ปุ่น (JCCH)) เช่นเดียวกันกับตัวแทนค้าต่างที่จะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยลำพังในฐานะคู่สัญญาเช่นเดียวกัน จนกว่าตัวแทนค้าต่างจะโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาให้แก่ตัวการ

นอกจากนี้ศาลฎีกาญี่ปุ่นได้ยอมรับว่า นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์เป็นตัวแทนค้าต่างด้วย ซึ่งแม้ว่าศาลฎีกาจะไม่ได้พูดถึงนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าว่าเป็นตัวแทนค้าต่างด้วยก็ตาม แต่ลักษณะการประกอบธุรกิจของนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์และนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะใกล้เคียงกัน จึงพอเทียบเคียงกันได้ว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะเป็นตัวแทนค้าต่างตามกฎหมายญี่ปุ่น นอกจากนี้ ในประเด็นที่เหมือนกันในเรื่องของนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการ(ลูกค้า)กับบุคคลภายนอก (สำนักหักบัญชีกลางญี่ปุ่น (JCCH)) กล่าวคือ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายญี่ปุ่นถือหลักเกณฑ์การเป็นตัวแทนโดยอ้อม (Indirect Agency) อย่างเคร่งครัด ดังนั้น ในการที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ตัวแทนค้าต่าง) เข้าทำสัญญากับสำนักหักบัญชีกลางญี่ปุ่น (JCCH) (บุคคลภายนอก) ทำให้ลูกค้าในฐานะตัวการไม่นิติสัมพันธ์โดยตรงต่อสำนักหักบัญชีกลางญี่ปุ่น (JCCH) ทั้งลูกค้าและสำนักหักบัญชีกลางญี่ปุ่น (JCCH) ต่างไม่สามารถเรียกร้องต่อกันโดยตรงได้

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า การที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (Futures Commission Merchant) ทำสัญญากับลูกค้าในการซื้อขายล่วงหน้าแทนลูกค้า โดยที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าทำการซื้อขายในตลาดล่วงหน้าในนามของตนเอง เมื่อเข้าสู่กระบวนการจับคู่ในตลาดล่วงหน้า

สำนักหักบัญชีกลางญี่ปุ่น (JCCH) จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า โดยที่ลูกค้าไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องโดยตรงต่อสำนักหักบัญชีได้ เพราะไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับสำนักหักบัญชี ลักษณะดังกล่าวจึงทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะเป็นตัวแทนค้าต่างตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น

5.2 วิเคราะห์สถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า เป็นตัวแทนของลูกค้าในการส่งคำสั่งซื้อขายล่วงหน้าหรือทำการซื้อขายล่วงหน้าแทนลูกค้าในนามตนเอง แต่จะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอก (สำนักหักบัญชี) ในฐานะคู่สัญญากับสำนักหักบัญชี ซึ่งแม้ว่าในความจริงสำนักหักบัญชีจะทราบว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าทำการซื้อขายแทนบุคคลอื่น (ลูกค้า) ก็ตาม แต่สำนักหักบัญชีไม่อาจทราบถึงข้อเท็จจริงได้ว่าลูกค้าที่แท้จริงเป็นใคร ทั้งนี้เพราะจะไม่มีชื่อลูกค้าอยู่ในบัญชีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นคู่สัญญากับสำนักหักบัญชี นอกจากนี้ แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องนำหลักประกัน ทั้งหลักประกันเริ่มต้น (Initial Margin) และหลักประกันรักษาสถานภาพ (Maintenance Margin) ที่ลูกค้านำมาวางต่อตน นำไปวางต่อสำนักหักบัญชีที่เรียกว่า Clearing Margin ก็ตาม แต่หลักประกันดังกล่าวจะนำไปวางในรูปของ หลักประกันรวม (Gross Margin) หรือ หลักประกันสุทธิ (Net Margin) ซึ่งจะไม่สามารถทราบได้ว่าหลักประกันใดเป็นของลูกค้าคนใด ทำให้นักหักบัญชีไม่สามารถทราบได้ว่าบุคคลใดคือตัวการที่แท้จริง

5.2.1 พิจารณาจากนิติสัมพันธ์

จากลักษณะดังกล่าว เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับตัวแทนตามหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว อาจพอที่จะสรุปได้ดังนี้

1. นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน

เมื่อลูกค้าแต่งตั้งหรือมอบหมายให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าทำการซื้อขายแทนตนในตลาดล่วงหน้า นั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักทั่วไปในเรื่องตัวแทน ที่ตัวการแต่งตั้งตัวแทนให้กระทำการใดการหนึ่งแทนตน

2. นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนกับบุคคลภายนอก

จากนิติสัมพันธ์ข้างต้นทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในฐานะตัวแทนของลูกค้าทำการซื้อขายในนามของตนเอง โดยเหตุที่จะต้องทำการซื้อขายในนามตนเองนั้น เนื่องมาจากในระบบ

การซื้อขายล่วงหน้านั้น จะไม่ปรากฏชื่อของลูกค้าในธุรกรรมใดๆ ที่ทำการซื้อขายผ่านตลาด โดยนายหน้าจะทำการซื้อขายในนามตนเองและเป็นผู้รับผิดชอบในการซื้อขายดังกล่าว นอกจากนี้ในสายตาของสำนักหักบัญชีแล้ว บุคคลที่สำนักหักบัญชีเข้าเป็นคู่สัญญาด้วยจะต้องเป็นสมาชิกหักบัญชีเท่านั้นและในบรรดาหลักประกันที่วางต่อสำนักหักบัญชีก็ยังคงเป็นหลักประกันรวม (Gross Margin) หรือหลักประกันสุทธิ (Net Margin) แม้ว่าจะมีการแยกบัญชีของลูกค้าออกจากบัญชีการซื้อขายของตนแล้วก็ตาม แต่ในบัญชีของลูกค้านั้น ไม่สามารถแยกได้ว่าเป็นของลูกค้าคนใด ที่เป็นเช่นนี้เพราะจะไม่ปรากฏชื่อของลูกค้า (ผู้ซื้อขายที่แท้จริง) อยู่ในสมุดบัญชีของสำนักหักบัญชี แต่ชื่อของลูกค้าจะอยู่ในสมุดบัญชีของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) แทน ดังนั้น เฉพาะสมาชิกของตลาดและที่เป็นสมาชิกของสำนักหักบัญชีเท่านั้น จึงจะมีชื่ออยู่ในบัญชีของสำนักหักบัญชี⁴ ได้

จากลักษณะดังกล่าวทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการในนามตนเองและผูกพันกับสำนักหักบัญชีในฐานะคู่สัญญา ซึ่งมีความแตกต่างจากลักษณะของหลักตัวการตัวแทนทั่วไป อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากหลักในเรื่องของตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อแล้ว นายหน้ามีลักษณะใกล้เคียงอย่างมาก โดยมีลักษณะเช่นเดียวกันกับ การเป็นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principal) คือ บุคคลภายนอกไม่สามารถทราบได้ว่าตัวการคือใคร แต่ทราบว่าตัวแทนกระทำการในฐานะตัวแทนของบุคคลอื่น แต่ไม่ใช่การเป็นตัวการโดยไม่เปิดเผยตัวตน (Undisclosed Principal) ซึ่งหมายถึง บุคคลภายนอกไม่ทราบ ถึงการมีอยู่ของตัวการ ทั้งนี้ เพราะสำนักหักบัญชีได้ทราบดีว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการแทนบุคคลอื่นแต่ไม่ทราบว่ากระทำการแทนใคร

เมื่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้เข้าเป็นคู่สัญญากับสำนักหักบัญชี นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องรับผิดชอบต่อสำนักหักบัญชี เช่นเดียวกับตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principal) โดยไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกได้ แม้ว่าบุคคลภายนอกจะทราบดีว่าตัวแทนกระทำการแทนตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อก็ตาม แต่ไม่อาจทราบได้ว่ากระทำการแทนผู้ใด และแม้ว่าบุคคลภายนอกจะทราบว่าตัวการเป็นผู้ใดในภายหลังก็ตาม ก็ไม่ทำให้ตัวแทนหลุดพ้นความรับผิดชอบต่อตัวการไปได้ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อสำนักหักบัญชีในฐานะคู่สัญญา

⁴ อัจฉรวรรณ งามญาณ, ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า, (กรุงเทพฯ: คณะพาณิชย์ศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 19.

3. นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก

จากการที่สำนักหักบัญชีไม่อาจทราบว่าคุณค่าเป็นใคร และจากกฎเกณฑ์ที่ว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องกระทำการในฐานะตัวการ และสำนักหักบัญชีจะต้องเข้าเป็นคู่สัญญาเฉพาะกับสมาชิกหักบัญชีของตนเท่านั้น ทำให้ทั้งสำนักหักบัญชีและลูกค้าไม่มีนิติสัมพันธ์โดยตรงต่อกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อแล้ว ตัวการที่ไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principal) สามารถเข้าถือเอาสัญญาที่ตัวแทนของตนทำไว้กับบุคคลภายนอกได้หากว่าแสดงตนต่อบุคคลภายนอกว่าตนเป็นตัวการที่แท้จริงของตัวแทน หรือถูกบุคคลภายนอกเรียกให้ตนรับผิดชอบได้ หากว่าบุคคลภายนอกได้ทราบถึงการมีตัวตนและสามารถพิสูจน์ว่าตัวการคือใครได้⁵ ซึ่งในบริบทของการซื้อขายล่วงหน้าแล้ว สำนักหักบัญชีในฐานะบุคคลภายนอกไม่อาจทราบได้ว่าลูกค้าคือผู้ใด ดังนั้น สำนักหักบัญชีจึงไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องโดยตรงต่อลูกค้าได้

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ตัวการต้องการจะใช้สิทธิถือเอาสัญญาดังกล่าวต่อบุคคลภายนอกนั้นจะต้องไม่ทำให้บุคคลภายนอกสูญเสียสิทธิใดๆ ที่มีต่อตัวแทนด้วย เนื่องจากหลักในเรื่องตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อมีลักษณะเป็นตัวแทนทางอ้อม (Indirect Agency) แบบไม่เคร่งครัด ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการซื้อขายสินค้าล่วงหน้า แม้ว่าลูกค้าจะแสดงต่อสำนักหักบัญชีว่าตนเป็นตัวการที่แท้จริงก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถเรียกร้องโดยตรงต่อสำนักหักบัญชีได้ เพราะลูกค้าไม่ได้เป็นสมาชิกหักบัญชี

5.2.2 พิจารณาจากคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

ศาลสหรัฐอเมริกา ได้พิพากษาคัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีข้อพิพาทกับลูกค้าของตน โดยศาลได้ปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องตัวการตัวแทนมาใช้กับกรณีดังกล่าว โดยพิจารณาถึงภาระหน้าที่ที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อลูกค้า จากการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวกับกรณีของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า เป็นการยอมรับโดยชัดแจ้งว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะเป็นตัวแทนของลูกค้าในการซื้อขายล่วงหน้า โดยศาลได้นำสิทธิหน้าที่ของตัวแทนตามกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าด้วย เช่น ในกรณีดังต่อไปนี้

5.2.2.1 กรณีของการมอบอำนาจโดยปริยาย ศาลได้อธิบายว่า หากตัวแทนสามารถทราบถึงความต้องการของตัวการ โดยการให้ดำเนินการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป หรือไม่คัดค้านการกระทำดังกล่าว จากที่ลูกค้าได้เคยยอมรับการกระทำดังกล่าว โดยไม่ได้แย้งการที่

⁵ W. Edward Sell, *Agency*, (New York: The Foundation Press, 1975), p. 63.

นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเพิ่มจำนวนหุ้นหรือสัญญาในบัญชีของตนจากการซื้อขายก่อนหน้านี้ ดังนั้น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงมีเหตุที่จะเชื่อว่า ตนมีอำนาจในการซื้อขายดังกล่าวแม้ว่าจะมีคำสั่งที่ขัดแย้งจากลูกค้า ณ เวลานั้นก็ตาม ศาลถือว่า ลูกค้าได้มอบอำนาจโดยปริยายแก่นายหน้าในการซื้อขายแทนตน จากพฤติการณ์ในอดีตที่ผ่านมา⁶

5.2.2.2 **หน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการ** ศาลได้พิพากษาว่า การที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการในฐานะที่เป็นตัวแทน จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการด้วย โดยศาลได้ถือว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการผิดหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งซื้อขาย กรณีที่นายหน้าทำการซื้อขายฝ่าฝืนคำสั่งในเรื่องจำนวนของสัญญาที่จะซื้อขาย หรือราคาซึ่งธุรกรรมดังกล่าวได้ถูกซื้อขาย⁷ นอกจากนี้ ในกรณีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าซื้อสัญญาซื้อขายฝ่ายจำนวน 15 สัญญาแทนลูกค้า ในราคาที่เกินกว่าที่ลูกค้ากำหนด ศาลถือว่า นายหน้านั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายสุทธิเมื่อราคาในตลาดลดลง ศาลได้กล่าวว่า ภายใต้กฎเกณฑ์ของประมวลกฎหมายของรัฐ เกี่ยวกับหน้าที่ของ Mandatary หรือ ตัวแทน ตัวแทนที่ขัดคำสั่งตัวการของตน เกี่ยวกับราคา ปริมาณ หรือสินค้าที่จะถูกซื้อขาย จะต้องรับผิดชอบในสินค้านี้ดังกล่าว⁸

อย่างไรก็ตาม กรณีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าซื้อขายสัญญาในบัญชีของลูกค้าอย่างรีบด่วนและในราคาที่ถูก โดยไม่ได้รับมอบอำนาจจากคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือมีประเพณีทางการค้ากำหนดไว้ แต่หากว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชัดเจน ทำให้นายหน้าจะต้องใช้ดุลยพินิจของตนเอง ศาลถือว่า ถ้าตัวการได้ใช้ภาษาที่กำกวมในการกำหนดหน้าที่ของตัวแทน การขาดทุนจากการทำธุรกรรมที่ตัวแทนได้กระทำโดยสุจริต ตัวการจะต้องรับผลดังกล่าว⁹

5.2.2.3 **กรณีการให้สัตยาบันการกระทำที่นอกเหนืออำนาจของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า** ศาลได้อธิบายว่า การให้สัตยาบันสามารถใช้ได้กับกรณีที่ตัวการที่รับทราบข้อเท็จจริงทั้งหมด โดยตัวการมีเจตนาที่จะยอมรับการกระทำของตัวแทน กรณีนี้ศาลถือว่า กรณีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้ดำเนินการซื้อขายที่ขัดต่อคำสั่งโดยขัดแย้งของลูกค้าในการปิดบัญชีของลูกค้า ไม่มีหลักฐานอันเพียงพอในการให้สัตยาบันธุรกรรมดังกล่าวในภายหลัง ในกรณีที่ลูกค้าร้องเรียนต่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในเรื่องการซื้อขายที่ตนไม่ได้มอบหมาย ณ เวลาที่ตน

⁶ Eliot J. Katz, J.D., *Commodities broker's state-law duties to customers*, 55 A.L.R.4th 394, American Law Reports, Westlaw, p. 14.

