

บทที่ 2

ที่มา และแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

นายหน้า (Brokerage) เป็นส่วนหนึ่งในระบบการค้าขายทั้งในทางแพ่งและทางพาณิชย์ ตั้งแต่การค้าขายทรัพย์สินที่มีมูลค่าน้อยจนไปถึงทรัพย์สินที่มีมูลค่ามาก เฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ มูลค่าสูงมาก และมีแนวโน้มที่จะความมีมูลค่าจะเพิ่มขึ้นไปเรื่อย ๆ รวมไปถึงที่ดินในจังหวัดต่าง ๆ ที่มีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจด้วย¹ เหตุนี้เอง นายหน้าอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นผู้ที่มีความข้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์มหาศาล ทางกลับกันฉันใดบางกรณีก็อาจข้องเกี่ยวกับมูลแห่งความเสียหายจำนวนมากได้เช่นกันฉันนั้น ดังนั้น การที่นายหน้ามีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยหลักแล้วก็เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นได้บรรลุข้อประสงค์อันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน เนื่องด้วยผลจากการที่ได้ทำนิติกรรมสัญญาตามเจตนาแห่งตนกับอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งมีนายหน้าเป็นผู้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าว จึงจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจที่มา ความหมาย และความสำคัญของ “นายหน้า” จะทำให้ทราบถึงกรอบแนวคิดของการเป็นนายหน้า รวมทั้งทราบถึงบทบาทหน้าที่ของนายหน้าที่ชัดเจนยิ่งขึ้นอันเป็นประโยชน์แก่บุคคลที่ประสงค์จะมีนิติสัมพันธ์กับนายหน้า และนายหน้าเองก็สามารถที่จะเข้าใจแก่นแท้อันเป็นเจตนารมณ์แห่งการเป็นนายหน้าอย่างลึกซึ้งอีกด้วย

2.1 การประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

2.1.1 ที่มาและความสำคัญของอาชีพนายหน้า

หลักกฎหมายเรื่องนายหน้าเป็นหลักที่มาจากอย่างยาวนาน ครั้งเมื่อแต่สมัยโรมัน โดยเป็นหลักที่ถูกพัฒนามาจากหลักเรื่องตัวแทน² ซึ่งแต่เดิมความสัมพันธ์รูปแบบนี้มีลักษณะ

¹ มูลนิธิประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย. (2561). *เผยแพร่ความรู้การประเมินค่าทรัพย์สิน อสังหาริมทรัพย์ การพัฒนาที่ดินและเมืองเพื่อประโยชน์สาธารณะ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://thaiappblog.files.wordpress.com/2019/03/journal03-04-19_m.pdf. [2563, 1 กุมภาพันธ์].

² วิจักขณ์ภัค เกษา. (2559). *กฎหมายนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ประเทศสิงคโปร์ และประเทศฟิลิปปินส์*. สารนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 39-40.

เป็นการที่ตัวการแสดงออกกับตัวแทน โดยการสั่งการมอบหมายอำนาจให้ผู้ที่เป็นตัวแทนดำเนินการแทนแบบเด็ดขาด (Mandatum Contractum) กล่าวคือ อำนาจในการดำเนินการของตัวแทนนั้นมีอย่างเด็ดขาดในอันที่จะกระทำการใด ๆ ตามคำสั่งของตัวการได้ ผลแห่งอำนาจเด็ดขาดนี้เองจะส่งผลถึงความรับผิดชอบของตัวแทนด้วย โดยตัวแทนจำต้องรับผิดชอบแห่งการกระทำนั้นเพียงลำพังเด็ดขาดเช่นกัน ตัวการจึงไม่มีการรับผิดชอบแห่งการนี้ ต่อมาได้มีหลักแนวคิดในการมอบอำนาจให้ตัวแทนดำเนินการแทนแบบไม่เด็ดขาด ซึ่งต้องพิจารณาเกี่ยวกับขอบอำนาจที่ตัวการได้มอบให้ด้วย กล่าวคือ หากตัวแทนได้กระทำการใด ๆ ภายในขอบอำนาจอันมาจากคำสั่งของตัวการแล้ว ตัวการจำต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของตัวแทนนี้นั่นเอง ซึ่งครั้งในยุคสมัย Anglo Saxon สหราชอาณาจักร ก็ได้มีการนำเอาแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องตัวแทนมาใช้ในสหราชอาณาจักร ทั้งในรูปแบบลักษณะที่เป็นสัญญาชื่อ ขาย แลกเปลี่ยน ให้ จำนอง จำนำ เป็นต้น³

ในส่วนของหลักเรื่องนายหน้าของประเทศไทยแต่เดิมนั้น ยังไม่เคยรับเกี่ยวกับรู้เรื่องสัญญาตัวแทน⁴ ไม่ยอมรับหลักการที่จะให้มีการกระทำนิติกรรมใด ๆ แทนบุคคลอื่นได้ กล่าวคือ หากแม้มีการแต่งตั้งให้มีตัวแทนกระทำการก็ตาม ตัวแทนก็จำต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นคู่สัญญาเองโดยตรง แต่กฎหมายเดิมของไทยนั้น ได้มีเพียงหลักตัวแทนในเรื่องเฉพาะแต่การพิจารณาคดีที่ยอมให้บุคคลหนึ่งว่าความแทนอีกบุคคลหนึ่งอันอยู่ใต้อำนาจของตนเท่านั้น กรณีเช่น การเป็นผู้แทนของผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมาย ซึ่งจะมีความเกี่ยวข้องกับในสวนวิธีพิจารณาความนั่นเอง

ต่อมาครั้งเมื่อได้มีการออกประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้ปรากฏบรรดาหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญาขึ้นใหม่ โดยส่วนใหญ่มาจากหลักกฎหมายของสหราชอาณาจักร อันเนื่องมาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่สยามประเทศในขณะนั้นได้ทำการค้าขายกับสหราชอาณาจักร อีกทั้งบรรดานักกฎหมายขณะนั้นก็นิยมไปศึกษากฎหมายจากสหราชอาณาจักร เป็นส่วนมากอีกด้วย ซึ่งหลักสัญญาตัวแทนนี้ก็ถือเป็นหลักกฎหมายในบรรดาสัญญาใหม่ ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ออกประกาศใช้ในครั้งนั้นด้วย เดิมในสมัยนั้นเรียกว่าสัญญาเอเจนต์ (agency) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญยิ่งอันนำพาความเจริญมาสู่การค้าขายในสมัยใหม่ได้

³ มาโนช สุธาวิชาทนต์. (2538). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า*. กรุงเทพฯ: ศรีเมืองการพิมพ์. หน้า 3.

⁴ ร. แรังกาต์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิชย์. หน้า 285-286.

ในทางปฏิบัติก่อนมีการประกาศใช้ บรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵ ก็ยังคงเคยมีการนำหลักแนวคิดของสัญญาหน้า และสัญญาทรัสต์ (Trust) มาปรับใช้แก่การพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดี โดยศาลก็ได้รับรองหลักการของการทำสัญญาหน้าไว้อีกด้วย คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 306/2465 “เอเจนต์กระทำการไม่สำเร็จโดยความผิดของนาย นายต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่เอเจนต์เท่าจำนวนตามที่เอเจนต์ควรจะได้ถ้าเอเจนต์กระทำการสำเร็จตามสัญญา” และต่อมาจึงปรากฏเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความชัดเจนขึ้นเป็นกฎหมายลักษณะนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตลอดจนถึงปัจจุบัน

2.1.2 ความหมายของนายหน้า

สำหรับประเทศไทยนั้น ในปัจจุบันได้มีกฎหมายเกี่ยวกับนายหน้า โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่ 3 ลักษณะนายหน้าตั้งแต่มาตรา 845 จนถึงมาตรา 849 เท่านั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว พบว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยแจ้งชัดว่า นายหน้า หมายความว่าอะไร เพียงแต่กำหนดลักษณะกิจการที่ต้องดำเนินการเท่านั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 845 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญากันก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าบำเหน็จก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น ถ้าสัญญาที่ได้ทำกันไว้นั้นมีเงื่อนไขเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนไซ้ ท่านว่าจะเรียกหรือจ่ายค่าบำเหน็จแก่นายหน้ายังหาได้ไม่ จนกว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว”

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กล่าวถึงความหมายของ “นายหน้า” โดยมีอยู่ 2 ความหมาย⁶ ซึ่งเป็นการกำหนดให้หมายความเป็นไปดังที่มาตรา 845 ได้บัญญัติไว้ ดังนี้

ความหมายที่หนึ่ง (กฎ) น. หมายถึง ชื่อสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งตกลงจะให้ค่าบำเหน็จแก่อีกบุคคลหนึ่งเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาหรือจัดการให้ได้ทำสัญญากัน

ส่วนความหมายที่สอง น. หมายถึง บุคคลผู้ชี้ช่องหรือจัดการให้บุคคลสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากัน โดยจะได้รับบำเหน็จเป็นการตอบแทน

ดังนั้น การเป็นนายหน้า จึงมีลักษณะเพียงเป็นบุคคลที่แสวงหาค่าบำเหน็จด้วยการทำหน้าที่เป็นสื่อชี้ช่องหรือชักพาให้ตัวการผู้ซึ่งว่าจ้างหรือติดต่อกับตนได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก โดยที่นายหน้าไม่ได้ครอบครองทรัพย์สิน และไม่ได้ลงชื่อในสัญญาแทนตัวการ แต่หากว่าได้ลงชื่อ

⁵ ประกาศไว้ ณ วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2467 โดยใช้เป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2468.

⁶ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2563). *นายหน้า*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dictionary.orst.go.th/>. [2563, 1 กุมภาพันธ์].

แทนด้วยก็ขึ้นชื่อว่าเป็นตัวแทนทำสัญญานั้น⁷ และในระดับสากลเกี่ยวกับนายหน้านั้น ก็ถือว่า ผู้ที่เป็นนายหน้ามีลักษณะเป็นตัวแทนทางธุรกิจจำพวกหนึ่งที่มีความสำคัญอีกด้วย โดยลักษณะของการเข้าซื้อชื่อนี้ หมายถึง บอกให้ทราบ หรือแนะนำให้ผู้ หรือหาผู้ทางให้ได้ทำสัญญา ซึ่งอาจมีการบอกกล่าวต่อ ๆ กัน ไปหลายทอด และส่วนของการจัดให้ได้ทำสัญญา หมายถึง นายหน้าจัดแจงช่วยเหลือให้ทั้งสองฝ่ายได้ทำสัญญากัน นายหน้าอาจจับรดไปส่ง ช่วยต่อรองราคา และเตรียมสัญญา ตลอดจนการนัดคู่สัญญาไปดำเนินการจดทะเบียนซื้อขายกัน โดยเกี่ยวกับนายหน้าในต่างประเทศ เช่น กฎหมายฝรั่งเศสได้มีการใช้คำเรียกนายหน้าว่า “courtier” ซึ่งหมายถึง เป็นคนกลางที่มีอิสระ⁸ (un intermédiaire indépendant)

2.1.3 ลักษณะความหมายของนายหน้า (The Broker)

เอ็ดมันด์ เอฟ พีเชก โทมัส เฮนเดอร์สัน และ รอส จอร์นสัน ได้กล่าวถึงลักษณะของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ว่าเป็นผู้ที่ให้บริการกับบุคคลสองคน ประกอบด้วย เจ้าของกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์ที่ได้ฝากขายฝ่ายหนึ่ง กับผู้ที่ต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการขายดังกล่าวอิงอยู่กับความร่วมมือของแต่ละฝ่าย ได้แก่ การที่เจ้าของนำบ้านมาฝากขายกับนายหน้า โดยการบริการของนายหน้าที่ประกอบด้วยความเชี่ยวชาญแห่งการเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายอันมีความเกี่ยวข้อง การประเมินมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ การ โอนกรรมสิทธิ์ สภาพทางด้านตลาดของอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงการมีความรู้เกี่ยวกับคุณภาพการก่อสร้าง และการเสาะหาสินเชื่อกู้ที่อยู่อาศัย ตลอดจนการมีความสามารถด้านการจัดการและการขาย

2.1.4 ความเป็นมาของสิทธิในที่ดินของประเทศไทย

เนื่องด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ความเป็นมาของประเทศไทยในอดีตกาล จากรูปแบบการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของแผ่นดิน มีอำนาจเด็ดขาดในการปกครองประเทศ การรวมแว่นแคว้นต่าง ๆ ได้มาเนื่องจากการทำศึกสงคราม

⁷ สถิต เล็งไธวง. (2550). *กฎหมายลักษณะตัวแทน และนายหน้า* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร. หน้า 406-410.

