

บทที่ 4

กฎหมายต่างประเทศ และบทวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบ

ในบทที่แล้วผู้ศึกษาได้นำเสนอถึงความรับผิดชอบของลูกหนี้ต่อการกระทำของผู้ที่มีอำนาจชำระหนี้แทนลูกหนี้ โดยกล่าวถึงความรับผิดชอบของผู้ชำระหนี้จากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำภายในขอบอำนาจหน้าที่ การกระทำต่อเจ้าหนี้ และความรับผิดชอบที่ผูกพันกับมาตราหลัก รวมทั้งข้อยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้ต่อการกระทำแทนดังกล่าว ดังนั้นในบทนี้ผู้ศึกษาจะได้ทำการกล่าวถึงความรับผิดชอบของลูกหนี้เพื่อการกระทำของผู้ที่มีอำนาจชำระหนี้แทนลูกหนี้โดยพิจารณาจากความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ และกฎหมายต่างประเทศ รวมทั้งบทวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบต่อการวินิจฉัยประเด็นปัญหาในบางเรื่องที่ในบางกรณีอาจมีจุดสอดคล้องและไม่สอดคล้องกับแนวทางในกฎหมายไทยว่ามีแนวความคิดเป็นเช่นไร โดยจะได้ศึกษาในรายละเอียดจากหลักกฎหมายโรมัน รวมทั้งกฎหมายของประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และประเทศอังกฤษ เพื่อสร้างเสริมความเข้าใจยิ่งขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากในช่วงของการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบรรพ 1 และบรรพ 2 เมื่อปี พ.ศ.2468 ซึ่งได้มีการประกาศใช้แทนร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ปี พ.ศ. 2466 เดิม โดยการใช้โครงร่างประมวลกฎหมายแพ่งแบบประเทศเยอรมัน โดยลอกจากประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ซึ่งยกร่างตามแบบประเทศเยอรมันไว้แล้ว แต่เพื่อให้เสียไมตรี จึงได้นำเอาบทบัญญัติบางตอนจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสและบางตอนจากประมวลกฎหมายที่ได้ยกร่างขึ้นมาก่อนหน้านั้น คือฉบับประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ.2466 มาใช้ประกอบด้วย นอกจากนี้ยังได้นำบทบัญญัติบางตอนจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มาใช้ประกอบกับท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมที่ต้องยกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ดังกล่าวอีกว่า “เมื่อได้นำประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ถูกยกเลิกมาเปรียบเทียบกับกฎหมายปัจจุบัน ก็ปรากฏว่ากฎหมายเก่าได้ร่างขึ้นโดยเทียบเคียงจากกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งใช้หลัก “สัญญา” เป็นหลักทั่วไป ซึ่งอาจถือได้ว่าได้ล่วงพ้นสมัย ส่วนกฎหมายปัจจุบันนั้นใช้หลัก “นิติกรรม” เป็นหลักทั่วไป โดยเทียบมาจากกฎหมายของประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งนับว่า

¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539) น.68.

เป็นกฎหมายที่ทันสมัยกว่า เพราะได้บัญญัติขึ้นหลังกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสตั้งเกือบร้อยปี นอกจากนี้ยังปรากฏว่ามีข้อขาดตกบกพร่องในกฎหมายเก่าอีกมากแต่ทั้งนี้ไม่ควรจะถือว่าการทำประมวลกฎหมายฉบับที่ถูกยกเลิกไม่อำนวยความสะดวก เพราะได้ทำให้การทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ฉบับปัจจุบันสำเร็จได้รวดเร็วยิ่งขึ้น² ประกอบกับในเรื่องความรับผิดชอบของลูกหนี้เพื่อการกระทำของผู้ที่มีอำนาจชำระหนี้แทนลูกหนี้เป็นส่วนรายละเอียดของกฎหมายว่าด้วยหนี้ในบรรพ 2 ซึ่งได้รับผลจากวิวัฒนาการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงขอกล่าวถึงรายละเอียดของความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ และบทวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบ ในแต่ละส่วนโดยลำดับดังนี้

1. ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์

เนื่องจากในกฎหมายโรมัน (The Roman Law) คำว่าความผูกพันหรือพันธะของลูกหนี้แสดงถึงการที่เจ้าหนี้อำนาจควบคุมเหนือบุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน โดยทั่วไปแล้วอำนาจควบคุมนี้อาจจะมีต่อลูกหนี้โดยตรงก็ได้ อันที่จริงแล้วในอารยธรรมโบราณชีวิตและร่างกายของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันย่อมเป็นสิ่งค้ำประกันว่าจะมีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่ขณะที่เวลาผ่านไปวิวัฒนาการของกฎหมายทำให้ลักษณะในด้านทรัพย์สินของหนี้ค่อยปรากฏชัดขึ้นมาโดยแยกออกจากลักษณะที่เกี่ยวกับตัวบุคคล(ซึ่งเป็นลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน) ฉะนั้นการบังคับชำระหนี้โดยใช้อำนาจบังคับเหนือชีวิตและร่างกายของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันก็หมดไป โดยมีทรัพย์สินเป็นสิ่งที่เหลืออยู่ในการค้ำประกันการชำระหนี้ ขณะเดียวกันในกฎหมายโบราณเช่นกฎหมายโรมันในชั้นต้นไม่มีการแบ่งแยกการละเมิดและสัญญาในฐานะที่เป็นมูลแห่งหนี้ เช่นที่ปรากฏในกฎหมายสมัยหลัง ในชั้นต้นการกระทำผิดไม่มีการแยกแยะให้ละเอียด ต่อมาความผิดอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงว่าจะทำค่อยๆ แยกออกจากความผิดชนิดอื่น ยิ่งไปกว่านั้นปฏิกิริยาตามปกติต่อ

² หยุต แสงอุทัย, "การร่างกฎหมายในประเทศไทย," วารสารทนายความ 6, ฉบับที่ 6, น.129 (กุมภาพันธ์, 2507).

³ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2546) น.154.

การกระทำความผิดก็คือ การแก้แค้นต่อผู้กระทำความผิดและหลักที่ว่ากฎหมายยอมให้มีการแก้แค้นได้และการแก้แค้นไม่ใช่ความผิด ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายว่าด้วยหนี้โดยแท้จริง⁴

จากแนวความคิดและวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้เพื่อการกระทำของบุคคลที่มีอำนาจชำระหนี้แทนลูกหนี้ตั้งแต่ในช่วงยุคของกฎหมายโรมันเท่าที่ได้มีการตรวจสอบพบว่า หนี้ตามกฎหมายโรมันเป็นนิติสัมพันธ์ 2 ฝ่าย คือ ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ส่วนบุคคลที่สามจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับด้วยเลย⁵ หากมีบุคคลที่สามดำเนินการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยที่ลูกหนี้ไม่ทราบหรือไม่ยินยอมก็ถือว่าได้มีการชำระหนี้ไปโดยเรียบร้อยแล้ว⁶ นอกจากนี้ยังปรากฏรายละเอียดเพิ่มเติมอีกว่า กฎหมายโรมันไม่มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่นเพราะชาวโรมันไม่เคยคิดถึงปัญหาเรื่องนี้ ทั้งๆ ที่มีหลายกรณีที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบโดยไม่มีหลักฐานว่าเขาได้ทำความผิด เช่น ชาวโรมันใช้ทาสหรือสมาชิกในครอบครัวทำงานให้แก่ตนเมื่อคนใดคนหนึ่งก่อการละเมิดต่อผู้อื่นก็ต้องรับผิดชอบ⁷

2. กฎหมายต่างประเทศ

2.1 กฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน (The German Civil Law)

เนื่องจากในช่วงยุคของกฎหมายต่างประเทศสมัยใหม่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะในประเทศเยอรมันได้กล่าวถึงหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้เพื่อการกระทำของบุคคลที่มีอำนาจชำระหนี้แทนลูกหนี้ไว้ในมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (The German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch "BGB"))⁸ โดยถือว่าลูกหนี้ผู้เป็นตัวแทนจะต้องรับผิดชอบทางสัญญาอันเนื่อง

⁴ H.F. Jolowics, Historical Introduction to the Study of Roman Law, (Cambridge : Cambridge University Press, 1965.) p.162.

⁵ ประชุม โฉมฉาย , อ้างแล้ว เจริญครั้งที่ 3 , น.151-152.

⁶ เพิ่งอ้าง .น.153.

⁷ ฐิติกานต์ เหลืองสุภาพรกุล, "ความรับผิดชอบของตัวแทนในการกระทำละเมิดของตัวแทน : ศึกษากรณีการเกิดสัญญาตัวแทน ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2548), น.50-51.

⁸ Section 278 [Responsibility for persons employed in performing obligation] A debtor is responsible for the fault of his legal representative and of persons whom he employs in

มาจากบุคคลที่เป็นผู้ช่วยของลูกหนี้ (Gehilfen) ได้ทำการแทน ถึงแม้จะเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลผู้เป็นตัวแทนก็ตาม⁹ (ซึ่งในเรื่องหลักการของกฎหมายตามบทบัญญัติในส่วนนี้ประเทศไทยก็ได้รับอิทธิพลโดยนำมาเป็นต้นแบบในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 220 ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจนถึงในปัจจุบันด้วยเช่นเดียวกัน)¹⁰ โดยลูกหนี้มีความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability) ที่กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใด (Verschulden) อาทิเช่น การกระทำความผิดโดยเจตนาหรือประมาทโดยผู้แทนหรือตัวแทนตามกฎหมาย (statutory agent) หรือบุคคลใดซึ่งลูกหนี้เป็นผู้วานใช้ให้ปฏิบัติราชการหนี้แทนลูกหนี้ตามมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (The German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch “BGB”)) ซึ่งลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเสมือนว่าเป็นการกระทำของลูกหนี้เองไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการกระทำโดยเจตนาหรือประมาท สำหรับผู้แทนหรือตัวแทนตามกฎหมาย (statutory agent) ในความหมายของกฎหมายมาตรานี้ (gesetzliche Vertreter) ได้แก่ ผู้อนุบาลของผู้เยาว์, ผู้พิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลาย (Konkursverwalter) เป็นต้น ในกรณีของกรรมการบริษัทที่บริหารงานภายในบริษัทจะต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติมาตรา 31 และ มาตรา 89 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันด้วย ดังนั้นตามมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงไม่ได้กำหนดไว้ การที่บุคคลซึ่งถูกว่าจ้างให้ปฏิบัติราชการหนี้เป็นปกติซึ่งเรียกว่า Erfüllungsgelhilfen โดยนายจ้างจะต้องรับผิดชอบสำหรับความผิดหรือการปฏิบัติราชการหนี้ที่ไม่ได้เป็นผู้ดำเนินการเอง ตัวอย่างเช่น นาย เอ.ตกลงกับ นาย บี.ว่า เขาจะทำการซ่อมโคมไฟฟ้าห้องอาหาร นาย บี. จึงส่งลูกจ้างของเขาชื่อ นาย ซี. มาซ่อมโคมไฟฟ้าโดยเกิดความเสียหายพร้อมกับขโมยเงินจำนวน 250 มาร์คเยอรมัน ไปจากบ้านของนาย บี. ดังนั้นนาย เอ. จึงต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบสำหรับเงินที่สูญหายจำนวน 250 มาร์คเยอรมัน เนื่องจากการที่ นาย ซี. ขโมยเงินดังกล่าวมิใช่เป็นการดำเนินการภายใต้การปฏิบัติราชการหนี้

อย่างไรก็ตามคงจำได้ว่าในกฎหมายเยอรมันตระหนักถึงหน้าที่ที่มีอยู่หลากหลายซึ่งเป็นเรื่องของการขยายความรับผิดชอบสำหรับการกระทำในเรื่องต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น บริษัท

performing his obligation, to the same extent as for his own fault. The provision of section 276(2) does not apply.

