

บทที่ 4

ศึกษา วิเคราะห์ปัญหาของตัวแทนโดยปริยายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการศึกษาในบทก่อนๆ ทำให้เห็นทฤษฎีและหลักกฎหมายทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องตัวแทนโดยปริยาย สำหรับในบทนี้จะเป็นการศึกษา วิเคราะห์ปัญหาของตัวแทนโดยปริยายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้เขียนขอแบ่งแยกออกเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

4.1 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาลักษณะ การเกิดและการสิ้นสุดของตัวแทนโดยปริยาย

4.1.1 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาลักษณะของตัวแทนโดยปริยาย

4.1.1.1 ตามความเห็นของนักกฎหมายไทย

จากการศึกษาในบทที่ 2 จะพบว่าเรื่องตัวแทนโดยปริยายนี้ กฎหมายมาตรา 797 วรรคสอง บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ตัวแทนนั้นจะเป็นโดยแต่งตั้งแสดงออกชัด หรือโดยปริยายเท่านั้น ทำให้ในเรื่องลักษณะของตัวแทนโดยปริยายนั้น มีนักกฎหมายได้ให้ความหมายหรือลักษณะของตัวแทนโดยปริยายไว้อย่างมากมาย และจากที่สรุปไว้แล้วว่า จากความเห็นของนักกฎหมายเหล่านั้นสามารถแยกลักษณะออกได้เป็นสองกรณี ได้แก่

กรณีแรก เห็นว่า ตัวแทนโดยปริยายนี้ ไม่ได้เกิดขึ้นโดยการแต่งตั้งอย่างชัดแจ้งจากตัวการ แต่เกิดขึ้นโดยพฤติการณ์ การกระทำ การแสดงออก กิริยาอาการ การประพฤติปฏิบัติต่อกันของคู่สัญญา นอกจากนั้น รวมถึงการงดการกระทำหรือการนิ่งอีกด้วย โดยดูประกอบกับพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ เช่น อาจเป็นเรื่องธรรมเนียมหรือทางปฏิบัติที่เคยปฏิบัติต่อกันมา

ระหว่างคู่สัญญาทั้งสอง หรือดูจากลักษณะของงาน ทำให้พึงเข้าใจหรือพึงอนุมานได้ว่า มีเจตนา ต้องการผูกพันกันในฐานะตัวการและตัวแทน

กรณีที่สอง เห็นว่า ตัวแทนโดยปริยายนอกจากจะเกิดขึ้นตามกรณีแรกแล้ว นักกฎหมายไทยบางท่านยังเห็นว่า ตัวแทนโดยปริยายนี้ สามารถเกิดโดยผลทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ ทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนขึ้นมา ซึ่งนักกฎหมายมักเรียกว่า เป็น "ตัวแทนโดยปริยายที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย" กล่าวคือ เป็นตัวแทนประเภทที่มีได้เกิดจากความตกลงยินยอมตามมาตรา 797 แต่เกิดโดยกฎหมายบัญญัติว่าเป็นตัวการตัวแทนกัน ดังเช่น ในกรณีของตัวแทนชัดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (มาตรา 821 และ 822), ตัวแทนโดยจำเป็นหรือในเหตุฉุกเฉิน (มาตรา 802) หรือแม้แต่ตัวแทนโดยการให้สัตยาบัน (มาตรา 823) ตัวแทนเหล่านี้ นักกฎหมายไทยล้วนแล้วแต่เห็นว่า เป็นตัวแทนโดยปริยายประเภทหนึ่งด้วยเช่นกัน นอกจากนั้น ตัวแทนโดยปริยายยังอาจเกิดขึ้นโดยกฎหมายอื่นที่บัญญัติไว้ ทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนขึ้นโดยปริยายได้อีก ดังที่ปรากฏอยู่ในเรื่องของห้างหุ้นส่วนสามัญ เจ้าของรวม

เมื่อเป็นเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าจากความเห็นต่างๆของนักกฎหมายเหล่านี้ ตัวแทนโดยปริยายนั้นสามารถอยู่ได้ในหลายลักษณะ ปัญหาในประเด็นนี้จะพิจารณาว่า ตัวแทนโดยปริยายแท้จริงแล้ว ควรจะมีลักษณะเช่นใด

หากเราพิจารณาถึงถ้อยคำของคำว่า "ปริยาย" ตาม พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ที่ให้ความหมายในฐานะที่เป็นคำนามว่า อย่าง, ทาง, หนทาง; การกล่าวอ้อมค้อม, หนทางอ้อม และในฐานะที่เป็นคำวิเศษณ์ว่า อ้อม

ประกอบกับ เมื่อเปรียบเทียบกับคำว่า "โดยปริยาย" ในกฎหมายเรื่องอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

ในเรื่องอายุความ มาตรา 193/14 บัญญัติไว้ว่า

"อายุความย่อมระงับลง ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ลูกหนี้รับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้ ตามสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ให้ชำระหนี้ให้บางส่วน ชำระดอกเบี้ย ให้ประกัน หรือ กระทำการใดๆ อันปราศจากข้อสงสัย แสดงให้

เห็นเป็นปริยายว่า ยอมรับสภาพหนี้ตามสิทธิเรียกร้อง

(2)..."

ในเรื่องซื้อขายมาตรา 508 บัญญัติไว้ว่า

"เมื่อทรัพย์สินนั้นได้ส่งมอบแก่ผู้ซื้อเพื่อให้ตรวจดูแล้ว การซื้อขายย่อมเป็นอันบริบูรณ์ในกรณีต่อไปนี้ คือ

...

(4) ถ้าผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สินนั้น หรือ ทำประการอื่นอย่างใดอันเป็นปริยาย ว่ารับซื้อของนั้น"

ในเรื่องจ้างแรงงานมาตรา 578 บัญญัติไว้ว่า

"ถ้าลูกจ้าง ครอบงำ โดยแสดงออกชัด หรือโดยปริยายว่าตนเป็นผู้มีฝีมือพิเศษ..."

ในเรื่องจ้างทำของมาตรา 598 บัญญัติไว้ว่า

"ถ้าผู้ว่าจ้าง ยอมรับ มอบการที่ทำนั้นแล้ว ทั้งชำระคบกพร่องมิได้อิดเอื้อน โดยแสดงออกชัด หรือโดยปริยาย..."

ในเรื่องจำนองมาตรา 741 บัญญัติไว้ว่า

"เมื่อเจ้าหนี้ทั้งหลายได้ สนองรับคำเสนอ ทั่วทุกคนแล้ว โดยแสดงออกชัด หรือโดยปริยาย ก็ดี..."

ในเรื่องตัวแทนค้าต่างมาตรา 838 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า

"ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ไซ้ ท่านว่าตัวแทนค้าต่างหาต้องรับผิดชอบต่อการ เพื่อชำระหนี้นั้นเองไม่ เว้นแต่จะได้มีข้อกำหนดในสัญญา หรือ มีปริยายแต่ทางการที่ตัวการกับตัวแทน ประพฤติต่อกัน หรือ..."

ในเรื่องตัวเงินมาตรา 936 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า

"ถ้าผู้ทรงรับเอาค่ารับรองเบี่ยงบ้าย และผู้ส่งจ่ายหรือผู้สลักหลัง มิได้ให้อำนาจ แก่ผู้ทรง โดยแสดงออกชัด หรือโดยปริยาย..."

ในเรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัดมาตรา 1082 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วน จำพวกจำกัดความรับผิดชอบใด ยินยอม โดยแสดงออกชัด หรือโดยปริยาย...”

จากบทบัญญัติต่างๆที่ยกมานี้ จะเห็นได้ว่า คำว่า “โดยปริยาย” นี้จะเกี่ยวพันกับการกระทำเสมอ กล่าวคือ การกระทำต่างๆเหล่านั้น แสดงให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาว่าต้องการผูกพันตนในเรื่องนั้นๆแล้ว เป็นเพียงแต่ไม่ได้แสดงเจตนาออกมาโดยแจ้งชัดนั่นเอง ดังนั้น จะต้องมีการกระทำอะไรบางอย่างของคู่สัญญาซึ่งแสดงออกมา โดยกฎหมายถือว่า การกระทำเหล่านั้น ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย เสมือนว่าได้กระทำการเหล่านั้นออกอย่างแจ้งชัดเลยทีเดียว

นอกจากนั้น แม้แต่ใน Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า “implied” (หรือโดยปริยายในภาษาไทย) ว่า “เป็นกรณีที่เจตนาไม่ได้แสดงออกมาทางคำพูดไม่ว่าจะโดยแจ้งชัด หรือ โดยตรง แต่รวบรวมจาก ความหมายที่แสดงออกเป็นนัย หรือ จากการอนุมานเอาจากพฤติการณ์ต่างๆ, การตีความทั่วไป หรือ การประพจน์ปฏิบัติของคู่สัญญา”^{*}

ดังนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ในเรื่องตัวแทนโดยปริยายนี้ จึงควรจะจำกัดอยู่เฉพาะกรณีแรก ที่เป็นตัวแทนโดยปริยายที่เกิดโดยพฤติการณ์ การกระทำ การแสดงออก กิริยาอาการ การประพจน์ปฏิบัติระหว่างกันของคู่สัญญาเท่านั้น โดยการกระทำต่างๆที่คู่สัญญาแสดงออกมา ทำให้เห็นเป็นนัยได้ว่า มีเจตนาที่จะผูกพันตนในฐานะตัวการตัวแทน กล่าวคือ มีเจตนาที่จะให้เกิดเป็นสัญญาตัวแทนขึ้น เพียงแต่ไม่ได้ตกลงกันโดยแจ้งชัดเท่านั้น

การที่เรานำหลักเกณฑ์เรื่องตัวแทนโดยปริยายรวมไปถึงกรณีที่สอง ที่เป็นตัวแทนโดยปริยายที่เกิดโดยผลของกฎหมายที่บัญญัติไว้ทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนขึ้นมา รวมทั้งตัวแทนโดยปริยายที่เกิดโดยผลทางกฎหมายของกฎหมายอื่น ดังเช่นในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเจ้าของรรมนั้น เข้ามาอยู่ในประเภทเดียวกับตัวแทนโดยปริยายนี้ จะเห็นได้ว่าไม่ถูกต้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจาก ในกรณีที่สองนี้ ถึงแม้ว่ากฎหมายจะถือว่าเป็น

^{*} where the intention in regard to the subject-matter is not manifested by explicit and direct words, but is gathered by implication or necessary deduction from the circumstances, the general language, or the conduct of the parties.

