

หลัก เกณฑ์ความสัมพันธ์และความรับผิดในเรื่องตัวแทน เขต
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 และมาตรา 822

ตัวแทนเขตหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น เป็นหลัก เกณฑ์ในกฎหมายที่บัญญัติ
ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สามผู้กระทำการโดยสุจริต มิให้ต้องได้รับความเสียหาย
จากการกระทำของตัวการ หรือตัวแทน ซึ่งเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายนี้ก็เช่นเดียวกับ
อารยประเทศต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่หลักการและวิธีการใช้บังคับกฎหมายในเรื่องนี้
อาจจะแตกต่างกันอยู่บ้าง ซึ่งแม้ว่าแนวความคิดในเรื่องนี้จะได้รับมาจากประเทศในระบบ
กฎหมาย Common Law ก็ตาม¹ แต่การบังคับใช้กฎหมายจากหลัก เกณฑ์อื่นเดียวกันนี้ใน
แต่ละสังคมซึ่งมีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ที่ต่างกันก็ย่อมจะแตกต่างกันเป็นธรรมดา ประกอบ
กับพื้นฐานของระบบกฎหมายตัวแทนในประเทศ Common Law โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ
ได้มีพื้นฐานและวิวัฒนาการที่ยาวนานกว่า ดังนั้นระบบกฎหมายในเรื่องตัวแทน หรือแนวความคิด
ในเรื่องเหล่านี้จึงเป็นระบบและเป็นระเบียบยิ่งกว่า

4.1 หลัก เรื่องตัวแทนเขตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เรานั้น
ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 821 และมาตรา 822 ซึ่งทั้งสองกรณีนี้เป็น เรื่องตัวแทนเขต เช่นกัน
เพราะการที่จะพิจารณาว่าตัวแทนกระทำการใดโดยมีอำนาจกระทำการแทนตัวการหรือไม่
ก็ย่อมต้องพิจารณาถึงการได้รับมอบอำนาจ หรือได้รับการแต่งตั้งให้กระทำการแทนตัวการ
ดังนั้น ข้อที่สำคัญในการพิจารณาการกระทำของตัวแทนว่าจะผูกพันหรือให้ตัวการรับผิดนั้น
ต้องพิจารณา "กิจการ (Act) ที่ตัวแทนได้ไปกระทำการนั้นว่ากระทำโดยมีอำนาจหรือไม่

¹ สรร เสริญ ไกรจิตติ, "กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า",
(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516), หน้า 45.

คำว่า "กิจการ" (Act) ที่ตัวแทนเข็ดกระทำไปแทนตัวการโดยไม่ได้
รับมอบหมาย แต่การกระทำหรือการแสดงออกบางประการที่ตัวการได้แสดงออกว่าตัวแทนเข็ด
มีอำนาจกระทำกิจการ เช่นนั้นได้นั้น มีความหมายไม่เฉพาะแต่กระทำนิติกรรมเท่านั้น แต่ยัง
รวมถึงนิติเหตุอื่น ๆ อีก² ซึ่งกรณีนี้ก็ เป็นเหตุผลหนึ่งทำให้ความรับผิดของตัวการในเรื่อง
ตัวแทนเข็ดได้ขยายออกไปอีก หมายความว่าตัวการต้องรับผิดในผลจากการแสดงออกของ
ตนเองในการกระทำของตัวแทนทั้งนิติกรรม และนิติเหตุด้วย³

ผู้เขียนต้องการชี้ถึงความสำคัญของคำว่า "กิจการ" ที่ตัวแทนได้กระทำการ
ตามที่ตัวการได้เข็ด เช่นนั้น เพราะจะเป็นข้อสำคัญในการพิจารณาความรับผิดของตัวการต่อไป

หลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทนเข็ดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมี
2 ประเภท โดยพิจารณาจากลักษณะของการเข็ด คือ

1. การเข็ดที่ตัวบุคคล
 2. การเข็ดที่อำนาจของตัวแทน
1. การเข็ดที่ตัวบุคคล

กรณีนี้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821
ซึ่งเป็นหลักสำคัญในเรื่องตัวแทนเข็ด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก โดยมาตรา 821
บัญญัติไว้ว่า "บุคคลใดเข็ดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้
บุคคลอีกคนหนึ่ง เข็ดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้อง
รับผิดต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริต เสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้น เป็นตัวแทนของตน"

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2977/2523 วินิจฉัยว่าการที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นทหารรับใช้
ได้ขับรถยนต์คัน เกิดเหตุไปรับบุตรจำเลยที่ 2 มาจากโรงเรียนยอมถือว่า จำเลยที่ 2
เป็นตัวแทนและจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นนายทหารนั้น เป็นตัวการต้องรับผิดในผลละเมิดที่จำเลยที่ 2
ได้ก่อขึ้นด้วย

³ ฎหมายเหตุของท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2977/2523 .

ความในมาตรา 821 นี้เป็นการกำหนดความรับผิดให้เกิดขึ้นแก่บุคคลประเภทหนึ่งให้รับผิดเสมือนตัวการในกรณีที่มีพฤติการณ์แสดงออกต่อบุคคลภายนอกว่าเป็นตัวการตัวแทนกัน และเพื่อเป็นการคุ้มครองการกระทำกิจการของบุคคลภายนอกผู้สุจริต กล่าวคือ มาตรา 821 นี้ เป็นกรณีที่ไม่ได้มีการแต่งตั้งตัวแทนกันจริงจึงตามความในมาตรา 797 ซึ่งก็หมายความว่า ความเกี่ยวพันทางลักษณะสัญญาตัวแทนระหว่างตัวแทนและตัวการนั้นมีได้ มีขึ้นต่อกัน เลย ซึ่งโดยปกติตามลักษณะและเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะตัวแทนแล้ว การกระทำในลักษณะ เช่นนี้ทำให้ตัวการไม่มีความผูกพันหรือต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกเลย แม้ว่าบุคคลภายนอกจะทำการโดยสุจริตเพียงใดก็ตาม

ที่กล่าว เช่นนี้ย่อมหมายความว่า ตัวแทนเซิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก⁴ ตามมาตรานี้ไม่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายลักษณะตัวแทน กล่าวคือ บทบัญญัติที่บังคับในเรื่องตัวแทนที่เกิดจากสัญญา หรือการแต่งตั้งนั้นไม่นำมาใช้บังคับในเรื่องตัวแทนเซิดเลย ผลจึงทำให้ตัวการต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกเพียงประการเดียวเท่านั้น ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1063/2491 ที่ได้วางหลักไว้ว่า มาตรา 798 ที่บัญญัติถึงการตั้งตัวแทนว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือต้องทำเป็นหนังสือนั้น ใช้แก่กรณีที่มีการตั้งตัวแทนจริง ๆ ส่วนการเซิดบุคคลเป็นตัวแทนตามมาตรา 821 นั้น ใช้แก่กรณีที่ไม่ได้มีการแต่งตั้งตัวแทนจริงจึงตามกฎหมาย กรณีเซิดบุคคลอื่นเป็นตัวแทน จะนำมาตรา 798 มาบังคับไม่ได้⁵

คำว่า "เซิด" ในบทบัญญัติของมาตรา 821 นี้ เป็นคำกริยา ซึ่งหมายความว่า ยื่น หรือ ยกขึ้นจนเห็นเด่น เช่น เซิดหน้า เซิดอก หรือโดยปริยาย หมายความว่า ถูกใช้ให้ออกหน้าแทน⁶

⁴ กุศล บุญเย็น, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า", (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพฯการพิมพ์, 2530), หน้า 107.

⁵ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 311/2495, 311/2506, 1/2511, 1999/2519 ก็ได้ตัดสินในลักษณะเดียวกันนี้.

⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, "พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน," พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2530), หน้า 277.

จากความหมายนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้วิเคราะห์ศัพท์ไว้ จึงนำความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานมาใช้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า คำว่า "เชิด" นั้นมีความหมายถึง "โดยปริยาย" ด้วยเช่นกัน ซึ่งโดยเหตุนี้เองที่ทำให้นักกฎหมายและนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่า ตัวแทนเชิดนั้นเป็นตัวแทนโดยปริยาย ตามความหมายของการแต่งตั้งตัวแทนซึ่งเกิดจากสัญญาในมาตรา 797 วรรคสอง เช่น

ศาสตราจารย์ กมล สนิทเกษตริณ⁷ ได้อธิบายว่า "ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก หรือตัวแทนเชิดนั้นพอจะถือว่าเป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยปริยายอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วปิดปากด้วยการมิให้โต้เถียงว่า ผู้นั้น (ผู้ที่ตนเชิดว่าเป็นตัวแทน) ไม่ใช่ตัวแทนของตนอย่างหนึ่ง หรือ เมื่อมีบุคคลหนึ่งแสดงตัวว่าเขาเป็นตัวแทนของตัวการ จนกระทั่งบุคคลภายนอกที่เข้ามาติดต่อกับบุคคลดังกล่าวเข้าใจโดยสุจริตว่าบุคคลนั้นเป็นตัวแทนจริง ๆ ของตัวการ ดังนั้นกฎหมายปิดปากด้วยการมิให้โต้เถียงว่า บุคคลนั้นไม่ใช่ตัวแทนของตนอีกอย่างหนึ่ง"

ศาสตราจารย์ ไชยเจริญ สันติศิริ⁸ อธิบายว่า ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากของไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดรองรับ ดังนั้นจึงควรรวมอยู่ในประเภทความเป็นตัวแทนโดยปริยายเสียด้วย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ มาโนช สุทธิวาหนฤพดี⁹ ได้อธิบายว่า "การแต่งตั้งตัวแทนโดยปริยาย... เป็นต้นว่า เรื่องตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก ซึ่งจะเห็นได้ว่า ตัวแทนเชิด เป็นกรณีที่เกิดขึ้นมาได้โดยพิจารณาจากพฤติการณ์บ้าง

⁷ กมล สนิทเกษตริณ, "ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สุทธิสารการพิมพ์, 2527), หน้า 23.

⁸ ไชยเจริญ สันติศิริ, "คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง," พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กัณฑ์ประดิษฐ์, 2513), หน้า 56.

⁹ มาโนช สุทธิวาหนฤพดี, "บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า," (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), หน้า 36-37.

พิจารณาจากการกระทำ และงดเว้นการกระทำของผู้ที่เป็นตัวการและตัวแทนปฏิบัติต่อกันบ้าง เช่น กรณีที่ตัวการไม่ทำในสิ่งที่ควรกระทำแล้วปล่อยให้คนอื่นทำแทน ดังนี้ อาจพูดได้ว่าเป็นการตั้งตัวแทนโดย เชิดบุคคลอื่นให้เป็นตัวแทนของตน หรือตั้งตัวแทนโดยปริยายก็ได้ ..."

อาจารย์ สรรเสริญ ไกรจิตติ¹⁰ ได้อธิบายว่า "ตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 และมาตรา 822 อาจจะกล่าวได้ว่า เป็นเรื่องตัวแทนโดยปริยายเหมือนกัน เพราะเกิดขึ้นได้ด้วย กริยาอาการ พฤติการณ์ การกระทำ หรือความประพฤติดุกันระหว่างคู่กรณี บุคคลหนึ่งอาจแสดงออกด้วยกริยาหรือวาจา ทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าตนได้มอบอำนาจให้บุคคลอีกคนหนึ่ง เป็นตัวแทนของตน ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ เรียกว่า ตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากตามหลัก Doctrine of Estoppel ของกฎหมายอังกฤษ ซึ่งใช้ในกฎหมายไทยด้วย ที่ว่าปิดปากนี้ หมายถึง ปิดปากเฉพาะผู้ที่เป็นตัวการ มิให้เถียงว่าบุคคลอีกคนหนึ่งมิใช่ตัวแทนของตน ทั้งนี้ เพราะการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของผู้ที่เป็นตัวการกับตัวแทนดังกล่าวแล้ว และเพื่อรักษาผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่ทำการติดต่อโดยสุจริตมิให้ต้องได้รับความเสียหาย แม้ว่าความจริงตัวการจะมีได้มอบอำนาจให้แก่ตัวแทนโดยตรง หรือบุคคลผู้เป็นตัวแทนได้ทำการนอกเหนือขอบอำนาจก็ตาม กฎหมายก็ไม่ให้ตัวการนำสืบปฏิเสธความข้อนี้"

อาจารย์ กุศล บุญยืน¹¹ ได้อธิบายว่า ตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยปริยายก็มีฐานะเช่นเดียวกับตัวแทนที่เกิดจากการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งเช่นกัน ซึ่งตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยปริยายนี้เกิดขึ้นได้ 2 ประการ ประการแรก เป็นกรณีที่รู้กันจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว ซึ่งเป็นเรื่องที่เคยประพฤติดุกันเป็นประจำ ไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งมอบหมายกันอีก หรือตามพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องบ่งชี้ว่าเป็นการกระทำแทน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มีสัญญาระหว่างกัน

¹⁰ สรรเสริญ ไกรจิตติ, "กฎหมายว่าด้วย ตัวแทน และนายหน้า,"

(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), หน้า 45-46.

¹¹ กุศล บุญยืน, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า," หน้า 11-12.

โดยปริยาย ประการที่สอง ความสัมพันธ์เป็นตัวการตัวแทนที่มีต่อกัน ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องนั้น ๆ ตัวแทนเชิด¹² ก็เป็นตัวแทนที่กฎหมายกำหนดขึ้นมาเช่นกัน เพื่อให้บุคคลที่แสดงออก เช่นนั้นต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน

รองศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ ไชวโกล¹³ ได้อธิบายว่า "ความจริงแล้ว ตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากตามหลัก Agency by Estoppel ... หรือที่เรียกว่าตัวแทนโดยปริยายนั้น (ตามมาตรา 821) ไม่มีสัญญาตัวแทนแต่ประการใด เป็นผลของกฎหมายที่บังคับให้ตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเท่านั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ตัวแทนเชิดต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริต แต่ประการใด ..."

นอกจากนั้นก็ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยตามแนวความคิดข้างต้น ซึ่งเห็นว่าตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 เป็นเรื่องของตัวแทนโดยปริยายตามมาตรา 797 วรรคสอง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1389/2456 วินิจฉัยว่า ล. เคยมอบเงินให้ อ. จูงจ้างไปซื้อข้าวเปลือก และเงินไม่พอ อ. ก็ได้เคยซื้อเชื่อ ครั้น ล. ทราบก็ยินยอมรับเอาข้าวเปลือกและใช้ราคาให้แก่ผู้ชาย ภายหลัง อ. ได้ซื้อเชื่อข้าวเปลือกจากโจทก์ โดยประพฤติด้านองเดียวกันกับที่เคยปฏิบัติมาแก่คนอื่น ๆ ดังนั้น ล. ต้องรับผิด เพราะ อ. เป็นเอเยนต์ของตน

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ถือว่า ตัวแทนเชิดนั้นเป็นตัวแทนเลยทีเดียว ไม่ถือว่าเป็น เสมือนตัวแทน เช่นในปัจจุบันนี้ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยไว้ชัดเจนว่า ตัวแทนเชิด เป็นตัวแทนโดยปริยาย คือ

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

¹³ ประสิทธิ์ ไชวโกล, "คู่มือว่าด้วยวิชากฎหมายตัวแทน-นายหน้า."

