

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ของผู้เยาว์ของต่างประเทศและของประเทศไทย

สภาพสังคมไทยแต่เดิมนำหน้าในการหารายได้ในการเลี้ยงดูครอบครัวของสังคมไทยส่วนใหญ่ เป็นหน้าที่ของบิดามารดาเป็นผู้หารายได้ แต่ปัจจุบันผู้เยาว์นั้นยังเป็นฝ่ายหารายได้ในการเลี้ยงดู ครอบครัวอีกด้วยเนื่องจากการหารายได้เพียงฝ่ายบิดามารดาเพียงฝ่ายเดียวอาจไม่พอที่จะใช้ในการ เลี้ยงดูครอบครัว ประกอบกับสถานการณ์ที่สภาวะเศรษฐกิจที่หนักครวเรือนพุ่งสูงขึ้น ทำให้ทุกฝ่าย ในครอบครัวต้องช่วยกันประหยัดและหารายได้เพิ่มเติมให้กับครอบครัว ผู้เยาว์จึงเป็นฝ่ายในการช่วยหา รายได้เพิ่มเติมในการเลี้ยงดูครอบครัวอีกด้วย และในการประกอบอาชีพของผู้เยาว์กฎหมายยังจำกัด ไม่ได้ให้อิสระแก่ผู้เยาว์ในการประกอบอาชีพเท่าที่ควร ผู้เยาว์สามารถประกอบอาชีพที่จะต้องขอ ความยินยอมในการประกอบอาชีพจากบิดามารดา ทั้งที่จริงแล้วในการประกอบอาชีพของผู้เยาว์บางอาชีพ นั้นเป็นเพียงการใช้ทักษะการเจรจาต่อรอง โน้มน้าว เพื่อก่อให้เกิดสัญญาทั้งที่ทักษะการประกอบอาชีพ นั้นแทบไม่ต่างจากบุคคลทั่วไปที่บรรลุนิติภาวะ คือการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์

3.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของ ผู้เยาว์ในต่างประเทศ

ในต่างประเทศกฎหมายได้กำหนดให้บุคคลที่ประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้อง มีใบอนุญาตในการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยจะต้องผ่านหลักเกณฑ์ และผ่านการ อบรมถึงจะได้รับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ บุคคลที่ได้รับใบอนุญาต ในการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์แล้วจะปฏิบัติตามข้อบังคับที่ได้กำหนดไว้ด้วย เพื่อให้ อาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีมาตรฐานและไม่ให้เสื่อมเสียกับบุคคลที่ทำอาชีพนายหน้า อสังหาริมทรัพย์ด้วย หน้าที่ของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นตัวกลางระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์กับบุคคลภายนอกที่ได้สนใจในตัวอสังหาริมทรัพย์เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์เป็น

ทรัพย์สินที่มีมูลค่าที่สูง บุคคลภายนอกที่สนใจจะต้องพิจารณาในการซื้อขายหรือการเช่าอย่างถี่ถ้วนในการเลือกอสังหาริมทรัพย์ จึงเป็นหน้าที่ของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่คอยอำนวยความสะดวกระหว่างเจ้าของอสังหาริมทรัพย์กับบุคคลภายนอกนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จึงอาจกลายเป็นตัวแปรและก่อให้เกิดการทำสัญญาระหว่างกัน แต่อาชีพนายหน้าเป็นอาชีพที่อิสระอาจกระทบต่อประชาชนได้ ภาครัฐจึงจะต้องมีหน้าที่คอยกำกับควบคุมดูแลในการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์และเพื่อให้อาชีพได้อยู่ในมาตรฐาน ทางผู้เขียนได้เลือกกฎหมายต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา กับประเทศแคนาดา โดยจะนำเสนอรายละเอียดของการประกอบอาชีพนายหน้าดังต่อไปนี้

3.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์ ในสหรัฐอเมริกา รัฐนิวยอร์ก Real Estate License Law 2020 (พุทธศักราช 2563)

สหรัฐอเมริกามีรูปแบบการปกครองประเทศรูปแบบของรัฐธรรมนูญ หรือเรียกว่า ระบบสหพันธรัฐ (Federalism) ซึ่งในรูปแบบการปกครองดังกล่าวมีมาตั้งปีคริสต์ศักราช 1789 เป็นรูปแบบในการปกครองอันเด่นชัดและเป็นการรวมตัวของหลายรัฐจากแต่เดิมมี 13 รัฐจนปัจจุบันมีทั้งหมด 50 รัฐ โดยระบบสหพันธรัฐนั้นสามารถแบ่งการปกครองออกเป็นสามช่วงชั้น ได้แก่ รัฐบาลกลาง (Federal Government) รัฐบาลรัฐ (State Government) รัฐบาลท้องถิ่น (Local Government) ในรูปแบบของการปกครองของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้รัฐบาลกลางมีหน้าที่ในการกำกับดูแล 1) เรื่องการค้าและทางพาณิชย์ 2) การป้องกันประเทศ 3) การต่างประเทศ นอกจากนี้รัฐบาลกลางยังสามารถออกกฎหมายใด ๆ โดยเป็นการอ้างหลัก “ความจำเป็นและเหมาะสม (Necessary and Proper)”¹ เป็นการปกครองดูแลภาพรวมของประเทศ ส่วนของรัฐบาลรัฐมีหน้าที่ในควบคุมกำกับดูแลการปกครองของในแต่ละรัฐเป็นของตัวเอง เช่น ดูแลการปกครองของรัฐ จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ควบคุมการค้าภายในรัฐ จัดการเลือกตั้ง เป็นต้น

ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ของแต่ละรัฐจะต้องทำการซื้อขายผ่านตัวแทนนายหน้า (Real Estate Broker) ตามปกติจะมีการทำสัญญาระหว่างเจ้าของอสังหาริมทรัพย์กับผู้ที่เป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ภายหลังจากที่ทำสัญญากันจะมีการนำอสังหาริมทรัพย์เข้าสู่ระบบข้อมูลของการขายอสังหาริมทรัพย์ หน้าที่ของนายหน้าช่วยเหลือในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กับผู้สนใจ

¹ ฌูร์ก วิทิตานนท์. (2564). *ความสัมพันธ์การเมืองท้องถิ่นกับการเมืองระดับชาติ*. หน้า 14. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.stou.ac.th/Schoolnew/polsci/UploadedFile/%E0%B8%AB%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B8%A2%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%2012.pdf>. [2564, 15 สิงหาคม].

หรือเรียกว่า “Multiple Listing”² เพราะฉะนั้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในสหรัฐอเมริกาหน้าอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นตัวแปรสำคัญในการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ บุคคลซึ่งจะทำหน้าที่เป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ในสหรัฐอเมริกาก็ต้องมีใบอนุญาตในการประกอบอาชีพ โดยกำหนดให้รัฐบาลรัฐเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ หรือระเบียบไว้เป็นของแต่ละรัฐเป็นของตัวเองแต่ละรัฐนั้นจะมีความแตกต่างกันออกไปไม่เหมือนกัน³ ดังตัวอย่างของรัฐนิวยอร์ก (New York) ที่ได้กำหนดกฎหมายในการออกใบอนุญาตในการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ไว้คอยดูแลควบคุม ทั้งนี้ทางผู้เขียน ได้ศึกษาเฉพาะบุคคลที่อายุ 18 ปี สามารถประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ดังต่อไปนี้

กฎหมายว่าด้วยใบอนุญาตอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate License Law)⁴

มาตรา 12 กฎหมายอสังหาริมทรัพย์ (Article 12 – A Real Property Law)

§440 กำหนดนิยามความหมาย (Definitions) ดังนี้

1) นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ “**Real Estate Broker**” หมายถึง บุคคล สำนักงาน บริษัท จำกัด หรือบริษัท ซึ่งได้รับค่าตอบแทน ค่านายหน้า หรือสิ่งมีค่าอื่น ๆ จากการขาย ประมูล แลกเปลี่ยน ให้เช่า หรือการเสนอ เจริญโน้มน้าวในการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งผลประโยชน์อื่นใดในอสังหาริมทรัพย์

2) รองนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ “**Associate Real Estate Broker**” หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตและเลือกทำงานภายใต้การกำกับดูแลของบุคคลอื่นซึ่งเป็นนายหน้าที่ได้รับใบอนุญาตที่ทำงานภายใต้ห้างหุ้นส่วน ชื่อทางการค้า บริษัทจำกัด หรือบริษัท

3) พนักงานขายอสังหาริมทรัพย์ “**Real Estate Salesperson**” หมายถึง บุคคลที่เกี่ยวข้องกับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาต โดยมอบหมายให้ทำหน้าที่ในการขาย หรือเสนอขาย การประมูล หรือการกระทำอื่น ๆ เพื่อซื้อ หรือเสนอที่จะซื้อ หรือเพื่อเจรจาซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์⁵

² ศิริพร เอี่ยมรงค์ชัย และ จันทิมา พัฒนางกูร. (2552). กฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow Law) ประเทศสหรัฐอเมริกา. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 26 (2), หน้า 9.

³ Cornell Law School. (2021). *Real Estate Broker*. (Online). Available: https://www.law.cornell.edu/wex/real_estate_broker. [2021, August 19].

⁴ Real Estate License Law. June 2020

⁵ Real Estate License Law. Section 440

§440-a. ใบอนุญาตที่จำเป็นสำหรับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์และพนักงานขาย (License Required for Real Estate Brokers and Salespersons)

1) ห้ามมิให้บุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด หรือบรรษัทใด ประกอบอาชีพหรือทำธุรกิจ ไม่ว่าจะกระทำโดยตนเอง หรือกระทำการชั่วคราว หรือกระทำการอย่างอื่นอย่างใดในฐานะนายหน้าอสังหาริมทรัพย์หรือพนักงานขายอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีใบอนุญาตการเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรานี้

2) ห้ามมิให้บุคคลใดได้รับใบอนุญาตเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Brokers) ตามข้อนี้ ทั้งในฐานะบุคคลธรรมดาหรือในฐานะสมาชิกของห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือในฐานะสมาชิกหรือผู้จัดการของบริษัทจำกัด หรือในฐานะเจ้าหน้าที่ของบริษัท เว้นแต่ บุคคลนั้นจะมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป

3) ห้ามมิให้บุคคลใดได้รับใบอนุญาตเป็นพนักงานขายอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Salesperson) ตามข้อนี้ เว้นแต่ บุคคลนั้นจะมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป⁶

ทั้งนี้ในความหมายของคำว่า “บรรษัท” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556 ได้ให้ความหมายว่า

- 1) (น.) การรวมกันเข้าหุ้นส่วนทำการค้าขาย (Corporation)
- 2) (กฎ) นิติบุคคลที่มีฐานะอย่างเดียวกับบริษัทจำกัด โดยมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น โดยเฉพาะ (Corporation)⁷

ตามกฎหมายว่าด้วยใบอนุญาตอสังหาริมทรัพย์ฉบับนี้ที่รัฐนิวยอร์ก ที่ได้ให้บุคคลทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนมีอำนาจการพิจารณาถึง การอนุญาตให้ผู้ขอได้รับใบอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต การพักใช้ใบอนุญาต การระงับใช้หรือปฏิเสธการขึ้นทะเบียน การรับเอกสารจากผู้ลงทะเบียน การรับต่ออายุใบอนุญาต การรับชำระค่าธรรมเนียม การรับจัดการเปลี่ยนแปลงที่ตั้งสำนักงาน เพราะฉะนั้นนายทะเบียนจึงมีเป็นส่วนสำคัญในการออกใบอนุญาตที่รัฐบาลรัฐกำกับดูแล

⁶ Real Estate License Law. Section 441

⁷ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556

3.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์ ในแคนาดา รัฐออนตาริโอ Real Estate and Business Brokers Act 2002 (พ.ศ. 2545) และ Ontario Regulation 567/06

ประเทศแคนาดามีรูปแบบปกครองคล้ายกับรูปแบบการปกครองเดียวกันกับ สหรัฐอเมริกา มีลักษณะเป็นรัฐรวมที่เรียกว่า “สหพันธรัฐ (Federalism)” ประเทศแคนาดาประกอบไปด้วย 10 เขต (Provinces) กับอีก 3 เขตการปกครองตนเอง (Territories) เป็นลักษณะคล้ายกับรัฐต่าง ๆ (States) ของสหรัฐอเมริกาในรูปแบบของระบบกฎหมายแคนาดาเป็นประเทศ ที่มีสองระบบกฎหมายที่อยู่ในประเทศเดียวกันเนื่องจากว่ามณฑลทั้งหมดได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ยกเว้นรัฐเดียว คือ รัฐควิเบก (Québec) ที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law System) เนื่องจากได้รับอิทธิพลมาจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้นกำเนิดของประชากรส่วนใหญ่ในรัฐนี้⁸ แต่ส่วนใหญ่ระบบกฎหมายของประเทศแคนาดาจะเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) แต่ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในแคนาดาได้กำหนดห้ามค้าอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่ได้รับจดทะเบียนไว้⁹ จะต้องทำการซื้อจากบุคคลที่ประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ แคนาดาจึงได้ทำการร่างพระราชบัญญัติขึ้นมาเป็นลายลักษณ์อักษร โดยพระราชบัญญัตินี้ชื่อเรียกว่า “พระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ ค.ศ. 2002 (พ.ศ. 2545)” (Real Estate and Business Brokers Act, 2002) พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นการกำหนดให้บุคคลที่ประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องปฏิบัติตามระเบียบที่พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้ แต่ไม่ได้กำหนดถึงระเบียบ คุณสมบัติ หรือจะต้องผ่านหลักเกณฑ์แต่อย่างใดเนื่องจากคุณสมบัติหรือหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่ได้กำหนดไว้จะมีความแตกต่างกันออกไปโดยทางผู้เขียนได้นำของรัฐออนตาริโอ (Ontario)

รัฐออนตาริโอได้กำหนดเป็นข้อบังคับให้ผู้ที่ประกอบอาชีพนายหน้าจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของรัฐออนตาริโอที่ได้กำหนดไว้ซึ่งข้อบังคับอยู่ภายใต้พระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์

⁸ วาทีศ โสคติพันธุ์. (2549). Legal Pluralism ในประเทศแคนาดา: กรณีตัวอย่างเกี่ยวกับการประมงของชนพื้นเมือง. *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, 3, หน้า 71-72.

⁹ Real Estate and Business Brokers Act. Part III Prohibitions Re: Practice. Section 4.

