

## กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับตัวแทนนายหน้า

ในการศึกษาสถานะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทยและมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธิและทรัพย์สินของลูกค้า ให้มีประสิทธิภาพสูงสุดในบทนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษานโยบายของต่างประเทศที่ใช้บังคับต่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าของตนเพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของไทย ในบทต่อไป

### 4.1 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

#### 4.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวกับตัวแทนนายหน้า

##### ก. ตัวการตัวแทน

ตัวแทน ตามความหมายของกฎหมายของประเทศไทย มีความหมายเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ กล่าวคือ การที่ตัวแทนกระทำการใดๆ แทนตัวการ ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ก็ได้ โดยตัวการจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก จากกิจการที่ตัวแทนได้กระทำแทนตน ซึ่งใน The Restatement of Agency กำหนดไว้ว่า การเป็นตัวการตัวแทน คือ นิติสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดมาจากการยินยอมโดยชัดแจ้งของบุคคลหนึ่งต่อบุคคลอีกคนหนึ่งว่า ตนจะกระทำการแทนและจะปฏิบัติตามคำสั่งของบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยบุคคลผู้นั้นยินยอม<sup>1</sup> และโดยการกระทำดังกล่าวจะต้องมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง เพื่อก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกโดยการกระทำของตัวแทน<sup>2</sup>

นอกจากนี้ ตามหลักของ Common Law ในบางประเภทของสัญญาจะต้องมีค่าตอบแทนหรือ Consideration จึงจะทำให้สัญญามีผลสมบูรณ์ แต่สำหรับหลักกฎหมาย

<sup>1</sup> John W. Collins, Business Law, Text and Case, (New York: The Foundation Press, 1984), p. 654.

<sup>2</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 24.

Consideration คือ ทรัพย์สิน หรือภาระผูกพันที่คู่สัญญาได้ตกลงให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการตอบแทนจากที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใดๆ ตามสัญญาที่ได้ตกลงกัน ซึ่งโดยทั่วไปในระบบกฎหมาย common law จะต้องมีการ Consideration จึงจะสามารถบังคับตามสัญญาได้ นอกจากนี้ ในบรรดาสัญญาบริการที่นอกเหนือจากสัญญาที่บัญญัติไว้ใน Uniform

ตัวแทนนั้นไม่จำเป็นมีค่าตอบแทน หรือ Consideration เป็นองค์ประกอบในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน<sup>3</sup>

นอกจากตัวแทนทั่วไปแล้ว กฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดลักษณะบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งคล้ายกับตัวแทน โดยเป็นไปตามประเภทของธุรกิจ ได้แก่

ก.1.1 ตัวแทนของผู้ประมูล หรือ Auctioneer คือ บุคคลที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายในการขายสินค้า หรือที่ดิน ของบุคคลอื่นโดยการประมูลในที่สาธารณะ เพื่อให้ได้ค่าบำเหน็จหรือค่าธรรมเนียม โดยตัวแทนของผู้ประมูลจะเป็นตัวแทนของเจ้าของทรัพย์สิน จนถึง ณ เวลาที่ผู้ซื้อประมูลชนะ หลังจากนั้น ตัวแทนของผู้ประมูลจะกลายเป็นตัวแทนของผู้ซื้อ<sup>4</sup>

ก.1.2 ตัวแทนประกันภัย (Insurance Agent) คือ บุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากบริษัทประกันภัยให้ขายกรมธรรม์ของบริษัทประกันภัยดังกล่าว โดยแบ่งออกเป็น

ก.1.2.1 ตัวแทนโดยทั่วไป เป็นตัวแทนที่มีอำนาจโดยทั่วไปในการเข้าทำสัญญากับผู้เอาประกันภัยแทนบริษัทประกันภัย

ก.1.2.2 ตัวแทนเฉพาะ เป็นตัวแทนที่มีอำนาจจำกัด โดยมีหน้าที่เพียงชักจูงให้ทำสัญญาประกันภัย รับเบี้ยประกันภัยครั้งแรก และนำส่งกรมธรรม์ให้แก่ผู้เอาประกันภัยเมื่อบริษัทประกันภัยได้ออกกรมธรรม์ให้แล้ว

ก.1.3 ผู้ถือทรัพย์สินแทน หรือ Bailment เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินส่วนตัวของบุคคลหนึ่ง เรียกว่า Bailor ให้บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า Bailee ให้ถือแทนเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง การเกิดสัญญาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากสัญญาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็ได้ โดยหน้าที่ของ Bailee ตามสัญญา Bailment คือจะต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ Bailor หรือ เมื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามสัญญา Bailment หรือเก็บทรัพย์สินดังกล่าวไว้

---

Commercial Code จะต้องมี Consideration เป็นองค์ประกอบจึงจะมีผลผูกพันคู่สัญญา, ที่มา [http://en.wikipedia.org/wiki/Consideration\\_under\\_American\\_Law](http://en.wikipedia.org/wiki/Consideration_under_American_Law) ข้อมูล ณ วันที่ 3 ตุลาคม 2550.

<sup>3</sup> John R. Kennel, J.D., *Agency, Corpus Juris Secundum*, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 23.

<sup>4</sup> Anne E. Melley, J.D., and John R. Kennel, J.D., *American Law Reports ALR4th, American Jurisprudence, 2<sup>nd</sup> ed*, Westlaw, as of 20 July 2007, p.1.

จนกระทั่งได้รับการเรียกร้องจาก Bailor สัญญา Bailment อาจจะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของของทั้ง Bailor หรือ Bailee หรือทั้งสองก็ได้<sup>5</sup>

## ข. หลักทั่วไป

### ข.1. การเกิดสัญญา

#### ข.1.1 โดยชัดแจ้ง

การเกิดสัญญาตัวการตัวแทน เกิดจากคำเสนอและคำสนองระหว่างตัวการและตัวแทนที่มีเจตนาตกลงให้เกิดสัญญาขึ้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวไม่มีรูปแบบที่แน่นอน แต่อาจจะทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น โดยหนังสือมอบอำนาจ, สัญญา หรือโดยปริยายก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม กิจกรรมที่ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนกระทำนั้น จะต้องพิจารณาด้วยว่ากิจกรรมดังกล่าว เป็นกิจกรรมที่ตัวแทนสามารถกระทำการแทนตัวการได้หรือไม่ โดยพิจารณาจากหลักที่ว่า การกระทำใดๆที่สามารถมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้หรือมิใช่เป็นกิจกรรมที่ตนต้องทำเองเป็นการเฉพาะ และกฎหมายมิได้กำหนดให้จะต้องกระทำการด้วยตัวเองเท่านั้น ตัวแทนจึงจะสามารถกระทำการแทนตัวการได้<sup>6</sup> นอกจากนี้ สัญญาดังกล่าวจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย เพราะจะทำให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ<sup>7</sup>

#### ข.1.2 โดยปริยาย

นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนเกิดขึ้นจากการแสดงออกทางวาจาหรือการกระทำ หรือแสดงออกด้วยพฤติกรรมต่างๆ โดยมีวัตถุประสงค์ต้องการให้ตัวแทนกระทำการใดๆแทนตามที่ตนกำหนดและเพื่อผลประโยชน์ของตัวการ<sup>8</sup> ซึ่งในบางครั้งอาจเป็นกิจกรรมที่ตัวการได้เคยมอบหมายให้ตัวแทนดำเนินการมาแล้ว หรือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางธุรกิจ

เช่น กรณีของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ศาลได้อธิบายว่า หากตัวแทนสามารถทราบถึงความต้องการของตัวการ โดยการให้สามารถดำเนินการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป หรือไม่คัดค้านการกระทำดังกล่าว จากที่ลูกค้าได้เคยยอมรับการกระทำดังกล่าว โดยไม่ได้แย้งการที่นายหน้าซื้อขาย

<sup>5</sup> Anne E. Melley, J.D., and John R. Kennel, J.D., Bailment, American Jurisprudence, 2<sup>nd</sup> ed, Westlaw, as of 20 July 2007, p.1.

<sup>6</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed, (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 9.

<sup>7</sup> Ibid.,p. 176.

<sup>8</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p.43.

ล่วงหน้าเพิ่มจำนวนหุ้นในบัญชีของตนจากการซื้อขายก่อนหน้านั้น ดังนั้น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จึงมีเหตุที่จะเชื่อว่า ตนมีอำนาจในการซื้อขายดังกล่าวได้ ศาลถือว่า ลูกค้าได้มอบอำนาจโดยปริยายแก่นายหน้าในการซื้อขายแทนตนแล้ว โดยอาศัยพฤติการณ์ในอดีตที่ผ่านมา<sup>9</sup>

### ข.1.3 โดยจำเป็น

เกิดจากผลของกฎหมายที่เกิดจากสภาพการณ์ที่จำเป็นหรือฉุกเฉิน กฎหมายจึงได้ให้อำนาจฝ่ายหนึ่งทำสัญญาซึ่งมีผลผูกพันอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่ตัวการไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมหรือมอบอำนาจให้ และขณะนั้นตัวตนเองก็ไม่มีอำนาจกระทำการแทน หรืออาจเป็นการขัดต่อเจตนาของตัวการ แต่ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะเป็นการป้องกันหรือบรรเทาไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการสำหรับบุคคลที่มีอำนาจกระทำการดังกล่าวแทนได้แก่ ภรรยา บุตร ซึ่งอาจเรียกว่าเป็น ตัวแทนโดยจำเป็นก็ได้ ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับบทบัญญัติเรื่อง จัดการงานนอกสั่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามกฎหมายไทย

### ข.1.4 โดยกฎหมายบังคับ

เป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากตัวการที่มีเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้บุคคลภายนอกเชื่อว่า บุคคลหนึ่งอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตน แม้ว่าความจริงแล้วบุคคลนั้นจะไม่ใช่ตัวแทน และไม่มีอำนาจใดๆเลยก็ตาม แต่โดยมีผลทางกฎหมายมาจากหลักในเรื่อง กฎหมายปิดปาก (Estoppel)<sup>10</sup> ทำให้ตัวการจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกจากการกระทำของบุคคลดังกล่าว มีลักษณะคล้ายกับหลักกฎหมายเรื่องตัวแทนเซิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะกล่าวต่อไป

## ข.2 ความสามารถของตัวการตัวแทน

นอกจากจะต้องพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ต่อกันแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้การทำสัญญาตัวแทนจะต้องพิจารณาถึงความสามารถของตัวการและตัวแทนในขณะนั้นด้วยว่าสามารถก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ได้หรือไม่ โดยพิจารณาจาก ความสามารถในการแต่งตั้ง (Capacity) ซึ่งหมายถึง อำนาจในการผูกพันตนเองกับบุคคลภายนอก ขณะที่อำนาจในการแต่งตั้ง (Authority) หมายถึง อำนาจที่มอบให้แก่ตัวแทนเพื่อเข้าผูกพันต่อบุคคลภายนอก หรืออาจกล่าว

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 25.

ได้ว่า ความสามารถในการแต่งตั้ง (Capacity) เป็นประเด็นทางข้อกฎหมาย ขณะที่อำนาจในการแต่งตั้ง (Authority) เป็นประเด็นทางข้อเท็จจริง<sup>11</sup>

### ข.3 ความสามารถของตัวการ (Capacity)

#### ข.3.1 กรณีตัวแทนคนเดียว

การกระทำการของตัวแทนแทนตัวการนั้น เปรียบเสมือนตัวการได้กระทำการกับบุคคลภายนอก โดยตัวการจะต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอกในขณะที่แต่งตั้งตัวแทนเพื่อกระทำการแทนตนด้วย<sup>12</sup> เพราะหากว่าตัวการไม่มีความสามารถ หรือบกพร่องเรื่องความสามารถ ก็จะทำให้นิติกรรมที่ตัวแทนกระทำกับบุคคลภายนอกไม่สมบูรณ์ ดังนั้น หากตัวการเป็นผู้เยาว์ นิติกรรมที่ตัวแทนกระทำการแทนตัวการกับบุคคลภายนอก ถือว่าตกเป็นโมฆียะ แต่ถ้าเป็นกรณีของบุคคลที่ถูกศาลพิพากษาให้ตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถ ถือว่านิติกรรมที่ได้กระทำลงไปตกเป็นโมฆะ<sup>13</sup> หากว่าบุคคลภายนอกได้ทราบในขณะที่ตัวแทนทำนิติกรรมกับตนว่า ตัวการของตัวแทนตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถ แต่หากว่าบุคคลภายนอกไม่ทราบถึงข้อบกพร่องดังกล่าว นิติกรรมดังกล่าวตกเป็นโมฆียะ<sup>14</sup>

#### ข.3.2 กรณีของตัวการหลายคน

กฎหมายได้อนุญาตให้บุคคลหลายๆคนอาจเป็นตัวการร่วมกันในกิจการที่มีผลประโยชน์ร่วมได้ โดยการมอบอำนาจให้บุคคลภายนอกหรือ ตัวการคนใดคนหนึ่งกระทำการแทนตัวการทั้งหมดก็ได้ โดยการแต่งตั้งตัวแทนร่วมกันดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากตัวการทุกคน<sup>15</sup>

### ข.4 ความสามารถของตัวแทน (Capacity)

#### ข.4.1 กรณีตัวแทนคนเดียว

กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ตัวแทนต้องมีความสามารถ (Capacity) ในการกระทำการแทนตัวการ ดังนั้น ตัวแทนจึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีความสามารถ (Capacity) ในการกระทำแทน

<sup>11</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed , (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 194.

<sup>12</sup> Ibid.,p. 177.

<sup>13</sup> Ibid.,p. 179.

<sup>14</sup> Ibid.,p. 180.

<sup>15</sup> Ibid.,p. 194.

ตัวการ และตัวการจะต้องผูกพันจากการกระทำของตัวแทนที่บกพร่องเรื่องความสามารถได้กระทำแทนตน และไม่สามารถเรียกร้องความเสียหายต่อตัวแทนที่บกพร่องเรื่องความสามารถได้อันเนื่องจากเหตุที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือกระทำการนอกเหนือ (Authority) อำนาจได้<sup>16</sup> เพราะเนื่องจากตนได้ทราบถึงความบกพร่องในความสามารถ (Capacity) ของตัวแทนอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของผู้ที่ตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถ บุคคลดังกล่าวไม่อาจกระทำการเป็นตัวแทนได้<sup>17</sup> และในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ตัวแทนจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเป็นตัวแทนในกิจการใดกิจการหนึ่งเป็นการเฉพาะ ตัวแทนจะต้องขอใบอนุญาตก่อนกระทำการดังกล่าว จึงจะสามารถกระทำการเป็นตัวแทนนั้นได้

#### ข.4.2 กรณีตัวแทนหลายคน

ตัวการอาจมอบอำนาจในการแต่งตั้งตัวแทนมากกว่าหนึ่งคน โดยร่วมกันหรือแยกกันก็ได้ ซึ่งโดยปกติแล้วถือว่าเป็นการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนหลายคน ตัวแทนดังกล่าวจะต้องกระทำการแทนร่วมกัน เว้นแต่ตัวการได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กล่าวคือในกิจการเดียวกัน ตัวการอาจจะมอบอำนาจให้ตัวแทนคนหนึ่งกระทำการโดยเฉพาะ ขณะที่ตัวแทนที่เหลือจะต้องกระทำร่วมกันเป็นต้น

#### ข.5 ประเภทของตัวแทน

ข.5.1 ตัวแทนโดยทั่วไป หมายถึง บุคคลที่ได้รับมอบอำนาจกระทำการใดๆทั้งหมดแทนตัวการของตน หรืออาจจะกระทำการแทนทั้งหมดในประเภทกิจการใดกิจการหนึ่ง หรือสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง<sup>18</sup> หรือกระทำการในอันที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ การค้า หรือการจ้างแรงงานของกิจการนั้นๆ โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้จะให้กิจการต่างๆที่ได้รับมอบหมายนั้นดำเนินการต่อไปได้ หรือสำเร็จลุล่วงไป

ข.5.2 ตัวแทนโดยเฉพาะ หมายถึง บุคคลที่ได้รับมอบอำนาจกระทำการแทน กิจการใดกิจการหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยจะไม่ใช่เป็นการกระทำการในลักษณะเป็นการทั่วไป<sup>19</sup> เมื่อได้ดำเนินการให้กิจการนั้นเสร็จสิ้นลงหน้าที่ของตัวแทนก็จะเสร็จสิ้นลงไปด้วยจะไม่ใช่เป็นการ

<sup>16</sup> Ibid.,p. 10.

<sup>17</sup> Ibid.,p. 189.

<sup>18</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 44.

<sup>19</sup> Ibid.,p. 45.

ดำเนินงานหรือปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องเหมือนกับตัวแทนโดยทั่วไป นอกจากนี้ตัวแทน โดยเฉพาะยังมีอำนาจและขอบเขตที่จำกัด

ข.5.3 ตัวแทนไม่มีค่าตอบแทน หมายถึง การที่ตัวแทนยินยอมกระทำการแทนตัวการโดยไม่มีบำเหน็จเป็นการตอบแทน ซึ่งนอกจากจะแตกต่างจากตัวแทนทั่วไปที่มีค่าบำเหน็จแล้วยังมีความแตกต่าง ในเรื่องของความรับผิดชอบด้วย กล่าวคือ หากว่าตัวแทนที่ไม่มีค่าตอบแทนตกลงกระทำการแทนตัวการแล้ว แต่ยังไม่ได้ลงมือกระทำการนั้น ตัวแทนดังกล่าวสามารถยกเลิกหรือปฏิเสธการกระทำแทนต่อตัวการได้ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการผิดหน้าที่ของตัวแทน แต่หากเป็นกรณีของตัวแทนที่มีค่าตอบแทน หากตัวการได้รับความเสียหายตัวแทนต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม หากว่าตัวแทนที่ไม่มีค่าตอบแทนได้กระทำการแทนตัวการแล้ว แต่กระทำไปไม่เสร็จสิ้น หรือการทำการผิดหน้าที่ระหว่างนั้นตัวแทนดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบต่อตัวการเช่นเดียวกับตัวแทนโดยทั่วไป<sup>20</sup>

## ค. นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน

### ค.1 หน้าที่ของตัวแทน

#### ค.1.1 หน้าที่โดยกฎหมาย

โดยปกติของสัญญาระหว่างตัวการกับตัวแทนแม้ว่าจะไม่ได้กำหนดเอาไว้ในสัญญาก็ตาม แต่กฎหมายกำหนดให้ตัวแทนจะต้องมี ทักษะ ความสามารถ ความรับผิดชอบ และความสุจริต เว้นแต่จะมีการกำหนดยกเว้นไว้อย่างชัดแจ้งไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา<sup>21</sup> ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหน้าที่ของตัวแทนสามารถแบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ ดังนี้

##### ค.1.1.1 หน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการ

ในฐานะที่ตัวการจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของตัวแทนที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการ ซึ่งหากตัวแทนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ตัวการ อย่างไรก็ตาม หากว่าคำสั่งของตัวการไม่ชัดเจนหรือคลุมเครือ โดยสามารถตีความได้สองนัย และตัวแทนได้กระทำการไปโดยความเข้าใจของตน ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบจากการไม่เข้าใจคำสั่งที่ตัวการต้องการและตนได้ทำตามความเข้าใจของตน<sup>22</sup> หน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการนี้ มิได้ใช้บังคับเฉพาะตัวการตัวแทนตามกฎหมายทั่วไปเท่านั้น แต่

<sup>20</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed , (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 12.

<sup>21</sup> Ibid.,p. 367.

<sup>22</sup> Ibid.,p. 370.

ศาลของสหรัฐอเมริกายังได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับตัวแทนพิเศษด้วย เช่น ตัวแทนผู้ประมูล (Auctioneer) หรือนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (Futures Commission Merchant) เป็นต้น

ตัวอย่าง เช่น ในกรณีของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า การที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า กระทำการในฐานะที่เป็นตัวแทน จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการด้วย โดยศาลได้ถือว่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการผิดหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งซื้อขาย กรณีที่นายหน้าทำการซื้อขายฝ่าฝืนคำสั่งในเรื่องจำนวนของสัญญาที่จะซื้อขาย หรือราคาซึ่งธุรกรรมดังกล่าวได้ถูกซื้อขาย<sup>23</sup> นอกจากนี้ ในกรณีที่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ซื้อสัญญาซื้อขายฝ้ายจำนวน 15 สัญญา แทนลูกค้า ในราคาที่เกินกว่าที่ลูกค้ากำหนด ศาลถือว่ นายหน้านั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายสุทธิ เมื่อราคาในตลาดลดลง ศาลได้กล่าวว่ ภายใต้กฎเกณฑ์ของประมวลกฎหมายของรัฐ เกี่ยวกับหน้าที่ของ Mandatary หรือ ตัวแทน ตัวแทนที่ขัดคำสั่งตัวการของตน เกี่ยวกับ ราคา ปริมาณ หรือสินค้าที่จะถูกซื้อขาย จะต้องรับผิดชอบในสินค้านี้<sup>24</sup>

อย่างไรก็ตาม ตัวแทนมีสิทธิไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการได้ในกรณีดังต่อไปนี้

ค.1.1.1(ก) ตัวแทนที่ไม่มีค่าตอบแทนยกเลิกการปฏิบัติหน้าที่ต่อตัวการ ก่อนที่จะเริ่ม  
กระทำการแทน

ค.1.1.1(ข) ในกรณีที่กิจการ หรือ คำสั่งของตัวการมีลักษณะเป็นการพันวิสัยที่จะ  
สามารถทำได้ หรือไม่ชัดเจน โดยไม่ได้เป็นความผิดของตัวแทน หรือกรณี  
ที่มีเหตุฉุกเฉินที่ไม่อาจคาดเดาได้ มีผลทำให้ตัวแทนจำเป็นต้องปฏิบัติขัด  
ต่อคำสั่งของตัวการ และตัวแทนเองไม่สามารถแจ้งเหตุดังกล่าวให้ตัวการ  
ได้ทราบทันที เพื่อขอคำสั่งจากตัวการ

เช่น กรณีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าซื้อขายสัญญาในบัญชีของลูกค้า  
อย่างรีบด่วนและในราคาที่ต่ำ โดยไม่ได้รับมอบอำนาจจากคำสั่งที่เป็น  
ลายลักษณ์อักษร หรือมีประเพณีทางการค้ากำหนดไว้ แต่หากว่าคำสั่ง  
ดังกล่าวไม่ชัดเจน ทำให้นายหน้าจะต้องใช้ดุลยพินิจของตนเอง ศาลถือ  
ว่ ถ้าตัวการได้ใช้ภาษาที่กำกวมในการกำหนดขอบอำนาจหน้าที่ของ

<sup>23</sup> Anne E. Melley, J.D., and John R. Kennel, J.D., American Law Reports, ALR4th, Westlaw, as of 23 July 2007, p. 8.

<sup>24</sup> 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)



ตัวแทน ดังนั้น การขาดทุนที่เกิดจากการทำธุรกรรมที่ตัวแทนได้กระทำ โดยสุจริต ตัวการจะต้องรับผลดังกล่าว<sup>25</sup>

ค.1.1.1 (ค) ในกรณีที่กิจการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวแทนและทรัพย์สินของตัวแทน

ค.1.1.1 (ง) ในกรณีที่กิจการดังกล่าว ทำให้ตัวแทนจะต้องกระทำผิดกฎหมายหรือผิดศีลธรรม

#### ค.1.1.2 หน้าที่ในการใช้ทักษะ ความระมัดระวัง และความรอบคอบ

เนื่องจากการเป็นตัวแทน คือการกระทำการแทนตัวการและทำให้ตัวการจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก นอกจากนี้ในบางกิจการจำเป็นที่ตัวการจะต้องอาศัยทักษะของตัวแทนในการกระทำแทน แต่หากว่าตัวแทนได้กระทำการใดๆโดยปราศจากการใช้ทักษะของตน ความระมัดระวัง และความรอบคอบอาจทำให้ตัวการเสียหายได้ ดังนั้น ไม่ว่าตัวแทนจะกระทำการแทนตัวการโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่ ตัวแทนจะต้องมีหน้าที่ในการใช้ทักษะความสามารถ ความระมัดระวัง และความรอบคอบเยี่ยงวิญญูชนในการกระทำการแทนตัวการ หากบกพร่องในเรื่องดังกล่าวตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

#### ค.1.1.3 หน้าที่ในการกระทำโดยสุจริต

ตัวแทนมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการโดยสุจริตและซื่อสัตย์ต่อตัวการในกิจการที่ตัวการมอบหมาย โดยตัวแทนจะต้อง

ค.1.1.3.1 ตัวแทนจะต้องไม่ไปอยู่ในสถานะที่ตนมีผลประโยชน์ขัดต่อตัวการ (Conflict Of Interest) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณี

ค.1.1.3.1 (ก) ตัวการไม่ยินยอม ในการที่ตัวแทนกระทำการหน้าที่เป็นตัวแทนและเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกับตัวการด้วย กรณีนี้ตัวการสามารถที่ปฏิเสธกิจการดังกล่าวได้ หรืออาจยอมรับแต่สามารถเรียกร้องค่าชดเชยได้จากตัวแทนได้

ค.1.1.3.1 (ข) กิจการที่ดำเนินการนั้น ตัวแทนจำเป็นจะต้องใช้ดุลยพินิจ และตัวแทนได้ทำการทั้งในฐานะตัวแทนและคู่สัญญา โดยที่ตัวการไม่ทราบและไม่ได้ให้ความยินยอม ตัวการสามารถปฏิเสธกิจการดังกล่าวได้

<sup>25</sup> Watkins v W. E. Neiler Co. (1917) 135 Minn 343, 160 NW 864

ค.1.1.3.1 (ค) ตัวแทนไม่สามารถรับผลประโยชน์ใดๆหรือสิทธิใดๆที่ขัดต่อสิทธิของตัวการ จากการกระทำที่ขัดต่อคำสั่งของตัวการ จากความประมาทเลินเล่อ หรือกระทำให้ตัวการไม่ไว้วางใจ

ค.1.1.3.1 (ง) ตัวแทนไม่สามารถทำกำไรจากการเป็นตัวแทน ไม่ว่าจะเป็ทางตรงหรือทางอ้อม เว้นแต่เฉพาะค่าบำเหน็จเท่านั้น

ค.1.1.3.2 ตัวแทนจะต้องไม่ยินยอมให้บุคคลภายนอกทำลายหรือรบกวนหรือก่อให้เกิดตัวการเสียสิทธิ

ค.1.1.3.3 ตัวแทนจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงทั้งหมดที่ตนเองทราบจากบุคคลภายนอกเกี่ยวกับกิจการในฐานะตัวแทนที่ตนได้ทราบ โดยเฉพาะเรื่องที่กระทบต่อผลประโยชน์ของตัวการ

ค.1.1.4 หน้าที่ในการจัดการเรื่องการเงินและนำส่งเงินให้ตัวการ

หน้าที่ของตัวแทนในการจัดการเรื่องการเงินและทรัพย์สินของตัวการที่อยู่ในการครอบครองของตน ซึ่งรวมถึงกำไรที่ได้มาจากการทำกิจการแทนตัวการ ไม่ว่าจะในฐานะตัวแทนหรือโดยส่วนตัวก็ตาม โดยตัวแทนมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

ค.1.1.4 (ก) ต้องจัดทำบัญชีกิจการที่ตนได้ทำให้ถูกต้องตรงกับความจริง และจะต้องจัดส่งให้แก่ตัวการเมื่อตัวการร้องขอหรือตามเงื่อนไขแห่งสัญญาตัวการตัวแทน

ค.1.1.4 (ข) เก็บรักษาเงินหรือทรัพย์สินของตัวการโดยให้แยกจากบัญชีของตนและจากบุคคลภายนอก

ค.1.1.4 (ค) จัดส่งหรือนำส่งทั้งเงินและทรัพย์สินใดๆให้แก่ตัวการ ที่ตัวแทนได้มาจากการทำหน้าที่เป็นตัวแทนไม่ว่าจะเกิดจากเงื่อนไขของสัญญาหรือตัวการร้องขอ

ในกรณีที่ตัวแทนได้รวมทรัพย์สินของตัวการเข้าไว้กับของตน ตัวแทนมีหน้าที่ในการแจกแจงทรัพย์สินว่าส่วนไหนเป็นของตน หากไม่สามารถแจกแจงได้ ถือว่าเป็นทรัพย์สินของตัวการทั้งหมด<sup>26</sup>

อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไป ตัวแทนมีสิทธิที่จะหักเงินที่ได้รับมาเพื่อเป็นค่าบำเหน็จแก่ตนได้ รวมทั้งเงินทดรองที่จะจัดส่งให้แก่ตัวการ แต่อย่างไรก็ตามตัวแทนไม่สามารถใช้สิทธิหักกลบลงหนี้หรือหักเงินอื่นๆในหนี้ที่เกิดจากการผิดสัญญาอื่น ที่ตัวการมีต่อตัวแทนได้<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed , (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 402.

<sup>27</sup> Ibid.,p. 404.

### ค.1.2 หน้าที่ตามสัญญา

เมื่อตัวแทนได้ตกลงที่จะปฏิบัติหน้าที่ให้แก่ตัวการแล้ว ตัวการก็จะแจ้งให้ตัวแทนได้ทราบถึงหน้าที่ตามสัญญาของตัวแทนว่าจะต้องกระทำการอย่างไรและอะไรบ้าง ทั้งนี้จะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ซึ่งหากว่าตัวแทนไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ถือว่า เป็นการผิดหน้าที่ตามสัญญา

## ค.2 หน้าที่ของตัวการ

### ค.2.1 หน้าที่กระทำการโดยสุจริต

ไม่เพียงแต่ตัวแทนเท่านั้นที่จะต้องกระทำการโดยสุจริตต่อตัวการ ตัวการในฐานะเป็นผู้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตัวการตัวแทนขึ้นเอง ก็ยังมีหน้าที่กระทำการโดยสุจริตและไม่ประมาท เลินเล่อด้วย โดยจะต้องทำให้สัญญาตัวการตัวแทนสามารถบรรลุตามที่ตกลงกันได้ โดยไม่พยายามขัดขวางหรือสร้างความลำบาก เพื่อไม่ให้บรรลุวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ในฐานะที่ตนเป็นผู้ควบคุมหรือกำหนดขอบอำนาจของตัวแทน ตัวการต้องมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้แก่ตัวแทนได้ทราบถึง ความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นตัวแทน แต่ไม่จำเป็นต้องแจ้งตัวแทนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายที่ยังไม่สามารถคาดเดาได้ในอนาคต<sup>28</sup>

### ค.2.2 การจ่ายบำเหน็จแก่ตัวแทน

#### ค.2.2.1 กรณีทั่วไป

ตัวการและตัวแทนอาจตกลงกำหนดค่าบำเหน็จให้แก่ตัวแทนไว้ในสัญญาต่อกัน หรือโดยปริยายก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ถือว่า โดยปริยายว่าตัวการยินยอมให้ค่าบำเหน็จแก่ตัวแทนแล้ว<sup>29</sup>

ในกรณีของตัวแทนทางการค้า ค่าตอบแทนจะมีลักษณะเป็นค่าบำเหน็จหรือคิดเป็นร้อยละจากจำนวนหรือมูลค่าที่ทำได้จากกิจการก็ได้ ค่าบำเหน็จสำหรับนายหน้าจะคิดตามธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าของธุรกิจนั้นๆ

การแต่งตั้งตัวแทน ตัวแทนผู้ประมวล นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ผู้ถือทรัพย์สินแทน หนายความ หากมิได้ตกลงเป็นอย่างอื่น ถือว่าโดยสภาพการณ์แล้วตัวการจะต้องชำระค่าตอบแทนให้แก่บุคคลดังกล่าวเสมอ แต่อย่างไรก็ตาม จากหลักที่ว่าทำให้สัตยาบันจะต้องไม่

<sup>28</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 298.

<sup>29</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed , (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 411.

เกินกว่าอำนาจที่มีมาก่อน ในกรณีที่ตัวแทนเดิมได้กระทำการแบบไม่มีค่าตอบแทน แต่ภายหลัง ตัวการได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำที่นอกเหนืออำนาจ ตัวการไม่ต้องจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ตัวแทน

30

#### **ค.2.2.2 กรณีที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน**

เมื่อตัวแทนยินยอมที่จะกระทำการเป็นตัวแทนเพื่อบำเหน็จ แต่มีการกำหนดสิทธิในค่าบำเหน็จนั้นเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ตัวแทนจะได้รับบำเหน็จนั้น ก็ต่อเมื่อได้กระทำให้เงื่อนไขดังกล่าวได้สำเร็จลงแล้ว

#### **ค.2.2.3 กรณีที่ตัวการยกเลิกกิจการที่ตนได้มอบหมาย**

ในกรณีที่ตัวการต้องการยกเลิกกิจการที่ตัวแทนได้กระทำไปบางส่วน ตัวแทนจะมีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จหรือไม่ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าสัญญาแต่งตั้งได้กำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้สิทธิแก่ตัวแทนหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ตัวการผิดสัญญาไม่ว่าเป็นสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โดยการยกเลิกอำนาจที่ตนมอบให้แก่ตัวแทนในการทำกิจการแทนตนหรือกิจการใดก็ตามที่ทำให้ตัวแทนไม่ได้ค่าบำเหน็จ ตัวแทนมีสิทธิทั้งบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากกิจการที่ได้ทำไปแล้วได้ หรือเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาก็ได้

#### **ค.2.2.4 กรณีนิติสัมพันธ์สิ้นสุดลงโดยไม่อาจโทษฝ่ายใดได้**

กรณีที่สัญญาสิ้นสุดโดยผลของกฎหมายหรือโดยเหตุสุดวิสัย โดยไม่อาจโทษฝ่ายใดได้ ตัวแทนอาจเรียกค่าบำเหน็จตามสัดส่วนงานที่ตนได้ทำไปแล้วก็ได้ เช่น กรณี ตัวการตาย ทำให้ตัวแทนไม่ต้องทำกิจการอีกต่อไป เว้นแต่สัญญาได้กำหนดเป็นอย่างอื่น

#### **ค.2.2.5 กรณีตัวแทนบอกเลิกสัญญา**

กรณีตัวแทนผิดสัญญาจากการบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวแทนไม่อาจเรียกค่าบำเหน็จจากตัวการได้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลในบางรัฐของสหรัฐอเมริกา อาจให้ตัวแทนเรียกได้ตามสัดส่วนงานที่ทำไป<sup>31</sup>

#### **ค.2.2.6 กรณีตัวแทนทำผิดหน้าที่**

ในกรณีที่ตัวแทนผิดสัญญาจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทน หรือกรณีที่ทำให้ตัวการไม่ได้รับผลประโยชน์จากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตัวแทน หรือผิดหน้าที่อย่างอื่น

<sup>30</sup> Ibid.,p. 415.

<sup>31</sup> Ibid.,p. 424.