⁷ American Law Reports, *ALR4th*, Westlaw, as of 23 July 2007

⁸ *McCurnin v Kohlmeyer & Co.* (1972, ED La) 347 F Supp 573, affd (CA5 La) 477 F2d 113, CCH Fed Secur L Rep ¶93775 (applying Louisiana law)

⁹ *Watkins v W. E. Neiler Co.* (1917) 135 Minn 343, 160 NW 864

ได้ทราบถึงการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของตน แต่นายหน้าต่อสู้ว่าลูกค้าไม่ได้ร้องเรียนเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อพ้น 10 วัน นับจากวันที่ทราบถึงการไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ศาลเห็นว่ายังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน¹⁰

5.2.3 สรุป

เมื่อวิเคราะห์จากนิติสัมพันธ์ในข้างต้นและคำพิพากษาของศาลแล้ว สามารถสรุปได้ว่า แม้ว่า ลักษณะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะใกล้เคียงกันกับลักษณะของตัวแทนของตัวการ ไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principal) ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในเชิงนิติสัมพันธ์แล้ว พบว่ายังมีความแตกต่างกันพอสมควร และถึงแม้ว่าศาลจะมีคำพิพากษาที่ระบุถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างลูกค้ากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ในฐานะที่เป็นตัวการตัวแทนก็ตาม แต่เป็นการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่อาจจะทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นตัวแทนตามหลักทั่วไปได้

ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักกฎหมายสำหรับบุคคลที่ประกอบอาชีพ โดยเฉพาะ เช่น ตัวแทนผู้ประมูล (Auctioneer), ผู้ถือทรัพย์สินแทน (Bailment) หรือ ตัวแทนประกันภัย (Insurance Agent) เป็นต้น ซึ่งเป็นไปตามลักษณะเฉพาะตามแต่ประเภทธุรกิจ ดังนั้น ในกรณีของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนเห็นว่า สถานะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าควรเป็นไปตามกฎหมายพิเศษ กล่าวคือ พระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าเกษตร ค.ศ. 1936

5.3 วิเคราะห์สถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายไทย

5.3.1 ลักษณะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

ในกรณีที่ลูกค้าไม่ได้เป็นผู้ค้าล่วงหน้า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะกระทำการแทนลูกค้าในการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า กล่าวคือ ลูกค้า(ผู้ซื้อผู้ขาย) จะกระทำการส่งคำสั่งซื้อหรือคำสั่งขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าให้แก่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าทำการซื้อขายแทนตน ทั้งนี้ เพราะกฎหมายได้กำหนดว่า การจะทำการซื้อขายในตลาดล่วงหน้าได้บุคคลนั้นจะต้องเป็นสมาชิกตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าและในการส่งคำสั่งดังกล่าวไปที่ตลาดฯ ซึ่งในกรณีที่เป็นการซื้อขายแทนลูกค้า กฎหมายถือว่าบุคคลที่ส่งคำสั่งซื้อหรือคำสั่งขายคือ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่ใช่ลูกค้า เมื่อคำสั่งดังกล่าวได้รับการจับคู่ (Matching) และมีการยืนยันการซื้อขายแล้ว ตามมาตรา 90 กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้ สำนักหักบัญชีเข้ามาเป็นคู่สัญญา กับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าใน

¹⁰ Thomson McKinnon Secur., Inc. v Moore's Farm Supply, Inc. (1983, WD Tenn) 557 F Supp 1004 (applying Tennessee law)

การหักล้างสถานะ, ขำระราคา และส่งมอบสินค้า ดังนั้นบุคคลที่ผูกพันโดยตรงกับสำนักหักบัญชี
คือนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในฐานะที่เป็นคู่สัญญา

มีปัญหาว่า ตามมาตรา 90 ที่บัญญัติไว้ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของสำนักหักบัญชี ให้
สำนักหักบัญชีเป็นผู้รับผิดชอบในการซื้อขายระหว่างสมาชิก โดยเป็นผู้ซื้อให้กับสมาชิกผู้ขายและ
เป็นผู้ขายให้กับสมาชิกผู้ซื้อ¹¹ สำนักหักบัญชีเข้าเป็นคู่สัญญาเฉพาะกับบุคคลที่สมาชิกของตน
เท่านั้น หรือไม่ และหากบุคคลอื่น เช่น ลูกค้าที่เป็นตัวการที่แท้จริงจะสามารถแสดงตนว่าเป็น
ตัวการ เป็นคู่สัญญากับตลาดได้หรือไม่

การพิจารณาประเด็นดังกล่าวอาจจะต้องพิจารณาองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

5.3.1.1 เจตนารมณ์ของผู้ร่าง

ผู้ที่เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นครั้งแรก คือ กระทรวงพาณิชย์ โดยร่างกฎหมาย
ดังกล่าวที่เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณานั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 43 ในขณะนั้นว่า ในการซื้อ
ขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าให้สำนักหักบัญชีเป็นคู่สัญญากับลูกค้า (ซึ่งน่าจะหมายถึง ผู้ค้า
ล่วงหน้า หรือนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าที่เป็นสมาชิกตลาด) โดยมีฐานะเป็นผู้ซื้อให้แก่ลูกค้าผู้ขาย
และมีฐานะเป็นผู้ขายให้กับลูกค้าผู้ซื้อในขณะเดียวกัน¹² และตามรายงานการประชุมกรรมการ
ร่างกฎหมาย คณะพิเศษ ครั้งที่ 15/2540 ได้เห็นว่า "สำนักหักบัญชี (Clearing House) ควรทำ
หน้าที่เป็นคู่สัญญา เพราะในการทำสัญญากัน คู่สัญญาเป็นใครมีแต่ตลาดเท่านั้นที่รับรู้" อย่างไรก็ตาม
ต่อมา การประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ ครั้งที่ 22/2540 ได้มีมติว่า "ไม่ควร
เขียนกฎหมายตรงๆว่าเป็นคู่สัญญา แม้ว่าความเป็นจริงสำนักหักบัญชีจะเป็นคู่สัญญาและจะต้อง
รับผิดชอบกับอีกฝ่ายหนึ่ง และจะต้องไปไล่เบียดกับอีกฝ่ายหนึ่งที่ผิดสัญญาก็ตาม จึงควรหา
ถ้อยคำที่เหมาะสม แต่ไม่ควรบอกตรงๆว่าเป็นคู่สัญญา" จนในที่สุดก็ได้บัญญัติกฎหมายที่มี
ข้อความเช่นเดียวในปัจจุบัน เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของ มาตรา 90 ข้างต้นแล้ว แม้ว่า
คณะกรรมการดังกล่าวจะมีได้กล่าวโดยชัดแจ้งว่า ถึงวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้สำนักหักบัญชีเป็น
คู่สัญญากับสมาชิกของตนเท่านั้นก็ตาม แต่ก็สามารถอนุมานได้จากคำพูดที่ว่า "สำนักหักบัญชี
(Clearing House) ควรทำหน้าที่เป็นคู่สัญญา เพราะในการทำสัญญากัน คู่สัญญาเป็นใครมีแต่
ตลาดเท่านั้นที่รับรู้" เป็นการบ่งชี้ว่าบุคคลที่สำนักหักบัญชีจะสามารถเป็นคู่สัญญาด้วยจะต้องเป็น
บุคคลที่สำนักหักชียอมรับ และจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด เพราะหากบุคคลที่
สำนักหักบัญชีเข้าเป็นคู่สัญญาเป็นใครก็ได้ อาจส่งผลทำให้สำนักหักบัญชีจะต้องดำเนินการ
ตรวจสอบว่าใครคือตัวการที่แท้จริง ซึ่งเป็นภาระแก่สำนักหักบัญชีอย่างมากเพราะในหนึ่งวันมี

¹¹ พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 มาตรา 90

¹² ร่างพระราชบัญญัติตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย

จำนวนธุรกรรมซื้อขายจำนวนมาก ถ้าลูกค้าเรียกร้องโดยตรงต่อสำนักหักบัญชีทั้งหมดก็จะทำให้เกิดความสับสนวุ่นวายได้ ว่าบุคคลใดสามารถมีสิทธิหรือสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อใครได้นอกจากนี้ ยังไม่สอดคล้องธุรกิจการซื้อขายล่วงหน้าที่ต้องการความรวดเร็วและแน่นอนในการซื้อขาย

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติอื่นของกฎหมายนี้ ได้กำหนดให้ผู้ที่จะสามารถซื้อขายล่วงหน้าในตลาดได้นั้น จะต้องเป็นสมาชิกของตลาด โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากเลขาธิการให้ประกอบธุรกิจและเป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี จึงจะสามารถทำการซื้อขายล่วงหน้าและเป็นผู้สัญญาให้กับสำนักหักบัญชีได้¹³ เช่น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ต้องได้รับอนุญาตจากเลขาธิการให้ประกอบธุรกิจให้จัดหาและรับคำสั่งซื้อหรือคำสั่งขายล่วงหน้าจากลูกค้า โดยจะต้องเป็นสมาชิกของตลาด โดยได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตลาดให้ซื้อขายล่วงหน้าในตลาด และสมัครเข้าเป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี เป็นต้น นอกจากนี้ ข้อบังคับคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการซื้อหรือขายสินค้าเกษตร พ.ศ. 2547 ข้อ 29 วรรคสอง ยังได้กำหนดว่า ข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้าที่เกิดขึ้นตามวรรคหนึ่ง สำนักหักบัญชีจะเข้าผูกพันหรือเข้าแทนที่เป็นคู่สัญญาโดยเป็นผู้ซื้อให้กับสมาชิกตลาดผู้ขาย และเป็นผู้ขายให้กับสมาชิกตลาดผู้ซื้อ และ ข้อกำหนดการเข้าเป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี ข้อ 13 กำหนดว่า ในการให้บริการเกี่ยวกับการหักบัญชีกับสำนักหักบัญชีให้ถือว่า สมาชิกสำนักหักบัญชีผูกพันโดยแทนที่เป็นคู่สัญญากับสำนักหักบัญชีสำหรับทุกรายการซื้อหรือรายการขายข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้าของตนหักบัญชี รวมทั้งรับผิดชอบต่อสำนักหักบัญชีในเรื่อง เงินและทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้า

5.3.1.2 หลักปฏิบัติสากล

ในเรื่องการกำหนดว่าสำนักหักบัญชีจะต้องเป็นคู่สัญญากับบุคคลใดได้บ้างนั้น แม้ว่ากฎหมายของประเทศต่างๆ เช่น ประเทศญี่ปุ่น หรือ สหรัฐอเมริกา ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายล่วงหน้าของตนโดยตรงก็ตาม แต่จะกำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองหรือเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับระหว่างสมาชิกของตน เช่น

ก. กรณีของประเทศญี่ปุ่น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อน การซื้อขายล่วงหน้าในตลาดต่างๆของญี่ปุ่น เมื่อกระทำการผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าและคำสั่งซื้อขายได้รับการจับคู่แล้ว สำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) จะเข้าแทนที่คู่สัญญา อย่างไรก็ตามสำนักหักบัญชีดังกล่าวจะเข้าเป็นคู่สัญญาเฉพาะแต่บุคคลที่เป็นสมาชิกของตนเท่านั้น ซึ่งอาจพิจารณาได้จากกฎหมายซื้อขายสินค้าเกษตรในมาตรา

¹³ พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26

174 ได้บัญญัติไว้ว่า “สำนักหักบัญชีอาจให้บุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้เป็นคู่สัญญากับธุรกรรมที่ดำเนินการโดยสำนักหักบัญชี” และกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจมาตรา 48 ซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า สำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) จะรับผิดชอบในเรื่องที่เกี่ยวกับการหักบัญชีตามการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้านั้น ต่อสมาชิกของตนเท่านั้น¹⁴

ข. กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา

กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือไม่มีการกำหนดเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎเกณฑ์ระดับขั้นตอนการซื้อขาย หรือการหักบัญชี โดยได้กำหนดไว้ว่า ในการเข้าไปแทนที่ระหว่างคู่สัญญา (Novation) ในฐานะที่เป็นตัวกลาง (Central Counterparty) เพื่อที่จะรับรองว่าจะไม่มีการผิดสัญญา โดยจะเป็นผู้ซื้อของผู้ขายทุกคน และจะเป็นผู้ขายของผู้ซื้อทุกคน¹⁵ และเมื่อสำนักหักบัญชีเข้าไปเป็นคู่สัญญากับสมาชิกแล้ว สำนักหักบัญชีจะเข้าเป็นคู่สัญญากับลูกค้า โดยตรงในฐานะคู่สัญญากับลูกค้า (ทั้งที่เป็นและไม่เป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี)¹⁶ นอกจากนี้ตามกฎหมายระเบียบการซื้อขายของ

¹⁴ Business Rule, The Japan Commodity Clearing House Article 48 “ The responsibility of JCCH to perform obligations concerning Subject to Clearing Transactions consummated in the Designated Commodity Market of Designated Commodity Exchange shall extend only to Clearing Participant”