⁸ François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque. (2011). *Contracts civils et commerciaux* (9^eéd). Dalloz: Collection Précis. อ้างถึงใน นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธ์. (2564). *กฎหมายเอกเทศสัญญาลักษณะตัวแทน – ลักษณะนายหน้า* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 198.

⁹ อธิชุด ทัดตมนัส. (2556). *การขายบ้านมือสองผ่านนายหน้าโดยการทำสัญญาแบบนายหน้าแต่เพียงผู้เดียว และการทำสัญญาแบบนายหน้าเปิด: กรณีศึกษา บริษัท มาสเตอร์โฮมพร็อพเพอร์ตี้ จำกัด*. วิทยานิพนธ์หลักสูตร เภศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการพัฒนอสังหาริมทรัพย์ ภาควิชาเคหการ คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 26.

โดยมีกษัตริย์ทรงเป็นจอมทัพนั้น ส่งผลถึงแนวคิดของการครอบครองพื้นที่ การเป็นเจ้าของที่ดินนั้นแล้วแต่ถือว่าเป็นของกษัตริย์ทั้งสิ้น ซึ่งปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์ทางลายลักษณ์อักษร ดังเช่นครั้งสมัยอยุธยา ได้มีพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 52 ที่บัญญัติว่า “ที่แคว้นแคว้นกรุงเทพมหานครศรีอยุธยามหาดิลกภพรัตนราชธานีบริกรม เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะเป็นที่ยาษฎรหามิได้” ซึ่งหมายความว่าที่ดินที่อยู่ในเขตกรุงศรีอยุธยานั้นล้วนแล้วแต่เป็นของพระมหากษัตริย์ทั้งหมด และในบทที่ 54 อันเป็นที่นอกเขตเมืองหลวง บัญญัติว่า “ถ้าที่นอกเมืองหลวงอันเป็นแคว้นแคว้นกรุงศรีอยุธยาไซ้ที่ราษฎรอย่าให้ซื้อขายกัน” หมายความว่าพระมหากษัตริย์ทรงอำนาจที่จะจำหน่ายที่ดินนอกเขตเมืองหลวงแต่เพียงผู้เดียว ดังนั้น บรรดาที่ดินนี้เองพระมหากษัตริย์จึงมีพระราชอำนาจเรียกคืนได้เสมอเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการครอบครองที่ดินมากเกินไป แต่สามารถครอบครองตามเท่าที่ได้รับพระราชทานเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้จะรวมความไปถึงการเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่า ที่พระมหากษัตริย์ทรงมีนโยบายให้มีการทำประโยชน์ในที่ดินรกร้าง¹⁰ กล่าวคือ ที่ดินที่เป็นที่รกร้างทั้งหลายล้วนแล้วแต่เป็นของพระมหากษัตริย์ทั้งสิ้น หากปล่อยให้มีการซื้อขายได้ก็จะเป็นผลให้ไม่มีการทำประโยชน์ ตามนโยบายนี้ผู้ที่สามารถทำประโยชน์ได้ก็ชอบที่จะขอพระราชทานที่ดินเพราะตนนั้นเป็นผู้เข้าทำประโยชน์ อันเป็นเหตุผลฐานเดิมในการเรียกคืนที่ดินจากราษฎรที่ปรากฏในหลักกฎหมายปัจจุบันนั่นเอง ซึ่งในระบบนโยบายนี้มีความสำคัญยิ่งในการจัดเก็บภาษีอากรที่ดิน เนื่องจากราษฎรที่ครอบครองไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ ดังนั้น การเสียภาษีรูปแบบนี้จะมีวิธีคิดจากจำนวนเนื้อที่ ๆ ได้ทำประโยชน์ ดังนั้น ความสามารถในการเก็บภาษีอากรจะมากขึ้นตามจำนวนพื้นที่ ๆ ทำประโยชน์ เพื่อให้เกิดผลแห่งการนี้จึงมีการออกกฎหมายโดยกำหนดให้เจ้าของเดิมที่เลิกทำประโยชน์ในที่ดินตามระยะเวลาที่กำหนด ขาดเสียซึ่งสิทธิในที่ดินนั้น หากมีผู้เข้ามาทำประโยชน์แทน และยังมีกำหนดให้ทางราชการจัดหาผู้มาเข้าทำประโยชน์ใหม่ เพื่อให้เกิดการทำประโยชน์ในที่ดินโดยเร็วอีกด้วย ผู้ที่ครอบครองทำประโยชน์ที่ดินสมัยนั้น จึงสามารถเพียงครอบครองที่ดินตามความสามารถของตนที่จะทำประโยชน์ได้เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ช่วงสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย กฎหมายที่ห้ามราษฎรซื้อขายที่ดินกันนั้น ได้ถูกลดความเคร่งครัดลงไป เนื่องจากเหตุที่กษัตริย์ยังทรงมีพระราชอำนาจเรียกคืนที่ดินจากราษฎรได้ ความกังวลเรื่องการถือครองที่ดินของราษฎรจึงไม่มีความสำคัญมากนัก กรณีจึงเกิดมีผู้ถือที่ดินได้มีการโอนที่ดินแก่กัน แม้ยังไม่มีเอกสารสำคัญสำหรับที่ดินก็ตาม ทั้งนี้ ตามพระราชกำหนดเก่าบทที่ 55 กำหนดให้เจ้าพนักงานรับแจ้งการออกโฉนดแก่เจ้าของ แต่เพียงเพื่อมีเจตนาแห่งการลดข้อพิพาท และเพื่อประโยชน์ทางการจัดเก็บภาษีค่านานาเท่านั้น ว่าใครเป็นผู้ทำจริงทำตั้งแต่ปีใด โดยหากพิจารณา

¹⁰ ร. แร่งกาดี. (2483). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) กฎหมายที่ดิน*. กรุงเทพฯ: ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 22.

ถึงหนังสือของลาถูแบร์ พบว่า ในครั้งสมัยของสมเด็จพระนารายณ์ ราชภูธรนั้น ซื่อขายที่ดินกันได้ โดยไม่มีข้อห้าม และกฎหมายก่อนอนุญาตให้ซื้อขายกันได้รวมถึงมีการระบุว่าไร่นาเรียกสวน ในบรรดาทรัพย์ต่าง ๆ ที่รวมเป็นกองสมบัติของราชภูธรฯ ถ้าได้มีระหว่างเป็นสามภริยาอันก็ตกเป็น สิ้นสมรส (ผิวเมีย 72 พรรคสุดท้าย) แต่แม้ว่ากฎหมายจะมีได้ห้ามซื้อขายที่ดินดังเช่นกฎหมายเดิม การซื้อขายที่ดินกันระหว่างราชภูธรก็เกือบจะไม่มีเลยในสมัยอยุธยา เหตุที่ว่าเมื่อผู้ใดต้องการซื้อขาย ก็ต้องขอพระราชทานหรือซื้อจากในหลวงโดยตรง เพราะยังทรงสงวนกรรมสิทธิ์ในที่ดินอยู่นอกจากนี้ หากมีที่ดินหรือมีแสวงหาประโยชน์จากที่ดินที่มากขึ้น ก็อาจจะเกิดความอิจฉาแก่ผู้ใหญ่อีกด้วย¹¹

ในสมัยรัชกาลที่ 4 ได้มีการออกหนังสือสำคัญให้ราษฎรผู้ต้องการทำประโยชน์ เข้าไป แกว่งที่ดินไม้ให้เป็นแนวเขตในที่ดินเพื่อเป็นพื้นที่นา พื้นที่สวน แล้วต้องเข้าแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ (นายระวางเสนาและกรมแขวงอำเภอ) เพื่อจองเป็นสิทธิของออกหนังสือสำคัญ “ตราจอง” หรือ “โฉนดนำตราจอง” ให้แก่ผู้จอง โดยจะมีประโยชน์ทำให้งดมิให้เสียภาษี หรือเสียเพียงแต่บางส่วน นอกจากนี้หนังสือสำคัญดังกล่าวยังเป็นประโยชน์โดยอ้อมที่แสดงว่าผู้จองได้เป็นผู้ที่เข้าทำประโยชน์ ในพื้นที่จริงอีกด้วย ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการเก็บภาษีอย่างเป็นธรรม การจดทะเบียนที่ดินตรงกับ ประโยชน์ที่ได้รับกับความเป็นจริงจึงจำต้องมีการเดินออกสำรวจพื้นที่ จึงมีการออกหนังสือถาวร ให้แก่เจ้าของสวน “โฉนดตราแดง” หรือ “นำโฉนด” แสดงสิทธิในที่ดิน ส่วนในที่ดินนั้นก็ยังมีเจ้าหน้าที่ ออกไปประเมินเรียกเก็บภาษีเช่นเดียวกัน

ต่อมาปีพุทธศักราช 2444 ในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ทรงให้มีการออก “โฉนดแผนที่” อันมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับการเปลี่ยนแปลงทางระบอบการปกครองและด้านการเงินเป็นอย่างมาก มีการแยกหน่วยงานออกจากกัน ทำให้การเก็บภาษีกรกับการออกโฉนดอยู่มิใช่หน่วยงานเดียวกัน อย่างเช่นเคย ทำให้เกิดความคลุมเครือทางการถือครองตามไปด้วย เหตุนี้เองจึงมีความพยายาม ในการขจัดปัญหาขึ้น จึงมีการจัดให้ทำหนังสือสำคัญขึ้นมาใหม่ให้มีรายละเอียดหมายเลขและเนื้อที่ ซึ่งต้องไม่มีการทับซ้อนกับที่ของผู้อื่น โดยจัดทำเป็นคู่ฉบับเก็บไว้แก่เจ้าหน้าที่หนึ่งฉบับ และแก่ราษฎรผู้เป็นเจ้าของอีกหนึ่งฉบับ อันมีต้นแบบมาจากกฎหมายทอแรนส์ ของเครือรัฐ ออสเตรเลีย ส่งผลให้หนังสือสำคัญที่ได้จัดทำครั้งนี้ เป็นหลักฐานแห่งการแสดงกรรมสิทธิ์¹² และได้มีการเปลี่ยนระบบการจดทะเบียนภาษีจากข้าวของผู้ถือโฉนดใหม่ให้มีความสะดวกยิ่งขึ้นด้วย โดยกำหนดให้มีการเสียภาษีประเมินตามเนื้อที่ ซึ่งไม่คำนึงว่าจะได้มีการทำประโยชน์ในที่ดินจริงหรือไม่ ลำดับต่อมา ก็ได้จัดให้มีการออกสำรวจ และให้นำชี้แนวเขตโฉนดที่ดิน จนมีการจัดทำ

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

¹² ร. แรังกาต์. อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 10. หน้า 33.