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2525 วินิจฉัยว่า โจทก์เป็นผู้ขับซีรยนต์ และถูกรถยนต์ของ นายประศาสน์ แก้วพินิจชน เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย รถยนต์ของนายประศาสน์ มีประกันภัยไว้กับจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 เป็นพนักงานของจำเลยที่ 1 ได้ตกลงซ่อมรถยนต์ของโจทก์แล้ว ต่อมาจำเลยที่ 1 ปฏิเสธโดยอ้างว่า จำเลยที่ 2 เป็นเพียงพนักงานตรวจสอบอุบัติเหตุของจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 1 ไม่ได้มอบอำนาจให้ เป็นตัวแทนไปทำสัญญาประนีประนอมยอมความ

ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนเชิดของจำเลยที่ 1 ตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยปริยาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 และมาตรา 797 วรรคสอง ยังไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 798

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์การแต่งตั้งตัวแทน โดยปริยายตาม มาตรา 797 วรรคสองนั้น เป็นกรณีที่มีการแต่งตั้งหรือได้มีสัญญาจากคู่กรณี คือระหว่างตัวการและตัวแทนได้เกิดขึ้นแล้ว โดยอาศัยพฤติการณ์ของคู่กรณีเป็นประมาณ ซึ่งอาจพิจารณาจากพฤติการณ์การกระทำของทั้งตัวการและตัวแทนว่า มีเจตนาต้องการ ให้เกิดสัญญาตัวแทนระหว่างกันขึ้น ซึ่งการแสดงออก หรือความตกลงนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้ง เท่านั้น แต่ในเรื่องตัวแทนเชิดนั้น ไม่ปรากฏความยินยอมหรือความตกลงของฝ่ายตัวการเลย เพียงแต่ตัวการแสดงออกเป็นนัย ๆ หรือคาดคะเน (Assumed) เอาจากการแสดงออกของ ตัวการ ซึ่งตัวการไม่มีความประสงค์ในการก่อให้เกิดสัญญาเลย แต่กฎหมายบังคับให้ตัวการ ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตเพื่อมิให้ต้องเสียหายจากการนั้น ดังนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ที่นำตัวแทนเชิด และตัวแทนโดยปริยายมารวมอยู่ด้วยกัน หรือเป็น อันเดียวกันนี้ ผู้เขียน เห็นว่าเป็นการขัดกับหลักเกณฑ์และระบบของกฎหมายตัวแทนอยู่ไม่น้อย ดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ความเห็น หรือแนวความคิดในเรื่องตัวแทนเชิดนี้ ยังมีนักนิติศาสตร์ อีกฝ่ายหนึ่ง เห็นตรงข้ามกับความคิดเห็นของฝ่ายแรก กล่าวคือ

หลวงประพนธ์ นิตสารค¹⁴ ได้อธิบายว่า ตัวแทนที่เกิดจากการแต่งตั้ง โดยปริยายนั้น ความยินยอมของตัวการนั้นพึงทราบได้ว่ามีอยู่เมื่อปรากฏว่า มีบุคคลหนึ่ง อยู่ในฐานะ ซึ่งตามปกติแห่งความเป็นอยู่เป็นที่เข้าใจว่า บุคคลนั้นได้รับมอบอำนาจจากบุคคล อีกคนหนึ่งให้ทำการแทนได้ . . . ส่วนความยินยอมของตัวแทนนั้น พึงเห็นได้จาก เมื่อตัวแทน กระทำการ หรืออ้างว่าได้กระทำการแทนตัวการ และ เมื่อตัวการได้ฟ้องตัวแทนแล้ว กฎหมาย ไม่ยอมให้ตัวแทนได้เถียงว่า ความจริงตนมิได้ทำการเป็นตัวแทน เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว ย่อมได้ ชื่อว่าตัวแทนได้ให้ความยินยอมในการที่ตนทำการแทนหรืออ้างว่าทำการแทนไปนั้น แต่ในเรื่อง ตัวแทน เชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น ไม่มีลักษณะครบตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว และ ความเกี่ยวพันระหว่างตัวการและตัวแทนนั้นมิได้มีต่อกันเลย โดยเหตุนี้กฎหมายจึงปิดปาก ตัวการ มิให้ยกข้อความจริงในเรื่อง เป็นตัวแทนหรือไม่ขึ้นเถียง เฉพาะบุคคลภายนอกเท่านั้น

อาจารย์ สถิตย์ เล็งไธสง¹⁵ ได้อธิบายว่า สัญญาตัวแทนโดยปริยายนั้น เป็นสัญญาที่ตัวการมิได้ออกปากมอบหมาย หรือสั่งการ เป็นคำพูด หรือเป็นลายลักษณ์อักษร แต่แสดงออกโดยกริยาอาการ หรือการกระทำโดยอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ว่าตัวการ ยินยอมให้ตัวแทนกระทำการนั้น ๆ แทนตนหรือไม่ ตัวแทนโดยปริยายต่างกับตัวแทนโดย กฎหมายปิดปาก หรือตัวแทน เชิด เพราะตัวแทน เชิดนั้น ตัวการไม่ปรารถนาที่จะผูกพันกับ บุคคลภายนอก สำหรับการกระทำของตัวแทนเลย แต่กฎหมายบังคับให้ผูกพัน เพื่อรักษา ผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้สุจริต ส่วนตัวแทนโดยปริยายนั้น ตัวการยินยอม และปรารถนา ให้ตัวแทนกระทำการนั้น ๆ แทนตนจริง ๆ เป็นต้นว่ามีได้มอบหมาย หรือสั่งการโดยชัดแจ้ง เท่านั้น

¹⁴ หลวงประพนธ์ นิตสารค, "กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), หน้า 19-22.

¹⁵ สถิตย์ เล็งไธสง, "คำอธิบายกฎหมายลักษณะตัวแทนและนายหน้า," (กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2529), หน้า 33-35.

ในกรณีปัญหาว่า ตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 จะเป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นจากสัญญาโดยปริยาย (Implied Contract) หรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตัวแทนเชิดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ เป็นบทบัญญัติที่เป็นการอุดช่องว่างในกฎหมายลักษณะตัวแทน จะใช้ในกรณีที่มีลักษณะของการทำแทนกัน แต่ไม่ครบองค์ประกอบของกฎหมายลักษณะตัวแทน กล่าวคือ การที่จะเข้าใจถึงระบบของกฎหมายลักษณะตัวแทนนั้น ก่อนอื่นผู้เขียน ขอให้พิจารณาในเรื่องการเกิดขึ้นของตัวแทนและอำนาจของตัวแทนเสียก่อน ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายของ Common Law ได้จัดระบบไว้อย่างเป็นระเบียบและง่ายแก่การเข้าใจ และสามารถนำไปใช้ได้อย่างมีเหตุมีผล เมื่อพิจารณาในเรื่องนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ก็มีความแตกต่างจากกฎหมายของ Common Law อยู่บ้าง แต่ไม่มากนักจนไม่สามารถเทียบเคียงกันได้

ผู้เขียนเห็นว่า ตัวแทนเชิด ตามมาตรา 821 นี้ มิใช่ตัวแทนโดยปริยายตามมาตรา 797 วรรคสอง แม้ว่าจะมีส่วนในการแสดงออกของตัวการที่ใกล้เคียงกับพฤติการณ์โดยปริยายก็ตาม ตัวแทนโดยปริยายตามมาตรา 797 วรรคสองนั้นเป็นตัวแทนที่เกิดจากสัญญาระหว่างตัวการและตัวแทน แต่เป็นสัญญาที่ไม่ชัดแจ้งจากความตกลงของคู่กรณีทั้งตัวการและตัวแทน จึงต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ ของคู่กรณีว่าได้มีการทำคำเสนอและคำสนองตรงกันหรือไม่ มิใช่พิจารณาจากตัวการเพียงฝ่ายเดียว¹⁶ ประกอบกับหลัก

¹⁶ เหตุที่กล่าวเช่นนั้นก็เพราะว่า บทบัญญัติ มาตรา 797 วรรคสองนั้น บัญญัติว่า "อันความ เป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้" จึงดูเหมือนว่าความในมาตรานี้จะพิจารณาจากเจตนาของตัวการเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นการผิดจากหลักการเกิดสัญญาและเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะตัวแทนดังที่มาตรา 797 วรรคแรกได้บัญญัติถึงการเกิดสัญญาตัวแทนว่า "อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่งเรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น" ดั่งนั้น สัญญาตัวแทนจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีคำเสนอของตัวการที่จะให้ตัวแทนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยตัวการได้มอบอำนาจให้ประกอบกับคำสนองของตัวแทนที่ตกลงจะรับกระทำการนั้นให้ด้วย.

การแสดงเจตนาในการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาต้องมีเจตนาที่แท้จริง¹⁷ ในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งผลจากการพิจารณาดังกล่าวนี้อาจทำให้สามารถแยกตัวตน เชิดที่เกิดจากข้อเท็จจริงระหว่างตัวการและตัวตน หรือระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม ออกจากตัวตนที่เกิดโดยสัญญาโดยปริยายได้¹⁸ และจะมีผลแตกต่างกันในการบังคับใช้กฎหมายลักษณะตัวตนมาบังคับ ซึ่งความรับผิดและสิทธิหน้าที่ที่ตัวการจะต้องผูกพันกับบุคคลภายนอก หรือตัวตนนั้น จะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ความผูกพันและความรับผิดของตัวการตามมาตรา 820 และมาตรา 821 นั้นจะเกิดขึ้นพร้อมกันไม่ได้ เพราะเหตุว่า ตัวแทนที่เกิดจากการแต่งตั้งหรือเกิดจากสัญญาตามมาตรา 797 นั้น จะรับผิดตามมาตรา 820 และนำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ หน้าที่ ระหว่างตัวการ ต่อตัวตนหรือตัวการต่อบุคคลภายนอก หรือตัวแทนต่อตัวการมาบังคับได้ทั้งสิ้น แต่ตัวตน เชิดจะมีความรับผิดต่อบุคคลภายนอกตามมาตรา 821 และไม่นำบทบัญญัติในเรื่องสิทธิ หน้าที่ในกฎหมายลักษณะตัวตนมาใช้บังคับเลย

ที่ผู้เขียนได้นำความแตกต่างของตัวตน เชิดและตัวแทนที่เกิดจากสัญญาโดยปริยายมากล่าวก่อนที่จะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ตามมาตรา 821 นั้นก็เพื่อให้เห็นความแตกต่างของตัวแทนทั้งสองประเภทก่อน เพื่อมิให้เข้าใจไขว้เขวได้ในภายหลัง ดังนั้นผู้เขียนจึงขอคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องทั้งสองมาแสดงเพื่อเปรียบเทียบ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1252/2505 เจ้าหน้าที่บุตรชายของตนบันทึกไว้ในสัญญาว่า ลูกหนี้ได้ใช้เงินมาแล้วเท่าใด คงเหลืออยู่อีกเท่าใด แล้วบุตรชายเจ้าหน้าที่ได้ลงชื่อกำกับไว้ เช่นนี้ถือว่า เจ้าหน้าที่ให้บุตรชายทำการรับชำระหนี้โดยปริยาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 475/2522 ร. นำรถยนต์ของโจทก์ที่ 2 ไปทดลองขับดูก่อนที่จะซื้อ และนำไปจอดฝากกับจำเลย ถือว่า ร. เป็นตัวแทนของโจทก์ที่ 2 โดยปริยาย

¹⁷F.M.B Reynolds, Bowstead on Agency, 15th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1985) P 4.

¹⁸ดูหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1227/2509.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2434/2526 จำเลยที่ 2 ได้แต่งตั้งจำเลยที่ 1 เป็นทนายความฟ้องโจทก์ให้ชำระหนี้และไถ่ถอนจำนองตามหนังสือมอบอำนาจ แต่จำเลยที่ 1 ไม่มีอำนาจรับเงินในคดีแทนจำเลยที่ 2 นอกศาล การที่โจทก์มอบเงินไปจัดการชำระหนี้ให้แก่จำเลยที่ 2 เพื่อมิให้ที่ดินของโจทก์ถูกขายทอดตลาดนั้น ถือว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์แล้วตามมาตรา 797 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกมานี้ไม่ปรากฏการทำคำสนองรับของฝ่ายตัวแทนโดยชัดแจ้ง หรือตัวการไม่ได้แต่งตั้งหรือทำคำเสนออย่างชัดแจ้ง แต่พฤติการณ์และข้อเท็จจริงต่าง ๆ แสดงว่าตัวแทนมีเจตนายอมรับกระทำการตามนั้น หรือตัวการได้มีเจตนาแต่งตั้งตัวแทนสัญญาตัวแทนจึงเกิดโดยปริยาย แต่ในเรื่องตัวแทนเขตนั้น จะไม่ปรากฏลักษณะดังกล่าวไม่ว่าจากฝ่ายตัวการ หรือตัวแทนก็ตาม เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 311/2506 ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ได้มีการสั่งซื้ออุปกรณ์ในการก่อสร้างบ้าน ก. และผู้รับจ้างหรือคนในบ้าน ก. ได้ลงนามรับสิ่งของเหล่านั้นไว้ในการก่อสร้างบ้าน ก. ทั้งสิ้น ดังนี้ เห็นได้ชัดว่า ก. เชิดบุคคลเหล่านั้นเป็นตัวแทนของตนในการสั่งซื้อของและรับสิ่งของที่ซื้อมา

ในบางกรณีคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับมีความสับสนเกี่ยวกับตัวแทนที่เกิดจากสัญญาโดยปริยาย หรืออำนาจโดยปริยาย (Implied Authority) ของตัวแทนและตัวแทนเขตน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1127/2509 เมื่อจำเลยที่ 1, ที่ 2 ตั้งจำเลยที่ 3, ที่ 4 เป็นตัวแทน หรือรู้แล้วยอมให้จำเลยที่ 3, ที่ 4 เชิดตัวเองว่าเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1, ที่ 2 ต่อมาจำเลยที่ 3 ออกตั๋วแลกเงินในนามจำเลยที่ 1 โดยใช้ตราหยีหื้อจำเลยที่ 1 ประทับในตัว แล้วขายให้แก่โจทก์ เมื่อโจทก์เรียกเก็บจากผู้จ่ายตามที่ระบุในตัวไม่ได้ จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1050-1052/2500 บริษัทตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการรับเหมาก่อสร้าง ตามข้อบังคับต้องมีกรรมการ 2 นาย ลงชื่อในนิติกรรมแทนบริษัท จึงจะผูกพันบริษัท ก. เป็นผู้ถือหุ้น และเป็นหัวหน้าแผนกก่อสร้างของบริษัท บริษัทได้รับจ้าง

สร้างโรงงานแห่งหนึ่ง ก. เป็นผู้ติดต่อกระทำการทุกอย่างตั้งแต่ยื่นประมูลสัญญา รับเงิน
ค่าก่อสร้าง ตลอดจนสั่งซื้อวัสดุก่อสร้างและจ้างแรงงาน ก. ไปซื้อเชื้อวัสดุจากบุคคลภายนอก
แล้วค้างชำระ บุคคลภายนอกฟ้องบริษัทให้รับผิดชอบ วินิจฉัยว่า พฤติการณ์ที่บริษัทกับ ก. ปฏิบัติ
มาเห็นได้ว่า บริษัทรู้แล้วยอมให้ ก. เชิดตัวเองแสดงกับบุคคลภายนอกว่าเป็นตัวแทนของ
บริษัท

ที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงความแตกต่างของตัวแทนที่เกิดจากสัญญาโดยปริยาย
และตัวแทนชัดตามมาตรา 821 ก่อนที่จะได้อธิบายและวิเคราะห์หลักเกณฑ์ตามมาตรา 821
นั้น ก็เพราะเหตุว่า ต้องการชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของหลัก เกณฑ์ทั้งสองและความสับสน
ในการใช้บังคับของบทบัญญัติของสองมาตราดังกล่าว ซึ่งจะมีผลในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง
ที่คลาดเคลื่อนต่อกฎหมายลักษณะตัวแทน

หลักเกณฑ์ของมาตรา 821 นี้ อาจแยกเพื่อความเข้าใจได้ดังนี้ คือ

- ก.) ต้องมีการแสดงออกของตัวการหรือรู้แล้วยินยอมให้บุคคลที่อ้างว่า
เป็นตัวแทนนั้นกระทำการแทนตน
- ข.) บุคคลภายนอกได้หลงเชื่อและกระทำการโดยสุจริตกับตัวแทนนั้น
- ค.) ผลจากการหลงเชื่อและกระทำการโดยสุจริตของบุคคลภายนอก
ทำให้เขาได้รับความเสียหาย

ก.) ต้องมีการแสดงออกของตัวการ

หลัก เกณฑ์ในข้อนี้ก็ เป็นหลัก เกณฑ์โดยทั่วไปที่สำคัญของกฎหมาย
ลักษณะของตัวแทน ซึ่งตัวการต้องแสดงออก เพื่อให้ตัวแทนไปกระทำการแทนตน แต่การแสดงออก
นั้นไม่ถึงกับ เป็นการแสดงเจตนาในการก่อให้เกิดสัญญาแต่อย่างใด การแสดงออกของตัวการ
นั้นอาจจะแสดงออกโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ได้¹⁹ เช่น โจทก์มอบรถยนต์ของโจทก์
พร้อมด้วยทะเบียนรถและใบโอนรถ ซึ่งมีลายมือชื่อโจทก์ในช่องผู้โอนให้ ก. นำไปขาย
แต่ ก. นำรถยนต์ไปจำหน่ายไว้กับจำเลย การกระทำของโจทก์ถือได้ว่า เป็นการชัด ก.

¹⁹F.M.B Reynolds, "The Law of Agency," P. 285.

