

บทที่ 1

วิวัฒนาการและลักษณะของความรับผิดของนายจ้างและตัวการ

ส่วนที่ 1 วิวัฒนาการของความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของลูกจ้างและตัวแทน

1.1 ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

ความรับผิดตามกฎหมายในสมัยต้นๆนั้นอยู่บนพื้นฐานของการแก้แค้น ซึ่งมักจะกระทำต่อชีวิตร่างกาย และการแก้แค้นกลับคืนดังกล่าวส่วนใหญ่จะกลายเป็นความรับผิดทางอาญา โดยที่บุคคลใดเป็นผู้กระทำผิดบุคคลนั้นจะต้องรับผิดในการกระทำของตนเอง ตามที่ปรากฏในกฎหมายของ Mosaic ได้วางหลักไว้ว่า บุคคลจะต้องถูกลงโทษเพราะการกระทำของตนเอง มิใช่จากการกระทำของบิดาหรือบุตรของตน¹ และ Plato ก็ยึดถือหลักเดียวกันนี้ในการร่างกฎหมาย²

ต่อมาเมื่อสังคมซับซ้อนขึ้น คนในสังคมเริ่มจะมีทรัพย์สินสมบัติ บุคคลใดก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นในทางทรัพย์สิน ผู้ก่อความเสียหายนั้นต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งกลายเป็นความรับผิดทางแพ่ง แทนที่จะถูกลง-

¹Mosaic Code "...each man should be put to death only for his own sin and not for that of his father or son".

²Salmond, Jurisprudence, 12th ed by P.J. Fitzgerald (London : Sweet & Maxwell, 1966), p.105.

โทษอันเป็นความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งความรับผิดทางแพ่งแต่เดิมก็เป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง แต่ต่อมาความคิดดังกล่าวได้วิวัฒนาการขึ้น วิชาให้มีการรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น ดังภาษิตกฎหมายโบราณซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า "Qui facit per alium facit per se" (ผู้ใดใช้ให้บุคคลอื่นทำกิจการใดแทนตนถือว่าผู้นั้นได้ทำกิจการนั้นเอง)

ทฤษฎีความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น (The doctrine of vicarious liability) นี้ ไม่ได้มาจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีเหตุผลอย่างชัดเจน แต่เป็นหลักเกณฑ์ความรับผิดที่เกิดจากความเหมาะสมของนโยบายทางสังคม (public policy หรือ social necessity) ที่ได้ประเมินอย่างคร่าวๆว่าเป็นทฤษฎีที่ยุติธรรมแล้ว ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นนี้ เป็นผลจากแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ทั้งหลาย ซึ่งมีความคิดเกี่ยวกับความถูกต้องและนโยบายทางสังคมซึ่งแตกต่างกันไป วิชาบางคนอาจเห็นว่าควรนำทฤษฎีนี้มาใช้ในขอบเขตที่กว้าง บางคนอาจเห็นว่าควรใช้ในขอบเขตที่แคบกว่าเหตุผลดั้งเดิมของทฤษฎีนั้น³ ได้แก่การคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหาย)

ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า Vicarious Liability นี้ Pollock เป็นผู้บัญญัติขึ้นใช้เมื่อปลายศตวรรษที่ 19 นี้เอง แต่หลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น ได้เริ่มใช้เป็น

³R.W.M. Dias and B.S. Markesines, Tort Law,

(Oxford : Clarendon press , 1984), p.299.

หลักกฎหมายตั้งแต่ประมาณปี ค.ศ. 1700 เนื่องจากการขยายตัวทางด้านการค้า และอุตสาหกรรมในศตวรรษที่ 17 ทำให้ความเจริญด้านเศรษฐกิจมีมากขึ้น เพื่อ ความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ กฎหมายจึงกำหนดให้มีการรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น เช่น กรณีนายจ้างร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดเช่นนั้นเป็นการ สะดวกในการหาตัวผู้รับผิดชอบ เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น

คำว่า "vicarious" หมายถึง บางสิ่งบางอย่างซึ่งเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลอื่น มาจากคำว่า vice ในภาษาละติน ซึ่งหมายถึงการแทนที่ แต่ในปัจจุบันความหมายดังกล่าวได้ผันแปรไป เพราะ vicarious liability หมายถึงการให้บุคคลหนึ่งต้องรับผิดชอบในการกระทำของอีกบุคคลหนึ่ง โดยที่บุคคลผู้กระทำคามผิดนั้นก็ยังมีความรับผิดชอบอยู่ด้วย ไม่ใช่ให้อีกบุคคลหนึ่งเข้ามามีความรับผิดชอบแทนที่ 4

ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) นี้ ท่านศาสตราจารย์ไพจิตร บุณยพันธ์ ใช้คำว่า "ความรับผิดชอบแทนกัน" ตามหลักกฎหมายแองโกลแซกซอนนั้นถือว่าความรับผิดชอบแทนกันเป็นความรับผิดชอบของบุคคลหนึ่ง โดยบุคคลผู้นั้นมิได้มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่จะก่อความเสียหายนั้น แต่

4Glanville Williams. B.A. Hepple, Foundation of the Law of Torts, 2nd ed. (London : Butterworths , 1984). p.130.

กฎหมายบัญญัติให้รับผิดชอบด้วย ไม่ใช่กรณีรับผิดแทนกันโดยผู้กระทำไม่ต้องรับผิด ผู้กระทำต้องรับผิดด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เพียง แต่เพิ่มผู้รับผิดชอบอีกคนหนึ่ง 5

ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (responsabilite du fait d' autrui) ตามตำรากฎหมายฝรั่งเศส หมายความว่า เป็นความผิดที่ไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลที่ต้องรับผิด เพราะการพิสูจน์เป็นภาระที่หนักสำหรับผู้เสียหาย ถ้าจะกล่าวกันอย่างง่ายก็คือ ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นเป็นความรับผิดที่ผู้ต้องรับผิด ไม่ต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั่นเอง 6

ตามตำรากฎหมายอังกฤษ ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งมีความรับผิดในการกระทำอันมีขอบของบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยที่บุคคลที่จะต้องรับผิดนั้นมิได้กระทำการอันเป็นความผิดแต่อย่างใด กล่าวคือไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นลักษณะของความรับผิดเด็ดขาด (Strict (no-fault) liability) 7 ความรับผิดใน

5 ศ. ไพจิตร บุญพันธ์ุ, ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, 2517), หน้า 50.

6 ศ. ไพจิตร บุญพันธ์ุ, "ความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างทำของในมูลละเมิด เป็นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นหรือไม่", วารสารนิติศาสตร์ 13 (ฉบับที่ 4 2526) : 78.

7 John G. Fleming, The Law of Torts, 6th ed (Sydney : The Law Book Company Limited, 1983), p.338.

การกระทำของบุคคลอื่นคือความรับผิดในกรณีซึ่ง A จะต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายให้แก่ C ซึ่งความเสียหายนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือการละเมิดโดยประการอื่นของ B ทั้งที่ A ไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำดังกล่าวนี้เลย⁸

ส่วนตำรากฎหมายอเมริกันกล่าวไว้ว่า ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เป็นความรับผิดของบุคคลผู้หนึ่งในการกระทำละเมิดของบุคคลอีกผู้หนึ่ง โดยที่บุคคลที่ต้องรับผิดคนก่อนนั้นไม่ได้กระทำละเมิดด้วยตนเอง ถ้าได้กระทำละเมิดด้วยตนเองแล้วก็ไม่ใช้ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น และถ้าบุคคลที่กระทำนั้นไม่ได้กระทำละเมิด เพียงแต่มีการกระทำอย่างเดียวกันก็ไม่ใช่ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นเช่นเดียวกัน⁹

จึงพอสรุปได้ว่า ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นนั้นเป็นความรับผิดซึ่งกฎหมายกำหนดให้ บุคคลคนหนึ่งต้องมีความรับผิดต่อการละเมิดของบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยที่บุคคลแรกนั้นมิได้มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในความผิดนั้นเลย แม้ว่าตัวผู้กระทำความผิดเองจะยังมีความรับผิดเป็นส่วนตัวอยู่ด้วยก็ตาม ผู้เสียหายอาจเรียกให้บุคคลแรกชดเชยค่าเสียหายด้วยได้ โดยเพียงแต่พิสูจน์ว่า บุคคลแรกกับผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์กันตามที่กฎหมายกำหนด

⁸W.V.H. Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, 12th ed., (London : Sweet & Maxwell , 1984), p.571.

⁹William L. Prosser, Law of Torts, 4th ed., (St. Paul Minn : West Publishing Co., 1981), p.458.

ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น ตำราส่วนใหญ่จะกล่าวถึง เรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างเป็นสำคัญ ส่วน ความรับผิดของบุคคลอื่นจะเป็นเพียงส่วนประกอบเท่านั้น ทั้งที่ทฤษฎีความรับผิด ในการกระทำของผู้อื่นนี้ ได้วิวัฒนาการไปเป็นอันมาก เช่น ความรับผิดของตัวการ ในการกระทำของตัวแทน ความรับผิดของบิดา มารดา หรือผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งดูแลบุคคลไร้ความสามารถ รวมทั้งครูบาอาจารย์ด้วย เป็นต้น ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากมาตรา 425 ซึ่งบัญญัติถึงความรับผิด ของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างแล้ว มาตรา 427 บัญญัติถึงความ รับผิดของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทน การที่กฎหมายบัญญัติให้ตัวการ รับผิดในผลแห่งการกระทำละเมิดของตัวแทนก็เพราะ ตัวการเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์จากการกระทำของตัวแทน ดังนั้น ตัวการก็ย่อมต้องรับผลเสียหายที่ตัวแทน ได้ก่อขึ้นเนื่องจากกวดกระทำแทนตัวการด้วย ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับความรับผิด ของนายจ้างในผลแห่งการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียด ต่อไป ส่วนในมาตรา 429 , 430 บัญญัติถึงความรับผิดของบิดา มารดา หรือ ผู้อนุบาล ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งผู้ดูแลผู้เยาว์หรือบุคคลวิกล- จจริตในการกระทำละเมิดของบุคคลดังกล่าว ในระหว่างอยู่ในความดูแลของตน เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้บิดามารดาต้องรับผิด ในการกระทำละเมิดของบุตรผู้ เยาว์ เนื่องจากกฎหมายให้อำนาจปกครองบุตรแก่บิดามารดา มิใช่บิดามารดา จะมีเพียงหน้าที่ต้องควบคุมดูแลเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตรอย่างเดียว บิดา มารดา ยังจะต้องใช้อำนาจปกครองดูแลหาให้บุตรเชื่อฟังคำสั่งของตน บิดามารดา ต้องระมัดระวังดูแลมิให้บุตรผู้เยาว์ไปก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งเป็นหน้าที่ ตามกฎหมาย เมื่อบุตรผู้เยาว์ไปก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น บิดามารดาต้อง

