

บทที่ 1

ประวัติ การวิวัฒนาการ ความเป็นมา และหลักเกณฑ์ของกฎหมายตัวแทนใน ต่างประเทศ

1.1 ประวัติ การวิวัฒนาการ ความเป็นมา ของกฎหมายตัวแทนในต่างประเทศ

1.1.1 กฎหมายโรมัน

ประวัติความเป็นมาของกฎหมายตัวแทน หากศึกษาจะพบว่าเรื่องตัวแทนนี้มีมาช้านานแล้ว นับตั้งแต่ยุคสมัยโรมัน แต่ในกฎหมายโรมันนั้น หาได้มีแนวความคิดในเรื่องตัวแทนดังเช่นในปัจจุบันนี้¹ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายโรมันในครั้งเริ่มแรกไม่ยอมให้มีผู้ทำการแทนกันเลย²

ต่อมาภายหลังจึงได้ทิ้งหลักอันนี้เสีย โดยวางข้อยกเว้นต่างๆมากขึ้นเป็นลำดับ และสุดท้ายก็ยินยอมถึงกันว่า นิติกรรมอาจมีผลเหนือบุคคลผู้ที่ไม่ได้เข้าไปทำนิติกรรมนั้นได้ ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากกฎหมายโรมันต้องยอมตามความต้องการในทางเศรษฐกิจ อาจกล่าวได้ว่า เป็นสิ่งที่เป็นไปได้เลย ที่กฎหมายของประเทศหนึ่งจะไม่อนุญาตให้มีผู้ทำการแทนกัน เพราะหากทำเช่นนั้นแล้ว จะทำให้ธุรกิจการค้าขายลำบากมาก หรือจะเป็นการพันวิสัยก็ว่าได้³ โดยในกฎหมายโรมันอนุญาตให้มีการทำแทนกันได้โดยใช้หลักที่เรียกว่า *mandatum contractum*

mandatum contractum คือ การมอบอำนาจแบบเด็ดขาด เป็นสัญญามอบอำนาจชนิดที่ตัวการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนไปทำกิจกรรมตามที่มอบหมายโดยเด็ดขาด ตัวแทนมีอำนาจที่จะทำอะไรไปตามที่ตัวการมอบอำนาจได้ แต่ถ้าตัวแทนไปทำอะไรผิดพลาด เกิดผลเสียหายใดๆ ตัวแทนต้องรับผิดชอบโดยลำพัง ตัวการไม่ต้องรับผิดชอบด้วย⁴

¹Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford: Clarendon Press, 1962), p. 201.

²แอลดูปลาตร์, *เลกเซอร์กฎหมาย ภาค 2 พ.ศ. 2471* (ม.ป.ท.), หน้า 3.

³เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

⁴มาโนช สุทธิวาทนฤพุมิ, *บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), หน้า 2.

ตัวแทนในสมัยนั้นมีจุดกำเนิดจากวงจรรยาในครอบครัวของชาวโรมัน⁵ คือ ยอมให้บุคคลในครอบครัวเดียวกันทำแทนบิดา หรือนายได้ และ praetor อนุญาตให้ฟ้องร้องได้โดย actio quod jussu นายหรือบิดาต้องรับผิดชอบตามสัญญาซึ่งบุตรหรือทาสเข้าทำ เพื่อประโยชน์ในทรัพย์สินสมบัติของนายหรือบิดา (actio in rem verso)⁶

ต่อมาได้ขยายไปถึง บุคคลที่อยู่ในฐานะอิสระไม่ได้เป็นบุคคลในครอบครัว ไม่อยู่ในฐานะบุตรหรือทาส แต่ก็จำกัดอยู่บางเรื่องเท่านั้น เช่น เจ้าของเรือต้องรับผิดชอบในหน้าที่นายเรือได้ทำงานตามหน้าที่ของเขา หรือให้คนอิสระซึ่งเป็นพนักงานการเงิน กุ้ยืมเงินจากคนอื่นให้ตัวการหรือขายสินค้าแทนตัวการ ตัวการก็ต้องรับผิดชอบในหนี้สินด้วย⁷ แต่อย่างไรก็ดี บุคคลเหล่านี้หาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไปไม่ ยังต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวอยู่⁸

ต่อมา ได้มีการวิวัฒนาการ โดยยอมรับสัญญาตัวแทนบางประเภท คือ ยอมรับเฉพาะในกรณีที่เป็นการฟ้องคดี ฟ้องความเรียกว่า procurator in rem suam หรือ mandatum in rem

⁵R.W.Lee, The Elements of Roman Law: With a Translation of the Institutes of Justinian, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1956), pp. 358-359, อ้างถึงใน จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน-นายหน้า จ้างทำของ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 4.

praetor หรือ ไพรตอร์ เป็นตำแหน่งที่มีการแต่งตั้งขึ้นในปี 367 ก่อนคริสต์ศักราช มีอำนาจในการบริหารกฎหมาย เป็นผู้ช่วยของคอนซูลด้านการบริหารกฎหมายเอกชน รับภาระหน้าที่ของคอนซูลในส่วนที่เกี่ยวกับคดีความแพ่ง (รายละเอียดโปรดดู ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 20-21.)

⁶ไชยเจริญ สันติศิริ คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 7 (พระนคร: โรงพิมพ์กัณฑ์ประดิษฐ์, 2513), หน้า 3.

⁷จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน-นายหน้า จ้างทำของ, หน้า 6.

⁸ไชยเจริญ สันติศิริ คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, หน้า 3.

suam⁹ กล่าวคือ เป็นการฟ้องคดีแทน หรือการโอนสิทธิฟ้องร้องของตัวการให้ตัวแทนฟ้องคดีแทน และถ้ามีข้อผิดพลาดเกิดขึ้น หรือแพ้คดี ตัวการต้องรับผิดชอบ จะให้ตัวแทนต้องรับผิดชอบไม่ได้

สัญญา mandatum นั้น ได้ถูกจัดประเภทโดยจักรพรรดิ Justinian และ Gaius ไว้ในสัญญาจำพวก consensual contract¹⁰ หรือสัญญาที่เกิดจากการตกลงร่วมกัน ซึ่งการมอบหมายให้ทำการแทนนี้เรียกว่าmandatum หรือmandate ในภาษาอังกฤษนั่นเอง โดยการกระทำการแทนผู้อื่นนี้ ถือเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง โดยมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าmandatarius ให้คำมั่นสัญญาว่าจะกระทำการแทนตามที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าmandator ได้ร้องขอ¹¹

mandatum เป็นสัญญาที่ไม่คำนึงถึงบำเหน็จหรือค่าตอบแทน และไม่มีรูปแบบ เพียงความยินยอม ก็ก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้น นอกจากนี้ สัญญาmandatum นี้ยังอาจเกิดขึ้นโดยปริยายจากการประพฤติปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่สัญญาได้อีกด้วย¹²

ประเภทของ สัญญา mandatum นั้น อาจแบ่งออกได้ดังต่อไปนี้

1. เพื่อผลประโยชน์ของ mandator เอง
2. เพื่อผลประโยชน์ของ mandator และ mandatarius
3. เพื่อผลประโยชน์ของ mandator และบุคคลที่สาม
4. เพื่อผลประโยชน์ของบุคคลที่สาม
5. เพื่อผลประโยชน์ของ mandatarius และบุคคลที่สาม¹³

แต่ถ้าเป็นสัญญาที่เพื่อผลประโยชน์ของ mandatarius เพียงลำพัง จะไม่ก่อให้เกิด

⁹มาโนช สุทธิวาทนฤๅฒิ. บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า. หน้า 2.

¹⁰Harold Greville Hanbury, The Principles of Agency. 2nd ed. (London: Stevens & Sons Ltd., 1960), p. 2.

¹¹L.B.Curzon, The m & e Handbook Series Roman Law. 1st ed. (Macdonald & Evans Ltd., 1966), p. 156.

¹²Ibid., pp. 156.

¹³Ibid., pp. 156 - 157.

ความผูกพัน¹⁴

กฎหมายโรมันในเรื่องตัวแทนนี้ มีการพัฒนาไปอย่างเชื่องช้ามาก¹⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคสมัยจักรพรรดิ Justinian เนื่องจากในสมัยนั้น หลัก privity of contract มีอิทธิพลอย่างมาก คือ จะยอมให้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้ รวมทั้งสิทธิและหน้าที่มิได้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น¹⁶

หลักในเรื่องmandatum หรือmandate ในยุคสมัยโรมันนี้ มีความคล้ายคลึงกับ agency หรือตัวแทน จนบางคนอาจเข้าใจว่าเป็นเรื่องเดียวกัน และบางครั้งคำว่าagency ถูกยืมมาใช้เพื่อให้ความหมายของคำว่า mandate ซึ่งความคิดนี้มีผู้เห็นว่าไม่ถูกต้อง โดยเห็นว่าในแง่ของ agency นั้น เป็นความสัมพันธ์ที่มีผลทางกฎหมายระหว่างบุคคลหนึ่งที่เรียกว่า ตัวการ (principal) กับบุคคลภายนอก (third party) โดยมีบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า ตัวแทน (agent) เป็นสื่อกลางที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ แต่ในแง่ของ mandate นั้น เป็นสัญญาที่มีลักษณะเหมือนกับ การจ้าง (employment) โดยกฎหมายในเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา นั้น จะมุ่งไปที่ mandator หรือผู้ใช้ และ mandatarius หรือผู้ถูกใช้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม หลักในเรื่องสัญญา mandate ในยุคสมัยโรมันนี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นต้นรากสำคัญที่ก่อให้เกิดการพัฒนาเป็นกฎหมายในเรื่อง ตัวแทน, คำประกัน(suretyship) และ การโอนหนี้ (assignment of obligations) ในปัจจุบันนั่นเอง¹⁷

¹⁴ Ibid., p. 157.

¹⁵ Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law, p. 201.

* หลักสัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา

¹⁶ Ibid., p. 204.

¹⁷ R.W.Lee, The Elements of Roman Law: With a Translation of the Institutes of Justinian, p. 336.

1.1.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษถือเป็นประเทศในระบบ Common Law โดยแท้ จนอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายในยุคสมัยโรมันเป็นต้นแบบของกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากชาว Anglo Saxon ได้รับเอา หลักต่างๆของกฎหมายโรมัน ไปปรับปรุง เปลี่ยนแปลงบังคับใช้เป็นกฎหมายอังกฤษ¹⁸

แต่ในเรื่องแนวความคิดในเรื่องตัวแทนของประเทศอังกฤษนั้น หากศึกษาจะพบว่า นักนิติศาสตร์ของอังกฤษ เห็นว่าเป็นของประเทศอังกฤษเอง ไม่ใช่ได้รับมาจากกฎหมายโรมัน และนอกจากนั้น เนื้อหาของสัญญา mandatum ในกฎหมายโรมันนั้น แคบกว่า Law of Agency ของอังกฤษเป็นอย่างมาก กล่าวคือ กฎหมายโรมันไม่มุ่งเน้นไปที่ ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับ บุคคลภายนอก ในสัญญาซึ่งเกิดขึ้นโดยตัวแทน กฎหมายโรมันจะเน้นตรงที่ความสัมพันธ์ระหว่าง ตัวการ กับตัวแทน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งmandator และ mandatarius มากกว่า¹⁹ นอกจากนี้เห็นว่า กฎหมายในเรื่องตัวแทนนี้เป็นของอังกฤษเอง ไม่ใช่มาจากกฎหมายโรมันแล้ว กฎหมายตัวแทน ของประเทศอังกฤษเอง น่าจะมีที่มาจากหลักการใช้ หรือ "doctrine of uses" ซึ่งเป็นหลักการของ ชาวเยอรมันอีกด้วย²⁰

ก่อนหน้านั้นประเทศอังกฤษไม่รู้จักเรื่องตัวแทน ในประเทศอังกฤษเองเพิ่งรู้จักเรื่อง ตัวแทน เมื่อศตวรรษที่ 13²¹ กฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษนั้น ไม่ปรากฏชัดเจน

¹⁸สรรเสริญ ไกรจิตติ, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516), หน้า 3.

¹⁹Harold Greville Hanbury, The Principles of Agency. pp. 2-3.

²⁰G.H.L. Fridman , The Law of Agency. 6th ed. (London: Butterworths, 1990), pp. 3-4.

²¹Frederick Wallach, Introduction to European Commercial Law (New York: Oceana Publication, 1953) , pp.16-17, อ้างถึงในมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสาร การสอนชุดวิชา กฎหมายธุรกิจ หน่วยที่7-15 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์, 2526), หน้า 323.

จนกระทั่งศตวรรษที่ 19²² ก่อนหน้านั้น ประมาณช่วงตอนต้นของยุคกลาง กฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษยังไม่มีพัฒนาการมากนัก²³ ถือว่ายังอยู่ในระยะเริ่มแรก แต่ก็ยังมีตัวอย่างในเรื่องตัวแทนพอให้เห็นได้บ้าง เช่น ในกรณีกษัตริย์ หรือบรรดาบาทหลวงชั้นผู้ใหญ่ได้ออก letter of credit มอบอำนาจให้ตัวแทนไปกู้ยืมเงินแทน และ ให้สัญญาแทนว่าจะจ่ายเงินคืนในนามของตนเอง หรือ กรณีทนายความ ซึ่งถูกแต่งตั้งให้ไปทำกิจการบางอย่างแทน เช่น ส่งและรับมอบ การครอบครองที่ดินหรือสิ่งหามทรัพย์แทน²⁴

ระยะต่อมาของยุคกลาง ปรากฏหลักความรับผิดชอบของตัวการในหนี้สินเกี่ยวกับสินค้าที่ก่อตั้งขึ้นโดยตัวแทน โดยถือหลักพื้นฐานมาจากการได้รับประโยชน์ในสินค้านั้นของตัวการนั่นเอง ความรับผิดชอบนี้รวมถึง นายจ้าง (master) ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของ ลูกมือ ลูกจ้าง (apprentice) หรือตัวแทนด้วย นอกจากนี้ อีกตัวอย่างหนึ่งที่จะอธิบายถึงระยะเริ่มแรกของการพัฒนากฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษให้เห็นภาพได้เป็นอย่างดี คือ กฎหมายระหว่างสามีและภรรยา ดังปรากฏในยุคของกษัตริย์ Edward ที่ 1 สามีต้องรับผิดชอบในสัญญาซึ่งกระทำโดยภรรยา และแม้ว่าสัญญานั้นจะเป็นโมฆะก็ตาม แต่ถ้าปรากฏว่า ไม่ว่าเงิน หรือสิ่งของที่เกิดจากสัญญานั้น สามีได้รับประโยชน์แล้ว สัญญาที่กระทำโดยภรรยา ถือว่าเป็นสัญญาที่กระทำโดยตัวสามีด้วย หากปรากฏได้ว่าสามีได้มอบอำนาจ (authorised) ให้ไปทำสัญญา หรือ ได้ให้สัตยาบัน นั้นภายหลัง²⁵

กฎหมายตัวแทนได้มีการพัฒนาอย่างทีละน้อยๆ จนกระทั่ง มาถึงช่วงสิ้นสุดของยุคกลาง กฎหมายตัวแทนได้มีการพัฒนาจนถึงจุดที่ว่า ตัวการต้องรับผิดชอบในสัญญาซึ่งกระทำโดยตัวแทน หากมีกรณีต่อไปนี้อย่างใดอย่างหนึ่งปรากฏขึ้น คือ ตัวการได้ให้สัตยาบันในภายหลัง แก่สัญญาที่ตัวแทนได้ก่อขึ้น หรือตัวการได้มอบอำนาจโดยชัดแจ้งให้ไปทำสัญญา หรือเป็นที่เห็นได้ชัดว่า ตัวแทนได้กระทำการไปภายในขอบเขตของอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา²⁶

²²S.J. Stoljar, *The Law of Agency: Its History and Present Principles* (London: Sweet & Maxwell, 1961), p. 14.

²³G.H.L. Fridman, *The Law of Agency*, p. 4.

²⁴Frederick Pollock and Frederick William Maitland, *History of English Law: Before the Time of Edward I*, 2nd ed. (Cambridge: The University Press, 1968), p. 228.

²⁵G.H.L. Fridman, *The Law of Agency*, pp. 4-5.

²⁶*Ibid.*, p. 5.

นอกจากนั้น กฎหมายตัวแทนของอังกฤษนั้น อาจถือได้ว่าพัฒนามาจาก ความสัมพันธ์ระหว่าง นายจ้างและลูกจ้าง²⁷ แต่ในสมัยแรกๆ ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการ กับตัวแทน และนายจ้าง กับลูกจ้างแทบจะเป็นเรื่องเดียวกัน เนื่องจากทั้งสองเรื่องนี้ มีหลักพื้นฐานอย่างเดียวกัน คือ อำนาจการสั่งการหรือบัญชา(command) และการมอบอำนาจ (authorisation) ยังไม่มีการแยกแยะความแตกต่าง ให้เห็นอย่างชัดเจน²⁸

คำว่า "agent" หรือตัวแทนนั้น ยังไม่ได้ถูกนำมาใช้ จนกระทั่ง ศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา ความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ การเติบโตของบริษัท กิจการค้าขายต่างๆ ทำให้กฎหมายตัวแทนนั้น ได้มีการพัฒนาไปอย่างมาก จนในที่สุด แนวความคิดเรื่องตัวแทนได้แยกออกจากความสัมพันธ์ระหว่าง นายจ้างกับลูกจ้าง ยิ่งไปกว่านั้น ศาลพาณิชย์นาวี (the court of admiralty) นำหลักความสัมพันธ์ระหว่างตัวการ กับตัวแทน รวมทั้ง นายจ้างกับ ลูกจ้าง ไปใช้กับความสัมพันธ์ระหว่าง นายเรือ, นายจ้าง และพ่อค้า²⁹

ต่อมาในช่วงต้นของศตวรรษที่ 18 แนวความคิดเรื่องตัวแทนส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นอยู่ที่อำนาจโดยชัดแจ้ง (express authority) และการให้สัตยาบัน (ratification) จนกระทั่งช่วงปลายศตวรรษที่ 18 และตอนต้นของศตวรรษที่ 19 แนวความคิดเรื่องตัวแทน ได้พัฒนาหลักการ จนอาจกล่าวได้ว่าแทบจะไม่แตกต่างจากแนวความคิดในปัจจุบันนี้ กล่าวโดยสรุปแล้ว ที่มา ของ Law of Agency ในยุคปัจจุบันนี้ ของประเทศอังกฤษนั้นมาจากหลัก Common Law, หลัก Equity หรือหลักความยุติธรรม, กฎหมายทะเล (Maritime Law) และ กฎหมายพาณิชย์ (Mercantile Law) ประกอบเข้าด้วยกันนั่นเอง³⁰

²⁷A.W.B. Simpson, A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit (Oxford: Clarendon Press, 1975), pp. 553-556.

²⁸G.H.L. Fridman, The Law of Agency. pp. 5, 8.

²⁹Ibid., pp. 6-7.

³⁰Ibid., pp. 7-8.

1.2 ขอบเขตและหลักตัวแทนโดยปริยายในกฎหมายต่างประเทศ

1.2.1 ประเทศอังกฤษ

1.2.1.1 หลักเกณฑ์ทั่วไป

สัญญาตัวแทน (agency agreement) ในกฎหมายอังกฤษนั้น เป็นสัญญาที่มีรูปแบบพิเศษสัญญาหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหลัก privity of contract ระหว่างผู้ใช้ หรือที่เราเรียกกันว่า ตัวการ กับบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกโดยทฤษฎีของกฎหมายอังกฤษนั้น ถือว่า การที่ตัวแทน ไปทำการแทนตัวการนั้น ก่อให้เกิดผลเสมือนราวกับว่า ตัวการได้ทำการนั้น ด้วยตนเอง³¹

หลักการพื้นฐานของการเกิดขึ้นของตัวแทนในกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น ถือว่า ตัวแทนย่อมเกิดขึ้นได้โดยการตกลง (by agreement)³² และจัดได้ว่าเป็นรูปแบบของการเกิดขึ้นของตัวแทนที่พบอยู่มากที่สุดอีกด้วย³³ และนอกจากนั้น การตกลงนี้ไม่จำเป็นจะต้องอยู่ในรูปแบบของสัญญาเท่านั้น กล่าวคือ ในกฎหมายอังกฤษนั้น การตกลง อาจจะอยู่ในรูปแบบของสัญญา (contractual agreement) ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายสัญญา โดยอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของ คำเสนอ และคำสนอง, การให้ค่าตอบแทน (consideration), ความสำคัญผิด, การแสดงผิดจากข้อเท็จจริง (misrepresentation), การข่มขู่ (duress), ความมิชอบด้วยกฎหมาย (illegality) ฯลฯ³⁴

³¹M.P.Furmston, Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract. 12th ed. (London: Butterworths, 1991), pp. 469-470.

³²F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. 16th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), pp. 36-37.

³³Richard Stone, Law of Agency. 1st ed. (London: Cavendish Publishing Ltd., 1996), p. 19.

³⁴F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 51.

นอกจากนั้น การตกลงอาจจะไม่ได้อยู่ในรูปแบบของสัญญา (non-contractual agreement) ได้อีกด้วย เนื่องจากไม่มีการให้ค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายขาดความสามารถในการทำสัญญา³⁵

ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า หลักการพื้นฐานของการเกิดขึ้นของตัวแทนของกฎหมาย อังกฤษนั้น คือ การตกลง และนอกจากนั้นจะต้องเป็นการตกลงยินยอมร่วมกัน (mutual assent) ของคู่สัญญา ดังเช่นในสัญญาประเภทอื่นๆทั่วไป³⁶ หรือที่มัทนักกฎหมายชาวอังกฤษบางท่านใช้ คำว่า การแสดงเจตนายินยอมร่วมกัน (mutual consent) โดยให้ความเห็นว่า การแสดงเจตนา ยินยอมร่วมกันเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดเป็นสัญญาตัวแทน³⁷ ดังจะเห็นได้จากคำนิยามหรือคำจำกัด ความต่างๆที่นักกฎหมายชาวอังกฤษหลายท่านได้อธิบายถึงคำว่า agency หรือสัญญาตัวแทน โดยนำไปเกี่ยวพันไปถึง การตกลงหรือการแสดงเจตนายินยอมร่วมกัน ดังต่อไปนี้

ใน Bowstead and Reynolds on Agency ของ William Bowstead³⁸ ได้กล่าวว่า "สัญญาตัวแทนเป็นความสัมพันธ์ที่อาศัยความซื่อสัตย์สุจริต (fiduciary relationship) ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ตัวการได้ให้ความยินยอมไม่ว่าจะโดยแจ้งชัด หรือโดยปริยาย แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ตัวแทน ให้ทำการแทนตน และตัวแทนได้ยินยอม ทำการเช่นนั้น"

ใน The Law of Contract ของ G.H. Treitel³⁹ ได้ให้คำนิยามของ สัญญาตัวแทนไว้ว่า "เป็นความสัมพันธ์ซึ่งเกิดขึ้นโดยบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าตัวการ ได้มอบอำนาจให้อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ตัวแทน ให้ทำการแทนตน และตัวแทนตกลงที่จะทำการเช่นนั้น"

³⁵ Ibid., p. 41.

³⁶ A.M. Wilshire, An Outline of the Law of Agency (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1925), p. 5.

³⁷ F.M.B. Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, p. 53.

³⁸ Ibid., p. 1.

³⁹ G.H. Treitel, The Law of Contract, 8th ed. (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1995), p. 622.