¹⁵ <http://www.cftc.gov> ณ วันที่ 25 พฤษภาคม 2550

* ลูกค้า หมายถึง ผู้ซื้อขายที่เป็นสมาชิกตลาดและเป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี และเป็นสมาชิกตลาด แต่ไม่เป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี

¹⁶ 706.00 Trades for Customers, CBOT Regulation “Where a Clearing Member makes a futures or options trade for a customer (member or non-member) and the trade is cleared through the Clearing Services Provider, the Clearing Services Provider becomes the principal who is liable to the customer and to whom the customer is liable, subject to the following: (a) the trade shall remain subject to the rules, policies and procedures of the Exchange and, as applicable, the Clearing Services Provider; (b) the trade may be offset against other trades of the Clearing Member as provided in Rule 705.00; (c) if the trade is not offset and the Clearing Member being a seller, tenders a delivery notice to the Clearing Services Provider, the Clearing Member to whom such delivery is assigned shall thereupon be substituted as buyer in lieu of the Clearing Services Provider; (d) if the trade is not offset, and the Clearing Member, being

Chicago Board Of Trade (CBOT) ได้กำหนดให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า กระทำการซื้อขายในนามตนเอง และรับผิดชอบในฐานะตัวการ ระหว่างตนเองกับคู่สัญญา(สำนักหักบัญชี)¹⁷

จากการพิจารณากฎหมาย กฎระเบียบและธรรมเนียมปฏิบัติทางธุรกิจทั้งสองประเทศแล้ว เป็นที่เข้าใจตรงกันว่า มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้สำนักหักบัญชีเป็นคู่สัญญาเฉพาะกับสมาชิกของตนเท่านั้น ไม่อาจเป็นคู่สัญญากับลูกค้าได้ แม้ว่าลูกค้าจะเป็นตัวการที่แท้จริงก็ตาม

5.3.1.3 การดำเนินงานของตลาดในทางปฏิบัติ

เมื่อกฎหมายได้กำหนดให้บุคคลที่สามารถซื้อขายในตลาดฯได้จะต้องเป็นสมาชิกตลาด และลูกค้าจะต้องทำการซื้อขายผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หากลูกค้ามิใช่ผู้ค้าล่วงหน้าที่กำหนดเช่นนี้ก็เพราะเหตุผลในเรื่องการบริหารงานของตลาด ทั้งนี้เพราะตลาดซื้อขายล่วงหน้าส่วนใหญ่กำหนดให้ลูกค้าจะต้องนำหลักประกัน (Margin) แก่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ไม่เต็มตามจำนวนราคาสินค้าที่ทำการซื้อขายกัน สำหรับกรณีของประเทศไทยลูกค้าจะต้องนำมาวางต่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเพียง 10% ซึ่งมีโอกาสให้เกิดการผิดสัญญาได้โดยง่าย เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว ตลาดจึงได้สร้างระบบที่ทำให้เกิดการรับผิดชอบกันเป็นทอดๆ โดยผลักระให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นผู้บริหารความเสี่ยงของลูกค้าในฐานะที่เป็นตัวการของตนในการซื้อขายแทนตลาด โดยทุกครั้งที่ลูกค้าเปิดบัญชี เพื่อทำการซื้อขายผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องประเมินความน่าเชื่อถือ (Credit) ของลูกค้า เพราะหากว่าลูกค้าผิดนัดไม่ชำระหนี้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในฐานะคู่สัญญากับตลาด(สำนักหักบัญชี)จะต้องรับผิดชอบต่อตลาด โดยตลาดจะไม่เรียกร้องโดยตรงต่อลูกค้าแม้ตลาด(สำนักหักบัญชี)จะทราบว่าลูกค้าเป็นใครก็ตาม เมื่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้ชำระหนี้ให้แก่ตลาด (สำนักหักบัญชี)ไปแล้ว ก็จะมาใช้สิทธิไต่เบี่ยกับลูกค้า ซึ่งหากว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่ตรวจสอบความสามารถในการชำระหนี้หรือทรัพย์สินของลูกค้า การไต่เบี่ยต่อลูกค้าก็จะไม่ได้รับการชำระหนี้ที่ครบตามจำนวนหนี้

a buyer, is assigned a delivery, the seller whose delivery is thus assigned shall thereupon be substituted as seller in lieu of the Clearing Services Provider; (e) if the trade is offset, the Clearing Services Provider shall be discharged, and the Clearing Member itself shall be substituted for the Clearing Services Provider as principal. For the purpose of this Rule, the first trades made shall be deemed the first trades offset."

¹⁷ Section 400.00 Commission Merchant; A member who makes a trade, either for another member or for a non-member, but who makes the trade in his own name and becomes liable as principal as between himself and the other party to the trade.

5.3.1.4 พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มีผลใช้บังคับภายหลังที่พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ จากการศึกษาพบว่า พ.ร.บ. สัญญาซื้อขายล่วงหน้าดังกล่าวมีลักษณะใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าอย่างมาก โดยเฉพาะกระบวนการการซื้อขายในตลาด การหักบัญชี และการเข้าแทนที่คู่สัญญาของสำนักหักบัญชี อย่างไรก็ตาม มีความแตกต่างในส่วนที่เกี่ยวกับสินค้าที่ทำการซื้อขาย โดยที่สินค้าที่ทำการซื้อขายได้แก่ น้ำมัน ทองคำ หรือ ตราสารอนุพันธ์ หรือที่เรียกว่า Futures และ Option ขณะที่สินค้าที่ทำการซื้อขาย ตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า เป็นสินค้าประเภท สินค้าเกษตร เช่น ข้าว ยางพารา ข้าวโพด เป็นต้น

จากการที่พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มีลักษณะการซื้อขายเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 การตีความหมายของมาตรา 90 ที่บัญญัติไว้ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของสำนักหักบัญชี ให้สำนักหักบัญชีเป็นผู้รับผิดชอบในการซื้อขายระหว่างสมาชิก โดยเป็นผู้ซื้อให้กับสมาชิกผู้ขายและเป็นผู้ขายให้กับสมาชิกผู้ซื้อนั้นอาจสามารถเปรียบเทียบกับ มาตรา 81 ของพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่สำนักหักบัญชีเข้าผูกพันหรือแทนที่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าให้สำนักหักบัญชีมีความผูกพันตามสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นตามสัญญาซื้อขายล่วงหน้าของตนให้บริการในการชำระหนี้เฉพาะกับสมาชิกของตนเท่านั้น ไม่ว่าสมาชิกดังกล่าวจะดำเนินการเพื่อตนเองหรือเพื่อผู้อื่น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว กฎหมายได้สร้างความชัดเจนในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกกับสำนักหักบัญชี โดยสำนักหักบัญชีจะเข้าเป็นคู่สัญญาเฉพาะสมาชิกของตนเท่านั้น การกำหนดดังกล่าวส่งผลให้เป็นการตัดนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ายกกับสำนักหักบัญชีออกจากกันอย่างชัดเจน ทำให้ทั้งลูกค้าและสำนักหักบัญชีไม่มีสิทธิเรียกร้องระหว่างกัน เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับมาตรา 81 ตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแล้ว มาตราดังกล่าวมีลักษณะใกล้เคียงกันอย่างมาก แม้ว่ามาตรา 90 ไม่ได้ระบุชัดแจ้งดังเช่นมาตรา 81 ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวให้ไปในแนวทางเดียวกัน

ดังนั้น การตีความในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ายกกับสำนักหักบัญชีนั้น เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบในการตีความตามมาตราดังกล่าวจาก ทั้งในเรื่อง เจตนารมณ์ของผู้ร่าง, หลักปฏิบัติสากล การดำเนินงานของตลาดในทางปฏิบัติ และเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 81 แล้ว มาตรา 90 ตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ประกอบกับกฎเกณฑ์การซื้อขายและการหักบัญชี ควรจะต้องตีความว่า สำนักหักบัญชี

จะเข้ามามีนิติสัมพันธ์กับสมาชิกผู้ซื้อหรือสมาชิกผู้ขายในฐานะคู่สัญญา และจะผูกพันเฉพาะกับสมาชิกของตนเท่านั้น

5.3.2 เปรียบเทียบนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับตัวแทน

5.3.2.1 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทน

ก. ความสมบูรณ์ของสัญญาตัวแทน

ตามหลักในเรื่องตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ ตัวการขอร้องหรือมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการใดๆแทนตน และตัวแทนตกลงที่จะกระทำการดังกล่าวตามที่ตัวการได้มอบหมายกับบุคคลภายนอก อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีประเด็นที่ยังไม่ชัดเจนว่า การเกิดสัญญาตัวแทนดังกล่าวจะต้องกระทำต่อบุคคลภายนอกหรือไม่

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายตัวแทนของประเทศญี่ปุ่นแล้ว ประเทศญี่ปุ่นได้แยกนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับตัวแทนออกเป็นสองสัญญาคือ สัญญา Mandate ที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่าง Mandator (ตัวการ) กับตัวแทน Mandatary (ตัวแทน) และสัญญาการเป็นตัวแทน (Agency) ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก ซึ่งสัญญาการเป็นตัวแทน (Agency) จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อตัวแทนไปติดต่อหรือเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกเท่านั้น โดยอาจิวโรจะห้ถ้อยคำในมาตรา 99 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งที่บัญญัติว่า "การแสดงเจตนาของตัวแทนที่กระทำภายในขอบอำนาจที่ตนได้รับจากตัวการและตัวแทนได้แจ้งแก่บุคคลภายนอกว่าตนได้กระทำการแทนตัวการ การกระทำดังกล่าวของตัวแทนผูกพันตัวการ" ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้การเป็นตัวแทนจะต้องมีการติดต่อกับบุคคลภายนอก ดังนั้น หากมิได้ไปดำเนินการติดต่อกับบุคคลภายนอกก็ไม่ใช่สัญญาการเป็นตัวแทน (Agency)

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้นิติสัมพันธ์ตัวแทนเกิดจากการแสดงเจตนาของตัวการให้การมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการใดๆต่อบุคคลภายนอก โดยจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของตัวการ และตัวแทนก็ยินยอมที่จะกระทำการดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเกิดสัญญาตัวแทนของสหรัฐอเมริการจะต้องมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ เพราะหากไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องก็จะเป็นสัญญาประเภทอื่น

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศและความเห็นของท่านรองศาสตราจารย์จักรพงษ์ เล็กสกุลไชยแล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยว่า สำหรับกรณีตัวแทนไทย ตัวแทนจะต้องไปติดต่อหรือเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกด้วยจึงจะถือได้ว่าเป็นสัญญาตัวแทน

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว การที่ลูกค้าทำสัญญาแต่งตั้งนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าให้กระทำการซื้อขายแทนตน โดยการส่งคำสั่งซื้อคำสั่งขายไปที่ตลาดเพื่อให้ได้รับการจับคู่เกิดเป็นสัญญาซื้อขายล่วงหน้า นั้น ถือว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการเป็นตัวแทนของลูกค้า โดยการติดต่อกับบุคคลภายนอก หรือไม่ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็น 3 กระบวนการ ดังนี้

ก. กระบวนการจับคู่ กระบวนการจับคู่ คือ กระบวนการที่ดำเนินการโดยระบบคอมพิวเตอร์ที่จะทำการจับคู่คำสั่งซื้อคำสั่งขายที่มี ชนิดสินค้า ปริมาณและราคา ที่ตรงกัน ก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้น ในกระบวนการนี้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของฝ่ายผู้ขายจะทำการติดต่อหรือก่อนติดสัมพันธ์กับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของฝ่ายผู้ซื้อ ซึ่งลักษณะดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า มีการติดต่อกับบุคคลภายนอก อันเป็นลักษณะของการเป็นตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว

ข. กระบวนการส่งมอบ กระบวนการส่งมอบจะเกิดขึ้นภายหลังกระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญาของสำนักหักบัญชี ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายผู้ซื้อและฝ่ายผู้ขายมีเจตนาที่จะส่งมอบและรับมอบต่อกัน สำนักหักบัญชีก็จะทำหน้าที่จับคู่ฝ่ายผู้ขายที่มีเจตนาที่ต้องการส่งมอบกับฝ่ายผู้ซื้อที่มีเจตนารับมอบสินค้าเข้าด้วยกัน ซึ่งการจับคู่ดังกล่าวไม่ใช่การจับคู่สัญญาเดิมในกระบวนการจับคู่ในขั้นตอนในการทำให้เกิดสัญญาซื้อขายล่วงหน้า แต่เป็นการจับคู่กับบุคคลที่มีเจตนาส่งมอบและรับมอบเข้าด้วยกัน ซึ่งการจับคู่นี้อาจจะทำให้ฝ่ายผู้ซื้อหรือฝ่ายผู้ขายอาจมีมากกว่าหนึ่งคนก็ได้ เช่น ผู้ขายต้องการส่งมอบมันสำปะหลังเส้นจำนวน 500 หน่วย ขณะฝ่ายที่ผู้รับมอบอาจมีฝ่ายผู้ซื้อจำนวนสองคนก็ได้ โดยอาจแบ่งเป็นฝ่ายละ 250 หน่วย เป็นต้น ซึ่งในกระบวนการนี้ก็ต้องถือว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของฝ่ายผู้ส่งมอบและผู้รับมอบได้ทำการติดต่อกับบุคคลภายนอก เช่นเดียวกัน