⁹Schuter J. Ernest, The Principle of German Civil Law, (London : Oxford at The Clarendon Press, 1907), p.154-155.

¹⁰ มานวราชเสวี, พระยา, ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5, เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี, 18 กันยายน 2533.

รถไฟแห่งหนึ่งจะต้องรับผิดชอบสำหรับความผิดของลูกจ้างซึ่งมิได้จัดสถานที่ทางออกอย่างปลอดภัยสำหรับสถานีรถไฟนั้น ทั้งนี้เนื่องจากหน้าที่อันเป็นส่วนประกอบของบริษัทที่จะดำเนินการหาช่องทางออกที่ปลอดภัยสำหรับผู้โดยสาร โดยภายใต้กฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นความรับผิดทางแพ่ง (contractual liability) อย่างหนึ่ง มิใช่ความรับผิดทางละเมิด (delictual liability) เพราะเหตุว่าหากเป็นเรื่องของความรับผิดทางละเมิดบริษัทจะต้องหลุดพ้นจากความรับผิดดังกล่าวโดยพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างเอง ด้วยเหตุนี้ในมาตรา 278 จึงได้นำมาปรับใช้สำหรับความรับผิดทางสัญญาเท่านั้นหากมีความรับผิดอย่างอื่น ซึ่งแตกต่างจากเรื่องละเมิด โดยเป็นหน้าที่ทางสัญญาที่มีการฝ่าฝืนนายจ้างจะต้องรับผิดชอบแม้แต่ว่าเขาได้ใช้ความระมัดระวังในการเลือกหรือควบคุมดูแลลูกจ้างของเขา ซึ่งเป็นการขยายความความรับผิดอย่างกว้างขวางทำให้ความรับผิดของนายจ้างสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยลูกจ้างของเขามีอยู่อย่างกว้างขวางกว่าในกฎหมายอังกฤษ¹¹

ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับการทำการแทนนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้อย่างละเอียดในมาตรา 164 ถึง มาตรา 180 มีข้อสังเกตว่า

1) การทำแทนมิได้ในกรณีที่ผู้แทนได้กระทำในนามของตัวเอง หรือกระทำในนามของตนเอง ซึ่งปรากฏโดยพฤติการณ์ว่าต้องการทำให้ตัวเอง(มาตรา 164)¹²

2) ผู้แทนต้องมีความสามารถตามกฎหมายจึงจะเป็นผู้แทนได้แต่มีกรณีที่กฎหมายยกเว้นผู้แทนอาจเป็นบุคคลซึ่งมีความสามารถในการใช้สิทธินี้ลดน้อยลงก็ได้ แต่ก็มีตัวบท

¹¹ E.J. Cohn , Manual of German Law , Volume 1. (N.Y. :Ocean Publications ,inc.,1968.) p.119.

¹² § 164. [Effect of declaration by a representative]

(1) A declaration of intention which a person makes in the name of a principal within the scope of his agency operates directly both in favor of and against the principal. It makes no difference whether the declaration is made expressly in the name of the principal, or if the circumstances indicate that it was to be made in his name.

(2) If the intention to act in the name of another is not apparent, the agent's absence of intention to act in his own name is not taken into consideration.

(3) The provisions of (1) apply mutatis mutandis if a declaration of intention required to be made to another is made to his agent.

ที่ห้ามมิให้ผู้ไร้ความสามารถเป็นผู้แทน เช่น การปกครองและการใช้อำนาจปกครองของบิดา (มาตรา 165)¹³

3) ในปัญหาเรื่องผู้แทนทำนอกเหนือขอบอำนาจนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันได้เน้นหนักไปในเรื่องการมอบอำนาจหรือมอบฉันทะ ถ้าได้มอบอำนาจให้แก่บุคคลภายนอก การมอบอำนาจนั้นมีผลตลอดไปจนกว่าจะได้รับแจ้งความสิ้นสุดการมอบอำนาจนั้น(มาตรา 170)¹⁴ ถ้ามีการบอกหรือโฆษณาการเป็นผู้แทน ความเป็นผู้แทนจะสิ้นสุดก็โดยการบอกกล่าวโดยวิธีเดียวกัน(มาตรา 171)¹⁵ หรือกรณีที่จัดทำหนังสือมอบฉันทะให้ไปก็ต้องบอกเลิกเช่นกัน(มาตรา 172)¹⁶ แต่ถ้าบุคคลใดไม่สุจริตหรือควรรู้ว่าความเป็นผู้แทนได้สิ้นสุดลงแล้ว การนั้นไม่ผูกพัน(มาตรา 173)¹⁷

¹³ § 165. [Representative limited in competency] The validity of a declaration of intention made by or to an agent is not impaired by the fact that he is limited in competency to enter into legal transactions.

¹⁴ § 170. [Period of effectiveness of power of attorney] If a power of attorney is conferred by declaration to a third party, it remains in force with respect to him until he is notified of the termination by the principal.

¹⁵ § 171. [Period of effectiveness in case of public notification]

(1) If a person has announced by special notification to a third party or by public notice that he has given power of attorney to another, then the latter on the basis of the notice becomes authorized to represent, in the former case as regards the particular third party, in the latter case as regards any third party.

(2) The power of representation remains in force until the notice is revoked in the same manner as it was given.

¹⁶ § 172. [Written power of attorney]

(1) If the principal has delivered to the agent a written power of attorney and the agent shows it to a third party, this is equivalent to special notification of a power of attorney.

(2) The power of representation remains in force until the written power of attorney is returned to the principal or declared invalid.

4) ถ้าบุคคลใดไม่มีอำนาจได้ทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอกในนามของบุคคลอื่นคนหนึ่ง บุคคลหลังนี้จะผูกพันก็ต่อเมื่อตนได้รับรอง ในการนี้บุคคลภายนอกอาจขอให้บุคคลผู้ถูกระทำการแทนเข้าร่วมเป็นคู่กรณีก็ได้ โดยบุคคลผู้ถูกระทำการแทนทำหนังสือแจ้งถึงบุคคลภายนอกนั้นภายใน 2 สัปดาห์ หลังจากเวลานั้น(มาตรา 177)¹⁸ ซึ่งบุคคลภายนอก อาจบอกเลิกกิจการนั้นเสียก็ได้(มาตรา 178)¹⁹ หากไม่มีการให้สัตยาบัน ผู้แทนอาจจะเลือกผูกพันเองต่อไป หรือมิฉะนั้นก็ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน(มาตรา 179)²⁰

¹⁷ § 173. [Knowledge of expiration] The provisions of § 17D, 171(2) and 172(2) do not apply if the third party knows or should know of the termination of the agency at the time when the legal transaction is entered into.

¹⁸ § 177. [Conclusion of contract by an unauthorized representative]
(1) If a person enters into a contract in the name of another without authority, the validity of the contract depends, as regards the principal, on his ratification. (2) If the other party demands the principal to declare whether or not he ratifies, the declaration may be made only to him; a ratification or refusal to ratify declared to the agent before the demand is of no effect. The ratification must be declared before the expiration of two weeks after receipt of the demand; if it is not declared it is deemed to have been refused.

¹⁹ § 178. (Right of other party to revoke] Until ratification of the contract the other party is entitled to revoke it, unless he knew of the absence of authority at the time when the contract was entered into. The revocation may also be declared to the agent.

²⁰ § 179. (Liability of an unauthorized agent)

(1) Whoever has entered into a contract as agent is, if he has not given proof of his authority, bound to the other party at his choice either to carry out the contract or to compensate him, if the principal refuses to ratify the contract.

(2) If the agent did not know that he had no authority, he is bound to compensate only for the damage which the other party has sustained by relying upon the authority; not, however, beyond the value of the interest which the other party has in the validity of the contract.

(3) The agent is not liable, if the other party knew or should have known of the lack of authority.

2.2 กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส (The French Law)

โดยกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส(The French Civil Law)ได้รับรองการมีอยู่ของหลักซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในทางสัญญาจากการกระทำของบุคคลอื่นจากมูลเหตุที่คนงานหรือลูกจ้างของลูกหนี้ที่ถูกมอบหมายให้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาแทนลูกหนี้ ได้แก่บุคคลสองจำพวกคือ 1) ผู้รับช่วง และ 2) ผู้ช่วย

สำหรับผู้รับช่วง อาทิเช่น ตัวแทนช่วงในมาตรา 1994 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส(The French Civil Code), ผู้เช่าช่วงในมาตรา 1735 แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน เป็นต้น เนื่องจากในการก่อสร้างขนาดใหญ่หรือเล็กมักจะมีการนิยมนำจ้างผู้รับจ้างช่วงอีกทอดหนึ่ง

ส่วนผู้ช่วย ได้แก่ ผู้ร่วมงานกับลูกหนี้ในการปฏิบัติการชำระหนี้ อาทิเช่น ลูกจ้างและคนงานของผู้รับเหมา(ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1797), ลูกจ้างของเจ้าสำนักโรงแรม(ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1953) และผู้รับขน(ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1782) เป็นต้น ซึ่งโดยทั่วไปก็คือลูกจ้างทั้งหมดที่ลูกหนี้จ้างในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

สำหรับกรณีที่ลูกหนี้จะมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากผู้ช่วยหรือผู้รับช่วงนั้นจะสามารถทำได้เพียงใดนั้น กรณีนี้ลูกหนี้ที่ได้จัดหาตัวคนใหม่ทดแทนย่อมมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากผู้ช่วยหรือผู้รับช่วงได้อย่างเช่นกรณีละเมิด

ในกรณีที่มีปัญหาว่าลูกหนี้จะฟ้องผู้ช่วยหรือผู้รับช่วงได้โดยตรงหรือไม่นั้น ในทางละเมิดแล้วฟ้องได้ ส่วนในทางสัญญาก็ฟ้องได้เช่นกัน ส่วนในกรณีผู้ช่วยหรือผู้รับช่วงกับผู้เสียหายเป็นกรณีที่ไม่มีสัญญาระหว่างกันคงจะต้องเป็นการฟ้องทางละเมิดเท่านั้น

โดยในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส (The French Civil Code) ได้กล่าวถึงความรับผิดในทางสัญญาจากการกระทำของผู้อื่นไว้หลายมาตรา อาทิเช่น

- มาตรา 1245 บัญญัติหลักทั่วไปไว้ว่า ลูกหนี้ซึ่งทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งได้ระบุตัวแน่นอนแล้ว ย่อมหลุดพ้นโดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้นในสภาพอย่างเวลาที่ส่งมอบ โดยความเสื่อมเสียมิได้เกิดจากการกระทำของเขาหรือเนื่องจากการกระทำผิดของเขา หรือมิใช่การกระทำ

The agent is also not liable if he was limited in his competency to enter into transactions, unless he had acted with the consent on his legal representative.

