

บทที่ 2

ประวัติ การวิวัฒนาการ ความเป็นมา ของกฎหมายตัวแทน

1. ประวัติ การวิวัฒนาการ ความเป็นมา ของกฎหมายตัวแทนในต่างประเทศ

1.1 ประวัติศาสตร์กฎหมายโรมัน

หลักกฎหมายตัวแทนนั้นมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่ในยุคกฎหมายโรมัน คำว่า “ตัวแทน” (Agent) หรือ “สัญญาตัวแทน” (Agency) มีรากฐานมาจากภาษาละตินคำว่า “Ago”, “Agere”, หรือ “Agentis” ซึ่งมีความหมายว่า “ผู้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง”¹

ในกฎหมายโรมันแต่เดิมนั้นไม่มีแนวความคิดเรื่องความเป็นตัวแทนกันเลย² แต่ต่อมาก็ต้องยอมตามความต้องการทางเศรษฐกิจให้มีตัวแทนกันได้ในบางกรณี หลักกฎหมายตัวแทนในปัจจุบันมีพัฒนาการมาจากสัญญามอบอำนาจในสมัยโรมันที่เรียกว่า Mandate หรือ Mandatum ซึ่งจัดอยู่ในสัญญาประเภท Consensual Contract³ โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า Mandatarius ให้คำมั่นว่าจะทำการงานตามที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า Mandator ได้ขอร้องให้กระทำโดยปราศจากค่าตอบแทน เป็นการมอบอำนาจแบบเด็ดขาด (Mandatum contractum) ตัวแทนมีอำนาจที่จะทำอะไรไปตามที่ตัวการมอบหมายได้ทุกประการ แต่ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นตัวแทนต้องรับผิดชอบโดยลำพัง ตัวการไม่ต้องรับผิดชอบ⁴ โดยต้นกำเนิดของ Mandate คาดว่าเกิดจาก

¹ Floyd R Mechem, A Treatise on the Law of Agency, Vol.I 2nd ed (Chicago: Callaghan and Company, 1914), p.1.

² Reinhard Zimmermann, The law of Obligations Roman Foundations of the civilian Tradition, (Capetown: Juta & Co.Ltd., 1990), p.47.

³ Harold Greville Hanbury, The Principles of Agency, 2nd ed. (London: Stevens & Sons Limited, 1960), p.2.

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

การขอรับรองระหว่างเพื่อนให้กระทำการที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีทางกฎหมาย⁵ และต่อมาจึงเริ่มมีบทบาทสำคัญมากขึ้นในทางการค้า

องค์ประกอบของสัญญา Mandate มี 3 ประการ คือ⁶

ประการแรก สิ่งที่กระทำจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายโดยเป็นการจัดการทั่วไป (procuratio omnium bonorum) หรือเป็นการกระทำเฉพาะสิ่ง (procuratio unius rei) ซึ่งส่งผลต่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอกโดยปริยายก็ได้

ประการที่สอง Mandator จะต้องมีผลประโยชน์เกี่ยวกับการงานที่ Mandatarius ได้กระทำลงไป อาจจะเป็นกรณีอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1. mea gratia เป็นสัญญาที่ Mandatarius ก่อประโยชน์เพื่อ Mandator เพียงฝ่ายเดียว เช่น ขอรับรองให้ Mandatarius ซื้อทรัพย์สิน หรือเป็นนายประกันให้แก่ Mandator

2. mea et tua gratia เป็นสัญญาที่ก่อประโยชน์แก่ทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ เป็นประโยชน์แก่ Mandator กับ Mandatarius เช่น การให้ Mandatarius นำเงินไปให้บุคคลภายนอกกู้ โดย Mandatarius ได้รับดอกเบี้ย ส่วน Mandator ได้รับต้นเงิน

3. mea et aliena gratia เป็นสัญญาที่ก่อประโยชน์เพื่อ Mandator กับบุคคลภายนอก เช่น การที่ Mandator ให้ Mandatarius เข้าจัดการดูแลทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมระหว่าง Mandator กับบุคคลภายนอก หรือให้ Mandatarius ซื้อทรัพย์สินให้แก่ Mandator กับบุคคลภายนอก

