

ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์



นางสาวพรรณนิษา สุขพันธุ์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Problem on the scope of employer's liability in article 425
of Civil and Commercial Code.



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2015
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตาม
มาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
โดย นางสาวพรรณนิษา สุขพันธุ์
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อังคณาดี ปิ่นแก้ว

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อังคณาดี ปิ่นแก้ว)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์)

พรรณนิษา สุขพันธ์ : ปัญหาขอบเขตความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Problem on the scope of employer's liability in article 425 of Civil and Commercial Code.) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.อังคณาดี ปิ่นแก้ว, 233 หน้า.

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาถึงขอบเขตความรับผิดของนายจ้างในกรณีที่ลูกจ้างทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ว่ามีข้อจำกัดหรือไม่อย่างไร โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างฯ และแนวทางการปรับใช้กฎหมายในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี โดยพิจารณาปัญหาของมาตรา 425 ในการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรา 425 ในกรณีการทำงานรูปแบบใหม่ ได้แก่ การจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Service) การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency Worker) หรือการทำงานของผู้รับจ้างอิสระบางประเภท (Freelance)

จากการศึกษากฎหมายไทย พบว่า ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 นั้น มีการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ทำให้ขอบเขตการบังคับใช้เป็นไปอย่างแคบ เพราะความรับผิดของนายจ้างดังกล่าวจะถูกจำกัดว่าต้องมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 เท่านั้น ส่งผลให้ไม่ครอบคลุมการทำงานในรูปแบบใหม่ แต่ในกรณีกฎหมายอังกฤษ พบว่า ความรับผิดของนายจ้างตามหลัก Vicarious Liability ก็ถูกจำกัดว่าต้องมีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นเช่นกัน แต่ศาลอังกฤษสามารถแก้ปัญหาขอบเขตที่จำกัดดังกล่าวโดยสร้างหลักกฎหมายเรื่องการเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายขึ้น ทำให้สามารถปรับใช้หลัก Vicarious Liability ได้กว้างมากขึ้น ส่วนความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส พบว่า ทั้งสองประเทศใช้ถ้อยคำในลักษณะกว้างกว่าคำว่านายจ้างและลูกจ้าง ทำให้ความรับผิดในเรื่องดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น ก็อาจต้องร่วมรับผิดกับผู้ทำละเมิดด้วยหากเข้าหลักเกณฑ์ความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว

เมื่อนำมาตรา 425 มาพิจารณาปรับใช้กับการทำงานรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในสังคม พบว่า ในกรณีที่ไม่มี ความผูกพันตามสัญญาจ้างแรงงานก็จะไม่สามารถปรับใช้มาตรา 425 เพื่อกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่ทำงานที่ ทำละเมิดมาร่วมรับผิดได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดแนวทางความรับผิดให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ความรับผิดของกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันว่า เมื่อมีบุคคลหนึ่งทำงานเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่ง โดยเพื่อให้ได้รับสินจ้างตอบแทน และอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของอีกบุคคลหนึ่งนั้น แม้ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันก็ตาม หรือในกรณีไม่มีอำนาจบังคับบัญชาที่ชัดเจนแต่มีการทำงานเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่งมาเป็นเวลานานแล้ว บุคคลที่ได้รับประโยชน์ก็ต้องร่วมรับผิดตามมาตรา 425 ด้วย

ดังนั้น จึงเห็นควรเสนอแนะให้แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 425 เป็นดังนี้ โดยตัดคำว่า นายจ้างและลูกจ้างออกไป และใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างกว่า เช่น คำว่า ผู้ใช้ให้ทำการงาน กับผู้ทำการงาน เพื่อจะได้ไม่ต้องถูกจำกัดว่าต้องเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น โดยจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดที่ชัดเจน เพื่อให้สามารถปรับใช้ความรับผิดตามมาตรา 425 ได้กว้างขึ้น และครอบคลุมการทำงานรูปแบบใหม่ได้มากขึ้นต่อไป

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาหลัก

5586007534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: VICARIOUS LIABILITY

PANNISA SUKPUN: Problem on the scope of employer's liability in article 425 of Civil and Commercial Code.. ADVISOR: ASST. PROF. DR.ANGKANAWADEE PINKAEW, 233 pp.

The purpose of this thesis is to study the scope of the employer's tortious liability committed by hit employees according to section 425 of Civil and Commercial Code by comparing with laws and rules on employee's tortious liability and the application of law in England, France and Germany, specifically, in the new course of works i.e., Outsourcing Service, Agency Worker and Freelance.

From the study of Thai law, the vicarious liability of employer for his employee's wrongful acts according to section 425 uses the word employer and employee which narrow down the application of law since the relationship between employer and employee is limited to hire of services in Section 575 only. Therefore, the new course of services is excluded. On the other hand, under English law, the scope of law is also limited to hire of services but the court can resolute such narrow application by creating implication law on hire of services. Thus, the vicarious liability can be applied broader. Meanwhile, under France and German law, the scope of liability is legislated broader than employer and employee. Hence, the liability is not limited to hire of services relationship and the vicarious liability can occur when the criteria set forth by law is met.

When applying Section 425 with the course of services in society, if there is no relationship according to hire of services, Section 425 is not applicable to regulate the involving parties to be liable vicariously.

In order to make involving parties be liable jointly with the one who committed wrongful acts, the writer suggests that the rules of liability should be similar to France and German law. When a person works for another's benefit, being paid and the performance in under another's command, even the absence of hire of services contract or power of command, the work for another person for some period of time should be sufficient for such person to be liable vicariously according to Section 425.

Therefore, Section 425 should be amended by replacing the terms "employer and employee" with broader terms such as a person who uses another person to perform a task and worker so that the relationship will not be limited to hire of services only. Also, the rules of liability should be indicated clearly for applicability under Section 425 and the scope will be broadening to include new course of services.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2015

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงได้ด้วยความเมตตาจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อังคนาวดี ปิ่นแก้ว คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และให้คำชี้แนะพร้อมข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ ผู้วิจัยจึงขอกราบ ขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้ สำหรับการให้ความช่วยเหลือสนับสนุนตลอดมาจนสำเร็จการศึกษา

ขอกราบขอบพระคุณคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ซึ่งประกอบด้วย รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์ และศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งสามท่านได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ ตลอดจนถ่ายทอดความรู้ ซึ่งแนะแนวทางในการจัดวิทยานิพนธ์อันเป็นประโยชน์ต่อ ผู้วิจัยเป็นอย่างดียิ่ง

ขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งที่ให้การสนับสนุนผู้วิจัย ในทุกด้าน รวมทั้งให้กำลังใจและความช่วยเหลือที่ดีตลอดมาจนทำให้ผู้วิจัยมีความมุ่งมั่นตั้งใจในการศึกษาจนสำเร็จ

ขอขอบคุณ คุณชุตินา ศรีทองแท้ ที่สละเวลามาช่วยเหลือผู้เขียนในการทำระบบของ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนเป็นผู้ช่วยในการวิจัยตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาจนกระทั่งสำเร็จการศึกษา

ขอขอบคุณพี่ๆ เพื่อนๆ และน้องๆ ทุกคนในหลักสูตรที่คอยให้ความช่วยเหลือ เป็นที่ปรึกษา และให้กำลังใจซึ่งกันและกันในการทำวิทยานิพนธ์

ขอขอบคุณเพื่อนๆ ที่รักทุกคนที่คอยให้กำลังใจ เป็นห่วงเป็นใย กระตุ้นให้มีแรงใจและความพยายามที่จะทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้สำเร็จให้ได้

และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรในคณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่คอยช่วยเหลืออำนวยความสะดวกในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ประการสุดท้าย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนต้องขอภัยเป็นอย่างสูง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ
สารบัญภาพ	ฑ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	10
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	10
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	10
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	11
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	11
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง.....	12
2.1 ความเป็นมาและแนวคิดของเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น	12
2.1.1 ความเป็นมาของความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น	13
2.1.1.1 ความเป็นมาในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	13
2.1.1.2 ความเป็นมาในระบบกฎหมายของประเทศไทย.....	17
2.1.2 แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นในปัจจุบัน	20
2.1.2.1 ประเทศอังกฤษ	20
2.1.2.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	23
2.1.2.3 ประเทศเยอรมนี.....	25

2.2 แนวคิดทางกฎหมายและหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำ	
ละเมิดของลูกจ้าง	28
2.2.1 ความเป็นมา หลักการและแนวคิดทางทฤษฎี.....	28
2.2.1.1 หลักกฎหมายต่างประเทศ	28
(1) ประเทศอังกฤษ	29
(2) ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี.....	30
2.2.1.2 หลักกฎหมายไทย.....	32
(1) ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	32
(2) หลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	33
2.2.2 แนวคิดสมัยใหม่ของความรับผิดทางละเมิดของนายจ้าง	35
2.2.2.1 ประเทศอังกฤษ	36
2.2.2.2 ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี	37
บทที่ 3 หลักความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามกฎหมายไทย.....	39
3.1 การพิจารณาเรื่องการเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามกฎหมายไทย	39
3.1.1 ความหมายของนายจ้างและลูกจ้าง	40
3.1.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	40
3.1.1.2 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518	41
3.1.1.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541	42
3.1.1.4 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533	44
3.1.1.5 พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537.....	46
3.1.2 หลักเกณฑ์การเกิดสถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้าง	47
3.2 หลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425	53
3.2.1 ลักษณะความเป็นนายจ้างลูกจ้าง.....	54

3.2.1.1	พิจารณาตามสัญญาจ้างแรงงาน	54
	(1) ความหมายและลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน	54
	(2) ความหมายและหน้าที่ของนายจ้าง-ลูกจ้าง	59
3.2.1.2	พิจารณาตามลักษณะการใช้อำนาจบังคับบัญชา.....	60
3.2.2	ขอบเขตทางการที่จ้าง.....	63
	3.2.2.1 ความหมายของทางการที่จ้าง	63
	3.2.2.2 ลักษณะและขอบเขตของทางการที่จ้าง	64
3.3	การใช้สิทธิไล่เบี่ยของนายจ้างตามมาตรา 426	65
	3.3.1 ลักษณะการใช้สิทธิไล่เบี่ย	65
	3.3.2 ขอบเขตการใช้สิทธิไล่เบี่ย.....	67
	3.3.3 วิธีการใช้สิทธิไล่เบี่ยของนายจ้าง.....	68
3.4	หลักความรับผิดของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนตามกฎหมายไทย	68
	3.4.1 ความหมาย ลักษณะ และประเภทของตัวแทน	70
	3.4.2 หลักเกณฑ์ความรับผิดตามมาตรา 427.....	71
	3.4.3 การใช้สิทธิไล่เบี่ยของตัวแทน.....	74
3.5	ความหมายและลักษณะของรูปแบบการทำงานแบบใหม่	75
	3.5.1 ความหมายและลักษณะของการทำงาน	76
	3.5.2 ประเภทของการทำงาน	77
	3.5.2.1 การจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Services)..	77
	3.5.2.2 การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency).....	80
	(1) บริษัทจัดหาหางาน (Recruitment Services)	81
	(2) บริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) หรือบริษัทโมเดลลิ่ง	83
	3.5.2.3 ผู้รับจ้างอิสระ (Freelance)	86

บทที่ 4	หลักความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ตามหลักกฎหมาย ของต่างประเทศ	88
4.1	ประเทศอังกฤษ	88
4.1.1	แนวคิดทางกฎหมายในเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของ ลูกจ้าง (Vicarious Liability)	88
4.1.1.1	อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง (Control test).....	88
4.1.1.2	งานที่ทำถือได้ว่าถูกรับเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการผลิตขององค์กร (Integration of Organization Test).....	90
4.1.1.3	ข้อเท็จจริงอื่นๆ ทั้งหมดที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน (Multiples Test).....	90
4.1.2	หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิด	91
4.1.2.1	ลักษณะความเป็นนายจ้างลูกจ้าง	92
4.1.2.2	ขอบเขตทางการที่จ้าง	93
4.1.2.3	การใช้สิทธิไล่เบียด.....	95
4.1.3	ลักษณะและประเภทของรูปแบบการทำงานแบบใหม่.....	96
4.1.3.1	Outsourcing Services.....	96
4.1.3.2	Agency Worker	97
4.1.3.3	Independent contractor.....	99
4.1.4	การปรับใช้หลัก Vicarious Liability กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่.....	100
4.1.5	แนวทางการแก้ไขปัญหา.....	102
4.2	ประเทศฝรั่งเศส	107
4.2.1	ความรับผิดทางละเมิดของผู้ใช้ให้ทำงานตามมาตรา 1384	107
4.2.1.1	แนวคิดและทฤษฎี.....	108
4.2.1.2	ความหมายของ “ผู้ใช้ให้ทำงาน” และ “ผู้ทำงานให้”	108

4.2.1.3 หลักเกณฑ์ความรับผิด.....	109
(1) ลักษณะงานที่ทำ	109
(2) อำนาจบังคับบัญชา	110
(3) ขอบเขตงานที่ให้ทำ.....	111
(4) สิทธิไต่เบื้อ	112
4.2.2 ลักษณะและประเภทของรูปแบบการทำงานแบบใหม่.....	113
4.2.2.1 Outsourcing Services.....	113
4.2.2.2 Agency Worker	115
4.2.2.3 Independent contractor.....	116
4.2.3 การปรับใช้มาตรา 1384 กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่.....	117
4.3 ประเทศเยอรมนี.....	121
4.3.1 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ใช้บุคคลอื่นให้ทำงานตามมาตรา 831.....	121
4.3.1.1 แนวคิดและทฤษฎี.....	122
4.3.1.2 ความหมายของ “ผู้ใช้บุคคลอื่นให้ทำงาน” และ “ผู้ที่ทำงานให้” ...	123
4.3.1.3 หลักเกณฑ์ความรับผิด.....	124
(1) ลักษณะงานที่ทำ	124
(2) อำนาจบังคับบัญชา	125
(3) ขอบเขตงานที่ให้ทำ.....	126
(4) สิทธิไต่เบื้อ	127
4.3.2 ลักษณะและประเภทของรูปแบบการทำงานแบบใหม่.....	128
4.3.2.1 Outsourcing Services.....	129
4.3.2.2 Agency Worker	130
4.3.2.3 Independent contractor.....	131

4.3.3 การปรับใช้มาตรา 831 กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่	132
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	137
5.1 ปัญหาของมาตรา 425 ในการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง	137
5.1.1 พิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์	137
5.1.2 พิจารณาผลกระทบจากการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง.....	143
5.2 ข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรา 425	151
5.2.1 พิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	152
5.2.2 พิจารณาจากการปรับใช้กฎหมายของศาล	156
5.2.3 พิจารณากับหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของตัวการตามมาตรา 427.....	162
5.2.3.1 การเกิดขึ้นของตัวแทนตามมาตรา 427	163
5.2.3.2 ขอบเขตในทางการที่ทำแทน	170
5.3 ปัญหาการเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย	171
5.3.1 ความหมายและลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย	172
5.3.2 หลักเกณฑ์ของการเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย.....	175
5.3.3 การเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายตามกฎหมายไทย.....	176
5.4 การปรับใช้มาตรา 425 กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่ๆ	180
5.4.1 การทำงานในรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Services).....	181
5.4.2 การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency)	194
5.4.2.1 บริษัทจัดหาพนักงาน (Recruitment Services)	195
5.4.2.2 บริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) หรือบริษัทโมเดลลิ่ง	206
5.4.3 การทำงานในรูปแบบของผู้รับจ้างอิสระ (Freelance)	216
5.4.3.1 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	217

5.4.3.2 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ตามกฎหมายแรงงาน	218
5.4.3.3 การปรับใช้มาตรา 425 กับแนวทางการแก้ไข้ปัญหา.....	218
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	221
6.1 บทสรุป	221
6.2 ข้อเสนอแนะ	227
รายการอ้างอิง	230
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	233



สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 ความรับผิดชอบหลัก Borrowed Servants ในกฎหมายอังกฤษ.....	107
ตารางที่ 2 ความรับผิดชอบหลัก Borrowed Servants ในกฎหมายฝรั่งเศส.....	122
ตารางที่ 3 ความรับผิดชอบหลัก Borrowed Servants ในกฎหมายเยอรมัน.....	137



สารบัญภาพ

	หน้า
ภาพที่ 1 รูปแบบการทำงานของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Services) ในประเทศไทย.....	80
ภาพที่ 2 รูปแบบการทำงานของบริษัทจัดหางาน (Recruitment Services) ในประเทศไทย.....	83
ภาพที่ 3 รูปแบบการทำงานของบริษัทโมเดลลิ่ง (Modeling Agency) ในประเทศไทย	86
ภาพที่ 4 รูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) ในประเทศไทย.....	88
ภาพที่ 5 รูปแบบการทำงานของบริษัท Outsourcing Services ในประเทศอังกฤษ.....	97
ภาพที่ 6 รูปแบบการทำงานของบริษัท Agency ในประเทศอังกฤษ.....	99
ภาพที่ 7 รูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) ในประเทศอังกฤษ.....	100
ภาพที่ 8 รูปแบบการทำงานของบริษัท Borrowed Servant ในประเทศอังกฤษ.....	103
ภาพที่ 9 รูปแบบการทำงานของบริษัท Outsourcing Services ในประเทศฝรั่งเศส.....	115
ภาพที่ 10 รูปแบบการทำงานของบริษัท Agency ในประเทศฝรั่งเศส.....	116
ภาพที่ 11 รูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) ในประเทศฝรั่งเศส.....	117
ภาพที่ 12 รูปแบบการทำงานของบริษัท Outsourcing Services ในประเทศเยอรมนี.....	130
ภาพที่ 13 รูปแบบการทำงานของบริษัท Agency ในประเทศเยอรมนี.....	132
ภาพที่ 14 รูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) ในประเทศเยอรมนี.....	133

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่ชอบอาศัยอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ดังนั้น เมื่อมีการอยู่ร่วมกันจำนวนมากขึ้น การดำเนินชีวิตของมนุษย์คนหนึ่งอาจก่อให้เกิดการกระทบกระทั่งหรือทำความเสียหายแก่มนุษย์อีกคนหนึ่งได้ ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดซึ่งเป็นของส่วนตัวของมนุษย์แต่ละคน ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ของสังคมที่จะนำมาใช้บังคับไม่ให้มีการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้น หรือกำหนดให้มีการชดเชยเยียวยาความเสียหายให้ทุเลาลงในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว เพื่อให้เกิดความสงบสุขในการอยู่ร่วมกันในสังคมได้นั่นเอง ซึ่งต่อมาได้มีการเรียกหลักเกณฑ์ในการอยู่ร่วมกันในสังคมว่า กฎหมาย โดยกฎหมายนั้นมีสภาพบังคับแก่บุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามให้ต้องได้รับโทษหรือผลเสียจากการฝ่าฝืนดังกล่าว เพื่อเป็นการตอบแทนการกระทำที่ผิดไปจากสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำหรือมีการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามไว้ จนเกิดเป็นหลักเกณฑ์ “ความรับผิด”¹ ของบุคคลขึ้น ทั้งนี้ ความรับผิดทางกฎหมายมีหลายประการ² เช่น ความรับผิดตามกฎหมายแพ่ง ความรับผิดตามกฎหมายอาญา ความรับผิดตามกฎหมายปกครอง เป็นต้น

สำหรับ ความรับผิดทางละเมิด³ นั้น เป็นความรับผิดตามกฎหมายแพ่ง⁴ ประการหนึ่ง โดยเกิดจากการที่บุคคลหนึ่งได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย และทำให้บุคคลอื่นนั้นได้รับความเสียหาย เรียกบุคคลผู้กระทำการดังกล่าวว่า ผู้ทำละเมิด เมื่อมีการกระทำละเมิดแล้ว ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิด กล่าวคือ มีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องชำระหนี้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดนั้น ทั้งนี้ บุคคลอาจมีความรับผิดทางละเมิดได้หลายประการ ได้แก่ ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนที่ไปทำละเมิดบุคคลอื่นโดยตรง⁵ ความรับผิดอย่างเคร่งครัดเพราะเหตุที่สัตว์หรือทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลของตนทำความเสียหายแก่บุคคลอื่น⁶ และความรับผิดเพราะเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องร่วมรับผิดกับบุคคลบางคน

¹ ความรับผิด คือ พันธะของบุคคลที่จะต้องได้รับโทษหรือผลร้ายอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือจะต้องซ่อมแซมความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้น เพราะเหตุกระทำการแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งอาจเป็นความรับผิดทางกฎหมาย หรือความรับผิดทางศีลธรรมก็ได้

² วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), หน้า 8.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-10.

⁴ ความรับผิดตามกฎหมายแพ่ง หมายถึง การที่ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนในเมื่อตนทำให้ผู้อื่นเสียหาย

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 433-437

ซึ่งมีความสัมพันธ์กับตนและบุคคลนั้นได้ไปทำละเมิดต่อบุคคลอื่น หรือที่เรียกว่า ความรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่น⁷

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดทางละเมิดของบุคคลนั้น โดยหลักแล้ว บุคคลจะต้องรับผิดในการกระทำของตนเองหากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะได้กระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อก็ตาม ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดที่ต้องการความผิด (Fault Theory) กล่าวคือ ผู้กระทำต้องมีการกระทำซึ่งเป็นความผิดจึงจะมีความรับผิด แต่มีข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้นที่กฎหมายลักษณะละเมิดกำหนดให้บุคคลอาจต้องรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น แม้ว่าตัวบุคคลผู้ร่วมรับผิดดังกล่าวจะมิได้มีส่วนร่วมในการกระทำละเมิดด้วยก็ตาม ซึ่งความรับผิดดังกล่าว คือ ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ทั้งนี้ เนื่องจากในบางกรณีผู้ทำละเมิดมิได้อยู่ในสถานะที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ จึงเกิดเป็นแนวคิดที่จะให้บุคคลอื่นซึ่งมีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องบางประการกับผู้ทำละเมิดมาเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับผู้ทำละเมิดด้วย โดยถือเป็นหลักความรับผิดโดยไม่ต้องมีความผิด กล่าวคือ แม้บุคคลจะมิมีความผิดเพราะไม่ได้กระทำผิด แต่ก็ต้องมีความรับผิดด้วย⁸ ซึ่งตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี (ประเทศ Common Law) เรียกความรับผิดดังกล่าวว่า Vicarious Liability⁹

เมื่อพิจารณากฎหมายละเมิดของไทย จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดทางละเมิดของบุคคลบัญญัติไว้ โดยกำหนดให้บุคคลจะต้องรับผิดในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตนเองที่ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420¹⁰ ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไปของความรับผิดของบุคคลตามกฎหมายละเมิดของไทย แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยก็ยอมรับแนวคิดที่กำหนดให้บุคคลต้องมีความรับผิดแม้จะไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดด้วยตนเองด้วย¹¹ ทั้งนี้ จะมีได้เฉพาะแต่ความรับผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น เพราะถือเป็นข้อยกเว้นจากหลักความรับผิดทั่วไป โดยมีแนวคิดว่า หากกำหนดให้บุคคลผู้ทำละเมิดรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายอันเป็นไปตามหลักความรับผิดในการกระทำละเมิดของตนเองแต่เพียงฝ่ายเดียวแล้ว อาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับชดใช้เยียวยาความเสียหายก็เป็นได้ เพราะในบางครั้งผู้ทำละเมิดมิได้อยู่ในสถานะที่จะชดใช้ความเสียหายได้อย่างเต็มจำนวน เช่นนี้ผู้เสียหายก็อาจไม่ได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหาย และท้ายที่สุดแล้ว การที่ผู้เสียหายไม่ได้รับการ

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425-431

⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2558), หน้า 179.

⁹ วาริ นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 10.

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

¹¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 172.

خذใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมส่งผลให้กฎหมายละเมิดไม่อาจบรรลุเป้าหมายที่จะเยียวยาผู้เสียหายให้อยู่ในสถานะเสมือนความผิดมิได้เกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นบัญญัติไว้ด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ถึงมาตรา 431 ได้แก่ กรณีนายจ้างต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 กรณีตัวการต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของตัวแทนตามมาตรา 427 กรณีบิดามารดาหรือผู้อนุบาลต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์หรือคนวิกลจริตที่อยู่ในความดูแลของตนตามมาตรา 429 กรณีครู นายจ้าง หรือบุคคลซึ่งรับดูแลผู้ไร้ความสามารถตามข้อเท็จจริงต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้ไร้ความสามารถที่อยู่ภายใต้การดูแลของตนตามมาตรา 430 โดยแต่ละประเภทของความรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่นดังกล่าวต่างก็มีหลักเกณฑ์ความรับผิดที่แตกต่างกันออกไปดังผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 5

ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ในเล่มนี้นั้น เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกรณีนายจ้างต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ซึ่งบัญญัติว่า “ นายจ้างต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น ” ดังนี้ จะเห็นได้ว่า เงื่อนไขหรือองค์ประกอบของความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 นั้น จะต้องประกอบไปด้วยหลักสำคัญ 3 ประการ¹² คือ ประการแรก ต้องมีความสัมพันธ์ที่เป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน ประการที่สอง ลูกจ้างกระทำละเมิดจนเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก และประการสุดท้าย การทำละเมิดนั้นลูกจ้างได้กระทำลงไปในทางการที่จ้างของนายจ้าง เช่น นายจ้างเป็นเจ้าของรถบรรทุก ส่วนลูกจ้างมีหน้าที่ขับรถยนต์บรรทุก ซึ่งผู้ที่จ้างบรรทุกของสามารถจ้างกับเจ้าของรถหรือคนขับก็ได้ ถ้าลูกจ้างรับจ้างบรรทุกของไปแล้ว ขับรถชนคนตาย ถือว่าเป็นการทำละเมิดในทางการที่จ้าง เจ้าของรถผู้เป็นนายจ้างต้องร่วมรับผิดด้วย¹³ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทบัญญัติเรื่องความรับผิดของนายจ้างดังกล่าวมีการบัญญัติมาตั้งแต่สมัยเริ่มร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย (ปี พ.ศ. 2468) และมีการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวมาตั้งแต่สมัยนั้นจนถึงปัจจุบันนับเป็นระยะเวลาเกือบ 90 ปีแล้ว แต่บทบัญญัติตามมาตรา 425 ยังไม่เคยมีการแก้ไขปรับปรุงแต่อย่างใด แม้ว่าในปัจจุบันรูปแบบการทำงานแบบใหม่¹⁴ ของคนในสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงลักษณะหรือความสัมพันธ์ไปมากแล้วก็ตาม จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า หลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 ดังกล่าว จะครอบคลุมข้อเท็จจริงใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่จะเพียงพอนำมาปรับใช้เสมือนอย่างที่เคยมีการปรับใช้ได้ตลอดมาหรือไม่

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบของความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า นายจ้างจะมีความรับผิดได้ก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้างกัน คือต้องมีสัญญา

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 176-180.

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 594/2485

¹⁴ เช่น การทำงานในรูปแบบ agency worker เป็นต้น

จ้างแรงงานตามมาตรา 575¹⁵ เกิดขึ้นเสียก่อน จึงจะพิจารณาหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบประการอื่นๆ ต่อไปได้ หากไม่มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้น ก็ไม่อาจจะเกิดเป็นความรับผิดชอบของนายจ้างขึ้นได้ เพราะไม่มีสถานะเป็นนายจ้างลูกจ้างต่อกัน แต่เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายจะต้องไปว่ากล่าวกับผู้ทำละเมิดให้รับผิดชอบไปฝ่ายเดียวตามหลักความรับผิดชอบของตนเองตามมาตรา 420 เอง ดังนั้น ความสัมพันธ์ว่ามีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างต่อกันหรือไม่นั้น จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อความรับผิดทางละเมิดของนายจ้าง และเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกเสมอ ทั้งนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยได้วินิจฉัยหลักเกณฑ์ความเป็นนายจ้างลูกจ้างไว้โดยยึดถือสัญญาจ้างแรงงาน หากมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันตามมาตรา 575 แล้ว คือ ลูกจ้างตกลงทำงานให้นายจ้างและนายจ้างตกลงจ่ายค่าจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ ก็ถือเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน เมื่อลูกจ้างทำละเมิดต่อบุคคลอื่นในขณะที่ทำงานให้นายจ้าง นายจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 เช่น นายจ้างทำสัญญาจ้างรักษาความปลอดภัยให้ผู้อื่น ได้จ้างลูกจ้างมาเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัย ในขณะที่ลูกจ้างอยู่เวร ได้ขับรถตู้ของผู้ว่าจ้างให้รักษาความปลอดภัยไปโดยประมาทชนท้ายรถยนต์ผู้อื่น เป็นเหตุให้รถยนต์ของผู้ว่าจ้างเสียหาย เช่นนี้ ศาลฎีกาตัดสินให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้จ้างรักษาความปลอดภัยด้วย¹⁶ แต่ในบางครั้งการทำงานของลูกจ้างไม่ปรากฏว่ามีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันโดยชัดแจ้ง ซึ่งศาลฎีกาก็จะวินิจฉัยความเป็นนายจ้างลูกจ้างโดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ปรากฏว่าผู้จ้างมีอำนาจบังคับบัญชาผู้ทำงานหรือไม่ ถ้ามีก็ถือเป็นนายจ้างและมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันตามกฎหมาย โดยเป็นสัญญาจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาโดยปริยายต่อกัน หากลูกจ้างทำละเมิดต่อบุคคลอื่นในขณะที่ทำงานให้นายจ้าง นายจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 ด้วย เช่น จำเลยที่ 3 มีหน้าที่ขับรถตามคำสั่งของบริษัทจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ของบริษัทจำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 2 สั่งให้จำเลยที่ 3 ขับรถยนต์ของจำเลยที่ 1 จากที่ทำการของจำเลยที่ 1 ไปส่งยังที่ทำการของจำเลยที่ 2 เพื่อนำไปขายเดือนละประมาณ 10 คันคันละเที่ยว จำเลยที่ 2 จ่ายค่าจ้างให้เที่ยวละ 550 บาท ระหว่างปฏิบัติงานอยู่กับจำเลยที่ 2 นั้น จำเลยที่ 3 จะไปขับรถยนต์ที่อื่นไม่ได้ จึงเป็นเรื่องที่จำเลยที่ 3 ทำการงานให้แก่จำเลยที่ 2 และอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของจำเลยที่ 2 แม้จำเลยที่ 2 จ่ายเงินจ้างให้แก่จำเลยที่ 3 เป็นรายเที่ยว ก็เป็นเพียงวิธีการคำนวณเงินจ้างและกำหนดการจ่ายเงินเมื่องานที่ทำแล้วเสร็จเท่านั้น ความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยที่ 2 และที่ 3 จึงเป็นการจ้างแรงงาน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 เมื่อจำเลยที่ 3 ขับรถยนต์ไปในทางที่จ้างและได้ทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสอง จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบกับจำเลยที่ 3 ในความเสียหายที่จำเลยที่ 3 ก่อขึ้น¹⁷ แต่หากผู้จ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวผู้ทำงาน แม้จะมีการทำงานเพื่อผลประโยชน์ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างก็มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้ทำงานด้วย ก็ไม่ถือว่ามีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน เช่น จำเลยที่ 1 รั้งจ้างจำเลยที่ 2 และบุคคลอื่นล้างและเฝ้ารถ ซึ่งจอดอยู่ริมถนนที่จำเลยที่ 1 ปฏิบัติงานเฝ้ายามอยู่แล้ว ไม่ปรากฏว่า จำเลยที่ 1 ต้องทำตามคำสั่งหรืออยู่ในความ

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 บัญญัติว่า อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้เงินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5052/2542

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3370-3371/2535

ควบคุมของจำเลยที่ 2 การจ้างเช่นนี้เป็นจ้างทำของเพราะผู้ว่าจ้างต้องการแต่ผลสำเร็จของงานคือความสะอาดและความคงอยู่ของรถ ไม่ใช่จ้างแรงงาน จำเลยที่ 1 จึงไม่ใช่ลูกจ้างจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ในการที่จำเลยที่ 1 ขับรถของจำเลยที่ 2 จนรถกัวยเดี่ยวของโจทก์¹⁸ ดังนี้ จะเห็นได้ว่า จากแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลไทยที่วินิจฉัยให้นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างตามมาตรา 425 นั้น ต้องมีนิติสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานมาตรา 575 เท่านั้น ขอบเขตการบังคับใช้มาตรา 425 จึงยึดติดอยู่กับการต้องมีสัญญาจ้างแรงงาน กล่าวคือจะต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน หรือมีข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ทำงานเท่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานได้

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นว่า หากขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 425 ยังคงยึดติดกับการต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันตามมาตรา 575 จึงจะเกิดความรับผิดชอบของนายจ้างได้ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว จะกลายเป็นข้อจำกัดของการปรับใช้กฎหมายกับรูปแบบการทำงานใหม่ๆ ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมหรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันสภาพสังคมและเศรษฐกิจได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้รูปแบบการทำงานของบุคคลได้เปลี่ยนแปลงตามไปด้วย เช่น กรณีการทำงานของลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างหลายคน หรือกรณีการทำงานของลูกจ้างต้องติดต่อผ่านบุคคลที่สามผู้ซึ่งได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการทำงานของลูกจ้าง หรือกรณีการทำงานของผู้รับจ้างอิสระที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง เป็นต้น ซึ่งรูปแบบความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้การทำงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานอาจไม่ได้มีเฉพาะแต่ลูกจ้างและนายจ้างเพียงสองฝ่ายเท่านั้น แต่เริ่มมีบุคคลฝ่ายที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำงานด้วยความสัมพันธ์ระหว่างผู้ทำงานร่วมกันจึงสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กลายเป็นรูปแบบการทำงานลักษณะอื่นๆ ที่หลากหลายขึ้นอยู่กับความตกลงของผู้ทำงานและได้รับความนิยมนอย่างมาก เช่น การจ้างพนักงานบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร (Outsourcing Services) , การจ้างงานผ่านบริษัทจัดหาพนักงาน (Recruitment Services), การจ้างงานศิลปินที่สังกัดบริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) หรือการจ้างผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) เป็นต้น ซึ่งลักษณะหรือรูปแบบการทำงานแบบใหม่อาจพิจารณาได้ดังนี้

การทำงานของพนักงานบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร (Outsourcing Services) นั้น ความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานกับบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร เมื่อมีการทำสัญญาจ้างแรงงานไว้ต่อกัน คนงาน (worker) ก็มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทแม้จะไปทำงานให้บุคคลอื่นนอกจากนายจ้างก็ตาม แต่ก็เป็นการไปทำงานตามคำสั่งของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรซึ่งเป็นนายจ้างแล้ว ดังนั้นหากคนงานไปทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายในขณะที่ถูกส่งไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง บริษัทรับเหมาในฐานะนายจ้างย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างตามมาตรา 425 แม้การทำงานของลูกจ้างจะไม่ได้ทำงานให้กับนายจ้าง แต่ก็เป็งานซึ่งนายจ้างมีหน้าที่ต้องทำเพียงแต่ส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างไปทำงานแทนเท่านั้น เมื่อบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรได้รับค่าจ้าง เงินที่ได้รับจากผู้ว่าจ้างก็เป็นเงินค่าจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร ซึ่งบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรจะนำมาจ่ายเป็นค่าจ้างให้แก่พนักงานอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทรับเหมาทำงานให้

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2502/2523

องค์กรกับลูกจ้างว่าจ้าง จึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรได้ตกลงทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างโดยได้รับค่าตอบแทนการทำงาน โดยส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างนั่นเอง ซึ่งโดยหลักแล้ว หากคนงานซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรไปทำละเมิดผู้อื่นในขณะที่ทำงานให้ผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างก็ไม่มีหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างหรือบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรด้วยแต่อย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428¹⁹