ตัวแทนด้วยเช่นกัน แต่ในกรณีตัวแทนเจ็ด และตัวแทนจำเป็นนั้น ก็เป็นตัวแทนโดยผลของกฎหมายที่กำหนดให้เกิดความเป็นตัวแทนขึ้นมา โดยที่ไม่คำนึงว่าคู่สัญญาจะมีเจตนาหรือยินยอมที่จะผูกพันตนเช่นนั้นหรือไม่ เพียงแต่มีการแสดงออก หรือ เหตุฉุกเฉินซึ่งเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็เพียงพอแล้ว ที่จะทำให้คู่สัญญา (โดยเฉพาะตัวการ) ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการที่บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นได้ทำไป

ในทางตรงกันข้าม ในเรื่องของตัวแทนโดยปริยายนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่าการกระทำของคู่สัญญา แสดงให้เห็นเป็นนัยว่า เจตนาผูกพันตน เท่ากับว่า คู่สัญญามีความยินยอมที่จะผูกพันในสัญญาตัวแทนโดยเจตนา ดังนั้น ความยินยอมจึงถือเป็นสิ่งพื้นฐานที่สำคัญ ถึงแม้ว่าจะไม่มีการตกลงกันให้เห็นอย่างแจ่มชัดเลยก็ตามในเรื่องของการตั้งตัวแทน แต่พฤติการณ์การแสดงออกของคู่สัญญานั้น แสดงให้เห็นถึงความยินยอม ยอมรับ ให้ความเป็นตัวแทนเกิดขึ้น ดังนั้น จึงไม่ควรถือว่ากรณีที่สองนี้เป็นตัวแทนโดยปริยายด้วยประเภทหนึ่ง เพราะหากพิจารณาถึงลักษณะ หรือองค์ประกอบแล้ว มีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดเจน

นอกจากนั้น การที่เห็นว่าตัวแทนโดยปริยายยังอาจเกิดได้โดยผลทางกฎหมายของกฎหมายอื่นได้อีกนั้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง ห้างหุ้นส่วนบริษัท หรือเจ้าของรวม เรื่องต่างๆเหล่านี้ แท้จริงแล้วถือเป็นตัวแทนโดยปริยายหรือไม่

ในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น มีมาตรา 1042 ให้นำบทบัญญัติเรื่องตัวแทนมาใช้กับความเกี่ยวพันระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการกับผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นนั้น ซึ่งในเรื่องนี้ มีผู้เห็นว่าน่าจะต้องแปลว่าเป็นการนำมาใช้โดยอนุโลมเท่านั้น เพราะหุ้นส่วนมีลักษณะแตกต่างจากตัวแทนอยู่บางประการ และในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะในเรื่องห้างหุ้นส่วนแล้ว ก็ย่อมให้นำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนมาใช้ไม่ได้¹

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นนี้ ไม่ว่าจะป็นกรณีของห้างหุ้นส่วนสามัญข้างต้น รวมทั้งกรณีของบริษัท ที่มาตรา 1167 ให้นำบทบัญญัติเรื่องตัวแทนมาใช้นั้นในความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและบริษัท ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก หรือไม่ว่าจะเป็นกรณีตาม มาตรา 1359

¹ จะขอกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป

¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน- บริษัท พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 41.

ในเรื่องเจ้าของรวมก็ตาม ถึงแม้ว่า ความเกี่ยวพันต่างๆที่เกิดขึ้นนี้ จะเห็นได้ชัดว่าเป็นการทำแทนกัน แต่การทำแทนกันเหล่านี้ ก็ไม่ใช่เรื่องตัวแทนโดยปริยาย เนื่องจาก ไม่ได้เกิดจากพฤติกรรมการแสดงออกกระหว่างกันของคู่สัญญา แต่เป็นเรื่องที่บุคคลที่มีหน้าที่ตามกฎหมายอื่นเหล่านี้ ได้ทำแทนกัน และการทำแทนกันนั้น กฎหมายถือว่าเป็นการทำแทนในฐานะตัวแทนด้วยเช่นกัน และการนำหลักเกณฑ์เรื่องตัวแทนมาใช้ นั้น นำมาใช้โดยอนุโลม เท่านั้น กล่าวคือ กฎหมายอื่นเหล่านี้มีบทบัญญัติผิดกับตัวแทนอยู่หลายประการ หากมีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะในเรื่องใดไว้แล้ว จะนำบทบัญญัติตัวแทนไปใช้ไม่ได้

และนอกจากนั้น จากถ้อยคำที่นักกฎหมายบางท่านนั้น ที่เรียกตัวแทนประเภทนี้ว่า เป็นตัวแทนโดยปริยายโดยอำนาจของกฎหมาย หรือ บางท่านก็เรียกว่าเป็นตัวแทนโดยปริยาย เฉพาะกรณีที่มีหน้าที่และความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่า ความเป็นตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมาย หรือเกิดขึ้นโดย โดยการบังคับของกฎหมายนั่นเอง ไม่จำเป็นต้องอาศัยความยินยอม เห็นชอบ ของคู่สัญญาแต่อย่างใด ดังนั้น การที่นำเรื่องเหล่านี้ไปปรับเข้าเป็นประเภทเดียวกับตัวแทนโดยปริยาย จึงไม่น่าจะถูกต้อง

4.1.1.2 ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับตัวแทนโดยปริยาย ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้พอสมควร ประเด็นที่จะต้องพิจารณาในกรณีนี้ คือ ศาลฎีกาได้นำหลักเกณฑ์เรื่องตัวแทนโดยปริยายไปใช้อย่างเหมาะสมหรือไม่

ที่กล่าวข้างต้นเช่นนี้ เนื่องจากในบางครั้ง ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องในคดีนั้น พิจารณาแล้วไม่น่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับตัวแทนโดยปริยาย แต่ศาลฎีกาก็ตัดสินว่าเป็นตัวแทนโดยปริยาย ดังจะเห็นได้ในกรณี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 475/2522 ที่วินิจฉัยว่า ร. นำรถยนต์ของโจทก์ที่ 2 ไปทดลองขับดูก่อนที่จะซื้อ และได้นำไปจอดฝากไว้กับปั๊มน้ำมันของจำเลย ถือได้ว่า ร. เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์ที่ 2 ปัญหาก็คือ การที่ศาลฎีกาถือว่า ร. เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์ที่ 2 นั้นเหมาะสมหรือไม่ ที่ศาลฎีกาต้องนำหลักเรื่องตัวแทนโดยปริยายไปใช้ในกรณีนี้นั้น อาจจะเป็น

* รายละเอียดโปรดดู หัวข้อ 2.6 ตัวแทนโดยปริยายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทย
หน้า 105.

เพราะหากไม่ใช่กรณีเป็นตัวการตัวแทนกันแล้ว โจทก์ที่ 2 ไม่สามารถเรียกร้องให้จำเลยต้องรับผิดชอบได้ เพราะไม่มีมูลหนี้ต่อกัน แต่ลำพังเพียงแต่ข้อเท็จจริงที่ว่า ร. นำรถไปทดลองขับดูก่อนที่จะซื้อ นั้น โดยสภาพแล้วหาใช่เป็นเรื่องตัวการตัวแทนแต่อย่างใด ดังนั้น จะถือว่ามี ร. เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์ที่ 2 นั้นไม่น่าจะถูกต้อง*

นอกจากนั้น ยังมีปัญหาตามแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับตัวแทนโดยปริยายในกรณีละเมิดอีกด้วย กล่าวคือ ในกิจการบางกิจการที่เป็นเพียงการใช้หรือวาน แต่ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยนั้น ถือว่าเป็นกรณีตัวแทนโดยปริยายแล้ว ที่กล่าวเช่นนี้ เนื่องจากคำพิพากษาฎีกาหลายฉบับที่ตัดสินว่า การใช้หรือการให้ขับรถ หรือแม้แต่บางเรื่องเป็นเรื่องการใช้หรือวานให้ขับเรื่อนั้น ศาลฎีกาถือว่าเป็นเรื่องตัวแทนโดยปริยายแล้ว

ก่อนอื่นประเด็นแรกที่จะต้องพิจารณา คือ กิจการที่ตัวกรมอบหมายให้ตัวแทนทำการแทนนี้ จำเป็นต้องติดต่อหรือมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่สามหรือไม่ และคำว่า "ทำการ" ตามมาตรา 797 นั้น ต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมสัญญาอย่างเดียวหรือไม่

ในเรื่องนี้สำหรับทางด้านนักวิชาการแล้ว ส่วนใหญ่จะมีความเห็นว่า การงานที่ตัวแทนไปกระทำนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่ไปติดต่อหรือมีความสัมพันธ์กับบุคคลภายนอก ตรงกันข้ามหากผู้รับมอบอำนาจไม่ต้องไปติดต่อกับบุคคลภายนอก ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลดังกล่าวก็ไม่ใช่เรื่องตัวแทน² วัตถุประสงค์ของการตั้งตัวแทนอยู่ที่ให้ตัวแทนมีอำนาจกระทำการและไปกระทำการกับบุคคลภายนอกแทนตัวการ ไม่ใช่เป็นการตั้งตัวแทนเพื่อให้มีความผูกพันกันแต่เฉพาะในระหว่างตัวการและตัวแทนเท่านั้น ดังนั้นการให้ตัวแทนไปทำกิจการแทนตัวการกับบุคคลภายนอกจึงเป็นปัจจัยสำคัญ แม้ว่าขณะตั้งตัวแทนนั้นจะมีบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ก็ไม่ใช่เรื่องสำคัญที่จะทำให้

* คดีนี้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาของท่านอาจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ที่เห็นว่ากรณีนี้ไม่ใช่เรื่องตัวแทนโดยปริยายเช่นกัน โดยกล่าวไว้ว่าเป็นเรื่องความรับผิดชอบของ ร. กับโจทก์ที่ 2 โดยเฉพาะ รายละเอียดโปรดดู ภาคผนวก หน้า 195.

² กมล สนธิเกษตริณ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า, หน้า 3, กุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ประยูรวงศ์ จำกัด, 2534), หน้า 38, อ้างถึงใน ไผทชิต เอกจริยกร, ตัวแทน - นายหน้า, หน้า 41.

สัญญาตัวแทนสมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม แต่ถ้าสัญญาตัวแทนไม่มีวัตถุประสงค์ให้ตัวแทนไปทำกิจการแทนตัวการกับบุคคลภายนอกแล้ว สัญญานั้นจะเรียกว่า สัญญาตัวแทนได้อย่างไร และไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นสัญญาตัวแทน³

และนอกจากนั้น มีหมายเหตุท้าย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1980/2505 ที่น่าสนใจ ของท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ที่ได้กล่าวไว้ว่า "ศาลเคยถือ่าใช้ให้ขับเรือไปรับขบวนผ้าป่า เป็นตัวแทนที่ตัวการต้องร่วมรับผิดชอบในละเมิด คือ ฎีกาที่ 2385/2518 ฎ. 1951 ซึ่งไม่ตรงกับหลักเรื่องตัวแทนตามมาตรา 797 ที่ว่าตกลงทำการแทนนั้นหมายความว่าความถึงการที่เกิดขึ้นระหว่างตัวการกับคนภายนอก ที่ตัวแทนไปทำการด้วยตามมาตรา 820 คือเป็นกิจการซึ่งผูกพันตัวการต่อคนภายนอกตามที่ตัวแทนทำไปในขอบอำนาจ คือ เป็นหนี้ตัวเอง ไม่แต่เพียงใช้ให้ทำกับคนภายนอกเท่านั้น เช่นใช้ไปตีหัวเขา หาใช้ตัวแทนไม่ แต่เป็นละเมิดที่ใช้ให้ทำตามมาตรา 432 วรรคสอง ไม่ใช่รับผิดชอบร่วมกับตัวแทนตามมาตรา 427 ข้อที่ต้องเข้าใจให้ถูกต้อง คือ ใช้ให้ไปซื้อเนื้อเป็นตัวแทนตามมาตรา 797 ในสัญญาซื้อขายเนื้อ แต่การขับเรือ ไม่ใช่การที่เป็นตัวแทนในสัญญานั้น"

แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นที่แตกต่างออกไปว่า หากจำกัดอยู่แค่ว่าตัวแทนจะต้องทำการแทนบุคคลภายนอกนั้น น่าจะไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าตัวแทนจะต้องกระทำการกับบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามเสมอไป มาตรา 797 ก็กล่าวแต่เพียงว่าตัวแทนคือผู้กระทำการแทนตัวการเท่านั้น และการทำแทนตัวการนั้นก็ตีความกันว่า การใดก็ได้ที่จะพึงทำแทนกันได้ตามกฎหมายอาจเป็นนิติกรรม หรือไม่ใช่นิติกรรมก็ได้⁴

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็นของฝ่ายแรก ที่เห็นว่าจำเป็นต้องติดต่อกับบุคคลที่สาม เนื่องจากในเรื่องตัวแทนนั้น หากพิจารณาถึงบทบัญญัติทั้งหลายตั้งแต่มาตรา 797 - 832 ล้วนแล้วแต่บัญญัติขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันให้กิจการที่ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนไป

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

⁴ นอกจากนั้น มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2385/2518 และ 2977/2523 โดยท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ที่ได้กล่าวไว้ในประเด็นนี้เช่นกัน โปรดดู ภาคผนวก หน้า 194 และ 197 ตามลำดับ

⁴ สติติย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 26-27.

ทำเช่นนั้นก็มีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นมา โดยบัญญัติรับรองทั้งในเรื่องสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ บุคคลที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งเป็นบทบัญญัติคุ้มครองบุคคลที่สามอีกด้วย ในการเข้าทำการติดต่อกับ ตัวแทน ดังนั้น โดยสภาพของสัญญาตัวแทนแล้ว ต้องมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง หากไม่มี บุคคลที่สามแล้ว ก็ไม่ควรนำเรื่องตัวแทนไปปรับใช้ด้วย นอกจากนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กรณีคำว่า ทำการตามมาตรา 797 นั้น ไม่ควรจะต้องจำกัดเฉพาะกรณีที่ต้องเป็นนิติกรรมสัญญาเท่านั้น แต่อย่างน้อยที่สุด ควรจะต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมา

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ก็มีความเห็นที่แตกต่างออกไปว่า จากคำพิพากษาฎีกาต่างๆที่ เป็นการใช้หรือวานให้ขับรถเหล่านั้น ล้วนแล้วแต่ ถือเป็นกิจการทำแทนตัวการต่อบุคคลที่สาม ทั้งสิ้น กล่าวคือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2516 บอกว่า จำเลยที่ 2 ใช้ให้จำเลยที่ 1 ขับรถไปชน ปูนซีเมนต์ที่วัด ระหว่างทางขับรถกลับได้ชนรถยนต์จักรยานก็เสียหาย จำเลยที่ 2 ในฐานะตัวการต้อง รับผิดชอบ กิจการนี้ที่มอบหมายนี้ทำกับบุคคลที่สามหรือไม่ ให้นำเขาขับรถไปชนปูนไปส่งวัด วัดก็คือ บุคคลที่สามแล้ว แทนที่เราจะเป็นคนชนปูนให้กับวัด เราใช้ให้จำเลยที่ 1 ไปชนปูนให้วัด การชนปูน ให้วัด วัดก็คือบุคคลที่สาม หากกลับจากส่งปูนแล้วเหตุเกิดในช่วงนี้ก็เป็นการที่มอบหมายแล้ว เพราะฉะนั้นยังไม่ถึงหลักที่ว่าตัวการจะต้องร่วมรับผิดชอบในการทำละเมิดตามมาตรา 427 ต้องเป็น กิจการที่มุ่งไปกระทำกับบุคคลที่สาม หลักนี้ยังใช้ได้อยู่ คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2516 หา ได้กลับหลักนี้แต่อย่างใดไม่⁵

กรณี คำพิพากษาฎีกาที่ 2977/2523 ก็เช่นเดียวกัน ใช้ให้พลทหารขับรถไปรับลูกที่ โรงเรียน คนใช้ไม่ใช่นายจ้าง เขาใช้พลทหารรับใช้ขับรถไปรับลูกที่โรงเรียน คือการรับขนส่งลูกซึ่งเป็นบุคคลที่สามแล้ว และคำพิพากษาฎีกาที่ 260/2535 ก็หาได้ทิ้งหลักนี้ไปแต่อย่างใด เป็นเรื่องที่ให้นำไปซื้อของ จำเลยที่ 2 ใช้ให้จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นพลทหารเกณฑ์ไปซื้อของมาใช้ในงาน ศพ ไปซื้อแทน คนขายคือบุคคลที่สามแล้ว⁶

⁵ สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หนังสือคำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา ภาคหนึ่ง สมัย 51 ปีการศึกษา 2541, คำบรรยายครั้งที่ 7 วันศุกร์ที่ 24 กรกฎาคม 2541, หน้า 157.

⁶ สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หนังสือคำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา ภาคหนึ่ง สมัย 52 ปีการศึกษา 2542, คำบรรยายครั้งที่ 7 วันศุกร์ที่ 16 กรกฎาคม 2542, หน้า 198.

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยที่จะถือว่าการใช้ให้ชั้บรดเหล่านี้เป็นกิจการที่ติดต่อกับบุคคลที่สาม เนื่องจากการติดต่อกับบุคคลที่สามนั้น ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ ที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน หรือ อร์วังซึ่งสิทธิตามหลักนิติกรรมสัญญา หรืออย่างน้อยที่สุด ต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย แต่จากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นเพียงแต่เป็นการใช้หรือวานให้ชั้บรดเท่านั้น จะถือว่าเป็นเรื่องตัวแทนไปทำการติดต่อกับบุคคลที่สามไปไม่ได้ และถึงแม้ว่า การที่ใช้ให้ชั้บรดเหล่านี้ บางกรณีจะใช้เพื่อไปก่อนิติสัมพันธ์กันก็ตาม ดังกรณี คำพิพากษาฎีกาที่ 260/2535 ที่ใช้ให้ชั้บรดเพื่อไปซื้อของ แต่หากพิจารณาแล้ว เหตุละเมิดนั้น เกิดจากการชั้บรด มิใช่จากการซื้อขาย กรณีจึงเป็นเรื่องของการใช้หรือวานให้ชั้บรดแล้วเกิดเหตุละเมิดขึ้น

ถึงแม้ว่า ศาลจะตีความอย่างกว้างให้การทำแทนรวมถึงการใช้หรือวานให้ชั้บรด ที่เป็นเช่นนี้อาจจะเป็นเพราะเป็นการยากที่บุคคลภายนอกที่เป็นผู้เสียหายจะนำสืบได้ว่าตัวแทนชั้บรดเพื่อไปทำการติดต่อกับบุคคลที่สามตามคำสั่งของตัวการ⁷ และด้วยวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลภายนอก เนื่องจากโดยปกติแล้วตัวแทนก็มักจะเป็นผู้ที่มีฐานะดีอะไร และอาจจะไม่สามารถใช้ค่าเสียหายในผลแห่งละเมิดที่ตัวแทนได้กระทำไป และการนั้นก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของตัวการ กฎหมายจึงกำหนดให้ตัวการจะต้องรับผิดชอบ⁸

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ในทางทฤษฎี การชั้บรดในกรณีเหล่านี้เป็นเพียงเรื่องการใช้ หรือวานกันมากกว่าที่จะเป็นเรื่องของตัวแทน การที่ศาลนำเรื่องตัวแทนโดยปริยายไปปรับใช้กับกรณีวานหรือใช้ให้ชั้บรดเหล่านี้ ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเท็จจริงตามกรณีเหล่านั้น หากเป็นเรื่องตัวแทนโดยปริยายไม่ เพราะมิได้เกิดจากทางการที่คู่สัญญาประพฤติดิปฏิบัติกัน รวมทั้งการใช้หรือวานให้ชั้บรด รวมทั้งกรณีชั้บเรือดด้วย ก็ไม่ได้ทำการติดต่อกับบุคคลภายนอก หรือก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแต่อย่างใด จึงไม่ถือว่ามีกรทำแทนเกิดขึ้น

⁷ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, "ความรับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้อื่น ตัวการ- ตัวแทน," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (กันยายน 2519): 64.

⁸ ไผทชิต เอกจริยกร, ตัวแทน - นายหน้า, หน้า 193.