ระบบโฉนดที่ดิน โดยออกพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 ซึ่งต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 อันเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันนี้

จากการที่ครั้งในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ทรงให้มีการปรับปรุงกฎหมาย รวมถึงได้กล่าวถึงหลักการได้กรรมสิทธิ์ไว้ใน ประกาศออกโฉนดที่ดิน ตามประกาศ ร.ศ. 120 ในส่วนว่าด้วยกรรมสิทธิ์ที่ดิน ข้อที่ 7 ความว่า “ที่ดินซึ่งได้ออกโฉนดตามประกาศนี้ ให้เจ้าของมีกรรมสิทธิ์เหมือนอย่างนาคูโค คือ ต้องเสียค่าที่หรือค่านาแก่รัฐบาลทุก ๆ ปี” ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 ในภายใต้ 4 หมวดที่ 2 ที่กล่าวถึงหลักการมีกรรมสิทธิ์ และวิธีการได้มาแห่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เช่น การซื้อขาย (หมวดที่ 4) การรับมรดกที่ดิน (หมวดที่ 7) รวมถึงการใช้สิทธิอื่นแก่ที่ดิน เช่น การขายฝาก การจำนำ และการเช่าถือที่ดิน (หมวดที่ 6) ซึ่งสอดคล้องกับหลักการได้มาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ให้ใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2486 เช่น การได้มาทางนิติกรรม โดยการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 456) หรือได้มาทางอื่นนอกจากนิติกรรม โดยการครอบครองปรปักษ์ (มาตรา 1382) เป็นต้น หลักการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงได้ถูกรับรองจนมาถึงปัจจุบันนี้

2.1.5 ความหมายของอสังหาริมทรัพย์และที่ดิน

หลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินในอดีตนั้น ไม่ได้มีบทนิยามอันเป็นหลักที่กล่าวถึง ความเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือความเป็นสังหาริมทรัพย์ดังเช่นในปัจจุบัน อันเนื่องด้วยแต่เดิมนั้น แนวความคิดในการแบ่งแยกทรัพย์สินได้อิงมาจากหลักธรรมตามคัมภีร์ของพระพุทธศาสนา ผ่านนักนิติศาสตร์ของมอญเป็นผู้คิด¹³ ซึ่งปรากฏหลักแห่งการแบ่งอยู่ในคัมภีร์ธรรมสัจดาเกา โดยแบ่งเป็นวิญญาณทรัพย์ หรือทรัพย์ที่มีชีวิต และอวิญญาณทรัพย์ หรือทรัพย์ที่ปราศจากชีวิต ในส่วนของที่ดินในสมัยโบราณนั้น เดิมไม่ถือเป็นทรัพย์ที่มีความสำคัญมากนัก เนื่องจากหลักแนวคิดเรื่องของสิทธิของผู้เป็นเจ้าของนั่นเอง ด้วยการที่ราษฎรอาจเพียงถือครองที่ดินทำประโยชน์ได้เท่านั้น จากการที่ได้รับพระราชทานจากเจ้าแผ่นดิน แต่เมื่อมีการค้าขายที่เจริญขึ้น ก็เกิดหลักการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เกิดหลักกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน ความหมายของอสังหาริมทรัพย์ก็มาความชัดเจนมาตามลำดับ และเป็นคำที่ถูกใช้ได้อย่างทั่วไปในปัจจุบัน ซึ่งมีความสำคัญมากหากพิจารณาถึงในแง่การมีมูลค่าของทรัพย์สินและเป็นสิ่งชี้วัดความร่ำรวยของแต่ละบุคคล ดังจะเห็นได้จากการที่ภาครัฐมักมีการตรากฎหมายที่มุ่งตรวจสอบถึงการถือครองทรัพย์สินอยู่เสมอ ๆ

หลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยหลักจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 3 ทรัพย์ ซึ่งความหมายของอสังหาริมทรัพย์นั้น ตามมาตรา 139 บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือ

¹³ ร. แรังกาต์. อ่างแล้ว เจริญรุ่งเรืองที่ 10. หน้า 1-2.

ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดิน หรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย” แสดงให้เห็นว่า อสังหาริมทรัพย์ไม่ได้หมายความเพียงเฉพาะแต่ตัวที่ดินเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงทรัพย์สินและสิทธิที่เกี่ยวข้องกับที่ดินด้วย อสังหาริมทรัพย์¹⁴ ตามคำนิยามของมาตรา 139 จึงมีความหมายถึงทรัพย์สิน 3 กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง คือ ที่ดิน¹⁵

กลุ่มที่สอง คือ ทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวร หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน เช่น ไม้ยืนต้น ตึก อาคาร บ้านเรือน ดินหิน กรวดอันเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน เป็นต้น และ

กลุ่มที่สาม คือ ทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดิน หรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดิน หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิเก็บกิน ภารติดพันต่าง ๆ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินกลุ่มที่ 1 และ 2 ข้างต้น

อย่างไรก็ดี ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 1 ที่บัญญัติความหมายของคำว่า ที่ดิน ว่า หมายถึง “พื้นที่ดินทั่วไป และให้หมายความรวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย” แสดงให้เห็นถึงความหมายของคำว่า ที่ดิน ที่กว้างและแตกต่างออกไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกไปอีก คือ รวมความถึงพื้นที่ ๆ เป็นน้ำ และทะเลด้วย ดังนั้น หากพิจารณาถึงนัยความหมายของที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงอาจมีความแตกต่างจากความหมายตามประมวลกฎหมายที่ดินด้วยนั่นเอง

จากความหมายของอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว เห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติความหมายโดยอิงถึงสภาพทรัพย์สินที่เป็นอยู่ โดยไม่คำนึงว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นจะถูกใช้งานอย่างไร จะเป็นที่ดินว่างเปล่า บ้านที่อยู่อาศัย หรือเป็นที่ดินเพื่อการเกษตร หรืออุตสาหกรรมก็ล้วนแล้วแต่อยู่ในความหมายของอสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น อันเป็นเพียงนิยามบทความความหมายโดยทั่วไปเท่านั้น

¹⁴ อสังหาริมทรัพย์ ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 มีอยู่ 2 ความหมาย คือ

(1) น. ทรัพย์ที่นำไปไม่ได้ คือ ทรัพย์ที่ติดกับที่ เช่น ที่ดิน

(2) (กฎ) น. ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย, คู่กับ อสังหาริมทรัพย์.

¹⁵ ที่ดิน ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 มีอยู่ 2 ความหมาย คือ

(1) น. พื้นแผ่นดินหรือพื้นดิน

(2) (กฎ) น. พื้นที่ดินทั่วไป และหมายความรวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย.

2.1.6 ปัญหาในการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน

นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไม่มีกฎหมายเฉพาะในการประกอบอาชีพ จึงไม่มีมาตรฐานจรรยาบรรณ มรรยาท หรือแนวทางปฏิบัติอื่น ๆ อันเป็นหลักเกณฑ์กลางในการของผู้ที่เป็นนายหน้า ดังนั้น ในการทำหน้าที่นายหน้าจะมีลักษณะใดพึงต้องมีการพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาหน้าเป็นหลัก ประกอบกับหลักสุจริต¹⁶ ที่เป็นหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งต้องนำสืบถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเจตนารมณ์ของสัญญานายหน้าเป็นรายกรณีไป นอกจากนี้ การพิจารณาถึงการทำหน้าที่เป็นนายหน้าอาจต้องพิจารณาจากข้อตกลง หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ผู้เป็นนายหน้าได้มีความตกลงร่วมกันในกลุ่มสมาชิก เช่น บันทึกข้อตกลงร่วมสมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย ว่าด้วย จรรยาบรรณนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2544 ของสมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทยที่ได้ระบุเนื้อหาจรรยาบรรณแห่งการปฏิบัติหน้าที่เป็นนายหน้าเอาไว้ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติต่อเจ้าของทรัพย์สิน ต่อผู้รับบริการ หรือต่อตนเอง รวมถึงต่อผู้อื่นที่มีความเกี่ยวข้องด้วย¹⁷ เพื่อเป็นมาตรฐานขึ้นพื้นฐานในการเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ แต่อย่างไรก็ตามข้อกำหนดนี้ก็มีขอบเขตเป็นมาตรฐานเพียงแต่กับนายหน้าผู้เป็นสมาชิกที่มีการตกลงร่วมกันเท่านั้น

ด้วยเหตุผลที่ไม่มีกฎหมายกลางมาปรับใช้แก่ผู้ที่เป็นนายหน้าจึงทำให้มาตรฐาน และจรรยาบรรณของนายหน้าแต่ละรายอาจมีความแตกต่างกันออกไปจนเกิดความสับสนให้กับประชาชนทั่วไปที่ต้องการให้นายหน้าทำหน้าที่ เช่น นายหน้าที่เป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป หรือนายหน้าผู้ที่เป็นสมาชิกกลุ่มอันมีข้อบังคับจรรยาบรรณกำหนดไว้ หรือนายหน้าซึ่งมีสถานะเป็นสถาบันการเงิน เช่น ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย¹⁸ หรือนายหน้าอื่น ๆ ย่อมมีความแตกต่างกันจนอาจทำให้บุคคลผู้เป็นนายหน้าเอง หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องอาศัยช่องว่างที่ไม่มีกฎหมายควบคุมมาแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมาย อันทำให้เกิดเป็นคดีความต่อกันทั้งทางแพ่งและทางอาญา และหากความขัดแย้งนี้ไม่มีหน่วยงานมาแก้ไขปัญหาได้อย่างทันที่เสียแล้ว ก็อาจลุกลามไปจนเป็นความอาญาต่อกันจนถึงขั้นเสียหายแก่ชีวิตได้ ดังที่ปรากฏอยู่ตามแหล่งข่าว

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”.

¹⁷ สมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย. (2544). *บันทึกข้อตกลงร่วมสมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทยว่าด้วยจรรยาบรรณนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2544*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.treba.or.th/agents-ethics/>. [2563, 1 มีนาคม].

¹⁸ พระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545. มาตรา 12 บัญญัติว่า “ให้ธนาคารมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจทางการเงินที่ไม่ผูกพันกับดอกเบี้ยและประกอบกิจการอื่น ดังต่อไปนี้

(9) เป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์โดยได้รับค่านายหน้าหรือบำเหน็จเป็นการตอบแทนในทางการค้า”.

ทั่วไปอยู่เสมอ ตัวอย่างเช่น กรณีตกลงให้นายหน้าหาบุคคลเพื่อจะได้ทำสัญญาขายฝาก แต่เมื่อมีการทำสัญญาขายแล้วนายหน้ากลับรับเงินไว้เอง และเงินส่งให้บุคคลผู้ตกลงจะให้บำเหน็จเพียงครั้งเดียว จากราคาที่ตกลงจะให้ขายโดยอ้างว่าต้องใช้ในการดำเนินการอย่างอื่น เมื่อมีการทวงถามกลับ ถูกผู้เป็นนายหน้าปฏิเสธ โดยกล่าวว่า “ถ้าอยากได้เงินคืนก็ไปฟ้องเอา” และเหตุผลท้ายจากผลแห่งการขัดแย้งนี้ทำให้มีการฆ่าผู้เป็นนายหน้าจนเสียชีวิต¹⁹ หรือกรณีมีการตกลงนายหน้าดำเนินการให้ ได้ตนได้เข้าซื้อที่ดินจากเงินเก็บที่สะสมมาทั้งชีวิต แต่ผลสุดท้ายกลับไม่ได้รับโอนที่ดิน ทำให้สูญทั้งเงินและเป็นหนี้เพิ่มอีกด้วย²⁰ หรือแม้กระทั่งบางกรณีผู้เป็นนายหน้าเองก็อาจถูกบ้ายเบี่ยงทำให้ไม่ได้รับเงินหรือบำเหน็จนายหน้า²¹

นอกจากนี้ปัญหาเกี่ยวกับการถูกโกงเงินค่าซื้อขายที่ดิน เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เพราะทรัพย์สินประเภทที่ดินนี้เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าในการทำสัญญาสูง และมีขั้นตอนทางกฎหมายในการดำเนินการเกี่ยวกับที่ดิน ด้วยช่องว่างนี้อาจทำให้มีบุคคลเข้ามาแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เพื่อหวังจะเอาเงินหรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับทรัพย์สินประเภทนี้ได้ ซึ่งบุคคลทั่วไปที่มุ่งหวังจะทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดินย่อมมีความเสี่ยงที่ได้รับผลเสียหายจำนวนมากด้วย โดยหากจะกล่าวถึงลักษณะการดำเนินการของนายหน้าที่ไม่เหมาะสม หรือช่องวิธีทางการทุจริตเกี่ยวกับกลโกงซื้อขายที่ดิน²² อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังกรณีตัวอย่างต่อไปนี้

1) ผู้ที่นายหน้าเห็นว่าที่ดินที่ตนได้รับมอบหมายให้ให้ดำเนินการซื้อชอง มีการกำหนดราคาซื้อขายโดยเจ้าของทรัพย์สินไว้ในราคาที่ต่ำ นายหน้าอาจอาศัยความเชื่อวางใจที่ตนได้ทราบมูลค่าแห่งทรัพย์สินแล้วดำเนินการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งกระทำการแสดงออกแทนตน (nominee) ว่าเป็นผู้ต้องการซื้อ หรือให้เจ้าของทรัพย์สินลงชื่อในหนังสือมอบอำนาจ โดยไม่ระบุชื่อผู้ซื้อ และทำการจัดหาเงินให้เจ้าของทรัพย์สินตามจำนวนที่กำหนด (ราคาต่ำ) เพื่อที่นายหน้านั้นจะได้กลับเข้าครอบครองภายหลัง หรืออาจนำไปโอนแก่ผู้อื่นที่ให้ราคาสูงขึ้น โดยอันจะทำให้นายหน้าได้รับ

¹⁹ อมรินทร์ทีวี. (2563). *เมียเผยชนวนนายหน้าขีดเงินขายที่ 7 แสนทำพั่ววัย 13 นั้ด พยานเผยเหยื่อล้มตามยิงซ้ำ. 2563.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amarintv.com/news/detail/53781>. [2563, 1 มีนาคม].