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการจ้างงานในรูปแบบนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของคนงานนั้น มีอำนาจสั่งการให้พนักงานทำงานในขณะที่คนงานทำงานให้กับตนได้เสมือนเป็นนายจ้างด้วย เพราะพนักงานต้องไปทำงานในสถานที่ของผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างสามารถสั่งการได้โดยตรงว่าจะให้พนักงานทำงานส่วนไหนอย่างไร หรือสามารถควบคุมการทำงานของพนักงานได้ตามความเป็นจริง เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า ในขณะที่ทำงานพนักงานต้องปฏิบัติตามคำสั่งทั้งจากบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรซึ่งเป็นนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน และจากผู้ว่าจ้างซึ่งตนไปปฏิบัติงานให้ด้วย จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า ในกรณีที่การทำงานมีลักษณะเหมือนว่าพนักงานต้องทำงานตามคำสั่งหรืออยู่ภายใต้บังคับบัญชาของบุคคลหลายคนหรือนายจ้างหลายคน นายจ้างคนเดิมยังจะต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานแม้พนักงานไม่ได้ทำงานให้แก่ตนหรือไม่ หรือผู้ว่าจ้างควรจะต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของคนงานซึ่งมาทำงานให้แก่ตนด้วยหรือไม่ หรือจะต้องร่วมรับผิดชอบกันทั้งคู่ ทั้งนี้ เมื่อได้พิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบการทำงานของพนักงานบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรแล้ว ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า พนักงานเป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรเท่านั้น ไม่ได้เป็นลูกจ้างของผู้ว่าจ้าง เช่น คดีที่ศาลฎีกาตัดสินว่า ผู้ว่าจ้างบริษัททำความสะอาดไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับแม่บ้านทำความสะอาดซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัททำความสะอาดที่ไปทำละเมิดต่อโจทก์ด้วย เพราะผู้ว่าจ้างไม่ได้เป็นนายจ้างของแม่บ้านคนดังกล่าวตามมาตรา 425²⁰ แต่ในทางกลับกัน เมื่อเป็นกรณีที่ห้างสรรพสินค้าว่าจ้างบริษัทรักษาความปลอดภัยมาดูแลความปลอดภัยให้กับห้างสรรพสินค้า โดยให้บริษัทส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างมาทำหน้าที่ตรวจบัตรจอดรถเพื่อป้องกันการโจรกรรมรถยนต์ของลูกค้าที่มาใช้บริการห้างสรรพสินค้านั้น หากพนักงานของบริษัทรักษาความปลอดภัยประมาทเลินเล่อทำให้รถยนต์ของลูกค้าถูกลักไป บริษัทรักษาความปลอดภัยในฐานะนายจ้างซึ่งส่งพนักงานไปทำงานต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนในผลแห่งละเมิดต่อลูกค้าตามมาตรา 425 ส่วนห้างสรรพสินค้า ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ถือว่าเป็นตัวการมอบหมายให้บริษัทรักษาความปลอดภัยเป็นตัวแทนของตนทำหน้าที่ดูแลรักษาความปลอดภัยและปลอดภัยในบริเวณลานจอดรถของศูนย์การค้าดังกล่าว จึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดซึ่งตัวแทนของตนได้กระทำไปในทางการที่มอบหมายให้ทำแทนนั้นด้วยตามมาตรา 427 ประกอบมาตรา 425²¹ ซึ่งกรณีนี้ศาลฎีกาตัดสินให้ห้างสรรพสินค้าผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบ

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 บัญญัติว่า ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้แก่ให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่รับจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5206/2552

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4223/2542 และมีคำพิพากษาศาลฎีกาอื่นๆ ที่ตัดสินไปในแนวทางนี้เช่นกัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3100/2553 , 5800/2553 , 4845/2555 และ 7471/2556

กับบริษัทรับเหมาผู้รับจ้างและลูกจ้างของบริษัทรับเหมาด้วย แต่เป็นความรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการ ไม่ใช่ นายจ้างตามมาตรา 425

จากแนวทางการตัดสินของศาลฎีกาเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ว่าจ้างบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาตัดสินคดีแตกต่างกัน ทั้งนี้ หากนำตามหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 428 มาพิจารณาความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างทำของแล้ว ผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกจากการทำงานของผู้รับจ้างหรือตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้รับจ้าง ถ้าตนไม่ได้มีส่วนผิดในงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการคัดเลือกผู้รับจ้าง แต่ปรากฏว่า ความสัมพันธ์ระหว่างคนงานซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรซึ่งเป็นผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้างนั้น แตกต่างจากรูปแบบความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของโดยทั่วไปที่ผู้รับจ้างทำของหรือตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้รับจ้างทำของจะต้องทำงานโดยอิสระ ปราศจากการควบคุมจากผู้ว่าจ้าง แต่ปรากฏว่า ในกรณีนี้ผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานที่มาทำงานให้แก่ตนได้ดังที่กล่าวไปข้างต้น ดังนี้ จึงเป็นปัญหาที่ควรศึกษาวิเคราะห์ว่า การที่ผู้ว่าจ้างได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร และยังมีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานในขณะที่ทำงานให้แก่ตนด้วยนั้น หากลูกจ้างทำละเมิด ผู้ว่าจ้างควรจะต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างผู้ทำละเมิดด้วยหรือไม่ ดังนั้น จึงเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจที่ควรศึกษาวิเคราะห์อีกประการหนึ่ง

ส่วนรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน หรือที่เรียกว่า บริษัทเอเจนซี (Agency) นั้น เป็นกรณีที่บริษัทเอเจนซีทำหน้าที่เป็นคนกลางติดต่อให้คนงาน (worker) ไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง (end-user) ซึ่งบริษัทเอเจนซีจะเป็นผู้ติดต่อหางานให้กับคนงาน และรับหากคนทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้บริษัทเอเจนซีจะได้รับผลประโยชน์จากการทำงานของคนงานเป็นเงินตอบแทน เรียกว่า ค่าป่วยการหรือค่าบำเหน็จ (commission) ซึ่งลักษณะการทำงานที่เกิดขึ้นนั้น คนงานจะไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างภายใต้บังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นลูกจ้างที่บริษัทเอเจนซีได้ติดต่อรับหากคนงานไปทำงานให้ แต่ระหว่างบริษัทเอเจนซีกับคนงานไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน เพราะคนงานไม่ได้ตกลงทำงานโดยอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของบริษัทเอเจนซี และบริษัทเอเจนซีก็ไม่ได้ตกลงจ่ายสินจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานให้แก่คนงาน แม้ว่าในบางกรณีบริษัทเอเจนซีจะเป็นผู้รับเงินจากผู้ว่าจ้างมาจ่ายให้กับคนงานก็เป็นเพียงการจ่ายสินจ้างแทนผู้ว่าจ้างเท่านั้น และเพื่อสะดวกในการหักค่าคอมมิชชั่นก่อนที่จะจ่ายเงินให้คนงานนั่นเอง การเป็นผู้จ่ายสินจ้างให้กับคนงานไม่ทำให้บริษัทเอเจนซีกลายเป็นนายจ้างของคนงานได้ เพราะขาดองค์ประกอบการเป็นนายจ้างลูกจ้างตามมาตรา 575 เช่น กรณีที่เป็นการจ้างคนงานผ่านบริษัทจัดหาหางาน (Recruitment Services) ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทจัดหาหางานกับพนักงานเป็นไปตามสัญญาจัดหาหางาน ไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน หน้าที่ของบริษัทจัดหาหางานคือ เป็นคนกลางจัดหาหางานให้พนักงานที่มีสัญญาจัดหาหางานกับตนไปทำงานให้กับบุคคลภายนอกซึ่งเป็นลูกจ้างที่มาติดต่อว่าจ้างให้ตนจัดหาคนมาทำงานให้เท่านั้น โดยที่บริษัทจัดหาหางานได้รับค่าตอบแทนจากการดำเนินการจัดหาคนงานเป็นค่าบริการหรือค่าคอมมิชชั่น (commission) ส่วนพนักงานมีหน้าที่ไปทำงานกับผู้ว่าจ้างและอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายสินจ้างให้แก่พนักงานโดยตรง โดยพนักงานไม่ได้ทำงานให้บริษัทจัดหาแต่อย่างใด หรือในกรณีจ้างเป็นนักแสดงในสังกัดบริษัทโมเดลลิ่ง (Modeling) ไม่ถือเป็นการจ้างแรงงาน แต่มีความสัมพันธ์กันตาม

สัญญาสังกัดโมเดลลิง โดยบริษัทโมเดลลิงทำหน้าที่ฝึกอบรมนักแสดงให้มีความสามารถทางการแสดง และจัดหางานด้านการแสดงมาให้แก่นักแสดงในสังกัดเท่านั้น เมื่อมีผู้ว่าจ้างนักแสดงไปทำงาน บริษัทโมเดลลิงจะได้รับส่วนแบ่งจากการทำงานดังกล่าวตามอัตราที่ได้ตกลงกันไว้กับนักแสดง ประกอบกับทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีการตกลงกันว่านักแสดงจะทำงานภายใต้การบังคับบัญชาให้กับบริษัทโมเดลลิง และบริษัทโมเดลลิงก็ไม่ได้ตกลงจะจ่ายสินจ้างตอบแทนการทำงานของนักแสดงแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การสังกัดโมเดลลิงในบางกรณีอาจมีการจ่ายเงินให้กับนักแสดงเป็นรายเดือนตามสัญญาสังกัดโมเดลลิงด้วย แต่เงินดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นค่าจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานของนักแสดง เพราะเป็นเพียงการจ่ายเงินเพื่อผูกมัดไม่ให้นักแสดงไปรับงานแสดงด้านศิลปะกับบุคคลอื่นในระหว่างที่สังกัดอยู่กับบริษัทโมเดลลิงเท่านั้น²² ดังนี้ จะเห็นได้ว่า รูปแบบการทำงานเช่นนี้ นักแสดงไม่ได้เป็นลูกจ้างของบริษัทโมเดลลิง เพราะไม่ได้ตกลงทำงานให้บริษัทโมเดลลิง และบริษัทโมเดลลิงก็มิได้เป็นนายจ้างเพราะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของนักแสดงแต่อย่างใด²³ ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับบริษัทผู้ว่าจ้างก็เป็นไปตามสัญญาจ้างทำของ โดยหลักผู้ว่าจ้างไม่ต้องมารวมรับผิดชอบผิดหากศิลปินทำละเมิดขึ้น

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาแนวทางการปรับใช้กฎหมายตามมาตรา 425 ของศาลไทยแล้ว ความ เป็นนายจ้างและลูกจ้างนั้น จะต้องเข้าใจกันว่า ลูกจ้างตกลงทำงานให้นายจ้างภายใต้อำนาจบังคับ บัญชาการของนายจ้าง และนายจ้างตกลงจ่ายค่าจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานของลูกจ้าง แต่ปรากฏ ว่า รูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างคนงานกับบริษัทเอเจนซีมิได้ เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากพนักงานไม่ได้ทำงานให้กับบริษัทเอเจนซี และบริษัท เอเจนซีเองก็มิได้เป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่พนักงานเพื่อตอบแทนที่พนักงานมาทำงานให้แก่ตน ทั้ง ระหว่างบริษัทเอเจนซีกับพนักงานก็ไม่ได้มีการตกลงจะทำงานหรือรับเข้าทำงานในกิจการของบริษัท เอเจนซีแต่อย่างใด แต่พนักงานกลับต้องไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง และรับค่าจ้างจากผู้ว่าจ้างด้วย โดย บริษัทเอเจนซีจะได้รับประโยชน์จากการทำงานของพนักงานผ่านการจัดหางานที่ตนได้ติดต่อให้ คือ ค่าบริการหรือค่าคอมมิชชั่น ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น จึงทำให้เกิดข้อจำกัดที่จะนำมาตรา 425 มา บังคับใช้กับความสัมพันธ์ของการทำงานในรูปแบบนี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นปัญหาที่ควรศึกษา วิเคราะห์ว่า การที่บริษัทเอเจนซีได้รับประโยชน์จากการทำงานของคนงานเป็นค่าคอมมิชชั่นดังกล่าว จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้างกันได้หรือไม่ ตามหลักเกณฑ์ใด หรือข้อเท็จจริงดังกล่าว จะถือได้หรือไม่ว่ามีความสัมพันธ์พิเศษบางประการที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการจ้างแรงงานแล้ว เพื่อ นำไปสู่ประเด็นวิเคราะห์เรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของพนักงานตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 425 ว่า หากพนักงานทำละเมิดต่อผู้อื่นในระหว่างที่ทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง กรณีนี้พนักงานต้องรับผิด เพียงคนเดียวหรือไม่ และบริษัทเอเจนซีหรือผู้ว่าจ้างทำงานจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วยหรือไม่ ในฐานะอะไร ดังนั้น จึงเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจที่ควรศึกษาวิเคราะห์

²² คำวินิจฉัยของอธิบดีผู้พิพากษาศาลแรงงานกลางที่ 22/2536

²³ พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น, คำอธิบายกฎหมายแรงงานเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557), หน้า 29-30.

นอกจากรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีแล้ว การทำงานรูปแบบใหม่ๆ ยังมีการทำงานแบบรับจ้างอิสระ หรือที่เรียกว่า Freelance ซึ่งเป็นรูปแบบการทำงานตามสัญญาจ้างทำของ กล่าวคือ ผู้รับจ้างทำงานอิสระไม่ได้เป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้างให้ทำงาน เพียงแต่รับงานไปทำให้สำเร็จตามที่ได้ตกลงกันและรับค่าจ้างในการทำงานเท่านั้น ผู้รับจ้างอิสระประสงค์จะทำงานอย่างไรก็ได้ ไม่ต้องการอยู่ภายใต้ระเบียบของบังคับในฐานะเป็นลูกจ้าง ในขณะที่บริษัทผู้ว่าจ้างก็ไม่ต้องแบกรับภาระหน้าที่ในฐานะนายจ้างตามกฎหมายแรงงานอีกหลายฉบับด้วย²⁴ ซึ่งช่วยลดต้นทุนภาระค่าใช้จ่ายของบริษัทให้ลดลงได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในขณะปฏิบัติงานจะไม่ปรากฏอำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างที่มีอยู่เหนือตัวผู้รับจ้างอิสระได้อย่างชัดเจน แต่ในกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระต้องทำงานเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้างรายเดิมเป็นระยะเวลานานหลายปี เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างจะถือเอาแต่ประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระเท่านั้นไม่ได้ เมื่อเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระมาเป็นเวลานาน จึงควรต้องรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระในการงานที่ตนได้มอบหมายให้ทำด้วยหรือไม่ เช่น นาย ก รับจ้างทำงานเป็นนักแปลภาษาให้กับบริษัทโดยทำงานอย่างเดียวกันกับนักแปลคนอื่น ๆ ซึ่งถูกบริษัทจ้างเป็นลูกจ้างประจำบริษัท คือ งานแปลบทสนทนาภาษาอังกฤษในรายการโทรทัศน์ของต่างประเทศ โดยที่นาย ก ทำงานให้กับบริษัทดังกล่าวเพียงบริษัทเดียวเป็นเวลากว่า 4 ปีแล้ว ทำให้การทำงานของผู้รับจ้างอิสระมีลักษณะข้อเท็จจริงพิเศษเพิ่มเติมเข้ามาเกี่ยวกับระยะเวลาการทำงานที่ยาวนานของผู้รับจ้างอิสระ ดังนี้ จึงเป็นประเด็นที่น่าศึกษาว่า ในกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระ หรือ freelance ที่มีได้เป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้าง แต่ทำงานให้บริษัทผู้ว่าจ้างรายเดิมเป็นระยะเวลานานหลายปีนั้น ไปทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกในขณะที่ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างอิสระซึ่งเป็นผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว หรือบริษัทผู้ว่าจ้าง ในฐานะเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระมาเป็นระยะเวลานานจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วยหรือไม่ ตามหลักเกณฑ์ใด จึงเป็นประเด็นทางกฎหมายที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งที่ควรศึกษาวิเคราะห์ด้วย

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 นั้น มีขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัด เพราะต้องยึดติดกับสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่อาจครอบคลุมกรณีการทำงานในรูปแบบใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมในปัจจุบันได้ ดังนั้น จึงควรต้องพิจารณาว่าขอบเขตของมาตรา 425 นั้น ยังคงเหมาะสมกับสภาพความเป็นไปของสังคมปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหรือไม่ หรือควรจะต้องมีการปรับปรุงกฎหมายหรือการตีความปรับใช้กฎหมายให้มีความสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของสังคมหรือไม่ อย่างไร โดยจะต้องศึกษาจากกฎหมายเปรียบเทียบกับต่างประเทศว่ามีแนวพิจารณาหรือหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดชอบของบุคคลในลักษณะการทำงานรูปแบบใหม่ๆ เหล่านี้หรือไม่ อย่างไร มีขอบเขตการบังคับใช้เพียงใด เพื่อจะได้นำมาเป็นแนวทางในการศึกษาวิเคราะห์และเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้มาตรา 425 ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นได้

²⁴ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 , พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 , พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 , พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นต้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงหลักกฎหมายและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ในกรณีความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง รวมถึงแนวคิดเรื่องสิทธิไล่เบียด และทำการศึกษาวិเคราะห์เปรียบเทียบเกี่ยวกับหลักกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีในเรื่องดังกล่าวด้วย

1.2.2 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาข้อจำกัดของการบังคับใช้มาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะในประเด็นปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวกับรูปแบบการทำงานแบบใหม่ๆ ซึ่งเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมในปัจจุบันว่าจะสามารถนำมาปรับใช้ได้หรือไม่เพียงใด

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีที่เกี่ยวข้อง โดยเปรียบเทียบให้เห็นถึงขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายและแนวทางแก้ไขปัญหาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของไทยให้เกิดความสอดคล้องกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปได้

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัด

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และพัฒนาการของหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี และแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกาไทยและต่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างและสิทธิในการไล่เบียดของนายจ้าง วิเคราะห์ความหมายและลักษณะของรูปแบบการทำงานแบบใหม่ที่เกิดขึ้นจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้แก่ การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency worker) และผู้รับจ้างอิสระ (freelancer) ทั้งวิเคราะห์สภาพปัญหาและข้อจำกัดของการบังคับใช้หลักกฎหมายตามมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหาแนวทางในการปรับใช้กฎหมายหรือในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการกระทำละเมิดที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบการทำงานแบบใหม่ดังกล่าว รวมถึงแนวทางในการใช้สิทธิไล่เบียดของผู้ต้องร่วมรับผิดชอบผู้ทำละเมิดในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย เปรียบเทียบกับของประเทศไทย

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาค้นคว้าวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการเก็บรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้อง ทั้งที่เป็นเอกสารตำราทางวิชาการ บทความในวารสารต่างๆ ตั๋วบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี คำพิพากษาของศาล รวมทั้งข้อมูลเอกสารอื่นๆ จากเว็บไซต์ของหน่วยงานหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น และนำข้อมูลที่ได้มาศึกษาวิจัย ค้นหาแนวคิด หลักเกณฑ์ แล้วจึงวิเคราะห์เพื่อใช้ในการวิจัยอย่างเป็นระบบต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1.6.1 ทำให้เข้าใจถึงหลักกฎหมายและแนวคิดในเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น โดยเฉพาะความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้าง รวมถึงประเด็นแนวคิดเรื่องสิทธิไล่เบียดที่เกิดขึ้นทั้งของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี

1.6.2 ทำให้ทราบปัญหาทางกฎหมายของความรับผิดทางละเมิดกรณีมีการทำงานรูปแบบใหม่ซึ่งเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมในปัจจุบัน รวมทั้งปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิไล่เบียดในกรณีดังกล่าวของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี

1.6.3 ทำให้ทราบแนวทางในการปรับใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี กับความรับผิดทางละเมิดของบุคคลและสิทธิไล่เบียดในกรณีเป็นการทำงานในรูปแบบใหม่

บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

2.1 ความเป็นมาและแนวคิดของเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น

เมื่อบุคคลใดทำให้บุคคลอื่นเสียหาย บุคคลนั้นต้องรับผิด ความรับผิดคือพันธะของบุคคลที่จะต้องได้รับโทษหรือผลร้ายอย่างหนึ่งที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้น เพราะได้กระทำการแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นเหตุให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมหรือทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายโดยที่ตนไม่มีอำนาจกระทำได้ โดยความรับผิดนี้จะมีความรับผิดทางศีลธรรมหรือความรับผิดทางกฎหมายก็ได้

ความรับผิดทางละเมิด เป็นความรับผิดทางกฎหมายแห่งลักษณะหนึ่ง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ความรับผิดว่า เมื่อได้มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาได้รับความเสียหาย ผู้กระทำต้องรับผิด ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้¹

โดยปกติแล้วผู้ใดกระทำความผิดอย่างใดก็ย่อมต้องเป็นผู้รับผิดในการกระทำนั้นๆ แต่ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดนั้นในบางกรณีแม้ตนจะไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิด กฎหมายก็บังคับให้ต้องรับผิดด้วย หรือที่เรียกว่า ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลจะต้องมารับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น โดยทั่วไปแล้วมีองค์ประกอบหรือเงื่อนไขที่สำคัญ ประกอบด้วย ความสัมพันธ์เฉพาะเจาะจงตามกฎหมายระหว่างผู้ทำละเมิดกับผู้ที่ต้องร่วมรับผิด และมีการกระทำผิดโดยมิชอบที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีแนวคิดหรือทฤษฎีความรับผิดที่อยู่เบื้องหลังแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ ทฤษฎีความรับผิดแบบเคร่งครัดหรือความรับผิดเด็ดขาด (strict liability) กล่าวคือ เป็นความรับผิดที่ผู้ร่วมรับผิดไม่อาจโต้แย้งหรือหักล้างความรับผิดของตนได้ หากครบองค์ประกอบเงื่อนไขตามกฎหมายแล้ว ต้องรับผิดเสมอแม้ตนจะไม่มีผิดเลยก็ตาม เป็นความรับผิดเพราะความผิดของบุคคลอื่นโดยแท้ และทฤษฎีความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย (Presumed unlawfulness based-liability / Liability based on Presumed Fault) กล่าวคือ เป็นความรับผิดที่ผู้ร่วมรับผิดได้รับการสันนิษฐานจากกฎหมายไว้ก่อนเบื้องต้นว่ามีความรับผิด แต่ให้โอกาสผู้ร่วมรับผิดสามารถนำสืบหักล้างความรับผิดซึ่งตนมิได้ ถ้าพิสูจน์ได้ว่ามีข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ผู้ร่วมรับผิดก็ไม่ต้องร่วมรับผิดกับผู้ทำละเมิด ถ้าพิสูจน์ไม่ได้ก็เท่ากับว่าเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำผิดของตนเอง

¹ วารีนาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), หน้า 6-7.

2.1.1 ความเป็นมาของความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น

การที่บุคคลหนึ่งจะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นนั้นเป็นข้อยกเว้นจากหลักความรับผิดทั่วไป ตามหลักกฎหมายต่างประเทศเรียกว่า “Vicarious Liability” หรือความรับผิดเพื่อผู้อื่น ซึ่งมีใช่เรื่องความรับผิดแทนที่กันหรือความรับผิดร่วมกันในลักษณะที่ผู้ทำละเมิดไม่ต้องรับผิดเลย ผู้ทำละเมิดยังมีความรับผิดอยู่แต่ด้วยเหตุผลบางประการกฎหมายกำหนดให้บุคคลอื่นซึ่งมิได้เป็นผู้กระทำละเมิดต้องมีความรับผิดด้วย เพราะมีความสัมพันธ์พิเศษต่อกันตามกฎหมายหรือตามสัญญากับผู้ทำละเมิด และเมื่อบุคคลดังกล่าวรับผิดไปแล้วก็อาจไล่เบี้ยเอากลับคืนจากผู้ทำละเมิดได้² ซึ่งหลักความรับผิดในเรื่องดังกล่าวได้มีวิวัฒนาการมาเป็นลำดับดังต่อไปนี้

2.1.1.1 ความเป็นมาในระบบกฎหมายต่างประเทศ

ความรับผิดของบุคคลตามกฎหมายในสมัยต้นๆ นั้นอยู่บนพื้นฐานของการแก้แค้น (Lex talionis) หรือหลัก ตาต่อตา ฟันต่อฟัน ซึ่งมักจะกระทำต่อชีวิตร่างกาย ส่วนใหญ่จึงเป็นความรับผิดทางอาญา โดยที่บุคคลใดเป็นผู้กระทำผิดก็จะต้องรับผิดในการกระทำของตนเอง ตามที่ปรากฏในกฎหมายของ Mosaic ได้วางหลักไว้ว่า บุคคลจะต้องถูกลงโทษเพราะการกระทำของตนเอง มิใช่จากการกระทำของบิดาหรือบุตรของตน³ ต่อมาเมื่อสังคมซับซ้อนขึ้น คนในสังคมเริ่มจะมีทรัพย์สินสมบัติสะสมเป็นของตนเอง เมื่อมีบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในทางทรัพย์สิน ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย ซึ่งกลายมาเป็นความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดทางแพ่งนั้นแต่เดิมจึงเป็นความรับผิดในการกระทำของตนเอง แต่ต่อมาได้วิวัฒนาการจนเกิดมีความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น⁴ ทั้งนี้ ปรากฏในยุคกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่รวบรวมจารีตประเพณีดั้งเดิมของชาวโรมันเข้าไว้ด้วยกัน ได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดไว้ด้วย โดยมีหลักการสำคัญว่า ไม่ควรใช้หลักการแก้แค้นเหมือนสมัยอดีต แต่ยอมรับให้มีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในกรณีที่ผู้กระทำทำโดยประมาทเลินเล่อ และในกรณีที่ผู้ทำละเมิดทำความผิดร้ายแรงโดยเจตนา กฎหมายก็ยอมรับให้มีการลงโทษต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำผิดได้⁵

สำหรับความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นในยุคกฎหมายสิบสองโต๊ะนั้น จะปรากฏอยู่ในหลักความรับผิดของหัวหน้าครอบครัวและความรับผิดของนายทาส ซึ่งความรับผิดของหัวหน้าครอบครัวนั้นเป็นผลมาจากที่หัวหน้าครอบครัวมีอำนาจเหนือชีวิตและทรัพย์สินของสมาชิกในครอบครัว และยังมีความรับผิดทางละเมิดในฐานะเป็นเจ้าของสัตว์หากสัตว์ไปก่อความ

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

³ Mosaic Code “...each man should be put to death only for his own sin and not for that of his father or son”

⁴ วารีนาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 220-221.

⁵ S.P Scott, A.M., The Civil Law (Volume 1), (New York : Cincinnati The Central Trust Company, 1973), p. 70.

เสียหายแก่บุคคลอื่น (หลัก Noxal Liability)⁶ ซึ่งถือเป็นความรับผิดในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้น เมื่อบุตรหรือทาสที่มีฐานะเป็นเพียงทรัพย์สินของหัวหน้าครอบครัวเท่านั้นเช่นกัน จึงมีการนำหลักความรับผิดทางละเมิดในฐานะที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินมากำหนดให้ หัวหน้าครอบครัวต้องมีความรับผิดในกรณีที่บุตรหรือทาสไปกระทำละเมิดด้วย โดยหัวหน้าครอบครัวเป็นผู้เลือกที่จะชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นกล่าวด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือจะยกบุตรผู้กระทำละเมิดให้แก่ผู้เสียหายแทน⁷ ส่วนความรับผิดของนายทาสนั้นก็ยังมีลักษณะเช่นเดียวกันกับความรับผิดของหัวหน้าครอบครัว ที่นายทาสจะต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือจะยกทาสผู้กระทำละเมิดให้แก่ผู้เสียหายเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ทาสไปลักทรัพย์หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นนั่นเอง⁸ หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับสืบทอดมาจนถึงยุคสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียน โดยมีแก้ไขหลักความรับผิดของหัวหน้าครอบครัวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งจัสติเนียน ซึ่งกำหนดหลักการว่า หากบุตรผู้เยาว์กระทำละเมิด หัวหน้าครอบครัวจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นทรัพย์สินเท่านั้น จะชดใช้โดยการยกบุตรผู้กระทำละเมิดให้แก่ผู้เสียหายไม่ได้อีก⁹

หลักความรับผิดทางละเมิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นได้รับการสืบทอดและพัฒนาปรับปรุงหลักความรับผิดตลอดมา จนมาถึงในยุคการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1084 ซึ่งเกิดจากการรวบรวมหลักกฎหมายเก่าของฝรั่งเศส รวมถึงจารีตประเพณีโดยผสมผสานกับหลักกฎหมายโรมันที่สืบทอดมาอย่างยาวนานด้วย เมื่อนำมารวบรวมแล้วจัดทำเป็นหมวดหมู่ จนได้เป็นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 ขึ้น¹⁰ ซึ่งความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นตามตำรากฎหมายฝรั่งเศสนั้น เป็นความผิดที่ไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลที่ต้องรับผิด เพราะการพิสูจน์เป็นภาระที่หนักสำหรับผู้เสียหาย หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นเป็นความรับผิดที่ผู้ต้องรับผิดไม่ต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั่นเอง¹¹ ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 1384 แบ่งได้ 3 กรณี¹² คือ ความรับผิดของบิดามารดา ความรับผิดของครูและครูสอนลูกมือฝึกหัด และความรับผิดของนายจ้าง

สำหรับความรับผิดของบิดามารดาตามมาตรา 1384 วรรค 4 กำหนดให้บิดามารดาต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุตรผู้เยาว์ของตน เว้นแต่บิดาหรือมารดาจะ

⁶ Ibid., p. 161.

⁷ W.W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, (New York : The Cambridge University Press, 1908), p. 113-114.

⁸ Henry John Loby, *Roman Private Law In The Times of Cicero and of the Antonines(Volume2)*, (Cambridge : Scientia Verlag Aalen, 1975), p. 252-253.

⁹ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 101.

¹⁰ Gebhard Rehm, "Code Civile," *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law(Volume 1)*, (New York: Oxford University Press, 2012), p. 202.

¹¹ ไพจิตร ปุญญพันธ์, *ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งแรก(กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2517), หน้า 50.

¹² Raymond Youngs, *English, French and German Comparative Law*, 2 ed (London: Cavendish Publishing Limited, 2007), p. 294

สามารถพิสูจน์หักล้างได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังดูแลบุตรเป็นอย่างดีแล้ว ซึ่งถือเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานข้อสันนิษฐานความผิด¹³ ส่วนความรับผิดของครูและครูสอนลูกมือฝึกหัดตามมาตรา 1384 วรรค 6 กำหนดให้ ครูและครูลูกมือฝึกหัดต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากลูกศิษย์หรือลูกมือฝึกหัดในขณะที่อยู่ในความดูแลของตน โดยครูจะต้องรับผิดเมื่อผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่า ครูบกพร่องไม่ใช้ความระมัดระวังในการดูแลศิษย์ตามสมควรแก่หน้าที่ของตนซึ่งถือเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานความผิดที่ต้องพิสูจน์¹⁴ ในขณะที่ครูสอนลูกมือฝึกหัดจะต้องรับผิดหากลูกมือฝึกหัดกระทำความผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีในการดูแลแล้วซึ่งถือเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานข้อสันนิษฐานความผิด¹⁵ ส่วนความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 1384 วรรค 5 กำหนดให้ นายจ้างต้องรับผิดในความเสียหายที่ลูกจ้างของตนได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยไม่อาจพิสูจน์หักล้างให้ตนหลุดพ้นความรับผิดได้ซึ่งถือเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานความรับผิดที่ปราศจากความผิด¹⁶ (ความรับผิดแบบเด็ดขาด) นั่นเอง

ไม่เพียงแต่ประเทศฝรั่งเศสเท่านั้นที่ยอมรับแนวคิดเรื่องความรับผิดทางละเมิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ในประเทศเยอรมนีเองก็ยอมรับหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวด้วย โดยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1896 โดยมีหลักความรับผิด ดังนี้ ความรับผิดของบิดามารดา ความรับผิดของผู้รับดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ความรับผิดของครูบาอาจารย์ และความรับผิดของนายจ้าง ทั้งนี้ ความรับผิดของบิดามารดาตามมาตรา 832 วรรค 1 อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า บิดามารดามีหน้าที่ต้องดูแลบุตรให้ดี ดังนั้น หากบุตรไปทำละเมิด ถือว่าบิดามารดาบกพร่องในหน้าที่ดูแลดังกล่าว ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรอย่างดีแล้ว หรือความเสียหายดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นแม้จะได้ดูแลบุตรอย่างถูกต้องแล้วก็ตาม ซึ่งถือเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานข้อสันนิษฐานความผิด¹⁷ นอกจากนี้มาตราดังกล่าวยังนำไปปรับใช้กับความรับผิดของผู้รับดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถด้วย เพราะถือว่ามีหน้าที่ต้องดูแลเอาใจใส่บุคคลผู้ไร้ความสามารถเช่นเดียวกับหน้าที่ของบิดามารดา¹⁸ ทำให้ผู้รับดูแลต้องมีความรับผิดหากบุคคลผู้ไร้ความสามารถไปก่อให้เกิดความเสียหาย ส่วนความรับผิดของครูตามมาตรา 832 วรรค 2 กำหนดให้ครูต้องรับผิดในกรณีที่นักเรียนไปก่อความเสียหาย เนื่องจากกฎหมายถือว่าครูมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องอบรมสั่งสอนให้นักเรียนเป็นคนดี ไม่ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งความรับผิดของครูเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานข้อสันนิษฐานความผิดเหมือนกับบิดามารดาด้วย¹⁹

¹³ J. Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others* (London: Kluwer Law International, 2002), p. 89.

¹⁴ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵ Lawson, F.H., Anton, A.E., and Neville Brown, L., *Amos and Walton's Introduction to French Law* (Oxford: The Clarendon Press, 1967), p. 228.

¹⁶ Raymond Youngs, *English, French and German Comparative Law*, 2 ed ,p. 445.

¹⁷ J. Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, p. 113-114.

¹⁸ Jean Pierre Le Gall, "Liability for Persons Under Supervision", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 11, chap. 3, p. 32-33 (1974)

¹⁹ Raymond Youngs, *English, French and German Comparative Law*, 2 ed ,p. 450.

นอกจากนี้ ในส่วนความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายเยอรมันนั้น ตามมาตรา 831 ก็กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดในความเสียหายที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้น เว้นแต่ นายจ้างจะสามารถพิสูจน์ได้ว่า นายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกลูกจ้างหรือใช้ความระมัดระวังในการจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้ตามสมควรแล้ว ซึ่งก็ถือเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานข้อสันนิษฐานความผิดเช่นกัน

นอกจากนี้ หลักความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นตามกฎหมายอังกฤษ ก็มีความเป็นมาที่ยาวนานเช่นกัน โดยความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นจะปรากฏในความรับผิดของหัวหน้าครอบครัว และความรับผิดของนายทาส ทั้งนี้ ความรับผิดของหัวหน้าครอบครัวเป็นความรับผิดในยุคจารีตประเพณีแองโกล-แซกซอน ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้เฉพาะถิ่นของชาวไวคิงในอังกฤษเท่านั้น²⁰ โดยมีหลักกฎหมายกำหนดว่า ในกรณีที่สมาชิกในครอบครัวหรือคนรับใช้กระทำละเมิด หัวหน้าครอบครัวจะต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย เพื่อเป็นการเยียวยาชดใช้ให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมมากที่สุด²¹ ส่วนความรับผิดของนายจ้างนั้น เริ่มปรากฏมาตั้งแต่สมัยที่ประเทศอังกฤษยังใช้รูปแบบการปกครองแบบศักดินาที่มีการแบ่งชนชั้นของคนในสังคม ทำให้มีชนชั้นทาสติดที่ดินซึ่งต้องอยู่ภายใต้การดูแลของชนชั้นขุนนางเจ้าของที่ดิน ขุนนางเจ้าของที่ดินมีฐานะเป็นนายทาสและมีหน้าที่ปกป้องทาสติดที่ดินให้ได้รับความปลอดภัย ดังนั้น หากทาสติดที่ดินไปทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ขุนนางเจ้าของที่ดินจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย โดยมีอาจพิสูจน์หักล้างความรับผิดดังกล่าวได้ ถือเป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความรับผิดที่ปราศจากความผิด²²นั่นเอง

ต่อมากฎหมายอังกฤษได้พัฒนาแนวคิดเรื่องความรับผิดทางละเมิดในเรื่องความรับผิดของนายจ้าง โดยวางหลักว่า ถ้านายจ้างสั่งให้ลูกจ้างไปทำผิดกฎหมาย นายจ้างจะต้องรับผิดในสิ่งที่ลูกจ้างกระทำเนื่องจากเป็นการกระทำตามคำสั่งของนายจ้าง ตามทฤษฎีคำสั่ง (Command Theory)²³ แต่ต่อมานักกฎหมายอังกฤษเห็นว่าทฤษฎีดังกล่าวมีขอบเขตที่แคบเกินไปไม่สอดคล้องกับยุคสมัย จึงพัฒนาหลักความรับผิดขึ้นโดยวางหลักว่า นายจ้างจะต้องรับผิดในความเสียหายที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้นหากตนเป็นผู้ออกคำสั่งในการกระทำที่เป็นละเมิด ไม่ว่าจะเป็นการสั่งโดยตรงหรือโดยปริยายต่อลูกจ้าง เรียกแนวความคิดนี้ว่า ทฤษฎีคำสั่งโดยปริยาย (Implied command theory) เพื่อขยายขอบเขตความรับผิดของนายจ้างให้กว้างมากขึ้น โดยมีมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายให้มากขึ้น²⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากปฏิวัติอุตสาหกรรมซึ่งส่งผลให้สภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอังกฤษ

²⁰ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร} กฎหมายเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศแองโกลแซกซอน, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518), หน้า 8.

²¹ Theodoer F.T. Plucknett, A Concise History of the Common Law, 5th ed.(London: Butterworth Publishers, 1956), p. 472.