ให้เป็นตัวแทนตามมาตรา 821²⁰ หรือมารดาและบุตรอยู่บ้านเดียวกัน มารดาได้ทำสัญญาให้เช่าตึกแถวซึ่งบุตรเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ บุตรได้ยอมตนผูกพันและปฏิบัติตามสัญญานั้น ถือได้ว่าบุตรได้เซตมารดาเป็นตัวแทนในการทำสัญญาเข้า¹²¹ การแสดงออกของตัวการนั้นอาจกระทำโดยวาจา หรือทำเป็นหนังสือ หรือโดยปริยาย จากพฤติการณ์ต่าง ๆ ใน การกระทำของตัวการที่แสดงออกต่อบุคคลภายนอกว่า ตัวการได้แสดงออก เช่นนั้นแล้ว แต่การแสดงออกโดยปริยายของตัวการนี้ ก็มีไว้ว่าตัวการจะมีเจตนาในการทำสัญญา แต่ถือเป็นปริยายว่าตัวการได้แสดงออก เช่นนั้นแล้ว เพราะการแสดงออกนั้นไม่ชัดแจ้งนั่นเอง เช่น จำเลยได้ชำระดอกเบี้ยยให้โจทก์ผ่านนายชั้นตลอดมา โจทก์เองก็รู้เรื่องนี้ และยินยอมให้นายชั้นรับชำระหนี้ดอกเบี้ยยแทนโจทก์ จึงเป็นเรื่องที่โจทก์เจตนาชั้นให้ เป็นตัวแทนรับชำระหนี้ดอกเบี้ยย²²

การแสดงออกของตัวการในเรื่องนี้มีอยู่ 2 ประการ คือ

- 1.) ตัวการได้แสดงออกต่อบุคคลภายนอกว่าบุคคลผู้นั้นเป็นตัวแทนของตน หรือ แสดงออกว่าตนเองได้มอบอำนาจให้แก่บุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนของตน ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การแสดงออกของตัวการนั้นจะเป็นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่เป็นการแสดงออกที่ไม่ได้มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดสัญญา และการแสดงออกเช่นนี้ตัวการอาจแสดงออกต่อบุคคลที่จะเข้ากระทำการกับบุคคลที่อ้างว่าเป็นตัวแทนโดยเฉพาะ หรืออาจจะแสดงออกต่อสาธารณชนก็ได้ ซึ่งการแสดงออกต่อสาธารณชนนั้น ต้องปรากฏว่าผู้ที่หลงเชื่อเช่นนั้นได้เข้าทำกิจการกับบุคคลที่อ้างเป็นตัวแทนในนามของตัวการด้วย เช่น จำเลยที่ 1 เป็นผู้ทำสัญญารับเหมาก่อสร้างในสถานที่แห่งหนึ่ง แม้จะจ้างเหมาให้จำเลยที่ 2 สร้างอีกต่อหนึ่งก็ตาม แต่ระหว่างก่อสร้างนั้น จำเลยที่ 1 ได้บักปายว่า ตนเป็นผู้รับเหมาก่อสร้าง และบางครั้งก็ไปตรวจงานเอง หรือมอบให้คนอื่นไปตรวจแทน การส่งมอบงานและรับเงินแต่ละงวด จำเลยที่ 1 ก็ทำเองโดยตรง เช่นนี้

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1601/2521.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 428/2508.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1647/2524.

ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ได้เช็คจำเลยที่ 2 ออกแสดงเป็นตัวแทนแล้ว จึงต้องรับผิดในหนี้ที่
จำเลยที่ 2 ไปซื้อเชื้อวัสดุก่อสร้างต่อบุคคลภายนอกด้วย²³

การแสดงออกต่อสาธารณชนนั้น ตัวการอาจจะกระทำ
ได้หลายวิธี เช่น การโฆษณาในสื่อมวลชน หรือแม้แต่การกระทำของตัวเองก็ได้ เช่น
การออกไปปลิว หรือปักป้ายโฆษณาต่อบุคคลภายนอก เช่น จำเลยที่ 2 และที่ 3 ได้ซื้อไม้
และวัสดุก่อสร้างไปจากโจทก์เพื่อใช้ในการก่อสร้างบ้านจัดสรร จำเลยที่ 2 และที่ 3
เคยแจ้งต่อผู้จัดการของโจทก์ว่าเป็นตัวแทนจำเลยที่ 1 ในสถานที่ก่อสร้างมีป้ายปักโฆษณา
ว่าจำเลยที่ 1 เป็นผู้จัดสรรบ้านและที่ดิน ผู้จัดการของโจทก์เคยไปรับเงินค่าวัสดุก่อสร้าง
ที่สำนักงานของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 เคยพาโจทก์ไปพบจำเลยที่ 1 และสมุห์บัญชีของ
จำเลยที่ 1 ผลัดหนี้กับโจทก์ จำเลยที่ 2, ที่ 3 เคยพาผู้รับเหมาดกแต่งบ้านจัดสรรแห่งนี้
ไปรับเงินที่จำเลยที่ 1 มีการพิมพ์ใบปลิวโฆษณาระบุชื่อจำเลยที่ 1 เป็นผู้ร่วมจัดสรรที่ดิน
พฤติการณ์ดังกล่าวเป็นการแสดงออกต่อโจทก์ และบุคคลภายนอกว่าจำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของ
กิจการบ้านจัดสรรและที่ดินเอง โดยเช็คจำเลยที่ 2 และที่ 3 ออกแสดงเป็นตัวแทนของตน
จึงต้องรับผิดในค่าวัสดุที่จำเลยที่ 2 และที่ 3 ซื้อไปจากโจทก์

นอกจากนี้ตัวการอาจแสดงออกต่อตัวแทนและให้ตัวแทน
ไปกระทำการ เช่นนั้นต่อบุคคลภายนอกก็ได้ ซึ่งทั้งตัวแทนและบุคคลภายนอกอาจ เป็นผู้กระทำการ
โดยสุจริตทั้งคู่ และผลจากการนี้ ตัวการก็ย่อมไม่อาจปฏิเสธข้อเท็จจริงที่ตนเองได้แสดงออก
ต่อตัวแทนนั้น เช่น ผู้จัดการบริษัทให้ ก. ช่วยทำงานในตำแหน่งผู้ช่วยผู้จัดการมีอำนาจบังคับบัญชา
คนงานและกิจการของบริษัท บริษัทได้แจ้งให้พนักงานทุกคนทราบ บุคคลภายนอกมาติดต่อ
กับบริษัทก็ติดต่อกับ ก. ก. รับสินค้าจากบุคคลภายนอก โดยลงชื่อประทับตราบริษัทในใบรับสินค้า
ต้องถือว่า ก. รับแทนบริษัท พฤติการณ์ตามที่กล่าวมาแสดงว่า บริษัทเช็ค ก. เป็นตัวแทนของ
บริษัท ก. จึงมีอำนาจสั่งซื้อสินค้าแทนบริษัทได้²⁴

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1805-1806/2506.

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1882/2506.

2.) ตัวการยินยอมให้ตัวแทน เชิดตัว เองออกแสดง เป็นตัวแทน
ต่อบุคคลภายนอก

กรณีเช่นนี้เป็นพฤติการณ์ที่ถือได้ว่าเป็นการแสดงออก
ของตัวการอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ตัวการรู้อยู่แล้วว่าบุคคลอื่นได้ เชิดตัว เขาเองออกแสดง เป็น
ตัวแทนของตน แต่ตัวการกลับมิได้กล่าว หรือแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบข้อเท็จจริง
กลับยอมให้บุคคลนั้นกระทำการ เช่นนั้นต่อไป กรณีเช่นนี้ ถือว่าตัวการต้องรับผิดชอบที่บุคคล
ภายนอกได้กระทำการกับบุคคลที่อ้างว่าเป็นตัวแทนนั้น

ปกติเพียงแต่ผู้ใดอ้างว่าเขาเป็นตัวแทนของผู้อื่น
แต่ความจริงหาได้รับมอบอำนาจเป็นตัวแทนไม่ ดังนี้ไม่กระทำให้ผู้ถูกอ้างต้องรับผิดชอบใน
การกระทำของผู้ที่อ้างว่าเป็นตัวแทนนั้น²⁵ ซึ่งในเรื่องนี้จะเกี่ยวกับ เรื่องการนิ่งเฉยของบุคคล
ที่อ้างว่าเป็นตัวการ ปกติจะถือว่าผู้ที่ถูกอ้าง เช่นนั้นยินยอมไม่ได้ เว้นแต่ บุคคลทั้งสองฝ่ายจะ
ตกอยู่ในฐานะหรือ เหตุผลซึ่งพอจะสันนิษฐานได้ว่า การนิ่งนี้เป็นการยินยอม²⁶ การนิ่งเฉย
ของตัวการในกรณี เรื่องตัวแทนเชิดนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การนิ่งที่จะเป็นการยินยอมนั้นต้องเป็น
การนิ่งที่ตนเองมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิเสธ แต่ก็ทำได้ปฏิเสธไม่²⁷ มิฉะนั้นจะต้องเป็นภาวะที่
บุคคลทุกคนต้องคอยระวังและแจ้งบอกกล่าวข้อเท็จจริงแก่บุคคลอื่นโดยทั่วไปว่าตนเองไม่ได้
ตั้งใคร เป็นตัวแทนของตน ส่วนหน้าที่จะมีอยู่เช่นไรนั้น หน้าที่นั้นต้องเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้
กระทำโดยกฎหมาย หรือจารีตประเพณี หรือคำพิพากษาของศาล²⁸

²⁵ หลวงประพนธ์ นิตยสารคดี, "ปรากฏกฎหมายภาค 3 (รวมคำสอนกฎหมาย)"
(สถานที่พิมพ์ และโรงพิมพ์ไม่ปรากฏ, 2476), หน้า 62.

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 33/117.

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 151/2483 และผู้เขียนเห็นว่าตัวการควรใช้ความระมัดระวัง
โดยใช้ระดับวิญญูชนโดยทั่วไปก็เป็นการเพียงพอ ซึ่งถือ เป็นข้อต่อสู้ในการพิจารณาคดีข้อหนึ่ง
ของตัวการ

²⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ, "กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม," พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:
โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 22-23.

ดังนั้นในเรื่องนี้ บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบเหมือนตัวการนั้น ต้องรู้และปรากฏว่ามีการยินยอมให้บุคคลนั้นกระทำการ เช่นนั้นต่อไป เช่น ก. เป็นลูกจ้าง บริษัท ก. ได้ออกตั๋วแลกเงินลงชื่อ เป็นผู้สั่งจ่ายแล้วประทับตราบริษัท โดย ก. นำตั๋วไปขาย ธนาคาร เป็นประจำ ธนาคารซื้อตั๋วแล้วเอาตั๋วไปเก็บเงินจากผู้จ่ายได้เสมอมา แต่ในครั้งสุดท้ายธนาคาร เอาตั๋วเก็บเงินจากผู้จ่ายไม่ได้ พฤติการณ์ดังนี้ เป็นเรื่องบริษัทยอมให้ ก. เช็ดตัว เองออกแสดง เป็นตัวแทนของบริษัท ในการออกตั๋วแลกเงินขายให้ธนาคาร²⁹

บริษัทตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ของโจทก์มอบรถยนต์ของ โจทก์แก่ ส. ไปขายต่างจังหวัด จำเลยซื้อรถยนต์จาก ส. โดยจำเลยลงลายมือชื่อใน แบบพิมพ์สัญญาไปให้โจทก์กรอกข้อความส่งคืนมา ทำอยู่ 1 ปีขายรถไปกว่า 100 คัน โดย โจทก์ไม่ทักท้วง จน ส. หลบหนีไป เป็นการยอมให้ ส. เช็ดออกเป็นตัวแทนของโจทก์ เมื่อจำเลย ชำระราคารถยนต์แก่ ส. ถือว่าชำระแก่ผู้มีอำนาจรับชำระอยู่ในความหมายของคำว่าชำระหนี้ แก่เจ้าของรถยนต์ ไม่ถือเป็นการฝากส่งเงินแก่โจทก์ตามที่ระบุในสัญญา³⁰ หรือจำเลยที่ 2 เจ้าของที่ดินพาทได้รู้เห็นยินยอมให้จำเลยที่ 1 ทำหนังสือขายที่ดินที่พาทให้แก่โจทก์ เป็นการ เช็ด จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทน จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

การแสดงออกของตัวการ เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอันหนึ่ง ที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบในเรื่องตัวแทนเช็ด เพราะมิฉะนั้นมิใช่ว่าอยู่ที่ ๆ มีคนอื่นไปแอบอ้าง โดยเขาไม่รู้เรื่องเลยก็จะมาอ้างว่าเป็นตัวแทนเช็ดเสมอไปมิได้ จะเป็นตัวแทน เช็ดได้นั้น ต้องปรากฏว่ามีการ เช็ดและมีการยอมให้เช็ดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายก็ตาม ดังนั้น ความสำคัญจึงอยู่ที่การ เช็ด ซึ่งหมายความว่า การแสดงออกของตัวแทนนั้นได้กระทำต่อ บุคคลใดโดย เฉพาะซึ่งได้หลงเชื่อในคำกล่าวอ้างนั้น หรือต่อสาธารณชนภายใต้พฤติการณ์ ที่ตัวแทนได้รู้และได้กระทำการต่อสาธารณชนนั้นด้วย³¹

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2511.

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2113/2522.

³¹ G.H.L. Fridman, The Law of Agency, 5th ed. (London: Butterworths, 1983), P. 101.

ข.) บุคคลภายนอกได้หลงเชื่อและกระทำการโดยสุจริตกับตัวแทนนั้น

การแสดงออกของตัวการดังกล่าว เป็นเหตุทำให้บุคคลภายนอกได้หลงเชื่อว่าเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เป็นตัวแทนของตนเองแล้ว หรือเชื่อว่าบุคคลที่ถูกเขื่อนั้น เป็นตัวแทนจริง ๆ ซึ่งเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากตัวการ หรือบุคคลภายนอกต้องการกระทำการนั้นกับบุคคลที่อ้างเป็นตัวแทนนั้น เพื่อให้มีผลผูกพันกับตัวการ และโดยการเชื่อ เช่นนี้ทำให้บุคคลภายนอกได้เข้ามาทำสัญญาหรือนิติกรรมกับบุคคลที่ถูกเขื่อนั้น

หลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทนเขื่อนี้ก็เหมือนกับหลักเกณฑ์ในการเกิดสัญญาตัวแทนโดยทั่วไปอย่างหนึ่งก็คือ บุคคลภายนอกที่กระทำการกับตัวแทนนั้นก็เพื่อจะให้ผลผูกพันตัวการ ดังนั้นถ้าบุคคลภายนอกไม่ได้ทำกิจการกับตัวแทนในฐานะที่ตัวแทนกระทำการแทนตัวการแล้วก็ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดแก่ตัวการได้ เพราะบุคคลภายนอกไม่ได้มีเจตนาที่จะกระทำการให้มีผลผูกพันถึงตัวการ ซึ่งในเรื่องตัวแทนเขื่อนี้ก็เช่นเดียวกัน การที่จะถือว่าเป็นตัวแทนเขื่อนั้นตามมาตรา 821 นี้ บุคคลภายนอกที่มาติดต่อกับตัวแทนนั้นต้องหลงเข้าใจว่าเป็นกิจการของตัวการ ถ้าบุคคลภายนอกไม่หลงเชื่อเช่นนั้น คือเชื่อว่าเป็นกิจการของผู้มาติดต่อเอง (ตัวแทน) ก็มีใช้ตัวแทนเขื่อนี้³² แต่เป็นความผูกพันระหว่างคู่สัญญากันเองเท่านั้นไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก (Privity of Contract)

การหลงเชื่อของบุคคลภายนอกนั้นต้องเป็นเหตุใกล้ชิดกับการแสดงออกของตัวการด้วย มิฉะนั้นจะเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกกล่าวอ้างในเรื่องตัวแทนเขื่อนี้ได้อย่างอิสระ นอกจากนั้นการหลงเชื่อของบุคคลภายนอกต้องสุจริต เพราะตามเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) ก็เพื่อคุ้มครองผู้สุจริตเท่านั้น ดังนั้นถ้าบุคคลภายนอกกระทำการกับตัวแทนโดยรู้ว่าตัวแทนนั้นไม่มีอำนาจ หรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ประมาทเลินเล่อในการกระทำการแล้ว ก็จะไม่อ้างเรื่องตัวแทนเขื่อนี้ได้ เช่น บุคคลภายนอกอาจทราบได้จากพฤติการณ์ต่าง ๆ ว่าตัวแทนนั้นถูกถอนอำนาจแล้ว หรือรู้ว่าตัวแทนนั้นกระทำการเพื่อ

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1085/2506.