ค. กระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญาของสำนักหักบัญชี กระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญาเกิดจากที่กฎหมาย มาตรา 90 บัญญัติไว้ โดยสำนักหักบัญชีจะเข้าแทนคู่สัญญาฝ่ายผู้ขายให้แก่สมาชิกผู้ซื้อและเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อให้แก่สมาชิกผู้ขาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ภายหลังที่คำสั่งซื้อคำสั่งขายได้รับการจับคู่เกิดเป็นสัญญาแล้ว การที่สำนักหักบัญชีเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายต่าง ๆ นั้นสำนักหักบัญชีรับเอาสิทธิและหน้าที่ที่คู่สัญญาเดิมมาทั้งหมดเพราะหากว่าสำนักหักบัญชีไม่ได้รับสิทธิและหน้าที่มาจากคู่สัญญาเดิมแล้ว สำนักหักบัญชีก็จะมีสิทธิเรียกร้องโดยตรงต่อคู่สัญญาที่สำนักหักบัญชีเข้าแทนที่สำนักหักบัญชีจึงจำเป็นต้องมีสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเดิม ขณะเดียวกัน สิทธิและหน้าที่ที่สำนักหักบัญชีได้รับมานั้น ไม่ได้ทำให้คู่สัญญาเดิมสิ้นสิทธิและหน้าที่เดิมของตนแต่อย่างใด แต่เป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา จาก

นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นสำนักหักบัญชีแทน เพราะหากว่าคู่สัญญาเดิมสิ้นสิทธิจากสัญญาเดิมแล้ว ก็จะทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากสิทธิและหน้าที่เดิมที่ตนมีระหว่างกัน ซึ่งในความเป็นจริงคู่สัญญาเดิมยังต้องรับผิดชอบต่อสำนักหักบัญชีในตามสัญญาเดิมอยู่

แม้ว่าสำนักหักบัญชีจะไม่ได้เป็นบุคคลที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของทั้งผู้ซื้อและผู้ขายที่ดำเนินการติดต่อมาตั้งแต่แรกก็ตาม แต่สิทธิและหน้าที่ที่สำนักหักบัญชีได้รับมาโดยกฎหมายเป็นสิทธิที่มีอยู่เดิมจากกระบวนการจับคู่ ไม่ใช่สิทธิที่ก่อตั้งขึ้นมาใหม่ นอกจากนี้ภายหลังจากการเข้ามาแทนที่คู่สัญญาของสำนักหักบัญชีแล้ว นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการติดต่อกับสำนักหักบัญชีโดยตลอด เช่น ในกรณีที่การซื้อขายขาดทุน นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องวางหลักประกันหรือเงินประกันเพื่อรักษาสถานะ (Maintenance Margin) ต่อสำนักหักบัญชีแทนลูกค้า กรณีการซื้อขายล่วงหน้าได้กำไร นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าก็ต้องทำการติดต่อกับสำนักหักบัญชีเพื่อขอเงินประกันส่วนเกินคืนจากสำนักหักบัญชี ส่วนในกระบวนการซื้อขายล่วงหน้าที่มีการส่งมอบสินค้า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าก็ต้องแจ้งถึงการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าต่อสำนักหักบัญชี รวมถึงการวางหลักประกันการส่งมอบและรับมอบ เป็นต้น

จากลักษณะและข้อเท็จจริงในเบื้องต้น ผู้เขียนเห็นว่า สำนักหักบัญชีถือเป็นบุคคลภายนอกด้วย ตามหลักกฎหมายเรื่องตัวแทน ส่งผลให้นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้า(ผู้ซื้อผู้ขาย) กับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าดังกล่าวสมบูรณ์เป็นสัญญาตัวแทน

ข. สิทธิหน้าที่ระหว่างตัวการและตัวแทน

ในการที่ตัวการตกลงแต่งตั้งตัวแทนให้เป็นตัวแทนของตนทำให้ระหว่างตัวการและตัวแทนมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำต่อกัน เช่น ในกรณีของตัวแทน ตัวแทนจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือขอบอำนาจที่ตัวการได้มอบหมายให้ตนกระทำการอย่างเคร่งครัด การไม่มีผลประโยชน์ขัดต่อตัวการ (Conflict of Interest) จะต้องใช้ความระมัดระวังและความสามารถตามควร เป็นต้น ขณะที่ตัวการจะต้องชำระค่าใช้จ่ายที่เสียไปจากการกระทำการเป็นตัวแทน และหากมีการตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จเอาไว้ ตัวการจะต้องชำระค่าบำเหน็จให้แก่ตัวแทนด้วย

ในกฎหมายญี่ปุ่น สิทธิและหน้าที่ระหว่างตัวการกับตัวแทนนั้นจะต้องพิจารณาจากสัญญา Mandate โดยสัญญาดังกล่าวกำหนดให้ตัวแทน (Mandatar) มีหน้าที่ต้องกระทำภายในขอบอำนาจ ต้องจัดทำและส่งรายงานให้แก่ตัวการ (Mandator) ในทุกๆ ครั้งที่มีการปฏิบัติหน้าที่ จะต้องนำส่งทรัพย์สินใดๆ รวมทั้งส่งมอบเงินที่ได้รับมาจากบุคคลภายนอกที่ตนได้รับมาจากการกระทำกิจการที่ได้รับมอบหมายแก่ตัวการ (Mandator) ในขณะเดียวกัน ตัวการ (Mandator) จะต้องจ่ายค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทน (Mandatar) และค่าบำเหน็จให้แก่

ตัวแทน (Mandatory) ในกรณีที่มีการตกลงกันได้ รวมทั้งค่าเสียหายที่ตัวแทน(Mandatory) ได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่

ในขณะที่หลักกฎหมายเรื่องตัวแทนของสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการรับตัวแทน โดยให้ตัวแทนมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการหน้าที่ในการใช้ทักษะ ความระมัดระวัง และความรอบคอบหน้าที่ในการกระทำโดยสุจริต หน้าที่ในการจัดการเรื่องการเงินและนำส่งเงินให้ตัวการ ขณะเดียวกันตัวการก็มีหน้าที่ กระทำการโดยสุจริต จ่ายบำเหน็จแก่ตัวแทน และชดใช้ค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายแก่ตัวแทน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหน้าที่หลักของตัวการตัวแทนของประเทศไทย ญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกาแล้วเห็นว่ามีลักษณะใกล้เคียงกัน แต่อาจแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด

แต่เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว หน้าที่ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีความแตกต่างจากหน้าที่ที่ตัวแทนมีต่อตัวการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น การทำสัญญากับลูกค้านั้น กฎหมายได้จำกัดสิทธิของคู่สัญญาในการตกลงระหว่างกันเพื่อคุ้มครองลูกค้า กำหนดให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแยกทรัพย์สินของลูกค้าออกจากทรัพย์สินของตน การกำหนดค่าบำเหน็จที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะสามารถเรียกจากลูกค้าได้ในจำนวนที่จำกัด อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสิทธิและหน้าที่ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะแตกต่างจากตัวแทนทั่วไปก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหน้าที่พิเศษดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายมหาชน ไม่น่าที่จะทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะแตกต่างไปจากตัวแทนทั่วไปตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้เพราะ โดยทั่วไปการกำหนดสิทธิและหน้าที่ในสัญญาตัวแทน คู่สัญญาสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้และการตกลงเป็นอย่างอื่นก็ไม่ได้ทำให้ไม่เป็นสัญญาตัวแทน แม้ว่าในบางกรณีจะถูกกำหนดโดยกฎหมายก็ตาม

นอกจากนี้ สามารถเทียบเคียงได้กับ นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์มีหน้าที่ซื้อขายหลักทรัพย์แทนลูกค้า และซื้อขายในนามของตนเองเช่นกัน และกฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดหน้าที่พิเศษเพิ่มเติมจากหน้าที่ของตัวแทนต่อตัวการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 991/2545 ที่ระบุว่า จำเลยทำสัญญาตั้งโจทก์เป็นตัวแทน นายหน้าในการซื้อขายหลักทรัพย์ความผูกพันระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงเป็นความผูกพันในฐานะตัวการกับตัวแทนซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความไว้โดยเฉพาะ จึงมีอายุความ 10 ปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 การที่จำเลยสั่งให้โจทก์ขายหุ้นเพียง 10,000 หุ้น แต่โจทก์ขายหุ้นไป 20,000 หุ้น และส่งมอบเงินที่ขายได้ทั้งหมดให้แก่จำเลยซึ่งมียอดเงินที่จำเลยรับไว้เกินจำนวน 2 แสนบาทเศษนั้น เป็นกรณีที่โจทก์ในฐานะตัวแทนจำเลยชำระเงินให้จำเลยเกิน

จำนวนที่จำเลยสั่งให้ขายหุ้น จำเลยจึงต้องคืนเงินส่วนที่เกินมาพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันผิดนัดเป็นต้นไปให้แก่โจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5094/2539 สัญญานายหน้าตัวแทนระหว่างจำเลยกับโจทก์ กำหนดให้โจทก์ซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แทนจำเลย โจทก์จึงเป็นตัวแทนของจำเลยมีอำนาจขายหุ้นแทนจำเลยได้โดยชอบและมีสิทธิได้รับค่านายหน้าและค่าใช้จ่ายในการขายได้ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา เมื่อหุ้นที่โจทก์ขายแทนจำเลยไปนั้น เป็นหุ้นที่จำเลยร่วมที่ 2 ลักมา และได้มีการอายัดหุ้นส่วนหนึ่งไว้แล้วทำให้มีการโอนหุ้นให้แก่ผู้ซื้อไม่ได้ โจทก์ในฐานะผู้ขาย จะต้องรับผิดชอบใช้หุ้นอื่นแทนให้แก่ผู้ซื้อตามกฎระเบียบของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เมื่อโจทก์ได้ขาดใช้หุ้นอื่นแทนให้แก่ผู้ซื้อ การกระทำของโจทก์จึงเป็นการกระทำที่จำเป็นและสมควร ต้องกระทำในขอบอำนาจของการเป็นตัวแทน โจทก์ในฐานะตัวแทนจึงมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยในฐานะตัวการขาดใช้หุ้นหรือเงินค่าหุ้นที่โจทก์ออกแทนจำเลยไปได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 816

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น จะเห็นว่า การที่นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ทำการซื้อขายหลักทรัพย์แทนลูกค้านั้น กิจการดังกล่าวแม้ว่าจะมีหน้าที่พิเศษที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ก็ตาม ศาลก็ยังถือว่า เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อเปรียบเทียบกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าซึ่งมีลักษณะการประกอบธุรกิจใกล้เคียงกัน และมีหน้าที่พิเศษที่แตกต่างจากหลักตัวการตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ ดังนั้น ก็พอที่จะเทียบเคียงจากแนววินิจฉัยของศาลฎีกาได้ว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะเป็นตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงหน้าที่เพิ่มเติมหรือที่เกิดขึ้นจากพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542

ดังนั้น จากเหตุผลในข้างต้น การกำหนดหน้าที่ที่แตกต่างจากหลักตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่เป็นตัวแทนของลูกค้า แม้ว่าจะเป็นการกำหนดโดยอำนาจของกฎหมายพิเศษก็ตาม

5.3.2.2 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนกับบุคคลภายนอก

ก. ตัวแทนกระทำในนามผู้ใด

ตามหลักกฎหมายเรื่องตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อตัวแทนได้รับมอบหมายจากตัวการแล้ว ตัวแทนจะกระทำการใดๆแทนตัวการกับบุคคลภายนอกในนามของตัวการ แต่เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับลักษณะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว พบว่า

นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าทำการส่งคำสั่งซื้อคำสั่งขายที่ได้รับมาจากลูกค้าเข้าสู่ตลาดในนามตนเอง ไม่ได้กระทำในนามลูกค้า

ลักษณะการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกของตัวแทนนั้นว่ากระทำแทนผู้ใดนั้น มีผลกระทบต่อนิติสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนอย่างมาก เพราะลักษณะการแสดงออกดังกล่าวทำให้รูปแบบของการเป็นตัวแทนแตกต่างกันไป กล่าวคือ หากว่าตัวแทนกระทำในนามตัวการส่งผลบุคคลที่จะผูกพันโดยตรงเป็นตัวการ ตามมาตรา 820 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁸ อันเป็นลักษณะของการเป็นตัวแทนโดยตรง (Direct Agency) ขณะที่ตัวแทนกระทำต่อบุคคลภายนอกในนามตนเองนั้น ทำให้ตัวแทนเองจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกในฐานะคู่สัญญาซึ่งเรียกว่า การเป็นตัวแทนโดยอ้อม (Indirect Agency)

ในเรื่องนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดลักษณะของการตัวแทนหรือไม่ ไว้ในเรื่องของสัญญา Mandate จากการแสดงออกของ Mandatary (ตัวแทน) ต่อบุคคลภายนอกว่ากระทำในนามบุคคลใด หากว่า Mandatary (ตัวแทน) แสดงออกว่ากระทำในนาม Mandator (ตัวการ) สัญญาที่ Mandatary (ตัวแทน) กระทำแทนไปนั้น ก็จะเป็นสัญญาตัวแทน (Agency) แต่หากว่า Mandatary (ตัวแทน) ไม่ได้กระทำในนาม Mandator (ตัวการ) สัญญาดังกล่าวไม่เป็นสัญญาตัวแทน (Agency)

ดังนั้น การแสดงออกของตัวแทนว่ากระทำในนามตนเองหรือในนามตัวการจึงเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาถึงการเป็นตัวแทน ซึ่งจะเห็นได้ว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีความแตกต่างจากตัวแทนทั่วไปในเรื่องนี้ นอกจากนี้ การแสดงออกดังกล่าวจึงมีผลต่อนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกด้วยซึ่งจะกล่าวต่อไป

ข. การผูกพันต่อบุคคลภายนอก

การแสดงออกของตัวแทนต่อบุคคลภายนอกนั้นมีผลต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนกับบุคคลภายนอก กล่าวคือ หากว่าตัวแทนแสดงออกต่อบุคคลภายนอกว่าทำการแทนตัวการตามที่ตัวการกำหนดและอยู่ในขอบอำนาจของตน ไม่เป็นตัวแทนของตัวการที่อยู่ต่างประเทศ หรือทำการแทนตัวการไม่เปิดเผยชื่อแล้ว ตัวแทนไม่มีนิติสัมพันธ์หรือความรับผิดชอบใดๆกับบุคคลภายนอก