ตัวแทนไม่มีสิทธิได้บำเหน็จ นอกจากนี้ ในกรณีตัวแทนกระทำการนอกเหนืออำนาจ ตัวแทนจะไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จ เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบัน<sup>32</sup>

### ค.2.3 หน้าที่ของตัวการในการชดเชยค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายแก่ตัวแทน

ตัวการมีหน้าที่ในการชดเชยค่าใช้จ่ายที่ตัวแทนได้เสียไปจากการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นตัวแทน เช่น ค่าใช้จ่าย เงินทดรองจ่าย หรือหนี้สินที่เกิดขึ้นจากการกระทำกิจการนั้น และชดเชยค่าเสียหายให้แก่ตัวแทน ในกรณีที่ตัวแทนต้องรับผิดชอบหรือมีหนี้สินต่อบุคคลภายนอก หรือสูญเสียจากการทำกิจการนั้น

ดังนั้น ในกรณีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า(ตัวแทน)ถูกกำหนดจากกฎเกณฑ์ของตลาดล่วงหน้าค่าฝ่ายให้ทำการซื้อขายฝ่ายในการส่งมอบในอนาคตจากบัญชีของตัวการ แม้ทำให้ตัวการไม่ได้กำไรจากการซื้อขาย นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จในส่วนต่างของราคาที่ซื้อขาย<sup>33</sup> แต่อย่างไรก็ตาม หากว่าตัวแทนกระทำการโดยความประมาทเลินเล่อหรือผิดต่อหน้าที่ ตัวแทนจะไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จดังกล่าว

## ง. นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก

ตัวการจะต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการที่ตนเองมอบหมายให้แก่ตัวแทนไปกระทำแทนตน หากว่าตัวแทนได้กระทำการภายในขอบอำนาจที่ตนเองได้กำหนด และบุคคลภายนอกเชื่อหรือรับทราบที่ตัวแทนมีอำนาจกระทำการแทน แต่หากว่าตัวแทนกระทำการนอกเหนืออำนาจตัวการไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบัน หรือเป็นกรณีของกฎหมายปิดปาก โดยจะต้องพิจารณาเงื่อนไขดังต่อไปนี้

### ง.1. สิทธิและหน้าที่ของตัวการ

#### ง.1.1 การมอบอำนาจหรือแต่งตั้งตัวแทน

ตัวแทนอาจได้รับมอบอำนาจกระทำการใดๆโดยลายลักษณ์อักษร หรือ โดยเอกสารแต่งตั้ง เพื่อแต่งตั้งหรือมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการแทนตน นอกจากนี้ ตัวการอาจแต่งตั้งตัวแทนโดยปริยายได้ โดยวาจาหรือโดยการแสดงออกทางกายก็ได้

<sup>32</sup> Ibid.,p. 426.

<sup>33</sup> Ibid.,p. 428.

โดยปกติแล้วการแต่งตั้งตัวแทนดังกล่าวกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบเอาไว้ ดังนั้น ตัวการสามารถแต่งตั้งตัวแทนจากการแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้ นอกจากนี้ สามารถมอบอำนาจโดยวาจาก็ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกง (Fraud Laws) ได้กำหนดเกี่ยวกับอำนาจกระทำการของตัวแทน โดยกำหนดให้ ในกรณีที่จะต้อง โอน สละสิทธิในทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์จากที่ดิน จะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งตัวแทนที่กระทำการแทนก็จะต้องได้รับมอบอำนาจเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกัน<sup>34</sup>

หนังสือมอบอำนาจหรือสัญญาแต่งตั้งจะต้องถูกต้องความโดยเคร่งครัด ดังนั้น หนังสือดังกล่าว จะต้องมีการกำหนดขอบเขตอำนาจอย่างชัดแจ้งเอาไว้ แต่หากว่าถ้อยคำไม่ชัดแจ้ง ตัวแทนมีอำนาจโดยปริยายหรือปฏิบัติไปตามหลักธรรมเนียมทางการค้าในธุรกิจนั้นๆ เฉพาะ เพื่อให้การกระทำนั้นเสร็จสิ้นไปเท่านั้น เว้นแต่ตัวการได้กำหนดห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ในกรณีที่มีการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนต่อเนื่องกันมา แต่ในภายหลังตัวการยกเลิกหรือมอบอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำแทนตน หากตัวแทนได้กระทำการโดยสุจริตและอยู่ในขอบเขตที่ตนได้รับมอบหมาย ให้ถือว่าตัวแทนมีอำนาจกระทำการและผูกพันตัวการ แม้ว่า ตัวการมิได้มอบหมายดังกล่าวให้แก่ตัวแทนก็ตาม<sup>35</sup>

### ง.1.2 กรณีกฎหมายปิดปาก

ตัวการอาจต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกจากการกระทำของตัวแทน จากสัญญาที่ตนไม่ได้รับมอบอำนาจหรือแต่งตั้งตัวแทนไว้ ตามหลักกฎหมายในเรื่อง "กฎหมายปิดปาก" โดยถือว่า ตัวการสมัครใจให้บุคคลหนึ่งแสดงตนเป็นตัวแทนของตัวการ และเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องธุรกิจของตัวการหรือเป็นปกติทางธุรกิจ ดังนั้น ถือว่าตัวแทนมีอำนาจในการกระทำการดังกล่าวแทนตัวการ เมื่อตัวแทนมีการกระทำใดๆต่อบุคคลภายนอก ตัวการจะถูกกฎหมายปิดปากต่อบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต โดยไม่สามารถปฏิเสธกิจการที่ตัวแทนกระทำการแทนตนได้ จึงต้องผูกพันกิจการนั้นต่อบุคคลภายนอก นอกจากนี้ในบางกรณีถือว่าเกิดจากความประมาทเลินเล่อของตัวการเองในเรื่องการแต่งตั้งตัวแทนด้วย<sup>36</sup> ซึ่งครอบคลุมถึงกรณี ที่บุคคลหนึ่งซึ่งไม่ได้เคยเป็นตัวแทนมาก่อน หรือตัวแทนที่กระทำการนอกเหนืออำนาจที่ได้รับมาด้วย

ตัวการจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก จากสัญญาที่ตัวแทนเป็นผู้กระทำ ถ้าตัวการได้บอกให้ตัวแทนกระทำการดังกล่าว หรือ ถ้าตัวการบอกแก่บุคคลภายนอกว่า ตัวแทนมีอำนาจ

<sup>34</sup> Ibid.,p. 14.

<sup>35</sup> Ibid.,p. 31.

<sup>36</sup> Ibid.,p. 40.

กระทำการแทนตนและได้กระทำการแล้ว หรือ ถ้าตัวการบอกแก่ตัวแทนให้บอกบุคคลภายนอกว่า ตัวแทนมีอำนาจทำการแทน หลักเกณฑ์ดังกล่าวเรียกว่า “กฎ P.A.T.”<sup>37</sup> ยกเว้นกรณีตัวแทนได้กระทำการเพื่อตนเอง ถือว่า การกระทำดังกล่าวไม่ผูกพันตัวการ

### ง.1.3 การแจ้งต่อบุคคลภายนอกถึงข้อจำกัดอำนาจของตัวแทน

ตัวการจะผูกพันกับกิจการที่ตัวแทนได้กระต่อบุคคลภายนอกนั้น ก็ต่อเมื่อในขณะที่กระทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกจะต้องรู้ว่าตัวแทนกระทำการในฐานะตัวแทน และตัวแทนมีอำนาจทำการแทนด้วย แต่หากว่าบุคคลภายนอกได้ทราบในขณะที่ทำนิติกรรมกับตัวแทนว่า ตัวแทนไม่มีอำนาจหรือกระทำการนอกเหนือขอบอำนาจ การกระทำดังกล่าวไม่ผูกพันตัวการ<sup>38</sup>

### ง.1.4 การรับผิดชอบข้อมูลใดๆที่ตัวแทนทราบ

ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นตัวแทน ตัวแทนมีโอกาสที่จะทราบถึงข้อเท็จจริงต่างๆในระหว่างที่ได้กระทำการแทนตัวการ แต่หากว่าตัวแทนได้ปฏิบัติภายในขอบอำนาจที่ตัวการกำหนด ข้อเท็จจริงต่างๆที่ตัวแทนได้ทราบดังกล่าวไม่ว่าจากบุคคลภายนอกหรือที่ประสบด้วยตนเอง ถือว่าตัวการทราบข้อเท็จจริงนั้นด้วย โดยมีเงื่อนไขว่า ตัวแทนจะต้องมีหน้าที่ในการรับทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวตามกิจการที่ตนได้กระทำ และข้อเท็จจริงนั้นจะต้องเป็นสาระสำคัญที่มีผลต่อการดำเนินกิจการของตัวแทนด้วย<sup>39</sup>

อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงที่ตัวแทนจะเปิดเผยต่อตัวการทำให้ ตัวแทนกระทำการผิดหน้าที่ในฐานะตัวแทนของตัวการ ในกรณีที่ตัวแทนกระทำการทุจริต หรือ เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของตัวแทนในการแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวแก่ตัวการทราบ (ตัวแทนจะเสียประโยชน์ถ้าแจ้งให้ทราบ) เพราะเป็นการที่ตัวแทนไม่ได้กระทำในฐานะตัวแทนแต่กระทำการส่วนตัว ดังนั้น ตัวการไม่ผูกพันข้อเท็จจริงที่ตัวแทนดังกล่าวทราบ<sup>40</sup>

การรับทราบข้อเท็จจริงใดๆของตัวแทนช่วง โดยหลักการแล้ว การแจ้งให้ตัวแทนช่วงทราบหรือการรับทราบข้อเท็จจริงจากการกระทำการแทนนั้น ตัวการต้องผูกพันต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวเช่นเดียวกับกรณีของตัวแทน

<sup>37</sup> Ibid.,p. 43.

<sup>38</sup> Ibid.,p. 53.

<sup>39</sup> Ibid.,p. 294.

<sup>40</sup> Ibid.,p. 301.

### ง.1.5 การกระทำนอกเหนืออำนาจของตัวแทน

หน้าที่ที่สำคัญของตัวแทนตามสัญญาตัวการตัวแทน คือการปฏิบัติตามคำสั่ง หรือกระทำการภายในขอบอำนาจที่ตัวการได้มอบหมายให้ตนกระทำการแทน ทั้งโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย เพื่อให้การกระทำนั้นผูกพันตัวการ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีที่ตัวแทนกระทำการนอกเหนืออำนาจหรือเกินขอบเขตอำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจจากที่ตัวการกำหนด ส่งผลให้การกระทำดังกล่าวไม่ผูกพันตัวการ ตัวการไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกจากการกระทำดังกล่าว เว้นแต่กรณีที่ตัวการได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำนอกเหนืออำนาจหรือเกินขอบเขตอำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจดังกล่าว

#### ง.1.5.1 การให้สัตยาบัน

การให้สัตยาบัน หมายถึง การยอมรับกระทำของบุคคลอื่น ที่ไม่มีอำนาจในการกระทำการแทนตนเอง ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจจะเป็นลูกจ้างหรือบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องเลยก็ได้ หรือกรณีเป็นตัวแทน แต่กระทำการเกินขอบอำนาจที่ตัวการได้ให้ไว้ เมื่อตัวการให้สัตยาบันต่อการกระทำดังกล่าวแล้ว การให้สัตยาบันมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการมอบอำนาจให้กระทำการแทนตนนั้น ก็คือผูกพันบุคคลผู้ให้สัตยาบัน อย่างไรก็ตาม การให้สัตยาบันไม่ได้สร้างอำนาจการกระทำตัวแทน<sup>41</sup> ตัวการยังสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าวของตัวแทนได้

#### ง.1.5.2 องค์ประกอบของการให้สัตยาบัน

ง.1.5.2.1 ความสามารถในการให้สัตยาบัน บุคคลที่มีความสามารถให้สัตยาบันได้จะต้องมีความสามารถในการมอบอำนาจให้ตัวแทนดำเนินการแทนตนได้ และเมื่อได้กระทำการแล้ว เขายังมีความสามารถมอบอำนาจให้บุคคลใดๆ ได้อยู่<sup>42</sup> ซึ่งหากว่าบุคคลดังกล่าวไม่สามารถมอบอำนาจหรือแต่งตั้งตัวแทนได้ก็ไม่สามารถให้สัตยาบันได้

ง.1.5.2.2 กิจการที่สามารถให้สัตยาบันได้ การกระทำใดๆ ทั้ง ขอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมายที่บุคคลหนึ่งกระทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งไปโดยปราศจากอำนาจและการกระทำนั้น ถ้าหากได้กระทำลงโดยผู้มีอำนาจการกระทำมาก่อน ตัวการสามารถให้สัตยาบันได้ และถือว่าเป็นการกระทำของตัวเอง นอกจากนี้ การกระทำซึ่งมีผลเป็นโมฆียะสามารถให้สัตยาบันได้ แต่หากเป็นโมฆะไม่สามารถให้สัตยาบันได้<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Ibid.,p. 123.

<sup>42</sup> Ibid.,p. 139.

<sup>43</sup> Ibid.,p. 131.



อย่างไรก็ตาม การที่จะสามารถให้สัตยาบันได้ การกระทำนั้นจะต้องกระทำโดยบุคคลที่อ้างว่าได้กระทำในฐานะเป็นตัวแทน และจะต้องมีข้อเท็จจริงก่อนหรือขณะให้สัตยาบันว่า เป็นการกระทำในฐานะที่เป็นตัวแทนเพื่อผูกพันตัวการต่อบุคคลภายนอก<sup>44</sup> ให้ปรากฏต่อบุคคลภายนอกจึงจะสามารถให้สัตยาบันได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่ตัวการเป็นนิติบุคคลที่จะสามารถให้สัตยาบันได้จะต้องมีตัวตน ในขณะที่มีการกระทำการแทนเกิดขึ้นด้วย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยชื่อจะไม่สามารถให้สัตยาบันได้<sup>45</sup>

**ง.1.5.2.3 การรับทราบข้อเท็จจริงของตัวการ** การให้สัตยาบันจะไม่ผูกพันตัวการผู้ให้สัตยาบัน เว้นแต่ จะกระทำไปโดยรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ หรือเว้นแต่ว่าจะกระทำโดยเจตนาที่จะให้สัตยาบันไปตามข้อเท็จจริงที่ครบถ้วน แต่หากว่าตัวการไม่อาจทราบหรือถูกตัวแทนปกปิดข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญดังกล่าว มีผลให้การให้สัตยาบันดังกล่าวไม่ผูกพันตัวการ เช่น ในกรณีของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ศาลได้กล่าวว่า การให้สัตยาบัน สามารถใช้ได้กับกรณีที่ตัวการที่รับทราบข้อเท็จจริงทั้งหมด โดยตัวการมีเจตนาที่จะยอมรับการกระทำของตัวแทน กรณีนี้ศาลถือว่า กรณีนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้ดำเนินการซื้อขายที่ขัดต่อคำสั่งโดยขัดแย้งของลูกค้าในการปิดบัญชีของลูกค้า ไม่มีหลักฐานอันเพียงพอในการให้สัตยาบันธุรกรรมดังกล่าวในภายหลัง ในกรณีที่ลูกค้าเรียกร้องต่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในเรื่องการซื้อขายที่ตนไม่ได้มอบหมาย ณ เวลาที่ตนได้ทราบถึงการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของตน แต่นายหน้าต่อสู้อูกค้าไม่ได้ร้องเรียนเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อพ้น 10 วัน นับจากวันที่ทราบถึงการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ศาลเห็นว่ายังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน<sup>46</sup>

**ง.1.5.2.4 การแจ้งถึงการให้สัตยาบัน** การให้สัตยาบันจะยังไม่มีผลสมบูรณ์หากผู้ให้สัตยาบัน(ตัวการ)ยังมีได้แจ้งให้แก่บุคคลภายนอกได้ทราบถึงการให้สัตยาบันดังกล่าว

### ง.1.5.3 วิธีการให้สัตยาบัน

โดยทั่วไปการให้สัตยาบันอาจกระทำโดย วาจาหรือการกระทำใดๆที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะยอมรับการกระทำ ทั้งหมดหรือบางส่วน การให้สัตยาบันจะไม่ผูกพันตัวการผู้ให้สัตยาบัน เว้นแต่จะมีเจตนาที่จะให้สัตยาบันตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ การยอมรับของตัวการอาจจะแสดงออกโดยคำพูดหรือการกระทำ หรืออาจจะแสดงออกโดยขัดแย้งหรือโดยปริยายก็ได้

<sup>44</sup> Ibid.,p. 135.

<sup>45</sup> Ibid.,p. 137.

<sup>46</sup> Thomson McKinnon Secur., Inc. v Moore's Farm Supply, Inc. (1983, WD Tenn) 557 F Supp 1004 (applying Tennessee law)

ไม่มีรูปแบบที่แน่นอน เช่น การที่ตัวการได้ฟ้องร้องบุคคลภายนอกต่อศาลโดยอาศัยสัญญาที่บุคคลภายนอกทำกับตัวแทนที่ปราศจากอำนาจ ในนามตนเอง ถือว่าเป็นการให้สัตยาบันอย่างหนึ่งด้วย นอกจากนี้ การให้สัตยาบันดังกล่าวสามารถกำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนก็ได้<sup>47</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ตัวการนิ่งเฉย เมื่อได้ทราบว่า ตัวแทนได้นำทรัพย์สินของตนเองไปดำเนินการจำหน่าย จ่าย หรือโอนให้แก่บุคคลอื่น แต่ตัวการไม่คัดค้านแต่นิ่งเฉยเสียมิควินิจฉัยที่วิญญูชนพึงกระทำ ให้สันนิษฐานว่า ตัวการได้ให้สัตยาบันแล้ว นอกจากนี้ในกรณีที่ตัวการตัวแทนเคยมีนิติสัมพันธ์กันมาก่อน หากตัวการไม่ปฏิเสธมาในภายในระยะเวลาที่เหมาะสม หลังจากที่ได้รับแจ้งการกระทำที่ปราศจากอำนาจถือว่า ตัวการให้สัตยาบันแล้ว<sup>48</sup>

#### ง.1.5.4 ผลของการให้สัตยาบัน

เมื่อตัวการได้ให้สัตยาบันแล้ว ตัวแทนจะมีสิทธิและหน้าที่ต่อตัวการและไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัว เสมือนการกระทำที่ตนมีอำนาจกระทำการมาตั้งแต่แรก การให้สัตยาบันดังกล่าวไม่อาจเพิกถอนได้และมีผลทางกฎหมายเปรียบเสมือนมีการกระทำที่มีการมอบอำนาจมาก่อน อย่างไรก็ตาม การให้สัตยาบันดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้บุคคลภายนอกเสื่อมเสียสิทธิที่มีมาแต่ก่อนการให้สัตยาบัน นอกจากนี้ บุคคลภายนอกสามารถที่จะถอนธุรกรรมที่ทำได้ทุกเวลาก่อนที่ตัวการจะให้สัตยาบัน และในบางกรณีก็สามารถเพิกถอนได้ภายหลังการให้สัตยาบันแล้วก็ตาม<sup>49</sup>

เมื่อมีการให้สัตยาบันจากตัวการแล้วถือว่า ตัวการให้อภัยตัวแทนจากความรับผิดชอบที่ตัวแทนมีต่อตัวการจากการกระทำปราศจากอำนาจ ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำที่เกินขอบเขตอำนาจ หรือไม่มีอำนาจ อย่างไรก็ตาม ดังที่กล่าวมาแล้วการให้สัตยาบันจะต้องกระทำโดยทราบถึงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ แต่หากไม่ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวการให้สัตยาบันไม่ผูกพันตัวการ<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed , (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 151.

<sup>48</sup> Ibid.,p. 155.

<sup>49</sup> Ibid.,p. 168.

<sup>50</sup> Ibid.,p. 170.

### ง.1.6 สิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินและค่าเสียหายจากบุคคลภายนอก

ง.1.6.1 กรณีของเงิน เมื่อตัวแทนได้รับมอบหมายจากตัวการให้นำเงินไปชำระแก่บุคคลภายนอก หากว่าตัวแทนชำระเงินให้แก่บุคคลภายนอกไปโดยสำคัญผิด ซึ่งบุคคลภายนอกนั้นไม่มีสิทธิได้รับ ตัวแทนมีสิทธิเรียกเงินดังกล่าวคืนได้

ง.1.6.2 กรณีทรัพย์สิน ตัวแทนได้จำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินของตัวการให้แก่บุคคลภายนอก และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตอำนาจของตน โดยตัวแทนสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจกระทำดังกล่าว เมื่อตัวแทนได้ทราบถึงข้อเท็จจริงและขอบเขตอำนาจของตนแล้ว ตัวแทนสามารถดำเนินการต่อบุคคลดังกล่าวในการเรียกทรัพย์สินดังกล่าวคืนหรือเรียกให้บุคคลภายนอกใช้เงินแทนได้<sup>51</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของบุคคลภายนอกผู้สุจริตที่ได้ซื้อทรัพย์สินจากบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินหรือได้ให้หลักประกันแก่การนั้นแล้ว ถือว่าบุคคลนั้นมีอำนาจในการจัดการดังกล่าวโดยเจ้าของทรัพย์สินสามารถดำเนินการเรียกทรัพย์สินคืนได้หรือเรียกค่าตอบแทนได้

ง.1.6.3 ตราสารเปลี่ยนมือ เมื่อตัวแทนออกตราสารเปลี่ยนมือ ซึ่งได้มอบให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อชำระราคา ถือว่าบุคคลภายนอกได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว ตัวการไม่สามารถเรียกคืนหรือเรียกค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกได้

ง.1.6.4 ตัวแทนกระทำนอกเหนืออำนาจ ในกรณีตัวแทนได้ใช้เงินที่ตัวการได้ให้ตนเพื่อทำกิจการแทนตน แต่ตัวแทนกระทำแตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ที่ตนได้รับมอบหมาย ตัวการมีสิทธิเรียกคืนเงินหรือทรัพย์สิน ที่ตนสามารถระบุได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของตน เว้นแต่ เป็นกรณีที่เกิดจากการที่บุคคลภายนอกกระทำโดยสุจริต

ง.1.6.5 ตัวแทนปฏิเสธทำหน้าที่เป็นตัวแทน ในกรณีที่บุคคลภายนอกทำให้ตัวการไม่ได้รับชำระหนี้จากตน โดยวิธีการจงใจตัวแทนด้วยวิธีการใดๆ เพื่อไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่ให้แก่ตัวการ บุคคลภายนอกจะต้องรับผิดชอบต่อกับตัวการในการกระทำดังกล่าว

### ง.1.7 ตัวการไม่เปิดเผยตัวตนหรือเปิดเผยชื่อ

ในการทำกิจการบางอย่างตัวการเองไม่ต้องการให้บุคคลภายนอกได้ทราบว่าตนเองเป็นใคร เนื่องจากเหตุผลในเรื่องของชื่อเสียง หรือผลประโยชน์ของตน จึงอาจมอบหมายให้ตัวแทนดำเนินการแทนตน โดยให้ตัวแทนกระทำแทนในลักษณะ แสดงตนว่าเป็นตัวการหรือทำการแทนตัวการ แต่ไม่ได้แจ้งแก่บุคคลภายนอกว่าตัวการเป็นใคร ดังนั้นลักษณะดังกล่าวจึงเรียกว่า ตัวการไม่เปิดเผยตัวตนหรือเปิดเผยชื่อ ซึ่งสามารถแยกได้เป็นสองลักษณะ

<sup>51</sup> Ibid.,p. 307.

การเป็นตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Unnamed Principal) คือ ทำให้บุคคลภายนอกไม่สามารถทราบได้ว่าตัวการคือใคร แต่ทราบว่าตัวแทนกระทำการในฐานะตัวแทนของบุคคลอื่น

การเป็นตัวการโดยไม่เปิดเผยตัวตน (Undisclosed Principal) หมายถึง บุคคลภายนอกไม่ทราบ ถึงการมีอยู่ของตัวการ ลักษณะดังกล่าวเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมาย ตัวการตัวแทน<sup>52</sup>

โดยทั่วไปแล้ว หากว่าตัวแทนได้กระทำการภายในขอบอำนาจที่ตัวการมอบหมายและมีเจตนาที่จะกระทำการเป็นตัวแทนแล้ว ตัวการที่ไม่เปิดเผยตัวตนหรือเปิดเผยชื่อสามารถเข้าถือเอาสัญญาที่ตัวแทนของตนทำไว้กับบุคคลภายนอกหรือถูกบุคคลภายนอกเรียกให้รับผิดชอบได้ หากว่าบุคคลภายนอกได้ทราบถึงการมีตัวตนและสามารถพิสูจน์ว่าตัวการคือใครได้<sup>53</sup> และยกเว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้

ง.1.7.1 ตราสารที่ลงนามโดยตัวแทนและบุคคลภายนอก หรือ ตราสารเปลี่ยนมือที่ลงนามโดยตัวแทน เนื่องจากหลักที่ว่า บุคคลที่ไม่ได้ลงลายมือชื่อในตราสาร ไม่มีสิทธิฟ้องหรือถูกฟ้องตามตราสารได้

ง.1.7.2 กรณีที่ตัวการเป็นส่วนหนึ่งของเจ้าของสินค้าและสัญญาที่ตัวแทนเอาไปขายแทน และไม่สามารถแยกออกมาเป็นสัดส่วนที่ชัดเจนได้

ง.1.7.3 บุคคลภายนอกมีเจตนาทำให้ตัวการเสียหาย โดยการเข้าทำสัญญากับตัวแทน

ง.1.7.4 กรณีที่ สภาพ ทักษะ และคุณสมบัติของตัวแทนเป็นสาระสำคัญในการปฏิบัติตามสัญญาตามที่บุคคลภายนอกกำหนด และยังไม่มีการปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้น

นอกจากนี้ หากว่าตัวแทนหรือบุคคลภายนอกไม่สามารถพิสูจน์ถึงการมีตัวตนและสามารถพิสูจน์ว่าตัวการคือใครได้ ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบกับบุคคลภายนอกในฐานะคู่สัญญา เว้นแต่ได้กำหนดในสัญญา ไม่ให้ตัวแทนต้องรับผิดชอบ<sup>54</sup> อย่างไรก็ตาม หากว่าตัวแทนกระทำการนอกเหนืออำนาจ ตัวการที่ไม่เปิดเผยตัวตนหรือเปิดเผยชื่อไม่อาจให้สัตยาบันได้ ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัว

<sup>52</sup> Ibid.,p 251.

<sup>53</sup> W. Edward Sell, *Agency*, (New York: The Foundation Press, 1975), p. 63.

<sup>54</sup> Ibid.,p. 64.

## ง.2. สิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอก

### ง.2.1 สิทธิในการยกข้อต่อสู้ที่มีต่อตัวแทน

บุคคลภายนอกอาจยกข้อต่อสู้ใดๆที่มีต่อตัวแทนต่อสู้กับตัวการ ณ เวลาที่ตนได้ทราบแล้วว่าตัวแทนกระทำการแทนบุคคลอื่น ซึ่งรวมถึงการชำระหนี้ต่อตัวแทนในภายหลังจากที่ได้ทราบแล้ว

### ง.2.2 สิทธิในการเรียกให้ตัวการรับผิดชอบตามตราสาร

กฎหมายสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า "บุคคลที่ไม่มีชื่อหรือระบุว่าเป็นคู่สัญญาในตราสาร จะไม่สามารถถูกดำเนินคดีหรือดำเนินคดีตามตราสารนั้นได้"<sup>55</sup> ในกรณีที่ตัวแทนทำสัญญากับบุคคลภายนอก โดยในตราสารต่างๆ ได้ระบุในตราสารว่า เป็นการกระทำของตัวการหรือตัวแทน ถือว่าคู่สัญญาคือตัวการ ไม่ใช่ตัวแทน แต่หากว่าระบุชื่อตัวแทนเป็นผู้กระทำการแทนตัวการ ให้ถือว่าตัวแทนเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอก

ตราสารที่ได้กระทำการโดยตัวแทน หากจะผูกพันตัวการจะต้องกระทำในนามของตัวการ โดยการกระทำการดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำแทนตัวการ ไม่ใช่การกระทำในนามตัวแทนเอง เนื่องจากตามหลักตราสาร จะผูกพันเฉพาะบุคคลที่มีชื่อในตราสารเท่านั้น<sup>56</sup> โดยสามารถพิจารณาจาก ลายมือชื่อ สาระสำคัญในตราสาร หรือ ชื่อที่พิมพ์ขึ้นบนส่วนหัวหรือช่องว่างในตราสาร

### ง.2.3 สิทธิในการเรียกให้ตัวการรับผิดชอบกรณีตัวการที่ไม่เปิดเผยตัวตนหรือเปิดเผยชื่อ

โดยทั่วไป สิทธิของบุคคลภายนอกในการเรียกร้องให้ตัวการไม่ว่าจะเป็นตัวการไม่เปิดเผยตัวตน หรือเปิดเผยชื่อรับผิดชอบต่อนั้น ก็ต่อเมื่อตัวแทนได้รับมอบอำนาจจากตัวการอย่างถูกต้องและอยู่ในขอบเขตอำนาจของการเป็นตัวแทน เว้นแต่ กรณีดังต่อไปนี้

#### ง.2.3.1 ตราสารหรือตัวเงิน

บุคคลภายนอกก็ไม่อาจฟ้องตัวการให้รับผิดชอบต่อน ในกรณีตราสารหรือตัวเงินลงนามโดยตัวแทนและบุคคลภายนอก ตราสารเปลี่ยนมือหรือตัวเงินที่ลงนามโดยตัวแทน หรือกรณี

<sup>55</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed , (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 318.

<sup>56</sup> Ibid.,p. 317.

ตัวแทนทำสัญญาแทนตัวการมากกว่าสองคน ที่เป็นเช่นนี้เพราะหลักการของ Common law กำหนดว่า จะไม่มีบุคคลใดที่ถูกฟ้อง หากว่าเขาไม่มีชื่อปรากฏอยู่บนตราสารนั้น<sup>57</sup>

### ง.2.3.2 ข้อโต้แย้งในเรื่องการชำระเงินของตัวการต่อตัวแทน

ในกรณีที่ปรากฏในภายหลังว่าตัวแทนกระทำการแทนตัวการที่ไม่เปิดเผยตัวตน เพื่อรับภาระดังกล่าวต่อตัวแทน เพราะตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ตัวการจึงชำระหนี้ให้แก่ตัวแทนไปโดยสุจริต การกระทำดังกล่าวมีผลทำให้บุคคลภายนอกไม่อาจฟ้องร้องตัวการให้รับผิดชอบตามสัญญาได้ โดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ง.2.3.2 (a) บุคคลภายนอกยังไม่ทราบว่าเขาได้ทำสัญญากับบุคคลที่เป็นตัวแทนของบุคคลอื่น หรือ

ง.2.3.2 (b) ตัวการได้รับการจูงใจให้ชำระหนี้ให้แก่ตัวแทน โดยบุคคลภายนอกซึ่งทำให้ตัวการเชื่อว่าบุคคลภายนอกได้รับชำระหนี้จากตัวแทนแล้ว หรือบุคคลภายนอกได้เลือกที่จะให้เครดิตทางการเงินเป็นพิเศษแก่ตัวแทน

### ง.2.3.3 ข้อโต้แย้งในการเลือกฟ้อง

เมื่อบุคคลภายนอกได้ทราบถึงการมีอยู่ของตัวการและรู้แล้วว่าตัวการนั้นเป็นใคร บุคคลภายนอกสามารถเลือกที่จะเรียกให้ตัวแทนหรือตัวการรับผิดชอบตามสัญญา คนใดคนหนึ่ง หากว่าบุคคลภายนอกได้เลือกที่จะดำเนินคดีต่อตัวแทนแล้ว จะไม่สามารถเรียกต่อตัวการได้อีก<sup>58</sup> นอกจากนี้ การรับรู้การมีอยู่ของตัวการดังกล่าวจะต้องรู้ว่าตัวการ เป็นใคร มิใช่รู้แต่เพียงว่าบุคคลที่ทำสัญญาด้วยเป็นตัวแทนเท่านั้น<sup>59</sup>

## จ. นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนกับบุคคลภายนอก

### จ.1. หน้าที่ของตัวแทน

โดยหลักการแล้ว หากว่าบุคคลใดกระทำการในฐานะตัวแทน และกระทำในขอบอำนาจหรือตามคำสั่งของตัวการ รวมถึงเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกได้ทราบว่าตัวการคือใครแล้ว ตัวแทนไม่มีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้

#### จ.1.1. การกระทำโดยปราศจากอำนาจ

<sup>57</sup> Ibid.,p. 258.

<sup>58</sup> Ibid.,p. 264.

<sup>59</sup> Ibid.,p. 265.

ตัวแทนจะต้องกระทำการภายในขอบอำนาจที่ตัวการกำหนดและยินยอมให้บุคคลภายนอกได้ตรวจสอบการมีอำนาจกระทำการแทนตัวการ<sup>60</sup> กรณีที่ตัวแทนที่กระทำการเกินขอบเขตอำนาจลงนามในตราสารเปลี่ยนมือหรือลงนามในสัญญา ในฐานะแทนตัวการโดยไม่เป็นความจริง ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวกับบุคคลภายนอก ซึ่งรวมทั้งในกรณีที่ระบุว่าเป็นตัวแทนแต่ไม่ได้เปิดเผยให้ทราบถึงว่าตัวการเป็นใครด้วย<sup>61</sup>

#### จ.1.2. การให้ความไว้วางใจต่อบุคคลภายนอก

การให้ความไว้วางใจต่อบุคคลภายนอก หมายถึง การที่ตัวแทนได้ให้หลักประกันแก่บุคคลภายนอกว่า ตนเองเป็นตัวแทนของตัวการซึ่งเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง และมีอำนาจกระทำการแทนบุคคลนั้น แต่หากว่าความจริงแล้วตัวแทนไม่มีอำนาจกระทำการดังกล่าว ถึงแม้ว่าตัวแทนกระทำโดยสุจริตหรือเข้าใจว่าตนมีอำนาจก็ตาม ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใดๆต่อบุคคลภายนอก และแต่หากว่าเป็นการกระทำโดยทุจริต บุคคลภายนอกสามารถดำเนินคดีทางอาญาได้อีกทางหนึ่งด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ตัวแทนกระทำการโดยสุจริต และได้ระบุว่าตนจะไม่รับผิดชอบต่อกรณีที่ตนต้องได้รับมอบอำนาจจากตัวการ หรือได้แสดงข้อเท็จจริงต่อบุคคลภายนอกว่าเป็นการคาดหมายของตนเอง ว่าตนอาจจะได้รับมอบอำนาจจากตัวการ ตัวแทนดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการแสดงว่าตนได้รับมอบอำนาจอย่างแท้จริง ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก

การเรียกความเสียหายจากการผิดความไว้วางใจ ถือเป็นความเสียหายโดยตรง ในกรณีที่ตัวการได้ปฏิเสธสัญญาที่ตัวแทนได้กระทำไปกับบุคคลภายนอก อันเนื่องมาจากปราศจากอำนาจ (เป็นสัญญาที่สามารถเรียกค่าเสียหายได้) บุคคลภายนอกสามารถเรียกค่าเสียหายต่อตัวแทนได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าลักษณะของสัญญาไม่สามารถเรียกค่าเสียหายได้ ก็ไม่สามารถเรียกเอากับตัวแทนได้<sup>62</sup>

#### จ.1.3. การรับทรัพย์สินจากบุคคลภายนอก

ในกรณีที่ตัวแทนรับเงินมาจากบุคคลภายนอกเพื่อให้แก่ตัวการ โดยความสำคัญผิด ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบในการคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่บุคคลภายนอก เว้นแต่ตัวแทนจะนำเงินดังกล่าวให้แก่ตัวการหรือกระทำการใดที่เทียบได้กับการชำระเงินดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่

<sup>60</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 150.