4.1.2 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาการเกิดของตัวแทนโดยปริยาย

ประเด็นต่อไปที่จะต้องพิจารณา คือ การเกิดขึ้นของตัวแทนโดยปริยาย จะทราบได้อย่างไรว่า ตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้นเมื่อใด และบุคคลสามฝ่าย อันได้แก่ ตัวการ ตัวแทนและบุคคลที่สามนั้น จำเป็นต้องอยู่กันพร้อมหน้าหรือไม่

ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้วว่า การเกิดขึ้นของสัญญาตัวแทน โดยปกติก็เหมือนสัญญาอื่นๆ ก็คือ การเสนอ และสนองของคู่สัญญา โดยบุคคลหนึ่งเรียกว่าตัวการ ได้มอบหมายให้ตัวแทนไปกระทำการแทนตน และบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าตัวแทน ก็ตกลงรับจะทำการให้แก่ตัวการตามที่ได้รับมอบหมาย ดังนั้น สัญญาตัวแทนจึงมีขึ้นนิติกรรมฝ่ายเดียวแต่เป็นนิติกรรมสองฝ่ายในรูปของสัญญาสองฝ่าย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนี้ก็คือตัวการและตัวแทนอีกฝ่ายหนึ่ง แต่นอกจากตัวการและตัวแทนแล้วยังมีบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกซึ่งเข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจการที่ตัวแทนได้กระทำไปแทนตัวการ⁹

กรณีสัญญาตัวแทนเกิดจากคำเสนอคำสนองเหล่านี้ อาจทำด้วยปากเปล่า เป็นหนังสือ แง้จืดหรือโดยปริยายก็ได้¹⁰ เมื่อสัญญาตัวแทนอาจเกิดจากการตกลงโดยแจ้งชัด หรือโดยปริยาย ตามมาตรา 797 วรรคสองแล้ว ประเด็นแรกที่จะต้องพิจารณาก็คือ ความเป็นตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้นเมื่อใด

จากที่ได้ศึกษา วิเคราะห์มาข้างต้นในหัวข้อ 4.1.1 เกี่ยวกับปัญหาลักษณะของตัวแทนโดยปริยาย จะเห็นได้ว่า ตัวแทนโดยปริยายนั้นมาจากพฤติการณ์ การกระทำ การแสดงออก กิริยาอาการ การประพุดติระหว่างกันของคู่สัญญา ดังนั้น ในเรื่องของการเกิดของตัวแทนโดยปริยายนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้นเมื่อมีพฤติการณ์ หรือ การกระทำบางอย่าง ของคู่สัญญาที่บ่งชี้ หรือแสดงให้เห็นเป็นนัยได้ว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นมีเจตนาที่จะผูกพันตนในฐานะตัวการตัวแทน เป็นเพียงแต่ยังไม่ได้ตั้งตัวแทนให้แจ้งชัดเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำของคู่สัญญาเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22.

¹⁰ สถิตย์ เล็งโรสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 19.

นอกจากนั้น ผู้เขียนยังเห็นด้วยกับ หลักกฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษและประเทศอเมริกาที่ได้ศึกษามาแล้วในบทก่อนๆ ที่ให้ความสำคัญกับความยินยอมของตัวการมากกว่าความยินยอมของตัวแทน เพราะถือว่าพื้นฐานของสัญญาตัวแทนนั้น เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของตัวการ (a unilateral manifestation of will) ที่ประสงค์ให้ฐานะทางกฎหมายของตนเปลี่ยนแปลงไปโดยตัวแทน ในประเด็นนี้ แม้แต่กฎหมายตัวแทนของประเทศฟิลิปปินส์ก็เช่นเดียวกัน ที่ถือเอาความสำคัญของตัวการเป็นหลัก โดยวางหลักไว้ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องตัวแทนโดยปริยาย (implied agency) ว่า อาจเกิดขึ้นโดย ก.) การกระทำของตัวการ (acts of the principal) ข.) การนิ่งเฉยของตัวการ (silence of principal) ค.) การไม่กระทำการของตัวการ (lack of action of principal) และ ง.) การที่ตัวการไม่คัดค้านหรือปฏิเสธในสัญญาตัวแทน ทั้งๆที่รู้ว่ามีบุคคลอื่นได้กระทำการแทนตนโดยปราศจากอำนาจ (failure of principal to repudiate the agency, knowing that someone is acting on his behalf without authority) ¹¹

ประเด็นต่อไปที่จะต้องพิจารณา คือ ตัวการ ตัวแทน และบุคคลที่สามนั้น จำต้องอยู่พร้อมหน้ากัน ตอนเกิดสัญญาตัวแทนโดยปริยายหรือไม่

โดยปกติแล้วสัญญาระหว่างตัวการกับตัวแทนจะเกิดก่อน ส่วนสัญญาระหว่างตัวแทนกับบุคคลภายนอกเกิดทีหลัง เพราะเหตุว่าตัวการต้องมอบอำนาจให้ตัวแทนเสียก่อนที่ตัวแทนจะไปติดต่อกับบุคคลภายนอก ¹² แต่ก็มีผู้เห็นว่า มีข้อยกเว้นอีกหลายอย่างที่สัญญาทั้งสอง อาจเกิดขึ้นพร้อมกันได้โดยเฉพาะในเรื่องตัวแทนโดยปริยาย หรือตัวแทนโดยการให้สัตยาบัน ¹³

รายละเอียดในเรื่องนี้ของประเทศอังกฤษ โปรดดู บทที่ 1 หน้า 15. และในประเทศสหรัฐอเมริกา หน้า 50.

¹¹ Benjamin P. Paulino, The Philippine Law on Sales, Agency and Bailments (Quezon City: Central Lawbook Pub. Co., Inc. & Central Professional Books, Inc., 1993), p. 217.

¹² ไผทชิต เอกจรรย์กร. ตัวแทน - นายหน้า. หน้า 47.

¹³ มาโนช สุทธิวาหนฤพุดิ. บันทึกคำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า. หน้า 15.

แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า บุคคลภายนอกนั้นไม่ใช่ปัจจัยสำคัญที่จะทำให้ตัวแทนโดยปริยายเกิดมีขึ้น เนื่องจากหากมีพฤติการณ์ หรือการกระทำที่แสดงให้เห็นเป็นนัยได้ว่า คู่สัญญาต้องการผูกพันตนในฐานะตัวการ ตัวแล้ว ความเป็นตัวแทนโดยปริยายก็เกิดขึ้นทันที ดังนั้น บุคคลที่สามจึงไม่จำเป็นที่จะต้องอยู่พร้อมหน้าในเวลาที่สุดสัญญาตัวแทนโดยปริยายเกิดมีขึ้น

4.1.3 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับการสิ้นสุดของตัวแทนโดยปริยาย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในบทที่ 3 ว่า ตามปกติ หลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องตัวแทน สัญญาตัวแทนสิ้นสุดลงได้ 2 กรณีด้วยกัน ได้แก่ 1.) โดยเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งอาจจะโดยตัวการถอนตัวแทน หรือตัวแทนบอกเลิกเป็นตัวแทนตามมาตรา 826 วรรคหนึ่ง หรือคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญาตัวเอง ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องการเลิกสัญญา และ

2.) โดยผลของกฎหมาย ตามมาตรา 826 วรรคสอง กรณีตัวการหรือตัวแทนตาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือเป็นบุคคลล้มละลาย

ปัญหาที่จะต้องพิจารณา คือ ความเป็นตัวแทนโดยปริยายสิ้นสุดเมื่อใด จะนำหลักเกณฑ์การเลิกสัญญาสองประการข้างต้นมาใช้ได้หรือไม่

ตัวแทนโดยปริยายนี้ถือเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง ซึ่งโดยพื้นฐานแล้ว ถือความยินยอมเห็นชอบของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า หากคู่สัญญา (ตัวการและตัวแทนโดยปริยาย) ต้องการที่จะให้ความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนสิ้นสุดลง ก็ย่อมทำได้ทุกเวลา เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา กล่าวคือ เมื่อความสัมพันธ์นี้เกิดขึ้นด้วยความยินยอมแล้ว หากคู่สัญญาไม่ต้องการให้ความสัมพันธ์นั้นคงอยู่ต่อไป ย่อมเลิกสัญญาได้ทุกเวลา ตามบทบัญญัติมาตรา 827 ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่ตัวการถอนตัวแทน หรือตัวแทนบอกเลิกเป็นตัวแทนก็ได้ หรืออาจจะเป็นกรณีที่ทั้งตัวการและตัวแทนสมัครใจเลิกสัญญาต่อกันตามหลักเกณฑ์ทั่วไปตามกฎหมายสัญญา

นอกจากนั้น หากมีกรณีเกิดขึ้นที่เข้าเงื่อนไขของการสิ้นสุดของสัญญาตัวแทนโดยผลของกฎหมาย เช่น ตัวการ หรือตัวแทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือล้มละลาย สัญญาตัวแทนโดยปริยายก็ย่อมสิ้นสุดลงได้เช่นกัน กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติเรื่องการสิ้นสุดของสัญญาตัวแทนนั้น ไม่ว่าจะป็นกรณีโดยเจตนาของคู่สัญญา หรือโดยผลของกฎหมาย สามารถนำมาใช้ได้กับตัวแทนโดยปริยาย

4.2 วิเคราะห์ และเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างตัวแทนโดยปริยายกับตัวแทนชัด

ปัญหาในประเด็นนี้จะพิจารณาว่า ตัวแทนชัดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น ถือเป็นตัวแทนโดยปริยายประเภทหนึ่งหรือไม่

จากที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้นแล้วว่า นักกฎหมายหลายท่านมีความเห็นว่า ตัวแทนชัดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้เป็นตัวแทนโดยปริยายด้วยเช่นกัน แต่ก็มีอีกหลายท่านที่บอกว่า ไม่ใช่ตัวแทนโดยปริยาย แต่เป็นตัวแทนโดยผลของกฎหมาย ที่กฎหมายกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนเกิดขึ้น ทั้งๆที่ในความเป็นจริงหาได้มีการตกลง หรือความยินยอมให้เกิดเป็นตัวแทนเลยก็ตาม

และนอกจากนั้น มี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2885/2531 ที่ตัดสินว่า "...เมื่อฟังว่านายสมพงษ์ เป็นตัวแทนชัดของจำเลย จำโจทก์ให้ทำงานตามฟ้อง ก็เสมือนจำเลยเป็นผู้ว่าจำโจทก์ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ โจทก์จึงบรรยายฟ้องว่า จำเลยว่าจำโจทก์ให้ทำงานและนำสืบเรื่องตัวแทนชัดได้ ไม่เป็นการนอกฟ้องนอกประเด็น ทั้งการนำสืบเรื่องตัวแทนชัดนี้ หากต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ในการตั้งตัวแทนชัดตั้งที่จำเลยฎีกาไม่ เพราะ การเป็นตัวแทนชัดนั้นมิได้เป็นโดยตั้งแต่ง แสดงออกชัดแต่เป็นการตั้งแต่งโดยปริยาย"

และยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4380/2531 ที่ตัดสินว่า " ห้างโจทก์เดิมมี อ. เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ต่อมาห้างโจทก์เปลี่ยนหุ้นส่วนผู้จัดการเป็น น. แต่การดำเนินงานแทนห้างโจทก์ อ. ยังเป็นผู้ดำเนินการแทน เมื่อห้างโจทก์อุทธรณ์การประเมินของเจ้าพนักงานประเมินต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และได้ลงชื่อ อ. เป็นผู้อุทธรณ์ เช่นนี้ถือได้ว่า ห้างโจทก์ชัด อ. เป็นตัวแทนของห้างโจทก์โดยปริยาย และการเป็นตัวแทนชัดตาม ป.พ.พ. มาตรา 821, 797 ไม่อยู่ในบังคับตามมาตรา 798..."