ผลประโยชน์ของตนเอง แม้จะถูกเข็ดมาก็ตาม³³ ก็ถือว่า บุคคลภายนอกกระทำการโดยไม่สุจริต

การหลงเชื่อโดยสุจริตของบุคคลภายนอกตามมาตรา 821 นี้ มีความ เกี่ยวพันกับการกระทำการของตัวแทนด้วย กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีที่ตัวการไม่ได้ แสดงออกหรือไม่รู้และไม่ยินยอมในการกระทำการของตัวแทนนั้นแล้ว แต่ตัวแทนได้กระทำการ เพื่อผลประโยชน์ของตนเองโดยเฉพาะแล้ว บุคคลภายนอกก็ไม่อาจอ้างความสุจริตของตนเอง ในการบังคับให้ตัวการรับผิดชอบได้ เช่น ก.มิได้มีหน้าที่อย่างใดในห้างหุ้นส่วนได้บังอาจทำหนังสือ สั่งซื้อไม้ต่าง ๆ จากบุคคลภายนอกในนามห้างหุ้นส่วนปลอมขึ้นทั้งฉบับโดยใช้ดวงตรา ห้างหุ้นส่วนประทับในใบสั่งซื้อ และลงชื่อ ก. เป็นผู้จัดการ แล้ว ก.นำไปสั่งซื้อไปซื้อไม้ อ้างว่าห้างหุ้นส่วนสั่งซื้อ ได้ไม้มาแล้วก็เอาไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว ดังนี้ ก.มิใช่ตัวแทน ห้างหุ้นส่วน หรือห้างหุ้นส่วน เชิด ก. เป็นตัวแทน³⁴ หรือในกรณีที่จำเลยได้ทำสัญญาจะขาย ที่ดินของจำเลยให้แก่ ก. โดยในสัญญาจะขายระบุว่า ผู้ขายยอมให้ผู้ซื้อมีสิทธิครอบครองเหนือ ที่ดินแปลงนี้ และเข้าทำประโยชน์ได้ทุกอย่าง ทั้งกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ไปทำการขอรังวัด แบ่งแยกให้ผู้ซื้อด้วย ดังนี้ แม้จำเลยจะรู้ว่า ก.นำที่ดินไปจัดสรรแบ่งขาย ตลอดจนทำการ รังวัดแบ่งแยกที่ดินเป็นแปลง ๆ ในนามของจำเลยก็ดี ไม่พอที่จะถือได้ว่าจำเลยได้เชิด ก. เป็นตัวแทน

การหลงเชื่อโดยสุจริตนั้นจะ เริ่มตั้งแต่เวลาที่ตัวแทนได้ทำการ กับบุคคลภายนอกนั้น แต่ถ้าบุคคลภายนอกได้มาทราบภายหลังว่า ตัวแทนกระทำการโดย ปราศจากอำนาจและไม่ทักท้วงหรือบอก เลิกสัญญากับตัวแทนนั้น ก็ถือว่าบุคคลภายนอกนั้น ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ในการฟ้องร้องบังคับคดี และในเรื่องนี้ก็ เป็นหน้าที่ของบุคคลภายนอก ที่จะต้องพิสูจน์ถึงความสุจริตของตนเอง³⁵

³³ Warren A. Seavey, "The Law of Agency," (Minnesota: West Publishing Co., 1964), P. 45.

³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1081/2500.

³⁵ Peter Hanaver, "Agency," American Jurisprudence, Vol. 3, 2nd ed. (Newyork: The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1986), P. 7.

ค.) ผลจากการหลงเชื่อและกระทำการโดยสุจริตของบุคคลภายนอก
ทำให้เขาได้รับความเสียหาย

ความเสียหายของบุคคลภายนอกนั้น เป็นผลมาจากการหลงเชื่อ โดยสุจริตในการแสดงออกของตัวการ และการกระทำของตัวแทน ซึ่งหลักเกณฑ์ข้อนี้เป็น เรื่องของกฎหมายปิดปากโดยแท้ ความเสียหายนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ว่าอย่างไรเป็น ความเสียหาย ความเสียหายนั้นอาจเทียบเคียงกับความเสียหายในหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ปิดปาก (Estoppel) ได้กล่าวคือ ในหลักกฎหมายปิดปากนั้นถือว่าความเสียหายนั้น เป็น ความเสียหายที่มีผลกระทบต่อฐานะของบุคคลภายนอกซึ่ง เป็นการทำให้ฐานะของบุคคลภายนอก เปลี่ยนไป (Change of his Position) เช่นมีการชำระหนี้ตามสัญญาแล้ว หรือสัญญานั้น ได้ถูกยกเลิก เสีย หรือมีการใช้แรงงานตามสัญญานั้นแล้ว หรือได้รับความเสียหาย หรือต้องรับผิดตามกฎหมาย³⁶

ในทางปฏิบัติในเรื่องตัวแทน เชิด ถ้าไม่เกิดความเสียหายแก่ บุคคลภายนอกแล้ว บุคคลภายนอกก็คงไม่ยกคดีขึ้นฟ้องร้อง ดังนั้นในเรื่องความเสียหายนี้ จึงเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งด้วยเช่นกันในเรื่องนี้ เพราะแนวความคิดในหลักกฎหมายปิดปาก ที่นำมาใช้บังคับนั้นก็ยึดถือหลักเกณฑ์นี้เป็นข้อสำคัญ แต่ในทางทฤษฎีแล้ว ถ้าความเสียหาย ยังไม่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอก จะนำหลักเกณฑ์มาตรา 821 นี้มาบังคับใช้ได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 821 แล้วจะเห็นว่าบทบัญญัติ ก็มีได้กล่าวถึงความเสียหายต้อง เกิดขึ้นด้วย ประกอบกับต้นร่างในบทบัญญัตินี้ที่เป็นฉบับ ภาษาอังกฤษก็ได้บัญญัติไว้ว่า "A person who holds out another person as his agent or knowingly allows another person to hold himself out as his agent, is liable to third persons in good faith in the same way as if such person was his agent."

³⁶ American Law Institute, Restatement of Agency, Second 2d. Vol. 1 (Washington: American Law Institute Publisher, 1958), P. 39.

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้อยู่ในหมวดความรับผิดชอบของตัวการ และตัวแทนต่อบุคคลภายนอก ผู้เขียนมีความเห็นว่า ขณะที่สัญญาที่ตัวแทนไปกระทำการแทน ตัวการกับบุคคลที่สาม และในขณะที่สัญญานั้นกำลังปฏิบัติต่อกันอยู่นั้นควรนำหลักเกณฑ์ในกฎหมาย ลักษณะตัวแทนมาบังคับใช้โดยอนุโลม เพื่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลสามฝ่ายขึ้น และเป็นผลต่อการบังคับใช้กฎหมาย บทบัญญัติในมาตรา 821 นี้ เป็นบทบัญญัติในเบื้องต้น ที่มีให้ตัวการปฏิเสธว่าบุคคลนั้นมีใช้ตัวแทนของตนเท่านั้น หากได้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับผล ของความรับผิดไม่³⁷ และถือได้ว่าเป็นตัวแทนประเภทหนึ่งได้เช่นกัน

และในทางทฤษฎีนั้นปัญหาที่มีขึ้นอีกว่า ตัวแทนเข็ดนั้นกระทำการ โดยมีอำนาจหรือไม่ ? นักกฎหมายเห็นว่าตัวแทนเข็ดเป็นตัวแทนที่กระทำการโดยไม่มีอำนาจ ดังนั้นจึงไม่ต้องพิจารณาถึงขอบอำนาจด้วยเช่นกัน³⁸ ที่กล่าวเช่นนี้อาจมีปัญหาเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะเกี่ยวกับลักษณะของตัวแทน เพราะตัวแทนนั้นต้องเป็นผู้ที่กระทำโดยมีอำนาจไม่ว่า เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นเอง (Power) หรือได้รับมาจากตัวการ หรือจากผลของกฎหมายก็ตาม (Authority) ในเรื่องนี้ กฎหมายของ Common Law³⁹ ถือว่าตัวแทนเข็ดนั้นกระทำการ

³⁷ อาจทราบ เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ด้วยพันธระกรรม ฉบับตรวจแก้ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2465 ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 874 ว่า "บุคคลใดสำแดงออกชัฎาโดยปริยายว่า บุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนตน ธารู้แล้วยอมให้ บุคคลอีกคนหนึ่งสำแดงว่าเป็นตัวแทนตน บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามผู้สุจริต เหมือนหนึ่งว่า บุคคลอีกคนหนึ่งนั้น เป็นตัวแทนของตน: และอาจเทียบเคียงได้กับหลักการแสดงออกให้ปรากฏ ซึ่งอำนาจของตัวการ (Apparent Authority) ของ Common Law ด้วยเช่นกัน

³⁸ กุศล บุญยืน, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า", หน้า 111.

³⁹ G.H.L. Fridman, "The Law of Agency," P. 98.

โดยมีอำนาจซึ่งอำนาจนี้ตัวแทนได้รับมาจากการแสดงออกของตัวการ (Apparent Authority) ซึ่งทำให้ไม่ยุ่งยากในกรณีที่ทำกรแสดงออก (เชิด) ให้ตัวแทนกระทำการอย่างใด แต่ตัวแทนไปกระทำการนอกขอบอำนาจที่เชิดตัวการก็ไม่ต้องรับผิด แต่เป็นผลให้ตัวแทนรับผิดเองเป็นส่วนตัว ผู้เขียนเห็นว่า ตัวแทนเชิดก็เป็นตัวแทนชนิดหนึ่งที่กระทำการโดยได้รับอำนาจจากการแสดงออกของตัวการ ไม่ว่าจะได้แสดงออกต่อตัวแทน หรือต่อบุคคลภายนอกก็ตาม ซึ่งเป็นการเชิดให้เขามีอำนาจกระทำการนั้นเอง⁴⁰ เพราะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ของไทยเรานั้น มีบทบัญญัติที่รองรับในกรณีที่ทำกรแทนผู้อื่นโดยไม่มีอำนาจนั้น จะใช้บทบัญญัติในเรื่องการจัดการงานนอกสั่งมาบังคับแทนหาใช่เป็น เรื่องของตัวแทนไม่ ดังนั้นในเรื่องตัวแทนเชิดตามมาตรานี้ จึงเป็นตัวแทนที่มีอำนาจกระทำการด้วยประ เภทหนึ่ง เพราะถ้าบุคคลภายนอกรู้ว่าตัวแทนกระทำการโดยไม่มีอำนาจอย่างแท้จริงแล้ว ถือว่าการเชิดนั้นสิ้นสุดลง⁴¹ เพราะความไม่สุจริตของบุคคลภายนอกนั้นเอง

แต่ถ้าการกระทำของบุคคล 3 ฝ่าย เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 821 นี้แล้ว ตัวการจะต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอก เสมือนหนึ่งว่าตนเองได้แต่งตั้งให้ตัวแทนกระทำการแทนตน และนำหลัก เกณฑ์กฎหมายปิดปากมาบังคับใช้โดยตรง เพราะการกระทำของตัวการนั้น เป็นไปในลักษณะที่หลอกลวงบุคคลภายนอก กฎหมายจึงห้ามมิให้ตัวการปฏิเสธความรับผิดในการกระทำของตน แต่การกระทำนั้นไม่ถึงขนาดฉ้อโกง หรือละเมิด⁴² บุคคลภายนอกก็ตามกฎหมายก็ลงโทษผู้กระทำการนั้นได้

ตัวแทน เชิดในกรณีนี้เป็นตัวแทน เชิดที่ไม่มีการแต่งตั้งหรือมอบหมายกันมาก่อนโดยพิจารณาจากตัวบุคคล ซึ่งถือว่าเป็น เรื่องของกฎหมายปิดปากในลักษณะตัวแทน โดยแท้ซึ่ง เรียกว่า "Agency Created by Estoppel" ดังได้กล่าวมาแล้ว แต่การใช้หลักกฎหมายปิดปากในกฎหมายลักษณะตัวแทนของไทยเรา ยังได้ขยายหลักการใช้หลักกฎหมาย

⁴⁰ สติติย์ เล็งไธสง, "คำอธิบายกฎหมายลักษณะตัวแทนและนายหน้า," หน้า 179.

⁴¹ American Law Institute, Restatement of Agency, Section 125.

⁴² ไว ภิโยคิลกษัย, "กฎหมายปิดปาก," วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 3 ตอนที่ 3

ปิดปากในกฎหมายลักษณะตัวแทนออกไปอีกชั้นโดยได้รับแนวความคิดนี้มาจากประเทศกลุ่ม Common Law ด้วยเช่นกัน แต่การนำหลักดังกล่าวมาใช้ ผู้เขียนเห็นว่าการนำมาผสมกับ หลักกฎหมายของประเทศ Civil Law ด้วย ในบางกรณี กล่าวคือการนำหลักกฎหมายปิดปาก นี้มาขยายบังคับใช้กับหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า "สุจริตด้วยกันผู้ประมาทเลินเล่อย่อมเสียเปรียบ"⁴³ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ใน มาตรา 822 ซึ่งเป็นเรื่องตัวแทนเช็คด้วยเช่น โดยเป็นการเช็คที่อำนาจของตัวแทนที่ปรากฏ อยู่แล้วให้ขยายออกไปอีก⁴⁴

2. การเช็คที่อำนาจของตัวแทน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 822 บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ว่า "ถ้าตัวแทนทำการอันใดเกินอำนาจตัวแทน แต่ทางปฏิบัติของตัวการทำให้บุคคลภายนอก มีมูลเหตุอันสมควรจะเชื่อว่าการอันนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจของตัวแทนไซ้ ท่านให้ใช้ บทบัญญัติมาตราก่อนนี้เป็นบทบังคับแล้วแต่กรณี"

ตัวแทนเช็คประเภทนี้มีการแต่งตั้งกันมาก่อนแล้ว หรือมีความเป็นตัวการ ตัวแทนกันมาก่อนแล้วไม่ว่าจะเป็นตัวแทนโดยสัญญาตามมาตรา 797 หรือตัวแทนโดยผลบังคับ ของกฎหมายก็ตามก็อยู่ในความหมายของมาตรานี้ทั้งสิ้น โดยปกติเมื่อตัวแทนกระทำการ นอกเหนืออำนาจหรือเกินอำนาจแล้ว การนั้นไม่ผูกพันตัวการ⁴⁵ ตัวแทนต้องรับผิดชอบ⁴⁶

⁴³ ดูธานีทร กฤษฎิ์ และวิชา มหาคุณ, "การตีความหมาย," พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 173.

⁴⁴ พิศาลณา เจตนาธรมย์ของบทบัญญัตินี้จากมาตรา 875 ของประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ บรรพว่าด้วยพันธุกรรม ฉบับตรวจแก้ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2465 ซึ่งบัญญัติว่า "เจ้าการคนใดสำแดงถำรู้แล้วยอมให้ตัวแทนสำแดงว่าตัวแทนมีอำนาจกว้างกว่าที่มีอยู่จริง เจ้าการคนนั้นต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามผู้สุจริต เหมือนหนึ่งว่าตัวแทนมีอำนาจกว้างเช่นนั้น".

⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 812.

แต่ถ้าตัวแทนกระทำการอันใด เกินอำนาจของตัวแทน แต่ทางปฏิบัติของตัวการทำให้บุคคลภายนอกหลง เชื่อว่าการนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจแล้ว ตัวการต้องถูกปิดปากมิให้โต้แย้งว่าตนเองมิได้มอบหมายให้ตัวแทนกระทำการ เช่นนั้น

หลัก เกณฑ์ใน เรื่องนี้ก็ เช่นเดียวกับหลัก เกณฑ์ในมาตรา 821 เพราะอาศัยหลักกฎหมายปิดปากมาบังคับใช้ด้วยกัน แต่ความสำคัญของมาตรานี้ อยู่ที่ "ทางปฏิบัติของตัวการที่ทำให้บุคคลภายนอกมีมูลเหตุอย่างสมควรจะ เชื่อว่าการอันนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจของตัวแทน" คำว่า "ทางปฏิบัติของตัวการ" นั้น ต้นช่วงฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า "Arising from the act of the principal"⁴⁷ ซึ่งมีความหมายว่า การอันใดก็ตามที่เกิดจากการกระทำของตัวการ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นธรรมเนียมการปฏิบัติที่เคยทำกันมาก่อน แม้ไม่เคยกระทำการระหว่างตัวการตัวแทนกันมาก่อนก็ตาม เพียงกระทำการเพียงครั้งเดียวก็ได้ เช่น ก.มอบรถยนต์ของตนพร้อมด้วยทะเบียนรถและใบโอนให้ ข.ไปขาย แต่ ข.นำรถยนต์นั้นไปจำหน่ายไว้กับผู้รับจำนำซึ่งกระทำการโดยสุจริต ก.ก็ต้องผูกพันตามสัญญา⁴⁸

ดังนั้น ทางปฏิบัติของตัวการนี้พอจะแยกออกเป็น 2 ประการคือ ทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการมอบหมายโดยตรงประการหนึ่งกับทางปฏิบัติที่เคยทำกันมาก่อนอีกประการหนึ่ง⁴⁹

⁴⁷ ต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษได้บัญญัติไว้ว่า "If an agent does an act in excess of his authority, but the third person has reasonable grounds, arising from the act of the principal, to believe that it was within his authority, the provision of the foregoing section apply correspondingly."

⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1601/2512.

⁴⁹ ดู ฤศล บุญยืน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า, หน้า 115.

ทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการมอบหมายโดยตรง

กรณีนี้ เป็น เรื่องของตัวแทนที่ได้รับมอบหมายหรือรับมอบอำนาจ เฉพาะการให้กระทำการ⁵⁰ อย่างใดอย่างหนึ่งโดยตรง ซึ่งหมายความว่า ตัวแทนได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง (Express Authority) ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตัวแทนนั้น โดยปกติก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยาย (Implied Authority) ที่จะกระทำการตามที่มอบหมายอย่างชัดแจ้งให้สำเร็จลุล่วงไปด้วย แต่อำนาจโดยปริยายของตัวแทนเฉพาะการจะกระทำได้แค่นั้นเพียงไรนั้น มาตรา 800 ได้บัญญัติให้เฉพาะ "ในสิ่งที่จำเป็น เพื่อให้กิจการอันเขาได้มอบหมายแก่คนนั้นสำเร็จลุล่วงไปเท่านั้น" เช่น ตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้ฟ้องคดี ตัวแทนก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะแต่งตั้งทนายความด้วย⁵¹ หรือตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจให้ฟ้องคดีอาญาแทนตัวแทนก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะลงชื่อในฟ้องแทนผู้มอบอำนาจได้⁵² หรือทนายความที่ได้รับมอบอำนาจให้ เป็นผู้ขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ก็ย่อมมีอำนาจดำเนินคดีแทนเจ้าหนี้ไปจนถึงชั้นอุทธรณ์ ฎีกาด้วย⁵³ หรือตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้ไปทำการจำนองที่ดิน ตัวแทนก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะทำบันทึกต่อพนักงานที่ดินในเรื่องที่ทราบถึงการพิพาทในที่ดินแปลงนั้นด้วย⁵⁴ หรือการที่ตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้นำรถไปซ่อม ตัวแทนก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะตกลงให้ผู้ซ่อมไปรับชำระค่าซ่อมจากตัวการได้⁵⁵ หรือผู้รับมอบอำนาจให้ฟ้องคดีแห่งก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะ เรียงหรือแต่งคำฟ้องรวมทั้งลงชื่อ เป็นโจทก์ในคำฟ้องด้วย⁵⁶

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 800.

⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 615/2524.

⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 890/2503.

⁵³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1460/2508.

⁵⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 247/2510.

⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2735/2516.

⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2947/2516 (ประชุมใหญ่).

มีบางกรณีที่ศาลฎีกาไม่ถือว่าตัวแทนมีอำนาจโดยปริยายด้วย เพราะถือว่ามิใช่สิ่งจำเป็นที่จะต้องทำให้กิจการที่มอบหมายโดยชัดแจ้งนั้นสำเร็จลุล่วงไป เช่น มอบอำนาจให้ฟ้องคดีแห่งเรียกเงินจากบุคคลภายนอก ตัวแทนไม่มีอำนาจโดยปริยายที่จะฟ้องบุคคลภายนอกนั้นให้ เป็นคนล้มละลาย⁵⁷ หรือมอบอำนาจให้ตัวแทนไปทำสัญญา ค่าประกันไม่เกิน 100,000 บาท ตัวแทนก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำการค่าประกันเกิน 100,000 บาทได้⁵⁸ หรือตัวแทนรับมอบอำนาจให้ เป็นโจทก์ฟ้องขับไล่ผู้เช่าตึกและแผงลอย ก็ย่อมไม่มีอำนาจโดยปริยายที่จะตกลงให้ค่าขนย้ายแก่ผู้ที่อยู่ในแผงลอยไม่ได้⁵⁹ หรือนายประกัน มอบอำนาจให้ตัวแทนนำโฉนดมาประกันผู้ต้องหาและทำสัญญาประกันแทน เมื่อนายประกัน ผิดสัญญาและศาลสั่งปรับ ตัวแทนจะยื่นอุทธรณ์แทนนายประกันไม่ได้⁶⁰

อำนาจโดยปริยาย (Implied Authority) ของตัวแทนในกรณีที่ ตัวแทนได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งมาแล้วนี้เป็นหลักสำคัญในการพิจารณาว่า ตัวแทนกระทำการ นั้นนอกขอบอำนาจหรือไม่ ในประเทศ Common Law อำนาจโดยปริยายของตัวแทนจะมี มากกว่า⁶¹ ของไทย เราและถือว่าเป็นอำนาจที่ขยายความผูกพันของตัวการกับบุคคลภายนอก ออกไปอีก เพื่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกันขึ้น

แต่ความรับผิดชอบตามมาตรา 822 นี้ ผู้เขียนเห็นว่าถ้าการกระทำอันใด ไม่ใช่เรื่องอำนาจโดยปริยายของตัวแทนแล้ว แต่ตัวการได้แสดงออกให้บุคคลภายนอก เห็นว่า กิจการนั้นอยู่ในขอบอำนาจของตัวแทนโดยชัดแจ้งแล้วตัวการก็ต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกด้วย เช่น ตัวการมอบอำนาจโดยชัดแจ้งลงชื่อในใบมอบฉันทะให้ตัวแทนไปกระทำการอย่างใด อย่างหนึ่ง แต่ตัวแทนกลับไปกรอกข้อความที่ผิดความประสงค์อันแท้จริง หรือผิดจากอำนาจ

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 391/2502.

⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1266/2503.

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1413/2513.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2521.

⁶¹ ดู เรื่องอำนาจโดยปริยายในบทที่ 2.

โดยชัดแจ้งที่ตนเองได้รับมอบหมายมา ตัวการก็ต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกอยู่ เพราะบุคคลภายนอกหลงเชื่อ⁶² จากการแสดงออกหรือการกระทำของตัวเอง แม้ว่าตัวแทนจะมีส่วนสนับสนุนหรือหลอกลวงให้บุคคลภายนอกมีความเชื่อถือในเอกสารนั้นก็ตามก็ไม่ทำให้สิทธิของบุคคลภายนอกอันได้มาจากการกระทำผิดทางอาญาของตัวแทนต้องเสียไป⁶³

ทางปฏิบัติของตัวการที่เคยทำกันมาก่อนมอบหมาย

กรณีเช่นนี้เป็นกรกระทำของตัวการที่เคยมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนตนต่อบุคคลภายนอกมาแล้ว ภายหลังตัวแทนได้กระทำการเช่นนั้น หรืออย่างอื่นต่อบุคคลภายนอกอีก โดยเมื่อเสร็จสิ้นการมอบหมายในครั้งแรกแล้ว ตัวการมิได้แจ้งต่อบุคคลภายนอกนั้นว่า ตัวแทนไม่มีอำนาจกระทำการต่อไปแล้ว ยังคงปล่อยให้ตัวแทนกระทำการเช่นนั้นอยู่อีก ตัวการต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกผู้สุจริต เช่น โจทก์เคยมอบแหวนเพชรให้จำเลยนำไปจำหน่ายไว้กับบุคคลภายนอก ต่อมาโจทก์ก็มอบสร้อยเพชรให้จำเลยไปขายแก่บุคคลภายนอกนั้นอีก แต่จำเลยกลับไม่ขาย และนำไปเป็นหลักประกัน และขอรับแหวนเพชรคืนไป ถือว่าการจำหน่ายโดยการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินจำนำนั้นผูกพันโจทก์ตามมาตรา 822, 820 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1248/2493)

เป็นที่น่าสังเกตว่า คำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ ตัดสินให้ตัวการมีความผูกพันตามมาตรา 820 ซึ่ง มาตรา 820 และมาตรา 822 นี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นคนละกรณีกัน แม้ว่าจะอยู่ในหมวดความรับผิดชอบของตัวการต่อบุคคลภายนอกก็ตาม โดยเหตุที่มาตรา 820 นั้นเป็นความผูกพันที่ตัวการต้องผูกพันตามชอบอำนาจที่ตนได้มอบหมายให้แก่ตัวแทนไป แต่มาตรา 822 นี้เป็นกรณีที่ให้หน้าทักษณัติในมาตรา 821 มาใช้บังคับ⁶⁴ เพื่อให้ตัวการที่แสดงออกเช่นนั้น มีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในกิจการที่ตัวแทนกระทำการนอกเหนือชอบอำนาจนั้น ซึ่งเป็นผลมาจากความเข้าใจโดยสุจริตของบุคคลภายนอก แต่ถ้าตัวการได้ให้สัตยาบันตามมาตรา 823 แล้วจึงจะผูกพันตัวการตามมาตรา 820

⁶² คำพิพากษาฎีกาที่ 491/2492, 580/2507, 751-752/2509, 671/2523.

⁶³ คำพิพากษาฎีกาที่ 212/2517.

⁶⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 751-752/2509, 1060/2512.

การแสดงออกหรือทางปฏิบัติของตัวการที่เคยมอบหมายนี้รวมถึง การละเว้นการกระทำหรือการปฏิบัติของตัวการด้วย⁶⁵ และประการที่สำคัญก็คือ ทางปฏิบัติ ที่เคยมอบหมายตามมาตรา 822 นี้เป็นบทยกเว้นความศักดิ์สิทธิ์ทางทะเบียน ซึ่งเป็นเอกสาร มหาชนของนิติบุคคลด้วย กล่าวคือถ้านิติบุคคลนั้นแสดงออกในทางปฏิบัติว่าเคยมอบให้ตัวแทน กระทำการแทนตนอยู่เป็นนิจ ภายหลังตัวแทนก็กระทำการเช่นนั้นต่อบุคคลภายนอกอีก นิติบุคคลนั้นจะปฏิเสธความรับผิดชอบของตนเองไม่ได้⁶⁶

การกระทำของตัวการในการแสดงออกในทางปฏิบัตินั้น บางกรณี แม้ตัวการจะกระทำการโดยสุจริต เช่นเดียวกับบุคคลภายนอกก็ตาม แต่ตัวแทนเท่านั้นที่ใช้ กลฉ้อฉล หรือหลอกลวงบุคคลภายนอก ตัวการก็ไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบของตนไปได้⁶⁷ ตามหลักกฎหมายทั่วไปว่า "สุจริตด้วยกัน ผู้ประมาทเลินเล่อย่อมเสียเปรียบ"

ทางปฏิบัติที่เคยมอบหมายกันมานี้จะถือว่า ถ้าตัวแทนเคยกระทำการ แทนตัวการแล้ว ตัวการจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวแทนตลอดไปหรือไม่

ปกติเมื่อตัวการได้แต่งตั้งมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการแทนตนกับ บุคคลภายนอกโดยเฉพาะและเป็นประจำ ตัวการย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายต่อบุคคลที่จะต้อง

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 630/2500.

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 853/2512 ซึ่งโดยปกตินิติกรรมที่กระทำนอกขอบอำนาจของ นิติบุคคล (Ultra Vires) นั้นปกติไม่มีผลผูกพันนิติบุคคลนั้น แต่หลักเกณฑ์กฎหมายปิดปาก ที่ใช้ในกรณีนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักดังกล่าวที่ต้องให้นิติบุคคลนั้นรับผิดชอบ เพราะนิติบุคคลมีสิทธิ และหน้าที่ภายในขอบวัตถุประสงค์ (มาตรา 69) วัตถุประสงค์ต้องจดไว้ในทะเบียน (มาตรา 1064) ต้องโฆษณาในราชกิจจานุเบกษา (มาตรา 1021) และถือว่าประชาชน ได้รู้แล้ว (มาตรา 1022) แต่ในแง่ของความรับผิดชอบตามหลักเรื่องตัวแทนเขตนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ความรับผิดชอบของนิติบุคคลนั้นเป็นผลมาจากข้อเท็จจริงที่มีได้เป็นตัวแทนอย่างแท้จริง แต่มี การแสดงออกว่าเป็นตัวแทน จึงไม่ใช่ผลจากอำนาจกระทำที่อยู่ในขอบอำนาจของตัวการ แต่เป็นเรื่องของหน้าที่ ส่วนในแง่ของสิทธิก็คงเป็นไปตามมาตรา 69. (และดู F.M.B. Reynold, Bowstead on Agency, PP. 293-294)

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 353/2503, 580/2507.

แจ้งให้แก่ตัวแทนและบุคคลภายนอกทราบว่าจะสัญญาตัวแทนนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว⁶⁸ ในกรณีนี้ สัญญาตัวแทนนั้นไม่ได้กำหนด เวลาสิ้นสุดของสัญญาตัวแทนไว้ ในกรณีของตัวแทน เชิด ตามมาตรา 822 นี้ เมื่อตัวการมิได้แจ้งถึงการเลิกสัญญาตัวแทน หรือการถอนสัญญาให้แก่บุคคลภายนอกทราบแล้ว อีกทั้งมีพฤติการณ์ของตัวการที่แสดงออกในทางปฏิบัติว่าได้รับเห็น และยินยอมกับการกระทำของตัวแทนนั้นด้วยแล้ว ตัวการก็ย่อมต้องถูกปิดปากมิให้โต้แย้ง ในการแสดงออกของตัวแทนนั้นด้วย ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1200/2520 ตัดสินว่ามีผู้อ้างว่าเป็นตัวแทนของจำเลยสั่งซื้อบัตร ส.ค.ส. จากโจทก์ใน พ.ศ. 2514 โจทก์ส่งของ และเก็บเงินผ่านธนาคารไปแล้ว ในปี พ.ศ. 2515 ผู้ยื่นอ้างเป็นตัวแทนจำเลยสั่งซื้อบัตร ส.ค.ส. จากโจทก์อีก คราวนี้จำเลยปฏิเสธ ดังนี้จำเลย เชิดบุคคลออกแสดงเป็นตัวแทน จำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

ปัญหาที่น่าพิจารณาในแง่ของตัวแทน เชิดตามมาตรา 822 นี้ มีปัญหาว่าการปิดปากในมาตรา 822 นี้ ตัวการจะสามารถให้สัตยาบันแก่การกระทำนอกเหนือขอบอำนาจนั้นได้หรือไม่ ?

เมื่อพิจารณาในมาตรา 822 แล้วจะ เป็นกรณีที่ให้ตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในการกระทำที่นอกเหนือขอบอำนาจหรือปราศจากอำนาจนั้น เจตนารมณ์ของบทบัญญัติในมาตรา 822 ที่บัญญัติไว้ก็เพราะว่า ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนนั้น เป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา (Inter Se) เมื่อคู่สัญญาจะจำกัดอำนาจหรือกำหนดหน้าที่กันไว้อย่างไรก็ย่อม เป็นการยากที่บุคคลภายนอกจะล่วงรู้ได้ กฎหมายจึงถือเอาอำนาจที่ปรากฏออกมาเป็นสำคัญ⁶⁹ ทั้งนี้เพื่อรักษาสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริตจึงกำหนดให้ตัวการต้องร่วมรับผิดชอบ เช่นเดียวกับ มาตรา 821 แต่การกระทำตามมาตรา 822 ก็ถือว่าเป็นการกระทำนอกเหนือขอบอำนาจได้เช่นกันตามมาตรา 823 ตัวการจึงสามารถให้สัตยาบันแก่การนั้นได้ ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 451-452/2509 ที่ได้ตัดสินว่า การที่เจ้าของที่ดินลงลายพิมพ์นี้ว่ามีมอบอำนาจให้จำเลยที่ 1 ไปขอหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยมิได้

⁶⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 827.

⁶⁹ สถิตย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายลักษณะตัวแทนและนายหน้า, หน้า 191-192.