4. aliena gratia เป็นสัญญาที่ก่อประโยชน์เพื่อบุคคลภายนอกเพียงฝ่ายเดียว เช่น การให้ Mandatarius กระทำการในกิจการ หรือซื้อทรัพย์สินให้แก่บุคคลภายนอก หรือเป็นนายประกันของบุคคลภายนอก

5. tua et aliena gratia เป็นสัญญาที่ก่อประโยชน์เพื่อ Mandatarius กับบุคคลภายนอก เช่น Mandator ขอให้ Mandatarius ให้บุคคลภายนอกกู้ยืมเงินจาก Mandatarius โดย Mandatarius ได้รับดอกเบี้ย

⁵ Andrew Borkowski, Textbook on Roman Law, (London: Blackstone Press Limited, 1994), p.269.

⁶ R.W. Lee, The Elements of Roman Law, 4th ed. (London, Sweet & Maxwell, 1956), p. 334.

สำหรับในกรณี tua gratia เป็นสัญญาที่ก่อประโยชน์เพื่อ Mandatarius แต่เพียงฝ่ายเดียวจะไม่ถือว่ามีหนี้เกิดขึ้น ก็ไม่เป็น Mandate ดังนั้น Mandatarius จะไม่สามารถฟ้อง Mandator หรือบุคคลภายนอก ซึ่งตัวแทนในสมัยนี้จะเป็นลักษณะของผู้รับคำสั่งมากกว่าจะเป็นตัวแทนอย่างในปัจจุบัน นอกจากนี้ Mandatarius ไม่จำเป็นต้องทำงานที่ Mandator ได้รับผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับงานนั้นเพียงฝ่ายเดียว อย่างเช่น กรณีของ mea et tua gratia หรือ tua et aliena gratia และในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน Mandator ไม่ต้องมีผลประโยชน์ในสิ่งที่ตนมอบอำนาจก็ได้

ประการที่สาม Mandate จะต้องมีค่าตอบแทน อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นได้ ซึ่งในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้มีค่าตอบแทนจะเรียกว่า location conduction ดังนั้น ลักษณะของการกระทำโดยไม่มีค่าตอบแทนไม่ใช่ลักษณะที่แท้จริงของสัญญา Mandate

Mandatarius มีหน้าที่หลักในการปฏิบัติตามสัญญา โดยสามารถกระทำการอันจำเป็นและชอบด้วยเหตุผลเพื่อให้กิจการตามสัญญาสำเร็จลง แต่ไม่สามารถกระทำการเกินอำนาจ (ultra vires) ที่ได้รับมอบหมาย และจะต้องโอนผลประโยชน์ที่ได้รับมาทั้งหมดจากการกระทำนั้นให้แก่ Mandator โดยระดับความระมัดระวังในการกระทำกิจการของ Mandatarius นั้น แต่เดิม Mandatarius จะต้องรับผิดชอบภาวะกรณีที่กระทำโดยฉ้อฉล (dolus) เท่านั้น แต่หลังจากยุคกฎหมายคลาสสิก ความรับผิดชอบของ Mandatarius ได้ขยายไปถึงกรณีการกระทำอันเกิดจากความประมาท (culpa levis) ด้วย⁷ ซึ่งความเปลี่ยนแปลงของมาตรฐานความรับผิดชอบนี้อาจเกิดจากการที่สัญญา Mandate ได้พัฒนาไปสู่การเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนมากขึ้น⁸

ส่วน Mandator มีหน้าที่หลักคือ การยอมรับสัญญาที่ Mandatarius กระทำลงไป และจะต้องชดเชยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำกิจการนั้นให้แก่ Mandatarius ด้วย นอกจากนี้ยังต้องให้ความช่วยเหลือแก่ Mandatarius ตามลักษณะของงานที่มอบหมายให้กระทำ รวมทั้งจะต้องไม่ถอนการมอบอำนาจที่เป็นผลร้ายต่อตนเอง

การสิ้นสุดของสัญญา Mandate ได้แก่ การสิ้นกำหนดระยะเวลาที่ได้รับมอบหมายไว้ หรือกิจการที่ตัวแทนทำนั้นได้ถูกยกเลิกไป หรือตัวการได้ถอนอำนาจของตัวแทนก่อนที่ตัวแทนจะลงมือกระทำการที่ได้รับมอบหมายนั้น หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย ก็ถือว่าสัญญา

⁷ *Ibid.*, p. 426.