และธุรกิจด้วย ตามระเบียบข้อบังคับออนไลน์ของรัฐออนตาริโอที่ 567/05¹⁰ ได้กำหนดให้ผู้สมัครมีสิทธิในการมีใบอนุญาตนายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะต้องลงทะเบียน (Registration) ดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ พ.ศ. 2545 (Real Estate and Business Brokers Act, 2002)

มาตรา 1 นิยามความความหมายในการตีตามพระราชบัญญัตินี้

นิยามความหมายคำว่า “นายหน้า” ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่านายหน้า ดังต่อไปนี้

1) นายหน้า (Broker) หมายถึง บุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดซึ่งการได้จดทะเบียนการเป็นนายหน้าตามพระราชบัญญัตินี้ และเป็นลูกจ้างของนายหน้าของการซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) เพื่อการค้าในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

2) นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) หมายถึง บริษัท ห้างหุ้นส่วน เจ้าของกิจการ สมาคมหรือองค์กรหรือนิติบุคคลอื่น ๆ ในนามของผู้อื่น และมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการค่าตอบแทนหรือรางวัลจากการทำการค้าในอสังหาริมทรัพย์หรือการแสดงโดยถือเอาตนเองออกไปเช่นนั้น

3) พนักงานขาย (Salesperson) หมายถึง บุคคลซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กำหนดให้ต้องขึ้นทะเบียนเป็นพนักงานขายตามพระราชบัญญัตินี้ และเป็นลูกจ้างของนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) เพื่อการค้าในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

นิยามความหมายคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ให้หมายความรวมถึง

(ก) ผลประโยชน์การเช่า

(ข) ธุรกิจ และ

(ค) เครื่องติดตั้ง อุปกรณ์ สินค้า หรือวัสดุที่จำเป็นหรือใช้ในการค้าหรือธุรกิจ และสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ (“สิ่งที่เคลื่อนที่ไม่ได้”)

มาตรา 4 กำหนดว่า ห้ามมิให้มีการตกลงซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่บุคคลนั้นได้จดทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) หรือจดทะเบียนเป็นนายหน้า หรือจดทะเบียนเป็นพนักงานขาย หรือได้ดำเนินการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ทั้งนี้ตามมาตรา 4 วรรคสอง กำหนดเพิ่มเติมว่า บุคคลที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้า นายหน้า หรือพนักงานขายนั้น ห้ามมิให้ (a) ถือเอาตัวเองโดยตรงหรือโดยอ้อมว่าเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) นายหน้า หรือพนักงานขาย

¹⁰ Ontario. (2021). *Real Estate and Business Brokers Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sched. C.* (Online). Available: <https://www.ontario.ca/laws/regulation/050567>. [2021, August 19].

หรือ (b) ปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ของนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) นายหน้า หรือพนักงานขายตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ทางผู้เขียนได้ทำการศึกษาเฉพาะบุคคลที่อายุ 18 ปี สามารถประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ดังต่อไปนี้

ระเบียบข้อบังคับออนตาริโอ ที่ 567/05 (ONTARIO REGULATION 567/05)

การลงทะเบียน

ใบสมัคร แบบฟอร์มและค่าธรรมเนียม (Application, Form and Fee)

ข้อบังคับที่ 3 ได้กำหนดให้คำขอจดทะเบียนหรือคำขอต่ออายุการขึ้นทะเบียนการเป็นนายหน้าหรือพนักงานขายนั้น ผู้ยื่นคำขอจำเป็นต้องระบุข้อมูลให้ครบถ้วนทั้งหมดดังที่ปรากฏในรายละเอียดคำขอดังกล่าว เพื่อให้นายทะเบียนพิจารณาอนุมัติ พร้อมทั้งชำระค่าธรรมเนียมในการลงทะเบียนดังกล่าวด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามกำหนดข้อ 12 (1) (b) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารความปลอดภัยและผู้บริโภค คริสต์ศักราช 1996¹¹

ข้อกำหนดสำหรับการลงทะเบียนเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์หรือพนักงานขาย (Requirements for Registration As Broker or Salesperson)

ข้อบังคับที่ 4 ได้กำหนดให้

(1) ภายใต้มาตรา 9.1 (1) แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002 ได้กำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนหรือต่ออายุการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าหรือพนักงานขายซึ่งมีหลักเกณฑ์ คือ

1. ผู้สมัครจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์
2. ผู้สมัครจะต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศแคนาดา
3. กรณีที่ผู้สมัครยังไม่เคยขึ้นทะเบียนการเป็นนายหน้า ผู้สมัครจะต้อง

(I) ได้รับการจดทะเบียนและว่าจ้างเป็นพนักงานขายเป็นอย่างน้อย 24 เดือนจาก 36 เดือนก่อนที่จะสมัครเป็นนายหน้า หรือ

(II) กรณีที่มีประสบการณ์ในการเป็นพนักงานขาย ทั้งนี้ ให้นายทะเบียนเป็นผู้พิจารณาและอนุมัติในการออกใบอนุญาตเทียบเท่ากับข้อ (I)

¹¹ Ontario Regulation. Section 3.

4. ผู้สมัครจะต้องชำระเบี้ยประกันภัยแบบกลุ่ม และชำระภาษีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เกี่ยวกับกรมธรรม์ประกันภัยแบบกลุ่ม รวมถึงเงินทุนสำรองที่ต้องจ่ายตามระเบียบที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 50 (1) (C) แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ

5. ผู้สมัครจะต้องชำระค่าธรรมเนียมตามระเบียบ 567/05

(2) ภายใต้มาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002 ได้กำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนหรือต่ออายุการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าหรือพนักงานขายโดยมีข้อกำหนดดังนี้

1. นายทะเบียนไม่อาจปฏิเสธการอนุญาตหรือต่ออายุการจดทะเบียนตามอนุมาตรา 9.1 (1) แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002¹²

เงื่อนไขการลงทะเบียนเป็นนายหน้าหรือพนักงานขาย (Conditions of Registration As Broker or Salesperson)

ข้อบังคับที่ 5 ได้กำหนดว่า ภายใต้มาตรา 10 (2) แห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้กำหนดเงื่อนไขการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าหรือพนักงานขาย ดังต่อไปนี้

1. นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ หรือพนักงานขายจะต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศแคนาดา¹³

ข้อกำหนดสำหรับการลงทะเบียนการเป็นนายหน้า (Requirements For Registration As Broker)

ข้อบังคับที่ 6 ได้กำหนดว่า

(1) ภายใต้มาตรา 9.1 (1) แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002 ข้อกำหนดดังต่อไปนี้กำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนหรือต่ออายุการจดทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ ดังนี้

1. ผู้สมัครจะต้องมีการบันทึกการเป็นนายหน้า

2. ผู้สมัครจะต้องมีบัญชีทรัสต์เพื่อเป็นไปตามความมุ่งประสงค์ของมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002

3. ผู้สมัครจะต้องชำระค่าธรรมเนียมตามข้อบังคับทะเบียน 567/05

¹² Ontario Regulation 567/05. Section 4.

¹³ Ontario Regulation 567/05. Section 5.

(2) ภายใต้มาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ ได้กำหนดให้ผู้ที่ขอจดทะเบียนการเป็นนายหน้า หรือการต่ออายุการจดทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ มีข้อจำกัด ดังต่อไปนี้

1. นายทะเบียนต้องไม่ปฏิเสธการอนุญาตหรือต่ออายุการจดทะเบียนตามมาตรา 9.1 (1) แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002¹⁴

เงื่อนไขการลงทะเบียนการเป็นนายหน้า (Conditions of Registration As Brokerage)

ข้อบังคับที่ 7 ได้กำหนดว่าภายใต้มาตรา 10 (2) แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ ให้กำหนดเงื่อนไขการขึ้นทะเบียนการเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ดังต่อไปนี้

1. นายหน้าต้องมีนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์
2. นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002¹⁵

ชื่อ (Name)

ข้อบังคับที่ 8 ได้กำหนดว่า

- (1) ผู้ลงทะเบียนสามารถลงทะเบียนได้เพียงหนึ่งชื่อเท่านั้น
- (2) ผู้ขอขึ้นทะเบียนหรือต่ออายุการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าหรือพนักงานขาย จำต้องระบุชื่อใดชื่อหนึ่งก่อนนายทะเบียนเพื่อระบุเป็นชื่อผู้ขอจดทะเบียน ดังต่อไปนี้

1. ชื่อเต็มตามกฎหมายของผู้สมัคร
2. ชื่อที่ถูกต้องตามกฎหมายของผู้สมัครอย่างน้อยหนึ่งชื่อในลำดับที่ถูกต้อง ตามด้วย

ชื่อสกุลตามกฎหมาย

- (3) ผู้ที่ขึ้นทะเบียนหรือต่ออายุการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์จะต้องมีชื่อใดชื่อหนึ่งดังต่อไปนี้แก่นายทะเบียนเป็นชื่อผู้ขอจดทะเบียน

1. ชื่อเต็มตามกฎหมายของผู้สมัคร
2. ชื่อที่ถูกต้องตามกฎหมายของผู้สมัครอย่างน้อยหนึ่งชื่อในลำดับที่ถูกต้อง ตามด้วย

ชื่อสกุลตามกฎหมาย ในกรณีที่ผู้สมัครเป็นบุคคลธรรมดา

3. ชื่อที่จดทะเบียนภายใต้พระราชบัญญัติ (The Business Names Act)

¹⁴ Ontario Regulation 567/05. Section 6.

¹⁵ Ontario Regulation 567/05. Section 7.

(4) เพื่อความมุ่งประสงค์ของวรรค 2 ของอนุมาตรา (2) และวรรค 2 ของอนุมาตรา (3) อาจใช้ชื่อต่อไปนี้แทนได้:

1. ชื่อย่อหรือชื่อย่อที่รู้จักกันทั่วไป
2. ชื่อที่ผู้สมัครรู้จักกันทั่วไป¹⁶

ใบรับรองการลงทะเบียน (Certificate of Registration)

ข้อบังคับที่ 9 ได้กำหนดว่า

(1) หากผู้ลงทะเบียนเป็นนายหน้าหรือพนักงานขายให้นายทะเบียนมอบหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนให้ผู้จดทะเบียนซึ่งจะต้องมีข้อมูลดังต่อไปนี้

1. ชื่อเต็มตามกฎหมายของผู้จดทะเบียน และหากผู้จดทะเบียนจดทะเบียนในชื่ออื่น ให้ระบุชื่อที่ผู้ลงทะเบียนลงทะเบียนไว้

2. ข้อบ่งชี้ว่าผู้ลงทะเบียนเป็นนายหน้าหรือพนักงานขาย
3. ชื่อนายจ้าง
4. เลขทะเบียนของผู้จดทะเบียน
5. วันหมดอายุของการลงทะเบียน

(2) ถ้าผู้จดทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) ที่จดทะเบียนเพียงแห่งเดียวให้นายทะเบียนมอบหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนให้ผู้จดทะเบียนซึ่งมีข้อมูลดังต่อไปนี้

1. ชื่อเต็มตามกฎหมายของผู้จดทะเบียน และหากผู้จดทะเบียนจดทะเบียนในชื่ออื่น ให้ระบุชื่อที่ผู้ลงทะเบียนลงทะเบียนไว้

2. ข้อบ่งชี้ว่าผู้จดทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์
3. สถานที่ที่เกี่ยวข้องกับหนังสือรับรองการจดทะเบียน
4. เลขทะเบียนของผู้จดทะเบียน
5. วันหมดอายุของการลงทะเบียน

(3) ถ้าผู้จดทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ที่จดทะเบียนไว้มากกว่าหนึ่งแห่ง ให้นายทะเบียนมอบหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนแต่ละแห่งให้ผู้จดทะเบียนซึ่งมีข้อมูลดังต่อไปนี้

1. ชื่อเต็มตามกฎหมายของผู้จดทะเบียน และหากผู้จดทะเบียนจดทะเบียนในชื่ออื่น ให้ระบุชื่อที่ผู้ลงทะเบียนลงทะเบียนไว้

¹⁶ Ontario Regulation 567/05. Section 8.

2. ข้อบ่งชี้ว่าผู้จดทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์
 3. สถานที่ที่เกี่ยวข้องกับหนังสือรับรองการจดทะเบียน
 4. หมายเลขทะเบียนของผู้จดทะเบียน และหากเป็นหนังสือรับรองสำหรับสำนักงานสาขาของนายหน้า ให้ระบุหมายเลขทะเบียนแยกต่างหากที่เกี่ยวข้องกับสำนักงานสาขานั้น โดยเฉพาะ
 5. วันหมดอายุของการลงทะเบียน
- (4) เมื่อนายทะเบียนให้หนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนแก่นายหน้าหรือพนักงานขายตามอนุมาตรา (1) แล้ว ให้มอบหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนฉบับจริงแก่นายหน้าที่จ้างนายหน้าหรือพนักงานขาย
- (5) ถ้านายทะเบียนเพิกถอน ระงับ เพิกถอนหรือปฏิเสธที่จะต่ออายุการจดทะเบียนนายหน้า ให้ให้นายหน้ากลับคืนสู่นายทะเบียนทันที

(a) หนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์และสำนักงานสาขา หากมี และ

(b) หนังสือรับรองการจดทะเบียนทั้งหมดในความครอบครองของนายหน้าที่เกี่ยวข้องกับนายหน้าและพนักงานขายที่จ้างโดยนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์¹⁷

เมื่อนำพระราชพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002 กับระเบียบข้อบังคับออนตาริโอ ที่ 567/05 ข้อ 4 กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับผู้ขอจดทะเบียน หรือ ต่ออายุการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) นายหน้า (Broker) หรือพนักงานขาย (Salesperson) ที่ผู้สมัครต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปีบริบูรณ์สามารถประกอบอาชีพนายหน้าได้จะคล้ายกับสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้รัฐบาลรัฐเป็นผู้กำหนดเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะที่รัฐได้กำหนดไว้โดยประมวลสิทธิมนุษยชน (Human Rights Code) ที่ได้นิยามความหมายตามประมวลสิทธิมนุษยชนฉบับนี้คือ อายุ 18 ปีขึ้นไป¹⁸ ดังกล่าวได้สอดคล้องกับระเบียบข้อบังคับออนตาริโอ ที่ 567/05 ที่กำหนดอายุ 18 ปี

ตามระเบียบข้อบังคับออนตาริโอ ที่ 567/05 การทำหน้าที่นายทะเบียนในการขึ้นทะเบียนในการต่ออายุการขึ้นทะเบียน ในการปฏิเสธ และการเพิกถอนการเป็นนายหน้า นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ และพนักงานขาย การปฏิบัติหน้าที่ของนายทะเบียนที่รัฐได้กำหนดดูแลควบคุมไว้จึงสำคัญหน้าที่ของนายทะเบียนจึงมีความสำคัญดังต่อไปนี้

¹⁷ Ontario Regulation 567/05. Section 9.

¹⁸ Human Rights Code. R.S.O. 1990, CHAPTER H.19. Section 10.