แต่หากว่าตัวแทนกระทำในนามตนเอง โดยไม่ได้แจ้งแก่บุคคลภายนอกว่าตนเป็นตัวแทนทำการแทนตัวการ ในความเห็นของผู้เขียน ตัวแทนดังกล่าวมีลักษณะเป็นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อในลักษณะที่เป็นตัวแทนไม่เปิดเผยตัวตน (Undisclosed Principal) ตาม

¹⁸ มาตรา 820 ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอันตัวแทนหรือตัวแทนช่วงได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะบุคคลภายนอกไม่รู้ถึงเจตนาอันแท้จริงในใจของตัวแทนว่าไม่ต้องการผูกพันเอง ตัวแทนจึงต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกเสียเอง ในฐานะคู่สัญญา¹⁹ แต่จะไม่ใช่กรณีของตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principle) เพราะกรณีที่ตัวแทนได้แจ้งแก่บุคคลภายนอกว่ากระทำในฐานะตัวแทน แต่ไม่ได้บอกแก่บุคคลภายนอกว่ากระทำแทนผู้ใด ซึ่งมีผู้เห็นว่าตัวแทนดังกล่าว ไม่ต้องผูกพันและรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกด้วย เพราะบุคคลภายนอกย่อมทราบในขณะที่ทำสัญญาแล้วว่า กำลังตกลงทำสัญญากับกับตัวแทนเท่านั้น เมื่อรู้เช่นนั้นยังยอมทำสัญญาด้วย บุคคลภายนอกจะไม่ได้รับรับความคุ้มครอง ซึ่งทำให้ฟ้องตัวแทนไม่ได้²⁰

แต่สำหรับกรณีของสหรัฐอเมริกาแล้ว ตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อหรือเปิดเผยตัวตนจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกทุกกรณี เว้นแต่มีการตกลงให้ตัวแทนไม่ต้องรับผิด ดังนั้น บุคคลภายนอกสามารถฟ้องตัวแทนในฐานะที่กระทำการแทนตัวการไม่เปิดเผยตัวตน หรือตัวแทนไม่เปิดเผยชื่อให้รับผิดชอบต่อตนได้ แม้ว่าจะทราบถึงการมีอยู่ของตัวการหรือชื่อของตัวการก็ตาม ภายหลังจากที่เกิดสัญญาขึ้นแล้วก็ตาม

จากการที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการซื้อขายในนามตนเอง นอกจากที่มีลักษณะแตกต่างจากตัวแทนโดยทั่วไปแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อนิติสัมพันธ์ต่อบุคคลภายนอกด้วย ทั้งในกระบวนการจับคู่ที่บุคคลภายนอกคือ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่ง และในกระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญา ดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วว่าสำนักหักบัญชีก็ถือเป็นบุคคลภายนอกเช่นกัน การที่พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 มาตรา 90 กำหนดให้ สำนักหักบัญชีเข้าแทนที่เป็นคู่สัญญากับสมาชิกผู้ซื้อและสมาชิกผู้ขาย (นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า) ทำให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องผูกพันกับสำนักหักบัญชี (บุคคลภายนอก) ในฐานะคู่สัญญาโดยตรง ซึ่งอาจมองได้ว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะเป็นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ ทั้งประเภท ตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยตัวตน (Undisclosed Principal) หรือ ตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principle) แต่เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้ว สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) กรณีตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยตัวตน (Undisclosed Principal) แม้ว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำในนามตัวเองดังเช่นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยตัวตน ก็ตาม แต่ตามข้อเท็จจริงแล้วตลาดและสำนักหักบัญชีทราบมาโดยตลอดว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำ

¹⁹ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547), หน้า 63.

²⁰ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547), หน้า 62.

แทนการลูกค้า และการที่ตลาดและสำนักหักบัญชีเป็นนิติบุคคลเดียวกันทำให้ทราบว่าคุณค่าคนใดเป็นผู้ซื้อผู้ขายที่แท้จริง ดังนั้น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงไม่มีลักษณะเป็นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยตัวตน (Undisclosed Principal)

2) กรณีตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principle) นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำในนามตนเอง โดยไม่ได้กระทำดังเช่นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principle) ที่กระทำแทนลูกค้าแต่ไม่ยอมบอกชื่อให้บุคคลภายนอกทราบ นอกจากนี้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องผูกพันกับสำนักหักบัญชี ขณะที่ตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principle) ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกโดยตรง และในความเป็นจริงตลาดและสำนักหักบัญชีก็ทราบว่าคุณค่าคนใดและชื่ออะไร ดังนั้น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงไม่มีลักษณะเป็นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principle)

5.3.2.3 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก

เมื่อตัวแทนทำการใดๆ ตามที่ได้รับมอบหมายจากตัวการและอยู่ในขอบอำนาจของตัวแทน ในนามของตัวการต่อบุคคลภายนอกแล้วและก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก ตัวการจะผูกพันในกิจการที่ตัวแทนหรือตัวแทนช่วงทำไปกับบุคคลภายนอกในฐานะคู่สัญญา เพราะตัวการคือคู่สัญญาที่แท้จริงกับบุคคลภายนอก ส่วนตัวแทนหรือตัวแทนช่วงเป็นเพียงผู้ทำการแทนตัวการเท่านั้น ตาม มาตรา 820²¹

เมื่อเปรียบเทียบกับนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่งจากการจับคู่กับสำนักหักบัญชีในกระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญาแล้ว มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีนี้ลูกค้ากับบุคคลดังกล่าวไม่อาจมีนิติสัมพันธ์กันโดยตรงได้ทั้งนี้ เนื่องจากการซื้อขายล่วงหน้าในตลาดนั้น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการในนามตนเองโดยเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอก (นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือสำนักหักบัญชี) ไม่ใช่กระทำการแทนลูกค้า ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้การซื้อขายล่วงหน้าในตลาดจะต้องกระทำการผ่านสมาชิกของตลาด²² ได้แก่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หรือ ผู้ค้าล่วงหน้า และในส่วนของ การหักบัญชีนั้นจะต้องทำการหักบัญชีในนามของสมาชิกสำนักหักบัญชีเท่านั้น นอกจากนี้ข้อบังคับของ

²¹ มาตรา 820 บัญญัติว่า ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลาย อันตัวแทนหรือตัวแทนช่วงได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่ง ฐานตัวแทน

²² มาตรา 99 บัญญัติว่า " ในการดำเนินการซื้อขายล่วงหน้าในตลาด ให้สมาชิกปฏิบัติ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการตลาดกำหนดโดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการ ก.ส.ล."

ตลาดและสำนักหักบัญชีที่อาศัยอำนาจพระราชบัญญัติการซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2542 กำหนดให้สำนักหักบัญชีจะเป็นคู่สัญญาและรับผิดชอบเฉพาะแต่นายซื้อขายล่วงหน้าที่เป็นสมาชิกเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่มีนิติสัมพันธ์โดยตรงระหว่างลูกค้ำกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือสำนักหักบัญชี

เมื่อพิจารณาจากลักษณะนิติสัมพันธ์ระหว่าง ลูกค้ำ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า และสำนักหักบัญชีแล้ว การที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการในนามตนเองและผูกพันตนเองเข้าเป็นคู่สัญญากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนการจับคู่ และกับสำนักหักบัญชีในกระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญา และการที่ไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ำกับกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือกับสำนักหักบัญชี มีผลทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่มีลักษณะเป็นตัวแทนทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5.3.3 เปรียบเทียบนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นายหน้าคือบุคคลที่มีหน้าที่จัดให้ผู้อื่นได้ทำสัญญากันต่อกัน โดยทำหน้าที่เป็นตัวกลาง หรือเป็นสื่อกลางติดต่อระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น โดยลักษณะพิเศษอีกอย่างหนึ่งคือนายหน้ามิได้ทำในนามตนเองหรือทำกิจการแทนบุคคลอื่นในนามตนเอง และไม่มีส่วนเข้าเป็นคู่สัญญาหรือเข้าทำสัญญาในนามของตนหรือของผู้ใดเลย²³ กิจการที่นายหน้าได้กระทำไปเป็นเพียงสะพานทอดหรือเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อติดต่อระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายเท่านั้น โดยนายหน้าไม่มีอำนาจกระทำการแทนตัวการ²⁴ ดังนั้นสถานะทางกฎหมายของนายหน้าจึงเป็นตัวกลางระหว่างคู่สัญญา โดยมีได้มีนิติสัมพันธ์ใดๆกับบุคคลภายนอกทั้งโดยตนเองหรือกระทำการแทนผู้อื่น

สำหรับกฎหมายญี่ปุ่น นายหน้าตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ หมายถึง เป็นบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางหรือชี้ช่อง โดยใช้วิธีการชักจูงใจให้คู่สัญญาเข้ามาทำสัญญากันอันมีผลผูกพันกันตามกฎหมาย²⁵ และถือว่าบุคคลที่ทำหน้าที่นายหน้าเป็นผู้ค้าด้วย เพราะเป็นการประกอบกิจการโดยหวังบำเหน็จ โดยนายหน้าไม่มีหน้าที่ทำนิติกรรมแทนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

²³ ไชยเจริญ สันติศิริ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้าจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 7, (พระนคร: โรงพิมพ์ภักดีประดิษฐ์, 2513), หน้า 246.

²⁵ Commercial Code Article 305 " A broker is a person who make its business to act as intermediary in commercial transaction between other person."

ไม่ว่าจะกระทำในนามตนเองหรือในนามผู้อื่น เมื่อพิจารณาจากนายหน้าตามกฎหมายญี่ปุ่นแล้วมีลักษณะเหมือนกันกับนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

จากลักษณะข้างต้น เมื่อเปรียบเทียบกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว แม้ว่าชื่อจะเรียกว่า "นายหน้า" เหมือนกันก็ตามแต่เมื่อพิจารณาจากหน้าที่แล้ว มีลักษณะแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ นายหน้ามีหน้าที่เพียงเป็นตัวกลาง หรือเป็นสื่อกลางติดต่อระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ไม่ได้เข้าไปทำสัญญา หรือก่อให้เกิดนิติกรรมใดๆ แทนผู้อื่น หรือโดยตนเอง ขณะที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องมีหน้าที่รับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้า และทำการซื้อขายในตลาดแทนลูกค้าในนามตนเอง โดยเป็นคู่สัญญากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนการจับคู่ และเป็นคู่สัญญากับสำนักหักบัญชีในกระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญา

5.3.4 เปรียบเทียบนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับตัวแทนค้าต่าง

5.3.4.1 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนค้าต่าง

ก. ความสมบูรณ์ของสัญญาตัวแทนค้าต่าง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 833 ได้บัญญัติว่า ตัวแทนค้าต่าง คือบุคคลซึ่งในทางค้าขายของเขายอมทำการซื้อขายทรัพย์สินหรือรับจัดทำกิจการค้าขายอย่างอื่นในนามของตัวเองต่างตัวการ ซึ่งหมายความว่า ตัวแทนค้าต่างจะต้องกระทำการใดๆ แทนตัวการ ในนามตนเองต่อบุคคลภายนอกโดยกระทำเป็นอาชีพของตน แม้ว่าตัวแทนค้าต่างกระทำการในนามตนเองก็ตาม แต่ตัวแทนค้าต่างก็ถือเป็นตัวแทนชนิดหนึ่ง เพราะต้องทำงานแทนตัวการเหมือนกับตัวแทนธรรมดาแต่เนื่องจากมีลักษณะพิเศษบางประการที่แตกต่างออกไป กฎหมายจึงต้องแยกออกมาเป็นลักษณะเฉพาะอีกเรื่องหนึ่ง²⁶ นอกจากนี้มาตรา 835 ยังให้นำบทบัญญัติลักษณะตัวแทนมาใช้บังคับกับเรื่องตัวแทนค้าต่างอีกด้วย ดังนั้นการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของการเป็นตัวแทนค้าต่างก็ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบในเรื่องการเป็นตัวแทนทั่วไปด้วย ในลักษณะที่ไม่ขัดกับหลักของตัวแทนค้าต่าง ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์เปรียบเทียบตัวแทนทั่วไปกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไว้แล้วในข้างต้น ซึ่งสำหรับในกรณีของตัวแทนค้าต่าง ผู้เขียนเห็นว่านิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้า(ผู้ซื้อ/ผู้ขาย)กับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าดังกล่าวสมบูรณ์เป็นสัญญาตัวแทนค้าต่างด้วย

²⁶ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า จ้างทำของ ราชชน. พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547), หน้า 73.