⁸ W.W. Buckland, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, p. 516.

ตัวแทนสิ้นสุดลง⁹ แต่ถ้าเป็นกรณีที่ Mandatarius ได้กระทำการงานต่อไป โดยไม่รู้ว่า Mandator ถึงแก่ความตาย Mandatarius ก็มีสิทธิเรียกให้ทายาทของ Mandator ชดใช้ค่าใช้จ่ายได้ ในทางตรงกันข้าม ทายาทของ Mandatarius จะต้องทำการงานเท่าที่จำเป็นในการเลิกการงานที่ได้รับมอบหมาย

ต่อมากฎหมายโรมันได้ยอมรับหลักการเป็นตัวแทนในบางกรณี การเป็นตัวแทนในสมัยนั้นยังไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นตัวแทนเหมือนอย่างในปัจจุบัน แต่มีลักษณะเป็นตัวแทนในระยะเริ่มแรก ตัวแทนในสมัยนั้นจะมีจุดกำเนิดจากความสัมพันธ์ภายในครอบครัวของชาวโรมัน¹⁰ เช่น พ่อบ้านจะต้องรับผิดชอบในสัญญาที่บุตรหรือทาสของเขาได้กระทำต่อบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะ เป็นเพราะเขาได้รับมอบอำนาจให้ไปกระทำ หรือเป็นเพราะเขาได้รับประโยชน์จากการติดต่อนั้น ต่อมาในสมัยกฎหมายคลาสสิกได้ขยายหลักกฎหมายตัวแทนไปถึงกรณีที่มีการยอมรับตัวแทนที่เป็นคนอิสระ (Free Person) ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องเป็นคนในครอบครัวของตัวการก็ได้ คือไม่ได้เป็นบุตรหรือทาสของตัวการ แต่จำกัดเฉพาะในบางเรื่องเท่านั้น เช่น เจ้าของเรือต้องรับผิดชอบในหนี้ที่นายเรือได้ทำงานตามหน้าที่ของเขา หรือให้คนอิสระ (Free Person) ซึ่งเป็นพนักงานการเงินจากคนอื่นให้ตัวการหรือขายสินค้าแทนตัวการ ตัวการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกมากขึ้น¹¹

เหตุที่กฎหมายโรมันยอมให้เกิดตัวแทนเฉพาะบางเรื่อง เพราะหลักกฎหมายโรมันจะยอมรับให้เกิดความผูกพันขึ้นในระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น เมื่อหลักกฎหมายตัวแทนยอมให้ตัวการซึ่งมิได้เข้ามาเจรจาตกลงทำสัญญากลับมาเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอก หลักกฎหมายตัวแทนจึงถือเป็นข้อยกเว้นของหลักความผูกพันเฉพาะคู่สัญญา (Privity of contract)¹² ทำให้ไม่สามารถใช้หลักกฎหมายตัวแทนได้อย่างกว้างขวาง

อย่างไรก็ตาม สัญญา Mandate นั้น นับว่ามีประโยชน์อย่างมากในการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า เช่น การโอนหนี้ (Assignment of obligation) หรือการรับประกันภัยกู้ยืมเงิน (Guarantee Loans) หรือตั้งให้เป็นผู้จัดการธุรกิจ เป็นต้น โดยบทบาทที่สำคัญที่สุด

⁹ Andrew Borkowski, *supra note 5*, p. 271.

¹⁰ R.W. Lee, *supra note 6*, p. 156.