²⁰ บีบีซีเทโร. (2561). *หนุ่มใหญ่ เกรียดปีนเสาส่งสัญญา ถูกนายหน้าที่ดินโกงเงินเกลี้ยกล่อมนานนับชั่วโมงจึงยอมลง.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://teroasia.com/news/134179?ref=news>. [2563, 1 มีนาคม].

²¹ มติชนออนไลน์. (2563). *ปมทวงค่านายหน้าซื้อขายที่ดินไม่สำเร็จ ทหารคลังกราดยิงดับนับ 10.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_1956805. [2563, 1 มีนาคม].

²² ประพันธ์ ทรัพย์แสง. (2534). *กลโกงซื้อขายที่ดิน* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร. หน้า 53-54.

ประโยชน์จากมูลค่าส่วนต่างที่จะขายได้ในราคาที่สูงขึ้น และยังได้รับบำเหน็จตามสัญญาหน้า
อีกด้วย

2) ผู้เป็นนายหน้าได้หลอกลวงผู้ซื้อ และแสดงเหตุผลแก่ผู้ซื้อว่าที่ดินดังกล่าวมีบุคคลอื่น
ต้องการจะซื้อ โดยถ้าผู้ซื้อสามารถซื้อไปก่อนได้แล้วย่อมจะทำให้ผู้ซื้อสามารถนำไปขายต่อได้
และได้รับผลประโยชน์จากส่วนต่างที่จะขายได้ในราคาที่สูงขึ้น เมื่อนายหน้าได้รับบำเหน็จแล้ว
ผู้ซื้อกลับขายไม่ได้ดังคำหลอกลวงจริงเนื่องจากไม่มีผู้ที่ต้องการซื้อที่ดินดังกล่าว

3) ผู้เป็นนายหน้าได้ทราบถึงข้อมูลความบกพร่องแห่งทรัพย์สินที่ตนทำหน้าที่ชี้ช่อง
อยู่แล้ว แต่กลับแสดงข้อความเท็จหรือปกปิดความจริงจนทำให้ผู้ซื้อเข้าใจผิด เป็นต้นว่า ผู้ซื้อดูจาก
เพียงรูปถ่าย และภาพถ่ายทางอากาศ เมื่อตกลงโอนเอกสารสิทธิ์กันสมบูรณ์แล้ว ไปดูที่ดินเอาเข้าจริง
ที่ดินที่ขายเป็นบ่อน้ำ หลักหมุดไม่ตรงตามที่บอกไว้²³

4) ผู้ที่มีเจตนาทุจริตแสดงตนว่าเป็นนายหน้าขายที่ดินซึ่งจะดำเนินการให้ผู้เป็นเจ้าของ
ได้ขายที่ดิน โดยขอค่านายหน้าแล้วหลอกลให้เจ้าของที่ดินเซ็นสัญญามัดจำผูกมัดให้โอนที่ดินให้ก่อน
โดยชำระเงินแต่บางส่วน และที่เหลือจะชำระภายหลัง จากนั้นจะสมคบกับผู้ซื้อ ผู้รับจ้าง หรือ
ผู้รับซื้อฝากจดทะเบียนที่ดินนั้นต่อไป โดยไม่ชำระเงินส่วนที่เหลือให้²⁴

เนื่องจากการที่ไม่มีกฎหมายสำหรับใช้ในกรณีการเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์โดยตรง
จึงอาจเป็นช่องว่างทางกฎหมายซึ่งมีผลกระทบหลายประการดังนี้

1) ผู้ที่เป็นนายหน้าจึงมีมาตรฐานทางวิชาชีพ จริยธรรม ตลอดจนแนวทางการดำเนินการ
เป็นนายหน้ามีความแตกต่างกัน ทำให้บุคคลทั่วไปที่เข้าทำสัญญากับนายหน้า ทั้งบุคคลผู้ตกลง
จะให้บำเหน็จก็ดี เจ้าของทรัพย์สินก็ดี บุคคลที่ต้องการเข้ามาทำสัญญาจากการที่นายหน้าได้ชี้ช่อง
ก็ดี หรือบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ที่ไม่มีความความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการทำธุรกรรมเกี่ยวกับ
อสังหาริมทรัพย์เหมือนดังผู้เป็นนายหน้าถูกเอารัดเอาเปรียบจนอาจเกิดความเสียหายที่ร้ายแรงได้

2) การที่บุคคลใดก็ได้ชอบที่จะกระทำการเป็นนายหน้าได้ เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ไม่หวังดี
เข้ามาแทรกแซงและแสวงหาผลประโยชน์จากการทำธุรกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ได้ ทั้งการ
หลอกลวงเอาเงิน ที่ดิน หรือทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งเป็นการทำให้นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ถูกลดความ
น่าเชื่อถือลง เฉพาะยิ่งในปัจจุบันการทำหน้าที่เป็นนายหน้าฐานะที่เป็นสื่อกลาง ทั้งการสื่อข้อมูล

²³ TERRABKK. (2561). *10 กลโกงซื้อขายที่ดิน ทุจริต!!*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.terrabbkk.com/articles/>. [2563, 1 มีนาคม].

²⁴ Thai Real Estate Business School. (2559). *เตือนภัยเทคนิคกลโกงที่ดินและวิธีป้องกัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้
จาก: https://www.trebs.ac.th/th/news_detail.php?nid=31. [2563, 1 มีนาคม].

การประกาศโฆษณาต่าง หรือวิธีการดำเนินการเป็นนายหน้า อาจทำในลักษณะเป็นรูปแบบออนไลน์ การลลวงโดยกระทำการเป็นนายหน้าผ่านช่องทางออนไลน์ก็อาจเกิดขึ้นได้อยู่ตลอดเวลา

3) นายหน้าเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง แต่สำคัญที่ว่านายหน้าอสังหาริมทรัพย์กุมมูลค่าทางทรัพย์สินที่จะได้รับจำนวนมาก ต่างกับการเป็นนายหน้าโดยทั่วไป การผิดสัญญาชนิดที่เป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ความเสียหายของทุนทรัพย์ย่อมมีมาก หากปัญหาข้อพิพาทระหว่างสัญญา นายหน้าเกิดขึ้นแล้ว เช่น ไม่ยอมจ่ายค่านายหน้าตามสัญญา หรือกรณีนายหน้าทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกิดความเสียหาย ข้อพิพาทต้องไปดำเนินการผ่านกระบวนการทางศาลย่อมใช้เวลามากขึ้น จนวนเหตุที่ไม่ได้รับการแก้ไขปัญหอย่างทันที อาจเกิดผลเสียหายร้ายแรงตามมาจนเป็นความ โกรธแค้นจนถึงขั้นเป็นความเสียหายอื่นนอกจากทางแพ่งก็ได้

4) การเป็นนายหน้ายังไม่ได้มีหน่วยงานกลางในการดูแลควบคุม และส่งเสริมการประกอบอาชีพโดยตรง มีเพียงแต่สมาคมนายหน้าที่เข้ามาดูแลสมาชิกนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นผลบังคับแก่กลุ่มสมาชิกเท่านั้น นอกจากนี้ หากมีข้อพิพาทระหว่างนายหน้ากับบุคคลภายนอก หรือนายหน้ากับนายหน้าเอง กรณีการแก้ปัญหาหลักจึงมีเพียงการฟ้องร้องต่อศาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเล็กน้อยเท่าใดก็ตาม ทั้งนี้ แม้ภาครัฐจะพยายามกำหนดให้นายหน้าต้องการทำการบางประการตามนโยบายของรัฐ แต่ก็ยังไม่มีหน่วยงานที่เข้ามาประสานการทำงานระหว่างภาครัฐและเอกชน เพื่อดำเนินการไปในทางเดียวกัน

2.1.7 ประเภทของสัญญานายหน้า (Types of Listing)

กฎหมายลักษณะนายหน้า เป็นหนึ่งในเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้มีการบัญญัติหลักการ โดยทั่วไปเอาไว้ และเปิดช่องให้ตกลงทำสัญญานายหน้าแตกต่างไปจากบทบัญญัติดังกล่าวได้ ในทางปฏิบัติการแต่ตั้งให้ทำหน้าที่เป็นนายหน้าจึงอาจมีรายละเอียดในข้อสัญญาเพิ่มจากข้อสัญญาหลักที่แตกต่างกันได้ สุดแล้วแต่จะมีการตกลงในลักษณะใด เพื่อประโยชน์ตามความต้องการของคู่สัญญาเป็นรายกรณีไป ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วสัญญานายหน้า อาจแบ่งออกได้เป็น 5 ประเภท²⁵ ดังนี้

1) สัญญานายหน้าเด็ดขาด (Exclusive Right to Sell Listing) คือ สัญญาที่มีการมอบสิทธิเด็ดขาดในการขายให้แก่นายหน้าแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งหากมีการขายเกิดขึ้นภายในเวลาที่ตกลงกันไว้ในสัญญา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นด้วยเหตุที่เจ้าของทรัพย์สินนั้นเป็นผู้ติดต่อกับคู่ค้าเองก็ดี หรือมีผู้ใดติดต่อกับให้ก็ดี นายหน้าก็ชอบที่จะได้รับค่าบำเหน็จจากเจ้าของทรัพย์สินตามสัญญาเสมอ

²⁵ ปณิภัท จันทนขจรพิง. (2545). *การศึกษาส่วนประสมการตลาดของนายหน้าบ้านมือสองในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรบริหารธุรกิจมหาบัณฑิต สาขาการตลาด, บัณฑิตวิทยาลัย สถาบันราชภัฏสวนดุสิต.

สัญญาประเภทนี้ จึงเป็นสัญญาที่เจ้าของมีความไว้วางใจการทำหน้าที่ของนายหน้าอย่างสูงสุด และขณะเดียวกันนายหน้าจะมีความมั่นใจจากสัญญาว่าตนจะได้รับค่าบำเหน็จอย่างแน่นอนจากกิจการงานที่ตนได้ลงมือลงแรงกระทำไปในฐานะนายหน้า

2) สัญญานายหน้าเฉพาะราย (Exclusive Agency Listing) คือ สัญญาที่มีการจ้างนายหน้าโดยเฉพาะเจาะจงเพียงรายเดียว ซึ่งหากมีการขายเกิดขึ้นภายในเวลาที่ตกลงกันไว้ในสัญญานายหน้านั้นก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าบำเหน็จแต่เพียงผู้เดียว แต่สัญญาประเภทนี้ จะมีข้อสัญญาว่าในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินเป็นผู้ดำเนินการติดต่อโดยตรงทำสัญญากับลูกค้าเอง ถือว่านายหน้าเป็นอันสิ้นสุดลงตามสัญญา และไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จจากสัญญาอีกด้วย

3) สัญญานายหน้าเปิด (Open Listing) คือ สัญญาที่มีการจ้างนายหน้าหลายคน ซึ่งผู้ที่เป็นนายหน้าแต่ละคนนั้น ชอบที่จะได้รับค่าบำเหน็จ ก็ต่อเมื่อตนได้ดำเนินการติดต่อหาลูกค้าให้กับเจ้าของทรัพย์สินได้เสียก่อนนายหน้าคนอื่น แต่อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของทรัพย์สินเป็นผู้ดำเนินการติดต่อโดยตรงทำสัญญากับลูกค้าเอง ก็จะไม่มีการจ่ายค่าบำเหน็จให้กับนายหน้าเลย สัญญาประเภทนี้ ผู้ที่ทำหน้าที่นายหน้ามักไม่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาด้วย กล่าวคือ แม้หากมีเริ่มปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นนายหน้าไปแล้ว ก็มีโอกาที่จะไม่ได้รับค่าบำเหน็จได้ หรือหากผู้เป็นนายหน้าเข้าทำสัญญาประเภทนี้ ความทุ่มเทในการปฏิบัติหน้าที่ย่อมลดลงไป เพราะการปฏิบัติหน้าที่อาจเกิดค่าใช้จ่าย ซึ่งจะเป็นผลเสียหายแก่นายหน้ามากกว่า

4) สัญญานายหน้าหลายต่อ (Multiple Listing) คือสัญญานายหน้ารูปแบบผสม ซึ่งจะมีความเกี่ยวพันกันโดยมีบุคคลหลายรายเข้ามีส่วนที่จะได้รับค่าบำเหน็จตามสัญญานายหน้าได้แก่

(1) ศูนย์รวมอันเป็นหน่วยงานกลางของนายหน้า (multiple listing agency/bureau) หรือสมาคมธุรกิจนายหน้า (trade association of local brokers) ที่เป็นกลุ่มความร่วมมือโดยบรรดาสมาชิกในกลุ่มนายหน้านั้น ๆ