²² Charles Arnold- Baker, The Companion to British History, 2nd ed.(London: Routledge, 2001), p. 1144.

²³ R.F.V. Heuston and R.A. Buckley, Salmond and Heuston on the Law of Torts. 21st ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 444-445.

²⁴ W.V.H. Roger, Winfield and Jolowicz on Tort. 18th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2010), p. 946-947.

เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ทำให้นักนิติศาสตร์ได้พัฒนาหลักความรับผิดของนายจ้างให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวด้วย โดยได้วางหลักแนวคิดใหม่ที่กำหนดให้นายจ้างจะต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในกรณีที่เหตุละเมิดอยู่ในขอบเขตของงานที่ตนได้สั่งการให้ลูกจ้างทำ เรียกแนวคิดนี้ว่า ทฤษฎีขอบเขตของงานที่จ้าง (Scope of Employment Theory) ซึ่งเป็นขอบเขตความรับผิดที่กว้างยิ่งขึ้นกว่าทฤษฎีคำสั่งโดยปริยาย²⁵ เนื่องจากการขยายตัวทั้งทางด้านการค้าและอุตสาหกรรม ถ้ายังคงใช้ทฤษฎีคำสั่งโดยปริยายจะทำให้กำหนดความรับผิดของนายจ้างได้ยากมาก ดังนั้น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ และสามารถหาตัวผู้รับผิดชอบเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นสะดวกยิ่งขึ้นนั่นเอง

ตามตำรากฎหมายอังกฤษ ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งมีความรับผิดในการกระทำอันมิชอบของบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยที่บุคคลที่จะต้องรับผิดนั้นมิได้กระทำการอันเป็นความผิดแต่อย่างใด กล่าวคือไม่ได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นลักษณะของความรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict liability)²⁶ ซึ่งการใช้คำว่า Vicarious Liability นี้ Pollock เป็นผู้บัญญัติขึ้นใช้เมื่อปลายศตวรรษที่ 19 โดยคำว่า “Vicarious” หมายถึง บางสิ่งบางอย่างซึ่งเกิดขึ้นโดยการกระทำของผู้อื่น มาจากคำว่า vice ในภาษาละติน ซึ่งหมายถึงการแทนที่ แต่ในปัจจุบันความหมายดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป เพราะ vicarious liability หมายถึง การให้บุคคลหนึ่งต้องรับผิดในการกระทำของอีกบุคคลหนึ่ง โดยที่บุคคลผู้กระทำความผิดนั้นก็ยังมีความรับผิดอยู่ ไม่ใช่ให้อีกบุคคลหนึ่งเข้ามามีความรับผิดแทนที่²⁷ นั่นเอง

จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (the doctrine of vicarious liability) นี้ ไม่ได้มาจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีเหตุผลอย่างชัดเจน แต่เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากความเหมาะสมของนโยบายทางสังคม (public policy หรือ social necessity) ที่ได้ประเมินไว้เป็นเบื้องต้น ว่าเป็นทฤษฎีที่ยุติธรรม ซึ่งนักนิติศาสตร์ทั้งหลายต่างมีความคิดเกี่ยวกับความถูกต้องและนโยบายทางสังคมที่แตกต่างกัน โดยบางท่านเห็นว่าควรทำทฤษฎีนี้ไปใช้ในขอบเขตที่กว้าง ขณะที่บางท่านเห็นว่าควรใช้ในขอบเขตที่แคบกว่า ซึ่งเหตุผลดั้งเดิมของทฤษฎีความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น ได้แก่ การคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหาย²⁸

2.1.1.2 ความเป็นมาในระบบกฎหมายของประเทศไทย

ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นในประเทศไทยนั้น มีที่มาจากวัฒนธรรมความเป็นอยู่ของกลุ่มคนที่อยู่ร่วมกันในสังคมไทยนั่นเอง เนื่องจากในสมัยศักดินาบรรพ มนุษย์ดำเนินชีวิตอยู่ในชุมชนอย่างใกล้ชิด ซึ่งชีวิตของสมาชิกคนหนึ่งๆ เกือบจะเป็นชีวิตอันหนึ่งอันเดียวกับชีวิต

²⁵ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์อีสานการพิมพ์, 2507), หน้า 3.

²⁶ John G. Fleming, The law of Torts, 6th ed (Sydney: The Law Book Company Limited. 1983), p. 338.

²⁷ Glanville Williams. B.A. Hepple, Foundation of the law of torts, 2nd ed. (London: Butterworths, 1984), p. 130.

²⁸ R.W.M. Dias and B.S. Markesines, Tort Law, (Oxford: Clarendon press, 1984), p. 299.

ของหมู่เหล่าเพราะตกอยู่ในอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายซึ่งเนื่องมาจากความต้องการของหมู่เหล่ามากกว่าความต้องการส่วนตัวของคุณคนนั้น ดังนั้น เมื่อหมู่คนหมู่หนึ่งทำความเสียหายแก่บุคคลในอีกหมู่หนึ่ง ความเสียหายที่เกิดกับบุคคลก็ถือเป็นความเสียหายของหมู่ซึ่งบุคคลนั้นเป็นสมาชิกอยู่และถือว่าบรรดาสมาชิกทุกคนในหมู่ที่บุคคลที่ทำละเมิดรวมอยู่นั้น ต้องมีความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายด้วยมิใช่เรื่องเฉพาะผู้ทำความเสียหายกับผู้ได้รับความเสียหายเท่านั้น ความรับผิดชอบไม่ได้ตกอยู่กับผู้ทำละเมิดคนเดียว ลักษณะเช่นนี้เรียกว่า ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งหมู่เหล่าแห่งบรรดาสมาชิกในหมู่ ซึ่งเป็นลักษณะเบื้องต้นของความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นในสังคมไทยที่ปรากฏในสมัยสุโขทัย²⁹

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาซึ่งกฎหมายในสมัยนั้นได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากธรรมศาสตร์ ของฮินดู และหลักธรรมของพระพุทธศาสนา³⁰ :และความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นจะปรากฏในความรับผิดชอบของความรับผิดชอบของสมาชิกในครอบครัวและความรับผิดชอบของหมู่เหล่า ทั้งนี้ ความรับผิดชอบของสมาชิกในครอบครัวปรากฏตามกฎหมายลักษณะโจร บทที่ 37 ซึ่งวางหลักว่า จะเกิดความรับผิดชอบขึ้นแก่สมาชิกในครอบครัวได้ก็ต่อเมื่อการทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำแก่ทรัพย์สินเท่านั้น คือ ลักทรัพย์ และผู้ทำละเมิดอาศัยอยู่ในเรือนเดียวกันกับญาติในครอบครัวที่ต้องร่วมรับผิดชอบนั้น โดยญาติพี่น้องในครอบครัวดังกล่าวต้องรับผิดชอบส่งทรัพย์ที่ถูกลักไปคืนหรือชดใช้ราคาแทนผู้ทำละเมิด³¹ ส่วนความรับผิดชอบของหมู่เหล่า นั้น เป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะโจร โดยเกิดขึ้นในกรณีที่มีสมาชิกคนใดคนหนึ่งไปทำความผิด กฎหมายกำหนดให้บรรดาบุคคลผู้อยู่ใกล้ชิดที่เกิดเหตุยอมต้องข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำความผิดดังกล่าว แต่บุคคลที่ถูกกล่าวหาสามารถนำสืบต่อสู้ให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้³²

หลังจากนั้นในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น มีประมวลกฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายหลักที่บังคับใช้ในสมัยนั้น ซึ่งเกิดจากการชำระกฎหมายและจัดระเบียบกฎหมายให้เป็นหมวดหมู่ในรัชกาลที่ 1³³ โดยหลักความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นนั้น มี 4 ลักษณะคือ ความรับผิดชอบของสมาชิกในครอบครัว หากสมาชิกในครอบครัวทำความผิด สมาชิกคนอื่นจะต้องร่วมรับผิดชอบเสมือนว่ากระทำเช่นนั้นด้วยตามกฎหมายลักษณะโจรและกฎหมายอาญาหลวง³⁴ ประการที่สอง ความรับผิดชอบของหมู่เหล่า ซึ่งกฎหมายกำหนดบรรดาสมาชิกซึ่งอยู่ในหมู่ชุมชนต้องร่วม

²⁹ โรแบร์ต แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 113.

³⁰ วิชา มหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 22-23.

³¹ โรแบร์ต แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน): ละเมิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2478), หน้า 116.

³² เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการจัดงานอนุสรณ์อยุธยา, 2510), หน้า 19.

³³ ยืนยง ใจสมุทร, “หลวงยกกระบัตร์เมืองราชบุรี,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, ปีที่ 5, ฉบับที่ 2, หน้า 18, (ธันวาคม, 2535).

³⁴ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2529), หน้า 313,315-316,358 และ 437.

รับผิดชอบคนในหมู่ของตนที่ไปกระทำความเสียหายให้กับคนในอีกหมู่หนึ่งด้วย³⁵ ประการที่สาม ความรับผิดชอบของนายทาส ในกรณีที่ทาสไปทำความเสียหายแก่บุคคลอื่น นายทาสในฐานะเป็นเจ้าของทาส จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายด้วย³⁶ และประการสุดท้าย ความรับผิดชอบของเจ้าของเกวียน กฎหมายก็กำหนดให้เจ้าของเกวียนต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ลูกจ้างตนได้ก่อขึ้น เพราะลูกจ้างทำงานตามคำสั่งของเจ้าของเกวียนนั่นเอง³⁷

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 4 และต้นรัชกาลที่ 5 กฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะจากตะวันตกอย่างมาก เนื่องจากนักกฎหมายไทยได้กลับมาจากการศึกษาต่อในต่างประเทศ ดังนั้น จึงมีการนำหลักกฎหมายในเรื่อง ประชวรรัฐร้ายส่วนแพ่ง มาปรับใช้ในเรื่องละเมิดด้วย ส่งผลให้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแยกออกจากความรับผิดทางอาญา³⁸ ซึ่งความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ได้แก่ ความรับผิดของบิดามารดา ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว บิดามารดาไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่บุตรของตนได้กระทำขึ้น เว้นแต่บิดามารดาจะเป็นผู้สั่งหรือใช้ให้บุตรนั้นกระทำการดังกล่าว³⁹ ความรับผิดของนายกับบ่าว นายจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของบ่าวที่กระทำการตามหน้าที่ให้แก่นายหรือกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของนาย นายต้องรับผิดชอบใช้ให้แก่ผู้เสียหาย⁴⁰ ความรับผิดของนายกับเอเยนต์ กำหนดให้นายจะต้องรับผิดชอบแทนเอเยนต์ในกรณีที่เอเยนต์ได้กระทำหรือละเว้นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สาม โดยเป็นการกระทำในหน้าที่และเพื่อประโยชน์ของนาย⁴¹ และความรับผิดของผู้รับเหมาบางกรณี กฎหมายกำหนดว่า โดยทั่วไปกฎหมายกำหนดว่า นายไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับเหมา เว้นแต่ นายได้เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการบังคับบัญชางานของผู้รับเหมา หรือเป็นการงานที่ผิดกฎหมายหรือเป็นงานที่นายมีหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายแล้วนำไปให้ผู้รับเหมาทำแทน ถือว่านายยังมีหน้าที่นั้นอยู่ เมื่อผู้รับเหมาทำละเมิด นายจึงต้องร่วมรับผิดชอบด้วย⁴²

จะเห็นได้ว่า ความเป็นมาของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดเพื่อบุคคลอื่นของไทยนั้น ได้พัฒนาแนวความคิดมาเป็นลำดับจนถึงสมัยการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในสมัยรัชกาลที่ 5 และรัชกาลที่ 6 จนแล้วเสร็จและประกาศใช้เป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่ 1 และ 2 พ.ศ. 2466 นั่นเอง

³⁵ โรแบร์ต. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 113.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 117.

³⁷ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2, หน้า 236-237.

³⁸ โรแบร์ต. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 186.

³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 397/2461 บุตรได้เดินเล่อทำให้ไฟไหม้ทรัพย์ของผู้อื่นเสียหาย โดยบิดาไม่ได้สั่งหรือใช้ให้กระทำ ดังนี้ แมื่บุตรนั้นจะอยู่ในความปกครองของบิดาก็ดี ไม่เป็นเหตุให้บิดาต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย

⁴⁰ พระไกรสี (เทียม), หลักกฎหมายประชวรรัฐร้ายส่วนแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองละหุโทษ, 2420), หน้า 19-20.

⁴¹ บุญช่วย วณิกกุล, หลักกฎหมายว่าด้วยนายกับเอเยนต์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร: โรงพิมพ์บุญช่วยเจริญ, 2463), หน้า 67-68.

⁴² คำพิพากษาฎีกาที่ 94/2459 เจ้าของตีจ้างเหมาให้คนรื้อตึก ตึกพังเพราะการรื้อทำให้ผู้อื่นเสียหาย ฝัจ้างต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย

ทั้งนี้ ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น ตำราส่วนใหญ่จะกล่าวถึงเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างเป็นสำคัญ ส่วนความรับผิดของบุคคลอื่นจะเป็นเพียงส่วนประกอบเท่านั้น ทั้งที่ทฤษฎีความรับผิดในการกระทำของผู้อื่นนี้ได้วิวัฒนาการไปเป็นอันมากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากมาตรา 425 ซึ่งบัญญัติถึงความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างแล้ว ยังมีมาตรา 427 ซึ่งบัญญัติถึงความรับผิดของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนด้วย เนื่องจากตัวการเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์จากการกระทำของตัวแทน ดังนั้น ตัวการก็ย่อมต้องรับผลเสียหายที่ตัวแทนได้ก่อขึ้นเนื่องจากการกระทำแทนตัวการด้วยเช่นกัน อันมีลักษณะคล้ายคลึงกับความรับผิดของนายจ้างในผลแห่งการกระทำละเมิดของลูกจ้าง นอกจากนี้ยังมีมาตรา 429, 430 ซึ่งบัญญัติถึงความรับผิดของบิดามารดา หรือผู้อนุบาล ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ดูแลผู้เยาว์หรือบุคคลวิกลจริตในการกระทำละเมิดของบุคคลดังกล่าวที่อยู่ในระหว่างความดูแลของตน เพราะบิดามารดา หรือผู้อนุบาล มีอำนาจปกครองดูแลบุตรผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถเพราะเหตุวิกลจริต เมื่อบกพร่องในหน้าที่ แล้วบุตรผู้เยาว์หรือบุคคลไร้ความสามารถไปทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บิดามารดาหรือผู้อนุบาลก็ย่อมต้องรับผิดด้วย ความรับผิดของบิดามารดาหรือผู้อนุบาลนั้นเป็นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น เป็นข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมายให้บุคคลต้องรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น แม้นตนเองไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้นด้วย แต่อย่างไรก็ตามสำหรับกรณีมาตรา 429 , 430 นี้ไม่ใช่ความรับผิดเด็ดขาด เพราะกฎหมายเปิดโอกาสให้บิดามารดาหรือผู้อนุบาลพิสูจน์ได้ว่าหากตนใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่แล้ว ก็ไม่ต้องรับผิด⁴³

2.1.2 แนวความคิดเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นในปัจจุบัน

2.1.2.1 ประเทศอังกฤษ

หลักความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น หรือที่เรียกในภาษาอังกฤษว่า Vicarious Liability ในปัจจุบันนั้น มีคำอธิบายในกฎหมายคอมมอนลอร์เป็นจำนวนมาก เช่น “ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งรับผิดชอบแทนบุคคลอื่นตรงเท่าที่ความรับผิดของเขาได้เข้าไปเกี่ยวข้อง” (Vicarious liability means that one person takes or supplies the place of another so far as liability is concerned.) หรืออธิบายว่า “ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นเป็นความรับผิดของบุคคลหนึ่งเพื่อการละเมิดของบุคคลอื่น” (Vicarious liability is the liability of one person for the torts of another person.)⁴⁴

กฎหมายอังกฤษมีรูปแบบความรับผิดของนายจ้างที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นอย่างชัดเจน โดยได้วินิจฉัยความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างอยู่บนพื้นฐานความผิดของลูกจ้าง คือ นายจ้างจะต้องรับผิดในการกระทำ

⁴³ กรกันยา กันยะพงศ์, “ความรับผิดในผลแห่งละเมิดโดยจงใจของลูกจ้างและตัวแทน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533) หน้า 12-13.

⁴⁴ David R., English Law and French Law (London: Stevens & Son, Calcutta Eastern Law House, 1980), p. 157.

ละเมิดของลูกจ้างโดยอาศัย “ความผิด” ของลูกจ้างเป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยความรับผิดของนายจ้าง นายจ้างจะรับผิดต่อเมื่อลูกจ้างมีความผิดเท่านั้น หมายความว่า ต้องมีความผิดของลูกจ้างเกิดขึ้นเสียก่อน เมื่อความผิดดังกล่าวอยู่ในขอบเขตทางการที่จ้างของนายจ้างแล้ว (Course of employment) นายจ้างก็ต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดนั้นต่อบุคคลภายนอกเสมอ ไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ ความรับผิดโดยเคร่งครัดหรือแบบเด็ดขาดนี้เป็นความรับผิดที่ไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลที่ต้องรับผิด เพราะการพิสูจน์เป็นภาระที่หนักสำหรับผู้เสียหาย นายจ้างต้องมีความรับผิดแม้ไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด แต่ความรับผิดของบิดามารดา ครูอาจารย์ ผู้อนุบาล หรือบุคคลอื่นๆ ที่ดูแลผู้เยาว์หรือคนวิกลจริตตามความเป็นจริงตามกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ถือเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น⁴⁵

กรณีความรับผิดของบิดามารดาไม่ได้เป็นความรับผิดที่เกิดจากกรณีที่บุตรผู้เยาว์ก่อให้เกิดความเสียหายโดยมิชอบแก่บุคคลอื่น แต่อาจต้องรับผิดจากการประมาทของตนเอง (Negligence) หรือฝ่าฝืนหน้าที่ตามบทบัญญัติ (Breach of Statutory) เพราะกฎหมายกำหนดให้บิดามารดาต้องควบคุมการกระทำของบุตร ดังนั้น บิดามารดาจึงมีหน้าที่กระทำ (Duty to Act) คือ มีหน้าที่ดูแล (Duty to care) หากละเลยไม่ดูแลหรือยุยงส่งเสริมให้บุตรผู้เยาว์กระทำละเมิด บิดามารดาก็ต้องรับผิดซึ่งเป็นความรับผิดเฉพาะโดยส่วนตัว⁴⁶ อันเป็นความผิดของตนเอง อย่างไรก็ตาม บิดาอาจรับผิดในรูปแบบความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นภายใต้หลักการของนายและผู้ใช้ (The Doctrine of Master and Servant) ได้ ซึ่งเป็นความรับผิดอยู่บนกฎ “ให้นายเป็นผู้ตอบ” (Respondeat superior) กรณีนี้ผู้เยาว์มีฐานะเป็นผู้รับใช้ (Servant) ของบิดาและผู้เยาว์ได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในขอบเขตของการจ้างงาน⁴⁷

ความรับผิดของครูอาจารย์ก็เช่นกัน ตามกฎหมายอังกฤษไม่ถือเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น แต่ครูอาจรับผิดเพื่อความประมาทของตนเองในการให้การศึกษาได้ โดยความรับผิดของครูเป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิสูจน์ความผิด (Liability Based on Fault) ของครู⁴⁸

ในกรณีที่ความเสียหายก่อให้เกิดขึ้นโดยคนวิกลจริตนั้น ความรับผิดของผู้ที่มีหน้าที่ดูแลในกฎหมายอังกฤษก็อยู่บนหลักการเดียวกันกับบิดามารดา คือ ความรับผิดของผู้อนุบาลของคนวิกลจริตอยู่บนพื้นฐานของหลักความประมาทเลินเล่อของตนเอง ไม่เป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ผู้ที่ได้รับความเสียหายต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่า ผู้อนุบาลมีความผิด⁴⁹

⁴⁵ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 13-14.

⁴⁶ Jean-Pierre Le Gall, “Liability for Persons Under Supervision”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. xi, chap. 3, 7 (1978).

⁴⁷ Ibid., p. 26.

⁴⁸ Raymond Youngs, *English, French and German Comparative Law* (London. Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1998), p. 293.

⁴⁹ William R. Dittmar, *Insanity Laws* (New York: Oceana Publishing, 1952), p. 55.

ในส่วนของตัวการตัวแทนนั้น โดยทั่วไปความรับผิดของตัวการจะเป็นไปตามสัญญาตัวแทน เมื่อตัวแทนทำหน้าที่ตามที่ได้รับมอบอำนาจจากตัวการแล้ว ตัวแทนจะหลุดพ้นจากความรับผิดทั้งปวงในสัญญา แต่กรณีตัวแทนทำละเมิดต่อบุคคลอื่นภายในขอบอำนาจที่ได้รับจากตัวการ หลักกฎหมายอังกฤษกำหนดความรับผิดของตัวการไว้ในกฎหมายตัวแทน ซึ่งความรับผิดของตัวการจะมีความใกล้เคียงกับหลักความรับผิดของนายจ้างเพื่อการละเมิดของลูกจ้างโดยเฉพาะในกรณีที่ตัวแทนมีสถานะเป็นลูกจ้างในคนเดียวกันด้วย ในกรณีเช่นนี้ศาลมักจะกำหนดความรับผิดแก่ตัวการหรือนายจ้างให้ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของตัวแทนหรือลูกจ้าง ซึ่งได้พิจารณาว่าได้ทำไปในการการที่จ้าง (Course of Employment) โดยอยู่บนพื้นฐานความรับผิดแบบเด็ดขาด⁵⁰ อันนำไปสู่ความสับสนในการปรับใช้หลักดังกล่าวในกรณีความรับผิดของตัวการเพื่อการกระทำละเมิดของตัวแทนของนักกฎหมายอังกฤษ เช่น ความรับผิดเกี่ยวกับการขับรถแทน ที่เจ้าของรถให้บุคคลอื่นขับรถของตนแล้วไปทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

ปัญหาเรื่องความรับผิดกรณีการขับรถแทนนั้น นักกฎหมายอังกฤษได้พยายามแยกความแตกต่างของหลักความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นระหว่างของตัวการและนายจ้างไว้จนเกิดเป็นหลักความรับผิดของเจ้าของรถแยกออกมาเป็นเรื่องเฉพาะอีกเรื่องหนึ่ง เจ้าของรถไม่ต้องรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากรถของตน เพียงเพราะเหตุที่ตนเป็นเจ้าของรถ แต่เจ้าของรถต้องรับผิดต่อการกระทำละเมิดของคนที่ขับเสมือนคนขับนั้นเป็นตัวแทนของตน โดยมีแนวคิดว่าการที่เจ้าของรถมอบหมายให้ผู้ทำละเมิดขับรถของตนก็เท่ากับว่าเป็นการให้ผู้ทำละเมิดทำการแทนที่อยู่บนพื้นฐานของความไว้นใจ และให้ถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายตัวแทน เพราะการมอบหมายให้ขับรถทั่วไป ไม่ถือว่าเป็นตัวการตัวแทนกัน ตามหลักกฎหมายตัวแทน แต่เป็นการทำการแทนที่อยู่บนพื้นฐานของความไว้นใจ โดยไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อสถานะทางกฎหมายของตัวการ⁵¹

หลักความรับผิดทางละเมิดที่สำคัญของกฎหมายอังกฤษอีกกรณีหนึ่ง คือ หลักความรับผิดของโรงพยาบาลต่อผู้ป่วย (Primary liability of hospital to patients) ที่เกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1940 ภายหลังจากมีการตัดสินว่าโรงพยาบาลไม่ต้องรับผิดในการกระทำของแพทย์ เพราะโรงพยาบาลมีหน้าที่เพียงจัดหาแพทย์ทำการรักษาด้วยความชำนาญและความสามารถอย่างพอสมควรเท่านั้น โรงพยาบาลไม่เป็นนายจ้างของแพทย์เพราะโรงพยาบาลไม่อาจควบคุมการทำงานหรือสั่งแพทย์ได้ แสดงให้เห็นว่าหลักควบคุม (Control test) ไม่สามารถใช้กับการประกอบอาชีพอิสระหรือการประกอบวิชาชีพได้ โดยศาลในคดี Hillyer v. Governors of St Bartholomew's Hospital [1909] KB 820 เห็นว่าหลัก vicarious liability มีได้เฉพาะกรณีการทำหน้าที่ของหมอในงานบริหารจัดการเท่านั้น โรงพยาบาลจะร่วมรับผิดจากความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพ ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำในการบริหารตามหน้าที่ แต่ไม่ต้องรับผิดจากการกระทำในการประกอบวิชาชีพของเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาล เช่น การรักษาของแพทย์ แต่อย่างไร⁵²

⁵⁰ R.F.V. Heuston and R.A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, p. 427.

⁵¹ C.D. Baker, *Torts*, 6th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 334.

⁵² Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 61-61.

ต่อมา ศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักความรับผิดของโรงพยาบาลต่อผู้ป่วย (Primary liability of hospital to patients) ขึ้นมา โดยให้เหตุผลว่าโรงพยาบาลมีหน้าที่ดูแลรักษาคนไข้และมีหน้าที่เลือกจ้างแพทย์ผู้ที่จะทำการรักษา ซึ่งเป็นหน้าที่ที่โรงพยาบาลไม่อาจมอบหมายให้ผู้อื่นทำแทนตนได้ (A non-delegable duty) ดังนั้น โรงพยาบาลจึงต้องรับผิดโดยตรงต่อผู้เสียหายฐานประมาทในการกระทำหรือรักษาของแพทย์ โดยศาลใช้หลักความเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร (Organization test) เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยแทนการใช้หลักการควบคุม (Control test) การที่โรงพยาบาลต้องรับร่วมกับแพทย์มิใช่หลักความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เพราะมิใช่กรณีเรื่องนายจ้างกับลูกจ้าง⁵³ แต่เป็นความรับผิดของโรงพยาบาลเอง

ดังนี้ หากกล่าวโดยสรุปแล้วตามกฎหมายอังกฤษในปัจจุบันสามารถแบ่งประเภทของความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นได้รวม 2 กรณี คือ

- 1) กรณีนายจ้างต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามหลัก vicarious liability
- 2) กรณีตัวการต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของตัวแทนตามหลัก vicarious liability

ส่วนความรับผิดของบิดามารดาในการกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ , ความรับผิดของผู้อนุบาลในการกระทำละเมิดของคนวิกลจริต และความรับผิดของครูบาอาจารย์ในการกระทำละเมิดของนักเรียนที่อยู่ในความดูแล ตามกฎหมายอังกฤษนั้น ไม่ถือว่าเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น แต่บุคคลดังกล่าวมีความผิดของตนเองในการบกพร่องต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ในการควบคุมดูแล หรือการให้การอบรมสั่งสอน เป็นต้น โดยความรับผิดของบิดามารดา ผู้อนุบาล และครูอาจารย์ เป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิสูจน์ความผิดซึ่งผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์

2.1.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่สำคัญ หลักความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หมายถึง ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นทุกกรณี (Liability for the acts of others) ไม่ใช่เฉพาะแต่ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างเท่านั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 เป็นบทบัญญัติความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น โดยกำหนดบุคคลที่ต้องรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น 3 จำพวก คือ 1. บิดามารดา 2. นายจ้าง 3. ครูอาจารย์ บทบัญญัติมาตรา 1384 มีหลักการของความรับผิดโดยงดเว้นกระทำ (Omission) ด้วย ซึ่งพื้นฐานของความรับผิดคือ การล้มเหลวต่อหน้าที่ในการดูแลผู้เยาว์นักเรียน หรือลูกมือฝึกหัด เป็นความผิดโดยการงดเว้นกระทำ ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นนอกจากนายจ้างมีดังต่อไปนี้⁵⁴

⁵³ คดี Cassidy v. Minister of Health [1951] 2All ER 574.

⁵⁴ Jean Limpens, Robert M. Kruthof, and Anne Meinertzhagen-Limpens, "Liability for One's Own Act", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. xi Torts chap-2, 36(1979).

(1) ความรับผิดของบิดามารดา มาตรา 1384 วรรค 4 ซึ่งแต่เดิมมีพื้นฐานความรับผิดตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานความผิด (Liability Based On Presumed Fault) กฎหมายบังคับบิดามารดารับผิดเนื่องจากการกระทำของบุตรของตนเนื่องจากบิดามารดามีอำนาจปกครอง มีหน้าที่ควบคุมดูแลเลี้ยงดูและให้การศึกษแก่บุตร ดังนั้นเมื่อผู้เยาว์ก่อความเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น กฎหมายจึงสันนิษฐานว่าบิดามารดามีความผิด เพราะบกพร่องในการดูแลหรือสั่งสอนอบรม อย่างไรก็ตามบิดามารดาสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานได้⁵⁵ อย่างไรก็ตาม ต่อมาในปี ค.ศ. 1997 ศาลฝรั่งเศสได้ตีความยอมรับโดยเปลี่ยนความรับผิดของบิดามารดาให้กลายเป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ตามแนวคำพิพากษาคดี Bertrand⁵⁶ ดังนั้น บิดามารดาจะหลุดพ้นความรับผิดก็ต่อเมื่อความเสียหายเกิดขึ้นจากเหตุสุดวิสัย หรือผู้เสียหายมีส่วนในการกระทำผิดด้วยเท่านั้น⁵⁷ จึงเป็นผลให้บิดามารดาต้องทำประกันภัยเพื่อคุ้มครองความเสียหายให้มีเงินชดเชยค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่บุตรไปทำละเมิดมากขึ้น⁵⁸

(2) ความรับผิดของครู มาตรา 1384 วรรค 6 และวรรค 8 นั้น ในกรณีความรับผิดของครูเอกชน แต่เดิมเป็นความรับผิดที่มีพื้นฐานความรับผิดตั้งอยู่บนการพิสูจน์ความผิดของครู ครูจะรับผิดก็ต่อเมื่อผู้เสียหายพิสูจน์ได้ว่า ครูไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลนักเรียนตามสมควร⁵⁹ โดยพิจารณาความผิดของครูภายใต้บทบัญญัติละเมิดทั่วไปตามมาตรา 1382 และมาตรา 1383⁶⁰ ต่อมาในกรณีเป็นครูของรัฐได้มีการแก้ไขกฎหมายเปลี่ยนความรับผิดเฉพาะของครูมาเป็นความรับผิดของรัฐ คือรัฐเป็นผู้ชดเชยค่าเสียหายแทนครู โดยใช้บังคับเฉพาะครูในสถาบันการศึกษาของรัฐเท่านั้น⁶¹ อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในอาชีพครู ประเทศฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายใหม่เป็นรัฐบัญญัติ Loi of 5 April 1937 เพื่อกำหนดให้รัฐเข้ารับผิดแทนครูทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นครูรัฐหรือครูเอกชนก็ตาม หากผู้เสียหายพิสูจน์ความผิดของครูได้ รัฐจะต้องรับผิดแทนครูโดยไม่มีข้อโต้แย้ง เป็นความรับผิดแบบเด็ดขาด (Strict Liability)⁶²

(3) ความรับผิดของผู้มีหน้าที่ดูแลคนวิกลจริตนั้น เดิม มาตรา 1384 เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดในความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นโดยบุคคลที่เขาต้องรับผิดชอบ ได้แก่ 1. บิดามารดา 2. นายจ้างหรือตัวแทน 3. ครูหรือครูสอนลูกมือฝึกหัด⁶³ เท่านั้น แต่

⁵⁵ พงษ์ ปุષปาคม, รวบรวม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมัน และฝรั่งเศส) (พระนคร: โรงพิมพ์สำนักนายกรัฐมนตรื ทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2510), หน้า 41.

⁵⁶ คดี Civ 2, 19 February 1997 (Bertrand) , D 1997.265.

⁵⁷ Giliker, Paula, Vicarious liability in tort : a comparative perspective, p. 24.

⁵⁸ Ibid., p. 211.

⁵⁹ จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 192.

⁶⁰ Raymond Youngs, English, French and German Comparative Law, p. 296.

⁶¹ John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, Principles of French Law (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 387.

⁶² Ibid., p. 393.

⁶³ Ibid., p. 389.

มิได้บัญญัติถึงบุคคลอื่นใดที่มีหน้าที่ต้องดูแลบุคคลอื่น เช่น ผู้อนุบาลซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่ดูแลคนวิกลจริต ศาลจึงปฏิเสธที่จะยอมรับความรับผิดที่เกี่ยวกับการกระทำของบุคคลอื่น นอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 1384 อย่างไรก็ตาม ต่อมาในปี ค.ศ. 1991 ได้มีคำตัดสินของศาลโดยที่ประชุมใหญ่ (Assemblée Plénière) ในคดี The Bileck⁶⁴ ได้เปลี่ยนแปลงแนวคำตัดสินเดิมของศาลไป โดยเป็นกรณีที่คนที่บกพร่องทางจิตได้หลบหนีออกไปจากศูนย์ฟื้นฟูสุขภาพ และได้ทำให้เกิดเพลิงไหม้ป่าขึ้น ซึ่งศาลได้ตัดสินให้ศูนย์รับผิดชอบพื้นฐานความรับผิดแบบเด็ดขาดในการกระทำของบุคคลอื่นตามมาตรา 1384 วรรค 1⁶⁵ จึงเป็นการตีความขยายหลักการทั่วไปของความรับผิดต่อการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งเป็นไปในวิถิต่างเช่นเดียวกับได้กระทำในเรื่องความรับผิดเพื่อสิ่งของ โดยศาลวางหลักว่า บุคคลที่มีอำนาจในการจัดการ สั่งการหรือบังคับบัญชาเหนือคนอื่น ต้องรับผิดอย่างเด็ดขาด (Strict Liability) ในความเสียหายที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากระทำขึ้น เว้นแต่ เป็นเหตุสุดวิสัย หรือผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วย⁶⁶ หลังจากนั้นศาลสูง Cour de cassation ก็ได้ตัดสินคดีตามหลักการทั่วไปของความรับผิดในการกระทำผิดของบุคคลอื่น มาตรา 1384 วรรค 1 อีก โดยเป็นกรณีที่ศาลกำหนดความรับผิดแก่สโมสรกีฬา เพื่อการกระทำของผู้เล่นของตนในการแข่งขันกีฬาเพิ่มขึ้นเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของผู้ดูแลที่จะต้องรับผิดตามมาตรา 1384 วรรค 1 ด้วย⁶⁷

ดังนั้น หากกล่าวโดยสรุปแล้วตามกฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบันสามารถแบ่งประเภทของความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นได้รวม 4 กรณี ดังนี้

- 1) กรณีบิดามารดาต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ตามมาตรา 1384 วรรค 4
- 2) กรณีนายจ้างต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 1384 วรรค 5
- 3) กรณีครูและครูสอนลูกมือฝึกหัดต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของนักเรียนและลูกมือฝึกหัดที่อยู่ในความดูแลตามมาตรา 1384 วรรค 6
- 4) กรณีผู้อนุบาลต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของคนวิกลจริตตามมาตรา 1384 วรรค 1

2.1.2.3 ประเทศเยอรมนี

ในส่วนของประเทศเยอรมนีนั้น ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นมีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) โดยนอกจากมาตรา 831 ซึ่งเป็นกรณีความรับผิดเพื่อการกระทำของลูกจ้างแล้ว ยังมีกรณีอื่นๆ ดังนี้

- (1) ความรับผิดของบิดามารดาและผู้มีหน้าที่ดูแลผู้เยาว์และคนวิกลจริต มาตรา 832 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดของบิดามารดาหรือบุคคลอื่นๆ ที่ดูแลผู้เยาว์และผู้มีสภาพกายหรือจิตบกพร่อง เพราะเป็นบุคคลผู้มีหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือมีหน้าที่ดูแล

⁶⁴ คดี Ass plen 29 March 1991 (Blicck) D 1991.324.

⁶⁵ Raymond Youngs, *English, French and German Comparative Law*, p. 294.

⁶⁶ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p135

⁶⁷ John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, p. 390.