<sup>61</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed , (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 342.

<sup>62</sup> Ibid.,p. 350.

ตัวแทนรับเงินมาจากบุคคลภายนอกเพื่อให้แก่ตัวการ โดยทุจริตหรือฉ้อฉล ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบในการคืนให้แก่บุคคลภายนอก แม้ว่าตนจะได้คืนให้แก่ตัวการแล้วก็ตาม เว้นแต่การฉ้อฉลดังกล่าวจะเกิดจากตัวการ หากตัวแทนได้ให้เงินแก่ตัวการไปแล้ว ก็หลุดพ้นจากความรับผิด<sup>63</sup>

#### จ.1.4. การรับทรัพย์สินจากตัวการ

ในกรณีที่ตัวแทนได้รับเงินมาจากตัวการเพื่อนำส่งให้แก่บุคคลภายนอกและตัวแทนตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายที่จะส่งให้แก่บุคคลภายนอก ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนต่อบุคคลภายนอกในทรัพย์สินดังกล่าว

#### จ.1.5. การกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก

ในกรณีที่ตัวแทนกระทำการแทนตัวการแล้วเป็นการละเมิดต่อบุคคลภายนอก ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัวเสมอ แต่อย่างไรก็ตาม การทำละเมิดนั้นเกี่ยวข้องกับกิจการที่ตนได้รับมอบหมายจากตัวการ ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงผู้เดียว โดยอาจต้องร่วมรับผิดกับตัวการ หรือรับผิดชอบต่อตัวการเพียงอย่างเดียวในกรณีที่ตัวการได้ชำระค่าเสียหายให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว แต่ได้ใช้สิทธิไล่เบียดเอากับตัวแทน

## จ.2. สิทธิของตัวแทน

ตัวแทนมีสิทธิฟ้องบุคคลภายนอกในนามตนเอง ในกิจการที่ตนเองกระทำแทนตัวการ หากว่าตัวแทนมีผลประโยชน์พิเศษ (Coupled with Interest) หรือมีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งรวมถึงกรณีของตัวแทนผู้ประมูล (auctioneer) ด้วย<sup>64</sup>

จ.2.1 ผลประโยชน์พิเศษ (Coupled with Interest) หมายถึง ผลประโยชน์ในทรัพย์สิน เช่น กรณีของอสังหาริมทรัพย์ ในลักษณะของค่าเช่า หรือ ดอกเบี้ย ที่ตัวแทนมีสิทธิที่จะได้จากตัวการ หรือ จากสภาพของกิจการที่ตนได้กระทำการแทนตัวการ และเป็นการนอกเหนือจากค่าตอบแทนหรือค่าบำเหน็จปกติที่ตนจะได้รับตามสัญญาตัวการตัวแทน ส่งผลให้ตัวการไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาแต่งตั้งตัวแทนได้<sup>65</sup> ซึ่งหากว่าบุคคลภายนอกได้กระทำการดังกล่าวตัวแทนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการขาดผลประโยชน์ดังกล่าวได้

<sup>63</sup> Ibid.,p. 354.

<sup>64</sup> Ibid.,p. 361.

<sup>65</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 100.



จ.2.2 สิทธิยึดหน่วง ในกรณีตัวแทนสามารถยึดหน่วงเงินหรือทรัพย์สินของตัวการเพื่อค้ำประกันหรือค่าใช้จ่ายที่เสียไป โดยที่ทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องเป็นสาระสำคัญหรือเป็นวัตถุประสงค์สัญญา ตัวแทนจึงจะมีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินดังกล่าวได้<sup>66</sup>

จ.2.3 เรียกเงินคืน กรณีตัวแทนจ่ายเงินของตัวการให้แก่บุคคลภายนอกโดยสำคัญผิด ตัวแทนเรียกคืนได้

จ.2.4 ละเมิด ตัวแทนที่มีผลประโยชน์พิเศษต่อสัญญาที่ตนได้กระทำแทนตัวการ ตัวแทนอาจฟ้องบุคคลภายนอกจากการทำละเมิดของบุคคลภายนอกได้

### จ.3. กรณีตัวแทนของตัวการไม่เปิดเผยตัวตน หรือเปิดเผยชื่อ

#### จ.3.1 สิทธิของบุคคลภายนอก

บุคคลภายนอกสามารถฟ้องตัวแทนฐานะที่กระทำการแทนตัวการไม่เปิดเผยตัวตนหรือตัวแทนไม่เปิดเผยชื่อให้รับผิดชอบตนได้ แม้ว่าจะทราบถึงการมีอยู่ของตัวการหรือชื่อของตัวการก็ตามภายหลังที่เกิดสัญญาขึ้นแล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ตัวแทนสามารถยกข้อต่อสู้ในเรื่องที่ว่า ตัวแทนได้เลือกแล้วที่จะเรียกให้ตัวการรับผิดชอบ หรือ ตัวการได้ชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอกไปเรียบร้อยแล้ว

#### จ. 3.2 สิทธิของตัวแทน

ตัวแทนที่กระทำการแทนตัวการไม่เปิดเผยตัวตนอาจฟ้องบุคคลภายนอกตามสัญญาที่ตนได้ทำแทนได้ สิทธิดังกล่าวเกิดมาจากสิทธิของตัวการ เมื่อนำมาใช้เรียกค่าเสียหายเปรียบเสมือนการใช้สิทธิของตัวการ<sup>67</sup> ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับกรณีของนายหน้าที่ดินว่า นายหน้าทำสัญญาเป็นการส่วนตัวกับบุคคลภายนอก ในนามของตนเองสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม บุคคลภายนอกสามารถยกข้อต่อสู้ในเรื่อง ดังต่อไปนี้ว่า ได้ชำระหนี้ให้แก่ตัวการแล้ว ได้ทำการหักกลบลบหนี้กับตัวการแล้ว หรือยกข้อต่อสู้ที่เป็นส่วนตัวกับตัวแทนได้

<sup>66</sup> Drink Water V. Goodwin, 1 Cowp. 251, 98 Rep, 1070 (1775) ; Bowstead, Dig Ag. (1919 Ed.) art.. 128.

<sup>67</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed, (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 276.

## จ. การเลิกสัญญาตัวการตัวแทน

โดยหลักแล้วทั้งตัวการและตัวแทนมีอำนาจเด็ดขาดในการเลิกสัญญาตัวการตัวแทนได้ตลอดเวลา<sup>68</sup> ไม่ว่าจะมิเหตุในการเลิกสัญญาหรือไม่ก็ตาม หรือแม้จะเป็นการผิดเงื่อนไขของสัญญาก็ตาม อย่างไรก็ตาม หากมีการเลิกสัญญาโดยผิดเงื่อนไขของสัญญาหรือภายหลังที่ตัวแทนได้กระทำการที่ตัวการได้มอบหมายลงแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องรับผิดชอบในความเสี่ยงอันเกิดแก่อีกฝ่ายหนึ่ง การเลิกสัญญาดังกล่าวอาจแบ่งออกเป็น

### จ.1. โดยเจตนาของคู่สัญญา

ตามหลักสัญญาแล้ว ตัวการหรือตัวแทนต่างมีสิทธิในการเลิกสัญญาต่อกันละกัน โดยการแสดงเจตนาเลิกสัญญาให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิในการเลิกสัญญาระหว่างกันจะต้องไม่กระทบต่อการกระทำที่ได้กระทำมาแล้ว กล่าวคือ ไม่กระทบต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก อันบุคคลภายนอกชอบที่จะเรียกค่าเสียหายได้

### จ.2. อายุสัญญาสิ้นสุดลง

เมื่อสัญญาได้กำหนดอายุสัญญาไว้ เมื่อครบกำหนดสถานะตัวการตัวแทนก็สิ้นสุดลงตามสภาพของสัญญา ซึ่งสัญญาดังกล่าวสามารถกำหนดได้ทั้งโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดแจ้ง ให้ถือว่าสัญญายังมีผลบังคับไปช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยพิจารณาจากพฤติการณ์เป็นกรณีๆไป

### จ.3. โดยสภาพของคู่สัญญา

สัญญาตัวการตัวแทนจะสิ้นสุดโดย การตาย ตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถ ล้มละลายของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือโดยสงครามระหว่างประเทศของตัวการกับของประเทศของตัวแทน หรือตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถในการจัดการกิจการได้ดีอย่างเดิม กรณีตัวการตาย การกระทำของตัวแทนภายหลังที่ตัวการตายถือว่า เสียไปทั้งหมด ไม่ผูกพันตัวการ แม้ว่าตัวแทนและบุคคลภายนอกจะไม่ทราบที่ตัวการตายแล้วก็ตาม<sup>69</sup>

<sup>68</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 95.

<sup>69</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed, (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 230.

#### จ.4. ข้อยกเว้น

เว้นแต่จะเกิดจากความตายของตัวการ หรือสิ้นสุดโดยสภาพของสัญญา คู่สัญญาไม่อาจเลิกสัญญาได้หากว่ากิจการดังกล่าวกระทบต่อสิทธิและผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก เนื่องจาก

จ.4.1 หลัก Agency Coupled with Interest โดยเฉพาะในกรณีที่ตัวแทนมีผลประโยชน์ร่วมเกินกว่ากิจการที่ตัวการมอบหมายตัวแทนทำเป็นปกติ เช่น คำบำเหน็จ ที่ตัวการได้ให้แก่ตัวแทน (Coupled with interest) เช่น กรณีของเจ้าของร่วม เจ้าของร่วมฝ่ายหนึ่งมอบให้เจ้าของร่วมอีกฝ่ายหนึ่งให้นำที่ดินไปขาย การมอบอำนาจดังกล่าวเพิกถอนไม่ได้ เพราะเจ้าของร่วมอีกฝ่ายหนึ่งได้มีผลประโยชน์ร่วมอยู่ด้วย

จ.4.2 กรณีที่ตัวแทนได้กระทำการแทนตัวการ แต่เป็นเหตุให้ตัวแทนเกิดความรับผิดหรือเกิดความเสียหายแก่ตัวแทน เว้นแต่ตัวการจะจัดการหรือปลดเปลื้องความรับผิดหรือความเสียหายให้แก่ตัวแทน

#### จ.5. ผลของการบอกเลิกสัญญา

เมื่อสัญญาตัวการตัวแทนสิ้นสุดด้วยเหตุข้างต้น ตัวแทนไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ แทนตัวการกับบุคคลภายนอก เว้นคู่สัญญาตกลงเป็นอย่างอื่น แต่หากว่าตัวแทนได้กระทำการแทนตัวการในภายหลังที่สัญญาดังกล่าวได้สิ้นสุดลงแล้ว ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกโดยตรง<sup>70</sup> อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีที่แม้ว่าสัญญาตัวการตัวแทนจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม แต่ตัวแทนยังมีหน้าที่กระทำการใดที่จำเป็นเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตัวการเอาไว้ เช่นกรณีที่ตัวการเสียชีวิต แต่ยังไม่ทราบบุคคลใดที่มีสิทธิได้ทรัพย์สินที่ตัวแทนได้ครอบครองหรือดำเนินการ ตัวแทนยังคงมีหน้าที่ดำเนินการหรือจัดการทรัพย์สินเท่าที่จำเป็น

ในกรณีที่ตัวการหรือตัวแทนบอกเลิกสัญญาตัวแทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากอีกฝ่ายได้ ในกรณีของตัวการ ตัวการอาจเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ตัวแทนไม่ได้ทำกิจการตามที่ตกลงกัน ขณะที่ตัวแทนมีสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทน หรือบำเหน็จ หรือค่าใช้จ่ายที่เสียไปจากการกระทำการเป็นตัวแทนของตัวการ

<sup>70</sup> John R. Kennel, J.D., Agency, Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 92.

## ช. ตัวแทนช่วง

### ช.1. การแต่งตั้งตัวแทนช่วง

โดยทั่วไปแล้วตัวแทนไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งตัวแทนช่วงให้กระทำการแทนตน เนื่องจากแต่งตั้งตัวแทน คุณสมบัติของตัวแทนถือเป็นสาระสำคัญ จึงไม่อาจตั้งตัวแทนช่วงได้<sup>71</sup> แต่หากว่า ตัวการมีเจตนายินยอมโดยชัดแจ้งให้ตัวแทนสามารถตั้งตัวแทนช่วงได้ ตัวแทนจึงสามารถกระทำได้ เว้นแต่เป็นไปตามหลักปฏิบัติหรือธรรมเนียมทางธุรกิจ ตัวการไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะกระทำการกิจการที่มอบหมาย หากตัวแทนมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน หรือโดยสภาพแล้วตัวแทนไม่อาจกระทำการดังกล่าวได้ แต่จะต้องมอบหมายให้ตัวแทนช่วงไปกระทำการแทน ถือว่าตัวการยินยอมโดยปริยาย<sup>72</sup> โดยผลทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้

#### ช.1.1. กรณีไม่ได้รับความยินยอมจากตัวการ

หากตัวแทนไม่ได้รับความยินยอมจากตัวการในการแต่งตั้งตัวแทนช่วง การกระทำใดๆ ที่ตัวแทนช่วงได้กระทำจะไม่ผูกพันตัวการ โดยตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อตัวการจากการกระทำขัดต่อคำสั่งของตัวการหรือเกินขอบอำนาจของตัวแทนและจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในฐานะตัวการของตัวแทนช่วง นอกจากนี้ตัวแทนยังต้องรับผิดชอบต่อตัวการจากการกระทำของตัวแทนช่วงที่ทำให้ตัวการเสียหายด้วย

#### ช.1.2. กรณีได้รับความยินยอม

ในกรณีที่ตัวแทนช่วงได้รับการแต่งตั้งหรือมอบอำนาจจากตัวการโดยตรง ถือว่าเกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนช่วงตามสัญญาตัวการตัวแทนเกิดขึ้น ทำให้ตัวแทนช่วงเป็นตัวแทนโดยตรงของตัวการ และถือว่าการกระทำของตัวแทนช่วงผูกพันตัวการ แต่ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาว่า ตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้สามารถแต่งตั้งตัวแทนช่วงแทนตัวการ ในลักษณะเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนช่วงโดยตรงหรือไม่ด้วย หรือเพียงแค่มอบอำนาจให้แต่งตั้งตัวแทนช่วง โดยความรับผิดชอบของตัวแทนเอง<sup>73</sup>

กรณีนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างตัวการกับตัวแทนช่วง ทำให้ตัวแทนช่วงกลายเป็นตัวแทนโดยตรงต่อตัวการแล้วนั้น และมีผลทำให้ตัวแทนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทั้งหมด หากว่าตัวแทนได้ใช้ความระมัดระวังในการเลือกสรรบุคคลมาเป็นตัวแทนช่วงแล้ว ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบ

<sup>71</sup> Francis B. Tiffany, Handbook of the law of principal and agent, 2<sup>nd</sup> ed, (Minn : West Publishing Company, 1924), p. 201.

<sup>72</sup> Ibid.,p. 203.

<sup>73</sup> Ibid.,p. 209.

การกระทำของตัวแทนช่วง อย่างไรก็ตาม หากว่าตัวการมอบหมายให้ตัวแทนแต่งตั้งตัวแทนช่วงแทนตัวการ ถือว่ายังอยู่ในความรับผิดชอบของตัวแทนเอง กรณีนี้ตัวการจะผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยการกระทำของตัวแทนช่วงที่ได้เกิดจากความยินยอมของตน แต่จะไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนช่วงโดยตรง<sup>74</sup> แต่เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนกับตัวแทนช่วง โดยตัวแทนจะต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตัวแทนช่วงทั้งหมด

## ช.2. หน้าที่และความรับผิดชอบของตัวแทนช่วง

กรณีที่ตัวแทนได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้ตัวแทนช่วงดำเนินการในกิจการที่ตัวการมอบหมายแทนตน ในลักษณะที่มีสัญญาตัวการตัวแทนระหว่างตัวการกับตัวแทนช่วง ตัวแทนช่วงมีหน้าที่และจะต้องรับผิดชอบในบรรดาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่นเดียวกันกับที่ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อตัวการในฐานะตัวแทนคนหนึ่งของตัวการ ดังนั้น ตัวแทนช่วงจึงมีสิทธิและหน้าที่ต่อตัวการ เช่นเดียวกับที่ตัวแทนมีต่อตัวการ<sup>75</sup> อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มีสัญญาระหว่างตัวการกับตัวแทนช่วงโดยตรง ตัวแทนช่วงก็จะมีตามสัญญาตัวการตัวแทนระหว่างตัวแทนกับตัวแทนช่วง<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Ibid.,p. 210.

<sup>75</sup> John R. Kennel, J.D., Agency. Corpus Juris Secundum, the National Legal Research Group, Inc Database updated February 2007, Westlaw, p. 239.

<sup>76</sup> Ibid.,p. 239.

#### 4.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการซื้อขายสัญญาล่วงหน้า

##### ก. ที่มาของกฎหมาย

###### ก.1. Commodity Exchange Act 1936

Commodity Exchange Act 1936 หรือ พระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าเกษตร ค.ศ. 1936 มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1936 โดยกฎหมายได้มีขอบเขตการใช้บังคับในการกำกับดูแลและควบคุมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาด โดยรัฐสภาสหรัฐได้ออกกฎหมายดังกล่าวมาแทนที่ the Grain Futures Act of 1922 ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายเดิมยังไม่ครอบคลุมถึงธุรกรรมและรูปแบบการซื้อขายบางประเภท เช่น option\* ยังไม่มีหน่วยงานกำกับดูแลที่เป็นองค์กรอิสระ ดังนั้น Commodity Exchange Act 1936 จึงได้จัดตั้ง The Commodity Futures Trading Commission (CFTC) หรือ คณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า เป็นผู้กำกับดูแลกิจการดังกล่าว และให้อำนาจในการป้องกันการฉ้อโกง การปั่นราคา หรือเก็งกำไรเกินควรด้วย ต่อมาในปี 1974 ได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว โดยให้อำนาจครอบคลุมถึงการซื้อขายสินค้าประเภทอื่นๆ ด้วย เช่น พลังงาน หลักทรัพย์ เงินตรา เป็นต้น<sup>77</sup> จนมาถึงปัจจุบัน

###### ก.2. Commodity Futures Modernization Act of 2000

เนื่องจากเดิมสัญญาซื้อขายล่วงหน้าสามารถทำการซื้อขายได้เฉพาะในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้าเกษตร ค.ศ. 1936 เท่านั้น โดยห้ามมิให้ทำการซื้อขายแบบการชื้อขายนอกตลาด หรือ Over-the-Counter (OTC)\*\* และหากฝ่าฝืนก็ไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามธุรกรรมดังกล่าวได้ แต่ต่อมา มีความต้องการ

---

\* Option หมายถึง สัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิเพียงอย่างเดียวแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะซื้อสินค้าจากตนก็ได้ หรือจะขายสินค้าให้ตนก็ได้ ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา, ข้อมูลจากตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

<sup>77</sup> <http://www.answers.com/topic/commodities-exchange-act> ณ วันที่ 31 พฤษภาคม 2550

\*\* การชื้อขายนอกตลาด หรือ Over-the-Counter (OTC) หมายถึง การชื้อขายสัญญาล่วงหน้าที่ไม่ได้จดทะเบียนในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า การชื้อขายนอกตลาดโดยปกติจะมีขนาดหรือ ปริมาณการค้ำน้อยกว่า มีสภาพคล่องน้อยกว่า และมีการคุ้มครองผลประโยชน์ของนักลงทุนน้อยกว่าการซื้อขาย ในตลาดที่เป็นทางการ, ข้อมูลจากตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

ที่จะต้องดำเนินการซื้อขายนอกตลาด (OTC) เพิ่มมากขึ้นเพราะมีส่วนช่วยในการผลักดันการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ดังนั้น จึงมีการศึกษาความเป็นไปได้และผลกระทบในด้านต่างๆโดยคณะทำงาน และในวันที่ 21 ธันวาคม 2543 รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้ผ่านกฎหมาย The Commodity Futures Modernization Act of 2000 โดยได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลและควบคุมของคณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (CFTC) และ the Securities Exchange Commission (SEC) หรือคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ<sup>78</sup>

1. กฎหมายนี้ได้รับรองวิธีการการซื้อขายนอกตลาด หรือ Over-the-Counter (OTC) ที่ใช้กับ ตราสารอนุพันธ์ที่เดิมอยู่นอกเหนืออำนาจของ CFTC ให้สามารถใช้ได้กับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าได้ด้วย
2. ให้สามารถทำการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าในตลาดแห่งเดียวได้ (Single Market) โดยอ้างอิงดัชนีตลาดหลักทรัพย์ และให้ทั้ง CFTC และ SEC กำกับดูแลร่วมกัน

อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของกฎหมายนี้ไม่อยู่ในขอบข่ายวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังนั้นผู้เขียนจะไม่กล่าวถึงในรายละเอียด

## **ข. กระบวนการซื้อขายสัญญาล่วงหน้า**

### **ข.1 ขั้นตอนการเข้าเป็นสมาชิกตลาด**

การที่จะสามารถซื้อขายสัญญาล่วงหน้าได้ในตลาดนั้น บุคคลนั้นจะต้องเป็นสมาชิกของตลาด โดยแบ่งออกเป็นสองประเภทอันได้แก่ ผู้ค้าเพื่อตนเอง (Proprietary Trader) และ ผู้ที่ทำการค้าเพื่อบุคคลอื่น ซึ่งก็คือ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หรือ Futures Commodity Merchant (FCM)<sup>79</sup> นั่นเอง นอกจากนี้ยังแบ่งระดับของการเป็นสมาชิกของตลาดออกเป็นหลายประเภทด้วยกัน ซึ่งได้แก่

<sup>78</sup> Dean Kloner, The Commodity Futures Modernization Act of 2000, Sroock & Lavan, p. 1.

<sup>79</sup> Commodity Exchange Act 1936, Futures Commodity Merchant (FCM) หมายถึง บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ ที่ดำเนินการจงใจให้ลูกค้ามีคำสั่งในการซื้อหรือขายสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าและนำคำสั่งดังกล่าวส่งเข้าระบบตลาดเพื่อจับคู่คำสั่งซื้อขาย

ข.1.1 Full Membership หมายถึง สมาชิกของ CBOT<sup>80</sup> ประเภทที่ได้รับอนุญาตให้ทำสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและสิทธิซื้อขายสัญญาล่วงหน้าทุกประเภทที่มีอยู่ในตลาด

ข.1.2 Associated Membership หมายถึง สมาชิกของ CBOT ประเภทที่ได้รับอนุญาตให้ทำสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้าประเภทตราสารทางการเงิน และสัญญาอื่นๆตามที่ตลาดกำหนด

ข.1.3 COM Membership หมายถึง สมาชิกของ CBOT ประเภทที่ได้รับอนุญาตให้ทำการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าประเภท Commodity Option

ข.1.4 IDEM Membership หมายถึง สมาชิกของ CBOT ประเภทที่ได้รับอนุญาตให้ทำการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าประเภท ดัชนี (Index) หนี้ (Debt) และพลังงาน (Energy)

โดยผู้สมัครจะต้องกรอกใบสมัครแล้วนำเสนอให้แก่ตลาดล่วงหน้าเพื่อพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้สมัครที่ต้องการสมัครในสมาชิกแต่ละประเภท ซึ่งมีเงื่อนไขและข้อกำหนดที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม หากบุคคลนั้นไม่ต้องการที่จะเข้าเป็นสมาชิกประเภทใดประเภทหนึ่งของตลาดเพื่อทำการซื้อขายเพื่อตนเอง บุคคลนั้นสามารถเลือกใช้บริการ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) เพื่อทำการซื้อขายแทนได้ ซึ่งธุรกรรมที่มีการซื้อขายกันในตลาดส่วนใหญ่จะกระทำผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ทั้งนี้เพราะลูกค้าไม่ต้องกังวลต่อการดูแลซื้อขายและกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของตลาดล่วงหน้า โดยลูกค้าจะทำสัญญาตัวการตัวแทนกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) เพื่อให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ดำเนินการซื้อขายแทนตน

## ข.2. ขั้นตอนการวางหลักประกัน (Margin)

ข.2.1 วางหลักประกันของลูกค้า ในกรณีที่ลูกค้าทำการซื้อขายล่วงหน้าผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ลูกค้าจะต้องนำเงินมาวางเป็นหลักประกัน (Margin) ต่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปริมาณและประเภทสินค้าที่ลูกค้าต้องการจะทำการซื้อขาย รวมทั้งความน่าเชื่อถือของลูกค้าด้วย โดยตลาดจะเป็นผู้กำหนดอัตราขั้นต่ำเอาไว้ หลักประกันของลูกค้าแบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ หลักประกันเบื้องต้น (Initial Margin) เป็นหลักประกันที่ลูกค้าจะต้องนำมาวางต่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ก่อนการซื้อขาย และ

---

ต่อไป นอกจากนี้ยังทำหน้าที่รับเงิน หลักทรัพย์ หรือทรัพย์สิน เพื่อนำมาวางเป็นหลักประกันชำระหนี้จากการซื้อขายดังกล่าว

<sup>80</sup> CBOT คือ Chicago Board of Trade



หลักประกันรักษาสถานะ (Maintenance Margin) เป็นหลักประกันที่ลูกค้าต้องนำหลักประกันมาวางเพิ่ม เพื่อรักษาระดับของหลักประกันเบื้องต้น (Initial Margin) เอาไว้ในกรณีที่การซื้อขายขาดทุน (Capital Loss)

ข.2.2 **วางหลักประกันของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM)** นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ที่เป็นสมาชิกสำนักหักบัญชีจะต้องนำหลักประกัน (Margin) มาวางต่อสำนักหักบัญชี ซึ่งเรียกว่า Clearing Margin ซึ่งไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นเงินสด โดย นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) อาจใช้พันธบัตร หุ่นกู้ มาวางได้ ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันการผิดสัญญาของคู่สัญญา การเก็บหลักประกัน (Margin) ดังกล่าวจะเก็บในรูปของ หลักประกันรวม (Gross Margin) หรือ หลักประกันสุทธิ (Net Margin) ซึ่งโดยปกติ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) จะนำหลักประกันที่ลูกค้านำมาวางต่อตน นำไปวางต่อสำนักหักบัญชีอีกทอดหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ลูกค้าขอคืนเงินจากนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM)

### ข.3. ขั้นตอนการซื้อขาย

สำหรับกรณีที่ลูกค้าทำการซื้อขายผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) การซื้อขายจะเริ่มจากที่ลูกค้าได้ส่งคำสั่งซื้อขายให้แก่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ที่เป็นสมาชิกของตลาด เมื่อ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ได้รับคำสั่งดังกล่าวแล้ว จะนำส่งคำสั่งซื้อขายดังกล่าวเข้าสู่ห้องค้า (Floor) เพื่อคำสั่งดังกล่าวจะได้รับการจับคู่ (Matching) ในการจับคู่นั้นประเทศสหรัฐอเมริกา มีวิธีการซื้อขายในตลาดด้วยกันหลายประเภท (Futures Auction) เพื่อให้เกิดการจับคู่ อันได้แก่

**ข.3.1 การตะโกนร้องประมูลราคา ( The Open Outcry Auction)** เป็นวิธีการที่ผู้ค้าที่เป็นสมาชิกของตลาดจะมารวมตัวกัน ณ พื้นที่ที่จัดเตรียมไว้สำหรับประมูลราคา หรือเรียกว่า Trading Pit เมื่อมีการซื้อขายจะมีการตะโกนบอกและส่งสัญญาณมือเพื่อประมูลราคากันระหว่างสมาชิก วิธีการนี้เป็นที่นิยมและแพร่หลายอย่างมาก เช่น ใน Chicago Mercantile Exchange

**ข.3.2 การเคาะกระดาน (Board Trading)** เป็นวิธีการที่เขียนราคาประมูล (Bid) และราคาเสนอ (Offer) ไว้ในกระดาน โดยจะมีการกำหนดสัญลักษณ์ที่จะบ่งบอกถึง ชนิดของสินค้า วันครบกำหนด จำนวนราคา หากว่าราคาเสนอดังกล่าวได้รับการสนอง (Accept) เป็นการจับคู่สัญญา ก็จะทำให้เกิดสัญญาซื้อขายขึ้น โดยตลาดจะทำหน้าที่บันทึกราคาเอาไว้ อย่างไรก็ตามวิธีการนี้ จะต้องอาศัยวิธีการตะโกนร้องประมูลราคา ( The Open Outcry Auction) เพื่อให้ได้มาซึ่งคำสั่งเสนอ (Offer) และคำสั่งสนอง (Accept)

ข.3.3 การซื้อขายผ่านอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Trading) เป็นวิธีการซื้อขายที่ทำผ่านคอมพิวเตอร์ โดยให้ระบบดำเนินการจับคู่คำสั่งซื้อคำสั่งขายให้ อย่างไรก็ตามวิธีการนี้ยังไม่เป็นที่นิยมกันมากในสหรัฐอเมริกา

เมื่อคำสั่งซื้อขายของลูกค้าได้รับการจับคู่ด้วยวิธีการหนึ่งวิธีการใดในข้างต้นแล้ว นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) หรือตัวแทนของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) จะดำเนินการยืนยันการซื้อขายต่อสำนักหักบัญชี (Clearing House) เมื่อการซื้อขายถูกต้องสำนักหักบัญชีก็จะดำเนินการแจ้งอนุมัติการยืนยันดังกล่าวแก่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) หลังจากนั้น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) ก็จะดำเนินการแจ้งแก่ลูกค้าเป็นลายลักษณ์อักษรอีกทอดหนึ่ง<sup>81</sup>

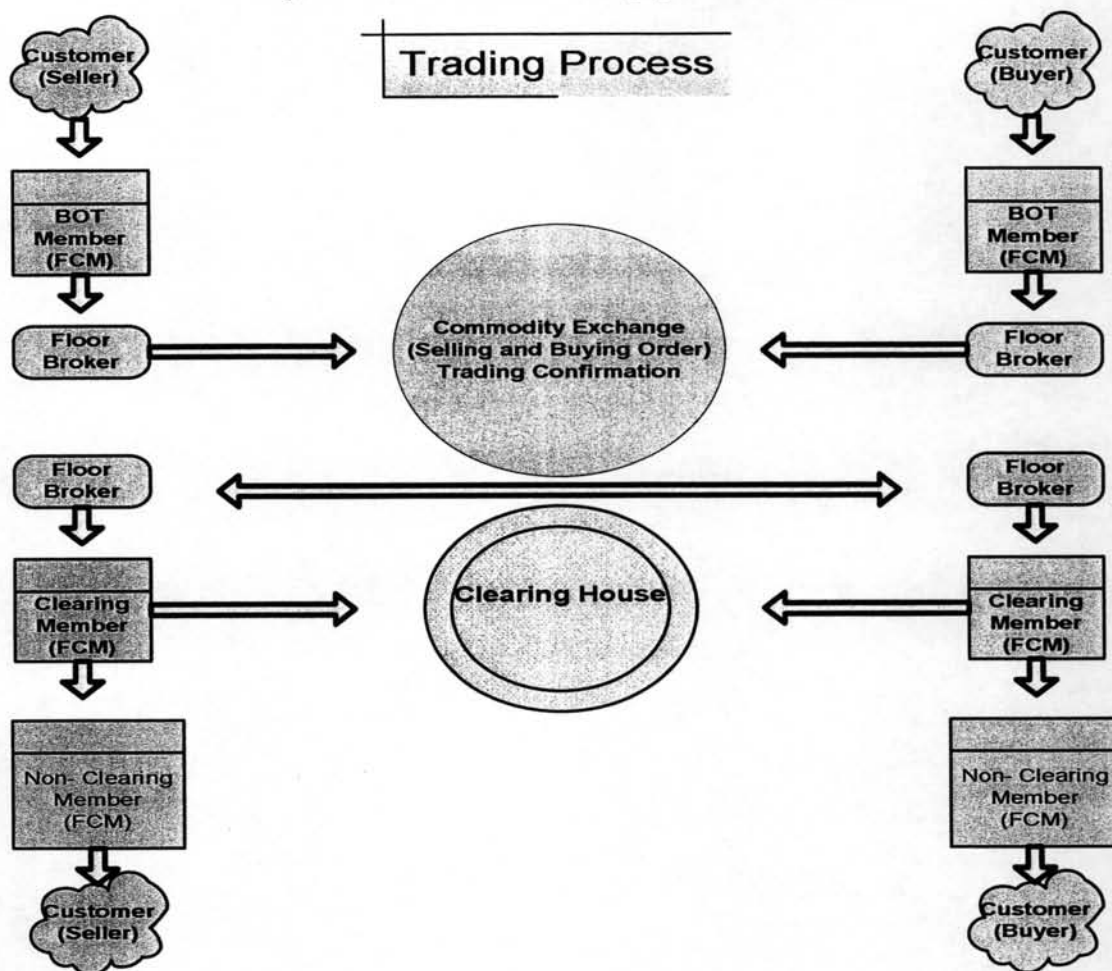
อนึ่ง ในการซื้อขายล่วงหน้า 1 สัญญา สำนักหักบัญชีจะมีพันธะในสมุดบัญชีเป็น 2 สถานะ คือ ซื้อ (Long) 1 สัญญา และ ขาย (Short) 1 สัญญา โดยผู้ที่มีชื่อเป็นคู่สัญญากับสำนักหักบัญชี คือ สมาชิกของตลาดที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนซื้อขายให้แก่ลูกค้า (ผู้ซื้อขายที่แท้จริง) อย่างไรก็ตามจะไม่ปรากฏชื่อของลูกค้า (ผู้ซื้อขายที่แท้จริง) อยู่ในสมุดบัญชีของสำนักหักบัญชี แต่ชื่อของลูกค้าจะอยู่ในสมุดบัญชีของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM) แทน ดังนั้น เฉพาะสมาชิกของตลาดและที่เป็นสมาชิกของสำนักหักบัญชีเท่านั้น จึงจะมีชื่ออยู่ในบัญชีของสำนักหักบัญชี<sup>82</sup>

การเป็นสมาชิกตลาดมีสิทธิในการเลือกที่จะเป็นสมาชิกของสำนักหักบัญชีหรือไม่ก็ได้ โดยสมาชิกสำนักหักบัญชีจะเรียกว่า Clearing Member หรือ สมาชิกหักบัญชี หากว่าสมาชิกตลาดที่ไม่เป็นสมาชิกสำนักหักบัญชีจะเรียกว่า Non-Clearing Member หรือ ผู้ไม่ใช่สมาชิกหักบัญชี หากจะต้องกระทำการหักบัญชี ก็จะต้องกระทำการผ่านสมาชิกหักบัญชี (Clearing Member) อีกทอดหนึ่ง

<sup>81</sup> อัจฉรวรรณ งามญาณ , ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า, (กรุงเทพฯ: คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 19.

