

บทที่ 2

ตัวแทนโดยปริยายในกฎหมายไทย

ในบทนี้ จะเป็นการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับตัวแทนโดยปริยายในกฎหมายไทยที่ผู้เขียนได้รวบรวมมาจากแนวความคิดเห็นของนักกฎหมายไทย จากตำรากฎหมายต่าง รวมทั้ง คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับตัวแทนโดยปริยายอีกด้วย เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ สำหรับปัญหาที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับตัวแทนโดยปริยายในบทที่ 4 ต่อไป

2.1 หลักกฎหมายตัวแทนในประเทศไทย

2.1.1 ก่อนที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น แต่เดิมกฎหมายไทยไม่มีการบัญญัติถึงเรื่องตัวแทนไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง จะมีที่เห็นเด่นชัด ดังปรากฏความในประวัติศาสตร์ สมัยพระบาทสมเด็จพระนารายณ์มหาราช แห่งกรุงศรีอยุธยา มีตำแหน่งพระศรีพิพัฒน์ ทำหน้าที่เป็นตัวแทนการซื้อขายของพระคลังสินค้า ตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว เช่นเดียวกับสมัยนี้ ดังความตอนหนึ่งในกฎหมายเกาลักษณ์ะหนี่ว่า บุตรภู่นี้ใส่ชื่อบิดามารดาเป็นผู้กู้ในสัญญา กิติ ภริยาภู่นี้ใส่ชื่อสามีเป็นผู้กู้ กิติ ให้บิดามารดาหรือสามีแล้วแต่กรณีผู้มีชื่อในสัญญานั้นรับผิดชอบเจ้าหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ได้กล่าวให้บิดามารดาหรือสามีนั้นทราบแล้ว¹

ดังนั้น ก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การเล่าเรียนการศึกษา ตลอดจนถึงโรงถึงศาล ที่จะต้องใช้กฎหมายเรื่องตัวแทนวินิจฉัย ได้ใช้กฎหมายอังกฤษเป็นหลัก ที่เป็นดังนี้ ก็เพราะอาจารย์กฎหมายสมัยนั้น ศึกษาวิชากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสมเด็จพระมหาลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ผู้ทรงสถาปนา

¹ สติธย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2539), หน้า 33.

โรงเรียนกฎหมายขึ้นในกระทรวงยุติธรรมนั้น ก็ทรงสำเร็จวิชากฎหมายจากประเทศอังกฤษตั้งนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายตัวแทนของไทยมีที่มาจาก Law of Agency ของประเทศอังกฤษนั่นเอง³

ต่อมา เมื่อการค้าเจริญมากขึ้น มีการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศมากขึ้น โดยเฉพาะประเทศในแถบยุโรป เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ก็ต้องมีการฟ้องร้องกันในประเทศไทยซึ่งต่างชาติ (มีอังกฤษ และฝรั่งเศสเป็นสำคัญ) เห็นว่า กฎหมายไทยยังล้าหลัง ไม่ยอมรับ เขาจึงตั้งศาลขึ้นเอง เพื่อตัดสินคนของเขา ศาลนั้นเรียกว่า ศาลกงสุล คือใช้ผู้พิพากษาศาลาการที่เป็นชาวต่างประเทศตัดสิน ซึ่งสมัยนี้ เป็นยุคสมัยที่ประเทศไทย เสียเอกราชทางการศาล และถึงแม้ว่าต่อมา จะมีการผ่อนคลาย ให้ผู้พิพากษาไทยไปร่วม กับผู้พิพากษาต่างประเทศ ตัดสินคนในบังคับต่างประเทศที่เป็นผู้ต้องหา⁴ ซึ่งในที่สุด ประเทศไทยจึงได้เริ่มตั้งกรรมการชำระสะสางกฎหมาย ปรับปรุง ยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.1.2 ภายหลังมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยรวมเป็นฉบับเดียวกัน คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศสวีเดนอร์แลนด์ ไม่ได้แยกออกเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์เหมือนประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลีและญี่ปุ่น เพราะการค้าของประเทศไทยในสมัยก่อนไม่กว้างขวาง จนจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองในทางพาณิชย์เป็นพิเศษกว่าในทางแพ่ง โดยมีการประกาศใช้บรรพ 1 หลักทั่วไป และ 2 หน้า ก่อน ณ วันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2466 และมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย ณ วันที่ 1 มกราคม

² สติติย์ เล็งไธสง, "สัญญาตัวแทน," วารสารจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับที่ 3 (ธันวาคม 2528) : 34, อ้างถึงใน ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายตัวแทน- นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 15.

³ สรรเสริญ ไกรจิตติ, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า, หน้า 3.

⁴ มาโนช สุทธิวาทนฤพุฒิ, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า, หน้า 4.

พ.ศ. 2467 แต่คณะกรรมการตรวจชำระประมวลกฎหมายและกรมร่างกฎหมาย เห็นว่ามี ข้อบกพร่องอันควรได้รับการแก้ไขมาก คณะกรรมการพิเศษตรวจชำระประมวลกฎหมาย จึงขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เลื่อนการใช้ออกไปอีก 1 ปี คือให้ใช้ใน วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2468 ⁵

ส่วนบรรพ 3 เอกเทศสัญญานั้น มีการประกาศใช้แบ่งออกเป็น 2 ครั้งด้วยกัน ได้แก่

2.1.2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2467

ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 ในส่วนของตัวแต่นั้น อยู่ในลักษณะ 15 ตั้งแต่มาตรา 797 จนถึง 838 เฉพาะหมวด 6 เป็นเรื่องตัวแต่นอกประเภทหนึ่ง คือ ตัวแต่นำ คำต่าง

มาตรา 797 วรรคสอง ปรากฏเรื่องตัวแต่นโดยปริยายไว้อย่างชัดเจน โดยเนื้อความของมาตรา 797 วรรคสอง บัญญัติว่า “อันความเป็นตัวแต่นั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัด ๆ โดยปริยายก็ย่อมได้” จนต่อมาอีกสี่ปี เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2471 รัฐได้ประกาศยกเลิกบรรพ 3 เนื่องจากมีการพูดกันมากในหมู่นักกฎหมายว่ากฎหมายที่ประกาศใช้นั้นไม่สมบูรณ์ บรรพ 3 ที่ประกาศใช้เมื่อปี 2467 จึงถูกยกเลิกไป

2.1.2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2471 ^{**}

ประมวลกฎหมายฉบับนี้ยังใช้อยู่เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน สำหรับเรื่องตัวแต่นั้น ยังอยู่ในลักษณะ 15 เหมือนเดิม ตั้งแต่มาตรา 797 จนถึง 844 เฉพาะหมวด 6 เป็นเรื่องของตัวแต่น

⁵วิชา มหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 57-58.

พระราชกฤษฎีกา ให้ใช้บรรพ 3 และเลื่อนเวลาใช้บรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

^{**}พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่

คำต่าง และมาตรา 797 วรรคสองยังคงข้อความเช่นเดิมว่า ความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยปริยายก็ได้

ในบรรพ 3 ที่แก้ไขใหม่นี้ยังได้เพิ่มหลักเกณฑ์ใหม่ คือ ในเรื่องกิจการที่กฎหมายบังคับว่า ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งเดิมบัญญัติไว้เฉพาะแต่เรื่อง กิจการที่ต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้น จะต้องทำเป็นหนังสือด้วย แต่หลังจากประกาศใช้บรรพ 3 ฉบับใหม่แล้ว ถ้าการตั้งตัวแทนนั้นได้ตั้งในวันหรือหลังวันที่ได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 คือวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2472 กิจการใดที่กฎหมายบังคับว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการนั้นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วยจึงจะใช้ได้⁶

นอกจากนั้นแล้ว ยังเปลี่ยนแปลงหลักการของมาตรา 805 ใหม่อีกด้วย กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เก่า มาตรา 805 บัญญัติว่า ในกิจการอันหนึ่งอันเดียวกัน ผู้ใดเป็นตัวแทนของอีกฝ่ายหนึ่งอยู่แล้วจะไปเป็นตัวแทนของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ หรือจะไปเป็นตัวแทนของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยกันก็ไม่ได้ แต่ตามมาตรา 805 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่ใช้อยู่ในเวลานี้ ตัวแทนทำนิติกรรมใดๆ ในนามของตัวการทำกับตนเองในนามของตนเองหรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกก็อาจทำได้ ถ้าหากตัวการได้ให้ความยินยอมด้วย แต่ถ้านิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้แล้ว แม้ตัวการมิได้ให้ความยินยอม ตัวแทนก็ทำการชำระหนี้ได้⁷

กล่าวโดยสรุป กฎหมายตัวแทนของไทยนั้น ถ้าดูจากตรรกะที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึง 5 ของพระยามานวราชเสวีแล้ว ก็คงพบว่า นอกจากกฎหมายอังกฤษแล้ว ก็ยังมีกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ และญี่ปุ่นที่เป็นที่มาของตัวบทในเรื่องตัวแทนของไทยด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของตัวแทน ข้อใหญ่ใจความก็ยังอยู่ในแนวเดียวกับกฎหมายอังกฤษจะมีแตกต่างบ้างก็เป็นส่วนน้อย⁸

⁶ โปรดดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 798

⁶ หลวงประพนธ์นิติสารคดี, ปราชญ์กฎหมาย ภาค 3 (ม.ป.ท.), หน้า 11-12.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

⁸ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายตัวแทน - นายหน้า, หน้า 15-16.

2.2 ลักษณะและการเกิดของตัวแทนโดยปริยาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือ สัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น”

และในวรรคสอง บัญญัติว่า “อันความเป็นตัวแทนนั้น จะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 797 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่า สัญญาตัวแทนต้องเกิดขึ้นจากสัญญา คือ ประกอบด้วยความตกลงยินยอมของตัวการและตัวแทนทั้งสองฝ่าย เช่นเดียวกับหลักในเรื่องสัญญาธรรมดา⁹

และจากวรรคสอง ของมาตรา 797 จะเห็นได้ว่า การเกิดของสัญญาตัวแทนนั้นอาจเกิดจากการแต่งตั้งโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย กล่าวคือ มีการแสดงเจตนากันโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายระหว่างตัวการและตัวแทนที่จะทำสัญญาตัวแทน¹⁰

บทบัญญัติวรรค 2 ของมาตรา 797 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้ให้ความหมาย หรือลักษณะของตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยปริยายไว้ เพียงแต่บัญญัติว่าตัวแทนอาจเกิดขึ้นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายเท่านั้น อาจจะเป็นเพราะ คำว่า “โดยปริยาย” นี้ กินความกว้างขวางมาก จะวางกฎเกณฑ์ลงไปว่าแค่ไหนเพียงใด เรียกว่าโดยปริยายนั้นย่อมทำไม่ได้ ต้องอาศัยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นเรื่องๆ ไปว่า การกระทำหรือการแสดงออกอย่างนั้นพอจะถือได้ว่าตกลงยินยอมเป็นตัวแทนกันหรือไม่¹¹ และจะถือว่าการที่คนเรานิ่งเฉยนั้น จะถือว่าเขาได้ตกลงหรือยินยอมโดยปริยายด้วยนั้นไม่ได้เนื่องจากโดย

⁹ไชยเจริญ สันติศิริ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้าจัดการงานนอกสั่ง, หน้า 5.

¹⁰ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายตัวแทน - นายหน้า, หน้า 17.

¹¹หลวงสุทธิมนต์ธนาท, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน, นายหน้า (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2510) , หน้า 4.

หลักการแล้ว การนิ่งเฉยนั้นมีหลักอยู่ว่า "นิ่งเสียจะถือว่ายินยอมไม่ได้" ถ้าเป็นการนิ่งในสิ่ง ที่นิ่งได้ ไม่ต้องตอบต้องพูดหรือปฏิเสธอย่างไร การนิ่งเช่นนั้น ก็ไม่ถือว่ายินยอม แต่ถ้านิ่งใน สิ่งที่ไม่ควรนิ่ง และควรจะต้องตอบต้องพูดหรือปฏิเสธแล้ว การนิ่งนี้ก็อาจถือว่าเป็นการยอม รับ และต้องถูกผูกมัดรับผิดชอบโดยผลของการนิ่งนั้นได้¹²

เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องค้นคว้าถึงความหมายของตัวแทนโดยปริยาย รวมทั้ง การเกิดและลักษณะ จากตำรากฎหมายต่างๆ ซึ่งบรรดานักนิติศาสตร์ทั้งหลายต่างก็ได้อ พยายามให้คำอธิบายไว้อย่างมากมาย เพื่อเป็นพื้นฐานสำหรับทำความเข้าใจในการศึกษาถึง หลักกฎหมายตัวแทนโดยปริยาย ดังที่ผู้เขียนได้รวบรวมดังต่อไปนี้

อาจารย์บุญช่วย วณิกกุล ได้อธิบายว่า กฎหมายจะถือว่าบุคคลคนหนึ่งเป็นเอเยนต์ ของอีกคนหนึ่งโดยกิริยานั้นคือ เมื่อคนสองคนได้แสดงกิริยาเกี่ยวข้องกัน ซึ่งตามความคิดของ คนธรรมดาจะเข้าใจได้ว่าคนหนึ่งให้อำนาจอีกคนหนึ่งกระทำการแทนตน¹³

หลวงประพนธ์นิติสารร์ ได้อธิบายว่า ในเรื่องความเป็นตัวแทนอันเกิดโดยการตั้งแต่ง โดยปริยายนั้น จะชี้ให้เห็นความยินยอมของตัวการและตัวแทนว่ามีอยู่ได้อย่างไรนั้น พอหวัง หลักได้ ดังนี้ สำหรับความยินยอมของตัวการนั้น พึงทราบได้ว่ามีอยู่เมื่อปรากฏว่ามีบุคคล หนึ่งอยู่ในฐานะ ซึ่งตามปกติแห่งความเป็นอยู่ทำให้เป็นที่เข้าใจว่า บุคคลนั้นได้รับมอบ อำนาจจากบุคคลอีกคนหนึ่งให้ทำการแทนได้... และสำหรับความยินยอมของตัวแทนนั้นพึง เห็นได้ เมื่อตัวแทนได้กระทำการหรืออ้างว่าได้กระทำการแทนตัวการ และเมื่อตัวการได้ฟ้องตัว แทนแล้ว กฎหมายไม่ยอมให้ตัวแทนโต้เถียงว่า ความจริงตนมิได้ทำการเป็นตัวแทน เมื่อเป็น

* คำพิพากษาฎีกาที่ 151/2483 วินิจฉัยว่า แต่เพียงการที่จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของรวมคน หนึ่ง ไม่ไปคัดค้านต่ออำเภอ ในการที่อำเภอออกประกาศเรื่องเจ้าของร่วมอีกคนหนึ่งจะขายที่ พินาทให้แก่โจทก์นั้น ยังไม่เป็นเหตุพอให้ถือได้ว่า จำเลยได้ยินยอมให้ขายที่พินาทแก่โจทก์

¹² สรรเสริญ ไกรจิตติ. กฎหมายว่าด้วย ตัวแทน และนายหน้า. หน้า 44.

¹³ บุญช่วย วณิกกุล, หลักกฎหมายว่าด้วยนายกับเอเยนต์. พิมพ์ครั้งที่ 2

(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์บุญช่วยเจริญ, 2463) , หน้า 14.

เช่นนี้แล้ว ย่อมได้ชื่อว่าตัวแทนได้ให้ความยินยอมในการที่ตนทำการแทนหรืออ้างว่าทำการแทนไปนั้น¹⁴

หลวงสุทิมณฑนฤนาท ได้อธิบายว่า การเป็นตัวแทนโดยปริยายก็คือไม่ใช่แต่งตั้งโดยตรง แต่ด้วยการแสดงออกของตัวการและตัวแทน เป็นที่เข้าใจได้ว่าได้มีการตกลงยินยอมกัน เช่นนั้น คือตัวการก็ตกลงให้ผู้นั้นเป็นตัวแทน ผู้นั้นก็ตกลงยินยอมทำการเป็นตัวแทนด้วย¹⁵

ขุนประเสริฐสุภามาตรา ได้อธิบายว่า การตั้งตัวแทนโดยปริยาย เกิดขึ้นโดยเป็นที่เข้าใจกันจากการปฏิบัติ กล่าวคือบางที่ตัวการเสนอโดยตรงให้ใครอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทน แต่นั้นไม่สนองรับอะไรแม้แต่ผงกศรี ษะรับคำก็ไม่ได้แสดงออกมา แต่ว่าครั้นแล้วก็ไปทำงานให้ตรงตามที่ตัวการได้เสนอไว้จึงจะเกิดเป็นเรื่องตัวแทนโดยปริยายขึ้น¹⁶

ศาสตราจารย์ ไชยเจริญ สันติศิริ ได้อธิบายว่า ความเป็นตัวแทนโดยปริยาย อาจเกิดขึ้นได้ด้วยกิริยาอาการ หรือความประพฤติของผู้เป็นฝ่ายตามสัญญาได้แสดงออก และกิริยา เช่นนั้นพึงอนุมานได้ว่าเป็นการยินยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตน... คำว่า "โดยปริยาย" นี้ หมายความว่ารวมทั้งความยินยอมของตัวการและตัวแทนด้วยกันทั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ ไม่ใช่จะถือเอาแต่ความตกลงของตัวการข้างเดียว ส่วนทางตัวแทนนั้น ตัวแทนอาจให้ความตกลงรับเป็นตัวแทนโดยปริยายก็ย่อมทำได้... นอกจากนี้แล้วความเป็นตัวแทนในประเภทนี้อาจเกิดขึ้นได้ เพราะตำแหน่งหรือความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นฝ่ายก็ได้ เช่นในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญ¹⁷

¹⁴หลวงประพนธ์นิติสรณ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477 (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477) , หน้า 19-20.

¹⁵หลวงสุทิมณฑนฤนาท, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า , หน้า 4.

¹⁶ขุนประเสริฐสุภามาตรา, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2489 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, หน้า 24.

¹⁷ไชยเจริญ สันติศิริ คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, หน้า 53-56.

อาจารย์ กุศล บุญเย็น ได้อธิบายว่า ความเป็นตัวแทนโดยปริยายอาจเกิดขึ้นได้ 2 ประการ ประการแรกเป็นกรณีที่อยู่กันจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะโดยที่เป็นเรื่องเคยปฏิบัติต่อกันมาจนเป็นปกติ ไม่จำเป็นต้องมอบหมายกันอีก หรือตามพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกันบ่งชี้ว่าเป็นการทำแทน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มีสัญญาระหว่างกันโดยปริยาย ประการที่ 2 ความสัมพันธ์เป็นตัวแทนมีต่อกันตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องนั้นๆ เช่นเรื่องเจ้าของรวม¹⁸

อาจารย์สรรเสริญ ไกรจิตติ ได้อธิบายว่า ความเป็นตัวแทนโดยปริยายนี้ อาจเกิดขึ้นได้ด้วยกิริยาอาการ การกระทำ งดเว้นกระทำ การประพฤติปฏิบัติต่อกันและกันของผู้เป็นฝ่ายในสัญญา และการกระทำหรือความประพฤติเช่นนั้นพอที่จะอนุมานได้ว่าเป็นการยินยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตนหรืออีกนัยหนึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าความเป็นตัวแทนโดยปริยายนี้ เกิดขึ้นได้โดยผลของการกระทำหรืองดเว้นกระทำ ระหว่างผู้ที่เป็นตัวแทนแสดงออกต่อบุคคลภายนอก ผู้เกี่ยวข้องจนทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจหรือคาดคิด หรือสันนิษฐานตามเหตุผลของการปฏิบัติต่อกันนั้นได้ว่า บุคคลคู่นี้เป็นตัวแทนซึ่งกันและกัน¹⁹

รองศาสตราจารย์ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย ได้อธิบายว่า ตัวแทนประเภทนี้ไม่ได้รับการแต่งตั้งโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ มิได้มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาที่จะเป็นตัวแทนกัน แต่จากการแสดงออกที่ปฏิบัติต่อกันประกอบกับจากลักษณะของงานนั่นเอง ทำให้เป็นที่เข้าใจว่าได้มีการตกลงยินยอมเป็นตัวแทนกันแล้วโดยปริยาย²⁰

ผู้ช่วยศาสตราจารย์มาโนช สุทธิวาทนะฤทธิ ได้อธิบายว่า การแต่งตั้งตัวแทนโดยปริยาย เป็นการแต่งตั้งโดยไม่ชัดแจ้ง ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่วู่วาม ของตัวการ ตัวแทน และบุคคลภายนอก ซึ่งได้กระทำต่อกัน คือ การตั้งตัวแทนแบบนี้เป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะทราบได้โดยชัดเจนนอกจากดูพฤติการณ์ การตั้งตัวแทนของตัวการเท่านั้น ...นอกจากนั้น

¹⁸กุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541) , หน้า 12-13.

¹⁹สรรเสริญ ไกรจิตติ, กฎหมายว่าด้วย ตัวแทน และนายหน้า, หน้า 44-45.

²⁰จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน - นายหน้า จ้างทำของ, หน้า 13.

ตัวแทนโดยปริยายยังเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายได้อีกด้วย ตามมาตรา 802, 821, 822, 1025, 1042 และ 1167²¹

อาจารย์สถิตย์ เล็งไธสง ได้อธิบายว่า สัญญาตัวแทนโดยปริยาย คือสัญญาตัวแทนที่ตัวการมิได้ออกปากมอบหมายหรือสั่งการเป็นคำพูดหรือเป็นลายลักษณ์อักษร แต่แสดงออกด้วยกิริยาอาการ หรือการกระทำโดยอาศัยพฤติการณ์ตลอดจนธรรมเนียมและทางปฏิบัติระหว่างเขาทั้งสองพึงอนุมานได้ว่าตัวการยินยอมให้ตัวแทนกระทำการนั้นๆ แทนตน²²

ศาสตราจารย์ ดร. ไผทชิต เอกจริยกร ได้อธิบายว่า การเป็นตัวแทนโดยปริยายก็คือ ตัวแทนที่ไม่ได้รับการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ แต่ด้วยการแสดงออกของตัวการและตัวแทน เป็นที่เข้าใจได้ว่าการตกลงยินยอมกันเช่นนั้น²³

ศาสตราจารย์ กมล สนธิเกษตริน ได้อธิบายว่า ตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้น โดยมีได้แต่งตั้งโดยชัดแจ้ง อันได้แก่

- 1.) กิริยาอาการที่ผู้ซึ่งเป็นตัวการและผู้ซึ่งเป็นตัวแทนแสดงออก หรือโดยพฤติการณ์ในเรื่องนั้นๆ ทำให้พึงเข้าใจว่าเป็นเจตนาของตัวการที่จะให้ตัวแทนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนตน และตัวแทนตกลงโดยปริยายรับทำการแทนให้
- 2.) กรณีที่เป็นตัวแทนโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉิน
- 3.) กรณีที่เป็นตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก²⁴

อาจารย์ ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา ได้อธิบายว่า สัญญาตัวแทนโดยปริยายนั้น อาจเป็นพฤติกรรมหรือข้อเท็จจริง ซึ่งส่วนมากจะเป็นการกระทำของตัวแทน กระทำให้เห็นว่าเป็นการทำแทนตัวการ ซึ่งอาจจะเคยมอบหมายให้ทำกิจการนั้นมาบ้างแล้ว ต่อมาทำขึ้นอีก โดยไม่ได้มอบหมายก็ได้ และความเป็นตัวแทนโดยปริยายอาจเกิดจากหน้าที่ตามที่กฎหมาย

²¹ มาโนช สุทธิวาทนฤพตฺธิ, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า, หน้า 36, 66, 70.

²² สถิตย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 42.

²³ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายตัวแทน - นายหน้า, หน้า 61.

²⁴ กมล สนธิเกษตริน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536), หน้า 22.

บัญญัติให้บุคคลทำการแทนกันหรือบุคคลทำหน้าที่แทนกัน เช่นเรื่องเจ้าของรวม, ห้างหุ้นส่วนสามัญ²⁵

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สรพล สุขทรศนีย์ ได้อธิบายว่า การตั้งตัวแทนโดยปริยาย หมายถึง ไม่ได้มีการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ แต่โดยพฤติการณ์ หรือการกระทำที่ตัวการและตัวแทนปฏิบัติต่อกัน พอถือได้ว่าเป็นตัวแทน เช่น ตัวแทนเชิดหรือที่เราเรียกกันว่า ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้นก็ถือว่าเป็นตัวแทนโดยปริยาย...นอกจากที่กล่าวแล้ว การตั้งตัวแทนโดยปริยายอาจเกิดได้อีกกรณีหนึ่งคือ เกิดจากการให้สัตยาบันของตัวการ²⁶

กล่าวโดยสรุปแล้ว ตัวแทนโดยปริยายตามความเห็นของนักกฎหมายไทยนั้น ถือว่าเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง ซึ่งไม่ได้เกิดจากการแต่งตั้งหรือตกลงระหว่างคู่สัญญา คือ การตกลงไม่ปรากฏชัดแจ้ง ไม่ว่าจะป็นด้วยทางวาจาหรือลายลักษณ์อักษร และหากพิจารณาจากคำอธิบายต่างๆที่ผู้เขียนได้รวบรวมไว้ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าตามความเห็นของนักกฎหมายไทยนั้น ความเป็นตัวแทนโดยปริยายนั้น อาจเกิดขึ้นได้โดยแยกออกเป็น 2 ประการ คือ

1.) **ประการแรก** เกิดโดยพฤติการณ์ การกระทำ การแสดงออก กิริยาอาการ การประพฤติปฏิบัติต่อกันและกัน นอกจากนั้น ยังรวมถึงการงดการกระทำ หรือการนิ่งอีกด้วย โดยคู่ประกอบด้วย พฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ เช่น อาจเป็นเรื่องธรรมเนียมหรือทางปฏิบัติที่เคยปฏิบัติต่อกันมาระหว่างคู่สัญญาทั้งสอง หรือดูจากลักษณะของงาน ทำให้พึงเข้าใจหรืออนุมานได้ว่า มีเจตนาต้องการให้เกิดสัญญาตัวแทนระหว่างกันขึ้น โดยพิจารณาจากพฤติการณ์การแสดงออกของทั้งสองฝ่ายประกอบกัน

2.) **ประการที่สอง** ตามความเห็นของนักกฎหมายไทยนั้น ตัวแทนโดยปริยายนอกจากจะเกิดโดยการแสดงออก พฤติการณ์ ฯลฯ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในประการแรก ตัวแทนโดยปริยายนี้ยังสามารถเกิดโดยผลทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ ทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนขึ้นมา ซึ่งในส่วนี้ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าตัวแทนบาง

²⁵ ญรัจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: หจก. พิมพ์วาด, 2531), หน้า 14-15.

²⁶ สรพล สุขทรศนีย์, สรุปวิชา กฎหมายตัวแทน นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 1 (บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2536), หน้า 22-23.

ประเภทที่มีได้เกิดจากความตกลงยินยอมตามมาตรา 797 แต่เกิดโดยกฎหมายบัญญัติว่าเป็นตัวการตัวแทนกัน ดังเช่น ในเรื่องตัวแทนเชิดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (มาตรา 821, 822) , ตัวแทนโดยจำเป็นหรือในเหตุฉุกเฉิน²⁷ (มาตรา 802) หรือแม้แต่ตัวแทนโดยการให้สัตยาบัน (มาตรา 823)²⁷ ตัวแทนเหล่านี้ก็เป็นตัวแทนโดยปริยายประเภทหนึ่งด้วยเช่นกัน นอกจากนั้น ตัวแทนโดยปริยายยังอาจเกิดโดยผลของกฎหมายอื่นที่บัญญัติไว้ ทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนขึ้นโดยปริยายได้อีกด้วย ดังที่ปรากฏอยู่ในเรื่องของห้างหุ้นส่วนสามัญ เจ้าของรวม ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่มักเรียกว่าเป็น ตัวแทนโดยปริยายที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย²⁸

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะป็นกรณีใดก็ตาม การที่กฎหมายยอมให้มีการแต่งตั้งตัวแทนโดยปริยายได้นั้น มีความจำเป็นหรือประโยชน์อยู่ 3 ประการด้วยกัน คือ

- 1.) การประพฤติกปฏิบัติในระหว่างตัวการและตัวแทนนั้น มีสภาพที่แตกต่างกันไป ตามประเภทและชนิดของกิจการที่กระทำกันทางธุรกิจการค้า บางครั้งยากแก่การที่จะกำหนดกันไว้โดยชัดเจนได้ เพราะจะเกิดความไม่สะดวกคล่องตัวที่จะกระทำกิจการนั้นๆ²⁸
- 2.) การเป็นตัวแทนในบางครั้งก่อให้เกิดอำนาจในการที่จะกระทำการและก่อให้เกิดผลต่อความรับผิดชอบของบุคคล เช่น การเป็นตัวแทนขายสินค้านั้น ตัวแทนมีอำนาจทำสัญญาซื้อขายแทนตัวการได้ ดังนั้นจึงอาจนำเอาวิธีปฏิบัติในการยินยอมให้แก่กันนั้นมาเป็นเครื่องชี้เจตนาของตัวการได้ เช่น ถ้ายอมให้บุคคลดังกล่าวลงนามในสัญญาซื้อขายแทนตน เช่นนี้ก็ น่าจะตีความเจตนาได้ว่าการแต่งตั้งตัวแทนได้ ซึ่งหากไม่กระทำเช่นนี้แล้ว จะเป็นเรื่อง

²⁷ รายละเอียดโปรดดูหัวข้อ 2.3 ความแตกต่างระหว่างตัวแทนโดยปริยายและตัวแทนเชิด หน้า 87.

²⁸ รายละเอียดโปรดดูหัวข้อ 2.4 ความแตกต่างระหว่างตัวแทนโดยปริยายและตัวแทนในเหตุฉุกเฉิน (มาตรา 802) หน้า 96.

²⁷ สรพล สุขพรรคินีย์, สรุปวิชากฎหมาย ตัวแทน นายหน้า, หน้า 23.

²⁸ รายละเอียดโปรดดูหัวข้อ 2.5 ตัวแทนโดยปริยายกับกฎหมายลักษณะอื่น หน้า 102.

²⁸ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7-15, หน้า 339-340.

ยุ่งยากอย่างยิ่งที่จะกระทำกิจการร่วมกันและผู้ที่จะต้องเสียหายก็จะได้แก่ตัวแทนและบุคคลภายนอก²⁹

3.) ธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้ามีความสำคัญต่อการดำเนินกิจการเหล่านั้น เพราะถ้าปราศจากสิ่งดังกล่าวนี้แล้ว ธุรกิจการค้าก็ไม่สามารถที่จะดำเนินไปได้ ดังนั้น การนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้ามาเป็นเครื่องบ่งชี้เจตนาของบุคคล จึงอำนวยความสะดวกต่อการที่จะคุ้มครองบุคคลทุกฝ่ายให้ได้รับความเป็นธรรม เช่น การที่ผู้ขายทอดตลาดประกาศตกลงขายให้แก่ผู้ประมูลราคาสูงสุดนั้น ย่อมเป็นธรรมเนียมว่าผู้ทอดตลาดเป็นตัวแทนทั้งของเจ้าของทรัพย์สินและผู้ซื้อ จะเห็นว่าถ้ามีธรรมเนียมนี้มายึดถือปฏิบัติให้เกิดผลทางกฎหมายแล้ว ความยุ่งยากจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน กล่าวคือการขายทอดตลาดนั้นจะไม่ก่อผลผูกพันรั้งตามกฎหมายแต่ประการใด³⁰

2.2.1 วิธีการตั้งตัวแทนตามมาตรา 798 กับตัวแทนโดยปริยาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 นั้นเป็นเรื่องของวิธีการตั้งตัวแทนเป็นหนังสือ หรือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ กล่าวคือ โดยหลักแล้ว สัญญาตัวแทนไม่มีรูปแบบ แต่หากกิจการที่ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนทำนั้น ถ้ากฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการนั้น ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย หรือหากกิจการที่ตัวการมอบหมายนั้น ถ้ากฎหมายบังคับว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการนั้น ก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย

กรณีตัวแทนโดยปริยายนั้นจะนำมาตรา 798 มาใช้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าให้นำมาตรา 798 มาใช้กับกับตัวแทนซึ่งเกิดขึ้นโดยปริยายจากพฤติการณ์ของคู่กรณีด้วย โดยให้ความเห็นว่าเรื่องนี้ไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาแจ้งชัด แต่ถ้าจะถือหลักที่ว่าตัวแทนประเภทนี้มีฐานะเช่นเดียวกับตัวแทนที่เกิดขึ้นจากการแต่งตั้ง ก็ย่อมตกอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติการตั้งตัวแทนให้ถูกต้องตามมาตรา 798 เช่นกัน ผลก็คือ

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 340.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 340.

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 วรรคหนึ่ง

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 วรรคสอง

ตัวแทนประเภทนี้จะไม่สามารถกระทำกิจการให้มีผลผูกพันตัวการได้ หากเป็นกิจการที่ต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ³¹

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า หากเราพิจารณาถึงลักษณะของตัวแทนโดยปริยาย ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า เป็นตัวแทนที่ไม่ได้เกิดจากการตกลงกันโดยแจ้งชัด แต่เกิดจากพฤติการณ์การแสดงออกระหว่างกัน โดยสภาพแล้วย่อมเป็นไปได้ที่จะนำมาตรา 798 มาบังคับใช้ เนื่องจาก หากมีการตกลงกันในเรื่องการตั้งตัวแทนตามมาตรา 798 ระหว่างคู่สัญญาแล้ว ก็เท่ากับว่าได้แต่งตั้งตัวแทนโดยแจ้งชัดนั่นเอง ตัวแทนโดยปริยายย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ และนอกจากนั้นยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2525 ที่ตัดสินไว้ว่า "ตัวแทนชัดหรือตัวแทนโดยปริยายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 821 และมาตรา 797 วรรคสองนั้นไม่อยู่ในบังคับมาตรา 798 ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ" อีกด้วย ดังนั้น โดยสรุปแล้ว วิธีการตั้งตัวแทนเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 798 ไม่นำมาใช้กับกรณีตัวแทนโดยปริยาย

³¹ กุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า, หน้า 39.

2.3 ความแตกต่างระหว่างตัวแทนโดยปริยายและตัวแทนชัด

ตัวแทนชัด หรือที่เรียกกันอีกอย่างว่า ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก กฎหมายไทยได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้เป็นทำนองเดียวกับหลักกฎหมายอังกฤษ³² คือ ตามหลัก doctrine of estoppel นั้นเอง และที่ว่าปิดปากนี้หมายถึงปิดปากเฉพาะผู้ที่เป็นตัวการ มิให้เถียงว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้น มิใช่ตัวแทนของตน³³ เนื่องจากมีการเชิดเกิดขึ้น การเชิดนี้ ก็คือ การแสดงออกมาโดยการกระทำทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าบุคคลคนนั้นเป็นตัวแทนของตัวการ และผลจากการเชิดนี้เองทำให้บุคคลภายนอกผู้สุจริต ทำการติดต่อผ่านตัวแทน และถึงแม้ว่าความจริงตัวการไม่ได้แต่งตั้งหรือมอบอำนาจให้เป็นตัวแทนทำการแทนตนเลย แต่ถ้าหากการเชิดนี้ได้ทำให้บุคคลภายนอกนั้นเสียหายแล้ว กฎหมายไม่ยอมให้บุคคลนั้นปฏิเสธว่าไม่จริง เพราะถ้ายอมอย่างนั้นแล้ว บุคคลภายนอกผู้สุจริตย่อมต้องเป็นผู้เสียเปรียบและได้รับความเสียหาย ทำให้เกิดความไม่ยุติธรรม

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าเรื่องตัวแทนชัดนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นมา เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตโดยเฉพาะ มิให้ต้องได้รับความเสียหาย จากการกระทำของตัวการหรือตัวแทน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายมุ่งที่จะมองหรือพิจารณาจากบุคคลที่สามเป็นหลักนั่นเอง

ตัวแทนชัดนี้ มีนักกฎหมายหลายท่านเห็นว่าเป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย³⁴ มิใช่ตัวแทนที่เกิดโดยสัญญาตามมาตรา 797 (ไม่ว่าจะเป็นสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม) แต่เป็นตัวแทนที่กฎหมายกำหนดให้เป็นตัวการตัวแทนกัน ซึ่งแท้ที่จริงแล้ว มิได้มีการแต่งตั้งตัวแทนให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่อย่างใด แต่กฎหมายก็กำหนดให้เป็นตัวการตัวแทนกัน โดยถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนนั้นได้เกิดขึ้นแล้วโดยผลของกฎหมาย โดยเหตุผลที่ว่าบุคคลเหล่านั้นมีส่วนได้เสียกับการกระทำของตัวแทนนั้น

³² หลวงสุทธิมนต์สนฤนาท, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน. นายหน้า, หน้า 7.

³³ สรรเสริญ ไกรจิตติ, กฎหมายว่าด้วย ตัวแทน และนายหน้า. หน้า 45-46.

³⁴ สถิตย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า. หน้า 43.

หลักเรื่องตัวแทนเชิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเรานั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน โดยพิจารณาจากลักษณะของการเชิด ได้แก่

2.3.1 ตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 (การเชิดที่ตัวบุคคล)

มาตรา 821 บัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดเชิดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเชิดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน”

มาตรา 821 นี้ เป็นกรณีที่ไม่ได้มีการแต่งตั้งตัวแทนกันจริงจึงตามความในมาตรา 797 กล่าวคือ มิได้มีการแต่งตั้งตัวแทนให้ไปกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่อย่างใด ซึ่งก็หมายความว่า ความเกี่ยวพันทางลักษณะสัญญาตัวแทนระหว่างตัวแทนและตัวการนั้นมิได้มีขึ้นต่อกันเลย ซึ่งโดยปกติตามลักษณะเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะตัวแทนแล้ว การกระทำในลักษณะเช่นนี้ทำให้ตัวการไม่มีความผูกพันหรือต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเลย แม้ว่าบุคคลภายนอกจะทำการโดยสุจริตเพียงใดก็ตาม³⁵

ที่กล่าวเช่นนี้ย่อมหมายความว่า ตัวแทนเชิด หรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก ตามมาตรานี้ไม่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายลักษณะตัวแทน กล่าวคือ บทบัญญัติที่บังคับในเรื่องตัวแทนที่เกิดจากสัญญา หรือการแต่งตั้งนั้นไม่นำมาใช้บังคับในเรื่องตัวแทนเชิดเลย ผลจึงทำให้ตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงประการเดียวเท่านั้น³⁵

และยิ่งไปกว่านั้น หากเราพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 821 ประกอบแล้ว มาตรา 821 นี้ใช้คำว่าตัวการต้อง “รับผิดชอบ” ไม่ใช่คำว่า “ผูกพัน” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 820 เพราะฉะนั้นต้องแปลว่าตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเท่านั้น แต่บุคคลภายนอกไม่มีความผูกพันต่อตัวการเลย ผลก็คือ ตัวการในกรณีตัวแทนเชิดจะฟ้องบังคับบุคคลภายนอกไม่ได้ ตัวการที่จะฟ้องบุคคลภายนอกได้ต้องมีสัญญาตัวแทนหรือมีความเป็นตัวการตัวแทนจริงจึง เพื่อให้เกิด

³⁵ รายละเอียดโปรดดู ปริญญา บุญบุษมพงษ์, “ตัวแทนเชิด” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532) , หน้า 160.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 160.

ความผูกพันบังคับกันได้ดังที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 820 และในเมื่อตัวแทนชัดไม่ใช่ตัวแทนจริงจังกแล้ว ตามมาตรา 821 ก็บัญญัติให้ตัวการรับผิดชอบบุคคลภายนอกเท่านั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ตัวแทนชัดต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอก³⁶

จากถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 821 สามารถแยกลักษณะของการชัดออกได้เป็น 2 ลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ

ก.) ตัวการชัดบุคคลอื่นนั้นออกแสดงเป็นตัวแทนของตน

โดยการแสดงออกของตัวการนั้นจะเป็นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่เป็นการแสดงออกที่ไม่ได้มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดสัญญา และการแสดงออกเช่นนี้ตัวการอาจแสดงออกต่อบุคคลที่จะเข้าทำธุรกรรมกับบุคคลที่อ้างว่าเป็นตัวแทนโดยเฉพาะ หรืออาจจะแสดงออกต่อสาธารณชนก็ได้ ซึ่งการแสดงออกต่อสาธารณชนนั้น ต้องปรากฏว่าผู้ที่หลงเชื่อเช่นนั้นได้เข้าทำกิจการกับบุคคลที่อ้างเป็นตัวแทนในนามของตัวการด้วย³⁷

ข.) บุคคลอื่นนั้นชัดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทน

ตัวการนั้นรู้อยู่แล้วว่าบุคคลอื่นนั้นได้ชัดตัวเขาเองออกเป็นตัวแทนของตน แต่ตัวการกลับมิได้ว่ากล่าว หรือแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบข้อเท็จจริงกลับยอมให้บุคคลนั้นกระทำการ

³⁶ กุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทนและ นายหน้า, หน้า 121,130.

³⁷ แต่มีความเห็นที่แตกต่างออกไป โดยเห็นว่า เมื่อเกิดตัวแทนชัดขึ้นนั้น ก็หมายความว่าเกิดมีสัญญาตัวแทนขึ้นระหว่างตัวแทนชัดและตัวการ ดังนั้น จึงต้องบังคับไปเหมือนตัวแทน ความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนชัดกับตัวการคงเป็นไปตามปกติเหมือนตัวแทนธรรมดา นั่นเอง (โปรดดู มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7-15, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2540), หน้า 310.

³⁷ ปริญญา บุญปทุมพงษ์, "ตัวแทนชัด", หน้า 170.

เช่นนั้นต่อไป กรณีเช่นนี้ ถือว่าตัวการต้องรับผิดชอบในผลที่บุคคลภายนอกได้กระทำการกับบุคคลที่อ้างว่าเป็นตัวแทนนั้น³⁸

การเกิดตัวแทนเจตนั้น ต้องอาศัยการแสดงออกของตัวการประกอบด้วยว่ายอมให้เจตหรือไม่ มิใช่ว่าอยู่ดีๆ มีใครมาแอบอ้างโดยเขาไม่รู้เรื่องเลยก็จะมาอ้างว่าเป็นตัวแทนเจตเสมอไป จะเป็นตัวแทนเจตต้องเป็นกรณีที่อยู่แล้วยอมให้เจตหรือแสดงตนให้บุคคลอื่นเข้าใจผิด กล่าวคือ จะต้องประกอบด้วยเหตุสองประการ คือมีการเจตและมีการยอมให้เจตไม่ว่าโดยตรงหรือ โดยปริยายก็ตาม³⁹ ดังนั้น การแสดงออกของตัวการจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ

นอกจากนั้น ความรับผิดชอบตามมาตรา 821 นั้นจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก หลงเชื่อว่าการนั้นเป็นของตัวการจริงๆ ถ้าคนภายนอกไม่หลงเข้าใจผิดคือยังคงเชื่อว่าเป็นกิจการของผู้อื่นนั่นเอง แม้จะมีการเจตออกแสดงให้ปรากฏว่าทำแทนตัวการคนนั้นคนนี้ ก็หาใช่กรณี ตามมาตรา 821 แต่อย่างใดไม่ และลักษณะที่แสดงออกของการเป็นตัวแทนเจตนั้น ตัวแทนเจตจะต้องทำกิจการนั้นในนามของตัวการ มิใช่ในนามของตนเอง เพราะถ้าการแสดงออกให้ปรากฏพฤติการณ์ว่าเป็นการทำในนามของตนเองแทนคนอื่นเสียแล้ว ก็เป็นเรื่องตัวการซึ่งไม่เปิดเผยชื่อ ตามมาตรา 806 ไป⁴⁰

2.3.2 ตัวแทนเจตตามมาตรา 822 (การเจตที่อำนาจของตัวแทน)

มาตรา 822 บัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนทำการอันใดเกินอำนาจตัวแทน แต่ทางปฏิบัติของตัวการทำให้บุคคลภายนอกมีมูลเหตุอันสมควรจะเชื่อว่าการอันนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจของตัวแทนไซ้ ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตราก่อนนี้เป็นบทบังคับ แล้วแต่กรณี”

มาตรา 822 นี้เป็นบทยกเว้นมาตรา 820 เนื่องจากตามมาตรา 820 นั้น ตัวการจะผูกพันต่อบุคคลภายนอกเมื่อตัวแทนได้กระทำการไปภายในขอบอำนาจแห่งตัวแทน แต่มาตรา

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 172.

³⁹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7-15, พิมพ์ครั้งที่ 19, หน้า 309-310.

⁴⁰ พัทธนะ ไชยเศรษฐ, “หลักกฎหมายตัวแทน”, อัยการนิเทศ เล่มที่ 47 ฉบับที่ 2 (2528): 219.

822 นี้เป็นเรื่องที่ตามความเป็นจริงตัวแทนได้กระทำการเกินขอบเขตอำนาจ แต่มีพฤติการณ์ของตัวการไปทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจผิดว่า ตัวแทนนั้นได้กระทำการไปภายในขอบเขตอำนาจของตน ทำให้ตัวการต้องรับผิด ซึ่งก็มีลักษณะของการเป็นตัวแทนชนิดหนึ่ง⁴¹

เหตุที่กฎหมายต้องการคุ้มครองในกรณีนี้ก็เพราะเหตุว่า การแต่งตั้งหรือมอบหมายระหว่างตัวการกับตัวแทนเป็นเรื่องภายในของบุคคลทั้งสอง กฎหมายจึงถือเอาอำนาจที่ปรากฏต่อบุคคลภายนอกทั้งนี้เพื่อรักษาสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต⁴² ในเมื่อทางปฏิบัติของตัวการทำให้บุคคลภายนอกผู้สุจริตมีมูลเหตุอย่างสมควรจะเชื่อว่าการอันนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจของตัวแทนแล้ว ตัวการย่อมต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของตน ถูกปิดปากมิให้ปฏิเสธว่าบุคคลคนนั้นมิใช่ตัวแทนของตน ซึ่งก็เป็นการนำหลักกฎหมายปิดปากมาบังคับใช้เช่นเดียวกับมาตรา 821 นั้นเอง

ที่เรียกว่าเป็นการขีดที่อำนาจของตัวแทนนั้น เนื่องจาก หากพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 822 จะเห็นได้ว่า กฎหมายใช้คำว่า "เกินอำนาจ" ซึ่งก็คือ การทำนอกเหนืออำนาจดังนั้น แสดงว่ามีต้องความสัมพันธ์เรื่องตัวการตัวแทนมาก่อน คือว่าได้มอบหมายให้ทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนกันมาก่อน⁴³ ไม่ว่าจะเป็นตัวแทนโดยสัญญาตามมาตรา 797 หรือตัวแทนโดยผลบังคับทางกฎหมายก็อยู่ในความหมายของมาตรานี้ทั้งสิ้น⁴⁴ ซึ่งตรงจุดนี้เอง ทำให้มาตรา 821 และ 822 แตกต่างกัน กล่าวคือ การเป็นตัวแทนขีด ตามมาตรา 821 นั้น ตัวแทนกับตัวการไม่ได้มีสัญญาตัวการตัวแทนกันมาก่อน และตัวแทนก็ไม่มีอำนาจกระทำการแทนกันมาก่อนเช่นกัน แต่มาตรา 822 นี้เป็นกรณีที่ตัวแทนกับตัวการได้มีความสัมพันธ์กันมาก่อนแล้ว แต่ตัวแทนได้กระทำการเกินขอบอำนาจ⁴⁵

⁴¹ สติติย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 160, อ้างถึงในไผทชิต เอกจรรย์กร, คำอธิบายตัวแทน - นายหน้า, หน้า 211-212.

⁴² ปริญา บุญปทุมพงษ์, "ตัวแทนขีด", หน้า 64.

⁴³ มาโนช สุทธิวาทนฤพฒิ, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 172, อ้างถึงในจักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน - นายหน้าจ้างทำของ, หน้า 50-51.

⁴⁴ ปริญา บุญปทุมพงษ์, "ตัวแทนขีด", หน้า 179.

⁴⁵ ไผทชิต เอกจรรย์กร, คำอธิบายตัวแทน - นายหน้า, หน้า 220.

นอกจากนั้น ยังมีความแตกต่างที่เห็นได้อย่างเด่นชัด กล่าวคือ กรณีตามมาตรา 822 นั้น เป็นการขีดหรือการปิดปากที่สามารถให้สัตยาบันได้ และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตาม ลักษณะกฎหมายตัวแทนได้ เนื่องจาก กรณีนี้มีการแต่งตั้งตัวแทนกันนานแล้ว จึงเป็นการ ขยายขอบเขตความสัมพันธ์ของตัวการและตัวแทนออกไปอีกชั้นหนึ่ง แต่กรณีการขีดตาม มาตรา 821 เป็นเรื่องตัวแทนขีดโดยแท้ เพราะเหตุที่ไม่มีความตกลงระหว่างตัวการตัวแทนกัน มาก่อนเลยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้รับผิดชอบเพียงประการเดียวเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดความผูกพันเพราะเหตุที่ไม่มีความเกี่ยวพันระหว่างตัวการและตัวแทนเลย จึงไม่ สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ หน้าที่ ระหว่างตัวการตัวแทนมาใช้บังคับได้⁴⁶

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นตัวแทนขีดตามมาตรา 821 หรือ 822 ก็ตาม ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต ไม่ให้ได้รับความเสียหายเหมือนกัน ซึ่งในเรื่อง ความแตกต่างระหว่างตัวแทนขีดกับตัวแทนโดยปริยายนี้ สามารถแยกความเห็นของนัก กฎหมายไทย ออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน คือ

1.) **ความเห็นของฝ่ายแรก** เห็นว่า ตัวแทนขีดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก นั้น เป็นตัวแทนโดยปริยายด้วยเช่นกัน ดังตัวอย่างที่ผู้เขียนได้รวบรวมไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ไชยเจริญ สันติศิริ อธิบายว่า เรื่องบ่อเกิดของความเป็นตัวแทนนั้น กฎหมายไทยไม่มีมาตราใดได้กล่าวถึงโดยเฉพาะ คงกล่าวอย่างกว้างๆว่า ความเป็นตัวแทน นั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายเท่านั้น และเมื่อไม่ใช่เป็นอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเพราะเป็นการโดยการให้สัตยาบันแล้ว ความเป็นตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก จึงควร รวมอยู่ในประเภทความเป็นตัวแทนโดยปริยายเสียด้วย⁴⁷

ศาสตราจารย์ กมล สนิทเกษตริณ อธิบายว่า ความเป็นตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า "ตัวแทนขีด" นั้น พอจะถือว่าเป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยปริยายอย่าง หนึ่ง ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วปิดปากตัวการมิให้โต้เถียงว่า ผู้นั้น (ผู้ที่ตนขีดว่าเป็นตนแทน) ไม่ใช่ตัว แทนของตนอย่างหนึ่ง หรือเมื่อมีบุคคลหนึ่งแสดงตัวว่าเขาเป็นตัวแทนของตัวการ จนกระทั่ง

⁴⁶ปริญญา บุญปทุมพงษ์, "ตัวแทนขีด", หน้า 188-189.

⁴⁷ไชยเจริญ สันติศิริ คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, หน้า 56.

บุคคลภายนอกที่เข้ามาติดต่อกับบุคคลดังกล่าวเข้าใจโดยสุจริตว่าบุคคลนั้นเป็นตัวแทนจริงๆ ของตัวการ ดังนั้นกฎหมายปิดปากตัวการมิให้เถียงว่าบุคคลนั้นไม่ใช่ตัวแทนอย่างหนึ่ง⁴⁸

อาจารย์สรรเสริญ ไกรจิตติ ได้อธิบายว่า ตัวแทนโดยปริยายนี้อาจเกิดขึ้นได้ด้วยกิริยาอาการ พฤติการณ์ การกระทำหรือความประพฤติปฏิบัติต่อกันและกันระหว่างคู่กรณี บุคคลคนหนึ่งอาจจะแสดงออกด้วยกิริยาหรือวาทะ ทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าตนได้มอบอำนาจให้บุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตน ซึ่งก็อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องของตัวแทนโดยปริยายเหมือนกัน แต่ในกรณีนี้กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ เรียกว่าตัวแทนชัดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก⁴⁹

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ มาโนช สุทธิวาทนฤพุมิ อธิบายว่า การแต่งตั้งตัวแทนโดยปริยายเป็นการแต่งตั้งโดยไม่ชัดแจ้ง เป็นต้นว่าเรื่องตัวแทนชัดหรือตัวแทนที่กฎหมายปิดปากซึ่งจะเห็นได้ว่า ตัวแทนชัดหรืออีกนัยหนึ่งตัวแทนที่กฎหมายปิดปากก็ดี เป็นกรณีที่เกิดขึ้นมาได้ โดยพิจารณาจากพฤติการณ์บ้าง พิจารณาจากการกระทำ และงดเว้นการกระทำของผู้ที่เป็นตัวการและตัวแทนปฏิบัติต่อกันบ้าง⁵⁰

หลวงสุทธิมนต์ธนาถ อธิบายว่า ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ยังมีหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก ซึ่งไม่ใช่เป็นตัวแทนโดยการแต่งตั้งโดยตรง ซึ่งเราก็ควรสงเคราะห์อยู่ในประเภทตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง⁵¹

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สรพล สุขทรรคณีย์อธิบายว่า ตัวแทนชัดหรือที่เราเรียกกันว่า ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้นก็ถือว่าเป็นตัวแทนโดยปริยาย⁵²

⁴⁸กมล สนธิเกษตริน. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า. หน้า 26.

⁴⁹สรรเสริญ ไกรจิตติ. กฎหมายว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า. หน้า 45.

⁵⁰มาโนช สุทธิวาทนฤพุมิ. บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า. หน้า 36.

⁵¹หลวงสุทธิมนต์ธนาถ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน. นายหน้า. หน้า 5.

⁵²สรพล สุขทรรคณีย์. สรุปวิชากฎหมายตัวแทน นายหน้า. หน้า 22.

2.) ความเห็นของฝ่ายที่สอง เห็นว่า ตัวแทนเขตหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น ไม่ใช่ตัวแทนโดยปริยาย ดังตัวอย่างที่ผู้เขียนได้รวบรวมไว้ดังต่อไปนี้

อาจารย์สถิตย์ เล็งไธสง อธิบายว่า ตัวแทนโดยปริยายต่างกับตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก หรือตัวแทนเขต เพราะตัวแทนเขตนั้นตัวการไม่ปรารถนาที่จะผูกพันกับบุคคลภายนอก สำหรับการกระทำของตัวแทนเลย แต่กฎหมายปิดปากตัวการและบังคับให้ผูกพัน เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้สุจริต ส่วนตัวแทนโดยปริยายนั้น ตัวการยินยอม และปรารถนาให้ตัวแทนกระทำการนั้นๆ แทนตนจริงๆ เป็นแต่ว่ามีได้มอบหมายสั่งการโดยชัดแจ้งเท่านั้น⁵³

ศาสตราจารย์ ดร. ไผทชิต เอกจริยกร อธิบายว่า ตัวแทนเขตนั้นมีบางท่านเห็นว่า เป็นตัวแทนโดยปริยายประเภทหนึ่ง แต่จริงๆ แล้ว ตัวแทนเขตและตัวแทนโดยปริยายมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ตัวแทนโดยปริยายเกิดจากความตกลงโดยปริยาย ซึ่งเป็นกรณีที่มีพฤติกรรมการของตัวการและตัวแทนต่อกันที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมีเหตุผลที่จะเข้าใจจากพฤติการณ์นั้นว่า ยินยอมให้เกิดมีความสัมพันธ์กันในฐานะเป็นตัวการและตัวแทนกัน ส่วนการเป็นตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น เป็นการที่บุคคลภายนอกสามารถที่จะสันนิษฐานได้จากการกระทำของตัวการว่า ตัวแทนมีอำนาจที่จะกระทำการดังกล่าวไว้ แม้ว่าโดยความเป็นจริงแล้ว ตัวแทนจะไม่มีอำนาจที่จะกระทำการแทนได้ก็ตาม⁵⁴

หลวงประพนธ์นิติสรณ์ อธิบายว่า ตัวแทนเขต ไม่มีลักษณะเป็นตัวแทนครบตามเกณฑ์ของตัวแทนไม่ว่าจะโดยการแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยการแต่งตั้งโดยปริยาย ความจริงมีความเกี่ยวพันระหว่างผู้ที่เรียกว่าตัวการ และผู้ที่เรียกว่าตัวแทนนั้นมิได้มีต่อกันเลย โดยเหตุนี้กฎหมายจึงปิดปากผู้ที่เรียกว่าเป็นตัวการ มิให้ยกข้อความจริงในเรื่องเป็นตัวแทนหรือไม่ขึ้นเถียงเฉพาะแก่บุคคลภายนอกเท่านั้น กฎหมายไม่ได้ปิดปากตัวการเลยไปถึงแก่ผู้ที่เป็นตัวแทนไม่ เป็นต้นว่า ถ้าผู้ที่เรียกว่าเป็นตัวแทนทำการอะไรลงไปต้องเสียหาย จะมาไล่เบี้ยเอากับ

⁵³ สถิตย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 43.

⁵⁴ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1996), pp. 15-52, อ้างถึงใน ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ตัวแทน - นายหน้า, หน้า 69.

ผู้ซึ่งเรียกว่าเป็นตัวการไม่ได้ แต่ถ้าหากเป็นเรื่องตัวการตัวแทนกันจริงๆแล้ว ตัวแทนย่อมมีสิทธิไล่เบียดเอาจากตัวการได้⁵⁵

และในวิทยานิพนธ์ เรื่องตัวแทนเซต โดยคุณปริญญา บุญปทุมพงษ์ ได้ให้ความเห็นว่า ตัวแทนเซต ตามมาตรา 821 นี้ มิใช่ตัวแทนโดยปริยายตามมาตรา 797 วรรคสอง แม้ว่าจะมีส่วนในการแสดงออกของตัวการที่ใกล้เคียงกับพฤติการณ์โดยปริยายก็ตาม ตัวแทนโดยปริยายตามมาตรา 797 วรรคสองนั้นเป็นตัวแทนที่เกิดจากสัญญาระหว่างตัวการและตัวแทน แต่เป็นสัญญาที่ไม่ขัดแย้งจากความตกลงของคู่กรณีทั้งตัวการและตัวแทน จึงต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ต่างๆ ของคู่กรณีว่าได้มีการทำคำเสนอและคำสนองตรงกันหรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาจากตัวการเพียงฝ่ายเดียว...แต่ตัวแทนเซต เป็นบทบัญญัติที่เป็นการอุดช่องว่างในกฎหมายลักษณะตัวแทน จะใช้ในกรณีที่มีลักษณะของการทำแทนกัน แต่ไม่ครบองค์ประกอบของกฎหมายลักษณะตัวแทน⁵⁶

⁵⁵ หลวงประพนธ์นิติสารคดี, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477 หน้า 22.

⁵⁶ ปริญญา บุญปทุมพงษ์, "ตัวแทนเซต", หน้า 166.

2.4 ความแตกต่างระหว่างตัวแทนโดยปริยายและตัวแทนในเหตุฉุกเฉิน (มาตรา802)

2.4.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของตัวแทนในเหตุฉุกเฉิน

มาตรา 802 บัญญัติว่า “ ในเหตุฉุกเฉิน เพื่อจะป้องกันมิให้ตัวการต้องเสียหาย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าตัวแทนจะกระทำการใดๆ เช่นอย่างวิญญูชนจะพึงกระทำ ก็ย่อมมีอำนาจจะทำได้ทั้งสิ้น”

มาตรา 802 นี้หรือที่เรียกกันว่า ตัวแทนในเหตุฉุกเฉินหรือตัวแทนโดยจำเป็นนั้น มาจากหลักในเรื่องตัวแทนจำเป็น (agency of necessity) ของประเทศอังกฤษ แต่กฎหมายของอังกฤษ จัดเรื่องการจัดกรงานนอกสั่งอยู่ในลักษณะตัวแทนโดยจำเป็น แต่สำหรับกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จัดอยู่ในเรื่องนี้ เป็นเรื่องของการกระทำที่ก่อให้เกิดหนี้ต่อบุคคลภายนอกอย่างหนึ่ง กล่าวคือมากำหนดไว้ในส่วนแพ่ง⁵⁷

มาตรา 802 นี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ตัวแทนสามารถกระทำการนอกขอบอำนาจของตัวแทนได้ กล่าวคือ กิจการที่ตัวแทนได้ทำการนอกขอบอำนาจนั้น ตัวการมิได้มอบอำนาจให้กระทำเลย แต่ที่สำคัญการทำงานนอกขอบอำนาจนั้น จะต้องปรากฏเหตุฉุกเฉินประกอบด้วย

ที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจพิเศษแก่ตัวแทน ในเหตุฉุกเฉิน นั้นเนื่องจากว่า เป็นการแน่นอนว่า สัญญาตัวแทนจะคาดหมายถึงการในอนาคตซึ่งอาจจะเกิดมีกรณีเรื่องภาระของตัวแทนทั้งหมดไม่ได้ การที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้เอง กฎหมายจึงวางบทบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 802 ซึ่งสันนิษฐานไว้ก่อนว่าตัวแทนจะกระทำการใดๆ เช่นอย่างวิญญูชนพึงกระทำเพื่อป้องกันมิให้ตัวการต้องเสียหาย เมื่อมีเหตุฉุกเฉินยอมทำได้ทั้งสิ้น⁵⁸

⁵⁷ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7 - 15, หน้า 343.

⁵⁸ แอลดูปลาตร์, เลกเซอร์กฎหมาย ภาค 2 พ.ศ. 2471. หน้า 30.

“เหตุฉุกเฉิน” หมายความว่า เป็นกรณีรีบด่วนจริงๆ คือไม่มีเวลาที่จะบอกกล่าวให้ตัวการทราบก่อน เพื่อขออำนาจจากตัวการ หรือไม่ทราบตัวการอยู่แห่งใด ไม่มีหนทางติดต่อกันได้ทัน่วงที และต้องเป็นการฉุกเฉินที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินสมบัติของตัวการ โดยมีใช้ความบกพร่องล่าช้าของตัวแทน และมีใช้เกิดจากการกระทำของตัวแทนที่จงใจให้เป็นเช่นนั้น โดยเจตนาจะทำการนอกอำนาจ⁵⁹

นอกจากจะต้องมีเหตุฉุกเฉินแล้ว ตัวแทนต้องกระทำการนั้นๆ โดยยึดถือความนึกคิด “อย่างวิญญูชน” เป็นเกณฑ์อีกด้วย ทำอย่างวิญญูชน หมายความว่า ทำอย่างบุคคลผู้มีความคิดรอบคอบ⁶⁰ และในมาตรานี้มีข้อสันนิษฐานไว้เป็นคุณแก่ตัวแทนว่า การที่กระทำไปโดยจำเป็นเช่นนั้น ถ้าทำไปอย่างเช่นที่วิญญูชนจะพึงกระทำแล้วถือว่าตัวแทนมีอำนาจกระทำทั้งสิ้น⁶¹

ข้อสำคัญตามมาตรา 802 นี้จะต้องมีสัญญาตัวแทนแล้ว อาจจะเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปตามมาตรา 801 หรือตัวแทนเฉพาะการตามมาตรา 800 ก็ได้ แล้วมีการทำเกินอำนาจเกิดขึ้น หากไม่มีความสัมพันธ์แบบตัวการตัวแทนกันมาก่อนเลย ก็จะไม่อยู่ในเรื่องตัวแทน แต่จะเป็นเรื่องการจัดการงานนอกสั่ง⁶²

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ

1.) ความเห็นของฝ่ายแรก เห็นว่าบุคคลทั้งสองไม่จำเป็นต้องเคยมีความสัมพันธ์เป็นตัวการตัวแทนกันมาก่อนก็ได้ และในความเห็นนี้ยังแยกออกเป็นความเห็นย่อยว่า (ก) ที่

⁵⁹ กุศล บุญเย็น, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า, หน้า 55-56.

⁶⁰ สติติย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 75.

⁶¹ กุศล บุญเย็น, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า, หน้า 25.

⁶² ประสิทธิ์ โสมวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2539), หน้า 25.

ว่าไม่มีความสัมพันธ์อันตัวการตัวแทนกันมาก่อนนั้น หมายถึงไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กันมาก่อนเลยไม่ว่ากรณีใดๆ แต่อีกความเห็นหนึ่งกลับเห็นว่า (ข) หมายถึงไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์อันตัวการตัวแทนมาก่อนเท่านั้น แต่อย่างน้อยก็ต้องมีความสัมพันธ์ใดๆ กันมาก่อนบ้าง แต่ไม่ใช่ในฐานะตัวแทนชัดแจ้ง⁶³

2.) ความเห็นของฝ่ายที่สอง เห็นว่า การเป็นตัวแทนในเหตุฉุกเฉินหรือตัวแทนโดยจำเป็นนั้นจำเป็นต้องเป็นตัวแทนกันมาก่อนแล้ว ไม่ว่าจะเป็แต่งตั้งชัดแจ้งหรือแต่งตั้งโดยปริยาย ถึงจะทำการเป็นตัวแทนในเหตุฉุกเฉินได้ ถ้าไม่ได้เป็นตัวแทนกันมาก่อนจะทำหน้าที่เป็นตัวแทนในเหตุฉุกเฉินไม่ได้⁶⁴

และนอกจากนั้น มี คำพิพากษาฎีกาที่ 2445/2533 ได้ตัดสินไว้สอดคล้องกับความเห็นนี้ โดยตัดสินไว้ว่า "...กรณีดังกล่าวก็ไม่ต้องด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 802 เนื่องจาก ว. มิได้เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 มาก่อน ว. จึงไม่มีอำนาจเข้าดำเนินคดีแทนจำเลยที่ 1 เพราะเหตุฉุกเฉินได้..."

ฝ่ายแรกนั้นว่าตามหลักกฎหมายอังกฤษซึ่งรวมเรื่องจัดการงานนอกสั่งไว้ในเรื่องตัวแทนโดยจำเป็น ส่วนความเห็นฝ่ายหลังว่าตามกฎหมายไทย⁶⁵

สำหรับผู้เขียนนั้นเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สอง เนื่องจาก มาตรา 802 เป็นเรื่องที่มีบัญญัติอยู่ในลักษณะของสัญญาตัวแทน เป็นบทบัญญัติที่ขยายอำนาจให้ตัวแทนสามารถกระทำการนอกขอบอำนาจของตนได้ ถ้ามีกรณีฉุกเฉิน หรือจำเป็นเกิดขึ้น เป็นบทบัญญัติสำหรับเรื่องตัวการตัวแทนโดยเฉพาะ ดังนั้น การที่นำมาตรา 802 มาปรับใช้กับบุคคลที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ในฐานะตัวการตัวแทนมาก่อนเลยนั้น จึงน่าจะไม่ต้องนอกจากนั้น การที่จะยึดถือหลักในเรื่องตัวแทนในเหตุฉุกเฉินตามหลักกฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษนั้น น่าจะไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์เรื่องตัวแทนตามกฎหมายของประเทศ

⁶³ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตัวแทน-นายหน้า จ้างทำของ, หน้า 43.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43-44.

⁶⁵ สถิตย์ เล็งไรสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 78-79.

ไทย ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 1 ว่า ในกฎหมายของประเทศอังกฤษไม่มีเรื่องจัดการงานนอกสั่ง (Negotiorum Gestio) เหมือนประเทศไทย จึงต้องนำหลักเรื่องตัวแทนในเหตุฉุกเฉินไปปรับใช้ แต่ในเมื่อประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศระบบประมวลกฎหมาย มีการแบ่งแยกเรื่องจัดการงานนอกสั่งไว้แล้ว กรณีของบุคคลที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กันในฐานะตัวการตัวแทนกันมาก่อนนั้น จึงควรนำเรื่องจัดการงานนอกสั่งมาใช้แทน ไม่ใช่นำมาตรา 802 ไปปรับใช้

2.4.2 ความแตกต่างระหว่างตัวแทนในเหตุฉุกเฉินกับตัวแทนโดยปริยาย

ในเรื่องความแตกต่างของหลักตัวแทนในเหตุฉุกเฉินหรือตัวแทนโดยจำเป็นกับตัวแทนโดยปริยายนี้ มีความเห็นของนักกฎหมายไทยแตกต่างกัน โดยสามารถแยกความเห็นออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน กล่าวคือ

1.) **ความเห็นของฝ่ายแรก** เห็นว่า ตัวแทนในเหตุฉุกเฉินหรือตัวแทนโดยจำเป็นนั้น จัดเป็นตัวแทนโดยปริยาย ประเภทหนึ่งเช่นกัน ดังตัวอย่างที่ผู้เขียนได้รวบรวมไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์กมล สนิทเกษตริณ อธิบายว่า การเข้าจัดการงานแทนบุคคลอื่นโดยจำเป็นในเหตุฉุกเฉินนั้น ก็ถือได้ว่าความเป็นตัวแทนเกิดขึ้นโดยปริยายโดยไม่ได้มีการแต่งตั้งให้กระทำการนั้นๆแทนได้ไว้ก่อน⁶⁶

ผู้ช่วยศาสตราจารย์มานิช สุทธิวาทนฤพุมิ อธิบายว่า อันที่จริงสัญญาตัวแทนที่เกิดขึ้นเพราะเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็น ก็อาจจัดได้ว่าเป็นสัญญาตัวแทนที่เกิดโดยปริยายได้ เพราะมิได้มีการมอบหมายของตัวการแต่อย่างใด หากแต่ว่าเป็นสัญญาตัวแทนโดยปริยาย ซึ่งเกิดโดยผลของกฎหมายเช่นเดียวกับเรื่องตัวแทนเจตเหมือนกัน⁶⁷

⁶⁵ รายละเอียดโปรดดู หน้า 22-23.

⁶⁶ กมล สนิทเกษตริณ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า, หน้า 23.

⁶⁷ มานิช สุทธิวาทนฤพุมิ. บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 69.

ศาสตราจารย์ ไชยเจริญ สันติศิริ อธิบายว่า สัญญาตัวแทนที่เกิดขึ้นด้วยความจำเป็นนั้น ความยินยอมของคู่สัญญาเกิดขึ้นโดยกฎหมายถือว่าเป็นปริยาย... เรื่องบ่อเกิดของความเป็นตัวแทนนั้น กฎหมายไทยไม่มีมาตราใดได้กล่าวถึงโดยเฉพาะ คงกล่าวอย่างกว้างๆว่า ความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายเท่านั้น และเมื่อไม่ใช่เป็นอย่างไรอย่างหนึ่งหรือเพราะเป็นการโดยการให้สัตยาบันแล้ว ความเป็นตัวแทนโดยจำเป็นจึงควรรวมอยู่ในประเภทความเป็นตัวแทนโดยปริยายเสียด้วย⁶⁸

หลวงสุทิมมตันธนาถ อธิบายว่า ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ยังมีหลักตัวแทนโดยจำเป็น ซึ่งไม่ใช่เป็นตัวแทนโดยการแต่งตั้งโดยตรง ซึ่งเราก็ควรสงเคราะห์อยู่ในประเภทตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง⁶⁹

2.) ความเห็นของฝ่ายที่สอง เห็นว่า ตัวแทนในเหตุฉุกเฉินหรือตัวแทนโดยจำเป็นนั้น แตกต่างกับตัวแทนโดยปริยาย ดังตัวอย่างที่ผู้เขียนได้รวบรวมมาดังต่อไปนี้

อาจารย์สถิตย์ เล็งไธสง อธิบายว่า ตัวแทนโดยปริยายต่างกับตัวแทนโดยจำเป็น โดยตัวแทนโดยปริยายนั้นเกิดจากความยินยอมของตัวการ เป็นตัวแทนที่เกิดจากสัญญาแท้ (actual contract) แต่ตัวการมิได้แสดงความยินยอมออกมาให้เห็นโดยเด่นชัด เพียงแต่แสดงออกโดยพฤติการณ์ว่าตัวการยินยอม ส่วนตัวแทนจำเป็นนั้น เกิดขึ้นเพราะความจำเป็นบังคับให้ตัวแทนทำการ ตัวการมิได้แสดงอะไรออกมาเลย ตัวแทนกระทำไปโดยผลการโดยถือว่าตัวการประสงค์เช่นนั้น ตัวแทนโดยจำเป็นเป็นสัญญาที่กฎหมายบังคับให้ตัวการยินยอม (constructive contract) ส่วนตัวแทนโดยปริยายเป็นสัญญาที่เกิดจากความยินยอมของตัวการเอง (consensual contract)⁷⁰

⁶⁸ไชยเจริญ สันติศิริ คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้าจัดการงานนอกสั่ง. หน้า 52,56.

⁶⁹หลวงสุทิมมตันธนาถ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน. นายหน้า. หน้า 5.

⁷⁰สถิตย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า. หน้า 45-46, อ้างถึงใน ไผทชิต เอกจริยกร. คำอธิบายตัวแทน - นายหน้า, หน้า 68-69.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สอง ที่ว่า ตัวแทนในเหตุฉุกเฉินนั้น แตกต่างกับตัวแทนโดยปริยาย เนื่องจาก กรณีตัวแทนโดยปริยายนั้นสิ่งสำคัญที่ถือเป็นพื้นฐาน คือ ความยินยอม เห็นชอบของคู่สัญญา * ซึ่งตรงจุดนี้ทำให้แตกต่างกับกรณีตัวแทนในเหตุฉุกเฉิน กล่าวคือ ตัวแทนในเหตุฉุกเฉินนั้น ตัวการไม่ได้ให้ความยินยอม หรือเห็นชอบแต่อย่างใด โดยจะเห็นได้จากถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 802 ที่ว่า “ในเหตุฉุกเฉินเพื่อจะป้องกันมิให้ตัวการเสียหาย...” ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าตัวการไม่ได้ให้ความยินยอม เนื่องจาก เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า ย่อมไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมได้ อาจกล่าวได้ว่า กิจกรรมที่ตัวแทนได้ทำไปนั้นไม่มีอำนาจเลยในการทำแทน ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ตัวการไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการนั้น ตัวแทนต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 แต่เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนเกิดขึ้น ทั้งๆที่ตัวแทนทำการไปโดยไม่มีอำนาจ แต่กฎหมายก็ได้บัญญัติให้อำนาจเพิ่มเติมเป็นพิเศษให้แก่ตัวแทน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ตัวแทนในเหตุฉุกเฉินนั้น เป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายนั่นเอง

* โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในการวิเคราะห์ในเรื่องลักษณะของตัวแทนโดยปริยาย ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1 ปัญหาลักษณะและการเกิดของตัวแทนโดยปริยาย หน้า 154.

2.5 ตัวแทนโดยปริยายกับกฎหมายลักษณะอื่น

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในหัวข้อ 2.1.1 ลักษณะและการเกิดของตัวแทนโดยปริยาย มาแล้วว่า ความเป็นตัวแทนโดยปริยายตามความเห็นของนักกฎหมายไทยนั้น เห็นว่า ตัวแทนโดยปริยาย นอกจากจะเกิดโดยพฤติการณ์ การประพฤติปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาแล้ว ตัวแทนโดยปริยายยังสามารถเกิดโดยผลทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ ทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนขึ้นมา ดังเช่น ในเรื่องตัวแทนเชิดหรือตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (มาตรา 821 และ 822) หรือตัวแทนโดยจำเป็นหรือตัวแทนในเหตุฉุกเฉิน (มาตรา 802) ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

นอกจากนั้น ตามความเห็นของนักกฎหมายไทยยังเห็นอีกว่า ในกฎหมายอื่นๆ ก็ยังสามารถก่อให้เกิดเป็นตัวแทนโดยปริยายได้อีกด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ บางท่านเรียกว่า เป็นตัวแทนโดยปริยายโดยอำนาจของกฎหมาย⁷¹ หรือตัวแทนโดยปริยาย เฉพาะกรณีที่มีหน้าที่และความสัมพันธ์ทางกฎหมาย กล่าวคือ ความเป็นตัวแทนโดยปริยายอาจเกิดจากหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลทำการแทนกันหรือบุคคลทำหน้าที่แทนกัน⁷² ซึ่งในเรื่องนี้จะขอกกล่าวโดยละเอียดตามลำดับ ดังต่อไปนี้

2.5.1 ห้างหุ้นส่วนสามัญที่ไม่ได้จดทะเบียน

ในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญที่ไม่ได้จดทะเบียนนี้ นักกฎหมายบางท่าน ถือว่า เป็นตัวแทนโดยปริยายประเภทหนึ่งเช่นกัน เนื่องจาก ตามมาตรา 1025 ที่บัญญัติไว้ว่า “อันว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น คือ ห้างหุ้นส่วนประเภทซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกัน เพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนโดยไม่มีจำกัด”

และมาตรา 1042 ที่บัญญัติว่า “ความเกี่ยวพันระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการกับผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายอื่นนั้น ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน”

⁷¹ กุศล บุญยืน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า, หน้า 15.

⁷² ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน นายหน้า, หน้า 15, 22.

ดังนั้น ตามนัยมาตรา 1025 อาจกล่าวได้ว่าผู้เป็นหุ้นส่วนต่างเป็นตัวแทนของ ห้างหุ้นส่วน และโดยนัยมาตรา 1042 ก็ยังผลให้อาจเข้าใจได้ว่าหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นตัวการ และ ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายอื่นนั้นเป็นตัวแทนได้⁷³ ความเป็นตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้นโดย ผลของกฎหมาย⁷³ เนื่องจาก กฎหมายถือโดยปริยายว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนต่างมีอำนาจที่จะทำ แทนกันได้ เพราะอย่างไรเสียต่างก็ต้องรับผิดชอบร่วมกันอยู่แล้วในกิจการของห้างหุ้นส่วน สามัญนั้น⁷⁴

นอกจากนั้น ยังมีตัวแทนโดยปริยายที่กฎหมายกำหนดไว้อีกเป็นต้นว่า กรณีตามที่ บัญญัติไว้ในมาตรา 1167 ที่ว่า “ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคล ภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยตัวแทน” ซึ่ง โดยนัยของมาตรานี้ อาจถือได้ว่า กรรมการเป็นตัวแทน บริษัทเป็นตัวการได้ แสดงให้เห็นว่า กรรมการอาจเป็นตัวแทนของบริษัทได้โดยปริยาย⁷⁵

2.5.2 เจ้าของรวม

มาตรา 1359 บัญญัติไว้ว่า “เจ้าของรวมคนหนึ่ง อาจใช้สิทธิอันเกิดแต่กรรมสิทธิ์ ครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินทั้งหมด เพื่อต่อสู้บุคคลภายนอก...” ดังนั้น ตามนัยของมาตรานี้ อาจ กล่าวได้ว่า การที่เจ้าของรวมได้จัดการทรัพย์สินรวมตามธรรมดาๆ ย่อมถือว่าเจ้าของรวม คนอื่นๆยินยอมให้ทำ กล่าวคือ ทำในฐานะตัวแทนของเจ้าของรวมคนอื่นๆ ทั้งที่เจ้าของ รวมคนอื่นๆมิได้แสดงกิริยาอันใดออกมาเลย⁷⁶

นอกจากนั้น มี คำพิพากษาฎีกาที่ 1146/2468 วินิจฉัยว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญถ้า มิได้ตกลงกันตั้งให้ใครเป็นผู้จัดการแล้ว ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนย่อมจัดการได้ และเป็นตัวแทน ซึ่งกันและกัน

⁷³มานิช สุทธิวาทนฤพุมิ, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 69.

⁷⁴ไชยเจริญ สันติศิริ คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, หน้า 56.

⁷⁵มานิช สุทธิวาทนฤพุมิ, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 69-70.

⁷⁶สถิตย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 45.

ตัวอย่างเช่น ก.ข.ค. มีชื่อถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันในโฉนด โดยยังมีได้แบ่งแยกส่วนของใครทำใดซึ่งถือว่าเป็นเจ้าของรวมกันอยู่ ต่อมา ง. ยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งแสดงว่า ง. ได้กรรมสิทธิ์ที่ดินทั้งแปลงโดยการครอบครองปรบักษ์ ก. คนเดียวยื่นคำคัดค้านต่อสู้คดีปฏิเสธคำร้องของ ง. อ้างว่าที่ดินยังเป็นของ ก. ข. ค. อยู่ ทั้งๆที่ ข. และ ค. มิได้แต่งตั้งมอบหมายให้ ก. เป็นตัวแทนต่อสู้คดี กรณีเช่นนี้เห็นได้ว่าการต่อสู้คดีของ ก. นอกจากจะต่อสู้เพื่อตนเองแล้ว ยังต่อสู้เพื่อ ข. และ ค. ด้วย เพราะตามมาตรา 1359 บัญญัติว่า เจ้าของรวมคนหนึ่งอาจใช้สิทธิอันเกิดแต่กรรมสิทธิ์ครอบไปถึงทรัพย์สินทั้งหมด เพื่อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ ก. จึงมีอำนาจตามกฎหมายที่จะต่อสู้คดีแทน ข. และ ค. ความเป็นตัวแทนของ ก. จึงเกิดขึ้นโดยปริยาย⁷⁷

ดังนั้น เจ้าของรวม จึงเป็นตัวแทนซึ่งเกิดขึ้นโดยปริยาย เนื่องจากหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลทำการแทนกันหรือบุคคลทำหน้าที่แทนกันนั่นเอง⁷⁸

⁷⁷ กุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทนและ นายหน้า, หน้า 13.

นอกจากนั้นมี คำพิพากษาฎีกาที่ 635/2515 วินิจฉัยว่า การที่เจ้าของรวมคนหนึ่งฟ้องขับไล่ผู้บุกรุกที่ดินซึ่งเป็นของบุคคลหลายคนรวมกัน ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิอันเกิดแต่กรรมสิทธิ์เพื่อต่อสู้กับบุคคลภายนอก และเป็นการใช้สิทธิฟ้องแทนเจ้าของรวมคนอื่นๆด้วย

⁷⁸ ญัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน นายหน้า, หน้า 15.

2.6 ตัวแทนโดยปริยายตามแนวคำพิพากษาฎีกาไทย

แนวคำพิพากษาฎีกาไทยในเรื่องของตัวแทนโดยปริยาย ตามที่ผู้เขียนได้รวบรวมมานั้น สามารถแบ่งแยกลักษณะของตัวแทนโดยปริยายตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยออกเป็นประเภทได้ดังต่อไปนี้

2.6.1 ตัวแทนโดยปริยายที่เกิดขึ้นโดยพฤติการณ์การแสดงออก

ไม่ว่าจะแสดงออกโดยตัวการ ตัวแทน หรือทั้งตัวการและตัวแทนก็ตาม ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกา ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

2.6.1.1 การเป็นตัวแทนโดยปริยายโดยพฤติการณ์การแสดงออกของตัวการ

กรณีนี้มักจะเกิดเมื่อตัวการปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาที่ตัวแทนได้กระทำไปแทนตน โดยอาจจะอ้างว่าตนไม่เคยมอบอำนาจให้ตัวแทนไปกระทำการแทนตน เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้ จึงต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ของตัวการที่แสดงออก ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2122/2514 วินิจฉัยว่า แม้จำเลยทั้งสองมิใช่สามีภรรยา กันตามกฎหมายเพราะมิได้จดทะเบียนสมรส และการกู้เงินโจทก์รายนี้ จำเลยที่ 1 ภรรยา ลงชื่อเป็นผู้กู้แต่ผู้เดียวก็ตาม แต่เมื่อข้อเท็จจริงได้ความชัดเจนว่า จำเลยที่ 1 กู้เงินโจทก์ไปซื้อบ้านและทรัพย์สินอื่นๆ ในระหว่างที่อยู่กินฉันสามีภรรยา กับจำเลยที่ 2 โดยเฉพาะบ้านที่ซื้อได้ ใช้เป็นที่อยู่อาศัยของจำเลยทั้งสองตลอดมา อันเป็นการกู้เพื่อประโยชน์ของจำเลยทั้งสอง จำเลยที่ 2 ได้รู้เห็นยินยอมให้จำเลยที่ 1 กระทำทั้งในฐานะส่วนตัวของจำเลยที่ 1 เองและในฐานะของจำเลยที่ 2 อันเป็นการแต่งตั้งโดยปริยายให้เป็นตัวแทน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1812-1813/2515 วินิจฉัยว่า มารดาจำเลยทำสัญญาโอนขายที่ดินมีโฉนดของจำเลยให้แก่ผู้มีชื่อแทนจำเลย ตามใบมอบอำนาจซึ่งมารดาจำเลยให้ตนเอง จำเลยเขียนชื่อและพิมพ์ลายนิ้วมือแทนจำเลย โดยจำเลยรู้เห็นยินยอมในการกระทำนี้ จำเลยจะมากล่าวอ้างในภายหลังว่าจำเลยมิได้มอบอำนาจให้มารดาขายที่ดินแทนหาได้ไม่

คดีนี้เป็นเรื่องพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงความยินยอมของตัวการ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ได้ความว่านายเจสียวได้รู้เห็นการกระทำของนางแจ่มมารดาที่โอนขายที่ดินของตนมาตลอด และนายเจสียวมิได้คัดค้านโต้แย้งแต่อย่างใด ซึ่งผิดวิสัยของเจ้าของที่ดิน ศาลฎีกาเห็นว่า พฤติการณ์เหล่านี้ชี้ให้เห็นชัดว่า นายเจสียวจำเลยรู้ดีว่าตนได้รู้เห็นยินยอมในการมอบอำนาจให้นางแจ่มมารดาของตนขายที่พิพาทไปโดยชอบแล้ว จึงไม่ได้คัดค้านการรับโอนของนายสมหรือของโจทก์เลยตลอดเวลากว่า 10 ปี เท่ากับว่า ตัวการ ซึ่งก็คือนายเจสียวได้ยินยอมมอบอำนาจให้มารดาของตนซึ่งเป็นตัวแทนโดนขายที่ดินของตนเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4607/2534 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 2 ได้ขออนุญาตจำเลยที่ 1 ซ่อมแซมกุฎีที่จำเลยที่ 2 ปกครองอยู่ จำเลยที่ 1 ตั้งกรรมการให้ไปช่วยดูแล เมื่อไม่มีเงินเพียงพอจะชำระค่าวัสดุก่อสร้าง จำเลยที่ 1 ก็แจ้งให้เจ้าอาวาสและไวยาวัจกรทราบ จำเลยที่ 1 เพิ่งออกคำสั่งให้จำเลยที่ 2 ระวังการก่อสร้าง โดยระบุว่าจำเลยที่ 2 ได้ทำการก่อสร้างมาเป็นเวลานานและทำผิดไปจากรูปแบบเดิมจนก่อให้เกิดปัญหาในปัจจุบัน พฤติการณ์ดังกล่าวเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า จำเลยที่ 1 อนุญาตให้จำเลยที่ 2 ทำการซ่อมแซมก่อสร้างได้โดยจำเลยที่ 1 ติดตามผลการก่อสร้างตลอดมา ทั้งกุฎีเป็นทรัพย์สินของจำเลยที่ 1 ในการซื้อสินค้า จำเลยที่ 2 ก็ได้ชำระหนี้ให้โจทก์ไปบางส่วนแล้ว จึงเป็นมูลเหตุที่เชื่อได้ว่า จำเลยที่ 2 มีอำนาจสั่งซื้อสินค้าตามฟ้องแทนจำเลยที่ 1 ดังนั้น กิจการที่จำเลยที่ 2 กระทำไปย่อมผูกพันจำเลยที่ 1 ในฐานะตัวการ

คดีนี้เมื่อจำเลยที่ 2 ได้ขออนุญาตจำเลยที่ 1 ซ่อมแซมกุฎี แทนที่จำเลยที่ 1 จะอนุมัติหรือไม่อนุมัติ หรือให้รอไว้ก่อน จำเลยที่ 1 กลับตั้งกรรมการไปช่วยดูแล และยังติดตามดูแลผลงานการสร้างตลอดมา เท่ากับว่า จำเลยที่ 1 ตัวการได้แสดงให้เห็นถึงความยินยอมที่ให้จำเลยที่ 2 ตัวแทนทำการสร้างกุฎีนั่นเอง

2.6.1.2 การเป็นตัวแทนโดยปริยายโดยพฤติการณ์การแสดงออกของตัวแทน

ในบางกรณีนั้น ข้อเท็จจริงในคดีไม่ปรากฏให้เห็นความยินยอมของตัวการโดยชัดแจ้ง ซึ่งไม่ว่าจะเป็นโดยตัวการปฏิเสธว่าไม่เคยมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำแทน หรือในทางนำสืบนั้น คู่ความนำสืบได้ไม่ชัดแจ้งว่าตัวการได้มอบอำนาจก็ตาม แต่เมื่อได้พิจารณาจากพฤติการณ์การแสดงออกของตัวแทนแล้วเห็นได้ว่าเป็นการทำแทนตัวการทั้งสิ้น ตามแนวคำ

พิพากษากฎีกานั้น ถือว่าเป็นตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษากฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษากฎีกาที่ 3463/2532 วินิจฉัยว่า โจทก์มอบหมายให้จำเลยดำเนินการโอนสิทธิการเช่าโทรศัพท์จากชื่อโจทก์ให้เป็นชื่อของ ส. ผู้รับโอนให้เป็นที่เรียบร้อย จำเลยจึงเป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์

คดีนี้ได้ความว่า โจทก์มอบหมายให้จำเลยดำเนินการโอนสิทธิการเช่าโทรศัพท์จากชื่อโจทก์ให้เป็นชื่อของ ส. ผู้รับโอนให้เป็นที่เรียบร้อย แล้วจำเลยประมาทเดินเล่อไม่ทำการที่ได้รับมอบหมาย ทำความเสียหายให้แก่โจทก์ โดยจำเลยปฏิเสธว่า จำเลยไม่ได้เป็นตัวแทนของโจทก์ ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยเป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์ เพราะจากพฤติการณ์การแสดงออกของจำเลยไม่ว่า ไปติดต่อหาผู้รับโอนมาให้ รวมทั้งไปดำเนินการจัดการต่างๆในการโอนสิทธิการเช่าโทรศัพท์ของโจทก์ที่องค์การโทรศัพท์ พฤติการณ์เหล่านี้ ถือว่าเป็นการกระทำในฐานะตัวแทนของโจทก์ทั้งสิ้น

คำพิพากษากฎีกาที่ 668/2535 วินิจฉัยว่า การรับสภาพหนี้ แม้ต้องกระทำโดยลูกหนี้ แต่ลูกหนี้อาจตั้งตัวแทนให้ชำระหนี้แทนได้ ซึ่งย่อมต้องถือว่าเป็นการชำระหนี้ของลูกหนี้นั่นเอง คดีนี้ปรากฏว่าจำเลยที่ 2 เคยลงลายมือชื่อรับสินค้าแทนจำเลยที่ 1 และเคยพูดขอผิดผ่อนชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 การที่จำเลยที่ 2 มอบหลังคาไฟเบอร์กระบะรถชำระหนี้ให้โจทก์เป็นการกระทำโดยตระหนักเป็นปริยายว่ายอมรับสิทธิเรียกร้องของโจทก์ ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 โดยปริยาย

คดีนี้จะเห็นได้ว่า พฤติการณ์การแสดงออกของจำเลยที่ 2 ไม่ว่าจะการที่เคยลงลายมือชื่อรับสินค้าแทนจำเลยที่ 1 รวมทั้งการพูดขอผิดผ่อนชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 และนอกจากนั้นยังมอบหลังคาไฟเบอร์กระบะรถซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยตระหนักเป็นปริยายว่ายอมรับสิทธิเรียกร้องของโจทก์ซึ่งเป็นการรับสภาพหนี้ประการหนึ่งมีผลทำให้อายุความสะดุดหยุดลงพฤติการณ์ที่จำเลยที่แสดงออกมานั้น ย่อมเห็นได้ว่าจำเลยที่ 2 ทำแทนจำเลยที่ 1 ทั้งสิ้น ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนโดยปริยายของจำเลยที่ 1

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5351/2538 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 เป็นศึกษาธิการเขตลาดกระบัง โจทก์มีหนังสือเชิญศึกษาธิการเขตลาดกระบังเป็นผู้ประสานงานของโจทก์ให้สิทธิแก่ผู้รับเชิญว่า หากไม่สามารถไปร่วมประชุมหรือรับ-ส่งเงินของสมาชิกหรือรับ-ส่งหนังสือสัญญากู้เงินสามัญ ขอให้มอบให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่ผู้รับเชิญเห็นสมควรไปปฏิบัติงานแทนเป็นลายลักษณ์อักษรให้โจทก์ทราบ แสดงว่าโจทก์ตั้งศึกษาธิการเขตลาดกระบังคือจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทน จำเลยที่ 1 ไม่ได้ปฏิเสธหนังสือเชิญดังกล่าว ทั้งยังยอมรับคำตอบแทนที่โจทก์จ่ายให้ พฤติการณ์ดังกล่าวแสดงว่าจำเลยที่ 1 รับเป็นผู้ติดต่อประสานงานของโจทก์โดยปริยาย จำเลยที่ 1 จึงเป็นตัวแทนของโจทก์

คดีนี้ ที่ศาลเห็นว่าศึกษาธิการเขตลาดกระบังจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์ สหกรณ์ออมทรัพย์ครู กรมสามัญการศึกษาซึ่งเป็นตัวการ ก็เนื่องจากเมื่อโจทก์ได้ส่งหนังสือเชิญให้ศึกษาธิการเขตลาดกระบังเป็นผู้ประสานงานโจทก์แล้ว ไม่ปรากฏตามข้อเท็จจริงว่าจำเลยที่ 1 ได้ปฏิเสธตามหนังสือเชิญดังกล่าวแต่อย่างใด แต่กลับยอมรับคำตอบแทนที่โจทก์จ่ายให้ รวมทั้งขอเปลี่ยนผู้รับเงินเป็นจำเลยที่ 3 เท่ากับว่าเป็นตอบรับตามหนังสือเชิญนั่นเอง พฤติการณ์ที่จำเลยที่ 1 ไม่ปฏิเสธและกลับรับทำกิจการให้ เท่ากับการตอบตกลงเป็นตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง

2.6.1.3 การเป็นตัวแทนโดยปริยาย เนื่องจากเป็นกรณีที่ตัวการและตัวแทนเคยปฏิบัติต่อกันมาก่อน และตัวแทนตกลงรับทำการดังกล่าวนั้น เรื่อยมา ดังจะเห็นได้ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2943/2522 วินิจฉัยว่า การรับสภาพหนี้ต้องทำโดยลูกหนี้ แต่ลูกหนี้ตั้งตัวแทนให้ชำระหนี้ได้ น้องชำระหนี้ของพี่หลายคราวติดต่อกันมา ไม่มีเหตุที่อยู่ดี ๆ น้องจะชำระหนี้ให้พี่ จึงถือได้ว่าน้องเป็นตัวแทนของพี่โดยปริยาย

คดีนี้ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ได้ความว่า น้องชายลูกหนี้ ได้ทำการชำระหนี้แทนลูกหนี้ ซึ่งเป็นพี่ชายแทนหลายครั้งติดต่อกันมา ซึ่งเป็นจำนวน 4 งวดด้วยกัน ศาลฎีกาเห็นว่า พฤติการณ์ที่ปรากฏแสดงให้เห็นว่า น้องชายเป็นตัวแทนโดยปริยายของลูกหนี้ เพราะหากไม่ถือว่าเป็นตัวแทนแล้ว ไม่มีเหตุผลใดที่อยู่ดี ๆ น้องชายจะชำระให้พี่ชาย นอกจากนี้ ยังมีหมายเหตุของท่านอาจารย์จิตติ ตังศกัทธิย์ ว่า การรับสภาพหนี้ โดยหลักแล้ว ลูกหนี้เป็นคนทำ มิใช่ให้คนอื่น มารับสภาพให้มีผลผูกพันลูกหนี้ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงเสียประโยชน์

แก่ลูกหนี้ ศาลจึงต้องวินิจฉัยว่าเป็นตัวแทนโดยปริยาย ไม่ได้ตั้งให้เป็นตัวแทนโดยชัดแจ้ง เพราะชำระหนี้ติดต่อกันหลายครั้ง ถ้าไม่เป็นตัวแทนก็คงไม่ทำเช่นนั้น คือลูกหนี้รู้อยู่แล้วยอมให้ทำเรื่อยไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7370/2537 วินิจฉัยว่า จำเลยรับเงินค่าจ้างของลูกจ้างโจทก์ 3 คน ไว้โดยคนที่สามยินยอมให้จำเลยรับแทน จำเลยยอมได้ชื่อว่าเป็นตัวแทนโดยปริยายของลูกจ้างโจทก์ทั้งสามคนดังกล่าวตาม ป.พ.พ. มาตรา 797 วรรคสอง

คดีนี้ เป็นการที่จำเลยเคยรับเงินแทนคนที่สามมาก่อน โดยคนที่สามยินยอมและจำเลยรับเงินแทนเรื่อยมา ศาลฎีกาถือว่าจำเลยที่สามเป็นตัวแทนโดยปริยายของคนทั้งสาม

2.6.2 กรณีของพนักงานหรือลูกจ้าง

ศาลฎีกาถือว่า พนักงานหรือลูกจ้างนั้น เป็นตัวแทนโดยปริยายของนายจ้างนั่นเอง ดังจะเห็นได้ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1688/2539 ซึ่งวินิจฉัยว่า ส. เป็นพนักงานขายของโจทก์ มีหน้าที่นำสินค้าไปเสนอขายให้แก่ลูกค้า การที่ ส. เสนอขายสินค้าของโจทก์ให้แก่จำเลย ย่อมถือได้ว่า ส. เป็นตัวแทนของโจทก์โดยปริยาย การที่ ส. รับรองกับจำเลยว่าถ้าสินค้าที่จำเลยซื้อจากโจทก์ ไม่สามารถใช้ได้ ยอมให้คืนสินค้า และยอมคืนเช็คค่าสินค้าให้จำเลยจึงผูกพันโจทก์ ซึ่งเป็นตัวการตามข้อตกลงที่ ส. ได้ทำไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 820 จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดตามเช็ค

นอกจากนั้นมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1107/2497 วินิจฉัยว่า ลูกจ้างตรวจตราไม้ที่นายจ้างซื้อไว้เพื่อแสดงว่าเป็นไม้ชนิดที่ผู้ขายขายให้นายจ้าง แล้วรายงานให้นายจ้างจ่ายเงินราคาซื้อล่วงหน้าให้ผู้ขายตามสัญญาซื้อขาย ถือได้ว่าเป็นการกระทำไปทั้งในฐานะลูกจ้างและตัวแทนของนายจ้าง และ

ใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1653/2500 วินิจฉัยว่า ลูกจ้างหรือตัวแทนนั้นบุคคลคนเดียวอาจเป็นได้ทั้งสองอย่าง กล่าวคือ ลูกจ้างที่กระทำการให้นายจ้างในกิจการของนายจ้าง ก็ย่อมเป็นตัวแทนของนายจ้างนั่นเอง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาถือว่า การที่ลูกจ้างได้ทำกิจการต่างๆไปในตำแหน่งหน้าที่ของลูกจ้างเอง หรือตามคำสั่งของนายจ้างนั้น ถือได้ว่าเป็นการทำแทนนายจ้างในฐานะตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง กล่าวคือ ลูกจ้างอยู่ในฐานะเป็นทั้งลูกจ้างและตัวแทนในเวลาเดียวกัน

การที่ศาลถือว่าลูกจ้างก็เป็นตัวแทนโดยปริยายด้วยนั้น เนื่องจาก โดยสภาพของการเป็นลูกจ้างนายจ้างนั้น ลักษณะงานเช่นนี้บ่อยครั้งที่นายจ้างจะตกลงมอบอำนาจให้ลูกจ้างเป็นตัวแทนโดยสัญญาชัดแจ้ง จะมีก็เพียงแต่สัญญาจ้างแรงงาน แต่กิจการที่มอบหมายให้ลูกจ้างทำนั้น พอจะถือได้ว่า ลูกจ้างเป็นตัวแทนโดยปริยาย และกิจการที่ลูกจ้างทำไป ย่อมผูกพันนายจ้าง นายจ้างจะปฏิเสธความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกคู่สัญญาไม่ได้ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า มีสัญญาตัวแทนซ่อนอยู่ในสัญญาจ้างแรงงาน และผู้ทำการแทนมีบทบาทสองบทบาท คือเป็นทั้งลูกจ้างและเป็นตัวแทนในเวลาเดียวกัน⁷⁹

2.6.3 ความเป็นตัวแทนโดยปริยายโดยการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ต่างๆ หรือโดยความรับผิดชอบความผูกพันระหว่างกัน หรือลักษณะของการกระทำเห็นได้ชัดว่าเป็นการมอบอำนาจให้เป็นตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง ดังจะเห็นได้ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1018/2520 วินิจฉัยว่า ผู้ที่จำเลยแสดงออกว่าเป็นตัวแทนลงชื่อรับของที่จำเลยซื้อจากโจทก์ไว้แล้ว ดังนั้นถือว่าบุคคลซึ่งเซ็นรับสินค้าไว้แทน ถือได้ว่าเป็นตัวแทนของจำเลยโดยปริยาย

คดีนี้ จำเลยได้สั่งซื้อวัสดุก่อสร้างจากโจทก์ และโจทก์ได้นำสินค้าไปส่งแล้ว มีผู้มาเซ็นรับสินค้าวัสดุก่อสร้างของโจทก์ไว้ ศาลฎีกาถือว่า บุคคลซึ่งเซ็นรับสินค้าไว้แทนนั้นเป็นตัวแทนโดยปริยายของจำเลย เนื่องจากเห็นได้ว่า การเซ็นรับสินค้านั้น ลักษณะของการกระทำเป็นการทำแทนโจทก์นั่นเอง ซึ่งในเรื่องนี้ ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏชัดว่า ผู้ที่เซ็นรับสินค้าไว้แทนโจทก์นั้นเป็นลูกจ้างของโจทก์หรือไม่แต่อย่างใด

⁷⁹จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน – นายหน้า จ้างทำของ. หน้า 13-14.

คำพิพากษาฎีกาที่ 475/2522 วินิจฉัยว่า ร. นำรถยนต์ของโจทก์ที่ 2 ไปทดลองขับดูก่อนที่จะซื้อ และได้นำไปจอดฝากไว้กับจำเลย ถือได้ว่า ร. เป็นตัวแทนของโจทก์ที่ 2 โดยปริยาย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

คดีนี้ โจทก์ที่ 2 มิได้เป็นคนนำรถไปฝากไว้ที่ปั้มน้ำมันของจำเลยเอง แต่ ร. นำรถยนต์ของโจทก์ที่ 2 ไปทดลองขับดูก่อนที่จะซื้อ และได้ไปจอดฝากไว้ที่ปั้มน้ำมันของจำเลย ศาลฎีกาถือว่า การที่ ร. นำรถไปฝากไว้ที่ปั้มน้ำมัน โดยสภาพของการกระทำของ ร. นั้น ถือได้ว่า ร. เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์นั่นเอง เท่ากับว่าโจทก์ที่ 2 ได้ฝากรถยนต์ไว้กับจำเลย เมื่อต่อมารถได้หายไปจากปั้มน้ำมันของจำเลย จำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์*

คำพิพากษาฎีกาที่ 2164/2523 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 เป็นนิติบุคคล จำเลยที่ 2 เป็นข้าราชการในสังกัดของจำเลยที่ 1 มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างถนนในกิจการของจำเลยที่ 1 ให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด โดยให้จำเลยที่ 2 เป็นผู้ตัดสินใจในการจัดทำถนนให้เสร็จในกำหนดเวลานั้น เป็นพฤติการณ์ที่แสดงว่าจำเลยที่ 1 ได้มอบหมายให้จำเลยที่ 2 ดำเนินการในเรื่องทำถนนให้เสร็จตามกำหนดเวลา จำเลยที่ 2 จึงเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 โดยปริยายในการที่จะต้องสร้างถนนให้ทันตามกำหนดเวลา

คดีนี้ ที่ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์นั้น ก็เนื่องจากจำเลยที่ 1 ได้มอบหมายให้จำเลยที่ 2 เป็นผู้ตัดสินใจในการจัดทำถนนให้เสร็จในกำหนดเวลา โดยลักษณะของกิจการที่จำเลยที่ 1 ได้มอบหมายแล้วย่อมเห็นได้ชัดว่าจำเลยที่ 2 กระทำการแทนตามความประสงค์ของจำเลยที่ 1 นั้นเองในเรื่องของการสร้างถนนให้ทันกำหนดเวลาดังนั้น ศาลฎีกาถือว่า จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์นั่นเอง การที่จำเลยที่ 2 สั่งซื้อคอนกรีตผสมเสร็จจากโจทก์มาสร้างถนนดังกล่าวให้ทันเวลาตามความประสงค์ของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 จึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 253/2524 คดีนี้ เดิมกรมโรงงานอุตสาหกรรมจ้างโจทก์ทั้งหมดทำงานในโรงงานสุราบางยี่ขัน ต่อมาได้ให้บริษัท ส. เข้าโรงงานแห่งนี้ไปดำเนินการ โดยกรมโรงงานอุตสาหกรรมทำสัญญาให้บริษัท ส. เข้าโดยมีข้อตกลงว่า ให้บริษัท ส. รับโอนโจทก์ทั้ง

* คดีนี้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ของท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศภิทัย โปรดดู ภาคผนวก หน้า 195.

หมดมาเป็นลูกจ้าง โดยโจทก์ได้ทำงานในตำแหน่งหน้าที่เดิมหรือไม่ต่ำกว่า และได้รับผลประโยชน์ดังเดิม รวมทั้งได้ตกลงเงื่อนไขเรื่องอื่นๆเกี่ยวกับการโอนการจ้างงานของโจทก์อีกด้วย และแม้การโอนการจ้างนี้จะไปทำตามข้อตกลงระหว่างกรมโรงงานอุตสาหกรรมกับบริษัท ส. ก็ถือได้ว่ากรมโรงงานอุตสาหกรรมกระทำในฐานะเป็นตัวแทนของจำเลยโดยปริยาย เพราะกรมโรงงานอุตสาหกรรมมีความรับผิดชอบผูกพันต่อโจทก์ในเรื่องของการว่าจ้างทำงานในโรงงานแห่งนี้

คดีนี้ เป็นเรื่องของการโอนการจ้างงานของโจทก์ซึ่งเดิมจำเลยเป็นนายจ้าง ไปยังบริษัท ส. ในการตกลงเรื่องการโอนการจ้างนี้กรมโรงงานอุตสาหกรรมได้ทำสัญญาตกลงกับบริษัท ส. ศาลฎีกาถือว่า กรมโรงงานอุตสาหกรรมเป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์ โดยให้เหตุผลว่าเพราะกรมโรงงานอุตสาหกรรม มีความรับผิดชอบผูกพัน ต่อโจทก์ในเรื่องของการว่าจ้างทำงานในโรงงานแห่งนี้ ดังนั้นการที่ไปตกลงเรื่องการโอนการจ้างก็เป็นการกระทำแทนโจทก์นั่นเอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 2434/2526 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 2 ผู้จัดการธนาคารสาขา ได้รับมอบอำนาจจากธนาคาร จำเลยที่ 3 ได้แต่งตั้งจำเลยที่ 1 เป็นทนายความฟ้องโจทก์ให้ชำระหนี้และไต่ถอนจำนอง ตามหนังสือมอบอำนาจ จำเลยที่ 1 ไม่มีอำนาจรับเงินในคดีแทนจำเลยที่ 2 นอกศาล การที่โจทก์มอบเช็คให้จำเลยที่ 1 ไปจัดการชำระหนี้ให้แก่จำเลยที่ 3 เพื่อมิให้ที่ดินของโจทก์ต้องถูกขายทอดตลาด จำเลยที่ 1 ยอมรับเช็คไปดำเนินการตามความประสงค์ของโจทก์ จำเลยที่ 1 ยอมได้ชื่อว่าเป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์แล้ว ตาม ป.พ.พ. มาตรา 797 วรรคสอง

คดีนี้ ถึงแม้ว่าจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นตัวแทนช่วงได้ไปทำนอกอำนาจ คือ ไปรับเงินจากโจทก์นอกศาล ทั้งๆที่จำเลยที่ 3 ระบุว่าให้มีอำนาจรับเงินค่าฤชาธรรมเนียมและเงินอื่นๆ จากศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือเจ้าพนักงานอื่นใดเท่านั้น ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 ไปรับเงินจากโจทก์นอกศาล เมื่อโจทก์ไม่ใช่เจ้าพนักงานและไม่ใช่การรับเงินจากศาล จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 ในฐานะตัวแทนของจำเลยที่ 3 ได้รับชำระหนี้จากโจทก์ครบถ้วนแล้ว แต่ศาลฎีกาถือว่า การที่ โจทก์มอบเช็คให้จำเลยที่ 1 ไปจัดการชำระหนี้ให้แก่จำเลยที่ 3 เพื่อมิให้ที่ดินของโจทก์ต้องถูกขายทอดตลาด จำเลยที่ 1 ยอมรับเช็คไปดำเนินการตามความประสงค์ของโจทก์นั้น จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์ เนื่องจากโดยลักษณะของการกระทำ เห็นได้ชัดว่าเป็นการมอบอำนาจให้เป็นตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700-701/2535 การที่คณะกรรมการปรับปรุงอาคารพิพาทของโจทก์ผู้ให้เช่ามีมติให้บอกเลิกการเช่าแก่จำเลยผู้เช่า นาง ย. ซึ่งดำรงตำแหน่งหัวหน้ากองอาคารของโจทก์ผู้ให้เช่า ได้มีหนังสือบอกเลิกการเช่าแก่จำเลยผู้เช่าไปตามมติดังกล่าวนั้น แม้ในมตินั้นจะไม่ได้ระบุให้นาง ย. เป็นผู้บอกเลิกการเช่าแก่จำเลย ก็ถือได้ว่านาง ย. บอกเลิกการเช่าแทนโจทก์ผู้ให้เช่าแล้วโดยชอบโดยปริยาย

คดีนี้ ถือว่านาง ย. เป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์นั่นเอง เมื่อนาง ย. ได้บอกเลิกการเช่าแล้ว ถือได้ว่าโจทก์ได้บอกเลิกการเช่าแล้วนั่นเอง ที่ศาลวินิจฉัยว่านาง ย. เป็นตัวแทนโดยปริยาย เนื่องจาก นาง ย. ดำรงตำแหน่ง หัวหน้ากองอาคาร ของโจทก์ การที่นาง ย. กระทำการตามตำแหน่งหน้าที่ ถือได้ว่าเป็นการกระทำในฐานะตัวแทนของโจทก์นั่นเอง โดยศาลฎีกาถือว่า เป็นตัวแทนโดยปริยาย ในเรื่องนี้เห็นได้ว่า คล้ายกับเรื่องลูกจ้าง นายจ้างนั่นเอง

2.6.4 การเป็นตัวแทนโดยปริยายเนื่องจากการประกอบกิจการธุรกิจการค้าต่างๆ

ในการทำธุรกิจการค้าที่บางกรณีอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ต่างประเทศ และมีอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในประเทศ ทำการแทน จัดการติดต่อต่างๆแทนอีกฝ่ายที่อยู่ต่างประเทศ การกระทำทั้งหลาย บางกรณีอาจถือได้ว่า เป็นพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นตัวแทนโดยปริยายได้ ดังจะเห็นได้ในคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1602/2534 วินิจฉัยว่า โจทก์ทำสัญญาซื้อขายสับปะรดกระป๋องจากจำเลย โดยติดต่อผ่านบริษัท อ. นายหน้าของโจทก์ที่ประเทศไต้หวัน และบริษัท อ. ติดต่อจำเลยผ่านบริษัท ข. ตัวแทนของจำเลยที่ประเทศไต้หวัน พฤติการณ์ต่างๆที่บริษัท ข. แสดงออกตั้งแต่มีหนังสือยืนยันการขายไปถึงโจทก์ โดยมีเงื่อนไขเกี่ยวกับปริมาณและราคาสินค้าตรงตามรายการปริมาณและราคาสินค้าตามใบกำกับสินค้า ซึ่งจำเลยจัดทำขึ้นเพื่อส่งไปให้โจทก์ โจทก์และบริษัท ข. ได้ติดต่อกันทางโทรพิมพ์ กล่าวข้อความเกี่ยวข้องกับจำเลยอันมีสาระสำคัญเชื่อมโยงให้โจทก์กับจำเลยตกลงเข้าทำสัญญา กับทั้งผู้รับประโยชน์ตามเลตเตอร์ออฟเครดิตคือจำเลย และการที่โจทก์เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตก็เพื่อสั่งซื้อสินค้าจากจำเลย ฝ่ายจำเลยก็ได้รับเงินค่าสินค้าตามเลตเตอร์ออฟเครดิตของโจทก์ และส่งสินค้าให้โจทก์แล้วก็ได้แจ้งยอดหนี้ให้โจทก์ทราบโดยตรง พฤติการณ์เช่นนี้ ถือว่าบริษัท ข. เป็นตัวแทนโดยปริยาย

ของจำเลยไปทำสัญญาซื้อขายลับประดกระบังกับโจทก์ จำเลยจึงต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขาย

คดีนี้จำเลยอ้างว่าไม่เคยทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์ แต่ศาลเห็นว่า จำเลยได้ทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์แล้ว โดยบริษัท ข. ตัวแทนโดยปริยายของโจทก์ เป็นผู้ทำสัญญาซื้อขาย ดังนั้น จำเลยต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขาย ที่ศาลฎีกาเห็นว่าบริษัท ข. ตัวแทนโดยปริยายของโจทก์นั้นเนื่องจากพฤติการณ์การแสดงออกของบริษัท ข. ต่างๆ ตั้งแต่มีหนังสือยืนยันการขายไปถึงโจทก์ โดยมีเงื่อนไขเกี่ยวกับปริมาณและราคาสินค้าตรงตามรายการปริมาณและราคาสินค้าตามใบกำกับสินค้า ซึ่งจำเลยจัดทำขึ้นเพื่อส่งไปให้โจทก์ โจทก์และบริษัท ข. ได้ติดต่อกันทางโทรศัพท์ กล่าวข้อความเกี่ยวข้องกับจำเลยอันมีสาระสำคัญเชื่อมโยงให้โจทก์กับจำเลยตกลงเข้าทำสัญญา กับทั้งผู้รับประโยชน์ตามเลตเตอร์ออฟเครดิตคือจำเลย และการที่โจทก์เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตเพื่อสั่งซื้อสินค้าจากจำเลย ฝ่ายจำเลยก็ได้รับเงินค่าสินค้าตามเลตเตอร์ออฟเครดิตของโจทก์ และส่งสินค้าให้โจทก์แล้วก็ได้แจ้งยอดหนี้ให้โจทก์ทราบโดยตรง พฤติการณ์เช่นนี้ ถือว่าบริษัท ข. เป็นตัวแทนโดยปริยายของจำเลยนั่นเอง

นอกจากนี้ มี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2519/2537 วินิจฉัยว่า จำเลยเป็นเพียงบริษัทนายหน้าในการประกันภัย แต่ตามพฤติการณ์ที่จำเลยแสดงออกในการติดต่อให้โจทก์นำเอาความเสี่ยงภัยต่อแก่ผู้รับประกันภัยซึ่งอยู่ต่างประเทศนั้นเกินเลยกว่าการเป็นนายหน้า แม้ผู้รับประกันภัยต่อมิได้มีหนังสือแต่งตั้งจำเลยเป็นตัวแทนให้กระทำในกิจการดังกล่าว แต่การปฏิบัติของผู้รับประกันภัยต่อที่ได้ยินยอมให้จำเลยปฏิบัติงานแทนตนตลอดมา จำเลยย่อมอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนของผู้รับประกันภัยต่อในต่างประเทศโดยปริยาย ตาม ป.พ.พ. มาตรา 797 วรรคสอง

คดีนี้ จำเลยต่อสู้ว่าเป็นเพียงนายหน้า แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่ใช่ นายหน้า เนื่องจากกรกระทำของจำเลยเกินเลยกว่านายหน้า ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยเป็นตัวแทนโดยปริยายของบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในต่างประเทศตัวการ ถึงแม้ว่าที่หวักระดาษหนังสือตอบโต้ของจำเลยจะระบุว่า จำเลยเป็นนายหน้าและที่ปรึกษาประกันภัยก็ตาม แต่ตามพฤติการณ์ที่จำเลยได้แสดงออก และการปฏิบัติของบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในต่างประเทศได้ยินยอมให้จำเลยปฏิบัติงานแทนตนตลอดมา คดีนี้เป็นเรื่องตัวการอยู่ต่างประเทศและมีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศ ดังนั้น จำเลยซึ่งเป็นตัวแทนโดยปริยายต้องรับผิดชอบโดยลำพัง ตามมาตรา 824