ใน Halbury's Laws of England, volume 1 (2) ในหมวด agency⁴⁰ นั้น ได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ของสัญญาตัวแทน (the relation of agency) ว่า "ความสัมพันธ์ของตัวแทนนั้นเกิดขึ้นเมื่อบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ตัวการ และตัวแทนได้ให้ความยินยอมที่จะทำการแทนเช่นนั้น"

ใน The Law of Agency ของ Professor Raphael Powell⁴¹ ได้กล่าวไว้ในคำนิยามของคำว่าตัวแทนว่า "ตัวแทนเป็นบุคคลที่มีอำนาจทำการแทนตัวการ และได้ตกลงที่จะทำการนั้นๆ และเป็นผู้ซึ่งมีอำนาจที่ก่อให้เกิดผลกระทบถึงความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม"

นอกจากนั้น ในคดี Garnac Grain Co. Inc. v. H.M.F. Faure and Fairclough Ltd. ในปี 1967 Lord Pearson ได้กล่าวไว้ว่า "ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนนั้นสามารถก่อตั้งได้โดยความยินยอมระหว่างตัวการและตัวแทนเท่านั้น..." * คดีนี้ถือว่าเป็นคดีที่ชี้ให้เห็นว่าความยินยอมนั้นเป็นพื้นฐานของสัญญาตัวแทน⁴² และเป็นหลักที่ศาลได้นำมาปรับใช้ในเวลาต่อมา⁴³

⁴⁰Hailsham of St. Marylebone, Halbury's Laws of England. Vol. 1 (2), 4th ed. Reissue (London: Butterworths, 1990), p. 4.

⁴¹Raphael Powell, The Law of Agency. 1st ed. (London: Sir Isaac Pitman & Sons Ltd., 1952), p. 6.

แต่อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน ยังสามารถเกิดขึ้นได้ โดยปราศจากความยินยอม หรือไม่มีการให้ความยินยอมระหว่างกันเลยก็ได้ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในเรื่องของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก หรือตัวแทนเจตน์ รวมทั้งในเรื่องตัวแทนโดยผลของกฎหมาย ไม่ว่าจะกรณีของตัวแทนโดยความจำเป็น หรือตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา ดังที่จะได้ศึกษาต่อไป โปรดดูในหัวข้อ 3.1.2 ตัวแทนโดยผลของกฎหมาย หน้า 19.

⁴²G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 12.

⁴³B.S.Markesinis and R.J.C.Munday. An Outline of the Law of Agency (London: Butterworths, 1979), pp. 4-5.

1.2.1.2 ลักษณะและการเกิดของตัวแทนโดยปริยายของประเทศอังกฤษ

สัญญาตัวแทนโดยปริยายของประเทศอังกฤษนั้น ถือได้ว่าเป็นตัวแทนที่เกิดโดยความตกลงประเภทหนึ่ง* แต่เป็นความตกลงโดยปริยาย เนื่องจากสัญญาตัวแทนนั้น ก็เหมือนสัญญาอื่นๆทั่วไป ที่อาจเกิดขึ้นได้โดยปริยายโดยอาศัยการประพฤติปฏิบัติ(conduct) ระหว่างกันของคู่สัญญา โดยที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงอย่างชัดแจ้งเลย ไม่ว่าจะในเรื่องของข้อกำหนดของการใช้ หรือแม้แต่ในเรื่องของบำเหน็จ(remuneration)⁴⁴ หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ไม่มีการมอบอำนาจให้เห็นเป็นพิเศษเลยตามความเป็นจริง⁴⁵ กล่าวโดยสรุป กฎหมายอังกฤษ ถือว่าสัญญาไม่จำเป็นต้องทำโดยแจ้งชัดเสมอไป และหลักเกณฑ์เดียวกันนี้ใช้กับการตกลงที่ไม่ได้อยู่ในรูปแบบของสัญญาอีกด้วย⁴⁶

การประพฤติปฏิบัติระหว่างกันของตัวการและตัวแทนที่จะถือว่าการก่อให้เกิดเป็นความตกลงโดยปริยายนั้น จะต้องเป็นการประพฤติปฏิบัติอย่างมีเหตุผล จนทำให้บุคคลทั่วไปสามารถอนุมานได้ว่าการให้ความยินยอมที่ทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทน⁴⁷

วิธีปกติทั่วไปที่สัญญาตัวแทนโดยปริยายจะเกิดขึ้นได้ก็โดย คำร้องขอที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (an unwritten request) หรือ โดยการแสดงออกให้เห็นเป็นนัย(implication) ถึงการยอมรับ

* ตัวแทนที่เกิดโดยความตกลง (by agreement) ของประเทศอังกฤษ มี 2 ประเภท โดยแบ่งแยกตามลักษณะของการตกลง ได้แก่

1.) โดยการตกลงโดยแจ้งชัด (by express agreement) เป็นกรณีที่ตัวการแต่งตั้งตัวแทนอย่างชัดแจ้ง (express appointment) และมอบอำนาจให้ทำการแทนตน ซึ่งการแต่งตั้งนี้ อาจจะทำในรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร (writing) เช่น ตราสาร (deed), หนังสือมอบอำนาจ (power of attorney) หรือ อาจจะทำในรูปแบบทางวาจา(orally) ก็ได้

2.) โดยการตกลงโดยปริยาย (by implied agreement)

⁴⁴G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency, p. 51.

⁴⁵Joseph Chitty, Chitty on Contracts, Vol. 2, 26th ed. (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1989), p. 14.

⁴⁶F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, p. 52.

⁴⁷Ibid., p. 52.

(recognition) หรือความยินยอม(acquiescence) ของตัวการในการกระทำของบุคคลอื่น⁴⁸

จะเห็นได้ว่า จะเป็นการตกลงยินยอม (assent) ของตัวการที่จะเป็นโดยปริยายเสียมากกว่า เนื่องจากถือว่า ความประสงค์ของผู้ใช้ เหนือกว่า ที่จะทำให้เกิดเป็นตัวแทนขึ้นมาได้⁴⁹ กฎหมายอังกฤษถือว่า ความยินยอมของตัวแทนไม่เป็นสิ่งสำคัญหรือจำเป็นมากนัก กฎหมายอังกฤษให้ความสำคัญต่อการแสดงเจตนาของตัวการมากกว่า เพราะถือว่าพื้นฐานของสัญญาตัวแทนนั้น เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของตัวการ (a unilateral manifestation of will) ที่ประสงค์จะให้ฐานะทางกฎหมาย (legal position) ของตนเปลี่ยนแปลงไปโดยตัวแทน ดังจะเห็นได้ในตัวอย่างกรณีตามพระราชบัญญัติ The Enduring Power of Attorney Bill 1985 รับรองว่า หนังสือมอบอำนาจให้ลงชื่อเฉพาะผู้มอบอำนาจก็เพียงพอแล้ว โดยไม่ต้องระบุหรือลงชื่อผู้รับมอบอำนาจก็ได้⁵⁰

พฤติการณ์ (circumstance) ที่แสดงให้เห็นถึงความยินยอมของตัวการโดยปริยายนั้น อาจพิจารณาได้จากปกติประเพณี (ordinary usage) ว่า ในทางปฏิบัติเช่นนั้น เป็นที่เข้าใจของบุคคลทั่วไปว่า เขามีอำนาจที่จะทำการแทนตัวการ หรือ คำพูดหรือการประพฤติปฏิบัติของตัวการ ทำให้ตัวแทนเข้าใจอย่างมีเหตุผลว่า ตัวการได้มอบอำนาจให้ตัวแทนทำการแทนตัวการ⁵¹

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ ต้องนำพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆมาประกอบกัน จนมีสิ่งบ่งชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ตัวการได้มอบอำนาจให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งให้ทำการแทนตน ทั้งนี้ไม่ว่าตัวการจะทราบถึงสภาพที่แท้จริงในความสัมพันธ์(the true state of affairs) ของตนเองเลยก็ตาม ดังเช่นในคดี Biggar v. Rock Life Assurance Co. ในปี 1902 ที่ตัดสินว่า X ได้มอบอำนาจให้ตัวแทนประกันภัยรอกแบบฟอร์มแทนตนลงในกรมธรรม์ประกันภัยที่ได้ลงลายมือชื่อโดย X แต่ตัวแทนรายนี้กลับกรอกข้อความอันเป็นเท็จซึ่งแต่งขึ้นมาเอง โดยที่ X ไม่ทราบและไม่ได้มอบอำนาจให้ทำการเช่นนี้ ถือว่า ตัวแทนประกันภัยรายนี้เป็นตัวแทนของ X ไม่ใช่ของบริษัท ทั้งๆที่ตามความเป็นจริงแล้วนั้น เขาได้ทำการเกินอำนาจที่เขาได้รับมา⁵²

⁴⁸ Joseph Chitty, *Chitty on Contracts*, pp. 14-15.

⁴⁹ G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*, p. 51.

⁵⁰ F.M.B.Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, pp. 3-4, 53.

⁵¹ *Ibid.*, p. 52.

⁵² G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*, pp. 51-52.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายอังกฤษจะให้ความสำคัญกับความยินยอมของตัวการมากกว่า แต่ก็ไม่ใช่ความยินยอมของตัวแทนนั้นจะไม่มีผลสำคัญเลยเสียทีเดียว ดังที่กล่าวไว้ในเบื้องต้นแล้วว่า โดยพื้นฐานแล้วนั้น กฎหมายอังกฤษถือว่าการแสดงเจตนายินยอมร่วมกันเท่านั้น ที่จะก่อให้เกิดให้เกิดเป็นสัญญาตัวแทน ดังนั้น จึงเป็นประเพณีที่จะต้องพูดถึงความยินยอมของตัวแทน⁵³

ความยินยอมของตัวแทนนั้น เราสามารถทราบได้จากข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นเป็นนัยว่าเขาทำการแทนบุคคลคนหนึ่งโดยเจตนา⁵⁴ โดยอาจจะอนุมาน (infer) เอาจากการกระทำของบุคคลนั้นๆว่าเป็นการกระทำในฐานะตัวแทนหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าการที่บุคคลใดทำการตามที่ตัวการร้องขอ นั้น อาจจะไม่ใช่เป็นเรื่องตัวแทนก็ได้⁵⁵

ยิ่งไปกว่านั้น เพียงแต่การนิ่งเฉย (silence) นั้น จะถือว่าตัวแทนนั้นเกิดขึ้นโดยปริยายไม่ได้ เว้นเสียแต่ว่ามีสิ่งบ่งชี้ให้เห็นว่าการยินยอมโดยปริยาย (acquiesce) ในสัญญาตัวแทนดังกล่าว⁵⁶ หรือทางการที่ปฏิบัติต่อกัน (course of conduct) นั้นบ่งชี้ให้เห็นว่ามีการยอมรับในความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทน⁵⁷

นอกจากนั้นเราต้องพึงระลึกอยู่เสมอว่า เนื้อหา (substance) ของการตกลงกันนั้นมี ความสำคัญมากกว่ารูปแบบ (form) ดังนั้น สัญญาที่ใช้คำแทนคู่สัญญาว่า ตัวการ ตัวแทนนั้น แท้จริงแล้ว อาจจะไม่ใช่ตัวการตัวแทนตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายตัวแทนก็ได้ และในทางตรงกันข้าม อาจจะมีความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนเกิดขึ้นก็ได้ ทั้งๆที่การตกลงกันนั้น ไม่น่าจะก่อให้เกิดเป็นสัญญาได้เลยก็ตาม และแม้แต่ในกรณีของการเจรจาในสัญญาโดยตัวแทนของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง กับอีกฝ่ายหนึ่ง เรายังไม่สามารถที่จะสรุปได้ว่าเขาจะเป็นตัวแทนของคู่สัญญาฝ่ายนั้นเสมอ เพราะบางกรณีเขาอาจจะเป็นตัวแทนของบุคคลอื่นก็ได้ และจะถือเสมอไปว่ามีความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนเกิดขึ้น เนื่องจากบุคคลนั้นผู้ชำระเงิน หรือเป็นผู้จ่ายค่าคอมมิชชั่นไม่ได้⁵⁸

⁵³ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 53.

⁵⁴ G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 51.

⁵⁵ Joseph Chitty, Chitty on Contract. pp. 14-15.

⁵⁶ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. pp. 52-53.

⁵⁷ G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 52.

⁵⁸ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 53.

ในการพิจารณาว่ามีสัญญาตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้นหรือไม่ ศาลจะเป็นผู้พิจารณา โดยจะพิจารณาจากพฤติกรรม (behaviour) ระหว่างกันของคู่สัญญาว่า มีการยอมรับในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาตัวแทนหรือไม่ ศาลจะไม่พิจารณาถึงเจตนาที่แท้จริงที่อยู่ข้างในของคู่สัญญาว่าเป็นอย่างไร เพราะยากที่จะล่วงรู้ได้ แต่ศาลจะพิจารณาในฐานะวิญญูชนว่า จากการประพฤติปฏิบัติของคู่สัญญานั้น ในฐานะวิญญูชนแล้ว เป็นที่เข้าใจอย่างมีเหตุผลสมควรได้หรือไม่ว่า คู่สัญญาได้ตกลงกันโดยปริยาย (implicitly agree) แล้วให้เกิดเป็นสัญญาตัวแทน⁵⁹ และเมื่อถือว่ามีสัญญาตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้นมาแล้ว ผลที่คู่สัญญาจะได้รับนั้น ถือเสมือนว่าอยู่ในฐานะเดียวกันกับสัญญาตัวแทนโดยแจ้งชัด⁶⁰

กล่าวโดยสรุป เรื่องตัวแทนโดยปริยายตามหลักเกณฑ์ของประเทศอังกฤษนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นผลมาจากการขยาย (extension) หลักเกณฑ์ในกฎหมายตัวแทนให้กว้างขวางมากขึ้น กล่าวคือ ตามปกติแล้ว โดยหลักการพื้นฐาน ความเป็นตัวแทนย่อมเกิดขึ้นได้โดยการตกลงโดยแจ้งชัด แต่กฎหมายอังกฤษก็ได้มีการขยายหลักเกณฑ์นี้ออกไป โดยให้ถือว่ามีสัญญาตัวแทนเกิดขึ้น ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการตกลงกันโดยแจ้งชัดเลยก็ตาม แต่จาก คำพูดและการประพฤติปฏิบัติระหว่างกันของบุคคล กฎหมายให้สิทธิกับบุคคลหนึ่ง * ที่จะถือว่าตัวเองได้รับมอบอำนาจมาจากบุคคลอีกคนหนึ่ง ทั้งๆที่บุคคล ** ที่กฎหมายถือว่าได้มอบอำนาจของตนให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งนั้น จะไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเขาได้มอบอำนาจแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเลยก็ตาม หรือแม้แต่ในบางกรณี บุคคลผู้นั้นอาจจะไม่ได้มีเจตนาโดยเฉพาะเจาะจงที่จะมอบอำนาจ (specific intention of conferring authority) ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเลยก็ตาม แต่กฎหมายก็ยังถือว่ามีสัญญาตัวแทนเกิดขึ้นแล้ว แต่เป็นสัญญาตัวแทนโดยปริยายนั่นเอง⁶¹

⁵⁹Richard Stone, *Law of Agency*. p. 22.

⁶⁰G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*. p. 52.

* ในที่นี้หมายถึง "ตัวแทน" (agent)

** ในที่นี้หมายถึง "ตัวการ" (principal)

⁶¹F.M.B.Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*. p. 4.

จากที่เราได้ศึกษามาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการเกิดขึ้นของตัวแทนโดยปริยายในกฎหมายอังกฤษนั้นจะมาจากการประพฤติปฏิบัติ หรือสถานการณ์(situation) ของคู่สัญญา เสียเป็นส่วนใหญ่ แต่นอกจากนั้นแล้ว ยังมีผู้เห็นว่าตัวแทนโดยปริยายยังอาจเกิดโดยผลของกฎหมายได้อีกดังเช่นในกรณีในเหตุจำเป็น⁶² และหากเราศึกษาถึงเรื่องตัวแทนโดยปริยายแล้ว หากเราไม่ศึกษาถึงตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากควบคู่กันไปด้วย เท่ากับว่าจะเป็นการศึกษาที่ไม่สมบูรณ์ ซึ่งในเรื่องเหล่านี้ จะศึกษาโดยละเอียดในหัวข้อตัวแทนโดยผลของกฎหมายซึ่งเป็นหัวข้อในลำดับถัดไป

ดังเช่นในคดี Trent v. Hunt (1853) 9 Exch. 14 ตัดสินไว้ว่า ผู้จ้างองที่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่จ้างองนั้นถือว่าเป็นตัวแทนโดยปริยาย(implied agent) ของผู้รับจ้างองในการที่ผู้จ้างองได้เอาทรัพย์สินนั้นออกให้บุคคลอื่นเช่า

⁶²Hailsham of St. Marylebone, Halbur's Laws of England. p. 18.

1.2.1.3 ตัวแทนโดยผลของกฎหมาย (agency by operation of law)

ในบางกรณี ความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนนั้น เกิดขึ้นได้โดยกฎหมาย โดยไม่ต้องคำนึงถึง ความยินยอมหรือ เจตนาของคู่สัญญาเลย⁶³ และนอกจากกฎหมายถือว่า มีความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนเกิดขึ้นแล้ว และกฎหมายยังได้กำหนดผลที่ตามมาบางประการอีกด้วย⁶⁴

วัตถุประสงค์ของกฎหมายในหลักตัวแทนโดยผลของกฎหมายนี้ อาจกล่าวได้ว่า มีขึ้นเพื่อเป็นมาตรการปกป้อง (safeguard) บุคคลผู้ซึ่งได้ทำการในฐานะเสมือนเป็นตัวแทน ทั้งๆที่ในความเป็นจริงแล้วนั้นหาได้มีการตกลงให้ทำการแทนเลยแต่กฎหมายก็ยิ่งให้เขามีสิทธิต่างๆต่อบุคคลที่เขาได้ทำการไปแทน และนอกจากนั้น หลักในเรื่องนี้ยังมีขึ้นเพื่อปกป้องบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกผู้ซึ่งได้ดำเนินธุรกิจติดต่อ (transact business) กับบุคคลที่ทำการในฐานะเสมือนเป็นตัวแทนอีกด้วย⁶⁵

ตัวแทนโดยผลของกฎหมายสามารถแยกประเภทออกตามพฤติการณ์พิเศษที่เกิดขึ้น ได้ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

- ก.) ตัวแทนโดยความจำเป็น (agency by necessity)
- ข.) ตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา (agency from cohabitation)
- ค.) ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (agency by estoppel)

⁶³ Richard Stone, Law of Agency. p. 34.

⁶⁴ G.H.L. Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 119.

⁶⁵ Ibid., p. 119.

ก.) ตัวแทนโดยความจำเป็น (agency by necessity)

ตัวแทนโดยความจำเป็นนี้ หากเราได้ศึกษาต่อไป จะพบว่า ถือเป็นประเภทตัวแทนที่เก่าแก่ มีมาช้านานแล้ว และมีข้อคิดเห็นมากมายในตัวแทนประเภทนี้ และยิ่งในบางคดีตัวอย่างของ ตัวแทนประเภทนี้ จะเห็นได้ว่าไม่น่าจะจัดเป็นตัวแทนประเภทนี้ได้ ดังเช่นกรณีของตัวแทนประเภท ภริยาซึ่งถูกสามีทิ้งร้างที่จะได้ศึกษาในลำดับต่อไป

แต่ในปัจจุบันนี้ อาจกล่าวได้ว่า ตัวแทนโดยความจำเป็นมีความสำคัญน้อยลงกว่าแต่ก่อน และยากที่จะเกิดขึ้นได้ เนื่องจาก การติดต่อสื่อสารที่ทันสมัยในปัจจุบัน ทำให้การติดต่อง่ายขึ้น แม้แต่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็สามารถติดต่อกันได้โดยทางเครื่องส่งวิทยุ แต่อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ที่การติดต่อไม่สามารถทำได้ ก็ยังสามารถที่จะเกิดขึ้นได้ ดังเช่น ในกรณีเกี่ยวกับสินค้า ที่บรรทุกในเรือที่มี ใบตราส่ง (bill of lading) จำนวนมาก จนอาจทำให้ไม่สามารถติดต่อหรือสืบหา เจ้าของสินค้าได้ครบทุกราย⁶⁶ หรือในกรณีที่เจ้าของสินค้าไม่ติดต่อกลับมา หรือให้คำตอบกลับมา ไม่ชัดเจน⁶⁷

ตัวแทนโดยความจำเป็นนี้ เป็นตัวแทนที่กฎหมายได้กำหนดขึ้นมา (imposed by law) ดังนั้น จึงไม่ต้องอาศัยความประสงค์ของคู่สัญญาแต่อย่างใด ตัวแทนประเภทนี้เกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัติตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง (factual situation) และไม่สามารถทำให้ไม่มีผลบังคับได้โดยข้อตกลงในสัญญาใดๆ ที่ทำขึ้นโดยตัวการกับตัวแทน⁶⁸

คำว่า สถานการณ์ที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงนั้น ในที่นี้ก็คือ เหตุฉุกเฉิน (emergency)

⁶⁶The Choko Star (1990) 1 Lloyd's Rep. 516.

⁶⁷F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, p. 151.

⁶⁸Richard Stone, Law of Agency, p. 36.

ใน Fridman's Law of Agency ของ G.H.L.Fridman ไม่ได้ใช้คำว่า emergency หรือ เหตุฉุกเฉิน แต่ใช้คำว่า necessity หรือ เหตุจำเป็นแทน ซึ่งก็มีความหมายเช่นเดียวกัน กล่าวคือ เป็นสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าได้ (unforeseen situation) ที่เมื่อเกิดขึ้นแล้วอาจ ทำให้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ของบุคคลใดๆ ตกอยู่ในอันตรายอย่างฉับพลัน (See G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency, p. 121.)

นั่นเองเหตุฉุกเฉินในที่นี้นั้นจะต้องเป็นเหตุฉุกเฉินที่อาจจะทำให้ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ของบุคคลใดๆตกอยู่ในอันตรายที่กำลังใกล้เข้ามา (imminent jeopardy) ⁶⁹ และในสถานการณ์ฉุกเฉินนี้เอง กฎหมายให้อำนาจบุคคลหนึ่งที่จะทำการแทนผู้อื่นได้ ทั้งๆที่เป็นความจริงแล้ว หาได้มีการมอบอำนาจให้ทำการแทนเช่นนั้นมาก่อนเลย (without prior authorisation) ⁷⁰ หรืออาจกล่าวได้ว่า การที่ต้องเข้าทำการเช่นนั้นเนื่องจากเป็นเรื่อง "พฤติการณ์บังคับ"(the force of circumstances) นั่นเอง ⁷¹

นอกจากมีเหตุฉุกเฉินแล้ว และต้องเป็นเหตุฉุกเฉินอย่างแท้จริงแล้ว(genuine emergency) สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือ และถือเป็นเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของตัวแทนโดยความจำเป็น ก็คือ ในขณะที่มีเหตุฉุกเฉินนั้น บุคคลผู้กระทำการแทนนั้น จะต้องไม่สามารถติดต่อตัวการได้อีกด้วย (the impossibility of communication with the principal) ซึ่งในประเด็นนี้ถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จะต้องนำสืบว่า การที่ไม่สามารถติดต่อได้นั้น ในทางปฏิบัตินั้นเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ⁷²

เงื่อนไขลำดับต่อไป คือ ในทางการปฏิบัติของเขาเช่นนั้น ต้องเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง ในสถานการณ์เช่นนั้น และเป็นทางปฏิบัติทางเดียวที่เขาสามารถที่จะทำได้ และเป็นทางปฏิบัติที่มีเหตุผลและได้ใช้ความระมัดระวังในการที่จะปฏิบัติเช่นนั้นแล้ว (the only reasonable and prudent course to take) ⁷³ และที่สำคัญที่สุด จะต้องกระทำการนั้นโดยสุจริต(bona fide) โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของตัวการ ⁷⁴ กฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขต่างๆ เหล่านี้ ส่วนใหญ่มาจาก คดีกับตันเรือ หรือนายเรือ นั่นเอง ⁷⁵ *

⁶⁹ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, p. 145.