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับนี้ ตัดสินว่า ตัวแทนชัดเป็นตัวแทนโดยปริยายด้วยเช่นกัน และนอกจากนั้น ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ศาลฎีกาถือว่า ตัวแทนชัดนี้มีผลเปรียบเสมือน

รายละเอียด โปรดดูบทที่ 2 หัวข้อ 2.3 ความแตกต่างระหว่างตัวแทนโดยปริยายและตัวแทนชัด หน้า 87.

ตัวแทนที่มาจากสัญญา หรือการตั้งแต่งกันอีกด้วย ดังในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1227/2509 ที่ตัดสินว่า " ตามที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ฟังข้อเท็จจริงต้องกันว่า จำเลยที่ 3 และ จำเลยที่ 4 เป็นตัวแทน หรือจำเลยที่ 1 และ จำเลยที่ 2 รู้แล้วยอมให้จำเลยที่ 3 และที่ 4 เชิดตัวเขาเองว่าเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบโจทก์นั้น ชอบด้วยรูปคดีแล้ว"

นอกจากนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 939/2530 ที่ตัดสินว่า "...โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยที่ 2 กระทำการแทนจำเลยที่ 1 ในฐานะที่เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ หากข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนเชิด ศาลก็ย่อมวินิจฉัยให้จำเลยที่ 1 รับผิดชอบในการกระทำของจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นตัวแทนเชิดได้ เพราะ ความรับผิดชอบของตัวแทนกับตัวแทนเชิดมีลักษณะอย่างเดียวกัน ไม่เป็นการนอกฟ้องนอกประเด็น..."

และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5953/2538 ที่ตัดสินไว้ว่า "...และในคำฟ้องบรรยายแต่ว่าเป็นตัวแทน ศาลก็มีอำนาจวินิจฉัยว่าเป็นตัวแทนเชิดได้ เพราะตัวแทนกับตัวแทนเชิดก็มีความ

คำพิพากษาศาลฎีกานี้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาที่น่าสนใจของท่านอาจารย์ ไพจิตร บุญญพันธ์ ว่า "ฟังสังเกตว่า ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยที่ 3 ที่ 4 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 ที่ 2 โดยตั้งแต่งมอบหมาย (ป.พ.พ. มาตรา 797) หรือมิฉะนั้นก็เป็นกรณีที่จำเลยที่ 1 ที่ 2 รู้แล้วยอมให้จำเลยที่ 3 ที่ 4 เชิดตัวเองว่าเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 ที่ 2 อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งก็มีผลให้จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นตัวการหรือเสมือนตัวการต้องรับผิดชอบอยู่นั่นเอง แต่จะรับผิดชอบโดยมูลที่กฎหมายให้ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 820 หรือ 821 พร้อมกันไม่ได้ ถ้าหากเป็นตัวแทนโดยการตั้งแต่งแล้ว ตัวการก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 820 ถ้าหากเป็นกรณีตัวแทนเชิดก็รับผิดชอบตามมาตรา 821 เพราะกรณีตั้งมอบหมาย หรือเชิดเป็นตัวแทนย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้พร้อมกัน (การเชิดเป็นตัวแทนมิใช่เรื่องการตั้งตั้งมอบหมายเป็นตัวแทน) ตามมาตรา 821 มิใช่เป็นเรื่องที่เกิดจากสัญญา แต่เป็นเรื่องที่บุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตนเท่านั้น..."

คำพิพากษาศาลฎีกานี้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาว่า "...(2) ที่ว่าศาลย่อมวินิจฉัยให้จำเลยที่ 1 รับผิดชอบในการกระทำของจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นตัวแทนเชิดได้ เพราะความรับผิดชอบของตัวแทนกับตัวแทนเชิดมีลักษณะอย่างเดียวกัน เหตุผลที่ศาลฎีกาอ้างเป็นเหตุผลตามกฎหมายส่วนสารบัญญัติ ซึ่งบัญญัติความรับผิดชอบของตัวการในกรณีตัวแทนไว้ว่าให้รับผิดชอบเหมือนเป็นตัวแทนของตน (ป.พ.พ. มาตรา 821)..."

รับผิดในลักษณะอย่างเดียวกัน...

ตามที่ได้คัดเหตุผลของคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นมาให้ดู ก็เพื่อที่จะชี้ให้เห็นว่า การที่ศาลถือว่าตัวแทนเจตเป็นตัวแทนโดยปริยาย และให้มีผลเปรียบเสมือนตัวแทนที่มาจากสัญญาตามมาตรา 797 นั้นถูกต้องหรือไม่ ถึงแม้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับ ศาลจะนำมาใช้เพื่อก่อให้เกิดความสะดวกและความยุติธรรมในทางกระบวนการพิจารณาความก็ตาม

ตัวแทนเจต ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ไม่ว่าจะป็นกรณีมาตรา 821 หรือ 822 ก็ตาม มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต ไม่ให้ได้รับความเสียหายจากการเข้าทำการติดต่อกับบุคคลที่เราเชื่อว่าเป็นตัวแทน ดังนั้น ความยินยอม ของตัวการจึงไม่ป็นสิ่งจำเป็น เพียงแต่การแสดงออกของตัวการเท่านั้น ที่ก่อให้เกิดเป็นตัวแทนเจต และความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนไม่เกิดขึ้นเลย กล่าวคือ กฎหมายปิดปากตัวการมิให้โต้เถียงว่าบุคคลผู้นั้นไม่ใช่ตัวแทนของตนเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่น่าบทยบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลสามฝ่ายมาใช้เลย ดังนั้นบุคคลผู้ถือเสมือนตัวการ มีหน้าที่ต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเท่านั้นจะใช้สิทธิเช่นตัวการตามปกติตามมาตรา 820 เรียกร้องหรือฟ้องบังคับบุคคลภายนอกโดยอาศัยมาตรา 821 ไม่ได้ ตัวการที่จะบังคับบุคคลภายนอกได้ ต้องเป็นตัวการโดยมีสัญญาตัวแทน ทั้งการตั้งตัวแทนจะต้องถูกต้องตามมาตรา 798 ด้วย¹⁴ ดังนั้น ในเรื่องตัวแทนเจตนี้ ป็นแต่เพียงการกำหนดความรับผิดต่อบุคคลประเภทหนึ่งให้รับผิดเสมือนตัวการนั่นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ในเรื่องตัวแทนเจตนั้นจะไม่มองพฤติการณ์การแสดงออกระหว่างตัวการกับตัวแทน แต่จะมองถึงพฤติการณ์การแสดงออกของตัวการเป็นหลัก

แต่สำหรับกรณีตัวแทนโดยปริยายนั้น หากพิจารณาถึงลักษณะแล้ว มีความแตกต่างกับตัวแทนเจตอย่างชัดเจน กล่าวคือ ตัวแทนโดยปริยายตามกฎหมายไทยนั้น จัดเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง ซึ่งไม่ได้เกิดจากการแต่งตั้งหรือการตกลงกันระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ การตกลงไม่ปรากฏชัดแจ้ง ไม่ว่าจะป็นด้วยทางวาจา หรือลายลักษณ์อักษร แต่เกิดขึ้นโดยพฤติการณ์การแสดงออกระหว่างคู่กรณี ทำให้ฟังเข้าใจ หรืออนุมานได้ว่ามีเจตนาต้องการให้เกิดสัญญาตัวแทนระหว่างกันขึ้น ดังนั้น ทั้งตัวการตัวแทนต้องมีความยินยอมต่อกันที่จะผูกพันตนในฐานะตัวการตัวแทน เป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์การแสดงออกของตัวการและตัวแทนเป็นหลัก

¹⁴ กุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทนและ
 นายหน้า, หน้า 203.