¹¹ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า เจ้าท่าของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น. 4.

¹² Richard Stone, Law of Agency, (London: Cavendish Publishing Limited, 1996), p. 2.

ประการหนึ่ง คือ เป็นพื้นฐานในการพัฒนารูปแบบของสัญญาตัวแทน¹³ โดยสัญญา Mandate จะต่างจากสัญญาตัวแทนในปัจจุบัน กล่าวคือ สัญญาตัวแทนในปัจจุบันจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาโดยตรงระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก โดยตัวแทนจะไม่มีสิทธิและความรับผิดชอบในการส่วนตัว ในขณะที่สัญญา Mandate นั้น จะยอมรับเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะ Mandatarius เท่านั้นที่จะมีสิทธิและความรับผิดชอบตามสัญญาที่ตนได้กระทำกับบุคคลภายนอก¹⁴ โดยสามารถฟ้องบุคคลภายนอกหรืออาจถูกบุคคลภายนอกฟ้องได้ การกระทำของ Mandatarius จะไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่าง Mandator กับบุคคลภายนอก สิทธิของ Mandator จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ Mandatarius โอนสิทธิที่ได้กระทำมาขึ้นให้แก่ Mandator ลักษณะของสัญญา Mandate จึงไม่ตรงกับลักษณะที่แท้จริงของสัญญาตัวแทนในปัจจุบัน เพราะ Mandator ไม่สามารถที่จะฟ้องร้องตามสัญญาที่ Mandatarius ได้กระทำต่อบุคคลภายนอกได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้พิพากษา (Praetor) อาจะยอมให้บุคคลภายนอกฟ้อง Mandator ได้โดยตรง เรียกว่า Actio intitoria แต่ในทางกลับกัน Mandator ก็ยังคงไม่มีสิทธิฟ้องบุคคลภายนอกได้โดยตรง ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นรูปแบบที่ใกล้เคียงกับสัญญาตัวแทนในปัจจุบันมากที่สุด¹⁵

จากภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายตัวแทนดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แนวความคิดว่าด้วยการเป็นตัวแทนในปัจจุบันมีความแตกต่างจากในอดีตที่ผ่านมา กล่าวคือ การเป็นตัวแทนจะต้องก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกโดยตัวแทนไม่มีสิทธิและความรับผิดชอบในการส่วนตัว อย่างไรก็ตาม สืบเนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางการค้าส่งผลให้รูปแบบของการเป็นตัวแทนมีความหลากหลายมากขึ้น ซึ่งในรูปแบบต่าง ๆ นั้น อาจแบ่งตัวแทนออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

¹³ Andrew Borkowski, *supra* note 5, p. 272.

¹⁴ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1962), p. 189.

¹⁵ Andrew Borkowski, *supra* note 5, p. 272.

(1) การเป็นตัวแทนโดยตรง (Direct Representation)

คือ การที่บุคคลใดกระทำการแทนบุคคลอื่น โดยเป็นการกระทำในนามของบุคคลผู้ซึ่งตนกระทำแทนนั้น¹⁶ ซึ่งในกรณีนี้จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยตรงระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกผู้ซึ่งเข้าทำกิจการกับตัวแทน

(2) การเป็นตัวแทนโดยอ้อม (Indirect Representation)

คือ การที่บุคคลใดกระทำการแทนบุคคลอื่น โดยกระทำในนามของตนเอง¹⁷ ซึ่งในกรณีนี้ตัวการจะมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับตัวแทนของตนเท่านั้น ส่วนตัวแทนจะผูกพันในกิจการซึ่งตนกระทำกับบุคคลภายนอกโดยตรงในฐานะคู่สัญญา ไม่ว่าจะรู้ถึงการเป็นตัวแทนหรือไม่ก็ตาม¹⁸