⁷⁰ Joseph Chitty, Chitty on Contract, p. 19.

⁷¹ Australian Steam Navigation Co v. Morse (1872) LR 4 PC 222 at 230.

⁷² Richard Stone, Law of Agency, p. 37.

⁷³ Hailsham of St. Marylebone, Halbury's laws of England, p. 24.

⁷⁴ Joseph Chitty, Chitty on Contract, p. 20.

⁷⁵ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, p. 148.

* รายละเอียดกรณีกับตันเรือ หรือนายเรือ โปรดดู หน้า 27.

ในการเข้าทำการเป็นตัวแทนนั้น จะต้องทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องรักษาทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ทั้งหลายของตัวการมิให้เสียหาย⁷⁶ ดังจะเห็นได้ในคำตัดสินของ Lord Simon ในคดี *China Pacific*⁷⁷ ว่า “หนึ่งในหลายๆวิธีที่ตัวแทนโดยความจำเป็นสามารถเกิดขึ้นได้ คือในกรณีที่ A ได้ครอบครองทรัพย์สินอันเป็นสินค้าของ B และเกิดมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้น ทำให้สินค้านั้นตกอยู่ในอันตราย และถ้า A ไม่สามารถติดต่อ B เพื่อรับคำสั่ง (instruction) ว่าควรจะทำเช่นไรกับสินค้านั้น ให้ถือว่า A มีอำนาจเข้าทำการ กับทรัพย์สินนั้นโดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจ แต่ A ต้องใช้ความระมัดระวังในการเข้าทำการนั้นเสมือนกับว่า A เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น”

และยิ่งไปกว่านั้น ในบางกรณี คำตัดสินของศาลอังกฤษ ก็ไปไกลขนาดที่ว่ายอมรับถึงตัวแทนโดยจำเป็นเพื่อการปกป้องรักษาชีวิตและสุขภาพอนามัยของบุคคลอีกด้วย ดังจะเห็นได้ในตัวอย่างของ หมอที่ได้ให้การรักษาอย่างฉุกเฉินแก่บุคคลที่หมดสติไปสามารถเรียกร้องค่ารักษาพยาบาลได้ หรือกรณีผู้ป่วยทางจิต ซึ่งเป็นผู้ที่ไม่สามารถคิดอ่านได้อย่างมีเหตุผล สามารถถูกฟ้องเรียกร้องได้ในราคาค่าสิ่งของที่จำเป็นที่ได้ใช้ไป เป็นต้น⁷⁸

ตัวแทนประเภทนี้อาจเกิดขึ้นโดยที่ ก.) มีความสัมพันธ์เป็นตัวการตัวแทนมาก่อนแล้ว หรือ ข.) ไม่เคยเป็นตัวการตัวแทนกันมาก่อนเลย⁷⁹ แต่อย่างน้อยที่สุด ก็ต้องมีความผูกพันกันในทางสัญญามาก่อนบ้างแล้ว เพราะในกรณีของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นคนแปลกหน้าสามารถเข้าเป็นตัวแทนโดยความจำเป็นได้หรือไม่ยังเป็นที่ยังสงสัยกันอยู่ และศาลก็ยังคงลังเลใจที่จะใช้หลักเกณฑ์นี้ไปถึงคนแปลกหน้า⁸⁰

และนอกจากนั้น กฎหมายอังกฤษยังไม่ยอมรับหลักเกณฑ์ในเรื่อง *Negotiorum Gestio* หรือจัดการงานนอกสั่งของกฎหมายโรมันมาบังคับใช้อีกด้วย⁸¹ เพราะถือหลักว่า ในกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์กันมาก่อนเลย ไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่จะให้สิทธิแก่บุคคลที่เข้าไปปกป้องหรือทำ

⁷⁶ *Ibid.*, p. 145.

⁷⁷ *China Pacific SA v. Food Corporation of India, The Winson* (1982) A.C. 939.

⁷⁸ G.H. Treitel, *The Law of Contract*, p. 638.

⁷⁹ Richard Stone, *Law of Agency*, p. 35.

⁸⁰ M.P. Furmston, *Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract*, P. 478.

⁸¹ William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, 17th ed. (Oxford: The Clarendon Press, 1929), p. 408.

ประโยชน์ให้กับทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยสมัครใจ ได้รับเงินชดใช้คืน หรือมีสิทธิยึดหน่วงในทรัพย์สินใดๆ⁸² และศาลก็ยังลังเลใจที่จะขยายหลักของตัวแทนโดยความจำเป็นให้กว้างขึ้น เพราะหากทำเช่นนั้นแล้ว เท่ากับเป็นการพรากซึ่งสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินของเขา หรือทำให้เขาต้องมีหนี้ผูกพันโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น⁸³

ยิ่งไปกว่านั้น ในเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็นนี้ มีผู้เห็นว่าไม่ควรจัดอยู่ในประเภทของตัวแทนโดยผลของกฎหมายอีกต่อไป ดังจะเห็นได้ใน Bowstead and Reynolds on Agency ในการตีพิมพ์ครั้งล่าสุด* โดยกล่าวไว้ว่า “ถึงแม้ว่าในการพิมพ์ครั้งก่อน⁸⁴ จะได้จัดเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็นไว้ใน บทที่ 2 เรื่องการเกิดของตัวแทน (creation of agency) section 4 เรื่องตัวแทนโดยผลของกฎหมาย แต่มาในการพิมพ์ครั้งนี้ไม่สามารถที่จะจัดให้อยู่ในประเภทนี้ทั้งหมดได้ เพราะ ตัวแทนประเภทนี้สามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก คือกรณีที่ยอมรับให้มีสัญญาตัวแทนเกิดขึ้น โดยที่บุคคลผู้นั้นไม่เคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อนเลย และกรณีที่สอง ซึ่งเป็นกรณีที่พบได้มาก เป็นกรณีที่บุคคลผู้นั้นได้เป็นตัวแทนกันก่อนแล้ว แต่ด้วยหลักตัวแทนโดยความจำเป็นนี้ ได้ให้อำนาจกว้างขวางมากยิ่งขึ้น (greater power) จะเห็นได้ว่า ไม่ใช่เป็นเรื่อง การเกิดของตัวแทนเสียทีเดียว โดยเฉพาะในกรณีที่ 2 ถือเป็น การขยายหลักให้กว้างขึ้นมากกว่า จึงควรแยกหัวข้อนี้ออกมาต่างหากไม่ขึ้นอยู่กับใคร และยังในกรณีที่ 2 นั้น การจะนำหลักอำนาจโดยผลบังคับของกฎหมายมาใช้ เห็นว่าเป็นการไม่จำเป็นหรือเหมาะสมอีกต่อไป (no longer necessary or appropriate)”⁸⁵

ที่กล่าวเช่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า คงเนื่องมาจากในเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็นนั้น สามารถแบ่งประเภทออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

⁸² Joseph Chitty, Chitty on Contract. p. 21.

⁸³ G.H. Treitel, The Law of Contract. p. 636.

* พิมพ์ครั้งที่ 16

⁸⁴ F.M.B.Reynolds, Bowstead on Agency. 15th ed. (London: Maxwell, 1985), pp. 84-90.

⁸⁵ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. pp. 145-146.

1.) ประเภท true agency หรือ สัญญาตัวแทนที่แท้จริง

ที่ว่าเป็นสัญญาตัวแทนที่แท้จริงนั้น ก็เนื่องมาจาก ก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนอย่างสมบูรณ์ (full agency) คือ ก่อให้เกิดทั้งความสัมพันธ์ภายนอก (external relationship) คือ ระหว่างตัวการ กับบุคคลที่สาม และความสัมพันธ์ภายใน (internal relationship) คือ ระหว่างตัวการกับตัวแทน⁸⁶ คดีที่ถือว่าเป็นคดีตัวอย่างสำคัญ ได้แก่ กรณีกับตันเรือหรือนายเรือดังที่จะได้ศึกษาในหัวข้อลำดับต่อไป

2.) ประเภทหลักการชดใช้คืน (restitutionary doctrine)

หลักการนี้ไม่มุ่งผูกพันบุคคลที่สามกับตัวการ แต่มุ่งที่จะเรียกเงินชดใช้คืนเท่านั้นเอง หรือ เป็นเพียงข้อแก้ตัวในเรื่องของการผิดสัญญา (breach of contract) หรือ ละเมิด (tort) อาจกล่าวได้ว่า เกี่ยวข้องเฉพาะ ความสัมพันธ์ภายในระหว่างตัวการกับตัวแทนเท่านั้น ดังจะเห็นได้ในกรณีการเข้ารับรองตัวแลกเงินเพื่อแก้หน้าผู้ส่งจ่าย⁸⁷ ดังที่จะได้ศึกษาในลำดับถัดไป

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่า กฎหมายอังกฤษยังไม่ยอมรับหลักเกณฑ์ในเรื่อง Negotiorum Gestio หรือจัดการงานนอกสั่งของกฎหมายโรมันมาบังคับใช้ แต่อย่างไรก็ตาม ในประเภทที่สองนี้ ก็ดูเหมือนว่ากฎหมายอังกฤษก็ยอมรับหลัก Negotiorum Gestio บ้างเหมือนกัน หรือหลักที่มีความใกล้เคียงกันมาใช้ในเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็นเช่นกัน กล่าวคือ นำมาใช้ในแง่ที่ว่า บุคคลที่เข้าทำการแทนในเหตุฉุกเฉินนั้นสามารถเรียกเงินชดใช้คืนได้ แต่เป็นการมุ่งเน้นไปที่หลักการชดใช้คืนเสียมากกว่า แต่กระนั้นก็ตาม หลักตัวแทนโดยความจำเป็นก็ยังมีขอบเขตที่กว้างกว่า Negotiorum Gestio อยู่ดี เพราะในตัวแทนโดยความจำเป็นนั้น อาจจะเป็นกรณีที่มีสัญญาตัวแทนอยู่ก่อนแล้วก็ได้ แต่ใน Negotiorum Gestio นั้น จะไม่ปรากฏถึงความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนไม่ว่าชนิดใดๆมาก่อนเลย มีแต่เพียงการกระทำของผู้จัดการงานนอกสั่งเท่านั้น (Negotiorum Gestor)⁸⁸ กล่าวโดยสรุป ในประเภทที่ 2 นี้เองที่ถือว่าใกล้เคียงกับ เรื่องจัดการงานนอกสั่งซึ่งถือเป็นเรื่องคล้ายสัญญา (quasi-contract) โดยให้สิทธิแก่ผู้ที่เข้าจัดการงานของผู้อื่น

⁸⁶ Ibid., p. 146.

⁸⁷ Ibid., pp. 149-150.

รายละเอียดกรณีการเข้ารับรองตัวแลกเงินเพื่อแก้หน้าผู้ส่งจ่าย โปรดดูหน้า 28.

⁸⁸ G.H.L.Fridman, *Fridman's law of agency*. pp. 128-129.

(gestor) ในสถานการณ์จำเป็น ได้รับเงินชดใช้คืน และยังคงอาจต้องรับผิดชอบอีกด้วยหากเข้าจัดการงานไม่เหมาะสม⁸⁹ ซึ่งตรงจุดนี้เองทำให้มีนักกฎหมายชาวอังกฤษหลายท่านเห็นว่า ตัวแทนโดยความจำเป็นประเภทนี้ควรจะไปอยู่ในกฎหมายเกี่ยวกับการชดใช้คืน (the law of restitution) มากกว่าจะมาอยู่ในหลักเกณฑ์ของตัวแทน^{*} ซึ่งตรงจุดนี้เอง ใน Bowstead and Reynolds on Agency ในการตีพิมพ์ครั้งล่าสุดนั้น เห็นว่า ไม่ควรที่จะนำเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็นมาอยู่ในหัวข้อเดียวกันกับตัวแทนโดยผลของกฎหมายอีกต่อไป เพราะไม่ใช่เรื่องตัวแทนเสียทีเดียว

คำว่า "ตัวแทนโดยจำเป็น" นี้ ถูกนำไปกล่าวถึงในคดีต่างๆหลายคดี ซึ่งแต่ละคดีนี้ก็มี ความแตกต่างกันในลักษณะอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เบื้องต้นที่ในแต่ละคดีจะต้องมีเหมือนกัน คือ ต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่เป็นเหตุฉุกเฉินนั่นเอง⁹⁰ คดีต่างๆที่ศาลในประเทศอังกฤษ ตัดสินว่าเป็นเรื่องตัวแทนโดยจำเป็น ซึ่งในที่นี้ จะขอกล่าวเฉพาะคดีที่ถือเป็นตัวอย่างสำคัญ มีดังต่อไปนี้

1.) ภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้าง (a deserted wife)

เดิมประเทศอังกฤษ ถือว่าภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้างนี้ จัดเป็นตัวอย่างที่สำคัญในเรื่องตัวแทนโดยจำเป็นนั้น ถือว่าภริยาสามารถมีสิทธิซื้อสินค้าเชื่อในนามของสามีได้ แต่ต้องเป็นสิ่งของที่จำเป็นสำหรับตนเองและบุตรเท่านั้น แต่สิทธินี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อ สามีได้ทิ้งร้างภริยาไป หรือภริยาเป็นผู้ทิ้งร้างสามีไปเองและสาเหตุที่ภริยาทิ้งร้างไปนั้นต้องเป็นความผิดของสามี ด้วยเหตุนี้เอง เมื่อมีการทิ้งร้างเกิดขึ้น ทำให้ภริยาไม่มีเงินที่จะเลี้ยงดูตนเองหรือลูก กฎหมายได้ยอมรับในสิทธิแก่ภริยาที่จะปกป้องตนเอง โดยไม่ต้องคำนึงถึงความยินยอมของผู้ที่เป็นสามี ภริยามีสิทธิจะซื้อสินค้าเชื่อในนามของสามีได้สำหรับสิ่งของที่จำเป็น แต่อย่างไรก็ตาม ต้องพอเหมาะพอควรสมกับฐานะ

⁸⁹F.M.B.Reynolds, Bowstead and reynolds on agency, pp. 149-150.

^{*} See B.S.Markesinis and R.J.C.Munday, An Outline of the Law of Agency, pp. 40-45, F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, pp. 145-157, G.H.Treitel, The Law of Contract, pp. 638-639, Richard Stone, Law of Agency, pp. 35-36, Joseph Chitty, Chitty on Contract, pp. 20-21 and G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency, pp. 128.

⁹⁰F.M.B.Reynolds, Bowstead on Agency, pp. 84-85.

ความเป็นอยู่ด้วย⁹¹

แต่ต่อมา มีพระราชบัญญัติ The Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 ออกมา ซึ่งได้มอบอำนาจพิเศษให้ศาล ที่จะกำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับการเงินได้ ไม่ว่าจะโดยการจ่ายเงินเป็นช่วงๆหรือจ่ายเป็นเงินก้อน แก่ภริยาและบุตร ซึ่งเป็นผู้ที่ถูกสามีไม่ดูแล ซึ่งตรงจุดนี้ส่งผลให้ตัวแทนโดยความจำเป็นประเภทนี้ถูกยกเลิกไป เพราะถือว่าหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติฉบับใหม่ สามารถที่จะให้ความคุ้มครองอย่างพอเพียงแล้วแก่ภริยา⁹²

ถึงแม้ว่าตัวแทนประเภทนี้จะถูกยกเลิกไปแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีผู้สงสัยว่าทำไมกรณีภริยาที่ถูกทิ้งร้างนี้ถือเป็นตัวแทนโดยความจำเป็น เนื่องจากความจำเป็นที่เกิดขึ้นนี้ เป็นความจำเป็นของตัวแทน หรือภริยาต่างหาก หากใช่เป็นความจำเป็นของตัวการ หรือสามีแต่อย่างใด⁹³ และนอกจากนั้น น่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวมากกว่าที่จะเป็นเรื่องตัวแทน⁹⁴ แต่ก็มีผู้ให้เหตุผลว่าที่ศาลถือว่า ภริยาเป็นตัวแทนนั้น เนื่องจากศาลได้หาทางออกที่จะมาแก้ไขในเรื่องนี้ ซึ่งในยุคสมัยก่อนนั้นดังที่กล่าวมาแล้วว่า ภริยายังไม่มีสิทธิที่แยกออกมาดังเช่นในปัจจุบันนี้ และก็ไม่มีกฎหมายอื่นที่จะนำมาปรับใช้ได้ จึงต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็นมาใช้นั่นเอง⁹⁵

แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็นกรณีภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้างนี้ ก็ได้มีความคิดเห็นแตกต่างออกไป และเป็นความคิดที่น่าสนใจ ตามที่ Professor Raphael Powell ได้กล่าวไว้ใน The Law of Agency ว่า ในกรณีของภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้างนั้น ถือเป็นเรื่อง quasi-agency หรือคล้ายสัญญาตัวแทน ไม่ใช่เป็นตัวแทนโดยความจำเป็น เนื่องจาก ไม่มีการตกลงไม่ว่าจะโดยแจ้งชัด หรือโดยปริยายระหว่างสามีและภริยาเลย กฎหมายต่างหากเป็นผู้กำหนดให้สามีเป็น

⁹¹ A.G.Guest, Anson's Law of Contract. 26th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1984), p. 538.

⁹² Ibid., p. 581.

⁹³ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 156.

⁹⁴ S.J.Stoljar, The Law of Agency: Its History and Present Principles. p. 150.

⁹⁵ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 157.

ผู้รับผิดชอบหนี้ในสิ่งของจำเป็นอันภริยาได้ส่งชื่อไป ในส่วนนี้เองที่ถือเป็นสิ่งที่คล้ายสัญญาตัวแทน เนื่องจากภริยาสามารถเรียกธำหรือชื่อสินค้าเชื่อในนามของสามีได้ และบุคคลที่สามสามารถฟ้องร้องสามีได้⁹⁶

2.) กัปตันเรือ หรือนายเรือ(shipmaster)

ถือเป็นคดีที่มีความสำคัญและเป็นคดีตัวอย่างและพบได้บ่อยที่สุดของตัวแทนโดยความจำเป็นโดยถือว่า กัปตันเรือหรือนายเรือนี้มีอำนาจ(wide power) อย่างกว้างขวางเมื่อมีความจำเป็นเกิดขึ้น และถือเป็นตัวแทนในประเภทแรก คือ เป็น true agency ดังที่ได้กล่าวมาแล้วอีกด้วย⁹⁷ และต้องเป็นความจำเป็นที่เร่งด่วน (urgent necessity) ซึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ตั้งใจ ตัวแทนโดยความจำเป็นในกรณีนี้ถึงจะเกิดขึ้นได้ เพราะถ้าหากไม่มีความจำเป็นดังกล่าว ตัวแทนประเภทนี้ก็จะไม่เกิดขึ้น⁹⁸

ที่ว่า มีอำนาจอย่างกว้างขวางนี้ หมายความว่า ในกรณีที่เรือหรือสินค้านั้น ไม่ว่าจะเป็กรณที่สินค้านั้นตกอยู่ในภาวะอันตราย (in danger) หรือเสื่อมเสียได้ง่าย(perishing) หรือกรณีที่ต้องซ่อมแซมเรือเมื่อเรือนั้นไม่สามารถนำไปใช้ในการเดินทางได้ กัปตันเรือมีอำนาจที่จะขาย หรือตกลงประการอื่นใดที่เกี่ยวกับเรือหรือสินค้าได้ และกิจการต่างๆเหล่านี้ที่กัปตันเรือได้กระทำไปย่อมมีผลผูกพันเจ้าของสินค้า หรือเจ้าของเรือ⁹⁹

⁹⁶Raphael Powell, The Law of Agency. pp. 338-339.

* การศึกษาตัวแทนโดยความจำเป็นในกรณีนี้ต้องไม่สับสนกับกรณีกัปตันเรือที่เป็นตัวแทนธรรมดา ไม่ได้เกิดจากสถานการณ์ฉุกเฉิน และมีอำนาจโดยปริยาย ซึ่งในเรื่องนี้ขอกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อที่ 1.2.1.4 อำนาจของตัวแทน ข้อ ก.) อำนาจที่แท้จริงโดยปริยาย หน้า 41.

⁹⁷F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 146.

⁹⁸G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 121.

⁹⁹Ibid., p. 121.

การตกลงประการอื่นใดที่เกี่ยวกับเรือหรือสินค้า เช่น กัปตันเรือมีอำนาจที่จะใช้เครดิตของเจ้าของเรือ หรือนำเรือ สินค้า หรือค่าระวางไปเป็นประกัน(hypothecate) หรือนำแต่สินค้าไปเป็นประกัน หรือแม้แต่ขายบางส่วนของสินค้า หรือแม้แต่เข้าทำสัญญากู้ภัยทางทะเล(salvage agreement) ในนามของเจ้าของสินค้า¹⁰⁰

3.) การเข้ารับรองตั๋วแลกเงินเพื่อแก้หน้าผู้สั่งจ่าย (acceptance of a bill of exchange for the honour of the drawer)

กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้สั่งจ่ายไม่รับรองตัวที่ตนเป็นผู้สั่งจ่าย บุคคลภายนอกโดยความยินยอมของผู้ถือ สามารถเข้ารับรองตั๋วแลกเงินเพื่อแก้หน้าผู้สั่งจ่ายได้ และหากบุคคลภายนอกนั้นต้องจ่ายเงินไปตามการรับรองตัว บุคคลภายนอกได้รับวงสิทธิของผู้ถือที่จะฟ้องเรียกชำระเงินคืนจากผู้สั่งจ่ายตัวนั้นได้¹⁰¹ ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้กรณีนี้จัดเป็นตัวแทนประเภทที่สอง ประเภทหลักการขาดใช้คืน เพราะมุ่งเรียกชำระเงินที่ได้จ่ายไปตามการรับรอง มากกว่าที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม

การที่บุคคลภายนอกได้เข้ารับรองตัว และต้องรับผิดชอบจ่ายเงินไปตามการรับรองนั้น ก่อให้เกิดความจำเป็นเกิดขึ้นแล้ว เนื่องจากบุคคลผู้นั้นตกอยู่ในสถานการณ์ที่ยุ้งยากและขาดความเชื่อถือ (dishonourable) ความรับผิดชอบในรูปแบบนี้ ทำให้เกิดกฎหมายพาณิชย์ และในปัจจุบัน หลักการนี้มีอยู่ใน พระราชบัญญัติ Bills of Exchange Act 1882¹⁰²

4.) ผู้ขนส่งทางบก (land carrier)

ผู้ขนส่งมีสิทธิที่จะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายได้ ดังจะเห็นได้ในคดี Great Northern Ry. v. Swaffield ที่ได้ตัดสินไว้ในปีค.ศ. 1874 ว่า " เมื่อ A ได้ส่งม้าโดยทาง the great northern railway ให้ส่งไปให้คนที่สถานี แต่กลับไม่ส่งใครไปรับม้า เลยทำให้นายสถานีต้องส่งม้าไปยังโรงม้า ศาลตัดสินว่า กรณีนี้เป็นการจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของม้า บริษัทเดินรถไฟ สามารถเรียก

¹⁰⁰G.H.Treitel, The Law of Contract. p. 636.