ซึ่งในเรื่องนี้ กฎหมายของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 1 ก็ถือว่า ตัวแทนชนิดนั้นแตกต่างกับตัวแทนโดยปริยายเช่นกัน โดยประเทศอังกฤษเห็นว่าตัวแทนชนิดนั้น ไม่มีความสัมพันธ์กันเลยระหว่างตัวการตัวแทน อาจกล่าวได้ว่าตัวการไม่เต็มใจให้สัญญาตัวแทนเกิดขึ้นเลย แต่จากการประพจน์ของตัวการนั้น ทำให้บุคคลภายนอกคาดคะเนได้ว่า ได้มีการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่งมองในแง่ของบุคคลที่สามเป็นหลัก ส่วนตัวแทนโดยปริยายนั้น มีความยินยอมของคู่สัญญาหรือความตกลงของทั้งตัวการตัวแทน ตัวการเต็มใจให้ตัวแทนกระทำการ และตัวแทนมีอำนาจกระทำการนั้น ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกานั้นก็เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่จะมุ่งเน้นไปที่ว่า ตัวการแสดงออกต่อใครมากกว่า ถ้าแสดงออกต่อตัวแทนก็เป็นเรื่องอำนาจที่แท้จริง แต่ถ้าแสดงออกต่อบุคคลที่สามก็เป็นเรื่องของอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ**

นอกจากนั้น แม้แต่หลักกฎหมายตัวแทนของประเทศฟิลิปปินส์ ก็ได้ให้ความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างตัวแทนโดยปริยายกับตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากหรือตัวแทนชนิด โดยกล่าวไว้ว่า ตัวแทนโดยปริยายนั้นเป็นสัญญาตัวแทนอย่างแท้จริง(an implied agency is an actual agency) ราวกับว่าเกิดขึ้นจากคำพูดอย่างแจ้งชัด (express words) และสัญญาตัวแทนโดยปริยายนี้ เป็นข้อเท็จจริง(fact) ที่ถูกแสดงให้เห็น หรือสืบให้รู้แน่โดยการอนุมานหรือการสรุปเอาจากข้อเท็จจริงต่างๆซึ่งตัวการต้องรับผิดชอบ ส่วนตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก(agency by estoppel) นั้น ต้องจำกัดอย่างเคร่งครัดเฉพาะกรณีที่อำนาจนั้นไม่ใช่อำนาจที่แท้จริงแต่เป็นอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ (authority is not real but apparent) และหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ สามารถนำมาใช้โดยบุคคลที่สามซึ่งรู้และหลงเชื่อซึ่งการกระทำของตัวการ ในขณะที่กณิของตัวแทนโดยปริยายนั้น ความเข้าใจของบุคคลที่สามนั้นไม่ใช่เป็นสิ่งจำเป็นเลย เนื่องจากตัวแทนโดยปริยายเป็นตัวแทนอย่างแท้จริง(an actual agent)¹⁵

* โปรดดู หน้า 37.

** โปรดดู หน้า 72.

¹⁵Benjamin P. Paulino. The Philippine Law on Sales, Agency and Bailments.
p. 218.

ดังนั้น หากพิจารณาลักษณะของทั้งตัวแทนชัดและตัวแทนโดยปริยายแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการที่เห็นว่าตัวแทนชัดเป็นตัวแทนโดยปริยายด้วยนั้น เป็นเรื่องไม่ถูกต้อง เพราะทั้งสองเรื่องนี้ มีความแตกต่างทั้งลักษณะและผลของกฎหมาย จุดแบ่งแยกที่สำคัญของทั้งสองเรื่องนี้อยู่ที่ เจตนา หรือความยินยอม ของตัวการ กล่าวคือ ตัวแทนโดยปริยายนั้น ตัวการตั้งใจจะให้เกิดเป็นตัวแทนขึ้น ตัวการให้ความยินยอม เห็นชอบ ยอมรับ แต่เป็นเพียงยังไม่ได้ตกลงหรือตั้งแต่งให้แจ้งชัดเท่านั้น พฤติการณ์การแสดงออกที่ตัวการแสดงออกมานั้น แสดงให้เห็นว่าเขาได้ตกลงแล้ว หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ต้องมีพฤติการณ์พิเศษที่แสดงให้เห็นถึงความยินยอมของตัวการนั่นเอง

แต่ในทางกลับกัน ตัวแทนชัดนั้น เป็นเรื่องที่กฎหมายปิดปาก ตัวการไม่ต้องการให้เกิดเป็นตัวแทนขึ้นเลย ตัวการไม่ได้ประสงค์หรือยินยอมในการกระทำของตัวแทนชัดนั้นเลย เป็นแต่เพียงการแสดงออกของตัวการที่ได้ชัดผู้อื่นหรือยอมให้ผู้อื่นชัดตนเองออกเป็นตัวแทนของตน ซึ่งไม่ว่าการแสดงออกจะเกิดโดยเจตนา หรือประมาทก็ตาม กฎหมายเลยกำหนดให้ตัวการต้องรับผิดชอบของการแสดงออกของตนเอง และนอกจากนั้น จากถ้อยคำจากบทบัญญัติมาตรา 821 ที่บัญญัติไว้ว่า “...บุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่า บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน” คำว่า “เสมือน” ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่า ไม่ใช่เป็นเรื่องตัวการ ตัวแทนอย่างแท้จริงเป็นเพียงแต่การที่กฎหมายบังคับให้บุคคลที่ได้ชัดผู้ใดไปนั้น ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเท่านั้น

ดังนั้น การที่นักกฎหมายบางท่าน และศาลเอง ที่ถือว่า ตัวแทนชัดเป็นตัวแทนโดยปริยายประเภทหนึ่ง ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการนำหลักกฎหมายมาใช้ไม่ถูกต้อง เพราะจากหลักการพื้นฐานแล้ว ทั้งสองเรื่องนี้มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน ตัวแทนโดยปริยายนี้ มาจากความเต็มใจของตัวการที่ยินยอม หรือให้การยอมรับในความเป็นตัวแทนนั้น แต่ตัวแทนชัด หากพิจารณาจะเห็นได้ว่า จากการแสดงออกของตัวการที่ทำให้เกิดการชัดนั้น เจตนาของตัวการค่อนข้างไปในทางที่ไม่สุจริต เนื่องจากตนเองไปชัดผู้อื่นออกแสดงเป็นตัวแทนของตน หรือรู้แล้ว ยอมให้บุคคลอื่นนั้น ชัดตัวเขาเองออกเป็นตัวแทนของตน หรือกรณีทางปฏิบัติของตน ทำให้บุคคลภายนอกมีมูลเหตุอันสมควรเชื่อว่าการนั้นอยู่ในขอบอำนาจของตัวแทน ทั้งๆที่แท้จริงแล้ว ตัวแทนทำการเกินอำนาจ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่แสดงอยู่ในตัวว่า ตัวการไม่สุจริต จุดนี้เองที่ทำให้ตัวแทนชัดกับตัวแทนโดยปริยายแตกต่างกันอย่างชัดเจน

4.3 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาขอบอำนาจของตัวแทนโดยปริยาย

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 ในเรื่องขอบอำนาจของตัวแทน^{*} ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดขอบเขตของอำนาจตัวแทนที่จะกระทำการได้เพียงใดนั้น ไว้ในมาตรา 800 และ 801 โดยแบ่งตัวแทนออกเป็น 2 ประเภท คือ ถ้าเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการ ตัวแทนจะกระทำได้ไปแต่เพียงในสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้กิจการนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น แต่ถ้าเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป ตัวแทนสามารถทำกิจการใดๆได้ทุกอย่างในทางจัดการแทนตัวการ ยกเว้นกิจการ 6 ประเภทที่กำหนดไว้ใน มาตรา 801 วรรคสอง (1) - (6)

ปัญหาในประเด็นนี้จะพิจารณาว่า ในเรื่องของตัวแทนโดยปริยายนี้ จะถือว่ามีขอบอำนาจเช่นไร และสามารถทำเกินขอบอำนาจได้หรือไม่ และจะเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการหรือตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป

ประเด็นแรกที่จะต้องพิจารณา คือ ขอบอำนาจของตัวแทนโดยปริยายเป็นเช่นไร

หากเราพิจารณาถึงบทบัญญัติทั้งมาตรา 800 และ 801 จะเห็นได้ว่า ทั้งสองมาตรานี้ เป็นเรื่องของตัวแทนที่ตั้งตั้งโดยแจ้งชัดโดยเฉพาะ กล่าวคือ มีการแต่งตั้งโดยแจ้งชัดมาก่อนแล้ว และกิจการที่มอบหมายให้กระทำแทนนั้น เป็นตัวตัดสินว่าในเรื่องขอบอำนาจว่าจะเป็นกรณีตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป หรือกรณีตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการ ที่กล่าวเช่นนี้ เนื่องจากทั้งตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการและตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป โดยสภาพแล้ว ย่อมต้องมีการแต่งตั้ง หรือมอบหมายให้ทำการเสียก่อน จึงจะเกิดกิจการที่ให้กระทำตามมา ซึ่งกิจการนี้เป็นตัวกำหนดขอบเขตอำนาจของตัวแทนว่าจะเป็นประเภทใด

แต่กรณีของตัวแทนโดยปริยายนั้น เป็นเพียงพฤติการณ์ที่คู่สัญญาแสดงออกเท่านั้น หาได้มีการมอบหมายกิจการให้ทำการแต่อย่างใด เพราะตามสภาพย่อมไม่สามารถมีการมอบหมายหรือตกลงกันได้อยู่ในตัว อาจกล่าวได้ว่า พฤติการณ์นั้นเป็นตัวกำหนดถึงกิจการที่จะต้องกระทำ ไม่ได้มาจากการมอบหมายจากตัวการแต่อย่างใด ซึ่งตรงจุดนี้เอง ตามกฎหมายตัวแทนของประเทศไทยไม่ได้กำหนดเรื่องขอบอำนาจของตัวแทนโดยปริยายไว้ว่าจะเป็นเช่นไร ไม่เหมือนกับกฎหมาย

^{*} รายละเอียดโปรดดู บทที่ 3 หัวข้อ 3.1 ขอบอำนาจของตัวแทน หน้า 115.

ตัวแทนของประเทศอังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกา ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 1 ที่มีหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจโดยปริยาย (implied authority) ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้โดยตรงกับตัวแทนโดยปริยาย นอกจากนั้น กฎหมายตัวแทนของประเทศเหล่านี้ ยังได้พัฒนาหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจโดยปริยายไปอย่างมากมาย มีการแยกย่อยประเภทของอำนาจโดยปริยายออกไปอีกมาก ทำให้ไม่เกิดปัญหาในการที่จะวินิจฉัยว่าขอบอำนาจของตัวแทนโดยปริยายจะเป็นเช่นไร

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว อาจกล่าวได้ว่า ขอบอำนาจของตัวแทนโดยปริยายตามกฎหมายไทยนั้นไม่ชัดเจนว่าจะเป็นเช่นไร และการที่จะนำบทบัญญัติเรื่องตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการหรือตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปมาใช้ ก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ เนื่องจากดังที่กล่าวมาแล้วว่า ตัวแทนทั้งสองประเภทนี้ต้องมีการแต่งตั้งมอบหมายกิจการที่จะให้กระทำเสียก่อน กล่าวคือ เป็นเรื่องของตัวแทนที่แต่งตั้งโดยแจ้งชัดนั่นเอง แต่กรณีของตัวแทนโดยปริยายนี้เป็นเพียงพฤติการณ์การแสดงออกเท่านั้น

ทางแก้สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่า ถึงแม้ว่าจะนำบทบัญญัติเรื่องตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการหรือตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปมาใช้ไม่ได้โดยตรง แต่ก็สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 800 เรื่องตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการมาใช้โดยอนุโลม ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 โดยให้ตัวแทนโดยปริยายทำการแทนตัวการได้แต่เพียงสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้กิจการนั้นสำเร็จลงได้ เมื่อนำบทบัญญัติเรื่องนี้มาปรับใช้โดยอนุโลมแล้วตัวแทนโดยปริยายอาจต้องรับผิดชอบส่วนตัวเนื่องจากทำการเกินขอบอำนาจได้ หากการนั้นเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น

ประเด็นต่อมาที่จะต้องพิจารณา คือ ตัวแทนโดยปริยายสามารถทำการในเหตุฉุกเฉินจำเป็นตามมาตรา 802 ได้หรือไม่

รายละเอียดหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจโดยปริยายของประเทศอังกฤษ โปรดดู บทที่ 1 หัวข้อ 1.2.1.3 อำนาจของตัวแทน ข้อ ก.) อำนาจที่แท้จริงโดยปริยายหน้า 41., สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา หัวข้อ 1.2.2.3 อำนาจโดยปริยายหน้า 54.