เมื่อเปรียบเทียบกับตัวแทนค้าต่างประเทศญี่ปุ่นแล้ว ตัวแทนค้าต่างประเทศญี่ปุ่นเกิดจากพื้นฐานของสัญญา Mandate เช่นเดียวกับกับหลักในเรื่องตัวแทน (Agency) แต่จะไม่ใช่เป็นตัวแทนเพราะตัวแทนค้าต่างประเทศกระทำในนามตนเอง ขณะที่หลักในเรื่องตัวแทน (Agency) ตัวแทนต้องกระทำในนามตัวการ ดังนั้น ตัวแทนค้าต่างประเทศ (Commission Agent) จึงไม่ใช่ตัวแทน (Agency) แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายญี่ปุ่นในมาตรา 314 วรรคสอง ก็ให้นำบทบัญญัติในเรื่อง สัญญา Mandate และในเรื่อง ตัวแทน (Agency) มาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติเรื่องตัวแทนค้าต่างประเทศจากลักษณะพื้นฐานข้างต้นจะเห็นว่ามีความแตกต่างจากกฎหมายไทยที่ยังอาศัยพื้นฐานของหลักในเรื่องตัวแทนทั่วไป ที่ไม่ได้แยกกันอย่างชัดเจนอย่างตัวแทนค้าต่างประเทศญี่ปุ่น

ข. กระทำเป็นอาชีพ

ข้อแตกต่างหนึ่งที่ทำให้ตัวแทนค้าต่างประเทศแตกต่างจากตัวแทนทั่วไปคือ ตัวแทนค้าต่างประเทศจะต้องเป็นตัวแทนโดยอาชีพ การทำหน้าที่ของตัวแทนค้าต่างประเทศในกิจการที่ตัวแทนค้าต่างประเทศรับทำ จึงมีได้เฉพาะธุรกิจที่เป็นนิติกรรม²⁷ เท่านั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้บุคคลที่จะดำเนินการรับคำสั่งซื้อขายแทนผู้อื่นจะต้องขอรับใบอนุญาตจากเลขาธิการ คณะกรรมการ กสล. และการที่จะสามารถทำการซื้อขายในตลาดได้ก็จะต้องเป็นสมาชิกตลาดด้วย ซึ่งเป็นลักษณะบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษและมีลักษณะที่เป็นอาชีพโดยเฉพาะ จึงมีกระบวนการคัดกรองและตรวจสอบหลายชั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะประกอบธุรกิจเป็นอาชีพตามลักษณะของตัวแทนค้าต่างประเทศ

ในประเด็นเรื่องการเป็นตัวแทนโดยอาชีพนั้น กฎหมายญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดให้ตัวแทนค้าต่างประเทศจะต้องเป็นตัวแทนโดยอาชีพ เพียงแค่ทำการซื้อขายสินค้าในนามตนเองแทนผู้อื่นก็ถือว่าเป็นตัวแทนค้าต่างประเทศแล้ว อย่างไรก็ตาม กฎหมายญี่ปุ่นได้มีบทบัญญัติเรื่องตัวแทนอาชีพไว้โดยเฉพาะเรียกว่า ตัวแทนทางการค้า (Commercial Agent) มีหน้าที่กระทำการแทนตัวการในเชิงธุรกิจ และโดยกระทำในฐานะตัวแทน หรือตัวกลางของตัวการต่อบุคคลภายนอกตามบทบัญญัติเรื่องตัวแทน (Agency) ซึ่งไม่ใช่ตัวแทนค้าต่างประเทศ เพราะตัวแทนค้าต่างประเทศกระทำในนามตนเอง

ค. มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร

นอกจากนี้ ตัวแทนค้าต่างประเทศทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในเชิงพาณิชย์ที่ได้มาในรูปของบำเหน็จการเป็นตัวแทน (มาตรา 834, 838) การทำงานแทนตัวการที่ไม่

²⁷ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนค้าต่างประเทศและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), หน้า 3.

เกี่ยวข้องกับกิจการพาณิชย์ ไม่ใช่งานของตัวแทนค้าต่าง²⁸ ซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า เพราะการประกอบอาชีพเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า นั้น ก็ประสงค์ที่จะได้รับบำเหน็จจากการรับคำสั่งซื้อคำสั่งขายจากลูกค้า (ผู้ซื้อผู้ขาย) อย่างไรก็ตามอัตราค่าบำเหน็จดังกล่าว นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่สามารถตกลงกับลูกค้า (ผู้ซื้อผู้ขาย) ได้อย่างอิสระ แต่จะถูกควบคุมจากคณะกรรมการ ก.ส.ล. โดยกำหนดอัตราค่าบำเหน็จไม่ต่ำกว่าร้อยละ 0.05 และไม่สูงกว่าร้อยละ 0.25 ของมูลค่าการซื้อขายล่วงหน้าที่จะจับคู่ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญต่อการเป็นตัวแทนค้าต่าง

แต่ในเรื่องตัวแทนค้าต่างตามกฎหมายญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดว่า ตัวแทนค้าต่างจะต้องแสวงหากำไรหรือมีสิทธิได้รับบำเหน็จ แต่กฎหมายให้นำบทบัญญัติเรื่องสัญญา Mandate มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งโดยสภาพของสัญญา Mandate แล้ว เป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทนเว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันไว้เป็นการเฉพาะ จึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร ดังนั้น ในประเด็นนี้ตัวแทนค้าต่างญี่ปุ่นจึงแตกต่างจากไทย

ง. สิทธิและหน้าที่

ในเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างตัวการกับตัวแทนค้าต่างนั้น ตัวแทนค้าต่างมีสิทธิที่จะได้รับค่าบำเหน็จจากการกระทำการแทนตัวการ ขณะเดียวกันก็มีความรับผิดชอบต่อตัวการในกรณีบุคคลภายนอกไม่ปฏิบัติตามสัญญา ในกรณีที่เป็นตัวแทนฐานประกัน (del credere agent) รับผิดชอบจากการขายทรัพย์สินราคาต่ำกว่าที่ได้รับมอบหมายหรือจากการขายทรัพย์สินราคาสูงกว่าที่ได้รับมอบหมาย หน้าที่ในการแถลงกิจการ หน้าที่ดูแลทรัพย์สินของตัวการ อันเป็นลักษณะเฉพาะของบทบัญญัติเรื่องตัวแทนค้าต่าง นอกจากนี้ ตัวแทนค้าต่างจะต้องมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนทั่วไปด้วยเช่น สิทธิในเงินทดรองจ่าย สิทธิในการยึดหน่วงทรัพย์สินของตัวการ ขณะเดียวกันจะต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนแก่ตัวการและชดเชยดอกเบี้ยเมื่อนำเงินของตัวการไปใช้ส่วนตัวความรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาท หรือไม่กระทำการเป็นตัวแทน หรือกระทำการโดยปราศจากอำนาจ

เมื่อพิจารณาจากสิทธิและหน้าที่ระหว่างนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับลูกค้าของตนนั้น มีลักษณะแตกต่างจากสิทธิและหน้าที่ที่ตัวแทนค้าต่างมีต่อตัวการของตน เช่น การปฏิบัติตามข้อกำหนดของ ก.ส.ล. ในเรื่องสาระสำคัญของสัญญาระหว่างนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับลูกค้า การแยกทรัพย์สินของตนออกจากทรัพย์สินของลูกค้า เป็นต้น แต่ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหน้าที่พิเศษดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายมหาชน ไม่น่าที่จะทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะ

²⁸ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า จำทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547), หน้า 75.

แตกต่างกันไปจากตัวแทนค้าต่างตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้เพราะ โดยทั่วไปการกำหนดสิทธิและหน้าที่ในสัญญาตัวแทนค้าต่าง เช่นเดียวกับสัญญาตัวแทนทั่วไป คู่สัญญาสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้และการตกลงเป็นอย่างอื่นก็ไม่ได้ทำให้ไม่เป็นสัญญาตัวแทนค้าต่าง แม้ว่าในบางกรณีจะถูกกำหนดโดยกฎหมายก็ตาม ดังนั้น การกำหนดหน้าที่ที่แตกต่างจากหลักตัวแทนค้าต่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่นำหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่เป็นตัวแทนค้าต่างของลูกค้า แม้ว่าจะเป็นการกำหนดโดยอำนาจของกฎหมายพิเศษก็ตาม

5.3.4.2 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนค้าต่างกับบุคคลภายนอก

ก. ตัวแทนกระทำในนามผู้ใด

ตามหลักเรื่องตัวแทนค้าต่าง เมื่อตัวแทนตัวแทนค้าต่างได้รับมอบหมายจากตัวการแล้ว ตัวแทนค้าต่างจะกระทำการใดๆต่อบุคคลภายนอกในนามตนเอง ซึ่งลักษณะนี้มีความแตกต่างจากตัวแทนทั่วไปที่กระทำการในนามตัวการ และเมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว พบว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้าทำการส่งคำสั่งซื้อคำสั่งขายที่ได้รับมาจากลูกค้าเข้าสู่ตลาดในนามตนเอง เช่นเดียวกับตัวแทนค้าต่าง อันเป็นลักษณะของตัวแทนโดยอ้อม (Indirect Agency) ตัวแทนค้าต่างกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงมีความเหมือนกันในประเด็นนี้

ในลักษณะข้างต้น มาตรา 313²⁹ ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นได้กำหนดให้ตัวแทนค้าต่างญี่ปุ่นก็กระทำการในนามตนเองเช่นเดียวกับตัวแทนค้าต่างของไทย

ข. การผูกพันต่อบุคคลภายนอก

ในการเป็นตัวแทนค้าต่างไม่ว่าตัวแทนค้าต่างจะแสดงต่อบุคคลภายนอกว่ากระทำการแทนใครหรือบอกว่าตัวการคือใคร การบอกชื่อตัวการไม่ได้เป็นสาระสำคัญใดๆของการเป็นตัวแทนค้าต่าง ซึ่งบุคคลภายนอกก็รู้อยู่แล้วว่าเป็นตัวแทน³⁰ ตัวแทนค้าต่างต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกในฐานะคู่สัญญา หากว่าบุคคลภายนอกผิดสัญญาที่กระทำไว้ต่อตน ตัวแทนค้าต่างสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อบุคคลภายนอกโดยตรงได้ ขณะเดียวกันบุคคลภายนอกสามารถฟ้องตัวแทนค้าต่างโดยตรงให้รับผิดชอบตามสัญญาได้เช่นกัน โดยตัวแทนค้าต่างไม่สามารถอ้างได้ว่าตนได้กระทำการแทนหรือเป็นตัวแทนของบุคคลอีกคนหนึ่ง

²⁹ Commercial Code Article 313 "A commission agent is a person to effect sales or purchase of goods in his own name for other person."

³⁰ จักรพงษ์ เล็กสกุลไทย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า จ้างทำของ รัชชน พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547), หน้า 82.

สำหรับประเทศญี่ปุ่น เมื่อตัวแทนค้าต่างทำการซื้อขายแทนตัวการแล้ว ตัวแทนค้าต่างจะมีสิทธิเรียกร้องต่อบุคคลภายนอก ขณะเดียวกันก็ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเช่นเดียวกับตัวแทนค้าต่างของไทย

ลักษณะของตัวแทนค้าต่างข้างต้นมีลักษณะเช่นเดียวกันการแสดงออกของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในฐานะที่ตนทำการซื้อขายในนามตนเองกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนการจับคู่ และกับสำนักหักบัญชี ในกระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญา ดังนั้น หากว่าทั้งนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าและนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่งหรือสำนักหักบัญชีผิดสัญญาต่างฝ่ายต่างมีสิทธิเรียกร้องต่อกันเช่นเดียวกันกับตัวแทนค้าต่าง

5.3.4.3 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก

เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกเอาไว้ชัดเจนจึงมีปัญหาว่า ทั้งตัวการและบุคคลภายนอกต่างมีสิทธิเรียกร้องต่อกันโดยตรงจากการกระทำของตัวแทนค้าต่างหรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าว มีสองความเห็น ดังนี้

ความเห็นแรก เห็นว่า ตัวการจะบังคับเอาจากบุคคลภายนอกไม่ได้ เพราะไม่มีนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกโดยตรง³¹ โดยเห็นว่ามาตรา 837 กำหนดไว้ชัดว่าตัวแทนค้าต่างเป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้นในฐานะเป็นคู่สัญญาโดยตรง เพราะตัวแทนค้าต่างได้เข้าทำสัญญาในนามของตนเองต่างตัวการ ตัวแทนค้าต่างจึงมีสิทธิจะฟ้องร้องตามสัญญา และในทำนองเดียวกันก็ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกตามสัญญา ซึ่งต่างกับกรณีโดยทั่วไปซึ่งตัวการย่อมมีความผูกพันกับบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอันตัวแทนได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทนตามมาตรา 820³²

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ในระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกนั้น ตัวการมีสิทธิที่จะบังคับตามสัญญาได้เองตามหลักทั่วไปในมาตรา 820 ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ตัวแทนค้าต่างทำสัญญากับบุคคลภายนอกในนามของตนเอง มีลักษณะเป็นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อตัวการจึงสามารถแทรกเข้าไปในความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนกับบุคคลภายนอกได้ และการที่ตัวแทนค้าต่างอยู่ในหมวดเดียวกับเรื่องตัวแทน เห็นว่าผู้ร่างประสงค์เช่นเดียวกัน³³ นอกจากนี้ตัวแทนค้าต่างก็มีฐานะเป็นตัวแทนอยู่ กิจการนั้นย่อมผูกพันระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก

³¹ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนค้าต่างและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), หน้า 29.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

³³ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, “ตัวแทนค้าต่าง: สถานะจำเลยในคดีแพ่ง”, รพี 38, หน้า 78.