ในส่วนของการเป็นตัวแทนโดยอ้อมนี้ จะมีความแตกต่างกันในระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law กล่าวคือ ตัวแทนโดยอ้อมในระบบกฎหมาย Civil Law จะไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาโดยตรง (Privity of Contract) ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอก ในขณะที่ตัวการโดยอ้อมในระบบกฎหมาย Common Law ตัวการสามารถแทรกเข้าไปเป็นคู่สัญญากับบุคคลภายนอกได้¹⁹ เช่น กรณีของตัวการที่ไม่เปิดเผยชื่อ (Undisclosed Principal)

1.2 ประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษ

ประเทศอังกฤษถือเป็นประเทศในระบบ Common Law โดยแท้ จนอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายในยุคสมัยโรมันเป็นต้นแบบของกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากชาว Anglo Saxon ได้รับเอาหลักต่างๆของกฎหมายโรมันไปปรับปรุง เปลี่ยนแปลงไปบังคับใช้เป็นกฎหมายอังกฤษ²⁰

¹⁶ Fritz Staubach, The German Law of Agency and Distributorship Agreements, (London: Oyez Publishing, 1977), p. 1.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, pp. 85-86.

¹⁹ Clive, M. Schmitthoff, Schmitthoff's Export Trade. 9th ed, (London: Sweet & Maxwell, 1993), pp.292-294.

²⁰ สรรเสริญ ไกรจิตติ, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516), น. 3.

แต่ในเรื่องแนวความคิดในเรื่องตัวแทนของประเทศอังกฤษนั้น หากศึกษาจะพบว่านักนิติศาสตร์ของอังกฤษเห็นว่าเป็นหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษเอง ไม่ใช่ได้รับมาจากกฎหมายโรมัน และนอกจากนั้น เนื้อหาของสัญญา Mandate ในกฎหมายโรมันนั้นแคบกว่า Law of Agency ของอังกฤษเป็นอย่างมาก กล่าวคือ กฎหมายโรมันไม่มุ่งเน้นไปที่ ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกในสัญญาที่เกิดขึ้นโดยตัวแทน กฎหมายโรมันจะเน้นตรงที่ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการ (Mandator) กับตัวแทน (Mandatarius) มากกว่า²¹ นอกจากเห็นว่าการกฎหมายในเรื่องตัวแทนนี้เป็นของอังกฤษเอง ไม่ใช่มาจากกฎหมายโรมันแล้ว กฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษเองน่าจะมาจากหลักการใช้ หรือ "Doctrine of uses" ซึ่งเป็นหลักการของชาวเยอรมันอีกด้วย²² แม้ว่าจะไม่ใช่อย่างเดียวกันก็ตาม

ประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common law มีความคิดพื้นฐานในเรื่องความเป็นตัวแทน (Agency) ว่า ความเป็นตัวแทนจะเกิดจากหลักความยินยอม (Consensual Principle) โดยจุดกำเนิดของตัวแทนในกฎหมายอังกฤษมาจากความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง อย่างน้อยในกรณีที่ลูกจ้างเป็นตัวแทนและได้ไปทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก จึงเกิดหลักตัวแทนทำละเมิด

ก่อนหน้านั้น ประเทศอังกฤษไม่รู้จักเรื่องตัวแทน ในประเทศอังกฤษเองเพิ่งรู้จักเรื่องตัวแทนเมื่อศตวรรษที่ 13²³ กฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษนั้นไม่ปรากฏชัดเจนจนกระทั่งศตวรรษที่ 19²⁴ ก่อนหน้านั้น ประมาณช่วงต้นของยุคกลาง กฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษยังไม่มีพัฒนาการมากนัก²⁵ ถือว่ายังอยู่ในระยะเริ่มแรก แต่ก็ยังมีตัวอย่างในเรื่องตัวแทนพอให้เห็นได้บ้าง เช่น ในกรณีกษัตริย์ หรือบรรดาบาทหลวงชั้นผู้ใหญ่ได้ออก Letter of Credit มอบ

²¹ Harold Greville Hanbury, *supra note 3*, pp. 2-3.

²² G.H.L. Fridman, *The Law of Agency*. 6th ed. (London: Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1990), pp. 3-4.