หรือเนื่องจากการกระทำผิดของบุคคลซึ่งเขาต้องรับผิดชอบ หรือเว้นแต่จะได้บอกกล่าวแก่เขาก่อน ที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น²¹

- มาตรา 1735 บัญญัติให้ผู้เช่ารับผิดชอบในความเสียหายและสูญหาย ซึ่งเกิดจากการกระทำของผู้เช่าช่วง ผู้เช่าได้ให้ผู้เช่าช่วงเป็นตัวแทนปฏิบัติชำระหนี้และสงวนรักษาทรัพย์สินที่เช่า เขาต้องรับผิดชอบในการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ซึ่งเป็นการกระทำของผู้เช่าช่วงรวมทั้งให้ผู้เช่ารับผิดชอบถึงการกระทำของคนในบ้านของตนด้วย²²

- มาตรา 1782 บัญญัติให้ผู้รับขนรับผิดชอบเช่นเดียวกับเจ้าสำนักโรงแรม²³

- มาตรา 1797 บัญญัติให้ผู้รับจ้างก่อสร้างรับผิดชอบ “การกระทำของบุคคลซึ่งเขาจ้าง” เนื่องจากความรับผิดชอบทางละเมิดถ้าผู้เสียหายเป็นบุคคลที่สาม และเป็นความรับผิดชอบทางสัญญาเมื่อความเสียหายได้เกิด โดยลูกจ้างของผู้รับจ้างเนื่องจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ ซึ่งผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องกระทำ²⁴

- มาตรา 1953 บัญญัติให้เจ้าสำนักโรงแรมต้องรับผิดชอบในการลักทรัพย์หรือความเสียหายที่เกิดแก่คนเดินทาง เมื่อการลักทรัพย์นั้นได้กระทำโดยคนใช้และลูกจ้างของเจ้าสำนักโรงแรม²⁵

²¹ ARTICLE 1245 A person who has to hand over a thing which is definite and certain by the contract has fulfilled his obligation if he hands over the thing in the state it happens to be at the time when he has to deliver it over, provided that any deterioration there may be therein is not the result of any act of commission (f) or omission of his, or of persons for whom he is responsible, and provided he was not in default before the deterioration took place. (C.1138,1302,1933.)

²² ARTICLE 1735 The lessee is liable for any damage or loss caused by the act of persons belonging to his family or caused by his sub-tenants. (C.1384.)

²³ Article 1782 Carriers by land and by water are, in respect of care and preservation of things entrusted to them, under the same liabilities as those of innkeepers, which will be found under the title “Of Deposit and Sequestration.” (C.1952,2102, 6th para.)

²⁴ Article 1797 A contractor is liable for the acts of the persons he employs.

²⁵ Article 1953 They are responsible if the travelers’ property is stolen or damaged. The same rule applies whether the theft or damage has been done by the servants or head officials of the

- มาตรา 1994 บัญญัติให้ตัวแทนต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตัวแทนช่วง เมื่อ 1) ตัวแทนไม่ได้รับมอบอำนาจให้ตั้งตัวแทนช่วงได้ 2) เมื่อมีใบมอบอำนาจโดยมิได้ระบุชื่อตัวแทนช่วงไว้ และเมื่อตัวแทนช่วงที่เขาเลือกนั้นเป็นคนมีความประพฤติไม่ดีไม่เหมาะสม และเป็นคนมีหนี้สินล้นพ้นตัว ในทุกกรณีตัวแทนช่วงให้ตัวแทนช่วงรับผิดชอบโดยตรงได้²⁶ (เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 814 ที่บัญญัติว่า “ตัวแทนช่วงย่อมรับผิดชอบโดยตรงต่อตัวการฉ้อโกงกลับกันฉ้อฉลนั้น”)

นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส(The French Commercial Code) ยังได้กล่าวถึงเรื่องความรับผิดชอบของลูกหนี้ต่อการกระทำของบุคคลอื่นที่ชำระหนี้แทนไว้ในมาตรา 99 ว่าด้วยเรื่องการขนส่งสินค้า และในมาตรา 216 ว่าด้วยเรื่องการขนส่งทางทะเล²⁷ เป็นต้น

2.3 กฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์(The Switzerland Law of Obligation)

เนื่องจากการทำการแทนถือเป็นหลักใหญ่ซึ่งมีในกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ กฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส แต่กฎหมายไทยไม่มีบัญญัติในเรื่องเหล่านี้ซึ่งกฎหมายไทยมีเพียงในเรื่องตัวแทนในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีเรื่องทำนองเดียวกันกับการทำแทน แต่การทำแทนนั้นที่จริง

hotel, or by strangers going to and fro in the hotel. (C.1384; P. 386, para. 4-Law, 18th April, 1889.) This responsibility is limited to the sum of 1,000 francs when the property is coin or securities of any kind payable to the bearer, and it is not actually entrusted to the innkeeper or hotel-keeper personally.

²⁶ Article 1994 The agent is responsible for any sub-agent whom he has appointed to carry out the agency (1) when he had no authority to appoint a sub-agent, (2) when he has been given authority to appoint a sub-agent generally, and no special person has been pointed out, and he chosen a sub-agent who was notoriously incapable or insolvent. The principal has in all cases a direct right of action against the sub-agent appointed by the agent. (C. 1384.)

²⁷ วงษ์ วีระพงศ์, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ชุดที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520) น.99 – 103.

แล้วมีความหมายกว้างขวางกว่าตัวแทน ทำให้เกิดความเข้าใจว่าการทำแทนนั้นเป็นเรื่องทำนองเดียวกับตัวแทนนั่นเอง

ในการทำสัญญานั้นบุคคลอาจมิได้ทำการด้วยตนเอง กล่าวคือ อาจมีการตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้แทนไปกระทำการแทนตนก็ได้ ซึ่งผู้แทนหรือผู้ทำการแทนนั้นอาจเป็นผู้แทนโดยกฎหมายบัญญัติหรือเป็นผู้แทนซึ่งตั้งขึ้นโดยสัญญา

สำหรับหลักในเรื่องการทำแทนตามกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ถือว่าผู้แทนมิใช่แต่เพียงเป็นคนกลางเท่านั้น หากแต่เป็นผู้ที่สามารถแสดงเจตนาแทนตัวบุคคลอื่นที่ตนกระทำการแทนด้วย ฉะนั้นในการที่จะพิจารณาว่าเจตนาที่ได้แสดงออกไปสมบูรณ์เพียงใดก็ต้องดูที่ตัวผู้แทน แม้ว่าผลอันจะพึงได้ตามสัญญาจะตกได้แก่ผู้ที่มีมอบหมาย

หลักในการทำแทนนั้นตามประวัติที่ได้เคยกล่าวไว้มิได้มีในหลักกฎหมายโรมัน เนื่องจากตามหลักกฎหมายโรมันนั้นถ้าจะมอบหมายให้ทำการแทนนั้นจะต้องใช้วิธีทางอ้อมคือ ในชั้นแรกผู้กระทำการซึ่งได้แก่ผู้แทนเป็นผู้ที่ได้รับผลแห่งสัญญาก่อน กล่าวคือ เข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือเข้าเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้แล้วแต่กรณี ภายหลังจึงโอนกรรมสิทธิ์หรือโอนสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่ผู้ที่ได้มอบหมาย วิธีปฏิบัติดังกล่าวเป็นวิธีซึ่งไม่ปลอดภัยจึงได้มีการแก้ไขกันมาตั้งแต่สมัยโรมันมาเป็นลักษณะที่ปรากฏอยู่จนถึงปัจจุบันนี้

ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันการทำการแทนนั้นเป็นวิธีซึ่งใช้ในการทำนิติกรรม ซึ่งต่างกับเรื่องสัญญาตัวแทนที่แยกออกเป็นเรื่องหนึ่งต่างหาก ส่วนตามหลักกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ผู้แทนนั้นถือเป็นเครื่องมือหรือเป็นสื่อสำหรับใช้ในการกระทำสัญญาเท่านั้น เรื่องการทำแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีหลักว่าบุคคลอาจทำสัญญาด้วยตนเองหรือโดยคนกลางซึ่งได้รับมอบอำนาจในการนั้นหรือโดยคนกลางที่มีได้รับมอบอำนาจอย่างใดอย่างหนึ่งเลย สำหรับกรณีคนกลางที่ได้รับมอบอำนาจนั้นอาจเกิดจากตัวบทกฎหมายหรือเกิดจากนิติกรรม หรืออำนาจอันกฎหมายได้ให้แก่ผู้แทน หรือองค์กร หรือบริษัท ผู้ที่ได้รับมอบฉันทะหรือตัวแทนในการค้าอื่น ๆ การมอบฉันทะนั้นเป็นการมอบอำนาจให้กระทำการแทนซึ่งหนังสือเอกสารชนิดนี้อาจคิดประกอบอยู่กับสัญญาอื่นได้ โดยใบมอบฉันทะตามประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์เรียกว่า Vallmacht

สำหรับตามประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้บัญญัติถึงเรื่องการทำการแทนไว้ในมาตรา 32 ถึงมาตรา 40 ซึ่งรายละเอียดของผลการทำแทนมีเพียงใดนั้นได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์(The

Switzerland Civil Code of Obligation) มาตรา 32 วรรค 1 ที่บัญญัติว่า “สิทธิและหน้าที่อันเกิดจากสัญญาที่ได้กระทำไปในนามของบุคคลอีกคนหนึ่งโดยผู้แทนนั้นย่อมตกให้แก่ผู้ถูกกระทำการแทน” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผลอันเกิดจากสัญญาที่ผู้แทนกระทำไปนั้นเป็นการผูกมัดผู้ถูกกระทำการแทน ซึ่งจะเข้าเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้แล้วแต่กรณี เหมือนหนึ่งว่าผู้ถูกกระทำการแทนได้เข้าทำสัญญาด้วยตนเอง ซึ่งผู้แทนอาจเป็นตัวแทนโดยกฎหมายคือ ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้อนุญาต หรือผู้พิทักษ์ เป็นต้น หรืออาจเป็นผู้แทนที่ตั้งขึ้นโดยความตกลงกัน

หลักที่สำคัญในมาตรา 32²⁸ แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวที่บังคับกันนั้น จะต้องปรากฏว่าในขณะที่ได้เข้าทำสัญญาแทนผู้ถูกกระทำการแทนนั้น ผู้แทนได้รับมอบอำนาจแล้วซึ่งอาจจะเป็นอำนาจทั่วไปหรือเป็นอำนาจเฉพาะกาลก็ได้

มีข้อสังเกตว่า

1) ในกรณีของสัญญาได้ทำขึ้นโดยมีข้อไขว่าจะต้องมีการรับรองกันในภายหลังหากมิได้มีการรับรองเกิดขึ้นจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งจะดำเนินการได้แต่เฉพาะตามกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 ในกรณีปกติแล้วในการทำสัญญาโดยมีผู้แทนนั้นหลักกฎหมายแพ่งมักจะสันนิษฐานว่าผู้แทนได้แสดงตนว่าได้ทำการเป็นผู้แทน แต่ปรากฏว่าในมาตรา 32 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้บัญญัติว่า “ถ้าในขณะที่ตกลงทำสัญญา ผู้แทนมิได้แสดงตนว่าเป็นผู้แทนดังนี้ ผู้ถูกทำการแทนจะเข้าเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้โดยตรงได้ต่อเมื่อบุคคลที่ตนทำสัญญาด้วยนั้นพึงรู้ได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า ได้มีการ

²⁸ Article 32 Where a person who is authorized to act as agent for another enters into a contract in the name of his principal, rights and obligations deriving therefrom devolve on the principal and not on the agent.