1. นายทะเบียนอาจปฏิเสธการอนุญาตในการต่ออายุการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002¹⁹
2. นายทะเบียนห้ามปฏิเสธการอนุญาตหรือต่ออายุการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ คริสต์ศักราช 2002²⁰
3. ผู้ขอขึ้นทะเบียนหรือต่ออายุการขึ้นทะเบียนการเป็นนายหน้าหรือพนักงานขาย จะต้องยื่นรายละเอียดต่อนายทะเบียน²¹ และในการเปลี่ยนชื่อตามทะเบียนที่ผู้ขอขึ้นทะเบียนหรือต่ออายุ การขึ้นทะเบียนจะต้องยื่นรายละเอียดต่อนายทะเบียน²²
4. ผู้จดทะเบียนเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ (Brokerage) ที่จดทะเบียนเพียงแห่งเดียว ให้นายทะเบียนมอบหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนให้ผู้จดทะเบียน²³
5. นายทะเบียนให้หนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนแก่นายหน้าหรือพนักงานขายให้ มอบหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนฉบับจริงแก่นายหน้าที่จ้างนายหน้าหรือพนักงานขาย²⁴
6. นายทะเบียนสามารถเพิกถอน ระงับ หรือปฏิเสธที่จะต่ออายุการจดทะเบียนนายหน้า และให้ผู้ที่ถูกเพิกถอน ระงับ หรือถูกปฏิเสธการต่ออายุทางทะเบียนสู่นายทะเบียนโดยทันที
 - (a) หนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ และสำนักงานสาขา (หากมี) และ
 - (b) หนังสือรับรองการจดทะเบียนทั้งหมดในความครอบครองของนายหน้าที่ เกี่ยวข้องกับนายหน้าและพนักงานขายที่ว่าจ้างโดยนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์²⁵

¹⁹ Ontario Regulation 567/05. Section 4 (2).

²⁰ Ontario Regulation 567/05. Section 6 (2).

²¹ Ontario Regulation 567/05. Section 8 (2).

²² Ontario Regulation 567/05. Section 8 (5).

²³ Ontario Regulation 567/05. Section 9 (2).

²⁴ Ontario Regulation 567/05. Section 9 (4).

²⁵ Ontario Regulation 567/05. Section 9 (5).

7. เมื่อการระงับการขึ้นทะเบียนการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์สิ้นสุดลง ให้นายทะเบียนส่งใบสำคัญการขึ้นทะเบียนไปยังผู้ที่ขอจดทะเบียนตาม (5)²⁶

8. นายทะเบียนสามารถเพิกถอน ระงับ ยกเลิกหรือปฏิเสธที่จะต่ออายุการจดทะเบียน นายหน้า หรือพนักงานขาย หรือนายหน้า หรือพนักงานขายเล็กจ้านายหน้า

(a) นายหน้าหรือพนักงานขายต้องส่งคืนหนังสือรับรองการจดทะเบียนของตนเอง ไปยังนายทะเบียนทันที และ

(b) นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ที่จ้างนายหน้าหรือพนักงานขายจะต้องส่งคืนหนังสือรับรองการจดทะเบียนของนายหน้าหรือพนักงานขายที่อยู่ในความครอบครองของนายหน้าทันที²⁷

9. การระงับการขึ้นทะเบียนนายหน้าหรือพนักงานขายสิ้นสุดลง ให้นายทะเบียนส่งคืนใบสำคัญการขึ้นทะเบียนของนายหน้าหรือพนักงานขายให้แก่บุคคลที่ส่งคืน ไปยังนายทะเบียนตามอนุมาตรา (7)²⁸

10. ข้อบังคับที่ 11 นายทะเบียนจะต้องลงรายละเอียดต่าง ๆ เช่น ลายชื่อที่ได้ลงทะเบียนกับนายทะเบียน เบอร์โทรศัพท์ของผู้ที่ได้ลงทะเบียน แฟกซ์ อีเมล จะต้องเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ ถ้า นายทะเบียนทำการเพิกถอน ปฏิเสธ ระงับทะเบียนจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงในการเพิกถอนต่อสาธารณะ²⁹

สรุปแล้วนายทะเบียนตามระเบียบข้อบังคับออนตารีโอ ที่ 567/05 จึงมีเป็นส่วนสำคัญในการควบคุมดูแลการประกอบอาชีพ นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ นายหน้า พนักงานขาย การรับจดทะเบียน การต่ออายุของการเป็นนายหน้า ออกใบรับรองการลงทะเบียน เปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ และปฏิเสธเพิกถอน ระงับ ยกเลิก บุคคลที่ทำการประกอบอาชีพตามข้อบังคับนี้ได้

²⁶ Ontario Regulation 567/05. Section 9 (6).

²⁷ Ontario Regulation 567/05. Section 9 (7).

²⁸ Ontario Regulation 567/05. Section 9 (8).

²⁹ Ontario Regulation 567/05. Section 11.

3.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์ในประเทศไทย

3.2.1 ความสามารถทำนิติกรรมของผู้เยาว์

หลักในการทำนิติกรรมเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่มีสิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิด การทำนิติกรรมจึงเป็นเครื่องมือในที่จะผูกพันระหว่างบุคคลกับทรัพย์สิน หรือระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป หลักในการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 149 ได้บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”

แม้ว่ากฎหมายจะให้เสรีภาพในการทำนิติกรรมแก่บุคคลทุกคนในการทำนิติกรรมก็ตาม แต่ในการทำนิติกรรมนั้นควรพิจารณาพร้อมกับเหตุที่อาจมีบกพร่องบางประการที่จะทำให้นิติกรรม อาจตกเป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะได้ เหตุแห่งความบกพร่องในการทำนิติกรรม ได้แก่

1) ความบกพร่องที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการทำนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150³⁰

2) ความบกพร่องที่เกี่ยวกับแบบของนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152³¹

นิติกรรมที่เกิดจากความบกพร่องที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการทำนิติกรรม กับนิติกรรม ที่มีเป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ นิติกรรมที่เกิดจากความบกพร่องดังกล่าวจะตกเป็น โมฆะ

3) ความบกพร่องที่เกี่ยวกับแบบความสามารถของบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153³²

4) ความบกพร่องที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาของบุคคลผู้ทำนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154-167

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”.

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”.

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 บัญญัติว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคลการนั้นเป็นโมฆียะ”.

นิติกรรมที่เกิดจากความบกพร่องที่เกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรม กับนิติกรรมที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาของบุคคลผู้ทำนิติกรรม นิติกรรมที่เกิดจากความบกพร่องดังกล่าวจะตกเป็นโมฆียะ

เมื่อพิจารณาหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรมกับหลักความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมพบว่า ผู้เยาว์เป็นบุคคลที่มีความบกพร่องในความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมถ้าผู้เยาว์ได้ทำนิติกรรมเพียงลำพังนิติกรรมดังกล่าวนี้จะตกเป็น โมฆียะตามมาตรา 153 ที่กฎหมายได้กำหนดให้ผู้เยาว์เป็นบุคคลที่บกพร่องในความสามารถเพราะว่า ผู้เยาว์เป็นผู้หย่อนความสามารถผู้เยาว์จะต้องอยู่ในความดูแลของบิดามารดา และการทำนิติกรรมของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน ถ้าผู้เยาว์ทำนิติกรรมตามลำพังอาจเกิดความเสียหายแก่ผู้เยาว์ได้ ในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ที่จะต้องอยู่ในความดูแลของผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ

แนวทางที่หนึ่ง คือ ผู้เยาว์สามารถทำนิติกรรมด้วยตัวเองแต่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทน โดยชอบธรรมแบ่งออกเป็นดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21³³ ได้กำหนดว่าการทำนิติกรรมของผู้เยาว์จะสามารถทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอม จากผู้แทนโดยชอบธรรม การให้ความยินยอมในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์นั้นเป็นหน้าที่ของผู้แทน โดยชอบธรรมเป็นแม้ว่ากฎหมายไม่กำหนดให้ที่ของบิดามารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมก็ตามแต่พ่อแม่ จะเป็นผู้แทนโดยธรรมโดยสภาพ การทำนิติกรรมของผู้เยาว์นั้นกระทำไปโดยปราศจากความยินยอมของผู้แทน โดยชอบธรรมนั้น นิติกรรมที่ผู้เยาว์ทำนั้นจะตกเป็นโมฆียะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 บัญญัติว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ” ดังนั้นการทำนิติกรรมของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทน โดยชอบธรรมเป็นสำคัญ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วางหลักเรื่องการทำนิติกรรมโดยปราศจากความยินยอม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1783/2558 ได้ตัดสินว่า “โจทก์เป็นผู้เยาว์ได้ทำนิติกรรมสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินของตนแก่จำเลยที่ 1 เป็นกรณีที่ผู้เยาว์กระทำนิติกรรมเอง ไม่ใช่ผู้ปกครองของจำเลยที่ 1 เป็นผู้กระทำ จึงหาใช่กรณีตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574 ไม่ แต่ต้องปรับตามมาตรา 21 ซึ่งบัญญัติว่า ผู้เยาว์จะกระทำการนิติกรรมใดต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทน โดยชอบธรรมก่อน มิฉะนั้นนิติกรรมนั้นจะเป็น โมฆียะ เมื่อมีการบอกล้างก็ให้

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นนั้นเป็น โมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”.

ถือว่าเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 วรรคหนึ่ง สัญญาจึงไม่ผูกพัน โจทก์ กรณีมิใช่โจทก์กับจำเลยที่ 1 ทำนิติกรรมโดยหลีกเลี่ยงกฎหมาย” เพราะฉะนั้นในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม การทำนิติกรรมของผู้เยาว์ตามลำพังตามมาตรา 153 การนั้นที่ตกเป็น โมฆียะกรรมเมื่อนิติกรรมที่ตกเป็น โมฆียะกรรมผู้แทน โดยชอบธรรมสามารถบอกล้างให้นิติกรรมนั้นตกเป็น โมฆะตั้งแต่ต้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176³⁴ หรือผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถให้สัตยาบันในนิติกรรมที่ตกเป็น โมฆียะมีผลสมบูรณ์ต่อแต่แรกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 177³⁵

ระยะเวลาที่ผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถบอกล้างนิติกรรมให้ตกเป็น โมฆะ ผู้แทนโดยชอบธรรมจะต้องบอกล้างภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ได้ทราบเรื่องการทำนิติกรรมที่ตกเป็น โมฆียะหรือบอกล้างภายใน 10 ปี นับแต่มูลเหตุแห่งการ โมฆียะจะไม่สามารถบอกล้างได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 181³⁶ ส่วนในการให้สัตยาบันให้มีผลสมบูรณ์นั้นผู้แทน โดยชอบธรรมสามารถให้สัตยาบันนับแต่ที่รับรู้เห็นซึ่ง โมฆียะกรรม³⁷ แม้ภายหลังจากที่ผู้แทนโดยชอบธรรมทราบถึงมูลเหตุแห่งนิติกรรมที่ตกเป็น โมฆียะแล้วแต่ผู้แทน โดยชอบธรรมมีพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งตามประมวล

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 176 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็น โมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้น ได้ ถ้าให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าการใดเป็น โมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้ว่าการนั้นเป็น โมฆะ นับแต่วันที่ได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็น โมฆียะ

ห้ามมิให้ใช้สิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามวรรคหนึ่ง เมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันบอกล้าง โมฆียะกรรม”.

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 177 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้าง โมฆียะกรรมตามมาตรา 175 ผู้หนึ่งผู้ใด ได้ให้สัตยาบันแก่ โมฆียะกรรม ให้ถือว่าการนั้นเป็นอันสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก แต่ทั้งนี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก”

³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 181 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็น โมฆียะนั้น”.

³⁷ ประสิทธิ์ โภวีไลกุล. (2556). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 120-122.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 180³⁸ เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรมได้ชำระหนี้ ได้มีการเป็นประกันหนี้ มีการทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันแสดงได้ว่าเป็นการทำนิติกรรม เป็นต้น เนื่องจากพฤติกรรมการของผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นการอนุমানเจตนาการให้สัตยาบันโดยปริยายแล้ว เช่น การขอให้จัดการชำระหนี้ เป็นพฤติการณ์อันถือได้ว่าเป็นการให้สัตยาบัน³⁹

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 26⁴⁰ ได้กำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้อนุญาตให้ผู้เยาว์จำหน่ายทรัพย์สิน ทั้งนี้ในการจำหน่ายทรัพย์สินในมาตรานี้ให้หมายความรวมถึงการซื้อทรัพย์สินด้วย⁴¹ ซึ่งในการจำหน่ายสิทธิการอนุญาตของผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถแบ่งได้สองกรณีแบ่งออกเป็น คือ

(1) กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมอนุญาตให้ผู้เยาว์สามารถจำหน่ายสิทธิภายในเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ กล่าวคือ ผู้แทนโดยชอบธรรมอนุญาตให้ผู้เยาว์จำหน่ายทรัพย์สินภายใต้ขอบเขต โดยการอนุญาตให้ผู้เยาว์จะต้องจำหน่ายทรัพย์สินภายในเงื่อนไข เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรม ได้อนุญาตให้ผู้เยาว์ไปซื้อปากกาทิ้งค้ำผู้แทนโดยชอบธรรมให้เงิน 100 บาท ผู้เยาว์ต้องไปซื้อปากกาดังที่ระบุไว้⁴²

(2) กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมอนุญาตให้ผู้เยาว์สามารถจำหน่ายสิทธิภายในหลักทั่วไป กล่าวคือ ผู้แทนโดยชอบธรรมมีระบุหลักเกณฑ์ผู้เยาว์ยอมทำอะไรได้อย่างอิสระ เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรมได้ให้เงินเป็นค่าใช้จ่ายส่วนตัวแก่ผู้เยาว์เดือนละ 5,000 บาท เพราะฉะนั้นผู้เยาว์จะนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ได้ตามใจ⁴³

³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 180 บัญญัติว่า “ภายหลังเวลาอันพึงให้สัตยาบันได้ตามมาตรา 179 ถ้ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้นเกี่ยวกับโมฆียะกรรมโดยการกระทำของบุคคลซึ่งมีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 175 ถ้ามิได้สงวนสิทธิไว้แจ้งชัดประการใดให้ถือได้ว่าเป็นการให้สัตยาบัน (1) ได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน (2) ได้มีการเรียกให้ชำระหนี้แล้ว (3) ได้มีการแปลงหนี้ใหม่ (4) ได้มีการให้ประกันเพื่อหนี้นั้น (5) ได้มีการโอนสิทธิหรือความรับผิดชอบทั้งหมดหรือแต่บางส่วน (6) ได้มีการกระทำอย่างอื่นอันแสดงได้ว่าเป็นการให้สัตยาบัน”.