(2) นายหน้าผู้ที่ทำสัญญากับเจ้าของทรัพย์สิน (listing broker) ซึ่งอาจเป็นสัญญานายหน้าประเภทเด็ดขาด หรือเฉพาะรายก็ได้ โดยจัดให้มีการนำรายการทรัพย์สินนั้นมาเสนอแก่กลุ่มของนายหน้า

(3) นายหน้าผู้ที่หาลูกค้าได้ (selling broker) คือ สมาชิกของกลุ่มนายหน้านั้น ๆ ที่ได้ดำเนินการติดต่อลูกค้าให้มาทำสัญญากับเจ้าของทรัพย์สิน

สัญญาประเภทนี้ จึงต้องมีการแบ่งค่าบำเหน็จออกเป็น 3 ส่วน โดยจำนวนค่าบำเหน็จจะมากน้อยเพียงใด ก็สุดแล้วแต่ตามที่มิชชั่นตกลงของบรรดาสมาชิกว่าจะแบ่งค่าบำเหน็จที่ได้ให้แก่กลุ่มนายหน้า นายหน้าผู้ที่ทำสัญญากับเจ้าของทรัพย์สิน และนายหน้าผู้ที่หาลูกค้าได้ จำนวนเท่าใด

ดังนั้น แม้นายหน้าผู้ที่ทำสัญญากับเจ้าของทรัพย์สิน จะมีได้ดำเนินการลงมือลงแรงในการขายเอง โดยตรง ก็อาจได้รับค่าบำเหน็จเป็นส่วนแบ่งแก่ตนเองได้ นอกจากนี้ ยังส่งผลให้เพิ่มโอกาสที่จะได้รับการติดต่อให้ทำสัญญากับลูกค้าได้เร็วอย่างยิ่งขึ้นไปอีกด้วย เพิ่มความสะดวกแก่ผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาเป็นลูกค้าด้วยการเข้าติดต่อที่กลุ่มนายหน้าเพียงแห่งเดียว ผู้ที่เป็นนายหน้าสมาชิกของกลุ่มเองก็มีโอกาสที่จะเพิ่มการขายทรัพย์สินให้แก่ตน และมีโอกาสที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นส่วนแบ่งได้ แม้จะมีได้เป็นผู้ขายเองโดยตรงก็ตาม

5) สัญญานายหน้าสุทธิ (Net Listing) คือ สัญญาที่มีการตกลงว่า เจ้าของทรัพย์สิน จะต้องได้รับราคาอันเป็นค่าทรัพย์สินตามจำนวนที่ชัดเจนแน่นอน ตามจำนวนที่ตกลงกันไว้ในสัญญา โดยหากมีค่าราคาซึ่งเกินกว่าจำนวนที่เจ้าของทรัพย์สินจะต้องได้รับตามสัญญา ค่าราคาที่เกินนี้ย่อมตกกลายเป็นค่าบำเหน็จของนายหน้านั้นเอง

2.1.8 หน่วยงานหรือองค์กรหลักที่เกี่ยวข้องกับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทยในปัจจุบัน

1) สมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย - Thai Real Estate Broker Association (TREBA) สมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย²⁶ เกิดจากการรวมตัวของกลุ่มผู้ดำเนินธุรกิจตัวแทนและนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในภาคเอกชน ในปีพุทธศักราช 2535 เดิมภายใต้ชื่อ “ชมรมธุรกิจตัวแทนการค้าอสังหาริมทรัพย์แห่งประเทศไทย” (Real Estate Agency Club of Thailand) โดยต่อมาครั้งในปี พุทธศักราช 2536 ได้มีการจัดตั้ง ผ่านกรมการค้าภายในขึ้นเป็น “สมาคมตัวแทนและนายหน้าอสังหาริมทรัพย์” (Real Estate Broker Association) และได้มีการเป็นชื่อสมาคมฯ ใหม่ในปัจจุบัน ภายใต้ชื่อ สมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย โดยได้มีวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

- (1) ส่งเสริมการประกอบวิชาชีพประเภทที่เกี่ยวกับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
- (2) สนับสนุนและช่วยเหลือสมาชิก แก้ไขอุปสรรคข้อขัดข้องต่าง ๆ รวมทั้งเจรจาทำความเข้าใจกับบุคคลภายนอก เพื่อประโยชน์ร่วมกันในการประกอบวิชาชีพของสมาชิก สอดส่องและติดตามความเคลื่อนไหวของการตลาดการค้าอสังหาริมทรัพย์ ทั้งภายในและภายนอกประเทศ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การประกอบธุรกิจการค้าอุตสาหกรรม การเงินหรือ เศรษฐกิจ
- (3) ประสานความสัมพันธ์และแลกเปลี่ยนความรู้ ความคิดเห็นซึ่งกันและกัน ในทางวิชาการ ข่าวสาร ตลอดจนการวิจัยเกี่ยวกับธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์
- (4) ขอสิทธิหรือเอกสาร หรือขอทราบข้อความใด ๆ จากสมาชิกที่เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ด้วยความยินยอมจากสมาชิก

²⁶ สมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย. (2563). *ประวัติความเป็นมาของสมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.treba.or.th/background/>. [2563, 31 มีนาคม].

(5) ส่งเสริมคุณภาพธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ที่สมาชิกเป็นผู้แทนจำหน่าย ให้ได้มาตรฐานที่ดี ตลอดจนวินัยและปรับปรุงระบบนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ให้มีประสิทธิภาพ และให้ได้ผลดียิ่งขึ้น

(6) ร่วมมือกับรัฐบาลในการส่งเสริมพัฒนาการด้านนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ให้อยู่ในมาตรฐานที่ดี สอดคล้องกับนโยบายของทางราชการ ทำความตกลงหรือวางระเบียบ ให้สมาชิกปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติ เพื่อให้การประกอบวิสาหกิจของสมาชิกได้ดำเนินการ ไปด้วยความเรียบร้อย

(7) ส่งเสริมพละทานามัย กีฬา และจัดงานบันเทิง เป็นครั้งคราว

(8) ประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างสมาชิก หรือระหว่างสมาชิกกับบุคคลภายนอก ในการประกอบวิสาหกิจ

(9) ให้ความอนุเคราะห์แก่สมาชิก ในด้านสวัสดิการเท่าที่ไม่เป็นการคัดค้านห้าม ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509

โดยสมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย ได้มีการวางนโยบายของสมาคม 5 ประการ ได้แก่

(1) ผลักดันกฎหมายอันเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และ สาธารณชน

(2) ส่งเสริมวิชาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยจัดการอบรมและสัมมนา เพื่อเป็นการยกระดับมาตรฐานและเสริมสร้างจรรยาบรรณในการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

(3) ส่งเสริมการซื้อ – ขายอสังหาริมทรัพย์ โดยนำระบบเทคโนโลยีศูนย์ข้อมูลที่ทันสมัยมาเป็นเครื่องมือในการซื้อ – ขายอสังหาริมทรัพย์

(4) ให้คำปรึกษาด้านกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับธุรกิจนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

(5) เสริมสร้างบทบาทอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นที่ยอมรับต่อสาธารณชน นอกจากนี้ สมาคมนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย ยังได้มีการจัดกิจกรรมต่าง ๆ โดยความร่วมมือกับทั้งภาครัฐและเอกชน เช่น จัดงานสัมมนาต่าง ๆ หรือร่วมกับเอกชนอื่นในการ จัดหลักสูตรอบรมต่าง ๆ อันเกี่ยวกับตัวแทนนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อความเป็นมืออาชีพ หรือ เข้าร่วมมือกับสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) เพื่อเป็นองค์กรที่มีหน้าที่รับรองสมรรถนะ ของบุคคลตามมาตรฐานอาชีพ ในสาขาวิชาชีพธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ สาขานายหน้าอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

2) สถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ ตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ได้ถูกตราขึ้นมาเพื่อสนองแผนงานหรือนโยบายด้านใดด้านหนึ่งของรัฐบาลในการจัดทำบริการสาธารณะ ด้วยความประสงค์ที่จะให้มีการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยมีอำนาจจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นมาใหม่ในลักษณะที่เป็นองค์การมหาชนได้ตามความเหมาะสม ผ่านการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา และต่อมาได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2554 จัดให้มี “สถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน)” เรียกโดยย่อว่า “สคช.”

โดยการออกพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพฯ ได้กำหนดให้ สถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) มีวัตถุประสงค์²⁷ ดังต่อไปนี้

- (1) ดำเนินการศึกษาวิจัยและพัฒนาระบบคุณวุฒิวิชาชีพ
- (2) ส่งเสริมและสนับสนุนกลุ่มอาชีพหรือกลุ่มวิชาชีพในการจัดทำมาตรฐานอาชีพ
- (3) รับรองมาตรฐานอาชีพของต่างประเทศและนำมาใช้เป็นมาตรฐานอาชีพตามพระราชกฤษฎีกานี้
- (4) ให้การรับรององค์กรที่มีหน้าที่รับรองสมรรถนะของบุคคลตามมาตรฐานอาชีพ
- (5) เป็นศูนย์กลางข้อมูลเกี่ยวกับระบบคุณวุฒิวิชาชีพและมาตรฐานอาชีพ
- (6) ติดตามและประเมินผลองค์กรที่มีหน้าที่รับรองสมรรถนะของบุคคลตามมาตรฐานอาชีพ รวมทั้งระบบคุณวุฒิวิชาชีพเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปด้วยความโปร่งใสและยุติธรรม
- (7) ส่งเสริม สนับสนุน และประสานความร่วมมือกับสถานศึกษา ศูนย์หรือสถาบันฝึกอบรมสถานประกอบการ และหน่วยงานอื่น ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อให้มีการเผยแพร่และการใช้ระบบคุณวุฒิวิชาชีพและการจัดให้มีการฝึกอบรมตามมาตรฐานอาชีพตามพระราชกฤษฎีกานี้

ประกอบกันนี้สถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) ได้มีการออกข้อบังคับ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้คุณวุฒิวิชาชีพ พ.ศ. 2557 ซึ่งได้มีการระบุถึงลำดับคุณวุฒิมาตรฐานวิชาในแต่ละสาขาอาชีพ เช่น ในสาขาวิชาชีพธุรกิจประกัน²⁸ ที่มีการระบุถึงอาชีพนายหน้าประกันชีวิต หรือสาขาอาชีพอื่น ๆ ซึ่งมีสาขาอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์อยู่ด้วยโดยชั้นของ

²⁷ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2554. มาตรา 7.

²⁸ ข้อบังคับสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้คุณวุฒิวิชาชีพ พ.ศ. 2557. ข้อที่ 28.

คุณวุฒิวิชาชีพในสาขาวิชาชีพที่สถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) จะให้แก่บุคคลตามมาตรฐานอาชีพได้ ให้แบ่งเป็น 7 ชั้น ดังต่อไปนี้

ชั้น 1 คือ ผู้มีทักษะเบื้องต้น

ชั้น 2 คือ ผู้มีทักษะฝีมือ

ชั้น 3 คือ ผู้มีทักษะเฉพาะทาง

ชั้น 4 คือ ผู้ชำนาญการในอาชีพ

ชั้น 5 คือ ผู้เชี่ยวชาญในอาชีพ

ชั้น 6 คือ ผู้เชี่ยวชาญพิเศษในอาชีพ

ชั้น 7 คือ ผู้ทรงคุณวุฒิในอาชีพ

และสำหรับข้อบังคับสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพฯ ดังกล่าวนี้ ยังได้กำหนดให้สาขาวิชาชีพธุรกิจอสังหาริมทรัพย์²⁹ ที่มีลักษณะงานในสาขานายหน้าอสังหาริมทรัพย์นั้น มีคุณวุฒิวิชาชีพชั้น 1 ชั้น 2 ชั้น 3 ชั้น 4 ชั้น 5 ชั้น 6 และชั้น 7 ในอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) ยังมีอำนาจภายใต้พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2554 ให้สามารถที่จะดำเนินการโดยมีอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) อำนาจการให้ประกาศนียบัตรคุณวุฒิวิชาชีพ หนังสือรับรองมาตรฐานอาชีพ และหนังสือรับรองสมรรถนะแก่บุคคลในสาขาวิชาชีพที่คณะกรรมการกำหนด โดยสำหรับหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้ประกาศนียบัตรคุณวุฒิวิชาชีพ หนังสือรับรองมาตรฐานอาชีพ และหนังสือรับรองสมรรถนะนั้น ให้เป็นไปตามข้อบังคับของสถาบัน โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

(2) อำนาจให้หนังสือรับรองแก่องค์กรที่มีหน้าที่รับรองสมรรถนะของบุคคลตามมาตรฐานอาชีพในสาขาวิชาชีพที่คณะกรรมการกำหนด โดยสำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการออกหนังสือรับรองดังกล่าวแก่องค์กรที่มีหน้าที่รับรองสมรรถนะของบุคคล ให้กำหนดเป็นข้อบังคับของสถาบัน โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญา

การทำสัญญานั้น เป็นเจตนาอิสระเสรีที่ปัจเจกชนชอบที่จะแสดงออกมาเพื่อผูกนิติสัมพันธ์ ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิแห่งตน ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ยอมรับ

²⁹ ข้อบังคับสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้คุณวุฒิวิชาชีพ พ.ศ. 2557. ข้อที่ 31.