Where the agent did not disclose the agency when entering into the contract, there is no privity of contract with the principal, unless from the circumstances the other party had implied notice of the agency, or the identity of the contracting party was a matter of indifference to such other party.

In other cases an assignment of claim or assumption of debt in accordance with the principles applicable thereto is required.

มอบให้ทำการแทนหรือไม่มีข้อเป็นสาระสำคัญว่าจะทำสัญญากับบุคคลใดก็ได้” ฉะนั้น จึงเป็น ปัญหาในข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง²⁹

2) ตามประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้บัญญัติไว้ว่ามีการทำการแทนในเมื่อ

ก. ผู้แทนได้แสดงตัวว่าเป็นผู้ทำการแทน

ข. เมื่อบุคคลที่เป็นคู่กรณีพึงอนุมานได้โดยพฤติการณ์ว่าได้มีการเป็นผู้แทน กันอยู่หรือไม่เป็นการสำคัญสำหรับตนว่าจะทำสัญญากับใครก็ได้

ค. ตราบใดที่ผู้แทนมิได้ทราบความสิ้นสุดแห่งอำนาจของตน ผู้ถูกทำการ หรือผู้สันนิษฐานยอมเข้าเป็นเจ้าหนี้หรือถูกหนี้เสมือนหนึ่งว่าอำนาจยังคงมีอยู่ เว้นแต่ กรณีทำการ โดย ไม่สุจริต

ง. เมื่อบุคคลใดได้กระทำการในนามของอีกบุคคลหนึ่งโดยมิได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตัวแทน บุคคลนั้นจะต้องผูกพันต่อเมื่อคนได้ให้สัตยาบัน อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะเรียกให้ ผู้ถูกทำการแทนนั้นแจ้งมาให้ทราบภายในเวลาอันสมควรว่าตนจะให้สัตยาบันหรือไม่ ถ้าไม่ ให้ สัตยาบันตนก็ไม่ต้องผูกพัน

ในกรณีผู้ถูกทำการแทนซึ่งเงินเล่มมิได้บังคับให้ผู้แทนคืนเอกสารมอบ อำนาจ จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายไหมทดแทนต่อบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต(มาตรา 36)³⁰

หากผู้แทนทำมิชอบ ผู้แทนอาจถูกฟ้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเพราะการบอกเลิกสัญญา เว้นแต่ตนจะพิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ หรือควรจะรู้ว่า ตนไม่มีอำนาจ(มาตรา 39)³¹

²⁹ เสริม วินิจจกุล, คำบรรยายกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ประจำปีการศึกษา 2494, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2494) น.30 – 35.

³⁰ Article 36 Where a power of attorney has been handed to the agent, he is after the termination of the authority bound to return the instrument or to deposit it with the court.

Where the principal or his successors fail to enforce the return or the deposit of the instrument, they are liable to compensate bona fide third persons.

³¹ Article 39 In the case of an express or implied refusal of the ratification, the alleged agent is liable for the damages resulting from the failure of the contract unless he proves that the other party knew or should have had knowledge of the absence of authority.

Where the agent is culpable, the court may, if it deems just, award further damages.

การให้สัตยาบันถือว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวอันเพิกถอนเสียมิได้

2.4 กฎหมายของประเทศอังกฤษ(The English Law)

โดยที่กฎหมายลักษณะสัญญาของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) มิได้มีกฎหมายในเรื่องนิติกรรมและหนี้เป็นพื้นฐานหรือหลักทั่วไปอย่างกฎหมายไทย หรือกฎหมายของประเทศในระบบประมวลอื่นๆ กฎหมายในสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่ากฎหมายลักษณะสัญญาเป็นกฎหมายลักษณะพื้นฐานส่วนหนึ่งในตัวเอง โดยเป็นทั้งที่มาแห่งหนี้ และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับหนี้ในมูลผิดสัญญานี้ในตัว ในทำนองเดียวกันกับกฎหมายในลักษณะละเมิด และทรัสต์ ซึ่งกฎหมายในสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีกฎหมายเรื่องนิติกรรมไว้ใช้บังคับในกรณีที่เกิดขึ้นความสัมพันธ์ของคู่กรณีไม่เป็นทั้งสัญญาและละเมิด แต่ก็มีการพัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่า “กึ่งสัญญา” (Quasi-Contract) และ “หลักกฎหมายปิดปาก” (Estoppel) ขึ้นมาใช้บังคับแทน³²

หากเราพิจารณารายละเอียดเนื้อหาในกฎหมายสัญญา(The Law of Contract) ของประเทศอังกฤษจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาเรื่องของหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้ต่อการกระทำของบุคคลที่ชำระหนี้แทนลูกหนี้ในกรณีเช่นนี้จัดเป็นส่วนของการชำระหนี้ตอบแทนอย่างหนึ่งที่ลูกหนี้ได้ดำเนินการผ่านบุคคลคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ตัวแทน” โดยในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (The Common Law System) มีหลักเรื่อง Qui facit per alium , facit per se (any person can act through an agent) ซึ่งเกิดใน สมัย King Edward I (ค.ศ.1272 – 1307) จุดกำเนิดของตัวแทนในกฎหมายอังกฤษมาจากความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ในกรณีที่ลูกจ้างเป็นตัวแทนและได้ไปทำการละเมิดต่อบุคคลภายนอก จึงเกิดหลักตัวแทนทำละเมิดด้วยเหตุผลความสะดวกในทางปฏิบัติ ต่อมาในศตวรรษที่ 17 ความจำเป็นทางการค้าและกฎหมายศาสนาทำให้เกิดตัวแทนขึ้นอย่างรวดเร็ว มีตัวแทนทำหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินส่วนที่เป็นที่ดินและมีทนายความเป็นตัวแทนในการดำเนินคดีในศาล จากนั้นที่ของศาลสมัยกลาง(medieval courts) แสดงว่ามีตัวแทนทางการค้าเกิดขึ้น และในระหว่างศตวรรษที่ 14 – 15 มีการเกิดขึ้นของบริษัททางการค้าเมื่อบริษัททางการค้ามีมากขึ้นก็ทำให้มีความจำเป็นต้องใช้ตัวแทนมากขึ้น และในสมัยกลาง(The

Nothing herein shall affect claims for unjustifiable enrichment.

³² พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล, “กฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์,” ในเอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ ฉบับปรับปรุง หน่วยที่ 8-15, (นนทบุรี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ,2542) น.348.

Middle Ages) กฎหมายศาสนามีส่วนสนับสนุนการพัฒนาตัวแทน เมื่อสถาบันสงฆ์ในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งมีความจำเป็นต้องใช้ตัวแทนในการทำงานของศาสนจักรติดต่อกับและปฏิสัมพันธ์กับโลกภายนอกซึ่งต้องมีกฎเกณฑ์สำหรับตัวแทนของศาสนจักรที่จะผูกพันสถาบันสงฆ์ พ่อค้าต่าง ๆ ได้นำกฎที่เกี่ยวข้องกับโบสถ์คริสต์นี้ (ecclesiastical rules) มาใช้กับตัวแทนทางการค้าของตน เมื่อธุรกิจการค้าเจริญมากขึ้นเกิดตราสารประเภทตั๋วเงินและในทางปฏิบัติของธนาคารที่ต้องจ่ายเงินตามตั๋วเงินจากบัญชีของลูกค้านาคารให้แก่บุคคลภายนอกเป็นสถานการณ์เริ่มแรกสุดที่เริ่มเบี่ยงเบนออกจากแนวคิดยุคแรกว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องกระทำการเพื่อตนเองเท่านั้น ตัวอย่างอื่นในยุคแรกที่ตัวแทนทำงานแทนตัวการ คือ เรื่องเจ้าสำนักโรงแรม และเรื่องเจ้าของเรือกับผู้ขนส่งบุคคลเหล่านี้เป็นเพราะสถานะพิเศษหรือสถานการณ์พิเศษ เช่น จากระยะทางที่ห่างไกลทำให้ควบคุมไม่ได้ ทำให้เกิดความรับผิดชอบพิเศษขึ้นในการกระทำของบุคคลอื่นภายใต้การดูแลของเขา หรือสินค้าในควบคุมดูแลของเขา พวกเขาถูกศาลตัดสินให้ต้องรับผิดชอบในสินค้าที่สูญหายหรือต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของลูกจ้างหรือตัวแทนของเขา ดังนั้น กฎหมายในยุโรปยุคแรกมีการยอมรับว่าสัญญาสามารถทำขึ้นได้โดยผ่านการทำงานของตัวแทนและไม่ใช้ตัวแทนผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อสัญญานั้น แต่เป็นตัวการเพราะสัญญาเหล่านั้นถูกให้สัตยาบันโดยตัวการ นอกจากนี้เมื่อตัวแทนมาจากความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ตัวแทนจึงถูกมองว่าเป็นชนชั้นลูกจ้างชนิดพิเศษ (a particular class of servant) มีข้อแตกต่างอย่างเดี๋ยวก็คือตัวแทนทำงานในทางธุรกิจ ในขณะที่ลูกจ้างทำงานให้กับนายจ้างในเรื่องอื่น ๆ อย่างไรก็ตามในศตวรรษสุดท้ายได้เกิดการแบ่งแยกกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างกับกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน ซึ่งเป็นผลมาจากการพัฒนาการ 2 เรื่อง คือ 1) การเจริญเติบโตทางการค้า มีส่วนสำคัญอย่างมากในการพัฒนา ในการผลักดันให้ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายสัญญา 2) กฎหมายว่าด้วยนายจ้างและลูกจ้างกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ภายในครัวเรือนหรือเป็นเรื่องส่วนตัวเอกชน (domestic relation) การแก้ไขปัญหาคือแตกต่างระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างและตัวการกับตัวแทนก็คือเรื่องตัวการกับตัวแทนเป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งทำการแทนอีกบุคคลหนึ่ง ด้วยวัตถุประสงค์ในการนำตัวการไปมีความสัมพันธ์ตามสัญญากับบุคคลภายนอก ในขณะที่ลูกจ้างเป็นบุคคลที่ถูกใช้ให้ทำงานบริการและต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและสั่งการจากนายจ้างที่อยู่สถานะมีอำนาจเหนือกว่า ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมาตัวแทนอีกประเภทหนึ่ง broker และ factor เกิดขึ้นมาเพื่อทำงานเกี่ยวข้องกับกฎหมายทางพาณิชย์ (commercial law) และตัวแทนได้กลายมามีบทบาทสำคัญต่อความจำเป็นทางการค้า (become essential to the necessities commerce) และได้มาถึงเวลาที่สถานะของลูกจ้างได้เปลี่ยนรูปแบบไปสู่สถานะของตัวแทนซึ่งเป็นสถานะที่สูงกว่า ดังนั้นตัวแทนซึ่งเริ่มมีอีก

สถานะหนึ่งได้ก่อตั้งขึ้นในกฎหมายสมัยใหม่ เกิดขึ้นได้ด้วยกฎหมายว่าด้วยสัญญาและความยินยอม³³