³⁹ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 123.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 26 บัญญัติว่า “ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมอนุญาตให้ผู้เยาว์จำหน่ายทรัพย์สินเพื่อการอันใดอันหนึ่งอันได้ระบุไว้ ผู้เยาว์จะจำหน่ายทรัพย์สินนั้นเป็นการใดภายในขอบของการที่ระบุไว้เช่นนั้นก็ได้ตามใจสมัคร อนึ่ง ถ้าได้รับอนุญาตให้จำหน่ายทรัพย์สินโดยมิได้ระบุไว้เพื่อการอันใดผู้เยาว์ก็จำหน่ายได้ตามใจสมัคร”.

⁴¹ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 134.

⁴² ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 135.

⁴³ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 135.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง⁴⁴ ได้กำหนดให้ผู้เยาว์สามารถ ประกอบธุรกิจการค้า ประกอบธุรกิจอื่นหรือสามารถทำงานจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ได้ต่อเมื่อผู้แทน โดยชอบธรรมจะต้องได้ให้ความยินยอม จากผู้แทนโดยชอบธรรม เป็นกรณีที่ผู้เยาว์เป็นผู้ดำเนินกิจการ ด้วยตัวเอง ไม่ใช่ผู้เยาว์เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น มิใช่ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ดำเนินกิจการแทน ผู้เยาว์⁴⁵

มาตรา 27 ได้กำหนดให้ผู้เยาว์สามารถประกอบธุรกิจ หรือสัญญาจ้าง โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภทที่ผู้เยาว์สามารถทำได้ ดังนี้

(1) การประกอบธุรกิจทางการค้า หมายถึง เป็นการประกอบธุรกิจตามปกติ เพื่อแสวงหา กำไร เป็นธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายสินค้า หรือเป็นคนกลางในการซื้อขายสินค้า เช่น ธุรกิจ ค้าปลีก ธุรกิจค้าส่ง เป็นต้น

(2) การประกอบธุรกิจอื่น หมายถึง การประกอบธุรกิจทางการให้บริการที่สามารถ เป็นการตอบสนองความต้องการของผู้มาใช้บริการ เช่น การให้บริการโรงแรม การให้บริการด้านการขนส่ง และในทั้งนี้การประกอบอื่นรวมทั้งการประกอบวิชาชีพเป็นการเฉพาะ เช่น ทนายความ แพทย์ วิศวกร บัญชี เป็นต้น

(3) สัญญาจ้างแรงงาน หมายถึง เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายหนึ่งจะเรียกว่า “ลูกจ้าง” และตกลง จะทำงานให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “นายจ้าง” และในลักษณะงานนั้นนายจ้างจะเป็นฝ่ายกำหนด ในรายละเอียดของลักษณะงาน เช่น เป็นลูกจ้างในโรงงานอุตสาหกรรม เป็นลูกจ้างพาร์ทไทม์ (Part-time) เป็นลูกจ้างทางการเกษตร หรือเป็นพนักงานทำความสะอาด เป็นต้น⁴⁶

แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ผู้เยาว์สามารถประกอบประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้าง แรงงาน ตามที่ได้กล่าวมาใน 3 ประเภทที่ได้กล่าวมาแต่การประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงานนั้น จะต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน ในการให้ความยินยอมนี้กฎหมายมิได้ กำหนดวิธีการให้ความยินยอม โดยในการให้ความยินยอมนี้จะต้องให้ความยินยอมก่อนหรือระหว่าง ที่ผู้เยาว์จะทำการประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงาน หรือถ้าเห็นด้วยสามารถให้สัตยาบันภายหลัง

⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 27 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้แทนโดยชอบธรรมอาจให้ความยินยอมแก่ ผู้เยาว์ในการประกอบธุรกิจทางการค้าหรือธุรกิจอื่น หรือในการทำสัญญาเป็นลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงานได้ ในกรณีที่ ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลให้ส่งอนุญาตได้”.

⁴⁵ ประสิทธิ์ โภทวีโลกุล. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 137.

⁴⁶ ประสิทธิ์ โภทวีโลกุล. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 137-138.

ได้ ในการให้ความยินยอมนั้นเห็นว่าเป็นในรูปแบบการให้ความยินยอมให้ผู้เยาว์กระทำการนิติกรรม โดยทั่วไปตามมาตรา 21⁴⁷ ผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถปฏิเสธไม่ให้ผู้เยาว์สามารถประกอบธุรกิจ หรือ รับจ้างแรงงาน ได้แต่ถ้าการปฏิเสธนั้นเป็นการปฏิเสธโดยปราศจากเหตุอันสมควร ผู้เยาว์อาจจะต้อง ร้องขอต่อศาลเสียก่อนเพื่อให้ตัวผู้เยาว์สามารถประกอบธุรกิจ หรือ รับจ้างแรงงาน ในการร้องขอต่อศาล ศาลในที่นี้ หมายถึง ผู้เยาว์อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่มีที่ตั้งของศาลเยาวชนและครอบครัว (ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว กับวิธีพิจารณาเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553) ในการยื่นคำร้องต่อศาลนั้นผู้เยาว์จะต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมด้วยหรือไม่ ถ้าเป็น กรณีนี้ในการยื่นคำร้องของผู้เยาว์นั้นผู้เยาว์สามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้เลยโดยไม่ต้องขอความยินยอม จากผู้แทนโดยชอบธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 56⁴⁸ ถ้าผู้เยาว์จะต้อง ขออนุญาตจากทางผู้แทนโดยชอบธรรมผู้เยาว์ก็ไม่สามารถที่จะประกอบธุรกิจ หรือสัญญาจ้างแรงงาน ได้เลย กฎหมายจึงได้กำหนดไว้ให้ผู้เยาว์สามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้

⁴⁷ ประสิทธิ์ โหมิวโลกุล. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 137.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 56 บัญญัติว่า “ผู้ไร้ความสามารถหรือผู้ทำการแทนจะเสนอข้อหา ต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการใด ๆ ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความ สามารถและตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ การให้อนุญาต หรือยินยอมตามบทบัญญัติเช่นว่านั้น ให้ทำเป็น หนังสือยื่นต่อศาล เพื่อรวมไว้ในสำนวนความ

ไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนมีคำพิพากษา เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นคำขอโดยทำเป็น คำร้องให้ศาลมีอำนาจ ทำการสอบสวนในเรื่องความสามารถของผู้ขอหรือของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง และถ้าเป็นที่พอใจ ว่ามีข้อบกพร่องในเรื่องความสามารถ ศาลอาจมีคำสั่งกำหนดให้แก้ไขข้อบกพร่องนั้นเสียให้บริบูรณ์ภายใน กำหนดเวลาอันสมควรที่ศาลจะสั่ง

ถ้าศาลเห็นว่าเพื่อความยุติธรรมไม่ควรให้กระบวนการดำเนิน เน้นเข้าไป ศาลจะสั่งให้คู่ความฝ่ายที่ บกพร่องในเรื่องความสามารถ นั้นดำเนินคดีไปก่อนชั่วคราวก็ได้ แต่ห้ามมิให้ศาลพิพากษาในประเด็นแห่งคดีจนกว่า ข้อบกพร่องนั้นได้แก้ไขโดยบริบูรณ์แล้ว

ถ้าผู้ไร้ความสามารถไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนโดยชอบธรรมทำหน้าที่ไม่ได้ ศาลมีอำนาจออก คำสั่งให้อนุญาตหรือ ให้ความยินยอมตามที่ต้องการ หรือตั้งผู้แทนเฉพาะคดีนั้นให้แก่ผู้ไร้ความสามารถ ถ้าไม่มีบุคคล อื่นใดให้ศาลมีคำสั่งตั้งพนักงานอัยการ หรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองอื่นให้เป็นผู้แทนได้”.

หลังจากที่ผู้เยาว์ได้รับอนุญาตให้สามารถประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 27 วรรคสอง⁴⁹ ผู้เยาว์เปรียบเสมือนผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะแล้ว และในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากทางผู้แทนโดยชอบธรรม หรือร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลอนุญาตอีก แต่ในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์นั้นจะต้องเป็นการทำนิติกรรมที่เป็นการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงาน เช่น ผู้เยาว์ประกอบธุรกิจประเภทซ่อมรถยนต์ ผู้เยาว์ต้องการที่จะทำการเช่าอาคารเพื่อที่จะเปิดเป็นร้านซ่อมรถยนต์เพิ่ม ผู้เยาว์สามารถทำนิติกรรมในการเช่าอาคารจากบุคคลภายนอกได้โดยที่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่มีสิทธิขัดขวางการทำนิติกรรมที่ผู้เยาว์ไปทำการเช่าอาคารเนื่องจากการเช่าอาคารนั้นเป็นการเช่าอาคารเพื่อเป็นไปตามธุรกิจที่ผู้เยาว์ประกอบ แต่ถ้าผู้แทนไปขัดขวางการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ที่เป็นไปตามธุรกิจของผู้เยาว์แล้วผู้เยาว์ได้ฝ่าฝืนการทำนิติกรรมดังกล่าวการทำนิติกรรมนั้นก็มีผลสมบูรณ์⁵⁰ แต่การทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574 ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้แทนโดยชอบธรรมต้องเป็นผู้เข้ามาดูแลทรัพย์สินของผู้เยาว์ในส่วนนี้ โดยที่การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้แทนโดยชอบธรรมมีหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สินของผู้เยาว์แทนตัวผู้เยาว์เอง แต่ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมจะทำการนิติกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์นั้นจะต้องขออนุญาตต่อศาลในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ เพราะฉะนั้นหลักการอนุญาตให้ผู้สามารถประกอบธุรกิจในมาตรา 27 กับการกำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมทำหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สินของผู้เยาว์และทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ตามมาตรา 1574 นั้นจึงอาจเป็นการขัดกับหลักการที่ผู้แทนโดยชอบธรรมอนุญาตให้ผู้เยาว์ประกอบธุรกิจของผู้เยาว์ หรือ สัญญาจ้างแรงงานได้ จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นการขัดกับหรือไม่

อย่างไรก็ตาม การทำนิติกรรมของผู้เยาว์ที่เกี่ยวกับธุรกิจ หรือสัญญาจ้างแรงงานแม้ว่าผู้แทนโดยชอบธรรมจะไม่มีสิทธิขัดขวางในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ แต่ผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถขัดขวางการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมที่เป็นไปตามการประกอบธุรกิจของผู้เยาว์หรือสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 27 วรรคสาม⁵¹ ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมเห็นว่าการทำนิติกรรมของผู้เยาว์

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 27 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในความเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจหรือการจ้างแรงงานตามวรรคหนึ่งให้ผู้เยาว์มีฐานะเสมือนดังบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว”.

⁵⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2549). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะบุคคล: บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 94-95.

⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 27 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าการประกอบธุรกิจหรือการทำงานที่ได้รับ ความยินยอมหรือที่ได้รับอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ก่อให้เกิดความเสียหายถึงขนาดหรือเสื่อมเสียแก่ผู้เยาว์ ผู้แทนโดย

ดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายหรือเป็นการเสื่อมเสียแก่ผู้เยาว์ ผู้แทน โดยชอบธรรมสามารถบอกเลิกความยินยอมที่ได้มีให้แก่ผู้เยาว์ หรือผู้แทน โดยชอบธรรมอาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนคำสั่งที่ศาลอนุญาตให้ผู้เยาว์ทำการประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงานได้ การที่ผู้แทน โดยชอบธรรมบอกเลิกความยินยอมให้ผู้เยาว์ในการประกอบธุรกิจ หรือยื่นคำร้องต่อศาลร้องต่อศาลเพื่อเพิกถอนคำสั่งศาลที่ศาลอนุญาตได้อนุญาตให้ผู้เยาว์สามารถประกอบธุรกิจได้ การที่ผู้แทน โดยชอบธรรมยื่นร้องขอเพิกถอนคำสั่งอนุญาตดังกล่าว เสมือนผู้แทน โดยชอบธรรมไม่อนุญาตตามมาตรา 27 ซึ่งศาลจะพิจารณาถึงประโยชน์แก่ตัวผู้เยาว์เป็นหลัก จะมีคำสั่งให้ผู้เยาว์ประกอบธุรกิจก็ได้⁵²

ในการเกิดความเสียหายของผู้เยาว์ซึ่งอาจเกิดความเสียหายถึงขนาดเนื่องจากว่าผู้เยาว์อาจเป็นผู้ขาดประสบการณ์ในการใช้ชีวิตขาดความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจ เช่น กรณีผู้เยาว์ทำการประกอบธุรกิจด้านการให้สินเชื่อแก่ลูกค้า ลูกค้าได้ทำสัญญากับตัวผู้เยาว์ เมื่อหนี้ถึงกำหนดลูกค้าต้องจ่ายเงินพร้อมชำระหนี้ ลูกค้าไม่สามารถจ่ายเงินพร้อมดอกเบี้ยดังกล่าวได้ให้กับผู้เยาว์ได้ ผู้เยาว์ไม่ได้ทำการทวงถามเงินพร้อมดอกเบี้ยและทางตัวผู้เยาว์เองนั้นก็ทำการปล่อยสินเชื่อกับหลายบุคคล จนทำให้สภาพธุรกิจของผู้เยาว์ได้รับผลกระทบเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ผู้เยาว์อาจได้รับความเสียหาย และอาจเกิดความเสียหายจากบุคคลภายนอกด้วย⁵³

ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่ผู้เยาว์ เช่น ผู้เยาว์ 18 ปี ได้ไปเป็นลูกจ้างบริษัท ภายหลังจากที่ทำงาน นายจ้างได้มีการเลี้ยงดูผู้เยาว์เป็นอย่างดีในฐานะผู้เยาว์เป็นภรรยาน้อย ซึ่งนายจ้างได้มีลูกมีภรรยาแล้ว เป็นต้น

ผู้แทน โดยชอบธรรมบอกเลิกความยินยอม หรือยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำสั่งศาลจะต้องมีการบอกเลิกความยินยอมในการประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงาน ต้องมีเหตุผลอันสมควร หากการบอกเลิกความยินยอม หรือการยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำสั่งศาล โดยไม่มีเหตุผลสมควร ผู้เยาว์สามารถร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนคำสั่งที่ผู้แทน โดยชอบธรรมยื่นขอเพิกถอนได้ตามมาตรา 27 วรรคสี่⁵⁴

ชอบธรรมอาจบอกเลิกความยินยอมที่ได้ให้แก่ผู้เยาว์เสียได้หรือในกรณีที่ศาลอนุญาต ผู้แทน โดยชอบธรรมอาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการอนุญาตที่ได้ให้แก่ผู้เยาว์นั้นเสียได้”.

⁵² ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 8. หน้า 142-143.