<sup>82</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

แผนภูมิที่ 6. กระบวนการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าในตลาด<sup>83</sup>



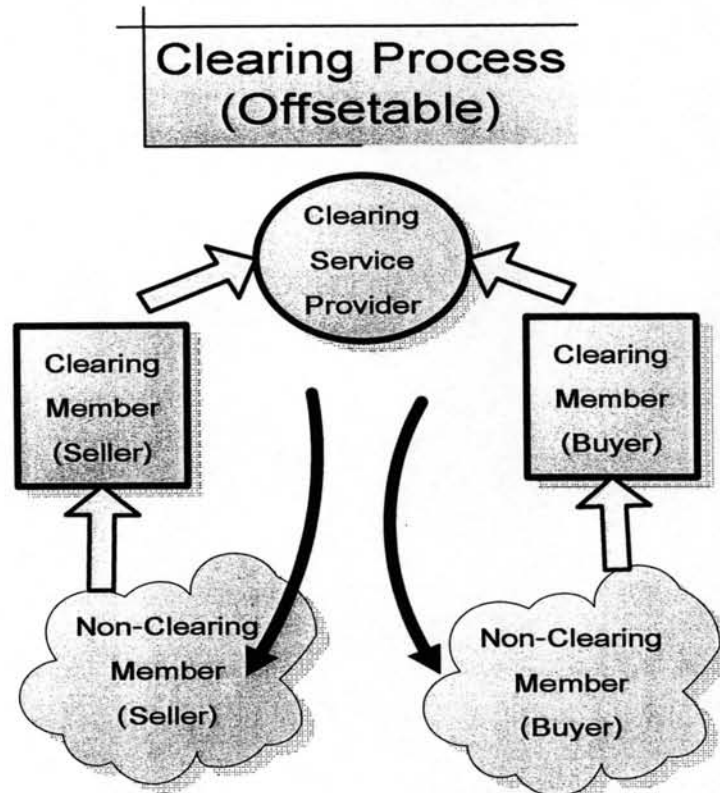
#### ข.4 ขั้นตอนของการหักบัญชี (The Clearing Process)

เมื่อการซื้อขายได้รับการอนุมัติและยืนยันจากสำนักหักบัญชีแล้ว สำนักหักบัญชีจะทำหน้าที่เข้าไปแทนที่ระหว่างคู่สัญญา (Novation) ในฐานะที่เป็นตัวกลาง (Central Counterparty)

<sup>83</sup> Edwards, Franklin and Cindy W. Ma., *Futures & Options*, (New York: Mc Graw-Hill, 1992), p. 28.

เพื่อที่จะรับรองว่าจะไม่มีการผิดสัญญา โดยจะเป็นเป็นผู้ซื้อของผู้ขายในทุกๆคน และจะเป็นผู้ขายของผู้ซื้อทุกๆคน<sup>84</sup>

แผนภูมิที่ 7. กระบวนการหักบัญชี กรณีที่สามารถหักล้างสถานะได้



สำหรับในกรณีของสำนักหักบัญชีของตลาดล่วงหน้าซิกาโก้ (CBOT Clearing Service Provider) เมื่อสำนักหักบัญชีเข้าไปเป็นคู่สัญญากับสมาชิกแล้ว สำนักหักบัญชีจะเข้าเป็นคู่สัญญากับลูกค้า<sup>85</sup> โดยตรงในฐานะคู่สัญญากับลูกค้า (ทั้งที่เป็นและไม่เป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี) อย่างไรก็ตาม หากว่าธุรกรรมดังกล่าวไม่สามารถหักล้างสถานะกันได้ จะเกิดผลดังต่อไปนี้

<sup>86</sup>

<sup>84</sup> <http://www.cftc.gov> ณ วันที่ 25 พฤษภาคม 2550

<sup>85</sup> Commodity Exchange Act 1936, ลูกค้า หมายถึง ผู้ซื้อขายที่เป็นสมาชิกตลาด และเป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี และเป็นสมาชิกตลาด แต่ไม่เป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี

<sup>86</sup> 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

ข.4.1 สมาชิกสำนักหักบัญชีฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในฐานะผู้ขาย โดยได้มีการแจ้งเอกสารการขนส่ง (delivery notice) ให้แก่สำนักหักบัญชีแล้ว สมาชิกสำนักหักบัญชีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเข้าแทนที่สำนักหักบัญชี ในสัญญาในฐานะผู้ซื้อต่อไป โดยจะเป็นคู่สัญญาในฐานะผู้ซื้อกับลูกค้า (ทั้งที่เป็นและไม่เป็นสมาชิกหักบัญชี) ที่เป็นผู้ขาย

ตัวอย่าง เมื่อ นาย ก. และนาย ข. ตกลงซื้อขายผ่าน นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ก) และ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ข) โดยตกลงซื้อขายข้าวโพดล่วงหน้าจำนวน 50,000 ตัน จำนวนเงิน 100,000 เหรียญสหรัฐ โดยมีเจตนาที่จะมีการส่งมอบกัน เมื่อคำเสนอซื้อและคำสนองของทั้งสองฝ่ายได้รับการจับคู่กัน แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากทั้ง นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ก) และ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ข) ไม่ได้เป็นสมาชิกของสำนักหักบัญชี ดังนั้น การแจ้งและยืนยันการซื้อขายดังกล่าวต่อสำนักหักบัญชีจะต้องกระทำผ่าน นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (A) และ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (B) ตามลำดับ เมื่อมีการแจ้งยืนยันผ่าน นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (A) และ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (B) แก่สำนักหักบัญชีแล้ว

ขั้นตอนต่อมา สำนักหักบัญชีก็จะเข้ามาแทนที่คู่สัญญา โดยเป็นคู่สัญญากับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (A) และ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (B) แต่สำหรับกรณีนี้ ผู้ซื้อขายมีเจตนาที่จะส่งมอบสินค้ากัน โดยไม่มีการหักล้างสถานะซื้อขายต่อกัน สำนักหักบัญชีจึงเข้าเป็นคู่สัญญากับลูกค้า (ทั้ง นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ก) และ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ข)) เมื่อถึงเวลาส่งมอบ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (A) (ผู้ซื้อ) จะต้องเข้ามาแทนที่สำนักหักบัญชีในฐานะผู้ซื้อต่อ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ข) (ผู้ขาย) ตามสัญญาซื้อขายต่อไป

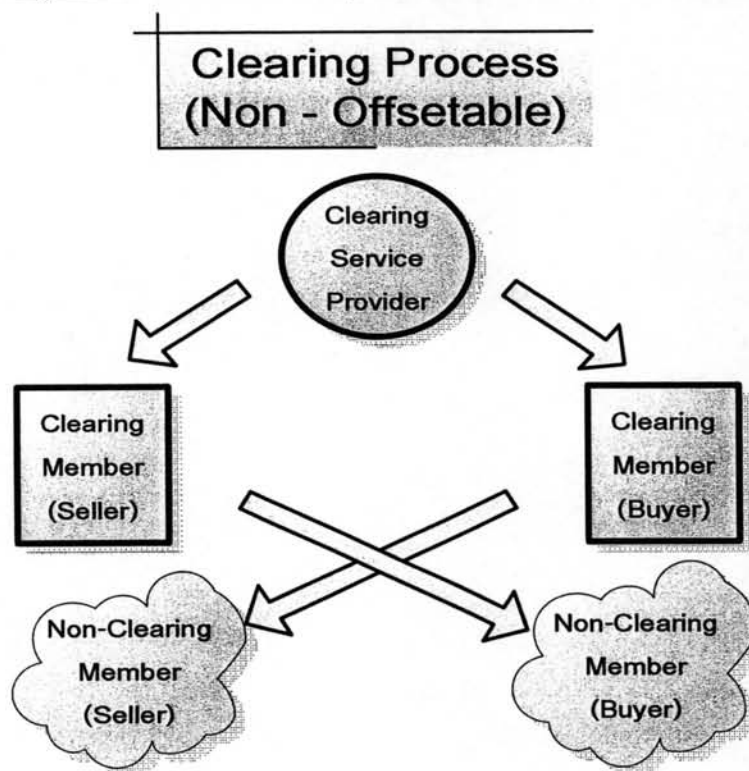
---

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 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."

ข.4.2 สมาชิกสำนักหักบัญชีฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะผู้ซื้อ (ฝ่ายที่จะต้องรับการส่งมอบ) และสมาชิกสำนักหักบัญชีฝ่ายที่เป็นผู้ขาย(ที่มีหน้าที่ส่งมอบสินค้า) จะต้องเข้าแทนที่สำนักหักบัญชีในสัญญาในฐานะผู้ขายต่อไป โดยจะเป็นคู่สัญญาในฐานะผู้ขายกับลูกค้า(ที่เป็นและไม่เป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี) ที่เป็นผู้ซื้อต่อไป

ตัวอย่าง ตามตัวอย่างในข้างต้น ในขณะที่เดียวกัน นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (B) (ผู้ขาย) จะต้องเข้ามาแทนที่สำนักหักบัญชีในฐานะขายต่อ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (ก) (ผู้ซื้อ) ตามสัญญาซื้อขายต่อไป

*แผนภูมิที่ 8. กระบวนการหักบัญชี กรณีที่ไม่สามารถหักล้างสถานะได้*



### ค. โครงสร้างของการซื้อขายล่วงหน้า

#### ค.1 นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หรือ Futures Commodity Merchant (FCM)

##### ค.1.1 บทบาทและหน้าที่

ตาม กฎหมายซื้อขายสินค้าเกษตร (Commodity Exchange Act) ได้กำหนดลักษณะของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า อาจจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ โดยดำเนินการชักจูงหรือจูงใจให้ลูกค้าส่งคำสั่งในการซื้อหรือขายสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าให้แก่ตนและ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะนำคำสั่งดังกล่าวส่งเข้าระบบตลาดเพื่อ

จับคู่คำสั่งซื้อขายต่อไป นอกจากนี้ยังทำหน้าที่รับเงิน หลักทรัพย์หรือทรัพย์สิน เพื่อนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ จากการซื้อขายดังกล่าว<sup>87</sup> โดยมีสัญญาระหว่าง นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า กับลูกค้า ตามกฎหมายนี้ไม่ได้กำหนดสถานะของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กำหนดไว้ว่า มีสถานะเป็นตัวการหรือตัวแทนของลูกค้าเท่านั้น<sup>88</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ตามกฎระเบียบการซื้อขายของ Chicago Board Of Trade (CBOT) ได้กำหนดให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า กระทำการซื้อขายในนามตนเอง และรับผิดชอบในฐานะตัวการระหว่างตนเองกับคู่สัญญา<sup>89</sup> ดังนั้น จึงอาจพอสรุปได้ว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า กระทำการซื้อขายในตลาดในฐานะตัวการ โดยจะต้องเป็นสมาชิกของตลาดล่วงหน้าดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ การดำเนินการของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า อาจจะมีตัวแทนสนับสนุน (Introducing Broker)<sup>90</sup> เป็นผู้ดำเนินการแทนในฐานะตัวแทนของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า เพื่อดำเนินการชี้ชวนและรับคำสั่งจากลูกค้า

จากการดำเนินกิจการดังกล่าว สามารถสรุปลักษณะของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ได้ว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า เป็นตัวแทนของลูกค้าในการส่งคำสั่งซื้อขายล่วงหน้า แต่จะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก (สำนักหักบัญชี) โดยตรงในฐานะตัวการ นอกจากนี้ ศาลได้วินิจฉัย ในกรณีที่ ไม่ใช่บัญชีที่ลูกค้าอนุญาตให้นายหน้าซื้อขายได้อย่างอิสระ (Non-Discretionary Account) นิติสัมพันธ์ตัวการตัวแทนเกิดขึ้นเมื่อลูกค้าออกคำสั่ง และจบลงที่นายหน้าดำเนินการซื้อขาย ดังนั้น ในแต่ละครั้งที่ลูกค้าออกคำสั่งซื้อขายกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะเกิดนิติสัมพันธ์ตัวการ

---

<sup>87</sup> Section 1a ,Definitions of Futures Commodity Merchant (FCM), Commodity Exchange Act.

<sup>88</sup> Section 5(3)(C), Commodity Exchange Act

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> Commodity Exchange Act 1936, Introducing Broker หมายถึง บุคคลใดๆ (ยกเว้นที่เลือกที่จะจดทะเบียน บุคคลสนับสนุนการขายของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า) ดำเนินการชักจูง หรือ รับคำสั่งซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของตลาด แต่ไม่ รับคำสั่งซื้อขาย เงิน หลักทรัพย์ ทรัพย์สินเพื่อได้รับส่วนต่าง หรือการรับประกัน หรือการให้หลักประกัน จากการซื้อขายหรือสัญญาซึ่งมีผล หรืออาจมีผลมาจากการนั้น

ตัวแทนขึ้นมาใหม่ และมีหน้าที่อย่างเดียวกับที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีต่อโจทก์คือ แจ้งลูกค้าให้ทราบในทันทีที่นายหน้ายังไม่ได้รับคำสั่งซื้อขาย option ของน้ำมัน<sup>91</sup>

จากลักษณะดังกล่าวจึงยังไม่สามารถสรุปสถานะของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ได้ว่ามีสถานะเป็นตัวแทนตามหลักกฎหมายเรื่องตัวแทนของสหรัฐอเมริกา หรือไม่ ตามคำวินิจฉัยของศาล ทั้งนี้เพราะ ตัวแทน ตามหลักทั่วไปแล้ว ตัวแทนจะไม่ผูกพันหรือรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก จากการกระทำภายในขอบอำนาจที่ตัวการกำหนด แต่กรณีนี้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ต้องรับผิดชอบต่อสำนักหักบัญชีโดยตรงในฐานะคู่สัญญาแม้ว่า สำนักหักบัญชีจะทราบว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า กระทำการแทนบุคคลอื่นก็ตาม

### ค.1.2 การจดทะเบียนและการเข้าเป็นสมาชิกตลาด

บุคคลที่สามารถดำเนินการชักจูง หรือ รับคำสั่งซื้อขายที่เกี่ยวกับสัญญาสินค้าเกษตรล่วงหน้าได้นั้น บุคคลดังกล่าวจะต้องจดทะเบียนให้มีฐานะเป็น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า, Introducing Broker, Floor Broker หรือ Floor Trader หรือบุคคลสนับสนุน ตามมาตรา 15A(a) ของกฎหมายหลักทรัพย์ 1934 เท่านั้น<sup>92</sup> โดยการส่งใบสมัครให้แก่ CFTC ตามรูปแบบที่กำหนด โดยจะต้องระบุข้อมูลและข้อเท็จจริงตามที่กำหนด รวมถึงชื่อที่อยู่ของผู้จัดการ ตามสำนักงานสาขาด้วย บุคคลดังกล่าวเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว จะต้องจัดทำรายงานและจัดส่งข้อมูลที่ CFTC ได้กำหนดในเบื้องต้นนั้นให้แก่ CFTC ด้วย<sup>93</sup> นอกจากนี้ บุคคลดังกล่าวยังจะต้องมีทุนจดทะเบียนขั้นต่ำตามที่ CFTC กำหนด และจะต้องดำรงจำนวนเงินทุนขั้นต่ำดังกล่าวตลอดเวลาที่ประกอบกิจการ โดยใบอนุญาตของการจดทะเบียนดังกล่าวจะต้องไม่สิ้นอายุ ถูกระงับ หรือถูกเพิกถอนด้วย และ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ต้องแยกบัญชีทรัพย์สินของลูกค้าออกจากบัญชีของตน<sup>94</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนอย่างเดียวยังไม่ทำให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า นั้นสามารถทำการซื้อขาย หรือรับคำสั่งซื้อขายในตลาดได้ เพราะ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า นั้นๆยังจะต้องสมัครเป็นสมาชิกของตลาดอีกด้วย เช่น Chicago Board of Trade (CBOT) หรือ New York Mercantile Exchange (NYMEX) เป็นต้น โดยในกรณีของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า นั้น จะต้องจดทะเบียนกับ CFTC ในฐานะ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ในการกระทำหน้าที่รับคำสั่งซื้อ

<sup>91</sup> Hand v Dean Witter Reynolds Inc. (1994, Tex App Houston (14th Dist)) 889 SW2d 483, writ den (Apr 27, 1995).

<sup>92</sup> Section 2(a)(1) (D)(V), Commodity Exchange Act

<sup>93</sup> Section 4f (a) (1), Commodity Exchange Act

<sup>94</sup> Section 4d (a), Commodity Exchange Act



ขายจากลูกค้า และจะต้องเป็นสมาชิกของตลาดที่ดำเนินการซื้อขายสัญญาประเภทนั้นๆด้วย<sup>95</sup> โดยในแต่ละตลาดจะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติการเข้าเป็นสมาชิกของตน

## ค.2 คณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า หรือ Commodity Futures Trading Commission (CFTC)

The Commodity Futures Trading Commission, คณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า หรือ CFTC จัดตั้งขึ้นโดยสภา Congress จัดเป็นหน่วยงานอิสระทำหน้าที่กำกับดูแลการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าหรือ ดำเนินการผ่านตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (a contract Market Designed หรือ Derivative transaction facility) การป้องกันการปั่นราคา การทำการค้าโดยไม่ชอบและการฉ้อโกงที่จะเกิดขึ้นจากการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า อย่างไรก็ตาม ในแง่ของการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจ CFTC มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบในฐานะตัวการจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตัวแทน หรือบุคคลอื่นที่กระทำการโดยส่วนตัว องค์กร ที่อยู่ภายใต้การว่าจ้างของ CFTC โดย CFTC มีโครงสร้างในการบริหารงาน แบ่งออกเป็น 3 หน่วยงานอันได้แก่<sup>96</sup>

**ค.2.1 ฝ่ายกำกับดูแลการหักบัญชีและคนกลาง (Division of Clearing and Intermediary Oversight)** มีหน้าที่กำกับดูแลหน่วยงานที่ทำหน้าที่หักบัญชี การจดทะเบียนคนกลาง เช่น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า , Introducing Broker เป็นต้น การคุ้มครองเงินทุนของลูกค้า การควบคุมระดับดัชนีการซื้อขายในตลาด การตรวจสอบวิธีการซื้อขาย การเข้าสู่ตลาดของคนกลาง

**ค.2.2 ฝ่ายกำกับดูแลตลาด (Division of Market Oversight)** มีหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินกิจการของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ทั้งในช่วงก่อตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินกิจการอยู่ ซึ่งรวมทั้งตรวจสอบและเฝ้าระวังการเคลื่อนไหวของการซื้อขายในตลาด (market surveillance) วิธีการซื้อขาย การออกกฎเกณฑ์การควบคุมตลาด หรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับสินค้า

**ค.2.3 ฝ่ายบังคับใช้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ (Division of Enforcement)** มีหน้าที่ตรวจสอบและดำเนินคดีบุคคลใดๆที่กระทำการละเมิดต่อ กฎหมายการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า และกฎเกณฑ์ของ CFTC โดยเป็นการละเมิดที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า

<sup>95</sup> Section 5a (b) (3), Commodity Exchange Act

<sup>96</sup> <http://www.cftc.gov/cftc/cftcabout.htm?from=home&page=aboutcftcleft> ณ

ภายในรัฐ หรือการลงทุนเพื่อการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าที่ไม่เหมาะสม และมีหน้าที่ดำเนินการแจ้งความหรือฟ้องร้องในคดีอาญาต่อศาลจากการกระทำดังกล่าวได้โดยฝ่ายอัยการของรัฐนั้น

### ค.3 ตลาดซื้อขายล่วงหน้า (Board of Trade)

ตลาดซื้อขายสัญญาล่วงหน้า หรือ Board of Trade (BOT) เป็นองค์การที่ได้รับการแต่งตั้งมาจาก CFTC โดยเป็นหน่วยงานที่ดำเนินงานในฐานะองค์กรปฏิบัติการที่ทำหน้าที่ดำเนินการให้มีการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าผ่านตลาด นอกจากนี้ยังเป็นองค์กรกำกับดูแลที่มีลักษณะกำกับดูแลสมาชิกและบุคคลากรของตนเองหรือเรียกว่า Self-Regulation โดยองค์กรสามารถออกกฎเกณฑ์มาบังคับหรือควบคุมสมาชิกของตนให้ปฏิบัติตามได้

โดยมีเงื่อนไขว่า การปิดการซื้อขาย (Settlement) หรือการส่งมอบจะต้องกระทำด้วยเงินสด หรือ มีหลักประกันมาวางตามที่กฎหมายกำหนด และการดำเนินการขายดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้เกิดการปั่นราคาซื้อขายสัญญาหรือถูกใช้เป็นเครื่องมือกระทำการดังกล่าวและควบคุมดูแลตลาดที่ทำการซื้อขายสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า นอกจากนี้ตลาดยังมีภารกิจที่สำคัญดังนี้<sup>97</sup>

- จัดหาสถานที่ที่ทำการซื้อขายของตลาดและบำรุงรักษา ทั้งนี้สมาชิกของตลาดจะทำการซื้อขายสัญญาล่วงหน้า ณ ที่ห้องค้า (Floor) ในกรณีที่ทำกรซื้อขายแบบร้องตะโกนเจรจา (Open Outcry) หรือแบบเคาะกระดาน (Board trading) หรืออย่างน้อยที่สุด ก็ต้องเป็นที่ศูนย์กลางที่ทำการตลาด สำหรับกรณีที่ทำกรซื้อขายผ่านอิเล็กทรอนิกส์
- ตรวจสอบและบังคับใช้มาตรการทั้งทางกฎหมาย, ทางวินัยและจริยธรรมต่อธุรกรรมหรือการกระทำใดๆที่ได้ทำขึ้นในตลาด
- ส่งเสริมความรู้ความเข้าใจในเรื่องการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าให้แก่สมาชิกหรือประชาชนทั่วไป

<sup>97</sup> Edward, Franklin and Cindy W. Ma , Futures & Option, (New York: Mc Graw-Hill, 1992), p. 2.

#### ค.4 สำนักหักบัญชี หรือ Derivatives Clearing Organization (Clearing House)

สำนักหักบัญชี หรือ Derivatives Clearing Organization (Clearing House) หมายถึง สำนักหักบัญชี สมาคมหักบัญชี บริษัทหักบัญชี หรือองค์กร ระบบ ที่คล้ายกัน ซึ่งเกี่ยวกับ ข้อตกลง สัญญา หรือธุรกรรม โดยมีหน้าที่<sup>98</sup>

ค.4.1 **เข้าแทนที่ในสัญญา (Substitute)** โดยให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายของข้อตกลงสัญญา หรือ ธุรกรรมสามารถเข้าแทนกันได้ (substitute) โดยการเข้าแทนที่ (novation) หรือโดยวิธีการอื่น โดยให้สำนักหักบัญชีทำหน้าที่เข้าไปแทนที่ในฐานะที่เป็นตัวกลาง (Central Counterparty) เพื่อที่จะรับรองว่าจะไม่มีการผิดสัญญา ซึ่งจะเป็นผู้ซื้อของผู้ขายในหลายๆคน และจะเป็นผู้ขายของผู้ซื้อหลายๆคน โดยสำนักหักบัญชีมีสิทธิและหน้าที่ใดๆเหมือนกับคู่สัญญาเดิมทุกประการ<sup>99</sup>

เช่น ตัวอย่าง เมื่อ นาย ก.ผู้ซื้อ กับนาย ข. ผู้ขาย ตกลงที่จะซื้อขายข้าวสารในราคาตันละ 10,000 บาท เมื่อคำสั่งซื้อและคำสั่งขายถูกจับคู่เข้าด้วยกันแล้ว องค์กรที่ทำหน้าที่หักบัญชี จะเข้ามาแทรกในระหว่างสัญญาดังกล่าว โดยจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาในฐานะผู้ขายให้แก่ นาย ก. ที่เป็นผู้ซื้อ และเข้ามาเป็นคู่สัญญาในฐานะผู้ซื้อให้แก่ นาย ข. ที่เป็นผู้ขาย

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการเข้าไปแทนที่ของสำนักหักบัญชีในฐานะที่เป็นตัวกลาง (Central Counterparty) แล้ว จะก่อให้เกิดผลดังต่อไปนี้<sup>100</sup>

ค.4.1.1 **กรณีที่สามารถหักล้างสถานะกันได้** สมาชิกฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะผู้ขาย ที่ได้มีการแจ้งเอกสารการขนส่ง (delivery notice) ให้แก่สำนักหักบัญชีแล้ว สมาชิกอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเข้าแทนที่สำนักหักบัญชี ในสัญญาในฐานะผู้ซื้อต่อไป โดยจะเป็นคู่สัญญาในฐานะผู้ซื้อกับลูกค้าที่เป็นผู้ขาย

<sup>98</sup> [1.3.1] Derivatives Clearing Organization , Commodity Exchange Act 1936

\* Novation หมายถึง กระบวนการเข้าแทนที่สัญญาที่คู่สัญญาได้มีการตกลงกันไว้แต่เดิม โดยสำนักหักบัญชี ก่อให้เกิดสัญญาขึ้นมาใหม่ 2 สัญญา คือสัญญาระหว่างผู้ขายกับสำนักหักบัญชีและสัญญาระหว่างผู้ซื้อกับสำนักหักบัญชี โดยสัญญาที่เกิดขึ้นใหม่ดังกล่าวคู่สัญญาแต่ละสัญญายังคงมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกันกับสัญญาที่มีการตกลงกันไว้แต่เดิม ข้อมูลจาก <http://frli.law.gov.au/s97.vts?action=View&VdkVgwKey=2001B00405&Collection=FRLI&ViewTemplate=frliview.htm> ณ วันที่ 3 ตุลาคม 2550.

<sup>99</sup> Article 704.00, Clearing, CBOT Regulation

<sup>100</sup> Article 706.00, Clearing, CBOT Regulation

ค.4.1.2 กรณีที่ไม่สามารถหักล้างสถานะกันได้ สมาชิกฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะผู้ซื้อ (ฝ่ายที่จะต้องรับการส่งมอบ) และสมาชิกฝ่ายที่เป็นผู้ขาย (ที่มีหน้าที่ส่งมอบสินค้า) จะต้องเข้าแทนที่สำนักหักบัญชีในสัญญาในฐานะผู้ขายต่อไป โดยจะเป็นคู่สัญญาในฐานะผู้ขายกับลูกค้าที่เป็นผู้ซื้อต่อไป

ค.4.1.3 หากว่าการซื้อขายดังกล่าวสามารถหักล้างสถานะกันได้ สำนักหักบัญชี หลุดพ้นความรับผิดชอบใดๆ และสมาชิกแต่ละฝ่ายเองจะต้องเข้าไปแทนที่สำนักหักบัญชีในฐานะตัวการของสัญญานั้นๆ

ค.4.2 ให้สามารถหักล้างสถานะกันได้ (Offset) จัดการหรือจัดหาให้มีการปิดหรือหักล้างสถานะหรือหนี้ (Offset) ที่เกิดจากการซื้อขายที่เกิดขึ้นจากสมาชิก (Participants) ของสำนักหักบัญชี โดยมีเงื่อนไขว่า จะต้องเป็นการซื้อขายสัญญาเดียวกัน และสัญญาดังกล่าวปิดการซื้อขาย (Settlement) โดยผ่านสำนักหักบัญชี<sup>101</sup>

ค.4.3 หน้าที่อื่นๆ การให้บริการหักบัญชีในกรณีอื่นๆ ระหว่างสมาชิกของ สำนักหักบัญชี ในเรื่องความเสี่ยงในเรื่องความน่าเชื่อถือที่เกิดจากข้อตกลง สัญญา หรือธุรกรรมที่ดำเนินการจากสมาชิกของตน

อย่างไรก็ตาม คำว่า สำนักหักบัญชี หรือ Derivatives Clearing Organization (Clearing House) ไม่รวมถึง หน่วยงาน ระบบ หรือองค์กรใดๆ ที่ได้จัดหาหรือให้บริการดังต่อไปนี้ เพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

ค.4.3.1 จัดการหรือจัดหาให้มีการ ปิดหรือหักกลบนีหรือการเข้าแทนที่คู่สัญญา (novation) ที่เกิดจากข้อตกลง สัญญา หรือธุรกรรมที่กระทำโดยคู่สัญญาเอง และไม่มีตัวกลาง (central counterparty)

ค.4.3.2 ปิดหรือหักกลบนีโดยใช้เงินสดผ่าน ระบบการกู้ยืมเงินระหว่างธนาคาร (Inter-bank)

ค.4.3.3 การปิดหรือหักกลบนีหรือโดยการเข้าแทนที่คู่สัญญา (Novation) ที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดอื่นๆ เพื่อทำการซื้อขายสินค้าเกษตร

## ค.5. ลูกค้า (Customer)

ลูกค้าคือบุคคลที่ประสงค์ที่จะได้ผลประโยชน์จากการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า โดยอาจจะเก็งกำไร (Speculation) จากส่วนต่างของราคาซื้อขาย หรือเพื่อป้องกันความเสี่ยง (Hedging) โดยทำการซื้อสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้า เพื่อกำหนดต้นทุนหรือราคาของวัตถุดิบ

<sup>101</sup> Article 705.00, Clearing, CBOT Regulation

ซึ่งโดยส่วนมากลูกค้าจะทำการซื้อขายผ่านตัวกลางซึ่งก็คือ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ทั้งนี้ เนื่องจาก นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า มีความเชี่ยวชาญและทำเป็นอาชีพ ขณะเดียวกัน หลักเกณฑ์ การเข้ามาซื้อขายในตลาดมีเงื่อนไขและคุณสมบัติที่สูงและเป็นภาระสูงต่อลูกค้า ดังนั้น ลูกค้าจึง ทำสัญญามอบหมายให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของตนในการรับคำสั่งซื้อ ขายเพื่อซื้อขายแทนตน โดยลูกค้าจะต้องวางหลักประกันที่เป็นทั้งหลักประกันในเบื้องต้น (Initial Margin) และหลักประกันรักษาสถานะ (Maintainance Margin) ประกันการปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างลูกค้ากับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ในกรณีของลูกค้าที่ต้องการให้มีการส่งมอบสินค้าเมื่อครบอายุสัญญา ลูกค้าจะต้องดำเนินการรับมอบสินค้าจาก นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ด้วย

ง. **นิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกำกับดูแล คณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (CFTC) หรือ ตลาดซื้อขายล่วงหน้า (BOT) หรือสำนักหักบัญชี (Clearing House) กับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM)**

**ง.1 คณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (CFTC) กับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM)**

คณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (CFTC) เป็นองค์กรอิสระที่มีหน้าที่กำกับดูแลการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าโดยตรง ดังนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่าง CFTC กับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จึงมีในลักษณะเป็นองค์กรกำกับดูแลและหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล

**ง.1.1 อำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (CFTC)**

ง.1.1.1 หน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า โดยทั่วไปบุคคลที่ดำเนินการซื้อขาย(สัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า)แทนลูกค้าจะต้องจดทะเบียนกับ CFTC ซึ่ง CFTC ในฐานะเป็นองค์กรกำกับดูแล มีหน้าที่ตรวจสอบข้อมูลต่างๆที่เกี่ยวกับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า , Introducing Broker ที่จดทะเบียนเพื่อทำการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแทนบุคคลอื่น ภายในระยะเวลาอันสมควรทั้งนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์อื่นตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กำหนด ในกรณีของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นบริษัทหลักทรัพย์ โดยก่อนที่จะดำเนินการตรวจสอบนี้ CFTC จะต้องแจ้งให้ SEC<sup>102</sup> ทราบถึงวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบด้วย<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Security Exchange Commissioner

<sup>103</sup> [Sec 2(a)(1)] (D), Commodity Exchange Act

ง.1.1.2 หน้าที่ควบคุมการกระทำกิจการของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า CFTC จะต้องออกกฎระเบียบและมาตรการควบคุมกิจการที่เกี่ยวข้องกับการรับคำสั่งซื้อขายของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จากลูกค้า และควบคุมการเก็งกำไร หรือการปั่นราคาของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า และตรวจสอบและดำเนินคดีกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หากพบการกระทำผิดดังกล่าว

ง.1.1.3 หน้าที่ควบคุมไม่ให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จัดเก็บกำไร หรือส่วนต่าง (Margin) CFTC มีหน้าที่ควบคุมไม่ให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จัดเก็บกำไร (Capital Gain) หรือ ส่วนต่าง (Margin) ของลูกค้าที่ได้มาจากการซื้อขายสัญญาในตลาดล่วงหน้าไว้แทนลูกค้า เว้นแต่ว่าได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น<sup>104</sup>

ง.1.1.4 หน้าที่ควบคุมการซื้อขายข้ามรัฐ CFTC จะต้องดำเนินการควบคุมไม่ให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า รวมทั้งตัวแทน ลูกค้าของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ทำการรับคำสั่ง คำสั่งซื้อขายสัญญาซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในลักษณะเป็นการซื้อขายข้ามรัฐจากลูกค้าที่มี ลักษณะดังต่อไปนี้<sup>105</sup>

- เป็นการขโมยหรือฉ้อฉล หรือพยายามขโมยหรือฉ้อฉล บุคคลอื่น
- มีเจตนาที่จะทำหรือทำให้บุคคลอื่นถูกกระทำ โดยรายงานหรือรายการที่ไม่ถูกต้อง หรือเจตนาหรือทำให้ผู้อื่นได้รับรู้ข้อมูลสถิติที่ไม่ถูกต้อง
- มีเจตนาที่จะได้รับหรือพยายามที่จะได้รับคำสั่งซื้อขายของบุคคลอื่น ในลักษณะที่กระทำการเป็นตัวแทนของบุคคลนั้น
- ทำการรวมคำสั่ง หรือปฏิบัติตามคำสั่งโดยหักล้างคำสั่ง(สถานะ)ต่อคำสั่งของบุคคลใดๆ หรือโดยเจตนาและปราศจากความยินยอมล่วงหน้าของบุคคลดังกล่าวที่จะเป็นผู้ขายสำหรับคำสั่งซื้อของบุคคลดังกล่าว หรือเป็นผู้ซื้อสำหรับคำสั่งขายของบุคคลดังกล่าว

นอกจากนี้ CFTC จะต้องไม่ตีความกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในเชิงเอื้อประโยชน์ต่อ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หรือ Floor Broker ที่มีคำสั่งซื้อและคำสั่งขายอยู่ในมือพร้อมๆกันในตลาด ของลูกค้าที่ต่างรายกัน โดยมีปริมาณสัญญาเหมือนกันในเดือนเดียวกัน

<sup>104</sup> Section 2(a)(1) (c)(IV), Commodity Exchange Act

<sup>105</sup> Section 4b (a), Commodity Exchange Act

### ง.1.2 สิทธิและหน้าที่ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM)

ง.1.2.1 สิทธิในการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าในตลาดต่างประเทศ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าสามารถทำการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าที่มีการซื้อขายในต่างประเทศภายใต้กฎเกณฑ์ของต่างประเทศที่อยู่นอก USA ได้<sup>106</sup>

ง.1.2.2 หน้าที่จัดทำข้อมูลขององค์กร นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีหน้าที่จัดทำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ ระบบกระบวนการ นโยบาย สำหรับการตรวจสอบความเสี่ยงทางการเงิน โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องมีรายละเอียดของกิจการของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า นั่นๆที่ได้กระทำขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อสถานภาพทางการเงินรวมทั้ง เงินทุน สภาพคล่องและความสามารถในการดำเนินกิจการต่อไปหรือระบบการปฏิบัติการของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า โดยจะต้องนำส่งให้ CFTC ทุกสามเดือน<sup>107</sup>