รับผิดชอบเพราะบกพร่องในหน้าที่ มิได้ใช้ความระมัดระวังดูแลบุตรตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนกรณีที่มีผู้อนุบาลต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลผู้ไร้ความสามารถ เพราะเหตุเป็นผู้วิกลจริต ก็เพราะกฎหมายให้อำนาจปกครองดูแลแก่เขา เมื่อผู้อนุบาลบกพร่องในหน้าที่ดูแลดังกล่าว บุคคลไร้ความสามารถไปทำละเมิดขึ้น ผู้อนุบาลก็ย่อมต้องรับผิดชอบด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 429 บัญญัติว่า "บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เข่าวหรือวิกลจริต ก็ยังต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคล เช่นว่านั้นย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น "

ความรับผิดชอบของบิดามารดาหรือผู้อนุบาลนั้น เป็นความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมายให้บุคคลรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น แม้ตนจะไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้นด้วย คือไม่ได้มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่ในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของผู้เข่าวหรือผู้วิกลจริต กฎหมายให้ออกาสบิดามารดาหรือผู้อนุบาลพิสูจน์ได้ว่า หากตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งตนทำอยู่นั้นแล้ว ตนไม่ต้องรับผิดชอบ

1.2 ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้าง

1.2.1 แนวความคิดและขอบเขตของความรับผิดชอบของนายจ้าง

วิวัฒนาการของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างในต่างประเทศ มีดังนี้

ยุคที่ 1 หลักกฎหมายแต่ดั้งเดิม ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นเป็นความรับผิดชอบของหัวหน้าครัวเรือน ซึ่งต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของสมาชิกในครัวเรือน¹⁰ ซึ่งรวมความตั้งแต่ภรรยาจนถึงข้าทาสบริวารในสมัยก่อนซึ่งการค้าทาสเป็นที่นิยมแพร่หลาย นายทาสต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำละเมิดทุกอย่างของทาสของตน โดยไม่มีขอบเขตจำกัด

ยุคที่ 2 ในตอนต้นยุคกลางซึ่งเป็นยุคของระบบศักดินาสวามิภักดิ์ หรือ Feudalism ต่อเนื่องมาถึงตอนต้นของยุค Anglo-Norman Period ได้เกิดหลักกฎหมายขึ้นใหม่พร้อมๆกับความนิยมค้าทาสเริ่มลดน้อยลง จึงเกิดความคิดที่ว่า การจะให้ นายจ้าง (master) ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง (servant) ของตนทุกอย่างเสมอไปนั้น เป็นการไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรม เพราะบางครั้งลูกจ้างอาจทำการฝ่าฝืนคำสั่งของนายจ้าง หรือไม่อาจอยู่ในวิสัยที่นายจ้างจะว่ากล่าวตักเตือนได้ จากแนวความคิดดังกล่าวจึงเกิดทฤษฎีว่า นายจ้างจะต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อ นายจ้าง ได้ออกคำสั่งหรือยินยอมรู้เห็นในการกระทำละเมิดของลูกจ้างเท่านั้น ทฤษฎีนี้เรียกกันว่า ทฤษฎีคำสั่ง (command theory) เป็นทฤษฎีซึ่งได้รับการยอมรับในตอนต้นของคริสต์ศตวรรษที่ 16¹¹

¹⁰ วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัด
การงานนอกสั่ง ลากมีควรวัด (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง,
2523), หน้า 115.

¹¹ W.V.H. Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, 12th
ed., (London : Sweet & Maxwell , 1984), p.572.

ยุคที่ 3 ในช่วงระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 16 และ 17 ความรับผิดชอบของนายจ้าง ได้ถูกกำหนดให้มีผลแคบลง ไปอีกว่า นายจ้างจะต้องรับผิดชอบเมื่อ ได้ออกคำสั่งหรือยินยอมรู้เห็นโดย เฉพาะ เจาะจง ในการกระทำของลูกจ้าง กล่าวคือ ต้องพิเคราะห์ถึง เจตนาของนายจ้างและความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งของนายจ้างกับการละเมิด ในกรณีมีข้อสงสัยก็มักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้นายจ้าง เพราะถือว่าเป็นบุคคลภายนอก ถ้าว่ากันตามพื้นฐานของความรับผิดชอบแล้ว ในยุคนี้ความรับผิดชอบของนายจ้าง ไม่ใช่ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เพราะบุคคลผู้ออกคำสั่งให้บุคคลอื่นกระทำการอันผิดกฎหมาย บุคคลนั้นต้องมีความรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการในการกระทำละเมิด อันเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง

ยุคที่ 4 ในตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 17 ระบบการค้า เศรษฐกิจ การพาณิชย์ และอุตสาหกรรม เจริญก้าวหน้าขึ้น ลูกจ้างมีโอกาสจะสร้างความเสียหายแก่ผู้อื่นมากขึ้น และลูกจ้างผู้กระทำละเมิดก็มักเป็นคนยากจน บุคคลภายนอกผู้เสียหายจึงได้รับความเดือดร้อน เพราะ เมื่อฟ้องผู้กระทำละเมิด ก็มักไม่ได้รับชดเชย จึงเกิดทฤษฎีใหม่¹² ว่า แม้นายจ้างจะ ไม่ได้รู้เห็นเป็นใจ

¹² ความเป็นมาของหลักกฎหมายในอังกฤษในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 17 การค้าและอุตสาหกรรมเจริญก้าวหน้าขึ้น ขอบเขตความรับผิดชอบของนายจ้างยังไม่มีการเปลี่ยนแปลง จนถึงสมัย Sir John Holt (ประธานศาลฎีกา ระหว่าง ค.ศ. 1688-1710) ได้เป็นผู้วางหลักเกณฑ์ทฤษฎีใหม่ ให้นายจ้างต้องรับผิดชอบ เฉพาะกรณีมีคำสั่งโดยตรงเท่านั้น แต่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่มีคำสั่งโดยปริยายด้วย

หรือออกคำสั่งให้ทำอะไร แต่ถ้าวินิจฉัยเอาโดยปริยายจากคำสั่งและพฤติการณ์ต่าง ๆ ของนายจ้างว่ารู้เห็นเป็นใจ นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบ ทฤษฎีนี้เรียกว่า ทฤษฎีคำสั่งโดยปริยาย (implied command theory) ขอบเขตความรับผิดชอบของนายจ้าง อยู่ที่อำนาจโดยทั่วไปที่นายจ้างมอบหมายให้ลูกจ้างในการทำงานที่จ้าง¹³ ทฤษฎีใหม่นี้ได้แพร่ขยายไปไม่มากนัก เพราะ เป็นทฤษฎีซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากทฤษฎีเก่าอย่างมาก ในขณะที่ทฤษฎีเก่าเน้นที่คำสั่งของนายจ้างซึ่งจะต้องพิสูจน์พยานหลักฐานกันโดยตรง แต่ทฤษฎีคำสั่งโดยปริยาย (implied command theory) นี้ เน้นที่การอนุมานเอาโดยปริยายจากคำสั่งซึ่งเกี่ยวพันมาจากอำนาจโดยทั่วไปของลูกจ้างที่ได้รับมอบหมายจากงานที่จ้าง อันจะต้องเป็นการพิจารณาถึงสภาพรวมทั้งหมด ซึ่งขอบเขตความรับผิดชอบนั้นขึ้นอยู่กับขอบเขตของการจ้าง อันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายสมัยใหม่

ยุคที่ 5 ในตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 เริ่มเกิดความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง และจนถึงคริสต์ศักราช 1849 แนวความคิดนี้จึงได้ผลยุติลงว่า นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์กันในฐานะนายจ้างและลูกจ้าง และทฤษฎีคำสั่งไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายถูกยกเลิกไป ได้เกิดแนวความคิดที่กว้างขึ้น ถ้าลูกจ้างทำอะไรละเมิดขณะที่ทำกิจการในทางการที่จ้าง นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำ

¹³W. V. H. Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort,

ของลูกจ้าง จึงเกิดเป็นทฤษฎีงานทางกาที่จ้าง (scope of employment theory) ¹⁴ ซึ่งยังคง เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป ในขณะนี้ว่าเป็นทฤษฎีที่สำคัญและเหมาะสมที่สุดสำหรับการวินิจฉัยความรับผิดของนายจ้าง

1.2.2 ความเป็นมาของความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายไทย

ชุมชนสมัยศีกค้ำบรรพ์ของไทย มนุษย์ดำเนินชีวิตอยู่ในชุมชนอย่างใกล้ชิดสนิทสนมที่สุด ชีวิตของสมาชิกคนหนึ่งๆ เกือบจะ เป็นชีวิตอันหนึ่งอันเดียวกับชีวิตของหมู่เหล่า คือตกอยู่ในบังคับแห่งกฎเกณฑ์ซึ่ง เนื่องมาจากความต้องการของหมู่เหล่ามากกว่าที่เนื่องมาจากความต้องการส่วนตัวของบุคคลผู้นั้น ดังนั้นเมื่อหมู่คนหมู่หนึ่งทำความเสียหายให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งอยู่ในอีกหมู่หนึ่ง ความเสียหายที่เกิดกับบุคคลก็ถือเป็นความเสียหายของหมู่ซึ่งบุคคลนั้นเป็นสมาชิกอยู่และถือว่าบรรดาสมาชิกทุกคนในหมู่ที่บุคคลผู้ทำละเมิดรวมอยู่นั้น ต้องมีความรับผิดชอบต่อบุคคลผู้เสียหายด้วย จึงทำให้เกิดการแก้แค้นและวิวาทกันระหว่างหมู่กับหมู่ ครอบครัวยับกับครอบครัวย มีใช่ เป็นเรื่อง เฉพาะผู้ทำความเสียหายกับผู้ที่ได้รับความเสียหายเท่านั้น ต่อมา เมื่อมีการชำระค่าทำขวัญหรือเงินปรับแทนการแก้แค้น การชำระค่าทำขวัญย่อมต้องตกอยู่ในความรับผิดชอบของหมู่ทั้งหมู่ เช่นเดียวกับการแก้แค้นซึ่ง ได้เคยกระทำแก่หมู่ทั้งหมู่เช่นเดียวกัน การรับผิดชอบไม่ได้ตกอยู่กับผู้ทำละเมิดคนเดียว ลักษณะเช่นนี้เรียกว่า ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งหมู่เหล่า