ในส่วนของกฎหมายสัญญาของประเทศไทยถือว่าการเป็นตัวแทนซึ่งติดต่อกับบุคคลภายนอกเนื่องจากเขากระทำการแทนหรือรับจ้างเพื่อวัตถุประสงค์ให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมาย โดยกฎหมายสัญญาของประเทศไทยดังกล่าวมีรายละเอียดว่า ความสามารถในการทำสัญญาอย่างสมบูรณ์มิได้เป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการดำเนินการแทนบุคคลอื่นในฐานะตัวแทน เนื่องจากในบางกรณีผู้เยาว์สามารถเป็นตัวแทนบุคคลซึ่งถูกทำการแทนได้แม้ว่าเขาจะมีความสามารถที่ไม่เต็มที่ อันอาจเป็นเพราะกำลังมิให้ผู้ทำการแทนดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่เขาทำการแทน ซึ่งการเป็นตัวแทนอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีหนึ่งกรณีใดจาก 5 วิธีการ คือ

- 1) โดยมีสัญญาระบุให้อำนาจอย่างแท้จริงจากตัวการในการแต่งตั้งให้เป็นตัวแทน
- 2) โดยการให้สัตยาบันจากตัวการสำหรับการเข้าทำสัญญาของตัวแทนซึ่งกระทำการนอกเหนืออำนาจของตัวแทน
- 3) โดยการเป็นตัวแทนโดยปริยายจากตัวการในกรณีที่มิได้มีการมอบอำนาจอย่างเป็นทางการให้ไว้
- 4) โดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายในกรณีของหญิงมีสามีที่อยู่กินฉันท์สามีภริยากับสามี
- 5) โดยเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเป็นตัวแทนในกรณีที่มีความจำเป็นฉุกเฉิน³⁴

สำหรับกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญาซึ่งได้ดำเนินการแทนผ่านทางตัวแทนนั้น เมื่อตัวการได้มอบหมายให้ตัวแทนดำเนินการแทนตัวการอย่างเป็นทางการ ตัวการจึงต้องรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญา โดยการดำเนินการทั้งหลายของตัวแทนซึ่งได้กระทำภายในขอบอำนาจหน้าที่ซึ่งมีหลักภาษิตกฎหมาย (The maxim) กล่าวไว้ย่อๆ ว่า “Qui facit per alium, facit per se” ซึ่งในเรื่องดังกล่าวรวมถึง

³³ Peter de Cruz, Comparative Law in a changing world, อ้างใน จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน หน้า ข้างทำของ รัชชน, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม – ปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547) น.5 – 7.

³⁴ A.G.Guest, M.A., Anson's Law of Contract, (London : Oxford University Press, 1979) p.593.

กรณีของการเป็นตัวแทนโดยปริยายด้วย ทั้งนี้เนื่องจากการเป็นตัวแทนในสองกรณีข้างต้นตัวการจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนของตน และขณะเดียวกันการกระทำของตัวแทนนั้นอยู่ภายในขอบเขตของการมอบหมายซึ่งตัวแทนไม่มีการฝ่าฝืนขอบเขตข้อจำกัดของอำนาจในทางความเป็นจริง และอยู่ภายในขอบเขตที่ตัวการกำหนด ตัวอย่างเช่น ในกรณีของตัวแทนซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ไม่ว่าอย่างไรก็ตามตัวการจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกแม้ว่าตัวแทนจะกระทำการเพื่อประโยชน์ของตัวแทนเอง และเป็นการฉ้อฉลตัวการของตัวแทนเอง (อ้างถึงในคดี *Hambro V. Burnand and others* [1904] 2 K.B.10.)³⁵ โดยถือหลักว่าตัวการได้มาซึ่งสิทธิต่อบุคคลภายนอกภายใต้สัญญาซึ่งตัวแทนกระทำการแทนภายในขอบเขตซึ่งได้รับการมอบหมาย และขณะเดียวกันในกรณีที่ปรากฏว่าตัวการได้ให้สัตยาบันสำหรับสัญญาซึ่งกระทำการโดยปราศจากการให้อำนาจไว้ก่อนที่ตัวการจะได้มาซึ่งสิทธิต่อบุคคลภายนอกก็ควรจะต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน

ในกรณีการชำระหนี้ผ่านทางตัวแทนมีเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่บ่อย ๆ ว่า ทั้งตัวการและบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญากับตัวการซึ่งผูกพันภายใต้สัญญาผ่านทางตัวแทน ตัวการหรือบุคคลภายนอกต่างมีเจตนาที่จะชำระหนี้ อาจจะเป็นเงิน หรือเป็นการชำระหนี้อย่างอื่นซึ่งกันและกัน ในบางกรณีตัวแทนเองกระทำการผิดพลาด อาทิเช่น ไม่มีการชำระหนี้ เป็นต้น มีปัญหาว่าลูกหนี้ที่เป็นตัวการจะต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้อีกครั้งหรือไม่ สำหรับคำตอบนี้ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญาเชื่อตามแนวทางที่เคยปฏิบัติต่อกันมาว่าหนี้้นั้นมีการชำระแล้ว เมื่อเป็นเช่นนั้นบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญาจะถูกปิดปาก(*estopped from claiming*) จากการใช้สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้อีกครั้งหนึ่ง(อ้างถึงในคดี *Irvine & Co. v. Watson & Sons*. [1880], 5 Q.B.D.414.)³⁶ ส่วนในกรณีของการชำระหนี้ของบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญาหากชำระหนี้ผ่านตัวแทนของตนหากปรากฏว่าไม่มีการชำระหนี้เกิดขึ้นเหตุผลสำหรับคำตอบในกรณีนี้ตัวแทนซึ่งได้รับมอบอำนาจในการขายไม่มีความจำเป็นที่จะได้รับมอบหมายให้ยอมรับเงินค่าซื้อสินค้า(อ้างถึงในคดี *Butwick v. Grant* [1924] 2 K.B. 483.)³⁷

กล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้เพื่อการกระทำของบุคคลที่มีอำนาจชำระหนี้แทนลูกหนี้ในระบบกฎหมายอังกฤษได้ว่า ความรับผิดชอบระหว่างผู้ที่มีอำนาจในการชำระหนี้แทนลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบสำหรับหน้าที่ที่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

³⁵ *Ibid.*, pp.616 – 617.

³⁶ *Ibid.*, p.623.

³⁷ *Ibid.*, p.624.

เว้นแต่จะได้มีการกำหนดหน้าที่ไว้เป็นอย่างอื่น ส่วนผู้ให้ทำการชำระหนี้แทนตนมีผลต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินการของผู้ที่มีอำนาจชำระหนี้แทน

3. บทวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบ

1) ประเด็นปัญหาเรื่องเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญของตัวบทบัญญัติกฎหมายในมาตรา 220 มีความแตกต่างกับเนื้อหาตัวบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 278 ในบางประการเพียงใด

ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 220 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (The German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch “BGB”) มาตรา 278 แต่ปรากฏว่าในคัตลอกเนื้อหาตัวบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันดังกล่าวมิได้นำเนื้อหาทั้งหมดทุกตัวอักษรเสียทีเดียว ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ศึกษาได้ตรวจพบข้อสังเกตของความแตกต่างในส่วนถ้อยคำที่เป็นสาระสำคัญของบทบัญญัติกฎหมายของไทยดังกล่าวบางประการ อันมีผลต่อการปรับใช้กฎหมาย ซึ่งอาจแจกแจงดังนี้

1. จากบทบัญญัติมาตรา 278 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้บัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า

“Section 278 [Responsibility for persons employed in performing obligation] A debtor is responsible for the fault of his legal representative and of persons whom he employs in performing his obligation, to the same extent as for his own fault. The provision of section 276(2) does not apply.”

แต่ในส่วนของบทบัญญัติมาตรา 220 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย กลับได้บัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า

“Section 220 A debtor is responsible for the fault of his agent , and of persons whom he employs in performing his obligation, to the same extent as for his own fault. In such case the provisions of section 373 have no application.”

ซึ่งหากพิเคราะห์พิจารณาแล้วจะเห็นข้อสังเกตเกี่ยวกับบุคคลที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบจากความผิดของบุคคลเฉพาะตามบทบัญญัติของมาตรา 220 จำกัดแต่เพียงบุคคลผู้เป็นตัวแทน (agent) และบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ให้ชำระหนี้แทน (of persons whom he employs in performing his obligation) โดยในความเป็นจริงหากเราย้อนไปดูตัวบทที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 278 ดังกล่าวได้บัญญัติแต่เพียงบุคคลที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบจากความผิดของ ผู้แทนตามกฎหมาย (legal representative) กับบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ให้ชำระหนี้แทน (of persons whom he employs in performing his obligation) เท่านั้น

2. จากข้อสังเกตดังกล่าวมีผลต่อการพิจารณานำเนื้อความตามบทบัญญัติในมาตรา 220 มาปรับใช้กับคดีกล่าวคือ

2.1 บุคคลที่ถูกหนี้ยจะต้องรับผิดชอบในความผิดของบุคคลที่ตนใช้หากเป็นกรณีผู้แทนตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการแทนลูกหนี้ยในนิติกรรมอย่างใดจะสามารถใช้เนื้อความที่เป็นถ้อยคำในบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในส่วนเฉพาะ “บุคคลที่ถูกหนี้ยใช้ให้ชำระหนี้แทน (of persons whom he employs in performing his obligation)” เท่านั้น เนื่องจากในส่วนของบุคคลที่กฎหมายบัญญัติในก่อนหน้านี้นี้คือคำว่าตัวแทนหากพิจารณาถ้อยคำแบบผิวเผินแล้วไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีข้างต้นได้ ซึ่งหากเนื้อความของบทบัญญัติกฎหมายในมาตรา 220 ของไทยเป็นไปตามถ้อยคำที่กล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 278 ขอบเขตของการปรับใช้ข้อเท็จจริงกับตัวบทกฎหมายสามารถดำเนินการได้ทันทีโดยไม่ต้องตีความ ทั้งนี้เนื่องจากในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตราดังกล่าวกำหนดบุคคลที่ชำระหนี้แทนลูกหนี้ยไว้ในส่วนแรกคือผู้แทนหรือตัวแทนตามกฎหมายซึ่งจะมีความหมายตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมากกว่า

2.2 เหตุที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไว้ตามข้อ 2.1 ก็เพราะคำว่าตัวแทนนั้นมีความหมายที่เป็นส่วนหนึ่งของถ้อยคำในตัวบทกฎหมายมาตรา 220 ที่ใช้คำว่า“บุคคลที่ถูกหนี้ยใช้ให้ชำระหนี้แทน (of persons whom he employs in performing his obligation)” แต่ในกรณีข้อเท็จจริงหากเป็นบุคคลซึ่งเป็นผู้แทนหรือตัวแทนตามกฎหมาย (statutory agent) จะต้องตีความตัวบทกฎหมายตามข้อความดังกล่าวให้กว้างขวางเพื่อให้ครอบคลุมถึงบุคคลข้างต้นอันอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายมาตรานี้ในโอกาสถัดไปได้ ทั้งนี้เนื่องจากคำว่าตัวแทนกับคำว่าผู้แทนหรือตัวแทนตามกฎหมายมีความหมายแตกต่างกัน โดยเหตุที่คำว่า “ผู้แทน” ซึ่งได้แก่ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนนิติบุคคล ผู้อนุบาล ผู้จัดการมรดก³⁸ เป็นต้น ล้วนแต่เกิดโดยอำนาจของกฎหมายหรือตามคำสั่งศาล โดยอาจกล่าวได้ว่าผู้แทนหมายถึงบุคคลผู้กระทำการแทนตัวการ เป็นตัวแทนในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งนักวิชาการท่านหนึ่งให้ข้อสังเกตว่า ผู้แทนต่างกับตัวแทนตรงที่ว่าตัวแทนนั้นต้องกระทำการกับบุคคลภายนอก ส่วนผู้แทนอาจไม่ทำการกับบุคคลภายนอกก็ได้³⁹ ซึ่งในเรื่องนี้อาจจะไม่ตรงกับความเป็นจริงนัก เนื่องจากจุดต่างที่สำคัญนั้นอยู่ที่อำนาจอิสระ กล่าวคือ ตัวแทนโดยทั่วไปแล้วอยู่ในอำนาจสั่งการของตัวการเหมือนนายกับบ่าว แม้เป็นตัวแทนที่อิสระอย่างไรก็ต้องฟังตัวการ (ตัวอย่างเช่น ทนายความ เป็นต้น) ตัวการสั่งให้หยุดตัวแทนต้องหยุด ผิดกับผู้แทนซึ่งเป็นผู้แสดงเจตนาของตัวการและการกระทำการแทนตัวการโดยดุลพินิจ ไม่ต้องให้ตัว

³⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้วเพิ่มเติม-ปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548) น.353.

³⁹ มาโนช สุทธิวาทนฤพุฒิ, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน หน้า 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2518) น.119.

การบงการ(ตัวอย่างเช่น ผู้แทนเฉพาะคดี เป็นต้น) สามารถตัดสินใจดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตัวการผู้ไร้ความสามารถโดยดุลพินิจของตนเอง ผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้แสดงออกซึ่งเจตนาของนิติบุคคลและกระทำการต่าง ๆ แทนนิติบุคคลซึ่งไม่มีชีวิตจิตใจ ตัวอย่างเช่น ผู้แทนนิติบุคคลจำเป็นต้องฟ้องคดีก็ย่อมจะทำได้ หากไม่ทำเองก็มีอำนาจที่จะแต่งตั้งทนายความทำแทนโดยไม่ถือว่าเป็นการตั้งตัวแทนช่วง (อ้างถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 672/2486 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 60) ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าผู้แทนนั้นอยู่ในฐานะเป็นนายของตัวการ⁴⁰

3. อย่างไรก็ดี เมื่อผู้ศึกษาได้ทบทวนย้อนไปศึกษาถึงที่มาของการร่างตัวบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 220 อีกหลายครั้ง ซึ่งได้เคยมีการร่างกฎหมายเป็นภาษาอังกฤษมาก่อนการแปลเป็นภาษาไทยจะพบว่า ในส่วนของคำว่า “ตัวแทนแห่งตน (agent)” นั้น น่าจะมาจากคำว่า “statutory agent” หรือแปลเป็นถ้อยคำภาษาไทยได้ว่า “ผู้แทนโดยการแต่งตั้งตามกฎหมาย”^{41 42} น่าจะมีความใกล้เคียงและตรงกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายในมาตราดังกล่าวมากกว่าถ้อยคำภาษาไทยที่ปรากฏในตัวบทประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับภาษาไทยแต่เพียงอย่างเดียว

4. จากข้อมูลเพิ่มเติมตามข้อ 3. ทำให้เป็นข้อมูลที่มีน้ำหนักมากยิ่งขึ้นเกี่ยวกับแนวทางการใช้และการตีความกฎหมายของผู้ใช้กฎหมายที่มีต่อถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายในมาตรา 220 ที่ว่า “ตัวแทนแห่งตน(agent)” นั้นน่าจะหมายถึง “ผู้แทนหรือตัวแทนตามกฎหมาย” ส่วนคำว่า “บุคคลที่ถูกนี้ใช้ให้ชำระหนี้แทน (of persons whom he employs in performing his obligation)” นั้นน่าจะเป็นกรณีของตัวแทนที่มีสัญญาและไม่มีสัญญาจะมีเหตุผลที่ดีกว่า

ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าเพื่อเป็นการสร้างความเข้าใจในการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 220 ควรจะพิจารณารายละเอียดของเนื้อหาในตัวบทประกอบกับเนื้อหาและเจตนารมณ์ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 278 ด้วย จะทำให้การใช้และการตีความกฎหมายของผู้ใช้และผู้ร่างกฎหมายสัมฤทธิ์ผลยิ่งขึ้น

2) ประเด็นปัญหาเรื่องผลทางปฏิบัติอันเกี่ยวกับขอบเขตแห่งการรับผิดชอบของลูกหนี้จากการที่มีบุคคลที่กระทำการชำระหนี้แทนลูกหนี้

⁴⁰ สถิตย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยตัวแทนนายหน้า, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2539) น.23.

⁴¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529) น.84.

⁴² E.J. Cohn , *supra* note 11, p.87.

เนื่องจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 220 ซึ่งเกี่ยวกับความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากมูลสัญญา (contractual liability) ⁴³ ได้กล่าวถึงขอบเขตแห่งการรับผิดชอบของลูกหนี้จากที่มีบุคคลที่กระทำการชำระหนี้แทนลูกหนี้โดยขนาดเสมอกับว่าเป็นความผิดของตนเอง (to the same extent as for his own fault) คือ การให้เทียบระดับความผิดของบุคคลที่ถูกใช้ในการชำระหนี้เหมือนอย่างว่าเป็นความผิดของลูกหนี้เอง ซึ่งถ้าการปฏิบัติที่บุคคลนั้นได้กระทำไปยังไม่ถึงขนาดซึ่งหากลูกหนี้ได้ทำเองจะเอาผิดแก่ลูกหนี้ได้ ลูกหนี้ก็ยังจะต้องรับผิดชอบสำหรับเรื่องดังกล่าวไม่ ⁴⁴

หากเปรียบเทียบผลทางปฏิบัติอันเกี่ยวกับขอบเขตแห่งการรับผิดชอบของลูกหนี้จากที่มีบุคคลที่กระทำการชำระหนี้แทนลูกหนี้ในกฎหมายในต่างประเทศ อาทิเช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (The German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch "BGB")) ในมาตรา 831 ⁴⁵ และประมวลกฎหมายหนี้สวิสส์ (The Swiss Federal Code of Obligations) ในมาตรา 55 ⁴⁶ ได้กำหนด

⁴³ ไพจิตร บุญญพันธุ์, ประมวลบันทึกหมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกา และคดี (ประมวลบันทึกหมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตกค้าง), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), น.103.

⁴⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527) น.625.

⁴⁵ section 831 [liability for employees]

(1) A person who employs another to do any work is bound to compensate for any damage which the other unlawfully causes to a third party in the performance of his work. The duty to compensate does not arise if the employer has exercised necessary care in the selection of the employee ; and, where he has to supply apparatus or equipment or to supervise the work, has also exercised ordinary care as regards such supply or supervision, or if the damage would have arisen notwithstanding the exercise of such care.

(2) The same responsibility attaches to a person who, by contract with the employer, undertakes to take charge of any of the matters specified in (1), sent. 2.

⁴⁶ Section 55 (1) The proprietor of a business is liable for damage caused by his employees or other helpers in the exercise of their service or business functions, unless he proves that he exercised due care necessary in the circumstances to prevent such damage, or that the damage would have arisen notwithstanding the exercise of such care.

ข้อแตกต่างเกี่ยวกับความรับผิดชอบของลูกหนี้จากการใช้บุคคลอื่นชำระหนี้เป็น 2 ส่วนคือในส่วนที่ 1 ในกรณีที่ลูกจ้างทำผิดในขณะที่ปฏิบัติการเพื่อนายจ้าง กฎหมายเยอรมันและกฎหมายสวิสยอมให้นายจ้างพิสูจน์ว่าตนได้คัดเลือกลูกจ้างด้วยความระมัดระวังตามสมควรแล้ว ซึ่งทำให้นายจ้างพ้นจากความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดอันลูกจ้างได้กระทำได้ แต่ในส่วนที่สองในเรื่องของสัญญา นายจ้างหาพ้นจากความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของลูกจ้างไม่ได้ โดยมีข้อสังเกตว่าข้อแตกต่างเกี่ยวผลในทางปฏิบัติอันเกี่ยวกับขอบเขตแห่งการรับผิดชอบของลูกหนี้จากที่มีบุคคลที่กระทำการชำระหนี้แทนลูกหนี้ดังกล่าวนี้ไม่มีในกฎหมายไทย⁴⁷

3) ประเด็นปัญหาเรื่องการที่คนขับรถไม่ใช่ลูกจ้างของจำเลยแต่ถือว่าเป็นบุคคลอื่นที่ลูกหนี้ใช้ในการชำระหนี้(มาตรา 220) ลูกหนี้จะเรียกให้ผู้ก่อความเสียหายชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ตนได้ใช้ไปให้แก่ผู้ต้องเสียหายไปแล้วได้หรือไม่

ดังตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 431/2509

“จำเลยเป็นบริษัทกระทำการกิจการรับขนคนโดยสาร ต้องรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดแก่โจทก์ซึ่งเป็นคนโดยสาร เว้นแต่การเสียหายเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดแต่ความผิดของโจทก์ ฉะนั้นแม้รถคันเกิดเหตุจะไม่เป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย และคนขับไม่ใช่ลูกจ้างจำเลยก็ตาม แต่ถ้าวรณคนนั้นอยู่ในความควบคุมของจำเลย และรับส่งคนโดยสารในปกติธุรกิจของจำเลยโดยตรง เมื่อคนขับประจารถได้ขับรถโดยประมาททำให้โจทก์เสียหายแล้ว จำเลยก็ต้องรับผิดชอบ

จำเลยที่ 2 เป็นผู้รับรถจำเลยที่ 3 เข้าเดินอยู่ก่อนโดยได้รับแบ่งผลประโยชน์จากค่าโดยสาร ต่อมาเมื่อจำเลยที่ 1 ได้รับสัมปทานได้เอารถซึ่งตนควบคุมอยู่นั้นเข้ามาเดินในเส้นทางสายนี้ อันเป็นกิจการอยู่ในวัตถุประสงค์ของจำเลยที่ 1 ย่อมถือได้ว่าจำเลยที่ 2 มอบหมายให้จำเลยที่ 1 เป็นผู้ดำเนินการขนส่งแทนจำเลยที่ 2 หาใช่จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 3 ไม่”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นที่เป็นความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากมูลสัญญา (contractual liability) ไม่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิด (tortious liability) สืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายที่ว่า “ผู้ใดทำสิ่งใดโดยบุคคลอื่นเท่ากับทำด้วยตนเอง” (qui facit per alium, facit per se) กรณีจำเลยที่ 1 ถือว่าไม่เคยร่วมมีกรรมสิทธิ์ในรถ

(2) The proprietor has right of recourse against the person who caused the damage to such extent as the latter is personally liable.

⁴⁷ หุุด แสงอุทัย, “การวินิจฉัยคดีแพ่ง,”. ในบทความกฎหมายพิมพ์แจกในงานพิธีพระราชทานเพลิงศพ ฯพลโท อัมพร ศรีไชยยันต์, (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงยุติธรรม ,2513), น.

ยนต์คันนั้น และนายชมก็ไม่ใช่ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 แต่ศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นบริษัท จำกัด กระทำกิจการรับขนคนโดยสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 608 ซึ่งต้องรับผิดชอบตามมูลสัญญาและตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 634 จึงไม่เกี่ยวกับข้อที่ว่ารถนั้นจะเป็นของจำเลยที่ 1 หรือเมื่อนายชมคนขับ จะมีลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ก็ตาม ทั้งนี้ก็จะต้องเห็นว่าโจทก์มิได้ฟ้องโดยมูลความรับผิดชอบทางละเมิด (มาตรา 425) แต่ถ้าหากนายชมเป็นลูกจ้างจำเลยที่ 1 และโจทก์ตั้งฟ้องมาในมูลหนี้นี้ด้วย จำเลยที่ 1 ก็ย่อมต้องรับผิดชอบโจทก์โดยมูลหนี้นี้ด้วยอย่างไม่มีปัญหา

สำหรับข้อเท็จจริงตามตัวอย่างข้างต้นการที่กฎหมายให้บุคคลต้องรับผิดชอบ ชดใช้เงินให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อการที่บุคคลอีกผู้หนึ่งต้องจ่ายเงินให้แก่บุคคลภายนอกตามกฎหมายนั้น ในกฎหมายอังกฤษถือว่ามิใช่ลักษณะคล้ายสัญญา (quasi-contract) อย่างหนึ่ง แม้จะไม่มีรากฐานอยู่ที่ความยินยอมของคู่กรณีและมีสิทธิที่จะได้รับชดใช้คืนได้เช่นกัน (อ้างถึง Wilson ใน Law of Contract, 1st ed., 1957, p.481 และ Anson ใน Principles of the English Law of Contract, 21st ed., 1961, p.540-542) ส่วนตามกฎหมายไทยจะเรียกให้ชดใช้กันไม่ได้ จะไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง เพราะเห็นได้ชัดว่า ไม่ใช่ความผิดของผู้ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเช่นกรณีตามฎีกาฉบับนี้ นายชม (คนขับรถ) ไม่ใช่ลูกจ้างจำเลยที่ 1 จึงนำมาตรา 426 มาใช้บังคับไม่ได้โดยตรง ดังนี้จะนำบทบัญญัติว่าด้วยการรับช่วงสิทธิ (มาตรา 226-227) มาใช้บังคับกันได้หรือไม่ หรืออาจต้องนำ มาตรา 4 เกี่ยวกับการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งประกอบกับมาตรา 426 มาใช้บังคับโดยอนุโลม⁴⁸

4) ประเด็นปัญหาเรื่องความเดือดร้อนของคู่สัญญาที่เกิดขึ้นจากการกำหนดช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในรูปแบบต่างๆ ไว้ในสัญญา

เนื่องจากของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่านั้น นับวันยิ่งจะมีเพิ่มมากขึ้นตามความเจริญเติบโตของเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งศาลในต่างประเทศได้เห็นพ้องต้องกันว่า ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนั้นเป็นเหตุให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ จึงได้มีความพยายามหามาตรการต่างๆ ในการเข้ามาควบคุมการกำหนดช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ในสัญญา โดยวิธีการอ้างบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายเพื่อเข้ามาควบคุม อาทิเช่น เรื่องหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน , หลักการตีความสัญญา , หลักสุจริต , หลักกฎหมายอื่นๆ (ได้แก่ หลักกฎหมายที่ว่าศาลจะตีความข้อจำกัดความรับผิดชอบไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่อ้างข้อสัญญาดังกล่าวให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งภาษาลาตินเรียกว่า “The Contra Proferentem Rule” , หลักกฎหมายที่ว่าหากคู่สัญญาฝ่ายใดทำผิดข้อสัญญาที่เป็นรากฐานหรือหัวใจ

⁴⁸ ไพจิตร บุญพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 43 , น.102-105.

ของสัญญาแล้วคู่สัญญาฝ่ายนั้นจะอ้างข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดไม่ได้ซึ่งเรียกว่าหลัก “The Fundamental Breach”) เป็นต้น ในบางประเทศก็นำเอามาตรการที่ใช้ควบคุมข้อสัญญาสำเร็จรูปไปบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศเยอรมัน โดยสืบเนื่องจากในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งจนกระทั่งถึงปัจจุบัน การดำเนินการทางด้านเศรษฐกิจในประเทศเยอรมัน บริษัทประกันภัย, ธนาคาร และบริษัทขนาดใหญ่ต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะดำเนินธุรกิจของตนให้ถูกต้องตามหลักเหตุและผล (rationalize) โดยการละทิ้งวิธีปฏิบัติที่ตอรองในกิจการกับลูกค้าแต่ละราย มีการนำข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงความเสี่ยงภัยที่สำคัญประการหนึ่งได้แก่ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ซึ่งผู้ที่ทำข้อสัญญามาตรฐานขึ้นมักจะกำหนดไว้ในสัญญาจึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นจากข้อสัญญาดังกล่าว ศาลจึงได้เข้าควบคุมโดยได้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (The German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch “BGB”)) มาปรับใช้เพื่อควบคุมการใช้สัญญาสำเร็จรูป รวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้เข้ามาแทรกแซงโดยการตรากฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่ง คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป ค.ศ. 1976 (The Standard Terms Act 1976) โดยรัฐบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1977 ซึ่งเป็นการรวมคำอธิบาย ขยายหรือจำกัดหลักเกณฑ์ที่ศาลเคยสร้างมาก่อนบางส่วนในการวางหลักกฎหมายควบคุมปัญหาอันเกิดจากการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งรวมถึงข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดด้วย อย่างไรก็ตามรัฐบัญญัติฉบับนี้ก็ถูกยกเลิกไปเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2002 เมื่อมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน (The German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch “BGB”))⁴⁹ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยหนี้ (Law of Obligation) ซึ่งมีประเด็นสำคัญที่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงเรื่องหนึ่งก็คือ มีการนำเอาหลักการต่างๆ ของบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งที่ได้แก้ไขขึ้นใหม่ ซึ่งหลักการโดยส่วนใหญ่นั้นมิได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการที่มีอยู่เดิมในรัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป ค.ศ. 1976 (The Standard Terms Act 1976) แต่ก็ได้มีการแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายที่สำคัญในบางประการ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ในส่วนของประเทศอังกฤษได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด จึงได้มีการตรากฎหมายขึ้นฉบับหนึ่งเรียกว่า The Unfair Contract Term Act 1977 เพื่อหาทางตอบโต้และควบคุมการแสวงหาประโยชน์อันไม่เป็นธรรมจากข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าว สำหรับในประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่

⁴⁹ ศรีัญญา โสภณโชติสมบุญ, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 78-79.

ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540⁵⁰ ทั้งนี้เพื่อเป็นการกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขปัญหาคำไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคม⁵¹ โดยผู้ศึกษาจะขอลำถึงหลักการควบคุมเนื้อหาของข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดซึ่งเป็นมาตรการในการควบคุมข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยบทบัญญัติของกฎหมายมาตรการหนึ่งของต่างประเทศและในประเทศไทย ซึ่งอาจแยกรายละเอียดปลีกย่อยได้เป็น 2 ส่วน คือ

ก. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่กฎหมายกำหนดให้ตกเป็นโมฆะ⁵²

ในประเทศเยอรมัน ได้มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งส่วนที่ว่าด้วยข้อสัญญามาตรฐาน กำหนดห้ามยกเว้นและจำกัดความรับผิดในความเสียหายแก่ร่างกาย หรืออนามัยซึ่งเกิดขึ้นจากการละเลยหน้าที่โดยความประมาทเลินเล่อของผู้ทำสัญญามาตรฐาน หรือจากการละเลยหน้าที่โดยจงใจ หรือโดยประมาทเลินเล่อของตัวแทนตามกฎหมายของผู้ทำสัญญามาตรฐานหรือของลูกจ้างที่ผู้ทำสัญญาใช้ในการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศเยอรมันในมาตรา 309(7) หรือในกรณีการห้ามยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นจากการละเลยหน้าที่โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ทำสัญญามาตรฐาน หรือจากการละเลยหน้าที่โดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนตามกฎหมายของผู้ทำสัญญามาตรฐานหรือของลูกจ้างที่ผู้ทำสัญญาใช้ในการชำระหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของประเทศเยอรมัน ในมาตรา 309(8) เป็นต้น โดยหากมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ร่างกาย หรืออนามัยของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าพิจารณาได้ความว่าผู้ทำสัญญา หรือตัวแทน หรือลูกจ้างของผู้ทำสัญญาประมาทเลินเล่อมีผลทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ แต่ถ้าหากเป็นข้อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีอื่น อาทิเช่น ความเสียหายต่อทรัพย์สินจะต้องมีการพิจารณาให้ได้ว่าผู้ทำสัญญา หรือตัวแทน หรือลูกจ้างของผู้ทำสัญญาประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ข้อสัญญาดังกล่าวจึงจะตกเป็นโมฆะ

ในส่วนประเทศอังกฤษ ในบทบัญญัติใน The Unfair Contract Terms Act 1977 ระบุถึงลักษณะของข้อกำหนดที่กำหนดบัญญัติให้เป็นโมฆะไว้หลายประการ ทั้งนี้เนื่องจากประเภทของความเสียหายซึ่งประสงค์จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด หรือหน้าที่ตามสัญญาที่ต้องการจะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย อาทิเช่น การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความประมาทเลินเล่อในความตายหรือการบาดเจ็บแก่กายไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากมูลสัญญาหรือมูลละเมิด ตามมาตรา 2(1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่

⁵⁰ เพิ่งอ้าง , น.2.

⁵¹ หลักการและเหตุผลในการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

⁵² ศรีัญญา โสภณโชติสมบุญ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 49 , น.102-103.

ไม่เป็นธรรม หรือในกรณีที่กำหนดว่า ไม่สำคัญว่าการฝ่าฝืนนั้นเกิดขึ้นโดยจงใจหรือไม่ หรือความรับผิดนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของตนเองโดยตรง หรือจากการกระทำของผู้อื่น ตามมาตรา 1(4) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือในกรณีคำรับรองของผู้ผลิต(หรือผู้จำหน่าย) สินค้าเพื่อผู้บริโภค ในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความสูญหายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องในสินค้าที่อยู่ในระหว่างการใช้ของผู้บริโภค และเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้า ในมาตรา 5(1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น ประกอบกับยังมีบทบัญญัติใน The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค หากมีการกระทำดังกล่าวให้ถือว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค โดยให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญานั้นในสัญญา ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎระเบียบฉบับนี้มีแนวทางในการควบคุมที่ครอบคลุมมากกว่าเดิม เพราะเนื่องจากสามารถใช้ควบคุมข้อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิด รวมไปถึงข้อสัญญาอื่นๆ ที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมได้อีกด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่า The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 มีข้อความในบางส่วนที่ตรงกับข้อความของบทบัญญัติใน The Unfair Contract Terms Act 1977 ในกรณีที่มีข้อขัดแย้งระหว่างกฎระเบียบกับพระราชบัญญัติ จะต้องถือว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นกฎหมายที่มีฐานะเหนือกว่าโดยจะต้องยึดถือใช้บังคับตาม

ในส่วนของประเทศไทยในบทบัญญัติมาตรา 373 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดมิให้ลูกหนี้ทำความตกลงยกเว้นความรับผิดที่เกิดขึ้นจากกลล่อนลถ หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน ประกอบกับได้มีหลักการของกฎหมายใหม่ในมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เพิ่มเติมขึ้นมา ได้กำหนดห้ามทำสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในเรื่องละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำของคู่สัญญาเองหรือของบุคคลอื่นที่คู่สัญญาจะต้องรับผิดด้วย

อาจกล่าวสรุปในส่วนนี้ได้ว่าเนื้อหาของข้อสัญญาที่กฎหมายห้ามทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในส่วนที่เกี่ยวกับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย นั้นกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่เห็นว่า เป็นเรื่องไม่สมควรที่จะให้มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดกันได้ นอกจากนี้การห้ามการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีดังกล่าวไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำของคู่สัญญาเอง หรือของผู้อื่นที่คู่สัญญาจะต้องรับผิดด้วย กฎหมายในประเทศอังกฤษ ไทย และเยอรมัน ก็ได้กำหนดมาตรการการห้ามยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้เป็นแนวทางเดียวกัน สำหรับในบางเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการห้ามยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากมูลสัญญาและละเมิดได้มีส่วนที่เหมือนกันอีกในประเทศอังกฤษและประเทศไทย ส่วนในประเทศเยอรมันมิได้กำหนดรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวไว้

ข. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่กฎหมายกำหนดให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี⁵³

โดยที่ในประเทศอังกฤษใน The Unfair Contract Terms Act 1977 กำหนดให้ข้อสัญญาบางอย่างมีผลใช้บังคับได้ถ้าหากผ่านเกณฑ์การทดสอบความสมเหตุสมผลตามแนวทางในการวินิจฉัยที่กฎหมายกำหนดไว้ อาทิเช่น ในมาตรา 2(2) ที่ระบุว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีของความสูญหายหรือเสียหายอื่นใด ห้ามมิให้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความประมาทเลินเล่อ เว้นแต่ข้อสัญญาหรือประกาศแจ้งผ่านเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล ซึ่งหลักในเรื่องนี้ตรงกับกรณีของข้อสัญญาที่มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ของไทย อาทิเช่น ในมาตรา 8 วรรคสอง ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม หรืออาจเป็นความเสียหายต่อส่วนตัว ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ข้อสัญญาดังกล่าวจะถูกให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น โดยเป็นไปตามแนวทางในการวินิจฉัยในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

สำหรับในประเทศเยอรมันจะไม่มีกฎหมายที่ระบุหลักการในส่วนนี้ เนื่องจากผลบังคับของข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญามาตรฐานของประเทศเยอรมันนั้นถือว่าเป็นโมฆะ ทำให้มีผลใช้บังคับไม่ได้เท่านั้น

5) ประเด็นปัญหาเรื่องพัฒนาการของข้อยกเว้นความรับผิดตามข้อ 4) กับการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายในมาตรา 278 ประกอบกับมาตรา 276 (3) (แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ปี ค.ศ.2002) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน

สืบเนื่องจากพัฒนาการของข้อความรับผิดที่ถูกควบคุมตามข้อ 4) เป็นผลให้มีการปรับเปลี่ยนบทบาทของการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายในมาตรา 278 ประกอบกับมาตรา 276 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันอยู่หลายประการคือ

ก. มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของมาตรา 276 (3) ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันที่มีอยู่เดิมก่อนการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งเมื่อปี ค.ศ. 2002 มีข้อความเพียงว่า

“มาตรา 276 ความรับผิดสำหรับการกระทำของลูกหนี้

(1) ลูกหนี้จะต้องรับผิดสำหรับการกระทำโดยจงใจ และความประมาทเลินเล่อ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หากบุคคลใดมิได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติแสดงว่ากระทำการโดยประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 827 , 828 มาปรับใช้

(2) ลูกหนี้ไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดล่วงหน้าสำหรับการกระทำโดยจงใจ”

⁵³ เพิ่งอ้าง , น.104.

ซึ่งในเวลาถัดมาหลังแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันเมื่อปี ค.ศ.2002 ปรากฏว่า ได้เปลี่ยนแปลงข้อความว่าเป็นว่า

“มาตรา 276 ความรับผิดชอบของลูกหนี้

(1) ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยจงใจ และการกระทำโดยความประมาทเลินเล่อ หรือละเลย เว้นแต่ระดับของความรับผิดชอบไม่ว่ากรณีเคร่งครัดหรือผ่อนปรนเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด หรือตกลงกัน โดยเฉพาะข้อสันนิษฐานของผู้ค้าประกันหรือการเสี่ยงภัย ทั้งนี้ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 827 และ 828 มาปรับใช้โดยอนุโลม

(2) บุคคลใดกระทำการโดยความประมาทเลินเล่อ โดยบุคคลนั้นมิได้ปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นที่ยอมรับ

(3) ความตกลงล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้ อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจนั้นไม่มีผลบังคับได้”

ข. โดยในมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันยังคงข้อความหลักการเหมือนเดิม เพียงแต่มีการเปลี่ยนแปลงอนุมาตรา ในมาตรา 276 จากเดิม อนุมาตรา 2 ไปเป็นอนุมาตรา 3 ทำให้ผู้ศึกษาพอที่จะวิเคราะห์เหตุผลของเรื่อง (nature of thing) ได้ดังนี้

1) แนวโน้มของการเปลี่ยนแปลงไม่กระทบต่อเนื้อหาซึ่งเป็นหลักการของบทบัญญัติกฎหมายในมาตรา 276 กับมาตรา 278 ก็เพราะเนื่องจากบทบัญญัติในส่วนนี้อยู่ในส่วนบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ว่าด้วยลักษณะเรื่องบททั่วไปของหนี้ (Section I :content of Obligations) ตั้งแต่มาตรา 241 ถึงมาตรา 304 ซึ่งผลบังคับของบทบัญญัติกฎหมายในส่วนนี้มีได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะหมวดของหนี้ตามสัญญาซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหนี้ในมาตรา 305 ถึงมาตรา 361 เท่านั้น หากแต่ยังมีบทบัญญัติในหมวดอื่นๆ อาทิเช่น เรื่องความระงับแห่งหนี้, การโอนสิทธิเรียกร้อง, ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับหนี้, ลูกหนี้หลายคนและเจ้าหนี้หลายคน, หนี้โดยเฉพาะอื่นๆ เป็นต้น ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญหลักเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยเรื่องการจำกัดหรือยกเว้นข้อสัญญามาตรฐานจึงถูกนำมาบัญญัติไว้ในหมวด 2 ว่าด้วยเรื่องรูปแบบของหนี้ตามสัญญาในรูปของสัญญามาตรฐานทางธุรกิจ (ในมาตรา 305-361) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยหนี้ในบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน⁵⁴

2) การปรับเปลี่ยนแต่เฉพาะอนุมาตรา แต่ยังคงหลักการเดิมไว้ กล่าวคือ ลูกหนี้ไม่อาจทำความตกลงเพื่อปลดปล่อยความรับผิดชอบเป็นการล่วงหน้าสำหรับการกระทำโดยจงใจได้

⁵⁴ เฟ็งฮ้าง, น.86.

แต่ลูกหนี้เองอาจปลดเปลื้องความรับผิดชอบล่วงหน้าได้ในกรณีของความประมาทเลินเล่อ ไม่ว่าจะเป็นโดยธรรมดาหรือร้ายแรง หากว่าเป็นกรณีที่ลูกหนี้ใช้ให้ผู้แทนหรือตัวแทนตามกฎหมายของลูกหนี้ หรือบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ในการชำระหนี้เข้าทำการแทน ลูกหนี้เองสามารถตกลงปลดเปลื้องจากความรับผิดชอบเป็นการล่วงหน้าสำหรับการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ไม่ว่าจะเป็นโดยธรรมดาหรือร้ายแรง สำหรับการกระทำของบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ให้ทำการแทนดังกล่าวได้ ซึ่งมีนักกฎหมายที่เห็นด้วยกับแนวทางนี้เห็นว่า เพื่อเป็นการมิให้ลูกหนี้หลีกเลี่ยงบทบัญญัติบังคับของกฎหมายในมาตรา 276 (3) โดยการทำความตกลงจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้แทนหรือตัวแทนตามกฎหมายของลูกหนี้ หรือบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ในการชำระหนี้แทนตามมาตรา 278 แต่แทนที่ลูกหนี้จะปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยตนเอง ก็จะใช้ตัวแทนหรือลูกจ้างของตนทำการปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และเมื่อเกิดความเสียหายใดๆ ขึ้นจากการชำระหนี้นั้น ลูกหนี้ก็จะอ้างถึงความตกลงยกเว้นจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบในสัญญาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบนั้น ดังนั้น จึงต้องมีมาตรการในทางปฏิบัติมีการควบคุมข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบโดยศาล หรือโดยการปรับใช้กฎหมาย(อาทิเช่น การใช้หลักศีลธรรมอันดีตามมาตรา 138(1) ,การใช้หลักการตีความตามสัญญาตามมาตรา 133 และมาตรา 157 , การใช้หลักสุจริตตามมาตรา 242 เป็นต้น) หรือโดยบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย และหลักการควบคุมข้อสัญญามาตรฐานเอาไว้

สำหรับในเรื่องดังกล่าวเมื่อเปรียบเทียบกับพัฒนาการของการควบคุมข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นความรับผิดชอบในส่วนกฎหมายของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 220 ได้บัญญัติแต่เพียงการมิให้นำมาตรา 373 มาปรับใช้กับข้อตกลงจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยกลฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้เท่านั้น หากปรากฏว่าเป็นความประมาทเลินเล่อธรรมดาของลูกหนี้ หรือเป็นกลฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลที่มีอำนาจชำระหนี้แทนลูกหนี้สามารถตกลงกันได้เพียงแต่อาจเข้าเงื่อนไขข้อจำกัดของข้อสัญญาตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 , หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรา 150 ,หลักสุจริตในมาตรา 5 เป็นต้น ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าอาจเกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้สัญญา หรืออาจเกิดความปั่นป่วนในการดำเนินธุรกิจ และทำให้เกรงว่ากระบวนการยุติธรรมไม่อาจแก้ไขปัญหาเหล่านี้ได้อย่างถูกต้องเหมาะสม สำหรับผลกระทบในส่วนนี้เป็นธรรมดาของการเปลี่ยนแปลงที่ย่อมต้องเกิดขึ้น โดยเฉพาะเมื่อกลไกของรัฐเข้ามามตรวจสอบ

ความถูกต้องของข้อตกลงว่าจะมีผลบังคับได้หรือไม่เพียงใด” ในส่วนของการที่คู่สัญญาผู้ประกอบการทางธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพอาจเพิ่มราคาของสินค้าเพื่อให้คุ้มกับความเสี่ยงอันเนื่องมาจากความไม่แน่นอนของผลของสัญญา ซึ่งภาระจะตกแก่ผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญาเพิ่มมากขึ้นนั้น ก็จะต้องพิจารณาในแง่ของตลาดการค้าเสรีที่มีคู่สัญญาที่เป็นผู้ประกอบการค้าจากต่างประเทศซึ่งเข้าใจระบบกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมดีแล้ว และได้เข้ามาลงทุนในประเทศเรา การแข่งขันทางการค้าจึงอยู่ในอัตราที่สูงกว่าในอดีต เป็นเหตุให้คู่สัญญาที่เป็นผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพไม่อาจเพิ่มราคาของสินค้าได้ตามอำเภอใจ

⁵⁵ พอพันธ์ กิจจิตต์, “แนวคิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” จุลพาห 40 ,6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2536) , น.51.