ง.1.2.3 หน้าที่จัดทำรายงานที่เกี่ยวกับธุรกรรม นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีหน้าที่จัดทำรายงานที่เกี่ยวกับธุรกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าและสถานะของลูกค้าที่ตนได้กระทำในฐานะตัวแทนรับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้า ทั้งที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาและต่างประเทศ นอกจากนี้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องจัดเก็บและบันทึกธุรกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าและสถานะของลูกค้า ตามรูปแบบที่ CFTC กำหนดด้วย<sup>108</sup>

## ง.2 ตลาดซื้อขายล่วงหน้า (BOT) กับ Futures Commodity Merchant (FCM)

ตลาดซื้อขายล่วงหน้า (BOT) เป็นองค์กรกำกับดูแลที่มีลักษณะกำกับดูแลสมาชิกและบุคลากรของตนเองหรือเรียกว่า Self-Regulation โดยองค์กรที่สามารถออกกฎเกณฑ์มาบังคับหรือควบคุมสมาชิกของตนให้ปฏิบัติตามได้ โดยมีนิติสัมพันธ์ในฐานะคู่สัญญา โดย BOT มีฐานะเป็นผู้ให้บริการ ขณะที่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า มีสถานะเป็นสมาชิกหรือผู้ให้บริการ

### ง.2.1 อำนาจและหน้าที่ของตลาดซื้อขายล่วงหน้า (BOT)

ง.2.1.1 กำหนดจำนวนหลักประกัน (Margin) ที่สมาชิกจะต้องมาวางต่อตลาดตามความเหมาะสมทั้งนี้ขึ้นอยู่กับจำนวน ปริมาณ และประเภทของสินค้า

ง.2.1.2 กำหนดเงื่อนไขการเข้าเป็นสมาชิกตลาด เนื่องจากตลาดแห่งหนึ่งจะมีสมาชิกหลายประเภท ตลาดจึงกำหนดคุณสมบัติของสมาชิกแต่ละประเภทให้แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการทำธุรกรรมของสมาชิกในแต่ละประเภท โดยสามารถแบ่งได้ดังนี้

<sup>106</sup> Section 2(a)(1) (F)(i), Commodity Exchange Act

<sup>107</sup> Section 4f (a) (2)(A) – (C), Commodity Exchange Act

<sup>108</sup> Section 4g (a), Commodity Exchange Act

- ง.2.1.2.1 Full Membership หมายถึง สมาชิกของ CBOT ประเภทที่ได้รับอนุญาตให้ทำสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและสิทธิซื้อขายสัญญาล่วงหน้าทุกประเภทที่มีอยู่ในตลาด
- ง.2.1.2.2 Associated Membership หมายถึง สมาชิกของ CBOT ประเภทที่ได้รับอนุญาตให้ทำสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้าประเภทตราสารทางการเงิน และสัญญาอื่นๆตามที่ตลาดกำหนด
- ง.2.1.2.3 COM Membership หมายถึง สมาชิกของ CBOT ประเภทที่ได้รับอนุญาตให้ทำการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าประเภท Commodity Option
- ง.2.1.2.1 IDEM Membership หมายถึง สมาชิกของ CBOT ประเภทที่ได้รับอนุญาตให้ทำการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าประเภท ดัชนี (Index)หนี้ (Debt) และพลังงาน (Energy)

ง.2.1.3 ออกกฎเกณฑ์ให้มีการซื้อขายที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน โดยตลาดมีหน้าที่ จัดตั้งและบังคับใช้กฎเกณฑ์ เพื่อให้แน่ใจว่ามีการซื้อขายที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ผ่านตลาดและสามารถที่จะตรวจสอบและลงโทษบุคคลใดๆที่ละเมิดหลักการดังกล่าว โดยครอบคลุมถึง นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ที่กระทำการในฐานะตัวการ หรือตัวแทนเพื่อเข้าทำสัญญา หรือ ยืนยันการปฏิบัติตามสัญญาในการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า<sup>109</sup>

ง.2.1.4 กำหนดวิธีการซื้อขายผ่านตลาดล่วงหน้า ที่จะนำมาใช้ในการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าที่ซื้อขายในตลาดสำหรับสมาชิก ซึ่งการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าในสหรัฐอเมริกา มีวิธีการซื้อขายที่เป็นที่นิยมใช้กัน ได้แก่ การตะโกนร้องประมูลราคา (The Open Outcry Auction), การเคาะกระดาน (Board Trading) และการซื้อขายผ่านอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Trading) โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจให้อำนาจ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ที่กระทำการในฐานะตัวการหรือตัวแทน เข้าดำเนินการหรือยืนยันการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า หากว่าสัญญาดังกล่าวได้ถูกรายงาน หรือ บันทึก หรือปิดการซื้อขาย เป็นไปตามกฎเกณฑ์การซื้อขายในตลาด หรือสำนักหักบัญชี<sup>110</sup>

## ง.2.2 สิทธิและหน้าที่ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า(FCM)

ง.2.2.1 หน้าที่ขออนุมัติเปิดบัญชีลูกค้า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้องดำเนินการขออนุมัติเปิดบัญชีของลูกค้าจากตลาดก่อน ณ วันที่จดทะเบียน ภายใต้ ข้อ 230.02

<sup>109</sup> Section 5 (a)(3), Commodity Exchange Act

<sup>110</sup> Section 5a (c)(3), Commodity Exchange Act



หรือ 230.06 หรือก่อนการเปลี่ยนแปลงประเภทธุรกิจที่ก่อนหน้านี้ได้เคยได้รับการอนุมัติแล้ว จึงจะสามารถดำเนินการเปิดบัญชีให้แก่ลูกค้าได้ โดย นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้องอยู่มีเงินทุนขั้นต่ำ ที่กำหนดโดยคณะกรรมการควบคุมทางการเงิน หรือ Finance Compliance Committee เพื่อดำเนินกิจการและจะต้องรักษาระดับของเงินไว้ตลอดระยะเวลาที่ประกอบกิจการเป็น นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า<sup>111</sup>

ง.2.2.2 **หน้าที่เก็บรักษารายการในบัญชีที่เกิดขึ้น** นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ที่จดทะเบียนเป็นสมาชิกของตลาด (CBOT) จะต้องเก็บรักษารายการในบัญชีในการรับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้าที่เกิดขึ้น ในกรณีที่ได้รับการร้องขอจากตลาด (CBOT) นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้องจัดส่งรายการดังกล่าวให้แก่ตลาด(CBOT) ทันที โดยรายการดังกล่าวจะต้องประกอบด้วย บัญชีการเงิน การแยกบัญชีของบริษัทของลูกค้าที่อยู่ภายใต้การควบคุม และที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของตลาด (CBOT)<sup>112</sup>

ง.2.2.3 **หน้าที่ควบคุมตัวแทนสนับสนุนในการรับคำสั่งซื้อขาย** นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้องควบคุมไม่ให้ตัวแทนสนับสนุน ไม่ได้จดทะเบียนในฐานะเป็นตัวแทนสนับสนุนของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ดำเนินการชักจูง หรือรับ คำสั่งซื้อขายจากลูกค้าในตลาด (CBOT)<sup>113</sup>

ง.2.2.4 **หน้าที่จัดเก็บและบันทึกคำสั่งของลูกค้า** – ภายหลังได้รับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ที่เป็นสมาชิกจะต้องจัดเตรียมบันทึกคำสั่งดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรทันที โดยจะต้องลงวันที่และระบุระยะเวลา ณ เวลาที่ได้รับคำสั่ง และจะต้องแสดงบัญชีตามที่ CFTC กำหนด ยกเว้น ในบางกรณีที่ไม่จำเป็นบันทึก ณ เวลานั้น และถ้าคำสั่งเข้าเงื่อนไขของ CFTC คำสั่งของลูกค้าดังกล่าวจะต้องลงเวลา ณ เวลาที่เข้าสู่ที่ซื้อขายของตลาดด้วย<sup>114</sup>

ง.2.2.5 **หน้าจัดส่งธุรกรรมให้แก่สำนักหักบัญชี (Clearing House)** เมื่อ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ได้ดำเนินการซื้อขายแทนลูกค้าเสร็จสิ้นลงแล้ว นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้องดำเนินการจัดส่งธุรกรรมทั้งหมดไปให้แก่ สำนักหักบัญชี (Clearing House) ตามข้อกำหนดของสำนักหักบัญชี (Clearing House)<sup>115</sup> เพื่อดำเนินการต่อไป

<sup>111</sup> Section 403. 1, CBOT Regulation

<sup>112</sup> Section 416.01, CBOT Regulation

<sup>113</sup> Section 416.05, CBOT Regulation

<sup>114</sup> Section 465.01, CBOT Regulation

<sup>115</sup> Section 465.08, CBOT Regulation

ง.2.2.6 **หน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน** ในกรณีที่ตลาดจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกหรือลูกค้า จากการกระทำอันเกิดขึ้นจาก นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า มีหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ตลาดซึ่งรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการจ้างทนายความ ค่าธรรมเนียมศาล หรือจำนวนเงินที่ตลาดต้องจ่ายไปจากการประณิประนอมยอมความ<sup>116</sup>

ง.2.2.7 **หน้าที่ชำระค่าธรรมเนียมต่างๆ** นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ในฐานะที่เป็นสมาชิกของตลาดจะต้องชำระค่าธรรมเนียมต่างๆต่อตลาดภายใน 30 วันนับแต่วันครบกำหนดชำระค่าธรรมเนียมการเป็นสมาชิกรับ<sup>117</sup> หากไม่สามารถชำระภายในกำหนดดังกล่าว นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะถูกระงับการดำเนินกิจการ (Suspension)

### ง.3 สำนักหักบัญชี (Clearing House) กับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า(FCM)

ขณะที่องค์กรที่ทำหน้าที่หักบัญชี (Clearing House) ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ให้บริการในการปิดการซื้อขายตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้น โดยนิติสัมพันธ์ระหว่างสำนักหักบัญชีกับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า มีฐานะเป็นคู่สัญญาตามกระบวนการเข้าแทนที่คู่สัญญา (Novation) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นแล้ว และในฐานะผู้ให้บริการหักบัญชีการซื้อขายล่วงหน้า

#### ง.3.1 หน้าที่ของสำนักหักบัญชี

ง.3.1.1 **หน้าที่ในการเข้าแทนที่คู่สัญญา** ในกรณีที่มีการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าและการซื้อขายนั้นมีการปิดการซื้อขาย (Settlement) ผ่านสำนักหักบัญชี สำนักหักบัญชีมีหน้าที่เข้าแทนที่ในฐานะผู้ขายให้แก่สมาชิกผู้ซื้อและเข้าแทนที่ในฐานะผู้ซื้อให้แก่สมาชิกผู้ขาย ในการเข้าแทนที่คู่สัญญาดังกล่าวสำนักหักบัญชีมีสิทธิและหน้าที่ใดๆเหมือนกับคู่สัญญาเดิมทุกประการ<sup>118</sup> ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันแก่สมาชิกคู่สัญญาแต่ละฝ่ายว่าจะไม่มีการผิดสัญญา

ง.3.1.2 **หน้าที่ให้บริการในการหักล้างสถานะระหว่างสมาชิก** ในทุกวันสำนักหักบัญชีจะดำเนินการหักล้างสถานะที่เกิดขึ้นระหว่างสมาชิกโดยพิจารณาว่าสมาชิกฝ่ายใดได้กำไร (Gain) หรือขาดทุน (Loss) หากสมาชิกฝ่ายนั้นได้กำไร (Gain) สำนักหักบัญชีจะให้เครดิต (credit) ซึ่งสมาชิกฝ่ายนั้นสามารถถอนส่วนต่างจากเงินประกัน (Margin) ที่นำมาวางไว้ได้

<sup>116</sup> Section 209.00, CBOT Regulation

<sup>117</sup> Section 242.00, CBOT Regulation

<sup>118</sup> Section 704.00, CBOT Regulation

ขณะเดียวกันหากว่า ขาดทุน (Loss) สมาชิกฝ่ายนั้นจะต้องนำหลักประกันมาวางเพิ่มเติม (Additional Margin) เพื่อให้ครบตามที่กำหนด<sup>119</sup>

ง.3.1.3 **หน้าจัดส่งรายงาน** สำนักหักบัญชียังต้องจัดทำรายงานส่งให้แก่สมาชิกของสำนักหักบัญชีฝ่ายทางระบบอิเล็กทรอนิกส์และอินเทอร์เน็ต เพื่อให้สมาชิกสามารถตรวจสอบสถานะของธุรกรรมได้ตลอดเวลา

### ง.3.2 หน้าซื้อขายล่วงหน้า

ง.3.2.1 **ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสำนักหักบัญชี** สมาชิกแต่ละคนจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์และคำสั่งต่างๆที่ออกโดยสำนักหักบัญชีหรือตลาด ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการและขั้นตอนในการซื้อขายเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ<sup>120</sup>

ง.3.2.2 **รับโอนธุรกรรมที่ไม่สามารถหักล้างสถานะได้** ในฐานะที่เป็นสมาชิกของสำนักหักบัญชี ในกรณีที่เป็นการหักบัญชีแทนลูกค้า (ที่เป็นสมาชิกและไม่เป็นสมาชิก) และธุรกรรมไม่สามารถหักล้างสถานะได้ สมาชิกที่มีฐานะเป็นผู้ขายจะต้องเข้าแทนสำนักหักบัญชีในฐานะผู้ขายต่อลูกค้า (ผู้ซื้อ) ขณะเดียวกันก็ต้องเข้าแทนสำนักหักบัญชีในฐานะผู้ซื้อต่อลูกค้า (ผู้ขาย)

จากลักษณะข้างต้นทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าที่เป็นสมาชิกหักบัญชีเป็นคู่สัญญา กับสำนักหักบัญชี ซึ่งลักษณะดังกล่าวแตกต่างจากตัวแทนทั่วไปตามกฎหมาย นอกจากนี้สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันก็มีลักษณะแตกต่างจาก สิทธิและหน้าที่ที่บุคคลภายนอกมีต่อตัวแทน ตามหลักทั่วไปด้วย เพราะเมื่อตัวแทนโดยทั่วไปกระทำการในขอบเขตอำนาจแล้ว ตัวแทนดังกล่าวไม่มีหน้าที่ปฏิบัติตามหน้าที่ต่างๆในข้างต้น

### **จ. นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้า(ผู้ซื้อผู้ขาย) กับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM)**

เนื่องจากการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าในกรณีที่ลูกค้าไม่ได้ดำเนินการซื้อขายด้วยตนเอง จึงจะต้องมี นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า เป็นตัวแทนในการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าแทนลูกค้า ดังนั้นนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จึงมีลักษณะเป็นตัวแทน โดยนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะรับคำสั่งจากลูกค้าแล้วทำการซื้อขายแทน โดยส่งคำสั่งซื้อขายให้แก่ตลาดเพื่อดำเนินการจับคู่

<sup>119</sup> A Hedger's Self-Study Guide, Agriculture Futures & Option, Chicago Board Of trade, p. 3.

<sup>120</sup> Section 701.01, CBOT Regulation

## จ.1 หน้าที่ของลูกค้า

จ.1.1 หน้าที่การวางเงินประกัน – ในกรณีลูกค้าทำการซื้อขายสัญญาในครั้งแรก ลูกค้าจะต้องวางหลักประกันในเบื้องต้น (Initial Margin) และจะต้องวางหลักประกันรักษาสถานะ (Maintenance Margin) ในกรณีที่หลักประกันที่วางเอาไว้แต่เดิมมีมูลค่าลดลง อันเนื่องจากการซื้อขายที่ขาดทุน (Capital Loss) โดยจะต้องนำมาวางต่อ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ภายในระยะเวลาที่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า กำหนด ซึ่งในปกติ คือ 1 ชั่วโมง หากลูกค้าไม่นำเงินมาวางประกัน นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสิทธิปิดบัญชีซื้อขายของลูกค้าได้<sup>121</sup>

จ.1.2 หน้าที่ชำระค่าบำเหน็จและค่าธรรมเนียมต่างๆ ลูกค้าจะต้องยินยอมชำระค่าบำเหน็จจากการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า โดยนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะหักออกจากส่วนต่างที่ได้รับจากการซื้อขายสำหรับลูกค้า

จ.1.3 รับมอบสินค้าและชำระราคา ในกรณีที่เป็นลูกค้าประเภทป้องกันความเสี่ยง (Hedging) ลูกค้าประเภทดังกล่าวมีหน้าที่จะต้องรับมอบสินค้าที่ตนได้ซื้อผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า และชำระราคาตามที่ได้มีการซื้อขายกันผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

## จ.2 หน้าที่ของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCM)

จ.2.1 หน้าที่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้กระทำ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีหน้าที่ให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายสัญญาทั้งหมดแก่ลูกค้า และรายงานสรุปการทำธุรกรรมเป็นรายเดือน โดยแสดงถึง กำไร หรือขาดทุนในการทำการซื้อขายรวมทั้งสถานะและมูลค่าของบัญชีลูกค้า

จ.2.2 หน้าที่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงต่างๆ (Disclosure Statement) นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้องให้เอกสารข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงต่างๆ (Disclosure Statement) ที่เกิดจากการทำธุรกรรมซื้อขายสัญญาล่วงหน้าแก่ลูกค้า รวมทั้งโอกาสในการได้หรือสูญเสียจากการซื้อขายสัญญาล่วงหน้า (Potential Losses or Gains) นอกจากนี้ ในข้อมูลดังกล่าวจะต้องชี้แจงว่าการซื้อขายในตลาดต่างประเทศจะมีความเสี่ยงในการความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนและระดับของความเข้มงวดของกฎหมายในการคุ้มครองผู้ลงทุนในแต่ละประเทศ

จ.2.3 หน้าที่แยกบัญชีทรัพย์สินของลูกค้าออกจากบัญชีของตน กรณีของลูกค้าบุคคล เงินที่ลูกค้าได้ฝากไว้กับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเพื่อเป็นหลักประกัน (Margin) สำหรับการซื้อขายนั้นภายในสหรัฐอเมริกา นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีหน้าที่แยกเงินหลักประกันดังกล่าวแยกออกจากเงินทุนของตน ซึ่งโดยปกติหลักประกันดังกล่าวอาจเพิ่มขึ้นหรือลดลงได้จากการซื้อ

<sup>121</sup> Section 430.00, CBOT Regulation

ขายในตลาด ขึ้นอยู่กับว่าจะกำไรหรือขาดทุน (Gain/Loss) โดย นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้อง แยกเงินและบัญชีของลูกค้ายอกจากบัญชีของตน ภายใน 180 วัน นับตั้งแต่วันที่ the Commodity Futures Modernization Act of 2000 มีผลใช้บังคับ<sup>122</sup> ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเงินหรือ ทรัพย์สินของลูกค้าในกรณีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าล้มละลาย

แม้ว่ากฎหมายจะมีมาตรการในการจัดการทรัพย์สินของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า กรณีที่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ล้มละลายก็ตาม แต่เป็นการกำหนดหรือเป็นมาตรการ เฉพาะเจาะจงเท่านั้น แต่ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีอื่นที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การละเลยการปฏิบัติ หน้าที่โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ การผิดสัญญาต่อลูกค้า เป็นต้น

**จ.2.4 หน้าที่รักษาข้อมูลความลับของลูกค้า** ตามกฎหมาย Gramm-Leach-Bliley Act<sup>123</sup> ถือว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากระทำการเยี่ยงสถาบันการเงิน ดังนั้น นายหน้าซื้อขาย ล่วงหน้าจึงจะต้องจัดเก็บข้อมูลต่างๆของลูกค้าไว้เป็นความลับตามมาตรา 509(3)(B) ของ Gramm-Leach-Bliley Act ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองข้อมูลของลูกค้าไม่ให้ถูกนำไปใช้ประโยชน์ในทาง การค้าหรือนำไปใช้ในทางที่ไม่ชอบ เว้นแต่เป็นกรณีที่เป็นธุรกิจในกลุ่ม หรืออยู่ในเครือเดียวกันที่ สามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลลูกค้ากันได้

**จ.2.5 หน้าที่ทำสัญญากับลูกค้าด้วยความเป็นธรรม** นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้อง กำหนดข้อสัญญาหรือเนื้อหาของสัญญาระหว่างลูกค้ากับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า โดยให้มี สาระสำคัญตามที่ CFTC กำหนด ดังนี้

- สัญญาดังกล่าวจะต้องอธิบายถึงความเสี่ยงในการทำการซื้อขายสัญญา ซื้อขายล่วงหน้า และโอกาสที่จะเสียหรือที่จะได้ (Capital Gain or Loss)
- ความยินยอมของลูกค้าที่ยอมให้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ดำเนินการ รับคำสั่งซื้อขายให้แก่ลูกค้ายรายอื่นนอกจากตนเอง
- ข้อตกลงในเรื่องการให้อนุญาตต่อตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท
- คำแนะนำสำหรับลูกค้าประเภททำการซื้อขายเพื่อลดความเสี่ยง (hedging customer) ว่าหาก นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ล้มละลายแล้ว สัญญาหรือ สถานะดังกล่าวของลูกค้าอาจถูกนำไปชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยไม่มีประกัน ให้ทราบล่วงหน้า

**จ.2.6 หน้าที่ให้คำยืนยันต่อลูกค้า** นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ที่ทำการซื้อขายแทน ลูกค้า จะต้องทำการยืนยันการซื้อขายให้แก่ลูกค้าไม่เกินวันถัดจากวันที่การซื้อขายเสร็จสมบูรณ์

<sup>122</sup> Section 5a (f), Commodity Exchange Act

<sup>123</sup> Section 5g (a), Commodity Exchange Act

และการยืนยันดังกล่าวจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยแสดงถึงรายการสินค้าหรือหลักทรัพย์ ที่ทำการซื้อขาย จำนวน ราคา ชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สำหรับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ที่ไม่ได้อยู่ในสหรัฐอเมริกา อาจจะใช้ชื่อของผู้นั้น แทนที่ชื่อของคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งให้แก่ลูกค้า ลูกค้ามีสิทธิในการได้รับชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายเมื่อได้แจ้งให้แก่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ของตน ได้ทราบ<sup>124</sup>

จ.2.7 ปฏิบัติตามคำสั่งซื้อขายของลูกค้า<sup>125</sup> หน้าที่หลักของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า คือการรับคำสั่งซื้อขายของลูกค้าและนำส่งคำสั่งดังกล่าวเข้าตลาด เพื่อให้เกิดกระบวนการจับคู่สัญญา (Matching) และหากว่าธุรกรรมดังกล่าวสามารถหักกลบลบหนี้จากสถานะซื้อขายกันได้ก็ต้องดำเนินการให้สมแก่ประโยชน์ของลูกค้า โดย นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้องดำเนินการต่อไปนี้

จ.2.7.1 ชื่อสัญญาล่วงหน้าแทนลูกค้า เมื่อบัญชีของลูกค้าอยู่ในสถานะซื้อ (Short Position) ในลักษณะที่เป็นสินค้าประเภทเดียวกันและในตลาดเดียวกัน

จ.2.7.2 ขายสัญญาล่วงหน้าแทนลูกค้า เมื่อบัญชีของลูกค้าอยู่ในสถานะขาย (Long Position) ในลักษณะที่เป็นสินค้าประเภทเดียวกันและในตลาดเดียวกัน

จ.2.7.3 ชื่อสัญญา put หรือ call option แทนลูกค้า เมื่อบัญชีของลูกค้าอยู่ในสถานะซื้อ (Short Position) ในลักษณะที่เป็นสัญญา put หรือ call option ประเภทเดียวกันและในตลาดเดียวกัน

จ.2.7.4 ขาย put หรือ call option แทนลูกค้า เมื่อบัญชีของลูกค้าอยู่ในสถานะขาย (Long Position) ในลักษณะที่เป็นสัญญา put หรือ call option ประเภทเดียวกันและในตลาดเดียวกัน

ยกเว้นในกรณีซื้อขายที่เป็น Omnibus Account หรือกรณี ลูกค้ากำหนดเป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ต้องจัดทำรายการของลูกค้าดังกล่าว ในวันเดียวกัน โดยแสดงตัวเลขทางการเงินของธุรกรรมดังกล่าว

<sup>124</sup> Section 421.00, CBOT Regulation

<sup>125</sup> Section 465.02, CBOT Regulation

Omnibus Account means an account between two futures commission merchants (brokers). It involves the transaction of individual accounts which are

จากนิติสัมพันธ์ข้างต้นจะเห็นได้ว่า สิทธิและหน้าที่ระหว่างลูกค้ากับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ก็มีลักษณะแตกต่างจาก สิทธิและหน้าที่ระหว่างตัวการตัวแทน ตามหลักกฎหมายตัวแทนทั่วไป จึงอาจทำให้สถานะของ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า แตกต่างไปจากตัวแทนตามกฎหมายทั่วไป

## จ. นิติสัมพันธ์ระหว่างองค์การกำกับดูแล กับลูกค้า(ผู้ซื้อผู้ขาย)

### จ.1 อำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (CFTC) หรือ ตลาดซื้อขายล่วงหน้า (BOT) หรือสำนักหักบัญชี Clearing House

CFTC มีหน้าที่ควบคุมไม่ให้นักลงทุนใดๆ ดำเนินการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าทำการซื้อขายผ่านอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่ เป็นการซื้อขายที่เกิดขึ้นเป็นไปในลักษณะตัวการกับตัวการ หรือระหว่างผู้ค้าด้วยกันเพื่อตนเอง หรือการซื้อขายผ่าน นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า มาตรา 1a(12)(B)(ii)<sup>126</sup>

#### จ.1.1 หน้าที่ของ Customer

จ.1.1.2 หน้าที่ไม่ทำการซื้อขายเกินกว่าปริมาณที่กำหนด ลูกค้าจะต้องไม่ทำการซื้อขายสัญญาใดๆ ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตลาด โดยที่บุคคลนั้นได้ทำการซื้อขายสัญญาล่วงหน้าในจำนวนที่เท่ากันหรือเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง ตามที่ CFTC กำหนด<sup>127</sup>

จ.1.1.2 หน้าที่รายงานในเรื่องหลักประกัน (Margin) ลูกค้าที่เป็นผู้ป้องกันความเสี่ยง (Hedger) จะต้องรายงานสถานะของหลักประกันรวม (Gross Margin) ต่อสำนักหักบัญชี (Clearing House) ที่ได้จ่ายไประหว่างเดือนที่มีการขนส่ง ตามกฎเกณฑ์กำหนดไว้ในข้อ 431.02 (18) ในเรื่องการรายงานสถานะรวม (Gross Position)<sup>128</sup>

จ.1.1.3 หน้าที่รายงานในเรื่องการหักล้างสถานะ (Offset) ตามกฎเกณฑ์ในข้อ 705.01 ลูกค้าที่เป็นผู้ป้องกันความเสี่ยง (Hedger) จะต้องรายงานสถานะรวม (Gross Position) ที่ได้มีการหักกลบลบหนี้จากการซื้อขายในสถานที่ซื้อขายให้แก่สำนักหักบัญชี (Clearing Service

---

combined in this type of account, allowing for easier management by the futures commission merchant, [www.cbot.com](http://www.cbot.com).

<sup>126</sup> Section 2(d)(2), Commodity Exchange Act

<sup>127</sup> Section 4i, Commodity Exchange Act

<sup>128</sup> Section 705.01, CBOT Regulation

Provider) ในระหว่างที่ยังไม่ถึงเดือนที่กำหนดส่งมอบและไม่เกินสามวันก่อนวันแรกของเดือนที่มีการส่งมอบ (Delivery Month) โดยสามารถหักกลบหนี้สถานะรวม (Gross Position) ได้ตามที่กำหนดไว้ในกฎเกณฑ์ของตลาด<sup>129</sup>

จากหน้าที่และความรับผิดชอบข้างต้น จะเห็นได้ว่าองค์การกำกับดูแล โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำนักหักบัญชี ไม่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาับลูกค้า ทั้งนี้เนื่องจากลูกค้าไม่ใช่สมาชิกหักบัญชีจึงไม่ใช่คู่สัญญากับสำนักหักบัญชี แม้ว่า มาตรา 706.00 ของกฎเกณฑ์ตลาด (CBOT) จะให้สำนักหักบัญชีรับผิดชอบต่อลูกค้าในฐานะเป็นคู่สัญญากับลูกค้าก็ตาม แต่คำว่า"ลูกค้า"ในความหมายของมาตรา 706.00 หมายถึง สมาชิกหักบัญชี (Clearing Member) หรือที่ไม่ใช่สมาชิกหักบัญชี (Non- Clearing Member)

## 4.2 กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

### 4.2.1 กฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับตัวแทนนายหน้า

#### ก. ประมวลกฎหมายแพ่ง

ในช่วงศตวรรษที่ 19 ประเทศญี่ปุ่นต้องการผลักดันให้ประเทศของตนพัฒนาเป็นประเทศมหาอำนาจเทียบเท่ากับอังกฤษหรือฝรั่งเศสที่เรืองอำนาจอยู่ในขณะนั้น จึงได้มีการ

<sup>129</sup> Section 705.02, CBOT Regulation



ปรับปรุงและพัฒนาาระบบราชการ ระบบสาธารณูปโภคและระบบต่างๆ ซึ่งการปรับปรุงกฎหมายของตนให้พัฒนาทัดเทียมกับนานาประเทศก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งด้วย สำหรับการพัฒนากฎหมายนั้น เริ่มจากการศึกษารูปแบบกฎหมายของต่างประเทศโดยให้ความสำคัญกับกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปเป็นต้นแบบ (Continental Law) ซึ่งในครั้งแรกได้ทำการแปลประมวลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแล้วนำมาปรับใช้ โดยมีที่ปรึกษาชาวฝรั่งเศสที่ชื่อ ศาสตราจารย์ Gustave Boissonade เป็นผู้ให้คำแนะนำในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งดังกล่าว โดยประมวลกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วย 5 บรรพ คือ บุคคล ทรัพย์สิน การได้มาซึ่งทรัพย์สิน หลักทรัพย์สิน หนี้สิน หลักฐาน แต่เมื่อกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ใน ปี 1891 แล้วก็เกิดปัญหาอย่างมากในทางปฏิบัติเพราะเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวขัดและไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายเดิมและขนบธรรมเนียมประเพณีของประเทศญี่ปุ่น นอกจากนี้ยังเกิดความขัดแย้งในการตีความของนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษามาจากประเทศฝรั่งเศสกับผู้ที่สำเร็จการศึกษามาจากประเทศเยอรมัน ซึ่งทิวความรุนแรงมากขึ้น จากเหตุดังกล่าวทำให้รัฐบาลตัดสินใจแก้ไขและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นมาใหม่ โดยให้ศาสตราจารย์ชาวญี่ปุ่นสามท่านเป็นผู้ร่าง โดยอาศัยรูปแบบมาจากระบบกฎหมายเยอรมัน (the German Pandekten System) จึงทำให้ได้ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่ขึ้นมา ซึ่งกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วย 5 บรรพ ได้แก่บททั่วไป สิทธิ หนี้ ครอบครัว และมรดก ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน (German BGB)

### ก.1 ตัวแทน (Agency)

ลักษณะของตัวแทนตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นสามารถแบ่งออกได้เป็น สองลักษณะ คือ ตัวแทนที่เกิดจากข้อตกลงหรือสัญญา (Agency) และตัวแทนที่เกิดจากผลของกฎหมาย ในกรณีของตัวแทนโดยผลของกฎหมาย ตัวแทนนั้นเกิดขึ้นจากผลของกฎหมายโดยตรง ตัวอย่างเช่น ผู้เยาว์จะต้องมีผู้แทนที่ชอบด้วยกฎหมายกระทำการแทน พ่อแม่คือผู้แทนที่กระทำการแทนผู้เยาว์ เป็นต้น<sup>130</sup> อย่างไรก็ตามสำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะมุ่งศึกษาเฉพาะแต่ ตัวแทนที่เกิดจากข้อตกลงหรือสัญญา เท่านั้น

ตัวแทนตามกฎหมายญี่ปุ่นมีลักษณะที่เป็นตัวแทนโดยตรง (Direct Agency)<sup>131</sup> กล่าวคือ เมื่อตัวแทนได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนตัวการ หากตัวแทนมีอำนาจและได้กระทำการไปภายในขอบอำนาจที่ตัวการมอบหมายต่อบุคคลภายนอกแล้ว การกระทำดังกล่าว

<sup>130</sup> Hiroshi Oda, *Japanese Law*, (London: Butterworths, 1992), p. 150.

<sup>131</sup> J.E. DE Becker, *The Principles and Practice of The Civil Code of Japan Volume 1*, (London: Butter Worth & Co, 1979), p. 343.

ของตัวแทนจะผูกพันตัวการกับบุคคลภายนอก ส่วนตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ ต่อบุคคลภายนอก ซึ่งปรากฏในมาตรา 99 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติไว้ว่า “การแสดงเจตนาของตัวแทนที่กระทำภายในขอบอำนาจที่ตนได้รับจากตัวการและตัวแทนได้แจ้งแก่บุคคลภายนอกว่าตนได้กระทำการแทนตัวการ การกระทำได้กล่าวของตัวแทนผูกพันตัวการ” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว พบว่าตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นมีลักษณะเป็นตัวแทนโดยตรง (Direct Agency)<sup>132</sup> กล่าวคือ ตัวการจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยตรง จากการกระทำของตัวแทน อย่างไรก็ตาม นอกจากตัวแทนที่มีหน้าที่ปฏิบัติตามขอบอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายจากตัวการแล้ว หน้าที่ที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งของตัวแทนก็คือ ตัวแทนจะต้องแจ้งหรือบอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกว่าตนได้กระทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งหรือตัวการ ในฐานะตัวแทนของบุคคลนั้นมีใช้กระทำในนามตนเอง หากตัวแทนมิได้แจ้งเรื่องดังกล่าวให้บุคคลภายนอกทราบ ต้องถือว่าตัวแทนกระทำการเพื่อตนเอง<sup>133</sup> โดยผลของกฎหมาย ตัวแทนจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยส่วนตัว ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต แต่อย่างไรก็ตาม หากบุคคลภายนอกมีเหตุควรทราบที่ตัวแทนดังกล่าวได้กระทำการแทนบุคคลอื่น ก็ต้องถือว่ากิจการที่ตัวแทนกระทำได้กล่าวผูกพันตัวการ

นอกจากนี้ โครงสร้างทางกฎหมายของหลักในเรื่องตัวแทนยังสามารถแยกย่อยแบ่งออกเป็นสองโครงสร้างกล่าวคือ ความสัมพันธ์ในลักษณะของการเป็นตัวแทน หรือ Agency และความสัมพันธ์ในสัญญาระหว่างตัวการกับตัวแทน หรือ Mandate ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายญี่ปุ่นมองว่าสัญญาการเป็นตัวแทนก่อให้เกิดสัญญาสองสัญญา (Bilateral) มากกว่าที่จะเป็นสัญญาเดียว (Unilateral)<sup>134</sup> กล่าวคือ แบ่งนิติสัมพันธ์ออกเป็น สัญญาแต่งตั้งหรือมอบหมายตัวแทนที่จะกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนภายใต้สัญญา Mandate<sup>135</sup> กับสัญญาที่

<sup>132</sup> Ibid., p.345.