¹⁴ scope of employment นี้ ในตำราบางเล่มใช้ว่า course of employment

แห่งบรรดาสมาชิก"ในหมู่ 15 ซึ่งเป็นลักษณะเบื้องต้นของความรับผิดชอบในการกระทำ
ของบุคคลอื่นในสังคมไทย

ประเทศไทยได้มีบทบัญญัติให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของ
ลูกจ้างมาแต่โบราณกาลแล้ว ที่พบเป็นหลักฐานแน่ชัดตามกฎหมายตราสามดวงซึ่ง
พระบาทสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 พระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ได้ทรงพระกรุณา
โปรดเกล้าฯให้ชำระสะสางรวบรวมบทกฎหมายเก่าใหม่ที่ยังใช้ได้ ในสมัยนั้น ก็
ได้บัญญัติเรื่องทาสไว้ในกฎหมายหลายลักษณะด้วยกัน เช่น

- กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ มาตรา 7 บัญญัติว่า "ให้ทาสท่านยืมวัวควาย
ช้างม้า นายเงินมีรู้วัวควายช้างม้าทาส ท่านว่าจะเอาแก่นมมิได้เพราะสมค
บทาสท่าน ถ้านายเงินรู้ด้วยให้ใช้วัวควายช้างม้าท่าน"
- กฎหมายลักษณะวิวาท มาตรา 13 ที่ว่า"ทาสคนตีค่าฟันแทงท่าน นายเงินอยู่นั้น
ด้วยมิได้ห้าม ให้ไหม้ทั้งนายทั้งทาสเสมอกัน เหตุนี้เสียหายให้เกิดความในเมื่องท่าน"
- กฎหมายลักษณะกู้หนี้ มาตรา 2 บัญญัติว่า "ให้ทาสท่านกู้หนี้นายเงินมิได้รู้
เมื่อมาทวงนายเงินมันจึงรู้ เมื่อมันทำได้จึงให้มันใช้ ถ้ามันกู้แต่นายเงินเก่ามา
นายเงินใหม่มิรู้เมื่อเขามาทวงจึงรู้ ให้เวนทาสนั้นให้แก่นายเงินเก่าคืน"
- กฎหมายลักษณะทาส มาตรา 9 บัญญัติว่า "ผู้ใดขาดแคลนเอาลูกเมียพี่น้อง
หลานเหลน ผู้คนทาสไทยไปขายฝากไว้แก่ท่าน ท่านจะให้เบี้ยเงินแก่ผู้ฝากว่า
ยังมีเอาแล ผู้ฝากว่าให้เอาคนก่อน และผู้ช่วยเอาตัวคนฝากไว้ให้ มันทำให้

15 ร. แลงกาต์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร-

ของท่านแตกหักหาย ท่านว่ายังมีได้ให้เบี้ยเงินแก่ผู้ชายมักงายาใช้คน ถ้าของนั้น
แต่แสนหนึ่งขึ้นไป ให้ทำเป็นสามส่วน ให้มีนาให้ส่วนหนึ่ง สองส่วนนั้นเป็นหีบแก่
เจ้าของ ถ้าแลเจ้าเงินได้ให้เงินแก่ผู้ชายฯ ได้ทำสารกรรมธรรม์ให้แล้ว คนพวก
มีนทาให้ของท่านแตกหักหาย เซร์ ให้มีนาใช้ของท่านจงถ้วน ฯลฯ" และ มาตรา
32 บัญญัติว่า " ผู้ใดเอาลูกเมียข้าคนไปขายฝากไว้แก่ท่านให้ใช้ อยู่มาหาชนั้น
หาถูกละหลกักเอาทรัพย์สินสิ่งของของท่านได้หนีไป ถ้าผู้ชายเอาตัวหาชนมาส่งมีได้ ให้
เอาคืนเงินจง เต็มและค่าป่วยการตามมากแลน้อย ถ้าได้ตัวมาพิจารณาเป็นสัจว่า
มีนลักเอาทรัพย์สินของท่านไปจริงก็ให้ใช้ทรัพย์สินจง เต็ม ให้ทวนด้วยลาวตหนึ่ง 20 ที"

ตามบทบัญญัติกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎหมายไทย
บังคับใช้มาแต่ตั้ง เต็มได้บัญญัติให้นายจ้างรับผิดชอบกับลูกจ้าง เช่น ในกรณีที่นาย
ทราบถึงการที่หาสของคนไปยืมทรัพย์สินของผู้อื่นมา หรือ ได้ทราบว่าหาสไปกู้หนี้ยืมสิน
เขามา นายก็ต้องรับผิดชอบ หรือ นายซึ่งมีอำนาจจะห้ามปรามหาสของคนไปให้
กระทำผิด แต่ไม่ห้ามปราม เมื่อหาสหาละ เมื่อนายก็ยอมต้องรับผิดชอบเหมือนตั้งว่า
ได้กระทำละเมิดด้วยตนเอง และสำหรับนายที่เอาหาสไปขายฝาก ถ้าหาสนั้น
ไปหาให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหาย หรือ ไปลักขโมยเขามา นายจ้างก็ต้องรับ
ผิดด้วยเช่นกัน 16

จะ เห็นได้ว่าความรับผิดชอบของนายจ้างตามกฎหมายเก่าของไทย
กว้างกว่าความรับผิดชอบของนายจ้างตามกฎหมายต่างประเทศ เพราะตามกฎหมาย

16 ศ. ประภาศน์ อวยชัย, "ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในทางการที่จ้าง"

ไทย นายจ้างอาจต้องรับผิดชอบแห่งสัญญาและผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างทำลงไป นอกจากนี้หลักที่ใช้วินิจฉัยความรับผิดของนายจ้างค่อนข้างเลื่อนลอย ไม่ชัดเจนลงไปว่าเป็นการใช้ทฤษฎีใด การพิจารณาความรับผิดของนายจ้างต้องดูจากองค์ประกอบของแต่ละมาตราเป็นรายๆไป จะกล่าวว่าเป็นการใช้ทฤษฎีคำสั่งไม่ว่าโดยตรงหรือปริยาย หรือทฤษฎีทางการที่จ้าง ก็ไม่ถูกต้องนัก 17

แต่เดิมที่เราเรียกนายจ้างและลูกจ้างว่านายเงินกับทาสนั้นเมื่อมีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ให้เลิกทาสแล้ว จึงเปลี่ยนมาเรียกตามกฎหมายอังกฤษว่า นายและบ่าว (master and servant) และต่อมาจึงเปลี่ยนเป็นนายจ้างและลูกจ้าง (employer and employee) โดยมีลำดับความเปลี่ยนแปลงของถ้อยคำในกฎหมายซึ่งบัญญัติให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง ดังต่อไปนี้

คำแปลกรรมการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ด้วยพันธะธรรม มาตรา 1 ถึง มาตรา 128 เริ่มแต่วันที่ 25 มิถุนายน พ.ศ. 2462 แล้วเสร็จวันที่ 3 พฤษภาคม พ.ศ. 2463

แผนก 4 การกระทำผิด

หมวด 1 ว่าด้วยความรับผิดชอบแห่งการกระทำผิด

มาตรา 122 บัญญัติว่า " ท่านว่าลูกจ้างกับผู้จ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผลแห่งการกระทำผิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไป" ในเขตการงาน"

17 วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด

จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดวรได้, หน้า 116.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วยพันธะธรรม มาตรา 1 ถึง มาตรา 387 ต้นฉบับตรวจแก้ครั้งที่ 1 ตั้งแต่วันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ. 2463 ถึงวันที่ 26 พฤษภาคม พ.ศ. 2464

แผนก 4 มิจฉากรรม

หมวด 1 ความรับผิดชอบในมิจฉากรรม

มาตรา 122 บัญญัติว่า " ผู้ใช้ต้องรับผิดชอบร่วมกันกับผู้รับใช้ในผลแห่งมิจฉากรรม ซึ่งผู้รับใช้ได้กระทำไปในเขตงานการที่รับใช้นั้น " ตรวจแก้ครั้งที่ 2 ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2464 ถึงวันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2464

มาตรา 122 บัญญัติว่า " ผู้ใช้ต้องรับผิดชอบร่วมกันกับผู้รับใช้ในผลแห่งมิจฉากรรม ซึ่งผู้รับใช้ได้กระทำไปในเขตงานการที่รับใช้นั้น "

ต่อมาพุทธศักราช 2466 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้มีการประกาศให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 โดยให้ยกเลิกบรรดากฎหมายและข้อบังคับอื่นในส่วนที่มีบัญญัติไว้แล้ว หรือแย้งกับบทแห่งกฎหมายดังกล่าว ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466

ลักษณะ 4 ลเมิต

หมวด 1 ความจะต้องไหมเพราะลเมิต

มาตรา 189 บัญญัติว่า " ผู้จ้างกับลูกจ้างจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในผลแห่งลเมิต ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น "

บทบัญญัตินี้เป็นกฎหมายมาตราแรกของไทยที่กำหนดความรับผิดชอบของนายจ้างร่วมกับลูกจ้าง เมื่อลูกจ้างไปหาละเมิดในทางการที่จ้างขึ้น หลัง

จากนั้น ได้มีพระบรมราชโองการฯ ให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 บรรพ 1 และ 2 ใหม่ ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2468 เป็นต้นมา ตั้งปรากฏจากพระราชปรารภว่า จำเดิมแต่ได้ออกประกาศประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 พ.ศ. 2466 เป็นต้นมา ได้มีความเห็นแนะนำมาหลาย เพื่อยังประมวลกฎหมายนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น จึงเห็นเป็นการสมควรฯ ให้ตรวจชำระใหม่ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ยกเลิกบทบัญญัติเดิมในบรรพ 1 และ 2 เสียทั้งสิ้น และให้ใช้บทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่เรียกว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 บรรพ 1 และ 2