ตามสัญญาในการดูแลบุคคลซึ่งต้องการความดูแล ซึ่งหมายถึงผู้เยาว์หรือผู้ที่ภาวะแห่งจิตหรือสภาพร่างกายไม่เป็นปกติ ความรับผิดชอบดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อสันนิษฐานความผิด การที่กฎหมายสันนิษฐานว่ามีความผิดเป็นเพราะล้มเหลวในการควบคุม เป็นความผิดของผู้มีหน้าที่ดูแลที่งดเว้นการกระทำ (Omission) ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่จกต้องกระทำ บุคคลเหล่านั้นจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่บุคคลภายใต้การดูแลได้ก่อขึ้น เว้นแต่จะพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานได้⁶⁸

(2) ความรับผิดชอบของครู ถือเป็นความรับผิดชอบที่อยู่บนพื้นฐานข้อสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 832 เว้นแต่ ครูจะพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีในการดูแลนักเรียนแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีเป็นครูของรัฐ รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเพื่อครูของรัฐภายใต้บทบัญญัติมาตรา 839 ของประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) และมาตรา 34 ของกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) จึงเป็นความรับผิดชอบที่อยู่บนพื้นฐานความรับผิดชอบเด็ดขาด เนื่องจากครูเป็นลูกจ้างของรัฐ และถือว่าครูโรงเรียนของรัฐเป็นพนักงานของรัฐ (State Officials) ซึ่งปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์ของประเทศ⁶⁹ ความรับผิดชอบของครูเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานกระทำละเมิดต่อหน้าที่ ความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นโดยนักเรียนจึงถูกปรับเข้าตามบทบัญญัติมาตรา 839 ของประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ส่วนครูโรงเรียนเอกชนยังคงต้องถูกปรับเข้าบทบัญญัติมาตรา 832 ประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) นั่นเอง⁷⁰

อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบของนายจ้างตามกฎหมายละเมิดเยอรมัน มาตรา 831 นั้น เมื่อพิจารณาดูแล้วไม่มีความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น แต่เป็นความรับผิดชอบของตนเองโดยตรง เพราะเป็นความรับผิดชอบของนายจ้างเองที่บกพร่องในการเลือกหาลูกจ้างหรือบกพร่องในการจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้ให้ลูกจ้าง หรือบกพร่องในการบังคับบัญชา ความรับผิดชอบของนายจ้างตามกฎหมายเยอรมันจึงวินิจฉัยอยู่บนพื้นฐานความผิดของนายจ้าง (Liability based on Fault) อย่งไรก็ตาม การบังคับใช้มาตรา 831 ในปัจจุบันก็มีการผ่อนคลายนมากขึ้น โดยให้ความรับผิดชอบของนายจ้างเป็นข้อสันนิษฐานความผิดเท่านั้น นายจ้างสามารถพิสูจน์ตนให้พ้นความรับผิดชอบได้ ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกอบรม หรือควบคุมดูแลลูกจ้างตามสมควรแล้ว⁷¹

จะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้บัญญัติความรับผิดทางละเมิดของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทน และความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างทำของในการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่เมื่อพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติของมาตรา 831 แล้ว พบว่า กฎหมายเยอรมันใช้คำว่า ผู้ใช้บุคคลอื่นทำการงานให้ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า นายจ้าง และใช้คำว่า ผู้อื่นที่ทำการงานให้ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า ลูกจ้าง ดังนั้น บุคคลตามมาตรา 831 จึงอาจครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ของตัวการกับตัวแทน และผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างด้วย โดยมีเงื่อนไขว่าตัวการหรือผู้ว่าจ้างที่มอบหมายให้ตัวแทนหรือผู้รับจ้างทำงานให้แก่ตนนั้น มีอำนาจเหนือในการควบคุมหรือบังคับบัญชาตัวแทนหรือผู้รับจ้างได้ เมื่อมีการทำละเมิด

⁶⁸ Gerald Spindler, Oliver Rieckers, Tort Law in German (The Netherlands: Kluwer Law International BV., 2011), p. 82-83.

⁶⁹ Gyula Eorsi, "Private and Government Liability for the Torts of Employees and Organ," International Encyclopedia of Comparative Law, Vol 11, , chapter 4 (1974): 123

⁷⁰ Raymond Youngs, English, French and German Comparative Law, p. 299.

⁷¹ Giliker, Paula, Vicarious liability in tort : a comparative perspective, p 231.

ในขณะที่ทำงานให้แก่ตัวการหรือผู้ว่าจ้างต่อบุคคลภายนอก เช่นนี้ ตัวการหรือผู้ว่าจ้างจึงต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตัวแทนหรือผู้รับจ้างด้วย แต่หากไม่มีอำนาจบังคับบัญชาแล้ว ตัวการหรือผู้ว่าจ้างก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อความรับผิดตามมาตรา 831 เป็นเพียงข้อสันนิษฐานความผิดเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่ตัวการและผู้ว่าจ้างมีความรับผิดดังกล่าวจึงสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานให้ตนพ้นความรับผิดได้เช่นเดียวกับนายจ้าง

ส่วนความรับผิดของผู้รับจ้างทำของและตัวแทนไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 831⁷² แต่ผู้ว่าจ้างอาจต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดของผู้รับจ้างทำของภายใต้บทบัญญัติมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB)⁷³ อันเป็นความรับผิดทางละเมิดเพื่อการกระทำของตนเองได้ ซึ่งความรับผิดจะอยู่บนพื้นฐานความผิดของนายจ้าง (Liability based on Fault)

ดังนั้น หากกล่าวโดยสรุปแล้วตามกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันสามารถแบ่งประเภทของความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นได้รวม 4 กรณี ดังนี้

- 1) กรณีนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 831
- 2) กรณีบิดามารดาต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของตนตามมาตรา 832
- 3) กรณีครูต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของตนตามมาตรา 832
- 4) กรณีบุคคลซึ่งมีหน้าที่ต้องดูแลผู้ที่มีภาวะจิตหรือสภาพร่างกายไม่ปกติต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลภายใต้การดูแลของตนตามมาตรา 832

จากการศึกษาข้างต้น หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดเพื่อบุคคลอื่นมีแนวคิดหรือทฤษฎีความรับผิดที่อยู่เบื้องหลัง 2 แนวทาง คือ ทฤษฎีความรับผิดแบบเคร่งครัดหรือความรับผิดเด็ดขาด (strict liability) และทฤษฎีความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย (Presumed unlawfulness based-liability / Liability based on Presumed Fault) โดยในแต่ละประเทศที่ได้ศึกษานั้น จะเห็นได้ว่า หากเป็นประเทศอังกฤษ หลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นนั้นหมายถึงความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้างเท่านั้น (vicarious liability) ซึ่งแนวคิดและทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์ความรับผิดเป็นทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict liability) เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสที่หลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น มีทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์ความรับผิดเป็นทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict liability) ทั้งสิ้น โดยมีความรับผิดหลายประเภทมากกว่าประเทศอังกฤษ ได้แก่ ความรับผิดของบิดามารดา ความรับผิดของครูอาจารย์ ความรับผิดของนายจ้าง และความรับผิดของผู้ดูแลคนวิกลจริต ส่วนประเทศเยอรมันมีหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นอยู่บนพื้นฐานเฉพาะทฤษฎีความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย Liability based on Presumed Fault เท่านั้น ทั้งนี้

⁷² Ibid. p. 298.

⁷³ Article 832 (1) BGB : A person who willfully or negligently injures the life , health, freedom, property , or other right of another contrary to law is bound to compensate him for any damage arising therefrom.

เหตุผลที่ทำให้แต่ละประเทศมีแนวคิดหรือทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์ความรับผิดในเรื่องนี้แตกต่างกันออกไป น่าจะเป็นเพราะพัฒนาการของกฎหมายแต่ละประเทศที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่แตกต่างกันไป เจตนารมณ์ของการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจึงแตกต่างกันไปด้วย บางประเทศที่มุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอกให้ได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายมากก็จะใช้ทฤษฎีความรับผิดแบบเด็ดขาด เพื่อบังคับให้ผู้ต้องร่วมรับผิดมาร่วมรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกับผู้ทำละเมิดด้วย แต่บางประเทศที่เห็นว่าความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นเป็นเรื่องบทยกเว้นหลักของความรับผิดในการกระทำของตนเอง จึงควรเปิดโอกาสให้ผู้ต้องร่วมรับผิดได้พิสูจน์หักล้างความรับผิดของตนเองได้บ้างตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่นนี้ ประเทศดังกล่าวก็จะใช้ ทฤษฎีความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เพื่อให้โอกาสผู้ต้องร่วมรับผิดพิสูจน์หักล้างเป็นประการอื่นได้ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าประเทศใดจะมีแนวคิดหรือทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามแนวทางใด ผู้เขียนเชื่อว่า ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ที่สำคัญก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคมมากขึ้น และในผลท้ายที่สุดย่อมหวังว่าหลักเกณฑ์ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นจะสามารถช่วยให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาจนอยู่ในฐานะเสมือนความเสียหายมิได้เกิดขึ้นมากที่สุด อันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดนั่นเอง

2.2 แนวคิดทางกฎหมายและหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง

ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ถือเป็นความสัมพันธ์ที่เป็นพื้นฐานเริ่มต้นของความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ซึ่งต่อมาภายหลังได้มีการพัฒนาหลักแนวคิดไปสู่ความสัมพันธ์รูปแบบอื่นๆ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่การจะเข้าใจถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของหลักความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างได้นั้น จะต้องทำการศึกษาเกี่ยวกับประวัติและความเป็นมาของหลักความรับผิดดังกล่าว เพื่อให้ทราบถึงที่มาของกฎหมายในเรื่องนี้ โดยจะต้องศึกษาทั้งแนวคิดและความเป็นมาทั้งของต่างประเทศและของประเทศไทย รวมถึงแนวคิดทฤษฎีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

2.2.1 ความเป็นมา หลักการและแนวคิดทางทฤษฎี

หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น มีวิวัฒนาการตลอดเรื่อยมาตั้งแต่สมัยโรมันจนถึงปัจจุบัน และก็ยังคงพัฒนาหลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้างต่อไปไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งสามารถศึกษาความเป็นมาของหลักกฎหมายได้ทั้งกฎหมายของต่างประเทศและของประเทศไทยได้ดังนี้

2.2.1.1 หลักกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายของประเทศต่างๆ ในยุคสมัยใหม่ได้มีการพัฒนาแนวคิดในเรื่องความรับผิดของนายจ้างกรณีลูกจ้างทำละเมิด และได้มีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคม

เศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น จนกลายเป็นหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดในแต่ละประเทศ ซึ่งวิวัฒนาการดังกล่าวแยกตามกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ได้ดังต่อไปนี้

(1) ประเทศอังกฤษ

ในกฎหมายอังกฤษ แต่เดิมความรับผิดเพื่อผู้อื่น เป็นเรื่องของนายทาส จะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ทาสของตนได้กระทำจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น และได้ขยายไปถึงถึงหัวหน้าคริวเรือและนายจ้างที่ต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดของสมาชิกในครอบครัวและคนใช้ของตน จนกระทั่งถึงสมัยแองโกล – นอร์มันเริ่มแรก ความคิดเรื่องความรับผิดในความผิดของลูกจ้างหรือทาสก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปสู่ความผิดเฉพาะในกรณีที่นายจ้างมีคำสั่งหรือให้ความยินยอมในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง กล่าวคือ นายจ้างจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อนายจ้างได้ออกคำสั่งหรือยินยอมรู้เห็นในการกระทำละเมิดของลูกจ้างเท่านั้น โดยถือว่าการกระทำของลูกจ้างก็คือการกระทำของนายจ้างนั่นเอง จนกระทั่งถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 16 ทฤษฎีคำสั่ง (Command theory) ก็ได้วางเป็นหลักขึ้น⁷⁴ แต่ต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16-17 ความรับผิดของนายจ้างได้ถูกจำกัดให้มีขอบเขตแคบลงจากเดิมมาก โดยนายจ้างจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อได้ออกคำสั่งหรือยินยอมรู้เห็นโดยเฉพาะเจาะจงในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาไปถึงเจตนาและความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งของนายจ้างและลูกจ้าง ทำให้นายจ้างมีความรับผิดได้ยากขึ้น⁷⁵

แนวความคิดเรื่องดังกล่าวได้มีการเปลี่ยนแปลงในระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 18 และ 19 ไปสู่กฎเกณฑ์ที่ว่านายจ้างจะต้องรับผิดด้วย แม้นายจ้างจะมีได้รู้เห็นหรือออกคำสั่งให้ทำละเมิด แต่ถ้าสามารถอนุมานเอาโดยปริยายจากคำสั่งหรือพฤติการณ์ต่างๆ ของนายจ้างว่ารู้เห็นเป็นใจเกิดเป็นทฤษฎีคำสั่งโดยปริยาย (Implied command theory) ที่กำหนดความรับผิดของนายจ้างใหม่เป็นการขยายขอบเขตความรับผิดของนายจ้างให้กว้างยิ่งขึ้น โดยพิจารณาขอบเขตของอำนาจทั่วไปที่นายจ้างมอบหมายให้ลูกจ้างนั่นเอง เหตุที่จำเป็นต้องเปลี่ยนเพราะเนื่องมาจากความเจริญรุดหน้าทางการค้าของอังกฤษ ทำให้ลูกจ้างมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยที่นายจ้างอาจไม่ได้รู้เห็นหรือออกคำสั่งโดยตรง หากยังถือตามหลักเรื่องคำสั่งโดยเฉพาะแล้ว ผู้เสียหายก็จะไม่ได้รับการชดใช้ ประกอบกับลูกจ้างมักมีฐานะยากจนทำให้ไม่อาจเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ส่งผลให้การค้าต้องประสบความยุ่งยาก และท้ายที่สุด นับตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ทฤษฎีทางการที่จ้าง (Scope of employment theory) ได้เข้ามาแทนที่ทฤษฎีคำสั่งโดยปริยาย ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของนายจ้าง โดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์กันในฐานะนายจ้างและลูกจ้าง หากลูกจ้างทำละเมิดในขณะที่ทำงานในทางการที่จ้าง นายจ้างจะต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้าง ซึ่งนับเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่ามีความเหมาะสมมากที่สุดจนถึงปัจจุบัน⁷⁶

⁷⁴ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์อีสานการพิมพ์, 2507), หน้า 2.

⁷⁵ วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดควรได้, หน้า 183-184.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 184.

ในกฎหมายอังกฤษ นายจ้างต้องรับผิดชอบในการละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้นในทางการที่จ้างในกรณีที่ลูกจ้างกระทำละเมิดได้ปฏิบัติตามเช่นลูกจ้าง คือลูกจ้างได้กระทำละเมิดในขณะที่ทำบางสิ่งซึ่งลูกจ้างได้รับจ้างให้กระทำหรือเมื่อลูกจ้างได้กระทำการละเมิด อันเป็นการกระทำซึ่งเกิดขึ้นในขอบเขตอำนาจของลูกจ้างโดยชัดแจ้ง และอยู่ในทางการที่จ้างของตนหรือนายจ้างได้ให้สัตยาบันในเวลาต่อมา⁷⁷

(2) ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี

กฎหมายลักษณะละเมิดนั้นมีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายโรมัน แต่ในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของผู้อื่น กฎหมายโรมันไม่ได้มีบัญญัติไว้ เพราะชาวโรมันไม่เคยตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว ทั้งๆ ที่มีหลายกรณีที่ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบเมื่อการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาเกิดขึ้นก็ตาม เช่น ชาวโรมันซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัวจะต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายแพนทาสหรือสมาชิกในครอบครัว เว้นแต่จะยอมส่งมอบตัวทาสหรือสมาชิกที่ทำผิดให้แก่ผู้เสียหายอย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างสำหรับความผิดที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นในทางการที่จ้างถือเป็นเรื่องที่แปลกตามความคิดของกฎหมายโรมัน เนื่องจากสมัยโรมันยังไม่มีควมรับผิดชอบดังกล่าว โดยหลักความรับผิดชอบของนายจ้างเป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นตามกฎหมายสมัยใหม่ (modern law)⁷⁸ และต่อมาในยุคของพระเจ้าจัสติเนียนก็ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดว่า มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างกรณีลูกจ้างทำละเมิดไว้ โดยกำหนดเป็นหนึ่งในสี่ประเภทของหนี้ตามกฎหมายเสมือนละเมิดนั่นเอง โดยกำหนดให้นายจ้างซึ่งเป็นผู้รับคนส่งของโดยสาร (nauta) เจ้าสำนักโรงแรม (caupa) และคอกม้า (stabularius) ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำฉ้อฉลหรือลักทรัพย์ของลูกจ้างของตน⁷⁹ ซึ่งหนี้ตามกฎหมายเสมือนละเมิดของกฎหมายโรมันนี้ได้มีอิทธิพลเข้าไปอยู่ในกฎหมายฝรั่งเศสด้วย เรียกว่า “Quasi-delits”⁸⁰ จะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของนายจ้างดังกล่าว นายจ้างไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดหรือทำละเมิดด้วยตนเอง แต่เป็นความรับผิดชอบในการกระทำของคนอื่น

ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างเพื่อการกระทำของลูกจ้างหรือคนใช้ (Servant) ซึ่งกระทำไปในทางการที่จ้าง มีรากฐานทางประวัติศาสตร์มาจากหลักความรับผิดชอบของนายทาสเพื่อการกระทำละเมิดของลูกทาส อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างมีวิวัฒนาการทางด้านความคิดทางกฎหมายค่อนข้างเร็วเมื่อเทียบกับหลักความรับผิดชอบของนายทาส เนื่องจากนักกฎหมายมีการปรับใช้หลักดังกล่าวบนพื้นฐานของข้อสันนิษฐานที่ว่า การกระทำของลูกจ้างหรือคนใช้เพื่อกิจการของนายจ้างให้ถือว่าลูกจ้างหรือคนใช้

⁷⁷ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 3.

⁷⁸ Giliker, Paula, Vicarious liability in tort : a comparative perspective (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 6-7.

⁷⁹ ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), หน้า 96.

⁸⁰ Charles Phineas Sherman, Roman Law in the Modern World, 2nd, Vol. ii (New York: Baker, Voorhis & Co., 1924), p. 385.

นั้นได้รับอำนาจไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายจากนายจ้างให้กระทำทั้งสิ้น และเมื่อข้อสันนิษฐานอยู่บนหลักการซึ่งลูกจ้างหรือคนใช้ได้รับอำนาจจากนายจ้างแล้ว นักกฎหมายต่างๆ จึงมีความเห็นที่ตรงกันว่า นายจ้างจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม การพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดของนายจ้างได้ถูกแก้ไขและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดของนายจ้างขึ้นแทนที่หลักเดิม โดยให้นายจ้างมีความรับผิดภายในขอบเขตทางการที่จ้างเท่านั้น⁸¹

การที่นายจ้างต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดของลูกจ้างก็เพราะเหตุที่นายจ้างมีความสามารถในการชดเชยค่าเสียหายได้มากกว่าลูกจ้างหรือคนใช้ของตน และการกระทำของลูกจ้าง ก็ทำไปเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง ดังนั้น เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น นายจ้างจึงควรต้องรับผิดชอบด้วย ความรับผิดอันเกิดจากการทำเพื่อประโยชน์ของนายจ้างตามแนวความคิดของนักกฎหมายซีวิลลอว์สมัยนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่การกระทำของลูกจ้างหรือคนใช้เท่านั้น ยังรวมถึงการกระทำของตัวแทนด้วย แนวความคิดที่ให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง ถือเป็นเหตุผลทางสังคมหรือความจำเป็นของสังคมที่ต้องกำหนดให้มีหลักนี้ เพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับการรับประกันจากนายจ้างในความเสียหายหรือบาดเจ็บที่เกิดจากการทำการตามคำสั่งในทางการที่จ้างของนายจ้าง⁸²

ความเป็นมาของความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างถูกเข้าใจได้ดีที่สุดเมื่อพิจารณาในบริบทของยุคการจัดทำประมวลกฎหมายในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ถึงแม้ว่านักประวัติศาสตร์ของกฎหมายคอมมอนลอว์จะมองย้อนไปพิจารณาตั้งแต่สมัยยุคกลางก็ตาม แต่ถือได้ว่าในคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นช่วงเวลาที่สำคัญอย่างมากของการพัฒนาแนวความคิดเรื่องความรับผิดของนายจ้างในเรื่องนี้ ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศฝรั่งเศสมีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีอย่างมาก ซึ่งส่งผลไปถึงพัฒนาการที่สำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างที่แยกต่างหากจากในยุคแรกๆ ที่มุ่งเน้นไปที่ความสัมพันธ์ของช่างฝีมือกับลูกมือผู้ฝึกงานอันจะพบเห็นได้ทั่วไป ในยุคก่อนการปฏิวัติอุตสาหกรรม จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1804 หลังจากการเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมและเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองขึ้น จึงได้เกิดคำถามเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดของบุคคลที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับการเกิดความผิดขึ้นและปัญหาการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่ได้รับชดเชยค่าเสียหายมากขึ้น ดังนั้น ความเปลี่ยนแปลงในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ไม่เพียงแต่จะทำให้เกิดการพัฒนาหลักความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นเท่านั้น แต่ยังเป็นการเปลี่ยนแปลงเหตุผลและบทบาทที่อยู่เบื้องหลังของแนวคิดในกฎหมายละเมิดไปด้วย⁸³

แม้ผู้ร่างประมวลกฎหมายได้รับอิทธิพลในเรื่องความผิดมาจากแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติซึ่งยึดถือตามแนวคิดทั่วไปที่ความรับผิดจะเกิดขึ้นเมื่อมีความผิด แต่จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1804 ได้มีบทบัญญัติเรื่องความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นไว้ในมาตรา 1384 โดยวางข้อกำหนดความรับผิดของบิดามารดา ครูอาจารย์

⁸¹ วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควัด, หน้า 184.

⁸² K.W. Ryan, An Introduction to the Civil Law (Australia: The Law Book Co. of Australia PTY LTD., 1962), p. 134.

⁸³ Giliker, Paula, Vicarious liability in tort : a comparative perspective, p. 7-8.

นายจ้าง⁸⁴ ในการกระทำของบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตน ทั้งนี้ ความรับผิดของนายจ้าง ตามมาตรา 1384 ดังกล่าวในช่วงแรกเป็นความรับผิดซึ่งตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานความผิดที่สามารถ พิสูจน์หักล้างได้ (presumptions of fault) โดยนายจ้างจะต้องแสดงให้เห็นว่า ตนได้ใช้ความ ระวังระมัดระวังในการควบคุมดูแลลูกจ้างแล้ว การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งช่วยทำให้เข้าใจเจตนารมณ์ ของผู้ร่างกฎหมายได้มากขึ้น จะเห็นได้ว่า ความรับผิดตามข้อสันนิษฐานความผิดนี้ยังคงอยู่บนพื้นฐาน ของหลักความผิด (Fault) โดยเป็นความผิดที่ถูกกำหนดว่า นายจ้างซึ่งได้รับประโยชน์จากการทำงาน ของลูกจ้างมีความผิดเนื่องจากได้มอบความไว้วางใจให้กับลูกจ้างซึ่งไปทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่น คือ ผิดในการคัดเลือกตัวลูกจ้างหรือผิดในการควบคุมดูแลลูกจ้างให้ทำงาน แต่ข้อสันนิษฐานนี้จะไม่ นำมาบังคับใช้แก่นายจ้าง หากความเสียหายนั้นย่อมเกิดขึ้นไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม กล่าวคือ นายจ้างก็ ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายนั่นเอง⁸⁵

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1804 ไม่ได้มีการบัญญัติความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นไว้เป็นหลักทั่วไป แต่บัญญัติแยกไว้ เป็นเฉพาะเรื่องไป นอกจากนี้ในการตัดสินคดีของศาลตามมาตรา 1384 วรรค 3 ยังคงยึดหลัก ความผิดมาเป็นหลักในการพิจารณาความรับผิดของนายจ้าง การพิจารณาความรับผิดตามข้อ สันนิษฐานความผิดจึงถูกทำให้หายไป ผลจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายละเมิดดังกล่าวนำไปสู่การ ตีความกฎหมายอย่างถูกต้องตามความเป็นจริงบนพื้นฐานของความผิดซึ่งขึ้นอยู่กับแนวคิดความเสี ยทางสังคม ถึงแม้ว่าถ้อยคำในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งประกาศใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1804 จะ มีการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย แต่การตีความปรับใช้กฎหมายในปัจจุบันมีลักษณะเป็นไปตามความ ตั้งใจของผู้ร่างกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลความคิดมาจากกฎหมายธรรมชาติและเหตุผลตามยุคสมัย⁸⁶

2.2.1.2 หลักกฎหมายไทย

ประเทศไทยมีบทบัญญัติเรื่องนายจ้างต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้างมาตั้งแต่ สมัยโบราณแล้ว โดยแต่เดิมมีการเรียกนายจ้างลูกจ้างว่า นายเงินกับทาส ต่อมาเมื่อได้มีการ ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 บรรพ 1 และ 2 แล้ว จึงได้เปลี่ยนมา เรียกว่า นายจ้างและลูกจ้าง (employer and employee)⁸⁷

(1) ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้พบหลักฐานแน่ชัดตามกฎหมายตราสามดวงซึ่งได้ บัญญัติเรื่องทาสไว้ในกฎหมายหลายลักษณะด้วยกัน โดยกฎหมายแต่ละลักษณะได้บัญญัติให้นายจ้าง ร่วมรับผิดกับลูกจ้างทั้งสิ้น เช่น ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ มาตรา 7 กำหนดให้ในกรณีที่นายทราบบ ถึงการที่ทาสของตนไปเยี่ยมทรัพย์ของผู้อื่นมา นายก็ต้องรับผิดด้วย , ในกฎหมายลักษณะวิวาท มาตรา

⁸⁴ French Civil Code of 1804 Article 1384 (3) Masters and employers, for the damage caused by their servants and employees in the functions for which they have been employed.

⁸⁵ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 8-9.

⁸⁶ Ibid., p. 9.

⁸⁷ ประภาศน์ อวยชัย, “ความรับผิดเพื่อละเมิดในทางการที่จ้าง,” *บทบัญญัติ* 21 (กรกฎาคม 2506): 585.

13 กำหนดให้ในกรณีที่นายซึ่งมีอำนาจจะห้ามปรามทาสของตนไม่ให้กระทำผิด แต่ไม่ห้ามปราม เมื่อทาสทำละเมิดนายก็ย่อมต้องรับผิดชอบเหมือนดังว่าได้กระทำละเมิดด้วยตนเอง , ในกฎหมายลักษณะกัณฑ์มาตรา 2 กำหนดให้ในกรณีที่นายทราบถึงการที่ทาสของตนไปกัณฑ์เยี่ยมสิ้นเขามา นายก็ต้องรับผิดชอบหรือในกฎหมายลักษณะทาส มาตรา 9 กำหนดให้นายทาสที่เอาทาสไปขายฝาก ถ้าทาสนั้นไปทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหาย หรือไปลักขโมยเขามา นายก็ต้องรับผิดชอบ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของนายจ้างตามกฎหมายเก่าของไทยมีขอบเขตที่กว้างกว่าความรับผิดชอบของนายจ้างตามกฎหมายต่างประเทศเพราะตามกฎหมายไทยนายจ้างต้องรับผิดชอบทั้งทางสัญญาและทางละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำขึ้น โดยยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบที่แน่นอน ยังขึ้นอยู่กับพิจารณาองค์ประกอบของแต่ละความผิดไป ยังไม่ชัดเจนว่ามีการใช้ทฤษฎีใดเหมือนอย่างกฎหมายต่างประเทศ⁸⁸

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 กฎหมายอังกฤษได้เริ่มเข้ามาอิทธิพลต่อกฎหมายไทย สืบเนื่องมาจากนักกฎหมายของไทยสำเร็จการศึกษากลับมาจากประเทศอังกฤษหลายคน จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดความรับผิดชอบทางละเมิดโดยยอมรับแนวความคิดตามกฎหมายยุโรป และได้นำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) มาใช้เป็นหลักในการพิจารณาคดี⁸⁹ โดยในเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ก็ได้มีการนำทฤษฎีในทางการที่จ้างมาใช้ ซึ่งการกระทำที่ถือว่าอยู่ในหน้าที่ของบ่าวซึ่งนายจ้างจะต้องรับผิดชอบนั้น ได้แก่ ความผิดเป็นผลธรรมดาซึ่งจะเกิดจากการที่นายใช้ให้บ่าวทำการอันน่ากลัวจะเกิดอันตราย , บ่าวเดินเล่อในเวลากระทำกรอยู่ ในขอบเขตหน้าที่ของบ่าว , การที่บ่าวกระทำเกินอำนาจ หรือได้กระทำด้วยความเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง โดยได้ความว่าบ่าวได้กระทำแทนนายในการซึ่งนายได้มอบอำนาจให้กระทำ และได้กระทำโดยสมควรแล้ว และกรณีความผิดที่บ่าวได้กระทำโดยตั้งใจ เมื่อเป็นการกระทำในหน้าที่และเพื่อประโยชน์ของนาย แม้ว่านายจะสั่งเด็ดขาดแล้วว่าไม่ให้กระทำเช่นนั้น⁹⁰

(2) หลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แนวความคิดการจัดทำประมวลกฎหมายของไทยเริ่มมีขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นยุคล่าอาณานิคมของชาวตะวันตก ประเทศไทยในขณะนั้นจึงจำเป็นต้องปรับปรุงประเทศโดยด่วนโดยเฉพาะในเรื่องกฎหมายและการศาล เพื่อให้เป็นที่ยอมรับของชาวตะวันตกและนำไปสู่การยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต รัชกาลที่ 5 จึงทรงโปรดเกล้าฯ ให้การจัดระบบกฎหมายเสียใหม่ จึงมีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 บรรพ 1 และ 2 ซึ่งประกาศใช้เป็นฉบับแรก จัดทำขึ้นจากการชำระรวบรวมบทกฎหมายเก่าเข้าเป็นหมวดหมู่และเพิ่มเติมบทกฎหมายใหม่ให้ครบถ้วนเข้าเป็นประมวลตามแบบอย่างของชาวตะวันตก มีบทบัญญัติเรื่องละเมิด

⁸⁸ วารีนานาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิศวรรได้, หน้า 184.

⁸⁹ พระเจ้าฟิยาเธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เล็กเซอร์ (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒนาการ, 2468), หน้า 117.

⁹⁰ ขุนหลวงพระไกรสี (เทียม), หลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองลหุโทษ, ร.ศ. 126), หน้า 18-19.

อยู่ในลักษณะ 4 หมวด 1 “ความจะต้องใหม่เพราะลเมิต” มาตรา 186 - 203 โดยบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของนายจ้างเพื่อการกระทำละเมิดของลูกจ้างปรากฏอยู่ในมาตรา 189 และ 190⁹¹ ดังนี้
 มาตรา 189 “นายจ้างกับลูกจ้างจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในผลแห่งลเมิตซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น”

มาตรา 190 “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมให้แก่บุคคลภายนอกไปเพราะลเมิตอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น”

บทบัญญัติที่ใช้เป็นต้นร่างของมาตรา 189 ได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 715 ส่วนมาตรา 190 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 715 วรรค 3 และประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 55 วรรค 2⁹²

แม้ว่าที่มาของมาตรา 189 จะมีต้นร่างมาจากหลักกฎหมายละเมิดของเยอรมัน มาตรา 831 ก็ตาม แต่การตีความมาตรา 831 และมาตรา 189 กลับแตกต่างกัน คือ ความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 831 ไม่ใช่ความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) แต่เป็นความรับผิดในการกระทำของตนเอง ซึ่งเกิดจากความบกพร่องในการเลือกลูกจ้าง หรือบกพร่องในการควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้าง ดังนั้น เมื่อนายจ้างชดใช้ค่าเสียหายแล้ว จึงไม่สามารถไล่เบี้ยจากลูกจ้างได้ ในขณะที่ มาตรา 189 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นความรับผิดทางละเมิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ความรับผิดของนายจ้างจะเกิดขึ้นเมื่อลูกจ้างมีความผิด ดังนั้น เมื่อนายจ้างชดใช้ค่าเสียหายแล้ว จึงสามารถไล่เบี้ยจากลูกจ้างได้ ตามมาตรา 190 ซึ่งเป็นการตีความเช่นเดียวกับหลักความรับผิดทางเพื่อละเมิดในการกระทำของบุคคลอื่นของประเทศอังกฤษ

ต่อมาภายหลังได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 ได้ตรวจชำระใหม่ โดยบทบัญญัติเรื่องละเมิดถูกวางอยู่ในลักษณะ 5 มาตรา 420 - 452 และหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดของนายจ้างเพื่อการกระทำละเมิดของลูกจ้าง บัญญัติอยู่ในมาตรา 425 และมาตรา 426 ซึ่งยังคงมีสาระสำคัญในเรื่องความรับผิดเช่นเดียวกันกับมาตรา 189 - 190 และบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

มาตรา 425 “นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งลเมิต ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น”

มาตรา 426 “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก เพื่อลเมิตอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น”

⁹¹ คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทำข้างวังหน้า กรุงเทพมหานคร หน้า 62-63.

⁹² มานวราชเสวี, พระยา, ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 บรรพ 1-5, เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี 18 กันยายน 2533.

2.2.2 แนวคิดสมัยใหม่ของความรับผิดทางละเมิดของนายจ้าง

ความรับผิดในทางละเมิดของนายจ้างในระบบกฎหมายปัจจุบันมีกรอบแนวคิด 2 ประเภทใหญ่ๆ⁹³ คือ

(1) Strict Liability คือ ความรับผิดอย่างเคร่งครัดของนายจ้าง ซึ่งมาจากการที่ลูกจ้างกระทำละเมิดไปในทางการที่จ้าง (the course of employment) แนวคิดความรับผิดนี้ใช้อยู่ในกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส⁹⁴

(2) Centrality of fault คือความรับผิดของนายจ้างเป็นข้อสันนิษฐาน กล่าวคือกฎหมายสันนิษฐานว่านายจ้างมีความผิดในการที่ลูกจ้างไปทำละเมิด แนวคิดความรับผิดนี้ใช้อยู่ในกฎหมายของประเทศเยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ และออสเตรเลีย⁹⁵

ทั้งนี้ ความรับผิดทั้งสองรูปแบบดังกล่าวมีองค์ประกอบร่วมกัน 3 ประการ ที่ทำให้เกิดความรับผิดของนายจ้าง ดังนี้⁹⁶

1. ความสัมพันธ์ที่เฉพาะเจาะจงระหว่างบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลที่ต้องร่วมรับผิด (Specific type of relationship) กล่าวคือ จะต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้างต่อกัน โดยถือเป็นความสัมพันธ์เฉพาะเจาะจงตามที่กฎหมายกำหนด เมื่อลูกจ้างซึ่งทำงานให้นายจ้างได้ทำละเมิดในขณะทำงานให้นายจ้าง นายจ้างซึ่งเป็นผู้สั่งให้ลูกจ้างทำงานและมีอำนาจควบคุมการทำงานของลูกจ้างจึงต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำด้วย ซึ่งตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ความสัมพันธ์ที่เฉพาะเจาะจงดังกล่าวก่อให้เกิดหลักความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นขึ้น หรือที่เรียกว่า Vicarious Liability แต่จะมุ่งเน้นความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเป็นส่วนใหญ่และจำกัดเฉพาะการกระทำของบุคคลอื่นในทางละเมิดเท่านั้น⁹⁷ ส่วนระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น ความสัมพันธ์ที่เฉพาะเจาะจงก็ก่อให้เกิดหลักความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นขึ้นเช่นกัน แต่มีขอบเขตของความรับผิดที่กว้างกว่าระบบคอมมอนลอว์ เนื่องจากเป็นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นที่รวมทั้งทางละเมิด สัญญา และตามกฎหมายอื่น มีลักษณะเป็น Liability for the acts of others⁹⁸ นอกจากขอบเขตของการกระทำที่กว้างกว่าแล้ว ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่กระทำผิดกับบุคคลที่ต้องร่วมรับผิดก็มีขอบเขตที่กว้างกว่าระบบคอมมอนลอว์ด้วย เช่น ในประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่ได้หมายความถึงเฉพาะความสัมพันธ์ของนายจ้างลูกจ้างเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงความสัมพันธ์อื่นๆ ที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่หรือทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งให้กับอีกบุคคลหนึ่งด้วย ในประเทศเยอรมันก็ไม่ใช่คำว่านายจ้างลูกจ้าง แต่ใช้คำที่มีความหมายกว้างกว่า คือความสัมพันธ์ที่ผู้หนึ่งให้ผู้อื่นทำงานให้ เป็นต้น⁹⁹

⁹³ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 21

⁹⁴ Ibid., p. 22.

⁹⁵ Ibid., p. 23.

⁹⁶ Ibid., p. 22.

⁹⁷ Ibid., p. 22-23.

⁹⁸ Ibid., p. 25.

⁹⁹ Ibid., p. 26.