⁵³ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 8. หน้า 143.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 27 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้แทน โดยชอบธรรมบอกเลิกความยินยอม โดยไม่มีเหตุอันสมควรผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการบอกเลิกความยินยอมของผู้แทน โดยชอบธรรมได้”.

เมื่อผู้แทนโดยชอบธรรมบอกเลิกความยินยอม หรือร้องเพิกถอนต่อศาลในการประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 27 วรรคห้า⁵⁵ ทำให้ผู้เยาว์กลับสู่ฐานะเดิมโดยในการกระทำระหว่างที่ผู้เยาว์ได้กระทำไปขณะที่ทำการประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงาน ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงการใด ๆ มีผลดังนี้

(1) การบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ที่เคยได้รับอนุญาตจากผู้แทน หรือการได้รับอนุญาตจากศาล ให้ประกอบธุรกิจ กับสัญญาจ้างแรงงาน การบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ดังกล่าวมีผลสิ้นสุดลงนับแต่ที่ได้บอกเลิก หรือมีคำสั่งเพิกถอน

(2) การกระทำของผู้เยาว์ที่ได้กระทำไประหว่างที่ผู้เยาว์ได้ทำการประกอบธุรกิจ หรือ สัญญาจ้างแรงงาน ยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่ เพราะมิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายกับบุคคลภายนอกผู้ทำนิติกรรมได้

แนวทางที่สอง คือ การที่ให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ ผู้แทนโดยชอบธรรมจะต้องร้องขอต่อศาลก่อนที่จะทำนิติกรรมเนื่องจากเป็นทรัพย์สินของผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรา 1574⁵⁶ ตามปกติผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้มีอำนาจให้

⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 27 วรรคห้า บัญญัติว่า “การบอกเลิกความยินยอมโดยผู้แทน โดยชอบธรรมหรือการเพิกถอนการอนุญาตโดยศาล ย่อมทำให้ฐานะเสมือนดังบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วของผู้เยาว์สิ้นสุดลงแต่ไม่กระทบกระเทือนการใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้กระทำไปแล้วก่อนมีการบอกเลิกความยินยอมหรือเพิกถอนการอนุญาต”.

⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1574 บัญญัติว่า “นิติกรรมใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ดังต่อไปนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต

(1) ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนองซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้

(2) กระทำให้สุดสิ้นลงทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งทรัพย์สินของผู้เยาว์อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

(3) ก่อตั้งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ภาระคิดพิน ในอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่นใดในอสังหาริมทรัพย์

(4) จำหน่ายไปทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งสิทธิเรียกร้องที่จะให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้ หรือสิทธิเรียกร้องที่จะให้ทรัพย์สินเช่นว่านั้นของผู้เยาว์ปลอดจากทรัพย์สินที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น

(5) ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินสามปี

(6) ก่อซื้อผูกพันใด ๆ ที่มุ่งให้เกิดผลตาม (1) (2) หรือ (3)

(7) ให้กู้ยืมเงิน

ความยินยอมผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 แต่เนื่องจากบางนิติกรรมในมาตรา 1574 นั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถทำแทนกฎหมายจึงให้ศาลเป็นผู้ควบคุมอีกชั้นหนึ่ง⁵⁷ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมทำนิติกรรมโดยที่ไม่ได้ขออนุญาตจากทางศาลการทำนิติกรรมดังกล่าวที่ผู้แทนโดยชอบธรรมได้ทำไปแล้วจะมีผลอย่างไรกฎหมายมิได้กำหนดไว้ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาแบ่งออกเป็นสองแนวทาง

(1) แนวทางแรก คือ ฝ่ายในมาตรา 1574 ให้นิติกรรมดังกล่าวตกเป็นโมฆะเนื่องจากการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ทั้งนี้การทำนิติกรรมที่ผู้แทนโดยชอบธรรมได้ทำไปผู้เยาว์เป็นผู้ได้ประโยชน์ก็ตาม โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9412/2542 ได้พิพากษาว่า “ผู้เยาว์เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของจำเลย มีสิทธิได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูให้เพียงพอแก่อัตภาพ ถ้าไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูไม่เพียงพอแก่อัตภาพผู้เยาว์ย่อมมีสิทธิเรียกจากจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/38 สิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจึงเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งของผู้เยาว์บันทึกที่ระบุว่า โจทก์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์ ตกลงยินยอมรับเงินเพื่อเป็นค่าอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ จะไม่ใช่สิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูอีกเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความอันเป็นการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574 (12) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574 (12) ห้ามผู้ใช้อำนาจปกครองสัญญาประนีประนอมยอมความอันเป็นนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์เว้นแต่ศาลจะอนุญาต ไม่ว่าสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นผู้เยาว์จะได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์ก็ตาม ก็ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน โจทก์ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง

(8) ให้โดยเสนาหา เว้นแต่จะเอาเงินได้ของผู้เยาว์ให้แทนผู้เยาว์เพื่อการกุศลสาธารณะ เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา ทั้งนี้ พอสมควรแก่ฐานะานุรูปของผู้เยาว์

(9) รับการให้โดยเสนาหาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสนาหา

(10) ประกัน โดยประการใด ๆ อันอาจมีผลให้ผู้เยาว์ต้องถูกบังคับชำระหนี้หรือทำนิติกรรมอื่นที่มีผลให้ผู้เยาว์ต้องรับเป็นผู้รับชำระหนี้ของบุคคลอื่นหรือแทนบุคคลอื่น

(11) นำทรัพย์สินไปแสวงหาผลประโยชน์นอกจากในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1598/4 (1) (2) หรือ (3)

(12) ประนีประนอมยอมความ

(13) มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย”

⁵⁷ บวรศักดิ์ ทวีพัฒน์. (2561). *นิติกรรม-สัญญา*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 213.

ผู้เยาว์ไม่ได้รับอนุญาตจากศาลให้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาประนีประนอมยอมความ จึงตกเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้”⁵⁸

(2) แนวทางที่สอง คือ ผู้แทนโดยชอบธรรมทำนิติกรรมฝ่าฝืนมาตรา 1574 ไม่ตกเป็นโมฆะ ถ้ากฎหมายกำหนดให้ตกเป็นโมฆะควรที่จะระบุไว้เหมือนกับมาตรา 1575 เนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่าถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมได้ฝ่าฝืนจะมีผลอย่างไร ซึ่งได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้นิติกรรมมีผลสมบูรณ์ แต่จะไม่ได้ผูกพันผู้เยาว์เท่านั้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6838/2555 ได้ตัดสินว่า “แม้บันทึกข้อตกลงแบ่งปันทรัพย์สินมรดกจะมีลักษณะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574 (12) ที่ผู้แทนโดยชอบธรรมจะกระทำแทนผู้เยาว์ไม่ได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต และจำเลยที่ 2 ได้กระทำบันทึกดังกล่าวแทนจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นบุตรผู้เยาว์โดยไม่ได้ขออนุญาตศาลอันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวก็ตาม แต่การขออนุญาตศาลหรือไม่ ไม่ใช่แบบของนิติกรรมและกฎหมายก็ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าให้นิติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวเป็นโมฆะกรรม ทั้งการที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้แทนโดยชอบธรรมทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ตามมาตรา 1574 ไม่ได้ เว้นแต่ศาลอนุญาตนั้น เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ประสงค์ให้ศาลเป็นผู้กำกับดูแลผลประโยชน์ส่วนได้เสียของผู้เยาว์ โดยดูแลให้ผู้แทนโดยชอบธรรมปฏิบัติหน้าที่ของตนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์อย่างถูกต้องแท้จริงเท่านั้น นิติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ถึงขนาดตกเป็นโมฆะกรรม คงมีผลเพียงไม่ผูกพันผู้เยาว์ที่ต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเท่านั้น”⁵⁹

ผู้แทนโดยชอบธรรมได้ใช้กระทำการทำกิจการที่ขัดกับประโยชน์ของผู้เยาว์มิได้ตามมาตรา 1575⁶⁰ แต่ในการทำนิติกรรมที่ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ทำแทนนั้นจะต้องเป็นการทำนิติกรรมที่ไม่ขัดต่อประโยชน์ของผู้เยาว์ ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมจะต้องทำนิติกรรมที่ขัดกับประโยชน์ต่อผู้เยาว์จะต้องร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถทำได้ ถ้าไม่ได้ร้องขอต่อศาลนิติกรรมที่ผู้แทนโดยชอบธรรมจะตกเป็นโมฆะดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2018-2087/2515 “เป็นการที่บิดานำหุ้นของผู้เยาว์ไปทำการตีใช้นี้ของตัวบิดาเอง เป็นการ

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.

⁵⁹ บวรศักดิ์ ทวีพัฒน์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 28. หน้า 214.

⁶⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1575 บัญญัติว่า “ถ้าในกิจการใด ประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครองหรือประโยชน์ของคู่สมรสหรือบุตรของผู้ใช้อำนาจปกครองขัดกับประโยชน์ของผู้เยาว์ ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงทำกิจการนั้นได้ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ”.

กระทำที่ไม่ได้รับความยินยอมจากศาล และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อประโยชน์ของผู้เยาว์ ย่อมตกเป็นโมฆะ”

แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ผู้เยาว์จะสามารถประกอบธุรกิจได้แต่ใช้ว่าผู้เยาว์จะสามารถประกอบธุรกิจได้เนื่องจากยังติดตรงช่วงอายุของผู้เยาว์ที่สามารถจะประกอบได้ที่ได้กำหนดให้บุคคลที่จะประกอบธุรกิจต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปถึงจะประกอบได้ เช่น ตามพระราชบัญญัติขนส่ง พุทธศักราช 2522 ได้กำหนดให้บุคคลที่จะต้องมิใบอนุญาตประเภทรถขนส่งผู้โดยสารต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 22 ปี ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พุทธศักราช 2509 กำหนดให้ผู้ขออนุญาตจัดตั้งสถานบริการต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ และวิชาชีพอิสระที่มีกฎหมายควบคุม แพทย์ ทนายความ วิศวกร ซึ่งอาชีพอิสระส่วนใหญ่จะต้องมีการบรรลุนิติภาวะแล้วจึงจะสามารถประกอบวิชาชีพอิสระได้

ทำให้เหลือแทบไม่ก็ธุรกิจที่ผู้เยาว์จะสามารถทำได้ เช่น ธุรกิจทางการเกษตร ธุรกิจอุตสาหกรรม ธุรกิจหัตถกรรม และธุรกิจอสังหา เป็นต้น⁶¹

อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายได้ให้ความคุ้มครองผู้เยาว์ และได้กำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ให้ความยินยอมในการทำนิติกรรม แต่ใช้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมต้องให้ความยินยอมแก่ผู้แทนโดยชอบธรรมไปในทุกเรื่อง กฎหมายยังได้กำหนดนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำนิติกรรมด้วยตัวเองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 ถึง มาตรา 25 ดังต่อไปนี้

มาตรา 22⁶² หมายถึง เป็นการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ที่เป็นการได้มาซึ่งสิทธิที่ผู้เยาว์ควรจะมีหรือได้รับโดยปราศจากเงื่อนไข หรือเป็นการเพื่อการหลุดพ้นจากหน้าที่ เช่น การได้รับพินัยกรรม การรับการให้โดยเสนหา การรับโอนสิทธิ การที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้ผู้เยาว์ เป็นต้น⁶³ ในมาตรา 22 นี้เป็นการทำนิติกรรมเพื่อประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียวเนื่องจากบทบัญญัตินี้เป็นเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมเพื่อคุ้มครองประโยชน์ต่อตัวผู้เยาว์เอง กฎหมายจึงได้ให้อิสระแก่ผู้เยาว์ และในมาตรา 22 เป็นการทำนิติกรรมเพื่อให้ตัวของผู้เยาว์เองนั้นได้หลุดพ้นจากนิติกรรมการอีกด้วย

⁶¹ ศิวพร เสาวคนธ์. (2562). *แนวทางในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์*. การนำเสนอแบบบรรยาย งานประชุมวิชาการมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ระดับชาติและนานาชาติ ครั้งที่ 2 วันที่ 22 สิงหาคม 2562 จัดโดยคณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุรินทร์. หน้า 6-7.

⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 22 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น หากเป็นเพียงเพื่อจะเข้าไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่ง หรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง”.

⁹ ประสิทธิ์ โงะวิไลกุล. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 126 - 127

เป็นหลักเกณฑ์เดียวกับกฎหมายเยอรมันที่ได้บัญญัติในทำนองเดียวกันว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้เยาว์เองเช่นกัน⁶⁴

มาตรา 23⁶⁵ หมายถึง กิจการที่ผู้เยาว์ต้องเป็นผู้ที่ทำด้วยตัวเองเท่านั้นไม่สามารถมอบหมายหรือให้บุคคลอื่นทำแทนได้⁶⁶ เช่น การทำพินัยกรรมในมาตรา 25 การหมั้นในมาตรา 1436⁶⁷ การทำนิติกรรมที่ผู้เยาว์จะต้องเป็นผู้ทำด้วยตัวเองเท่านั้น โดยจะแตกต่างไปจากการทำผู้เยาว์ไปชำระหนี้ด้วยเอง กล่าวคือ ผู้เยาว์จะต้องทำเองเฉพาะตัวเป็นการแสดงเจตนา หรือเป็นการทำ นิติกรรมก่อให้เกิดความผูกพัน ระวัง เปลี่ยนแปลง ซึ่งนิติกรรมดังกล่าวนั้นไม่อาจให้ผู้อื่นแสดงเจตนาทำแทนได้ แต่ผู้เยาว์จะต้องเป็นการชำระหนี้ด้วยตัวเองเท่านั้นเป็นหนี้เฉพาะตัว (personal contract) ในหนี้เฉพาะตัวดังกล่าวนี้เป็นหนี้ที่จะเป็นความสามารถพิเศษของผู้เยาว์ ตัวอย่างเช่น ผู้เยาว์รับจ้างให้ไปประกวดร้องเพลงหรือแสดงภาพยนตร์ เป็นต้น⁶⁸

ในการหมั้นหรือสมรสของผู้เยาว์จะต้องพิจารณาเรื่องการหมั้นหรือสมรสของผู้เยาว์เป็นพิเศษเนื่องจากกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขการหมั้นหรือสมรสของผู้เยาว์นั้นได้กำหนดไว้สองประการ ดังนี้

⁶⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 21. หน้า 82-84.

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 23 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว”.

⁶⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 21. หน้า 84.

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1436 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา
- (2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้
- (3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม
- (4) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (1) (2) และ (3) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง

การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆียะ”.

⁶⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 21. หน้า 85.