ลักษณะ 5 ละเมิด

หมวด 1 ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

มาตรา 425 บัญญัติว่า "นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น"

มาตรา 425 นี้ยังคงใช้บังคับตลอดมาจนถึงปัจจุบัน และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 นี้ ได้เริ่มมีบทบัญญัติให้ตัวการต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตัวแทน ทานองเดียวกับความรับผิดชอบของนายจ้างเป็นครั้งแรก 18 ซึ่งบัญญัติไว้ใน

18 นายเรเน การ์ซ หนึ่งในคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณา ลักษณะของตัวแทนในบรรพ 3 เห็นว่าขาดข้อความตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 424, 425, 426 และ 427 ให้ร่างมาตราขึ้น (รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่ 20-21 ตุลาคม พ.ศ. 2468)

มาตรา 427 " บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้น ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วยวิเศษอนุโลม "

1.2.3 มูลเหตุแห่งความรับผิดชอบของนายจ้าง

ความรับผิดชอบของนายจ้างอันเนื่องมาจากการกระทำของลูกจ้างนี้เป็นหลักที่ยอมรับในประเทศต่างๆ แต่ก็ยังมีข้อแตกต่างกันอยู่ในเรื่องพื้นฐานทางทฤษฎี เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปนั้น จึงยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ในหมู่นักนิติศาสตร์ ถ้าพิจารณาจากวิวัฒนาการของแนวความคิดแล้ว ในช่วงของทฤษฎีคำสั่งอาจอธิบายได้ว่าเพราะนายจ้างเป็นผู้ออกคำสั่งให้กระทำการอันเป็นละเมิด นายจ้างจึงควรต้องรับผิดชอบด้วยก็เป็นการยุติธรรม แต่ต่อมาทฤษฎีคำสั่งถูกเลิกสับไป จนกระทั่งกลายเป็นทฤษฎีในทางการที่จ้าง เหตุผลดังกล่าวย่อมนำมาใช้ไม่ได้ เพราะนายจ้างต้องรับผิดชอบมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำละเมิดเลย ตรงกันข้ามถ้าหากนายจ้างเป็นผู้ออกคำสั่งให้กระทำ นายจ้างจะต้องมีความรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างในการกระทำของตนเอง มิใช่รับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น

มูลเหตุแห่งความรับผิดชอบของนายจ้างซึ่งแต่ละประเทศยังไม่ลงรอยกันนั้น พอจะจำแนกเหตุผลได้ดังนี้

นักนิติศาสตร์ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า นายจ้างควรต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างมากกว่าจะ"ให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย เพราะนายจ้างได้ไว้เนื้อเชื่อใจให้กระทำการนั้น และการละเมิดของลูกจ้างก็เนื่องมาจากการกระทำตามคำสั่งของนายจ้างด้วย ดังนั้นนายจ้างจึงต้องรับผิดชอบ เห็นฝ่ายนี้

ได้อ้างภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า *repondeat superior* ซึ่งภาษิตกฎหมายไทย
ใช้ว่า เป็นนายเขาต้องรับสำนอง ทานองเดียวกันได้มีการอ้างภาษิตกฎหมาย
โรมันอีกบทหนึ่งที่ว่า *Qui facit per alium facit per se* ซึ่งแปลว่า
ผู้กระทำโดยผ่านผู้อื่นต้องรับผลของการกระทำนั้นดูจว่าตนทำเอง จากภาษิตนี้ถือ
ว่า การกระทำของลูกจ้างก็คือการกระทำของนายจ้างนั่นเอง ซึ่งแท้จริงแล้ว
ภาษิตกฎหมายดังกล่าว จะใช้ในกรณีที่มีการมอบหมายให้กระทำการใดโดยเฉพาะ
เช่น ในกรณีของตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้กระทำการใดแทนตัวการ

เหตุผลดังกล่าวนี้ เป็นแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ตามระบบ
กฎหมายแองโกลแซกซอน ซึ่งสอดคล้องต้องกันกับแนวคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศส
ที่ถือว่าลูกจ้าง เป็นเพียงเครื่องมือของนายจ้าง การกระทำของลูกจ้างคือการ
กระทำของนายจ้าง¹⁹ อย่างไรก็ตามแนวคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้ดูจะเป็นการ
กล่าวอ้างหลักกฎหมายมากกว่าจะเป็นการอธิบายเหตุผลว่า เพราะเหตุใดนาย
จ้างจึงต้องรับผิดชอบ

นักนิติศาสตร์อีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่าเป็นการยุติธรรมแล้ว ที่จะให้
นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายซึ่งลูกจ้างเป็นผู้กระทำละเมิด เพราะ
เหตุที่นายจ้างเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการกระทำของลูกจ้าง ก็ควรจะเป็นผู้รับ
ผิดจากผลเสียหายจากการกระทำนั้นเช่นกัน²⁰ เหตุผลของนักนิติศาสตร์ฝ่ายนี้ได้

¹⁹ Arthur Taylor, The Civil Law System, p.365.

²⁰ Glanville Williams, B.A. Hepple, Foundation of the Law of Torts, 2nd ed. (London:Butterworths, 1984), p.133.

รับการยอมรับทั้งจากนักนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน และในระบบ
ประมวลกฎหมาย อย่างใดก็ตาม เหตุผลของนักนิติศาสตร์ฝ่ายนี้ ได้ถูกโต้แย้งใน
กรณีที่ไม่อาจให้เหตุผลได้ว่า เพราะเหตุใดนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบ ในกรณี
ที่ลูกจ้าง ได้กระทำการเพื่อประโยชน์โดยส่วนตัวของลูกจ้างเอง ซึ่งอาจจะ เป็น
การเถลไถลเพื่ออุทธรณ์ส่วนตัวของลูกจ้าง และโดยเฉพาะถ้าหากลูกจ้างจงใจกระ-
ทาละเมิด เพื่อประโยชน์โดยส่วนตัวของลูกจ้างเอง

นักนิติศาสตร์อีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า นายจ้างควรจะต้องร่วมรับผิด
ในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้าง ได้กระทำขึ้น เพราะเป็นความผิดของนายจ้างเองที่ไม่
ใช้ความระมัดระวังในการเลือกลูกจ้างที่ดี จึงได้กระทำการละเมิดขึ้น เป็น
ความรับผิดในการที่ไม่เลือกลูกจ้างให้ดี (culpa in eligendo) นอกจากนี้
ตัวนายจ้างเองยังเป็นผู้มีหน้าที่ต้องควบคุมดูแลลูกจ้าง ระบบการทำงาน ตลอด
จนการโยกย้ายเปลี่ยนแปลงตัวลูกจ้าง เพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะของงาน และ
เพื่อให้ลดความเสี่ยงภัยอันอาจจะเกิดจากการทำงานได้มากที่สุด โดยที่กฎหมาย
ให้อำนาจในการบังคับบัญชาลูกจ้างได้อย่างเต็มที่แล้ว ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่ง
หรือละเลยไม่นำพาคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมาย หรือหาประการ
อื่น อันไม่เหมาะสมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของลูกจ้างให้ล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริต
นายจ้างก็ควรจะต้องรับผิดชอบด้วย ²¹ เหตุผลดังกล่าวมานี้ ได้รับการยอมรับ
สำหรับกฎหมายของประเทศเยอรมัน ซึ่งมีพื้นฐานแนวความคิดมาจากกฎหมาย
โรมัน ความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายเยอรมันนี้ ไม่ใช่ความรับผิดเนื่องจาก

21 ศ. ประภาศน์ อวยชัย, ความรับผิดเพื่อละเมิดในทางการที่จ้าง; หน้า 583.

การกระทำของบุคคลอื่นที่เดิยวนัก เพราะตามเหตุผลที่กล่าวมานั้นถือว่านายจ้างมีส่วนผิดอยู่เองด้วย อย่างไรก็ตาม เหตุผลของนักกฎหมายฝ่ายนี้ก็ยังมิขัดแย้งอยู่ว่า การที่จะโทษนายจ้างว่าเลือกหาลูกจ้างที่ไม่ดีมาใช้นั้นไม่ได้ เพราะถึงแม้ว่านายจ้างจะเลือกหาคนดีแสนดีเท่าใด คนที่มาเป็นลูกจ้างก็ยังไม่อาจไปทะเลเมิดขึ้นได้ และการจะโทษนายจ้างว่าควบคุมดูแลลูกจ้างไม่ดีจนไปทะเลเมิดต่อเขานั้นคงเป็นจริงเสมอไปไม่ได้ เพราะลูกจ้างไม่ใช่เครื่องจักรกลไก จะได้เกิดเป็นปัญหาในข้อที่จะตกอยู่ในความบังคับควบคุมกันถึงเพียงนั้น 22

นักนิติศาสตร์บางท่าน 23 ให้เหตุผลว่าเจตนาหลักของการมีความรับผิดชอบต่อสังคม ในการทำงานไม่ว่าจะกระทำด้วยตนเองหรือตัวแทนลูกจ้าง ทุกคนจะต้องปฏิบัติเจตย์ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น มิฉะนั้นแล้วบุคคลนั้นก็จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนหากเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น 24 เหตุผลนี้ยังไม่ชัดเจนและค่อนข้างจะกว้างเกินไป ทำให้ยังไม่มีผู้ให้การสนับสนุนมากนัก

จากการที่มีผู้ให้เหตุผลไว้ต่างวกัน ซึ่งก็มีข้อที่น่าสนับสนุนและขัดแย้งซึ่งกันและกัน จึงอาจสรุปได้ว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างต้องรับผิดชอบผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง ก็เนื่องจากเหตุผลต่างๆ

22 ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ละเมิด, หน้า 803.

23 Chief Justice Shaw, of Massachusetts

24 P.A Landon, Pollock's Law of Torts, 14th ed

(London : Stevensand Sons Ltd., 1939) p.63.

ประกอบกัน จะยึดถือแต่เพียงความเห็นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหลักที่ยึดไม่ได้ กล่าวคือ ที่นายจ้างต้องรับผิดชอบด้วยก็เพราะการกระทำของลูกจ้างนั้นอยู่ในขอบเขตของหน้าที่จ้าง ซึ่งต้องถือว่าเป็นงานที่นายจ้างเป็นผู้ลงมือกระทำเอง นอกจากนี้โดยปกติแล้วนายจ้าง เป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้าง ก็ควรจะ ต้องรับผิดชอบในผลเสียหายอันเกิดจากการกระทำของลูกจ้างด้วย ย่อมจะให้บุคคลอื่นต้องมารับผิดในการกระทำละเมิดนั้นไม่ได้ ยิ่งกว่านั้นในบางกรณียังอาจถือได้ว่า เป็นความผิดของนายจ้างเองที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการเลือกหาลูกจ้างที่ดี หรือไม่ควบคุมลูกจ้างให้ดี และประการสำคัญคือถ้าจะให้บุคคลอื่น ซึ่งได้รับความเสียหายจากการละเมิดในทางการที่จ้างไปเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากลูกจ้างฝ่ายเดียว ผู้เสียหายก็แทบจะ ไม่ได้รับการเยียวยาอย่างใด จากความเสียหายนั้น 25

ปัจจุบันนี้ นักนิติศาสตร์สมัยใหม่มีความเห็นว่า เหตุผลสำคัญที่นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง เนื่องมาจากรัฐประศาสน์นโยบาย (public policy) ซึ่งเป็นแนวนโยบายที่เห็นกันว่า การกำหนดให้นายจ้างเป็นฝ่ายรับผิดชอบด้วยนั้นเป็นการถูกต้องสอดคล้องกับสภาวะสังคมปัจจุบัน ซึ่งนายจ้างมีฐานะมั่นคงกว่าลูกจ้าง หากกฎหมายไม่กำหนดให้นายจ้างรับผิดชอบแล้ว เฉพาะตัวลูกจ้างย่อมไม่สามารถชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้

เหตุผลดังกล่าวนี้ในปัจจุบันเรียกว่า

หลักประกันภัยสังคม

(Theory of social insurance) ซึ่งสามารถอธิบายถึงมูลเหตุของความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) และความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict Liability) ต่างๆ ได้ดี เพราะต่างก็เป็นความรับผิดชอบซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคม สำหรับความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนี้ ต้องบัญญัติขึ้นส่วนหนึ่งเป็นเพราะเหตุผลในด้านเศรษฐกิจ เพื่อกระจายความเสียหายจากการเสี่ยงภัยให้สมาชิกในสังคมเป็นวงกว้างขึ้น เพื่อลดภาระความเสียหายในแต่ละรายลง ทฤษฎีการประกันภัยสังคมนี้เป็นวิธีการในทางรัฐศาสตร์มากกว่านิติศาสตร์²⁶ ซึ่งในสภาพสังคมปัจจุบันแล้วต้องยอมรับว่า มีผลในการบังคับใช้ได้เหมาะสมดี โดยนายจ้างเป็นผู้ทำสัญญาประกันภัยเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของลูกจ้างได้ โดยนายจ้างเป็นผู้ชำระเบี้ยประกันและกระจายค่าเบี้ยประกันไปกับราคาสินค้าของตน ในที่สุดสาธารณชนผู้บริโภคอุปโภคต่างก็รับภาระกระจายกันไป ตามส่วนมากและน้อยโดยไม่รู้ตัว

ในหลายประเทศ ทัศนคติความรับผิดชอบให้นายจ้างแต่เพียงผู้เดียวโดยลูกจ้างไม่ต้องรับผิดชอบร่วมด้วย หรือจะรับผิดก็เพียงจำนวนจำกัด²⁷ โดยเฉพาะในประเทศสังคมนิยมซึ่งอนุญาตให้นายจ้างและลูกจ้างสำหรับกิจการบางประเภท ถือกันว่านายจ้างเป็นนายทุนผู้ผลิต (The enterpriser) ซึ่งจะต้องรับผิดชอบ

²⁶Glanville Williams. B.A. Hepple, Foundation of the Law of Torts. 2nd ed. (London: Butterworths, 1984), p.134-135.

²⁷John G. Fleming, The Law of Torts, 6th ed (Sydney : The Law Book Company Limited, 1983), p.339-340.

ทั้งปวงอันเกิดจากการผลิตไม่ว่าผลกำไรหรือขาดทุน ถ้าการผลิตสินค้าล้มเหลว ขาดทุน เช่น สินค้าไม่เป็นที่นิยม และนายจ้างต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบอันใด นายจ้างก็ควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากลูกจ้างในขณะที่ผลิตสินค้านั้นด้วย ทฤษฎีดังกล่าวเรียกว่า ทฤษฎีนายทุนผู้ผลิต (The Enterpriser Theory) ซึ่งถือเอาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดของลูกจ้าง เป็นส่วนหนึ่งของการขาดทุน อันเป็นผลธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้นได้ในการผลิต และทฤษฎีนี้ไปไกลถึงขนาดที่ว่า ความรับผิดชอบนี้นายจ้างจะต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว กล่าวคือจะไล่เบี้ยเอาแก่ลูกจ้างไม่ได้ ถ้าหากลูกจ้างกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ นายจ้างอาจไม่ได้รับชดเชยคืนจากลูกจ้าง เพราะผู้ประกอบการผลิตควรต้องรับภาระเสี่ยงภัยดังกล่าวอยู่แล้ว²⁸ นายจ้างจะต้องรับผิดชอบแทนลูกจ้าง โดยลูกจ้างไม่ต้องมีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัว

1.3 ความรับผิดชอบของตัวการในการกระทำของตัวแทน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 บัญญัติว่า " บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้นท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนโดยอนุโลม " บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้นคือ มาตรา 425 และ 426 ซึ่งกล่าวถึงความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง หมายความว่า ในเรื่องความรับผิดชอบของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทน เห็นว่า

²⁸ วารีนาสกุล . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด

บทบัญญัติในเรื่องนายจ้างร่วมรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้นรวมทั้งสิทธิไล่เบี้ยมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้นตัวการต้องร่วมรับผิดกับตัวแทนในผลแห่งละเมิด ซึ่งตัวแทนได้กระทำไปในกิจการทั้งหลายอันตัวแทนได้กระทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน และตัวการมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากตัวแทนด้วย

บทบัญญัติให้ตัวการต้องรับผิดในการกระทำของตัวแทนตามมาตรา 427 นี้ ได้เริ่มบัญญัติใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 เพราะคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณากฎหมายลักษณะตัวแทน ในบรรพ 3 (มาตรา 797-832) แล้วเห็นว่า ขาดข้อความตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 424, 425, 426 และ 427 จึงให้ร่างขึ้น

ความรับผิดของตัวการในผลแห่งการกระทำละเมิดของตัวแทนเกิดจากหลักความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) เช่นเดียวกับความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้าง ซึ่งตรงกับภาษิตกฎหมายที่ว่า Qui facit per alium facit per se ที่มักจะยกขึ้นกล่าวอ้างเป็นมูลเหตุของความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้าง แต่โดยแท้จริงแล้วควรจะต้องใช้กับกรณีของความรับผิดของตัวการในการกระทำของตัวแทน เพราะหมายถึงการที่บุคคลมอบหมายให้บุคคลอื่นทำกิจการแทนตน ย่อมจะถือเสมือนว่าได้กระทำกิจการนั้นด้วยตนเอง กฎหมายบัญญัติให้ตัวการรับผิดในผลแห่งการกระทำละเมิดของตัวแทนก็เพราะ ตัวการเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์จากการกระทำของตัวแทน และตัวการมีอำนาจบังคับบัญชาตัวแทนด้วย ในกฎหมายไทย ได้บัญญัติถึงอำนาจบังคับบัญชานี้ไว้ในมาตรา 807 ที่บัญญัติว่า "ตัวแทนต้องทำการตามคำสั่ง

แสดงออกชัดหรือ"เคยบรรยายของตัวการ ฯลฯ" ดังนั้นตัวการจึงควรต้องรับผิด หากคน ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังดูแลตามควร หรือไม่ได้ให้คำแนะนำแก่ตัวแทน เพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายตามธรรมดาที่จะ เกิดขึ้นจากการงานที่ตัวแทนทำ" ให้น 29 อย่าง ไรก็ตามในปัจจุบันนี้ เหตุผลประการสำคัญที่ตัวการจะต้องรับผิดในผลแห่งการ ละเมิดที่ตัวแทนกระทำลง ก็เป็นเช่นเดียวกับความรับผิดของนายจ้าง คือเป็น รัฐประศาสน์นโยบาย(public policy) ที่ต้องการคุ้มครองบุคคลภายนอกในสังคม

การที่ตัวการจะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดนี้ ต้อง ได้รับความก่อนว่าบุคคล ผู้ปกครองการละเมิดต่อบุคคลอื่นนั้นเป็นตัวแทนแห่งตน ความสัมพันธ์ระหว่างตัว การตัวแทนกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างนั้น มีความคล้ายคลึงคาบเกี่ยว กันอยู่มาก เพราะ เป็นลักษณะซึ่งบุคคลคนหนึ่งกระทำการเพื่อธุรกิจของบุคคลอีก คนหนึ่ง เช่นเดียวกัน แต่ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนนี้ ตัวแทนมักจะ ได้ รับการมอบหมายหรือแต่งตั้งให้กระทำการแทน หรือในนามของตัวการโดยเฉพาะ ในกิจการบางอย่าง ซึ่งจะต้องอาศัยความสามารถและความไว้วางใจ เชื่อใจมากกว่าการที่นายจ้างจะมอบหมายให้ลูกจ้างทำงานให้ตน การมอบหมายหรือแต่งตั้ง ตัวแทนนี้อาจแสดงออกชัดหรือ"เคยบรรยายก็ได้ แต่ในกิจการสำคัญบางอย่างก็ต้อง มีการแต่งตั้งตัวแทนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่ง แตกต่างกับลักษณะของนายจ้างลูกจ้าง อย่างไรก็ตามบุคคลคนหนึ่งอาจเป็นทั้ง ลูกจ้างและตัวแทนได้ในขณะเดียวกัน ซึ่งในบางกรณีนายจ้างต้องรับผิดในผลแห่ง

29 Salmond, The Law of Torts, 15th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1969), p.652.

ละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำ เพราะลูกจ้างนั้นมีลักษณะของความเป็นตัวแทนอยู่ด้วย ทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่ากิจการที่ลูกจ้างทำเป็นนั้น เป็นการกระทำในฐานะตัวแทนทำการแทนตัวการ การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นนายจ้างลูกจ้าง กรณีใดเป็นตัวแทนตัวแทนในบางครั้งยากอย่างยิ่ง แต่ก็ไม่เป็นปัญหาในทางปฏิบัติมากนัก เพราะผลในทางกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นนายจ้างหรือตัวการก็ต้องรับผิดชอบผลแห่งละเมิด ซึ่งเกิดจากการกระทำของลูกจ้างหรือตัวแทนเช่นเดียวกัน

ส่วนที่ 2 ลักษณะความรับผิดของนายจ้าง

นายจ้างต้องรับผิดชอบผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้ทำขึ้น เป็นความรับผิดของบุคคล ซึ่งไม่ได้กระทำละเมิดด้วยตนเอง หรือมีส่วนในการกระทำความผิดนั้น ด้วยแต่กลับต้องมารับผิดในการละเมิดของบุคคลอื่น ความรับผิดในลักษณะนี้อาจเรียกว่าความรับผิดเพื่อผู้อื่น ได้มีนักนิติศาสตร์บางท่านเรียกว่าเป็นความรับผิดแทนกัน³⁰ แต่ลักษณะของความรับผิดก็ยังคง เป็นความรับผิดร่วมกัน ลูกจ้างมิใช่จะพ้นจากความรับผิด ยังต้องมีความรับผิดในการกระทำของตนเองตามหลักทั่วไปของความรับผิดทางละเมิด ส่วนความรับผิดของนายจ้างนั้นตามกฎหมายไทยแล้ว ถือเป็นความรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 291 เป็นความรับผิดขั้นต้นเช่นเดียวกับความรับผิดของตัวลูกจ้างเอง กล่าวคือผู้เสียหายสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากนายจ้างและลูกจ้าง ได้พร้อมกัน นายจ้างจะยกย่องให้ผู้เสียหายไปฟ้อง เรียกเอาจากลูกจ้างก่อนเท่านั้นเอง ด้ยกับผู้ต้าบระกัน ไม่ได้ แต่การรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมนี้ไม่ได้หมายความว่า นายจ้าง

³⁰ ศ. ไพจิตร บุญพันธ์ุ, ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, หน้า 50.

และลูกจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายฝ่ายละเท่าๆกัน เพราะตาม มาตรา 426 บัญญัติให้นายจ้างมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกจ้างผู้กระทำความผิดได้ ความรับผิดของนายจ้างในลักษณะดังกล่าว กฎหมายฝรั่งเศสถือว่า เป็นความผิดใน ลำดับรอง แต่นายจ้างก็จะ เกี่ยงให้ผู้เสียหายไปเรียกค่าสินไหมทดแทนจากลูกจ้าง ก่อนไม่ได้เช่นเดียวกัน ³¹

ทฤษฎีพื้นฐานของความรับผิดทางละเมิดหรือแนวความคิดในเรื่องความ รับผิดของผู้กระทำความผิดว่า จะต้องรับผิดภายใต้หลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบ ใดๆบ้าง ในส่วนที่น่าจะนำมาพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดของนายจ้างในผล แห่งการกระทำความผิดของลูกจ้าง มีดังนี้

1. ทฤษฎีความผิด

ตามกฎหมายโรมันแต่เดิมมานั้น ถือว่าความรับผิดทางละเมิดอยู่ บนพื้นฐานของ "ความผิด(fault)" ซึ่งหมายถึงการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ล่วงสิทธิของบุคคลอื่น ทฤษฎีความผิดนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักกฎหมาย ละเมิดทั่วไปที่บัญญัติไว้ในหลายประเทศ เป็นที่ยอมรับกันมาจนถึงปัจจุบันตามหลัก ที่ว่า " ไม่มีความรับผิดถ้าปราศจากความผิด" (no Liability without fault) ความรับผิดที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของความผิด ไม่ถือว่าเป็นละเมิดโดยแท้ (proper delicts) แต่ถูกจัดว่าเป็น quasi delicts เช่น ความรับผิดของผู้ครอบ ครอง เรือ เรือนหรือที่หักอาศัย ในความเสียหายที่เกิดจากของตกหล่นหรือทิ้งข้าง

³¹ Jean Carbonnier, Droit civil 4 / les Obligations,

(Paris : Press Universitaires de France, 1956), P. 424

ลงบนทางสาธารณะ 32

2 ทฤษฎีรับภัย

เป็นทฤษฎีความรับผิดชอบทางละเมิดที่มีความมุ่งหมายให้ผู้ก่อความเสียหาย
แก่ผู้อื่นต้องชดเชยค่าเสียหาย โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำละเมิดจะต้องกระทำ
ความผิดด้วย เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นคนก่อแล้วก็ควรถือว่า
ผู้นั้นเป็นผู้ละเมิด ต้องชดเชยค่าเสียหายนั้น ไม่ควรให้บุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้มี
ส่วนผิดแต่อย่างใดต้องมารับเคราะห์กรรมแทน ทฤษฎีรับภัยนี้ถือว่าเมื่อมนุษย์ได้
กระทำการใดไปแล้วย่อมถือเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คืออาจมีผลดีหรือผลร้าย
หากเกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายนั้นควรตกเป็นพับแก่ผู้กระทำ

ทฤษฎีความรับผิดชอบทางละเมิดทั้งสองทฤษฎีนี้มีความเหมาะสมในลักษณะที่
แตกต่างกัน เพราะต่างก็มีข้อดีข้อเสียในตัวเอง นักนิติศาสตร์จึงได้พยายาม
นำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้ในสภาพการณ์ที่เหมาะสม ความคิดที่ว่าความรับผิด
ทางละเมิดอยู่บนพื้นฐานของ "ความผิด" ได้เป็นที่ยอมรับเรื่อยมา จนถึงศตวรรษ
ที่ 19 เมื่อเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้น คนงานในโรงงานต้องได้รับบาดเจ็บ
จากการทำงานของเครื่องจักรกลอยู่เสมอ ถ้ายึดถือแนวความคิดที่ว่าผู้เสียหาย
จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิด คดี
เหล่านั้นส่วนใหญ่แล้วผู้เสียหายมักไม่ได้รับการเยียวยา เพราะอุบัติเหตุจากการ

32 อนันต์ จันทราธิภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด",

60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, กรุงเทพมหานคร : พี.เค.พรินติ้งเฮาส์, 2531),

ทำงานของ เครื่องจักรนั้น นอกจากจะหาความเสียหายร้ายแรงแล้วยังทำลาย พยานหลักฐาน เบ็ดเตล็ดด้วย ผู้เสียหายไม่สามารถนำสืบได้ว่า เจ้าของโรงงานเป็น ผู้ผิด จึงมีความเห็นว่าความรับผิดทางละเมิดซึ่งจะต้องพิสูจน์ "ความผิด" ของ เจ้าเลยนั้น ไม่สามารถคุ้มครองคนงานผู้มีฐานะต่ำต้อยได้ นอกจากจะใช้ทฤษฎีรับภัย เป็นหลักเกณฑ์สำหรับความรับผิดทางละเมิด ส่วนฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีความผิด ก็โต้แย้งว่า เป็นการผิดศีลธรรมเกินไปที่จะลงโทษมนุษย์โดยพิเคราะห์เพียงแง่ เดียวถึงผลแห่งการกระทำนั้น โดยไม่พิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนามุ่งร้ายหรือไม่ และการไม่ต้องการให้มีกฎหมายความผิด อยู่ในความรับผิดทางละเมิดนั้น แทนที่จะหาความเจริญให้แก่กฎหมาย กลับจะพาดอชหลังไปถึงสมัยป่าเถื่อนเก่าแก่กว่า กฎหมาย Aquilia (กำเนิดกฎหมายละเมิด) เสียอีก การที่จะสามารถจับความ หมายของคำว่า "ความผิด" นั้น อาศัยการตรึงตรองพินิจพิเคราะห์ของนักปราชญ์ กฎหมายเป็นเวลานาน ถ้ามาถูกทำลายเสียโดยทฤษฎีรับภัยที่ถือหลักง่าย ๆ ก็ต้อง เสียผลไปเท่านั้น นอกจากนี้ข้อคัดค้านยังแสดงเหตุผลอีกว่ายังมีภัยอันสำคัญที่จะ เกิดขึ้นหากได้รับรองทฤษฎีรับภัยนี้ กล่าวคือมนุษย์จะไม่กล้าทำสิ่งต่าง ๆ ทั้งหมด ความเจริญของมนุษย์ก็หยุดชะงักลง เพราะทฤษฎีรับภัยถือว่าผู้ใดกระทำการสิ่ง ใดที่มีความเสียหาย ผู้นั้นต้องรับภัยนั้น จึงเป็นของรุนแรงสำหรับมนุษย์ที่ผ่านชีวิต ของตนโดยการกระทำ แต่เหมาะสำหรับมนุษย์ที่อยู่นิ่ง ๆ ไม่ทำอะไร อันไม่ทำให้ ประโยชน์แก่สมาคมมนุษย์แต่อย่างใดเลย 33

33 จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพฯ นคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 95-96.

จากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้ศาลและนักนิติศาสตร์ของประเทศต่างพยายามที่ลดความแข็งแกร่งของหลักความรับผิดที่ต้องอยู่บนพื้นฐานของ "ความผิด" และหลักของทฤษฎีรับภัย นามานี้ซึ่งแนวความคิดในการแก้ปัญหาอยู่ 2 ประการ คือ

1. บัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่

วิธีนี้ใช้ได้ในระบบ Common Law เพราะในระบบ Common Law กฎหมายลักษณะละเมิดวิวัฒนาการมาจากระบบหมายของศาล (writ system) กฎหมายลักษณะละเมิดจึงเป็นกรณีความรับผิดเฉพาะเรื่อง (Specific Types of Liability) มาโดยตลอด แต่สำหรับประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law นั้น การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งโดยบัญญัติหลักความรับผิดเพื่อละเมิดขึ้นมาใหม่ ทั้งยังขัดกับหลักความรับผิดเพื่อละเมิดเดิมอีกด้วย อาจเป็นที่ยอมรับได้ยาก เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งมีความคิดตั้งแต่เริ่มร่างประมวลแพ่งแล้วว่า ควรจะมีการบัญญัติรับรองหลักเกณฑ์ความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ซึ่งเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิดไว้ด้วย เพราะในระยะนั้นได้มีอุบัติเหตุก่อความเสียหายแก่สังคมโดยไม่มีผู้รับผิด เพราะพิสูจน์ความผิดของบุคคลใดไม่ได้³⁴ แต่ความคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับเพราะผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันล้วนแต่เป็นพวกอนุรักษนิยม ซึ่งเห็นว่าบุคคลจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อเขามีความผิด ดังนั้นเราจะพบหลัก Strict Liability หรือ Liability without fault

³⁴ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, ความรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, นิติศาสตร์ 14 (ธันวาคม 2527) : หน้า 81-82.

ได้จากพระราชบัญญัติ และกฎหมายทั่วๆไปของเยอรมัน และของประเทศอื่นอีก เช่น สหรัฐอเมริกา

2 ตีความกฎหมายที่มีอยู่ให้ครอบคลุมถึง

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law มักจะบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่กว้างๆ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และสามารถเข้ากับข้อเท็จจริงในอนาคตได้ด้วย ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายใหม่ ตัวอย่างเช่น ความรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรคแรกบัญญัติว่า " บุคคลต้องรับผิดไม่เพียงแต่ในความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้น ในการกระทำของตนเองเท่านั้น แต่ยังต้องรับผิดในความเสียหายซึ่งก่อขึ้นโดยการกระทำของบุคคลซึ่งตนต้องรับผิด หรือในความเสียหายซึ่งเกิดจากทรัพย์สินของซึ่งอยู่ในความดูแลของตนด้วย...."

ตามมาตรานี้แต่เดิมมีความคิดว่าเป็นความรับผิดของบุคคลอื่นเนื่องมาจากความผิดคือ ถือว่าเป็นข้อสันนิษฐานความผิด (presumption of fault) เพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหาย ภัยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลที่จะต้องรับผิด กฎหมายสันนิษฐานว่าเขาผิดอยู่แล้ว บุคคลดังกล่าวจะหลุดพ้นจากความรับผิดได้ต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่าเขาไม่มีความผิด เป็นการผลัการะการพิสูจน์ให้ตกแก่บุคคลที่อยู่ในฐานะต้องรับผิดนำสืบแก้ตัว เป็นการง่ายกว่าที่จะให้ผู้เสียหายนำสืบถึงความผิดของบุคคลนั้น แต่ในปีค.ศ. 1930 ศาลฎีกาส่งแห่งและอาญา (Cour de Cassation) ได้มีคำพิพากษาในคดี *and'heur* ได้สรุปว่าตามมาตรา 1384 วรรคแรกนี้ เป็นความรับผิดของบุคคลเนื่องจากการกระทำของสิ่งของ แม้บุคคลผู้ต้องรับผิดจะไม่มี ความผิด (fault) ใดๆเลย แต่เขาอาจต้องรับผิดหากเขาเป็นผู้ดูแลสิ่งของที่เป็นต้นเหตุแห่งความเสียหายนั้น และแม้จำเลยจะนำสืบได้ว่า ตนไม่มี

ส่วนผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ก็ไม่ทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดแต่อย่างใด และหลักนี้เป็นที่ยึดถือกันตลอดมา³⁵ สรุปว่าศาลฝรั่งเศสได้วางหลักของมาตรา 1384 ใหม่ว่า ความรับผิดทางละเมิดในปัจจุบันเป็นอิสระจากความผิด (fault) ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลคนหนึ่งนั้น เกิดจากสิ่งของที่อยู่ภายในการดูแล (control) ของอีกบุคคลหนึ่ง แสดงว่ามีพื้นฐานความรับผิดที่เป็นความรับผิด เต็ดขาด (presumption of responsibility) กรณีดังกล่าวนี้ เป็นกรณีที่ นักกฎหมายตีความบทบัญญัติ ภายใตเจตนารมณ์กฎหมายให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคม วิชาไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่

เราสามารถสรุปได้ว่า กฎหมายลักษณะละเมิดในปัจจุบันได้กำหนด พื้นฐานความรับผิดในทางละเมิดที่สำคัญไว้ 3 ลักษณะด้วยกัน คือ

1. ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability based on fault)
2. ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของข้อสันนิษฐาน"ความผิด" (Liability based on presumed fault)
3. ความรับผิดเด็ดขาด (strict liability)

พื้นฐานความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง
 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าแต่เดิมนั้น บุคคลจะต้องรับผิดทางละเมิดก็ต่อ เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นเพราะ "ความผิด" ของบุคคลนั้น หากการ

³⁵ Ruth Redmond-Cooper, "The Relevance of Fault in Determining Liability for Road Accidents: The French Experience," International and Comparative Law Quarterly, July (1989), p. 504.

กระหน่ำนั้นไม่เป็นความผิด บุคคลผู้ต้องเสียหายก็ควรจะได้รับบาดเจ็บเพราะตัวเอง
 แต่ในกรณีของนายจ้าง ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่
 ผู้เสียหายเมื่อลูกจ้างของตนไปกระทำละเมิดขึ้น มีพื้นฐานความรับผิดชอบอย่างเรานั้น
 มีแนวความคิดแตกต่างกัน ดังนี้

1. ความรับผิดชอบของนายจ้างอยู่บนพื้นฐานของความรับผิดทางละเมิดที่
 อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability based on fault) นายจ้างจะต้อง
 รับผิดชอบหากปรากฏว่านายจ้างมีส่วนผิดอยู่ด้วยในการคัดเลือกลูกจ้างที่ไม่เหมาะสม
 กับงาน หรือบกพร่องในการควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้าง

อีกแนวความคิดหนึ่ง แม้จะเห็นว่าความรับผิดของนายจ้างอยู่บนพื้นฐาน
 ของความผิดเช่นเดียวกัน แต่ให้เหตุผลที่แตกต่างออกไปคือเห็นว่าแม้นายจ้างจะ
 ไม่ได้มีส่วนผิด แต่ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความผิดของลูกจ้างคือลูกจ้าง
 ได้กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ล่วงสิทธิของบุคคลอื่น นายจ้างก็
 ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง คืออาศัย "ความผิด" ของลูกจ้างเป็น
พื้นฐานในการวินิจฉัยความรับผิดของนายจ้าง แต่ต้องปรากฏด้วยว่า สิ่งที่ลูกจ้าง
 ได้ทำไปนั้นเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของทางการที่จ้าง การใช้ "ความผิด"
 ของลูกจ้างเป็นพื้นฐานของความรับผิดของนายจ้าง ทำให้หลักในเรื่องนี้ต่างไป
 จากความรับผิดเด็ดขาด 36 ซึ่งเป็นการบังคับให้บุคคลต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน
 เพื่อการกระทำหรือความเสียหายอันเกิดขึ้น โดยที่ผู้นั้นมิได้กระทำไปโดยจงใจ
 ประมาทเลินเล่อ หรือเกิดขึ้นโดยเป็นอุบัติเหตุ

36 อนันต์ จันทโรภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด"

2. ความรับผิดของนายจ้างอยู่บนพื้นฐานของข้อสันนิษฐาน "ความผิด"

แนวความคิดนี้เห็นว่ากฎหมายกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า นายจ้างเป็นผู้ผิด เพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของนายจ้างแต่นายจ้างสามารถหลุดพ้นจากความรับผิด เมื่อพิสูจน์ได้ว่าคนได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกอบรม หรือควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้างดีแล้ว

3. ความรับผิดของนายจ้างเป็นความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability)

แนวความคิดนี้เห็นว่าความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนี้เป็นความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ³⁷ คือไม่ต้องคำนึงถึงองค์ประกอบภายในส่วนจิตใจ บุคคลจะต้องรับผิดแม้ไม่ได้มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กล่าวคือบุคคลจะต้องรับผิดโดยที่ไม่มี "ความผิด" ³⁸

³⁷ Henry C. Black, Black's Law Dictionary, 4 ed.,

(Minnesota : West Publishing Co., 1968), p.159. "ให้ความ

หมายของคำว่า "Strict Liability" ไว้ว่า หมายถึงความรับผิดที่ผู้กระทำ

จะต้องรับผิดทั้งที่ไม่มีความผิด กรณีที่จะถือว่าเป็นความรับผิดเด็ดขาดต่อเมื่อมิใช่

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ มิใช่การกระทำโดยมีเจตนาตีหรือ

เจตนาร้าย และแม้ว่าจำเลยจะรู้หรือไม่รู้ถึงการกระทำนั้นหรือไม่ก็ตาม จำเลย

ก็ไม่พ้นจากความรับผิด

³⁸ John G. Fleming, The Law of Torts, p 338.

Francis Trindade, The Law of Torts in Australia

(Melbourne : Oxford University press, 1985), p.596.

เปรียบเทียบพื้นฐานความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของ

ลูกจ้างตามกฎหมายต่างประเทศ

- มาตรา 425 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กรมร่าง
กฎหมายอ้างอิงที่มาจาก มาตรา 831 BGB (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) และ
มาตรา 715 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แต่ใน index of civil code
ซึ่งพระยามานวราชเสวีได้รวบรวมไว้ระบุว่า มาตรา 425 ประมวลกฎหมายแพ่ง
และมีที่มาจาก มาตรา 831 BGB

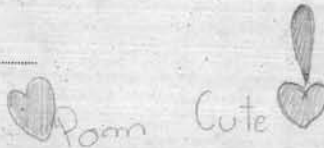
- มาตรา 831 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติว่า

"บุคคลซึ่งจ้างคนอื่นทำงานใด ย่อมต้องชดเชยค่าทดแทนในความเสียหาย ซึ่งผู้นั้นได้ก่อขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลภายนอกในการปฏิบัติงานนั้น หน้าที่ที่จะชดเชยค่าทดแทนย่อมไม่เกิดขึ้น ถ้าหากนายจ้าง ได้ใช้ความระมัดระวัง ตามธรรมดาในการเลือกลูกจ้าง และกรณีที่ตนต้องจัดหาเครื่องมือ เครื่องใช้ และควบคุมดูแลงาน คนได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาเกี่ยวกับการจัดหา และการควบคุมดูแล หรือความเสียหายย่อมเกิดขึ้นได้ แม้จะได้ใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้น" 39

39 มาตรา 831 BGB บัญญัติว่า " 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

ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างในมาตรา 831 BGB นี้ ถือว่าเหตุที่นายจ้างต้องรับผิดก็เพราะนายจ้างเป็นผู้ผิดเอง เป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีความผิด (Liability based on fault) คือต้องปรากฏว่านายจ้างมีความผิดในการจัดหาลูกจ้างที่มาทำงานในการจัดหาเครื่องมือในการทำงานหรือบกพร่องในการควบคุมบังคับบัญชา แต่เพื่อลดความแข็งกระด้างของหลัก Liability based on fault มาตรา 831 จึงได้กำหนดข้อสันนิษฐาน "ความผิด" เอาไว้ และนายจ้างสามารถที่จะปลดเปลื้องความรับผิดได้ก็ต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่า นายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือก อบรมหรือควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้าง ทั้งนี้กฎหมายเยอรมันไม่ได้พิจารณาว่าการกระทำของลูกจ้างเป็นความผิดหรือไม่ ดังนั้นแม้ลูกจ้างจะไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นายจ้างก็ต้องรับผิดถ้านายจ้างไม่สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายได้ 40 ดังนั้นความรับผิดของนายจ้างตาม

เชิงอรรถต่อจากหน้า 41



arise if the employer has exercised ordinary care in the selection of the employee, and, where he has to supply appliances or implements or to superintend the work, has also exercised ordinary care as regards such supply or superintendence, or if the damage would have arisen, notwithstanding the exercise of such care.

40 อนันต์ จันทร์เรืองภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด",

กฎหมายเยอรมันนี้ จึงไม่ใช่ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นที่เดิยวนัก

- มาตรา 715 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น

มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 709 , 716 , 831 และ 840 มีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 ดังกล่าว แต่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไม่มีบัญญัติถึงกรณีที่นายจ้างเป็นผู้จัดหาเครื่องมือเครื่องใช้ว่า ถ้าได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาในการจัดหาแล้ว นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบ มาตรา 715 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บัญญัติว่า " บุคคลซึ่งจ้างผู้อื่นเพื่อทำการใด ย่อมต้องชดเชยค่าทดแทนในเสียหาย ซึ่งบุคคลนั้นได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างปฏิบัติงานที่จ้าง " 41

- มาตรา 1384 วรรค 5 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

บัญญัติว่า " นายจ้างและผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบในความเสียหาย อันลูกจ้างและผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาได้กระทำไปในทางการที่จ้าง " 42

41 มาตรา 715 บัญญัติว่า "A person who has employed another for a certain business is bound to make compensation for any damages caused to a third party by the person employed employed in the execution thereof"

42 มาตรา 1384 วรรค 5 บัญญัติว่า " Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés "

ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างตามมาตรา 1384 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นั้นอยู่บนพื้นฐานทางทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด เพราะฝรั่งเศสถือว่าเหตุที่นายจ้างต้องรับผิดแม้ว่านายจ้างจะแสดงให้เห็นว่า นายจ้างเองไม่สามารถป้องกันมิให้ลูกจ้างกระทำการนั้นได้ก็ตาม ก็เพราะถือว่าลูกจ้างเป็นเพียงเครื่องมือของนายจ้าง การกระทำของลูกจ้างถือเป็นการกระทำของนายจ้าง

นอกจากบทบัญญัติของประเทศดังกล่าวมาแล้ว ยังมีบทบัญญัติที่ตนเองเดียวกันนี้ในประเทศอื่นอีก เช่น

ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส มาตรา 55 วรรคแรก บัญญัติว่า "นายจ้างต้องรับผิดในความเสียหายซึ่ง เสมียน, ลูกจ้าง, คนงานของตน ได้ก่อขึ้นในการปฏิบัติงานของตน ถ้าหากคนเม่าอาจพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติการณ์ เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายชนิดนั้น หรือแม้จะใช้ความระมัดระวัง ก็ยังเกิดความเสียหายอยู่นั่นเอง"

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา 2049 บัญญัติว่า "นายจ้างและตัวการต้องรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดของลูกจ้างหรือตัวแทนในการปฏิบัติงานที่ตนรับจ้างมา"

"ในระบบกฎหมาย Common Law ก็ได้วางหลักไว้ว่า " นายจ้างต้องมีความรับผิดในความเสียหายซึ่งลูกจ้างของตนได้กระทำให้ไปบนทางการที่จ้าง " 43

43 R.W.M. Dias and B.S Markesinis, Tort Law, p.290.

Philip S. James, General Principles of the Law of Torts, 4th ed, (London : William clowes and sons Ltd., 1978) p.356.

จากกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้ว สามารถแบ่งแนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดของความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้าง ได้เป็น 3 จำพวก จำพวกแรกเห็นว่า ความรับผิดของนายจ้างเป็นความรับผิดเด็ดขาด นายจ้างไม่อาจโต้แย้งคัดค้านหรือพิสูจน์ให้ตัวเองหลุดพ้นจากความรับผิดได้เลย ความเห็นฝ่ายนี้ได้แก่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส อิตาลี และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law คือ อังกฤษ และอเมริกา ส่วนจำพวกที่ 2 ถือว่าความรับผิดของนายจ้างเป็นเพียงข้อสันนิษฐานความผิดไม่เด็ดขาด นายจ้างอาจพิสูจน์หรือยกข้อต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ เช่น กฎหมายของประเทศสวิส และจำพวกที่ 3 ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของนายจ้าง เป็นข้อสันนิษฐานความผิดตามกฎหมาย แต่มีความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดอยู่บนพื้นฐานของความผิดของตัวเอง คือถือว่านายจ้างมีส่วนผิดอยู่ด้วยจึงให้รับผิดไว้ก่อน เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้แก่ กฎหมายของประเทศเยอรมันและญี่ปุ่น

พื้นฐานความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

แม้มาตรา 425 จะมีที่มาจากมาตรา 831 BGB แต่นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่กลับเห็นว่าความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 เป็นความรับผิดเด็ดขาดเช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส

มาตรา 425 บัญญัติว่า "นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำให้ไปในการที่จ้างนั้น" คำว่า "ผลแห่งละเมิด" นั้น

ทางตำราอธิบายว่า การกระทำของลูกจ้างต้องถือว่าเป็นการทะเลาะเมิดเสียก่อน นายจ้างจึงจะต้องรับผิด ถ้าการกระทำของลูกจ้างไม่เป็นละเมิดแล้ว นายจ้าง ก็ไม่ต้องรับผิด แม้จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น การที่จะถือว่าลูกจ้างทะเลาะเมิดต้องพิจารณาตามหลักในมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การกระทำของลูกจ้างต้อง เป็นความผิด ใดๆโดยลูกจ้างจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย และนายจ้างจะต้องรับผิดด้วยก็ต่อเมื่อลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง ดังนั้นจึง เป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำสืบ "ความผิด" ของลูกจ้าง ซึ่งในเรื่องนี้ต่างกับกฎหมายเยอรมันโดยสิ้นเชิง เพราะตามกฎหมายเยอรมัน แม้จะ ไม่มี ความผิดคือมิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นายจ้างก็อาจต้องรับผิด มาตรา 425 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมีลักษณะใกล้เคียงกับมาตรา 1384 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มากกว่ามาตรา 831 BGB

ในการฟ้องร้องให้นายจ้างรับผิดในการทะเลาะเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 โจทก์ยังคงต้องนำสืบว่าการกระทำของลูกจ้างนั้นเป็นละเมิดหรือพิสูจน์ความผิดของลูกจ้างนั่นเอง มาตรา 425 ไม่ใช่กรณีที่นายจ้างมีส่วนในการกระทำ ความผิด เพราะถ้านายจ้างมีความผิดก็ต้องรับผิดตามมาตรา 420 หรือ 432 แต่อย่างไรก็ตามจากความคิดที่ว่า ความรับผิดของนายจ้างต้องมีความผิดของลูกจ้างตามมาตรา 420 เป็นเงื่อนไขแห่งความรับผิดนี้ ได้มีแนวความเห็นแตกต่างออกไปว่า ความรับผิดใน " ผลแห่งละเมิด " ที่กฎหมายบัญญัติไว้นี้ ไม่ใช่กรณีที่ลูกจ้างต้องมีความผิดตามมาตรา 420 เท่านั้น แต่ควรรวมถึงความรับผิดทางละเมิดประการอื่น ซึ่งเป็นความรับผิดเด็ดขาดโดยที่ไม่ต้องมีการกระทำ

โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของลูกจ้างด้วย เช่น ความรับผิดชอบที่เกิดจากทรัพย์สิน
อันตราย เป็นต้น อาจมีกรณีซึ่งลูกจ้างเป็นผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะ
อันเดินด้วยเครื่องจักรกล ขณะทำงานให้นายจ้างทำให้บุคคลภายนอกต้องได้รับ
ความเสียหายจากการทำงานของยานพาหนะดังกล่าว โดยที่ลูกจ้างไม่ได้จงใจ
หรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้นตัวลูกจ้างต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา 437 เมื่อ
การทำงานของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้าง นายจ้างก็ควรต้องรับผิดชอบกับลูกจ้างตาม
มาตรา 425 ด้วย

แต่ก็มีความเห็นที่ยังคงยืนยันว่า ความรับผิดชอบของลูกจ้างนั้นจะต้องเป็น
ไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 420 เท่านั้น เพราะมาตรา 425 ตอนท้ายบัญญัติว่า
"ผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง" แสดงว่ากฎหมายต้อง
การบังคับเฉพาะกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำละเมิดเท่านั้น ไม่รวมถึงการละเมิดที่
เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษในความรับผิดชอบเด็ดขาด ซึ่งถ้า
หากจะตีความกฎหมายตามความเห็นฝ่ายนี้แล้ว ผลในการบังคับใช้กฎหมายน่าจะ
แคบเกินไป จนไม่อาจคุ้มครองบุคคลภายนอกได้ในบางกรณีดังที่กล่าวมาแล้ว