กรอกข้อความ จำเลยที่ 1 ไปจัดการกรอกข้อความเพิ่มเติมไปด้วยว่า ให้มีอำนาจทำนิติกรรมขายฝากไว้ด้วย และนำที่ดินไปขายฝากให้แก่จำเลยที่ 2 นั้น ถือว่าเป็นการทำนอกเหนือขอบอำนาจของตัวแทน ซึ่งตามปกติไม่ผูกพันตัวการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 เว้นแต่ทางปฏิบัติของตัวการทำให้บุคคลภายนอกมีมูลเหตุอันสมควรจะเชื่อว่าการนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจของตัวแทน หรือตัวการให้สัตยาบันจึงจะผูกพันตัวการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 822 และมาตรา 823

เมื่อตัวการได้ให้สัตยาบันแล้วตัวการก็ย่อมผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการที่ตัวแทนกระทำไปโดยนอกเหนือขอบอำนาจนั้นตามมาตรา 820 ตัวแทนก็ย่อมหลุดพ้นความรับผิดต่อบุคคลภายนอกไปในกรณีนี้ ส่วนความเสียหายที่ตัวแทนได้ก่อขึ้นไว้ต่อตัวการเพราะความประมาท เลิน เล่อ หรือกระทำการนอกเหนือขอบอำนาจของตัวแทน ตัวแทนยังหาหลุดพ้นจากความรับผิดที่มีต่อตัวการไม่ ตัวแทนต้องรับผิดต่อตัวการตามมาตรา 812

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการที่จะเกิดความรับผิดของตัวการในเรื่องตัวแทน เชิด นั้น ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างตัวการและตัวแทนนั้นอาจจะมีขึ้นหรือไม่ก็ตาม ถ้าปรากฏพฤติการณ์ในการแสดงออกของตัวการครบตามองค์ประกอบตามมาตรา 821 และมาตรา 822 แล้ว ตัวการก็ต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกด้วยเช่นกัน แม้ว่ารายละเอียดในบทบัญญัติของทั้งสองมาตราจะแตกต่างกันดังได้กล่าวไว้แล้วก็ดี ซึ่งความแตกต่างที่เห็นได้เด่นชัดก็คือ กรณีการเชิดตามมาตรา 822 นั้น เป็นการเชิดหรือการปิดปากที่สามารถให้สัตยาบันได้ และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามลักษณะกฎหมายตัวแทนได้ เพราะเหตุว่า กรณีนี้มีการแต่งตั้งตัวแทนกันนานแล้ว จึงเป็นการขยายขอบเขตความสัมพันธ์ของตัวการและตัวแทนออกไปอีกชั้นหนึ่ง แต่กรณีการเชิดตามมาตรา 821 เป็นเรื่องของตัวแทนเชิดโดยแท้ เพราะเหตุที่ไม่มีความตกลงระหว่างตัวการและตัวแทนกันมาก่อนเลยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้รับผิดเพียงประการเดียวเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดความผูกพัน เพราะเหตุที่ไม่มีความเกี่ยวพัน

ระหว่างตัวการและตัวแทนเลย จึงไม่นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ หน้าที่ ระหว่างตัวการ
ตัวแทนมาใช้บังคับไม่ได้

ตัวแทนเขตไม่ใช่จะมีเฉพาะกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์กัน เลยระหว่าง
ตัวการและตัวแทน ตามมาตรา 821 หรือกรณีที่โต้แย้งตั้งกันมาแล้วโดยสัญญาตามมาตรา 822
แต่บางกรณีตัวแทนโดยผลบังคับของกฎหมายก็เป็นตัวแทนเขตได้เช่นกัน ถ้าปรากฏพฤติการณ์
เป็นกรณีตัวแทนเขต เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1044/2477 ตัดสินว่า "มารดาเขตบุคคลอื่น
เป็นตัวแทนให้ทำสัญญาขายฝากที่ดินของบุตร ท่านว่าบุตรต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกใน
กิจการที่บุคคลนั้นได้กระทำไป"

จึงเห็นได้ว่า ตัวแทนเขตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น
แม้จะไม่เคยมีความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนมาก่อน หรือมีความสัมพันธ์ในทาง
สัญญาตัวแทน หรือโดยผลบังคับของกฎหมายแล้วก็อาจเป็น เรื่องตัวแทนเขตได้ ถ้ามีพฤติการณ์
ที่เข้าลักษณะดังกล่าวแล้ว ดังนั้นหลัก เรื่องตัวแทนเขตจึง เป็นการปิดปากมิให้โต้เถียงว่า
บุคคลนั้นมีใช้ตัวแทนของตน ซึ่ง เป็นลักษณะของบทตัดสินจำนวนมิให้โต้เถียงในทางกฎหมาย
ลักษณะพยานมากกว่าที่จะ เป็นกฎหมายสารະบัญญัติ

4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน

ในหัวข้อนี้ประเด็นที่จะพิจารณาเป็น เรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างตัวการ
และตัวแทนนั้นมีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายลักษณะตัวแทนหรือไม่ ? หรือเป็นความสัมพันธ์
ประการใด ? อีกทั้งการแสดงออกของตัวการนั้นเป็นการให้อำนาจ (Authority) แก่ตัวแทน
หรือไม่ ?

ประเด็นแรกต้องพิจารณาก่อนว่า ระหว่างตัวการและตัวแทนนั้นมี
ความสัมพันธ์กันตามกฎหมายลักษณะตัวแทนหรือไม่ ?

ดังได้กล่าวในบทที่ 2 แล้วว่า ตัวแทนนั้นเกิดขึ้นได้อย่างไรบ้าง ซึ่งถ้า
พิจารณาตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็จะเห็นว่า ตัวแทนเขตเป็นตัวแทน

ประเภทหนึ่ง เช่นกัน⁷⁰ ซึ่งเป็นตัวแทนโดยผลของกฎหมาย ก็เพราะเหตุว่าความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนในทางลักษณะของสัญญานั้นไม่ได้มีต่อกันเลยทั้งมาตรา 821 และมาตรา 822 ดังกล่าว กล่าวคือในมาตรา 821 นั้น จะเห็นชัดว่าความตกลงไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญานั้นไม่ปรากฏขึ้นเลย แต่ในมาตรา 822 นั้น แม้ว่า จะปรากฏความสัมพันธ์ทางลักษณะของสัญญาระหว่างคู่กรณีเกิดขึ้นแล้วก็ตาม แต่ก็การ (Act) ที่ตัวแทนกระทำไปโดยนอกเหนือขอบอำนาจนั้นก็ไม่ปรากฏ ลักษณะของสัญญาหรือการตกลงมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการเช่นนั้น ในเรื่องของตัวแทนเชิดหรือตัวแทน โดยกฎหมายปิดปากนี้ กฎหมายมุ่งที่จะมองหรือพิจารณา (View) จากบุคคลที่สามเป็นหลัก

ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนนั้น นักนิติศาสตร์ของไทย ส่วนใหญ่ ได้มีความเห็นเป็นหลักว่า ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนนั้น ไม่ได้มีขึ้นต่อกัน แต่เป็นลักษณะของข้อเท็จจริงที่มีการแสดงออกโดยตัวการที่ทำให้บุคคลภายนอก เข้าใจผิด เช่นนั้น ผู้แสดงออกต้องรับผิดชอบโดยผลของกฎหมาย ดังนั้นในเรื่องตัวแทนเชิดนี้จึงเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายลักษณะตัวแทน กล่าวคือ ไม่น่าบัพัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลสามฝ่าย ในกฎหมายลักษณะตัวแทนมาใช้เลย⁷¹ เพราะว่าความเกี่ยวพันในทางลักษณะสัญญาตัวแทน ไม่ได้มีต่อกัน⁷² จึงทำให้ตัวแทนเชิดเป็นตัวแทนที่กระทำโดยไม่มีอำนาจ และไม่ต้องพิจารณา

⁷⁰ ดู ญาณี มโนทิโมกษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน, นายหน้า, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ศูนย์ทหารราบ, 2523), หน้า 100 การกล่าว เช่นนี้ เป็นผลมาจากการตีความตามตัวอักษรของมาตรา 821 ที่ให้ตัวการรับผิดชอบเพียงประการเดียว จึงทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอกและตัวการไม่ได้มีต่อกัน ทำให้ตัวการไม่อาจฟ้องบุคคลภายนอกได้ เพราะความผูกพันระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกไม่ได้มีต่อกัน.

⁷¹ อ่างแล้ว, หน้า 100.

⁷² หลวงประพนธ์ นิติสรรค์, "ปรากฏกฎหมายภาค 3," (เมืองที่พิมพ์และโรงพิมพ์ไม่ปรากฏ, 2476), หน้า 16.

ถึงขอบอำนาจด้วย⁷³ ทำให้บทบัญญัติในเรื่องตัวแทน เชิดนี้เป็นบทบัญญัติที่ทำให้บุคคลต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) โดยข้อเท็จจริงที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา ซึ่งผลจากหลักกฎหมายปิดปากที่ใช้ในกฎหมายลักษณะตัวแทนนี้ ทำให้บทบัญญัติในเรื่องตัวแทน เชิด เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะ เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติมากกว่าที่จะ เป็นกฎหมายสาระบัญญัติ ซึ่งแสดงให้เห็นจากการปิดปากหรือใช้บทตัดส่วน⁷⁴ มิให้ผู้แสดงออก เช่นนั้นกล่าวอ้างเป็นอย่างอื่นได้

แต่นักนิติศาสตร์ของไทยอีกฝ่ายหนึ่ง⁷⁵ เห็นว่าตัวแทน เชิด เป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วก็ถือว่ามิสัญญาตัวแทน เกิดขึ้นต่อกันโดยผลของกฎหมาย และนำบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะตัวแทนมาใช้บังคับได้ เช่นเดียวกับตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป

จากการศึกษาและค้นคว้าผู้เขียนมีความเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนนั้น ถ้าพิจารณาจากหลักของการเกิดสัญญาแล้วก็ถือว่าความสัมพันธ์ในลักษณะของความตกลงระหว่างคู่สัญญาไม่ได้เกิดขึ้นในลักษณะของสัญญาตัวแทน และตัวแทน เชิดก็มิใช่ตัวแทนโดยผลบังคับของกฎหมายเช่นกัน หากแต่เป็นกรณีที่เกิดจากข้อเท็จจริงล้วน ๆ ระหว่างตัวการและตัวแทนซึ่งบางกรณีความสัมพันธ์อาจจะไม่มีปรากฏอย่างใดเลยก็ได้ เช่น ตัวการรู้ในการกระทำของตัวแทนต่อบุคคลภายนอก และนี่งเสียมิได้ว่ากล่าวหรือห้ามปรามหรือแจ้งต่อบุคคลภายนอก แต่อย่างไร แต่บางกรณีความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนอาจปรากฏได้ในลักษณะที่ใกล้เคียงกับในเรื่องสัญญาโดยปริยาย กล่าวคือ ตัวการได้เชิดตัวแทนออกแสดงเป็นตัวแทนของตนต่อบุคคลภายนอก แต่ไม่ถึงขั้นที่จะเป็นสัญญาได้ เพราะสัญญาโดยปริยายนั้นต้องอาศัยความยินยอม เป็นมูลฐานเช่นกัน

⁷³ กุศล บุญขึ้น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน, หน้า 111.

⁷⁴ พงษ์อาจ ตรีกิจวิวัฒนกุล, "กฎหมายปิดปาก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2525), หน้า 1-3.

⁷⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, "เอกสารสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7-15," พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977) จำกัด, 2526), หน้า 310.

โดย เหตุ เหล่านี้ กฎหมาย จึง ต้อง ให้ บุคคล ที่ กระทำ การ เสมือน ตัว การ นั้น
 รับผิดชอบ ในการ กระทำ ของ ตน ต่อ บุคคล ภาย นอก ผู้ สุจริต และ ต้อง เสีย หาย จาก การ นั้น โดย กำหนด
 ฐานะ ให้ เป็น ตัว การ เช่น เดียว กัน

ดังนั้น ความ สัม พัน ธ์ ระหว่าง ตัว การ และ ตัว แทน ใน เรื่อง ตัว แทน ใน เรื่อง
 ตัว แทน เชิด ไม่วา จะ เป็น เรื่อง การ เชิด ที่ ตัว บุคคล หรือ การ เชิด ที่ อำนาจ ของ ตัว การ ก็ ตาม
 ความ สัม พัน ธ์ ไม่ ใช่ ลักษณะ ของ สัญญา⁷⁶ แต่ เป็น เรื่อง ข้อ เท็จจริง ระหว่าง บุคคล ที่มี ผล ต่อ
 การ หลง เชื่อ โดย สุจริต ของ บุคคล ภาย นอก ที่ กระทำ การ กับ ตัว แทน นั้น โดย ตัว แทน มี อำนาจ ที่ จะ
 กระทำ การ เช่น นั้น ได้ ซึ่ง กฎหมาย ได้ กำหนด ให้ มีความ สัม พัน ธ์ เช่น เดียว กับ เป็น ตัว แทน
 ประการ หนึ่ง และ ให้ ความ ค้ำ ครอง เช่น เดียว กับ ตัว แทน โดย ผล ของ กฎหมาย⁷⁷

⁷⁶ ใน เรื่อง นี้ นัก นิติ ศาสตร์ ของ Common Law ก็ ยัง หา ข้อ สรุ ป ไม่ ได้ ว่า ความ สัม พัน ธ์
 ระหว่าง ตัว การ และ ตัว แทน เป็น ความ สัม พัน ธ์ ใน ลักษณะ ของ สัญญา หรือ ไม่ ? ซึ่ง ความ เห็น ของ
 นัก นิติ ศาสตร์ เหล่า นั้น ก็ มีความ เห็น เป็น 2 ฝ่าย เช่น เดียว กัน

ความ เห็น ฝ่าย แรก ซึ่ง เริ่ม จาก Walter Wheeler Cook เห็น ได้ ว่า ตัว แทน
 โดย กฎหมาย ปิด ปาก นี้ เป็น สัญญา ที่ มี ลักษณะ เป็น Inter Absentes แต่ ตัว การ ต้อง ผูก พัน เมื่อ
 ได้ แสดง ออก ต่อ บุคคล ที่ สาม และ ตัว แทน ได้ กระทำ การ ตาม นั้น ถือ ว่า เป็น สัญญา ระหว่าง ตัว การ
 และ ตัว แทน มี ขึ้น ได้ และ ตัว การ ต้อง รับผิดชอบ ตาม หลัก ของ สัญญา

ความ เห็น ฝ่าย ที่ สอง โดย Ewart เห็น ว่า เรื่อง นี้ มิ ใช่ เป็น เรื่อง ของ สัญญา
 แต่ เป็น เรื่อง กฎหมาย ปิด ปาก โดย เฉพาะ และ ตัว การ ต้อง รับผิดชอบ ตาม หลัก กฎหมาย ปิด ปาก โดย ตรง

(S.J. Stoljar, "The Law of Agency," (London: Sweet &
 Maxwell, 1961), PP. 31-32.

ในปัจจุบัน นี้ นัก นิติ ศาสตร์ ของ Common Law เห็น ว่า ความ สัม พัน ธ์ ระหว่าง
 ตัว การ และ ตัว แทน ใน ลักษณะ ของ การ เกิด ของ ตัว แทน นั้น ไม่ ปรากฏ ใน ลักษณะ ของ สัญญา เลย
 แต่ ตัว การ ต้อง รับผิดชอบ ตาม หลัก กฎหมาย ปิด ปาก (F.M.B. Reynolds, "The Law of Agency,"
 15th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1985) P. 91.

⁷⁷G.H.L. Fridman, "The Law of Agency," P. 97.

เมื่อปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนมีขึ้นโดยลักษณะ เป็น
ข้อเท็จจริงมิใช่สัญญาแล้ว การแสดงออกของตัวการนั้น เป็นการให้อำนาจแก่ตัวแทนหรือไม่ ?

การพิจารณาในปัญหานี้จะทำให้เป็นข้อแตกต่างระหว่างการปรับใช้
กฎหมายลักษณะตัวแทน และการจัดการงานนอกสั่ง ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมาย Common Law
ไม่มีในเรื่องการจัดการงานนอกสั่ง⁷⁸ คงรวมไว้ในเรื่องตัวแทนโดยเป็นลักษณะของตัวแทน
โดยความจำเป็น (Agency of Necessity) แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ
ไทยได้แบ่งแยกกฎหมายทั้งสองไว้ต่างหากจากกัน แต่ก็ยังคงมีลักษณะที่เกี่ยวพันกันอยู่บ้าง⁷⁹
แต่ความแตกต่างระหว่างเรื่องตัวแทน เข็ดและการจัดการงานนอกสั่งนั้นอยู่ที่การรู้หรือการให้
ความยินยอม ซึ่งเป็นเหตุที่ตัวแทน เข็ดมีอำนาจที่จะกระทำการแทนตัวการได้ กล่าวคือ
ในลักษณะของตัวแทนนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตัวแทนนั้นต้องมีอำนาจกระทำการแทนตัวการ
เสมอไม่ว่าอำนาจนั้นตัวแทนจะได้รับมาจากตัวการ (Authority) หรือเป็นอำนาจที่ได้รับ
มาจากผลบังคับของกฎหมาย หรือเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นแก่ตัวแทนเองหลังจากได้รับอำนาจ
ดังกล่าวมาแล้ว (Power) ก็ตาม ซึ่งกรณีเช่นนี้จะทำให้เห็นความแตกต่างระหว่าง
การจัดการงานนอกสั่ง และตัวแทน เข็ด เพราะในเรื่องการจัดการงานนอกสั่งนั้นตัวการ
ไม่ได้รู้หรือยินยอม หรือแสดงการให้อำนาจแก่ผู้จัดการ (ตัวแทน) ก่อนที่ผู้จัดการจะเข้า
กระทำการแทนเลย และการกระทำกิจการของผู้จัดการอาจจะไม่มีบุคคลที่สาม เข้ามา
เกี่ยวข้องด้วยเลยก็ได้ แต่ในเรื่องตัวแทน เข็ดแล้วมีพฤติการณ์ที่ตัวการรู้และยินยอม เช่นนั้น
ก่อนที่ตัวแทน เข็ดจะได้กระทำการกับบุคคลที่สาม ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ของตัวการเป็น
การให้อำนาจแก่ตัวแทนที่จะกระทำการได้ เมื่อตัวแทน เข็ดกระทำการไปตามที่เข็ดนั้น
ตัวแทน เข็ดจึงกระทำการโดยมีอำนาจที่ได้รับจากการแสดงออกของตัวการหรือ เป็นอำนาจ
ที่แสดงให้ปรากฏโดยตัวการ (Apparent Authority) แม้ว่าในความเป็นจริงแล้ว

⁷⁸ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจ
หน่วยที่ 7-15," หน้า 303.

⁷⁹ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 399, มาตรา 401 และมาตรา 402.