- (1) จะต้องมียอายุ 17 ปีบริบูรณ์ การหมั้นตามมาตรา 1435⁶⁹ การสมรสมาตรา 1448⁷⁰ และ
- (2) จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา

การหมั้นหรือการสมรสของผู้เยาว์นั้นจะต้องปฏิบัติตามเกณฑ์สองประการที่ได้กล่าวมา ถ้าในการหมั้นหรือสมรสของผู้เยาว์ผิดหลักเกณฑ์ในข้อหนึ่งข้อใดจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียกรรม เช่น ในการหมั้นหรือสมรสจะต้องอายุ 17 ปีบริบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1435 กับมาตรา 1448 ถ้าอายุต่ำกว่า 17 ปีบริบูรณ์จะตกเป็นโมฆะ ในเรื่องอายุของการหมั้นและสมรส จึงเป็นสิ่งสำคัญ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3072/2547 ได้วินิจฉัยว่า “ในขณะที่นาย อ. ทำการหมั้นกับนางสาว บ. นั้น นางสาว บ. อายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ โดยมีอายุเพียง 15 ปีเศษ การหมั้นดังกล่าวจึงฝ่าฝืนบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1435 วรรคหนึ่ง ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1435 วรรคสอง นอกจากนี้มาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติว่า ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ เมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าโจทก์ทราบว่ นางสาว บ. อายุไม่ครบ 17 ปี จำเลยและนางสาว บ. จึงต้องคืนของหมั้นและสินสอดให้แก่โจทก์ตามมาตรา 412 และ 413 โดยจะถือว่าโจทก์ชำระหนี้ตามอำเภอใจตามมาตรา 407 หาได้ไม่ ดังนั้น การที่โจทก์จำเลยซึ่งเป็นบิดาและมารดาของนาย อ. และนางสาว บ. ทำบันทึกข้อตกลงภายหลังที่นาย อ. กับนางสาว บ. เลิกการอยู่กินเป็นสามีภริยากัน ว่าจำเลยตกลงจะคืนเงินสินสอดและของหมั้นแก่โจทก์ จึงมีมูลหนี้และใช้บังคับได้ หาได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่”⁷¹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2269/2544 ได้วินิจฉัยว่า “จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี โดยผู้เสียหายยินยอมย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง แต่ในวรรคท้ายบัญญัติว่า ความผิดดังกล่าวถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ มีความหมายว่าในกรณีที่ชายและเด็กหญิงมีอายุไม่ครบ 17 ปี บริบูรณ์ยังไม่อาจที่จะสมรสกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 หากจะสมรสกัน

⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1435 บัญญัติว่า “วรรคหนึ่งการหมั้นจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว วรรคสองการหมั้นที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่งเป็นโมฆะ”.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มิใช่เหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”.

⁷¹ ประสพสุข บุญเดช. (2556). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 46.

อันจะทำให้ชายไม่ต้องรับโทษต้องมีคำสั่งของศาลอนุญาตให้ทำการสมรส ฉะนั้น เมื่อขณะที่จำเลยและผู้เสียหายจดทะเบียนสมรสกันนั้น ทั้งจำเลยและผู้เสียหายมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว ย่อมจดทะเบียนสมรสกันได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล จำเลยและผู้เสียหายจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายอิสลามแล้ว ย่อมเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจึงไม่ต้องรับโทษอีกต่อไป”⁷² เพราะฉะนั้นในการหมั้นหรือสมรสของผู้เยาว์นั้นจะต้องมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ ถ้าอายุต่ำกว่า 17 ปีบริบูรณ์จะตกเป็นโมฆะ

การหมั้นหรือสมรสของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาเนื่องจากว่ากฎหมายได้มองว่ายังเป็นผู้เยาว์อยู่ภายใต้อำนาจปกครองขอบิดามารดา ผู้เยาว์เป็นผู้ที่อ่อนประสบการณ์จะต้องได้รับช่วยเหลือการหมั้นหรือสมรสของผู้เยาว์บิดามารดาจึงมีส่วนร่วมและช่วยเหลือ บิดามารดานั้นมักมีหน้าที่ช่วยเหลือในด้านการเงินเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดงานหมั้นหรือสมรส เป็นการรับรู้ทั้งทราบถึงการหมั้นหรือแต่งงาน และเป็นการให้เกียรติแก่บิดามารดาด้วย⁷³ การหมั้นหรือการสมรสของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมด้วยมิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1436⁷⁴ กับมาตรา 1454⁷⁵

เพราะฉะนั้นการในการทำนิติกรรมที่เป็นการเฉพาะตัวของผู้เยาว์จะต้องเป็นผู้ทำด้วยตัวเองเท่านั้น ไม่มีใครสามารถทำแทนผู้เยาว์ได้ แต่ในเรื่องการหมั้นหรือการสมรสของผู้เยาว์จะต้องเป็นผู้ที่จะต้องทำด้วยตัวเองแต่การหมั้นหรือสมรสนั้นจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ในการหมั้นหรือแต่งงานของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ จะต้องอายุอย่างน้อย 17 ปีบริบูรณ์ และต้องได้รับ

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 118.

⁷³ ประสพสุข บุญเดช. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 42. หน้า 133.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1436 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา
- (2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้
- (3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม
- (4) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (1) (2) และ (3) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง

การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆะ”.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1454 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความในมาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”.

ความยินยอมจากบิดามารดา ถ้าการหมั้นหรือการสมรสนั้นปราศจากความยินยอมจากผู้แทน โดยชอบธรรม จะตกเป็นโมฆียะ

มาตรา 24⁷⁶ หมายถึง เป็นการทำนิติกรรมที่ผู้เยาว์จะได้รับอิสระในการดำเนินชีวิตโดยที่ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากทางผู้แทน โดยชอบธรรม และนิติกรรมที่เป็นการดำเนินการใช้ชีวิตของผู้เยาว์นั้นจะเป็นการพิจารณาเป็นรายบุคคลไปซึ่งหลักเกณฑ์ควรพิจารณาในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์นั้นจะแบ่งออกเป็นสองหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

(1) จะต้องเป็นการทำนิติกรรมที่สมแก่ฐานานุรูปแห่งตน ในเรื่องความสมแก่ฐานานุรูปนั้นอาจจะต้องพิจารณาผู้เยาว์เป็นราย ๆ ไป เนื่องจากผู้เยาว์แต่ละคนหรือพื้นฐานของแต่ละครอบครัวนั้นจะไม่เหมือนกัน ผู้เยาว์บางคนเป็นเศรษฐีย่อมมีอำนาจในการใช้จ่ายที่มากกว่าผู้เยาว์ที่มีฐานะที่ยากจน จึงจะต้องเป็นการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการทำนิติกรรมที่สมแก่ฐานานุรูปเป็นราย ๆ และ

(2) นิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้นั้นจะต้องเป็นการดำเนินการในการใช้ชีวิตเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวกับปัจจัยขั้นพื้นฐานที่ทุกคนควรที่จะได้รับ คือ หลักปัจจัยสี่เป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานในการดำเนินการใช้ชีวิต ประกอบไปด้วย อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย และยารักษาโรค⁷⁷ แต่เนื่องจากปัจจุบันในปัจจัยสี่เท่านั้นอาจไม่เพียงพอในปัจจุบันอาจมีปัจจัยเพิ่ม เช่น ปัจจัยด้านการศึกษา การสมาคม และปัจจัยที่ผู้เยาว์สมควรพอที่จะทำได้⁷⁸

มาตรา 25⁷⁹ กฎหมายได้กำหนดให้ผู้เยาว์สามารถทำพินัยกรรมได้เมื่อผู้เยาว์อายุ 15 ปีบริบูรณ์ ในความหมายของคำว่า “พินัยกรรม” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 หมายถึง “น. คำสั่งของบุคคลที่กำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตน หรือในการต่าง ๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายแล้ว”⁸⁰

ในความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 บัญญัติว่า “บุคคลใดจะแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง หรือในการต่าง ๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้” เนื่องจากมาตรา 25 เป็นข้อยกเว้นหลักในการทำ

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 24 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการสมแก่ฐานานุรูปแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร”.

⁷⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 21. หน้า 90.

⁷⁸ ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 131.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 25 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่อมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์”.

⁸⁰ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 พิมพ์ครั้งที่ 2 พุทธศักราช 2556

นิติกรรมทั่วไปไม่ต้องได้รับความยินยอมจากทางผู้แทนโดยชอบธรรม เมื่อผู้เยาว์อายุ 15 ปีบริบูรณ์ก็สามารถทำนิติกรรมได้เลยไม่จำเป็นต้องรอให้ผู้เยาว์อายุ 20 ปีบริบูรณ์ เพราะนิติกรรมเป็นเรื่องเฉพาะตัวไม่อาจให้คนอื่นทำแทนได้ และนิติกรรมมีผลบังคับใช้เมื่อผู้ทำนิติกรรมตาย⁸¹ อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ผู้เยาว์สามารถทำนิติกรรมได้ แต่ผู้เยาว์จะต้องทำนิติกรรมตามแบบที่กฎหมายกำหนดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดแบบของนิติกรรมดังต่อไปนี้

1) นิติกรรมแบบทั่วไปตามมาตรา 1656 บัญญัติว่า “นิติกรรมนั้น จะทำตามแบบดังนี้ก็ได้ กล่าวคือต้องทำเป็นหนังสือลงวัน เดือน ปี ในขณะที่ทำขึ้น และผู้ทำนิติกรรมต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน ซึ่งพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำนิติกรรมไว้ในขณะนั้น

การชดเชย ตก เดิม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งนิติกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่จะได้ปฏิบัติตามแบบอย่างเดียวกันกับการทำนิติกรรมตามมาตรานี้”

2) นิติกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับตามมาตรา 1657 บัญญัติว่า “นิติกรรมนั้น จะทำเป็นเอกสารเขียนเองทั้งฉบับก็ได้ กล่าวคือผู้ทำนิติกรรมต้องเขียนด้วยมือตนเองซึ่งข้อความทั้งหมด วัน เดือน ปี และลายมือชื่อของตน

การชดเชย ตก เดิม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งนิติกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำนิติกรรมจะทำได้ด้วยมือตนเอง และลงลายมือชื่อกำกับไว้

บทบัญญัติมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายนี้ มิให้ใช้บังคับแก่นิติกรรมที่ทำขึ้นตามมาตรานี้”

3) นิติกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองตามมาตรา 1658 บัญญัติว่า “นิติกรรมนั้น จะทำเป็นเอกสารฝ่ายเมืองก็ได้ กล่าวคือ

(1) ผู้ทำนิติกรรมต้องไปแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ในนิติกรรมของตนแก่กรรมการอำเภอต่อหน้าพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน

(2) กรรมการอำเภอต้องจดข้อความที่ผู้ทำนิติกรรมแจ้งให้ทราบนั้นลงไว้ และอ่านข้อความนั้นให้ผู้ทำนิติกรรมและพยานฟัง

⁸¹ ประสิทธิ์ โภทวีไลกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 133.

(3) เมื่อผู้ทำพินัยกรรมและพยานทราบแน่ชัดว่า ข้อความที่กรรมการอำเภอจดนั้น เป็นการถูกต้องตรงกันกับที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งไว้แล้ว ให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

(4) ข้อความที่กรรมการอำเภอจดไว้ นั้น ให้กรรมการอำเภอลงลายมือชื่อและลงวัน เดือน ปี ทั้งจดลงไว้ด้วยตนเองเป็นสำคัญว่า พินัยกรรมนั้น ได้ทำขึ้นถูกต้องตามบทบัญญัติอนุมาตรา 1 ถึง 3 ข้างต้น แล้วประทับตราตำแหน่งไว้เป็นสำคัญ

การชุลบ ตก เติม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรม พยาน และกรรมการอำเภอจะได้ลงลายมือชื่อกำกับไว้”

4) พินัยกรรมแบบลับตามมาตรา 1660 บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้น จะทำเป็นเอกสารลับก็ได้ กล่าวคือ

(1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อในพินัยกรรม

(2) ผู้ทำพินัยกรรมต้องฉีกพินัยกรรมนั้น แล้วลงลายมือชื่อคาบรอยฉีกนั้น

(3) ผู้ทำพินัยกรรมต้องนำพินัยกรรมที่ฉีกนั้น ไปแสดงต่อกรรมการอำเภอ และพยานอีกอย่างน้อยสองคน และให้ถ้อยคำต่อบุคคลทั้งหมดเหล่านั้นว่าเป็นพินัยกรรมของตน ถ้าพินัยกรรมนั้นผู้ทำพินัยกรรมมิได้เป็นผู้เขียนเองโดยตลอด ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องแจ้งนามและภูมิลำเนาของผู้เขียนให้ทราบด้วย

(4) เมื่อกรรมการอำเภอจดถ้อยคำของผู้ทำพินัยกรรมและวัน เดือน ปี ที่ทำพินัยกรรม มาแสดงไว้บนซองนั้นและประทับตราตำแหน่งแล้ว ให้กรรมการอำเภอผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อบนซองนั้น

การชุลบ ตก เติม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรมจะได้ลงลายมือชื่อกำกับไว้”

5) พินัยกรรมแบบผู้ซึ่งทำตกอยู่ในภาวะอันตรายตามมาตรา 1663 บัญญัติว่า “เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษซึ่งบุคคลใดไม่สามารถจะทำพินัยกรรมตามแบบอื่นที่กำหนดไว้ได้ เช่นตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย หรือเวลามีโรคระบาด หรือสงครามบุคคลนั้นจะทำพินัยกรรมด้วยวาจาก็ได้

เพื่อการนี้ ผู้ทำพินัยกรรมต้องแสดงเจตนา กำหนดข้อพินัยกรรมต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนซึ่งอยู่พร้อมกัน ณ ที่นั้น

พยานสองคนนั้นต้องไปแสดงตนต่อกรรมการอำเภอโดยมิชักช้าและแจ้งข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมได้สั่งไว้ด้วยวาจาานั้น ทั้งต้องแจ้งวัน เดือน ปี สถานที่ที่ผู้ทำพินัยกรรมและพฤติการณ์พิเศษนั้นไว้ด้วย

ให้กรรมการอำเภอจดข้อความที่พยานแจ้งนั้นไว้ และพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อไว้หรือมีฉะนั้น จะให้เสมอกับการลงลายมือชื่อ ได้ก็แต่ด้วยลงลายพิมพ์นิ้วมือโดยมิพยานลงลายมือชื่อรับรองสองคน”

เพราะฉะนั้นผู้เยาว์สามารถทำพินัยกรรมได้ตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้การทำพินัยกรรมนั้นผู้เยาว์จะต้องมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ แต่ทั้งนี้ถ้าอายุของผู้เยาว์อายุไม่ถึง 15 ปีบริบูรณ์ไปทำพินัยกรรมตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้พินัยกรรมดังกล่าวนั้นจะตกเป็นโมฆะกรรมเนื่องจากเป็นเป็นความบกพร่องในเรื่องความสามารถของผู้เยาว์ได้ทำนิติกรรมที่เป็นการฝ่าฝืนตามมาตรา 153

สรุปแล้วการทำนิติกรรมของผู้เยาว์นั้น กฎหมายได้กำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมมีหน้าที่ในการดูแลการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ แต่ไม่ใช่ว่าผู้แทนโดยชอบธรรมจะทำการดูแลผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมทุกเรื่อง ผู้เยาว์สามารถทำนิติกรรมได้อย่างอิสระแต่ในการทำนิติกรรมได้อย่างอิสระของผู้เยาว์นั้นก็ยังต้องอยู่ในการดูแลจากผู้แทนโดยชอบธรรม

3.2.2 ความสามารถในการเป็นนายหน้า

การทำอาชีพนายหน้านั้น หมายถึง การทำหน้าที่คนกลางเป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ช่องให้บุคคลฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญากับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นการจัดการให้บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องเข้าทำสัญญากัน⁸² เพราะฉะนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 16 มาตรา 845 ถึงมาตรา 849 ไม่ได้กำหนดเรื่องความสามารถในการประกอบอาชีพนายหน้าซึ่งประเด็นในเรื่องของความสามารถในการประกอบอาชีพนายหน้านั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดในเรื่องความสามารถไว้ แต่ก็ได้มีนักวิชาการที่ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ ดังนี้

อาจารย์ไพฑูริต เอกจริยกร ได้ให้ความเห็นในเรื่องความสามารถในการเป็นนายหน้าแบ่งออกเป็น 2 แนว ดังนี้

1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดถึงความสามารถในการเป็นนายหน้าไว้ไม่เหมือนตัวแทน ดังนั้นในการเป็นนายหน้าอาจเป็นบุคคลไร้ความสามารถได้ เพราะบุคคลที่เป็นนายหน้าไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในงานที่มอบหมายให้ทำ

⁸² ไพฑูริต เอกจริยกร. (2539). *ตัวแทน-นายหน้า* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 379.