2. มีการกระทำผิดมิชอบ (wrongful act) กล่าวคือ เมื่อมีความสัมพันธ์ที่เฉพาะเจาะจงระหว่างบุคคลแล้ว ก็จะต้องมีการกระทำผิดหรือทำละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่เหมือนกันทั้งระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ แต่สิ่งที่แตกต่างกัน คือ แนวความคิดของกฎหมายอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส เห็นว่า เมื่อมีการกระทำละเมิดของลูกจ้างเกิดขึ้น ก็เพียงพอแล้วที่นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบ ความรับผิดชอบของนายจ้างจึงเป็นความรับผิดแบบเคร่งครัด (Strict liability)¹⁰⁰ แต่ในขณะที่ประเทศเยอรมัน เห็นว่า นอกจากจะมีการทำละเมิดของลูกจ้างแล้ว นายจ้างจะต้องมีความผิดของนายจ้างเองด้วย โดยความผิดของนายจ้าง ได้แก่ นายจ้างคัดเลือกลูกจ้างไม่ดี หรือจัดหาเครื่องมือที่ไม่ดีมาให้ลูกจ้างใช้ หรือควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้างไม่ดี¹⁰¹ เป็นต้น ดังนั้น ตามแนวคิดของประเทศเยอรมันนั้น ความรับผิดชอบของนายจ้างจึงเป็นข้อสันนิษฐานความผิด (Centrality liability) ที่นายจ้างสามารถพิสูจน์หักล้างว่าตนไม่มีความผิดได้ โดยอ้างว่าได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกลูกจ้าง จัดหาเครื่องมือในการทำงาน และควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้างตามสมควรแล้ว หากพิสูจน์ได้ นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดร่วมกับลูกจ้าง¹⁰² จึงเห็นได้ว่า แนวคิดของประเทศเยอรมันให้ความสำคัญคุ้มครองนายจ้างมากกว่าระบบคอมมอนลอว์และประเทศฝรั่งเศส

3. บุคคลภายนอกได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของลูกจ้าง กล่าวคือ การทำละเมิดของลูกจ้างต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกขึ้น หากไม่มีความเสียหาย นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชดใช้เยียวยาความเสียหายแต่อย่างใด¹⁰³

อย่างไรก็ตาม แนวคิดพื้นฐานของหลักความรับผิดในทางละเมิดของนายจ้าง (Vicarious Liability) ยังมีความแตกต่างกันโดยแยกพิจารณาตามระบบกฎหมายดังนี้

2.2.2.1 ประเทศอังกฤษ

ตามแนวความคิดของกฎหมายอังกฤษ (Common law) หลักความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น (vicarious liability) นั้น มีแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญสองประการ คือ

(1) แนวคิดเรื่อง “ความรับผิดชอบของนายจ้าง” (Servant’s tort theory) ความรับผิดชอบของนายจ้างเกิดจากการกระทำผิดของลูกจ้าง นายจ้างไม่ได้กระทำผิดแต่นายจ้างมีความรับผิดเพราะลูกจ้างไปทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งเป็นแนวคิดที่ให้เหตุผลว่ากฎหมายเป็นผู้กำหนดให้นายจ้างมีความรับผิด เพื่อเหตุผลบางประการ ซึ่งแท้จริงแล้วผู้ที่ทำผิดคือลูกจ้าง¹⁰⁴ ดังนั้น เมื่อนายจ้างได้ชดใช้เยียวยาความเสียหายไปแล้ว จึงสามารถมาไล่เบี้ยคืนจากลูกจ้างได้ แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง

(2) แนวคิดเรื่อง “นายจ้างทำผิด” (Master’s tort) นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำของละเมิดของลูกจ้าง เพราะการกระทำของลูกจ้างถือเป็นการกระทำของนายจ้าง นายจ้างได้กระทำผิดโดยผ่านลูกจ้าง ลูกจ้างเป็นผู้ทำละเมิดก็ถือได้ว่านายจ้างเป็นผู้ทำละเมิดนั้นด้วย

¹⁰⁰ Ibid., p. 27.

¹⁰¹ Ibid., p. 28.

¹⁰² Ibid., p. 231.

¹⁰³ Ibid., p. 22.

¹⁰⁴ Ibid., p. 13.

ตนเอง เนื่องจากการกระทำของลูกจ้างเปรียบเสมือนนายจ้างกระทำเอง ลูกจ้างเป็นเหมือนแขนขาให้นายจ้างในการทำการงาน เมื่อนายจ้างมีได้ระมัดระวังในการเลือกหาลูกจ้าง หรือไม่ควบคุมดูแลลูกจ้างให้ดี นายจ้างจึงควรต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง เพราะถือเป็นการกระทำละเมิดของตนเอง ดังคำกล่าวที่ว่า “qui facit alium facit per se” (He who acts through another, acts for himself)¹⁰⁵

แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายส่วนใหญ่ของประเทศอังกฤษเห็นว่า ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ควรจะเป็นเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างมากกว่าที่จะเป็นเรื่องนายจ้างทำผิด เพราะเมื่อลูกจ้างกระทำความผิดแล้วจะโอนความผิดนั้นไปให้นายจ้างซึ่งเป็นอีกบุคคลหนึ่งไม่ได้ การโอนความผิดจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น ดังนั้นหากพิจารณาตามทฤษฎีนายจ้างทำผิด (Master's torts theory) แล้ว จะเป็นเรื่องการโอนความผิดของลูกจ้างไปเป็นของนายจ้าง ซึ่งส่งผลให้ลูกจ้างไม่มีความผิด เพราะได้โอนความผิดที่กระทำไปแล้ว ส่วนนายจ้างก็ต้องรับผิดชอบที่ถือเป็นการผิดของตนเองแต่เพียงผู้เดียว ไม่สามารถมาไล่เบี้ยจากลูกจ้างได้ ซึ่งลักษณะดังกล่าวขัดกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เพราะแท้จริงแล้วลูกจ้างก็ยังคงมีความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตนเองอยู่ เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องมาร่วมรับผิดชอบด้วยเท่านั้น¹⁰⁶

2.2.2.2 ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี

หลักความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น (vicarious liability) ตามแนวความคิดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) แยกพิจารณาตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ดังนี้

ในประเทศฝรั่งเศส หลักความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรค 5 ซึ่งแต่เดิมในปี ค.ศ. 1804 ศาลสูงสุด (Cour de cassation) พิจารณาว่าความรับผิดชอบดังกล่าวอยู่บนข้อสันนิษฐานความผิดที่นายจ้างสามารถพิสูจน์หักล้างได้ (Rebuttable presumption of fault) แต่ต่อมาศาลพิจารณาว่าความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict liability) โดยถือว่านายจ้างเป็นผู้รับประกันการชดใช้ความเสียหาย¹⁰⁷ ซึ่งมีหลักการสำคัญ 2 ประการสนับสนุนคือ

(1) หลักการเรื่องความเสี่ยง (Notion of Risk) (เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์)

ตามหลักการเรื่องความเสี่ยงนี้ เห็นว่า นายจ้างควรต้องรับผิดชอบในผลแห่งงานที่ตนได้รับประโยชน์ กล่าวคือ เมื่อนายจ้างเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้าง จึงควรต้องรับเอาความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายจากการกระทำของลูกจ้างซึ่งเป็นผลเสียไปด้วย จะเลือกรับแต่ผลประโยชน์ไม่ได้ ประกอบกับนายจ้างอยู่ในสถานะที่ดีที่สุดที่จะแบกรับความเสี่ยงในการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ดีกว่าลูกจ้าง เพราะมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า¹⁰⁸ ทั้งนี้ เนื่องจากนายจ้างซึ่งมีอำนาจในการบังคับบัญชาลูกจ้างนั้น มีส่วนผิดเพราะควบคุมดูแลลูกจ้างไม่ดี จึงมีการก่อให้เกิด

¹⁰⁵ Ibid., p. 14.

¹⁰⁶ Ibid., p. 15.

¹⁰⁷ Ibid., p. 236.

¹⁰⁸ Ibid., p. 237-238.

ความเสียหายขึ้น และมีส่วนผิดเพราะคัดเลือกลูกจ้างไม่ได้ ดังนั้น นายจ้างจึงมีหน้าที่ที่จะป้องกันความเสียหายได้ดีที่สุด

(2) หลักการกระจายความเสียหาย (Loss distribution)

ตามหลักการกระจายความเสียหายนี้ เป็นหลักการกระจายความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการทำงานของลูกจ้าง โดยถือว่า นายจ้างอยู่ในฐานะที่ดีที่สุดที่จะกระจายความรับผิดชอบในผลเสียหายไปยังสังคมโดยรวมได้โดยการเอาประกันภัยความเสียหายไว้ และนำค่าเสียหายซึ่งตนต้องรับผิดชอบดังกล่าวไปเป็นต้นทุนการผลิตได้ เมื่อเกิดความเสียหายจากการกระทำของนายจ้าง ผู้เสียหายก็จะได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ทันที ซึ่งเป็นผลดีกับผู้เสียหายเป็นอย่างมาก¹⁰⁹

นอกจากนี้ศาลฝรั่งเศสยังยอมรับหลัก “Risk-based liability”¹¹⁰ ในเรื่องละเมิดของลูกจ้างด้วย โดยเห็นว่านายจ้างต้องเป็นผู้รับความเสี่ยงในการกระทำละเมิดของลูกจ้างและต้องเป็นผู้ชดใช้ความเสียหายในการทำละเมิดของลูกจ้าง ซึ่งแม้จะเป็นหลักที่คุ้มครองลูกจ้างเพราะทำให้นายจ้างไล่เบี้ยลูกจ้างไม่ได้ และอาจไม่คุ้มครองบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายเพราะอาจมีกรณีที่นายจ้างไม่มีเงินจ่ายหรือนายจ้างล้มละลาย

ในส่วนของประเทศเยอรมัน ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาตรา 831 ความรับผิดของนายจ้างตั้งอยู่บนหลักความผิด (Fault theory) กล่าวคือ ต้องมีการกระทำละเมิดของลูกจ้าง และต้องมีความผิดของนายจ้างด้วย คือไม่ใช่ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกลูกจ้างหรือควบคุมดูแลกิจการ จัดหาเครื่องมือ ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างจึงไม่ใช่ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) แต่เป็นข้อสันนิษฐานความผิดของนายจ้างที่พิสูจน์ว่าตนเองไม่มีความผิดได้¹¹¹



¹⁰⁹ Ibid., p. 235-236.

¹¹⁰ Ibid., p. 242.

¹¹¹ Ibid., p. 231.

บทที่ 3

หลักความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามกฎหมายไทย

ความรับผิดทางละเมิดเกิดขึ้นจากการที่บุคคลหนึ่งได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายและทำให้บุคคลอื่นนั้นได้รับความเสียหาย โดยหลักแล้วบุคคลผู้ทำละเมิดเท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการกระทำของตนอันเป็นความรับผิดเฉพาะตัว แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีกฎหมายบังคับให้บุคคลหนึ่งอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นแม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดนั้นก็ตาม เรียกว่า ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น แต่ทั้งนี้ความรับผิดดังกล่าวถือเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดทั่วไป ซึ่งจะเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น¹ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ถึงมาตรา 431 เป็นต้น ซึ่งเหตุที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องมีความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น เนื่องจากในบางครั้งผู้ทำละเมิดไม่อยู่ในฐานะที่จะชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ จึงต้องกำหนดให้บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์บางประการตามกฎหมายหรือสัญญากับผู้ทำละเมิดมาเป็นผู้รับผิดชอบหรือแทนผู้ทำละเมิด และเมื่อบุคคลดังกล่าวรับผิดไปแล้วเท่าใดก็อาจไล่เบี้ยเอาค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดได้² ซึ่งความรับผิดที่สำคัญและถือเป็นจุดเริ่มต้นของทฤษฎีความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ได้แก่ ความรับผิดนายจ้างที่ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง³ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 โดยที่บุคคลทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันตามสัญญาจ้างแรงงานและมีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามมาตรา 575

3.1 การพิจารณาเรื่องการเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามกฎหมายไทย

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ว่า ประเทศไทยมีการบัญญัติเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้วปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งเดิมประเทศไทยใช้คำว่า นายเงินกับทาส โดยนายเงินจะต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของทาสทั้งในผลแห่งสัญญาที่ทาสได้ทำผิดสัญญาและผลแห่งละเมิดที่ทาสไปก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น ต่อมาเมื่อมีการเลิกทาส จึงได้มีการ

¹ วารีย์ นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกอร์ได้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), หน้า 180.

² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกอร์ได้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2558), หน้า 179.

³ วารีย์ นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกอร์ได้, หน้า 183.

เปลี่ยนคำว่านายเงินกับทาสมาเป็นนายและบ่าว (master and servant) แทน จนกระทั่งเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2465 บรรพ 1 และ 2 จึงได้มีการเรียกใหม่ว่า นายจ้างกับลูกจ้าง (employer and employee) ⁴

จะเห็นได้ว่า ความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายเก่าของไทยนั้น นายจ้างหรือที่เรียกว่า นายเงิน มีความรับผิดที่กว้างขวางกว่าความรับผิดของนายจ้างตามความหมายปัจจุบัน เพราะในสมัยโบราณ ทาสถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งของนายเงิน ดังนั้น นายเงินต้องรับผิดชอบผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของทาสของตนตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง โดยความรับผิดในผลแห่งสัญญาของนายเงินได้แก่ตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ มาตรา 7 กฎหมายลักษณะกู้หนี้ มาตรา 1 และความรับผิดในผลแห่งละเมิด เช่น กฎหมายลักษณะวิวาท มาตรา 13 เป็นต้น⁵ ซึ่งแตกต่างจากความรับผิดของนายจ้างในปัจจุบันที่นายจ้างจะมีความรับผิดเพราะการกระทำของลูกจ้างในกรณีที่ลูกจ้างไปทำละเมิดในทางการที่จ้างของนายจ้างตามมาตรา 425 เท่านั้น นายจ้างไม่มีความรับผิดในผลแห่งสัญญาซึ่งเกิดจากการกระทำของลูกจ้างแต่อย่างใด การที่ลูกจ้างทำผิดสัญญากับผู้อื่นก็เป็นเรื่องความรับผิดของลูกจ้างตามสัญญาดังกล่าวของลูกจ้างเอง ไม่มีกฎหมายบังคับให้นายจ้างต้องมารับผิดกับลูกจ้างด้วย ทำให้ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในปัจจุบันแคบกว่าความรับผิดของนายเงินเพื่อการกระทำของทาสในอดีต เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันในปัจจุบันได้มากขึ้น จึงจำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับความหมายของนายจ้างและลูกจ้าง รวมถึงปัจจัยที่ก่อให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ดังกล่าวด้วย

3.1.1 ความหมายของนายจ้างและลูกจ้าง

เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์การเป็นนายจ้างลูกจ้างกันนั้น มีอยู่หลายฉบับ โดยในแต่ละบทบัญญัติของกฎหมายก็มีที่มาและเจตนารมณ์ในการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจมีขอบเขตการบังคับใช้หรือการตีความความหมายของคำต่างๆ ที่เหมือนกันหรือต่างกันตามแต่เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ กล่าวคือ กฎหมายแต่ละฉบับอาจบังคับใช้ได้ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีได้มากน้อยแตกต่างกัน เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องแล้ว จะเห็นได้ว่า มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สำคัญที่ให้นิยามหรือความหมายของคำว่านายจ้างลูกจ้างไว้ ดังนี้

3.1.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่า นายจ้างและลูกจ้างไว้อย่างชัดเจนเหมือนอย่างถ้อยคำอื่นๆ ในประมวลกฎหมายดังกล่าว แต่อาจพิจารณาได้จากความหมายของสัญญาจ้างแรงงานตามบทบัญญัติในมาตรา 575 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ *อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้* ” ดังนั้น จึงอาจนิยามความหมายได้ดังนี้

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 184-185.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 184.

ดังนั้น คำว่า นายจ้าง หมายถึง บุคคลที่ตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายสินจ้างให้ตลอดเวลาที่ทำงานให้ และมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างได้ ทั้งนี้ นายจ้างจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เช่น ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม หรือมูลนิธิ ก็ได้ โดยนายจ้างจะตกลงทำสัญญากับลูกจ้างด้วยตนเองหรือจะมอบหมายหรือแต่งตั้งให้บุคคลอื่นกระทำการแทนก็ได้⁶

ส่วนคำว่า ลูกจ้าง หมายถึง บุคคลที่ตกลงทำงานให้นายจ้างเพื่อรับสินจ้างตอบแทนการทำงานในฐานะลูกจ้าง และทำงานภายใต้บังคับบัญชาของนายจ้าง⁷ อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างต้องเป็นบุคคลธรรมดา จะเป็นนิติบุคคลเหมือนอย่างนายจ้างไม่ได้ เนื่องจากลูกจ้างจะต้องทำงานให้แก่ นายจ้างไม่ว่างานนั้นจะเป็นการใช้แรงงานหรือความรู้ความสามารถในการใช้ความคิด ความรู้ของลูกจ้างก็ตาม นิติบุคคลนั้นไม่มีชีวิตจิตใจดังเช่นบุคคลธรรมดา ไม่มีแรงงานหรือความสามารถในการใช้ความคิดได้เช่นบุคคลธรรมดา แต่ต้องไปอาศัยบุคคลธรรมดาให้กระทำการแทน⁸ อีกท้อหนึ่ง จึงไม่อยู่ในความหมายของลูกจ้าง

จะเห็นได้ว่า คำว่านายจ้างและลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 นี้ มีความหมายเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามเจตนารมณ์ของมาตรา 425 เพราะเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งถือเป็นความสัมพันธ์เกี่ยวข้องบางประการตามหลักเกณฑ์ที่บุคคลหนึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ดังนี้ ถ้ายังไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันแต่บุคคลหนึ่งต้องทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่งเสมือนเป็นลูกจ้าง คือยังไม่ตกลงรับเป็นลูกจ้าง เช่น การจ้างทดลองงาน นั้น หากผู้ทดลองงานทำละเมิดในขณะที่ทดลองงาน ผู้จะรับเป็นนายจ้างไม่น่าจะต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามมาตรา 425 เพราะความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้างและลูกจ้างยังไม่เกิดขึ้นนั่นเอง⁹ อย่างไรก็ตาม ถ้าการจ้างลูกจ้างทดลองงานมีการทำสัญญาจ้างแรงงานไว้ต่อกัน เช่น มีกำหนดเวลาจ้าง 3 เดือน หากครบกำหนดแล้ว นายจ้างไม่รับเป็นลูกจ้างต่อไปให้ถือว่าสัญญาจ้างแรงงานสิ้นสุดลงตามกำหนดเวลานั้น กรณีนี้ถือได้ว่าผู้จะรับเข้าทำงานเป็นนายจ้างของลูกจ้างทดลองงานแล้ว เพราะมีการตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานและกำหนดระยะเวลาการจ้างงานไว้อย่างชัดเจน¹⁰ ดังนั้น หากพิจารณาได้ว่ามีสถานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงานมาตรา 575 แล้ว นายจ้างย่อมต้องร่วมรับผิดชอบแห่งละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 เสมอ

3.1.1.2 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นกฎหมายแรงงานที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยื่นข้อเรียกร้องและการระงับข้อพิพาทแรงงาน การจัดตั้งสหภาพแรงงานและ

⁶ กิติพงษ์ หังสพฤกษ์, กฎหมายแรงงาน: สัญญาจ้างแรงงาน และกฎหมายคุ้มครองแรงงาน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 14.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

⁸ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 12 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 28.

⁹ วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรรได้, หน้า 191.

¹⁰ กิติพงษ์ หังสพฤกษ์, กฎหมายแรงงาน, หน้า 45.

สหพันธ์นายจ้าง โดยส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งมีการบัญญัติให้ค่านิยามคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ไว้ในมาตรา 5 ดังนี้

“ นายจ้าง ” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ และหมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากนายจ้างให้ทำการแทน ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล หมายความว่า ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้น และหมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทน

จากนิยามคำว่านายจ้างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 นั้น สามารถแยกประเภทนายจ้างได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

- (1) ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้
- (2) ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง
- (3) ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล

ส่วนคำว่าลูกจ้างตามมาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “ ลูกจ้าง ” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้แก่ นายจ้างเพื่อรับค่าจ้าง

จะเห็นได้ว่า คำว่านายจ้างตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มีความหมายกว้างกว่านายจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ นายจ้างตามความหมายในข้อ (1) เป็นบุคคลเดียวกันกับนายจ้างตามความหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ซึ่งมีฐานะเป็นนายจ้างโดยผลของสัญญาจ้างแรงงาน จึงต้องมีความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ส่วนนายจ้างตามความหมายในข้อ (2) ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ไม่ได้ตกลงรับลูกจ้างในฐานะส่วนตัว หรือจ่ายเงินค่าจ้างแก่ลูกจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานให้แก่ตนเองแต่อย่างใด แต่เป็นเพียงตัวแทนของนายจ้างตัวจริงที่ทำหน้าที่แทนนายจ้างในการรับลูกจ้างหรือจ่ายเงินค่าจ้าง และ (3) ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล เช่น กรรมการบริษัทก็เป็นเพียงตัวแทนของนิติบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกิจการต่างๆ ด้วยตนเองได้ ต้องแสดงเจตนาผ่านทางตัวแทนที่เป็นบุคคลธรรมดา ดังนั้น นิติบุคคลหรือบริษัทจึงเป็นนายจ้างนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ นายจ้างตามข้อ (2) และ (3) ถือเป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการเสนอข้อเรียกร้องและระงับข้อพิพาทแรงงานตามพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน จึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามความหมายของมาตรา 425 ดังนั้น ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 แต่อย่างใด

3.1.1.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นั้น เป็นกฎหมายแรงงานที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง โดยกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างงานการใช้แรงงานและการจัดสถานที่และอุปกรณ์ในการทำงาน เพื่อให้ผู้ทำงานมีสุขภาพอนามัยดี มีความปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย และได้รับค่าตอบแทนตามสมควร เพื่อนายจ้างจะได้มีแรงงานในการ

ผลิตหรือบริการที่คงสภาพในระยะยาว¹¹ และมีการบัญญัติให้คำนิยามคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ไว้ ดังนี้

คำว่า นายจ้าง มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “ นายจ้าง ” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงรับ ลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ และหมายความรวมถึง

(1) ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง

(2) ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจกระทำการแทน นิติบุคคลและผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำการแทนด้วย

นอกจากนี้ ในมาตรา 11/1 ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ยังขยายขอบเขตของคำว่า นายจ้างเพิ่มขึ้น โดยกำหนดให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย

มาตรา 11/1 บัญญัติไว้ว่า

“ ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมา ทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการ ผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการ ทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบ กิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ ”

จากนิยามคำว่า นายจ้าง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 11/1 ของ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 สามารถแยกประเภทนายจ้างได้ 4 ประเภท ดังนี้

(1) ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ ซึ่งหมายถึง นายจ้างตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 นั้นเอง

(2) ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง หมายถึง บุคคลที่นายจ้างได้ มอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่แทนนายจ้าง บุคคลดังกล่าวจึงเป็นตัวแทนของนายจ้างตามหลักกฎหมาย ตัวแทน¹² จึงไม่ใช่ นายจ้างของลูกจ้างโดยตรง¹³

¹¹ เกษมสันต์ วิจารณ์ธรรม, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ วิญญูชน จำกัด, 2558), หน้า 19.

¹² ตามหลักกฎหมายตัวแทนนั้น ตัวแทนอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีต่อไปนี้

(1) เกิดขึ้นโดยผลของสัญญา ซึ่งทั้งสองฝ่ายตกลงเป็นตัวการตัวแทนกัน

(2) เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีฐานะเป็นตัวแทนหรือต้องรับผิดชอบ ตัวแทน เช่น ตัวแทนเขตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 เป็นต้น

(3) เกิดขึ้นโดยการให้สัตยาบัน เป็นกรณีที่ไม่มีการตกลงเป็นตัวการตัวแทนกัน หรือตัวแทนกระทำเกินขอบ อำนาจที่ได้รับมอบหมาย แต่ภายหลังตัวการได้ยอมรับผลการกระทำของตัวแทน

อ้าง ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 27

¹³ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1061/2525 จำเลยที่ 2 มีตำแหน่งเป็นรองผู้อำนวยการโรงพิมพ์ตำรวจ ทำ หน้าที่แทนผู้อำนวยการ จึงเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนกรมตำรวจซึ่งเป็นเจ้าของโรงพิมพ์ตำรวจ ในฐานะ ดังกล่าวนี้นี้ จำเลยที่ 2 จึงเป็นนายจ้างของโจทก์ด้วย

(3) ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทน ซึ่งเป็นกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล ไม่สามารถดำเนินการงานด้วยตนเองได้ จึงต้องมีบุคคลธรรมดาทำหน้าที่เป็นผู้แทนนิติบุคคลดำเนินกิจการและแสดงเจตนาแทนตัวนิติบุคคลดังกล่าว อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70¹⁴

(4) ผู้ประกอบการที่ว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรง กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ว่าจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรง โดยมอบให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดรับช่วงไปควบคุมดูแลการทำงาน และรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่งก็ดี มอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางานก็ดี โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ให้ถือว่าผู้ประกอบการกิจการเป็นนายจ้างของลูกจ้างด้วย¹⁵

ส่วนคำว่า ลูกจ้าง มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร

จะเห็นได้ว่า คำว่านายจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีความหมายกว้างกว่านายจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งหมายถึงความถึงนายจ้างที่มีนิติสัมพันธ์กับลูกจ้างโดยสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น เมื่อนายจ้างตามความหมายในข้อ (2)-(4) เป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมาย ซึ่งกำหนดไว้เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างให้มากขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน จึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ดังนั้น ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทน และผู้ประกอบการที่ว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรง จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 แต่อย่างใด

3.1.1.4 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 นั้น เป็นกฎหมายแรงงานฉบับหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์สร้างหลักประกันให้แก่ลูกจ้าง โดยจัดตั้งกองทุนประกันสังคมขึ้นเพื่อให้การสงเคราะห์แก่ลูกจ้างหรือบุคคลอื่นซึ่งประสบอันตราย เจ็บป่วย หรือตาย อันมิใช่เนื่องจากการทำงาน โดยมีกรบัญญัติให้คำนิยามคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ไว้ในมาตรา 5 ดังนี้

นายจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างและให้หมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลและผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนด้วย

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 บัญญัติไว้ว่า “นิติบุคคลต้องมีผู้แทนคนหนึ่งหรือหลายคน ทั้งนี้ตามที่กฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งได้กำหนดไว้”

ความประสงค์ของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดยผู้แทนนิติบุคคล

¹⁵ ไพทิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 27.

นอกจากนี้ ในมาตรา 35 วรรคหนึ่งยังขยายขอบเขตของคำว่านายจ้างเพิ่มขึ้น โดยกำหนดให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย

มาตรา 35 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ว่าจ้างโดยวิธีเหมาค่าแรง มอบให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดรับช่วงไปควบคุมดูแลการทำงานและรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่งก็ดี มอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจการจัดหางานก็ดี โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจซึ่งกระทำในสถานประกอบการหรือสถานที่ทำงานของผู้ประกอบการและเครื่องมือที่สำคัญสำหรับใช้ทำงานนั้นผู้ประกอบการเป็นผู้จัดหา กรณีเช่นว่านี้ผู้ประกอบการย่อมอยู่ในฐานะนายจ้างซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้”

จากนิยามคำว่านายจ้างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 35 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 นั้น สามารถแยกประเภทนายจ้างได้เป็น 4 ประเภท เช่นเดียวกันกับประเภทของนายจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เนื่องจากบัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำที่ใกล้เคียงกันมาก

- (1) ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้
- (2) ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง
- (3) ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล
- (4) ผู้ประกอบการที่ว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรง แต่ในกรณีนี้จะมีความหมายแคบกว่าผู้ประกอบการที่ว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรงตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพราะจะต้องเป็นทำงานเพียงส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือในธุรกิจเท่านั้น ไม่ใช่ทั้งหมดต้องทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ และผู้ประกอบการจะต้องเป็นผู้จัดหาเครื่องมือที่สำคัญสำหรับการทำงานด้วย จึงจะถือเป็นนายจ้างตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ได้

ส่วนคำว่า ลูกจ้าง ตามมาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย

จะเห็นได้ว่า เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 คำว่า นายจ้างตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ก็มีความหมายกว้างกว่านายจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเฉพาะแต่นายจ้างตามความหมายในข้อ (1) เท่านั้นที่มีฐานะเป็นนายจ้างและต้องมีความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ส่วนนายจ้างตามความหมายในข้อ (2)-(4) เป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมาย กำหนดฐานะดังกล่าวไว้เพื่อประโยชน์ในการใช้สิทธิประกันสังคมของลูกจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน จึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ดังนั้น ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทน และผู้ประกอบการที่ว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรงตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 แต่อย่างใด

3.1.1.5 พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537

พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 เป็นกฎหมายแรงงานอีกฉบับหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์จ่ายเงินแทนให้แก่ลูกจ้าง โดยจัดตั้งกองทุนเงินทดแทนขึ้นเพื่อจ่ายเงินทดแทนแก่ลูกจ้างซึ่งประสบอันตราย เจ็บป่วย หรือตาย จากการทำงาน ซึ่งมีการบัญญัติให้คำนิยามคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ไว้ในมาตรา 5 ดังนี้

“นายจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้และหมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนด้วย

จากนิยามคำว่านายจ้างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 นั้น สามารถแยกประเภทนายจ้างได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

- (1) ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้
- (2) ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง
- (3) ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล

ส่วนคำว่าลูกจ้างตามมาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย

จะเห็นได้ว่า เช่นเดียวกับกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 คำว่านายจ้างตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ก็มีความหมายกว้างกว่านายจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะมีเพียงนายจ้างตามความหมายในข้อ (1) เท่านั้นที่มีฐานะเป็นนายจ้างและต้องมีความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ส่วนนายจ้างตามความหมายในข้อ (2) และ (3) เป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมาย มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการใช้สิทธิรับเงินทดแทนของลูกจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน จึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ดังนั้น ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 แต่อย่างใด

จากบทบัญญัติของกฎหมายแรงงานและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ข้างต้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า นายจ้าง หมายถึง ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้และหมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนด้วย และตามกฎหมายแรงงานบางฉบับยังหมายรวมถึงผู้ประกอบการที่จ้างงาน

ด้วยวิธีการเหมาค่าแรงด้วย¹⁶ ทั้งนี้ เหตุผลที่กฎหมายต้องกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องมาร่วมรับผิดชอบ เนื่องจากในกรณีที่กิจการบางประเภทมีลักษณะที่เปิดโอกาสให้มีการเลิกจ้างหลายคนพร้อมกันหรือในขณะเดียวกันได้โดยง่าย หรือในกรณีที่เจ้าของสถานประกอบการบางคนพยายามหลีกเลี่ยงความเป็นนายจ้าง หรือในกรณีที่หาตัวนายจ้างที่แท้จริงมายอมรับผิดต่อลูกจ้างได้ยาก ทำให้จำเป็นต้องมีการกำหนดให้บุคคลอื่นที่มีได้มีฐานะเป็นนายจ้างเข้ามาร่วมรับผิดชอบกับนายจ้างในบางกรณี เพื่อให้ลูกจ้างได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริง แม้ว่าบุคคลอื่นนั้นจะมิได้มีความผูกพันตามสัญญาจ้างแรงงานด้วยก็ตาม ซึ่งการที่บุคคลอื่นเข้ามาร่วมรับผิดชอบด้วยนั้นเป็นความผูกพันที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย อันมิได้ทั้งในส่วนที่เป็นกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน และกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม¹⁷

ส่วนคำว่า ลูกจ้าง นั้น กล่าวโดยสรุป หมายถึง ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรนั่นเอง

อย่างไรก็ดี นายจ้างตามความหมายของกฎหมายแรงงานซึ่งมีหน้าที่ต่อลูกจ้างตามที่กฎหมายแรงงานแต่ละฉบับบัญญัติไว้ เช่น ต้องรับผิดชอบในค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด ค่าชดเชย ค่าชดเชยพิเศษ เงินสมทบ เงินสะสม หรือเงินเพิ่ม (มาตรา 12 พ.ร.บ.คุ้มครองฯ) เงินทดแทน เงินสมทบกองทุน เงินทดแทน และเงินเพิ่ม (มาตรา 12 พ.ร.บ. เงินทดแทน) และเงินสมทบเข้าสู่กองทุนประกันสังคม (มาตรา 52 พ.ร.บ. ประกันฯ) เป็นต้น นั้น ถือเป็นฐานะของนายจ้างสำหรับความรับผิดชอบตามกฎหมายแรงงานเท่านั้น แต่สำหรับความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 นั้น นายจ้างจะต้องมีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันโดยมีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานจึงจะมีความรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างได้ หากไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันแล้ว แม้จะเป็นนายจ้างตามความหมายของกฎหมายแรงงานก็ตาม ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้างแต่อย่างใด

3.1.2 หลักเกณฑ์การเกิดสถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้าง

จากความหมายของคำว่านายจ้างและลูกจ้างในข้อ 3.1.1 ข้างต้น ทำให้พิจารณาได้ว่า ความเป็นนายจ้างนั้นอาจเกิดขึ้นได้โดยผลของสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 หรืออาจถูกกำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมายให้ถือว่าเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันและต้องรับผิดชอบตามกฎหมายแรงงาน โดยที่ทั้งสองฝ่ายอาจไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานก็ได้¹⁸ แต่อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายแรงงานบัญญัติให้ถือว่าบุคคลบางคนเป็นนายจ้างของลูกจ้างนั้น

¹⁶ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11/1 และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 35 วรรคหนึ่ง.

¹⁷ วิจิตรดา (ฟูงส์ดดา) วิเชียรชม, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 69-70.

¹⁸ เช่น ผู้ประกอบการที่จ้างงานด้วยวิธีเหมาค่าแรงตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11/1 ซึ่งมีได้ตกลงจ้างลูกจ้างเข้าทำงานหรือมีอำนาจควบคุมการทำงานของลูกจ้าง เพราะลูกจ้างต้องทำงานตามคำสั่งของผู้รับเหมาและรับค่าจ้างจากผู้รับเหมา เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วก็เพื่อคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างให้ได้รับความเป็นธรรมในการทำงานมากยิ่งขึ้น โดยทำให้ลูกจ้างมีสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทนต่างๆ สวัสดิการ หรือความปลอดภัยในการทำงานจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของตนจากบุคคลที่กฎหมายกำหนดฐานะให้ถือว่าเป็นนายจ้างได้ อันเป็นประโยชน์โดยตรงที่เกิดขึ้นกับลูกจ้างในบริบทของกฎหมายแรงงาน ซึ่งแตกต่างจากเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดที่ประสงค์จะชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายให้แก่บุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของลูกจ้าง จึงเป็นการมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สามไม่ใช่ตัวนายจ้างหรือลูกจ้าง ทำให้บุคคลที่ถือว่าเป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมายแรงงานนั้น ไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับบางประการกับลูกจ้างผู้ทำละเมิดตามแนวคิดของหลักความรับผิดชอบต่อการกระทำของบุคคลอื่นในลักษณะความเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันในบริบทของความรับผิดชอบละเมิดแต่อย่างใด ดังนั้น สถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้างที่จะศึกษาจึงพิจารณาเฉพาะแต่สถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ไม่รวมนายจ้างโดยผลของกฎหมายแรงงานด้วย ซึ่งมีได้เป็นผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานและมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างได้ เนื่องจากเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามความหมายของมาตรา 425 ซึ่งนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง

สถานะความสัมพันธ์ของการเป็นนายจ้างลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มิได้พิจารณาแต่เพียงชื่อเรียกของคู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังมีหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องและสามารถนำมาใช้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ทำงานร่วมกันว่าเป็นนายจ้างหรือลูกจ้างกันหรือไม่ ดังนั้น แม้มีชื่อเรียกเป็นอย่างอื่นไม่ได้เรียกว่าสัญญาจ้างแรงงาน ก็อาจเป็นสัญญาจ้างแรงงานได้ จึงต้องพิจารณารายละเอียดของสัญญาหรือความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงของคู่สัญญาเป็นรายกรณีไป โดยมีหลักวินิจฉัยที่ใช้พิจารณาได้ ดังนี้

กรณีที่มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานกันโดยชัดแจ้ง คือ กรณีที่คู่สัญญามีการแสดงเจตนาตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานกันตามมาตรา 575 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจเป็นการตกลงกันด้วยวาจา หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เมื่อมีการตกลงกันสถานะของนายจ้างและลูกจ้างก็เกิดขึ้นทันทีที่มีคำเสนอสนองที่ต้องตรงกัน โดยที่คู่สัญญาแสดงเจตนามุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ต่อกัน เมื่อบุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงที่จะทำงานให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า นายจ้าง และนายจ้างตกลงที่จะจ่ายสินจ้างหรือค่าจ้างตลอดระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ ก็ถือว่ามีความเสนอและสนองต้องตรงกัน เป็นการก่อให้เกิดสถานะความเป็นนายจ้างลูกจ้างกันแล้ว และมีผลทำให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานและตามกฎหมายแรงงานขึ้นด้วย¹⁹ จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบของการเกิดสัญญาจ้างแรงงาน คือ การจ่ายสินจ้างของนายจ้าง และการทำงานของลูกจ้าง นั่นเอง

ทั้งนี้ หากในขณะที่มีการตกลงทำงานให้แก่กันนั้นมิได้ตกลงเรื่องสินจ้างไว้อย่างชัดแจ้ง กฎหมายก็มีข้อสันนิษฐานในเรื่องสินจ้างบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 576 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าตามพฤติการณ์ไม่อาจจะคาดหมายได้ว่างานนั้นจะพึงทำให้เปล่าไซ้ ท่านย่อมถือเอาโดยปริยายว่ามีค่ามันจะให้สินจ้าง” ดังนี้ ในกรณีที่บุคคลหนึ่งตกลงทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง แม้จะ

¹⁹ วิจิตร (ฟุ้งกล้า) วิเชียรชม, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, หน้า 65.