และหากตัวการค้าต่างเกิดเป็นคนล้มละลายในภายหลังไม่อาจจัดกิจการของตนได้ และไม่สามารถเข้าดำเนินคดีให้ตัวการได้ ยิ่งเห็นความจำเป็นที่ตัวการจะต้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกได้เอง³⁴

สำหรับความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกนั้น เห็นว่า มาตรา 820 ที่ว่า ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอันตัวแทนได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน เป็นมาตราที่สำคัญที่สุดของการเป็นตัวแทน ซึ่งเป็นบทยกเว้นจากหลัก Privity of Contract สัญญาผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ตกลงกัน เมื่อตัวแทนค้าต่างตามกฎหมายไทยจัดอยู่ในลักษณะ 15 ของเรื่องตัวแทน ก็จะต้องมาตรา 820 ไม่ได้ ด้วยเหตุนี้บุคคลภายนอกย่อมฟ้องบังคับชำระหนี้เอาจากตัวการได้ และในขณะเดียวกันก็ย่อมฟ้องตัวแทนค้าต่างได้ด้วย (มาตรา 837)

เมื่อพิจารณาจากเหตุผลข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ตัวแทนค้าต่างกระทำการในนามตนเองแต่กระทำแทนตัวการ และมีลักษณะเป็นใกล้เคียงกับตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อตามบทบัญญัติเรื่องตัวแทน ดังนั้น การกระทำของตัวแทนค้าต่างจึงผูกพันตัวการกับบุคคลภายนอกด้วย บุคคลภายนอกหรือตัวการสามารถใช้สิทธิเรียกร้องระหว่างกันได้ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกันกับแนวทางที่สอง

ลักษณะของนิติสัมพันธ์ข้างต้น มีความแตกต่างจากหลักตัวแทนค้าต่างตามกฎหมายญี่ปุ่น กล่าวคือ เมื่อตัวแทนค้าต่างกระทำการแทนตัวการในนามตนเองแล้ว ตัวแทนจะผูกพันในฐานะคู่สัญญากับบุคคลภายนอก โดยที่ตัวแทนค้าต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกทุกประการ ดังนั้น จึงทำให้ไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก ที่เป็นเช่นนี้เพราะประเทศญี่ปุ่นถือหลักการเป็นตัวแทนโดยอ้อม (Indirect Agent) อย่างเคร่งครัด ต่างจากประเทศไทยที่รับเอาหลักตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Undisclosed Principal) มาจากระบบกฎหมาย Common Law ทำให้ตัวแทนค้าต่างของไทยจึงเป็นตัวแทนโดยอ้อม (Indirect Agent) ที่ไม่เคร่งครัด

สำหรับในเรื่องการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า เมื่อเปรียบเทียบกับนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับตลาด(สำนักหักบัญชี) แล้ว นิติสัมพันธ์ดังกล่าวมีความแตกต่างกัน กล่าวคือนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่งหรือ(ตลาด)สำนักหักบัญชีกับลูกค้าไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อกันได้ ในขณะที่ตัวการกับบุคคลภายนอกสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อกันได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบลักษณะของตัวแทนค้าต่างกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจากนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า และนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับบุคคลภายนอกตามองค์ประกอบของกฎหมายแล้วพบว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าควรจะมี

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

สถานะทางกฎหมายเป็นตัวแทนค้าต่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มีปัญหาว่าการไม่มีนิติสัมพันธ์โดยตรงระหว่างบุคคลภายนอก(นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอีกฝ่ายหนึ่งหรือ(ตลาด)สำนักหักบัญชี)กับลูกค้า จะส่งผลทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่เป็นตัวแทนค้าต่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งท่านรองศาสตราจารย์จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย มีความเห็นว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกนั้น เป็นเพียงผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตัวแทนค้าต่างเท่านั้น ไม่ส่งผลต่อสถานะของตัวแทนค้าต่างแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามมาตรา 833 ที่บัญญัติว่า "อันว่าตัวแทนค้าต่าง คือบุคคลซึ่งในทางค้าขายของเขายอมทำการซื้อหรือขายทรัพย์สิน หรือรับจัดทำกิจการค้าขายอย่างอื่นในนามของตนเองต่างตัวการ" ก็ไม่ได้กำหนดว่า การเป็นตัวแทนค้าต่างจะต้องทำให้ตัวการกับบุคคลภายนอกมีนิติสัมพันธ์ต่อกัน หรือไม่

ดังนั้น การพิจารณาสถานะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าว่าเป็นตัวแทนค้าต่างหรือไม่ จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก เมื่อลักษณะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะเหมือนกันกับตัวแทนค้าต่างในสาระสำคัญ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงมีสถานะเป็นตัวแทนค้าต่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5.3.5 เปรียบเทียบนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

5.3.5.1 นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า คือ บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่ทำหน้าที่รับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้าและทำการซื้อขายแทนลูกค้าในนามตนเอง โดยคำสั่งดังกล่าวเข้าสู่ตลาดอนุพันธ์เพื่อจับคู่ จากลักษณะดังกล่าวการที่ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ทำการซื้อขายล่วงหน้าแทนลูกค้า จึงเกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเป็นสัญญาตัวแทนค้าต่าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกิดขึ้น ตามเหตุผลในเรื่องการเปรียบเทียบนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับตัวแทนค้าต่างที่กล่าวมาแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิและหน้าที่ระหว่างลูกค้ากับตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า นั้น พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ได้กำหนดให้แตกต่างจาก สิทธิหน้าที่ระหว่างตัวการกับตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ต้องจัดทำเอกสารเปิดเผยข้อมูลความเสี่ยงเกี่ยวกับการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าให้ลูกค้าทราบ, มีมาตรการในการป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์และการรักษาความลับของลูกค้า, ต้องไม่มีข้อความรับรองว่าจะมีการจำกัดผลขาดทุนหรือรับประกันกำไรจากการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า, ต้อง

มีระบบการบริหารความเสี่ยงเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อการประกอบธุรกิจของตนและลูกค้า หรือต้องจัดเก็บทรัพย์สินของลูกค้าไว้โดยแยกต่างหากจากทรัพย์สินของตน เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหน้าที่ที่แตกต่างจากหลักตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ทำให้ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าไม่เป็นตัวแทนของลูกค้า แม้ว่าจะเป็นการกำหนดโดยอำนาจของกฎหมายพิเศษก็ตาม ดังเหตุผลเดียวกันกับการเปรียบเทียบนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับตัวแทนค้าต่าง

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบลักษณะนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะเหมือนกัน

5.3.5.2 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้ากับสำนักหักบัญชี

เมื่อตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าทำการซื้อขายแทนลูกค้าโดยส่งคำสั่งซื้อขายเข้าสู่ตลาดและคำสั่งดังกล่าวได้รับการจับคู่แล้ว ซึ่งการซื้อขายดังกล่าวตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจะกระทำการซื้อขายในนามของตนเอง เมื่อสำนักหักบัญชีจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับสมาชิกตามผลทางกฎหมาย ตามมาตรา 81³⁵ กับตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่เป็นสมาชิก จึงก่อเกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันขึ้นโดยหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดนัดชำระหนี้ อีกฝ่ายสามารถเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ได้โดยตรง โดยไม่สามารถเรียกเอาจากลูกค้าหรือเกี่ยวให้ไปเรียกเอาจากลูกค้าได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายได้กำหนดให้สำนักหักบัญชีจะต้องเข้าเป็นคู่สัญญาเฉพาะกับสมาชิกของตนเท่านั้น

เมื่อเปรียบเทียบกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าแล้ว นิติสัมพันธ์ข้างต้นมีลักษณะเช่นเดียวกันกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 โดยที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะทำการซื้อขายล่วงหน้าแทนลูกค้าในนามตนเอง และจะต้องเข้าเป็นคู่สัญญากับสำนักหักบัญชี โดยจะต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อสำนักหักบัญชีในการผิดนัดชำระหนี้ตามสัญญาที่เกิดขึ้น

³⁵ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 81 บัญญัติว่า “ในกรณี ที่สำนักหักบัญชีสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเข้าผูกพันหรือแทนที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าให้สำนักหักบัญชีสัญญาซื้อขายล่วงหน้ามีความผูกพันตามสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นตามสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่ตนให้บริการในการชำระหนี้เฉพาะกับสมาชิกของตนเท่านั้น ไม่ว่าสมาชิกดังกล่าวจะดำเนินการเพื่อตนเองหรือเพื่อผู้อื่น”

อนึ่ง เนื่องจากพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ได้แยกสำนักหักบัญชีออกเป็นนิติบุคคลต่างหากจากตลาดอนุพันธ์ ซึ่งแตกต่างจากสำนักหักบัญชีตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 ที่สำนักหักบัญชีเป็นส่วนหนึ่งของตลาด

5.3.5.3 นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ำกับสำนักหักบัญชี

โดยผลของกฎหมายตามมาตรา 81 ที่กำหนดให้สำนักหักบัญชีเข้าแทนที่คู่สัญญาโดยเกิดสิทธิและหน้าที่เฉพาะกับสมาชิกของตนเท่านั้น ทำให้ไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ำในฐานะตัวการกับสำนักหักบัญชีในฐานะบุคคลภายนอก ดังนั้น ทั้งสำนักหักบัญชีและลูกค้ำไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องระหว่างกันได้ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา ซึ่งมีรูปแบบนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเหมือนกับนิติสัมพันธ์ระหว่างสำนักหักบัญชีกับลูกค้ำตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 ที่สำนักหักบัญชีไม่สามารถเรียกร้องโดยตรงต่อลูกค้ำได้ ขณะเดียวกันลูกค้ำก็ไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องโดยตรงต่อสำนักหักบัญชีในการถือเอาสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการแทนตนได้

เมื่อเปรียบเทียบนิติสัมพันธ์ระหว่าง ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ลูกค้ำ และสำนักหักบัญชีแล้ว สถานะของตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เหมือนกันกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

5.3.5.4 การคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้ำ

ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าและตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้ามีความแตกต่างกันในเรื่องของ การคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้ำ กล่าวคือ พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 ได้ กำหนดให้ทรัพย์สินที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้รับจากลูกค้ำ ไม่ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของตน³⁶ และในกรณีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าถูกศาลพิทักษ์ทรัพย์หรือตกเป็นลูกหนี้ในคดีแพ่ง คณะกรรมการ ก.ส.ล. มีอำนาจ โอนข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้าให้แก่สมาชิกรายอื่นรับไปดำเนินการต่อไป หรือสั่งจำหน่ายหรือเพิกถอนข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้าของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า และให้ถือว่า เงินประกัน (Margin) ที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าวางไว้กับตลาด (สำนักหักบัญชี) มิให้ถือเป็นทรัพย์สินอันอาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในคดีล้มละลายได้ ในขณะที่ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546

³⁶ พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 มาตรา 41

ได้กำหนดเรื่องดังกล่าว โดยแบ่งออกเป็นสองส่วน คือ การปฏิบัติต่อทรัพย์สินของลูกค้า และการคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้า

ก. การปฏิบัติต่อทรัพย์สินของลูกค้า

ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจะต้องดำเนินการกับทรัพย์สินของลูกค้า โดยแยกทรัพย์สินของลูกค้าออกจากทรัพย์สินของตน³⁷ ห้ามตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้านำทรัพย์สินของลูกค้าไปใช้ในวัตถุประสงค์นอกเหนือจากการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากลูกค้า³⁸ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการหรือมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกค้า ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าต้องดำเนินการล้างฐานะสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่ยังค้างอยู่ หรือบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินของลูกค้า โดยการนำออกขายเพื่อชำระหนี้ หรือหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเป็นหนี้ลูกค้าอยู่³⁹

ข. การคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้า

ในกรณีที่ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ให้ถือว่าทรัพย์สินของลูกค้าได้รับการคุ้มครองโดยไม่ได้ถือว่าอยู่ภายใต้การยึดหรืออายัดทรัพย์ในคดีล้มละลาย และให้โอนและจัดสรรทรัพย์สินคืนให้แก่ลูกค้า โอนบัญชีและทรัพย์สินของลูกค้าให้ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้ารายอื่น หรือล้างฐานะสัญญาซื้อขายล่วงหน้าของลูกค้าที่ไม่สามารถโอนได้⁴⁰ ในกรณีที่ลูกค้าได้ทรัพย์สินคืนไม่ครบจำนวน ให้ลูกค้ามีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้⁴¹ นอกจากนี้ ทรัพย์สินของลูกค้าไม่อยู่ภายใต้การห้ามจำหน่าย จ่าย หรือโอน ในกรณีที่ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าถูกระงับการดำเนินการ⁴² จากความแตกต่างของบทบัญญัติในเรื่องของการคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้าที่ทรัพย์สินของลูกค้าตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ได้รับความคุ้มครองมากกว่าและมีความชัดเจนในการจัดการกับทรัพย์สินของลูกค้า ในกรณีที่ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าล้มละลายมากกว่า เมื่อเปรียบเทียบกับ การคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้าตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542

³⁷ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 33

³⁸ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 34

³⁹ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 35

⁴⁰ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 43

⁴¹ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 45

⁴² พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 46

5.3.6 สรุปสถานะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

จากการเปรียบเทียบนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 กับ ตัวแทน นายหน้า ตัวแทนค้าต่าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตาม พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 แล้วพบว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีลักษณะเหมือนกันกับตัวแทนค้าต่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามที่ได้วิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบมาแล้วในข้างต้น

แต่เนื่องจากความเห็นของ ท่านศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โสวิไลกุล มีความเห็นว่า นายหน้าตามตามกฎหมายพิเศษ (ซึ่งน่าจะรวมถึงนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าตามพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าด้วย) มีลักษณะแตกต่างจากตัวแทน นายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเป็นไปตามกฎหมายมหาชน และเป็นกฎหมายที่รัฐได้เข้าไปแทรกแซงเพื่อควบคุม กำกับดูแล มิได้เกิดจากผลของนิติกรรมสัญญา แต่เกิดจากการที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไข วิธีการตลอดจนการขอใบอนุญาตและการเสียค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายเหล่านั้นได้กำหนดไว้ ซึ่งความจริงแล้วเห็นว่าเพียงแต่ชื่อเรียกว่า คำว่า "นายหน้า" ได้ใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกันกับถ้อยคำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ในส่วนเรื่องของสิทธิและหน้าที่นั้นไม่ได้เกิดจากการมอบหมายของตัวการแต่ประการใด แต่เกิดจากผลของกฎหมายบัญญัติ (by operation of law) นอกจากนี้ยังได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง นายหน้าตามกฎหมายพิเศษนั้น ก็ไม่ได้ระบุเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบระหว่างนายหน้ากับตัวการ ดังเช่นกฎหมายแพ่ง ความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านมีความเห็นว่า สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบระหว่างนายหน้ากับตัวการก็ดี ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกก็ดี และนายหน้ากับบุคคลภายนอกก็ดี จึงไม่ควรนำบทบัญญัติส่วนแพ่ง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) มาใช้บังคับเกี่ยวกับนายหน้าพิเศษเหล่านี้⁴³

แต่ผู้เขียนเห็นว่า สิ่งแรกที่จะต้องพิจารณาคือ จะต้องแยกสิทธิหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กฎหมายเอกชน) และสิทธิหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 (กฎหมายมหาชน) ออกจากกันก่อน จากนั้นจึงพิจารณาดังต่อไปนี้

- ก. ในส่วนที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่าง นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ลูกค้า และบุคคลภายนอกที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ควรพิจารณาปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁴³ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนค้าต่างและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), หน้า 74.