2) สัญญานายหน้ากับการปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้าจะต้องพิจารณาแบ่งออกเป็นสองประการ กล่าวคือ สัญญานายหน้าเป็นหลักการทำสัญญาทั่วไป ฉะนั้นในความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรม จะต้องพิจารณาเรื่องความสามารถของบุคคล ถ้าผู้เยาว์ทำการประกอบอาชีพนายหน้าตามที่สัญญา ได้ตั้งผู้เยาว์เป็นนายหน้า สัญญาที่ผู้เยาว์ทำนั้นจะตกเป็นโมฆียะ

การปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้านั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่หลังจากที่ได้มีการทำสัญญานายหน้า จึงควรที่จะพิจารณาถึงการปฏิบัติหน้าที่ที่นายหน้าเข้าประกอบด้วย การทำสัญญานายหน้าตามแนวทาง ที่ 1 กรณีที่ผู้เยาว์ทำการประกอบอาชีพนายหน้าจะต้องขอความยินยอมจากทางผู้แทน โดยชอบธรรมในการ ประกอบอาชีพก่อนถึงจะสามารถทำได้ ถ้าเป็นปราศจากความยินยอมจากทางผู้แทน โดยชอบธรรม จะตกเป็นโมฆียะ แต่ถ้าเป็นการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22 ผู้เยาว์ก็สามารถทำได้แต่ถ้ามีการทำสัญญานายหน้าของผู้เยาว์จะตกเป็น โมฆียะ และผู้แทน โดยชอบธรรม อาจให้สัตยาบันภายหลังได้⁸³

อาจารย์นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ ได้ให้ความเห็นในเรื่องความสามารถในการเป็นนายหน้า ดังนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 16 เรื่องนายหน้า มิได้กำหนดเรื่องความสามารถ ของนายหน้าไว้เฉพาะ โดยที่จะแตกต่างจากในเรื่องตัวแทนที่ได้บัญญัติว่าสามารถตั้งผู้ไร้ความสามารถ เป็นตัวแทนได้ตามมาตรา 799 ดังนั้นในเรื่องความสามารถของการเป็นนายหน้าจึงนำหลักทั่วไป ในสัญญามาใช้บังคับก็จะตกเป็น โมฆียะถ้าเทียบเคียงกับเรื่องตัวแทนว่า ขนาดคนไร้ความสามารถ ยังสามารถทำหน้าที่ในการเป็นตัวแทนทั่วไปได้เลย การประกอบอาชีพนายหน้าซึ่งมีขอบอำนาจที่แคบ และจำกัดกว่าการเป็นตัวแทน นายหน้าจึงน่าจะเป็นคนไร้ความสามารถได้⁸⁴

อาจารย์จิตรรา เพียรล้ำเลิศ พิสุทธิ์ ได้ให้ความเห็นในเรื่องความสามารถในการเป็นนายหน้าไว้ 3 แนวทาง

แนวทางที่หนึ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 16 มิได้บัญญัติเรื่อง ความสามารถของนายหน้าไว้เป็นการเฉพาะ จึงเป็นการนำหลักทั่วไปในการทำนิติกรรมสัญญา มาปรับใช้หากผู้เยาว์ทำการประกอบอาชีพนายหน้าสัญญานายหน้าดังกล่าวจะตกเป็น โมฆียะ

แนวทางที่สอง นายหน้าอาจเป็นบุคคลไร้ความสามารถได้ซึ่งเทียบเคียงกับการเป็นตัวแทน ตัวแทนแม้คนไร้ความสามารถก็สามารถเป็นตัวแทนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 799

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 380-381.

⁸⁴ นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2564). *กฎหมายเอกเทศสัญญาลักษณะตัวแทน-ลักษณะนายหน้า* (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 205.

เพียงนายหน้าทำหน้าที่ชี้ช่องให้บุคคลภายนอกเข้าทำกับคู่สัญญานายหน้าหรือผู้ที่แต่งตั้งนายหน้าเป็นสำคัญและความรับผิดชอบของนายหน้าที่มีความแตกต่างในตัวแทน ตามหลักการตีความให้ยังเป็นเช่นนั้น (argumentum a fortiori)⁸⁵

แนวทางที่สาม แม่นายหน้าทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ชี้ช่องหรือจัดการให้คู่สัญญาเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก โดยที่นายหน้าไม่จำเป็นจะต้องเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเพราะฉะนั้นนายหน้าจึงไม่จำเป็นต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรม แต่สัญญานายหน้าเป็นส่วนหนึ่งในการทำนิติกรรมที่ผู้ทำนิติกรรมจึงจะต้องนำหลักความสามารถในการทำนิติกรรมตามกฎหมายมาใช้บังคับด้วยมิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆียะ หากกรณีที่มีบุคคลแต่งตั้งให้ผู้เยาว์เป็นนายหน้าโดยที่ผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมในการเป็นนายหน้า สัญญานายหน้ามีผลสมบูรณ์และไม่ตกเป็นโมฆียะและหลังจากที่ผู้เยาว์ทำหน้าที่ชี้ช่อง และคู่สัญญาได้มีการเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกซึ่งในส่วนนี้ไม่ใช่การทำนิติกรรม นายหน้าจึงสามารถเป็นผู้เยาว์ยอมสามารถทำได้โดยปราศจากความยินยอมจากทางผู้แทนโดยชอบธรรม⁸⁶

สรุปแล้วการประกอบอาชีพนายหน้าไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติในการประกอบอาชีพแต่อย่างไรก็ตามการทำนิติกรรมในการทำสัญญานายหน้า จึงต้องเป็นการกับไปใช้หลักทั่วไปในการทำนิติกรรมทำให้บุคคลซึ่งทำการประกอบอาชีพกรณีที่เป็นบุคคลไร้ความสามารถได้ทำนิติกรรมจะตกเป็นโมฆียะ แต่ในการปฏิบัติหน้าที่นายหน้าของบุคคลไร้ความสามารถนั้นสามารถทำหน้าที่ชี้ช่อง และก่อให้เกิดการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอกก็เพียงพอ

กรณีนิติบุคคลทำการประกอบอาชีพนายหน้า กรณีที่นิติบุคคลจะสามารถทำการประกอบอาชีพนายหน้าได้หรือไม่ ทั้งที่กฎหมายในเรื่องการประกอบอาชีพนายหน้ามิได้กำหนดไว้แต่ก็มีผู้ที่ได้ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริศ เอกจรรย์กร ได้ให้ความเห็นว่า “นายหน้าจะเป็นนิติบุคคลก็ได้ โดยการแสดงออกซึ่งเจตนาของนิติบุคคลนั้นสามารถทำผ่านผู้แทนนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ชี้ชวนให้มีการเข้าทำสัญญากันก็ได้”⁸⁷

⁸⁵ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2559). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า อ้างทำของ รับขน* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 92.

⁸⁶ จิตรา เพียงล้ำเลิศ. (2563). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะตัวแทน นายหน้า พร้อมคำถาม คำตอบอรรถนิย* พิมพ์ครั้งที่ 1. สมุทรสาคร: นกัศสรการพิมพ์. หน้า 114.

⁸⁷ ไพฑูริศ เอกจรรย์กร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53. หน้า 380.

ในกรณีที่มีการการทำสัญญาในการแต่งตั้งนายหน้านั้นระหว่างคู่สัญญากับนายหน้านั้นต้องทำตามแบบของการเป็นนายหน้าด้วยหรือไม่นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 16 ในเรื่องการเป็นนายหน้าไม่ได้กำหนดแบบของการเป็นนายหน้าไว้แต่อย่างใด การเป็นนายหน้านั้นแม้ว่าจะคู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจา มิได้มีการทำเป็นหนังสือสัญญานายหน้าก็มีผลสมบูรณ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว⁸⁸ ซึ่งศาลฎีกาที่ได้มีการวางหลักคำพิพากษาศาลฎีกา คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2046/2535 “สัญญานายหน้า ไม่มีแบบ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เพียงแต่คู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจา สัญญานายหน้าย่อมเกิดขึ้นตามข้อตกลงนั้น การแต่งตั้งหรือมอบหมายเป็นนายหน้าจึงไม่ต้องทำตามแบบ”⁸⁹

ในทางปฏิบัติคู่สัญญาอาจทำการตกลงกับนายหน้าโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องระหว่างคู่สัญญาถ้าหากมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ผิดสัญญา

แม้ว่าสัญญานายหน้านั้นเพียงตกลงด้วยวาจาก็สามารถใช้บังคับกันได้ แต่อย่างไรก็ตามจะต้องมีการตกลงว่านายหน้าจะต้องได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนด้วยโดยเป็นการตกลงกันโดยชัดแจ้งตามมาตรา 845 หรือจะเป็นการตกลงกันโดยปริยายมาตรา 846⁹⁰ จะต้องมีการตกลงกันก่อนถ้าไม่ได้มีการตกลงที่จะให้ค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนสัญญาดังกล่าวจะยังไม่ถือว่าเป็นสัญญานายหน้าซึ่งได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ตัดสินดังต่อไปนี้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2540 ได้ตัดสินว่า “ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน มาตรา 845 และ 846 แสดงให้เห็นว่า สัญญานายหน้าจะเกิดขึ้นได้ก็จะต้องมีการตกลงกันระหว่างบุคคลที่ประสงค์จะทำสัญญากับบุคคลที่จะทำหน้าที่ซึ่งช่องให้ได้เข้าทำสัญญาหรือจัดการให้ได้ทำสัญญาที่เรียกว่านายหน้า เมื่อได้ความว่า โจทก์ไม่เคยรู้จักจำเลย พ. น้อยจำเลยเป็นผู้ติดต่อขอให้โจทก์ช่วยเหลือขายที่ดินของจำเลย โดยโจทก์ได้ข้อมูลเกี่ยวกับที่ดินและราคาจาก พ. พ. ตกลงกับโจทก์ว่าค่านายหน้าที่จำเลยจะให้ในอัตราร้อยละ 3 ของราคาซื้อขายที่ดินนั้น พ. จะแบ่งให้โจทก์ร้อยละ 2 ส่วน พ. จะเอาไว้ร้อยละ 1 โจทก์ไม่เคยตกลงเรื่องค่านายหน้ากับจำเลยในวันทำสัญญาจะซื้อขายโจทก์ได้รับเงินค่านายหน้าจาก พ. และในวันที่มีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินระหว่างจำเลยกับ จ. โจทก์ไม่ได้ไปที่สำนักงานที่ดิน จ. เป็นคนรับเงินค่านายหน้าไว้แทนโจทก์ 200,000 บาท

⁸⁸ จิตรา เพียงล้ำเลิศ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 57. หน้า 118.

⁸⁹ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55. หน้า 204.

⁹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 846 บัญญัติว่า “ถ้ากิจการอันได้มอบหมายแก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่าย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จไซ้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกัน โดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จนายหน้า

ค่าบำเหน็จนั้นถ้ามิได้กำหนดจำนวนกันไว้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียม”.

และบอกว่าส่วนที่เหลือให้โจทก์ติดต่อ พ. แสดงให้เห็นว่าจำเลยไม่ได้ตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้โจทก์เป็นนายหน้าซื้อขายให้ จ.มาซื้อที่ดินจำเลย แม้โจทก์ตกลงร่วมกับ พ.ทำหน้าที่ติดต่อซื้อขายให้ จ. เข้าทำสัญญากับจำเลย หรือจัดการให้ จ.ทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับจำเลยแล้วได้ส่วนแบ่งค่านายหน้าจาก พ. ก็เป็นเพียงข้อตกลงระหว่างโจทก์กับ พ.เท่านั้นเมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยตกลงให้โจทก์ร่วมกับ พ. ทำหน้าที่ซื้อขายให้จำเลยกับ จ.เข้าทำสัญญากันแล้ว โจทก์ย่อมไม่ใช่นายหน้าของจำเลย โจทก์ได้รับแบ่งค่านายหน้าที่จำเลยจ่ายให้จาก พ.และ จ.มาบางส่วน ก็เป็นเพราะเหตุที่มีข้อตกลงกันไว้ระหว่างโจทก์กับ พ.และ จ.แต่โจทก์ไม่อาจฟ้องบังคับเรียกเอาค่านายหน้าจากจำเลยได้”⁹¹

3.2.3 หน้าที่การเป็นนายหน้า และหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้อง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหน้าที่และหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องของการเป็นนายหน้าดังต่อไปนี้

1) นายหน้าจะต้องทำการที่ซื้อขายหรือให้มีการเข้าทำสัญญากัน หมายถึง การติดต่อ ชี้ชวน แนะนำ ชักนำ หรือเป็นการกระทำการใด ๆ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้บุคคลภายนอกได้มีการพบเจอกับคู่สัญญาให้มีการพูดคุย เสร็จจากัน ถ้าเป็นที่พอใจกันทั้งฝ่ายนายหน้าจะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน การทำหน้าที่ของนายหน้าเป็นเพียงบุคคลที่เป็นสื่อกลางเท่านั้นนายหน้าไม่ต้องอยู่ระหว่างการเจรจาในการทำสัญญา⁹²

2) การทำหน้าที่นายหน้าจะต้องเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้าโดยสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 847⁹³ ตามปกตินายหน้าจะต้องทำหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ตั้งนายหน้าเป็นสำคัญ แต่กฎหมายมิได้กำหนดห้ามให้นายหน้าทำหน้าที่ได้ทั้งสองฝ่าย กล่าวคือนายหน้าได้รับการแต่งตั้งจากคู่สัญญาให้ตนได้ทำหน้าที่นายหน้า และในคราวเดียวกันนั้นนายหน้าก็ได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลภายนอกให้ตนทำหน้าที่นายหน้าด้วยเช่นกัน แต่การทำหน้าที่ของนายหน้านั้นจะต้องเป็นการกระทำที่สุจริตไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงที่ต่างฝ่ายต่างได้ตกลงแต่งตั้งนายหน้าไว้หรือการทำหน้าที่นายหน้ามิได้ทำให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสียเปรียบ⁹⁴ ถ้านายหน้าฝ่าฝืนการเป็นนายหน้าหรือ

⁹¹ จิตรา เพียงล้ำเลิศ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 57. หน้า 120.