ไม่มีการตกลงกันว่าจะต้องจ่ายสินจ้างเพื่อตอบแทนการทำงาน แต่ปรากฏพฤติการณ์ว่างานดังกล่าว บุคคลทั่วไปไม่ทำให้เปล่าหรือโดยไม่มีค่าตอบแทนก็ต้องถือว่าเป็นการตกลงทำงานให้เพื่อรับสินจ้าง โดยปริยายแล้วตามมาตรา 576 เว้นแต่เจ้าของงานจะพิสูจน์ได้ว่าตามพฤติการณ์ของการทำงานนั้น เป็นการทำให้เปล่าหรือโดยไม่มีค่าตอบแทน หรือไม่มีค่ามันจะให้สินจ้างแก่กัน ถ้าพิสูจน์ได้ เจ้าของงานก็ไม่ต้องจ่ายสินจ้าง และไม่ก่อให้เกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้น เช่น การช่วยกันลงแขกปักดำต้นข้าว ซึ่งตามประเพณีท้องถิ่น เป็นการทำให้เปล่าไม่มีสินจ้าง เป็นต้น แต่หากเจ้าของงานพิสูจน์ไม่ได้ ต้องถือว่ามีค่ามันจะให้สินจ้างกันโดยปริยาย และก่อให้เกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นเพราะครบองค์ประกอบของสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 แล้ว ดังนั้นเจ้าของงานและบุคคลที่ทำงานให้ย่อมมีสถานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน และมีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันตามสัญญาจ้างแรงงานและกฎหมายแรงงานด้วย เช่น นาย บ ขับรถบรรทุกข้าวโพดจากต่างจังหวัดมายังกรุงเทพมหานคร โดยข้าวโพดที่บรรทุกและรถบรรทุกเป็นของจำเลยที่ 2 ซึ่งพฤติการณ์ที่นาย บ ขับรถบรรทุกข้าวโพดตามที่จำเลยที่ 2 ใช้ให้กระทำนั้น ไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะเป็นการทำงานให้เปล่า ย่อมต้องถือเอาโดยปริยายว่ามีค่ามันจะให้สินจ้างกัน²⁰ ดังนี้ จำเลยที่ 2 จึงมีฐานะเป็นนายจ้างของนาย บ แล้ว

นอกจากนี้ ความเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันอาจเกิดขึ้นจากความผูกพันกันตามสัญญาจ้างแรงงานครั้งก่อนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 581 บัญญัติว่า “ถ้าระยะเวลาที่ได้ตกลงว่าจ้างกันสิ้นสุดลงแล้ว ลูกจ้างยังคงทำงานอยู่ต่อไปอีก และนายจ้างรู้ตั้งนั้นก็ไม่มีทักท้วงไซ้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่สัญญาเป็นอันได้ทำสัญญาจ้างกันใหม่โดยความอย่างเดียวกันกับสัญญาเดิม แต่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะเลิกสัญญาเสียได้ด้วยการบอกกล่าวตามความในมาตราต่อไปนี้” จะเห็นได้ว่า ในกรณีคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานแบบมีกำหนดเวลาแน่นอนไว้ว่าสัญญาจะสิ้นสุดเมื่อใด แต่ปรากฏว่า เมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วลูกจ้างยังทำงานให้นายจ้างต่อไปโดยนายจ้างรู้แต่ไม่ทักท้วง ทั้งยังจ่ายเงินค่าจ้างตอบแทนการทำงานดังกล่าวของลูกจ้างด้วย กรณีนี้กฎหมายให้ถือว่ามีสัญญาจ้างแรงงานสัญญาใหม่เกิดขึ้นโดยความตกลงเหมือนสัญญาเดิม แต่กลายเป็นสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาการจ้างแน่นอนแทน แต่อย่างไรก็ตาม การเกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นใหม่นี้ เป็นเพียงข้อสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งคู่สัญญาสามารถนำสืบข้อเท็จจริงเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้²¹ แต่หากนายจ้างนำสืบหักล้างไม่ได้ เช่นนี้ ถือว่านายจ้างและลูกจ้างยังคงมีสถานะเป็นนายจ้างลูกจ้างต่อกันเช่นเดิม สิทธิหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานเดิมก็มีผลบังคับใช้ต่อไปตามสัญญาจ้างแรงงานฉบับใหม่ เพราะมีพฤติการณ์ที่คู่สัญญาแสดงออกว่าประสงค์จะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันต่อไปปรากฏแล้วนั่นเอง เช่น จำเลยจ้างโจทก์เข้าทำงานในตำแหน่งพนักงานบริการบนเครื่องบินมีกำหนดเวลาการจ้าง 5 ปี เมื่อครบกำหนด 5 ปี จำเลยทำสัญญาจ้างโจทก์ต่ออีก 1 ปี โดยมีเงื่อนไขระบุไว้ว่า หากสิ้นสุดสัญญาจ้างฉบับนี้แล้ว และมีได้มีการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะทำต่อสัญญาอีกหรือไม่ ให้ถือว่าสัญญาจ้างสิ้นสุดตามกำหนดเวลา ปรากฏว่าหลังจากสัญญาจ้างฉบับหลังสิ้นสุดลงแล้ว จำเลยไม่ได้แจ้งแก่โจทก์เป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะต่อสัญญาจ้างให้แก่โจทก์อีกหรือไม่ แต่จำเลยยังคงให้โจทก์ทำงานในตำแหน่งเดิมและจ่ายค่าจ้างให้แก่

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2526

²¹ กิติพงศ์ หังสพฤกษ์, กฎหมายแรงงาน, หน้า 48.

โจทก์ตลอดมา เช่นนี้ พฤติการณ์ของจำเลยแสดงให้เห็นว่าเป็นการจ้างแรงงานกันต่อไป เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานฉบับใหม่แบบไม่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนขึ้นแล้ว²²

จะเห็นได้ว่า สถานะความเป็นนายจ้างลูกจ้างอาจเกิดขึ้น²³ โดยการแสดงเจตนาตกลงกัน ไม่ว่าจะด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เมื่อมีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันแล้ว คู่สัญญาย่อมมีความผูกพันตามสัญญาจ้างแรงงานและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแรงงานด้วย นอกจากนี้ การวินิจฉัยสถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้าง ยังมีหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่ช่วยพิจารณาได้อีกดังนี้

(1) พิจารณาอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชา

โดยหลักแล้ว นายจ้างต้องมีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้าง ซึ่งถือเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะของความสัมพันธ์ของสัญญาตามสัญญาจ้างแรงงานที่ทำให้แตกต่างจากสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการทำงานอื่นๆ เช่น สัญญาจ้างทำของ เนื่องจากกฎหมายกำหนดหน้าที่ของลูกจ้างที่จะต้องทำงานตามคำสั่งของนายจ้าง มิเช่นนั้น ลูกจ้างอาจถูกลงโทษโดยการไล่ออกได้²⁴ ทำให้การทำงานของลูกจ้างจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของนายจ้างนั่นเอง ดังนั้น อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างจึงกลายมาเป็นหลักเกณฑ์หรือปัจจัยสำคัญที่บ่งบอกว่าการทำงานใดบ้างเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บุคคลที่ทำงานให้ต้องทำงานอยู่ภายใต้อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยอำนาจบังคับบัญชาอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ²⁵ ดังนี้

ก. อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาโดยชัดแจ้ง เช่น

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2485 เจ้าของเรือที่มีอำนาจสามารถแต่งตั้งคนเรือให้ทำหน้าที่ต่างๆ ในเรือได้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1628-1630/2494 คนขับรถยนต์ซึ่งต้องปฏิบัติงานในความควบคุมหรือตามคำสั่งของเจ้าของรถตลอดเวลาที่ทำงาน

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 316-318/2500 ผู้เช่าเรือซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสั่งบังคับบัญชาคนเรือ

ข. อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาโดยปริยาย เช่น

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3318/2540

²³ อย่างไรก็ตาม ท่านอาจารย์วิจิตร (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ได้แบ่งลักษณะการเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานแตกต่างกัน โดยเห็นว่าสัญญาจ้างแรงงานอาจเกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้

(1) สัญญาจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นโดยการตกลงกันอย่างชัดแจ้งตามมาตรา 575

(2) สัญญาจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นโดยปริยายตามมาตรา 576

(3) สัญญาจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 581

อ้าง วิจิตร (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 65.

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 583 บัญญัติว่า ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรมก็ดี ละทิ้งการงานไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือกระทำการอื่นใดไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้

²⁵ วินัย ลู่วิโรจน์, หลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีเอทีพี คอร์เนอร์ จำกัด, 2546), หน้า 61.

- คำพิพากษาฎีกาที่ 243/2536 ผู้รับจ้างเฝ้ารักษาไม้ของกลางยอมให้กรมป่าไม้ปรับโทษรายท่อนตามจำนวนไม้ที่สูญหายหรือเป็นอันตรายในระหว่างที่เฝ้า

- คำพิพากษาฎีกาที่ 1371/2524 ผู้รับจ้างเฝ้ารักษาแพไม้ท่อนยอมให้ผู้ว่าจ้างปรับเป็นรายเมตรหากไม้สูญหาย

จะเห็นได้ว่า ทั้งสองฎีกาดังกล่าว ผู้ว่าจ้างมีอำนาจในการลงโทษปรับผู้รับจ้างที่บกพร่องในการทำงานได้ ถือเป็นพฤติการณ์โดยปริยายให้เห็นว่าผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับจ้างได้ แม้จะเรียกชื่อคู่สัญญาว่าเป็นผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างก็ตาม เมื่อมีผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวผู้รับจ้าง กรณีนี้จึงถือว่าเป็นการจ้างแรงงานกัน

ค. สิทธิในการควบคุมบังคับบัญชา หากข้อเท็จจริงไม่ปรากฏทั้งอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาตามความเป็นจริงหรือโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายแล้ว ก็ต้องค้นหาว่าบุคคลที่รับลูกจ้างเข้ารับทำงานนั้นมีสิทธิขั้นสุดท้ายในการควบคุมบังคับบัญชาผู้ทำงานให้ต้องทำงานอะไร ต้องทำงานอย่างไร และต้องทำงานเมื่อใดได้หรือไม่ หากอย่างน้อยบุคคลที่รับเข้าทำงานมีสิทธิที่จะกำหนดเวลาการทำงาน และวิธีการทำงานของผู้ทำงานได้ ก็อาจถือได้ว่ามีอำนาจบังคับบัญชาเกิดขึ้นแล้วได้

ด้วยเหตุนี้ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้รับเข้าทำงานมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาผู้ทำงานได้ ไม่ว่าจะใช้อำนาจบังคับบัญชาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย หรือท้ายที่สุดแล้วมีสิทธิขั้นสุดท้ายในการควบคุมบังคับบัญชาผู้ทำงานให้ต้องทำงาน ถือได้ว่า บุคคลทั้งสองฝ่ายดังกล่าวมีสถานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างต่อกันแล้ว อันส่งผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนมีสัญญาจ้างแรงงานขึ้น ไม่ว่าสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาจะเรียกชื่ออย่างใดก็ตาม²⁶

(2) พิจารณาตามข้อเท็จจริงอื่นๆ

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอำนาจการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างเลย หลักในการพิจารณาความเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันในลำดับต่อไปอาจต้องอาศัยข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ปรากฏขึ้นตามความจริงมาพิจารณาว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นหรือไม่ แต่ทั้งนี้ข้อเท็จจริงอื่นๆ ดังกล่าวจะต้องมีประกอบกันมากพอที่จะทำให้คนธรรมดาทั่วไปยอมรับได้ว่าลักษณะความสัมพันธ์เช่นนั้นเป็นสัญญาจ้างแรงงานด้วย ยังมีข้อเท็จจริงอื่นที่ไปเข้าลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานมากเพียงใด การวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานก็จะมีน้ำหนักมากขึ้นเพียงนั้น²⁷ ซึ่งข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ช่วยในการวินิจฉัยสถานะความเป็นนายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานตามที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ ยกตัวอย่างเช่น

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 63-64.

- ความเสี่ยงในการดำเนินกิจการ ถ้าลูกจ้างไม่ต้องรับความเสี่ยงในผลกำไรหรือขาดทุนในกิจการของนายจ้าง เพียงแต่รับค่าจ้างจากนายจ้างเป็นก้อนเท่านั้น เช่นนี้ ถือเป็นกรจ้างแรงงาน²⁸

- การจัดหาเครื่องมือหรือสัมภาระที่เกี่ยวข้องกับการทำงานเป็นหน้าที่ของนายจ้างที่ต้องจัดเตรียม ลูกจ้างเพียงแต่ใช้แรงงานของตนในการทำงานเท่านั้น²⁹ กรณีนี้เป็นสัญญาจ้างแรงงาน แต่หากคนงานต้องจัดหาเครื่องมือของตนเองเพื่อมาทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง เป็นลักษณะของสัญญาจ้างทำของ

- วิธีการจ่ายค่าจ้าง ถ้ามีการจ่ายค่าจ้างเป็นรายวัน ไม่ได้แบ่งงานเป็นงวดแล้วจ่ายเงินตามงวดงานที่ตกลงกัน หรือการจ่ายค่าจ้างไม่ได้ตกลงกันให้ถือเอาผลสำเร็จของงานแต่ละงวดหรือไม่ได้ถือเอาผลสำเร็จของงานทั้งหมดเป็นเงื่อนไขในการจ่ายค่าจ้าง เช่นนี้เป็นการจ้างแรงงาน³⁰

- สิทธิและประโยชน์ที่ลูกจ้างได้รับ หากลูกจ้างมีสิทธิได้รับค่าครองชีพ โบนัส เบี้ยเลี้ยง ค่ารักษาพยาบาล ค่าเล่าเรียนบุตร การลาหยุดพักผ่อนประจำปี ลาป่วย หรือสวัสดิการอื่นๆ เช่นนี้ ถือว่าเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน³¹

ข้อสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ ข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่นำมาพิจารณาประกอบว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นได้นั้น จะต้องมียกพอที่จะทำให้ยอมรับได้ว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้น จึงจะก่อให้เกิดสถานะความเป็นนายจ้างลูกจ้างได้ แต่หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่มีน้ำหนักเพียงพอ ย่อมไม่อาจถือว่ามีสัญญาจ้างแรงงานได้ แต่อาจเข้าลักษณะความสัมพันธ์ตามสัญญาอื่น เช่น สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น³²

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดสถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้างที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 นั้น จะต้องเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงานมาตรา 575 ซึ่งสถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้างเกิดขึ้นจากการแสดงตกลงกันเท่านั้นว่าจะทำงานให้เพื่อสินจ้าง และตกลงรับเข้าทำงาน การตกลงไม่ว่าจะตกลงกันด้วย

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1628-1630/2494 จำเลยที่ 1 ทำสัญญาจ้างผู้มีชื่อมาเป็นผู้ขับรถยนต์และจัดการเดินรถของจำเลยที่ 1 โดยผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานในการควบคุมหรือตามคำสั่งของจำเลยที่ 1 ส่วนค่าใช้จ่ายก็ดำไรขาดทุนก็ดีเป็นของจำเลยที่ 1 ผู้รับจ้างเพียงแต่รับค่าจ้างเป็นก้อนไปเท่านั้น ดังนี้ ย่อมถือว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1885/2497 โจทก์ทำสัญญาจ้างจำเลยก่อเตาเผาถ่าน รับรองว่าทำได้สำเร็จจนใช้งานได้ คิดค่าจ้างเป็นรายวัน โจทก์ให้ค่าเลี้ยงดูระหว่างทำงาน จัดหาเครื่องมือและสัมภาระให้ และเป็นผู้สั่งให้จำเลยทำตามคำสั่ง เป็นสัญญาจ้างแรงงานไม่ใช่สัญญาจ้างทำของ

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2364/2524 โจทก์กับพวกตกลงจะรับจ้างปลูกบ้านให้แก่จำเลยตามแบบที่จำเลยต้องการ แม้โจทก์จะตกลงไว้ว่าจะต้องทำงานให้จนกว่าบ้านจะเสร็จ แต่จำเลยก็ตกลงจ่ายค่าจ้างให้แก่โจทก์กับพวกเป็นรายวันทุกคน ไม่ปรากฏว่า ได้แบ่งงานเป็นงวดและตกลงกันให้ถือเอาผลสำเร็จของงานแต่ละงวดหรือถือเอาผลสำเร็จของงานทั้งหมดเป็นเงื่อนไขในการจ่ายค่าจ้างแต่อย่างใด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน

³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2190/2528 โจทก์ทำงานกับจำเลยเป็นคนงานประเภทคนงานเหมาประจำ แต่มีสิทธิได้รับค่าครองชีพ เลิกค่ารักษาพยาบาล และค่าเล่าเรียนบุตรได้ ซึ่งแตกต่างกับคนงานอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่าคนงานเหมาชั่วคราว ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงเป็นการจ้างแรงงาน ซึ่งศาลฎีกายังได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันนี้อีกในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3999/2528 และ 4644/2540 ด้วย

³² วินัย ลูวิโรจน์, หลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน, หน้า 64.

วาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาจ้างแรงงานเอาไว้ การตกลงเรื่องสินจ้างอาจเป็นไปตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 576 และการทำงานของลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของนายจ้างตามมาตรา 583 ด้วย ทั้งนี้ หากไม่ปรากฏอำนาจบังคับบัญชาการทำงาน อาจต้องอาศัยข้อเท็จจริงอื่นๆ มาพิจารณาประกอบกันว่ามีลักษณะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันหรือไม่ ถ้าหากพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งหมดแล้วยังไม่อาจหาข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานได้ แสดงว่า สัญญาดังกล่าวย่อมไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน และบุคคลที่รับเข้าทำงานก็ไม่อาจมีความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ได้

3.2 หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตรา 425

หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของนายจ้างกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 425 ซึ่งบัญญัติว่า “นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น” โดยบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอก ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวมีการระบุว่า ได้ยกร่างขึ้นโดยเทียบเคียงมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 715³³

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างตามมาตรา 425 นั้น การกระทำของลูกจ้างจะต้องเป็นละเมิดเสียก่อนโดยพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 คือ การกระทำของลูกจ้างจะต้องเป็นความผิด โดยลูกจ้างจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้บุคคลอื่นเสียหาย ทั้งลูกจ้างจะต้องได้กระทำไปในทางการที่จ้างด้วย ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำสืบให้ได้ว่าการกระทำของลูกจ้างนั้นเป็นละเมิดหรือพิสูจน์ “ความผิด” ของลูกจ้างตามมาตรา 420 ทั้งนี้ มาตรา 425 ไม่ใช่กรณีที่นายจ้างมีส่วนในการกระทำความผิด เพราะถ้ากรณีที่นายจ้างมีความผิดคือ กระทำละเมิดเองหรือร่วมกระทำละเมิดด้วย นายจ้างก็จะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 หรือ 432 แต่ความรับผิดชอบของนายจ้างเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นที่อยู่บนพื้นฐานของความรับผิดแบบเด็ดขาด (Strict Liability) ซึ่งนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งเกิดขึ้นในทางการที่จ้างโดยทันที ไม่อาจโต้แย้งให้หลุดพ้นความรับผิดได้ หากนายจ้างได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ก็สามารถมาไล่เบี้ยคืนจากลูกจ้างตามมาตรา 426 ได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า แม้มตรา 425 จะถูกระบุว่ามีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 831 ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตรา 425 กลับมีลักษณะเป็นความรับผิดเด็ดขาดเช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ มีลักษณะใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 มากกว่ามาตรา 831 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³⁴

³³ วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้, หน้า 169.

³⁴ อนันต์ จันทร์โอภาส, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายละเมิด,” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, หน้า 103.

3.2.1 ลักษณะความเป็นนายจ้างลูกจ้าง

คำว่า “นายจ้าง” และ “ลูกจ้าง” ตามมาตรา 425 หมายถึงบุคคลสองฝ่ายซึ่งมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ซึ่งบัญญัติว่า “อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้”

3.2.1.1 พิจารณาตามสัญญาจ้างแรงงาน

สัญญาจ้างแรงงานนั้น อาจทำเป็นหนังสือหรือตกลงด้วยวาจาก็ได้ แต่สัญญาจะต้องสมบูรณ์ตามกฎหมายคือ จะต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันว่าด้วยความสมบูรณ์ของนิติกรรมและสัญญาตามมาตรา 149 – 153 มาใช้ กล่าวคือ สัญญาจ้างแรงงานต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือเป็นการพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(1) ความหมายและลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน

สาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 มีดังนี้

ก. สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่ายคือ นายจ้างฝ่ายหนึ่ง และลูกจ้างอีกฝ่ายหนึ่ง³⁵ โดยในการทำสัญญาจ้างแรงงานนั้น นายจ้างมีอำนาจเต็มที่จะเลือกว่าจ้างบุคคลใดเข้าทำงานกับกิจการของตนได้ ดังนั้น นายจ้างจึงมีอำนาจกำหนดคุณสมบัติวิธีการเลือกบุคคลเข้าเป็นลูกจ้างอย่างใดก็ได้

การที่จะต้องพิจารณาว่าความสัมพันธ์ในระหว่างคู่สัญญานั้นเป็นเรื่องสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของนั้น มีความสำคัญสำหรับการกำหนดความรับผิดชอบทางละเมิด เพราะหากเป็นสัญญาจ้างแรงงานและบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกจ้าง นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างที่ได้กระทำการไปในทางการที่จ้าง ตามหลัก Vicarious liability แต่ถ้าเป็นเรื่องสัญญาจ้างทำของ หลักความรับผิดชอบในทางละเมิดจะไม่เหมือนกัน กล่าวคือโดยหลักแล้วผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในการทำละเมิดของลูกจ้าง ดังนั้น ในบางครั้งนอกจากจะต้องดูข้อตกลงระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายแล้วยังจะดูพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าวเป็นกรณีๆ ไปว่าเป็นนายจ้างหรือลูกจ้างกันหรือไม่³⁶

สำหรับในกรณีที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับกระทรวง ทบวง กรม นั้น แต่เดิมหน่วยงานของรัฐประเภทกระทรวง ทบวง กรม จังหวัด เทศบาล เป็นนิติบุคคลที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จนกระทั่งเมื่อปี พ.ศ. 2535 จึงได้แยกหน่วยงานของรัฐดังกล่าวออกมาเพราะถือเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ทำให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหลือเฉพาะนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น ซึ่งเดิมถ้าผู้แทนหรือผู้มีอำนาจหรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐทำละเมิดให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบ

³⁵ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 26.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 76 วรรคแรก แต่สามารถมาไล่เบี้ยคืนจากเจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดได้ และหน่วยงานของรัฐยังต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดของลูกจ้างและตัวแทนตามมาตรา 425 และ 426 ด้วย แต่เมื่อมีการบัญญัติพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขึ้น³⁷ ส่งผลให้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องเรียกต่อหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ห้ามฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิด³⁸ ส่วนสิทธิไล่เบี้ยนั้น หน่วยงานของรัฐจะถูกจำกัดให้ไล่เบี้ยคืนได้เฉพาะแต่กรณีที่เจ้าหน้าที่ทำละเมิดโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น³⁹

เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างกระทรวง ทบวง กรม ของรัฐ กับข้าราชการ ในสังกัดนั้นมีขึ้นโดยกฎหมายฝ่ายปกครอง ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน เป็นต้น มิใช่ตามกฎหมายส่วนแพ่งตามนิติกรรมหรือสัญญา ดังเช่น สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน หรือตัวการตัวแทน ซึ่งลักษณะของการก่อตั้งสิทธิก็ดี การใช้สิทธิที่ดีและการระงับไปซึ่งสิทธิก็ดี กฎหมายฝ่ายปกครองและกฎหมายแพ่ง มีลักษณะแตกต่างกันอยู่ในตัวและตามสภาพของกฎหมาย นั้นๆ ทั้งนี้เพราะว่าบุคคลใดจะเข้ารับราชการก็ต้องมีคุณสมบัติและต้องมีการปฏิบัติตามที่ กฎหมายปกครองกำหนดไว้ ค่าสินจ้างตอบแทน เช่น เงินเดือน การบังคับบัญชา การรักษาวินัย การ ออกจากข้าราชการ และสิทธิที่จะได้รับบำเหน็จบำนาญย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายฝ่ายปกครอง กำหนดไว้ อันมิได้เกิดขึ้นเพราะผลของนิติกรรมหรือสัญญาแต่อย่างใดไม่ ฉะนั้นข้าราชการจึงไม่เป็น ลูกจ้างของกระทรวง ทบวง กรม และไม่ได้มีความสัมพันธ์กันในฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน⁴⁰

ข. สัญญาจ้างแรงงานมีวัตถุประสงค์ที่ให้ลูกจ้างทำงานให้แก่ นายจ้าง มิได้มี วัตถุประสงค์ที่จะให้มีการทำงานสิ่งหนึ่งจนสำเร็จดังเช่นสัญญาจ้างทำของ⁴¹ การที่ลูกจ้างทำงาน ให้ นายจ้างนั้น การทำงานให้อาจจะเป็นเรื่องการที่ลูกจ้างต้องออกกำลังกาย ออกแรงงานทำงานให้ นายจ้าง เช่น บรรจุสิ่งของต่างๆ ให้แก่นายจ้าง แต่การทำงานให้แก่นายจ้างของลูกจ้างนั้นมิได้จำกัด แต่เฉพาะการทำงานประเภทที่ต้องใช้แรงงานหรือออกกำลังกาย การทำงานให้อาจจะเป็นการใช้ ความรู้หรือความคิดให้แก่นายจ้างก็ได้ เช่น งานของนักบัญชี นักกฎหมาย แพทย์ หรืออาจารย์ใน มหาวิทยาลัยเอกชน เป็นต้น⁴²

³⁷ เพิ่ง เพิ่งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด และ พ.ร.บ.ความรับผิดทาง ละเมิดของเจ้าหน้าที่, พิมพ์ครั้งที่ 5(กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2553), หน้า 236-237.

³⁸ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติว่า “หน่วยงานของ รัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจ ฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้”

³⁹ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ใน กรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐ มีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการ นั้นไปด้วยความจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

⁴⁰ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 32.

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587

⁴² ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 33.

ดังนั้น นายจ้างจะจ้างให้ลูกจ้างทำการงานสิ่งใดให้แก่ นายจ้างก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างแรงงานจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชนและไม่พินวิสัย เช่น จ้างทำลายป่า ผลิตเฮโรอีน เต็นโชว์เปลือย หรือให้ลูกจ้างเรียงอิฐให้ได้วันละ 8 คันรถ ซึ่งโดยปกติคนธรรมดาไม่สามารถทำได้⁴³ เป็นต้น

เมื่อสัญญาจ้างแรงงานมีวัตถุประสงค์ที่ให้ลูกจ้างทำงานให้ เป็นสำคัญ และนายจ้างจะต้องจ่ายสินจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ สัญญาจ้างแรงงานจึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่ผลสำเร็จดังเช่นสัญญาจ้างทำของ ลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงานมีหน้าที่เพียงทำงานให้แก่ นายจ้าง ส่วนงานนั้นจะเสร็จหรือไม่ ไม่ใช่เรื่องสำคัญ และเป็นเรื่องของนายจ้าง⁴⁴

ในกรณีที่การทำงานที่นายจ้างได้ให้ลูกจ้างกระทำการนั้นเกิดสูญหายหรือพังทลายลง ความวินาศที่เกิดขึ้นก็ตกเป็นพัวกับนายจ้าง เพราะนายจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระต่างๆ ในการทำงานต่างๆ อยู่แล้ว เช่น เกิดไฟไหม้โรงงานที่ลูกจ้างทำงานอยู่ ความเสียหายที่เกิดแก่ตัวโรงงาน เครื่องจักร ตลอดจนผลผลิตที่ทำเสร็จแล้วหรือยังทำไม่เสร็จก็ตาม ก็ตกเป็นพัวกับนายจ้างไป หากลูกจ้างมิได้เป็นผู้กระทำให้เกิดไฟไหม้⁴⁵

ค. สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่นายจ้างตกลงจะให้สินจ้างแก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ การที่ลูกจ้างได้ทำงานให้แก่ นายจ้างนั้นมิได้ทำแบบให้เปล่า แต่กระทำการงานไปโดยหวังจะได้รับสินจ้างจากนายจ้าง ดังนั้น ในสัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างจะจ่ายสินจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำการงานให้ การทำงานและสินจ้างจึงเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน การทำงานให้โดยไม่มีสินจ้างจึงไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงาน หากแต่เป็นการวานหรือการใช้หรือการช่วยเหลือเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่กัน⁴⁶

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณามาตรา 576 ที่บัญญัติว่า “ถ้าตามพฤติการณ์ไม่อาจจะคาดหมายได้ว่างานนั้นจะพึงทำให้เปล่าไซ้ ท่านย่อมถือเอาโดยปริยายว่ามีค้ำประกันจะให้สินจ้าง” อาจทำให้เข้าใจไปในทางที่ว่า สัญญาจ้างแรงงานนั้นอาจจะไม่มีสินจ้างก็ได้ แต่เจตนารมณ์ของมาตรา 576 น่าจะอยู่ที่ว่า แม้จะไม่มีข้อตกลงในเรื่องสินจ้างกันไว้ในระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างแล้ว แต่พฤติการณ์การทำงานนั้นคงจะไม่มีทำให้กันเปล่าๆ ก็ถือว่ามีข้อตกลงว่าจะทำการงานให้โดยจะได้รับสินจ้างกัน⁴⁷

ส่วนสินจ้างคือเป็นบำเหน็จหรือค่าตอบแทนที่นายจ้างได้จ่ายให้แก่ลูกจ้าง อันเนื่องมาจากการที่ลูกจ้างได้ทำงานให้แก่ นายจ้าง ส่วนสินจ้างที่นายจ้างให้แก่ลูกจ้างนั้นจะเป็นสิ่งใดได้บ้าง โดยปกติแล้วสินจ้างจะจ่ายกันเป็นเงิน อย่างไรก็ตาม สินจ้างนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นเงินเสมอไป

⁴³ รุ่งโรจน์ รื่นเรืองวงศ์, “นายจ้างกับการบังคับบัญชาลูกจ้าง,” วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช, 1 มิถุนายน 2536, หน้า 108.

⁴⁴ ไพทิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับชน, หน้า 34.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

จะเป็นทรัพย์สินอื่นก็ได้ เช่น จ้างให้ลูกจ้างทำงานในโรงสีข้าว แล้วจ่ายสินจ้างเป็นข้าวสาร จ้างเลี้ยงหมู จ่ายสินจ้างเป็นหมูหรือลูกหมู⁴⁸

นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นว่าการเรียกค่าตอบแทนในการที่ลูกจ้างทำงานให้แก่นายจ้างว่า “สินจ้าง” แต่ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ก็จะปรากฏว่ามีการใช้ถ้อยคำว่า “ค่าจ้าง” ที่เป็นที่รู้จักและใช้กันโดยทั่วไป โดยคำว่า “ค่าจ้าง” นี้หมายถึง เงินทุกประเภทที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเป็นค่าตอบแทนการทำงานในวันและเวลาทำงานปกติ ไม่ว่าจะคำนวณตามระยะเวลา หรือคำนวณตามผลงานที่ลูกจ้างทำได้ และให้หมายความรวมถึงเงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างในวันหยุดและวันลาซึ่งลูกจ้างไม่ได้ทำงานด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะกำหนด จำนวน หรือจ่ายในลักษณะใดหรือโดยวิธีการใดและไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร หรือหมายถึง เงินที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันจ่ายเป็นค่าตอบแทนในการทำงานตามสัญญาจ้างสำหรับระยะเวลาการทำงานปกติเป็นรายชั่วโมง รายวัน รายสัปดาห์ รายเดือน หรือระยะเวลาอื่นหรือจ้างให้โดยคำนวณตามผลงานที่ลูกจ้างทำได้ในระยะเวลาการทำงานปกติของวันทำงาน และให้หมายความรวมถึงที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างในวันหยุดและวันลาที่ลูกจ้างมิได้ทำงานแต่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541) คำว่า “สินจ้าง” กับ “ค่าจ้าง” มักจะปรากฏแยกกันหรืออยู่คู่กันในคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้ความหมายที่สำคัญของคำทั้งสองก็เป็นค่าตอบแทนที่นายจ้างได้จ่ายให้แก่ลูกจ้างที่ทำงานให้แก่ตนเหมือนกันก็ตาม แต่ความหมายของคำทั้งสองก็ยังมีแตกต่างในรายละเอียดอยู่บ้าง กล่าวคือ คำว่า “สินจ้าง” มีความหมายกว้างกว่า “ค่าจ้าง” ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน “สินจ้าง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดก็ได้ แต่ “ค่าจ้าง” ในกฎหมายคุ้มครองแรงงานจะมีความหมายแคบกว่า กล่าวคือค่าจ้างจะต้องเป็น “เงิน”⁴⁹

จากความหมายและสาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน ตลอดจนบทบัญญัติอื่นๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องจ้างแรงงานนั้น สามารถที่จะสรุปถึงลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานในเบื้องต้นได้ว่า

1. สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งลูกจ้างและนายจ้างต่างมีหน้าที่ที่จะต้องชำระตอบแทนต่อกัน โดยลูกจ้างตกลงทำงานให้แก่นายจ้างและนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิที่จะไม่ชำระหนี้ในส่วนของตนได้⁵⁰
2. สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดแบบหรือหลักฐานของสัญญาจ้างแรงงานไว้ สัญญาเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์เมื่อคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกันตามหลักนิติกรรมสัญญา แม้จะตกลงกันด้วยวาจา หรือโดยปริยาย สัญญาก็เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้วโดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

⁵⁰ กิติพงศ์ หังสพฤกษ์, กฎหมายแรงงาน, หน้า 19-34.

3. สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวลูกจ้าง⁵¹ เพราะเวลาที่นายจ้างจะเลือกลูกจ้างตนใดเข้าทำงาน นายจ้างก็ต้องพิจารณาถึงความรู้ความสามารถ ความตั้งใจ ความขยันขันแข็ง ความอดทน และความไว้วางใจ ส่วนลูกจ้างจะทำงานให้แก่ใคร ก็พิจารณาดูว่านายจ้างเป็นใคร นิสัยใจคอเป็นเช่นไร มีสถานะมั่นคงที่จะจ่ายค่าจ้างและให้สวัสดิการที่ดีแก่ลูกจ้างได้หรือไม่ ส่วนตัวบทประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องจ้างแรงงานก็ได้สะท้อนให้เห็นถึงลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่เป็นการเฉพาะตัวด้วยคือ มาตรา 577 ที่บัญญัติว่า “นายจ้างจะโอนสิทธิของตนให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้เมื่อลูกจ้างยินยอมพร้อมใจด้วย

ลูกจ้างจะให้บุคคลภายนอกทำงานแทนตนก็ได้เมื่อนายจ้างยินยอมพร้อมใจด้วย

ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดทำการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้”

ลักษณะที่เป็นการเฉพาะตัวของสัญญาจ้างแรงงานที่ปรากฏอยู่ในมาตรานี้คือ นายจ้างจะให้ลูกจ้างไปทำงานให้แก่คนอื่น หรือลูกจ้างจะให้คนอื่นทำงานแทนไม่ได้ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง มิฉะนั้นอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาควบคู่บทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องจ้างแรงงานแล้วก็จะอาจคิดไปได้ว่า ที่ว่าสัญญาจ้างแรงงานนั้นมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวนั้นก็เป็นเรื่องไม่แน่เสมอไป โดยมาตรา 584 บัญญัติว่า “ถ้าจ้างแรงงานรายใดมีสาระสำคัญอยู่ที่ตัวบุคคลผู้เป็นนายจ้าง ท่านว่าสัญญาจ้างเช่นนั้นย่อมระงับไปด้วยมรณะแห่งนายจ้าง” ซึ่งก็มีความหมายไปในทางที่ว่า ถ้าสัญญาจ้างแรงงานรายใดไม่ได้มีสาระสำคัญอยู่ที่ตัวนายจ้าง แม้นายจ้างถึงแก่ความตาย สัญญาจ้างแรงงานก็ไม่ระงับ และก็มี ความหมายต่อมาว่า สัญญาจ้างแรงงานผูกพันทายาทหรือผู้รับโอนทรัพย์สินของนายจ้างที่ต้องให้ลูกจ้างทำงานต่อไป และตัวลูกจ้างเองก็ต้องทำงานให้นายจ้างคนใหม่ต่อไปด้วย โดยมีการเปลี่ยนตัวนายจ้างจากคนเดิมไปเป็นคนใหม่ที่เป็นทายาทผู้รับมรดกของนายจ้าง ซึ่งแต่เดิมนั้นลูกจ้างก็ไม่ได้ตกลงเข้าทำงานด้วยแต่อย่างใด สัญญาจ้างแรงงานจะมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวตามมาตรานี้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่มีสาระสำคัญอยู่ที่ตัวนายจ้างเท่านั้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้กำหนดถึงเรื่องการเปลี่ยนตัวนายจ้างไว้ในมาตรา 13 ว่า ในกรณีที่กิจการใดมีการเปลี่ยนตัวนายจ้างเนื่องจากการโอนรับมรดก หรือด้วยประการอื่นใด หรือในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล และมีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลง โอนหรือควบกับนิติบุคคลใด สิทธิต่างๆ ที่ลูกจ้างมีอยู่ต่อนายจ้างเดิมเช่นใด ให้ลูกจ้างมีสิทธิเช่นว่านั้นต่อไป และให้นายจ้างใหม่รับไปทั้งสิทธิและหน้าที่อันเกี่ยวกับลูกจ้างนั้นทุกประการ

4. สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำการไปในทางที่จ้าง ที่เป็นไปตามหลัก Vicarious liability ดังเช่นที่บทบัญญัติของ

⁵¹ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 35-37.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ได้บัญญัติว่า “นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น”

5. สัญญาจ้างแรงงานมีลักษณะที่นายจ้างมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้าง ตามสัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างมีอำนาจสั่งให้ลูกจ้างทำงานตามวิธีที่ตนต้องการได้ ลูกจ้างต้องทำงานอยู่ภายใต้การควบคุมดูแล เชื่อฟังคำสั่งของนายจ้างตลอดเวลาโดยอำนาจในการบังคับบัญชาของนายจ้างนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติโดยตรงชัดเจน แต่ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 583 ที่บัญญัติว่า “ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรมก็... ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดยมีพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในระหว่างการทำงาน of ลูกจ้างนั้น นายจ้างสามารถที่จะออกคำสั่งให้ลูกจ้างปฏิบัติตามก็ได้ คำสั่งดังกล่าวจะเป็นคำสั่งด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร จะเป็นการสั่งให้ทำเป็นเรื่องๆ ไป หรือเป็นครั้งคราวไป หรือจะเป็นคำสั่งที่อยู่ในรูปของระเบียบข้อบังคับของการทำงานก็ได้ เช่น กำหนดเวลาเข้าทำงานและเลิกงาน และเมื่อนายจ้างมีคำสั่งเช่นนั้นแล้ว ถ้าลูกจ้างไม่ปฏิบัติตามนายจ้างก็มีสิทธิไล่ลูกจ้างออกได้

แต่ถ้าปรากฏว่าในสัญญาที่มีระหว่างคู่กรณีนั้นไม่ปรากฏว่าฝ่ายหนึ่งมีอำนาจควบคุมสั่งการบังคับบัญชาแล้ว สัญญาดังกล่าวก็ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน (โดยอาจจะต้องพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอื่นๆ ด้วย)

(2) ความหมายและหน้าที่ของนายจ้าง-ลูกจ้าง

อย่างที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น คำว่า นายจ้างนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้คำจำกัดความไว้ แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา 575 แล้ว อาจให้คำจำกัดความของนายจ้างได้ว่า เป็นบุคคลที่จ้างบุคคลอื่นให้ทำงานให้ตน โดยตกลงจ่ายค่าตอบแทนให้ ซึ่งค่าตอบแทนนี้เรียกว่าสินจ้าง ในการทำความตกลงจ้างลูกจ้างเข้ามาทำงานนั้น นายจ้างไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่ทำความตกลงหรือทำสัญญากับลูกจ้างเองก็ได้ นายจ้างจะแต่งตั้งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนของนายจ้าง เพื่อทำการดังกล่าวแทนก็ได้ นอกจากนี้ นายจ้างจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ทั้งนี้ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ยังหมายความรวมถึง ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล ให้ทำการแทนด้วย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ว่าจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรง ยังให้ถือว่าผู้ประกอบการกิจการผู้ว่าจ้างนั้นเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวด้วย สำหรับลูกจ้างนั้น ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ก็อาจกล่าวได้ว่า คือ บุคคลหนึ่งที่ตกลงจะทำงานให้แก่ นายจ้างโดยได้รับสินจ้างเป็นการตอบแทน

นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดหน้าที่ของลูกจ้างไว้หลายประการ เช่น ลูกจ้างต้องทำงานให้แก่ นายจ้าง⁵², ลูกจ้างต้องทำงานด้วยตนเอง⁵³ หรือต้องมีความสามารถตามที่ตนได้รับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย⁵⁴ ส่วนหน้าที่ของนายจ้าง เช่น

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 577 วรรคสอง

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 578

ต้องจ่ายสินจ้างตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกันให้แก่ลูกจ้าง⁵⁵ ออกใบสำคัญแสดงการทำงานให้ลูกจ้าง⁵⁶ เป็นต้น

3.2.1.2 พิจารณาตามลักษณะการใช้อำนาจบังคับบัญชา

นายจ้างต้องมีอำนาจและการจัดการเหนือลูกจ้าง ซึ่งหมายความว่า นายจ้างอยู่ในฐานะที่จะสั่งให้ลูกจ้างปฏิบัติตามได้ ลูกจ้างต้องทำงานอยู่ภายใต้อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง โดยทั้งนี้อาจเป็นอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาตามความเป็นจริงหรือโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ เรื่องดังกล่าวแม้มิได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 575 แต่ก็ปรากฏอยู่ในมาตรา 583 ที่อำนาจให้นายจ้างแก่นายจ้างในการไล่ลูกจ้างที่จงใจขัดคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายของนายจ้าง หรือละเลยไม่นำพาคำสั่งเช่นนั้นเป็นประจำ ซึ่งอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างตามความเป็นจริงหรือโดยชัดแจ้ง เป็นอำนาจการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างที่เห็นได้ชัดแจ้ง นายจ้างจะมีอำนาจไม่เพียงแต่ในการสั่งการว่าลูกจ้างต้องทำงานอะไร แต่รวมถึงต้องทำงานอย่างไรและต้องทำงานเมื่อใดด้วย⁵⁷

(2) อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างโดยปริยาย ในบางกรณีก็ตามข้อเท็จจริงอาจไม่ปรากฏอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาตามความเป็นจริงหรือโดยชัดแจ้ง ก็จะต้องค้นหาอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาโดยปริยาย ซึ่งศาลฎีกาได้เคยมีคำวินิจฉัยตัดสินคดี ในคำพิพากษาฎีกาที่ 685/2512 ว่ากรมป่าไม้ทำสัญญาจ้างผู้รับจ้างเฝ้ารักษาไม้ของกลาง ซึ่งเจ้าพนักงานป่าไม้จับได้และยังอยู่ที่ต่อที่ถูกโค่นในป่า ระบุชื่อสัญญาว่า “สัญญาจ้างเฝ้ารักษา” มีข้อสัญญาว่าผู้รับจ้างยอมรับเฝ้ารักษาไม้ของกลาง โดยคิดอัตราค่าจ้างเป็นรายท่อนต่อเดือนนับแต่วันทำสัญญา ถ้าไม้ซึ่งรับจ้างเฝ้าขาดหายหรือเป็นอันตราย ผู้รับจ้างยอมให้ปรับไหมรายท่อนตามจำนวนที่สูญหายหรือเป็นอันตราย ระหว่างเวลาที่ผู้รับจ้างรับผิดชอบเฝ้ารักษา กรมป่าไม้ผู้ว่าจ้างอาจขโมยไม้ของกลางทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไปจากที่เดิมในเวลาใดๆ ก็ได้ แต่ต้องแจ้งให้ผู้รับจ้างทราบและทำใบรับไม้ให้ไว้ สัญญานี้เป็นสัญญาจ้างแรงงาน จะเห็นว่า แม้กรมป่าไม้จะไม่มีอำนาจสั่งการให้ผู้รับจ้างต้องเฝ้ารักษาไม้อย่างไร แต่เงื่อนไขในการเฝ้ารักษาไม้และการปรับไหมรายท่อนตามจำนวนไม้ที่สูญหายหรือเป็นอันตราย ก็อาจถูกพิจารณาว่าเป็นอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาโดยปริยายได้⁵⁸ นั่นเอง

อำนาจบังคับบัญชาการทำงานของนายจ้างถือเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาจ้างแรงงาน แต่บางกรณี ลูกจ้างอาจต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของบุคคลหลายคนได้ เช่น ลูกจ้างอาจมีนายจ้างหลายคน เช่น ในเวลากลางวันทำงานให้กับนาย ก ส่วนในเวลากลางคืนทำงานให้กับนาย ข

⁵⁵ จำนวนสินจ้าง อาจจะถูกกำหนดโดยอิงกับระยะเวลา เช่น กำหนดสินจ้างค่านวน เป็นรายชั่วโมง เป็นรายวัน รายสัปดาห์ หรือรายเดือน เป็นต้น ส่วนกำหนดเวลาจ่ายสินจ้าง ให้จ่ายตามเวลาที่ตกลงกัน หรือตามจารีตประเพณี หรือเมื่องานแล้วเสร็จ

อ้าง ไพทิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 52-56.

⁵⁶ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 585 บัญญัติว่า “เมื่อการจ้างแรงงานลูกจ้างสิ้นสุดลงแล้ว ลูกจ้างชอบที่จะได้รับใบสำคัญแสดงว่าลูกจ้างทำงานมานานเท่าไรและงานที่ทำนั้นเป็นงานอย่างไร”.

⁵⁷ วินัย สุวีโรจน์, หลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน, หน้า 68.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

หากลูกจ้างทำละเมิดจึงต้องพิจารณาว่า กำลังทำงานให้กับนายจ้างคนใด อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างคนใด นายจ้างคนนั้นก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 425⁵⁹ ซึ่งกรณีที่ลูกจ้างมีนายจ้างหลายคนอาจเกิดจากการที่นายจ้างคนเดิมได้ส่งตัวลูกจ้างไปทำงานให้กับบุคคลอื่นก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้เช่าทำสัญญาเช่าเหมาเรือเพื่อขนส่งสินค้า เกิดละเมิดขึ้นในระหว่างขนส่ง ศาลฎีกาตัดสินว่า วัตถุประสงค์ในการเช่ามุ่งผลสำเร็จในการขนส่งเป็นสำคัญ การเดินเรือหรือการจัดการเกี่ยวกับลูกเรือหรือเรือ นั้น เป็นอำนาจเด็ดขาดของเจ้าของเรือ กับต้นนายเรือ หรือเจ้าหน้าที่เดินเรือ ที่จะพิจารณาหรือตัดสินใจเกี่ยวกับการเดินเรือให้ปลอดภัย ผู้เช่าไม่มีอำนาจยุ่งเกี่ยวกับการจัดการเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด หากผู้เช่าไม่พอใจลูกเรือคนใดที่ไม่มีอำนาจไล่ออกหรือสั่งให้หยุดงานหรือเปลี่ยนตัวลูกเรือคนนั้นได้ ไม่มีอำนาจสั่งการว่าให้เดินเรืออย่างไร ประกอบกับในสัญญาเช่าเหมาเรือระบุว่าเจ้าของเรือมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างและจัดหาเสบียงอาหารให้แก่ลูกเรือด้วยตนเอง ผู้เช่ามีหน้าที่จ่ายเงินค่าเช่าหรือค่าเรือเท่านั้น ดังนั้น ผู้เช่าจึงไม่ใช่ นายจ้างของลูกเรือ เมื่อลูกเรือของเรือลำดังกล่าวทำละเมิด ผู้เช่าไม่ต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425⁶⁰ หรือในกรณีที่มีการจ้างเหมารถบรรทุกพร้อมคนขับซึ่งเป็นลูกจ้างของเจ้าของรถไปใช้งานบรรทุกของ ซึ่งกิจการรับจ้างบรรทุกของลักษณะดังกล่าวเป็นกิจการปกติของเจ้าของรถ อีกทั้งเจ้าของยังคงเป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้คนขับรถ ดังนั้น เมื่อคนขับซึ่งเป็นลูกจ้างของเจ้าของรถทำละเมิด เจ้าของรถต้องรับผิดชอบเพราะเป็นนายจ้างและอยู่ในทางการที่จ้างของนายจ้างนั่นเอง ผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชา⁶¹ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ การที่นายจ้างส่งตัวลูกจ้างไปทำงานให้กับบุคคลภายนอก โดยที่นายจ้างยังคงมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างและจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง ถือเป็นการส่งให้ลูกจ้างทำงานของนายจ้างนั่นเอง เพราะเป็นการทำงานตามคำสั่งและอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างโดยตรง⁶² แต่ในทางกลับกัน กรณีที่นายจ้างส่งตัวลูกจ้างไปทำงานให้กับบุคคลภายนอก โดยได้โอนสิทธิในการบังคับบัญชาลูกจ้างไปยังบุคคลภายนอก และลูกจ้างต้องรับเงินค่าจ้างจากบุคคลดังกล่าว แม้จะเป็นการทำงานเพียงระยะเวลาหนึ่งหรือเพียงชั่วคราว ก็เข้าลักษณะการตกลงเปลี่ยนตัวนายจ้างจากนายจ้างคนเดิมเป็นนายจ้างคนใหม่ตามมาตรา 577 วรรคแรก⁶³ แล้ว ดังนี้ การที่ลูกจ้างยินยอมไปทำงานให้แก่ นายจ้างคนใหม่ จึงถือว่าสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างคนเดิมกับลูกจ้างสิ้นสุดลง นายจ้างคนเดิมไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างอีกต่อไป และเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานกับบุคคลภายนอก ซึ่งเป็นนายจ้างคนใหม่ขึ้นทันที ทั้งนี้ หากลูกจ้างทำงานครบระยะเวลาตามที่ตกลงทำงานกันแล้ว ปรากฏว่า ลูกจ้างกลับมาทำงานกับนายจ้างคนเดิมอีกก็เท่ากับเป็นการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงาน

⁵⁹ วารีนานาสกุล คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 178.

⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 8174/2557 ซึ่งศาลตัดสินไปในทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาฎีกาที่ 769/2485

⁶¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 594/2485

⁶² ไพจิตร ปุณณพันธ์ “การโอนสิทธิและทำงานแทนกันตามสัญญาจ้างแรงงาน,” *ตุลพาท*, 12, 7 (กรกฎาคม 2508): 7.

⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 577 วรรคแรก บัญญัติว่า “นายจ้างจะโอนสิทธิของตนให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ เมื่อลูกจ้างยินยอมพร้อมใจด้วย”

ฉบับใหม่ขึ้นเป็นอีกฉบับหนึ่ง โดยเป็นการตกลงว่าจ้างกันใหม่ระหว่างนายจ้างคนเดิมกับลูกจ้างนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น เจ้าของเรือยนต์ให้บุคคลอื่นเช่าเรือไปใช้ลากจูงพร้อมกับลูกเรือ โดยมีข้อสัญญาให้ผู้เช่าใช้ลูกเรือที่ผู้ให้เช่าจัดหา แต่ให้ลูกเรือรับเงินเดือนจากผู้เช่า และผู้เช่ามีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการคนเรือได้ ดังนี้ เจ้าของเรือไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกเรือในระหว่างที่โอนสิทธิดังกล่าวไปนั้น⁶⁴ เนื่องจากในระหว่างเวลาเช่าเจ้าของเรือไม่ใช่ นายจ้างของลูกเรือ⁶⁵ และกรณีนี้ถือว่าผู้เช่าเรือมีอำนาจสั่งการและบังคับบัญชาลูกเรือ ผู้เช่าจึงเป็นนายจ้างของลูกเรือ ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกเรือได้กระทำให้ขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ของลูกเรือตามมาตรา 425 นั้นเอง⁶⁶

ดังนั้น ในกรณีที่มีการส่งตัวลูกจ้างไปทำงานให้แก่บุคคลภายนอก จะต้องพิจารณาว่า นายจ้างเดิมของลูกจ้างนั้นได้โอนอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างไปให้นายจ้างคนใหม่ที่เป็นบุคคลภายนอกด้วยหรือไม่ และนายจ้างคนใหม่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้แก่ตนด้วยหรือไม่ หากเป็นกรณีที่นายจ้างเพียงแต่ส่งลูกจ้างไปทำงานให้แก่บุคคลภายนอกตามสัญญาอื่นๆ เช่น สัญญาเช่ายานพาหนะพร้อมคนขับ หรือสัญญาจ้างทำของ หรือสัญญาให้บริการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่นายจ้างไม่ได้โอนอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างไปให้ด้วย นายจ้างยังคงมีสิทธิออกคำสั่งให้ลูกจ้างทำงานอย่างไร ในเวลาและสถานที่ใด มีอำนาจในการลงโทษลูกจ้างที่ไปทำงานกับบุคคลภายนอก หรือลูกจ้างยังคงต้องปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับของนายจ้าง เช่น การแต่งกายในชุดฟอร์มของนายจ้าง เป็นต้น และนายจ้างยังมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างหรือสินจ้างให้แก่ลูกจ้างดังเดิม บุคคลภายนอกซึ่งลูกจ้างต้องไปทำการงานให้มีหน้าที่เพียงชำระค่าเช่าหรือค่าจ้างหรือค่าบริการให้นายจ้างเท่านั้น เช่นนี้ บุคคลภายนอกที่นายจ้างได้ใช้ให้ลูกจ้างไปทำการงานให้ดังกล่าวไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างที่ไปทำงานให้ เพราะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างได้ แม้ว่าในความเป็นจริง บุคคลภายนอกอาจสามารถสั่งการให้ลูกจ้างทำงานได้ เพราะลูกจ้างทำงานในสถานที่ของบุคคลภายนอกก็ตาม แต่อำนาจในการสั่งงานของนายจ้างคนใหม่ดังกล่าวเป็นเพียงประโยชน์ที่สืบเนื่องมาจากการที่บุคคลภายนอกมีฐานะเป็นผู้รับผลงานตามสัญญาเช่าหรือสัญญาว่าจ้างระหว่างนายจ้างกับบุคคลภายนอกเท่านั้น ไม่ถือเป็นอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างที่สามารถบังคับให้ลูกจ้างทำงานให้แก่ตนได้ ถ้าลูกจ้างไม่ทำตามคำสั่ง บุคคลภายนอกก็ไม่มีสิทธิลงโทษลูกจ้างได้ มีเพียงสิทธิบอกเลิกสัญญากับนายจ้างเท่านั้น⁶⁷

⁶⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 316-318/2500

⁶⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 533/2499

⁶⁶ วินัย ลูว์โรจน์, *หลักวินัยจรรยาบรรณสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน*, หน้า 61.

⁶⁷ เพ็ง เพ็งนิตติ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง*, พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2556), หน้า 140.

3.2.2 ขอบเขตทางการที่จ้าง

เมื่อมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้าง-ลูกจ้างกันแล้ว การที่นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้าง ตามมาตรา 425 นั้น การกระทำละเมิดของลูกจ้างต้องเป็นไปในทางที่จ้างด้วย การพิจารณาความหมายของ “ในทางที่จ้าง” จึงมีความสำคัญ เพราะเป็นขอบเขตของความรับผิดชอบของนายจ้างด้วย หากเป็นการกระทำในทางที่จ้างแล้ว นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วยเสมอ นายจ้างจะต่อสู้โดยอ้างว่าลูกจ้างกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ทั้งที่ตนสั่งให้กระทำโดยระมัดระวังแล้ว หรือลูกจ้างกระทำหลอกลวง ฉ้อฉล ทั้งที่นายจ้างให้กระทำการโดยสุจริต หรือลูกจ้างกระทำผิดพลาด นายจ้างจะอ้างว่าลูกจ้างไม่มีอำนาจทำละเมิด หรือตนไม่ได้มอบอำนาจให้ทำละเมิด เพื่อให้ตนพ้นผิดไม่ได้

3.2.2.1 ความหมายของทางการที่จ้าง

การแยกระหว่างการกระทำในทางที่จ้าง กับการกระทำโดยส่วนตัวของลูกจ้าง เป็นเรื่องยาก แต่ก็ได้มีการพยายามที่ให้ความหมายได้ว่า “ทางการที่จ้าง” คือ การกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับงานที่ลูกจ้างได้รับมา โดยหลักแล้ว ลูกจ้างจะต้องทำงานให้แก่นายจ้างตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาจ้างแรงงาน หากไม่มีข้อตกลงโดยชัดแจ้ง การปฏิบัติงานก็ต้องเป็นไปตามประเพณีท้องถิ่น หากไม่มีประเพณีท้องถิ่นลูกจ้างก็ต้องปฏิบัติงานตามพฤติการณ์ที่ชอบด้วยเหตุผลแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ต้องพิจารณาว่าลูกจ้างรับจ้างทำงานประเภทใด ลักษณะใด เพราะขอบเขตของอำนาจย่อมรู้ หรือส่อให้เห็นจากลักษณะของงานนั้นๆ⁶⁸ การกระทำอันเกี่ยวข้องกับงานที่รับจ้างนี้ ลูกจ้างจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อนายจ้าง ไม่ว่าจะนายจ้างจะมอบหมายหรือสั่งให้กระทำโดยตรงหรือไม่ และแม้ว่าลูกจ้างจะได้กระทำการใดไปโดยผิดวิธีหรือขัดคำสั่งของนายจ้าง แต่ถ้าลูกจ้างได้ปฏิบัติไปโดยมีความมุ่งหมายจะรักษามผลประโยชน์ของนายจ้างแล้ว ถึงแม้วิธีการนั้นจะเป็นการละเมิดและไม่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำ ก็ยังถือว่าเป็นการกระทำในทางที่จ้าง⁶⁹

ความรับผิดชอบของนายจ้างจะมีอยู่ เฉพาะเมื่อลูกจ้างได้กระทำการอันเป็นความเสียหายระหว่างที่ตนกำลังปฏิบัติตามหน้าที่เพื่อให้งานที่รับจ้างมาลุล่วงไป โดยเหตุที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานนั้นอาจไม่ได้เกิดขึ้นระหว่างในเวลาทำงานตามปกติของลูกจ้างก็ได้ แต่การกระทำของลูกจ้างจะถือว่าอยู่ในทางที่จ้างเฉพาะเมื่อการกระทำนั้นเกิดในช่วงเวลาที่ลูกจ้างได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติงานหรือในช่วงเวลาที่เกี่ยวเนื่องกับเวลาที่ได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติงาน⁷⁰ ถ้าการกระทำนั้นของลูกจ้างมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อนายจ้าง หรือเป็นการกระทำไปโดยมีเจตนาให้เป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของงานหรือบริการที่ได้รับจ้างให้ทำ การกระทำของลูกจ้างก็ไม่ถือว่าเป็นขอบเขตทางการที่จ้าง

⁶⁸ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์อีสานการพิมพ์, 2507), หน้า 59.

⁶⁹ วารีนานาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, หน้า 192.

⁷⁰ Harry Street, The Law of Torts, 7th ed. (London: Butterworths, 1983), p. 427.

อย่างไรก็ตามคำจำกัดความของ “ในทางการที่จ้าง” ที่กล่าวมายังไม่อาจถือเป็นความหมายที่สมบูรณ์ และก็ไม่อาจจะมีคำจำกัดความที่แน่นอนตายตัวได้ “ในทางการที่จ้าง” นี้เป็นการผสมผสานระหว่างนโยบายทางสังคมซึ่งให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างซึ่งทำให้บุคคลภายนอกต้องได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากธุรกิจของนายจ้าง กับความรู้สึกไม่เป็นธรรมถ้านายจ้างจะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำทุกอย่างของลูกจ้าง “ในทางการที่จ้าง” จึงเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างๆ ที่ไม่สามารถระบุขอบเขตให้แน่ชัดจนถึงขนาดเป็นกฎเกณฑ์ที่สามารถอธิบายและแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในทุกกรณีได้⁷¹

3.2.2.2 ลักษณะและขอบเขตของทางการที่จ้าง

การพิจารณาการกระทำที่อยู่ในขอบเขตทางการที่จ้างนั้น มีหลักทั่วไปว่าลูกจ้างต้องทำงานให้แก่ นายจ้างตามที่ตกลงกันไว้ ลูกจ้างต้องทำตามคำสั่งของนายจ้างในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้าง ในทางการค้าซึ่งไม่มีข้อตกลงโดยชัดแจ้ง ในการปฏิบัติงานให้เป็นไปตามประเพณีท้องถิ่น ซึ่งจะได้กำหนดสภาพและขนาดของการปฏิบัติงาน และกรณีที่ไม่ประเพณีท้องถิ่นลูกจ้างก็ต้องปฏิบัติตามตามพฤติการณ์ที่ชอบด้วยเหตุผลแล้วแต่กรณี⁷² ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายนั้นไม่จำกัดเฉพาะหน้าที่เท่าที่ตกลงจ้าง ถ้านายจ้างสั่งให้กระทำงานอื่นนอกหน้าที่และลูกจ้างยินยอมกระทำ ย่อมถือว่าเป็นงานของนายจ้างที่ได้รับมอบหมายให้กระทำเช่นเดียวกัน⁷³ ถือว่าได้กระทำในทางการที่จ้างแล้ว

การที่กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการละเมิดของลูกจ้างเพราะลูกจ้างได้เกี่ยวข้องกับงานที่จ้าง นายจ้างจึงต้องดูว่างานนั้นได้ปฏิบัติไปโดยความเอาใจใส่ต่อความปลอดภัยหรือผลประโยชน์ของบุคคลอื่นด้วยหรือไม่ นายจ้างจะได้ล่วงรู้ถึงการละเมิดนั้นหรือไม่ก็ไม่สำคัญ⁷⁴ ดังนั้น “ทางการที่จ้าง” จึงไม่ได้หมายความว่านายจ้างได้สั่งให้กระทำหรือมอบอำนาจให้กระทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดเท่านั้น

การกระทำในทางการที่จ้างนั้น เป็นการกระทำในกิจการของนายจ้างและตามความประสงค์ของนายจ้าง นายจ้างต้องรับผิดชอบถ้าเป็นการกระทำที่ปฏิบัติไปเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง แต่ก็ได้หมายความว่าความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างจำกัดเฉพาะกิจการที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่นายจ้างเท่านั้น ความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างย่อมขึ้นอยู่กับกรณีที่นายจ้างได้จ้างลูกจ้าง คำสั่งหรือการควบคุมดูแลในการกระทำของลูกจ้าง การส่งเสริมกิจการหรือธุรกิจซึ่งนายจ้างได้เริ่มปฏิบัติ ถ้าหากทำภายในขอบเขตแล้วนายจ้างต้องรับผิดชอบไม่ว่า นายจ้างจะได้รับประโยชน์จากการละเมิดหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดที่นายจ้าง

⁷¹ Gyula Eorsi, Private and Government Liability for the Torts of Employees and Organ, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1975, p. 39.

⁷² ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 59.

⁷³ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท มีสมบัติ จำกัด, 2548), หน้า 102.

⁷⁴ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 57.

ไม่ได้มอบอำนาจหรือสั่งให้กระทำ แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดที่นายจ้างไม่ได้มอบอำนาจหรือสั่งให้กระทำ ไม่เกี่ยวกับการกระทำที่นายจ้างมอบอำนาจหรือสั่งให้กระทำ นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิด⁷⁵

สำหรับการพิจารณาว่าการกระทำของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้างหรือไม่นั้น แนวทางในการวินิจฉัยความรับผิดควรมุ่งพิจารณาว่า ในขณะที่เกิดเหตุละเมิดขึ้นนั้นลูกจ้างผู้ทำละเมิดกับนายจ้างยังมีความสัมพันธ์หรือผูกพันกันตามสัญญาจ้างหรือไม่ โดยต้องพิจารณาว่าความสัมพันธ์ในทางการที่จ้างนั้น ยังมีต่อกันอย่างไม่ขาดตอนลงหรือไม่ เช่น หากนายจ้างได้มอบหมายให้ลูกจ้างผู้มีหน้าที่ขับรถยนต์ เก็บรักษากุญแจและรถยนต์ไว้เป็นประจำ กรณีนี้เท่ากับว่านายจ้างยินยอมให้ลูกจ้างใช้รถได้ตลอดเวลา ดังนั้นแม้ลูกจ้างจะขับรถไปนอกเวลางานและทำธุระส่วนตัว นายจ้างก็ต้องรับผิด⁷⁶ อย่างไรก็ตาม “ในทางการที่จ้าง” มีหลักสำคัญอยู่ว่าในระหว่างที่ยังไม่เสร็จหน้าที่ ก็ต้องถือว่าเป็นทางการที่จ้างเสมอ โดยไม่ต้องคำนึงว่าลูกจ้างทำธุระส่วนตัวของตนด้วยหรือไม่ เพราะหากวินิจฉัยว่าเป็นกิจส่วนตัวของลูกจ้างอาจไม่เป็นธรรมได้ เพราะผู้เสียหายหรือประชาชนภายนอกไม่อาจทราบได้ว่าการกระทำของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้างของนายจ้างหรือไม่ นั่นเอง⁷⁷

3.3 การใช้สิทธิไล่เบี่ยของนายจ้างตามมาตรา 426

เมื่อนายจ้างได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายในกรณีที่ลูกจ้างทำละเมิดและนายจ้างต้องร่วมรับผิดในความเสียหายอันเป็นผลแห่งการกระทำละเมิดนั้นตามบทบัญญัติมาตรา 425 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นแล้ว นายจ้างย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชดใช้จากลูกจ้างได้ เพราะการที่ลูกจ้างทำละเมิดนั้นแม้ว่าจะเป็นการทำในทางการที่จ้างก็ตาม ก็ไม่มีเหตุผลที่จะให้นายจ้างรับผิดด้วย เพราะนายจ้างมิได้เป็นผู้ใช้ให้ทำละเมิดหรือสนับสนุนหรือช่วยเหลือในการทำละเมิดนั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 426 ซึ่งบัญญัติว่า “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้กระทำนั้นชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น” มาตรา 426 นี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น มาตรา 715 วรรค 3 และประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส มาตรา 55 วรรค 2⁷⁸

3.3.1 ลักษณะการใช้สิทธิไล่เบี่ย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่ามาตรา 426 บัญญัติให้นายจ้างมีสิทธิไล่เบี่ยเอาแก่ลูกจ้างที่ทำละเมิดในทางการที่จ้างและนายจ้างได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกที่เสียหายแล้ว เพราะแม้งานที่ลูกจ้างทำจะเป็นงานของนายจ้างและลูกจ้างอยู่ในความดูแลของนายจ้างก็ตาม เมื่อลูกจ้างก่อการ

⁷⁵ R.F.V. Heuston and R.C. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*. 21st ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 443.

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5367/2538.

⁷⁷ ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา, “ทางการที่จ้าง,” *ตุลพาห* 30, 6 (พฤศจิกายน – ธันวาคม 2526): 8 -11.

⁷⁸ มานราชเสวี, พระยา, *บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานเสวี*, Index of Civil Code ธรรมนูญที่มาของบทกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5, โดยภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 163.

ละเมิดขึ้น แต่ในระหว่างนายจ้างลูกจ้างไม่มีเหตุให้นายจ้างต้องรับผิดชอบด้วย ไม่ว่าในกฎหมายของประเทศที่ถือว่าความรับผิดชอบของนายจ้างเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาด ก็ยังมีบทบัญญัติให้นายจ้างใช้สิทธิไล่เบียดเอาจากลูกจ้างได้ หากไม่มีบทบัญญัติมาตรา 426 อาจจะมีการแปลว่านายจ้างไม่มีสิทธิเรียกให้ชดใช้จากลูกจ้างได้ เพราะมาตรา 425 บัญญัติให้นายจ้างร่วมกับลูกจ้าง จึงเป็นลูกหนี้ร่วมกันและต้องบังคับกันตามมาตรา 291 และอาจได้รับชดใช้จากลูกจ้างอย่างมากก็เพียงครั้งหนึ่งตามมาตรา 296 เพราะมาตรา 425 ซึ่งบัญญัติให้นายจ้างร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง อาจทำให้เข้าใจว่าต้องบังคับกันตามมาตรา 432 วรรค 3 ที่บัญญัติว่า “ในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทน นั้น ท่านว่าต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น” ด้วย⁷⁹ แต่ตามมาตรา 425 เป็นเรื่องที่นายจ้างจะต้องไม่มีส่วนกระทำละเมิดหรือยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการทำละเมิด ถ้านายจ้างไม่ได้กระทำการดังกล่าวด้วยแล้วจะนำมาตรา 432 วรรค 3 มาใช้บังคับไม่ได้ เพราะตามมาตรา 432 วรรค 3 เป็นกรณีที่บุคคลที่ร่วมกันกระทำละเมิดหรือกฎหมายถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกัน จะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนๆ เท่าๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น ผู้กระทำละเมิดคนใดชดใช้ค่าทดแทนให้ผู้ต้องเสียหายไปเกินส่วนของตนก็เรียกร้องคนอื่นชดใช้คืนให้แก่ตนได้ในส่วนที่เกินนั้น เป็นเรื่องที่จะเรียกร้องเอาระหว่างกันเอง แต่ถ้าเกี่ยวกับผู้ต้องเสียหายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกแล้ว ก็ยังคงเป็นลูกหนี้ร่วมกัน ต้องบังคับกันตามมาตรา 291 – 295 ดังนั้น ตามมาตรา 432 วรรค 3 นี้จึงไม่ใช่บังคับในกรณีที่บุคคลรับผิดชอบในการกระทำผิดของบุคคลอื่น ถ้าหากนายจ้างมีส่วนผิดอยู่ด้วย ก็จะใช้สิทธิไล่เบียดไม่ได้

นอกจากนี้ยังเห็นได้ว่ามาตรา 426 เป็นเรื่องที่กฎหมายให้นายจ้างรับช่วงสิทธิของบุคคลภายนอกนั่นเอง เพราะนายจ้างลูกจ้างเป็นหนี้ร่วมกัน นายจ้างมีความผูกพันร่วมกับลูกจ้างที่จะต้องชดใช้ให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ฉะนั้นเมื่อนายจ้างใช้หนี้ไปแล้วก็ย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของบุคคลภายนอกที่จะเรียกร้องเอาจากลูกจ้างต่อไปโดยอำนาจของกฎหมาย (มาตรา 229) แม้มาตรา 426 จะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้นายจ้างรับช่วงสิทธิของบุคคลภายนอกที่ตนได้ชดใช้ค่าทดแทนไปแล้วดังเช่นมาตราอื่น⁸⁰

มาตรา 426 ไม่ได้จำกัดว่าจะเรียกร้องหรือไล่เบียดเอาได้เพียงใด แต่เมื่อเป็นการรับช่วงสิทธิก็ย่อมรับช่วงมาเต็มบริบูรณ์ ฉะนั้นในการใช้สิทธิไล่เบียดจากลูกจ้างนั้น ย่อมเรียกได้โดยสิ้นเชิงเท่าที่เสียไป เพราะในระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างด้วยกัน นายจ้างย่อมอยู่ในฐานะที่จะได้รับชดใช้จากลูกจ้างเต็มตามจำนวนที่ตนได้ชำระไป และต้องเป็นกรณีที่นายจ้างได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายแทนลูกจ้างไปแล้วด้วย หากนายจ้างยังมิได้ชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย ก็ยังไม่อาจใช้สิทธิไล่เบียดเอาจากลูกจ้างได้⁸¹ เพราะนายจ้างยังอยู่ในฐานะลูกหนี้อยู่นั่นเอง⁸² อีกประการหนึ่งก็คือ มาตรา 426 เป็นเรื่องการไล่เบียดในค่าสินไหมทดแทนที่นายจ้างได้ออกไปให้แก่บุคคลภายนอก ไม่ใช่กรณีอย่างอื่นที่นายจ้างมี

⁷⁹ วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, หน้า 209.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 693, 880 หรือ 958 เป็นต้น

⁸¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3373/2545

⁸² วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, หน้า 209.