บังคับให้ แต่อย่างไรก็ตาม บางครั้งความแตกต่างทางด้านทุนแห่งการทำสัญญาที่อาจเป็นช่องว่างที่อาศัยให้มีการเอาเปรียบ เช่น กำหนดข้อสัญญาให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยอาจเกิดจากความประมาทของคู่สัญญาในการเข้าทำสัญญาเองก็ดี เกิดจากการใช้อูบายโน้มน้าวที่ดี หรือเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกเอาเปรียบไม่มีความเข้าใจในเนื้อหาสัญญาหรือธรรมเนียมการค้ำนั้น ๆ ก็ดี ย่อมอาจเกิดผลเสียหายได้เปรียบเสียเปรียบกันได้ การเข้าทำสัญญาตลอดจนการบังคับเอาแก่สัญญาจึงจำเป็นต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนเสียก่อน โดยควรต้องคำนึงถึงหลักแนวคิดและทฤษฎีดังต่อไปนี้ประกอบด้วย

2.2.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เป็นหลักการที่ให้ความสำคัญกับเสรีภาพของเอกชน หมายความว่า การมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญานัยหนึ่ง และการมีเสรีภาพโดยปราศจากการแทรกแซงแก่สัญญาที่ได้มีขึ้นแล้วอีกนัยหนึ่ง³⁰ โดยจะมีการจำกัดอิสระได้ก็ด้วยแต่ความสมัครใจของตนเท่านั้น เสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนจึงเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม ดังนั้น ความตกลงอันได้ทำขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับกับผู้ที่ได้ทำความตกลงนั้น³¹ ทั้งนี้ นัยแห่งความหมายของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา 2 ส่วน ได้แก่

ส่วนที่ 1 การมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา คือ³² เสรีภาพในการก่อให้เกิดขึ้น การดำเนินต่อไป หรือการระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดซึ่งสัญญา อันประกอบด้วย³³ 1) ด้านกระทำ (positive sense) ในอันที่จะเริ่มต้น ทำต่อ และตกลงเข้าทำสัญญา และ 2) ด้านไม่กระทำ (negative sense) ในอันที่จะถอนเสียซึ่งคำเสนอหรือยกเลิกเจรจาไม่เข้าทำสัญญาตลอดจนระงับกระบวนการเจรจาด้วย

³⁰ Wilson N.. (1965). Freedom of Contract and Adhesion Contract. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol.14, p.172 ss, อ้างถึงใน ศนันกรณ (ประจำปี) โสตติพันธ์. (2554). *คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 279.

³¹ วิชามหาคุณ. (2517). ทฤษฎีกฎหมาย. *วารสารกฎหมาย*, 1 (3), หน้า 75.

³² Tamburrino G.. (n.d.). *I Vicoli Unilaterali nella Formazione Progressva del Contratto*, n.p. p.25, อ้างถึงใน ศนันกรณ (ประจำปี) โสตติพันธ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30. หน้า 279.

³³ Beatson J. & Friedmann D.. (1997). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Clarendon press: Oxford. p.14, อ้างถึงใน ศนันกรณ (ประจำปี) โสตติพันธ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30. หน้า 279.

ส่วนที่ 2 การมีเสรีภาพโดยปราศจากการแทรกแซงแก่สัญญาที่ได้มีขึ้น คือ³⁴ เสรีภาพแห่งการทำสัญญาซึ่งปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ โดยหากรัฐเข้าแทรกแซงสัญญาแล้ว จะทำให้เสรีภาพที่เอกชนตกลงกันได้แล้วถูกทำลายไปนั่นเอง

2.2.2 หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา

หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (pre-contractual liability) เป็นหลักที่ให้ความสำคัญกับคู่กรณี ซึ่งได้รับความเสียหายนั้นควรจะต้องได้รับการเยียวยาจากการที่สัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้หรือไม่สามารถใช้บังคับได้ อันเนื่องมาจากการกระทำที่ไม่สุจริตของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาที่ไม่สุจริตย่อมเกิดความรับผิดได้ แม้จะไม่มีสัญญาต่อกันหรือไม่มีความผูกพันหรือหนี้ตามสัญญา³⁵ เป็นต้นว่า บุคคลหนึ่งนำสร้อยคอหุ้มทองหลอกขายให้แก่อีกบุคคลหนึ่งโดยการใช้อุบายว่าเป็นสร้อยทองทั้งเส้น จะเห็นว่าสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้วแต่มีผลเป็นโมฆียะ หากบอกล้างก็จะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าพ้นวิสัยจะกลับคืนก็ให้ชดเชยค่าเสียหาย ตามบทบัญญัติมาตรา 176 เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา แต่หากเปลี่ยนเป็นว่าบุคคลนั้นไม่มีเจตนาหลอกหลวง เพราะเข้าใจว่าสร้อยคอดังกล่าวเป็นทองทั้งเส้น กรณีจึงไม่มีการใช้กลฉ้อฉล จึงมิใช่ความรับผิดชอบก่อนสัญญา แต่อาจเป็นโมฆียะเพราะสำคัญผิดตามมาตรา 157 หรือเป็นความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ซื้อขาย ซึ่งเป็นความรับผิดตามกฎหมายซื้อขาย ดังนั้น บุคคลใด ๆ ได้ยอมรับประโยชน์จากกฎหมายในอันที่จะทำการเจรจาได้อย่างอิสระตามหลักทั่วไปในการเคารพสิทธิผู้อื่น (neminem ledere) และได้รับการคุ้มครองจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ³⁶

2.2.3 ทฤษฎีการผิดสัญญาที่มีคุณภาพ

ทฤษฎีการผิดสัญญาที่มีประสิทธิภาพ (Theory Efficient Breach) เป็นแนวคิดอันเกี่ยวกับกฎหมายสัญญาว่าควรมีการยอมรับให้มีการผิดสัญญาได้ หากแต่การผิดสัญญานั้นต้องมีประสิทธิภาพ โดยอย่างน้อยการเปลี่ยนแปลงนั้น ไม่ได้ทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกลับไปอยู่ในสถานะที่เลวร้ายลงหรือแสวงหาประโยชน์สูงสุด กล่าวคือ กฎหมายจำต้องคุ้มครองความคาดหวังของคู่สัญญาที่ไม่ได้ผิดสัญญา โดยการเยียวยาอันเนื่องมาจากสัญญา ทั้งนี้ มิใช่หมายถึงทำให้สถานะของเขาดีขึ้น³⁷ อีกทั้ง Oliver

³⁴ คาราวร ธีระวัฒน์. (2542). *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14-16.

³⁵ ไพจิตร บุญยพันธ์. (2545). ความรับผิดชอบก่อนสัญญากับความรับผิดชอบอื่น. *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*, 14 (2), หน้า 7-14.

³⁶ จำปี หยกอุบล. (2536). หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา. *วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 21, หน้า 119.

³⁷ สักดา ธนิตกุล. (2550). *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 58-59.

Wendel Holmes³⁸ ยังได้อธิบายเพิ่มเติมว่า “กฎหมายคอมมอนลอว์ มีหน้าที่ควบคุม สัญญาที่เป็นการ คาดการณ์ล่วงหน้าในการจ่ายค่าเสียหาย หมายความว่า ถ้าไม่มีการควบคุม สัญญาที่กำหนดตามเจตนา ให้คู่สัญญาจ่ายค่าเสียหายเมื่อผิดสัญญา อาจไม่รับรองการปฏิบัติตามสัญญา” นอกจากนี้ Frank J. Cavico³⁹ ยังอธิบายว่า “จำนวนค่าเสียหายที่ต้องจ่ายภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลง รูปแบบในการใช้ค่าเสียหายที่คาดหวังว่าจะได้รับ ซึ่งค่าเสียหายล่วงหน้าจะเปลี่ยนสถานะเป็นเบี้ยปรับ เมื่อจำนวนที่กำหนดนั้นเป็นจำนวนที่มากกว่าค่าชดเชยความเสียหาย ดังนั้น เบี้ยปรับจึงเป็นราคา ที่เกิดจากการผิดสัญญาที่สูงขึ้นจนผิดปกติจากการที่คาดหมายไว้ ซึ่งเป็นการบังคับคู่สัญญาฝ่ายที่ ผิดสัญญา โดยให้ดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติการชำระหนี้เป็นการตอบแทนค่าชดเชย ความเสียหายในการปฏิบัติตามสัญญา”

2.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

ในอดีตการเข้าทำสัญญาระหว่างปัจเจกชน มิได้มีความซับซ้อนมากนัก การเข้าทำสัญญา จึงเป็นอิสระแห่งการแสดงเจตนาของปัจเจกชน เนื่องด้วยพื้นฐานที่บุคคลล้วนมีสถานะความสามารถ ที่เท่าเทียมกัน ซึ่งคู่สัญญาต้องใช้ความระมัดระวังกันเองในการเข้าทำสัญญา การค้าขายในอดีต จึงมีหลักการว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” (Let the Buyer Beware)⁴⁰ ต่อมาเมื่อได้มีทางการค้าขายได้เจริญเติบโต และมีการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจ รวมทั้งความรู้ทางเทคโนโลยีที่ใช้ได้มีการพัฒนามากขึ้น ย่อมทำให้การเข้าทำสัญญาเกิดความซับซ้อนมากขึ้นตามไปด้วย บุคคลโดยทั่วไปที่เข้าทำสัญญากับ ผู้ขายสินค้าหรือให้บริการก็อาจขาดซึ่งข้อมูลความรู้เกี่ยวกับคุณภาพสินค้าหรือบริการ จนอาจ เป็นเหตุให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบ และสถานะการใช้อำนาจต่อรองทางการค้าก็ลดลงไป ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบการค้าขายที่มีมาดังเช่นเมื่อครั้งในอดีต จึงได้มีการพัฒนาหลักกฎหมาย เข้ามาคุ้มครองบุคคลเหล่านี้ เพราะได้อยู่ในสถานะผู้บริโภคเสียแล้ว โดยมีหลักการว่า “ผู้ขายต้องระวัง” (Let the Seller Beware) ซึ่งหลักการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการผสมผสาน หลักกฎหมายหลายส่วนเข้าด้วยกัน อันประกอบด้วยหลักกฎหมายแพ่ง หลักกฎหมายพาณิชย์

³⁸ Oliver Wendel Holmes. (1897). The path of the Law. *10 HARV.L.REV*, pp. 457-458. อ้างถึงใน ธิดารัตน์ ชลประเสริฐสุข. (2552). *การศึกษาสัญญาเช่าหอพักเอกชนบริเวณรอบมหาวิทยาลัยแม่โจ้ จังหวัดเชียงใหม่*. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ กองทุนสนับสนุนงานวิชาการ คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยแม่โจ้.

³⁹ Frank J. Cavico. (1990). Punitive Damages for Breach of Contract-A Principle Approach. *22 ST.MARY'S L.J*, p. 357, 371. อ้างถึงใน ธิดารัตน์ ชลประเสริฐสุข. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 38.

⁴⁰ Gordon Borie & Aubrey L. Diamond. (1964). The Consumer. *Society and the Law*, pp. 15-49 and 259-260. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2525). กฎหมายควบคุมโฆษณาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค. *วารสารนิติศาสตร์*, 10 (2), หน้า 246.