⁹² จิตรา เพียงล้ำเลิศ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 57. หน้า 121

⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 847 บัญญัติว่า “ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดี หรือได้รับค่านับแต่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อกรณีที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซ้ ท่านว่านายหน้าผู้มีสิทธิจะได้รับค่าบำเหน็จหรือรับค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปไม่”.

⁹⁴ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 55. หน้า 211.

ทำหน้าที่นายหน้าไม่สุจริตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ดี จนทำฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสื่อมเสียประโยชน์ในการเจรจาต่อรองที่จะทำสัญญาระหว่างกัน เช่น การนำข้อมูลไปบอกอีกฝั่งหนึ่งว่าคู่สัญญามีปัญหาทางการเงิน เป็นต้น⁹⁵ นายหน้าจึงไม่มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน

3.2.4 ความรับผิดชอบของนายหน้า

ตามปกติแล้วนั้นการทำหน้าที่ของนายหน้าเป็นคนกลางคอยทำหน้าที่ชี้ช่องให้มีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่แต่งตั้งนายหน้า กับ บุคคลภายนอก ถ้าได้มีการทำสัญญาระหว่างกันเป็นที่เรียบร้อยนายหน้าก็ถือว่าตนเองได้ทำหน้าที่เสร็จเป็นการสมบูรณ์และนายหน้าจะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน

แต่อย่างไรก็ตามการทำหน้าที่ของนายหน้านั้น นายหน้าเป็นผู้มีหน้าที่ในการหาบุคคลภายนอกให้เข้าทำสัญญากับคู่สัญญาที่แต่งตั้งนายหน้า ทำให้นายหน้าไม่สามารถทราบได้ถึงอุปนิสัยใจคอกของบุคคลภายนอก นายหน้ามีหน้าที่เป็นเพียงคนกลางคอยทำการสื่อสารระหว่างกัน ในเรื่องการเจรจา หรือต่อรองในรายละเอียดนั้นหน้าที่ดังกล่าวนายหน้าไม่สามารถทำได้ นายหน้าจึงมีหน้าที่คัดเลือกบุคคลภายนอกให้ได้มีการพบปะเจรจากันเท่านั้น นายหน้าจะต้องทำการแนะนำตัวบุคคลภายนอกให้คู่สัญญาได้ทราบด้วยถ้านายหน้าไม่ได้แนะนำ หรือไม่บอกชื่อของบุคคลภายนอกให้คู่สัญญา รู้ นายหน้าอาจจะรับผิดชอบในกรณีที่บุคคลภายนอกไม่ทำการชำระหนี้ให้กับคู่สัญญาตามที่ได้ตกลงกันในสัญญาไว้ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 848⁹⁶

3.2.5 สิทธิของนายหน้าที่ควรจะได้รับ

สิทธิของนายหน้าที่นายหน้าควรจะได้รับ คือ สิทธิในการรับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนภายหลังจากที่นายหน้าได้หน้าที่ของตัวเองเป็นที่เรียบร้อยแล้วลักษณะในการได้รับค่าบำเหน็จนั้นสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก คือ เป็นการตกลงกันโดยชัดแจ้งคู่สัญญาแต่งตั้งนายหน้าตกลงให้นายหน้าได้รับค่าบำเหน็จ ถ้าได้นายหน้าได้ทำหน้าที่ชี้ช่องให้บุคคลภายนอกพบปะเจรจากับคู่สัญญา และได้มีการทำสัญญาระหว่างกันนายหน้าจึงจะได้รับบำเหน็จเป็นการตอบแทนตามที่ได้ตกลงกันไว้ตามมาตรา 845วรรคหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดีถ้าไม่มีการทำสัญญาภายหลังจากที่นายหน้าได้ทำหน้าที่ชี้ช่องแล้วนายหน้าไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทนจากที่ได้ตกลงกับคู่สัญญาที่แต่งตั้งนายหน้าแต่อย่างใด

⁹⁵ จิตรา เพียงล้ำเลิศ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 57. หน้า 122.

⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 848 บัญญัติว่า “ตัวนายหน้าไม่ต้องรับผิดชอบไปถึงการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งได้ทำต่อกันเพราะตนเป็นสื่อ เว้นแต่จะมีได้บอกชื่อของฝ่ายหนึ่งให้รู้ถึงอีกฝ่ายหนึ่ง”.

ประเภทที่สอง คือ เป็นการตกลงกัน โดยปริยายว่าจะได้บำเหน็จคู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงกัน โดยชัดแจ้งแต่นายหน้าได้รับแจ้งจากคู่สัญญาว่าจะได้รับค่าบำเหน็จจากการเข้าไปทำการเป็นนายหน้า โดยมีพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่านายหน้าจะได้ค่าบำเหน็จเป็นการตอบแทน ตามมาตรา 846 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้ากิจการอันได้รับมอบหมายแก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่าย่อมทำให้ แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จไซ้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกัน โดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จเป็นนายหน้า” ส่วนจำนวนค่าบำเหน็จที่เป็นค่านายหน้านั้น หากมิได้เป็นการกำหนดไว้ให้ถือว่าเป็นการตกลงกัน ตามค่าธรรมเนียมและพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปตามมาตรา 846 วรรคสอง บัญญัติว่า “ค่าบำเหน็จนั้น ถ้ามิได้กำหนดจำนวนกันไว้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียม”

สิทธิของนายหน้าที่นายหน้าไม่ควรได้รับ คือ การได้รับชำระหนี้ตามสัญญาที่นายหน้าได้ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางตามมาตรา 849 บัญญัติว่า “การรับเงินหรือรับชำระหนี้อื่นจะพึงชำระตามสัญญานั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่านายหน้าย่อมไม่มีอำนาจที่จะรับแทนผู้เป็นคู่สัญญา” การทำหน้าที่นายหน้านั้นเป็นเพียงการทำหน้าที่ชี้ช่องหรือให้มีการทำสัญญาเท่านั้น นายหน้าไม่ได้เข้าเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอก แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงข้อสันนิษฐานเท่านั้น ถ้านายหน้าได้รับชำระหนี้ดังกล่าวเนื่องจากเป็นไปตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญานายหน้าให้เป็นผู้รับแทนนายหน้าสามารถนำข้อสัญญาดังกล่าวมาสืบหักล้างได้⁹⁷

3.2.6 ความระงับของนายหน้า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดเรื่องการระงับไปของการเป็นนายหน้าไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด แต่ในการระงับของนายหน้าอาจจะอยู่ในข้อสัญญาการเป็นนายหน้า ความการระงับของข้อสัญญานายหน้าอาจจะระบุได้ดังต่อไปนี้

1) เมื่อนายหน้าได้ทำหน้าที่จนเสร็จสิ้น กล่าวคือ นายหน้าได้ทำการชี้ช่องหรือจัดการให้มีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอกโดยที่เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันในสัญญานายหน้า

2) เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่ได้ระบุไว้ในสัญญา กล่าวคือ เป็นกรณีที่ได้ระบุไว้ในสัญญานายหน้าโดยที่ระบุเงื่อนไขระยะเวลาไว้สัญญานายหน้าย่อมระงับไปได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ตัดสินในเรื่องเงื่อนไขดังกล่าวนี้คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5419/2537 ตัดสินว่า “สัญญานายหน้าระบุว่าจะมอบให้นายหน้าไปจัดการจดทะเบียนให้เสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันทำสัญญา แสดงว่าคู่สัญญามีเจตนา กำหนดเวลาไว้แน่นอนว่าต้องจดทะเบียนให้เสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันทำสัญญาถือเป็นสาระสำคัญ

⁹⁷ จิตรา เพียงล้ำเลิศ. อ่างแล้ว เจริญจรดที่ 57. หน้า 134-135.

ของสัญญาหน้า เมื่อหน้าไม่สามารถจัดการให้มีการจดทะเบียนซื้อขายภายในกำหนด โดยไม่ปรากฏว่ามีการผ่อนเวลาตามสัญญาออกไปอีก สัญญาจึงสิ้นสุดลง ไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา”⁹⁸

3) เมื่อสัญญาซื้อขายกำหนดเหตุอันใดให้สัญญาระงับไปเช่นนั้น หากมีเหตุที่ระบุไว้ในสัญญาดังกล่าว สัญญาหน้ายอมระงับไป ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 225/2481 ได้ตัดสินว่า “จำเลยทำสัญญาให้โจทก์เป็นนายหน้าขายที่ดิน โดยให้ค่านายหน้าร้อยละ 5 และส่วนที่ขายได้เกินตารางวาละ 2.75 บาท ให้เป็นของโจทก์ด้วย แต่ถ้าจำเลยขายได้เองหรือมีผู้นำเอาไปขายให้ได้แล้วสัญญานี้เป็นระงับทำสัญญาแล้วได้ 8 เดือน โจทก์ก็ยังขายไม่ได้จำเลยจึงแบ่งที่ออกเป็น 10 แปลง แล้วมีผู้อื่นมารับเป็นนายหน้าขายที่ดินไปได้ 8 แปลง โดยโจทก์ก็ทราบดังนี้ สัญญาหน้าระหว่างโจทก์จำเลยเป็นอันระงับ”⁹⁹

4) เมื่อคู่สัญญาตกลงบอกเลิกสัญญากัน นายหน้ายอมระงับไปตามความประสงค์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

5) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ทำการบอกเลิกสัญญา กล่าวคือ ถ้านายหน้าไม่ประสงค์ที่จะทำหน้าที่นายหน้าแล้วนั้น นายหน้าสามารถบอกเลิกการเป็นนายหน้าต่อคู่สัญญาที่แต่งตั้งนายหน้าได้ และในทางกลับกันถ้าคู่สัญญาแต่งตั้งนายหน้านั้นไม่ประสงค์ที่จะให้นายหน้าทำหน้าที่นายหน้าแล้ว คู่สัญญาแต่งตั้งนายหน้าสามารถบอกเลิกสัญญาแต่งตั้งนายหน้าได้สัญญานายหน้าจึงได้ระงับไป¹⁰⁰

สรุปแล้วการระงับไปของนายหน้านั้นกฎหมายมิได้ระงับความระงับของนายหน้าแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามในความระงับไปของความเป็นนายหน้านั้นสามารถกำหนดไว้ในข้อสัญญาแต่งตั้งนายหน้าได้ ซึ่งทำให้ความระงับของนายหน้าได้

เพื่อให้ทราบถึงความเหมือนและความแตกต่างในมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์ ผู้เขียนจึงได้จัดทำตารางเปรียบเทียบทั้งในต่างประเทศและของประเทศไทย ดังต่อไปนี้

⁹⁸ จิตรา เพียงล้ำเลิศ. อ่างแล้ว เจริญจรดที่ 57. หน้า 137.

⁹⁹ จิตรา เพียงล้ำเลิศ. อ่างแล้ว เจริญจรดที่ 57. หน้า 137.

¹⁰⁰ จิตรา เพียงล้ำเลิศ. อ่างแล้ว เจริญจรดที่ 57. หน้า 138.

ตารางที่ 3.1 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์ของต่างประเทศและของประเทศไทย

ลำดับ	สหรัฐอเมริกา (รัฐนิวยอร์ก)	แคนาดา (รัฐออนตาริโอ)	ประเทศไทย
1.	กำหนดให้รัฐบาลแต่ละรัฐออกกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลบุคคลที่ประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไว้เป็นการเฉพาะ	มีการออกกฎหมายเป็นการเฉพาะสำหรับบุคคลที่ทำการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามนี้	ไม่มีกฎหมายในการควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ จึงต้องกลับไปใช้หลักการเป็นนายหน้าทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2.	ได้มีการนิยามความหมายในการเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ การเป็นรองนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ หรือการเป็นพนักงานขายอสังหาริมทรัพย์อย่างชัดเจน	รัฐบาลกลางได้ออกเป็นพระราชบัญญัตินายหน้าอสังหาริมทรัพย์และธุรกิจ ค.ศ. 2545 ได้นิยามความหมายของการเป็นนายหน้า นายหน้าซื้อขายทรัพย์สิน และการเป็นพนักงานขาย	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้มีการนิยามความหมายของการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไว้อย่างชัดเจน
3.	มีการกำหนดคุณสมบัติและเกณฑ์ ให้กับบุคคลผู้ที่จะประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ หรือการเป็นพนักงานขายอสังหาริมทรัพย์ โดยให้นายทะเบียนเป็นผู้พิจารณาการได้รับใบอนุญาต	รัฐบาลรัฐได้กำหนดคุณสมบัติให้กับบุคคลที่จะประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ หรือการเป็นพนักงานขาย ให้นายทะเบียนเป็นผู้พิจารณาในการมีใบอนุญาต	ไม่ได้กำหนดความสามารถหรือคุณสมบัติของบุคคลที่จะประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ จึงต้องกลับไปใช้ความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สรุปตารางที่ 3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพนายหน้าสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์ จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกา (รัฐนิวยอร์ก) และประเทศแคนาดา (รัฐออนตาริโอ) อนุญาตให้ผู้เยาว์ประกอบอาชีพนายหน้าสังหาริมทรัพย์ได้ ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ยังมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการประกอบอาชีพนายหน้าสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์ ทั้งนี้ โดยผู้เขียนจะนำเสนอรายละเอียดต่อไป ในบทที่ 4