ตัวแทนเซิตจะไม่มีอำนาจ⁸⁰ กระทำการแลยกก็ตาม เพราะเหตุว่าตัวการไม่ได้มอบหมายให้กระทำการ แต่กฎหมายก็ถือว่าให้ตัวแทนเซิตมีอำนาจ⁸¹ กระทำการแทนตัวการได้ เพื่อผลในกิจการที่ตัวแทนกระทำกับบุคคลที่สามนั้น มีผลกระทบต่อตัวการนั่นเอง เพราะมีฉะนั้น ความผูกพันระหว่างบุคคลภายนอกกับตัวการก็จะไม่ปรากฏขึ้น ซึ่งเป็นการผิดกับลักษณะของกฎหมายตัวแทน

4.3 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและบุคคลภายนอก

ปัญหาที่จะพิจารณาในหัวข้อนี้ จะพิจารณาว่าตัวการมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับบุคคลภายนอกหรือไม่ และสิทธิและหน้าที่ของตัวการต่อบุคคลภายนอกในเรื่องตัวแทนเซิตนี้ ตัวการจะต้องรับผิดชอบเพียงประการเดียวเท่านั้นหรือไม่ ?

เป็นที่แน่นอนแล้วว่า ในเมื่อตัวแทนเซิตมีอำนาจกระทำการแทนตัวการกับบุคคลที่สามแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและบุคคลที่สามนั้นย่อมปรากฏขึ้น แต่ในเรื่องตัวแทนเซิตนั้น ความสัมพันธ์ของตัวการและบุคคลที่สามอาจเกิดขึ้นก่อนตัวแทนเซิตกระทำการก็ได้ เช่น การแสดงที่ตัวการได้แสดงออกต่อบุคคลภายนอกโดยตรง ซึ่งกรณีนี้ก็เป็นการสัมพันธ์ที่กฎหมายบังคับให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นมาได้ หรืออาจเกิดภายหลังที่ตัวแทนได้กระทำการ เช่นนั้นแล้วก็ได้ เช่น การรู้ การยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการแทนตน โดยตนมิได้เข้าห้ามปราม

ความสัมพันธ์นี้ ได้ยึดถือเอาความเข้าใจผิดของบุคคลภายนอกเป็นหลัก ประกอบกับการแสดงออกของตัวการที่จะชี้ให้เห็นความสัมพันธ์หรือฐานะทางกฎหมายของบุคคลทั้งสอง

ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่ตัวการมีต่อบุคคลภายนอกนั้น ถ้ากรณีตาม มาตรา 822 ตัวการสามารถให้สัตยาบันได้⁸² ตามมาตรา 823 และบทบัญญัติในเรื่องสิทธิ

⁸⁰ F.M.B. Reynolds, "The Law of Agency," P. 93.

⁸¹ อุดำพิพากษาฎีกาที่ 777/2496 และ 2113/2522.

⁸² อุดำพิพากษาฎีกาที่ 451-452/2509.

และหน้าที่ต่าง ๆ ในกฎหมายตัวแทนก็ยื่อนำมาใช้บังคับได้ เพราะบทบัญญัติในมาตรานี้ มิใช่เรื่องของหลักกฎหมายปิดปากโดยแท้ แต่เป็นการขยายหลักกฎหมายปิดปากออกไปใช้บังคับในกรณีที่มีการแต่งตั้งมอบหมายกันมาแล้ว เพราะถ้ากิจการที่กระทำเกินอำนาจไม่สามารถให้สัตยาบันได้แล้ว ก็จะเป็นการยากที่จะต้องแบ่งแยกกิจการว่าส่วนไหนที่ต้องผูกพันตัวการตามมาตรา 820 และส่วนไหนที่ตัวการจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 821

แต่ในกรณีตามมาตรา 821 ซึ่งเป็นเรื่องของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก โดยแท้ นั้น เป็นกรณีที่ใกล้เคียงกับเรื่องการหลอกลวงหรือการละเมิด⁸³ กฎหมายจึงบัญญัติให้บุคคลนั้นรับผิดชอบเสมือนตัวการจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนตามขอบอำนาจที่ตนเองได้ขีดไว้ นั้น ซึ่งโดยเนื้อแท้ของหลักกฎหมายปิดปากแล้ว เป็นการป้องกันไม่ให้บุคคลนั้นกล่าวอ้างความจริงเป็นอย่างอื่นต่างจากที่ตนได้แสดงออกมาแล้วเท่านั้น ตัวการอาจให้สัตยาบันและฟ้องแย้งบุคคลภายนอกได้⁸⁴ และในเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างตัวการและบุคคลภายนอกก็นำมาใช้บังคับได้เช่นกัน⁸⁵

ในทางปฏิบัติตัวการย่อมปฏิเสธว่า ตนเองไม่ได้แต่งตั้งตัวแทนให้กระทำการแทนตน จึงเป็นหน้าที่ของบุคคลภายนอกที่จะต้องนำสืบว่า ตัวแทนมีอำนาจกระทำการเช่นนั้น โดยการเข้าใจของบุคคลภายนอกประกอบกับการแสดงออกของตัวการ และในเรื่องตัวแทนขีดนี้ แม้บุคคลภายนอกจะฟ้องว่าเป็นตัวแทนกันธรรมดา แต่ภายหลังก็สามารถนำสืบว่าเป็นตัวแทนขีดได้⁸⁶ โดยไม่ถือว่าเป็นการนำสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขเอกสารตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94 และไม่เป็นกรนอกฟ้องนอกประเด็นแต่อย่างใด เพราะความรับผิดชอบของตัวแทน ขีดและตัวแทนนั้น เป็นอย่างเดียวกัน⁸⁷

⁸³ G.H.L. Fridman, "The Law of Agency," P. 104.

⁸⁴ F.M.B. Reynold, "The Law of Agency," P. 292.

⁸⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7-15," หน้า 310-311.

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1122/2519.

⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 939/2530.

4.4 ความรับผิดของตัวการในผลละเมิดของตัวแทน

ปัญหาหลักใหญ่ที่จะพิจารณาในหัวข้อนี้จะพิจารณาว่า ตัวการควรรับผิดร่วมกับตัวแทนเชิดหรือไม่ ?

โดยปกติความรับผิดในการกระทำละเมิดนั้น บุคคลผู้ใดกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่นบุคคลนั้นก็ย่อมต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว แต่มีบางกรณีที่มีผู้กระทำละเมิดนั้นมีความสัมพันธ์กับบุคคลอีกคนหนึ่ง หรือกระทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งโดยได้รับการมอบหมาย การแต่งตั้ง หรือการว่าจ้างให้กระทำการบางอย่าง แต่ในขณะกระทำการที่ได้รับการมอบหมายมานั้น บุคคลผู้ได้รับการมอบหมายนั้นได้กระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ได้รับการมอบหมายในงานนั้น ผู้มอบหมายก็ควรต้องรับผิดร่วมกับผู้ที่ทำละเมิดด้วย ซึ่งเรียกว่าเป็นความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (Vicarious Liability) โดยถือว่าเป็นความรับผิดที่กฎหมายได้บังคับให้รับผิด⁸⁸ แม้ว่าเขาจะมีใช้ผู้ทำละเมิดร่วมด้วยก็ตาม

ในกฎหมายลักษณะตัวแทนก็เช่นเดียวกัน ความรับผิดในผลละเมิดของตัวการเป็นความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ด้วย ซึ่งโดยหลักความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นในกฎหมายลักษณะตัวแทนนั้น จะเกิดขึ้นจากกรณีที่ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนมีขึ้นแล้ว หรือได้มีการแต่งตั้งมอบหมายกันแล้ว หรือมีเจตนาตัวการได้ให้สัตยาบันแก่การกระทำของตัวแทนแล้วเท่านั้น⁸⁹ ในเรื่องกฎหมายปิดปากหรือตัวแทนโดย

⁸⁸ Durga Das Basu, "The Law of Tort," 10th ed. (New Delhi: Prentice Hall of India Private Limited, 1982), P. 23.

⁸⁹ P.A. Landon, "Pollock's Law of Torts, 15th ed. (London: Stevens & Sons Limited, 1951), P. 59. แต่กรให้สัตยาบันในเรื่องละเมิดตามกฎหมายไทยนั้นไม่อาจทำได้ (ดูประสิทธิ์ โยวิไลกุล. "ความรับผิดในการทำละเมิดของผู้อื่น "ตัวการ ตัวแทน" วารสารกฎหมาย ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน; 2520 2520). หน้า 65.

กฎหมายปิดปากนั้นจะไม่นำมาใช้ในเรื่องละเมิด⁹⁰ ซึ่งหมายความว่า ถ้าจะให้ตัวการรับผิดในผลเกี่ยวกับละเมิดของตัวแทนนั้นต้องปรากฏว่าได้มีความสัมพันธ์ หรือมีสัญญาระหว่างตัวการตัวแทนนั้นเกิดขึ้นจริง ๆ เท่านั้น ดังนั้นหลักในเรื่องการแสดงออกหรือการเชิด (Hold out) หรือกฎหมายปิดปากนั้น จะนำมาใช้ในเรื่องละเมิดไม่ได้ เพราะเหตุว่าหลักความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (Vicarious Liability) นี้ มีพื้นฐานมาจากฐานะ (Status) ของบุคคลมิใช่มาจากหน้าที่ (Function) ของบุคคลนั้น⁹¹.

ความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นนี้ได้พัฒนามาจากหลักภาษิตกฎหมายที่ว่า "ผู้ใดใช้ให้ผู้อื่นทำกิจการใดแทนตน ถือว่าผู้นั้นได้ทำกิจการนั้นเอง" (Qui facit per alium facit per se) ซึ่งหลักนี้สามารถนำมาใช้ได้ทั้งในทางสัญญาและทางละเมิด โดยที่ความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นในทางละเมิดนี้มีลักษณะที่เป็นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นโดยผู้ที่เข้าร่วมรับผิดนั้นมิได้เป็นผู้กระทำความผิดโดยตรง เพียงแต่ปรากฏว่ามีความสัมพันธ์กันในทางลักษณะของสัญญาที่ได้แสดงออกโดยมีการบังคับบัญชา หรือได้ออกคำสั่งเท่านั้น ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายสันนิษฐานให้ต้องร่วมรับผิดกับผู้กระทำละเมิดโดยตรงไว้ก่อน

ดังได้กล่าวแล้วว่าตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากของประเทศ Common Law นั้น เกิดขึ้นได้หลายลักษณะ ซึ่งก็รวมถึงการใช้หลักกฎหมายปิดปากโดยแท้ และเกิดโดยการขยายหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากออกไปอีก ซึ่งจะเห็นว่าแท้จริงตัวแทนเชิดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น จะกระทำโดยไม่มีอำนาจก็ตาม แต่กฎหมายให้ถือว่ากระทำโดยมีอำนาจที่แสดงให้ปรากฏโดยตัวการ (Apparent Authority or Ostensible Authority) เพื่อให้เกิดความรับผิดในทางสัญญา และทางละเมิดแก่ตัวการ เพราะว่าหลักในประเทศ Common Law นั้นจะไม่นำเรื่องตัวแทนกฎหมายปิดปากมาใช้ใน

⁹⁰ไชย เจริญ สันติศิริ, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน หน้าที่ จัดการงานนอกสั่ง, หน้า 193.

⁹¹Lord Lloyd of Hampstead and Others, "Current Legal Problems, 1974, Vol. 27 (London: Stevens & Sons, 1974) P. 60.

ทางละเมิดอีก ก็เพราะเหตุที่ไม่มีความสัมพันธ์หรือการแต่งตั้งกันอย่างจริงจังตามหลักของกฎหมายตัวแทน แต่ตัวแทน เชิดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากก็สามารถทำให้ตัวการต้องรับผิดในผลละเมิดของตนได้ โดยอาศัยอำนาจที่ตัวแทนได้รับดังกล่าวแล้ว เป็นข้อผูกพันให้ตัวการต้องรับผิดในผลละเมิดของตนเอง ซึ่งก็ถือว่าตัวแทน เชิดได้กระทำละเมิดภายในขอบอำนาจ (Scope of Authority)⁹² อย่างหนึ่งเช่นกัน หลักการเช่นนี้เป็นการพัฒนาหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel) ให้มีความเหมาะสมกับการใช้หลักกฎหมายและทฤษฎีกฎหมายในปัจจุบันซึ่งถ้าเป็นเรื่องของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากแล้วตัวการไม่มีสิทธิใด ๆ ทั้งสิ้น⁹³ แต่ความรับผิดทั้งสองกรณีก็ยังคงถือตามหลักความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (Vicarious Liability) อยู่⁹⁴

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมิมีบัญญัติที่ให้ตัวการร่วมรับผิดในผลละเมิดของตัวแทน ซึ่งมีบัญญัติไว้ในมาตรา 427 โดยการเทียบเคียงความรับผิดในผลละเมิดของลูกจ้างที่กระทำภายในขอบของการจ้างนั้นตามมาตรา 425 มาใช้ บัญญัติตามมาตรา 427 นี้ ไม่มีที่มาจากกฎหมายของประเทศใดเลย⁹⁵ เป็นบทบัญญัติที่ได้บัญญัติขึ้นเองโดยแท้ ซึ่งแต่เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 พ.ศ. 2466 นั้นก็ไม่มีบทบัญญัติให้ตัวการต้องร่วมรับผิดในผลละเมิดของตัวแทนเลย⁹⁶ เพิ่งจะมีบทบัญญัตินี้ หลังจากประกาศใช้ประมวล

⁹² Lord Lloyd of Hampstead, "Current Legal Problems 1974," P. 65.

⁹³ American Law Institute, "Restatement of Agency 2d, Vol 1. (Washington: American Law Institute Publisher, 1958), P. 33.

⁹⁴ Lord Lloyd of Hampstead, "Current Legal Problems, 1974", P. 67.

⁹⁵ ไพจิตร ปุณณพันธ์, "กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ" คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519, หน้า 26.

⁹⁶ สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ, "รายงานผลการวิจัยวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี ภาค 3." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2525, หน้า 46.

กฎหมายแห่งและพาณิชย์ เมื่อ ปี พ.ศ. 2468 เป็นต้นมา ซึ่งเหตุผลที่แต่เดิมนั้นไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้นั้น ผู้เขียนเข้าใจว่า ศาลได้เทียบเคียงหลักการในเรื่องความรับผิดในเรื่อง นายจ้างลูกจ้างมาบังคับใช้โดยอนุโลม และในกรณีของตัวแทน เข็ดนั้นก็คงให้รับผิดตามความในมาตรา 821 โดยตรงทั้งในทางสัญญาและทางละเมิด

เมื่อมีบทบัญญัติมาตรา 427 แล้วมีปัญหาว่า บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวนี จะใช้บังคับรวมถึงตัวแทนที่มีได้มีการแต่งตั้ง เช่น ตัวแทนเข็ดได้อีกหรือไม่ ?

เหตุที่มีปัญหา เช่นนี้ก็เพราะเหตุว่า ในเรื่องตัวแทนที่เกิดจากการแต่งตั้งนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนย่อมปรากฏ ดังนั้นการที่จะให้ตัวการรับผิดในผลละเมิดของตัวแทนนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ซึ่งเป็นการอาศัยการเทียบเคียงหลักความรับผิดของลูกจ้างที่กระทำการตามที่จ้าง (In the Scope of Employment) มาใช้ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างนั้น ก็เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาโดยแท้ ดังนั้นจึงไม่มีปัญหาใดที่จะนำหลักดังกล่าวมาเทียบเคียงใช้ใน เรื่องความรับผิดในผลละเมิดของตัวแทนที่กระทำการภายในของอำนาจ (In Scope of Authority)

ดังนั้นจากการที่ได้พิจารณาหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น หรือความรับผิดแทนกัน⁹⁷ (Vicarious Liability) จะเห็นได้ว่า ต้องปรากฏมี ความสัมพันธ์กันในลักษณะที่มีการบังคับบัญชากันมาก่อน แต่ในลักษณะของตัวแทน เข็ดแล้วไม่ปรากฏในเรื่องความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย และไม่มีการบังคับบัญชากันในระหว่างตัวการ และตัวแทน เข็ดเลย แม้ว่าความรับผิดจะอาศัยเทียบเคียงหลักความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นก็ตาม แต่ความรับผิดนี้เป็นความรับผิดในทางสัญญา เพราะเหตุว่าตัวแทน เข็ดนั้น เป็นหลักของนิติกรรมโดยแท้⁹⁸ มิใช่หลักในเรื่องละเมิด จึงเห็นว่า มาตรา 427 ที่อาศัยการพัฒนา

⁹⁷ ไทจิตร ปุญญพันธ์, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลละเมิดของลูกจ้าง, (อุบลราชธานี: อีสานการพิมพ์, 2507) หน้า 2.

⁹⁸ อุหมาย เหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2977/2523 ของท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์.