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าตัวแทนในเหตุฉุกเฉินไม่ใช่ตัวแทนโดยปริยาย แต่เป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย ซึ่งในที่นี่จะพูดถึงในแง่ของขอบอำนาจ ตามปกติแล้ว ตัวแทนจะทำการแทนตัวการ ได้เท่าที่อยู่ในขอบอำนาจเท่านั้น แต่ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินจำเป็นเกิดขึ้น มาตรา 802 ให้อำนาจตัวแทนทำการใดๆที่นอกขอบอำนาจได้ แต่ต้องกระทำการนั้นในฐานะเช่น วิญญาณจะพึงกระทำ ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมา คือ ตัวแทนโดยปริยายสามารถทำการในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอันถือว่าเป็นการทำการนอกขอบอำนาจได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า ตัวแทนโดยปริยายสามารถทำการในเหตุฉุกเฉินจำเป็นตามมาตรา 802 ได้ เพราะในบางครั้งในการปฏิบัติงานของตัวแทน อาจเกิดเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นเกิดขึ้นได้ จึงควรนำบทบัญญัติมาตรา 802 นี้มาปรับใช้เพื่อคุ้มครองตัวแทนโดยปริยายที่ได้กระทำการเช่นวิญญาณ เพื่อป้องกันมิให้ตัวการต้องเสียหาย และนอกจากนั้น ยังก่อให้เกิดความยุติธรรม และความคล่องตัวในความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนอีกด้วย และถึงแม้ว่า ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า ขอบอำนาจของตัวแทนโดยปริยายตามกฎหมายนั้นไม่ชัดเจน แต่บทบัญญัติมาตรา 802 นั้น เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ที่ขยายอำนาจของตัวแทนให้มากขึ้นกว่าเดิมได้ ตัวแทนโดยปริยายจึงสามารถนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 802 นี้มาใช้ได้โดยตรง กล่าวโดยสรุป มาตรา 802 นี้เป็นบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับทั้งตัวแทนที่ตั้งแต่งโดยแจ้งชัดและตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง

4.4 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบ ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ดังที่ได้ศึกษามาในบทก่อนๆแล้วว่า สัญญาตัวแทนมีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องสามฝ่ายด้วยกัน ได้แก่ ตัวการ ตัวแทน และบุคคลภายนอก ดังนั้น ในการศึกษา วิเคราะห์ จะขอแบ่งแยกออกเป็นหัวข้อตามลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อความเข้าใจง่าย ดังต่อไปนี้

- 4.4.1 ปัญหาสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ ของตัวแทนโดยปริยายต่อตัวการและของตัวการต่อตัวแทนโดยปริยาย
- 4.4.2 ปัญหาความรับผิดชอบของตัวการ และตัวแทนโดยปริยายต่อบุคคลภายนอก
- 4.4.3 ปัญหาความรับผิดชอบของตัวการและตัวแทนโดยปริยายต่อบุคคลภายนอกผู้ถูกระงับโดยตัวแทนโดยปริยาย

4.4.1 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ ของตัวแทน โดยปริยายต่อตัวการและของตัวการต่อตัวแทนโดยปริยาย *

ปัญหาในประเด็นนี้ จะพิจารณาว่า ตัวแทนโดยปริยายมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่อตัวการเช่นไร และเป็นเช่นเดียวกับกรณีตัวแทนที่ตั้งแต่งโดยชัดแจ้งหรือไม่

จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 เรื่องผลทางกฎหมายของตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในหัวข้อ 3.2 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ ของตัวแทนต่อตัวการ ** จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดบทบาทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของตัวแทนต่อตัวการไว้อย่างมากมาย แต่หากพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติต่างๆเหล่านั้นล้วนแล้วแต่เป็นบทบัญญัติสำหรับกรณีตัวแทนที่ตั้งแต่งโดยชัดแจ้งทั้งสิ้น ที่กล่าวเช่นนี้เนื่องจากว่า สิทธิ หน้าที่และ

ในหัวข้อนี้ จะขอกล่าวถึงสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของตัวแทนโดยปริยายต่อตัวการ รวมไปถึงสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของตัวการต่อตัวแทนโดยปริยาย เนื่องจากได้กล่าวไว้แล้วว่าหน้าที่ของตัวแทน ก็คือสิทธิของตัวการ และสิทธิของตัวแทน ก็คือหน้าที่และความรับผิดชอบของตัวการนั่นเอง (โปรดดูบทที่ 3 หัวข้อ 3.3 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตัวการต่อตัวแทน หน้า 141.)

** รายละเอียดโปรดดู หน้า 123.

ความรับผิด จะมีได้ ต้องรู้ถึงขอบอำนาจให้แน่นอนเสียก่อนว่า มีขอบอำนาจที่จะกระทำการได้เพียงใด สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดที่เกี่ยวข้องกับกิจการนั้น จึงจะตามมา กล่าวอีกนัยหนึ่ง ขอบอำนาจจะเป็นตัวกำหนดถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดว่าเป็นเช่นไร

แต่จากที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อนแล้วว่า กรณีตัวแทนโดยปริยายนั้น ในเรื่องของขอบอำนาจของตัวแทนโดยปริยายตามกฎหมายไทยนั้นไม่ชัดเจนว่าจะเป็นเช่นไร ดังนั้น บทบัญญัติต่างๆในเรื่องสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ตัวแทนนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเรื่องของตัวแทนที่ตั้งแต่งโดยแจ้งชัดโดยเฉพาะ การจะนำเรื่องต่างๆเหล่านี้มาปรับใช้กับกรณีตัวแทนโดยปริยายนั้น ต้องนำมาปรับใช้โดยอนุโลมตามควรแก่กรณีเท่านั้น เท่าที่ไม่ขัดต่อลักษณะของตัวแทนโดยปริยาย จึงต้องดูเป็นกรณีๆไป เช่น มาตรา 810, 812 หรือ 820 เป็นต้น

ส่วนในกรณีบทบัญญัติเกี่ยวกับ สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดของตัวการต่อตัวแทนตามปกติ นั้น ก็เป็นเรื่องของตัวการในกรณีของตัวแทนโดยที่แต่งตั้งโดยแจ้งชัดเท่านั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องของตัวการในกรณีตัวแทนโดยปริยายแต่อย่างใด ดังนั้น การจะนำบทบัญญัติต่างๆเหล่านี้มาปรับใช้กับตัวการในกรณีตัวแทนโดยปริยายนั้น ต้องนำมาปรับใช้โดยอนุโลมตามควรแก่กรณีเท่านั้น เท่าที่ไม่ขัดต่อลักษณะของตัวแทนโดยปริยาย จึงต้องดูเป็นกรณีๆไปเช่นกัน

กรณีบำเหน็จตัวแทน

กรณีสิทธิของตัวแทนต่อตัวการ ในเรื่องบำเหน็จ ตามมาตรา 803 นั้น หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 803 ที่บัญญัติว่า "ตัวแทนไม่มีสิทธิจะได้รับบำเหน็จ เว้นแต่จะได้มีข้อตกลงกันไว้ในสัญญาว่ามีบำเหน็จ หรือทางการที่คู่สัญญาประพุดต่อกันนั้นเป็นปริยายว่ามีบำเหน็จ หรือเคยเป็นธรรมเนียมมีบำเหน็จ" จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้เป็นเรื่องของตัวแทนโดยการแต่งตั้งโดยแจ้งชัดเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับเรื่องตัวแทนโดยปริยาย ที่กล่าวเช่นนี้เนื่องจากว่า การที่จะให้บำเหน็จได้นั้น ต้องมีขอบอำนาจให้พิจารณาว่า ได้ทำการไปในขอบอำนาจนั้นหรือไม่ หากได้ทำกรณั้ภายใ้ในขอบอำนาจแล้ว และเข้าข่ายกเว้นของการที่จะได้รับบำเหน็จตามมาตรา 803

รายละเอียดโปรดดู บทที่ 3 หัวข้อ 3.3 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดของตัวการต่อตัวแทน โดยปริยาย หน้า 141.

แล้ว ตัวแทนจึงมีสิทธิที่จะได้รับบำเหน็จ แต่กรณีของตัวแทนโดยปริยายชอบอำนาจของตัวแทนนั้น ไม่ชัดเจนว่าจะเป็นเช่นไร จึงไม่มีขอบเขตของอำนาจที่จะให้พิจารณาถึง สิทธิการได้รับบำเหน็จจึง ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ และถึงแม้ว่า ข้อยกเว้นตามบทบัญญัติมาตรา 803 นี้จะมีคำว่า ปริยายอยู่ ด้วยก็ตาม แต่คำว่าปริยายในที่นี้นั้น มิใช่กรณีของตัวแทนโดยปริยายแต่อย่างใด เพราะ ข้อความที่ว่า "ทางการที่คู่สัญญาประพุดติดอกันนั้นเป็นปริยายว่ามีบำเหน็จ" นั้น เป็นเพียงบทบัญญัติใน ส่วนของบำเหน็จที่กฎหมายกำหนดให้สามารถเรียกได้ หากคู่สัญญาได้เคยประพุดติปฏิบัติต่อกัน ในเรื่องบำเหน็จมาก่อน รวมทั้งกรณีข้อยกเว้นต่อมาด้วย ที่ว่า "เคยเป็นธรรมเนียมมีบำเหน็จ" เหล่านี้ล้วนแต่เป็นบทบัญญัติในส่วนของการที่ให้ตัวแทนมีสิทธิได้รับบำเหน็จเท่านั้น เป็นกรณีของ ตัวแทนที่แต่งตั้งโดยแจ้งชัดโดยเฉพาะ ไม่ใช่เป็นเรื่องของตัวแทนโดยปริยายแต่อย่างใด

นอกจากนั้น ในเรื่องบำเหน็จ ในกฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษนั้น ถือว่า สิทธิของ ตัวแทนต่อตัวการในเรื่องบำเหน็จ (remuneration) นั้น เกิดจากสัญญา (contract) และตัวแทนมี สิทธิจะได้รับบำเหน็จต่อเมื่อมีข้อตกลงในสัญญาไม่ว่าจะโดยข้อสัญญาอย่างแจ้งชัด (express term) หรือข้อสัญญาโดยปริยาย (implied term) กำหนดในเรื่องบำเหน็จเท่านั้น นอกจากนี้ ตัวแทนในเหตุฉุกเฉิน (agents of necessity) และตัวแทนกระทำการด้วยอำนาจที่แสดงให้ปรากฏ ของตัวการ (apparent authority) ไม่สามารถเรียกร้องบำเหน็จจากตัวการได้อีกด้วย เนื่องจากว่า ความสัมพันธ์ของตัวแทนต่อตัวการนั้น เป็นเพียงแค่ช่วงระยะเวลาสั้นๆ (little moment) หรือ แทบจะไม่มีอยู่เลย (non-existent)¹⁶ ดังนั้น หากพิจารณาเทียบเคียงกันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติในเรื่องสิทธิในการได้รับบำเหน็จของตัวแทนนั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีของตัวแทน โดยปริยายได้ เนื่องจากตัวแทนโดยปริยายนั้น ไม่เกิดจากการแต่งตั้งโดยตรง จึงไม่สามารถที่จะ กำหนดถึงข้อตกลงในเรื่องบำเหน็จได้ และหากพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เรื่องบำเหน็จดังที่ได้ กล่าวมาแล้วในเรื่องเกี่ยวกับบำเหน็จนั้น โดยหลักแล้วสัญญาตัวแทนไม่มีบำเหน็จ ดังนั้น ตามธรรมดาแล้วก็ไม่ควรที่จะให้ตัวแทนโดยปริยายได้รับบำเหน็จ เพราะไม่ใช่สิ่งที่สอดคล้อง กับสภาพความเป็นจริง และตัวแทนโดยปริยายไม่สมควรที่จะเรียกร้องบำเหน็จด้วย เพราะตัวเอง ยินยอมเข้าไปทำการเอง

¹⁶B.S.Markesinis and R.J.C.Munday, An Outline of the Law of Agency. p. 93.

4.4.2 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาความรับผิดของตัวการ และตัวแทนโดยปริยายต่อบุคคลภายนอก

ประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาในกรณีนี้ คือ ตัวการในกรณีตัวแทนโดยปริยายนั้น ผูกพันและมีความรับผิดต่อบุคคลภายนอกเช่นไร

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่า ในเรื่องความรับผิดของตัวการ ต่อบุคคลภายนอกนั้น มี มาตรา 820 ถือเป็นแม่บทสำคัญ ที่ให้ตัวการต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการที่ตัวแทนได้กระทำไปในขอบอำนาจ ส่วนตัวแทนนั้นเมื่อได้กระทำการภายในขอบอำนาจแล้ว ก็หลุดพ้นจากความรับผิดต่อบุคคลภายนอกไป

สำหรับกรณีตัวแทนโดยปริยายนั้น เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในมาตรา 797 วรรคสองที่เป็น บทเบ็ดเสร็จทั่วไป และหากพิจารณาถึงการเกิดขึ้นของตัวแทนลักษณะนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า ตัวการมีความยินยอม เต็มใจ ที่จะให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนขึ้นมา เช่นเดียวกับกรณีของตัวแทนที่แต่งตั้งโดยแจ้งชัด เป็นเพียงแต่ไม่ได้การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้ทำการแทนเท่านั้นเอง ดังนั้น ในส่วนของความรับผิด จึงต้องนำมาตรา 820 มาใช้บังคับ ส่วนปัญหาในกรณีเรื่องตัวแทนโดยปริยายทำการไปในขอบอำนาจหรือไม่ นั้น ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ถึงแม้ว่าจะนำบทบัญญัติเรื่องตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการหรือตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปมาใช้ไม่ได้โดยตรง แต่ก็สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 800 เรื่องตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการมาใช้โดยอนุโลม ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 โดยให้ตัวแทนโดยปริยายทำการแทนตัวการได้แต่เพียงสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้กิจการนั้นสำเร็จลงได้ หากการกระทำของตัวแทนโดยปริยายนั้นจัดเป็นสิ่งที่จำเป็นแล้ว ถือได้ว่า ตัวแทนโดยปริยายได้กระทำการไปภายในขอบอำนาจแล้ว ตัวการต้องรับผิดชอบผูกพันต่อบุคคลภายนอก ส่วนตัวแทนโดยปริยายนั้น ย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดไปตามบทบัญญัติของมาตรา 820

* รายละเอียดโปรดดู บทที่ 3 หัวข้อ 3.4 ความรับผิดของตัวการและตัวแทนต่อบุคคลภายนอก หน้า 143.

ซึ่งตรงจุดนี้แตกต่างกับกรณีบทบัญญัติมาตรา 821 เรื่องตัวแทนชัดอย่างชัดเจน เนื่องจาก ตัวแทนโดยปริยาย ทั้งตัวการและตัวแทนต่างมีความยินยอมทั้งคู่ที่จะผูกพันตนในฐานะตัวการตัวแทน จึงต้องนำมาตรา 820 มาใช้บังคับ แต่กรณีตัวแทนชัดนั้น ไม่ได้มีความสัมพันธ์ในฐานะตัวการตัวแทนต่อกันเลย กฎหมายเป็นผู้กำหนดให้ตัวการต้องรับผิดชอบ เนื่องจากการกระทำอันเป็นการชัดของตน ดังนั้นบทบัญญัติมาตรา 821 จึงปิดปากตัวการไม่ให้โต้เถียงว่า บุคคลนั้นไม่ใช่ตัวแทนของตน เป็นเพียงแต่ตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเท่านั้น ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนไม่เกิดขึ้น

4.4.3 ศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาความรับผิดของตัวการและตัวแทนโดยปริยายต่อบุคคลภายนอกผู้ถูกกระทำละเมิดโดยตัวแทนโดยปริยาย

ปัญหาที่ต้องพิจารณาในประเด็นนี้ คือ ตัวการในกรณีตัวแทนโดยปริยายควรจะต้องรับผิดชอบในเหตุละเมิดอันตัวแทนโดยปริยายได้ก่อให้เกิดขึ้นหรือไม่

ดังที่ได้ศึกษามาแล้ว จะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีมาตรา 427 ที่บัญญัติให้ตัวการต้องร่วมรับผิดกับตัวแทนในผลแห่งละเมิด ซึ่งตัวแทนได้กระทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน และจากแนวคำพิพากษากฎีกานั้น ก็กำหนดให้ตัวการในกรณีตัวแทนโดยปริยายนั้นต้องรับผิดในกรณีละเมิดด้วย

สำหรับเรื่องนี้ ในประเทศอังกฤษ แนวโน้มส่วนใหญ่แล้ว มุ่งที่จะคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้เสียหายมากกว่า¹⁷ และในกรณีของสัญญาตัวแทนนั้น ความรับผิดของตัวการในเหตุละเมิดที่ตัวแทนก่อขึ้นนั้น ขึ้นอยู่กับว่า ตัวแทนได้กระทำการนั้นในขอบอำนาจ (scope of authority) หรือไม่¹⁸ หากตัวแทนได้กระทำการนั้นภายในขอบอำนาจแล้ว ตัวการต้องรับผิดชอบร่วม (jointly) หรือ

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 427 ประกอบกับมาตรา 425 และ 426

** รายละเอียดโปรดดูบทที่ 3 หัวข้อ 3.5 ความรับผิดของตัวการและตัวแทน ต่อบุคคลภายนอกผู้ถูกกระทำละเมิดโดยตัวแทน หน้า 146.

¹⁷Kooragang Investments PTY Ltd. v. Richardson and Wrench Ltd. (1983) 3 All ER 65 at 68.

¹⁸G.H.L.Fridman, *The Law of Agency*. p. 276.

เป็นส่วนตัว (severally) กับตัวแทน และอำนาจของตัวแทนในที่นี้ อาจจะเป็นอำนาจที่แท้จริง (actual) หรือ อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการก็ได้ (apparent) เช่น อาจจะเป็นอำนาจโดยแจ้งชัด (express) , อำนาจโดยปริยาย (implied) , อำนาจที่เคยทำกันมา (usual) หรืออำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (ostensible) ¹⁹

ดังนั้น สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก ก็คือ ต้องทราบขอบเขตของการเป็นตัวแทนเสียก่อนว่ามีเพียงไร ²⁰ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ขอบอำนาจของตัวแทนโดยปริยายตามกฎหมายไทยนั้นไม่ชัดเจนว่าจะเป็นเช่นไร และไม่สามารถที่จะนำมาตรา 800 และ 801 อันเป็นเรื่องตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการและตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปมาใช้ได้ * ฉะนั้น การให้ตัวการในกรณีตัวแทนโดยปริยายต้องรับผิดชอบจะเป็นการเกินเลยไปอยู่ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนรองรับ และในบางกรณีจากข้อเท็จจริงของคำพิพากษาศาลฎีกาก็มิใช่เรื่องตัวแทนโดยปริยายแต่อย่างใด ** อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่ที่ศาลฎีกาต้องการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย การนำหลักเกณฑ์เรื่องตัวแทนโดยปริยายไปปรับใช้นั้น ก็ดูน่าที่จะช่วยเหลือผู้เสียหายได้

¹⁹ Ibid., p. 286.

²⁰ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 87.

* รายละเอียดโปรดดู หน้า 173.

** รายละเอียดโปรดดู หน้า 160.