¹⁰¹Ibid., pp. 635-636.

¹⁰²G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 121.

ค่าใช้จ่ายเพื่อการนี้ได้" เหตุผลที่ทำให้เกิดเป็นความจำเป็นหรือเหตุฉุกเฉิน ในการที่ต้องดูแลม้า เพราะหากไม่ดูแลแล้ว ม้าอาจจะตายได้เนื่องจากขาดอาหารและการดูแล ¹⁰³

นอกจากนั้น ยังถือว่าผู้ขนส่งทางบก มีสิทธิที่จะขายสินค้าที่อยู่ในการบรรทุกของตนอัน เป็นสินค้าที่เสื่อมเสียง่าย ¹⁰⁴ ซึ่งตรงจุดนี้เอง ถือเป็นเรื่องใกล้เคียงกับกรณี กัปตันเรือ หรือนายเรือ โดยเฉพาะในแง่ของสินค้าที่บรรทุกเมื่อสินค้านั้นตกอยู่ในภาวะอันตรายที่อาจเสื่อมเสียได้ จึงจำเป็นต้องขายสินค้านั้นไปโดยปราศจากอำนาจ ¹⁰⁵

คดีตัวอย่างที่พบส่วนใหญ่ นั้น จะเกี่ยวกับ การขนส่งทางทะเลหรือทางบกเสียเป็นส่วนใหญ่ ที่ให้สิทธิแก่กัปตันเรือ หรือผู้ขนส่งมีอำนาจที่จะกระทำการเกี่ยวกับเรือหรือสินค้าเพื่อป้องกัน ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากเหตุฉุกเฉิน ¹⁰⁶ และที่มาดั้งเดิมของทฤษฎีความจำเป็น (doctrine of necessity) ก็คือ กฎหมายพาณิชย์ และกฎหมายขนส่ง ¹⁰⁷

แต่อย่างไรก็ตาม หลักตัวแทนโดยความจำเป็นนั้น ยังสามารถปรับใช้ได้กับกรณีอื่นได้อีก ไม่จำเป็นที่จะต้องยึดติดกับคดีตัวอย่างดังที่กล่าวมาแล้วเท่านั้น หากมีกรณีเกิดขึ้นและเข้าเงื่อนไข ต่างๆของตัวแทนโดยความจำเป็นดังที่ได้กล่าวไว้ในเบื้องต้น บุคคลผู้เข้าทำการแทนนั้นก็สามารภ ได้รับความคุ้มครองในกฎหมายตัวแทน และสามารถผูกพันตัวการในผลแห่งกิจการที่ตนเองได้ กระทำไป ¹⁰⁸

¹⁰³ Ibid., p. 125.

¹⁰⁴ A.M.Wilshere, An Outline of the Law of Agency. p. 29.

¹⁰⁵ Ibid., p. 124.

¹⁰⁶ Hailsham of St. Marylebone, Halbury's Laws of England. p. 28.

¹⁰⁷ B.S.Markesinis and R.J.C.Munday, An Outline of the Law of Agency. 2nd ed. (London: Butterworths, 1986), p. 42.

¹⁰⁸ G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 127.

ข.) ตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา (agency from cohabitation)

ถึงแม้ว่าจะมีการยกเลิกตัวแทนประเภทภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้างไปแล้วก็ตาม การสมรส ก็ยังมีความสำคัญในกฎหมายของตัวการตัวแทน¹⁰⁹ แต่ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจก่อนว่า ตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยานี้ แตกต่างกับ ตัวแทนโดยความจำเป็นกรณีภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้าง ที่ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว ที่ว่าแตกต่างกัน กล่าวคือ ตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยานั้นอาศัยมูลเหตุของการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาเป็นหลัก และไม่ใช่เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย แต่เป็นข้อสันนิษฐานที่อาจลบล้างได้โดยการพิสูจน์ข้อเท็จจริงมาหักล้าง (rebuttable presumption of fact) แต่ตัวแทนโดยความจำเป็นกรณีภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้างนั้น อาศัยมูลเหตุของการทิ้งร้างเป็นหลักสำคัญ หากใช้การอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาไม่ และถือเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย¹¹⁰

แต่ต้องพึงระลึกไว้อยู่เสมอว่า การสมรสนั้นไม่ได้ทำให้ภริยามีอำนาจที่จะผูกพันสามีของตนในสัญญาที่ทำกับบุคคลที่สามเสมอไป¹¹¹ การที่ภริยาได้อยู่กินด้วยกันกับสามี ทำให้เกิดเป็นแต่เพียงข้อสันนิษฐานว่า ภริยานั้นมีสิทธิที่ซื้อสินค้าเชื่อในนามของสามีได้ แต่ต้องเป็นสิ่งที่จำเป็นและพอเหมาะพอควรแก่ฐานะและเป็นเรื่องปกติในฐานะที่ภริยาจะพึงกระทำ¹¹²

นอกจากนั้น หลักเกณฑ์ของตัวแทนในรูปแบบนี้ยังได้ขยายไปถึง ภริยาน้อย (mistress), แม่บ้าน (housekeeper) หรือผู้ที่ดูแลงานบ้านอีกด้วย แต่หลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ต้องมีคือ การอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงการสมรสว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น เมียน้อยที่ถูกทิ้งร้าง หรือกรณีของภริยาที่อาศัยอยู่ในโรงแรมกับสามีนั้น ไม่ใช่เป็นตัวแทนประเภทนี้ เพราะขาดการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยานั้นเอง¹¹³

¹⁰⁹ Ibid., p. 130.

* รายละเอียดเรื่องภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้าง โปรดดู หน้า 25.

¹¹⁰ G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*. p. 130.

¹¹¹ M.P.Furmston, *Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract*. p. 478.

¹¹² Debenham v. Mellon (1880) 6 App Cas 24 at 36.

¹¹³ B.S.Markesinis and R.J.C.Munday, *An Outline of the Law of Agency*. p. 47.

สิ่งของจำเป็น (necessaries) ได้แก่ เสื้อผ้าสำหรับทั้งภริยาและบุตร, อุปกรณ์ในครัวเรือน, อาหาร, ยารักษาโรค, การเข้ารับการรักษาพยาบาล รวมทั้งการจ้างคนใช้¹¹⁴ ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้ อาจแตกต่างกันตามชีวิตความเป็นอยู่ของสามี และที่สำคัญก็คือ สิ่งของจำเป็นเหล่านี้ มี จุดประสงค์เพื่อนำมาใช้ในครัวเรือน (household)¹¹⁵ และพ่อดำเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ให้ศาลพอใจว่า สิ่งของเหล่านั้นเป็นสิ่งจำเป็น¹¹⁶

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้อาจกล่าวได้ว่า ตัวแทนประเภทนี้แทบจะไม่มี ความสำคัญ หรือแทบจะไม่เกิดขึ้นเลยในปัจจุบัน เนื่องจากในสมัยก่อนสถานะของภரியานั้น ไม่สามารถเป็น เจ้าของทรัพย์สินได้โดยลำพังหรือรับผิดชอบในสัญญาโดยส่วนตัวได้ ดังนั้นจึงต้องมีกฎหมายเพื่อ ปกป้องพ่อดำหรือ ผู้อื่นที่ได้เข้าติดต่อกับภริยา แต่ตั้งแต่มีพระราชบัญญัติ Law Reform Act 1935 ออกมาใช้ ทำให้สถานะของหญิงที่สมรสแล้ว เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม แยกออกมาต่างหาก เป็นของตัวเอง เหตุผลที่จะให้สามีรับผิดชอบเนื่องจากภரியานั้นจึงหมดไป แต่อย่างไรก็ตาม จะว่า ตัวแทนประเภทนี้ไม่มีอยู่เลยก็คงจะไม่ถูกต้องซักทีเดียว เพราะหลักเกณฑ์เหล่านั้นไม่ได้ใช้กับ สิ่งของจำเป็นที่ใช้ในครอบครัว¹¹⁷

ตัวแทนรูปแบบนี้ มีความคล้ายกับสัญญาตัวแทนโดยการตกลงโดยปริยาย อย่างมาก แต่ อย่างไรก็ตาม ตัวแทนสองประเภทนี้มีความแตกต่างกัน เนื่องจากตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกัน ฉะนั้นสามีภரியานั้น เกิดขึ้นโดยไม่ต้องอาศัยความประสงค์ที่แท้จริงของคู่สัญญา ไม่ต้องการ ความยินยอมที่แท้จริงไม่ว่าจะเป็นความยินยอมโดยแต่เกิดขึ้นโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายจาก การประพฤติปฏิบัติ แต่เกิดโดยหลักนิติธรรมซึ่งเป็นผลของกฎหมาย ที่สันนิษฐานว่าภริยาเป็น ตัวแทนของสามีในกรณีที่ซื้อสิ่งของจำเป็นเพื่อใช้ในครอบครัว¹¹⁸ แต่กระนั้นก็ดี ในเรื่องนี้ก็มี ความคิดเห็นแตกต่างกันออกไป ดังจะเห็นได้ในคำอธิบายของ A.G. Guest ใน Anson's Law of Contract ที่จัดประเภทตัวแทนประเภทนี้ให้อยู่ในเรื่องอำนาจโดยปริยาย¹¹⁹

¹¹⁴ M.P. Furmston, *Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract*, pp. 477-478.

¹¹⁵ Richard Stone, *Law of Agency*, p. 34.

¹¹⁶ M.P. Furmston, *Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract*, p. 479.

¹¹⁷ G.H.L. Fridman, *Fridman's Law of Agency*, p. 130.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 130-131.

¹¹⁹ A.G. Guest, *Anson's Law of Contract*, pp. 537-538.

จากที่ได้กล่าวมาเบื้องต้น จะเห็นได้ว่า ความมีอยู่ของตัวแทนประเภทนี้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานเท่านั้น ซึ่งในบางตำรา ก็เรียกว่าเป็น "ตัวแทนที่เกิดจากการสันนิษฐาน"(presumed agency) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความรับผิดของสามีในที่นี้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานเท่านั้น ดังนั้น สามีสามารถหักล้าง (rebut) ข้อสันนิษฐานและหลุดพ้นจากความรับผิดได้หากเขาพิสูจน์ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ได้ว่า¹²⁰ เขาได้แจ้งคำเตือนโดยแจ้งชัดไปยังพ่อค้าแล้วว่าไม่ให้ขายสินค้านั้นให้แก่ภริยา หรือ เขาสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า ภริยาของเขามีสินค้าที่จำเป็นต้องใช้อย่างเพียงพออยู่แล้ว หรือ ภริยาของเขาได้รับเบียดเบียนเพียงพอแล้วจนไม่จำเป็นที่จำต้องซื้อสินค้าเชื่อในนามของเขา หรือ พิสูจน์ได้ว่า เขาได้ห้ามภริยาของตนอย่างแจ้งชัดแล้ว ว่าไม่ให้ซื้อสินค้าเชื่อในนามของเขา โดยไม่ต้องคำนึงว่าพ่อค้าได้รับรู้ถึงการห้ามนั้นหรือไม่¹²¹

¹²⁰ M.P.Furmston, Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract, pp. 478-479.

¹²¹ Richard Stone, Law of Agency, pp. 34-35.

ค.) ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (agency by estoppel)

ดังที่ได้กล่าวถึงหลักการขยายในหัวข้อที่ 3.1.1 ลักษณะและการเกิดของตัวแทนโดยปริยายของประเทศอังกฤษ ว่าในเรื่องตัวแทนโดยปริยายนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นผลมาจากการขยายหลักเกณฑ์ในกฎหมายตัวแทนให้กว้างขวางมากขึ้น แต่สำหรับตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ เป็นการขยายหลักเกณฑ์ในกฎหมายตัวแทนไปมากขึ้นอีก (further extension)¹²² กล่าวคือ ในบางสถานการณ์ แม้จะไม่มีคามยินยอมอย่างแท้จริงเกิดขึ้นเลยระหว่างบุคคลสองฝ่าย แต่กฎหมายก็ปฏิบัติต่อความสัมพันธ์ของพวกเขา เสมือนเป็นตัวแทนและตัวแทน และส่งผลต่อความประพฤติปฏิบัติของพวกเขาราวกับว่า มีความยินยอมโดยแจ้งชัดให้เกิดเป็นตัวแทนและตัวแทน¹²³

ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ หรือนักกฎหมายบางท่านก็เรียกว่า " ตัวแทนโดยการแสดงให้ปรากฏของตัวการ " (apparent or ostensible agency)¹²⁴ เกิดขึ้น ในกรณีที่บุคคลคนหนึ่งไม่อาจจะโดยคำพูดหรือการประพฤติปฏิบัติของเขา แสดงให้เห็นหรือเป็นการยอมรับว่า " เชิด " (hold out) บุคคลอีกคนหนึ่งออกเป็นตัวแทนของตน ทั้งที่ๆ เขาได้มีความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทนเกิดขึ้นเลย บุคคลที่เชิดผู้อื่นนั้น จะปฏิเสธถึงการแสดงออกของตนไม่ได้ กล่าวคือ ผู้นั้นถูกปิดปากภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายปิดปาก (doctrine of estoppel) มิให้ปฏิเสธว่าบุคคลผู้นั้นมิใช่ตัวแทนของตน¹²⁵ เป็นการนำหลักเกณฑ์กฎหมายปิดปากมาใช้ เพื่อสร้างความสัมพันธ์ของตัวการและตัวแทนให้เกิดมีขึ้นมา¹²⁶

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น หลักการพื้นฐานของสัญญาตัวแทนคือ ตัวการไม่ต้องรับผิดชอบในสัญญาที่ตนไม่ได้ให้ความยินยอม หรือให้อำนาจ กล่าวคือ ต้องมีการยินยอมร่วมกันร่วมกันนั่นเอง การที่จะให้ตัวการต้องรับผิดชอบ โดยที่เขาไม่ยินยอมหรือให้อำนาจนี้ ศาลจึงหาวิธีที่ใกล้เคียงที่สุดมาใช้ ซึ่งก็คือ หลักกฎหมายปิดปากนั่นเอง¹²⁷

¹²²F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, p. 5.

¹²³G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency, p. 98.

¹²⁴M.P.Furmston, Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract, p. 473.

¹²⁵F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, pp. 101-102 .

¹²⁶M.P.Furmston, Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract, p. 473.

¹²⁷S.J.Stoljar, The Law of Agency: Its History and Present Principles, p. 26.

การปิดปาก หมายถึงความที่ เมื่อบุคคลคนหนึ่งได้ยินยอมให้ผู้อื่นเชื่อว่า มีสภาพบางอย่าง ในความสัมพันธ์อยู่จริง (certain state of affairs exists) บุคคลผู้นั้นไม่สามารถที่จะมาบอกถึง สภาพที่แท้จริงของความสัมพันธ์ (the true state of affairs) นั้นได้ในภายหลัง เนื่องจากถ้ายินยอม ให้ทำเช่นนั้นได้แล้ว ย่อมทำให้ผู้อื่นซึ่งหลงเชื่อในสภาพในความสัมพันธ์นั้นได้รับความเสียหาย (detriment)¹²⁸ สรุปได้ว่า เมื่อมีการเชิดเกิดขึ้นแล้ว บุคคลผู้เชิดผู้อื่นนั้นย่อมถูกปิดปากมิให้ปฏิเสธ ความรับผิดชอบตนเอง ซึ่งหลักของการเชิดนี้ ก่อนหน้านั้น ได้นำมาใช้อย่างเป็นทางการในกฎหมาย ห้างหุ้นส่วน โดยนำมาใช้ในกรณีที่ บุคคลให้ยืมชื่อมาใช้ในฐานะเป็นหุ้นส่วนต่างๆ ในความเป็นจริง แล้ว เขาหาได้มีความเกี่ยวข้องในห้างหุ้นส่วนนั้นเลย บุคคลผู้นั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับหุ้นส่วนคนอื่นๆ ในหนี้สินของห้างหุ้นส่วน¹²⁹

เมื่อนำหลักเกณฑ์ในเรื่องปิดปากข้างต้นมาใช้กับเรื่องตัวแทน ทำให้เกิดหลักที่ว่า เมื่อ บุคคลคนหนึ่งไม่ว่าจะโดยคำพูดหรือการกระทำของเขาได้ยินยอมให้ผู้อื่นทำการเป็นตัวแทนของ ตนโดยคำพูดหรือการกระทำนี้ได้ปรากฏสู่โลกภายนอก และหากมีบุคคลที่สามได้เข้ามาเกี่ยวข้อง ด้วย บุคคลผู้นั้นไม่สามารถที่จะปฏิเสธหรือไม่ยอมรับถึงสัญญาตัวแทนที่เกิดโดยการแสดงให้ ปรากฏของตัวการในภายหลังได้ หากการกระทำเช่นนั้นจะทำให้บุคคลที่สามได้รับความเสียหาย กล่าวคือ ให้ถือว่าบุคคลผู้นั้นอยู่ในฐานะเดียวกันราวกับว่าเขาได้ให้อำนาจอย่างแท้จริงแก่ตัวแทน ให้ไปทำการเลยทีเดียว¹³⁰

หลักกฎหมายปิดปากตามหลักกฎหมาย Common Law แบ่งออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ได้แก่

- 1.) การปิดปากโดยคำพิพากษา (estoppel by record)
- 2.) การปิดปากโดยกรรมธรรม์สัญญา (estoppel by deed)
- 3.) กฎหมายปิดปากโดยการประพฤติปฏิบัติ (estoppel by conduct) การประพฤติปฏิบัตินี้ สามารถแบ่งแยกออกได้ดังต่อไปนี้ การปิดปากโดยการแสดงออก (estoppel by representation), การปิดปากโดยความประมาทเลินเล่อ (estoppel by negligence or omission) , การปิดปากโดย ความตกลง (estoppel by agreement) (See A.M.Wilshere, *An Outline of the Law of Agency*, pp. 15-17. และนอกจากนั้น โปรดดู พงษ์อาจ ตริกิจวัฒนากุล "กฎหมายปิดปาก" (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525)

¹²⁸G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*. p. 98 .

¹²⁹S.J.Stoljar, *The Law of Agency: its History and Present Principles*. pp. 26-27.

¹³⁰G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*. pp. 98-99.

ดังจะเห็นได้ในคดี Pole v. Leask¹³¹ ในปีค.ศ. 1863 ซึ่ง Lord Cranworth ได้นำหลักเกณฑ์ ของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากมาใช้ โดยได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า "...การที่บุคคลใด ได้แสดงออกซึ่งการประพฤติปฏิบัติของตนเองเป็นเหตุให้ผู้อื่นเชื่อว่า เขาได้แต่งตั้งให้บุคคลอีกคน หนึ่งเป็นตัวแทนของเขา และรู้ว่าบุคคลนั้นจะได้กระทำการแทนเขา แต่ก็มิได้เข้าขัดขวาง (interpose) ต้องถูกปิดปากมิให้โต้เถียงว่าแท้จริงแล้วบุคคลนั้นมีชื่อตัวแทนของตน ทั้งๆที่ใน ความเป็นจริงหาได้มีสัญญาตัวแทนอยู่เลย..."

นอกจากหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากแล้ว ยังมีอีกหลักอีกหลักหนึ่งที่เกี่ยวข้อง คือ หลักอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ (doctrine of apparent authority) ซึ่งจะได้กล่าวโดย ละเอียดในหัวข้อลำดับต่อไป¹³² ซึ่งทั้งสองหลักนี้ นำมาใช้โดยไม่ต้องคำนึงว่า ตัวแทนจะรู้ว่าเขาได้ รับมอบอำนาจให้ทำแทนหรือไม่ เพียงแต่ปรากฏอย่างมีเหตุผลต่อบุคคลที่สามว่า น่าจะมี การมอบอำนาจก็เพียงพอแล้ว¹³²

ผลของหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น สามารถตั้งข้อสังเกตได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีที่ 1 ตัวแทนไม่มีอำนาจที่แท้จริงเลย (no actual authority) ไม่เคยมีความสัมพันธ์ ของตัวการและตัวแทนอยู่เลย และความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ เกิดขึ้นได้โดยกฎหมาย (relationship is created by law) โดยการนำหลักกฎหมายปิดปากมาบังคับใช้¹³³

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้บ่อยกว่ากรณีแรก กล่าวคือ มีความสัมพันธ์ระหว่าง ตัวการตัวแทนอยู่ก่อนแล้ว แต่ตัวแทนได้ทำการเกิน (exceed) อำนาจของตนไป หลักกฎหมาย ปิดปากจึงนำมาใช้เพื่อผูกพันตัวการ อาจกล่าวได้ว่า ในกรณีที่สองนี้ ไม่ใช่เป็นเรื่องการเกิดของ ความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนโดยหลักกฎหมายปิดปาก แต่เป็นการขยายหลักเกณฑ์ของตัวแทน ให้ง่ามมากขึ้นโดยหลักกฎหมายปิดปาก¹³⁴

¹³¹ Pole v. Leask (1863) 33 LJ Ch 155 at 166 – 162, cited by M.P.Furmston , *Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract*. p. 473.

¹³² โปรดดูหัวข้อ 1.2.2.4 อำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ หน้า 45.

¹³² F.M.B.Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*. p. 5 .

¹³³ G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*. pp. 99-100.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 99-100.

ในคดี Rama ¹³⁵ ในปี 1952 ผู้พิพากษา Slade ได้สรุปถึงหลักเกณฑ์ที่ต้องมีในตัวแทน โดยกฎหมายปิดปาก ไว้ดังต่อไปนี้

1.) ต้องมีการแสดงออก (representation)

ที่สำคัญต้องเป็นการแสดงออกของตัวการเท่านั้น ไม่ใช่โดยตัวแทน ¹³⁶ กล่าวคือ ต้องมีการแสดงออกไม่ว่าจะเป็นโดยคำพูดหรือการกระทำบางอย่างของตัวการ แสดงให้เห็นว่าตัวแทนนั้นมีอำนาจกระทำการแทนตน ¹³⁷ และสามารถแบ่งการแสดงออกได้เป็น 3 วิธีดังต่อไปนี้

- 1.) ทางการที่ประพัตต่อกันโดยแจ้งชัด (express from the course of dealing) ไม่ว่าจะโดยทางวาจา หรือทำเป็นหนังสือ
- 2.) ทางการที่ประพัตต่อกันโดยปริยาย (implied from the course of dealing) หรือ
- 3.) ตัวการได้แสดงออกแก่บุคคลที่สามอนุญาตให้ตัวแทนไปทำการกับบุคคลที่สาม ¹³⁸

และการแสดงออกนี้ไม่จำเป็นต้องกระทำโดยเจตนา หรือ อาจเกิดจากการประมาทก็ได้ ในบางกรณี ¹³⁹ ดังนั้น เมื่อ A ได้มอบอำนาจให้ B ทำการแทนให้ก่อให้เกิดความรับผิดแทนตนแล้ว ในสายตาของโลกภายนอก A ยังคงต้องรับผิดเช่นนั้นต่อไป จนกว่าเขาจะเพิกถอน และ บอกถึงการเพิกถอนนั้นแก่ บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกคน การเพิกถอนกันเองระหว่างตัวการกับตัวแทนนั้นไม่เพียงพอ กล่าวโดยสรุป เมื่อการประพติปฏิบัติของ A เป็นการขีด B ออกเป็นตัวแทนแล้ว หลักกฎหมายปิดปาก จะถูกนำมาใช้กับ A เรื่อยไปจนกระทั่ง A ได้เพิกถอนถึงการขีดนั้น ¹⁴⁰

¹³⁵ Rama Corp Ltd. v. Proved Tin and General Investments Ltd. (1952) 2 QB 147 at 149-150, (1952) 1 A11 ER 544 at 556, cited by Ibid., p. 100.

¹³⁶ Armagas Ltd v. Mundogas SA (1985) 3 All ER 975 at 804.

¹³⁷ Ibid., pp. 100-104.

¹³⁸ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 368.

¹³⁹ G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. pp. 100-104.

¹⁴⁰ S.J.Stoljar, The Law of Agency: Its History and Present Principles. p. 28.

2.) มีการหลงเชื่อซึ่งการแสดงออกนั้น (a reliance on a representation)

การแสดงออกในที่นี้นั้น จะแสดงต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ผู้ซึ่งเข้าติดต่อกับตัวแทน หรือต่อสาธารณชน ในกรณีที่พฤติการณ์นั้นสาธารณชนโดยทั่วไปจะเป็นผู้เข้าติดต่อกับตัวแทน และการแสดงออกนั้นต้องเป็นเหตุใกล้ชิด (proximate cause) ที่ทำให้คู่สัญญาสำคัญผิด อีกด้วย¹⁴¹ กล่าวคือ บุคคลที่สามไม่สามารถจะให้ตัวการต้องรับผิดได้ ถ้าไม่มีความสัมพันธ์ อย่างเชื่อมต่อกัน (causal connection) ระหว่างการแสดงออกกับการติดต่อกับตัวแทน¹⁴²

3.) การหลงเชื่อเช่นนั้นส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในฐานะของคู่สัญญา (an alteration of a party's position resulting from such reliance)

การเปลี่ยนแปลงในฐานะของคู่สัญญานี้ ที่สำคัญ ต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงในแง่ที่ทำให้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รับความเสียหายอีกด้วย¹⁴³ ในหลักนี้เองมีผู้กล่าวว่า หลักกฎหมายปิดปากนี้ มี ขึ้นเพื่อเป็นมาตรการป้องกัน (preventive) มากกว่าเป็นการลงโทษ (punitive) ที่ว่าเป็นการป้องกัน คือ ป้องกันมิให้บุคคลที่สามได้รับความเสียหายนั่นเอง¹⁴⁴ ดังนั้น บุคคลที่สามต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า มีความเสียหายอันเป็นการทำให้เสื่อมเสียสิทธิของเขาเกิดขึ้นจริง และความเสียหายนั้น มาจาก การแสดงข้อเท็จจริงที่ผิดไปจากความเป็นจริง (misrepresentation) ของตัวการ¹⁴⁵

อย่างไรก็ดี ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ ต้องไม่สับสนกับสัญญาตัวแทนโดยปริยาย เพราะสองเรื่องนี้มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ตัวแทนโดยปริยายเกิดขึ้นได้โดยการตกลงระหว่างคู่ สัญญา และตัวการเต็มใจให้ตัวแทนทำการแทน และตัวแทนมีอำนาจที่จะทำการแทน เพียงแต่ ตัวแทนประเภทนี้นั้น ความมีอยู่และขอบเขตของอำนาจนั้น สามารถทราบได้โดยความประพฤติ ของคู่สัญญา ไม่ใช่โดยการตกลงโดยชัดแจ้ง¹⁴⁶ ตัวแทนหรือตัวการเป็นผู้มีสิทธิคาดคะเนโดย

¹⁴¹ G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*. pp. 103-104.

¹⁴² F.M.B.Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*. p. 374.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 104.

¹⁴⁴ S.J.Stoljar, *The Law of Agency: Its History and Present Principles*. pp. 29-30.

¹⁴⁵ Harold Greville Hanbury, *The Principles of Agency*. p. 29.

¹⁴⁶ G.H.L.Fridman, *Fridman's Law of Agency*. p. 52.

การตีความอย่างมีเหตุผลว่า มีการมอบอำนาจหรือแต่งตั้งหรือไม่¹⁴⁷

แต่ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น ถือว่าเกิดขึ้นได้ แม้ว่าตัวการไม่ต้องการเช่นนั้น หรือไม่ได้แต่งตั้งให้ตัวแทนไปทำการแทนเลย ตัวแทนประเภทนี้ไม่มีสัญญาะหว่างกันอยู่เลยแม้แต่สัญญาโดยปริยาย ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากเกิดขึ้นมาได้ โดยกฎหมายกำหนดให้มีขึ้นรวมทั้งผลที่ตามมาด้วย¹⁴⁸ ซึ่งผู้มีสิทธิคาดคะเนว่า ตัวแทนนั้นมีอำนาจทำแทนหรือไม่ คือบุคคลที่สามนั่นเอง โดยคาดคะเนเอาจากการประพฤติปฏิบัติของตัวการ¹⁴⁹

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น ดูเหมือนว่าน่าจะเป็นตัวแทนที่เกิดโดยผลของกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายเป็นผู้กำหนดให้ความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนเกิดขึ้น¹⁵⁰ แต่ก็มีผู้เห็นว่าไม่ควรจัดอยู่ในหมวดหมู่เดียวกันกับ ตัวแทนโดยผลของกฎหมาย เพราะถือว่ามี ความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นทั้งในด้านนโยบายหรือ ด้านการบังคับใช้กฎหมาย¹⁵¹ กล่าวคือ ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้นจะมีการหลงเชื่อของบุคคลที่สามในการแสดงออกซึ่งความตกลงเป็นนัยๆ ระหว่างตัวการและตัวแทน ซึ่งความสัมพันธ์เช่นนี้ทำให้บุคคลที่สามได้หลงเชื่อว่าการแต่งตั้งมอบหมายกัน ซึ่งแท้จริงแล้วไม่มีความประสงค์เช่นนั้นของตัวการเลย แต่ตัวการต้องรับผิดชอบตามหลักของกฎหมายปิดปาก มิใช่โดยผลบังคับของกฎหมาย แต่ตัวแทนที่เกิดโดยผลของกฎหมายนั้นแม้จะไม่มี การตกลงระหว่างตัวการและตัวแทนเลย อีกทั้งบุคคลที่สามเข้ากระทำการกับผู้ที่ เป็นตัวแทนนั้นก็ได้หลงเชื่อในการแสดงออกว่าเป็นตัวการและตัวแทนกันเลย แต่กฎหมาย บังคับให้ผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ที่เป็นตัวแทนนั้นต้องรับผิดชอบในผลการกระทำของ ตัวแทนในฐานะตัวการด้วย¹⁵² และต้องมีการตีความอย่างมีเหตุผล ที่จะใช้ในการพิจารณาว่า สมเหตุสมผลหรือไม่ที่ตัวแทนจะคิดว่าเขาได้รับการแต่งตั้งหรือได้รับมอบอำนาจ¹⁵³

¹⁴⁷ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 52.

¹⁴⁸ G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 52.

¹⁴⁹ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 52.

¹⁵⁰ G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 15.

¹⁵¹ Ibid., p. 98.

¹⁵² G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. 5th ed. (London: Butterworths, 1983), p.15, 111, อ้างถึงใน ปริญญา บุญปทุมพงษ์, "ตัวแทนเชิด", หน้า 48.

¹⁵³ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 5.

ส่วนตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้น ถือว่าเกิดขึ้นแม้ว่าตัวการไม่ต้องการให้เกิดขึ้นก็ตาม หรือไม่ได้แต่งตั้งให้ตัวแทนไปทำการแทนตัวการแต่อย่างใด ไม่มีสัญญาตัวแทนโดยปริยายคงอยู่เลยระหว่างคู่สัญญา กฎหมายเป็นผู้กำหนดให้ความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนมีอยู่ และก่อให้เกิดผลที่ตามมา¹⁵⁴ บุคคลที่สามเป็นผู้มีสิทธิที่จะคาดคะเนจากการกระทำของตัวการว่าตัวแทนมีอำนาจแม้ว่าแท้จริงแล้วหาได้มีอำนาจไม่¹⁵⁵

¹⁵⁴ G.H.L.Fridman, Fridman's Law of Agency. p. 15, 52.

¹⁵⁵ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 52

1.2.1.4 อำนาจของตัวแทน (authority of agents)

เมื่อมีความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนเกิดขึ้นมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็ตัวแทนประเภทใดก็ตาม สิ่งต่อไปที่ถือว่าสำคัญและเป็นหัวใจในเรื่องตัวแทนก็คือ อำนาจของตัวแทน ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ จะกำหนดขอบเขตของความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทน และเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้ฐานะทาง กฎหมายของตัวการเปลี่ยนแปลง¹⁵⁶ ดังจะเห็นได้ในกฎหมายตัวแทนของอังกฤษ ที่กล่าวถึง อำนาจมากมายหลายประเภท เช่น real, actual, express, implied , constructive, apparent , ostensible, usual, general, special, incidental หรืออำนาจอื่นๆนอกเหนือจากนี้¹⁵⁷ อย่างไรก็ตาม อำนาจของตัวแทน ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ สามารถแบ่งประเภทออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆได้ดังต่อไปนี้

1.) อำนาจที่แท้จริง (actual authority)

บางครั้งก็ใช้คำว่า “real authority” เป็นอำนาจที่ตัวแทนได้รับจากตัวการภายใต้ การตกลงหรือสัญญา หรือโดยการให้สัตยาบันในภายหลัง¹⁵⁸ ซึ่งการตกลงหรือสัญญานี้ดังที่ได้ กล่าวมาแล้วอาจเป็นโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายก็ได้ ดังจะเห็นได้ในคดี Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd.¹⁵⁹ ในปี 1964 ผู้พิพากษา Diplock ได้กล่าวถึงอำนาจ ที่แท้จริงไว้ว่า “ เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างตัวการกับตัวแทนที่เกิดขึ้นโดย การตกลง ร่วมกัน (consensual agreement) ระหว่างคู่สัญญา สามารถทราบถึงขอบเขตของความสัมพันธ ์ได้โดยการนำหลักธรรมดาของการเกิดขึ้นของสัญญามาใช้ รวมทั้งความหมายโดยนัย (implication) จากคำพูดที่ใช้อย่างชัดแจ้ง , ธรรมเนียมการค้า หรือทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา” และอำนาจที่แท้จริงนี้สามารถแบ่งแยกออกได้อีก 2 ประเภท คือ

ก.) อำนาจที่แท้จริงโดยแจ้งชัด (express actual authority)

ข.) อำนาจที่แท้จริงโดยปริยาย (implied actual authority)

¹⁵⁶ G.H.L.Fridman, Law of Agency, pp. 52-53.

¹⁵⁷ S.J.Stoljar, The Law of Agency: Its History and Present Principles, p. 19.

¹⁵⁸ G.H.L.Fridman, Law of Agency, p. 53.

¹⁵⁹ (1964) 1 All ER 630 at 644, cited by Ibid., p. 53.

2.) อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (apparent or ostensible authority)

ในที่นี้จะขอกล่าวโดยละเอียด เฉพาะเรื่องอำนาจที่แท้จริงประเภทอำนาจที่แท้จริงโดยปริยาย และ อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการเท่านั้น

ก.) อำนาจที่แท้จริงโดยปริยาย(implied actual authority)

อำนาจที่แท้จริงโดยปริยายหรือ (ตั้งแต่นี้ต่อไปจะขอเรียกว่า) อำนาจโดยปริยาย ถือเป็นอำนาจที่แท้จริงดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น ความยินยอมของตัวการย่อมเป็นสิ่งสำคัญของอำนาจชนิดนี้ ที่จะเป็นความหมายโดยนัยแสดงให้เห็นว่า ตัวการได้แสดงถึงความยินยอมว่าได้มอบอำนาจให้แก่ตัวแทนทำการแทนตน¹⁶⁰ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจโดยปริยาย ย่อมมาจากการตกลงยินยอมร่วมกันระหว่างคู่สัญญา อาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจที่ได้รับจากกฎหมายโดยการตีความในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา¹⁶¹

และนอกจากนั้น ในบางกรณี ถึงแม้ว่าจะมีอำนาจโดยแจ้งชัดแล้วก็ตาม อำนาจโดยปริยายนี้ก็สามารถนำมาใช้ได้อีก เนื่องจากบางที ถึงแม้ว่าตัวการได้ให้คำสั่งอันเป็นคำพูดโดยแจ้งชัดแล้วก็ตาม แต่หาได้ครอบคลุมไปถึงทุกกิจการที่ตัวแทนกระทำ วิธีเดียวที่จะทราบว่าตัวแทนมีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นหรือไม่ ก็โดยการอนุมานออกจาก อำนาจที่แท้จริงโดยปริยายนั่นเอง¹⁶² อาจกล่าวได้ว่า อำนาจโดยปริยายนี้เป็นส่วนขยายของอำนาจโดยแจ้งชัด เพื่อให้ทำให้อำนาจโดยแจ้งชัดดำเนินการได้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น¹⁶³ ส่วนใหญ่แล้วประเด็นเรื่องอำนาจโดยปริยายนี้จะเกิดขึ้น โดยบุคคลที่สามต้องการที่จะให้ตัวการรับผิดชอบในสัญญา¹⁶⁴

อำนาจโดยปริยายนี้ สามารถแบ่งแยกย่อยออกได้เป็น3 ประเภท ดังต่อไปนี้

¹⁶⁰ G.H.L.Fridman, Law of Agency. p. 54.

¹⁶¹ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p.103.

¹⁶² G.H.L.Fridman, Law of Agency. p. 59.

¹⁶³ Hailsham of St. Marylebone, Halsbury's Laws of England. p. 18.

¹⁶⁴ Richard Stone, Law of Agency. p. 43.

1.) อำนาจจำเป็นและข้างเคียง (necessary and incidental authority)

เป็นอำนาจโดยปริยายที่ตัวแทนทุกคนต้องมี เพื่อทำการใดๆที่เป็นการจำเป็นหรือเป็นการเกี่ยวเนื่องตามธรรมดาของกิจการนั้น เพื่อให้การปฏิบัติการของอำนาจโดยแจ้งชัดสำเร็จลงได้ตามปกติธรรมดา ซึ่งในคดี Howard v. Baillie ปี ค.ศ.1796 ได้กล่าวถึงอำนาจชนิดนี้เป็นอำนาจขนาดกลาง (medium power) ที่เป็นเครื่องมือที่จำเป็นที่ต้องใช้เพื่อให้เป้าหมายของอำนาจของตัวการประสบความสำเร็จ¹⁶⁵ ตัวแทนถูกสันนิษฐานว่ามีอำนาจชนิดนี้เพื่อที่จะจัดการทุกสิ่งทุกอย่างที่เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ในกิจการนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ก็มีข้อจำกัด 2 ประการด้วยกัน คือ ประการแรก ถ้ามีคำสั่งของตัวการว่าอะไรเป็นสิ่งจำเป็นแล้วก็ต้องเป็นไปตามนั้น จะถือเอาตามธรรมดาไม่ได้ และประการที่สอง อำนาจอาจจะถูกจำกัดโดยตัวแทนเป็นผู้รู้เอง ตัวแทนเป็นผู้ทราบดีอยู่แล้วว่า ในพฤติการณ์เช่นนั้น ตัวการไม่ถือว่าตัวแทนมีอำนาจโดยปริยาย ก็ต้องเป็นไปเช่นนั้น¹⁶⁶

2.) อำนาจที่เคยทำกันมา (usual authority)

อำนาจประเภทนี้ถือเป็น ส่วนขยายทำให้อำนาจโดยปริยายกว้างขวางยิ่งขึ้นเป็นอำนาจโดยปริยายที่เกิดจาก สิ่งที่เคยทำกันมาในทางทางค้าขาย, วิชาชีพ หรือกิจการที่ตัวแทนได้รับ ที่จะทำสิ่งที่จำเป็นและเกี่ยวเนื่อง เพื่อกะทำการตามกิจการที่ได้รับมอบหมายจากตัวการนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้¹⁶⁷

ใน Bowstead and Reynolds on Agency ของ William Bowstead ได้แยกอำนาจนี้ใช้กับตำแหน่งหน้าที่การงานสองประเภท ได้แก่

ประเภทแรก เป็นอำนาจโดยปริยายสำหรับตัวแทนที่เป็นผู้จัดการ (managerial agent) ในการจัดการเกี่ยวกับการค้าหรือกิจการ หรือกระทำการเพื่อการเฉพาะอย่าง ที่จะทำการใดๆก็

¹⁶⁵ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p.117.

¹⁶⁶ Richard Stone, Law of Agency. pp. 44-45.

¹⁶⁷ G.H.L.Fridman, Law of Agency. p. 61.

ได้ที่เป็นการเกี่ยวเนื่องและจำเป็นตามธรรมดา ของกิจการค้า หรือกิจการ หรือเพื่อการเฉพาะอย่าง นั้น และต้องไม่กระทำการนอกเหนือขอบอำนาจอย่างธรรมดาของการใช้และหน้าที่นั้น¹⁶⁸

ประเภทที่สอง เป็นอำนาจโดยปริยายสำหรับ ตัวแทนอาชีพ (professional agent) ในทางปฏิบัติของการค้าของเขา ที่จะกระทำการใด ๆ ที่เป็นการเกี่ยวเนื่องอย่างธรรมดาในทางปฏิบัติของการค้า , วิชาชีพ หรือกิจการ เพื่อให้การปฏิบัติการของอำนาจโดยแจ้งชัดสำเร็จลงได้ และต้องไม่กระทำการใดที่ผิดปกติ หรือไม่เกี่ยวเนื่องหรือไม่จำเป็นในทางค้าขาย, วิชาชีพ หรือกิจการ¹⁶⁹

3.) อำนาจตามธรรมเนียม (customary authority)

อำนาจนี้เป็นส่วนขยายทำให้อำนาจโดยปริยายกว้างขวางมากยิ่งขึ้นเช่นเดียวกับกรณี อำนาจที่เคยทำกันมาเช่นกัน เป็นอำนาจที่เกิดจากธรรมเนียมประเพณีที่ใช้กันอยู่ในสถานที่, ตลาด หรือกิจการที่ตัวแทนได้ไปทำกิจการนั้นๆ ถ้าในสถานที่นั้นมีธรรมเนียมประเพณีใช้กันอย่างไรแล้ว ถ้าตัวแทนได้ปฏิบัติตามประเพณีนั้นๆ ก็ย่อมถือว่าตัวแทนกระทำไปโดยมีอำนาจโดยปริยาย¹⁷⁰

อำนาจตามธรรมเนียมนี้ ถือเป็นประเภทหนึ่งของอำนาจที่เคยทำกันมา และในตัวของมันเองก็ยังเป็นประเภทหนึ่งของอำนาจโดยปริยายอีกด้วย¹⁷¹ แต่อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ในการ พิสูจน์ถึงธรรมเนียมประเพณีว่ามีอยู่ นั้น เข้มงวดและยากมาก โดยใจที่ก็ต้องแสดงให้เห็นให้ได้ว่า

- ก.) ธรรมเนียมประเพณีนั้นสมเหตุสมผล ข.) เป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายในสถานที่นั้นๆ
- ค.) เป็นธรรมเนียมประเพณีที่แน่นอน ง.) เป็นธรรมเนียมประเพณีที่ชอบด้วยกฎหมาย และ
- จ.) ไม่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญาไม่ว่าชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ดังนั้น ถึงแม้ว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามี ธรรมเนียมประเพณีนั้นอยู่จริงศาลก็ไม่อาจนำธรรมเนียมประเพณีนี้มาใช้ได้ หากตัวการตกลง ยกเว้นไม่นำธรรมเนียมประเพณีนี้มาใช้ไม่ว่าจะโดยแจ้งชัด หรือโดยปริยาย¹⁷²

¹⁶⁸ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p.123.

¹⁶⁹ Ibid., p.126.

¹⁷⁰ G.H.L.Fridman, Law of Agency. p. 66.

¹⁷¹ Ibid., p. 66.

¹⁷² F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p.132.

และนอกจากนั้นต้องเป็นธรรมเนียมประเพณีที่ตัวการต้องรู้ และสมเหตุสมผล และต้องชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย แต่ถ้าธรรมเนียมประเพณีนั้นชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่สมเหตุสมผลแล้วตัวการก็ไม่ต้องผูกพันตามนั้น เว้นเสียแต่ว่าตัวการจะตกลงโดยชัดแจ้งว่าตนเองยอมผูกพันตามธรรมเนียมประเพณีนั้น¹⁷³

¹⁷³G.H.L.Fridman, Law of Agency, p. 67.

ข.) อำนาจโดยการแสดงให้ปรากฏของตัวการ (apparent or ostensible authority)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากมาจากหลักกฎหมายปิดปากที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนขึ้นมาเป็นตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก และตัวแทนประเภทนี้เองก็ถือว่ามีอำนาจเช่นกัน แต่มิใช่อำนาจที่แท้จริง แต่เป็นอำนาจโดยการแสดงให้ปรากฏของตัวการ ซึ่งนักกฎหมายชาวอังกฤษเรียกว่า apparent authority หรือบางท่านก็เรียกว่า ostensible authority และที่เรียกว่าอำนาจโดยการแสดงให้ปรากฏของตัวการนี้ก็เนื่องมาจากเป็นอำนาจของตัวแทนที่ปรากฏต่อบุคคลภายนอกนั่นเอง ¹⁷⁴

อำนาจโดยการแสดงให้ปรากฏของตัวการนี้แท้จริงแล้ว หากได้มีการมอบอำนาจให้แก่กันเลย แต่จากการแสดงออกของตัวการ หรือโดยกฎหมายถือว่าตัวการได้แสดงออกว่าบุคคลอีกคนหนึ่งมีอำนาจทำการแทนตน ตัวการจึงต้องผูกพันในกิจการที่บุคคลนั้นทำไปภายในอำนาจที่ปรากฏ ทั้งๆที่ความจริงแล้ว บุคคลเช่นนั้นหาได้มีอำนาจเช่นนั้นไม่ หรืออาจจะมีอำนาจแต่ถูกจำกัดไว้โดยตัวการ แต่การจำกัดดังกล่าวไม่ปรากฏต่อบุคคลภายนอก กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจโดยการแสดงให้ปรากฏของตัวการนี้ เป็นอำนาจที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม โดยที่ตัวการอาจจะต้องผูกพันในกิจการของตัวแทนที่ไม่ได้รับมอบอำนาจ ¹⁷⁵

คดีสำคัญในเรื่องนี้ ที่จะถูกยกมาอ้างเสมอ ¹⁷⁶ คือ คดี Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangel) Ltd. ¹⁷⁷ ซึ่ง ผู้พิพากษา Diplock ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1964 ว่า " อำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการนี้ คือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม ที่ได้เกิดขึ้นโดยการแสดงออก โดยตั้งใจหรือโดยเจตนา และถือว่าตัวแทนมีอำนาจที่จะกระทำการแทนตัวการภายในขอบเขตอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ และตัวการต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่ตัวแทนได้กระทำขึ้นกับบุคคลที่สามนั้น ในความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนี้ตัวแทนถือเป็นคนแปลกหน้า และตัวแทนไม่ต้องระมัดระวังถึงการแสดงออกเลย แต่เมื่อบุคคลที่สามได้เข้าทำสัญญากับตัวแทนแล้วก็ใช้หลักกฎหมายปิดปากมาบังคับเพื่อป้องกันมิให้ตัวการปฏิเสธความ

¹⁷⁴ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, p. 105.

¹⁷⁵ Ibid., p. 105.

¹⁷⁶ Ibid., p. 367.

¹⁷⁷ (1964) 2 QB 480, cited by Ibid., p. 367.

รับผิดชอบตามสัญญาที่บุคคลที่สามได้กระทำกับตัวแทนนั้น"

ในเรื่องอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏนี้กับอำนาจโดยปริยาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีอำนาจที่เคยทำกันมานั้น มีความสับสนเกิดขึ้นเรื่อยมาจนกระทั่งยุคกลางของศตวรรษที่ 20 ดังจะเห็นได้ชัดเจนในคดี Hely - Hutchinson ในปี 1968 ที่กล่าวว่า "อำนาจที่แท้จริงและอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏนั้น ทั้งสองอำนาจนั้น อยู่ร่วมกัน (co-exist) และ สอดคล้องต้องกัน (coincide)" ¹⁷⁸ และนอกจากนั้น แนวความคิดในเรื่องอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏ ที่สามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท ยังได้ก่อให้เกิดความสับสนเพิ่มขึ้น กล่าวคือ อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏเกิดได้ 2 ประการ คือ ¹⁷⁹

1.) เป็นกรณีที่เกิดจากการแสดงออกอย่างแท้จริง (genuine representation) กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลคนหนึ่งได้แสดงออกว่าบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตน และบุคคลที่สามได้หลงเชื่อจึงได้เข้าทำการกับตัวแทน กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นเรื่องอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการอย่างแท้จริง โดยนำหลักกฎหมายปิดปากมาใช้บังคับ

2.) เป็นกรณีที่การแสดงออกเป็นเพียงสภาพโดยทั่วไปเท่านั้น ไม่ใช่สภาพที่แท้จริง แต่เป็นกรณีที่ตัวการได้แสดงออกโดยได้ทำให้ตัวแทนตกอยู่ในฐานะที่จะใช้อำนาจที่เคยทำกันมาได้ ซึ่งในกรณีที่สองนี้เองที่ก่อให้เกิดความสับสน กล่าวคือ เมื่อบุคคลตกอยู่ในฐานะที่สถานการณ์เช่นนั้น เขาน่าจะมีอำนาจบางประการที่เกิดโดยการพิจารณาอย่างมีเหตุผลจากคนภายนอกว่าเขาทำการโดยมีอำนาจ ซึ่งตรงจุดนี้จากการพิจารณาบางครั้งก็ก่อให้เกิดอำนาจโดยปริยายและบางครั้งก็ก่อให้เกิดอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ และก็เป็นสิ่งที่ยากที่จะแยกให้เห็นว่าในฐานเช่นนั้น บุคคลผู้นั้นควรจะมีอำนาจเช่นใด แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีความแตกต่างในทางทฤษฎี กล่าวคือ ขึ้นอยู่ที่การพิสูจน์ว่า อำนาจโดยปริยาย นั้น จะเกิดขึ้นได้ต้องแสดงให้เห็นว่า ตัวแทนได้กระทำการที่จำเป็นและเกี่ยวเนื่องเพื่อให้การที่ตัวแทนได้รับมอบหมายมานั้นสำเร็จลงได้ และต้องเป็นการกระทำอย่างเหมาะสมและสมเหตุสมผลตามสภาพของสัญญาตัวแทน หรือในทางการค้า วิชาชีพ หรือทางปฏิบัติอื่นๆ แต่หากเป็นกรณีของอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ แล้วนั้นต้อง

¹⁷⁸ B.S. Markesinis and R.J.C. Munday, An Outline of the Law of Agency, p. 29.

¹⁷⁹ F.M.B. Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, pp. 368-369.

พิสูจน์ว่า ความประพฤตินั้นทำให้บุคคลที่สามเข้าใจผิดและหลงเชื่อในความมีอยู่ของ สัญญาตัวแทน และนำไปสู่ความเสียหายของบุคคลที่สาม¹⁸⁰

ค.) อำนาจที่เกิดจากการสันนิษฐาน (presumed authority)

อำนาจที่เกิดจากการสันนิษฐานนี้ส่วนใหญ่จะมาจาก กรณีตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันอันสามีภรรยา¹⁸¹ ดังที่เคยกล่าวมาข้างต้นแล้วว่า เมื่อสามีและภริยาอยู่ร่วมกันและดูแลครัวเรือน ถือว่ามีข้อสันนิษฐานเกิดขึ้นให้ภริยามีอำนาจที่จะซื้อสินค้าเชื่อในนามของสามีได้ และสินค้านั้น ต้องเป็นสิ่งจำเป็นและเหมาะสมกับฐานะความเป็นอยู่ แต่อย่างไรก็ตามสามีสามารถหักล้าง ข้อสันนิษฐานนี้ได้

อำนาจที่เกิดจากการสันนิษฐานนี้ ถือเป็นตัวอย่างหนึ่งในอำนาจโดยปริยาย แต่ก็มี ความแตกต่างกับอำนาจโดยปริยาย กล่าวคือ อำนาจโดยปริยายประเภทต่างๆ เช่น อำนาจที่ จำเป็นและข้างเคียง หรือ อำนาจที่เคยทำกันมา ฯลฯ ไม่ครอบคลุมถึงกรณีนี้ อำนาจโดยปริยายมี ผลกระทบต่ออำนาจที่แสดงให้ปรากฏ แต่อำนาจที่เกิดจากการสันนิษฐานนี้แยกต่างหากจาก อำนาจที่แสดงให้ปรากฏ อำนาจที่เกิดจากการสันนิษฐานนี้จำกัดอยู่เฉพาะสิ่งจำเป็นเท่านั้น¹⁸²

¹⁸⁰ G.H.L.Fridman, Law of Agency. pp. 109-110.

¹⁸¹ F.M.B.Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency. p. 138.

¹⁸² Ibid., pp. 136-137.

1.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

1.2.2.1 ลักษณะและการเกิดของตัวแทนโดยปริยายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ที่โดยหลักการพื้นฐานถือว่า สัญญาตัวแทนจะเกิดขึ้นได้นั้น ต้องอาศัยความยินยอมหรือการตกลงร่วมกันของคู่สัญญา ดังจะเห็นได้ในคำนิยามต่างๆตามตำรากฎหมายตัวแทนของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวถึงสัญญาตัวแทนโดยเกี่ยวพันไปถึงความยินยอม หรือความตกลงร่วมกัน ดังต่อไปนี้

ใน Restatement (second) of Agency, Section 1 ได้ให้คำนิยามของ สัญญาตัวแทนไว้ว่า “เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากการแสดงเจตนาถึงความยินยอม (manifestation of consent) โดยบุคคลฝ่ายหนึ่งแก่อีกฝ่ายหนึ่งให้ทำการแทนตนและอยู่ภายใต้การควบคุมของตน และอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมที่จะทำการเช่นนั้น”¹⁸³

ใน Handbook on the Law of Agency ของ Warren A. Seavey ได้ให้คำนิยามของสัญญาตัวแทนไว้ว่า “ เป็นความสัมพันธ์ที่อาศัยความซื่อสัตย์สุจริตและ เกิดจากการตกลงร่วมกัน (consensual) ระหว่างบุคคลสองฝ่าย และความสัมพันธ์นี้ถูกสร้างขึ้นโดยกฎหมายโดยให้ตัวการมี

The Restatement (second) of Agency นี้ตีพิมพ์โดย The American Law Institute (ALI) ซึ่งเป็นสมาคมที่มีได้รับคำตอบแทน และไม่เป็นทางการ โดยกลุ่มของผู้พิพากษา , ทนายความ และอาจารย์กฎหมาย กิจกรรมหลักคือ การจัดเตรียมและตีพิมพ์ Restatements of the Law ซึ่งเป็นการอธิบายถึงกฎหมายในสาขาต่างๆ ในรูปแบบที่จัดเป็นระบบ และเข้าใจง่าย และถือว่า Restatement (second) of Agency นี้เป็นหนึ่งในบรรดา Restatements ทั้งหมดที่ได้รับความเคารพและมีอิทธิพล และถูกนำไปใช้อย่างมากโดยศาลในฐานะที่เป็นที่มาของกฎหมายตัวแทนอีกด้วย (See J.Dennis Hynes, Agency, Partnership, and the LLC in the nutshell (St.paul, Minn: West Publishing Co.,1997), p. 4.)

¹⁸³American Law Institute, Restatement (second) of Agency. Vol. 1. (St.Paul: American Law Publishers, 1958), p. 7.

สิทธิควบคุมความประพฤติของตัวแทน และให้ตัวแทนมีอำนาจที่ทำให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของตัวการถูกระงับได้”¹⁸⁴

ใน American Jurisprudence, Volume 2 ในหมวด agency นั้น Section 21 ได้กล่าวไว้ในเรื่องความยินยอมว่า “ความยินยอมของทั้งตัวการและตัวแทนนั้นจำเป็นต่อการก่อให้เกิดสัญญาตัวแทน ตัวการต้องมีเจตนาให้ตัวแทนทำการแทน และตัวแทนต้องมีเจตนารับมอบอำนาจจากตัวการ และทำการแทนตัวการ”¹⁸⁵

และใน Sell on Agency โดย W.Edward Sell ได้กล่าวไว้ว่า “ ความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทนเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากความตกลงร่วมกัน (consensual relationship)¹⁸⁶ และความยินยอมร่วมกัน (mutual consent) ของคู่สัญญาเท่านั้น ที่ก่อให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ในสัญญาตัวแทน”¹⁸⁷

กล่าวโดยสรุป การตกลงร่วมกันหรือความยินยอมร่วมกันนี้เอง ที่ก่อให้เกิดเป็นสัญญาตัวแทนขึ้นมา * กล่าวคือ ต้องมีการแสดงให้ปรากฏ (manifestation) หรือสิ่งบ่งชี้บางประการของตัวการว่ายินยอมให้ตัวแทนกระทำการแทนเพื่อผลประโยชน์ของตน และในทางกลับกัน ต้องมีความยินยอมของตัวแทนที่จะกระทำการแทนตัวการด้วยเช่นกัน¹⁸⁸

¹⁸⁴Warren A. Seavey, Handbook on the Law of Agency (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1964), p. 3.

¹⁸⁵Peter Hanauer, American Jurisprudence. Vol. 3., 2nd ed (New York: The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1986), p. 24.

¹⁸⁶W.Edward Sell, Sell on Agency (Newyork: The Foundation Press Inc., 1975), p. 1.

¹⁸⁷Ibid., p. 8.

* แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีถึงแม้ว่าจะไม่มีการตกลงร่วมกันหรือความยินยอมร่วมกันระหว่างคู่สัญญาเลยก็ตาม สัญญาตัวแทนก็ยังสามารถเกิดขึ้นได้ รายละเอียดโปรดดู หัวข้อ 1.2.2.4 อำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ หน้า 71.

¹⁸⁸Ibid., pp.7-8.

โดยปกติแล้ว สัญญาตัวแทนไม่มีรูปแบบ (formality) จะทำเป็นหนังสืออย่างไม่เป็นทางการ (informal writing) หรืออาจจะทำโดยวาจาหรือจากการประพฤติปฏิบัติก็ได้¹⁸⁹ แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่กฎหมายบังคับให้การมอบอำนาจต้องทำในรูปแบบเป็นหนังสือ หรือโดยการประทับตรา¹⁹⁰ ดังนั้น จากรูปแบบต่างๆของการเกิดสัญญาตัวแทนที่กล่าวมาข้างต้น สรุปได้ว่า สัญญาตัวแทนอาจเกิดโดยแจ้งชัด หรือโดยปริยาย¹⁹¹

แต่อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะป็นสัญญาตัวแทนโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย สิ่งสำคัญ คือ ต้องมีการแสดงถึงความยินยอมของตัวการไปสู่ความรับรู้ของตัวแทนเสมอ แต่สำหรับตัวแทนนั้น ในบางพฤติการณ์ ไม่จำเป็นต้องสื่อสารถึงความยินยอมของตนแก่ตัวการเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ในสัญญาตัวแทน¹⁹² ซึ่งในเรื่องนี้คล้ายกับหลัก a unilateral manifestation of will หรือหลักการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของประเทศอังกฤษที่ได้กล่าวมาแล้วนั่นเอง ที่ให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาของตัวการมากกว่าการแสดงเจตนาของตัวแทน

สำหรับสัญญาตัวแทนโดยปริยายนั้น จัดเป็นสัญญาตัวแทนที่แท้จริง (actual agency) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ได้จากการสรุป (deduction) หรือการอนุมาน (inference) เอาจากข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ต่างๆมาประกอบกัน¹⁹³ ว่ามีความยินยอมโดยปริยาย (implied consent) เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งความยินยอมโดยปริยายนี้ เป็นสิ่งที่ค่อนข้างจะละเอียดอ่อนและเข้าใจยาก เนื่องจากการแสดงเจตนาผ่านทางความประพฤติ (conduct manifests assent) จากตัวการไปสู่ตัวแทนนั่นเอง โดยที่ไม่ต้องมีแม้แต่การตกลงด้วยคำพูดเลยแม้แต่น้อย¹⁹⁴

¹⁸⁹Floyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency, 4th ed. (Chicago: Callaghan & Company, 1952), p. 11.

¹⁹⁰Warren A. Seavey, Handbook on the Law of Agency, p. 32.

¹⁹¹Peter Hanauer , American Jurisprudence, p. 25.

¹⁹²W.Edward Sell, Sell on Agency, p. 8.

*โปรดดู หัวข้อ 1.2.1.2 ลักษณะและการเกิดของตัวแทนโดยปริยายของประเทศอังกฤษ
หน้า 14.

¹⁹³Peter Hanauer , American Jurisprudence, p. 25.

¹⁹⁴J.Dennis Hynes, Agency, Partnership, and the LLC in the nutshell, pp. 5-6.

ที่ว่าเป็น การแสดงเจตนาผ่านทางความประพฤตินั้น ส่วนใหญ่จะมาจากการอนุมานเอา จากคำพูดต่างๆ และการประพฤติปฏิบัติของตัวการ และเมื่อตีความอย่างมีเหตุผลแล้ว ทำให้ตัวแทนเชื่อว่าตัวการปรารถนาที่จะทำการแทนตัวการ¹⁹⁵ ดังนั้น การพยักหน้า (nod of the head) หรือในบางกรณีการที่ไม่คัดค้าน (failure to object) ถึงการกระทำที่ไม่มีอำนาจนั้น ในบางพฤติการณ์อาจก่อให้เกิดความยินยอมโดยปริยายได้¹⁹⁶ หรือในบางกรณีอาจเกิดจาก ธรรมเนียมปฏิบัติก่อนๆ (prior habits) หรือจากทางการที่ประพฤติปฏิบัติต่อกัน (a course of dealings) ในสภาพของกิจการที่ใกล้เคียงกัน ที่ตัวแทนได้กระทำการเช่นนั้นซ้ำๆกันในอดีตที่ผ่านมาอีกด้วย¹⁹⁷

นอกจากนั้น การนิ่งเฉย (acquiescence)¹⁹⁸ อาจจะเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายได้ (silence as a manifestation) หากในสถานการณ์เช่นนั้น วิญญูชนที่ตกอยู่ในฐานะตัวการ ย่อมต้องกระทำการบางอย่างเพื่อแจ้งถึงความไม่ยินยอมของตน แต่ตนกลับนิ่งเสียเช่นนี้ หากเป็นเช่นนี้แล้ว ตัวแทนอาจจะอนุมานอย่างมีเหตุผลได้ว่าตัวการประสงค์ให้ตนทำการแทน¹⁹⁹ การนิ่งเฉยในที่นี้อาจเป็นการแสดงให้เห็นถึงความยินยอมได้

¹⁹⁵ American Law Institute, Restatement (second) of Agency. Section 26.

¹⁹⁶ J.Dennis Hynes, Agency, Partnership, and the LLC in the nutshell, p. 6.

¹⁹⁷ Peter Hanauer, American Jurisprudence, p. 25.

¹⁹⁸ W.Edward Sell, Sell on agency, p. 8.

¹⁹⁹ American Law Institute, Restatement (second) of Agency. Section 26, Comment D, p. 75.

1.2.2.2 อำนาจของตัวแทน

เมื่อมีการเกิดขึ้นของสัญญาตัวแทนข้างต้นแล้ว ย่อมมีการเกิดขึ้นของอำนาจตามมา อาจกล่าวได้ว่า ทั้งสองสิ่งนี้เกิดขึ้นพร้อมกัน และเกิดจากการกระทำหรือพฤติการณ์เดียวกัน²⁰⁰ อำนาจนั้น อาศัยความยินยอมมากกว่าสัญญา ถึงแม้ว่าโดยทั่วไปแล้ว อำนาจจะเกิดมาจากสัญญาเสียเป็นส่วนใหญ่ แต่สัญญาก็ไม่เป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้อำนาจเกิดขึ้นได้ รวมทั้ง การให้คำตอบแทน ก็ไม่เป็นสิ่งจำเป็นเช่นกัน กล่าวโดยสรุป ความยินยอมนั้นถือเป็นพื้นฐานของอำนาจ (consent is the basis of authority)²⁰¹ เช่นเดียวกับการเกิดขึ้นของตัวแทนนั่นเอง

ใน Restatement of (second) Agency, Section 7 ได้ให้คำนิยามถึง อำนาจไว้ว่าเป็น "อำนาจของตัวแทนมาจากการแสดงเจตนาถึงความยินยอมของตัวการ ที่ให้ตัวแทนสามารถทำการแทนตัวการได้ และกิจการที่ตัวแทนทำไปมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายของตัวการ" และใน Section 26 กล่าวถึงการเกิดขึ้นของอำนาจไว้ว่า "เว้นแต่ในกรณีที่กำหนดให้ทำเป็นตราสารประทับตรา หรือกรณีที่เกิดจากกฎหมายกำหนดให้การมอบอำนาจต้องทำเป็นรูปแบบเฉพาะ, อำนาจที่จะกระทำการแทนนั้นเกิดขึ้นโดยการทำเป็นหนังสือ หรือ โดยคำพูด หรือ โดยการประพฤติปฏิบัติของตัวการ ซึ่งเมื่อตีความอย่างมีเหตุผลแล้ว ทำให้ตัวแทนเชื่อว่าตัวการปรารถนาที่จะทำการแทนตัวการ"

สิ่งจำเป็นเพียงสิ่งเดียวที่ต้องมีในการมอบอำนาจให้ทำการแทนคือ การติดต่อสื่อสารของบุคคลหนึ่ง (ตัวการ) ไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง (ตัวแทน) และตัวแทนต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของตัวการด้วย ส่วนคำสนองรับของตัวแทนไม่เป็นสิ่งจำเป็น เนื่องจาก คำพูด, การกระทำ และ การประพฤติปฏิบัติของตัวการเป็นพื้นฐานของอำนาจซึ่งสามารถพิสูจน์ได้โดยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งวิธีการที่ไปสู่ความรู้ของตัวแทน ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับบุคคลที่อ้างความมีอยู่ของอำนาจนั้น และบุคคลผู้ตัดสินข้อเท็จจริงเหล่านี้ ได้แก่ ศาลและลูกขุน²⁰²

²⁰⁰Peter Hanauer , American Jurisprudence. p. 24.

²⁰¹Floyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency. p. 25.

²⁰²Warren A. Seavey, Handbook on the Law of Agency. p. 32.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการเกิดขึ้นของอำนาจข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า อำนาจนั้นเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (unilateral act) ของตัวการและยังคงมีอยู่ตราบเท่าที่บุคคลผู้ที่ได้รับมอบอำนาจให้ทำการแทนมีเหตุผลที่จะเชื่อว่า ตัวการปรารถนาให้ตนทำการแทน รวมทั้งตัวการต้องมีความสามารถที่จะทำการนั้นได้ด้วย²⁰³

โดยสรุปแล้ว อำนาจเป็นสิ่งสำคัญที่ถือเป็นอำนาจที่เป็นเอกสิทธิ์ (privileged power) ของตัวแทนที่ผูกพันตัวการ ก่อให้เกิดสิทธิและความรับผิดชอบระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม ราวกับว่าเขาได้ไปกระทำการด้วยตนเองเลยทีเดียว²⁰⁴ ตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในกิจการที่ตัวแทนได้กระทำแทนตน ถ้าตัวแทนมีอำนาจที่แท้จริงหรืออำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการหรืออำนาจที่เกิดขึ้นเองจากความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทน (inherent authority) หรือเป็นตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก หรือตัวการได้ให้สัตยาบันแก่กิจการนั้นในภายหลัง²⁰⁵ ซึ่งในที่นี้จะศึกษาเฉพาะ อำนาจที่แท้จริง ประเภทอำนาจโดยปริยาย และอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการเท่านั้น

²⁰³ Warren A. Seavey, Handbook on the Law of Agency, p. 33.

²⁰⁴ Ibid., p. 11 .

²⁰⁵ Melvin A. Eisenburg, An Introduction to Agency and Partnership. 2nd ed. (New York: The Foundation Press, Inc., 1995), p. 10.

1.2.2.3 อำนาจโดยปริยาย (implied authority)

อำนาจโดยปริยายนี้ ตามหลักกฎหมายตัวแทนของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จัดว่าเป็นอำนาจที่แท้จริง (actual authority) ประเภทหนึ่ง ซึ่งอำนาจที่แท้จริง เป็นอำนาจที่ตัวการเจตนา มอบให้แก่ตัวแทน หรือจากการขาดความระมัดระวังตามธรรมดาของตน (by want of ordinary care) หรือโดยเจตนาของตนที่อนุญาตให้ตัวแทนเชื่อว่าเขาได้รับมอบอำนาจมา²⁰⁶

อำนาจที่แท้จริงมีสองประเภทด้วยกันตามลักษณะของการมอบอำนาจ ได้แก่ อำนาจโดยชัดแจ้ง ซึ่งสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้จาก คำพูดที่ชัดแจ้งของตัวการให้แก่ตัวแทนถึงความประสงค์และความปรารถนาที่จะให้ตัวแทนทำการแทนตน²⁰⁷ และนอกจากคำพูดแล้ว อีกวิธีหนึ่งที่พบกันมากที่สุด ซึ่งเป็นวิธีที่ง่ายที่สุดและชัดเจนที่สุดของการเกิดขึ้นของอำนาจที่แท้จริง ก็คือกรณีหนังสือมอบอำนาจนั่นเอง²⁰⁸ กล่าวโดยสรุป อำนาจโดยชัดแจ้งอาจจะเป็นหนังสือ หรือวาจาก็ได้

และประเภทที่สอง อำนาจโดยปริยายเมื่ออำนาจโดยชัดแจ้งมาจากคำพูดหรือทำเป็นหนังสือ ในทางตรงกันข้าม อำนาจโดยปริยายนั้นมาจากการประพฤติปฏิบัติ เช่น ทางการที่ประพฤติปฏิบัติต่อกัน ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ความแตกต่างระหว่างอำนาจโดยชัดแจ้งกับอำนาจโดยปริยายนี้อยู่ที่ประเภทของพยานหลักฐาน (the kind of evidence) ของการเกิดขึ้นของอำนาจนั่นเอง²⁰⁹

ตามปกติแล้ว การที่ตัวการจะกำหนดรายละเอียดทุกอย่างที่ต้องการให้ตัวแทนทำการแทนตนนั้น เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ ดังนั้น ถึงแม้ว่าตัวแทนจะมีอำนาจโดยชัดแจ้งก็ตาม แต่อำนาจส่วนใหญ่แล้วมักจะเกิดขึ้นโดยปริยาย²¹⁰ กล่าวคือ ตัวแทนมีอำนาจโดยปริยายที่จะกระทำการทั้งหลายที่

²⁰⁶ Peter Hanauer, *American Jurisprudence*. p. 69.

²⁰⁷ Floyd R. Mechem, *Outlines of the Law of Agency*. p. 21.

²⁰⁸ Merton Ferson, *Principles of Agency* (Brooklyn: The Foundation Press Inc., 1954), p. 225.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 218.

²¹⁰ Restatement (second) of Agency, Section 7, Comment C, cited by Melvin A. Eisenberg, *An Introduction to Agency and Partnership*. p. 11.

เป็นปกติ (usual) และเกี่ยวเนื่อง (incidental) กับกิจการที่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำการแทน และต้องเป็นสิ่งจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลที่จะทำให้ความประสงค์ของตัวการสำเร็จลงได้²¹¹ แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจโดยปริยายนี้ อาจเกิดขึ้นอย่างเป็นอิสระไม่ต้องอาศัยการมอบอำนาจโดยชัดแจ้งเลยก็ได้²¹²

อำนาจโดยปริยายนี้ เป็นข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ได้ จากการสรุป หรือการอนุมานเอาจากการแสดงเจตนาถึงความยินยอม (manifestation of consent) ของตัวการและจากการกระทำของตัวการกับตัวแทน ว่าตัวการเจตนาให้ตัวแทนได้รับอำนาจให้ทำการแทน และต้องเป็นอำนาจที่เหมาะสม (proper), ปกติ (usual) และจำเป็น (necessary) ในการที่จะปฏิบัติตามอำนาจที่ได้รับมา หรือเพื่อให้ความประสงค์ของตัวการสำเร็จลงได้²¹³ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การมอบอำนาจโดยปริยาย (implied authorization) นี้ ความยินยอมปรากฏอยู่ในรูปของพฤติกรรมนั่นเอง²¹⁴ และนอกจากนั้น ต้องตีความถึงความประพฤติให้สอดคล้องกับธรรมเนียมประเพณี (usage) และพฤติการณ์อื่นๆประกอบด้วย²¹⁵

แต่อย่างไรก็ตาม หากศึกษาใน Restatement (second) of Agency นั้น จะพบได้ว่าหาได้มีคำว่า "implied authority" ปรากฏอยู่เลยแม้แต่น้อย แต่จะพบคำว่า "inferred authority" แทนที่เป็นเช่นนี้มีผู้เห็นว่า คำว่า implied authority ถึงแม้ว่าจะถูกนำไปอ้างอิงในคดีต่างๆมากมาย แต่ก็ถูกนำไปใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน จนกระทั่ง หากความหมายที่เป็นที่ยอมรับหรือแน่นอนไม่ได้ ด้วยเหตุนี้เอง คำๆนี้จึงไม่ถูกนำไปใช้ใน Restatement แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะ เป็น implied authority หรือ inferred authority ก็น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกัน²¹⁶

²¹¹ W. Edward Sell, Sell on Agency. p. 31.

²¹² Peter Hanauer, American Jurisprudence. p. 70.

²¹³ Ibid., p. 69.

²¹⁴ Merton Ferson, Principles of Agency. p. 218.

²¹⁵ Warren A. Seavey, Handbook on the Law of Agency. p. 12.

²¹⁶ Floyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency. pp. 27-28.

ที่กล่าวว่า ถูกนำไปใช้ในความหมายที่แตกต่างกันนั้น สามารถแบ่งแยกการใช้ที่แตกต่างกัน ได้ 4 ประเภทดังต่อไปนี้²¹⁷

ก.) ในความหมายของอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (apparent authority)

คำว่า "implied authority" นี้ บ่อยครั้งถูกนำไปใช้ในความหมายเดียวกันกับ หรือถูกนำไปใช้เพื่ออธิบาย คำว่า "apparent authority"²¹⁸ การนำไปใช้ในประเภทนี้ถือกันว่าเป็นการนำไปใช้ที่ไม่ดี และพบเห็นได้ไม่บ่อยนัก²¹⁹ และเป็น การนำไปใช้ที่มีความหมายเที่ยงตรงและมีประโยชน์น้อยที่สุด ในบรรดาของการนำคำว่า "implied authority" ไปใช้²²⁰

ข.) ในความหมายของ อำนาจข้างเคียง (incidental authority)

บางครั้ง คำว่า "implied authority" ถูกนำไปใช้ราวกับว่ามีความหมายเดียวกันกับอำนาจข้างเคียง ดังเช่นใน คดี Stevens v. Frost²²¹ ที่กล่าวไว้ว่า "ลูกจ้างมีอำนาจโดยปริยาย ดังเช่นที่เป็นปกติ, ตามธรรมเนียม และจำเป็น" ถึงแม้ว่าการใช้ในลักษณะนี้จะเป็นการนำไปใช้ที่ เป็นปกติหรือเป็นการใช้ที่มีเหตุผลก็ตาม แต่ก็เชื่อกันว่าเป็นการใช้ที่ไม่มีประโยชน์และไม่ น่าปรารถนาที่สุด²²²

²¹⁷ Ibid., p. 27.

²¹⁸ Ibid., p. 28.

²¹⁹ Melvin A. Eisenburg, An Introduction to Agency and Partnership, p. 11.

²²⁰ Floyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency, p. 28.

²²¹ (1943) 140 Me. 1, 32 A.2d 164, cited by Ibid., p. 28.

²²² Floyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency, p. 28.

ค.) ในฐานะที่คล้ายคลึงกับสัญญาโดยปริยาย (as analogous to contract implied in fact)

สัญญาโดยปริยายก็เหมือนสัญญาอื่นๆที่มีผลตามกฎหมาย เพียงแต่สัญญาโดยปริยายนั้นแตกต่างจาก สัญญาโดยแจ้งชัดตรงที่ คำสัญญา (promise) นั้น แสดงออกมาจากการประพฤติปฏิบัติมากกว่ามาจากคำพูด²²³

ในการทำงานเดียวกัน ตัวการอาจจะแสดงออกถึงความประสงค์หรือความปรารถนาของตัวแทนที่จะให้กระทำการแทน โดยการประพฤติปฏิบัติ หรือ จากคำพูดต่างๆที่ผสมกัน อำนาจจึงเกิดขึ้นมาอย่างแท้จริงราวกับว่าเกิดขึ้นโดยรูปแบบอย่างเป็นทางการ เช่นกรณีตราสารประทับตรา²²⁴

ตัวอย่างตามธรรมดาที่พบได้ในกรณีนี้มักจะเป็นกรณีที่ตัวแทนกระทำการอย่างซ้ำๆกัน โดยอาศัยอำนาจที่ไม่ได้รับมาโดยแจ้งชัด และตัวการถูกบังคับโดยปริยายถึงความต่อเนื่องของการกระทำนั้น ถือกันว่า คำว่า “implied authority” ในการใช้ประเภทนี้มีประโยชน์และเหมาะสมที่สุด²²⁵ คดีที่ถือเป็นคดีสำคัญ ได้แก่ คดี *Dobbs v. Zink* ที่ตัดสินไว้ว่า “ตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้ทำสัญญาเงินกู้แทนตัวการ และมีอำนาจเก็บดอกเบี้ย ซึ่งในตอนเริ่มแรกนั้น หาได้มีอำนาจเก็บเงินต้นด้วยไม่ แต่ต่อมาตัวแทนได้เก็บทั้งเงินต้นและดอกเบี้ยและส่งแก่ตัวการซ้ำแล้วซ้ำอีก ซึ่งตัวการได้รับไว้โดยไม่ได้คัดค้านแต่อย่างใด ศาลตัดสินว่า ตัวการได้มอบอำนาจโดยปริยายที่ให้เก็บเงินต้นแล้ว และนอกจากนั้น ศาลยังกล่าวว่า “สัญญาตัวแทน สามารถพิสูจน์โดยการแสดงให้เห็นไม่ว่าจะเป็นสัญญาตัวแทน หรือเป็นพฤติการณ์ที่พิสูจน์ให้เห็นถึงสัญญาตัวแทนโดยปริยาย โดยทางการที่ประพฤติปฏิบัติต่อกัน โดยการกระทำของฝ่ายตัวแทน และการยอมรับของตัวการในการกระทำของตัวแทน”²²⁶ การใช้คำว่า “implied authority” ในความหมายที่ถูกใช้ในคดี *Dobbs v. Zink* นั้น

²²³Restatement, Contracts, Section 5, cited by Floyd R. Mechem, *Outlines of the Law of Agency*, p. 28.

²²⁴Floyd R. Mechem, *Outlines of the Law of Agency*, pp. 28-29.

²²⁵Ibid., p. 29.

²²⁶(1927) 290 Pa. 243, 138 Atl. 758, cited by Ibid., p. 29.

สอดคล้องกับการใช้ในขอบเขตของสัญญาที่ชี้ให้เห็นถึงความตรงกันข้ามอย่างธรรมชาติ (natural antithesis) ที่มีอยู่ในคำว่า “แจ้งชัดและปริยายนั่นเอง”²²⁷

ง.) ในฐานะอำนาจที่แท้จริงที่ผูกพันผู้พิสูจน์โดยพยานแวดล้อมกรณี (as real authority proved by circumstantial evidence)

ในหลายๆคดี คำว่า implied authority ใช้อธิบายถึง วิธีและการพิสูจน์อำนาจ (the manner and proof of authority) มากกว่าที่จะอธิบายถึงที่มาของอำนาจ (the source of authority)²²⁸ ดังที่ศาลใน คดี *Dobbs v. Zink* ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นกล่าวว่า “ถึงแม้ว่าคดีนี้ต้องการพยานหลักฐานโดยแจ้งชัด แต่ประเด็นปัญหาเรื่องสัญญาตัวแทนโดยปริยาย สามารถนำเสนอต่อลูกขุนได้ พยานหลักฐานของทางการที่ประพฤติปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่สัญญาในกิจการนั้นๆ สามารถแสดงให้เห็นถึงความประสงค์ และข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลผู้นั้นทำการในฐานะตัวแทนผู้อื่นในกิจการก่อนๆ เป็นพยานหลักฐานที่มีแนวโน้มที่จะพิสูจน์ให้เห็นถึงสัญญาตัวแทนในการกระทำในกิจการที่ใกล้เคียงกันได้...สัญญาตัวแทนโดยปริยายเป็นสัญญาตัวแทนโดยแท้จริง และความแตกต่างระหว่างสัญญาตัวแทนโดยปริยายกับสัญญาตัวแทนโดยแจ้งชัดอยู่ที่วิธีการพิสูจน์ (method of proof)”²²⁹ สรุปได้ว่า เราใช้ คำว่า “Implied” ในความหมายนี้เมื่อไม่มีพยานหลักฐานของการมอบอำนาจโดยแจ้งชัด แต่จากการแสดงออกต่างๆ แสดงให้เห็นว่าตัวแทนได้รับอำนาจให้กระทำการในกิจการนั้นๆ²³⁰

ในทำนองเดียวกัน ใน คดี *Stevens v. Frost* ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ศาลได้กล่าวว่า “อำนาจโดยปริยายเป็นอำนาจที่แท้จริงที่พิสูจน์ได้โดยข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ ประกอบเข้าด้วยกัน และอำนาจโดยปริยายนี้ประกอบด้วยอำนาจข้างเคียง ที่เป็นสิ่งจำเป็น, ปกติ และอย่างเหมาะสม ใน

²²⁷ Harold Gill Reuschlein and William A. Gregory, *Agency and Partnership* (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979), p. 41.

²²⁸ Ibid., p. 41.

²²⁹ *Dobbs v. Zink*²²⁹ (1927) 290 Pa. 243, 138 Atl. 758, cited by Floyd R. Mechem, *Outlines of the Law of Agency*, p. 30.

²³⁰ Harold Gill Reuschlein and William A. Gregory, *Agency and Partnership*, p. 41.

ฐานะที่เป็นเครื่องมือให้วัตถุประสงค์ของการใช้นั้นสำเร็จลงได้ และไม่คำนึงว่าจะเป็นตัวแทนทั่วไป หรือเฉพาะการ'²³¹

อำนาจโดยปริยายตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ยังมีแยกย่อยอีกมากมาย โดยเหตุที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common Law จึงไม่มีบทบัญญัติที่จะบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ คงต้องยึดถือตามคำพิพากษาเป็นแนวบรรทัดฐาน²³² แต่อย่างไรก็ตาม สามารถแบ่งแยกประเภทต่างๆ ของอำนาจโดยปริยายที่พบได้บ่อยตามแนวคำพิพากษา รวมทั้ง ตามตำรากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังต่อไปนี้

1.) อำนาจข้างเคียง (incidental authority)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า คำว่า "implied authority" ได้ถูกนำไปใช้ในความหมายของอำนาจข้างเคียงด้วย และหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ถูกนำไปใช้กันอย่างเป็นประจำและมากมายมากที่สุด²³³ และนอกจากนั้น หลักเกณฑ์นี้ถูกนำไปใช้บ่อยครั้งกับตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป (general agent) มากกว่าที่จะนำไปใช้กับตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการ (special agent)²³⁴

ดังนั้น เมื่อถือว่าอำนาจข้างเคียงเป็นอำนาจโดยปริยายประเภทหนึ่ง การกระทำที่จะทำให้เกิดเป็นอำนาจข้างเคียงได้ จะต้องเป็นสิ่งที่เหมาะสม, จำเป็น หรือปกติเพื่อให้ตัวแทนกระทำการตามที่ได้รับอำนาจชัดเจนสำเร็จลงได้ ดังนั้น เพียงแต่การกระทำนั้นเป็นประโยชน์หรือเพื่อความสะดวกแก่ตัวการ ซึ่งอาจทำให้การติดต่อธุรกิจนั้นมีประสิทธิผล เหล่านี้ไม่เพียงพอที่จะอ้างว่ามีอำนาจนี้ได้²³⁵

²³¹Stevens v. Frost (1943) 140 Me. 1, 32 A.2d 164, cited by Floyd R. Mechem,

Outlines of the Law of Agency. p. 31.

²³²ปริญญา บุญปทุมพงษ์, "ตัวแทนเขต"(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532) , หน้า 70.

โปรดดู หน้า 56.

²³³Restatement (second) of Agency, Section 35, Comment B.

²³⁴Restatement (second) of Agency, Section 35, Comment C.

²³⁵Peter Hanauer . *American Jurisprudence*. p. 71.

และในเรื่องนี้ ใน Restatement (second) of Agency, Section 36 ได้กล่าวถึงอำนาจข้างเคียงอย่างสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ข้างต้นไว้เช่นกัน โดยกล่าวไว้ว่า "เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะกระทำการในกิจการ ประกอบด้วย อำนาจที่จะกระทำการซึ่งเกี่ยวเนื่อง (incidental), ประกอบไปกับ (accompany) หรือ เป็นสิ่งจำเป็นอย่างสมเหตุสมผล กับกิจการนั้น"

กิจการที่ไม่ใช่ ทางการที่ปฏิบัติกันมาอย่างธรรมดาในกิจการค้าขาย (ordinary course of the business) ซึ่งตัวแทนได้รับมอบหมายให้กระทำการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าเป็นกิจการผิดปกติ ผิดธรรมดา หรือขัดต่อผลประโยชน์ของกิจการ รวมทั้ง กิจการที่ผิดกฎหมาย หรือขัดต่อรัฐประศาสนโยบายโดยชอบ (sound public policy) กิจการต่างๆ เหล่านี้ไม่อยู่ในข่ายที่จะก่อให้เกิดอำนาจโดยปริยายได้²³⁶

เหตุที่ต้องมีหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจข้างเคียงนี้ เนื่องจาก เราไม่สามารถที่จะไปกำหนดถึงทุกรายละเอียดในการมอบอำนาจชัดแจ้งว่าต้องทำอะไรบ้าง อาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นและเป็นไปไม่ได้ ดังนั้น การมีหลักเกณฑ์เรื่องนี้จะทำให้เกิดความสะดวก และมีประโยชน์อย่างมากต่อการกระทำแทนในสัญญาตัวแทน²³⁷ อาจกล่าวได้ว่า อำนาจข้างเคียงนี้เป็นผลที่ตามมาของอำนาจโดยแจ้งชัดนั่นเอง ดังนั้น อำนาจประเภทนี้จึงไม่สามารถขัดแย้งกับอำนาจโดยแจ้งชัดได้²³⁸

นอกจากนั้น Restatement (second) of Agency ได้ไปไกลขึ้นไปอีก โดยกล่าวถึงอำนาจข้างเคียงแยกย่อยออกไปอีกมากมาย โดยแยกออกตามกิจการลักษณะต่างๆ ดังที่จะได้ศึกษาดังต่อไปนี้

ก.) อำนาจที่จะทำสัญญา (authorization to contract)

ใน Section 50 ได้กล่าวถึงอำนาจที่จะทำสัญญาไว้ว่า

²³⁶Peter Hanauer , American Jurisprudence. pp. 71-72.

²³⁷Harold Gill Reuschlein and William A. Gregory, Agency and Partnership, p. 37.

²³⁸Ibid., pp. 41-42.

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะทำสัญญา นั้น ถูกอนุমানเอาจากอำนาจที่จะกระทำการในกิจการนั้น, ถ้าการทำสัญญาเช่นนั้นเกี่ยวเนื่องกับกิจการนั้น, ประกอบไปกับกิจการนั้น หรือ เป็นสิ่งจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลที่จะทำให้กิจการนั้นสำเร็จลุล่วงลงไปได้” *

ข.) อำนาจที่จะซื้อหรือขาย (authorization to buy or sell)

ใน Section 52 ได้กล่าวถึงอำนาจที่จะซื้อหรือขายไว้ว่า

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะซื้อหรือการขายทรัพย์สินของตัวการ ถูกอนุমানเอาจากอำนาจที่จะกระทำการในกิจการนั้นแทนตัวการ, ถ้าการซื้อ (purchase) หรือการขาย (sale) เช่นนั้น เกี่ยวเนื่องกับกิจการนั้น, ประกอบไปกับกิจการนั้น หรือ เป็นสิ่งจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลที่จะทำให้กิจการนั้นสำเร็จลุล่วงลงไปได้” **

ค.) อำนาจที่จะให้เช่า (authority to lease)

ใน Section 68 ได้กล่าวถึงอำนาจที่จะให้เช่าไว้ว่า

“(1) เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะให้เช่าที่ดิน หรือสังหาริมทรัพย์ (chattel) ถูกอนุমানเอาจากอำนาจในการจัดการวัตถุแห่งนั้นนั้น, ถ้าการให้เช่านั้นเป็นวิธีการปกติในการทำธุรกิจนั้น หรือเมื่อพิจารณาถึงกิจการของตัวการและพฤติการณ์อื่นๆประกอบ การให้เช่านั้นเป็นวิธีที่สมเหตุสมผลในการทำธุรกิจนั้น

(2) อำนาจที่จะให้เช่าที่ดินและสังหาริมทรัพย์ ไม่สามารถอนุমানเอาจากเพียงอำนาจที่จะขาย หรือดูแล หรือ รับค่าเช่าในวัตถุแห่งหนึ่งเท่านั้น ***

* รายละเอียด โปรดดู Restatement (second) of Agency, Section 50 - 51.

** รายละเอียด โปรดดู Restatement (second) of Agency, Section 52 - 66.

*** รายละเอียด โปรดดู Restatement (second) of Agency, Section 67 - 68.

ง.) อำนาจที่จะดูแลที่ดิน หรือ สัมหาริมทรัพย์ หรือการลงทุน(authorization to take charge of land, chattels or investments)

ใน Section 68 ได้กล่าวถึงอำนาจของตัวแทนในการดูแลสิ่งของไว้ว่า

"เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะดูแลที่ดิน หรือสัมหาริมทรัพย์ หรือการลงทุน ประกอบไปด้วยอำนาจในการใช้วิธีการที่สมเหตุสมผลเหมาะกับวัตถุประสงค์แห่งนั้น อำนาจในการป้องกันมิให้วัตถุประสงค์แห่งนั้นถูกทำลายหรือสูญหาย , อำนาจในการเก็บรักษาวัตถุประสงค์แห่งนั้นไว้ในสภาพที่เหมาะสม , อำนาจในการทำให้วัตถุประสงค์แห่งนั้นกลับคืนจากการสูญหายหรือขโมย และอำนาจในการนำวัตถุประสงค์แห่งนั้นไปประกันในกรณีก็ตามปกติแล้วผู้เป็นเจ้าของย่อมต้องทำประกันวัตถุประสงค์แห่งนั้นไว้"

และใน Section 70 ได้กล่าวถึงอำนาจที่จะทำการลงทุนไว้ว่า

"เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ตัวแทนผู้ได้รับมอบอำนาจให้ทำการลงทุนหรือ จัดการเกี่ยวกับการลงทุน ถือว่ามีอำนาจที่จะลงทุนในหลักทรัพย์ (securities) เท่านั้น ซึ่งตามปกติแล้ว วัตถุประสงค์น่าจะทำเช่นนั้นเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง เมื่อพิจารณาถึงความปลอดภัยและรายได้ ประกอบกับวิธีการและความตั้งใจของเขา และนอกจากนั้นถ้าตัวแทนมีหน้าที่ในการจัดการ ให้ถือว่ามีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงการลงทุนตามการเปลี่ยนแปลงของการลงทุนในหลักทรัพย์ หรือตามสภาพของจำนวนเงินรวมของตัวการด้วย"

จ.) อำนาจที่จะรับการชำระเงิน (authorization to receive payment)

Section 71 ได้กล่าวถึงอำนาจที่รับการชำระเงินไว้ว่า

"เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะรับการชำระเงิน ถูกอนุมานเอาจากอำนาจที่จะกระทำการในกิจการนั้น , ถ้าการรับชำระเงินนั้นเป็นสิ่งข้างเคียงกับกิจการนั้น , ประกอบไปกับกิจการนั้น หรือ เป็นวิธีการที่จำเป็นอย่างสมเหตุสมผลที่จะทำให้กิจการนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้"

และใน Section 72 ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ขยายต่อไปอีกว่า

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะรับชำระเงินประกอบไปด้วยอำนาจดังต่อไปนี้

- (1) อำนาจที่จะรับชำระเงินเต็มจำนวนเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ และ
- (2) อำนาจที่จะเวนคืนหลักประกันใดๆ หรือพยานหลักฐานในหนี้้นั้นแก่ผู้จ่ายเงินที่มีสิทธิจะได้รับ หรือทำใบรับเงินแก่บุคคลผู้นั้นอย่างที่เคยทำกันมาตามปกติ”

จ.) อำนาจที่จะจัดการกิจการ (authority to manage a business)

Section 73 ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะจัดการธุรกิจประกอบไปด้วยอำนาจดังต่อไปนี้

- (ก) อำนาจในการทำสัญญาซึ่งเกี่ยวเนื่องกับกิจการนั้น , ปกติทำกันในกิจการนั้น หรือ เป็นสิ่งจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลในการกระทำการแทนนั้น
- (ข) อำนาจในการจัดหาเครื่องมือและสิ่งของ รวมทั้งซ่อมแซม ซึ่งกิจการต่างๆ เหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลในการกระทำการในธุรกิจนั้น
- (ค) อำนาจในการจ้าง , ควบคุมดูแล หรือปลดพนักงานออก ถ้าในทางการที่ปฏิบัติในกิจการค้าขายต้องกระทำเช่นนั้น
- (ง) อำนาจในการขายหรือจำหน่ายโดยประการอื่นซึ่งสินค้า หรือสิ่งของอื่นๆ ตามวัตถุประสงค์ของกิจการค้าขายนั้น
- (จ) อำนาจในการรับชำระจำนวนเงิน และชำระหนี้ที่ถึงกำหนดชำระ ของตัวการ ในหนี้ซึ่งเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจนั้น และ
- (ฉ) อำนาจในการออกคำสั่งซึ่งการดำเนินงานอย่างธรรมดาของกิจการนั้น”

ข.) อำนาจที่จะกู้เงิน (authorization to borrow)

Section 74 ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ตัวแทนไม่มีอำนาจที่จะกู้เงิน เว้นเสียแต่ว่า การที่ต้องกู้เงินนั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวเนื่องอย่างปกติในการปฏิบัติการในกิจการ(performance of acts) นั้นซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ทำแทน” *

ช.) อำนาจในการทำตราสารเปลี่ยนมือ (authorization to make negotiable instruments)

Section 75 ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ตัวแทนไม่มีอำนาจทำ หรือสลักหลังเอกสารเปลี่ยนมือ เว้นเสียแต่ว่า การทำหรือการสลักหลังเช่นนั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวเนื่องอย่างปกติในการปฏิบัติการในกิจการซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ทำแทน”

ฅ.) อำนาจที่จะมอบอำนาจให้ผู้อื่นทำการแทน หรือตั้งตัวแทน หรือตัวแทนช่วง (authorization to delegate or appoint agents and subagents)

Section 78 ได้กล่าวถึงอำนาจในการมอบอำนาจให้ผู้อื่นทำการแทนไว้ว่า

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจที่จะกระทำการในกิจการ (authority to conduct a transaction) ไม่รวมถึงอำนาจที่จะมอบอำนาจ (delegate) ให้ผู้อื่น ในการปฏิบัติการในกิจการเกี่ยวเนื่องซึ่งต้องอาศัยดุลพินิจ (discretion) หรือความชำนาญพิเศษ (the agent's special skill) ของตัวแทน แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจที่จะกระทำการในกิจการ ให้รวมถึงอำนาจที่จะมอบอำนาจให้ตัวแทนช่วง ปฏิบัติการในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการจัดการหรือธุรกรรม ที่ไม่ต้องอาศัยการใช้ดุลพินิจหรือ ความชำนาญพิเศษ”

* รายละเอียด โปรดดู Restatement (second) of Agency, Section 74 - 75.