มาจากหลักความรับผิดชอบ เรื่องนายจ้างลูกจ้างนั้น ไซ้บังคับได้เฉพาะในกรณีตัวแทนที่เกิดจากการแต่งตั้งเท่านั้น จะไม่นำมาบังคับใช้ใน เรื่องตัวแทน เชิดเลย⁹⁹ ประกอบกับในทางปฏิบัติ ศาลไทยจะถือว่าตัวแทน เชิดกระทำการโดยไม่มีอำนาจ ดังนั้นการทาละเมิดของตัวแทน เชิด จึงไม่สามารถที่จะกล่าวได้ว่า กระทาละเมิดภายในขอบอำนาจหรือไม่ แต่คำพิพากษาฎีกา ที่ให้ตัวการรับผิดชอบในผลละเมิดของตัวแทน เชิดโดยอาศัย มาตรา 427 มาไซ้บังคับนั้น ได้ถือหลักว่า ตัวการได้รับประโยชน์จากการ เชิดหรือไม่ ซึ่งถ้าตัวการได้รับประโยชน์แล้วตัวการต้องรับผิดชอบ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 3116/2523 ตัดสินว่า จำเลยที่ 2 เป็นสหกรณ์ มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบการเดินรถยนต์รับจ้างบรรทุกคนโดยสาร ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2531) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2519) ออกตามความในพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2473 คดีนี้แม้จะไม่ได้ความว่า จำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างกินเงินเดือนจากจำเลยที่ 2 ก็ตาม แต่โจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ได้กระทำในกิจการเพื่อประโยชน์ของจำเลยที่ 2 หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกัน และคดีได้ความว่า จำเลยที่ 2 ดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของตนโดยยอมให้จำเลยที่ 1 นำรถแท็กซี่ออกวิ่งรับคนโดยสารในนามสหกรณ์ แท็กซี่สระ จำกัด ซึ่งเป็นชื่อของจำเลยที่ 2 โดยเปิดเผย โดยจำเลยที่ 2 มีผลประโยชน์จากสมาชิกที่นำรถเข้าวิ่งร่วมนั้นเท่านั้น จำเลยที่ 2 เชิดให้จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 นั้นเอง บุคคลทั่วไปย่อมเข้าใจว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้ประกอบการเดินรถแท็กซี่รับบรรทุกคนโดยสารคันนั้นในกิจการของจำเลยที่ 2 เอง ฉะนั้นจำเลยที่ 2 ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 เมื่อจำเลยที่ 1 ขับรถไปกระทาละเมิดอันต้องรับผิดชอบไซ้ค่าเสียหายให้โจทก์เช่นนั้น จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบร่วมด้วยเสมือนเป็นตัวการตัวแทนกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 และมาตรา 821

⁹⁹ ประสิทธิ์ ไชวโกล, "ความรับผิดชอบในการทาละเมิดของผู้อื่น" ตัวการ-ตัวแทน, "วารสารกฎหมาย", ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2520) หน้า 62.

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรกที่วางหลักให้ตัวการรับผิด
ในผลละเมิดของตัวแทนเชิด ตามมาตรา 427 ด้วย ซึ่งต่อมาก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้เดิน
ตามแนวนี้มาอีก เช่นกัน คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1071/2527 ตัดสินว่า โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยที่ 2
เป็นเจ้าของรถยนต์รับจ้างสาธารณะและนำไปวิ่งร่วมกับจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 2 และที่ 3
ได้ว่าจ้างให้จำเลยที่ 1 เป็นผู้ขับซี้ หรือจำเลยที่ 3 ยอมให้จำเลยที่ 1 เชิดจำเลยที่ 3
ออกแสดงเป็นนายจ้างของจำเลยที่ 1 โดยการขับรดดังกล่าวซึ่งมีตราหรือเครื่องหมายอัน
เป็นสัญลักษณ์ของจำเลยที่ 3 ติดอยู่ที่ประตูด้านหลังรถและยังบรรยายฟ้องต่อไปอีกว่า
จำเลยที่ 2 และที่ 3 มีผลประโยชน์ร่วมกันในการใช้รถยนต์ดังกล่าวรับจ้างขนส่งผู้โดยสาร
จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดกับจำเลยที่ 3 ด้วย แสดงให้เห็นว่านอกจากฟ้องขอให้จำเลย
ที่ 2 และที่ 3 รับผิดในฐานะเป็นนายจ้างของจำเลยที่ 1 แล้ว ยังขอให้จำเลยที่ 3 รับผิด
ในฐานะเชิดให้จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 3 ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 243/2530 ตัดสินว่า การที่บริษัทจำเลยที่ 3 ยอมให้
จำเลยที่ 1 นำรถยนต์แท็กซี่ออกแล่นรับคนโดยสารในนามของจำเลยที่ 3 โดยเปิดเผย
และเป็นที่เชื่อได้ว่าจำเลยที่ 3 จะต้องได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้
ตราบริษัทจำเลยที่ 3 ติดอยู่ที่ข้างรถดังกล่าวย่อมทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าจำเลยที่ 3
เป็นผู้ประกอบการเดินรถยนต์รับจ้างนั้นในกิจการของจำเลยที่ 3 เอง การกระทำของ
จำเลยที่ 3 เป็นการเชิดจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนจำเลยที่ 3 จึงต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอก
ผู้สุจริตที่ได้รับความเสียหายจากผลแห่งการละเมิดของจำเลยที่ 1 เสมือนจำเลยที่ 1
เป็นตัวแทนของตน

คำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านี้ได้วางหลักในเรื่องผลประโยชน์ที่ตัวการได้รับจาก
ตัวแทนเชิด จึงต้องรับผิดในผลละเมิดด้วย ซึ่งในเรื่องนี้โดยความเคารพผู้เขียนเห็นว่า
หลักในเรื่องความรับผิดในผลละเมิดของตัวแทนโดยทั่วไปตามมาตรา 427 นั้นมิใช่จะพิจารณา
เฉพาะผลประโยชน์ของตัวการเพียงอย่างเดียว แต่จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้คือ¹⁰⁰

¹⁰⁰ Lord Lloyd of Hampstead, "Current Legal Problems,"

- ก.) ตัวการได้แต่งตั้งให้ตัวแทนกระทำการอย่างใด ๆ และผลละเมิด
ได้ขึ้นจากการกระทำการขึ้นโดยกระทำโดยมีความสัมพันธ์กันในฐานะตัวแทนและมีอำนาจ
อย่างชัดแจ้ง หรือตัวการจัดวางให้ตัวแทนอยู่ในฐานะที่ตัวแทนจะทำการฉ้อฉลบุคคลอื่นได้
- ข.) ตัวแทนกระทำละเมิดภายในขอบอำนาจนั้น
- ค.) ตัวแทนได้กระทำละเมิดขณะครอบครองทรัพย์สินของตัวการโดย
ครอบครองทรัพย์สินนั้นตามคำสั่งหรือคำแนะนำของตัวการและกระทำเพื่อประโยชน์ของตัวการ

หลักเกณฑ์เหล่านี้หาได้มีใน เรื่องตัวแทน เชิดครบทุกประการไม่ ยิ่งกว่านั้น
คำพิพากษาฎีกาที่ 1071/2527 ยังได้ให้ความสับสนเกี่ยวกับ เรื่องนายจ้างลูกจ้าง และตัวแทนเชิด
เป็นอย่างมาก เพราะกรณีทั้งสอง เรื่องความรับผิดในผลละเมิดที่ศาลได้นำมาใช้ นั้น อาศัยความรับผิด
ในผลละเมิดที่เกิดจากสัญญา (นายจ้างลูกจ้าง) และที่ไม่เกิดจากสัญญา (ตัวแทนเชิด)
มาปนเปกัน ทำให้หลักในเรื่องนี้ยังกว้างไกลอยู่ ส่วนคำพิพากษาฎีกาที่ 243/2530 นั้น
ข้อเท็จจริงออกจะชัดแจ้งว่าเป็น เรื่องของการเช่าทรัพย์สิน และไม่มีบทบัญญัติให้ผู้เช่าต้อง
ร่วมรับผิดในผลละเมิดของผู้เช่าด้วยเลย

มาตรา 427 เป็นข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย¹⁰¹ (Presumption
of Fault) ที่ว่า บุคคลอาจมีส่วนผิดอยู่ด้วยในการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลนั้น
หรือมีความบกพร่องในการควบคุมดูแล จึงเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นโดย
ผู้ที่อยู่ได้บังคับบัญชาควบคุมดูแลของบุคคลที่ต้องรับผิดนั้น ที่ว่ามีส่วนผิดนั้น หมายความว่า
ยังไม่แน่นอนว่าความเสียหายจะเกิดจากความผิดของบุคคลนั้น ๆ ด้วยหรือไม่ ซึ่งข้อสันนิษฐาน
ความผิดทางกฎหมายนี้เป็นข้อยกเว้นในการทำลายละเมิดโดยตนเองตามมาตรา 420 ซึ่ง
มาตรา 427 เป็นความผิดที่ผู้ต้องรับผิดไม่ต้องมีจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

¹⁰¹ไพจิตร ปุญญพันธ์, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด
(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518), หน้า 59.

ข้อสันนิษฐานนี้ต้องตีความโดยเคร่งครัด และไม่ควรมนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้¹⁰² ดังนั้นคำว่า "ตัวแทน" ในมาตรา 427 นั้นจึงหมายถึงเฉพาะตัวการตัวแทนที่แท้จริงที่เกิดจากการแต่งตั้งเท่านั้น ไม่ควรขยายความรวมถึงสิ่งที่เรียกว่าเสมือนตัวการหรือเสมือนตัวแทน ตามมาตรา 821

4.5 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์เรื่องตัวแทนเชิดกับหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel) และหลักการแสดงให้ปรากฏซึ่งอำนาจของตัวการ (Apparent Authority or Ostensible Authority)

หลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel) และหลักการแสดงให้ปรากฏซึ่งอำนาจของตัวการ (Apparent Authority or Ostensible Authority) ได้เปรียบเทียบไว้แล้วในบทที่ 3 ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงจะขอเปรียบเทียบโดยยึดถือเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทนเชิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักในการเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ทั้งสองประการ

หลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทนเชิดนี้ ถือว่าเป็นหลักของนิติกรรมโดยแท้¹⁰³ ซึ่งต่างจากหลักของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากที่มีรากฐานมาจากหลักในเรื่องการหลอกลวงหรือการฉ้อฉล ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางละเมิด¹⁰⁴ ในเรื่องของรากฐานการเกิดของตัวแทนเชิดนี้ จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับหลักการแสดงออกให้ปรากฏซึ่งอำนาจของตัวการ (Apparent Authority) มากกว่าหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก เพราะเหตุว่าหลักการแสดงให้ปรากฏซึ่งอำนาจของตัวการนั้น ก็มีรากฐานและใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญา¹⁰⁵ เช่นกัน โดยถือว่า

¹⁰² จิต เศรษฐบุตร, "กฎหมายแห่งลักษณะละเมิด," คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518, หน้า 164.

¹⁰³ ดูบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2977/2523 ของท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์.

¹⁰⁴ F.M.B. Reynolds, Bowstead on Agency, P. 290.

¹⁰⁵ G.H.L. Fridman, The Law of Agency, P. 103.

สัญญาที่ตัวแทนไปกระทำการกับบุคคลที่ 3 นั้น กลับมาเป็นสัญญาที่ผูกพันตัวการได้ และถือว่าการแสดงออกของตัวการ เช่นนั้น เป็นการให้อำนาจแก่ตัวแทนไปกระทำการแทนตัวการ ในเรื่องนี้ หลักเกณฑ์ใน เรื่องตัวแทน เชิด ไม่มีปรากฏโดยถือว่าตัวการและตัวแทนไม่มีความ เกี่ยวพันกัน ในทางสัญญา ดังนั้นตัวแทนจึงกระทำการไปโดยปราศจากอำนาจ ซึ่งสัญญาที่ตัวแทนไปกระทำ กับบุคคลที่สามนั้นก็ไม่มีผลผูกพันตัวการเลย แต่ เป็น เรื่องที่ตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม จากการแสดงออกของตน เช่นนั้น

การใช้บังคับกฎหมายในเรื่องตัวแทน เชิดนั้นได้ใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทน โดยกฎหมายปิดปากไม่ว่าจะเป็นหลักในเรื่องตัวแทนที่เกิดจากหลักกฎหมายปิดปาก (Agency Created by Estoppel) หรือหลักตัวแทนที่ขยายโดยหลักกฎหมายปิดปาก (Agency Extended by Estoppel) ก็ดี ซึ่งผลที่ตามมาทำให้เกิดความรับผิดชอบของตัวการต่อบุคคลภายนอก เพียงประการ เดียว เท่านั้น เมื่อมีความเสียหายหรือการ เปลี่ยนแปลงฐานะของบุคคลที่สามแล้ว

ในประเทศ Common Law เอง ซึ่งเป็นต้นแบบของแนวความคิดตัวแทน โดยกฎหมายปิดปาก ก็เห็นความบกพร่องของหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก กล่าวคือ หลักเกณฑ์นี้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ได้ทั้งหมด เพราะเหตุว่า เมื่อไม่มีความเสียหายหรือเปลี่ยนแปลงฐานะของบุคคลที่สามแล้ว หลักเกณฑ์ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากก็ยังไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ จึงทำให้เกิดความคิดที่จะนำหลักเกณฑ์การแสดงออกให้ปรากฏซึ่งอำนาจของตัวการมาใช้บังคับในระหว่างที่ความเสียหายหรือการเปลี่ยนแปลงฐานะของบุคคลที่สามยังไม่เกิดขึ้นนี้ โดยให้ถือว่าตัวการมีความผูกพันกับบุคคลที่สามด้วยในระหว่างนั้นและถือว่าตัวแทนกระทำโดยมีอำนาจด้วยเช่นกัน ซึ่งผลของการพัฒนาหลักเกณฑ์เหล่านี้ ทำให้หลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้พัฒนาไปไกลกว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทน เชิดของไทยและการพัฒนาเช่นนี้ ทำให้ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้เข้าสู่ระบบกฎหมาย หรือ เจตนาธรรมของหลักกฎหมายตัวแทนอย่างแท้จริง ซึ่งจะมีผลนำหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากไปใช้ในเรื่องอื่น ๆ ได้อย่างมีเหตุผลด้วย เช่น ในเรื่องความรับผิดชอบของตัวการในผลละเมิดของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก เป็นต้น

ส่วนหลัก เกณฑ์ในเรื่องตัวแทน เขตของไทยนั้นพอจะ เทียบ เคียงได้กับ

หลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากของ Common Law ซึ่งข้อบกพร่องดังกล่าวในเรื่องนี้ทำให้หลักในเรื่องตัวแทน เขตของไทยนั้นแทบจะไม่มีลักษณะที่ตรงกับ เจตนารมณ์ของกฎหมายตัวแทนเลยทีเดียว ก็เพราะเหตุว่า ในทางปฏิบัตินั้นการใช้หลักในเรื่องนี้จะนำแนวความคิดในเรื่องหลักกฎหมายปิดปากมาใช้ ซึ่งต้องมีความเสียหายของบุคคลที่สาม เกิดขึ้นก่อนจึงจะใช้บังคับได้ และเมื่อประกอบกับการพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 821 ได้ กำหนดให้ตัวการรับผิดชอบบุคคลภายนอก จึงทำให้การใช้กฎหมายในเรื่องนี้สับสนยิ่งขึ้น คือ เมื่อมีกรณีตามมาตรา 821 แล้ว ตัวการต้องรับผิดชอบเพียงประการเดียว เท่านั้น ทั้งที่ความสัมพันธ์ทางลักษณะของกฎหมายตัวแทนก็ไม่ปรากฏขึ้นเลย ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า ถ้าไม่เกิดความเสียหายแล้วจะนำมาตรา 821 มาบังคับใช้ได้หรือไม่ ปัญหาเช่นนี้กฎหมาย Common Law ได้แก้ไขไว้แล้วในแนวทางดังกล่าวข้างต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางที่ถูกต้องตามกฎหมายลักษณะตัวแทน เพราะจะทำให้รู้ถึงขอบอำนาจในการกระทำการของตัวแทน เขตด้วย

หลักเกณฑ์ในมาตรา 821 มิได้บัญญัติถึงความเสียหายของบุคคลที่สามว่า จะต้องมีขึ้นหรือไม่ จึงจะทำให้ตัวการต้องรับผิดชอบ ถ้ามีลักษณะการแสดงออกครบหลักเกณฑ์ตามมาตรา 821 แล้ว แต่ความเสียหายของบุคคลที่สามยังไม่เกิดขึ้น ตัวการจะต้องรับผิดชอบหรือผูกพันกับบุคคลที่สามอย่างไรบ้าง กรณีเช่นนี้ไม่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกา ซึ่งในทางปฏิบัติถ้าไม่มีความเสียหายแก่บุคคลที่สามแล้ว เขาก็คงจะไม่นำคดีขึ้นฟ้องร้องขึ้นมา ซึ่งกรณีเช่นนี้ ถ้าหลัก เกณฑ์ เรื่องตัวแทน เขตยังคงอาศัยหลักกฎหมายปิดปาก เป็น เกณฑ์แล้ว ก็ไม่สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย