

บทที่ 4

ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ในกฎหมายต่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทข้างต้นแล้วว่าความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามนั้นมีที่มาจากกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเข้าใจบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวจึงจำเป็นต้องศึกษาแนวความคิดของความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในระบบกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวโดยแยกเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน และระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

1. ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

1.1 ฝรั่งเศส

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.”¹

1.1.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้าง

ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างตามมาตรา 1384 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนี้มีแนวคิดที่อยู่บนพื้นฐานทางทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด เนื่องจากฝรั่งเศสถือว่าเหตุที่นายจ้างต้องรับผิดเพราะเห็นว่านายจ้างเป็นผู้ดูแลรักษา ซึ่งอาจจะต้องรับผิดเพื่อการ

¹ มาตรา 1384 วรรค 5 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติว่า “นายจ้างและผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดในความเสียหาย ซึ่งลูกจ้างและผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ก่อขึ้นในหน้าที่ที่ได้จ้างมา”

กระทำของบางสิ่ง แม้ว่าสิ่งนั้นถูกใช้โดยผู้เป็นลูกจ้างก็ตาม² และแม้ว่านายจ้างจะแสดงให้เห็นว่า นายจ้างเองไม่สามารถป้องกันมิให้ลูกจ้างกระทำการนั้นได้ก็ตาม เพราะถือว่าลูกจ้างเป็นเพียง เครื่องมือของนายจ้าง³ ดังนั้นความรับผิดของนายจ้างจึงเกิดจากความผิดของลูกจ้าง นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าความรับผิดตามมาตรฐานนี้ปราศจากซึ่งข้อแก้ตัวอย่างใดๆ จากนายจ้าง ไม่ว่าจะเป็นการอ้างว่าตนได้ดูแลลูกจ้างเพียงพอแล้ว หรือมีความระมัดระวังในการเลือกลูกจ้างเพื่อการทำงาน ก็ไม่ได้เป็นการปกป้องนายจ้างจากความรับผิดนั้น เว้นเสียแต่ว่าเป็นกรณีที่ถูกผู้เสียหายและลูกจ้างได้ มีส่วนประมาทเดินเล่อร่วมกันในความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้นที่พอจะเป็นข้อแก้ตัวของนายจ้างได้ อย่างไรก็ตาม นายจ้างไม่จำเป็นต้องรับผิด หากได้ความว่าลูกจ้างไม่มีความรับผิดในการกระทำของ ตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเขาไม่ได้กระทำผิดเลย กรณีเช่นนี้แสดงให้เห็นได้ว่าขอบเขตข้อจำกัด ความรับผิดของนายจ้างจึงถูกตัดสินโดยขอบเขตข้อจำกัดความรับผิดของลูกจ้างด้วย⁴

ความรับผิดนายจ้างกรณีลูกจ้างทำละเมิดของประเทศฝรั่งเศสนี้ ประกอบไปด้วย เงื่อนไข 3 ประการ คือ (1) ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของจำเลยผู้เป็น นายจ้าง (2) การกระทำของลูกจ้างต้องเป็นความผิด และ (3) การกระทำความผิดโดยละเมิดนี้ จะต้องเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง

1.1.1.1 ลักษณะของความเป็นนายจ้างลูกจ้าง

ในระบบซิติลลอร์วืบทบัญญัติของประเทศต่างๆ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน และญี่ปุ่น มีหลักระเบียบสาระสำคัญในการวินิจฉัยที่เหมือนกัน คือ สัญญาจ้างแรงงานมีจุดประสงค์ของ สัญญาที่การทำงานให้ของลูกจ้างมิใช่ผลสำเร็จของงาน อันถือว่าเป็นหลักเรื่องวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และหลักเรื่องวิธีการคำนวณสินจ้างเป็นสำคัญ⁵ และอีกหลักหนึ่งที่น่าสนใจที่ใช้ในการวินิจฉัยคือ หลักความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา หรือหลักอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง ที่ถือว่าเป็นหน้าที่ของลูกจ้างในการเชื่อฟังคำสั่งของนายจ้างอันถือเป็นหน้าที่โดยปริยายอยู่แล้ว

² The International Association of Legal Scientist, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.11 Torts Chapter 4 chief ed. By Andre tunc 1978, p.22.

³ ภัทรศักดิ์ วรธรรณแสง, “ความรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 14, ฉบับที่ 4, น.86 (ธันวาคม 2517).

⁴ The International Association of Legal Scientist, *supra* note 2, p.14.

⁵ วิลาลินี ปานใจ, “ลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.156.

ตามที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นว่าเงื่อนไขประการแรกที่ต้องพิจารณาคือ ผู้ที่กระทำ ความผิดจะต้องเป็นผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของจำเลยผู้เป็นนายจ้าง ในที่นี้ก็คือบุคคลผู้ซึ่ง ปฏิบัติงานเพื่อจำเลย ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชา ดูแล และสั่งการโดยจำเลย เช่น ผู้ที่สมัคร รับเลือกตั้งต้องรับผิดชอบในความเสียหายสำหรับการตายหรือบาดเจ็บซึ่งเกิดขึ้นกับผู้สนับสนุนในการ แข่งขันกับผู้สมัครฝ่ายตรงข้าม ตามหลักการพื้นฐานที่ว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของ บุคคลอื่นที่พบเท่าที่พบว่าเขาได้มีอำนาจในการสั่งการบุคคลอื่นนั้น⁶ และในปัจจุบันได้มีการ ยอมรับแล้วว่าแม้ผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาเป็นผู้ที่มีทักษะในการทำงานสูง ซึ่งจะทำให้ผู้บังคับบัญชา ไม่สามารถเข้าควบคุมสั่งการได้โดยตรง ก็ถือเป็นผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาตามมาตรา 1384 วรรค 5 นี้ เช่นกัน⁷ เพราะไม่มีความจำเป็นสำหรับนายจ้างที่จะต้องเข้าควบคุมในส่วนที่เป็นเรื่องของเทคนิค ซึ่งต้องใช้ความรู้เป็นพิเศษ อีกทั้งไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ออกคำสั่งให้ทำการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เช่น นายจ้างคือโรงพยาบาลต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของแพทย์ซึ่งได้กระทำการรักษาคนไข้ หาก แพทย์นั้นไม่ได้ออกไปข้างนอกตามที่คนไข้เรียกให้ออกไป⁸

ในกฎหมายฝรั่งเศสคำว่า “ผู้บังคับบัญชา” นั้นมีผู้แปลมาจากคำว่า “commettant” (ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรค 5) เพราะมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “นายจ้าง” ในสัญญาจ้างแรงงาน แต่ต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจสั่งการเพื่อประโยชน์ของตน ผู้ใดมี อำนาจสั่งการ แต่ไม่ได้สั่งการเพื่อประโยชน์ของตนก็ไม่ใช่ “ผู้บังคับบัญชา” ตามความหมายใน มาตรา 1384 วรรค 5 เช่น กรณีที่ต่างก็เป็นลูกจ้างปฏิบัติการเพื่อนายจ้างคนเดียวกัน เป็นต้น ซึ่งไม่ว่าในสัญญาอื่นๆ หรือในฐานะใดๆ เมื่อผู้ใดมีอำนาจสั่งการให้ใครปฏิบัติเพื่อประโยชน์ของ ตนได้ ผู้นั้นก็เป็นผู้บังคับบัญชา ดังนั้นคำถามที่ว่าในกรณีที่นายจ้างเป็นบริษัทซึ่งเป็นผู้ประกอบ กิจการ ผู้ที่เป็นผู้จัดการนั้นจะถือว่าเป็นนายจ้างที่เป็นผู้บังคับบัญชาซึ่งต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย มาตรานี้หรือไม่ ในส่วนนี้มีคำตอบไปในทางปฏิเสธ กล่าวคือผู้จัดการนั้นไม่ถือเป็นนายจ้างหรือ ผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากบุคคลเช่นนั้นเป็นเพียงบุคคลที่ถือได้ว่าเป็นผู้ได้รับ

⁶ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2008), p.395.

⁷ J.Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others* (Kluwer Law International, 2002), p.93.

⁸ The International Association of Legal Scient, *supra note 1*, p.33.

การแต่งตั้งจากนายจ้างเพื่อวัตถุประสงค์ในกิจการของตนเท่านั้น⁹ และในสัญญาตัวแทนถ้าเข้าลักษณะบางประการ ตัวการก็เป็นผู้บังคับบัญชาตัวแทนได้เช่นกัน

ตามกฎหมายไทยลูกจ้างต้องทำตามคำสั่งของนายจ้าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 583 นายจ้างจึงเป็นผู้บังคับบัญชาด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคำว่า “ผู้บังคับบัญชา” ตามกฎหมายฝรั่งเศสมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “นายจ้าง” อีกทั้งยังได้รวมความหมายของคำว่า “นายจ้าง” เอาไว้ด้วย¹⁰ ต่อมา คำว่า “ลูกจ้าง” (domestique) นั้น ถือเป็นบุคคลที่มีหน้าที่เพื่อผู้อื่นโดยต้องปฏิบัติต่อตัวของผู้อื่น หรือโดยปฏิบัติหน้าที่ภายในกิจการบ้านเรือนของผู้อื่น¹¹ ส่วนคำว่า “ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา” (préposé) นั้นเป็นผู้ที่นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชา (le maître ou le commettant) มีสิทธิออกคำสั่งเพื่อที่จะปฏิบัติตามหน้าที่โดยไม่จำเป็นต้องมีสัญญาต่อกันหรือมีสินจ้าง แต่ต้องเป็นผู้ที่อาจรับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาได้ หรือกล่าวอีกในหนึ่งคือต้องมีการบังคับบัญชากัน (subordination) ดังนั้นคำว่า “ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา” จึงมีความหมายกว้างกว่า “ลูกจ้าง” ด้วยเช่นกัน

ดังนั้นแม้ในกรณีที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงาน (contrat de louage de services) ก็อาจเป็นผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาได้ เช่น บุตรผู้เยาว์หรือที่บรรลุนิติภาวะแล้วของผู้บังคับบัญชา รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชา , ภรรยาเป็นผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของสามี , คนที่ยินยอมทำงานภายใต้อำนาจของบุคคลอื่น โดยไม่มีสัญญาหรือสินจ้างยอมเป็นผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาตลอดเวลา นั้น เป็นต้น¹² จะเห็นได้ว่าฐานะของผู้ที่จะก่อให้เกิดอำนาจสั่งการได้ในประมวลกฎหมายแพ่ง

⁹ *Ibid.*, p.28.

¹⁰ ไพจิตร ปุญญพันธ์, กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.63.

¹¹ Lalou, Henri, Traite pratique de la responsabilite civile, 5thed (Paris: Librairie Dalloz, 1955), p.622 อ้างใน ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง, (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์อิสานการพิมพ์, 2507), น.32.

¹² Lalou, Henri, Traite pratique de la responsabilite civile, 5thed (Paris: Librairie Dalloz, 1955), pp.623-629 อ้างใน ไพจิตร ปุญญพันธ์, กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.63.

ฝรั่งเศสนั้น ไม่จำเป็นต้องอาศัยสัญญาเสมอไป¹³ ด้วยเหตุนี้ในกฎหมายไทย ตัวบุคคลที่จะรับผิดชอบจึงแคบกว่าในกฎหมายฝรั่งเศส เพราะเกิดจากนิติกรรมเท่านั้น ดังนั้นศาลฝรั่งเศสจึงถือว่าทีมฟุตบอลเป็นตัวการของผู้เล่นผู้ซึ่งได้ก่อให้เกิดอุบัติเหตุรับบาดเจ็บ หรือผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นตัวการของผู้ที่สนับสนุนตนในการที่เขาได้เข้าไปทำร้ายร่างกายฝ่ายตรงข้าม หรือกรณีคนขายรถยนต์ถือเป็นตัวการของผู้ที่คาดว่าจะซื้อรถซึ่งนำรถออกไปลองขับ แล้วก่อให้เกิดอุบัติเหตุขึ้นในทางที่ได้ขับไปทดลองนั้น¹⁴ จึงเห็นได้ว่าสำหรับมาตรา 1384 วรรค 5 นี้ไม่ได้มีการเรียกร้องให้มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายนั้นแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ผู้ต้องเสียหายไม่จำเป็นต้องระบุว่าลูกจ้างนั้นเป็นใคร เพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นได้ว่าผู้ทำละเมิดนั้นเป็นหนึ่งในลูกจ้างของนายจ้างก็เพียงพอแล้ว

สำหรับกรณีที่บุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (Borrowed Employees) เมื่อลูกจ้างตกอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของบุคคลภายนอกชั่วคราว (tiers occasionnel) ศาลสูงของประเทศฝรั่งเศส (Cour de cassation) ได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาหลายฉบับว่า “ถ้าหากในชั่วเวลาหนึ่งหรือในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนด นายจ้างได้กระทำให้ลูกจ้างตามปรกติของตนตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของบุคคลอื่น ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจและการจัดการในขณะที่เกิดการละเมิดและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกแล้ว บุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาต้องรับผิดชอบ” กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเมื่อนายจ้างทำให้อุปการะลูกจ้างอยู่ในการจัดการดูแลบังคับบัญชาของบุคคลอีกคนหนึ่งอันเป็นการจ้างกันเป็นพิเศษ และบุคคลนั้นมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้างนั้นและเป็นผู้ออกคำสั่ง ความรับผิดชอบของนายจ้างย่อมสิ้นสุดลงและตกอยู่กับนายจ้างชั่วคราวนั้น¹⁵ เนื่องจากถือว่านายจ้างได้มอบอำนาจให้บุคคลอื่นทำการบังคับบัญชาแทนตนชั่วคราวเมื่อลูกจ้างทำงานให้แก่ผู้ใด ผู้นั้นก็ย่อมได้ประโยชน์ จึงควรเป็นผู้รับผิดชอบในการละเมิดของลูกจ้าง เพราะหลักสำคัญของกฎหมายฝรั่งเศสอยู่ที่การบังคับบัญชา คือการที่ลูกจ้างต้องปฏิบัติตามคำสั่ง ส่วนสินจ้างนั้นยอมไม่ใช่สิ่งสำคัญที่บุคคลใดจะเป็นผู้จ่ายหรือลูกจ้างได้รับจากใคร แต่กฎหมายฝรั่งเศสก็ได้มีข้อจำกัดไว้ว่า การที่ความรับผิดชอบจะเปลี่ยนไปยังบุคคลอื่นได้นั้น จะต้อง

¹³ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.196.

¹⁴ Christian Von Bar, The Common European Law of Torts Volume One, (New York: Oxford University Press, 2000), p.209.

¹⁵ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง, (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์อิสานการพิมพ์, 2507), น. 44.

ประกอบด้วยเงื่อนไขที่ไม่เพียงแต่ว่าลูกจ้างจะต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้างชั่วคราว (commettant occasionnel) แต่ต้องปรากฏว่าการอยู่ใต้บังคับบัญชานั้น เป็นผลมาจากกฎหมาย หรือข้อตกลง (convention) ในมาตรการที่กำหนดไว้ในข้อกฎหมายหรือข้อตกลงนั้นอีกด้วย¹⁶

ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความรับผิดขึ้นมา 2 ประการพร้อมๆ กันในการกระทำอันเดียวกันนั้น กล่าวคือ ความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง และความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น เช่น ในการใดๆ ซึ่งบุคคลซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคลได้กระทำลงไปได้ใน 2 สถานะพร้อมๆ กัน คือ ผู้แทนนิติบุคคลและลูกจ้าง หากมีการละเมิดเกิดขึ้นจากการนั้นก็สามารถปรับเข้าใช้ได้ทั้ง 2 สถานะความผิด คือ หากเป็นในฐานะที่เป็นผู้แทนนิติบุคคล จะเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง ตามมาตรา 1382 แต่หากเป็นในฐานะที่เป็นลูกจ้างแล้ว ก็จะเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งต้องปรับใช้ด้วยมาตรา 1384 วรรค 5¹⁷ ทำให้ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นสามารถมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าจะฟ้องร้องเรียกเอาค่าเสียหายภายใต้มาตราใดในฐานะใด

1.1.1.2 ขอบเขตของทางการที่จ้าง

การที่นายจ้างจะต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในฝรั่งเศสนั้น การกระทำของลูกจ้างต้องเป็นความผิด โดยในทางปฏิบัติที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาจะต้องมีการก่อให้เกิดอันตรายขึ้นโดยการกระทำความผิดของเขาเอง¹⁸ แต่ในทางทฤษฎีนั้น เพียงแค่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำให้เกิดความเสียหายกับสิ่งที่เขาได้เก็บรักษาไว้เพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม แทบจะไม่มีตัวอย่างในกรณีที่ลูกจ้างเป็นผู้เก็บรักษาสิ่งของที่เอาไว้ใช้ เพราะจากคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส ลูกจ้างที่ใช้อุปกรณ์เครื่องมือของนายจ้างในการทำงานไม่ถือว่าเป็นผู้เก็บรักษาสิ่งนั้น แต่ผู้เก็บรักษาคือเจ้าของหรือหมายถึงนายจ้างนั่นเอง ดังนั้นนายจ้างจึงต้องรับผิดต่อผู้เสียหายโดยตรง กรณีนี้จึงไม่จำเป็นต้องใช้ มาตรา 1384 วรรค 5¹⁹

เงื่อนไขประการสำคัญที่จะทำให้ให้นายจ้างต้องรับผิด คือ การละเมิดซึ่งลูกจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในทางการที่จ้างด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่ได้มีการบัญญัติคำนิยามของ “ทางการที่จ้าง” ไว้ อย่างไรก็ตามมีข้อสรุปว่าทางปฏิบัตินี้มีองค์ประกอบ

¹⁶ เฟ็งอ้าง, น.46.

¹⁷ The International Association of Legal Scient, *supra* note 2, p.16.

¹⁸ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *supra* note 6, p.395.

¹⁹ J.Spier, *supra* note 7, p.93.

หลายส่วนที่ศาลจะนำมาใช้ประกอบในการพิจารณาว่าการกระทำใดอยู่ในทางกฏที่จ้าง ประการแรกคือเวลาและสถานที่ของการกระทำผิดในความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับการงานของลูกจ้าง ประการถัดมาคือกระทำผิดโดยมีความตั้งใจเพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ของนายจ้าง และประการสุดท้ายคือนายจ้างนั้นเป็นผู้จัดให้ลูกจ้างกระทำการงานให้สำเร็จและลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความผิดขึ้นจากการงานนั้น โดยภาระการพิสูจน์ตามข้อความดังที่ได้กล่าวมานั้นจะตกอยู่กับผู้เป็นนายจ้าง²⁰ และโดยปกติแล้วความเสียหายจะต้องถูกก่อให้เกิดขึ้นภายในสถานที่ทำงานและในเวลาทำงาน แต่ในทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสเพียงแค่ออกโดยทางอ้อมหรือเกิดจากโอกาสที่สามารถเชื่อมโยงได้กับการงานของลูกจ้างผู้ก่อละเมิดก็เป็นการเพียงพอแล้ว²¹

ในศาลสูง (Cour de cassation) ได้มีการตีความคำว่า “ทางกฏที่จ้าง” แตกต่างกันออกไป โดยในปัจจุบันได้มีการตีความเป็นเอกฉันท์แล้วว่าการกระทำที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำนอกทางกฏที่จ้าง มี 3 ประการ ได้แก่ ลูกจ้างต้องกระทำการนอกกรอบของงานที่นายจ้างสั่งหรือกระทำไปโดยปราศจากอำนาจที่ตนเองพึงมีเกี่ยวกับงานที่จ้างนั้น หรือประการสุดท้ายคือเป็นการกระทำนอกวัตถุประสงค์ของนายจ้าง อย่างไรก็ตาม เพียงเท่านั้นก็ยังไม่เพียงพอที่นายจ้างจะแสดงให้เห็นว่าลูกจ้างนั้นได้กระทำไปโดยปราศจากอำนาจและเพื่อแรงจูงใจส่วนตัวของลูกจ้างเองอย่างแท้จริง แต่นายจ้างต้องแสดงให้เห็นอีกด้วยว่าลูกจ้างได้กระทำการให้เกิดขึ้นนอกเหนือจากการควบคุมบังคับบัญชาดูแลและสั่งการของนายจ้าง หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า เมื่อไม่มีความชัดเจนในความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างการกระทำและงานในหน้าที่ เช่น กรณีถ้าลูกจ้างได้กระทำการขโมย หรือทำร้ายร่างกาย หรือฆาตกรรม ณ ที่ทำการงานของนายจ้างและอยู่ในระหว่างการทำงานด้วย เช่นนี้อาจถือได้ว่าลูกจ้างได้กระทำในทางกฏที่จ้าง และนายจ้างก็มีความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งในที่นี้ก็คือนายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างด้วยนั่นเอง²²

ความสัมพันธ์ในการทำงานของลูกจ้างเพื่อนายจ้างนี้ ศาลสูงในฝรั่งเศสได้ตีความในทางกว้าง เช่น ในคดีที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนขายประกันการเดินทางซึ่งทำงานให้กับบริษัทประกันภัย La Cité ได้ขายผลิตภัณฑ์ให้กับหญิงชราคนหนึ่ง ต่อมาเขาได้ฉ้อโกงโดยได้เก็บเงินนั้นจำนวนมากครั้งหนึ่งมาเป็นของตน หญิงชราผู้นั้นจึงได้ฟ้องร้องให้พนักงานขายและบริษัทประกันเพื่อให้เกิดความเสียหายที่เกิดขึ้น คดีนี้ศาลสูงถือว่าพนักงานขายได้กระทำการในทางกฏที่จ้างแล้ว และผลที่ตามมาคือทำให้เกิดหลักว่านายจ้างจะทำให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ต่อเมื่อลูกจ้างกระทำการนอก

²⁰ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *supra* note 6, p.396.

²¹ The International Association of Legal Science, *supra* note 2, p.45.

²² J.Spier, *supra* note 7, P.94.

ทางการที่จ้าง หรือกระทำโดยปราศจากอำนาจซึ่งจะกระทำการเช่นนั้น หรือกระทำการนั้นโดยมีวัตถุประสงค์นอกเหนือไปจากหน้าที่ของตน ซึ่งนี่เป็นข้อเรียกร้องซึ่งยากที่นายจ้างจะพิสูจน์ได้²³

สำหรับกรณีถ้าบุคคลภายนอกผู้เสียหายนั้นรู้หรือควรจะรู้อยู่แล้วว่าลูกจ้างกระทำการไปโดยไม่มีอำนาจจากผู้เป็นนายจ้าง บ่อยครั้งเมื่อคดีละเมิดเช่นนี้เกิดขึ้นศาลฝรั่งเศสจะถือว่าเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าเป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับนายจ้าง ดังนั้นในการพิจารณาของศาลฝรั่งเศสจึงต้องดูความทักษะความชำนาญการของตัวผู้เสียหายนั้นด้วยว่าในพฤติการณ์เช่นนั้น เขาควรจะทราบหรือไม่ว่าลูกจ้างได้กระทำการโดยมีอำนาจหรือไม่ ดังนั้น ความรับผิดของนายจ้างจะสิ้นสุดลงเมื่อบุคคลภายนอกผู้เสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ได้รู้หรือควรจะรู้ว่าลูกจ้างได้กระทำไปในนามของตนโดยเฉพาะและไม่ได้กระทำแทนนายจ้างแต่ประการใด กล่าวคือลูกจ้างไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ซึ่งตนอีกต่อไป เช่น ลูกจ้างขับรถบรรทุกปฏิบัติหน้าที่ของตน ผู้เสียหายได้ขอรับขึ้นมานรถ เมื่อเกิดเหตุละเมิดขึ้น นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิด²⁴ อีกทั้งกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำการละเมิดให้เกิดขึ้นภายใต้ความคิดที่พยายามที่จะปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้างแม้ว่าจะเป็น การกระทำที่ถูกชักนำไปในทางที่ผิดกล่าวคือไม่ได้เป็นการส่งเสริมธุรกิจของนายจ้างทั้งหมดหรือแต่บางส่วน กรณีนี้นายจ้างก็ยังคงต้องรับผิดเช่นกัน²⁵

ในกรณีที่นายจ้างมีคำสั่งห้ามไม่ให้ลูกจ้างกระทำการอย่างใดแล้วลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งนั้น นายจ้างก็ยังคงต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้างหากการที่ลูกจ้างทำนั้นอยู่ในลักษณะงานของลูกจ้างที่สมควรกระทำเช่นนั้น อย่างไรก็ตามศาลฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยว่าผู้ขายส่งไม่ต้องรับผิดในการละเมิดซึ่งคนขับรถได้ก่อขึ้น ถ้าหากคนขับรถนั้นได้รับบุคคลขึ้นในรถของตนโดยความโอบอ้อมอารี อันเป็นการฝ่าฝืนกฎและโดยที่ไม่ได้รับสินจ้าง²⁶

²³ Cees Van Dam, *European Tort Law*, (Oxford University Press: 2006), pp.452-453.

²⁴ Colin et capitant, *Traite de droit civil de Ambroise Colin et Henri Capitant*, (Paris: Dalloz, 1957-1959), p.665 อ้างใน ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง*, (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์อิสานการพิมพ์, 2507), น.73.

²⁵ The International Association of Legal Scient, *supra note 2*, p.45.

²⁶ Lalou, Henri, *supra note 11*, p.622.

โดยสรุป ความผิดของลูกจ้างซึ่งได้กระทำขณะที่อยู่ในทางการที่จ้างและอยู่ภายในขอบเขตแห่งหน้าที่ของตน กรณีนี้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง ส่วนลูกจ้างได้รับการยกเว้นจากความรับผิด เช่น คนขับรถโดยสารประจำทางขับรถโดยประมาทเดินเลื้อยเป็นเหตุให้ผู้โดยสารได้รับบาดเจ็บ เป็นต้น แต่ถ้าเป็นกรณีที่ความผิดของลูกจ้างนั้นอยู่ในทางการที่จ้าง แต่ไม่อยู่ในขอบเขตแห่งหน้าที่ของตน กรณีนี้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง และลูกจ้างก็มีความรับผิดเป็นส่วนตัวด้วย เช่น เสมียนทนายความขโมยเงินของลูกความที่มาติดต่อคดีกับสำนักงานทนายความ เป็นต้น จึงแสดงให้เห็นได้ว่าตราบไต่ที่ลูกจ้างยังคงทำการภายในขอบเขตของการจ้างที่นายจ้างได้มอบหมายไว้วางใจให้แล้ว นายจ้างก็ยังคงรับผิดชอบในกลฉ้อฉลที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้นทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างเองหรือนายจ้างก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่ความผิดของลูกจ้างนั้นไม่ได้อยู่ในทางการที่จ้าง กรณีนี้นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นของลูกจ้าง แต่ลูกจ้างยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน เช่น คนขับรถของบริษัทขับรถพาครอบครัวไปเที่ยวในวันหยุดและโดยประมาทเดินเลื้อยชนกับรถของผู้อื่นเสียหาย เป็นต้น

1.1.2 การใช้สิทธิไล่เบียด

เป็นที่ยอมรับกันว่าบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดของนายจ้างกรณีที่ลูกจ้างกระทำละเมิดในประเทศฝรั่งเศสนี้ ถือว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายแต่เพียงฝ่ายเดียว ไม่ใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของลูกจ้าง โดยจะเห็นได้จากกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ลูกจ้างจะพ้นจากความรับผิดในการทำละเมิดได้ก็ต่อเมื่อการที่ลูกจ้างทำไปนั้นเป็นไปในทางการที่จ้าง และจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวศาลจึงได้วางหลักการไว้ว่าผู้เสียหายสามารถเลือกที่จะฟ้องลูกจ้างเพียงฝ่ายเดียวก็ได้ และเมื่อกรณีเป็นเช่นนั้นลูกจ้างก็จะไม่สามารถไปไล่เบียดเอาค่าสินไหมที่ตนใช้ไปแก่นายจ้างได้ แต่ถ้าผู้เสียหายเลือกที่จะฟ้องนายจ้างแต่เพียงฝ่ายเดียว เมื่อนายจ้างได้ชดใช้ค่าสินไหมไปกฎหมายกำหนดให้นายจ้างสามารถใช้สิทธิไล่เบียดเอาคืนจากลูกจ้างได้ โดยในเรื่องของสิทธิดังกล่าวของนายจ้างนี้ ได้มีนักเขียนบางคนให้ความเห็นว่ากฎหมายในส่วนของความรับผิดนายจ้างเพื่อการกระทำของลูกจ้างนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดเป็นหนี้ในการชดใช้ซึ่งควรจะเป็นการโอนความรับผิดมาที่นายจ้างในกรณีที่มิบุคคลดำเนินการกระทำของลูกจ้าง เพราะการกระทำของลูกจ้างก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำของนายจ้างเช่นกัน อีกทั้งนายจ้างก็เป็นผู้มีฐานะทางการเงินที่มีความสามารถในการจ่ายค่าชดเชยอีกด้วย

และเมื่อความรับผิดของนายจ้างถูกสันนิษฐานขึ้นมาก็แต่โดยถือว่าเป็นความรับผิดของผู้ประกอบการแล้ว นายจ้างจึงควรเป็นผู้ที่ต้องรับผิดตั้งแต่ต้นจนจบและนายจ้างอาจทำประกันความรับผิดเช่นนี้ได้ ดังนั้นนายจ้างจึงไม่สมควรที่จะโอนความรับผิดเช่นนี้มาให้ตกอยู่กับลูกจ้าง²⁷ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นมีบทบัญญัติมากมายที่ไม่ให้นายจ้างกระทำการเช่นนั้น ได้แก่ กฎหมายแรงงานกำหนดห้ามมิให้นายจ้างใช้สิทธิไล่เบียดเบียนนั้น หากผู้ได้บังคับบัญชาเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน และบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกันภัย (Code des assurances states) ที่กำหนดให้ผู้รับประกันภัยของนายจ้างไม่มีสิทธิเรียกร้องดังกล่าวต่อผู้ซึ่งอยู่ได้บังคับบัญชาของผู้เอาประกัน²⁸

ในศาลสูงก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในส่วนนี้ โดยได้ถือว่าลูกจ้างไม่ต้องรับผิดต่อการกระทำซึ่งตนได้กระทำภายในขอบเขตของการที่จ้างซึ่งได้รับมอบหมายโดยผู้เป็นนายจ้างเอง โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าผู้ทำละเมิดเป็นนักบินซึ่งทำงานให้กับบริษัทที่เชี่ยวชาญในการพ่นยาฆ่าแมลงโดยเฮลิคอปเตอร์ นักบินคนนี้ได้รับการร้องขอให้พ่นยาฆ่าแมลงไปในนาข้าวที่อยู่ทางตอนใต้ของฝรั่งเศส และเขาได้ตัดสินใจพ่นยาในวันที่มีลมแรงซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการตัดสินใจที่ไม่สมควร ทำให้ความเสียหายได้เกิดขึ้นทรัพย์สินข้างเคียงโดยเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวได้ฟ้องนักบินและนายจ้างของนักบินเรียกร้องค่าเสียหาย ในขณะที่คดีนี้อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์นายจ้างล้มละลาย จึงเหลือเพียงนักบินเท่านั้นที่จะต้องรับผิดตามฟ้อง ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้เขาต้องรับผิดตามมาตรา 1382 แต่คำตัดสินนี้ได้ถูกเพิกถอนโดยศาลสูง โดยเหตุผลที่ว่าถึงแม้จำเลยจะประมาท แต่การไม่ได้เป็นการประมาทที่กระทำเกินขอบเขตที่จ้าง²⁹ จากนั้นศาลสูงก็ยังคงมีความแน่วแน่ในการที่จะลดความเป็นไปได้ของนายจ้างในการที่จะใช้สิทธิไล่เบียดเบียนอีกโดยในปี 1999 ศาลสูงได้ตัดสินว่าจะสามารถใช้สิทธิไล่เบียดเบียนได้ก็เฉพาะในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำความผิดเป็นส่วนตัวเท่านั้น และยังคงมีความเป็นไปได้ที่ศาลสูงจะมีเจตนาที่นำไปปรับใช้กับความรับผิดของรัฐเพื่อการกระทำของลูกจ้างของรัฐ ซึ่งรัฐจะใช้สิทธิไล่เบียดเบียนเอาที่ลูกจ้างของตนได้ก็ต่อเมื่อลูกจ้างนั้นได้กระทำการโดยมีเจตนาร้ายหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และต่อมา และในปี 2001 ศาลสูงได้ถือว่านายจ้างจะใช้สิทธิไล่เบียดเบียนต่อลูกจ้างได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าลูกจ้างมีความรับผิดเป็นส่วนตัว

²⁷ The International Association of Legal Science, *supra* note 2, p.61.

²⁸ J.Spier, *supra* note 7, p.95.

²⁹ *Ibid.*, p.96.

เนื่องจากเขาได้กระทำการละเมิดโดยมีเจตนาที่จะทำผิดเท่านั้น³⁰ และยังสามารถเว้นไม่ให้นายจ้างมาเรียกเอาจากลูกจ้างให้ต้องรับผิด หากลูกจ้างได้กระทำการนั้นไปโดยประมาทเล็กน้อยเพียงเล็กน้อย โดยให้ถือเสมือนเป็นกรณีที่นายจ้างต้องรับผิดแม้ไม่มีความผิด (liability without fault)³¹

1.2 เยอร์มัน

มาตรา 831 BGB ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน 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 arise if the employer has exercised ordinary care in the selection of the employee, and, where he has to supply appliances or implement 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.”³²

1.2.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้าง

ในเบื้องต้นมาตรา 831 นี้อยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาทางเศรษฐกิจ โดยกฎหมายเยอรมันถือว่ามีความเป็นไปได้ที่สูงที่สมควรให้นายจ้างผู้ซึ่งจ้างลูกจ้างจำนวนมากเพื่อผลประโยชน์ของตน ต้องรับผิดชอบในความผิดพลาดและเสียหายต่อประชาชนจำนวนมาก

³⁰ Cees Van Dam, *supra* note 23, p.453.

³¹ The International Association of Legal Scientist, *supra* note 2, p.61.

³² มาตรา 831 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติว่า “บุคคลใดจ้างผู้อื่นทำงานอย่างใด ๆ จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย ซึ่งผู้รับจ้างได้ก่อขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลภายนอกในการปฏิบัติงานนั้น หน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากผู้ว่าจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาในการเลือกผู้รับจ้าง และเมื่อผู้ว่าจ้างได้จัดหาเครื่องมือเครื่องใช้หรือควบคุมการที่ว่าจ้าง ได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาเกี่ยวกับการจัดหาหรือการควบคุมงานที่ว่าจ้างนั้น หรือความเสียหายย่อมจะเกิดขึ้น แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้นก็ตาม”

เนื่องด้วยเห็นว่านายจ้างคือผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองความเป็นอันตรายซึ่งเกิดจากการใช้เครื่องจักรกล จึงอาจจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการละเมิดที่เกิดขึ้นโดยลูกจ้างซึ่งได้ทำงานกับเครื่องจักรเช่นนั้น³³ โดยแม้ว่าลูกจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเองแล้ว ก็ไม่ส่งผลให้ความรับผิดใดๆ ของนายจ้างสูญสิ้นไป และการที่จะให้นายจ้างรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างตามกฎหมายเยอรมันนั้น ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องระบุว่าลูกจ้างคนใดเป็นผู้กระทำละเมิด เพียงแต่ได้ความว่าเป็นลูกจ้างของนายจ้างผู้นั้นก็เพียงพอแล้ว

ปรัชญาของความเป็นเหตุเป็นผลในความรับผิดของลูกจ้างนั้น ได้ถูกพบโดยศาลเยอรมันซึ่งได้กำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่จัดการให้ลูกจ้างมีสวัสดิการ เนื่องด้วยความคิดที่ว่าทุกวันนี้มนุษย์มีข้อบกพร่องในการทำงาน เช่นนี้จึงกลายเป็นภาวะความเสี่ยงของผู้เป็นนายจ้างไปด้วย เช่นเดียวกันกับความบกพร่องแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดของเครื่องจักร อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวจะไม่ถูกนำไปปรับใช้กับกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำการลงโดยมีเจตนากระทำผิดทางอาญา หรือจงใจกระทำละเมิด³⁴ ดังนั้นความเสี่ยงดังกล่าวจึงตกเป็นภาระที่ผู้ประกอบการต้องแบกรับและผู้ที่ต้องรับความเสี่ยงนี้ก็ต้องเป็นเจ้าของกิจการไม่ใช่ลูกจ้าง

1.2.1.1 ลักษณะของความเป็นนายจ้างลูกจ้าง

ความสัมพันธ์ของนายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานที่จะทำให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ ประการแรก นายจ้างจะต้องมอบหมายหน้าที่ที่แน่นอนให้กับลูกจ้าง ประการต่อมาลูกจ้างจะต้องเป็นส่วนหนึ่งในกิจการองค์กรของนายจ้าง และประการสุดท้ายลูกจ้างต้องเป็นผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งจะต้องทำงานภายใต้การสั่งการของนายจ้าง นอกจากนี้ลูกจ้างยังมีความหมายรวมไปถึงลูกจ้างที่เป็นผู้บริหารด้วย และสำหรับกรณีของลูกจ้างที่มีความชำนาญ (Highly qualified workers) เช่น ทนายความ หรือแพทย์ผู้ทำการผ่าตัด ก็ถือว่าเป็นลูกจ้างได้เช่นกัน ทั้งนี้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายคือเพื่อให้เกิดความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น เนื่องจากในความเป็นจริงพวกเขาเหล่านี้ก็เป็นส่วนหนึ่งของกิจการองค์กรนายจ้างเช่นเดียวกัน

นายจ้างจะมีความรับผิดในละเมิดของลูกจ้าง เมื่อความเสียหายนั้นจะต้องเกิดจากบุคคลผู้ซึ่งนายจ้างได้ให้ความไว้วางใจในการปฏิบัติงานให้กับตน ส่วนคุณสมบัติของลูกจ้างนั้นศาลจะพิจารณาโดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลได้ตีความเป็นลูกจ้าง

³³ The International Association of Legal Scientist, *supra* note 2, p.22.

³⁴ *Ibid.*, p.61.

ไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งในสมัยก่อนได้เคยพิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าวถึงการมีอำนาจในการออกคำสั่งและการควบคุมก็จะถือว่าเป็นลูกจ้าง แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้เกิดข้อจำกัดเนื่องจากความสัมพันธ์ของนายจ้างลูกจ้างในสังคมแรงงานและเศรษฐกิจแบบสมัยใหม่จึงต้องขยายไปถึงในกรณีเช่นนายจ้างที่เป็นโรงพยาบาลต้องรับผิดชอบในการกระทำคามผิดของศัลยแพทย์ หรือวิสัญญีแพทย์ หรือเจ้าหน้าที่ทางเทคนิคของโรงพยาบาล ซึ่งจะเห็นได้ว่านายจ้างในกรณีดังกล่าวไม่ได้มีการออกคำสั่งหรือการควบคุมการทำงานของลูกจ้างโดยตรง อย่างไรก็ตามการที่นายจ้างใช้สิทธิในการจำกัดการทำงานของคนงาน หรือเลิกจ้าง หรือกำหนดเวลาการทำงานให้อยู่ในกรอบ ก็เป็นการเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของความเป็นนายจ้างลูกจ้างแล้ว³⁵ ยิ่งไปกว่านั้น ลูกจ้างยังอาจเป็นลูกจ้างแบบชั่วคราวก็ได้ เช่น นักเรียนซึ่งทำงานแบบไม่เต็มเวลา (part-time) ก็อาจทำให้นายจ้างต้องรับผิดชอบ หรือแม้กระทั่งว่าลูกจ้างนั้นจะทำงานให้โดยไม่รับค่าจ้างหรือเป็นการทำงานให้เปล่า (gratuitous) ก็ตาม³⁶

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างนี้ หากบุคคลภายนอกนั้นรู้หรือควรจะรู้อยู่แล้วว่าลูกจ้างนั้นกระทำการนั้นไปโดยไม่มีอำนาจจากผู้เป็นนายจ้าง เมื่อลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลภายนอกนั้น จะถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อร่วมกันของลูกจ้างและบุคคลภายนอก ซึ่งจะส่งผลให้มีความกระทบกระเทือนกับจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จะศาลจะให้ เช่น ศาลสูงของสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof, BGH) ได้ตัดสินว่าผู้เรียกร้องซึ่งได้สั่งให้ลูกจ้างขับรถในเวลากลางคืนเป็นเวลายาวนาน จะต้องตระหนักดีอยู่แล้วว่าเป็นการกระทำที่ลูกจ้างไม่สามารถกระทำได้ กรณีเช่นนี้จึงให้ข้อเรียกร้องนี้ตกไป³⁷

ส่วนกรณีที่บุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (Borrowed Employees) นั้น นายจ้างถาวรหรือนายจ้างชั่วคราวจะเป็นผู้รับผิดชอบจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป โดยเป็นที่ยอมรับกันว่านายจ้างผู้ซึ่งเป็นคนสุดท้ายที่มีอำนาจออกคำสั่งในเวลาที่ยื่นฟ้องได้เกิดขึ้นต้องเป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับขอบเขตของความรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างในเวลานั้น³⁸ และในประเทศเยอรมันก็ได้มีแนวโน้มว่าให้นายจ้างถาวรเป็นผู้รับผิดชอบ เนื่องจากเห็นว่า

³⁵ Markesinis, Basil.S, *Comparative Introduction of the German Law of Torts*, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), p.678.

³⁶ *Ibid.*, p.679.

³⁷ J.Spier, *supra* note 7, p.123.

³⁸ *Ibid.*, p.120.

เขายังคงมีอำนาจโดยรวมในการควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้างอยู่³⁹ ทำให้มีนายจ้างแต่เพียงคนเดียวที่จะต้องรับผิดชอบ และบ่อยครั้งก็มักจะเกิดขึ้นกับนายจ้างประเภทถาวร เช่น ในกรณีที่นายจ้างถาวรส่งลูกจ้างของตนให้ผู้อื่นยืมเพื่อขนส่งสินค้า ต้องรับผิดชอบในความผิดของคนที่ขับรถบรรทุกของเขาที่เกิดขึ้นระหว่างทำงานนั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการที่ทำสัญญาจ้างชั่วคราวนั้นจะมีการกำหนดแบ่งแยกความรับผิดชอบโดยชัดเจน กล่าวคือ นายจ้างถาวรจะเป็นผู้รับผิดชอบในการคัดเลือกลูกจ้าง ส่วนนายจ้างชั่วคราวนั้นจะเป็นผู้รับผิดชอบในการสั่งการและดูแลลูกจ้าง ทำให้นายจ้างแต่ละคนสามารถมีความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของลูกจ้างที่ขอเข้ามาใช้งานแยกจากกันในแต่ละขอบเขตของความรับผิด แต่ถ้าอันตรายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะขาดความสามารถในการเลือกลูกจ้าง และบกพร่องในการสั่งการและมีการดูแลลูกจ้างที่ไม่ดี ดังนี้ นายจ้างทั้งสองคนต้องร่วมกันรับผิด ตามมาตรา 831 วรรค 1 และมาตรา 840 วรรค 1⁴⁰

สำหรับบุคคลที่เป็นลูกจ้างซึ่งนายจ้างได้ใช้ให้ไปทำงานให้บุคคลอื่น เมื่อลูกจ้างและบุคคลภายนอกนั้นไม่ใช่คู่สัญญาในความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น นางพยาบาลซึ่งเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล ได้รับการร้องขอจากโรงพยาบาลว่าให้ไปช่วยแพทย์จากภายนอกในห้องผ่าตัดของโรงพยาบาลนั่นเอง กรณีนี้ประการหลักในการวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างนั้น ก็คืออำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างที่สามารถสั่งการอย่างใดๆ ก็ได้หรืออีกทางหนึ่งนายจ้างไม่ได้ต้องการประโยชน์จากการกระทำของลูกจ้าง เช่น นายจ้างสั่งให้ลูกจ้างไปช่วยเหลือบุคคลที่สามตามที่นายจ้างสั่งการ เป็นต้น กรณีเช่นนี้ความเป็นนายจ้างก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยความรับผิดของโรงพยาบาลนั้นก็จะเป็นไปสำหรับความเหมาะสมในการคัดเลือกนางพยาบาล และสำหรับการกระทำของพยาบาลซึ่งถือเป็นตัวแทนของการบริการในโรงพยาบาล แม้ว่าความรับผิดโดยหลักจะเป็นของนายแพทย์จากภายนอกก็ตาม

1.2.1.2 ขอบเขตของทางกรที่จ้าง

ความรับผิดนายจ้างในการกระทำของลูกจ้าง ตามมาตรา 831 BGB นี้ ถือเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีความผิด (Liability based on Fault) คือต้องปรากฏว่านายจ้างมีความผิดตามกฎหมายในการซึ่งได้จัดหาลูกจ้างที่มาทำงาน ในการจัดหาเครื่องมือในการทำงาน หรือบกพร่องในการควบคุมบังคับบัญชา แสดงให้เห็นได้ว่าสิ่งที่เป็นซึ่งผู้เป็นนายจ้างควรต้องคำนึงถึงตลอดระยะเวลาการจ้างงานคือจะต้องมีความระมัดระวังในการ

³⁹ Markesinis, Basil.S, *supra* note 35, p.678.

⁴⁰ J.Spier, *supra* note 7, p.120.

คัดเลือกลูกจ้าง โดยจะต้องแต่งตั้งลูกจ้างให้มีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่
 อย่างไรก็ตาม เพื่อลดความแข็งแกร่งของหลัก Liability based on Fault มาตรา 831
 จึงได้กำหนดข้อสันนิษฐานความผิดไว้ ทำให้ความรับผิดของนายจ้างเป็นความรับผิดที่ไม่เด็ดขาด
 โดยนายจ้างสามารถที่จะปลดเปลื้องความรับผิด โดยการยกข้อต่อสู้ได้ 2 ประการ คือ พิสูจน์ว่า
 นายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือก อบรม หรือควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้าง หรือพิสูจน์
 ว่าความเสียหายย่อมจะมีขึ้นแม้จะได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้น ทำให้ภาระการพิสูจน์
 กลับมาตกอยู่ที่นายจ้าง ซึ่งศาลได้เรียกร้องให้นายจ้างต้องกระทำการด้วยความระมัดระวัง
 อย่างสูง ทำให้การปรับใช้มาตรา 831 นี้มีความใกล้เคียงกับความรับผิดโดยเด็ดขาดไป⁴¹ ทั้งนี้
 จะเห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันไม่ได้พิจารณาว่าการกระทำของลูกจ้างเป็นความผิดหรือไม่
 ดังนั้น แม้ลูกจ้างจะไม่ได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น
 นายจ้างก็ต้องรับผิดถ้านายจ้างไม่สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายได้⁴²
 ฉะนั้นความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนี้ จึงไม่ใช่ความรับผิด
 ในการกระทำของบุคคลอื่นเสียทีเดียวนัก เพราะความรับผิดของนายจ้างไม่ได้ขึ้นอยู่กับความผิด
 ของลูกจ้าง แต่เหตุที่นายจ้างต้องรับผิดนั้นก็เนื่องจากนายจ้างเองที่เป็นผู้กระทำความผิดกฎหมาย
 และหากโจทก์ผู้เสียหายพิสูจน์ได้ว่าลูกจ้างเป็นผู้กระทำความผิดแม้ส่วนหนึ่งส่วนใดแล้ว
 นายจ้างก็จะได้รับการสันนิษฐานว่ามีความผิด อย่างไรก็ตาม นายจ้างอาจจะไม่ต้องรับผิดก็ได้
 ถ้าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามควร แต่นายจ้างจะต้องพิสูจน์ให้ได้เสียก่อนว่าตนได้ใช้
 ความระมัดระวังเช่นนั้น ส่วนขนาดที่นายจ้างจะต้องควบคุมดูแลลูกจ้างมีเพียงไร
 ย่อมแล้วแต่พฤติการณ์ โดยเฉพาะขึ้นอยู่กับแบบของงาน ลักษณะของลูกจ้าง และระยะเวลา
 การทำงาน⁴³ ซึ่งภาระการพิสูจน์เช่นนี้เป็นการสร้างภาระอย่างหนักให้กับนายจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
 ในกรณีที่เป็นอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นด้วยการชนส่งคนโดยสาร ไม่ว่าจะผ่านทางรถยนต์โดยสาร
 ประจำทาง รถไฟ รถราง หรือจะเป็นชนิดอื่นซึ่งมีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน ยิ่งแสดงให้เห็นได้ถึง
 ระดับของความต้อการซึ่งจะต้องมีการควบคุมดูแลที่สูงมาก⁴⁴

⁴¹ Cees Van Dam, *supra* note 23, p.448.

⁴² อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด”, รวมบทความ
 ในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, (กรุงเทพฯ: พี.เค.พรินติ้งเฮาส์, 2531), น.102.

⁴³ Great Britain, Foreign Office, Manual of German Law, vol.1 (London:
 H.M. Stationery Office, 1950-52), p.109.

⁴⁴ Markesinis, Basil.S, *supra* note 35, p.684.

อย่างไรก็ตาม ปัญหาอาจมีขึ้นในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลซึ่งเป็นบริษัทที่มีความใหญ่โต โดยบริษัทผู้เป็นนายจ้างนี้จะได้เลือกหัวหน้าคนงานขึ้นมาเพื่อเป็นตัวแทนของตนในการปกครองดูแลลูกจ้างอีกทอดหนึ่ง และเมื่อเป็นเช่นนี้ก็เป็นการยากที่นายจ้างนั้นจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการคัดเลือกลูกจ้างแล้ว ทำให้บ่อยครั้งที่นายจ้างมักยกเหตุผลเช่นนี้ขึ้นอ้างเพื่อให้ตนได้รับยกเว้นไม่ต้องมีความรับผิดชอบ โดยกรณีเช่นนี้เรียกว่า การหลุดพ้นจากข้อกล่าวหาโดยอาศัยหลักการกระจายอำนาจบริหารจากศูนย์กลาง (dezentralisierter Entlastungsbeweis)⁴⁵ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ได้ถูกทำให้ใช้ได้น้อยลงไป โดยกฎเกณฑ์ซึ่งให้นายจ้างจะต้องพิสูจน์ด้วยว่าตนได้ก่อตั้งองค์กรที่มีความเหมาะสมซึ่งสามารถรับประกันได้ถึงความหนักแน่นในการระมัดระวังดูแลและควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้างได้อีกด้วย⁴⁶

ฉะนั้น เมื่อความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นแล้ว นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างได้ก็ต่อเมื่อการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้นเป็นการกระทำที่ อยู่ในทางการที่จ้าง ซึ่งหมายความว่า ต้องมีความสัมพันธ์กันโดยตรงระหว่างการกระทำตามคำสั่ง ซึ่งการกระทำนั้นได้ก่อให้เกิดอันตรายขึ้น เช่น คนขับรถก่อให้เกิดอุบัติเหตุขึ้นกับผู้ชู้เจาะของนายจ้าง แม้ว่าคนขับรถนั้นจะไม่มีใบอนุญาตขับขี่เลย และนายจ้างได้มีคำสั่งให้ขนส่งผู้ชู้เจาะขณะทำการบรรทุกในที่ราบเท่านั้นก็ตาม และกรณีที่ลูกจ้างมีเจตนากระทำ ความผิดอาญาก็เช่นเดียวกัน หากงานที่ลูกจ้างทำนั้นได้ทำให้เกิดโอกาสในการกระทำผิด นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบด้วย เช่น พนักงานรับฝากสัมภาระในสถานีรถไฟ ได้ขโมยกระเป๋าเดินทางที่มีผู้ฝากไว้กับพนักงานผู้นั้น⁴⁷ แต่หากความเสียหายที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่ละเมิด แต่เกิดจากการที่ลูกจ้างทำงานบกพร่องหรือไม่มีประสิทธิภาพในการทำงาน นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบแม้ว่าเขาจะรู้อยู่แล้วว่าลูกจ้างมีลักษณะไว้ใจไม่ได้ในเรื่องทางการเงินก็ตาม⁴⁸

ในกรณีที่นายจ้างมีคำสั่งห้ามหรือไม่อนุญาตให้ลูกจ้างกระทำการอย่างใดๆ แล้วลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งนั้น ในเยอรมันกำหนดให้นายจ้างยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง หากการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นงานของลูกจ้างโดยทั่วไปที่ลูกจ้างได้รับมอบหมาย เช่น BGH NJW 1971, 31 ในคดีนี้ศาลได้พิจารณาว่าการใช้ยานพาหนะของนายจ้างในขณะที่นายจ้างได้มี

⁴⁵ The International Association of Legal Science, *supra* note 2, p.27.

⁴⁶ *Ibid.*, p.55.

⁴⁷ Cees Van Dam, *supra* note 23, p.449.

⁴⁸ The International Association of Legal Science, *supra* note 2, p.57.

คำสั่งห้ามไว้แล้ว ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการปลดเปลื้องความรับผิดชอบให้แก่นายจ้างเสมอไป แต่อีกทางหนึ่งในคดี BGH NJW 1965, 391 เป็นกรณีที่มีบุคคลภายนอกได้รับความเสียหายจากการที่ลูกจ้างให้บุคคลภายนอกนั้นโดยสรวรยนต์ของนายจ้างโดยที่ลูกจ้างเข้าไปด้วย ทั้งที่นายจ้างได้ห้ามไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ศาลตัดสินว่าในกรณีนี้นายจ้างก็อาจไม่ต้องรับผิดชอบ⁴⁹

อย่างไรก็ตาม เพียงแต่การกระทำที่เกิดขึ้นในโอกาสของการกระทำตามหน้าที่ ไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติงานในขอบเขตของทางการที่จ้างของลูกจ้าง⁵⁰ หากไม่ได้เป็นการเกี่ยวข้อง กับหน้าที่ที่ลูกจ้างนั้นได้รับมอบหมายเลย เช่น พนักงานทำความสะอาดของบริษัทที่รับจ้างทำความสะอาด ได้รับการร้องขอให้ไปทำความสะอาดในร้านขายนาฬิกาแห่งหนึ่ง ต่อมาขณะที่ทำความสะอาดตู้แสดงสินค้าอยู่ จึงอาศัยโอกาสขณะนั้นแอบขโมยนาฬิกาของร้านนาฬิกาไป เช่นนี้บริษัทที่จ้างทำความสะอาดผู้เป็นนายจ้างไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของลูกจ้างนั้น เนื่องจากเป็นโอกาสซึ่งอยู่นอกทางการที่จ้าง และโอกาสนั้นไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกับงานที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแต่อย่างใด ในทางกลับกัน หากโอกาสนั้นมีความสัมพันธ์กับหน้าที่ที่ลูกจ้างได้รับมอบหมายให้ทำการแล้ว เช่นนี้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบด้วย เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำในทางการที่จ้างแล้ว เช่น ลูกจ้างของการรถไฟ ได้รับมอบหมายให้ทำการขนส่งสินค้า และลูกจ้างนั้นได้ลักเอาสินค้านั้นไป , หรือบริษัทรักษาความปลอดภัย ส่งพนักงานรักษาความปลอดภัยมาทำงานที่บริษัทขายรองเท้า ต่อมาพนักงานรักษาความปลอดภัยนั้น ได้ใช้โอกาสที่ตนทำงานนั้นลักเอารองเท้าของบริษัทขายรองเท้าไป เป็นต้น

ผลลัพธ์ของความรับผิดตามมาตราดังกล่าวนอกจากจะมีการให้เหตุผลที่ไม่ลงรอยกันแล้ว อีกทั้งสภาพเศรษฐกิจที่ไม่มั่นคงจึงทำให้นายจ้างเป็นผู้มีความสามารถดีที่สุดในการทำ ประกันความรับผิดและกระจายมูลค่าไปสู่สังคม ซึ่งการที่มีการนำบทบัญญัติในมาตรา 831 มาใช้นายจ้างสามารถหลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรานี้ได้กว้างมากเกินไป ทำให้มีการพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการใช้บทบัญญัติในมาตรานี้ โดยทั้งศาลและผู้แต่งหนังสือกฎหมายในเยอรมันก็ไม่เห็นด้วยกับมาตรา 831 อย่างชัดเจน โดยได้โต้แย้งว่าไม่ควรให้นายจ้างพิสูจน์แม้ว่าเขาจะได้กระทำการด้วยความระมัดระวังในการเลือกหาลูกจ้าง ในการสั่งการของตน และในการควบคุมดูแลลูกจ้างก็ตาม และในขณะเดียวกันศาลก็ได้มองหาหนทางอื่นเพื่อนำมาใช้แทนด้วยความมีเหตุและผล ดังนี้⁵¹

⁴⁹ Markesinis, Basil.S, *supra* note 35, p.681.

⁵⁰ Great Britain, Foreign Office, *supra* note 43, p.105.

⁵¹ Cees Van Dam, *supra* note 23, pp.450-451.

ประการแรก สำหรับกรณีถ้านายจ้างเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 31 ได้กำหนดให้สมาคมต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายต่อบุคคลที่สามที่สมาชิกของคณะกรรมการหรือผู้ที่เป็นตัวแทนอื่นซึ่งได้รับการแต่งตั้ง โดยถือว่าได้มีความเชื่อใจให้เขาเหล่านั้นกระทำการอย่างใด ๆ เพื่อให้ธุรกิจสำเร็จลงไป ทำให้สมาคมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว⁵² หลักเกณฑ์ของมาตรานี้ไม่ได้เป็นการก่อให้เกิดความรับผิดต่อบุคคลอื่น แต่ถือได้ว่าเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของตัวนิติบุคคลเอง และในคำพิพากษาต่างๆ ที่นำมาใช้เป็นบรรทัดฐานได้กำหนดขอบเขตของบทบัญญัตินี้โดยเห็นว่าปรับใช้ได้กับบุคคลที่เป็นผู้จัดการในองค์กรใหญ่ๆ เท่านั้น

ประการที่สอง คือ ความรับผิดของนายจ้างนั้นสามารถอยู่บนพื้นฐานของความรับผิดของตนเอง ตามมาตรา 823⁵³ ที่บัญญัติให้บุคคลผู้ซึ่งเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ โดยผิดกฎหมายทำให้เขาเสียหายซึ่งชีวิต , ร่างกาย , สุขภาพ , เสรีภาพ , ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ของบุคคลอื่น เขาต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้อีกฝ่ายหนึ่งสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ คือ ถ้านายจ้างกระทำการด้วยความประมาทเลินเล่อทำให้เกิดการผิดพลาดในการจัดการธุรกิจของตนเองในทางที่เหมาะสม เขาก็ต้องรับผิดชอบในผลของความเสียหายที่ตามมา ตามมาตรา 823 อยู่แล้วนั่นเอง เช่น BGH NJW 1956, 1106; case 77 ในคดีนี้โจทก์ซึ่งได้รับบาดเจ็บขณะที่เข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลของจำเลย เนื่องจากได้รับการรักษาแต่ไม่ได้มีการเตือนสำหรับการเข้ารับการรักษาอย่างเพียงพอ ซึ่งในคดีนี้โรงพยาบาลจำเลยประสบความสำเร็จในการอ้างเหตุผลเพื่อพิสูจน์ให้ตนพ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 831 แต่โรงพยาบาลจำเลยก็ยังคงต้องรับผิดชอบอยู่ ตามมาตรา 823 ทั้งนี้ สำหรับ

⁵² Section 31 BGB. : The association is liable for the damage to a third party that the board, a member of the board or another constitutionally appointed representative causes through an act committed by it or him in carrying out the business with which it or he is entrusted, where the act gives rise to a liability in damages.

⁵³ Section 823 BGB. : A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this

การกระทำของตนที่สมควรถูกลงโทษเนื่องจากไม่ได้มีการแนะนำแก่แพทย์ซึ่งถือเป็นลูกจ้างของตนให้ต้องมีหน้าที่ในการเตือนและอธิบายถึงการเข้ารับการรักษาแก่คนไข้⁵⁴

ข้อที่น่าสังเกตคือ แม้ว่าพื้นฐานของความรับผิดชอบตามมาตรา 823 และ 831 จะแตกต่างกัน แต่ก็ไม่ได้มีเหตุผลว่าเหตุใดในทางปฏิบัติความรับผิดชอบทั้งสองฐานนี้จึงไม่เหมือนกัน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลสูงในปี 1955 ซึ่งได้พิจารณาว่าการรถไฟได้ใช้รถบรรทุกที่พ่วงรถไฟในการขนส่งอาหารสัตว์ โดยรถบรรทุกที่พ่วงรถไฟนั้นไม่มีความสะอาดและทำให้อาหารสัตว์ซึ่งบรรทุกมานั้นเน่าเสีย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดความเสียหายอย่างมากขึ้นกับวัวของโจทก์ กรณีนี้ทั้งศาลอุทธรณ์และศาลสูงได้ตัดสินโดยไม่ยากให้ถือว่าจำเลยคือกรรณรถไฟนั้นมีความรับผิดชอบทั้งสองฐานความผิด กล่าวคือรับผิดชอบสำหรับการที่ไม่ดูแลตรวจตราลูกจ้างของตนตามมาตรา 831 และยังคงรับผิดชอบสำหรับความผิดพลาดของตนเองในการรับรองระบบความปลอดภัยตลอดในการทำงานอีกด้วย ตามมาตรา 823⁵⁵

ประการที่สาม คือ แม้ว่านายจ้างจะสามารถทำให้ตัวเองพ้นจากข้อกล่าวหาในความรับผิดชอบตามมาตรา 831 ได้ก็ตาม แต่นายจ้างก็จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ลูกจ้างถ้าลูกจ้างนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นเป็นความผิดโดยส่วนตัว และนายจ้างจะยังคงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้ลูกจ้างแม้ว่าลูกจ้างได้กระทำการโดยประมาทอย่างร้ายแรงก็ตาม หลักเกณฑ์เช่นนี้เกิดขึ้นมาเพื่อปกป้องลูกจ้าง แต่ผลที่ตามมาท้ายที่สุดแล้วนายจ้างก็ต้องชำระค่าเสียหายเพื่อการกระทำละเมิดและกระทำโดยประมาทเลินเล่ออันเกิดโดยลูกจ้างของเขา ยิ่งไปกว่านั้น การประกันภัยความรับผิดชอบของบริษัทโดยทั่วไปแล้วก็จะครอบคลุมความรับผิดชอบของลูกจ้างด้วย

ประการที่สี่ คือ ศาลสามารถปรับใช้หลักกฎหมายสัญญาที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบเด็ดขาดสำหรับการก่อให้เกิดความเสียหายโดยบุคคลอื่นตามมาตรา 278 ⁵⁶ ได้อย่างกว้างขวาง โดยการขยายขอบเขตของหนี้ตามสัญญา ในกรณีที่สามารรถระบุตัวบุคคลที่สามได้ ตัวอย่างเช่น ในคดีห้างสรรพสินค้า (Department store cases) ได้ถือว่าพนักงานของห้างสรรพสินค้าซึ่งมี

⁵⁴ Markesinis, Basil.S, *supra* note 35, p.686.

⁵⁵ *Ibid.*, p.686.

⁵⁶ Section 823 BGB. : The obligor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. The provision of section 276 (3) does not apply.

หน้าที่ตรวจตราพื้นที่ของห้างเพื่อหาวัตถุประสงค์ซึ่งห้างไม่ได้เป็นเจ้าของ และห้างนั้นก็มิหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ด้วยว่าพนักงานลูกจ้างนั้นได้กระทำการตรวจตราเช่นนั้นแล้วจริง ไม่เช่นนั้นห้างต้องรับผิด⁵⁷ เป็นต้น

ประการสุดท้าย คือ ในเหตุการณ์ที่เป็นเรื่องเฉพาะเจาะจง สามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ความรับผิดเด็ดขาดเป็นพิเศษได้กับนายจ้าง ตามมาตรา 3 ซึ่งกำหนดให้ถือว่าผู้ที่ปฏิบัติการต้องรับผิด หากได้ทำการปฏิบัติการในเหมืองแร่ เหมืองถ่านหิน หรืออยู่ระหว่างการปฏิบัติการขุดเจาะ และในขณะที่ผลแห่งความผิดได้เกิดขึ้น ความเสียหายได้เกิดแก่บุคคลผู้กล่าวหา นั้น โดยในมาตราดังกล่าวผู้ปฏิบัติการไม่สามารถใช้ข้อโต้แย้งตามมาตรา 831 ได้เลย

1.2.2 การใช้สิทธิไล่เบียด

ในประเทศเยอรมันผู้เสียหายสามารถเลือกที่จะฟ้องลูกจ้างแต่เพียงผู้เดียวก็ได้ หรืออาจเลือกที่จะฟ้องนายจ้างเพียงผู้เดียว หรือจะฟ้องทั้งสองคนร่วมกันก็ได้ แต่ในกรณีที่ผู้เสียหายเลือกฟ้องลูกจ้างโดยตรงจากการกระทำผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเขาเองนั้น ก็อาจเป็นเพราะเกรงว่านายจ้างจะสามารถพิสูจน์ตนเองเพื่อให้ตนพ้นผิดจากข้อกล่าวหาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ได้ ดังนั้น ศาลของเยอรมันจึงได้อนุญาตให้ลูกจ้างสามารถมีสิทธิไล่เบียดเอาที่นายจ้างได้กรณีที่ตนได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลที่สามผู้เสียหายไปแล้ว หากบุคคลที่สามถูกทำให้เสียหายในระหว่างที่ลูกจ้างได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อไปในทางการที่จ้าง ซึ่งเท่ากับว่าต้องได้ความว่าลูกจ้างไม่ได้กระทำละเมิดโดยเจตนาด้วย เช่น คนงานในเหมืองทำการขุดเจาะโดยประมาทเลินเล่อทำให้ทำลายสายเคเบิลไฟฟ้าเสียหาย , คนขับรถบรรทุกโดยประมาทเลินเล่อขับรถชนคนที่เดินถนนได้รับบาดเจ็บ เป็นต้น โดยความรับผิดเช่นนี้ก็อาจจะสามารถนำไปใช้ได้กับกรณีลูกจ้างกระทำการไปโดยมีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้อีกด้วย กล่าวคือ จะไล่เบียดได้ก็ต่อเมื่อลูกจ้างต้องไม่ได้กระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเช่นกัน⁵⁸ ในส่วนของขอบเขตแห่งจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ลูกจ้างจะสามารถใช้สิทธิไล่เบียดเอากับนายจ้างเช่นนี้ ต้องพิจารณาเป็นในแต่ละกรณี ๆ ไปขึ้นอยู่กับสถานการณ์แวดล้อม และโดยหลักก็จะขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของการกระทำของลูกจ้างที่ได้ประมาทเลินเล่อ

⁵⁷ Christian Von Bar, *supra* note 14, p.206.

⁵⁸ J.Spier, *supra* note 7, p.123.

จากที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นสามารถอธิบายขยายความได้ดังนี้ คือ หากนายจ้างสามารถพิสูจน์ตัวเองจนหลุดพ้นจากความรับผิดไปแล้ว ในการดังกล่าวผู้ที่ต้องรับผิดชอบอย่างเต็มจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกก็คือลูกจ้าง ซึ่งถือได้ว่าเป็นความรับผิดเนื่องจากการกระทำของตนเองอันถือได้ว่าเป็นการลงโทษที่ลูกจ้างได้กระทำการโดยประมาทเดินเล่อในระหว่างการทำงาน ซึ่งบ่อยครั้งมักจะเห็นได้ว่าเป็นการอันไม่เหมาะสมกับรายได้ของลูกจ้าง ดังนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำงานในกิจการที่น่าจะก่อให้เกิดอันตราย (เช่น กิจการซึ่งเกี่ยวกับการคมนาคมขนส่งโดยใช้ยานพาหนะ , กิจการซึ่งเกี่ยวกับวัตถุอันตราย หรือกิจการเกี่ยวกับการก่อสร้าง) ศาลจึงมักจะอนุญาตให้ลูกจ้างเรียกร้องให้นายจ้างรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามที่ตนได้ชำระให้กับบุคคลภายนอกไปได้ตามหลักในเรื่องสัญญา โดยสำหรับขอบเขตของค่าสินไหมทดแทนนี้ จะนำหลักเรื่องประมาทร่วมในมาตรา 254 BGB มาใช้เทียบเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเท่ากับว่าให้ขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของความผิดของลูกจ้าง โดยสามารถแยกได้เป็น 3 ระดับ กล่าวคือ หากประมาทเดินเล่อเพียงเล็กน้อยก็ให้ชดใช้อย่างเต็มจำนวน หากประมาทเดินเล่ออย่างธรรมดาหรือปานกลางให้แบ่งตามส่วนแห่งความรับผิด แต่หากประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงหรือกระทำผิดโดยจงใจก็จะไม่ได้รับการชดใช้แต่อย่างใด แต่ในปัจจุบันดูเหมือนว่าระดับของการชดใช้นี้จะขึ้นอยู่กับสถานะแวดล้อม ยิ่งไปกว่านั้นแม้บางกรณีลูกจ้างจะได้ประมาทเดินเล่ออย่างธรรมดาหรือปานกลาง ศาลก็ยังอนุญาตให้ได้รับชดใช้อย่างเต็มจำนวน⁵⁹ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้ถูกพัฒนาขึ้นมาโดยศาลของประเทศเยอรมัน โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของนายจ้างที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ลูกจ้างตามจำนวนที่ลูกจ้างได้ชดใช้ให้กับผู้เสียหายไป ทั้งนี้ จะต้องปรากฏว่างานอันลูกจ้างได้กระทำนั้นเป็นงานซึ่งน่าจะก่อให้เกิดอันตราย และความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลภายนอกนั้นเป็นการซึ่งอยู่ในทางการที่จ้างด้วย อย่างไรก็ตาม จะไม่นำไปปรับใช้กับกรณีซึ่งปรากฏว่าลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง โดยเหตุผลในการนำหลักการดังกล่าวมาใช้นั้นมีการอธิบายว่าเป็นเพราะความผิดพลาดอย่างธรรมดาของลูกจ้างในงานซึ่งน่าจะก่อให้เกิดอันตรายนั้น เป็นเรื่องซึ่งไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ เนื่องจากโอกาสซึ่งอาจเกิดความผิดพลาดในการทำงานของมนุษย์นั้นย่อมมีขึ้นได้ ฉะนั้น นายจ้างจึงควรจะแบกรับภาระความเสี่ยง เช่นว่านี่ให้เป็นส่วนหนึ่งในธุรกิจของตน⁶⁰

⁵⁹ Christian Von Bar, *supra* note 14, pp.204-205.

⁶⁰ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), p.675.

ในทางกลับกัน หากนายจ้างเป็นผู้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปแล้ว นายจ้างก็สามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนที่ตนได้ใช้ไปนั้นคืนมาจากลูกจ้างได้ แต่ทั้งนี้ ต้องได้ความว่าลูกจ้างได้กระทำการละเมิดนั้นไปโดยจงใจหรือเจตนา หรือกระทำไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น⁶¹ สำหรับในส่วน of นายจ้างนี้ ปัจจุบันเป็นเรื่องปกติในทางปฏิบัติหากนายจ้างจะฟ้องร้องลูกจ้างของตนเพื่อเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการที่ นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างไป แต่อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณา วัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นด้วยว่าได้บัญญัติขึ้น เพื่อเป็นการชดเชวงนายจ้างไม่ให้ฟ้องเรียกร้องดังกล่าว หากลูกจ้างเพียงแต่ได้กระทำการ ไปโดยประมาทเลินเล่อด้วย⁶²

โดยสรุปสิทธิไล่เบี่ยของประเทศเยอรมันนั้น แบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ ขึ้นอยู่กับ ระดับของการกระทำของลูกจ้าง ดังนี้คือ (1) ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กรณีเช่นนี้ ลูกจ้างต้องรับผิด (2) ประมาทเลินเล่อธรรมดา กรณีนี้ลูกจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับนายจ้าง (3) ประมาทเลินเล่อเล็กน้อย กรณีนี้ลูกจ้างหลุดพ้นจากความรับผิด โดยสำหรับระดับที่ (1) นั้น นำมาใช้ได้เสมอ แต่ระดับที่ (2) และ (3) นั้น ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจที่จะพิจารณาระดับ ของความรับผิดของลูกจ้างได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมโดยรวม ไม่ว่าจะเป็นการที่สามารถ คาดการณ์ล่วงหน้าถึงเหตุการณ์ดังกล่าวได้หรือไม่ , ความถี่ของความเสียหายที่เกิดขึ้น จากลูกจ้างนั้น , ค่าจ้างและสภาวะแวดล้อมอื่นๆ ซึ่งเกี่ยวกับลูกจ้างนั้น เป็นต้น โดยต้องพิจารณา ตลอดระยะเวลาที่มีการจ้างงานนั้น ซึ่งการจัดการกับหลักการดังกล่าวนี้อาจทำได้หลายวิธี โดยศาลอาจจะให้นายจ้างเป็นผู้รับผิด แต่หลังจากที่ได้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายไปแล้วนั้น ศาลอาจจะไม่ให้นายจ้างไปเรียกเอาจากลูกจ้างอีกก็ได้ หรืออาจจะตัดสิน ให้สามารถเรียกเอาจากลูกจ้างได้เพียงบางส่วนก็ได้ ส่วนในกรณีที่ลูกจ้างเป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหาย ให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายไปแล้วนั้น ศาลอาจจะให้เรียกเอาจากนายจ้างได้บางส่วนหรือ เต็มจำนวนก็ได้ หรือลูกจ้างอาจจะร้องขอให้นายจ้างปลดเปลื้องความรับผิดของตน ไม่ว่าจะเป็นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนจากการเรียกร้องที่อาจจะเกิดขึ้นจากการสู้คดีกับบุคคล ผู้ได้รับความเสียหายก็ได้⁶³

⁶¹ Cees Van Dam, *supra* note 22, p.449.

⁶² The International Association of Legal Scient, *supra* note 1, p.61.

⁶³ *Ibid.* p.62.

2. ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอร์

2.1 อังกฤษ

2.1.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้าง

กฎหมายเกี่ยวกับละเมิดในประเทศอังกฤษมีการแยกความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (vicarious liability) ออกต่างหากจากความรับผิดเพื่อตนเองโดยส่วนตัว (personal liability) ซึ่งความรับผิดของนายจ้างกรณีที่ถูกจ้างทำละเมิดนั้น ก็เป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นและเป็นความรับผิดเด็ดขาด (strict liability) โดยกฎหมายได้กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิด แม้นายจ้างจะไม่มี ความผิดแต่อย่างใด หากข้อเท็จจริงปรากฏแจ้งชัดว่าเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง และนายจ้างก็ไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดโดยการอ้างว่าตนไม่ได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อได้เลย อีกทั้งผู้ต้องเสียหายก็ไม่จำเป็นต้องระบุว่าลูกจ้างนั้นเป็นใคร เพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นว่าบุคคลผู้นั้นได้กระทำการภายใต้สัญญาจ้างแรงงานระหว่างจำเลยผู้เป็นนายจ้างกับผู้กระทำละเมิดซึ่งเป็นลูกจ้าง และได้กระทำไปในทางการที่จ้างก็เพียงพอแล้ว⁶⁴ ยิ่งไปกว่านั้นความรับผิดประเภทนี้ยังจะได้ขยายไปถึงกรณีที่แม้ว่าเป็นการกระทำละเมิดโดยเจตนาของลูกจ้าง แต่หากเป็นไปในทางการที่จ้างแล้วนายจ้างก็ยังคงต้องร่วมรับผิดด้วย อย่างไรก็ตาม หากมีความเสียหายเกิดขึ้น แต่การกระทำของลูกจ้างนั้นไม่ถือเป็นละเมิดและไม่มี ความผิด นายจ้างก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดร่วมด้วย เพราะความรับผิดของนายจ้างกรณีลูกจ้างกระทำละเมิดนั้น ต้องมีการกระทำที่เป็นละเมิดของลูกจ้างนั้นเสียก่อน การที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดเด็ดขาดของนายจ้างเช่นนี้ก็ด้วยต้องการผลซึ่งเป็นการป้องกันอุบัติเหตุ โดยที่นายจ้างต้องใช้ความระมัดระวังในการดูแลลูกจ้างมากขึ้น มิฉะนั้นเขาก็จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้น⁶⁵

ความรับผิดนายจ้างกรณีลูกจ้างทำละเมิดของประเทศอังกฤษนี้ ประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ (1) ระหว่างจำเลยและผู้กระทำผิดต้องเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน และ (2) การกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้นต้องเป็นการกระทำซึ่งอยู่ในทางการที่จ้าง

⁶⁴ J.Spier, *supra* note 7, p.70.

⁶⁵ R.F.V.Heuston and R.A.Buckley, *Salmond and Heuston on the law of torts*, 21sted. (London: Sweet & Maxwell, 1996), p.431.

2.1.1.1 ลักษณะของความเป็นนายจ้างลูกจ้าง

เงื่อนไขประการแรกของความรับผิดนายจ้าง คือ ระหว่างจำเลย (defendant) และผู้กระทำผิด (wrongdoer) ต้องเป็นนายจ้างลูกจ้างกันนั้น ลูกจ้างในที่นี้คือบุคคลผู้ซึ่งถูกจ้างจากบุคคลอื่นให้ทำงานให้ โดยลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและคำสั่งของนายจ้าง และลูกจ้างถือได้ว่าเป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจการนั้นให้สำเร็จ⁶⁶ ซึ่งในอดีตต้องเป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาการทำงานนั้น ถือได้ว่าเป็นเครื่องชี้บ่งที่เป็นหลักของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งไม่เพียงแต่กำหนดว่าให้ทำอะไรเท่านั้นยังต้องกำหนดว่าให้ลูกจ้างทำอย่างไรด้วย แต่ในปัจจุบันและในระบบคอมมอนลอว์นี้ ศาลได้พัฒนาหลักวินิจฉัยไปอย่างกว้างขวางมาก โดยได้กำหนดหลักวินิจฉัยและลักษณะสำคัญของความเป็นสัญญาจ้างแรงงานไว้ 3 ประการ คือ

ประการแรก คือ หลักในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา หรือหลักเรื่องอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง และเมื่อสังคมมีความเจริญมากขึ้นการพิจารณาดังกล่าวได้พัฒนาจากการควบคุมตามความเป็นจริงไปเป็นอำนาจในการชี้แนะหรือสั่งการในทิศทางของงานที่ควรจะเป็นเพื่อสามารถปรับใช้เข้ากับสภาพการจ้างในยุคอุตสาหกรรมใหม่ นอกจากนั้นในระบบอุตสาหกรรมยุคใหม่อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาการทำงานจริงๆ เป็นของหัวหน้าคนงานซึ่งก็เป็นลูกจ้างเหมือนกัน หรือบางกรณีนายจ้างไม่สามารถแนะนำวิธีการทำงานแก่ลูกจ้างที่เป็นผู้ชำนาญการพิเศษได้ จึงได้ใช้หลักสิทธิการควบคุมการทำงาน เช่น กับตันเรือเดินทะเล , นักบิน และแพทย์ เป็นต้น

ประการที่สอง คือ หลักการร่วมกันในองค์กร (Integration or Organization Test) เกิดขึ้นเมื่อศาลคอมมอนลอว์เห็นว่าการทำงานของผู้มีวิชาชีพบางอย่างนายจ้างไม่มีแม้แต่สิทธิในการควบคุมการทำงานและเกี่ยวข้องกับพิจารณา ในกรณีความรับผิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทและก่อให้เกิดผลเสียหายต่อบุคคลที่สาม ศาลจึงได้พัฒนาหลักอื่นขึ้นมาปรับใช้แทนโดยลดความสำคัญของเรื่องอำนาจบังคับบัญชาลง ซึ่งเป็นหลักที่ใช้กับวิชาชีพเฉพาะอย่างที่ใช้หลักอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างไม่สามารถวินิจฉัยได้ หลักนี้มีประโยชน์สำหรับอาชีพที่เป็นวิชาชีพเฉพาะที่ต้องอาศัยความชำนาญที่นายจ้างไม่สามารถใช้อำนาจบังคับบัญชาได้อย่างสิ้นเชิง⁶⁷ เช่นในคดี *Roe V. Ministry of Health* (1954) ศาลได้วินิจฉัยให้โรงพยาบาลต้องรับผิดในความประมาทของวิสัญญีแพทย์ ในฐานะที่การทำงาน

⁶⁶ *Ibid.*, p.434.

⁶⁷ Fraser Yaunson, *Employment Law Handbook*, (Blackmore press, 1987), p.21.

ของวิสัญญีแพทย์ถือเป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาล ในกรณีนี้ศาลคอมมอนลอว์จะไม่เน้นหลักเรื่องอำนาจบังคับบัญชา แต่จะพิจารณาถึงลักษณะของงานที่ทำ และลักษณะการให้บริการขององค์กรเป็นสำคัญ⁶⁸

ประการที่สาม คือ หลักข้อเท็จจริงอื่นที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน (Multiple Test) ซึ่งศาลใช้พิจารณาในกรณีต้องการความชัดเจนได้ดียิ่งขึ้น อันจะเป็นการที่จะหาหลักของกฎหมายระบบอื่นมาใช้ หลักวินิจฉัยสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานนี้ ศาลคอมมอนลอว์จะนำเอาข้อเท็จจริงทุกประการของสัญญาที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ ข้อเท็จจริงดังกล่าว เช่น อำนาจของนายจ้างในการคัดเลือก รับ หรือเลิกจ้างลูกจ้าง แบบและวิธีการจ่ายค่าจ้างหรือสิทธิของนายจ้างในการควบคุมบังคับบัญชาวิธีการทำงานของลูกจ้าง เป็นต้น⁶⁹ ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจคือ คดี Market Investigation, Ltd. V. Minister of Social Security (1968) ผู้พิพากษา Cooke กล่าวว่าสัญญาจ้างแรงงานอาจเกิดขึ้นได้แม้การควบคุมบังคับบัญชาไม่ได้ขยายไปถึงว่าลูกจ้างจะต้องทำงานอย่างไร ปัญหาว่าจะอะไรคือสิ่งที่จะนำมาใช้พิจารณาตัดสินว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ นั้น ไม่มีคำตอบสำเร็จ (No comprehensive answer) แต่ต้องพิจารณาจากคดีอื่นๆ เปรียบเทียบกัน เนื่องจากไม่มีรายละเอียดที่ชัดเจนที่สามารถรวบรวมหรือนำมาใช้พิจารณาปัญหาว่าเป็นสัญญาอะไร และไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่ชัด (strict rules) ที่จะนำมาใช้ในการชี้น้ำหนักปัจจัยต่างๆ จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีๆ ไป⁷⁰ โดยคดีนี้ได้พิจารณาทั้งในส่วนขอระดับการควบคุมบังคับบัญชาที่นายจ้างใช้ และพิจารณาลักษณะของสัญญาทั้งหมดว่าข้อกำหนดในสัญญานั้นเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในทางตรงกันข้ามอาจมีหลายกรณีที่คู่สัญญาอาจสงวนอำนาจการควบคุมไว้อย่างเต็มที่ในการบอกว่างานนั้นต้องทำอะไร สัญญานั้นก็ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน เช่น คดี Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. V. Minister of Pensions and National Insurance (1968)⁷¹ ซึ่งเป็นคดีที่ได้รับการกล่าวถึงอย่างมาก ข้อเท็จจริงมีว่าบริษัทได้เลิกจ้างคนขับรถบรรทุกแล้วขายรถบรรทุกของบริษัท

⁶⁸ E.I. Sykes, *Sykes and Yerberry Labour Law in Australia*, 2ed. (London: Butterworth, 1980), p.7.

⁶⁹ วิลาสินี ปานใจ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.114.

⁷⁰ John Bower & Simon Honeyball, *Text Book on Labour Law*, 6 ed. (Blackstonepress Limited, 2000), p.17.

⁷¹ Fraser Yaunson, *supra note 67*, p.21.

ให้กับคนขับรถ และทำสัญญาจ้างคนขับรถใหม่โดยมีข้อกำหนดว่าต้องแต่งเครื่องแบบบริษัท รถต้องทาสีบริษัท การรักษารถและสถานที่ที่นำรถไปตรวจสอบสภาพต้องเป็นไปตามที่บริษัทกำหนด รถต้องใช้เฉพาะงานของบริษัท และคนขับต้องเชื่อฟังคำสั่งที่มีเหตุผลของบริษัทราวกับว่าเป็นลูกจ้าง แต่ไม่มีการกำหนดชั่วโมงการทำงานที่แน่นอน คนขับรถมีสิทธิเลือกเส้นทางได้เอง แต่ต้องตามตัวได้ถ้าบริษัทต้องการ คนขับมีสิทธิให้คนอื่นขับแทนได้ แต่บริษัทจะถือว่าเป็นการทำงานของคนขับนั่นเอง ค่าตอบแทนขึ้นอยู่กับจำนวนคอนกรีตที่บรรทุก คนขับรถเป็นผู้ดูแลรักษาและจ่ายค่ารักษารถเอง ค่าภาษีและเงินประกันสังคมเอง กรณีนี้ผู้พิพากษา Mac Kenna เห็นว่าคนขับรถเป็นผู้รับจ้างอิสระ เพราะค่าใช้จ่ายที่จำเป็นของรถบรรทุกซึ่งเป็นเครื่องมือในการทำงาน คนขับเป็นผู้ออกเอง แม้คนขับจะขับด้วยตนเองและยอมรับระดับการควบคุมอย่างสูงของบริษัทก็ตาม⁷²

แสดงให้เห็นได้ว่าในปัจจุบันการใช้อำนาจควบคุมการทำงานอย่างเข้มงวด ไม่เป็นการเพียงพอที่จะชี้บ่งว่าเป็นนายจ้างลูกจ้างกันแล้วเนื่องจากลักษณะการทำงานของลูกจ้างนั้นมีความซับซ้อนมากขึ้น เช่น แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดในโรงพยาบาล หรือลูกจ้างที่เป็นเสมียนและวิศวกรคุมงานของผู้รับเหมาก่อสร้าง นายจ้างไม่สามารถเข้าไปใช้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาโดยตรงได้เพียงนั้น มีผู้กล่าวถึงคำพิพากษาของท่านผู้พิพากษา Cook ในคดี *Market Investigations v Minister of Social Security* อยู่บ่อยครั้ง โดยคำพิพากษานั้นได้มีการพิจารณาความสัมพันธ์ของสัญญาจ้างแรงงานโดยจะต้องดูจากปัจจัยหลายๆ อย่างประกอบกัน มิใช่ดูจากข้อเท็จจริงเพียงอย่างเดียว โดยหลักแล้วสามารถที่จะกล่าวได้ว่า “การควบคุม” นั้นจะต้องนำมาพิจารณาเสมอ ถึงแม้ว่าเฉพาะเพียงแค่การควบคุมไม่อาจที่จะถือว่าเป็นเพียงปัจจัยเดียวที่จะนำมาตัดสินได้ โดยปัจจัยอื่นที่อาจจะถือว่าสำคัญ เช่น บุคคลที่ให้บริการนั้นได้จัดหาอุปกรณ์เองหรือไม่ , บุคคลนั้นได้จ้างผู้ช่วยของเขาเองหรือเปล่า , บุคคลนั้นมีความเสี่ยงทางการเงินในระดับใด , บุคคลนั้นมีความรับผิดชอบต่อการลงทุนและการจัดการในระดับใด และบุคคลนั้นจะมีโอกาสทำกำไรได้มากแค่ไหนจากการทำกรงานของเขา

อย่างไรก็ตาม ผู้เป็นนายจ้างก็อาจมีความรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับจ้างอิสระได้ ถ้าหากว่าเขาได้มอบอำนาจในการกระทำนั้นให้ไป หรือถ้านายจ้างฝ่าฝืนหน้าที่ในกรณีที่นายจ้างไม่อาจตั้งตัวแทนได้และไม่ควบคุมโดยใช้ความระมัดระวัง⁷³ นอกจากนี้ ความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดของผู้อื่นนี้ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงาน แต่สิ่งที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินคือ

⁷² A.W.R. Ambrose, *Employment Law*, (London: Cassell, 1982), p.161.

⁷³ Cees Van Dam, *supra note* 23, p.454.

ระดับของความเป็นอิสระในการทำงานให้สำเร็จเสร็จสิ้นไป หรือใครที่เป็นผู้ตัดสินใจเกี่ยวกับเวลาในการทำงาน หรือใครเป็นผู้ซึ่งมีอำนาจเหนือในการควบคุมงานนั้น เช่น คนขับรถเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน เพราะต้องกระทำการภายใต้ความควบคุมและคำสั่งของนายจ้าง ซึ่งต่างกับคนขับรถแท็กซี่ที่รับจ้างอิสระตามสัญญาจ้างทำของ เพราะเขาเพียงแต่ขับไปให้ถึงสถานที่ที่ตกลงกันไว้ตามสัญญาเท่านั้น แต่สำหรับการขับรถไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังในคำสั่งของผู้จ้างแต่อย่างใด ซึ่งผลที่ตามมาจะต่างกันคือนายจ้างต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการขับรถโดยประมาทของคนขับรถ แต่ผู้จ้างคนขับแท็กซี่นั้นไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการขับรถโดยประมาทของคนขับแท็กซี่ เป็นต้น⁷⁴ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติก็เป็นการยากที่จะแยกแยะให้เห็นความแตกต่างระหว่างความเป็นลูกจ้างและผู้รับจ้างอิสระ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีในที่ซึ่งการทำงานนั้นไม่มากก็น้อยที่จะเป็นไปอย่างอิสระ แต่โดยหลักแล้วการทำงานนั้นก็จะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์และภายใต้คำสั่งของตัวการ ตัวเช่นเช่นคดีระหว่าง League Against Cruel Sports Ltd v Scott (1986)⁷⁵ ที่ได้ตัดสินว่านายจ้างของหมู่ผู้ล่าสัตว์ป่า สามารถมีความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดโดยหนึ่งในสมาชิกหมู่ผู้ล่า เมื่อการล่านั้นได้กระทำไปนอกพื้นที่ ที่ได้กำหนดให้ทำการล่าไว้

กรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลก็สามารถมีความรับผิดชอบได้เช่นเดียวกัน โดยกฎหมายถือว่านิติบุคคลนั้นเป็นนายจ้าง มีการกล่าวถึงอยู่บ่อยครั้งว่านายจ้างในกฎหมายคอมมอนลอว์ต้องมีหน้าที่กำหนดคุณสมบัติของพนักงานให้เหมาะสมกับการปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย และจัดระบบการทำงานให้เหมาะสม และมีการควบคุมดูแลพนักงานที่มีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม หากพนักงานลูกจ้างได้กระทำการนอกทางการที่จ้างแล้วนายจ้างก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบ และในกฎหมายอังกฤษนั้น ผู้บังคับบัญชาหรือผู้ควบคุมงาน เช่น ประธานบริษัท , กรรมการผู้จัดการ , นายงาน เป็นต้น ไม่ถือเป็นนายจ้างของผู้ใต้บังคับบัญชา จึงทำให้ผู้บังคับบัญชาไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา เหมือนอย่างในกรณีของนายจ้างกับลูกจ้าง แม้ว่าเขาจะเป็นผู้ออกคำสั่งและควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของลูกจ้างนั้นแต่เพียงผู้เดียวก็ตาม แต่ผู้บังคับบัญชานั้นจะมีความรับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อเขาเป็นผู้จัดให้ผู้ใต้บังคับบัญชาก่อให้เกิดการกระทำผิดนั้นขึ้น หรือคำสั่งหรือการควบคุมดูแลของเขาเป็น

⁷⁴ R.F.V.Heuston and R.A.Buckley, *supra* note 65, p.435.

⁷⁵ Cees Van Dam, *supra* note 23, p.455.

ความผิดอยู่ในตัวเท่านั้น โดยในกรณีเช่นนี้เขาไม่ได้รับผิดในฐานะที่เป็นนายจ้างซึ่งเป็นความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น แต่เขาต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำที่เป็นความผิดของตนเอง⁷⁶

กรณีของลูกจ้างที่มีความชำนาญ (Highly qualified workers) นายจ้างมักจะขาดทักษะทางเทคนิคที่จำเป็นในการออกคำสั่งสำหรับการทำงาน เช่น แพทย์ในโรงพยาบาลซึ่งมีความเสี่ยงที่จะมีความประมาทเลินเล่อในการผ่าตัด กรณีนี้ในกฎหมายอังกฤษถือว่านายจ้างคือโรงพยาบาลต้องรับผิดชอบ เนื่องจากตามที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นว่าความสำคัญของอำนาจการควบคุมบังคับบัญชาได้ลดน้อยลง การทำงานบางอย่างลูกจ้างต้องใช้ทักษะในการทำงานโดยที่นายจ้างไม่สามารถเข้าไปเกี่ยวข้องในการทำงานได้ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมักมีการทำข้อตกลงสำหรับการจ่ายเงินจากข้อเรียกร้องในกรณีที่แพทย์ประมาทเลินเล่อ โดยได้ตั้งสมมุติฐานไว้ก่อนว่าโรงพยาบาลจะจ่ายเต็มจำนวน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของสังคม อย่างไรก็ตามไม่มีความแน่นอนสำหรับความรับผิดชอบของโรงพยาบาลในการกระทำของแพทย์ผู้เป็นที่ปรึกษาหรือแพทย์ชำนาญการที่ไม่ได้เป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล (เว้นแต่ในคดี *Roe v Ministry of Health* (1954) ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินลงโทษให้โรงพยาบาลต้องรับผิดชอบในการกระทำของวิสัญญีแพทย์ผู้ชำนาญการซึ่งไม่ได้เป็นลูกจ้างประจำ) ทำให้มีการใช้ *National Health Service Acts* ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ถือว่าโรงพยาบาลมีอำนาจในตัวเองที่จะมีหน้าที่ในการทำการรักษา และไม่เพียงเท่านั้นโรงพยาบาลยังมีหน้าที่ในการเตรียมการรักษาและต้องรับผิดชอบต่อคู่สัญญาอิสระที่มีความเชี่ยวชาญในการปฏิบัติงานอีกด้วย แต่ขอบเขตเช่นนี้ก็ไม่ได้ใช้ได้กับทุกกรณี บางกรณีแพทย์เหล่านั้นก็อาจกระทำไปในฐานะที่เป็นตัวแทนก็เป็นได้ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีๆ ไป นอกจากนี้ในปัจจุบันศาลยังได้ถือว่าโรงพยาบาลนั้นต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของนางพยาบาลซึ่งได้ปฏิบัติการในห้องผ่าตัดตามคำสั่งของศัลยแพทย์ด้วย ตามคำตัดสินในคดี *Cassidy v Ministry of Health* (1951)⁷⁷

กรณีบุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (Borrowed Employees) โดยทั่วไปแล้วนายจ้างที่แท้จริงยังคงต้องร่วมรับผิดชอบเพื่อการกระทำของลูกจ้างอยู่ แต่นายจ้างที่แท้จริงสามารถปิดความรับผิดชอบได้ เมื่อแสดงให้เห็นได้ว่าตนได้ส่งมอบอำนาจการควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้างไปให้ผู้ที่ยืมลูกจ้างไปแล้ว กรณีนี้จะยากต่อการพิสูจน์เมื่อลูกจ้างนั้นเป็นผู้มีทักษะในการทำงานที่มีความซับซ้อน แต่หากเป็นกรณีที่สัญญาขอยืมลูกจ้างได้มีการระบุไว้ว่าให้ผู้ที่ยืมนั้นต้องชำระค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีความรับผิดชอบใดๆ

⁷⁶ The International Association of Legal Science, *supra note* 2, p.28.

⁷⁷ R.F.V.Heuston and R.A.Buckley, *supra note* 65, p.438.

เกิดขึ้นแก่นายจ้างที่แท้จริงนั้น กรณีนี้ลูกจ้างต้องถือว่าเป็นลูกจ้างของนายจ้างที่แท้จริงด้วย โดยสรุปคือกฎหมายอังกฤษนั้นให้พิจารณาหลักเกณฑ์ต่างๆ ประกอบกันว่านายจ้างคนใดเป็นผู้จ่ายสินจ้าง ใครเป็นผู้มีอำนาจไล่ลูกจ้างออกได้ ตลอดจนให้พิจารณาถึงระยะเวลาที่ลูกจ้างไปทำงานให้ และการใช้เครื่องจักรกลต่าง ๆ ด้วย อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ที่ศาลอังกฤษยึดถือเป็นหลักพิจารณาที่สำคัญยิ่งก็คือ ในขณะที่เกิดเหตุใครเป็นผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้าง อำนาจนี้มีความหมายไม่เพียงเฉพาะแต่ว่าจะสั่งให้ลูกจ้างทำงานอะไรเท่านั้น แต่ยังรวมถึงอำนาจควบคุมให้ลูกจ้างปฏิบัติงานอย่างไรอีกด้วย⁷⁸ ตามกฎหมายอังกฤษแล้วถือว่าทั้งสองคนต่างเป็นนายจ้างแต่ไม่ได้มีความเกี่ยวเนื่องกัน ดังนั้นนายจ้างทั้งสองคนจึงไม่สามารถร่วมกันรับผิดชอบเพื่อการกระทำของลูกจ้างได้⁷⁹

2.1.1.2 ขอบเขตของทางการที่จ้าง

เงื่อนไขประการต่อมา คือ การกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้นต้องเป็นการกระทำซึ่งอยู่ในทางการที่จ้างโดยสามารถแยกได้เป็นสองส่วน ในส่วนแรก คือลูกจ้างนั้นต้องเป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำที่เป็นละเมิดขึ้น และต้องมีความรับผิดชอบของลูกจ้างจากการละเมิดนั้นเกิดขึ้นก่อน นายจ้างจึงจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง และในส่วนที่สองคือการกระทำของลูกจ้างนั้นต้องเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง ซึ่งไม่เพียงแต่หมายถึงการกระทำที่นายจ้างได้มอบอำนาจให้ลูกจ้างกระทำการเท่านั้น แต่ยังสามารถรวมถึงการกระทำใดๆ ที่เป็นการปฏิบัติไปในทางที่เกี่ยวข้องกับการที่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำนั้นอีกด้วย ในทางกลับกันหากว่าลูกจ้างได้กระทำผิดโดยเป็นการกระทำอันไม่ได้รับมอบอำนาจจากนายจ้างแล้ว นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากเป็นการกระทำซึ่งถือได้ว่าอยู่นอกทางการที่จ้างจากที่กล่าวมาดูเหมือนว่าหลักการแบ่งแยกเช่นนี้จะนำไปอย่างง่ายดาย แต่ในทางปฏิบัติเพื่อนำไปปรับใช้นั้นเป็นไปได้ยาก⁸⁰ และในปัจจุบันได้มีกฎหมายซึ่งมีที่มาจากคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐาน โดยได้พิจารณาไว้ว่านายจ้างจะต้องรับผิดชอบสำหรับสิ่งที่เป็นการกระทำของลูกจ้างซึ่งใกล้ชิดติดต่อกันกับการที่จ้างอีกด้วย⁸¹ และในการแบ่งแยกการกระทำว่าอยู่

⁷⁸ ประภาศน์ อวยชัย, “ความรับผิดเพื่อละเมิดในทางการที่จ้าง,” *บทบัญญัติ*, เล่มที่ 21, ตอนที่ 3, น.600 (กรกฎาคม 2506).

⁷⁹ The International Association of Legal Scient, *supra note 2*, p.28.

⁸⁰ R.F.V.Heuston and R.A.Buckley, *supra note 65*, p.443.

⁸¹ Cees Van Dam, *supra note 23*, p.455.

ภายในหรือภายนอกทางการที่จ้างนี้ ผู้เป็นโจทก์มักจะได้รับความช่วยเหลือจากภาวะการพิสูจน์ ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายนายจ้าง เพราะเมื่อลูกจ้างได้กระทำการบางสิ่งบางอย่างซึ่งอยู่ในเวลาทำงานให้นายจ้าง หรือทำงานในสถานที่ทำงานของนายจ้าง หรือกระทำการงานที่เกี่ยวข้องใกล้เคียงกับงานซึ่งถูกจ้างแล้ว เมื่อนั้นภาวะการพิสูจน์จะตกอยู่กับนายจ้างที่จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าการกระทำใดของลูกจ้างเป็นเหตุให้ตนไม่ต้องร่วมรับผิด

สำหรับกรณีนี้ที่แม้ว่าจะจะเป็นช่วงเวลาที่อยู่ระหว่างที่ต้องปฏิบัติงานให้นายจ้าง แต่ถ้าการกระทำของลูกจ้างนั้นเป็นการที่อยู่นอกเหนือจากทางการที่จ้างของนายจ้างแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของทางการที่จ้าง นายจ้างไม่ต้องร่วมรับผิด เช่น การกระทำที่เป็นการแก้แค้นส่วนตัวของลูกจ้าง เป็นต้น แต่ในกรณีหากลูกจ้างนั้นได้รับการอนุญาตแม้โดยปริยายให้กระทำการบางประการเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของลูกจ้าง เช่น ชงชาในระหว่างเวลาทำงาน เมื่อข้อเท็จจริงได้ปรากฏว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นในการกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของลูกจ้างเองโดยสิ้นเชิงก็ตาม⁸² แต่กรณีนี้ที่แม้ว่าการกระทำในทางการที่จ้างนั้นจะเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมนายจ้างก็ยังคงต้องร่วมรับผิดด้วย เช่น ลูกจ้างประมาท , ไม่เชื่อฟังคำสั่งของนายจ้าง , แม้ว่าจะมีเจตนาทำละเมิด เช่น ข้อโกง หรือลักขโมย ก็ตาม อย่างไรก็ตามไม่รวมถึงเหตุความเสียหายที่เกิดจากการฉวยโอกาสจากงานที่ตนต้องทำงานนั้น ดังเช่น ในคดี *Heasman v Clarity Cleaning Co (1978)*⁸³ บริษัทรับจ้างทำความสะอาดไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ในกรณีที่พนักงานทำความสะอาดผู้ที่ถูกส่งไปทำความสะอาดสำนักงานของลูกค้านำได้ใช้โทรศัพท์โทรไปทางไกล

มีคำพิพากษาของศาลจำนวนหนึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่าเป็นการขยายความคำว่าทางการที่จ้างกว้างจนเกินไป ซึ่งบ่อยครั้งก็ไม่ตรงกันกับคดีในอดีตที่ผ่านมา ตัวอย่างเช่น การกระทำของลูกจ้างที่ถือว่าได้รับมอบอำนาจไปแล้วโดยปริยาย หรือลูกจ้างได้ข้อโกงโดยอวดอ้างถึงอำนาจที่ตนได้รับมาจากนายจ้าง⁸⁴ หรือแม้แต่ในกรณีที่การละเมิดของลูกจ้างจะไม่ได้มีมูลเหตุจูงใจมาจากการทำงานให้นายจ้าง นายจ้างก็ยังคงต้องรับผิด เช่น คดี *Century Insurance Co v. Northern Ireland Road Transport Board (1942)*⁸⁵ ได้ความว่าคนขับรถบรรทุกน้ำมัน ขณะที่กำลังขนย้ายน้ำมันจากรถไปยังถังใต้ดิน ได้ขีดไม้ขีด

⁸² The International Association of Legal Science, *supra note 2*, p.47.

⁸³ J.Spier, *supra note 7*, p.69.

⁸⁴ Cees Van Dam, *supra note 23*, p.455.

⁸⁵ R.F.V.Heuston and R.A.Buckley, *supra note 65*, p.445.

จุดบุหรือสูบแล้วโยนก้อนไว้บนพื้น ทำให้เกิดไฟและเกิดระเบิดขึ้นก่อความเสียหายขนาดหนัก ศาลชี้ขาดว่านายจ้างต้องรับผิดชอบ เพราะความประมาทเดินเลื่อนั้นเป็นความประมาทเดินเลื่อน ในขณะที่ปฏิบัติการตามหน้าที่ของลูกจ้างคือคนขับรถ ถึงแม้ว่าการจุดบุหรือสูบจะได้กระทำเพื่อความสะดวกสบายของลูกจ้าง และในลักษณะการกระทำที่ปฏิบัติไปโดยบริสุทธิ์ใจ และไม่เป็นภัยในตัวเอง เพราะการจุดบุหรือสูบแม้โดยสภาพของการกระทำจะมีได้เกี่ยวข้องกับงานที่จ้าง แต่ได้แสดงให้เห็นความบกพร่องในหน้าที่ของพนักงานผู้นั้นในการดูแลขนถ่ายน้ำมันให้เป็นไปโดยเรียบร้อย จึงต้องถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติงานให้แก่ นายจ้างและเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง⁸⁶ ถือได้ว่าเป็นวิธีการปฏิบัติงานที่ประมาทเดินเลื่อน อย่างไรก็ตาม มีคดีที่ลักษณะคล้ายคลึงกันแต่คำตัดสินของศาลก็ต่างกันคือในคดี *Hilton v Thomas Burton (Rhodes) Ltd. (1961)*⁸⁷ ได้ความว่า คนงานสี่คนได้รับอนุญาตให้ใช้รถตู้ของนายจ้างเพื่อไปปฏิบัติงานภายในประเทศได้ และเมื่อพวกเขาทำงานได้ครึ่งวัน ก็ตัดสินใจเลิกงานและตกลงกันว่าจะไปร้านกาแฟซึ่งห่างออกไปประมาณ 7 ไมล์ เพื่อไปดื่มชา แต่เมื่อขับรถตู้มาเกือบจะถึงร้านกาแฟ พวกเขาก็ได้เปลี่ยนใจจะกลับไปเริ่มทำงานต่ออีกครั้ง ในระหว่างการเดินทางขากลับมานั้นเองได้มีรถอีกคันหนึ่งขับมาด้วยความประมาทเดินเลื่อน จึงชนเข้ากับรถตู้ของพวกเขาทำให้คนงานคนหนึ่งเสียชีวิต ในกรณีเช่นนี้ศาลตัดสินว่านายจ้างของพนักงานไม่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดในครั้งนี้ เพราะถือว่าการที่ลูกจ้างขับรถไปกินน้ำชานั้น ลูกจ้างได้กระทำไปเพื่อความสนุกสนานของตนเอง

กรณีที่นายจ้างมีคำสั่งห้ามไม่ให้ลูกจ้างกระทำการอย่างใดแล้วลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งนั้น นายจ้างก็ยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างหากการกระทำนั้นอยู่ในลักษณะงานของลูกจ้างที่ลูกจ้างสมควรที่จะกระทำการเช่นนั้นเพื่อให้งานสำเร็จ เช่น ในคดี *Limpus v. London General Omnibus Co. (1862)*⁸⁸ จำเลยได้สั่งห้ามมิให้วิ่งแข่งหรือกีดขวางรถอื่นโดยปิดไว้ในรถ แต่คนขับได้ฝ่าฝืนคำสั่งนี้ โดยกีดขวางรถของโจทก์และเกิดชนกันขึ้น รถโจทก์เสียหาย ถือว่าจำเลยต้องรับผิดชอบ เพราะการที่คนรถปฏิบัติเช่นนั้น แม้จะเป็นวิธีการอันเป็นการละเมิด ไม่สมควรและไม่ได้รับมอบอำนาจ แต่ก็เป็นการปฏิบัติการซึ่งตนได้รับมอบอำนาจให้กระทำการอันเป็นการส่งเสริมกิจการรับส่งผู้โดยสารซึ่งเป็นการ

⁸⁶ คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ลูกจ้างทำละเมิด,” วารสารอัยการ, ปีที่ 1, ฉบับที่ 10, น.38 (ตุลาคม 2521).

⁸⁷ R.F.V.Heuston and R.A.Buckley, *supra* note 65, p.445.

⁸⁸ *Ibid.*, p.446.

แข่งขันกับคู่แข่งอื่น นายจ้างจึงต้องรับผิดชอบโดยไม่พิจารณาถึงว่านายจ้างจะได้ออกคำสั่งห้ามไว้หรือไม่ และในคดี Canadian Pacific Ry v. Lockhart (1942) นายจ้างออกคำสั่งห้ามมิให้เอารถที่ยังมิได้ประกันภัยไว้ไปขับ แต่ลูกจ้างไม่เชื่อฟังกลับเอารถเช่นนั้นไปขับ ในขณะที่ปฏิบัติงานตามที่ตนรับจ้าง ถือว่านายจ้างต้องรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีหากผู้เสียหายได้ทราบถึงคำสั่งหรือระเบียบที่ห้ามไว้ นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบโดยถือว่าการกระทำของลูกจ้างอยู่นอกขอบเขตทางการที่จ้าง เช่น ในคดี Twine v Bean's Express Ltd. (1964) นายจ้างได้สั่งโดยชัดแจ้ง ห้ามมิให้คนขับรถซึ่งเป็นลูกจ้างยอมนับบุคคลที่ไม่ได้รับมอบอำนาจให้ไปบนรถที่ตนขับ และได้ปิดประกาศความที่ห้ามนี้ไว้ในรถของผู้ขับด้วย แม้จะได้มีคำสั่งดังนี้คนขับก็ยังยอมให้บุคคลหนึ่งโดยสารไปด้วย ทั้งที่บุคคลนั้นก็รู้ว่าเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งห้ามเช่นนั้น และต่อมาบุคคลนั้นถึงแก่ความตายโดยประมาทเลินเล่อของผู้ขับ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าผู้ขับรถทำการนอกขอบเขตของการจ้างและนายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการที่ลูกจ้างยอมให้บุคคลที่ไม่มีอำนาจโดยสารไปด้วยนั้น ไม่เป็นแต่เพียงวิธีการอันเป็นการละเมิดในการกระทำประเภทซึ่งผู้ขับได้รับจ้างให้ทำการเท่านั้น แต่ยังเป็น การกระทำประเภทซึ่งนายจ้างไม่ได้มอบอำนาจให้กระทำนั้นเลย การกระทำเช่นนั้นเป็นเพียง “การแสดงออกทางไมตรีจิตส่วนบุคคล” และความกรุณาปราณีนั้นไม่เกี่ยวกับวิธีการหรือทางที่ปฏิบัติกรตามหน้าที่หรือทางการที่จ้างเลยทีเดียว กรณีอาจเป็นอีกอย่างหนึ่ง ถ้าเป็นผู้โดยสารที่พลัดทางมาแต่ผู้ขับซึ่งนายจ้างไม่ได้ออกคำสั่งห้ามมิให้รับขึ้นรถ แต่กลับไปรับผู้โดยสารนั้นขึ้นรถด้วยหรือถ้าโจทก์แสดงว่าจำเลยได้ยินยอมเห็นด้วยในการที่ลูกจ้างของจำเลยซึ่งเป็นนายจ้างได้ละเมิดคำสั่งของจำเลย

อย่างไรก็ตาม หากบุคคลภายนอกผู้เสียหายนั้นรู้หรือควรจะรู้อยู่แล้วว่าลูกจ้างนั้นกระทำการนั้นไปโดยไม่มีอำนาจจากผู้เป็นนายจ้าง กรณีเช่นนี้หากไม่อยู่ในลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานโดยทั่วไปก็จะเป็นลักษณะของความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นประเภทตัวแทน (vicarious liability for torts of agents) ซึ่งตัวการไม่เพียงแต่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจอย่างแท้จริงเท่านั้น แต่ยังต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนที่ได้เปิดเผยแก่คนทั่วไปว่าตนมีอำนาจด้วย เช่น คดี Lloyd V. Grace, Smith & Co. (1912)⁸⁹ ซึ่งได้ชี้ขาดโดยศาลสูงของอังกฤษ (House of Lords) ว่าในที่ทำการของจำเลยซึ่งเป็นสำนักงานทนายความ ได้จ้างเสมียนจัดการไว้คนหนึ่ง มีหน้าที่จัดการธุรกิจเกี่ยวกับการโอน โดยทนายความไม่ได้ควบคุมดูแล โจทก์เป็นหญิงหม้ายมีบ้านพักเล็กๆ

⁸⁹ *Ibid.*, p.447.

อยู่หลายหลัง โจทก์ไม่พอใจในรายได้จากบ้านพักนั้นจึงไปสำนักงานของจำเลย เสมียนจัดการได้ชักจูงให้โจทก์มอบให้ตนขายบ้านนั้น และทำเอกสารขึ้นสองฉบับซึ่งเสมียนได้หลอกว่าเป็นสิ่งที่ต้องทำขึ้นเพื่อโอนขายบ้าน แต่ความจริงเป็นเอกสารการโอนบ้านให้เสมียนนั่นเอง ต่อมาเสมียนได้จำหน่ายโอนทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ตนเองอันเป็นการทุจริต ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยโดยเสียงข้างมากว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดในกลฉ้อฉลของเสมียนลูกจ้าง แต่ศาลสูงได้วินิจฉัยโดยเสียงเป็นเอกฉันท์ว่าจำเลยต้องรับผิด ศาลชี้ขาดว่าเสมียนนั้นได้เอาทรัพย์สินไปโดยมิชอบ โดยชักจูงให้โจทก์ซึ่งเป็นลูกความโอนทรัพย์สินให้แก่ตน โดยการแสดงลักษณะเอกสารการโอนอย่างฉ้อฉล ได้รับและยกยอกเงินอันเองจากกลฉ้อฉลนั้น ทนายความซึ่งเป็นนายจ้างจึงต้องรับผิดต่อลูกความ แม้ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์ของลูกจ้างที่คิดโกงเท่านั้น ศาลสูงถือว่า ทราบใดที่ลูกจ้างยังคงทำการภายในขอบเขตของการจ้างที่นายจ้างได้มอบหมายไว้วางใจให้แล้ว นายจ้างก็ยังคงต้องรับผิดในกลฉ้อฉลที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้นทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างเองหรือนายจ้างก็ตาม ซึ่งจากคดีดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดหลักขึ้นมาว่านายจ้างก็ต้องรับผิด แม้ถ้าลูกจ้างได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของตนเท่านั้น และมีคดี *Uxbridge Permanent Benefit Building Society v. Pickard* (1939) ศาลก็ได้วินิจฉัยชี้ขาดไว้ในทำนองเดียวกัน ว่านายจ้างจะต้องรับผิดเพื่อการที่ลูกจ้างของตนได้ทำการปลอมลายมือชื่อในเอกสาร แม้ว่าเขาจะไม่ได้กระทำเพื่อประโยชน์ลูกค้าของนายจ้างก็ตาม⁹⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลได้ตัดสินโดยอาศัยหลักที่ว่า ลูกจ้างกำลังปฏิบัติงานให้แก่ นายจ้าง โดยได้แสดงออกซึ่งอำนาจให้บุคคลภายนอกได้เห็นและไว้วางใจในการกระทำของลูกจ้างนั้น และเมื่อผู้เสียหายได้เชื่อตามการแสดงออกซึ่งอำนาจที่มีอยู่ของตัวแทน ผู้เป็นตัวแทนก็ต้องรับผิดด้วย ดังนั้นในกรณีถ้ามีบางเหตุผลที่สามารถแสดงได้ว่าตัวแทนนั้นทำการเกินขอบอำนาจที่แสดงให้ปรากฏ บุคคลภายนอกผู้เสียหายจึงควรรู้หรือรู้และไม่เชื่อถือในการกระทำนั้น แต่หากหลงเชื่อในกรณีเช่นนั้นนายจ้างก็ไม่ต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างด้วย

2.1.2 การใช้สิทธิไล่เบียด

แม้ในทางทฤษฎีนั้นผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องลูกจ้างได้แต่เพียงลำพังแต่ก็ยากที่จะจินตนาการได้ถึงเหตุผลที่สมควรจะฟ้องร้องเช่นนั้น และเมื่อลูกจ้างได้ทำการละเมิดแล้วก็ยังคงต้องมีความรับผิดเป็นส่วนตัวอยู่ แม้ว่าเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องต่อศาลขอให้

⁹⁰ The International Association of Legal Scient, *supra* note 2, p.40.

ลูกจ้างผู้หนึ่งชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งในหลายกรณีผู้เสียหายก็เลือกที่จะไม่ฟ้องร้องเอาากับลูกจ้าง และกรณีที่เกี่ยวข้องต่อนายจ้างเมื่อนายจ้างได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปแล้ว ก็มีสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาจากลูกจ้าง หากลูกจ้างนั้นประมาทเลินเล่อโดยอาจตกลงเงินค่าเสียหายนั้น และบังคับเรียกเอาจากลูกจ้างผู้ทำละเมิดตามบทบัญญัติของ Civil Liability (Contribution) Act 1978 และตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าประเทศอังกฤษนี้ถือว่าลูกจ้างเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร และในบางครั้งยังถือว่าการกระทำของลูกจ้างเป็นการกระทำของนายจ้างอีกด้วย ดังนั้นจึงถือได้ว่า ทั้งนายจ้างและลูกจ้างเป็นผู้ทำละเมิดร่วมกัน และเกิดผลทำให้นายจ้างและลูกจ้างนั้นต้องแบ่งกัน รับผิดชอบต่อค่าสินไหมทดแทน⁹¹ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัตินายจ้างจะใช้สิทธิไล่เบี้ยนี้ เฉพาะแต่ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำการโดยข้อบกพร่อง หรือมีเจตนากระทำผิดเท่านั้น⁹²

นอกจากนั้นการที่นายจ้างจะสามารถใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกจ้างได้นั้น ในประเทศ อังกฤษมีหลักการว่าในกรณีที่นายจ้างได้มีส่วนในการกระทำผิดกับลูกจ้างด้วย นายจ้างก็ ไม่สามารถเรียกได้เต็มตามจำนวนที่ตนได้เสียไป แต่ให้เรียกได้บางส่วนเท่านั้น หรืออาจไล่เบี้ย ไม่ได้เลยก็ได้ ตัวอย่างเช่นในคดีของศาลอังกฤษซึ่งตัดสินว่า “โรงพยาบาลมอบหมายงาน วางยาสลบให้แพทย์หญิงที่ยังมีประสบการณ์ไม่เพียงพอ โดยไม่ควบคุมดูแล จะไล่เบี้ยให้ชดใช้ ค่าเสียหายแก่คนไข้ไปแล้วได้เพียง 20% เท่านั้น ถ้านายจ้างมีส่วนผิดถึง 100% ศาลอาจตัดสิน ไม่ให้นายจ้างได้รับชดใช้ก็ได้”⁹³

สิทธิไล่เบี้ยของนายจ้างดังกล่าวนี้ทำให้บริษัทประกันภัยที่นายจ้างได้ทำประกันภัย ความรับผิดชอบสามารถเข้ามาสวมสิทธิของนายจ้างไปเรียกเอาจากลูกจ้างได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม บริษัทประกันภัยในประเทศอังกฤษได้มีข้อตกลงซึ่งต้องปฏิบัติตามร่วมกัน เรียกว่า “gentleman's agreement” โดยข้อตกลงมีเนื้อหว่าบริษัทประกันภัยจะไม่นำสิทธิในการรับช่วงสิทธิ ของนายจ้างนั้นมาใช้ เว้นเสียแต่ว่าจะมีหลักฐานว่าลูกจ้างนั้นได้ทำการข้อบกพร่องหรือสมรู้ร่วมคิด กันเท่านั้น และในทางปฏิบัติสำหรับผู้เป็นนายจ้างเองก็มีน้อยมากที่จะใช้สิทธิในการไปบังคับ เรียกเอาจากลูกจ้าง

⁹¹ *Ibid.*, p.62.

⁹² Cees Van Dam, *supra* note 23, p.455.

⁹³ พจนี ปุชปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแพ่งเนติบัณฑิตสภา, 2530), น.328.

2.2 สหรัฐอเมริกา

2.2.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้าง

กฎหมายละเมิดในสหรัฐอเมริกานั้นไม่มีความเป็นมา หรือมีการกำหนดหลักเกณฑ์ของความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (vicarious liability) ไว้แต่อย่างใด จะมีก็แต่เพียงกฎเกณฑ์เฉพาะในแต่ละเรื่องแยกกันออกไป เป็นที่เข้าใจกันว่า vicarious liability นั้นเป็นส่วนผสมกันระหว่างความรับผิดในความประมาทเลินเล่อกับความรับผิดเด็ดขาด ทั้งนี้เพื่อนำมาใช้เรียกร้องให้นายจ้างเป็นผู้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน เช่น โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่าลูกจ้างกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ แต่ให้นายจ้างนั้นมีความรับผิดเด็ดขาดในการกระทำเช่นนั้นของลูกจ้าง

2.2.1.1 ลักษณะของความป็นนายจ้างลูกจ้าง

คำจำกัดความของคำว่า “ลูกจ้าง” หมายถึงบุคคลซึ่งถูกจ้างให้ปฏิบัติภารกิจที่บริการในสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพื่อบุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาหรือสิทธิในการควบคุมบังคับบัญชาในการปฏิบัติงานนั้น การพิจารณาความเป็นลูกจ้างนั้นมีข้อพิจารณาอยู่หลายประการประกอบกัน ซึ่งการควบคุมและสิทธิที่จะควบคุมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ต้องนำมาพิจารณาโดยจะต่างกันออกไปตามรายละเอียดของลักษณะงาน และสิทธิควบคุม เช่นนี้ก็มิได้แม้ว่าลูกจ้างนั้นจะทำงานในระยะทางที่ห่างไกลกับนายจ้าง หรืองานนั้นลูกจ้างมีทักษะความชำนาญของตนเองก็ตาม และปัจจัยต่อมาที่จะพิจารณาว่าเป็นลูกจ้างนั้นคือสถานที่ทำงานและอุปกรณ์ในการทำงานนั้นใครเป็นผู้หามาให้ , ระยะเวลาในการจ้างงานนั้นมีลักษณะเช่นไร , วิธีการของการจ่ายค่าจ้างเป็นอย่างไร และอื่นๆ และเมื่อข้อพิจารณาดังที่ได้กล่าวมานั้นได้มีการขยายและตีความไปอย่างกว้างขวาง จึงทำให้เกิดความไม่แน่นอนสำหรับความหมายของคำว่าลูกจ้างขึ้น⁹⁴

กรณีของลูกจ้างที่มีความชำนาญ (Highly qualified workers) เช่น นางพยาบาล ซึ่งถูกจ้างโดยโรงพยาบาล ในสหรัฐอเมริกา นั้นถือให้โรงพยาบาลมีความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น คือนางพยาบาลซึ่งได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ และได้ส่งผลให้โรงพยาบาลต้องรับผิดในการกระทำของนายแพทย์ผู้ซึ่งเป็นลูกจ้างที่แท้จริงของโรงพยาบาลนั้นอีกด้วย

⁹⁴ William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. (St.Paul, Minn.: West Pub. Co., 1971), p.460.

อย่างไรก็ตาม เป็นการยากที่จะตัดสินได้ว่าสำหรับนายแพทย์ซึ่งเป็นผู้รับจ้าง หรือนายแพทย์ผู้ซึ่งได้รับสิทธิพิเศษจากโรงพยาบาลให้ทำการผ่าตัดในโรงพยาบาลได้นั้น หากเขาได้ทำละเมิดขึ้น โรงพยาบาลจะต้องร่วมรับผิดชอบหรือไม่ แต่ก็มีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นว่าจะให้ถือว่าแพทย์เป็นลูกจ้างของโรงพยาบาลได้ เช่น ในกรณีแพทย์ฝึกหัดที่เป็นเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาล เป็นต้น โดยความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นของโรงพยาบาลนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่าโรงพยาบาลมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความดูแลระมัดระวังอย่างเหมาะสม เพราะโรงพยาบาลเป็นผู้รักษาคนป่วยไข้ซึ่งต้องสันนิษฐานได้ว่าจะถูกทำให้แน่ใจว่าโรงพยาบาลนั้นจะทำการรักษาด้วยความระมัดระวังเช่นเดียวกันกับเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลที่ต้องกระทำเช่นนั้นด้วย ทำให้โรงพยาบาลต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของทุกคนที่เป็นส่วนหนึ่งในองค์กรของโรงพยาบาล และเป็นผู้ซึ่งไม่ได้ถูกจ้างเป็นพิเศษโดยคนไข้เอง⁹⁵

กรณีบุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (Borrowed Employees) ในหลักการเบื้องต้นถือว่านายจ้างทั้งสองคน คือ นายจ้างถาวร (permanent employer) และนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) มีความสัมพันธ์ควบคุมบังคับบัญชาอยู่เหนือการปฏิบัติงานของลูกจ้างได้ทั้งสองคน แต่ในกรณีที่การควบคุมนั้นสามารถมีขอบเขตที่ถูกแบ่งแยกออกจากกันได้ระหว่างนายจ้างถาวรและนายจ้างชั่วคราว ก็จะมุ่งการสันนิษฐานความรับผิดชอบไปสู่นายจ้างผู้ซึ่งมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาการปฏิบัติงานของลูกจ้าง และสามารถก่อให้เกิดการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของลูกจ้างได้เป็นสำคัญ อำนาจการควบคุมนี้จะสามารถสันนิษฐานความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นได้ว่าเป็นของนายจ้างถาวรหรือนายจ้างชั่วคราวคนใดคนหนึ่ง ไม่ใช่ต้องรับผิดชอบกันทั้งสองคน อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลบางฉบับดูเหมือนจะมีเจตนาให้กำหนดให้นายจ้างทั้งสองคนนั้นร่วมกันรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง โดยอนุญาตให้ตกลงกันได้ว่าจะแบ่งความรับผิดชอบอย่างไร ดังนั้นในบางครั้งนายจ้างทั้งสองคนจึงต้องรับผิดชอบร่วมกันในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง⁹⁶

กรณีบุคคลภายนอกผู้เสียหายรู้หรือควรจะรู้อยู่แล้วว่าลูกจ้างนั้นกระทำการไปโดยไม่มีอำนาจจากผู้เป็นนายจ้าง การพิจารณาในส่วนนี้ต้องใช้หลักกฎหมายตัวแทนประกอบ นั่นคือหลักการแสดงตนว่ามีอำนาจ (apparent authority) ซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น ในที่นี้ก็คือความรับผิดชอบของนายจ้างเพื่อการกระทำละเมิดของลูกจ้างขึ้น และสิ่งสำคัญของหลัก apparent authority คือการที่จำเลยผู้เป็นนายจ้างได้ใคร่ครวญแล้ว

⁹⁵ The International Association of Legal Scient, *supra* note 2, p.33.

⁹⁶ *Ibid.*, p.29.

ว่าจะดำเนินการอย่างไรก็ตาม ที่มีเหตุผลเพียงพอที่โจทก์ผู้เสียหายจะเชื่อได้ว่าอันตรายได้เกิดจากลูกจ้างของจำเลย ผู้พิพากษาบางท่านเรียกร้องให้โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าเขาได้มีความเชื่อเช่นนั้นจริง แต่ผู้พิพากษาก็ได้จำกัดการพิสูจน์ไว้เฉพาะแต่ในประเด็นสำคัญ สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับ apparent authority ที่มักเกิดขึ้นบ่อยๆ คือเมื่อโจทก์เข้าไปทำธุรกิจกับผู้ได้รับสิทธิ (franchisee) ของจำเลย เช่น แมคโดนัลด์ (McDonald's) เป็นต้น⁹⁷ และเมื่อโจทก์พิสูจน์ได้ว่าตนเชื่อว่าลูกจ้างนั้นได้กระทำการในหน้าที่ของตนจริง เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นนายจ้างผู้เป็นจำเลยจึงต้องรับผิดชอบ และมีกรณีซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันมากมายว่าในสถานประกอบการน้ำมันนั้นผู้ประกอบการถือเป็นลูกจ้างของบริษัทน้ำมันหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเจ้าของสถานประกอบการเป็นผู้เช่าที่ทำการสถานี เชื้อน้ำมัน ดำเนินการประกอบธุรกิจภายใต้ชื่อของตนเอง และจ้างลูกจ้างด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม ในขณะที่เดียวกันต่างกันอย่างไรกับสถานีที่มีผู้ถือหุ้นเป็นบริษัทน้ำมันและได้รับการตรวจสอบเป็นระยะจากบริษัทน้ำมัน กรณีเช่นนี้มีคดีประกอบการพิจารณาได้แก่ คดี Texas Oil Co. v Wheat (1943) มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้รับอนุญาตให้ซื้อน้ำมันจากบริษัทอื่นได้ด้วย ศาลจึงตัดสินว่ากรณีนี้เขาเป็นผู้รับจ้างอิสระ (independent contractor) แต่ในคดี Humble Oil & Refining Co. v Martin (1949) ได้ตัดสินว่าให้ถือว่าเป็นลูกจ้าง เพราะเขาได้ถูกจำกัดให้ต้องซื้อน้ำมันจากบริษัทเดียว โดยเฉพาะเจาะจง ถูกกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการ และยังมีช่วงระยะเวลาที่ต้องรายงานการดำเนินการอีกด้วย⁹⁸ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาก็จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีๆ ไป เช่น เสมียนนายความประจำสำนักงานนายความมีหน้าที่จัดการธุรกิจเกี่ยวกับการโอน เสมียนมีเจตนาซื้อโกงจึงได้ชักชวนให้โจทก์โอนที่ดินให้กับตน ซึ่งในสหรัฐอเมริกาสำนักงานนายความนั้นมีลักษณะเป็นหุ้นส่วนกัน โดยหุ้นส่วนทั้งหมดจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในฐานะนายจ้างร่วมกันเมื่อลูกจ้างได้กระทำละเมิด ยิ่งไปกว่านั้นหุ้นส่วนทั้งหมดยังต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของหุ้นส่วนแต่ละคนอีกด้วย ดังนั้นหุ้นส่วนซึ่งเป็นนายจ้างจึงต้องรับผิดชอบต่อลูกความ แม้ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์ของลูกจ้างที่คิดโกงเท่านั้น เพราะการกระทำของลูกจ้างเป็นการกระทำภายในขอบเขตของการจ้างที่นายจ้างได้มอบหมายไว้วางใจให้แล้วตามหลักของ apparent authority

⁹⁷ J.Spier, *supra* note 7, p.282.

⁹⁸ The International Association of Legal Scient, *supra* note 2, p.32.

2.2.1.2 ขอบเขตของทางการที่จ้าง

เมื่อตัดสินได้แล้วว่าบุคคลซึ่งทำงานนั้นเป็นลูกจ้าง นายจ้างก็จะมีควมรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งในที่นี้ก็คือลูกจ้างในทันที แต่มีเงื่อนไขอยู่ว่าการกระทำของลูกจ้างนั้นจะต้องอยู่ใน “ขอบเขตของทางการกระทำทางการที่จ้าง” (scope of employment test) ซึ่งถือได้ว่าเป็นวิธีที่ใช้วัดความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นของนายจ้าง ต่อการกระทำของลูกจ้างว่าจะสามารถขยายขอบเขตแห่งความรับผิดชอบได้เพียงใด ดังนั้น กรณีจึงเกิดขึ้นบ่อยที่โรงพยาบาลจะถูกเรียกร้องให้ร่วมรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ผู้ซึ่งทำการผ่าตัดภายในโรงพยาบาล และแพทย์ผู้ซึ่งได้รับสิทธิพิเศษจากโรงพยาบาลให้ทำการผ่าตัดในโรงพยาบาล⁹⁹ ซึ่งโดยหลักปกติแล้วการกระทำของลูกจ้างย่อมอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งการที่จ้าง หากว่าการกระทำนั้นเป็นชนิดของการกระทำซึ่งต้องปฏิบัติเพื่องานที่ได้จ้าง หรือเป็นการกระทำซึ่งมีเนื้อหาซึ่งอยู่ภายในการที่ได้รับมอบอำนาจและถูกจำกัดอยู่ในเวลาและสถานที่หรือแรงจูงใจโดยมีวัตถุประสงค์แม้แต่บางส่วนเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง¹⁰⁰ หรือเป็นงานที่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของธุรกิจโดยปกติของนายจ้างก็ตาม อย่างไรก็ตาม การที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องให้นายจ้างรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนี้ ไม่มีความจำเป็นต้องระบุว่าลูกจ้างคนใดเป็นผู้กระทำละเมิด เพียงแต่ได้ความว่าเป็นลูกจ้างของนายจ้างผู้นั้นก็เพียงพอแล้ว

โดยหลักการพื้นฐานความรับผิดชอบของลูกจ้างนั้น คือลูกจ้างได้กระทำละเมิดอันอยู่ในขอบเขตของทางการที่จ้าง ซึ่งก็เป็นความคิดที่ตรงกันอย่างแพร่หลาย แต่การอธิบายถึงและการนำมาปรับใช้มีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ การที่ลูกจ้างกระทำจะเป็นการกระทำในขอบเขตแห่งทางการที่จ้างได้ ถ้าลูกจ้างได้กระทำแม้แต่บางส่วนเพื่อวัตถุประสงค์ให้นายจ้างได้รับประโยชน์ วัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ลูกจ้างอาจจะกระทำโดยตรง หรือกระทำให้อยู่ในขอบเขตแห่งทางการที่จ้างก็ได้ การกระทำซึ่งอยู่ในขอบเขตแห่งทางการที่จ้างนั้น ไม่ได้มีขอบเขตรวมไปถึงการที่ลูกจ้างเดินทางไปกลับบ้านและที่ทำงานทุกวัน หรือในกรณีแม้ว่าการที่ลูกจ้างกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตแห่งทางการที่จ้าง แต่ถ้าลูกจ้างกระทำไปเพื่อความสนุกสนาน (frolic) ก็ถือว่าเป็นการกระทำนอกขอบเขตแห่งทางการที่จ้าง¹⁰¹ ดังคดี *Lemarier v A.Towle Co.* (1947) ที่ตัดสินว่าถ้าลูกจ้างได้ก้าว

⁹⁹ J.Spier, *supra* note 7, p.279.

¹⁰⁰ William L. Prosser, *supra* note 94, p.461.

¹⁰¹ J.Spier, *supra* note 7, p.281.

ออกไปสู่ขอบเขตแห่งทางการที่จ้างโดยได้กระทำการบางประการเพื่อตนเองไม่เกี่ยวกับการงานของนายจ้างแล้ว ก็เป็นการนอกเหนือความรับผิดชอบของนายจ้างเช่นกัน อย่างไรก็ตามมีการกระทำบางประการที่แม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของลูกจ้างเอง เช่น ไปห้องน้ำหรือจุดไฟเพื่อสร้างความอบอุ่น ก็เป็นที่ตระหนักดีว่าเป็นการกระทำที่จำเป็น และเป็นการกระทำที่เป็นปกติซึ่งมีความใกล้ชิดติดกันกับการทำงาน และไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการที่ลูกจ้างได้หันเหออกจากการทำงาน¹⁰² แต่ในกรณีของการที่ลูกจ้างสูบบุหรี่ระหว่างเวลาทำงานนั้นมีความเห็นอย่างแพร่หลายว่าเป็นการกระทำซึ่งเป็นไปเพื่อความเพลินเพลินส่วนตัวของลูกจ้างเท่านั้น ดังนั้นจึงถือเป็นการกระทำนอกขอบเขตแห่งทางการที่จ้าง แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่รวมอยู่กับการซึ่งได้รับมอบอำนาจให้กระทำก็ตามดังที่ปรากฏในคดี *Tomlinson v Sharpe* (1946) แต่ปัจจุบันศาลในรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตัดสินไว้ในคดี *George v Bekins Van & Storage Co.* (1949) ว่าการสูบบุหรี่ถือได้ว่าเป็นส่วนในการทำงานของลูกจ้าง เพราะเป็นเรื่องปกติและเป็นเรื่องที่สามารถคาดเห็นได้ ดังนั้นจึงถือได้ว่าเป็นความเสี่ยงภัยอย่างหนึ่งในการประกอบกิจการของนายจ้าง อันจะทำให้เป็นการกระทำซึ่งอยู่ในขอบเขตแห่งทางการที่จ้างได้¹⁰³ และดูเหมือนว่าโดยทั่วไปแล้วจะมีความเห็นไปในทางที่เห็นด้วยว่านายจ้างจะต้องรับผิดชอบเมื่อลูกจ้างได้กระทำการไปโดยออกนอกขอบเขตแห่งทางการที่จ้างเพียงเล็กน้อย ซึ่งการนั้นได้เป็นไปโดยสมเหตุสมผลในการทำงานของลูกจ้าง และเป็นเรื่องที่สามารถคาดเห็นได้ว่าการหันเหความสนใจของลูกจ้างเช่นนั้นอาจเกิดขึ้นจึงถือได้ว่าเป็นการที่อยู่ภายในขอบเขตแห่งทางการที่จ้าง¹⁰⁴

กรณีที่ลูกจ้างได้กระทำการไปในวัตถุประสงค์เพื่อตนเองแต่เพียงลำพังโดยหลักแล้วนายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นอยู่ในกรณีที่แม้การกระทำนั้นจะกระทำไปเพื่อประโยชน์แห่งตัวลูกจ้างเอง แต่ถ้าเป็นการกระทำซึ่งอยู่ในขอบเขตของการเป็นลูกจ้างอย่างแท้จริงหรือแสดงให้เห็นแก่คนทั่วไปว่าตนมีอาจจะกระทำการเช่นนั้น นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบ¹⁰⁵

ในสมัยแรกเริ่ม เป็นที่เชื่อกันว่าการกระทำละเมิดโดยเจตนาของลูกจ้างนั้น จะทำให้การกระทำนั้นเป็นการซึ่งถือว่ายอยู่นอกขอบเขตแห่งทางการที่จ้างไปโดยอัตโนมัติ

¹⁰² William L. Prosser, *supra* note 94, p.461.

¹⁰³ *Ibid.*, p.462.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.463.

¹⁰⁵ The International Association of Legal Scient, *supra* note 2, p.46.

เพราะการกระทำนั้นไม่อาจถือได้โดยปริยายว่าเป็นไปโดยได้รับมอบอำนาจให้กระทำ แต่ในปัจจุบันดูจะเป็นในทางตรงกันข้ามเพราะเป็นที่ตระหนักดีว่าหากความตั้งใจในการทำละเมิดของลูกจ้างนั้นได้กระทำเพื่อประโยชน์ของนายจ้างแล้ว นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำเช่นนั้นของลูกจ้าง แม้ว่านายจ้างจะไม่ได้มอบอำนาจให้กระทำเช่นนั้น หรือแม้ได้มีการห้ามปรามลูกจ้างไว้แล้วก็ตาม โดยตัวอย่างซึ่งจะแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจน คือ การที่ผู้ดูแลผ้าได้ไล่ผู้ที่มาเที่ยวในผ้าซึ่งประพุดิตัวเกรด้วยการเข้าทำร้ายร่างกาย หรือในคดี *Pelletier v Bilbiles* (1967)¹⁰⁶ ซึ่งได้ตัดสินให้นายจ้างต้องรับผิดชอบต่อการทำที่คนขับรถผู้เป็นลูกจ้างที่ได้ทำร้ายร่างกายผู้โดยสารซึ่งไม่มีสิทธิขึ้นมานอนรถให้ออกจากรถไป หรือคดี *Palmeri v Manhattan R. Co.* (1892)¹⁰⁷ การที่พนักงานขายตั๋วรถไฟได้ทำร้ายหรือเข้าจับกุมตัวหรือพุดจาหมิ่นประมาทผู้โดยสาร เนื่องจากเขาเชื่อว่าผู้โดยสารได้ให้ธนบัตรปลอมเพื่อซื้อตั๋วโดยสารนั้น เป็นการกระทำซึ่งอยู่ในขอบเขตแห่งการที่จ้าง หรือคดีหนึ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย คดีนั้นจำเลยซึ่งเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาก่อสร้างรายหนึ่งเกิดโมโหใจทักซึ่งเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาช่วง อันมีสาเหตุมาจากงานก่อสร้างและจำเลยได้ตีใจทักด้วยค้อน การทะเลาะวิวาทนี้ตามข้อเท็จจริงเป็นเรื่องส่วนตัวซึ่งเกี่ยวเนื่องกับงานซึ่งจำเลยและใจทักกำลังทำอยู่ ศาลสูงของมลรัฐแคลิฟอร์เนียวินิจฉัยว่าถือได้ว่าการทำร้ายร่างกายนั้นได้กระทำลงภายในขอบเขตแห่งการจ้าง¹⁰⁸ เป็นต้น แต่หากการกระทำของลูกจ้างเป็นไปโดยแรงจูงใจส่วนตัวอย่างแท้จริงแล้วก็เป็นเรื่องที้ออกจากการที่จ้างและทำให้นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น ลูกจ้างทะเลาะกับภรรยา ก็เป็นเรื่องที่ไม่สามารถเกี่ยวเนื่องกับผลประโยชน์ใดๆ ของนายจ้างได้เลย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ลูกจ้างจะได้กระทำการละเมิดไปเพื่อประโยชน์โดยส่วนตัว นายจ้างก็อาจจะมีควมรับผิดชอบได้โดยเป็นเพราะสัญญาหรือความสัมพันธ์บางประการที่จะทำให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการละเมิดนั้น เช่น ในคดี *Vannah v. Hart Private Hospital* (1917)¹⁰⁹ ศาลแมสซาชูเซต (Massachusetts) ตัดสินว่า โรงพยาบาลจะต้องจ่ายค่าเสียหายให้กับคนไข้ของโรงพยาบาล ซึ่งถูกนางพยาบาลขโมยทรัพย์สินไปขณะที่ตนกำลังสลบ

¹⁰⁶ William L. Prosser, *supra* note 94, p.464.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.465.

¹⁰⁸ อุทิศ ธรรมวาทีน, “ละเมิด: ทางกรที่จ้าง,” *วารสารอัยการ*, ปีที่ 3, ฉบับที่ 28, น.59 (เมษายน 2523).

¹⁰⁹ สืบค้นจาก http://www.archive.org/stream/lawofcharitytrus00nobl/lawofcharitytrus00nobl_djvu.txt.

ไปตอนเช้ารับการผ่าตัด โดยศาลถือว่าโรงพยาบาลเป็นหนี้ต่อคนไข้ในการที่มีหน้าที่ตามสัญญาว่าจะต้องจัดหาโรงพยาบาลซึ่งมีคุณภาพมาปฏิบัติงาน เมื่อเกิดการละเมิดเช่นนี้ขึ้นเท่ากับว่าโรงพยาบาลได้ทำผิดสัญญาต่อคนไข้แล้ว และหลักการนี้ให้นำไปใช้กับโรงพยาบาลของรัฐด้วย

อย่างไรก็ตาม การกระทำละเมิดของลูกจ้างที่เกิดขึ้นในโอกาสของการกระทำตามหน้าที่ หากไม่ได้เป็นการเกี่ยวข้องกับหน้าที่ที่ลูกจ้างนั้นได้รับมอบหมาย ศาลในสหรัฐอเมริกาจะไม่ลงโทษนายจ้างให้ต้องรับผิดในการกระทำเช่นนั้นของลูกจ้างด้วย เช่น พนักงานทำความสะอาดของบริษัทที่รับจ้างทำความสะอาด ได้รับการร้องขอให้ไปทำความสะอาดในร้านขายนาฬิกาและอาศัยโอกาสนั้นแอบขโมยนาฬิกาไป เช่นนี้บริษัทรับจ้างทำความสะอาดผู้เป็นนายจ้างไม่จำเป็นต้องรับผิดต่อการกระทำของลูกจ้าง เนื่องจากเป็นโอกาสซึ่งอยู่นอกทางการที่จ้าง และโอกาสนั้นไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกับงานที่ได้รับมอบหมายให้กระทำแต่อย่างใด

ในกรณีที่นายจ้างมีคำสั่งห้ามไม่ให้ลูกจ้างกระทำการอย่างใดแล้วลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งนั้น หากการที่ลูกจ้างกระทำการฝ่าฝืนไปนั้นเป็นทางที่สมเหตุสมผลและยังอยู่ภายในขอบเขตแห่งงานที่จ้างของนายจ้าง นายจ้างก็ไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้นได้ เช่น ในคดี *Garretzen v Duenckel* (1872)¹¹⁰ นายจ้างมีคำสั่งห้ามมิให้เสมียนฝ่ายขายบรรทุกปีนในขณะที่ยังออกงานแสดงสินค้า แต่เขากลับฝ่าฝืนคำสั่งนั้นโดยการพยายามที่จะขายปีนนั้น สำหรับกรณีนี้นายจ้างไม่อาจอ้างคำสั่งห้ามเพื่อป้องกันมิให้ตนต้องรับผิดได้ หรือในกรณีที่นายจ้างกำหนดห้ามมิให้ลูกจ้างขับเร็วในอัตราความเร็วที่เร็วเกินไป จะเห็นได้ว่าความเสี่ยงในการที่ลูกจ้างจะขับเร็วเร็วเกินไปนี้เป็นความเสี่ยงทั่วไปที่สามารถเกิดขึ้นได้ในการปฏิบัติงานขับเร็วท้องเทียบ จึงน่าสงสัยว่าคำสั่งห้ามเช่นนี้จะเป็นการจำกัดให้นายจ้างไม่ต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้างหรือไม่ ในทางตรงกันข้าม หากลูกจ้างได้กระทำการที่ฝ่าฝืนนั้นไปโดยประมาทเลินเล่อ นายจ้างก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดในการกระทำของลูกจ้าง ยิ่งไปกว่านั้น คำสั่งนั้นอาจจะกลายเป็นคำสั่งโดยเฉพาเจาะจงของนายจ้าง หรืออาจเป็นคำสั่งคุ้มครองความปลอดภัยที่ดูเหมือนจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างนั่นเอง หรืออาจเป็นคำสั่งที่จำกัดขอบเขตแห่งงานที่จ้าง ซึ่งจะทำให้เปลี่ยนการกระทำของลูกจ้างให้เป็นการกระทำโดยส่วนตัว และลูกจ้างก็ต้องรับผิดเป็นส่วนตัวได้¹¹¹

¹¹⁰ William L. Prosser, *supra* note 94, p.461.

¹¹¹ J.Spier, *supra* note 7, p.286.

2.2.2 การใช้สิทธิไล่เบียด

ตามธรรมเนียมของคอมมอนลอว์ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างนี้จะอยู่คู่กันกับความรับผิดชอบเฉพาะตัวของลูกจ้างเอง ซึ่งผู้เสียหายสามารถเลือกที่จะฟ้องร้องเอาจากคนใดคนหนึ่งก็ได้ หรือจะฟ้องทั้งสองคนให้ร่วมกันรับผิดชอบก็ได้ และเมื่อนายจ้างได้ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกไปแล้ว นายจ้างก็สามารถมาเรียกร้องเอาคืนจากลูกจ้างได้หากว่าการกระทำของลูกจ้างนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติผู้เสียหายมักเลือกที่จะฟ้องนายจ้างแต่เพียงผู้เดียว และเมื่อนายจ้างได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว ในทางปฏิบัติอีกเช่นกันนายจ้างก็จะเลยที่จะเรียกร้องเอาคืนจากลูกจ้างด้วยเช่นเดียวกัน และเหตุที่นายจ้างไม่ใช้สิทธิเช่นนี้ประกอบไปด้วย 3 ประการ โดยประการแรกก็เนื่องด้วยนายจ้างมีการแสวงหาหลักในการป้องกันตัวเองเพื่อต่อต้านกับผู้เสียหายอย่างเหมาะสม ดังนั้นจึงต้องการความสนับสนุนจากความร่วมมือร่วมแรงร่วมใจกันของลูกจ้าง ประการที่สองคือการที่นายจ้างจะใช้สิทธิเรียกเอาคืนจากลูกจ้างก็ต่อเมื่อ รู้ว่าลูกจ้างนั้นได้กระทำการไปด้วยการที่เป็นปฏิปักษ์กับที่งานทั้งหมด และประการสุดท้ายคือนายจ้างจะต้องเข้าใจว่าลูกจ้างได้กระทำโดยเชื่อว่าตนทำไปโดยที่ตนมีสิทธิที่จะสามารถทำได้ แม้ว่าจะเป็นกรกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นายจ้างก็ไม่ต้องการที่จะลงโทษลูกจ้างในการกระทำโดยมีเจตนาที่ดีของลูกจ้าง

หลังจากที่ได้ศึกษาในส่วนของหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามกฎหมายต่างประเทศ โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาโดยแยกเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน และระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา พบว่าประเทศต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น แม้บางประเทศจะมีระบบความคิดที่ต่างกัน ลักษณะการนำกฎหมายมาใช้ต่างกัน แต่ผลลัพธ์ที่ออกมานั้นก็มีความคล้ายคลึงกันอยู่มาก คือต้องการให้ผู้เสียหายจากการกระทำของลูกจ้างซึ่งอยู่ในทางการที่จ้างนั้นได้รับชดใช้อย่างเต็มจำนวนเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยการที่ให้นายจ้างซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับลูกจ้างซึ่งต้องดูแลการทำงานของลูกจ้างซึ่งก่อให้เกิดละเมิดขึ้นเป็นผู้ที่ต้องมาร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างของตน อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดแนวคิดในการที่จะพัฒนาตัวบทกฎหมายของไทยในเรื่องดังกล่าวจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาเข้าไปในส่วนการเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศและวิเคราะห์ปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในบทต่อไป