ใน Section 79 ได้กล่าวถึงอำนาจในการตั้งตัวแทนไว้ว่า

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ตัวแทนมีอำนาจตั้งตัวแทนอื่นเพื่อทำการให้ตัวการ ถ้า (ก) ตัวแทนผู้นั้นอยู่ในฐานะ ที่เมื่อพิจารณาถึงประเพณีธุรกิจ (business custom) แล้ว ตามธรรมเนียมย่อมมีอำนาจที่จะตั้งตัวแทนอื่นได้

(ข) จากการกระทำการในกิจการของตัวการอย่างเหมาะสม เมื่อพิจารณาแล้วย่อมเห็นได้ชัดว่าจำเป็นต้องตั้งตัวแทนอื่น

(ค) ตัวแทนถูกใช้ให้กระทำการในสถานที่หรือกิจการซึ่งตามธรรมเนียมปฏิบัติ ที่จะใช้ให้ตัวแทนอื่นปฏิบัติการในกิจการนั้น

(ง) มีเหตุการณ์อันไม่สามารถคาดการณ์ได้เกิดขึ้น และไม่สามารถที่จะติดต่อกับตัวการได้ และการแต่งตั้งตัวแทนนั้นเป็นสิ่งจำเป็นอย่างเหมาะสม ที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตัวการ”

และใน Section 80 ได้กล่าวถึงอำนาจในการตั้งตัวแทนชั่วคราวไว้ว่า

“เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจในการตั้งตัวแทนช่วง ถูกอนุমানมาจากอำนาจ ที่จะกระทำการในกิจการแทนตัวการ ในการปฏิบัติการซึ่งตัวแทนจะต้องรับผิดชอบแก่ตัวการ ถ้า

(ก) กิจการที่ได้รับมอบอำนาจนั้นตัวแทนไม่สามารถที่จะปฏิบัติการได้ด้วยตนเองโดยชอบด้วยกฎหมาย

(ข) ตัวแทนเป็นสมาคม หรือมีองค์กร หรือพนักงานซึ่งตามธรรมดาแล้วเป็นผู้ปฏิบัติการในกิจการเหล่านั้น

(ค) สภาพของกิจการนั้นหรือ การกระทำการในสถานที่นั้น ตัวแทนไม่สามารถที่จะปฏิบัติการด้วยตนเองได้

(ง) การตั้งตัวแทนช่วงเพื่อการปฏิบัติการในกิจการนั้นเป็นสิ่งปกติ หรือเป็นประเพณีระหว่างตัวการและตัวแทนที่อนุญาตให้ทำได้ หรือ

(จ) มีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น ซึ่งไม่สามารถติดต่อตัวการได้ และการแต่งตั้ง เช่นนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตัวการ”

2.) อำนาจตามประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติ (custom and usage authority)

ตัวแทนมีอำนาจโดยปริยายที่จะทำการตามประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติ ในทางการค้า หรือในกิจการของตัวการ²³⁹ และตัวการไม่จำเป็นต้องรู้ถึงรายละเอียดอย่างแน่นอนของประเพณี และธรรมเนียมปฏิบัติ นั้น เพียงแต่ตัวการพอรู้ว่า มีประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติเช่นนั้น ก็เพียงพอ แล้ว²⁴⁰

ดังนั้น ถ้าในกรณีที่ตัวการและตัวแทนอยู่ในท้องถิ่นเดียวกัน (principal and agent in same community) และประกอบกิจการประเภทเดียวกัน ถือว่าตัวแทนมีอำนาจที่จะกระทำการตามธรรมเนียมปฏิบัติในท้องถิ่นนั้น แต่ถ้าตัวแทนรู้ว่าตัวการไม่ทราบถึงธรรมเนียมปฏิบัติเหล่านั้น และถ้าการปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติ นั้นจะก่อให้เกิดผลต่อกิจการของตัวการตรงข้ามกับความประสงค์ของตัวการ ถือว่าตัวแทนไม่มีอำนาจที่จะกระทำการตามธรรมเนียมปฏิบัติ นั้น²⁴¹

ส่วนกรณีที่ตัวการและตัวแทนอยู่ต่างท้องถิ่นกัน (principal and agent in different community) ถ้าตัวการพอจะทราบว่าในท้องถิ่นที่ตนได้มอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำการนั้นมี ธรรมเนียมปฏิบัติในกิจการนั้นแตกต่างจากท้องถิ่นของตน (เว้นเสียแต่ว่าตัวการจะได้กำหนดเป็น ประการอื่น) ให้ถือว่าตัวแทนสามารถอนุมานตามธรรมดาว่าตัวการประสงค์ที่จะให้ตนกระทำการ

ความแตกต่างระหว่างการตั้งตัวแทนอื่น (appoint another agent) กับ การตั้งตัวแทนช่วง (appoint a subagent) อยู่ที่ตรงที่ การตั้งตัวแทนอื่นนั้นบุคคลที่ถูกแต่งตั้งโดยตัวแทนนั้นไม่ใช่ผู้แทน (representative) ของตัวแทน เป็นเพียงการแทนในฐานะตัวการเท่านั้น ส่วนการตั้งตัวแทน ช่วงนั้น ถือว่าตัวแทนช่วงเป็นตัวแทนของตัวการและตัวแทนผู้ซึ่งตั้งตัวแทนช่วงด้วย และตัวแทนผู้ ซึ่งตั้งตัวแทนช่วงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวแทนช่วงด้วย (รายละเอียด โปรดดู

Restatement (second) of Agency, Section 5 และ 78 -81.

²³⁹W.Edward Sell, Sell on Agency. p. 32.

²⁴⁰Peter Hanauer , American Jurisprudence. p. 72.

²⁴¹Restatement (second) of Agency, Section 36, Comment C.

ตามธรรมเนียมปฏิบัติของท้องถิ่นแห่งการปฏิบัติการตามสัญญาได้ ถ้าธรรมเนียมปฏิบัติเหล่านั้น สอดคล้องกับความประสงค์ที่แสดงออกชัดของตัวการ และเป็นธรรมต่อตัวการ²⁴²

ประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัตินั้นจะต้องไม่ผิดกฎหมาย หรือขัดแย้งกับรัฐประศาสนโยบาย โดยชอบ²⁴³ และถึงแม้ว่าจะมีประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในกิจการเช่นนั้นอยู่ แต่หากขัดต่อคำสั่งโดยแจ้งชัด หรือขัดต่อความประสงค์ของตัวการ อำนาจเช่นนี้ก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ และนอกจากนั้นอำนาจประเภทนี้ ไม่ใช่เป็นการขยายหน้าที่ของตัวแทน แต่เป็นอำนาจที่จะให้ตัวแทน กระทำการตามอำนาจชัดแจ้งให้สำเร็จได้เท่านั้น²⁴⁴

3.) อำนาจจากการนิ่งเฉย (acquiescence)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นแล้วว่า เมื่อมีการเกิดขึ้นของสัญญาตัวแทนแล้ว ย่อมมีการเกิดขึ้นของอำนาจตามมา และทั้งสองสิ่งนี้เกิดขึ้นพร้อมกัน และเกิดจากการกระทำหรือพฤติการณ์เดียวกัน ดังนั้น เมื่อตัวแทนโดยปริยายอาจเกิดขึ้นจากการนิ่งเฉยของตัวการได้ อำนาจโดยปริยาย จึงอาจเกิดจากการนิ่งเฉยได้เช่นเดียวกัน โดยถือว่า การนิ่งเฉยนั้นเป็นการแสดงเจตนาของตัวการแล้ว²⁴⁵

การนิ่งเฉยนั้นต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนประกอบกับ พฤติการณ์อื่นๆทั้งหมดเข้าด้วยกัน แล้วพิจารณาว่า ถ้าวิญญูชนที่ตกอยู่ในฐานะตัวการเช่นนั้น รู้ถึงกิจการที่ไม่ได้รับอนุญาตเหล่านั้นแล้ว ย่อมต้องกระทำการบางอย่างเพื่อแสดงถึงความไม่ยินยอม (dissent) ในกิจการนั้น แต่ตัวการกลับนิ่งเฉยเสียเช่นนี้ ถือว่าตัวแทนอาจจะอนุมานได้ว่าตัวการประสงค์ให้เขาทำกิจการนั้นต่อไป²⁴⁶ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ที่มาอีกอย่างหนึ่งของอำนาจโดยปริยาย คือ มาจากความผิดพลาดของตัวการในการที่จะคัดค้านถึงการกระทำของตัวแทนที่ไม่มีอำนาจนั้น²⁴⁷

²⁴²Restatement (second) of Agency, Section 36, Comment D.

²⁴³Peter Hanauer , *American Jurisprudence*. p. 72.

²⁴⁴W.Edward Sell, *Sell on Agency*. p. 32.

²⁴⁵Restatement (second) of Agency, Section 26, Comment D.

²⁴⁶Restatement (second) of Agency, Section 26, Comment D.

²⁴⁷W.Edward Sell, *Sell on Agency*. p. 32.

แต่อย่างไรก็ตาม การนิ่งเฉยนั้นต้องดูเป็นเหตุการณ์ๆไป ว่าเป็นเรื่องที่จะก่อให้เกิดอำนาจโดยปริยายหรือไม่ เนื่องจากการนิ่งเฉยนั้นอาจก่อให้เกิดเป็นอำนาจโดยปริยาย หรือ ในบางเหตุการณ์ ก่อให้เกิดเป็นอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ หรือ อาจจะเป็นการให้สัตยาบัน หรือ เป็นเรื่องกฎหมายปิดปากก็ได้²⁴⁸

4.) อำนาจในเหตุฉุกเฉิน (emergency authority)

ในกรณีมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้น ทำให้ไม่สามารถคาดการณ์ถึงคำสั่งของตัวการได้ อำนาจของตัวแทน อาจถูกเพิ่มขึ้น เพื่อความจำเป็นที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ของตัวการ ตัวแทนได้รับความคุ้มครองหากเขามีเหตุผลที่จะเชื่อว่ากิจการนั้นเป็นสิ่งจำเป็น ถึงแม้ว่า จะทำโดยสำคัญผิดว่ามีความจำเป็นที่จะต้องกระทำการเช่นนั้นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ตัวแทนต้องพยายามติดต่อกับตัวการเพื่อรับคำสั่งให้ได้เสียก่อน แต่ถ้การติดต่อกับตัวการนั้น จะเป็นการเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากแล้ว จึงจะมีอำนาจในเหตุฉุกเฉินได้ และตัวแทนต้องกระทำการอย่างมีเหตุผล โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของตัวการเสมอ²⁴⁹

นอกจากนั้น ใน Restatement (second) of Agency, Section 47 ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เช่นกันว่า

"เว้นแต่จะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ถ้าหลังจากที่ได้มอบอำนาจไปแล้ว มีสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดการณ์ได้เกิดขึ้น และไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ รวมทั้งตัวแทนไม่สามารถติดต่อกับตัวการได้ ให้ถือว่าตัวแทนมีอำนาจที่จะกระทำการใดๆในสิ่งที่ตนคิดว่าจำเป็นเพื่อที่จะป้องกันมิให้ผลประโยชน์ในกิจการที่ตัวการมอบหมายให้ตนดูแลเสียหาย"

²⁴⁸ Restatement (second) of Agency, Section 43. , Comment C.

²⁴⁹ W. Edward Sell, Sell on Agency. p. 33.

5.) อำนาจในการตีความคำสั่งที่ไม่ชัดเจน (ambiguous instructions)

ตัวแทนมีอำนาจโดยปริยายที่จะตีความ (construction) คำสั่งที่ไม่ชัดเจนของตัวการ และตัวการต้องรับภาระในความผิดพลาดที่เกิดขึ้นนั้น เนื่องมาจากการตีความอย่างสมเหตุสมผลของตัวแทน²⁵⁰ แต่อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจที่ไม่ชัดเจนนั้น ตัวแทนต้องไม่รู้ด้วยว่าไม่ชัดเจน (the agent has no notice)²⁵¹ เพราะถ้าตัวแทนรู้ว่าไม่ชัดเจนแล้ว ตัวแทนมีหน้าที่ที่จะต้องติดต่อกับตัวการเพื่อที่จะได้รับคำสั่งที่แน่นอนเสียก่อน แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีของเหตุฉุกเฉินที่ไม่สามารถติดต่อกับตัวการได้ ทำให้จำเป็นจะต้องกระทำการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตัวการอย่างทันที²⁵²

การตีความของตัวแทนที่จะได้รับความคุ้มครองในที่นี้ นั้น จะต้องเป็นการตีความที่ตัวแทนเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่า สอดคล้องกับความประสงค์ของตัวการ ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้ว การตีความเช่นนั้นอาจจะตรงข้ามกับความประสงค์ที่แท้จริงซึ่งไม่ได้เปิดเผยของตัวการก็ได้²⁵³

6.) อำนาจในการเปิดเผย (authority to disclose)

เว้นเสียแต่ที่ตัวแทนรู้หรือควรจะรู้ว่าตัวการไม่ต้องการให้ตัวแทนเปิดเผยถึงสถานะ (identity) ของตัวการ อำนาจในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนี้ เป็นการเปิดเผยถึงชื่อของตัวการ รวมทั้งเปิดเผยถึงเอกสารต่างๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงขอบอำนาจ เช่น หนังสือมอบอำนาจ²⁵⁴ รวมทั้งข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวกับอำนาจด้วย แต่การเปิดเผยนี้ ต้องเป็นการเปิดเผยที่ตัวการควรจะคาดหมายได้ว่า บุคคลที่สามประสงค์ที่จะเห็นหรือทราบเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของเขา²⁵⁵

²⁵⁰ Ibid., p. 33.

²⁵¹ Restatement (second) of Agency, Section 44.

²⁵² Restatement (second) of Agency, Section 44, Comment B.

²⁵³ W. Edward Sell, Sell on Agency, p. 33.

²⁵⁴ Ibid., p. 35.

²⁵⁵ Restatement (second) of Agency, Section 46.

ในกรณีที่การมอบอำนาจไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ตัวแทนอาจจะเปิดเผยถึงขอบอำนาจของเขาแก่บุคคลที่สามโดยการบอกถึงคำพูดของตัวการ (repeat the words of the principal) แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจในการเปิดเผยนี้ไม่รวมถึงการเปิดเผยซึ่งตามธรรมดาแล้ว จะไม่เปิดเผยสิ่งนั้นๆแก่บุคคลที่สาม เช่น ราคาสูงสุดของตัวการที่สามารถจะจ่ายได้ หรือ เงื่อนไขที่ตัวการจะยอมตามข้อเรียกร้อง²⁵⁶

²⁵⁶ Restatement (second) of Agency, Section 46, Comment A.

1.2.2.4 อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (apparent or ostensible authority)

Restatement (second) of Agency, Section 8 ได้ให้ความหมายของ อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการไว้ว่า

“เป็นอำนาจของตัวแทนที่เกิดจากการแสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (apparent agent) ที่สามารถทำให้กระทบถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายของตัวการที่เกิดจากการแสดงให้เห็นปรากฏ (apparent principal) กับบุคคลที่สาม ในกิจการที่กระทำไปเนื่องมาจากการแสดงเจตนาถึงความยินยอมของตัวการ (principal's manifestations of consent) ต่อบุคคลที่สามว่ามีบุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการในฐานะเป็นตัวแทนของตน”

อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการนี้ เกิดขึ้นในกรณีที่ตัวแทนอาจจะมีหรือไม่มีอำนาจที่แท้จริงกันมาก่อนเลยก็ได้ แต่จากพฤติกรรมของตัวการ ทำให้บุคคลที่สามผู้ซึ่งกระทำการโดยสุจริต เชื่อว่า ตัวแทนกระทำการโดยมีอำนาจ²⁵⁷ แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่ตัวแทนไม่มีอำนาจที่แท้จริงหรือไม่เคยเป็นตัวแทนตัวแทนกันมาก่อนเลยนั้น ค่อนข้างหาได้ยาก²⁵⁸

ความประพฤตินี้อาจจะอยู่ในรูปของ คำบอกกล่าวโดยตรงต่อบุคคลที่สาม หรืออาจจะเกิดจากการยินยอมให้ตัวแทนไปทำการแทน²⁵⁹ และนอกจากนั้น วิธีการพบบ่อยที่สุดสำหรับการเกิดขึ้นของอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ ก็คือ การที่ตัวการทำให้ตัวแทนตกอยู่ในฐานะซึ่งตามธรรมดาแล้วย่อมมีอำนาจบางชนิดที่จะทำการแทนได้²⁶⁰ และการแสดงออกข้างต้นนั้น จะต้องมาจากตัวการ ถ้าหากแต่การกระทำหรือคำพูดของตัวแทนไม่สามารถก่อให้เกิดอำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ตัวการเป็นผู้ก่อให้เกิด หรือสนับสนุนให้การฉ้อฉล (fraud) เกิดขึ้น โดยปล่อยให้มิผู้กระทำความผิด (wrongdoer) กระทำการแทนตนในฐานะตัวแทน ซึ่งในความเป็นจริงแล้วหาใช่ตัวแทนของตน²⁶¹

²⁵⁷ Harold Gill Reuschlein and William A. Gregory, Agency and Partnership, pp. 57-58.

²⁵⁸ Floyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency, p. 59.

²⁵⁹ Warren A. Seavey, Handbook on the Law of Agency, p. 13.

²⁶⁰ W. Edward Sell, Sell on Agency, p. 36.

²⁶¹ Floyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency, p. 61-62.

ถึงแม้ว่า อำนาจที่แท้จริงและอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการนี้ จะอาศัยการแสดงออกซึ่งความยินยอมของตัวการเหมือนกัน²⁶² แต่อำนาจทั้งสองนี้ก็แตกต่างกัน จุดแบ่งแยกอยู่ตรงที่ ถ้าเป็นกรณีของอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ ตัวการจะต้องแสดงออกซึ่งความยินยอมของตนต่อบุคคลที่สาม แต่หากเป็นกรณีของอำนาจที่แท้จริง ตัวการจะต้องแสดงออกซึ่งความยินยอมของตนต่อตัวแทน กล่าวโดยสรุป ตัวตัดสินจึงอยู่ที่ตัวการได้แสดงออกต่อใครนั่นเอง²⁶³

อำนาจที่แสดงให้ปรากฏตามหลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา นักกฎหมายต่างมีความเห็นว่า มีพื้นฐานมาจากหลักเกณฑ์ 2 หลักเกณฑ์ด้วยกัน ได้แก่ ทฤษฎีกฎหมายปิดปาก (estoppel theory) และ ทฤษฎีการแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาภายนอก (objective contract theory) * ซึ่งในเรื่องนี้ นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกาก็ยังหาข้อสรุปไม่ได้ว่า แท้จริงพื้นฐานมาจากทฤษฎีไหนกันแน่ เพราะทฤษฎีทั้งสองมีความแตกต่างกันในลักษณะของที่มาและ โครงสร้าง และ ผลที่ตามมา²⁶⁴

กล่าวคือ ที่มาของทฤษฎีกฎหมายปิดปากนี้มีพื้นฐานมาจากหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิด ส่วนทฤษฎีการแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาภายนอกมีพื้นฐานมาจากหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญา²⁶⁵

ส่วนในเรื่องของโครงสร้างนั้น หากเป็นทฤษฎีกฎหมายปิดปากแล้ว จะต้องปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงฐานะของบุคคลที่สาม²⁶⁶ แต่หากเป็นทฤษฎีการแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาภายนอก ไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบในข้อนี้เลย เพียงแต่บุคคลที่สามหลงเชื่อก็เพียงพอที่จะใช้หลักเกณฑ์นี้บังคับได้ทันที²⁶⁷

²⁶² J.Dennis Hynes, Agency, Partnership and the ILLC in the nutshell, p. 105.

²⁶³ Merton Ferson, Principles of Agency, p.223.

* โปรดดูการเปรียบเทียบอย่างละเอียด , ปริญญา บุญปทุมพงษ์, "ตัวแทนเซด" บทที่ 3 หัวข้อ 3.5 เปรียบเทียบหลักตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก กับหลักการแสดงออกให้ปรากฏซึ่งอำนาจของตัวการ หน้า 149-153.

²⁶⁴ W.Edward Sell, Sell on Agency, p. 4.

²⁶⁵ Warren A. Seavey, Handbook on the Law of Agency, p. 14.

²⁶⁶ Restatement (second) of Agency, Section 31 (1).

²⁶⁷ W.Edward Sell, Sell on Agency, p. 5.

และสำหรับผลที่ตามมา นั้น หากเป็นทฤษฎีกฎหมายปิดปาก ตัวการเพียงแต่โดนปิดปาก มิให้ปฏิเสธถึงอำนาจของตัวแทนเท่านั้น และให้สิทธิแก่บุคคลที่สามที่จะฟ้องร้องตัวการ หรือยก การปิดปากนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับตัวการ หรือตัดสิทธิมิให้ตัวการฟ้องร้อง หากทำให้ตัวการมีสิทธิขึ้นมา ใหม่อต่อบุคคลที่สามแต่อย่างใด ส่วนกรณีทฤษฎีการแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาภายนอก เมื่อมี พื้นฐานมาจากหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาแล้ว เมื่อตัวแทนได้กระทำการแทนตัวการไปแล้ว ตัวการย่อมเป็นคู่สัญญาในกิจการนั้นทันที มีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามตาม ธรรมดาทุกประการ²⁶⁸

²⁶⁸ Ibid., p. 6.