หลักกฎหมายอาญา และหลักกฎหมายมหาชน⁴¹ โดยประเทศไทยยังได้กำหนดเป็นสิทธิพื้นฐานอันปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ มาตรา 46⁴² ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ รวมทั้งมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาใช้บังคับเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคอีกด้วย

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตในการประกอบอาชีพ

ปัจเจกชนมีสิทธิเสรีภาพในอันที่จะกระทำการใด ๆ ตามใดที่มีได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม หรือบุคคลอื่น แน่แน่นอนว่าในการดำรงชีวิตอยู่ในปัจจุบันซึ่งอยู่ท่ามกลางระบบเศรษฐกิจในระบบทุนนิยมที่มีอัตราการแข่งขันสูง การประกอบอาชีพจึงกลายเป็นเหตุปัจจัยที่สำคัญในการเลี้ยงชีพ และยิ่งเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ ความสุขสบาย รวมถึงความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สินด้วย โดยหลักแล้วบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานที่มีการยอมรับกันในนานาอารยประเทศรวมทั้งประเทศไทยด้วย โดยหลักการอันสำคัญนี้ ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนี้

“มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ เพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว การเลือกประกอบอาชีพนั้นเป็นเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอย่างแท้จริง การจำกัดสิทธิดังกล่าวย่อมกระทำมิได้ แต่ขณะเดียวกันรัฐก็มีภารกิจหลักรักษาความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศ รวมถึงดูแลประชาชนในประเทศให้มีความเป็นอยู่ที่ดี มีความปลอดภัย มั่นคงในชีวิตและทรัพย์สิน ดังนั้น รัฐจึงมีความจำเป็นต้อง

⁴¹ ฉัฐ สันตสว่าง. (2554). *กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางเศรษฐกิจและการคุ้มครองผู้บริโภค Anti Trust and Consumer Protection Law*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 2-5.

⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ. มาตรา 46 บัญญัติว่า “สิทธิของผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง บุคคลย่อมมีสิทธิร่วมกันจัดตั้งองค์กรของผู้บริโภคเพื่อคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคตามวรรคสองมีสิทธิร่วมกันจัดตั้งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระเพื่อให้เกิดพลังในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค โดยได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการจัดตั้งอำนาจในการเป็นตัวแทนของผู้บริโภค และการสนับสนุนด้านการเงินจากรัฐ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”.

ออกกฎหมาย หรือมาตรการต่าง ๆ เพื่อควบคุมการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยใช้ระบบอนุญาตด้วย โดยสำหรับระบบอนุญาตนั้น นับว่าเป็นมาตรการหลักที่ประเทศทั้งหลายนิยมนำมาใช้ เพื่อควบคุมการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของบุคคล ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยได้มีกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการกำกับดูแลเกี่ยวกับการประกอบกิจการ หรือเพื่อการประกอบอาชีพที่ใช้ระบบอนุญาตมากถึง 149 ฉบับ⁴³ นอกจากนี้ ยังมีมาตรการอื่น ๆ ประกอบด้วยในการควบคุมการประกอบกิจการ เช่น การจดทะเบียน หรือการขึ้นทะเบียน การรับรอง หรือการจดทะเบียน เป็นต้น

ในส่วนการใช้ระบบอนุญาตในต่างประเทศนั้น ได้มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ ตัวอย่างต่อไปนี้

2.3.1 ระบบอนุญาตตามกฎหมายของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป ได้มีข้อกำหนดอันเกี่ยวกับเรื่อง “บริการตลาดภายใน” (Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur) หรือในชื่อที่เรียกทั่วไปว่า “ข้อกำหนดบริการ” เป็นข้อบังคับที่ใช้สำหรับการประกอบกิจการอันเป็นการบริการ เนื่องด้วยภารกิจหลักในการสร้าง “ตลาดภายใน” ให้ผู้ประกอบการค้าบริการจากบรรดาระัฐสมาชิกในการประกอบกิจการค้าได้อย่างเสรี โดยนาระบบอนุญาตมาใช้สำหรับการประกอบกิจการบริการอันมีลักษณะที่เข้าใจง่ายที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 กล่าวโดยสรุปคือ

- 1) การใช้ระบบอนุญาตไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ
- 2) มีความจำเป็นสำคัญอันเนื่องกับประโยชน์ส่วนรวม (raison impérieuse d'intérêt général) เช่น ความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ความปลอดภัยประชาชน สุขอนามัยของประชาชน เป็นต้น
- 3) ไม่มีมาตรการอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่า

นอกจากนี้ มาตรา 10 ยังได้กล่าวถึงข้อยกเว้นในการที่เจ้าหน้าที่จะใช้เพื่อพิจารณาอนุญาตเพื่อใช้มิให้เกิดการใช้อำนาจโดยอำเภอใจ และมาตรา 13 ได้กำหนดกระบวนการในการพิจารณาอนุญาตให้ต้องมีความชัดเจน โปร่งใส และไม่สร้างภาระค่าใช้จ่ายแก่ผู้ขออนุญาตเกินสมควรด้วย

⁴³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2564). *หลักเกณฑ์การพิจารณาการกำหนดระบบอนุญาตตามกฎหมาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/03-2-2.pdf>. [2564, 1 กุมภาพันธ์].

2.3.2 การควบคุมการประกอบกิจการของญี่ปุ่น⁴⁴

ระบบอนุญาตของญี่ปุ่นนั้นเป็นหนึ่งในมาตรการในการควบคุมการประกอบกิจการที่มีอยู่หลายรูปแบบ (มีมาตรการอื่นที่นำมาใช้แทนระบบอนุญาตด้วย) ซึ่งจะอิงหลักการเชื่อมโยงกับการบริหารที่รัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงจำกัดเสรีภาพบางประการของประชาชนในการประกอบกิจการหรือดำเนินการอันมีลักษณะที่อาจเป็นอันตรายหรือไม่สอดคล้องต้องกับนโยบายสาธารณะ เช่น กิจการธนาคารและการเงินบางประเภท การประกันสุขภาพ นายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อที่จะสามารถดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม สิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน รวมถึงดำเนินนโยบายสาธารณะได้ โดยในการควบคุมของญี่ปุ่นอาจจำแนกได้ 3 ประเภท มาตรการโดยสรุป คือ

1) มาตรการควบคุมเคร่งครัดสูงสุด หมายถึง การมีกฎหมายกำหนดห้ามประกอบกิจการดำเนินการ ยกเว้นว่าจะได้รับคำสั่งอนุญาต คำสั่งอนุมัติ ใบอนุญาต หรือกำหนดให้เป็นผู้ดำเนินการจากหน่วยที่ได้รับผิดชอบให้เป็นผู้พิจารณา

2) มาตรการควบคุมเคร่งครัดปานกลาง หมายถึง การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อเท็จจริงไว้ก่อนล่วงหน้า และหน่วยที่ได้รับผิดชอบให้เป็นผู้พิจารณาจะดำเนินการตรวจสอบผู้ยื่นคำร้องขอดำเนินการ โดยหากพิจารณาได้ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขหรือข้อเท็จจริงที่กำหนดแล้ว ก็จะรับรองขึ้นทะเบียนให้

3) มาตรการควบคุมเคร่งครัดน้อย หมายถึง การใช้ระบบจดทะเบียนโดยเพียงยื่นยื่นข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดบางอย่างต่อหน่วยที่ได้รับผิดชอบเท่านั้น เนื่องจากเป็นกิจการที่ไม่มีผลกระทบในระดับสาธารณะดังเช่นในระดับมาตรการที่ 1) และ 2)

นอกจากนี้ ต่างประเทศยังได้มีมาตรการอื่นที่นำมาใช้แทนระบบอนุญาต ได้แก่

1) การจดทะเบียน เป็นกรณีที่ห้ามประกอบกิจการจนกว่าจะได้มีการแจ้งความประสงค์ในการประกอบกิจการให้ทราบแก่เจ้าหน้าที่ ซึ่งในขั้นการรับแจ้งนี้จะไม่พิจารณาตรวจสอบถึงคุณสมบัติหรือลักษณะอันต้องห้ามของผู้จดทะเบียน ทั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการสุ่มตรวจและอาจถูกสั่งระงับได้หากเป็นการดำเนินการที่ผิดกฎหมาย

2) การรับรอง (state certification) เป็นกรณีที่สงวนไว้แก่บุคคลผู้มีคุณสมบัติและมาตรฐานโดยฝ่ายเกณฑ์ที่มีการรับรอง อันมีลักษณะเป็นการจำกัดการใช้ชื่อตำแหน่ง (วิชาชีพ) นอกจากนี้

⁴⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560). *การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นทดแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/article77/file/3-02.pdf>. [2564, 1 กุมภาพันธ์].

ยังถือเป็นการรับรองมาตรฐานและคุณภาพแห่งผู้ให้บริการให้เป็นข้อมูลแก่ผู้บริโภคอีกด้วย โดยไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดบุคคลอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาดในการประกอบอาชีพนั้น ๆ

3) การขึ้นทะเบียน (registration) เป็นกรณีที่มีการจัดทำทะเบียนรายชื่อของผู้ประกอบอาชีพเพื่อประโยชน์แก่ผู้บริโภคในอันที่จะสืบค้นมีความประสงค์ที่จะใช้สิทธิร้องเรียน โดยรัฐอาจกำหนดมาตรฐานหรือคุณสมบัติสำหรับผู้ประกอบอาชีพที่ขึ้นทะเบียนนั้นด้วยก็ได้

4) การบังคับวางหลักประกัน (mandatory bonding) เป็นกรณีที่มีการกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพวางหลักประกันตามจำนวนที่กำหนด เพื่อประโยชน์ในการเป็นหลักประกันแห่งความเสียหายแก่ผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการในอันที่จะได้ชดเชย โดยผู้ประกอบวิชาชีพอาจซื้อหลักประกันแทนการวางหลักประกันก็ได้

5) การตรวจสอบหรือกำกับดูแลกิจการของสถานประกอบการ (direct regulation) เป็นกรณีมีการกำกับดูแลเป็นระยะสม่ำเสมอ เพื่อรักษาประสิทธิภาพให้มีมาตรฐานการบริการที่ดี

โดยสรุปแล้ว ระบบอนุญาตมีแนวคิดเนื่องมาจากเหตุผลพื้นฐานอันเกี่ยวกับการกิจของรัฐ เนื่องจากรัฐที่มีหน้าที่ในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม สิ่งแวดล้อม และสาธารณะสมบัติอันเป็นของชาติ มีหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยการตรวจสอบควบคุมเพื่อสร้างสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพกับประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งต้องพิจารณาจากกรณีความจำเป็นและต้องไม่เลือกปฏิบัติแก่ผู้ประกอบกิจการ และการที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการนี้ ไม่มีมาตรการอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่าในอันที่จะทำให้รัฐบรรลุภารกิจตามที่ตั้งเป้าหมายไว้ได้ ซึ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศ ถือเป็นมาตรการในการควบคุมการประกอบกิจการของรัฐอย่างหนึ่ง ได้แก่ 1) มาตรการควบคุมก่อนหน้า (ex ante control) ซึ่งประกอบด้วย การอนุญาต การรับรอง รวมถึงการขึ้นทะเบียน และ 2) มาตรการควบคุมภายหลัง (ex post control) ซึ่งประกอบด้วย การแจ้งก่อนดำเนินการ และการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติ

แต่อย่างไรก็ตาม ในแนวทางการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายไทย ก็จำเป็นต้องอยู่ภายในกรอบแห่งกฎหมายด้วย เช่น

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ โดยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 77 วรรคท้าย ซึ่งได้มีบัญญัติไว้ว่า

“รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็นพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

2) พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบและพิจารณาจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ โดยตามมาตรา 21 (5) ซึ่งได้มีบัญญัติไว้ว่า

“ไม่ใช้ระบบอนุญาต เว้นแต่มีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชน หรือมีกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่จำเป็นต้องมีระบบอนุญาต การกำหนดระยะเวลาหรือขั้นตอนในการพิจารณาขึ้นคำขออนุญาตดำเนินการต่าง ๆ ต้องคำนึงถึงหลักการและสาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ”

3) พระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. 2558 กำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการพิจารณาทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย โดยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) ซึ่งได้มีบัญญัติไว้ว่า

“การใช้ระบบคณะกรรมการ การอนุมัติ การอนุญาต ใบอนุญาต ระบบการจดทะเบียน หรือระบบอื่นที่กำหนดขึ้นเพื่อกำกับหรือควบคุม เพียงเท่าที่จำเป็น”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อนำระบบอนุญาตมาใช้ในกฎหมายไทย จึงต้องมีความสอดคล้องกับเหตุผลทางกฎหมายไทยด้วย ทั้งนี้ เพื่อการควบคุมกำกับดูแลการทำกิจกรรมของประชาชนที่มีความสำคัญหรือมีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประชาชน แต่ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงความจำเป็นในเชิงนโยบายแห่งรัฐที่ใช้อำนาจในการควบคุมกิจกรรมด้วย รวมถึงผลกระทบจากการใช้ระบบอนุญาต ตลอดจนวิเคราะห์ถึงความคุ้มค่าของการเลือกใช้ระบบอนุญาตด้วย

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

ปกติแล้วการระงับข้อพิพาทแบบตรงไปตรงมาที่เน้นผลแห่งมูลหนี้เป็นหลัก คือ การฟ้องคดีต่อศาลเมื่อฟ้องร้องชนะคดีแล้วก็จะดำเนินการบังคับตามมูลหนี้ นั่น ซึ่งแน่นอนว่าจะต้องมีฝ่ายที่ชนะคดีกับฝ่ายที่แพ้คดีนั่นเอง แต่เมื่อมีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีฟ้องศาล ยังมีขั้นตอนวิธีการที่จำเพาะและเคร่งครัดตามแบบวิธีของวิธีพิจารณาความของแต่ละศาล และในการพิจารณาของศาลนั้นยังมีความล่าช้า เนื่องด้วยปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก

การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) เป็นทางออกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นทางเลือกโดยเกิดจากความสมัครใจของบุคคลคู่กรณี โดยที่คู่กรณีไม่ต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีโดยศาล (Litigation)

ซึ่งเป็นการเข้าไปแก้ไขปัญหาคือพิพาทได้อย่างรวดเร็วและยังรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างคู่สัญญาได้ด้วย

โดยสำหรับแนวทางระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการสัญญาซื้อขายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้ศึกษาเพียงเฉพาะการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีประนีประนอมข้อพิพาท (Mediation / Conciliation) ซึ่งหมายถึงกระบวนการไกล่เกลี่ยที่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทหาทางออกร่วมกัน เปิดโอกาสให้แต่ละฝ่ายชี้แจงถึงข้อเท็จจริง โดยจะมีบุคคลที่สาม (ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอม) เข้ามาอำนวยความสะดวกเพื่อก่อให้เกิดการสร้างข้อเสนอ (Options) จนนำไปสู่ทางออกของข้อพิพาท โดยผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมจะดำเนินกระบวนการอย่างเป็นกลางไม่เกลี้ยกล่อม และไม่มีอำนาจชี้ขาดอย่างอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผลการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมนี้จะเกิดจากการตัดสินใจของคู่พิพาทเอง⁴⁵

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีประนีประนอมข้อพิพาทนี้ ยังได้ถูกใช้เป็นกระบวนการหนึ่งตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 36/1 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการร้องเรียนเกี่ยวกับการประกันภัย การจ่ายค่าสินไหมทดแทน การขอใช้เงินหรือประโยชน์อื่นใดตามกรมธรรม์ประกันภัย นายทะเบียนอาจจัดให้มีการพิจารณาข้อร้องเรียนและดำเนินการไกล่เกลี่ยได้” หรือในพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 37/1 ก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน โดยมีคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) เป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบในการดำเนินงาน

2.5 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการบริหารจัดการ

การทำงานร่วมระหว่างองค์กรที่มีมุมมองเป้าหมายต่างกัน จำต้องพิจารณาถึงเป้าหมายของแต่ละฝ่ายให้มีความเข้าใจที่ตรงกัน และปรับเปลี่ยนแนวความคิดให้สอดคล้องกันพอที่จะสามารถทำงานร่วมกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อลดปัญหาความขัดแย้งระหว่างองค์กร ดังนั้นจำเป็นต้องมีหลักความคิดเกี่ยวกับการจัดการบริหารองค์กร เพื่อการพัฒนากลยุทธ์ และส่งเสริมศักยภาพในการทำงานร่วมกันอยู่เสมอ ดังนี้

⁴⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย. (2554). *การระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการของสำนักงาน คปภ. เพื่อประชาชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.oic.or.th/sites/default/files/file_download/kaarrangabkphphaathaethaenuyaaottulaakaarephuueprachaachn.pdf. [2564, 1 กุมภาพันธ์].

2.5.1 ทฤษฎีความร่วมมือระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน

ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร (Inter-Organization Relations) เป็นหลักที่ว่าได้ ความสัมพันธ์ในการบริหารงานระหว่างความเป็นองค์กร กับประสิทธิผลในการดำเนินการ โดยมีมุมมองความสัมพันธ์กันอยู่ 2 นัย ได้แก่

1) ทางด้านสัญญา (Contract-Centered Approach) เป็นกรณีที่มีมุมมองในรูปแบบ อนุรักษ์นิยมโดยจะมีการมองการบริหารในรูปแบบสัญญา

2) ทางด้านความสัมพันธ์ (Relationship-Centered Approach) เป็นกรณีที่มีมุมมอง ในรูปแบบการทำงานที่สร้างความไว้วางใจ (Trust) ระหว่างการเป็นหุ้นส่วน โดยมุ่งเน้นถึง ความร่วมมือและกลไกการประสานงาน

หากพิจารณาถึงเป้าหมายของภาครัฐและภาคเอกชนแล้วจะพบว่า ทิศนคติในการทำงาน ต่างกัน⁴⁶ กล่าวคือ เอกชนมีเป้าหมายพื้นฐานคือการแสวงหากำไร (Profit) และประสิทธิภาพ (Efficiency) ขณะที่ภาครัฐมีเป้าหมายคือการสร้างโอกาสในการแสวงหาบริการสาธารณะ (Public Good) ซึ่งภาครัฐนั้นมีข้อจำกัดในการทำงานมากกว่าเอกชน ดังนั้น การดำเนินการใด ๆ ที่มีความสัมพันธ์ ระหว่างภาครัฐและเอกชนจึงต้องมีแนว นโยบายที่ประสานเป้าหมายร่วมกันด้วย เพื่อให้เกิด ความร่วมมือกันอย่างแท้จริง นอกจากนี้ ควรให้ความสำคัญในการสื่อสารระหว่างองค์กรให้มีความ ยืดหยุ่น (Flexibility) และมีประสิทธิภาพ โดยสามารถที่จะสื่อสาร แบ่งปันเครือข่ายและข้อมูล ในการสร้างความสัมพันธ์ ซึ่งจะช่วยลดปัญหาข้อขัดแย้งอันที่อาจเกิดขึ้น จากการทำความเข้าใจ เป้าประสงค์แห่งการทำงานของแต่ละฝ่าย เป็นต้นว่า สร้างหุ้นส่วนในระดับการวางแผน (Strategic Partnership) ที่อาศัยพันธะสัญญา (Commitment) และการร่วมมืออย่างเปิดเผย (Open Collaboration)

2.5.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางปกครอง

การลงโทษเป็นเครื่องมือของกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมให้ประชาชนมีความเกรงกลัว การถูกลงโทษหากมิได้ปฏิบัติหรือได้ปฏิบัติการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย แต่ระดับความรุนแรง ในการบังคับโทษจะมีความแตกต่างกันไปตามลักษณะความผิด

โทษทางปกครอง (sanction administrative) เป็นมาตรการหนึ่งที่ใช้ลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ซึ่งอาจใช้เพื่อเป็นมาตรการเพิ่มจากโทษทางอาญาหรือ ใช้แทนโทษทางอาญา โดยโทษทางปกครองมีความคล้ายกับการลงโทษประเภทอื่น ๆ แต่มี ความแตกต่าง คือ ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดการลงโทษภายใต้เงื่อนไขแห่งอำนาจที่กฎหมายให้ไว้

⁴⁶ ฉัฐพงษ์ พันแสน. (2554). *ภาคีความร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชนกับประสิทธิผลของนโยบายส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าด้วยพลังงานหมุนเวียน*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรรัฐศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะรัฐประศาสนศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 86-61.

โดยฝ่ายปกครองนั้นอาจเป็นองค์กระอิสระทางปกครอง หรือฝ่ายปกครองในการบังคับบัญชาตามลักษณะปกติก็ได้ เช่น รัฐมนตรี เป็นต้น อีกทั้งยังต้องไม่มีลักษณะที่เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย⁴⁷

การใช้โทษทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษในกรณีที่มีการกระทำความผิดฝ่าฝืนกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับอันมีลักษณะเป็นแบบแผนที่มีผลเป็นการใช้บังคับโดยทั่วไป หรือใช้กับกรณีที่ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครอง รวมถึงการกระทำความผิดที่ไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าโทษทางปกครองนั้น โดยหลักแล้วใช้ลงโทษเอากับความผิดที่เป็นกฎหมายเชิงเทคนิค (mala prohibita) โดยอาจเนื่องมาจากการที่ต้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะบางประการ มากกว่ากรณีที่เป็นความผิดโดยชั่วร้ายจากการกระทำความผิดในตัวเอง (mala in se) ซึ่งเป็นความผิดที่มีบทกฎหมายโทษทางอาญา⁴⁸

สำหรับรูปแบบของโทษทางปกครองแต่ละประเภทย่อมมีความแตกต่างกันไปตามความประสงค์ของการลงโทษ ประกอบกับสภาพแห่งบริการสาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง⁴⁹ โดยอาจพิจารณาได้ดังนี้

1) โทษทางการเงิน คือ การกำหนดโทษในลักษณะที่เป็นโทษปรับทางปกครอง หรือการมีคำสั่งระงับการจ่ายหรือให้หักเงินช่วยเหลือตามกฎหมาย โดยส่วนใหญ่ย่อมจะมีการกำหนดโทษปรับในอัตราที่สูง เพื่อให้เกิดความเกรงกลัว ซึ่งอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาโทษขึ้นต่ำ-ขึ้นสูงตามความเหมาะสมแก่กรณีได้

2) โทษที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ คือ การกำหนดโทษในลักษณะที่เป็นการออกคำสั่งจำกัดการประกอบกิจการ การพักใช้ใบอนุญาตหรือการจดทะเบียนหรือการให้ความเห็นชอบ หรือตัดสิทธิในการประกอบกิจการ ซึ่งได้แก่ คำสั่งห้ามดำเนินการ ห้ามประกอบกิจการ คำสั่งยกเลิกเพิกถอน

⁴⁷ กฤษณ์ วสินนท์. (2547). *ร่างรายงานการวิจัย เรื่อง มาตรการบังคับทางปกครอง: ศึกษากรณีการแยกการปรับทางปกครองออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส*. เสนอ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 20.

⁴⁸ อรรถสิทธิ์ กันมล. (2549). *ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 18.

⁴⁹ สุภวัฒน์ สิงห์สุวชัย. (2547). *บันทึกเสนอผลการศึกษาค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศ “การใช้โทษทางปกครองและโทษทางอาญาควบคู่กัน เพื่อลงโทษการกระทำความผิดกรรมเดียว”*. เอกสารเสนอคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อพิจารณาในการประชุม วันที่ 1 ธันวาคม 2547. หน้า 4. อ้างถึงใน อนุสรณ์ เกื้อจำ. (2558). *ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาและกระบวนการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 49-51.

ใบอนุญาตหรือการจดทะเบียนหรือการให้ความเห็นชอบ สุดแล้วแต่กรณีความรุนแรงตามที่ได้กำหนดไว้ โดยโทษที่เป็นการเพิกถอนสิทธินี้จะมีความเกี่ยวข้องกับกรณีการประกอบกิจการประเภทที่มีการขออนุญาต ของจดทะเบียน เมื่อประกอบกิจการจะต้องจัดแจงความแก่เจ้าพนักงานเพื่อการควบคุมหรือตรวจสอบโดยฝ่ายปกครองนั่นเอง

3) โทษที่กระทบต่อชื่อเสียง คือ การกำหนดโทษในลักษณะที่จะทำให้ชื่อเสียงหรือความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบการต้องเสียไป เช่น กำหนดให้ฝ่ายปกครองประกาศหรือแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือสาธารณชนได้ทราบการกระทำของผู้กระทำผิด หรือการดำเนินเปิดเผยต่อสาธารณะ เพราะกิจการบางประเภทนั้นจำเป็นต้องอาศัยชื่อเสียง หรือความน่าเชื่อถือเป็นสำคัญ

4) การเปรียบเทียบคดีตามใบสั่ง คือ การกำหนดโทษในลักษณะที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการเปรียบเทียบคดีโดยการออกใบสั่ง (Infringement notice) เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดเสียโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลอีกต่อไป อันเป็นการลดภาระการพิจารณาคดีของศาลลงได้ โดยอำนาจเปรียบเทียบของเจ้าหน้าที่จะเป็นไปตามอัตราเพดานตามที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดไม่ได้ชำระค่าปรับตามที่เปรียบเทียบ เจ้าหน้าที่รัฐก็ต้องฟ้องบุคคลดังกล่าวเป็นคดีต่อศาล