<sup>133</sup> Civil Code Article 100 “A declaration of intention made by an agent without disclosing that he is action for a principal is deemed to have been made on his behalf; but the provision of paragraph 1 of preceding Article shall apply with necessary modification, if the other party was aware, or should have been aware, that it was made on behalf of the principal.”

<sup>134</sup> Wilhelm Rohl, History of Law in Japan since 1868, (Boston: Brill Leiden, 2005), p.198.

<sup>135</sup> J.E. DE Becker, The Principles and Practice of The Civil Code of Japan Volume 1, (London: Butter Worth & Co, 1979), p. 97.

ตัวการหรือตัวแทนจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกตามนิติสัมพันธ์การเป็นตัวแทน (Agency) ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นจึงได้แยกบทบัญญัติทั้งสองเรื่องออกจากกัน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทยที่ได้นำทั้งสองเรื่องมารวมอยู่ในบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนเพียงเรื่องเดียว

- ความสัมพันธ์ในลักษณะของการเป็นตัวแทน หรือ Agency เป็นการกำหนดของความสัมพันธะระหว่างระหว่างบุคคลสามฝ่ายกล่าวคือ ตัวการ ตัวแทน และบุคคลภายนอก โดยจะให้ความสำคัญกับความผูกพันของตัวการหรือตัวแทนกับบุคคลภายนอกเป็นสำคัญ
- ความสัมพันธ์ในเชิงสัญญาตัวการกับตัวแทน หรือ Mandate จะเป็นการพิจารณานิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการในฐานะที่เป็น Mandator และ ตัวแทนในฐานะที่เป็น Mandatarus เท่านั้น กล่าวคือการพิจารณาสีทธิและหน้าที่ระหว่างตัวการ (Mandator) และ ตัวแทน (Mandatarus) ว่าต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ต่อกันอย่างไร โดยจะไม่ครอบคลุมถึงสิทธิหน้าที่ต่อบุคคลภายนอก ซึ่งจะกล่าวต่อไป

#### ก.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน (Agency)

เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนไว้ในบทบัญญัติในเรื่องสัญญา Mandate แล้ว นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนตามลักษณะของการเป็นตัวแทน หรือ Agency จึงจำกัดเพียงขอบเขตเฉพาะที่เกี่ยวกับการทำหน้าที่พื้นฐานโดยหลักทั่วไป และเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ตามนิติสัมพันธ์ตัวแทน ดังต่อไปนี้

##### ก.1.1.1 หน้าที่ของตัวแทน

ก.1.1.1.1 กระทำการภายในขอบเขตอำนาจ เมื่อตัวการมอบหมายให้ตัวแทนมีอำนาจกระทำการแทนตัวการ ตัวการจะเป็นผู้กำหนดให้ตัวแทนมีอำนาจเพียงใดในการกระทำการแทนตัวการ หากตัวแทนกระทำนอกเหนือหรือปราศจากอำนาจก็เป็นการผิดหน้าที่ของตัวแทน แต่อย่างไรก็ตาม ตัวการมีสิทธิที่จะให้สัตยาบันการกระทำของตัวแทน หรือปฏิเสธที่จะให้สัตยาบันก็ได้

ความหมายของการกระทำโดยปราศจากอำนาจ หมายถึง กรณีที่บุคคลหนึ่งไม่มีอำนาจเป็นตัวแทนเลย แต่ได้แสดงตัวว่าตนเป็นตัวแทนของตัวการต่อบุคคลภายนอก ซึ่งรวมถึงกรณีที่ตัวแทนกระทำการเกินขอบเขตอำนาจ หรือกระทำการโดยที่มีการเลิกสัญญาระหว่างตัวการ

ตัวแทนก่อนหน้านั้นแล้ว การกระทำของตัวแทนดังกล่าวจะไม่มีผลผูกพันตัวการ เพราะตัวการไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการที่ตัวแทนได้กระทำไป<sup>136</sup>

ก.1.1.1.2 ปกป้องผลประโยชน์ของตัวการ ตามมาตรา 103<sup>137</sup> เนื่องจากตัวแทนได้รับความไว้วางใจจากตัวการในการกระทำกิจการแทนตัวการ ดังนั้น นอกจากการปฏิบัติตามคำสั่งของตัวการแล้ว ตัวแทนยังมีหน้าที่คุ้มครองผลประโยชน์หรือรักษาผลประโยชน์ของตัวการอีกด้วย โดยตัวแทนจะต้องไม่ทำให้ตัวการเสียเปรียบบุคคลภายนอก หรือกระทำการโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อจนตัวการได้รับความเสียหาย

นอกจากนี้ ตัวแทนยังต้องมีหน้าที่ที่จะดำรงรักษาสภาพของทรัพย์สินใดๆของตัวการให้สามารถใช้งานได้ ในกรณีที่ตนเองได้ครอบครองทรัพย์สินของตัวการเพื่อใช้ในกิจการหรือรับทรัพย์สินจากบุคคลภายนอกแทนตัวการเพื่อนำส่งแก่ตัวการ แต่มีเหตุขัดข้องจนตัวแทนไม่สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวส่งคืนแก่ตัวการได้ หากเป็นกรณีของสิทธิใดๆ เมื่อตัวแทนได้รับสิทธิดังกล่าวมาจากตัวการหรือบุคคลภายนอก ตัวแทนจะต้องไม่กระทำการใดๆที่ทำให้สิทธิดังกล่าวได้รับการกระทบกระเทือนหรือเสื่อมเสียไป

ก.1.1.1.3 ไม่กระทำการเป็นตัวแทนของบุคคลอื่น ในฐานะที่ตัวแทนกระทำการเพื่อประโยชน์ของตัวการ ตัวแทนจะต้องไม่กระทำใดๆที่มีลักษณะที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) กล่าวคือ ห้ามมิให้ตัวแทนใดมีกระทำการที่ทำให้ตนเองมีสองสถานะคือ กระทำการในฐานะตัวแทนและในฐานะที่เป็นคู่สัญญา กับตัวการในขณะเดียวกัน ทั้งนี้เพราะในฐานะที่ตนเองเป็นตัวแทน ตนเองจะต้องรักษาประโยชน์ของตัวการ ในขณะที่ตนเป็นคู่สัญญากับตัวการก็ย่อมที่จะรักษาผลประโยชน์ของตน หรือ กรณีกระทำการเป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งตัวแทนต้องมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ลักษณะดังกล่าวทำให้เกิดการขัดกันของผลประโยชน์ตัวแทนจึงมีอาจกระทำได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการปฏิบัติการชำระ

<sup>136</sup> Ibid., p.344.

<sup>137</sup> Civil Code Article 103 "An agent whose authority is not specified has authority to do only the following acts:

1. Acts of preservation;
2. Acts of making use of or improving the thing or the right in respect of which the power was given, insofar as the nature of such thing or right is not altered thereby.

นี้ ตัวแทนสามารถกระทำการเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือเป็นตัวแทนทั้งสองฝ่าย ตามมาตรา 108<sup>138</sup>

### ก.1.1.2 สิทธิของตัวแทน

โดยหลักแล้ว ตัวแทนสามารถแต่งตั้งตัวแทนช่วงได้อย่างอิสระแต่ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบจากการกระทำใดๆของตัวแทนช่วงด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าตัวแทนช่วงเป็นตัวแทนของตัวแทนอีกทีหนึ่ง แต่เป็นตัวแทนที่ได้รับอำนาจมาจากตัวแทนในการกระทำการที่มีผลผูกพันโดยตรงต่อตัวการ กล่าวคือ ในความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก ตัวแทนช่วงมีอำนาจเช่นเดียวกับตัวแทน แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาตัวแทนเป็นสัญญาที่ต้องอาศัยความไว้วางใจเฉพาะบุคคล ดังนั้น การแต่งตั้งตัวแทนช่วงจะต้องได้รับความยินยอมจากตัวการด้วย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีเหตุอันจำเป็นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 104<sup>139</sup> เมื่อตัวแทนช่วงได้รับอนุญาตจากตัวการแล้ว ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตัวแทนช่วงทั้งหมด แต่จะต้องรับผิดชอบต่อตัวการเฉพาะแต่ในเรื่องของการแต่งตั้งและการควบคุมดูแลตัวแทนช่วงเท่านั้น ตามมาตรา 105 วรรคหนึ่ง<sup>140</sup> นอกจากนี้ ในกรณีที่ตัวแทนช่วงได้รับการแต่งตั้งจากตัวการโดยตรง ซึ่งอาจเป็นความต้องการของตัวการเองหรือจากคำแนะนำของตัวแทน ในกรณีนี้ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบต่อตัวการ เว้นแต่ในกรณีที่ตัวแทนไม่ได้แจ้งให้ตัวการทราบถึงความไม่เหมาะสม หรือความไม่น่าเชื่อถือของตัวแทนช่วงเท่านั้น ตามมาตรา 105 วรรคสอง<sup>141</sup>

<sup>138</sup> Civil Code Article 108 "No person may become an agent of a party in respect of a juristic act to which he himself is the other party or of both parties to one juristic act; but this shall not apply in respect of the performance of an obligation."

<sup>139</sup> Civil Code Article 104 "An agent created by mandate may not appoint a sub-agent, except where he has obtained the consent of the principal of an unavoidable reason exists."

<sup>140</sup> Civil Code Article 105 paragraph 1 "If, in the case mentioned in the preceding Article, the agent has appointed a sub-agent, he shall be responsible to the principal in respect of the appointment and supervision. "

<sup>141</sup> Civil Code Article 105 paragraph 2 " Where an agent has appointed a sub-agent as designated by the principal, he shall incur no responsibility, unless he knew such sub-agent to be unfit or untrustworthy and has nevertheless neglected to notify the principal thereof or to remove him."

โดยการนี้ตัวแทนช่วงต้องมีหน้าที่เช่นเดียวกับตัวแทน กล่าวคือจะต้องกระทำการในขอบอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายจากตัวการและการดูแลทรัพย์สินตามมาตรา 103 และต่อบุคคลภายนอกด้วย ตามมาตรา 107<sup>142</sup>

### ก.1.1.3 การสิ้นสุดของสัญญาตัวแทน

การเกิดขึ้นของนิติสัมพันธ์ตัวแทน โดยส่วนใหญ่เป็นผลโดยตรงมาจากสัญญา Mandate ดังนั้น หากว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญา Mandate สิ้นสุดลง เช่น การตายของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นบุคคลที่มีสภาพที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะกระทำการกิจการต่างๆแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง หรืออาจเกิดจากการที่ตัวแทนถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย ตามมาตรา 111วรรค1 อำนาจของตัวแทน ตามสัญญา Mandate จะสิ้นสุดลงตามธรรมชาติ ตามมาตรา 111วรรค 2 ก็จะมีผลทำให้นิติสัมพันธ์ตัวแทนสิ้นสุดลงไปด้วย แต่การสิ้นสุดของนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่กระทบถึงกิจการที่ตัวแทนที่กระทำต่อบุคคลภายนอกไปแล้ว

### ก.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนกับบุคคลภายนอก

ตามที่ได้กล่าวมาในเบื้องต้นแล้วว่า ตัวแทนมีหน้าที่ ตามมาตรา 99 ที่จะต้องแจ้งให้บุคคลภายนอกได้ทราบว่าตนได้กระทำการแทนตัวการ แต่หากตัวแทนมิได้แจ้งเรื่องดังกล่าวให้บุคคลภายนอกได้ทราบ ทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าตัวแทนทำนิติกรรมกับตนในนามของตัวเอง โดยไม่มีเหตุจะทราบว่าได้กระทำแทนตัวการแล้ว ตัวแทนจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก ตามมาตรา 100 ดังนั้น บุคคลภายนอกสามารถเรียกให้ตัวแทนชำระหนี้ให้แก่ตนได้ โดยตัวแทนมีอาจปฏิเสธความผูกพันดังกล่าวได้ หรือให้บุคคลภายนอกไปเรียกร้องกับตัวการ

ในกรณีที่ตัวแทนได้กระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้น แต่ตัวการมิได้ให้สัตยาบันการกระทำดังกล่าวแก่บุคคลภายนอก ถือว่าการกระทำดังกล่าวไม่ผูกพันตัวการ ตามมาตรา 113<sup>143</sup> และตัวแทนที่ได้กระทำไปโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก เว้นแต่ตัวแทนเองจะสามารถพิสูจน์

<sup>142</sup> Civil Code Article 107 "A sub-agent represents the principal in respect of acts within the scope of his authority and has the same rights and duties as the agent toward the principal and third parties."

<sup>143</sup> Civil Code Article 113 paragraph 1 "If a person having no power of representation makes a contract as an agent of another, such contract shall not be effective against the principal, unless it is ratified by him."

ถึงความมีอำนาจหรือการให้สัตยาบันของตัวการ หรือพิสูจน์ว่าบุคคลภายนอกได้รู้ หรือควรจะรู้แต่เนื่องจากความประมาทเลินเล่อ หรือบุคคลภายนอกไม่มีความสามารถ ตัวแทนก็จะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก

หากตัวแทนมีลักษณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว สิทธิหน้าที่ของตัวแทนและบุคคลภายนอกก็จะเป็นไปตามสัญญาหรือนิติกรรมที่ตัวแทนได้กระทำต่อบุคคลภายนอก

ตัวอย่าง เช่น นาย ก. ได้ตกลงทำสัญญา Mandate กับนาย ข. โดยให้นาย ข. เป็นตัวแทนไปซื้อ รถยนต์จำนวน 1 คัน แทนตน แต่ นาย ข. นอกจากที่ซื้อรถยนต์แทนนาย ก. แล้วยังได้ซื้อเรือยอร์ชแทนนาย ก. จากนาย ค. อีกด้วย เพราะเห็นว่านาย ก. รวย น่าจะอยากได้เรือยอร์ช การซื้อเรือยอร์ชของนาย ข. เป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ นาย ก. มีสิทธิปฏิเสธที่จะให้สัตยาบันนิติสัมพันธ์ระหว่าง นาย ก. ที่กระทำแทนโดยนาย ข. กับ นาย ค. ได้ เพราะเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ กรณีนี้ นาย ข. จะต้องรับผิดชอบกับนาย ค. โดยตรง อย่างไรก็ตาม หากว่านาย ข. สามารถพิสูจน์ได้ว่า ความเป็นจริงแล้วนาย ก. ได้มอบหมายให้ตนซื้อเรือยอร์ชด้วย หรือ นาย ก. ได้ให้สัตยาบันต่อการซื้อเรือยอร์ชแล้ว การซื้อเรือยอร์ชของนาย ข. ผูกพัน นาย ก. กับบุคคลภายนอก หรืออาจจะพิสูจน์ได้ว่า นาย ค. ได้รู้อยู่แล้วว่า นาย ก. ไม่ได้ต้องการซื้อเรือยอร์ชแต่อย่างใด แต่นาย ค. ก็ยังจะขายให้แก่ นาย ก. เมื่อนาย ข. มาซื้อแทน กรณีนี้ นาย ข. ก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อ นาย ค.

### ก.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก

โดยหลักแล้วเมื่อตัวแทนได้ปฏิบัติตามชอบอำนาจที่ตัวการได้มอบหมายและตัวแทนได้แจ้งแก่บุคคลภายนอกว่า ตนได้กระทำการแทนตัวการแล้ว ตัวการจะต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกโดยตัวการไม่อาจยกเรื่อง ความบกพร่องในเรื่องความสามารถของตัวแทน มาปฏิเสธกิจการที่ตัวแทนได้กระทำไป เพราะกฎหมายกำหนดให้ตัวแทนนั้นไม่จำเป็นจะต้องมีความสามารถในการกระทำเป็นตัวแทน ทั้งนี้เพราะ ตัวแทนได้กระทำการไปเพื่อตัวการ เปรียบเสมือนตัวการได้กระทำไปด้วยตนเอง ดังนั้น ตัวการจะต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอก

#### ก.1.3.1 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา Mandate

สำหรับในกรณีที่เกี่ยวกับความฉ้อฉล หรือความบกพร่องจากการแสดงเจตนาของตัวแทนที่ทำให้การแสดงเจตนาของตัวแทนที่ไม่สมบูรณ์ตามสัญญา Mandate การพิจารณาความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวจะต้องพิจารณาจากการรับรู้รับทราบข้อเท็จจริงของตัวแทน หรืออาจกล่าวได้ว่า ไม่ว่าจะมีการแสดงเจตนาหรือ มีเจตนาที่บกพร่อง หรือไม่ก็ตาม หรือไม่ว่าจะเกิดโดยการรับรู้ใน

ข้อเท็จจริงหรือ โดยเพิกเฉยอันเนื่องมาจากความผิดพลาดหรือประมาทเลินเล่อของตัวแทนก็ตาม จะต้องพิจารณาจากความรับรู้ของตัวแทน และผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ (มาตรา 101 วรรค 1) ดังนั้น หากว่าตัวการสามารถพิสูจน์ถึงความไม่สมบูรณ์ดังกล่าว ตัวการสามารถบอกปฏิเสธนิติสัมพันธ์ที่ตัวแทนกระทำต่อบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ กิจการที่ตัวแทนได้กระทำไป มีผลเป็นการกระทำทุจริตหรือฉ้อฉล และถ้าตัวแทนรู้ ข้อบกพร่องในการแสดงเจตนาในของอีกฝ่ายหนึ่ง(บุคคลภายนอก) ตัวการไม่สามารถเพิกถอนการแสดงเจตนาของตัวแทนได้<sup>144</sup> ทั้งนี้เพราะถือว่าการรับรู้ในข้อเท็จจริงของตัวแทนถือว่าตัวการต้องรับรู้ด้วย ดังนั้น ตัวการจึงต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกตามที่ตัวแทนได้กระทำไป นอกจากนี้หากการกระทำแทนของตัวแทนนั้น ตัวการรู้ว่ามีข้อบกพร่องหรือไม่สมบูรณ์อยู่ก่อนแล้ว แต่ยังไม่บอกหมายให้ตัวแทนกระทำแทนตนอีก ตัวการไม่สามารถที่จะปฏิเสธการกระทำของตัวแทนที่กระทำไปได้และมีผลผูกพันตัวการ<sup>145</sup>

### ก.1.3.2 การกระทำเกินขอบเขตอำนาจ

สำหรับความรับผิดของตัวการต่อบุคคลภายนอกในกรณีที่ตัวแทนกระทำการเกินขอบเขตอำนาจ หรือโดยปราศจากอำนาจนั้น แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หากว่าตัวการมิได้ให้สัตยาบันกับการกระทำดังกล่าวแล้ว ตัวแทนจะต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกที่จะขอให้ตัวการให้สัตยาบันได้ โดยบุคคลภายนอกจะต้องแจ้งให้ตัวการดำเนินการให้สัตยาบันหรือปฏิเสธที่จะให้สัตยาบันมาภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งหากตัวการมิได้แจ้งให้ทราบว่าจะปฏิเสธการให้สัตยาบันหรือให้สัตยาบันภายในกำหนด

<sup>144</sup> J.E. DE Becker, The Principles and Practice of The Civil Code of Japan Volume 1, (London: Butter Worth & Co, 1979), p. 368.

<sup>145</sup> Civil Code Article 101 " Where the validity of a declaration of intention is to be affected by reason of abstinence of intention or fraud of duress, or by reason of the knowledge or negligent ignorance of certain circumstance, the existence or non-existence of such reason shall be determined with regard to the agent.

Where an agent has been commissioned to do a specific juristic act and has done such act in conformity with the principal's instructions, the principal cannot set up the agent's ignorance of any circumstances of which the principal was ignorant by his own negligence."



ระยะเวลาดังกล่าว ก็ถือว่าตัวการปฏิเสธที่จะให้สัตยาบัน<sup>146</sup> การกระทำที่นอกเหนือหรือปราศจากอำนาจของตัวแทน

อย่างไรก็ตามหากตัวการได้ให้สัตยาบันจากการกระทำดังกล่าวในข้างต้น และหากมิได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น การให้สัตยาบันมีผลผูกพันตัวการย้อนไปถึงขณะที่ตัวแทนได้กระทำการนิติกรรมแทนตัวการ อย่างไรก็ตาม การให้สัตยาบันดังกล่าวจะต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลภายนอกที่มีมาก่อนการให้สัตยาบัน<sup>147</sup>

### ก.2 สัญญา Mandate

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่า ตัวแทนตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นมีลักษณะสองสัญญา (Bilateral) ในส่วนของ สัญญา Mandate นั้น เป็นสัญญาที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนไว้โดยเฉพาะ มิได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างตัวการหรือตัวแทนกับบุคคลภายนอก เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขความรับผิดชอบว่าตัวการหรือตัวแทนที่จะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก ดังนั้น สัญญา Mandate จึงหมายถึง นิติสัมพันธ์ที่ตัวการ (Mandator) ได้มอบหมายให้ตัวแทน (Mandatory) กระทำกิจการใดกิจการหนึ่งแทนตัวการ (Mandator) และตัวแทน (Mandatory) ได้ยินยอมกระทำการดังกล่าวแทนตัวการ (Mandator) จึงเกิดสัญญาขึ้น สัญญาดังกล่าวเรียกว่าสัญญา Mandate ซึ่งเป็นสัญญารูปแบบหนึ่งของการใช้บริการจากบุคคลอื่น ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับสัญญาจ้างทำของและสัญญาจ้างแรงงานแต่จะมีลักษณะเฉพาะดังนี้ 1) มีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการนิติกรรมแทนบุคคลอื่น และ 2) ตัวแทน (Mandatory) โดยหลักแล้วไม่มีสิทธิได้ค่าใช้จ่ายหรือบำเหน็จ การที่ตัวแทน (Mandatory) จะทำนิติกรรมตามที่ได้รับมอบหมายตัวแทน (Mandate) อาจจะกระทำในนามของตนเองหรือในนามของตัวการ (Mandator) ก็ได้<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Civil Code Article 114" In the case mentioned in the preceding Article the other party may give a notice to the principal to make within a reasonable period fixed by the former a definite answer as to whether he ratifies the contract or not. If the principal does not make a definite answer within such period, he is deemed to have refused to ratify.

<sup>147</sup> Civil Code Article 116" In the absence of any declaration of intention to the contrary, ratification shall be effective retroactively as from the time the contract was made; but the right of third parties may not be prejudiced thereby."

<sup>148</sup> J.E. DE Becker, The Principles and Practice of The Civil Code of Japan Volume 1, (London: Butter Worth & Co, 1979), p. 413.

หากตัวแทน (Mandate) กระทำในนามตัวการ (Mandator) โดยการแจ้งแก่บุคคลภายนอกว่าตนได้กระทำการแทนตัวการ (Mandator) จะถือว่าตัวแทน (Mandatory) เป็นตัวแทน (Agency) ของตัวการ (Mandator) และการกระทำความดังกล่าวจะผูกพันตัวการ (Mandator) โดยตรงตามหลักตัวแทนโดยตรง (Direct Agency)

แต่หากตัวแทน (Mandate) ได้กระทำในนามของตนเอง (โดยไม่แจ้งแก่บุคคลภายนอกว่ากระทำแทนตัวการ) ก็จะไม่ถือว่าเป็นการกระทำในฐานะตัวแทน (Agency) แต่การกระทำดังกล่าวจะผูกพันตัวแทน (Mandatory) โดยตรง จนกว่าตัวแทน (Mandatory) จะโอนกิจการดังกล่าวมาให้ตัวการ (Mandator) ในกรณีนี้ จะไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการ (Mandator) กับบุคคลภายนอกโดยตรง ซึ่งเรียกกรณีนี้ว่าเป็นตัวแทนโดยทางอ้อม (Indirect Agency)

### ก.2.1 ผลของสัญญา Mandate

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญา Mandate เป็นสัญญาระหว่างตัวการ (Mandator) กับตัวแทน (Mandatory) ดังนั้น สิทธิหน้าที่ตามสัญญา Mandate จะไม่มีผลถึงการกระทำที่ตัวแทน (Mandatory) กระทำไปตามที่ได้รับมอบหมาย อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ทางกฎหมายแล้วสามารถ พิเคราะห์ได้ดังนี้

### ก.2.2 นิติสัมพันธ์ระหว่าง Mandator กับ Mandatory

#### ก.2.2.1 หน้าที่ของตัวแทน (Mandatory)

ก.2.2.1.1 หน้าที่กระทำภายในขอบอำนาจ ตัวแทน (Mandatory) มีหน้าที่ในการดำเนินการหรือกระทำนิติกรรมต่อบุคคลภายนอกตามที่ตนได้รับมอบหมายจากตัวการ (Mandator) โดยตัวแทน (Mandatory) มีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการกิจการที่ได้รับมอบหมายไป ตามเจตนาที่แท้จริงและวัตถุประสงค์ของสัญญา Mandate<sup>149</sup> และจะต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย<sup>150</sup> แต่หากตัวแทน (Mandatory) ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง

<sup>149</sup> Ibid., p. 223.

<sup>150</sup> Civil Code Article 644 " A mandatory is bound to manage the affairs entrusted to him with the care of a good manager in accordance with the tenor of the mandate."

อย่างเพียงพอ ถือว่าประมาทและจะต้องชดให้ค่าเสียหายให้แก่ตัวการ (Mandator) และตัวแทน จะต้องกระทำการด้วยตนเอง ไม่อาจมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้<sup>151</sup>

**ก.2.2.1.2** หน้าที่รายงานและจัดทำรายงาน การที่กิจการดังกล่าวเป็นของตัวการ (Mandator) ตัวการ (Mandator) จึงมีอำนาจที่จะตรวจสอบหรือใช้มาตรการอันจำเป็นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของตน จากเรื่องดังกล่าวตัวแทน (Mandatory) จึงยังต้องมีหน้าที่จัดทำรายงาน และนำเสนอให้แก่ตัวการ (Mandator) ในทุกๆครั้งที่มีการปฏิบัติหน้าที่และสรุปรายละเอียดให้แก่ตัวการ (Mandator) หลังจากที่ได้รับสัญญา Mandate ได้สิ้นสุดลง<sup>152</sup>

**ก.2.2.1.3** หน้าที่นำส่งทรัพย์สินคืนแก่ตัวการ ตัวแทนจะต้องนำส่งทรัพย์สินใดๆที่ตนได้รับมาจากการกระทำกิจการที่ได้รับมอบหมายแก่ตัวการ (Mandator) ซึ่งรวมทั้งดอกผลที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ตัวแทน (Mandatory) จะต้องโอนสิทธิทั้งหมดซึ่งตนได้รับมาในนามของตนเอง แต่เป็นกิจการที่ได้กระทำการแทนตัวการ (Mandator)<sup>153</sup> ในกรณีที่ตัวแทน (Mandatory) ตนแสดงตัวว่าเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอก ซึ่งเรื่องนี้ศาลฎีกาญี่ปุ่น เมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 1905 ได้วางหลักไว้ว่า แม้ว่าตัวแทน (Mandatory) จะได้รับสิทธิในนามตนเอง ถ้าสิทธิดังกล่าวมาจากเงื่อนไขที่ว่า มาจากการกระทำเพื่อประโยชน์ของตัวการ(Mandator)แล้ว ตัวการ(Mandator)จะมีสิทธิดังกล่าวในทันที โดยตัวการ (Mandator) ไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาอื่นใดเป็นพิเศษ<sup>154</sup> และตัวแทนจะต้องโอนกิจการนั้นให้แก่ตัวการ (Mandator)

<sup>151</sup> J.E. DE Becker, The Principles and Practice of The Civil Code of Japan Volume 1, (London: Butter Worth & Co, 1979), p. 413.

<sup>152</sup> Civil Code Article 645 " A mandatory must at any time upon demand by the mandatory make report on condition of the agreement of the affairs entrusted to him, and upon the termination of the mandate he must make a full report there on without delay.

<sup>153</sup> Civil Code Article 646 "A mandatory must deliver to the mandatory all moneys and things which he has received in the management of the affairs entrusted to him; the same shall apply to fruits which he has collected.

All rights which the mandatory has acquired in his own name on behalf of the mandator must be transferred to the mandator."

<sup>154</sup> J.E. DE Becker, The Principles and Practice of The Civil Code of Japan Volume 1, (London: Butter Worth & Co, 1979), p. 414.

ก.2.2.1.4 หน้าที่ส่งมอบเงินที่ได้รับมาจากบุคคลภายนอก ในกรณีที่ตัวแทน (Mandatory) ได้รับเงินมาจากบุคคลภายนอกเพื่อชำระหนี้หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นให้แก่ตัวการ (Mandator) หากตัวแทน (Mandatory) นำเงินดังกล่าวไปใช้เป็นการส่วนตัว ตัวแทน (Mandatory) จะต้องรับผิดชอบใช้ดอกเบี้ยจากต้นเงินดังกล่าว ในอัตราร้อยละ 5 ต่อปี ตามกฎหมาย<sup>155</sup> นับตั้งแต่ที่ได้นำเงินจำนวนนั้นไปใช้ให้แก่ตัวการ (Mandator) และหากเกิดความเสียหายใดๆแก่ตัวการ (Mandator) จากการที่ตัวแทน (Mandatory) ได้นำเงินไปใช้ ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อตัวการ (Mandator) ด้วย

#### ก.2.2.2 หน้าที่ของตัวการ (Mandator)

โดยสภาพแล้ว โดยทั่วไปสัญญา Mandate เป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน แต่ในบางกรณี ตัวการ(Mandator)อาจตกลงจ่ายค่าบำเหน็จในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทน (Mandatory)ก็ได้<sup>156</sup> ในกรณีนี้ตัวการ (Mandator) จึงมีหน้าที่จ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ตัวแทน (Mandatory) แต่จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในเรื่องการจ้างงานมาใช้บังคับ กล่าวคือ จะต้องมีการจ่ายค่าบำเหน็จภายหลังจากการได้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว แต่ถ้าค่าบำเหน็จดังกล่าวได้ถูกกำหนดเป็นระยะเวลาที่แน่นอน ก็จะต้องจ่ายตามระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา 648 วรรค 2<sup>157</sup> แต่ในกรณีที่มีการเลิกสัญญา Mandate ก่อนที่มีการปฏิบัติตามสัญญา โดยมีข้อความผิดของตัวแทน (Mandatory) จึงจะต้องพิจารณาถึงเจตนาถึงคู่สัญญาเป็นกรณีไป แต่หากไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญา ตัวการ(Mandator)มีหน้าที่จะต้องจ่ายค่าบำเหน็จตามสัดส่วนงานที่ตัวแทน (Mandatory) ได้ทำไป

<sup>155</sup> Ibid., p. 225.

<sup>156</sup> Civil Code Article 648 " In the absence of a special agreement a mandatory cannot demand remuneration from the mandatory.

Where a mandatory is to receive remuneration, he cannot demand it unless the mandate has been performed; but if the remuneration has been fixed by periods, the provisions of paragraph 2 of Article 624 shall apply with necessary modification.

If a mandate terminates in the course of its performance owing to any cause for which the mandatory is not possible, he is entitle to remuneration in proportion to the performance already affected."

<sup>157</sup> J.E. DE Becker, The Principles and Practice of The Civil Code of Japan Volume 1, (London: Butter Worth & Co, 1979), p. 415

นอกจากนี้มาตรา 648 วรรค 2 ได้กำหนดมิให้ตัวแทน (Mandatory) ให้เรียกองค์ค่าบำเหน็จจนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามที่ตนเองได้รับการมอบหมาย แต่ให้สิทธิแก่ตัวแทนให้สามารถเรียกองค์ค่าบำเหน็จจากงานที่ตนได้ทำไปครบถ้วนแล้ว (ศาลฎีกาฎีกา 31 ตุลาคม 1903)<sup>158</sup>

ในเรื่องที่เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทน(Mandatory) ตัวการ (Mandator) มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าใช้จ่ายดังกล่าวล่วงหน้าตามที่ตัวแทน (Mandatory) ได้ร้องขอ<sup>159</sup> นอกจากนี้ตัวการ (Mandator) ยังมีหน้าที่<sup>160</sup>

**ก.2.2.2.1** หน้าที่ชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ตัวแทน (Mandatory) ได้เสียไปเพื่อตามความจำเป็นในการปฏิบัติตามที่ตัวการมอบหมายให้ล่วงหน้า โดยตัวการ (Mandator) จะต้องชดใช้เงินจำนวนดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ย ณ วันที่ตัวแทน (Mandatory) ได้ใช้ไปแทน

**ก.2.2.2.2** หน้าที่ต่อบุคคลภายนอกในการปฏิบัติชำระหนี้แทนตัวแทน ตัวแทน (Mandatory) จำเป็นต้องก่อนนี้เพื่อให้สามารถกระทำการตามที่ตัวการมอบหมายได้อย่างล่วงหน้า เช่น ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนซื้อเครื่องจักรและนำส่งให้แก่ตัวการ ในการนำส่งเครื่องจักรมาให้แก่ตัวการ ตัวแทนจำเป็นที่จะต้องว่าจ้างผู้ขนส่ง เพื่อดำเนินการขนส่งเครื่องจักรดังกล่าว ค่าขนส่งดังกล่าวที่เกิดขึ้น ตัวการมีหน้าที่ชำระให้แก่ผู้ขนส่งแทนตัวแทน แม้ว่าตัวการจะสามารถ

<sup>158</sup> Ibid., p. 415

<sup>159</sup> Civil Code Article 649 " If any expenditure is required for management of the affairs entrusted to the mandatary, the mandatary must upon demand pay it to him in advance."

<sup>160</sup> Civil Code Article 650 " If a mandatary has defrayed any expenditure which is considered necessary for management of the the affairs entrusted to him, he may demand from the mandatary the reimbursement of such expenditure with interest thereon from the day on which it was defrayed."

If a mandatary has assumed an obligation which is regarded as necessary for management of the the affairs entrusted to him, he may require the mandator to perform it in his place and , if the obligation is not due, to furnish adequate security.

If a mandatary, without any fault on his part, sustains damage through the management of the the affairs entrusted to him, he may demand compensation therefore from mandator."

พิสูจน์ว่าสิ่งที่ตัวการไม่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติกิจการให้ลุล่วงไปก็ตาม<sup>161</sup> แต่ถ้าหนังกกล่าวยังไม่ถึงกำหนด ตัวการมีหน้าที่วางหลักประกันในจำนวนที่เพียงพอ หากได้รับการร้องขอจากตัวแทน (Mandatory)

**ก.2.2.2.3 หน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตัวแทน** หากตัวแทน (Mandatory) ได้รับความเสียหายจากการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตนเองได้รับมอบหมายจากตัวการ (Mandator) และโดยมิใช่ความผิดของตน ตัวการ (Mandator) มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตัวแทน (Mandatory) ตามมาตรา 650 วรรค 3

อย่างไรก็ตาม สิทธิหน้าที่ระหว่างตัวการ (Mandator) กับตัวแทน (Mandatory) ตามสัญญา Mandate จะไม่กระทบถึงความนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการหรือตัวแทนกับบุคคลภายนอก ไม่ว่าตัวแทน (Mandatory) เองจะแสดงต่อบุคคลภายนอกว่ากระทำการในฐานะตนเองหรือกระทำการแทนตัวการใดก็ตาม ซึ่งจะกล่าวต่อไป

### ก.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทน (Mandatory) กับบุคคลภายนอก

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทน (Mandatory) กับบุคคลภายนอกตามบทบัญญัติเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญา Mandate จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อตัวแทน (Mandatory) มิได้แสดงตนว่ากระทำการแทนตัวการ (Mandator) แต่แสดงตนว่าตนเองเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอกโดยตรง ดังนั้น สิทธิและหน้าที่ของตัวแทน (Mandatory) ก็จะเป็นไปตามนิติกรรมที่ตัวแทน (Mandatory) ได้กระทำต่อบุคคลภายนอกในฐานะคู่สัญญาโดยตรง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าตัวแทน (Mandatory) ได้แสดงว่าตนได้กระทำการแทนตัวการก็ตาม แต่หากว่าเป็นการกระทำนอกเหนือจากขอบอำนาจที่ตัวการ (Mandator) กำหนด หรือโดยปราศจากอำนาจ โดยตัวการมิได้ให้สัตยาบันแก่การกระทำดังกล่าวแล้ว ตัวแทน (Mandatory) จะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยตรง

### ก.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการ (Mandator) กับบุคคลภายนอก

ในกรณีที่ตัวแทน (Mandatory) ได้แสดงตนต่อบุคคลภายนอกว่าตนได้กระทำการในนามของตัวการ (Mandator) แล้ว และเป็นการกระทำภายในขอบอำนาจที่ตัวการมอบหมาย หรือ

<sup>161</sup> J.E. DE Becker. *Annotated Civil Code Of Japan Volume II*, (London: Butter Worth & Co, 1909), p. 227.

เป็นกรณีที่กระทำโดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจแต่ตัวการ (Mandator) ได้ให้สัตยาบันต่อกรกระทำดังกล่าวของตัวแทน (Mandatory) และได้แจ้งให้แก่บุคคลภายนอกได้ทราบแล้ว ตัวการ (Mandator) จะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยตรงในฐานะคู่สัญญา โดยมีสิทธิหน้าที่เป็นไปตามนิติกรรมที่ตัวแทน (Mandatory) ได้กระทำแทนนั้น

### ก.2.5 การเลิกสัญญา Mandate

ตามหลักทั่วไปของสัญญาแล้ว คู่สัญญาสามารถเลิกสัญญาในเวลาใดๆก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามหากว่ามีการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย เว้นแต่ การเลิกสัญญาดังกล่าวจะเกิดมาจากเหตุที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 651 (สัญญา Mandate สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้)

สัญญา Mandate ยังสามารถเลิกได้โดยเหตุจากการตายหรือตกเป็นบุคคลล้มละลายของตัวแทนหรือตัวการ รวมถึงกรณีที่ตัวแทนตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถด้วย ตามมาตรา 653

### ก.2.6 นิติสัมพันธ์ภายหลังการเลิกสัญญา

เมื่อมีการเลิกสัญญาจากความตายของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากความเพิกเฉย ทั้งๆที่ควรจะได้ใช้มาตรการป้องกันล่วงหน้า เมื่อมีการเลิกสัญญา ไม่ว่าจะตัวการตัวแทนจะได้รับความเสียหายหรือไม่ จะต้องมีการแจ้งข้อเท็จจริงต่อคู่สัญญาฝ่ายนั้นด้วย เว้นแต่ได้มีการแจ้งแล้ว หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบจากทางอื่น การเลิกสัญญาดังกล่าวไม่สามารถอ้างต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ ตามมาตรา 655 ในกรณีเร่งด่วน ภายหลังจากที่มีการเลิกสัญญา ตัวแทนหรือทายาทหรือผู้แทนจะต้องใช้มาตรการที่จำเป็น จนกว่าตัวการหรือทายาทหรือผู้แทนสามารถเข้ารับกิจการดังกล่าวได้ (มาตรา 654)

การเลิกสัญญา Mandate นั้นมีผลไปในอนาคต ไม่มีผลย้อนหลังไปถึงกิจการที่ได้กระทำไปแล้วภายใต้สัญญา Mandate แต่หากว่ามีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกค่าเสียหายได้ มาตรา 652

### ก.2.7 สัญญา กิ่ง Mandate

ในประมวลกฎหมายแพ่งญา pun สัญญา Mandate ให้อำนาจบุคคลหนึ่งกระทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งอันก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ แต่หลักเกณฑ์ในเรื่อง Mandate ยังจะสามารถนำมาปรับ

ใช้กับการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการใดๆที่นอกเหนือการกระทำที่เป็นการกอนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย ตามมาตรา 656 เช่นในกรณีของการจ้างแรงงาน หรือความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกของสมาคมยังรวมถึงความสัมพันธ์ในรูปแบบของสัญญา Mandate ด้วย

## ข. ประมวลกฎหมายพาณิชย์

ประเทศญี่ปุ่นได้มีการริเริ่มร่างประมวลกฎหมายพาณิชย์ทั้งฉบับขึ้น ภายหลังจากการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไปได้ 2 ปี คือในปี 1881 โดยท่าน Herr Hermann Roesler ซึ่งในขณะนั้นท่านเป็นที่ปรึกษากฎหมายของกระทรวงยุติธรรม ท่านได้ร่างประมวลกฎหมายดังกล่าวเสร็จสมบูรณ์ในปี ค.ศ. 1884 จากนั้นก็ผ่านกระบวนการตรวจสอบจากคณะกรรมการตรวจร่างกฎหมาย (Horitsu – Torishirabe – linkai) และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในปี 1890 โดยให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในปี 1891 อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายพาณิชย์ดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก ว่าเป็นการลอกเอากฎหมายของต่างประเทศมาทั้งฉบับ โดยมีได้คำนึงถึงจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิมของประเทศญี่ปุ่น นอกจากนี้ประมวลกฎหมายดังกล่าวยังมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องและมีความซ้ำซ้อนกับประมวลกฎหมายแพ่งด้วย ดังนั้นจึงมีการเลื่อนการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวออกไป โดยให้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1893 และมีการเลื่อนอีกครั้งไปถึงวันที่ 31 ธันวาคม 1896 แต่เนื่องจากความจำเป็นทางการค้าในบางเรื่องจึงได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ในส่วนของ บรรพ 1 หมวด 2 การจดทะเบียนทางการค้า หมวด 4 ทะเบียนการค้า หมวด 6 องค์การทางการค้า หมวด 12 ตัวเงิน บรรพ 3 ล้มละลาย เพื่อเป็นการบรรเทาความเสียหายทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้น

จากข้อโต้แย้งในเรื่องความไม่เหมาะสมของกฎหมายดังกล่าวทำให้คณะกรรมการตรวจร่างกฎหมายทำการยกร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวขึ้นมาใหม่ โดยมีการแบ่งออกเป็น 5 บรรพ ดังนี้ บรรพ 1 บทบัญญัติทั่วไป บรรพ 2 บริษัท บรรพ 3 ธุรกิจทางการค้า บรรพ 4 ตัวเงินและบรรพ 5 การพาณิชย์นาวี ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศเยอรมัน แต่ต่างกันตรงที่บทบัญญัติเกี่ยวกับตัวเงิน ที่ประเทศเยอรมันแยกออกเป็นกฎหมายต่างหาก และแตกต่างจากร่างเดิมที่มาจากกฎหมายฝรั่งเศส ร่างกฎหมายใหม่ดังกล่าวจึงแล้วเสร็จในปี ค.ศ. 1897 แต่สภา Diet ไม่สามารถลงมติรับร่างกฎหมายดังกล่าวได้ เนื่องจากสภา Diet ได้หมดวาระลง ทำให้ต้องใช้ร่างกฎหมายฉบับเดิมบังคับไปก่อน จนในที่สุดจึงได้มีการใช้บังคับประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1899<sup>162</sup>

<sup>162</sup> The League of Nation association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. xxxix.



### ข.1 ตัวแทนทางการค้า (Commercial Agent)

ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น ตัวแทนทางการค้าหมายถึง บุคคลที่มีได้อยู่ในสถานะลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ หรืออีกนัยหนึ่งจะเรียกว่า "ผู้ค้าอิสระ" ก็ได้<sup>163</sup> มีหน้าที่กระทำการแทนผู้ค้า<sup>164</sup> โดยกระทำในลักษณะที่เป็นไป ในทางการค้าปกติหรือเป็นธุรกิจหลักเพื่อผู้ค้าในฐานะตัวแทนหรือตัวกลางในการดำเนินการธุรกิจ หรือกิจการของผู้ค้า<sup>165</sup> ซึ่งสามารถพิจารณาความสัมพันธ์ของตัวแทนทางการค้าได้ดังนี้

#### ข.1.1 หน้าที่ของตัวแทนทางการค้า

เมื่อเกิดสัญญาการเป็นตัวแทนระหว่างตัวแทนทางการค้ากับผู้ค้าแล้ว ตัวแทนทางการค้าในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือตัวกลางจะต้องมีหน้าที่ต้องแจ้งกิจการที่ตนได้กระทำไปให้ ตัวการได้ทราบถึงความคืบหน้าของกิจการ<sup>166</sup> การแจ้งดังกล่าวอาจทำในรูปแบบส่งหนังสือแจ้งให้ ทราบก็เพียงพอแล้ว โดยตัวแทนทางการค้าไม่ต้องรับผิดชอบหากว่าการแจ้งดังกล่าวเกิดความล่าช้า หรือผิดพลาดอันเกิดมาจากกระบวนการจัดส่งให้แก่ตัวการ แต่หากตัวแทนทางการค้ามิได้แจ้งผล การดำเนินงานให้ตัวการทราบ ตัวแทนทางการค้าจะต้องรับผิดชอบต่อตัวการ<sup>167</sup>

เพื่อป้องกันในเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) ของตัวแทนทางการค้า หากในกรณีที่ตัวแทนทางการค้าต้องการที่เป็นตัวแทนทางการค้าของบุคคลภายนอก หรือเข้าไป เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบของบุคคลภายนอกซึ่งประกอบกิจการเป็นอย่างเดียวกันกับตัวการ

<sup>163</sup> Ibid, p. 52.

<sup>164</sup> Commercial Code , ผู้ค้า หมายถึง ผู้ซึ่งประกอบกิจการในนามของตนเองเพื่อหวัง ผลกำไรจากการประกอบกิจการนั้น

<sup>165</sup> Commercial Code Article 36 "A commercial agent is a person who, without being his employee, habitually acts on behalf of a particular trader as agent or intermediary in commercial transactions filling within the class of business carried on by such trader."

<sup>166</sup> Commercial Code Article 37 "When a commercial agent has acted as agent or intermediary in a commercial transaction, he shall without delay despatch notice thereof to his principal."

<sup>167</sup> The League of Nation Association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. 53.

หรือมีวัตถุประสงค์เดียวกัน ตัวแทนทางการค้าจะต้องได้รับความยินยอมจากตัวการ<sup>168</sup> แต่หากตัวแทนได้กระทำการไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากตัวการ ตัวแทนจะต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัว<sup>169</sup>

#### ข.1.2 สิทธิของตัวแทนทางการค้า

เมื่อตัวการมอบหมายได้ตัวแทนทางการค้าให้ดำเนินกิจการแทนตัวการ ระหว่างปฏิบัติหน้าที่ตัวแทนทางการค้าอาจครอบครองทรัพย์สินต่างๆซึ่งหมายรวมถึง เอกสารสิทธิที่อ้างอิงถึงมูลค่าของทรัพย์สิน และเอกสารสิทธินั้น ของตัวการแทนตัวการ เพื่อให้ในการปฏิบัติหน้าที่หรือชำระหนี้ที่ได้กระทำในฐานะตัวแทนหรือตัวกลาง<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Commercial Code Article 38 "A commercial agent shall not, without the consent of the principal, effect on his own behalf or on that of a third person any commercial transactions which fall within the class of business carried on by the principal, or become a member with unlimited liability of a company having for its object the same kind of business.

If a commercial agent had contravened the provisions of the preceding paragraph, the provisions of the second and third paragraph of Art. 32 shall apply with necessary modifications."

<sup>169</sup> Commercial Code Article 32 " Without the permission of the proprietor of the business, a manager shall not carry on business or effect any transaction falling within any of the kind of the proprietor's business on his own behalf or on the of a third party, nor shall he become a member with unlimited liability or a director of a company or an employee of another trader.

If a manager has effected a transaction on his behalf in contravention of the provision of the preceding paragraph, the proprietor of the business may treat such transaction as effected on behalf of himself.

<sup>170</sup> Commercial Code Article 41 "A commercial agent may retain things or valuable instruments which he holds in his possession on behalf of the principal, against claims which have arisen out of his having acted as agent or intermediary for the principal in a commercial transaction, unless there has been a different declaration of intention."

ในการทำกิจการแทนตัวการ ตัวแทนทางการค้าจะต้องมีอำนาจในการรับแจ้งถึงความชำรุดบกพร่องหรือขาดจำนวนของสินค้า รวมถึงในการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา<sup>171</sup> สำหรับหลักเกณฑ์นี้ ตัวการกับตัวแทนทางการค้าไม่สามารถตกลงยกเว้นโดยข้อสัญญาได้<sup>172</sup>

### ข.1.3 การเลิกสัญญา

สัญญาการเป็นตัวแทนทางการค้าระหว่างตัวการกับตัวแทนทางการค้า หากมิได้กำหนดเวลาเลิกหรือสิ้นสุดของสัญญาเอาไว้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสัญญาต่อกันได้ โดยจะต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 2 เดือน อย่างไรก็ตาม เกิดกรณีที่เป็นจำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งหมายถึง สภาพการณ์ที่ทำให้การดำเนินการของสัญญาไม่เป็นที่ชอบธรรมของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น การเจ็บป่วยอย่างร้ายแรง หรือความไม่ซื่อสัตย์ของตัวแทนทางการค้า หรือเหตุร้ายแรงจากธุรกิจของตัวการ หรือการไม่ปฏิบัติชำระหนี้โดยตัวการต่อตัวแทนทางการค้า<sup>173</sup> คู่สัญญาอาจบอกเลิกสัญญาต่อกันฝ่ายหนึ่งได้ทันที โดยไม่ต้องคำนึงถึงอายุสัญญาที่ยังมีเหลืออยู่

### ข.2 ตัวแทนค้าต่าง (Commission Agent)

ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น มาตรา 313<sup>174</sup> ตัวแทนค้าต่าง คือ บุคคลซึ่งได้ประกอบกิจการเพื่อตนเอง ซึ่งรวมถึงการรับค่านายหน้า(บำเหน็จ) จากการค้าขายสินค้าเพื่อบุคคลอื่นของตนโดยทำการขายหรือซื้อสินค้าในนามตนเอง แต่ไม่จำเป็นว่าตัวแทนค้าต่างจะต้องกระทำได้เฉพาะแต่ที่เป็นกิจการทางการค้าที่เกี่ยวกับตัวการเท่านั้น ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับขอบอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายจากตัวการ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าตัวแทนค้าต่างเป็นตัวแทนที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทน โดยกระทำการแทนตัวการในการซื้อขายทรัพย์สินในนามของตนเอง โดยผูกพันกับบุคคลภายนอกโดยตรง อย่างไรก็ตาม สำหรับสินค้าที่ตัวแทนค้าต่างได้กระทำการแทนนั้นจะกระทำได้เฉพาะแต่

<sup>171</sup> Commercial Code Article 39 "A commercial agent who has been entrusted with the sale of goods shall be competent to receive notice of defects in the goods sold or deficiencies in their quantity, and any other relating to the performance of the contract of sale"

<sup>172</sup> The League of Nation Association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. 54.

<sup>173</sup> Ibid, p. 55.

<sup>174</sup> Commercial Code Article 313 "A commission agent is a person to effect sales or purchase of goods in his own name for other person."

สินค้าที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ตราสารทางการเงินค้ำเท่านั้น โดยตัวแทนค้าต่างไม่สามารถทำการซื้อขาย  
อสังหาริมทรัพย์แทนตัวการได้<sup>175</sup>

ดังที่กล่าวมาแล้ว ตัวแทนค้าต่างจะต้องกระทำการในนามของตนเองเท่านั้น ซึ่งมีผลให้  
ตัวแทนค้าต่างเองจะได้รับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ที่เกิดจากการทำกิจการนั้นจนกว่าจะมีการโอนสิทธิ  
และหน้าที่ดังกล่าวให้แก่ตัวการ

สำหรับขอบเขตของการใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทนค้าต่างนั้น หมายรวมถึง นายหน้า  
ซื้อขายหลักทรัพย์ด้วย นอกจากนี้ ศาลฎีกาพิพากษาไว้ในคดีเลขที่ 214 ว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่  
เกี่ยวกับการซื้อขายปลาก็ถือว่าเป็นตัวแทนค้าต่างด้วย ด้วยเหตุผลที่ว่าธุรกิจนี้มิใช่เพียงแต่ซื้อขาย  
ปลาเพื่อตนเองเท่านั้น แต่ยังทำการขายปลาให้แก่นายหน้าโดยการประมูลปลาที่ซื้อมาจาก  
ชาวประมง และได้รับค่านายหน้าในจำนวนที่แน่นอนจากการทำกิจการดังกล่าว โดยเขาอยู่ระหว่าง  
ชาวประมงและนายหน้า และได้ขายปลาโดยการประมูลให้แก่บุคคลอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าบำเหน็จ  
ต่างจากคำพิพากษาศาลฎีกา 20 กรกฎาคม 1919 เห็นว่าตัวแทนค้าต่างมิใช่ “ผู้ผลิต” ตาม  
ความหมายของ มาตรา 173 ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และก็ไม่ใช่ ผู้ขายปลีก คำสั่ง<sup>176</sup>

อนึ่ง รูปแบบการซื้อขายหลักทรัพย์โดยนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์มีรูปแบบและวิธีการ  
ใกล้เคียงกันกับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าโดยนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่เกี่ยวกับตัวแทนค้าต่างจะนำมาใช้บังคับกับกิจการที่มี  
ลักษณะทำการค้าในนามตนเอง แต่ทำเพื่อผู้อื่นที่นอกเหนือจากกิจการซื้อขายทรัพย์สินด้วย<sup>177</sup> ซึ่ง  
ไม่จำเป็นว่าจะต้องเกี่ยวกับทางด้านธุรกิจเท่านั้น แต่หมายรวมถึงนิติกรรมใดๆที่มีลักษณะดังกล่าว  
ซึ่งรวมถึง ผู้ค้า หากผู้ค้ามีการกระทำในลักษณะดังกล่าวก็ต้องนำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนค้าต่าง  
มาใช้บังคับด้วย ยกเว้นแต่ในเรื่องของการขนส่งทางเรือ ที่ใช้ตัวแทนขนส่งทางเรือ (Forwarding  
Agency) ที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

## ข.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนค้าต่าง

<sup>175</sup> The League of Nation Association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. 101.

<sup>176</sup> Ibid, p. 102.

<sup>177</sup> Commercial Code Article 320 “The provisions of this Chapter shall apply with the necessary modification to persons who make it their business to effect in their own name for other persons transactions other than sales or purchases.”

ความสัมพันธ์ของตัวแทนค้าต่างกับตัวการนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักในเรื่องตัวแทน(Agency) และสัญญา Mandate ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ในลักษณะที่ตัวแทนค้าต่างกระทำการในนามตนเองและมีได้แจ้งให้บุคคลภายนอกได้ทราบว่าเป็นการแทนผู้อื่น แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้กำหนดลักษณะเฉพาะของตัวแทนค้าต่างเพิ่มจากบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

การที่ตัวแทนค้าต่างได้กระทำการนั้น เป็นการกระทำให้ตนเองมีความผูกพันกับบุคคลภายนอกเพื่อตัวการ โดยตัวแทนค้าต่างมีสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่กระทำต่อบุคคลภายนอกทุกประการ<sup>178</sup> ดังนั้น จึงไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก<sup>179</sup> ในกรณีที่ตัวแทนได้รับทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ จากการกระทำการแทนตัวการทรัพย์สินหรือสิทธินั้นจะตกเป็นของตัวการโดยทันที อย่างไรก็ตามนิติสัมพันธ์ในเรื่องนี้ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้กับบุคคลภายนอกได้ โดยในสายตามของบุคคลภายนอกแล้ว ตัวแทนค้าต่างถือว่าเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้าของสิทธิ โดยตัวการไม่สามารถเรียกร้องต่อบุคคลภายนอกได้โดยตรง จนกว่าสิทธิดังกล่าวได้โอนไปเป็นของตัวการแล้ว<sup>180</sup>

## ข.2.2 หน้าที่ของตัวแทนค้าต่าง

### ข.2.2.1 ไม่กระทำการเป็นปรปักษ์กับตัวการ

การกระทำเป็นตัวแทนค้าต่าง แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามมิให้ตัวแทนค้าต่างกระทำการที่มีลักษณะที่เป็นก่อให้เกิดผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) ก็ตาม กล่าวคือ ห้ามมิให้บุคคลใดมีสองสถานะ คือกระทำการในฐานะตัวแทนค้าต่างและในฐานะที่เป็นบุคคลภายนอกในขณะเดียวกัน ทั้งนี้เพราะในฐานะที่ตนเองเป็นตัวแทนค้าต่าง จะต้องรักษาประโยชน์ของตัวการ ในขณะที่ตนเป็นบุคคลภายนอกก็ย่อมที่จะรักษาผลประโยชน์ของตน แต่

---

<sup>178</sup> Commercial Code Article 314 " By a sale or purchase effected for another person, the commission agent himself acquires rights and incurs duties with regard to the other party to the transaction.

In addition to the provisions of this Chapter, the provisions relating to mandate and representative shall apply with necessary modification to relation between a commission agent and his principal."

<sup>179</sup> The League of Nation Association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. 103.

<sup>180</sup> Ibid, p. 104.

สำหรับในกรณีนี้ ศาลฎีกา 20 กันยายน 1915 คดีเลขที่ 215 ได้วางหลักไว้ว่า ควรใช้บทบัญญัติใน มาตรา 108 ของประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับด้วย ดังที่ได้กำหนดว่า บุคคลหนึ่งไม่สามารถ เป็นผู้แทนของบุคคลทั้งสองฝ่ายในเวลาและธุรกรรมเดียวกัน จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะอนุญาตให้ ตัวแทนค้าต่างที่ได้รับมอบอำนาจจากคู่สัญญาให้ดำเนินการแทนคู่สัญญา<sup>181</sup>

#### ข.2.2.2 หน้าที่รักษาผลประโยชน์ของตัวการ

ในฐานะที่ตัวแทนค้าต่างเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับบุคคลภายนอก หากมีกรณีที่ บุคคลภายนอกผิคนัดไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้าตามสัญญา ตัวแทนค้าต่างจะต้องมีหน้าที่ ติดตามเรียกร้องให้บุคคลภายนอกชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญา แต่หากตัวแทนค้าต่างไม่ได้ ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อตัวการ<sup>182</sup>

#### ข.2.2.3 รับผิดชอบในส่วนต่างของราคา

กฎหมายได้กำหนดให้ตัวแทนค้าต่างสามารถที่จะขายทรัพย์สินในราคาที่สูงกว่าหรือซื้อ ทรัพย์สินที่ราคาต่ำกว่า จากที่ตัวการมอบหมายได้ ตามมาตรา 316 หากว่าตัวแทนค้าต่างยินยอมที่ จะรับผิดชอบจำนวนเงินที่ขาดไปหรือเกินนั้น โดยตัวการต้องผูกพันการซื้อหรือการขายนั้น<sup>183</sup> แต่ อย่างไรก็ตาม หากการที่ตัวการต้องผูกพันต่อการกระทำของตัวแทนค้าต่างแล้ว ก่อให้เกิดความ เสียหายมากกว่าจำนวนส่วนต่างที่ตัวแทนค้าต่างได้ชดเชยไป ตัวการมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจาก ตัวแทนค้าต่างได้ และถ้าตัวแทนค้าต่างได้ขายในราคาที่สูงกว่าหรือซื้อในราคาที่ต่ำกว่าที่ได้กำหนด ไว้ ถือว่าส่วนต่างดังกล่าวจะต้องตกเป็นของตัวการ<sup>184</sup>

#### ข.2.2.4 รายงานกิจการ

<sup>181</sup> Ibid, p. 105.

<sup>182</sup> Commercial Code Article 315 " If the other party does not perform his obligation in connection with the sale or purchase which a commission agent has effected for his principal , the commission agent shall himself be liable for performance thereof . But this shall not apply where a different declaration of intention or different custom exists."

<sup>183</sup> Commercial Code Article 316 " If, in case where a commission agent has sold at a lower price or brought at a higher price than that designated by his principal, the commission agent himself bears the difference, such sale or purchase shall be binding upon the principal."

<sup>184</sup> The League of Nation Association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. 107.

ตัวแทนค้าต่างมีหน้าที่ออกหนังสือแจ้งหรือรายงานกิจการให้แก่ตัวการทราบว่าการกิจการที่ได้รับมอบหมายได้กระทำไปถึงขั้นใด และแม้ภายหลังสัญญาการเป็นตัวการตัวแทนสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม ตัวแทนค้าต่างยังต้องมีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับกิจการให้แก่ตัวการได้ทราบและตัวแทนค้าต่างจะต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้าด้วย ซึ่งหากตัวแทนค้าต่างไม่กระทำดังกล่าวตัวการมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ แต่ตัวการไม่สามารถปฏิเสธกิจการที่ตัวแทนค้าต่างได้กระไปแล้ว โดยไม่สามารถอ้างเหตุว่าตัวแทนค้าต่างไม่รายงานกิจการต่อตนได้<sup>185</sup>

### ข.2.3 สิทธิของตัวแทนค้าต่าง

#### ข.2.3.1 เข้าเป็นคู่สัญญาในฐานะผู้ซื้อขายกับตัวการ

สิทธิในการเป็นผู้ซื้อผู้ขายเองในตลาดหรือสถานที่แลกเปลี่ยนที่มีการขานราคา ตัวแทนค้าต่างที่ประกอบกิจการประเภทนี้สามารถเข้าซื้อสินค้าที่ตัวการได้มอบหมายให้ตนนำมาซื้อขายกันได้<sup>186</sup> สิทธิของตัวแทนค้าต่างนี้เรียกว่า "kai-nyu-ken" (eintrittsrecht) และเมื่อได้ใช้สิทธิดังกล่าวแล้ว เช่น เมื่อตัวแทนค้าต่างกลายเป็นผู้ซื้อผู้ขาย ตัวแทนค้าต่างจะกลายเป็นคู่สัญญาในลักษณะที่เป็นตัวการ ดังนั้นนิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนค้าต่างกับตัวการจะถูกกำหนดโดยบทบัญญัติในเรื่องการซื้อขาย นอกจากนี้ ตัวแทนค้าต่างยังมีสิทธิได้รับบำเหน็จจากการซื้อขายดังกล่าวด้วย แต่หากว่าสามารถพิสูจน์ได้ว่า หากมิได้มีการซื้อขายกับตัวแทนค้าต่างแล้วตัวการจะมีสิทธิดีกว่านี้ เช่น ได้กำไรมากกว่าที่ขายให้แก่ตัวแทนค้าต่างเอง กรณีนี้ตัวการสามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมได้ อย่างไรก็ตามหากตัวการและตัวแทนตกลงกันว่าไม่ให้ตัวแทนค้าต่างมีสิทธิดังกล่าวก็สามารถบังคับตามสัญญานั้นได้<sup>187</sup>

<sup>185</sup> Ibid, p. 109.

<sup>186</sup> Commercial Code Article 317 "When a commission agent has received a commission to sell or purchase goods having an exchange quotation, he may himself become the buyer or seller. In such case the price shall be determined by the exchange quotation at time when notice of his having become the buyer or seller was despatched by him.

Even in the case contemplated in the preceding paragraph, the commission agent may demand remuneration from the principal."

<sup>187</sup> The League of Nation Association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. 108.

สำหรับแลกเปลี่ยนนั้น อาจจะเป็นสถานที่แลกเปลี่ยน ณ ที่อื่นที่ตัวแทนค้าต่างอยู่ และไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นการซื้อขายอย่างแท้จริงในท้องถิ่นนั้นก็ได้ เพียงแค่เป็นสถานที่แลกเปลี่ยน (Exchange Quotation) ในท้องถิ่นใกล้เคียงมีอยู่เป็นท้องถิ่นที่ตัวแทนค้าต่างอาศัยอยู่ก็เพียงพอแล้ว

#### ข.2.3.2 เรียกให้ตัวแทนรับโอนสิทธิที่ได้รับมา

ในกรณีตัวแทนค้าต่างได้รับมอบหมายให้ทำการซื้อสินค้าแทนในนามตนเองในฐานะตัวแทนค้าต่างและตัวแทนได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนตามที่ได้มอบหมายอย่างครบถ้วนแล้ว แต่ตัวการปฏิเสธหรือไม่ยอมรับมอบสินค้าซึ่งตัวแทนค้าต่างได้รับมาจากบุคคลภายนอกที่ได้ขายให้ นั้นตัวแทนค้าต่างจะต้องนำสินค้าดังกล่าวไปวาง ณ สำนักงานวางทรัพย์ หรือนำออกขายทอดตลาด โดยให้นำบทบัญญัติเรื่องซื้อขายตามมาตรา 286<sup>188</sup> ให้นำมาบังคับใช้โดยอนุโลม

#### **ข.2.4 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนค้าต่างกับบุคคลภายนอก**

การที่ตัวแทนค้าต่างกระทำนิติกรรมในนามของตนเองกับบุคคลภายนอกนั้น นิติสัมพันธ์ของตัวแทนค้าต่างกับบุคคลภายนอกดังกล่าวจะอยู่ในฐานะคู่สัญญา ดังนั้นสิทธิหน้าที่ของตัวแทนค้าต่างกับบุคคลภายนอกจะเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งนิติกรรมนั้น

#### **ข.2.5 นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก**

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า ตัวการไม่มีสิทธิเรียกร้องโดยตรงต่อบุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องต่อตัวการเช่นกัน เพราะไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน เว้นแต่ตัวแทนค้าต่างจะได้โอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาให้แก่ตัวการตามสัญญาที่มีระหว่างกัน

### **ข.3 นายหน้า (Broker)**

---

<sup>188</sup> Commercial Code Article 286 " If, in the case of a sales between traders, the buyer refuses or is unable to take delivery of the subject-matter of such sales, the seller may deposit it with the competent authority or may sell it by official auction after he has given peremptory notice to accept within reasonable period fixed by him. In such case he shall dispatch notice of fact to the buyer without delay.



นายหน้าตามกฎหมายญี่ปุ่น เป็นบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางหรือชี้ช่อง โดยใช้วิธีการชักจูงใจให้คู่สัญญาเข้ามาทำสัญญากันอันมีผลผูกพันกันตามกฎหมาย<sup>189</sup> และถือว่าบุคคลที่ทำหน้าที่นายหน้าเป็นผู้ค้าด้วย เพราะเป็นการประกอบกิจการโดยหวังบำเหน็จ โดยนายหน้าไม่มีหน้าที่ทำนิติกรรมแทนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะกระทำในนามตนเองหรือในนามผู้อื่น จึงต้องถือว่า นายหน้ามีลักษณะแตกต่างจากตัวแทนค้าต่างและตัวแทน<sup>190</sup> ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าสถานะของนายหน้ากระทำในฐานะตัวกลาง มิใช่กระทำการแทนบุคคลอื่นดัง ตัวแทน หรือตัวแทนค้าต่าง

### ข.3.1 หน้าที่ของนายหน้า

#### ข.3.1.1 ไม่รับชำระหนี้แทนบุคคลอื่น

นายหน้าไม่สามารถรับชำระหนี้แทนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ หรือทำการชำระหนี้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ตนได้กระทำการเป็นนายหน้าได้<sup>191</sup> เหตุผลที่มีข้อจำกัดความสามารถของนายหน้านี้นี้คือ หน้าที่ของนายหน้านั้น มีเพียงกระทำการในฐานะที่เป็นสื่อกลางหรือตัวกลางให้แก่ผู้อื่นเท่านั้น โดยตนมิได้เป็นผู้ทำสัญญากับบุคคลอื่นด้วย การที่นายหน้ารับเงินหรือรับการปฏิบัติชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะไม่ถือเป็นการประกอบกิจการในฐานะนายหน้า อนุสัญญาว่าด้วยการซื้อขายระหว่างประเทศสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ หรือในกรณีที่มีประเพณีทางการค้า หรือท้องถิ่นที่ให้อำนาจแก่นายหน้ากระทำการได้

#### ข.3.1.2 หน้าที่ในการเก็บรักษาตัวอย่างสินค้า

ในบางกรณีที่นายหน้ากระทำการในฐานะเป็นสื่อกลางแต่จำเป็นต้องใช้ตัวอย่างสินค้าเพื่อประกอบการชักจูงหรือในการชี้ช่องแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ระหว่างที่หน้าที่ดังกล่าวยังไม่เสร็จสมบูรณ์นั้น นายหน้าจะต้องมีหน้าที่จัดเก็บและดูแลรักษาทรัพย์สินหรือสินค้าตัวอย่างนั้น

<sup>189</sup> Commercial Code Article 305 " A broker is a person who make its business to act as intermediary in commercial transaction between other person."

<sup>190</sup> The League of Nation Association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. 95.

<sup>191</sup> Commercial Code Article 306 "A broker may not accept on behalf of the parties either payment or any other performance in connection with a transaction in which he has acted as intermediary, unless a different declaration of intention or a different custom exists."

ให้อยู่ในสภาพที่ดี<sup>192</sup> จนกระทั่งสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาได้สิ้นสุดลง โดยจากการปฏิบัติชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หากว่าตัวอย่างของทรัพย์สินหรือสินค้าได้รับความเสียหาย ซึ่งเกิดมาจากการที่นายหน้าไม่ดูแลรักษาทรัพย์สินดังกล่าว นายหน้าจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหาย

### ข.3.1.3 หน้าที่จัดเตรียมเอกสาร

เมื่อนายหน้าสามารถชี้ช่องหรือชักจูงให้คู่สัญญาเข้ามาทำนิติกรรมกันได้แล้ว นายหน้ามีหน้าที่ต้องเตรียมเอกสาร ที่เรียกว่า "Ketsu-yaku-sho และ Shikirisko" หรือ เอกสารซื้อขายซึ่งอาจเป็นในรูปแบบง่ายๆ เพื่อเป็นสัญญาหรือหลักฐานว่าได้มีการตกลงทำนิติกรรมต่อกันแล้ว โดยเอกสารดังกล่าวจะระบุชื่อหรือชื่อทางการค้าของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ระบุวันที่และข้อตกลงหรือเงื่อนไขในสัญญา ซึ่งเอกสารดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่สอดคล้องกับกิจการนั้นๆ เช่น เวลา สถานที่ที่ทำกิจการนั้น รวมทั้ง คุณลักษณะ มูลค่า ปริมาณ คุณภาพอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา แล้วส่งมอบให้แก่แต่ละฝ่ายโดยไม่ชักช้า<sup>193</sup> แต่หากนายหน้ากระทำหน้าที่นี้แล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายนั้น

---

<sup>192</sup> Commercial Code Article 307 "If a broker has received a sample in connection with a transaction in which he has acted as intermediary, he shall keep it in his custody until the transaction has been completed."

<sup>193</sup> Commercial Code Article 308 "When a transaction has been effected between the parties, the broker shall, without delay, prepare documents containing the full name of each party, the date and summary of such transaction, and after signing them, shall deliver one of such document to each party.

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

If, in the case contemplated in the preceding two paragraphs, one of the parties does not accept or sign the document, the broker shall despatch notice thereof to the other party without delay."

อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้สั่งให้นายหน้าไม่ให้เปิดเผยชื่อหรือชื่อทางการค้าของตนแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นายหน้าไม่จำเป็นต้องระบุชื่อหรือชื่อทางการค้าของเขาลงในเอกสารในข้างต้นได้<sup>194</sup>

#### ข.3.1.4 หน้าที่ทำสมุดนายหน้า

เมื่อนายหน้าดำเนินการให้คู่สัญญาได้กระทำนิติกรรมแล้ว นายหน้าจะต้องนำรายละเอียดของสัญญาซื้อขายที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน ระบุหรือจดรายละเอียดไว้ในสมุดนายหน้า ซึ่งเป็นสมุดที่จัดบันทึกรายละเอียดของการกระทำกิจการของนายหน้าและรายละเอียดของคู่สัญญาเอาไว้ และหากว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเรียกให้นายหน้าส่งมอบสำเนาสมุดนายหน้านายหน้ามีหน้าที่ต้องส่งมอบเอกสารดังกล่าวพร้อมรับรองความถูกต้องของเอกสารให้แก่ฝ่ายนั้น<sup>195</sup>

#### ข.3.1.5 ความรับผิดชอบกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่เปิดเผยชื่อ

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ประสงค์จะเปิดเผยชื่อหรือชื่อทางการค้าของตนในการทำนิติกรรมโดยการชี้ชวนของนายหน้า หรือโดยนายหน้าเองที่ไม่ได้เปิดเผยให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ นายหน้าจะต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>196</sup> แต่จะรับผิดชอบเฉพาะการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น แตกต่างจากตัวแทนค้าต่าง (Commission Agent) โดย

---

<sup>194</sup> Commercial Code Article 310 "If either party has directed the broker not to disclose his full name or his trade name to the other party, the broker shall not enter such full name or trade name in the documents mentioned in Art. 308 paragraph. 1 or in the copy mentioned in second paragraph of the preceding Article."

<sup>195</sup> Commercial Code Article 309 The broker shall enter in his book the particulars mentioned in the first paragraph of the preceding Article.

Either party may at any time demand of the broker the delivery of a copy of the entries in his book in connection with the transaction in which he has acted as intermediary for him."

<sup>196</sup> 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.

นายหน้าจะไม่มีสิทธิกลายเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขายเองภายหลังที่นายหน้าได้ปฏิบัติชำระหนี้แล้วจะได้รับสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่เปิดเผยชื่อ ตามมาตรา 500 แห่งประมวลแพ่ง<sup>197</sup>

### ข.3.2 สิทธิของนายหน้า

#### ข.3.2.1 สิทธิในการรับบำเหน็จ

เมื่อนายหน้าได้ปฏิบัติหน้าที่เป็นตัวการในการชักจูงหรือชี้ช่องให้คู่สัญญาได้เข้ามาทำสัญญาต่อกัน นายหน้ามีสิทธิได้รับบำเหน็จจากคู่สัญญา โดยคู่สัญญาจะมีหน้าที่จ่ายค่าบำเหน็จให้แก่นายหน้าโดยเฉลี่ยฝ่ายละเท่ากัน อย่างไรก็ตามนายหน้าอาจยังไม่มีสิทธิได้รับบำเหน็จจนกว่าจะปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 308 ที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้น ให้ครบถ้วนเรียบร้อยก่อน<sup>198</sup> แม้ว่ากิจการดังกล่าวจะไม่ได้รับการปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ตาม เว้นแต่มีการตกลงระหว่างคู่สัญญาให้การปฏิบัติตามสัญญา เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนเพื่อจ่ายค่าบำเหน็จให้แก่ นายหน้าได้ (ศาลฎีกาญี่ปุ่น 3 กรกฎาคม 1908)

อย่างไรก็ตาม หากนายหน้ามิได้ตกลงเป็นอย่างอื่นกับคู่สัญญา นายหน้ามีสิทธิเรียกค่านายหน้าที่เกี่ยวกับกิจการซึ่งตนได้กระทำในฐานะตัวกลางเท่านั้น โดยนายหน้าไม่มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการจัดการของตนได้

#### 4.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า

ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรเกิดขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ 1730 โดยบรรดาพ่อค้าข้าวได้ร้องขอให้รัฐบาลจัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีสถานที่กลางไว้สำหรับทำการซื้อขายข้าว โดยเรียกว่า ตลาดค้าข้าวโดจิม่า (Dojima) ในเมืองโอซาก้า ซึ่งต่อมาได้มีการจัดตั้งตลาดในลักษณะดังกล่าวเพิ่มขึ้นในนครเอโดะ (Edo) ซึ่งต่อมาก็คือ นครโตเกียว (Tokyo) ในปัจจุบันนั่นเอง ซึ่งทำหน้าที่เป็นตลาดซื้อขายข้าวล่วงหน้าที่เกิดขึ้นในด้านตะวันออกของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งต่อมาก็มีตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าเพิ่มมากขึ้น โดยแต่ละตลาดจะมีการแบ่งชนิดและประเภทสินค้าที่ทำการซื้อขายกัน เช่น ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรโตเกียว (The Tokyo Grain Exchange Market) ก็จะทำการซื้อขาย

<sup>197</sup> The League of Nation Association of Japan, The Commercial Code Of Japan Annotated I, (Tokyo: Maruzen Company, 1931), p. 99.

<sup>198</sup> Commercial Code Article 312 "The broker may not demand remuneration until after he has complied with the formalities prescribed in Art 308.

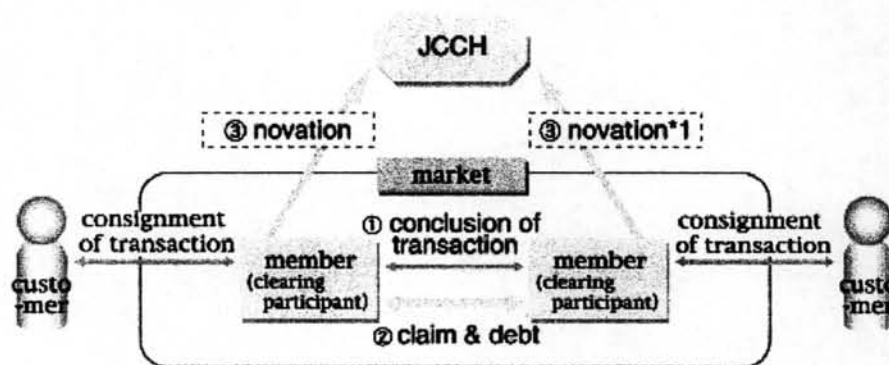
The broker's remuneration shall be borne by both parties in equal proportion.

สินค้าที่เป็นน้ำตาล หรือสินค้าเกษตร หรือ ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรญี่ปุ่นกลาง (Central Japan Commodity Exchange Market) ก็จะทำให้การซื้อขายไข่ไก่ น้ำมันพืชล่วงหน้า เป็นต้น<sup>199</sup>

สำหรับรูปแบบการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการซื้อขายในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ก่อนที่ลูกค้าจะสามารถส่งคำสั่งซื้อขายผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (Futures Commission Merchant) โดยลูกค้าจะต้องทำสัญญากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าก่อนและขอเปิดบัญชีในฐานะลูกค้าของนายหน้าผู้นั้น โดยต้องวางเงินจำนวนหนึ่งเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติชำระหนี้ต่อนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งนายหน้าจะนำเงินดังกล่าวของลูกค้าไปวางต่อสำนักหักบัญชีญี่ปุ่นกลาง เพื่อวางเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา หรือที่เรียกว่า Initial Margin

เมื่อคำสั่งซื้อคำสั่งขายได้รับการจับคู่เรียบร้อยแล้ว ก็จะทำให้เกิดสิทธิหน้าที่ต่อกันระหว่างฝ่ายผู้ซื้อและฝ่ายผู้ขาย ซึ่งขั้นตอนนี้สำนักหักบัญชีกลางญี่ปุ่น (JCCH) จะมีบทบาทเข้ามาเป็นคู่สัญญา โดยจะเข้าเป็นผู้ซื้อให้แก่ผู้ขาย และจะเข้าเป็นผู้ขายให้แก่ผู้ซื้อ โดยเข้ามาเป็นในลักษณะการเข้าแทนที่คู่สัญญา (Novation)<sup>200</sup> เพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้ซื้อและผู้ขายว่าจะได้รับชำระหนี้อย่างแน่นอน เพราะหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดนัด อีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องต่อสำนักหักบัญชี (JCCH) ได้ทันที

### แผนภูมิที่ 9. ขั้นตอนการซื้อขายในตลาดล่วงหน้า<sup>201</sup>



<sup>199</sup> The Tokyo Grain Exchange,

[http://www.tge.or.jp/english/about/about\\_02.shtml](http://www.tge.or.jp/english/about/about_02.shtml), ณ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2549

<sup>200</sup> The Japan Commodity Clearing House, [http://www.jcch.co.jp/i/i\\_b.html](http://www.jcch.co.jp/i/i_b.html) ณ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2549

<sup>201</sup> The Japan Commodity Clearing House, [http://www.jcch.co.jp/i/i\\_b.html](http://www.jcch.co.jp/i/i_b.html) ณ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2549

1. เมื่อลูกค้าส่งคำสั่งซื้อขายผ่านนายหน้าที่เป็นสมาชิกของตลาดแล้ว นายหน้านั้นได้ส่งคำสั่งดังกล่าวเข้าตลาดเพื่อจับคู่ เป็นสัญญาซื้อขายสัญญาล่วงหน้าเกิดขึ้น
2. เมื่อได้รับการยืนยันการจับคู่แล้ว สมาชิกต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน
3. JCCH จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับทั้งสองฝ่าย โดยเข้ามาเป็นในลักษณะการเข้าแทนที่คู่สัญญา (Novation) โดย JCCH จะเข้าเป็นผู้ซื้อให้แก่ผู้ขาย และจะเข้าเป็นผู้ขายให้แก่ผู้ซื้อ

### ก. กฎหมายการซื้อขายสินค้าเกษตร (Commodity Exchange Law)

ในเรื่องที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ประเทศญี่ปุ่นได้มีกฎหมายสำหรับใช้ในการควบคุมการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าซึ่งเรียกว่า กฎหมายการซื้อขายสินค้าเกษตร (Commodity Exchange Law) ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นครั้งแรกเมื่อ 5 สิงหาคม ค.ศ. 1950 และหลังจากนั้น รัฐบาลญี่ปุ่นได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันเป็นจำนวนถึง 30 ครั้ง ในรอบระยะเวลากว่า 60 ปี ตั้งแต่ ค.ศ. 1951 ถึง ค.ศ. 2004 ซึ่งฉบับที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 โดยมีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขดังต่อไปนี้

1. เพื่อปรับปรุงให้มีระบบคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้าให้เพิ่มมากขึ้น โดยให้มีการวางระบบการเปิดเผยถึงความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น (Risk Disclosure System) , โดย
  - กำหนดหน้าที่ให้มีตัวกลาง (ตลาด) ในการประเมินความมีเสถียรภาพของการลงทุนในสินค้าชนิดพิเศษ สำหรับลูกค้าหรือนักลงทุนทั่วไป
  - การรวมระบบของการวางหลักประกัน(Margin Requirement) ไว้กับตลาดหรือสำนักหักบัญชีโดยการลดขั้นตอนของการนำทรัพย์สินที่มีหลักประกันไปวางไว้ที่ตลาด เป็นการลดความซับซ้อนของกฎเกณฑ์การแบ่งแยกทรัพย์สินและทำให้ระบบการวางหลักประกันโดยรวมง่ายขึ้น
  - การเปลี่ยนแปลงในเรื่องของ กองทุนเพื่อการคุ้มครองลูกค้า เพื่อคุ้มครองลูกค้าจากผลการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ของสมาชิกตลาด
  - การปรับปรุงกฎเกณฑ์ในเรื่องการแบ่งแยกหลักประกันสำหรับหลักประกันที่มีจำนวนที่เกินกว่าที่กำหนดไว้
2. การพิจารณาทบทวนกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (FCMs)
  - กำหนดให้ตัวกลาง (ตลาด) ที่ได้รับอนุญาต ทำหน้าที่ออกใบอนุญาตให้แก่ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าทั้งหมด แทนการออกใบอนุญาตสำหรับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าเป็นรายชนิดให้แก่ นายหน้า

- ปรับปรุงมาตรฐานของเงินทุนของตัวกลาง(ตลาด)จากระบบที่พิจารณาจากระดับเงินทุนเพียงอย่างเดียว เป็นระบบที่พิจารณาถึงรายได้ที่แท้จริงที่สัมพันธ์กับความเสี่ยง โดยนำปริมาณของการซื้อขายและความผันผวนมาใช้ในเป็นเกณฑ์การพิจารณา
- กำหนดให้มีการปรับปรุงระบบการเปิดเผยถึงความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น (Risk Disclosure System) ให้แก่นักลงทุนได้ทราบ รวมทั้งการเปิดเผยในเรื่องที่เกี่ยวกับระบบการซื้อขายและการชำระหนี้ซื้อขาย
- 3. เพิ่มความน่าเชื่อถือและความสะดวกในการเข้าสู่ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตร โดย
  - การจัดการปิดการซื้อขาย (Settlement Transaction) หรือที่เรียกว่า "Off-Exchange" เพื่ออนุญาตให้นักลงทุนขนาดใหญ่ทำการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ในหลายๆตลาด
  - การนำวิธีการที่เรียกว่า "Mutual association" มาใช้เป็นทางเลือก การปรับปรุงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการปฏิบัติการและการเงิน
  - การกำหนดให้มีในเรื่องของ สินค้าที่ไม่มีการซื้อขายในตลาด เพื่อสามารถซื้อขายในตลาดได้ เป็นการสนองความต้องการของกลุ่มคนบางกลุ่ม
  - การโอกาสเปิดให้บุคคลอื่นนอกจาก ผู้ผลิต ผู้ขาย ที่เป็นสมาชิกตลาด มาทำการซื้อขายสินค้าเกษตรกับตลาดโดยตรง

#### ข. นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า (Futures Commission Merchants หรือ FCMs)

นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะทำให้การซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายซื้อขายสินค้าเกษตรดำเนินการไปได้อย่างลุล่วง แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินงานของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในฐานะผู้ทำการซื้อขายแทนลูกค้าในฐานะผู้บริโภคนั้น มีความเสี่ยงที่จะกระทำให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหายได้ ดังนั้น กฎหมายซื้อขายสินค้าเกษตรและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการเป็นนายหน้าไว้ดังนี้

#### ค. สถานะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

ในกฎหมายซื้อขายสินค้าเกษตรไม่ได้กำหนดสถานะของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อรัฐมนตรีที่กำกับดูแล ตลาดล่วงหน้า และลูกค้า แต่อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการกระทำการเป็นนายหน้าของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรญี่ปุ่นกลาง หรือ Regulations Governing Brokerage Activity on Central Japan

Commodity Exchange ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับลูกค้าไว้ว่า "การฝากหรือถอนมาจิ้น (Exchange Margin) ของลูกค้าที่อยู่กับสำนักหักบัญชี (JCCH) จะต้องกระทำโดยนายหน้าที่กระทำในฐานะตัวแทนเพื่อลูกค้าเท่านั้น และห้ามมิให้ใคร นอกจากนายหน้า กระทำการในฐานะตัวแทนเพื่อลูกค้า ในการฝากหรือถอนมาจิ้นของลูกค้าต่อสำนักหักบัญชี (JCCH) และลูกค้าไม่อาจปฏิเสธความสัมพันธ์ในลักษณะตัวแทนดังกล่าวได้<sup>202</sup>

แม้ว่ากฎเกณฑ์ของสำนักหักบัญชีจะได้กำหนดลักษณะดังกล่าวไว้แล้วก็ตาม ก็ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่านายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะเป็น ตัวแทนตามกฎหมายทั่วไป หรือเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ

### ง. นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้า (ผู้ซื้อผู้ขาย) กับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

เมื่อลูกค้าประสงค์จะทำการซื้อขายล่วงหน้าในตลาด ลูกค้าอาจต้องเปิดบัญชีกับ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า และทำสัญญาแต่งตั้งนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าให้เป็นตัวแทนของตนใน การซื้อขายในตลาดล่วงหน้า ดังนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้าและนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจึงเป็น ความสัมพันธ์ในฐานะตัวการตัวแทน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะทราบถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า แล้วก็ตาม ในขั้นนี้อาจยังไม่เพียงพอที่จะสรุปว่า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีสถานะเป็นตัวแทน นอกจากนิติสัมพันธ์ดังกล่าวแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องมีหน้าที่ต่อ ลูกค้าดังต่อไปนี้

ง.1 หน้าที่ส่งเอกสารที่สำคัญให้แก่ลูกค้า ในการรับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้า นายหน้าซื้อขาย ล่วงหน้ามีหน้าที่ที่จะต้องส่งเอกสารให้แก่ลูกค้า โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- ก. จำนวนของธุรกรรมที่ทำการส่งคำสั่งซื้อขายตามสัญญารับคำสั่งซื้อขาย ซึ่ง รวมถึงการใช้สิทธิตามสัญญา
- ข. ความผันผวนของราคาในตลาดอาจทำให้เกิดความสูญเสียต่อลูกค้าในการส่ง คำสั่งซื้อขายและจำนวนที่สูญเสียอาจจะเกินจำนวนที่ทำการซื้อขายกัน หรือ จำนวนเงินที่นำมาวางค้ำประกัน

<sup>202</sup> Regulations governing brokerage Activity on Central Japan Commodity Exchange article 8 " Deposit and refunds of Exchange Margin of a customer with JCCH shall be conducted by a Broker acting in the capacity of the customer..... No party other than a Broker Member ..... Shall act in the capacity of agent for a customer.



- ค. นอกจากนี้ในเรื่องที่กำหนดใน ข้อ ก. และ ข. เรื่องที่เกี่ยวกับการรับคำสั่งซื้อขายที่กำหนดโดยคณะรัฐมนตรีที่เห็นว่าสำคัญและมีผลต่อการตัดสินใจของลูกค้า
- ง. ข้อสำคัญของสัญญาระหว่างนายหน้ากับลูกค้าและเรื่องที่กำหนดโดยรัฐมนตรี

ง.2 **หน้าที่ของนายหน้าในการอธิบายและรับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหาย** เพื่อให้ลูกค้าสามารถเข้าใจในการเข้าทำธุรกิจกับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องมีหน้าที่อธิบายถึงความเสี่ยงในการส่งคำสั่งซื้อขายผ่านนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอย่างเหมาะสมแก่ลูกค้าก่อนทำการซื้อขาย แต่หากนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามิได้แจ้งหรืออธิบายให้ลูกค้าได้ทราบ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า จะต้องรับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหายใดๆที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวต่อลูกค้า

ง.3 **หน้าที่แจ้งถึงความสมบูรณ์ของสัญญา** เมื่อได้มีการส่งคำสั่งซื้อขายที่ได้รับมาจากลูกค้า และนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าได้ส่งคำสั่งดังกล่าวเข้าสู่ตลาดซื้อขายล่วงหน้าแล้ว นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้ลูกค้าทราบถึงปริมาณและจำนวนที่ตกลงกัน หรือราคาของสัญญาอื่นๆ สำหรับการธุรกรรมแต่ละธุรกรรมที่เกิดขึ้น รวมทั้งวันที่ธุรกรรมมีผลสมบูรณ์ และรายละเอียดอื่นที่กำหนดโดยรัฐมนตรีโดยไม่ชักช้า

ง.4 **สิทธิในการรับค่าบำเหน็จ** วัตถุประสงค์การเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าคือเพื่อได้มาซึ่งบำเหน็จจากการรับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้า ดังนั้น ภายหลังที่เสร็จสิ้นการซื้อขายในแต่ละวัน ซึ่งการชำระค่านายหน้านั้นโดยปกติจะหักออกจากเงินประกันของลูกค้าที่นำมาวางแก่นายหน้า ซึ่งตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำการเป็นนายหน้าของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรญี่ปุ่นกลาง มาตรา 19 ได้กำหนดไว้ว่าภายหลังที่มีการปิดการซื้อขายใดๆแล้ว ลูกค้าจะต้องจ่ายค่านายหน้าแก่นายหน้า ตามที่กำหนด นอกเหนือจาก มาตรา 2 (6) จำนวนของค่านายหน้าที่กำหนดจากนายหน้าจะถูกหักจากเงินประกันที่ได้ฝากไว้ (Margin Deposit) กับนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า

ง.5 **สิทธิในการได้รับการชดเชยจากค่าใช้จ่ายที่เสียไป** ในกรณีที่ลูกค้าต้องการให้นายหน้าดำเนินการใดๆเพื่อประโยชน์แก่ตนในการส่งคำสั่งซื้อขายที่มีลักษณะแตกต่างจากการซื้อขายตามปกติหรือทำให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าต้องดำเนินการมากกว่าภาระหน้าที่ตามปกติของตน ลูกค้าจะต้องชำระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำการเป็นนายหน้าของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรญี่ปุ่นกลาง มาตรา 31 ซึ่งกำหนดว่า นายหน้าอาจขอให้ลูกค้าจ่ายค่าใช้จ่ายพิเศษที่ตนกระทำแทนลูกค้า ที่เกิดขึ้นจากการค้าที่นายหน้ายอมรับคำสั่งนั้น

## จ. นิติสัมพันธ์ระหว่างนายหน้าซื้อขายล่วงหน้ากับตลาดล่วงหน้า หรือ สำนักหักบัญชี หรือ รัฐมนตรีที่กำกับดูแล

### จ.1 หน้าที่ต่อรัฐมนตรีที่กำกับดูแล

จ.1.1 การขออนุญาตเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า การที่บุคคลหนึ่งจะเข้ามาทำการซื้อขายสินค้าเกษตรในตลาดล่วงหน้าจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีจึงจะสามารถกระทำดังกล่าวได้ โดยบุคคลนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นบริษัทหลักทรัพย์ แต่หากเป็นนิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอื่นจะต้องมีลักษณะเดียวกันกับบริษัทหลักทรัพย์ของประเทศญี่ปุ่น โดยจะต้องมีทรัพย์สินเพียงพอสำหรับประกอบธุรกิจการเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หรือธุรกิจรับคำสั่งซื้อคำสั่งขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า และจะต้องมีความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับธุรกิจเป็นอย่างดี นอกจากนี้จะต้องไม่ใช่บุคคลที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

1. บุคคลที่เคยได้รับการลงโทษจำคุกหรือลงโทษในฐานความผิดร้ายแรง ซึ่งรวมถึงความผิดที่มีลักษณะเดียวกันตามกฎหมายต่างประเทศ และภายในระยะเวลา 5 ปี นับแต่ได้รับการลงโทษ
2. บุคคลที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาต และภายในระยะเวลา 5 ปี นับแต่ถูกเพิกถอนใบอนุญาต
3. บุคคลที่ถูกเพิกถอนกิจการออกจากตลาดสินค้าเกษตรหรือตลาดลักษณะเดียวกันในต่างประเทศ และภายในระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ถูกเพิกถอนกิจการ

พร้อมทั้งยื่นคำขอโดยระบุถึง ชื่อทางการค้า รายได้สุทธิ ชื่อและภูมิลำเนาของสำนักงานใหญ่ สาขา หรือสำนักงานอื่นๆ และเอกสารอื่นๆ ตามที่รัฐมนตรีกำหนด เพื่อพิจารณาคำขอดังกล่าว

เมื่อรัฐมนตรีได้อนุญาตให้มีการดำเนินกิจการแล้วนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าก็สามารถดำเนินธุรกิจได้ แต่อย่างไรก็ตาม นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ายังคงต้องมีหน้าที่แจ้งให้รัฐมนตรีได้ทราบเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเหตุดังต่อไปนี้

- การเปลี่ยนแปลงชื่อทางการค้า รายได้สุทธิ ชื่อและภูมิลำเนาของสำนักงานใหญ่ สาขา หรือสำนักงานอื่นๆ และเอกสารอื่นๆ ตามที่รัฐมนตรีกำหนด
- เมื่อถูกระงับ หรือกลับมา รับคำสั่งซื้อขายได้จากการถูกลงโทษ
- ถ้านายหน้าซื้อขายล่วงหน้าอุทธรณ์ต่อการล้มละลาย เริ่มกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ฯลฯ
- ในกรณีที่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดของรัฐมนตรี

นอกจากนี้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ายังมีหน้าที่แจ้งสถานะของกิจการของตนต่อ รัฐมนตรีด้วยในกรณีที่ต้องการจะประกอบธุรกิจที่นอกเหนือจากการรับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้าหรือ เข้าไปถือหุ้นในกิจการอื่นในลักษณะการครอบงำกิจการ หรือในกรณีที่นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไป ต้องการประกอบกิจการต่อไปแล้ว หรือมีเหตุอื่นที่ไม่สามารถดำเนินกิจการดังกล่าวได้ต่อไป เช่น ตกเป็นบุคคลล้มละลาย เป็นต้น

**จ.1.2 การประกอบธุรกิจเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้า** หลังจากที่นายหน้าได้รับ อนุญาตจากรัฐมนตรีดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การที่นายหน้าจะสามารถดำเนินการรับคำสั่งซื้อขาย สินค้าเกษตรในตลาดล่วงหน้าได้นั้น นายหน้าจำเป็นต้องมีหน่วยงานปฏิบัติการ เพื่อทำการ ชักชวนหรือจูงใจลูกค้าเพื่อให้ได้มาซึ่งคำสั่งซื้อขายจากลูกค้า ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ จะต้องมีความพร้อมของนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าไม่สามารถมีตัวแทนซื้อขายได้หากไม่ได้ทำ การจดทะเบียนตัวแทนซื้อขายต่อรัฐมนตรี โดยตัวแทนซื้อขายจะมีอำนาจกระทำแทนนายหน้าซื้อ ขายล่วงหน้าที่ได้เป็นสมาชิกอยู่

สำหรับในเรื่องที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคหรือลูกค้านั้น กฎหมายได้ห้าม มิให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าให้หลักประกัน ให้ยืม หรือการเปลี่ยนแปลงหนี้สินหรือทรัพย์สินใดของ ลูกค้า หรือถือทรัพย์สินแทนลูกค้าที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ในสั่งซื้อขายสินค้าเกษตร โดยไม่ได้รับความ ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากลูกค้า นอกจากนี้ นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ายังจะต้อง ดำเนินการแยกทรัพย์สินของลูกค้าออกจากทรัพย์สินของตน ทั้งนี้เพื่อว่าทรัพย์สินหรือเงินของ ลูกค้าจะไม่ตกไปอยู่ในกองล้มละลาย หากว่านายหน้าผู้นั้นถูกศาลพิพากษาให้ตกเป็นบุคคล ล้มละลาย และเพื่อป้องกันมิให้นายหน้ามีผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) จึงห้าม มิให้นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ารับคำสั่งซื้อขายในตลาดกระทำการจับคู่สัญญาโดยตนเป็น คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามกับกิจการที่ตนได้รับคำสั่งมาจากลูกค้าเอง

**จ.1.3 หน้าที่จัดทำรายงาน** นายหน้าซื้อขายล่วงหน้ามีหน้าที่ต้องจัดทำบัญชีที่ เกี่ยวกับการประกอบกิจการรับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้าโดยจะต้องมีการแยกบัญชีกิจการของตน ออกจากบัญชีของลูกค้า เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของลูกค้า และนายหน้าดังกล่าวจะต้องจัดทำ รายงานที่เกี่ยวกับกิจการและสินทรัพย์ในรอบปีให้แก่รัฐมนตรีภายในสามเดือน นับตั้งแต่วันที่ ครบรอบปี

## จ.2 หน้าที่ต่อตลาด

**จ.2.1 การเป็นสมาชิกตลาด** นอกจากการได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเป็น นายหน้ารับคำสั่งซื้อขายจากลูกค้าแล้ว นายหน้าจะต้องเป็นสมาชิกตลาดและเป็นผู้ค้า (Trading

Participant) ด้วย เพราะหากไม่เป็นสมาชิกตลาดเป็นในฐานะผู้ค้า นายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะไม่สามารถทำการรับคำสั่งซื้อขายแทนลูกค้าของตนได้ โดยบุคคลที่สามารถเป็นสมาชิกตลาดและเป็นผู้ค้าได้นั้น จะต้องเป็นบุคคลดังต่อไปนี้

1. บุคคลผู้ซึ่งประกอบธุรกิจซื้อขาย สินค้าเกษตร ที่กำหนดโดยตลาด หรือ
2. นายหน้าซื้อขายล่วงหน้า หรือ
3. บุคคลที่รัฐมนตรีกำหนดให้สามารถเป็นสมาชิกตลาดได้ โดยนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าจะต้องมีคุณสมบัติตามที่ตลาดนั้นๆ กำหนด

#### จ.2.2 หน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การซื้อขายของแต่ละตลาด ดังที่ได้

กล่าวมาบ้างแล้วว่าตลาดการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า มีตลาดจำนวนมากและมีประเภทของสินค้าที่ทำการซื้อขายแตกต่างกันไป ดังนั้น ในตลาดแต่ละแห่งจะมีกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่แตกต่างกันไป เช่นในเรื่องของ ระยะเวลาซื้อขายสินค้าแต่ละประเภท เช่น สินค้าบางประเภท อาจจะมีการซื้อขายเฉพาะช่วงเช้า หรือช่วงระยะเวลาที่กำหนด เท่านั้น ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวจะถูกหนดตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการกระทำการเป็นนายหน้าของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตร ซึ่งในแต่ละตลาดจะเป็นผู้กำหนด เช่น กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการกระทำการเป็นนายหน้าของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรญี่ปุ่นกลาง เป็นต้น

### จ.3 หน้าที่ต่อสำนักหักบัญชี

จ.3.1 หน้าที่ในการวางหลักประกันหรือมาจิ้น (Margin) กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการกระทำการเป็นนายหน้าของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรญี่ปุ่นกลาง มาตรา 7 ได้กำหนดให้นายหน้าสมาชิกที่กระทำการในฐานะตัวแทนเพื่อลูกค้า จะต้องนำหลักประกันที่ลูกค้านำมาวางต่อตนฝากไว้ที่สำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) อีกทอดหนึ่ง เพื่อการส่งคำสั่งซื้อขายและเป็นหลักประกันในการปฏิบัติชำระหนี้ ดังต่อไปนี้

- หลักประกันเบื้องต้น (Initial Margin)
- หลักประกันเพื่อรักษาสถานะ (Maintenance Exchange Margin)
- หลักประกันเพิ่มเติม (Spot Additional Exchange Margin)

ในตลาดสินค้าเกษตรโตเกียว (Tokyo Grain Exchange) จะกำหนดช่วงเวลาการซื้อขายสินค้าเกษตรเป็นช่วงเช้าและช่วงบ่าย และในแต่ละช่วงจะแบ่งย่อยอีกเป็นสามช่วง ซึ่งในแต่ละช่วงย่อยจะกำหนดประเภทสินค้าที่ทำการซื้อขาย เช่น ช่วงเช้า ช่วงย่อยแรก จะทำการซื้อขาย ถั่วเหลือง กาแฟอาราบิก้า น้ำตาลทรายดิบ ผ้าไหมดิบ ส่วนในช่วงย่อยที่สองจะทำการซื้อขาย ข้าวโพด ผัก เป็นต้น

- หลักประกันเพิ่มเติมพิเศษ (Extraordinary Additional Exchange Margin)
- หลักประกันเพื่อการส่งมอบ (Delivery Exchange Margin)

นอกจากนี้ นายหน้าจะต้องฝากหลักประกันในส่วนที่เกินจากที่ลูกค้านำมาฝากไว้กับตน ให้แก่สำนักหักบัญชีกลาง(JCCH) ด้วย อย่างไรก็ตาม นายหน้าอาจจะสามารถรับฝากหลักประกันของลูกค้าได้ หากได้รับความยินยอมเป็นหนังสือ สำหรับการรับคำสั่งซื้อขายได้

**จ.3.2 หน้าที่ตามสัญญาสมาชิกหักบัญชี (Clearing Participation Agreement)** ในกรณีที่นายหน้าจะสามารถดำเนินการชำระเงินตามบัญชีของตนหรือใช้บริการของสำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) ได้นั้น จะต้องเป็นสมาชิกสำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) ซึ่งจะต้องมีหน้าที่ ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยสำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) และจะต้องรับผิดชอบต่อสำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) ในการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) หรือสมาชิกอื่น<sup>203</sup>

**จ.3.3 หน้าที่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่สำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) กำหนด** ซึ่งจะ เป็นในเรื่องที่เกี่ยวกับการเข้าเป็นสมาชิกสำนักหักบัญชี หลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจกับสำนักหักบัญชี การชำระบัญชีในธุรกรรมที่ได้ทำการซื้อขายในตลาด และมาตรการต่างๆที่เกี่ยวข้อง

### **จ. นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้า (ผู้ซื้อ/ผู้ขาย) กับตลาด หรือ สำนักหักบัญชี หรือรัฐมนตรีที่กำกับดูแล**

รูปแบบของความสัมพันธ์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นจะมีลักษณะของการเข้าร่วมเป็นสมาชิกหรือการขอรับอนุญาตประกอบกิจการ ไม่ใช่เป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาซื้อขาย เช่น รัฐมนตรีที่กำกับดูแล หรือตลาด ซึ่งมีหน้าที่เป็นตัวกลางให้มีการซื้อขายกันเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม สำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) นอกจากจะมีหน้าที่เป็นตัวกลางแล้ว ยังมีหน้าที่เข้าเป็นคู่สัญญากับสมาชิกของตนด้วยด้วยเพื่อวัตถุประสงค์ในการเพิ่มความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ที่เข้ามาทำการซื้อขายสัญญาล่วงหน้ากันในตลาด แต่สำหรับนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับสำนักหักบัญชีนั้น ไม่สามารถเกิดขึ้นได้เพราะลูกค้าไม่ใช่สมาชิกของ สำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) โดยกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจมาตรา 48 กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า สำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) จะรับผิดชอบในเรื่องที่เกี่ยวกับการหักบัญชีตามการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า นั้น ต่อสมาชิกของตนเท่านั้น<sup>204</sup>

<sup>203</sup> Clearing Participation Agreement, The Japan Commodity Clearing House, [http://www.jcch.co.jp/i/i\\_b.html](http://www.jcch.co.jp/i/i_b.html) ณ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2549

<sup>204</sup> Business Rule, The Japan Commodity Clearing House Article 48 " The responsibility of JCCH to perform obligations concerning Subject to Clearing

ดังนั้น จึงไม่มีนิติสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างสำนักหักบัญชีกลาง (JCCH) กับลูกค้า อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ต่างๆไม่ว่าจะออกโดยตลาด หรือ สำนักหักบัญชี หรือรัฐมนตรีที่กำกับดูแล มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองลูกค้า ดังนั้น ในแต่ละส่วนจึงมีกระบวนการที่จะทำให้ลูกค้าสามารถร้องเรียนต่อหน่วยงานดังกล่าวในฐานะหน่วยงานกำกับดูแลนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าหากนายหน้าก่อให้เกิดความเสียหายต่อลูกค้า

---

Transactions consummated in the Designated Commodity Market of Designated Commodity Exchange shall extend only to Clearing Participant”