²³ Freerick Wallach, *Introduction to European Commercial Law*. (New York: Oceana Publication. 1953), pp. 16-17, อ้างถึงในมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7-15, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์, 2526), น. 323.

²⁴ S.J. Stojar, *The Law of Agency: Its History and Present Principles*, (London: Sweet & Maxwell, 1961). p. 14.

²⁵ G.H.L. Fridman, *supra note 22*, p. 4.

อำนาจให้ตัวการไปกู้ยืมเงินแทน และให้สัญญาแทนว่าจะจ่ายเงินคืนในนามของตนเอง หรือกรณี ทัศนคติที่ถูกต้องซึ่งถูกแต่งตั้งให้ไปทำกิจการบางอย่างแทน เช่น ส่งและรับมอบการครอบครองที่ดิน หรืออสังหาริมทรัพย์แทน²⁶

ระยะต่อมาของยุคกลาง ปรากฏหลักความรับผิดชอบของตัวการในหนี้สินเกี่ยวกับสินค้าที่ ก่อขึ้นโดยตัวแทน โดยถือหลักพื้นฐานมาจากการได้รับประโยชน์ในสินค้านั้นของตัวการนั่นเอง ความรับผิดชอบนี้รวมถึง นายจ้าง (Master) ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของ ลูกมือ ลูกจ้าง (Apprentice) หรือตัวแทนด้วย นอกจากนี้ อีกตัวอย่างหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงระยะเริ่มแรกของการพัฒนากฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษให้เห็นภาพได้เป็นอย่างดี คือ กฎหมายระหว่าง สามีและภรรยา ดังปรากฏในยุคของกษัตริย์ Edward ที่ 1 สามีต้องรับผิดชอบในสัญญาที่กระทำโดย ภรรยา และแม้ว่าสัญญานั้นจะเป็นโมฆะก็ตาม แต่ถ้าปรากฏว่า ไม่ว่าเงินหรือสิ่งของที่เกิดจาก สัญญานั้น สามีได้รับประโยชน์แล้ว สัญญาที่กระทำโดยภรรยาถือว่าเป็นสัญญาที่กระทำโดยตัว สามีด้วย หากปรากฏได้ว่าสามีได้มอบอำนาจ (Authorised) ให้ไปทำสัญญาหรือได้ให้สัตยาบัน นั้นภายหลัง²⁷

กฎหมายตัวแทนได้มีการพัฒนาอย่างทีละน้อยๆ จนกระทั่งมาถึงช่วงสิ้นสุดของยุค กลาง กฎหมายตัวแทนได้มีการพัฒนาจนถึงจุดที่ว่า ตัวการต้องต้องรับผิดชอบในสัญญาซึ่งกระทำ โดยตัวแทน หากมีกรณีดังต่อไปนี้โดยหนึ่งเกิดขึ้น คือ ตัวการได้ให้สัตยาบันในภายหลัง แก่สัญญาที่ตัวแทนได้ก่อขึ้น หรือตัวการได้มอบอำนาจโดยชัดแจ้งให้ไปทำสัญญา หรือเป็นที่เห็น ได้ชัดว่า ตัวแทนได้กระทำการไปภายในขอบเขตของอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา²⁸

นอกจากนั้น กฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษนั้นอาจถือได้ว่าพัฒนามาจาก ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง²⁹ แต่ในสมัยแรกๆ ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับ ตัวแทนและ นายจ้างกับลูกจ้างแทบจะเป็นเรื่องเดียวกัน เนื่องจากทั้งสองเรื่องนี้ มีหลักพื้นฐาน

²⁶ Frederick Pollock and Frederick William Maitland, History of English Law: Before the Time of Edward I, 2nd ed. (Cambridge: The University Press, 1968), p. 228.

²⁷ G.H.L. Fridman, *supra note 22*, pp. 4-5.

²⁸ *Ibid.* p. 5.

²⁹ A.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.

อย่างเดียวกัน คือ อำนาจการสั่งการหรือบัญชา (Command) และการมอบอำนาจ (Authorisation) ยังไม่มีการแยกแยะความแตกต่างให้เห็นอย่างชัดเจน³⁰

คำว่า “Agent” หรือตัวแทนนั้นยังไม่ได้ถูกนำมาใช้ จนกระทั่งศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา ความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ การเติบโตของบริษัท กิจการค้าขายต่างๆ ทำให้กฎหมายตัวแทนนั้นได้มีการพัฒนาไปอย่างมาก จนในที่สุด แนวความคิดเรื่องตัวแทนได้แยกออกจากความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ยิ่งไปกว่านั้น ศาลพาณิชย์นาวี (The Court of Admiralty) นำหลักความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน รวมทั้งนายจ้างกับลูกจ้าง ไปใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างนายเรือ นายจ้าง และพ่อค้า³¹

ต่อมาในช่วงต้นของศตวรรษที่ 18 แนวความคิดเรื่องตัวแทนส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นอยู่ที่อำนาจโดยชัดแจ้ง (Express Authority) และการให้สัตยาบัน (Ratification) จนกระทั่งช่วงปลายศตวรรษที่ 18 และตอนต้นของศตวรรษที่ 19 แนวความคิดเรื่องตัวแทนได้พัฒนาหลักการจนอาจกล่าวได้ว่าแทบจะไม่แตกต่างจากแนวความคิดในปัจจุบันนี้ กล่าวโดยสรุปแล้ว ที่มาของ Law of Agency ในปัจจุบันของประเทศอังกฤษนั้นมาจากหลัก Common Law, หลัก Equity หรือหลักความยุติธรรม, กฎหมายทะเล (maritime Law) และกฎหมายพาณิชย์ (Mercantile Law) ประกอบเข้าด้วยกันนั่นเอง³²

2. ประวัติ การวิวัฒนาการ ความเป็นมา ของกฎหมายตัวแทนของไทย

2.1 ก่อนที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น แต่เดิมกฎหมายไทยไม่มีการบัญญัติถึงเรื่องตัวแทนไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง จะมีที่เห็นเด่นชัดดังปรากฏความในประวัติศาสตร์แห่งกรุงศรีอยุธยา หลังสมัยพระบาทสมเด็จพระนารายณ์มหาราช มีตำแหน่งพระศรีพิพัฒน์ ทำหน้าที่เป็นตัวแทนการซื้อขายของพระคลังสินค้า โดยตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว เช่นเดียวกับสมัยนี้ ดังความตอนหนึ่งในกฎหมายเกาลัดกษณะนี้ว่า บุตรกู่นี้ใส่ชื่อบิดามารดาเป็น

³⁰ G.H.L. Fridman, *supra* note 22, pp. 5, 8.

³¹ *Ibid.* pp. 6-7.

³² *Ibid.* pp. 7-8.

ผู้กู้ในสัญญาที่ดี ภริยาผู้หนี้ใส่ชื่อสามีเป็นผู้กู้ที่ดี ให้บิดามารดาหรือสามีแล้วแต่กรณี ผู้มีชื่อในสัญญานั้นรับผิดชอบเจ้าหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ได้กล่าวให้บิดามารดาหรือสามีนั้นทราบแล้ว³³