- ข. ในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจสอบ ควบคุม การบังคับใช้มาตรการต่างๆ ต่อ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าก็ควรนำพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 มาใช้บังคับ

จากการแยกลักษณะนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับมหาชนออกจากกันจะทำให้สถานะ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะที่เป็นตัวแทนค้าต่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายพิเศษ (พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542) ในกิจการบางอย่างโดยเฉพาะ แต่ไม่ทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นตัวแทนพิเศษ เพราะกฎหมายพิเศษดังกล่าวกำหนดพฤติกรรมบางอย่างนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่ให้ก่อความเสียหายต่อสังคมหรือบุคคลภายนอกเท่านั้น ซึ่งไม่กระทบกระเทือนต่อสถานะตามกฎหมายเอกชน ซึ่งหากมีกรณีที่กฎหมายทั้งสองฉบับขัดหรือแย้งกัน ก็จะต้องนำพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 มาใช้บังคับ ตามหลักสภาวะตีความหมายที่ว่าหลักกฎหมายพิเศษยกเว้นกฎหมายทั่วไป⁴⁴

ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงมีสถานะเป็นทั้งตัวแทนค้าต่าง โดยปรับใช้ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 ควบคู่และเท่าที่ไม่ขัดกัน

5.4 เปรียบเทียบสถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทยกับต่างประเทศ

5.4.1 ประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่น

เมื่อพิจารณาสถานะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าระหว่างสองประเทศแล้ว จะเห็นว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศญี่ปุ่นมีสถานะเป็นตัวแทนค้าต่างเหมือนกันกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทย แม้ว่าทั้งประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทยจะยอมรับหลักในเรื่องการเป็นตัวแทนโดยอ้อม (Indirect Agency) ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศญี่ปุ่นถือหลัก การเป็นตัวแทนโดยอ้อม (Indirect Agency) อย่างเคร่งครัด ซึ่งเหมือนกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ส่วนใหญ่ เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส เป็นต้น แต่ไม่ยอมรับหลักการเรื่องตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Undisclosed Principal) ขณะที่ประเทศไทยได้ยอมรับหลักในเรื่องการเป็นตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Undisclosed Principal) ซึ่งเป็น การเป็นตัวแทนโดยอ้อม (Indirect

⁴⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2542), หน้า 116.

Agency) ไม่เคร่งครัดก็ตาม แต่ก็ไม่ทำให้สถานะทางกฎหมายของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของทั้งสองประเทศแตกต่างกัน

5.4.2 ประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการวิเคราะห์สถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของทั้งสองประเทศแล้วพบว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกัน โดยประเทศไทยนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะเป็นตัวแทนค้าต่าง ขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบธุรกิจที่ต่างกันไปและในแต่ละรูปแบบของธุรกิจนั้นๆ ก็มีบุคคลที่ทำหน้าที่ซื้อขาย หรือดำเนินการแทน เช่น ตัวแทนผู้ประมูล (Auctioneer) ผู้ถือทรัพย์สินแทน (Bailment), นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Broker) หรือตัวแทนประกันภัย (Insurance Broker) และการเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น เกิดจากพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าเกษตร ค.ศ. 1936 ซึ่งได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเอาไว้เฉพาะแตกต่างจากตัวแทนทั่วไป ขณะเดียวกันไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับตัวแทนที่สามารถนำมาปรับใช้กับลักษณะเฉพาะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้ แม้ว่าจะมีคำพิพากษาระบุถึงสถานะของลูกค้าและนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าว่าเป็นตัวการตัวแทนก็ตาม แต่คำพิพากษาดังกล่าวได้พิจารณาเฉพาะนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับนายหน้าเท่านั้น ไม่ได้ระบุถึงสิทธิของบุคคลภายนอกด้วย ดังนั้น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงมีสถานะเป็นตัวแทนเฉพาะตามกฎหมายพิเศษ

ตารางที่ 10. เปรียบเทียบสถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทยเป็น

ประเภท	นิติสัมพันธ์			หมายเหตุ
	ตัวการ - ตัวแทน	ตัวแทน - บุคคลภายนอก	ตัวการ - บุคคลภายนอก	
นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า	นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องผูกพันปฏิบัติตามคำสั่งของลูกค้าและปฏิบัติตามหน้าที่กฎหมายกำหนด	นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยตรงจากการกระทำในนามตนเอง	ลูกค้าไม่มีความผูกพันกับสำนักหักบัญชี เพราะไม่ใช่สมาชิกหักบัญชีกลาง (JCCH)	
ตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่ง	ตัวการตัวแทนมีความผูกพันตามสัญญา Mandate	ตัวแทนไม่ต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกเพราะกระทำในนามตัวการ	ตัวการต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกหากตัวแทนกระทำการในนามตัวการ	สัญญา Mandate เป็นสัญญาที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนไว้โดยเฉพาะ
ตัวแทนค้าต่าง ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์	ตัวการและตัวแทนค้าต่างมีความผูกพันตามสัญญา Mandate	ตัวแทนค้าต่างต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก จากการกระทำกิจการในนามตนเอง	ตัวการไม่ผูกพันกับบุคคลภายนอก เพราะกฎหมายบัญญัติหลักการการเป็นตัวแทนทางอ้อม (Indirect Agency) แต่ไม่ยอมรับหลักเรื่องตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ จากการทำตัวแทนค้าต่างกระทำให้ในนามตนเอง	

<p>นายหน้า ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์</p>	<p>-</p>	<p>-</p>	<p>-</p>	
<p>ตัวแทนทางการค้า ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์</p>	<p>มีความผูกพันในฐานะตัวการตัวแทนที่กฎหมายได้กำหนดสิทธิหน้าที่ไว้เฉพาะ ตามสัญญา Mandate</p>	<p>ไม่ต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอก เพราะกระทำในนามตัวการ</p>	<p>ต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกในฐานะตัวการ</p>	

ตารางที่ 11. เปรียบเทียบสถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา

ประเภท	นิติสัมพันธ์				หมายเหตุ
	ตัวการ - ตัวแทน	ตัวแทน - บุคคลภายนอก	ตัวการ - บุคคลภายนอก	ตัวการ - บุคคลภายนอก	
นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า	นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องผูกพันปฏิบัติตามคำสั่งของลูกค้าและปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด	นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องผูกพันในฐานะคู่สัญญากับสำนักหักบัญชีโดยตรง	ลูกค้าไม่มีความผูกพันกับสำนักหักบัญชี เพราะไม่ใช่สมาชิกหักบัญชี		
หลักกฎหมายเรื่องตัวแทน	ตัวการตัวแทนมีความผูกพันตามสัญญาแต่งตั้งตัวแทน	ตัวแทนไม่ผูกพันบุคคลภายนอกเพราะกระทำในนามตัวการ	ตัวการต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก หากว่าตัวแทนกระทำภายในขอบอำนาจ		
ตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ หรือตัวตน	ตัวการตัวแทนมีความผูกพันตามสัญญาแต่งตั้งตัวแทน	ตัวแทนต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะกระทำการแทนตัวแทนเปิดเผยตัวตน เว้นแต่จะตกลงยกเว้นเอาไว้	ตัวการต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก หากว่าบุคคลภายนอกได้ทราบว่าเป็นใคร หรือตัวการเปิดเผยตัวตนเพื่อเข้าถือเอาสัญญาที่ตัวแทนกระทำไว้แทนตน	บุคคลภายนอกจากสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อตัวการได้ก็ต่อเมื่อทราบได้ว่า ตัวแทนมีเจตนากระทำการแทนตัวการ และสามารถทราบได้ว่าตัวการคือใคร	

ตารางที่ 12. เปรียบเทียบสถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทย

ประเภท	นิติสัมพันธ์		
	ตัวการ - ตัวแทน	ตัวแทน - บุคคลภายนอก	ตัวการ - บุคคลภายนอก
นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า	นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องผูกพันปฏิบัติตามคำสั่งของลูกค้าและปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด	นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องผูกพันในฐานะคู่สัญญา กับสำนักหักบัญชีโดยตรง จากภาระกระทำในนามตนเอง	ลูกค้าไม่มีความผูกพันกับสำนักหักบัญชี เพราะไม่ใช่สมาชิกหักบัญชี แม้ว่าสำนักหักบัญชีจะทราบว่าเป็นใคร
หลักกฎหมายเรื่องตัวแทน	ตัวการตัวแทนมีความผูกพันตามสัญญาแต่งตั้งตัวแทน	ตัวแทนไม่ผูกพันบุคคลภายนอกเพราะกระทำในนามตัวการ	ตัวการต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก
ตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อ หรือตัวตน	ตัวการตัวแทนมีความผูกพันตามสัญญาแต่งตั้งตัวแทน	ตัวแทนต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก กรณีกระทำการแทนตัวการไม่เปิดเผยตัวตน แต่หากเป็นกรณีตัวการไม่เปิดเผยชื่อ ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบ	ตัวการต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก หากแสดงตนถือเอาสัญญาที่ตัวแทนได้กระทำแทนตน หรือบุคคลภายนอก ทราบว่าตัวการที่แท้จริงเป็นใคร
ตัวแทนค้าต่าง	ตัวการตัวแทนค้าต่างมีความผูกพันตามสัญญาแต่งตั้งตัวแทน	ตัวแทนต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก เพราะกระทำในนามตนเอง	ตัวการต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก หากแสดงตนถือเอาสัญญาที่ตัวแทนได้กระทำแทนตนได้ เพราะกฎหมายไทยยอมรับหลักเรื่อง ตัวแทนโดย

				ทางอ้อม (Indirect Agency) แบบไม่ เคร่งครัด หรือตัวแทนของตัวการไม่ เปิดเผยชื่อ (Undisclosed Agent)
นายหน้า	-	นายหน้าจะต้องรับผิดชอบคู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่งในกรณีที่ไม่แจ้งชื่อของ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้อีกฝ่ายหนึ่ง ทราบ		-
ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อ ขายล่วงหน้า ตาม พ.ร.บ. สัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546	ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อล่วงหน้า ต้องผูกพันปฏิบัติตามคำสั่งของลูกค้า และปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมาย กำหนด	ตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ต้องผูกพันในฐานะคู่สัญญากับสำนัก หักบัญชีโดยตรง จากภาระกระทำในนาม ตนเอง		ลูกค้าไม่มีความผูกพันกับสำนักหัก บัญชี เพราะผลกฎหมายกำหนดให้ สำนักหักบัญชีเป็นคู่สัญญาเฉพาะกับ สมาชิกของตนเท่านั้น

ตารางที่ 13. เปรียบเทียบสถานะนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ประเทศ	สถานะนายหน้าซื้อขาย ล่วงหน้า	เหตุผล
ไทย	เป็นเป็นตัวแทนค้าต่าง ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะเป็น ตัวแทนค้าต่าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและเนื่องจากกระทำ ในนามตนเองและเป็นผู้สัญญา กับบุคคลภายนอก
ญี่ปุ่น	เป็นตัวแทนค้าต่าง (Commission Agent) ตาม ประมวลกฎหมายพาณิชย์	นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะเป็น ตัวแทนค้าต่าง ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ เนื่องจากกระทำ ในนามตนเองเหมือนกับตัวแทนค้าต่าง อีกทั้งศาลของประเทศไทยก็ยอมรับว่าเป็นลักษณะดังกล่าว ด้วย
สหรัฐอเมริกา	ตัวแทนเฉพาะตาม พระราชบัญญัติการซื้อขาย สินค้าเกษตร ค.ศ. 1936	เนื่องจากลักษณะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าก็ไม่เป็นไปตามลักษณะตัวแทน ตามกฎหมายทั่วไป นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงมีสถานะตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตร ค.ศ. 1936

ตารางที่ 14. เปรียบเทียบระดับการคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้า

กรณี	พระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตร ล่วงหน้า พ.ศ. 2542	พระราชบัญญัติสัญญาล่วงหน้า พ.ศ. 2546	หมายเหตุ
บทนิยามของทรัพย์สินของลูกค้า	ไม่มี	ทรัพย์สินของลูกค้า หมายถึง (1) ทรัพย์สินที่ผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าได้รับมา (2) กำไรหรือสิทธิประโยชน์อื่นใด (3) ใบรับขอคลังสินค้า ใบตราส่ง เป็นต้น	
การแยกบัญชีทรัพย์สินออกจากบัญชีของลูกค้า	ตามมาตรา 42	ตามมาตรา 33	
การนำทรัพย์สินของลูกค้าไปใช้ประโยชน์	ตามมาตรา 43	ตามมาตรา 34	
ถูกศาลมีคำพิพากษารื้อถอนหรือตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในคดีแพ่ง	ตามมาตรา 106	ตามมาตรา 43	
มาตรการจัดการทรัพย์สินของลูกค้าภายหลังที่ถูกศาลมีคำพิพากษารื้อถอน	(1) โฉนดข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้าและบัญชีเงินประกันของลูกค้าของ สมาชิกที่ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินหรือตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในคดีแพ่ง ให้สมาชิกรายอื่นรับไปดำเนินการต่อไป	(1) รวบรวมทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นของลูกค้าและจัดสรรทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นของลูกค้าคืนให้แก่ลูกค้า (2) โฉนดบัญชีและทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นของลูกค้าไป	

	<p>(2) สั่งจำหน่ายหรือเพิกถอนข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้าของสมาชิก หรือลูกค้าที่ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์หรือตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาใน คดีแพ่ง เงินประกัน เงินหรือหลักทรัพย์ของสมาชิกที่วางไว้กับตลาด หรือ เงินประกันของลูกค้าที่ถูก</p>	<p>ให้ผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้ารายอื่น</p> <p>(3) ล้างฐานะสัญญาซื้อขายล่วงหน้าของลูกค้าในกรณีที่ไม่สามารถโอนให้ผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้ารายอื่นได้</p> <p>(4) ประนีประนอมยอมความ ฟ้องร้อง ต่อสู้คดี หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อให้การจัดการทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นของลูกค้าเสร็จสิ้นไป</p>	
<p>สิทธิของลูกค้าในการขอเฉลี่ยทรัพย์</p>	<p>ไม่มี</p>	<p>ตามมาตรา 45</p>	
<p>การคุ้มครองจากการใช้อำนาจองค์กรกำกับดูแล</p>	<p>ไม่มี</p>	<p>ตามมาตรา 46</p>	