ดังนั้น ก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายเรื่องตัวแทนมีเพียงเล็กน้อยดังที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายตัวแทนฉบับสมบูรณ์แบบที่เราศึกษาอยู่มีที่มาจากกฎหมายฝ่ายอสังคตประเทศ เหตุที่เราได้กฎหมายของเขามาเป็นต้นแบบก็เนื่องจากว่าฝรั่งเศสค่าที่เข้ามาติดต่อค้าขายอยู่ในประเทศสยาม สมัยต้นรัตนโกสินทร์ โดยเฉพาะในสมัยรัชกาลที่ 4 เห็นว่ากฎหมายไทยไม่ทันสมัย มีวิธีพิจารณาและการลงโทษที่ล้าหลังอยู่มาก ทำให้เขาไม่ยอมขึ้นศาลไทยจนกว่าไทยเราจะมีกฎหมายแพ่ง อาญาและวิธีพิจารณาความที่ทันสมัยอย่างของเขา ผลก็คือคนต่างประเทศก็ดีหรือแม้แต่คนไทยที่อยู่ในบังคับของต่างประเทศต้องไปขึ้นศาลกงสุล ซึ่งในระยะหลังคนต่างประเทศก็ยอมขึ้นศาลไทยโดยศาลไทยที่มีที่ปรึกษาเป็นฝรั่งที่เรียกว่าศาลต่างประเทศ แต่ศาลไทยจะตัดสินอย่างไรจะต้องอาศัยความเห็นจากที่ปรึกษาฝรั่งนั้น ซึ่งในที่สุดประเทศไทยจึงได้เริ่มตั้งกรรมการชำระสะสางกฎหมาย ปรับปรุง ยกวางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น³⁴

ก่อน พ.ศ. 2467 ประเทศไทยยังไม่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ซึ่งว่าด้วยเอกเทศสัญญาและกฎหมายตัวแทน ศาลไทยในขณะนั้นได้นำกฎหมายอังกฤษมาปรับแก้คดีที่เป็นเช่นนี้เพราะอาจารย์กฎหมายสมัยนั้นศึกษาวิชากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสมเด็จพระมหาลงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ผู้ทรงสถาปนาโรงเรียนกฎหมายขึ้นในกระทรวงยุติธรรมนั้นทรงสำเร็จวิชากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ จึงทำให้หลักกฎหมายตัวแทนของไทยมีที่มาจากหลักกฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษ (Law of Agency)³⁵

2.2 ภายหลังที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยรวมเป็นฉบับเดียวกัน คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ไม่ได้แยกออกเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์เหมือนประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลีและญี่ปุ่น เพราะการค้าของประเทศไทยในสมัยก่อนไม่กว้างขวาง จึงจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองในทางพาณิชย์เป็นพิเศษ

³³ สกลิต เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2539), น.33.

³⁴ เฟิงอ้าง, น. 33.

³⁵ สรรเสริญ ไกรจิตติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 3.

กว่าในทางแพ่ง โดยมีการประกาศใช้บรรพ 1 หลักทั่วไปและบรรพ 2 นี้ก่อน ในวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2466 และมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 แต่คณะกรรมการตรวจชำระประมวลกฎหมายและกรมร่างกฎหมายเห็นว่ามีข้อบกพร่องอันควรได้รับการแก้ไขมาก คณะกรรมการพิเศษตรวจชำระประมวลกฎหมาย จึงขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เลื่อนการใช้ออกไปอีกหนึ่งปี คือให้ใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2468³⁶ สำหรับบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา นั้น มีการประกาศใช้แบ่งออกเป็นสองครั้งด้วยกัน ได้แก่

2.2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2467

แต่เดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2467 ได้บัญญัติเรื่องตัวแทนไว้ในลักษณะ 15 ตั้งแต่มาตรา 797 จนถึงมาตรา 838 ซึ่งได้ออกประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 แต่เนื่องจากมีการวิจารณ์กันมากในหมู่นักกฎหมายว่ากฎหมายที่ประกาศใช้นั้นไม่สมบูรณ์ บรรพ 3 ที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2467 จึงถูกยกเลิกไป

2.2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2471

เมื่อบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2467 ได้ถูกยกเลิกไป จึงได้มีการตรวจชำระบทบัญญัติในบรรพ 3 ให้มีเนื้อความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยได้มีพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่แทนบทบัญญัติเดิมในบรรพ 3 โดยให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2472 เป็นต้นไป³⁷ โดยบทบัญญัติเรื่องตัวแทนได้บัญญัติไว้ในบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา ลักษณะ 15 ว่าด้วยตัวแทน ตั้งแต่มาตรา 797 ถึง 844

³⁶ วิชา มหาคุณ, ประวัติกฎหมายและภาษากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น. 57-58.

³⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2471