สิทธิเรียกร้องจากลูกจ้างอันเนื่องมาจากการที่ลูกจ้างกระทำละเมิด ซึ่งหากเป็นกรณีเช่นนั้น นายจ้างก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนจากลูกจ้างได้เป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหาก ทั้งนี้โดยหลักในมาตรา 420 สิทธิเรียกร้องของนายจ้างเช่นนี้ไม่ใช่กรณีมาตรา 426⁸³

3.3.2 ขอบเขตการใช้สิทธิไล่เบียด

เมื่อนายจ้างได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายแล้ว นายจ้างย่อมใช้สิทธิไล่เบียดได้เต็มจำนวนที่ออกไป อย่างไรก็ตามมีข้อที่น่าพิจารณาว่าสิทธิไล่เบียดของนายจ้างจะครอบคลุมเพียงใด นอกจากค่าสินไหมทดแทนที่ชดใช้ไปแล้ว นายจ้างจะเรียกดอกเบี้ยในจำนวนค่าทดแทนที่ตนได้ออกไป รวมถึงไล่เบียดเอาค่าทนายความ ค่าฤชาธรรมเนียมตลอดจนค่าใช้จ่ายอื่นๆ ในการต่อสู้คดีคืนจากลูกจ้างได้ด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 426 ซึ่งใช้คำว่า “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทน...ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น” แสดงว่าเป็นเรื่องที่กฎหมายประสงค์จะให้นายจ้างไล่เบียดเอาแต่ค่าสินไหมทดแทน⁸⁴ อันตนได้ออกไปเท่านั้น นายจ้างไม่น่าจะได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายในส่วนอื่นๆ จากลูกจ้างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 648/2522 และ 4431/2547 ลูกจ้างทำละเมิด นายจ้างถูกฟ้อง ได้ใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายไปตามคำพิพากษาแล้วไล่เบียดเอาจากลูกจ้างได้ แต่ค่าฤชาธรรมเนียมที่นายจ้างต้องใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามคำพิพากษานั้น ไม่ใช่ค่าเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากละเมิดของลูกจ้าง นายจ้างไล่เบียดไม่ได้ ในส่วนของดอกเบี้ยในจำนวนค่าทดแทนที่นายจ้างได้ออกไปนั้น เนื่องจากมาตรา 425 เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้นายจ้างรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้าง มิใช่กรณีที่นายจ้างต้องชดใช้โดยสมัครใจหรือโดยมีข้อสัญญากับลูกจ้าง การที่ลูกจ้างทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกจึงมิใช่เรื่องผิดนัดต่อนายจ้าง นายจ้างจึงไม่มีเหตุที่จะได้ชดใช้ค่าดอกเบี้ยอันมิใช่ค่าสินไหมทดแทนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 426 และ 438 อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่า จะเรียกเอาส่วนที่ใช้เป็นดอกเบี้ยให้แก่บุคคลภายนอกไม่ได้ ส่วนที่นายจ้างได้ออกใช้เป็นดอกเบี้ยนั้น นายจ้างคงมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกจ้างชดใช้แก่ตนอยู่นั่นเอง เพราะเป็นส่วนหนึ่งของค่าสินไหมทดแทนอัน “นายจ้างได้ใช้...แก่บุคคลภายนอก”⁸⁵

⁸³ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 128 -134.

⁸⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหาย ต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหาย อันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย”

⁸⁵ วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้, หน้า 210.

3.3.3 วิธีกรใช้สิทธิไล่เบี่ยของนายจ้าง

การใช้สิทธิไล่เบี่ยเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องของนายจ้าง หมายถึง กรณีที่นายจ้างขดใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้ว ก็เป็นสิทธิที่นายจ้างจะเรียกร้องให้ลูกจ้างขดใช้ให้ และในกรณีที่นายจ้างยังไม่ได้ขดใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไป นายจ้างจะมาเรียกร้องให้ใช้ค่าทดแทนหรือให้นำค่าทดแทนมาไว้ที่ตนเพื่อตนจะได้ชำระให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายต่อไปไม่ได้⁸⁶ เพราะถ้อยคำตามมาตรา 426 แสดงให้เห็นว่านายจ้างต้องขดใช้ให้แก่บุคคลภายนอกไปเสียก่อน จึงจะมาเรียกร้องเอาจากลูกจ้างได้⁸⁷

โดยหลักในมาตรา 203, 213 นายจ้างยอมใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกจ้างชำระค่าตอบแทนเท่าที่ตนออกไปได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ลูกจ้างชำระ ความผูกพันที่ลูกจ้างจะต้องขดใช้ค่าทดแทนไม่ได้เกิดจากมูลละเมิดหรือสัญญาที่มีระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง แต่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายให้ต้องร่วมรับผิดชอบ สิทธิเรียกร้องของนายจ้างเกิดขึ้นเมื่อได้ใช้ค่าทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว มูลหนี้ของลูกจ้างก็เกิดขึ้นตั้งแต่เวลาดังกล่าว มิใช่เกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่ลูกจ้างกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก เมื่อนายจ้างชำระไปแล้ว ก็เป็นกรณีที่หนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกจ้างมีหน้าที่ต้องขดใช้ให้นายจ้างแต่นั้นเป็นต้นมา และนายจ้างอาจฟ้องร้องให้ลูกจ้างขดใช้ค่าทดแทนโดยที่ไม่จำต้องให้คำเตือนให้ชำระก่อน⁸⁸

อายุความในการฟ้องร้องเพื่อใช้สิทธิไล่เบี่ย มิใช่กำหนดอายุความตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 448 เพราะมิใช่กรณีที่ผู้เสียหายเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ก่อการละเมิดหรืออันเกิดแต่มูลละเมิด แต่เป็นเรื่องที่นายจ้างได้ใช้ค่าทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกแทนลูกจ้างไปแล้วมาเรียกร้องเอาจากลูกจ้าง จึงต้องนำอายุความตามหลักทั่วไปมาบังคับใช้ คือ 10 ปี⁸⁹

3.4 หลักความรับผิดชอบของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนตามกฎหมายไทย

ในกรณีที่ความสัมพันธ์ของผู้ทำงานกับผู้ให้ทำงานไม่เข้าลักษณะความสัมพันธ์ในฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน อาจเป็นเพราะไม่ปรากฏว่าการทำงานต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น กรณีนี้จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า ลักษณะความสัมพันธ์ของผู้ทำละเมิดกับบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการทำงานนั้น เข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นหรือไม่ หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามลักษณะความสัมพันธ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนี้ ผู้ทำละเมิดย่อมต้องรับผิดชอบในการ

⁸⁶ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 141.

⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3373/2545

⁸⁸ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 142.

⁸⁹ วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรรได้, หน้า 210.

กระทำของตนเองตามมาตรา 420 แต่เพียงผู้เดียว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลไทยแล้ว พบว่า ศาลไทยมักจะนำหลักความรับผิดทางละเมิดของตัวการตามมาตรา 427 มากำหนดความรับผิดให้ผู้ที่ใช้ให้ผู้อื่นทำการงานให้ตนต้องร่วมรับผิดในกรณีที่ผู้ถูกใช้งานทำละเมิดขึ้นด้วย เนื่องจากรูปแบบความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนนั้นมีลักษณะกว้าง สามารถตีความให้เกิดสถานะเป็นตัวการตัวแทนได้ง่ายกว่ารูปแบบความสัมพันธ์ประเภทอื่น ศาลไทยจึงสามารถปรับใช้หลักตัวการตัวแทนกับหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดได้อย่างกว้างขวาง อันจะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการทำละเมิดได้มากยิ่งขึ้นต่อไปได้

ความรับผิดทางละเมิดของตัวการตามกฎหมายไทยนั้น บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 ความว่า “บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้น ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วยโดยอนุโลม” กล่าวคือ กฎหมายให้นำบทบัญญัติมาตรา 425 และ 426 ซึ่งเป็นกรณีที่นายจ้างต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง และเมื่อนายจ้างใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว ก็มาเรียกร้องให้ลูกจ้างชดเชยคืนได้ มาอนุโลมใช้กับความรับผิดทางละเมิดของตัวการ โดยให้บังคับใช้เท่าที่จะสามารถนำมาปรับได้ ทั้งนี้ เหตุผลที่กฎหมายให้อนุโลมนำหลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้างมาใช้กับความรับผิดของตัวการ เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนมีความใกล้ชิดกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง ถึงแม้ว่าสิทธิหน้าที่ของนายจ้างลูกจ้างกับของตัวการตัวแทนจะเกิดขึ้นจากเอกเทศสัญญาคนละลักษณะกัน แต่ความรับผิดในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้างและตัวแทนที่ทำต่อสิทธิของบุคคลภายนอกก็เป็นอย่างเดียวกันด้วย ประกอบกับ ตามกฎหมายต่างประเทศบางประเทศยังได้บัญญัติความรับผิดของตัวการไว้ในบทบัญญัติมาตราเดียวกันกับความรับผิดของนายจ้างด้วยโดยบัญญัติรวมอยู่ในความหมายของคำว่า ผู้ให้บุคคลอื่นทำการงานให้ ไปในตัวด้วยแล้ว⁹⁰ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรค 5 เป็นต้น สำหรับเหตุผลที่ตัวการจะต้องร่วมรับผิดกับตัวแทนก็เพราะมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันตามสัญญาตัวแทน⁹¹ เมื่อตัวการได้มอบหมายให้ตัวแทนไปกระทำการบางอย่างแทนตน ตัวการจึงได้รับประโยชน์ในกิจการที่ตัวแทนไปดำเนินการให้ในทำนองเดียวกันกับผลประโยชน์ที่นายจ้างได้รับจากการทำงานของลูกจ้าง และตัวแทนก็ต้องทำกิจการต่างๆ ตามคำสั่งของตัวการอีกด้วย⁹² ซึ่งการทำงานของตัวแทนอาจไม่มีบำเหน็จเหมือนกับสินจ้างของของลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน หากตัวแทนทำผิดพลาดเกิดความเสียหายขึ้นก็ไม่ควรให้ตัวแทนต้องรับผิดชอบโดยลำพังเพราะตัวแทนไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ ดังนั้น ตัวการจึงต้องร่วมรับผิดในความเสียหายจากการกระทำแทนของตัวแทนด้วย⁹³

⁹⁰ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 69.

⁹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 807 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ตัวแทนต้องทำการตามคำสั่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายของตัวการ เมื่อไม่มีคำสั่งเช่นนั้น ก็ต้องดำเนินตามทางที่เคยทำกันมาในกิจการค้าขายอันเขาให้ตนทำอยู่นั้น”

⁹³ ศนิษฐ์กรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวไรต์, หน้า 186.

3.4.1 ความหมาย ลักษณะ และประเภทของตัวแทน

คำว่าตัวการและตัวแทนตามกฎหมายไทย เป็นความสัมพันธ์ตามเอกเทศสัญญาเรื่องตัวแทน ซึ่งมีการบัญญัติความหมายของสัญญาตัวแทนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 บัญญัติว่า

“อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทน บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

ดั่งนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าว จะได้รับความหมายของคำว่า ตัวการ หมายถึง บุคคลซึ่งมอบอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำการกิจการของตนแทนตน ส่วนคำว่า ตัวแทน หมายถึง บุคคลซึ่งมีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งตามสัญญา⁹⁴ เช่น ก. เป็นเจ้าของบริษัทขายเครื่องปรับอากาศยี่ห้อหนึ่ง ได้ทำสัญญามอบหมายให้ ข ขายเครื่องปรับอากาศของ ก กรณีนี้ ก คือ ตัวการ ส่วน ข คือ ตัวแทน ในกิจการขายเครื่องปรับอากาศของ ก

ตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยสัญญาตัวแทน ตามมาตรา 797 นั้น มีอยู่ 2 ประเภท โดยใช้หลักเกณฑ์ของขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่มาแยกประเภท คือ ตัวแทนเฉพาะการ⁹⁵ ซึ่งทำการแทนตัวการได้เพียงเฉพาะเรื่องที่ยกขึ้นเพื่อให้กิจการที่ได้รับมอบหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไป และตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป⁹⁶ ซึ่งทำการกิจการใดๆ ในทางจัดการแทนตัวการได้ทุกอย่าง ยกเว้น กรณีที่กฎหมายจำกัดอำนาจไว้ เช่น การขายหรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ การให้ การประนีประนอมยอมความ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม บางครั้งความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทนก็มิได้เกิดขึ้นจากการตกลงกันทำสัญญาตัวแทนเท่านั้น แต่อาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย คือ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีฐานะเป็นตัวแทนหรือต้องรับผิดชอบอย่างตัวแทน เช่น ตัวแทนเซิต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821⁹⁷ เป็นต้น นอกจากนี้ บุคคลหนึ่งอาจเป็นทั้งลูกจ้างและตัวแทนในขณะเดียวกันก็ได้ ถ้างานของลูกจ้างเป็นกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลที่สามด้วย⁹⁸ เช่น ก จ้าง ข ให้ขายเครื่องปรับอากาศให้ลูกค้า และเป็นตัวแทนรับเงินค่าสินค้าจากลูกค้าแทน ก ด้วย เช่นนี้ ข มีฐานะเป็นทั้งลูกจ้างขายสินค้าและเป็นตัวแทนรับเงินค่าสินค้าของ ก

⁹⁴ วารีนาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้, หน้า 212.

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 800 บัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนได้รับมอบอำนาจแต่เฉพาะการ ท่านว่าจะทำการแทนตัวการได้แต่เพียงในสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้กิจการอันเขาได้มอบหมายแก่ตนนั้นสำเร็จลุล่วงไป”

⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 801 บัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนได้รับมอบอำนาจทั่วไป ท่านว่าจะทำกิจการใดๆ ในทางจัดการแทนตัวการก็ย่อมทำได้ทุกอย่าง”

⁹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 บัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดเซิตบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน”

⁹⁸ วารีนาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้, หน้า 212.

3.4.2 หลักเกณฑ์ความรับผิดตามมาตรา 427

หลักความรับผิดทางละเมิดของตัวการตามมาตรา 427 นั้น กฎหมายบัญญัติให้นำบทบัญญัติของมาตรา 425 และ 426 มาบังคับใช้โดยอนุโลม โดยเป็นความรับผิดแบบเด็ดขาด (strict liability) เพราะกฎหมายไม่เปิดโอกาสให้ตัวการพิสูจน์หักล้างเป็นประการอื่นได้ ซึ่งสามารถพิจารณาหลักเกณฑ์ความรับผิดของตัวการได้ดังนี้

3.4.2.1 ต้องมีนิติสัมพันธ์ของการเป็นตัวการตัวแทนตามสัญญาตั้งตัวแทนตามมาตรา 797⁹⁹ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมอบอำนาจให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายๆ อย่างแทน และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นตกลงรับมอบหมายที่จะทำการแทนให้ ซึ่งกิจการที่มอบหมายนั้นต้องเป็นกิจการที่มีเจตนาหรือวัตถุประสงค์ที่มุ่งให้ไปทำกับบุคคลที่สาม เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 5751/2544 การรถไฟจากรถยนต์นำผู้โดยสารจากสถานีหนึ่งไปยังอีกสถานีหนึ่ง เพราะรถไฟพดตราง นิติสัมพันธ์ระหว่างการรถไฟกับเจ้าของรถยนต์จึงอยู่ในฐานะตัวการตัวแทน จะเห็นได้ว่า กรณีนี้มีการตกลงทำสัญญาตัวแทนระหว่างกัน การรถไฟมอบหมายให้เจ้าของรถยนต์ดำเนินการขนส่งผู้โดยสารแทนตน

คำพิพากษาฎีกาที่ 2959/2529 จำเลยที่ 1 เซารถทัวร์คันดังกล่าวมาวิ่งรับส่งคนโดยสารแทนรถทัวร์ของจำเลยที่ 1 ซึ่งเสียวิ่งรับส่งคนโดยสารไม่ได้เมื่อข้อเท็จจริงได้ความอย่างนี้ เห็นว่าการที่คนขับรถทัวร์ได้ขับรถทัวร์ในกิจการของจำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 1 เป็นผู้กำหนดและใช้ให้คนขับรถทัวร์กระทำตามนั้น คนขับรถทัวร์จึงเป็นผู้กระทำการแทนจำเลยที่ 1 ถูได้ว่าจำเลยที่ 1 กระทำการนั้นด้วยตนเอง หรือคนขับรถทัวร์เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 นั้นเอง เมื่อคนขับรถทัวร์ในฐานะตัวแทนจำเลยที่ 1 กระทำละเมิดต่อโจทก์ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย จำเลยที่ 1 ในฐานะตัวการต้องรับผิดในผลแห่งการละเมิดนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 ประกอบด้วยมาตรา 425 จะเห็นได้ว่า กรณีนี้มีจำเลยที่ 1 ตกลงทำมอบหมายให้คนขับรถทัวร์ขับรถทัวร์ขนส่งผู้โดยสารในกิจการของจำเลยที่ 1

อย่างไรก็ตาม เดิมศาลฎีกาเคยตีความคำว่า ตัวแทน ตามมาตรา 427 ในความหมายอย่างแคบ ว่าจะต้องมีสัญญาตั้งตัวแทนไปทำการติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลที่สาม ดังนั้น หากเป็นการใช้หรือวานให้ทำกิจการงานของตนที่ไม่ต้องไปติดต่อสัมพันธ์กับผู้อื่น จึงไม่ใช่ตัวแทน แต่ปัจจุบันศาลฎีกาได้ขยายขอบเขตความหมายคำว่า ตัวแทน ให้กว้างออกไปถึงการใช้ให้ทำกิจการงานที่ไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามด้วย¹⁰⁰ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2977/2523 การที่จำเลยที่ 2 ส่งให้จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นทหารรับใช้ขับรถยนต์คันเกิดเหตุไปรับบุตรของตนที่โรงเรียน ย่อมถือว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวการ และจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 ในกิจการนั้นโดยปริยาย จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับ

⁹⁹ ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกอร์ได้, หน้า 186-188.

¹⁰⁰ วารีน นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกอร์ได้, หน้า 217.

ผิดในความเสียหายที่จำเลยที่ 1 ขับรถชนโจทก์ด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังตีความขยายหมายรวมไปถึงตัวแทนโดยปริยาย และตัวแทน เชิดตามมาตรา 821 ด้วย¹⁰¹ ดังตัวอย่างคำพิพากษากฎีกาต่อไปนี้

ก. ตัวแทนโดยปริยาย

คำพิพากษากฎีกาที่ 5545/2542 จำเลยที่ 1 ทำงานเป็นแคดดี้อยู่ในสนามกอล์ฟของ จำเลยที่ 2 จำเลยที่ 1 ได้ขับรถกอล์ฟบรรทุกผู้เล่นกอล์ฟพจนโจทก์ได้รับบาดเจ็บที่เข่าซ้ายและหลังเท้า ซ้าย จำเลยที่ 2 จึงเป็นผู้ดูแลครอบครอง เพราะการใช้รถคันเกิดเหตุจะต้องผ่านการซื้อบัตรรถกอล์ฟ โดยตรงจากจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 จึงได้รับประโยชน์ส่วนแบ่งเป็นค่าเช่าจากผู้เล่นกอล์ฟ แสดงให้เห็น อย่างชัดแจ้งว่าแคดดี้ที่จะทำงานในสนามกอล์ฟของจำเลยที่ 2 ได้ อยู่ในอำนาจของจำเลยที่ 2 ที่จะ อนุญาตมอบหมายให้ทำหน้าที่แคดดี้โดยตรง แคดดี้จึงเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 ในด้านบริการผู้เล่น กอล์ฟแทนจำเลยที่ 2 โดยผู้เล่นกอล์ฟจะต้องซื้อบัตรมีตัวมอบให้แคดดี้ด้วย การรับเงินของแคดดี้จึง มิใช่รับเงินโดยตรงจากผู้เล่นกอล์ฟ แต่ต้องผ่านการซื้อบัตรเล่นกอล์ฟ เงินที่ได้จากการซื้อบัตรเล่น กอล์ฟจึงเป็นของจำเลยที่ 2 แคดดี้จะต้องบริการต่อผู้เล่นกอล์ฟที่มอบตัวให้แก่ตนแทนจำเลยที่ 2 แล้ว จึงมีสิทธินำตัวไปแลกเงินจากจำเลยที่ 2 จึงถือได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้จ่ายค่าบริการให้แก่แคดดี้ ซึ่งเป็น ลักษณะของตัวแทนว่าได้กระทำหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากตัวการแล้ว และแม้การที่จำเลยที่ 1 ขับ รถคันเกิดเหตุจะมีโชหน้าทีโดยตรงของจำเลยที่ 1 แต่ก็ถือได้ว่าเป็นหน้าที่ส่วนหนึ่งที่จำเลยที่ 2 มอบหมายให้ทำ จำเลยที่ 1 จึงเป็นตัวแทน ของจำเลยที่ 2 ในด้านบริการแก่ผู้เล่นกอล์ฟ จำเลยที่ 2 ในฐานะตัวการจึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิด จะเห็นได้ว่า กรณีนี้ จำเลยที่ 2 มีพฤติการณ์ตกลง มอบหมายให้จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของตนในกิจการให้บริการผู้เล่นกอล์ฟของจำเลยที่ 2 โดยปริยาย ดังนั้น จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของ จำเลยที่ 1 ด้วย

คำพิพากษากฎีกาที่ 5800/2553 แม้จำเลยที่ 1 ซึ่งประกอบกิจการห้างสรรพสินค้า เทสโก้ โลตัส สาขาชินบุรี จะไม่มีวัตถุประสงค์ในการรับฝากรถของลูกค้าที่มาจอดเพื่อใช้บริการของ ห้างจำเลยที่ 1 และไม่มีการเก็บค่าจอดรถก็ตาม แต่การก่อสร้างห้างจำเลยที่ 1 อยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร ซึ่งกำหนดให้ต้องมีที่จอดรถ 1 คัน ต่อพื้นที่ทุกๆ 20 ตารางเมตร และ จำเลยที่ 1 ได้ว่าจ้างจำเลยที่ 2 ดูแลรักษาความปลอดภัยของห้าง โดยต้องตรวจบัตรเมื่อนำรถออก ให้ตรงกับทะเบียนรถ จึงเป็นการจัดที่จอดรถให้แก่ลูกค้า ตามพฤติการณ์เป็นการให้บริการอย่างหนึ่งที่มี ผลต่อยอดจำหน่ายสินค้า ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนอื่น จึงเป็นผู้ให้บริการ ตาม พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 3 และนอกจากผู้บริโภคในคดีนี้แล้วยังมีผู้บริโภคอื่นอีกหลายรายที่นำ รถไปจอดในที่จอดรถของห้างจำเลยที่ 1 แล้วสูญหายไป การดำเนินคดีย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค เป็นส่วนรวม โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้อง เมื่อปรากฏว่ารถที่สูญหายไปบัตรจอดรถยังอยู่ที่ผู้บริโภค การที่ จำเลยที่ 3 ที่ 4 พนักงานรักษาความปลอดภัยลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ไม่ระมัดระวังในการออกบัตรจอดรถ และตรวจบัตรจอดรถโดยเคร่งครัดเป็นเหตุให้รถยนต์ของผู้บริโภคถูกลักไป จึงเป็นการกระทำ

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

ละเมิดต่อผู้บริโภค ตามมาตรา 420 และมาตรา 425 จำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 จึงต้องร่วมกันรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดดังกล่าว ทั้งจำเลยที่ 1 ว่าจ้างให้จำเลยที่ 2 ดูแลรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 1 และลูกจ้าง ตลอดทั้งทรัพย์สินอื่นซึ่งอยู่ในความครอบครองดูแลของจำเลยที่ 1 ในบริเวณห้างจำเลยที่ 1 ด้วย จำเลยที่ 2 ย่อมเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 ที่ได้รับมอบหมายจึงต้องรักษาความปลอดภัยให้แก่ผู้บริโภคด้วย เมื่อจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ร่วมกันกระทำละเมิดต่อผู้บริโภค จำเลยที่ 1 ในฐานะตัวการจึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดที่ตัวแทนได้กระทำไปในกิจการที่ได้รับมอบหมายให้ทำแทนนั้นตามมาตรา 427 จะเห็นได้ว่า กรณีนี้ จำเลยที่ 1 มีพฤติการณ์ตกลงมอบหมายให้จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนของตนในกิจการดูแลรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 1 และลูกจ้าง ตลอดทั้งทรัพย์สินอื่นซึ่งอยู่ในความครอบครองดูแลของจำเลยที่ 1 ในบริเวณห้างจำเลยที่ 1 โดยปริยาย ดังนั้น จำเลยที่ 1 จึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 2 และลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 981/2532 จำเลยใช้ให้ ย. ขับรถยนต์ไปทำธุรกิจให้จำเลยโดยมีจำเลยนั่งไปด้วย ย่อมถือได้ว่าจำเลยเป็นตัวการ และ ย. เป็นตัวแทนของจำเลยในกิจการนี้โดยปริยาย เมื่อ ย. ขับรถยนต์โดยประมาทชนรถยนต์ที่โจทก์รับประกันภัยไว้เสียหาย ถือได้ว่า ย. กระทำละเมิดภายในขอบอำนาจแห่งฐานะตัวแทนจำเลยซึ่งเป็นตัวการจึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดที่ ย. ได้กระทำไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 427 ประกอบด้วย มาตรา 420 จะเห็นได้ว่าการวานใช้ให้ขับรถให้ โดยมีได้เป็นการไปติดต่อกับบุคคลที่สาม ศาลฎีกาก็ถือว่าเป็นตัวแทนโดยปริยายแล้ว

ข. ตัวแทนเขต

คำพิพากษาฎีกาที่ 402/2555 จำเลยที่ 1 นำรถบรรทุกของตนเองไปใช้ในการร่วมให้บริการขนส่งในนามของจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นผู้ประกอบการขนส่งรถยนต์บรรทุกไม่ประจำทาง และขณะเกิดเหตุยังอยู่ในเวลาที่จำเลยที่ 3 ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบการขนส่ง ทั้งบริเวณข้างรถปรากฏตามและชื่อของจำเลยที่ 3 อย่างชัดเจน คนทั่วไปที่ได้พบเห็นจะต้องเข้าใจว่าเป็นรถของจำเลยที่ 3 การที่จำเลยที่ 3 ยอมให้จำเลยที่ 1 นำรถคันดังกล่าวออกขนส่งของในนามของจำเลยที่ 3 โดยเปิดเผย ทั้งจำเลยที่ 3 ได้รับผลประโยชน์ด้วย พฤติการณ์เท่ากับจำเลยที่ 3 เขตให้จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 ในการรับบรรทุกขนส่ง จำเลยที่ 3 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ในฐานะเป็นตัวการด้วยตามมาตรา 427 จะเห็นได้ว่า กรณีนี้ จำเลยที่ 3 มีพฤติการณ์เขตจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนในกิจการรับบรรทุกของ ดังนั้น จำเลยที่ 3 จึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 1 ด้วย เสมือนว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของตน

คำพิพากษาฎีกาที่ 7673/2550 รถแท็กซี่คันเกิดเหตุเป็นของจำเลยที่ 2 มีชื่อและตราของจำเลยที่ 2 ติดอยู่ที่ประตูรถทั้งสองด้าน คนทั่วไปที่ได้พบเห็นจะต้องเข้าใจว่าเป็นรถของจำเลยที่ 2 การที่จำเลยที่ 2 ยอมให้จำเลยที่ 1 นำรถออกวิ่งรับคนโดยสารในนามของจำเลยที่ 2 โดยเปิดเผยโดยจำเลยที่ 2 ได้รับผลประโยชน์ด้วย เท่ากับจำเลยที่ 2 เขตให้จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 ในการรับบรรทุกคนโดยสาร จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 และต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ ตามมาตรา 427 ประกอบมาตรา 425 จำเลยที่ 3 และที่ 4

เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดของจำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดด้วย จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาวินิจฉัยให้ เจ้าของอู่รถแท็กซี่ หรือสหกรณ์แท็กซี่ ต้องร่วมรับผิดกับคนขับรถแท็กซี่ด้วย เพราะมีพฤติการณ์ทำให้ คนทั่วไปเข้าใจได้ว่า รถแท็กซี่ที่คนขับใช้นั้นเป็นของอู่หรือสหกรณ์แท็กซี่นั้นๆ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัย ข้อเท็จจริงในลักษณะนี้เหมือนกันในอีกหลายคดี เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3116/2523 , 1071/2527 , 243/2530 , 694/2531 , 4771/2533 , 1627/2544 เป็นต้น

3.4.2.2 ตัวแทนทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 420 กล่าวคือ ตัวแทนได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปก่อความเสียหายแก่สิทธิของผู้อื่น ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นสัมพันธ์กับการกระทำของตัวแทน¹⁰²

3.4.2.3 ละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่ตัวแทนทำงานที่ได้รับมอบหมายและอยู่ภายในขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากตัวการ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกันกับทางการที่จ้างของนายจ้าง ถ้าตัวแทนปฏิบัติการโดยไม่มีอำนาจหรือนอกขอบอำนาจ ตัวการก็ไม่ต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ตัวแทนได้กระทำขึ้น เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบันแก่การนั้น แต่ถ้าการกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นในขณะที่ปฏิบัติงานตามที่ได้รับมอบหมาย ตัวการก็ต้องรับผิดด้วย แม้ว่าตัวแทนจะใช้อำนาจในทางมิชอบเพื่อความมุ่งหมายของตนในกิจการประเภทที่ได้รับมอบอำนาจจากตัวการก็ตาม¹⁰³

ผลจากการทำละเมิดตามมาตรา 427 นั้น ตัวแทนจะต้องรับผิดในการทำละเมิดของตนเอง ตามมาตรา 420 ส่วนตัวการต้องรับผิดร่วมด้วยตามมาตรา 427 ประกอบมาตรา 425 ในฐานะเป็น ลูกหนี้ร่วมกัน โดยตัวการไม่มีสิทธิโต้แย้งหรือหักล้างความรับผิดของจนได้ ทำได้เพียงขอใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย แล้วไปเรียกคืนจากตัวแทนเท่านั้น ทั้งนี้ ผู้เสียหายสามารถฟ้องเรียกร้องให้ ตัวการรับผิดในความเสียหายนั้นได้โดยตรงและทันทีแม้ตัวการจะมีได้เป็นผู้กระทำละเมิดก็ตาม¹⁰⁴

3.4.3 การใช้สิทธิไล่เบี่ยของตัวแทน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 427 บัญญัติให้นำมาตรา 426 มาบังคับใช้กับกรณี ความรับผิดของตัวการด้วย ดังนั้น เรื่องสิทธิไล่เบี่ยของตัวการย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 426 กล่าวคือ เมื่อตัวการต้องขอใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้เสียหายเพื่อละเมิดของ ตัวแทนแล้ว ก็มีสิทธิที่จะได้รับการขอใช้จากตัวแทนได้เช่นเดียวกับเรื่องนายจ้างลูกจ้าง เพราะตัวการ มิได้เป็นผู้ทำละเมิด เพียงแต่กฎหมายบังคับให้ต้องมาร่วมรับผิดเท่านั้น¹⁰⁵

เช่นเดียวกับนายจ้าง ตัวการจะใช้สิทธิไล่เบี่ยได้ก็ต่อเมื่อได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหาย แทนตัวแทนไปแล้ว สำหรับจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ตัวการอาจไล่เบี่ยคืนจากตัวแทนได้นั้น ตัวการ ย่อมมีสิทธิไล่เบี่ยได้เต็มจำนวนที่ออกไป ซึ่งค่าสินไหมทดแทนก็เป็นไปตามที่ระบุไว้ในมาตรา 438

¹⁰² วิชา มหาคุณ, หลักกฎหมายละเมิด ศึกษาจากคำพิพากษา (กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์, 2523), หน้า 71.

¹⁰³ วารีนาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด, หน้า 197.

¹⁰⁴ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้, หน้า 188.

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 189.

เท่านั้น หากตัวแทนไม่มีขีดใช้ให้ ก็เป็นเรื่องที่ตัวการจะต้องไปดำเนินการฟ้องเรียกร้องเอากับตัวแทน ไม่เหมือนกับกรณีของลูกจ้างที่นายจ้างสามารถหักค่าสินไหมทดแทนที่ตนออกใช้ไปจากสินจ้างที่จะต้องจ่ายให้ลูกจ้างได้ อย่างไรก็ตาม อายุความในการใช้สิทธิไล่เบี่ยของตัวการก็มีกำหนดเวลา 10 ปี ตามมาตรา 193/30¹⁰⁶ เหมือนของนายจ้าง

ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่า ความรับผิดทางละเมิดของตัวการตามมาตรา 427 มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 อย่างมาก ถึงขนาดที่กฎหมายบัญญัติให้อนุโลมนำหลักเกณฑ์ความรับผิดมาใช้ได้ ในกรณีที่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏความสัมพันธ์การเป็นนายจ้างลูกจ้าง ศาลฎีกามักจะนำมาตรา 427 มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวแทน เพราะข้อเท็จจริงเข้าลักษณะเป็นตัวการตัวแทนแล้ว ทำให้สามารถคุ้มครองบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดได้ โดยตีความให้เกิดเป็นสัญญาตัวแทนโดยปริยาย หรือมีพฤติการณ์เข้าลักษณะเป็นตัวแทนชัด เพื่อให้สามารถปรับใช้มาตรา 427 ได้ ซึ่งผลทางกฎหมายของมาตรา 425 กับมาตรา 427 ก็ไม่แตกต่างกัน และมีสิทธิไล่เบี่ยคืนได้จากผู้ทำละเมิดเหมือนกันตามมาตรา 426 ดังนั้น ในกรณีที่รูปแบบการทำงานของบุคคลไม่ปรากฏความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน แต่มีข้อเท็จจริงที่เป็นตัวการตัวแทนเกิดขึ้น จึงอาจนำหลักเกณฑ์ความรับผิดของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนมาใช้ได้เหมือนอย่างศาลฎีกาเคยตัดสินไว้หลายคดี แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทนก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายด้วย คือ ต้องมีการตกลงทำสัญญาตัวแทนไม่ว่าแสดงออกชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม หรือมีพฤติการณ์ที่ตัวการแสดงออกชัดแจ้งให้บุคคลอื่นเป็นตัวแทนของตน เท่านั้น หากไม่ปรากฏลักษณะความสัมพันธ์เหล่านี้ ก็ไม่อาจปรับใช้หลักความรับผิดของตัวการได้เช่นกัน ผู้ทำละเมิดก็มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายโดยลำพังตามมาตรา 420 ต่อไป

3.5 ความหมายและลักษณะของรูปแบบการทำงานแบบใหม่

การมอบหมายให้บุคคลอื่นทำงานให้แก่ตนโดยที่ตกลงจ่ายค่าตอบแทนการทำงานให้นั้นมีมาตั้งแต่ในสมัยอดีตแล้ว จนมีการพัฒนารูปแบบความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานตามการเปลี่ยนแปลงของสังคมและเศรษฐกิจเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ รูปแบบดั้งเดิมของการทำงานของบุคคลที่ทำงานเพื่อแลกกับค่าตอบแทน เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น นั้นเป็นรูปแบบการทำงานที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความผูกพันกันตามสัญญาและถูกกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่อกันไว้อย่างชัดแจ้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทำให้เกิดความชัดเจนในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาได้โดยง่าย เพราะมีกฎหมายบัญญัติรับรองความสัมพันธ์ดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม เมื่อสภาพของเศรษฐกิจสังคมได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงไปมากขึ้นตามกาลเวลา ทำให้ในปัจจุบันการทำงานของบุคคลมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น จนบางครั้งเกิดเป็นรูปแบบการทำงานในลักษณะที่ไม่ได้เป็นไปตามความสัมพันธ์ที่กฎหมายได้เคยบัญญัติรับรองเอาไว้ เช่น ไม่ได้มีเจตนาทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน เพียงแต่ตามสภาพความเป็นจริงของการทำงานปรากฏ

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 142/2539

ว่า ผู้จ้างงานสามารถที่จะควบคุมดูแลให้ผู้รับจ้างทำงานตามวิธีการที่ตนกำหนดหรือให้เป็นไปตามความต้องการของผู้จ้างงานได้ ซึ่งเป็นลักษณะการทำงานที่คล้ายกับความสัมพันธ์แบบนายจ้างลูกจ้าง หรือในกรณีที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้จ้างงานกับผู้ทำงานหรือผู้รับจ้าง เกิดขึ้นจากการดำเนินการของบุคคลฝ่ายที่สาม ซึ่งทำหน้าที่ประสานงานให้บุคคลทั้งสองฝ่ายมาพบกัน เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดการจ้างงานรูปแบบใหม่ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมขึ้นในสังคม โดยมีความหมายและลักษณะ รวมถึงประเภทของการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ดังนี้

3.5.1 ความหมายและลักษณะของการทำงาน

การทำงานรูปแบบใหม่ๆ นั้น หมายถึง รูปแบบการทำงานในลักษณะที่ไม่ได้เป็นไปตามความสัมพันธ์ดั้งเดิมของบุคคลตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติแยกประเภทไว้อย่างชัดเจน เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น แต่เป็นการจ้างงานตามสัญญาที่มีชื่ออย่างอื่น ๆ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่มีลักษณะการทำงานแบบกำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นคนกลางหาคนงานมาทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างในส่วนหนึ่งส่วนใดของงานของผู้ว่าจ้าง เนื่องจากในปัจจุบันมีการพัฒนารูปแบบการทำงานที่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น การทำงานมิได้เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพียงสองฝ่าย คือ นายจ้างกับลูกจ้างเท่านั้น แต่อาจมีบุคคลฝ่ายที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เพื่อเป็นตัวกลางในการจัดหาคนงานมาทำงานให้แก่ผู้ต้องการใช้แรงงาน เช่น การจ้างบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร (Outsourcing) ซึ่งแม้ว่าบุคคลที่ผู้ว่าจ้างจะไม่ได้มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างกับพนักงาน แต่การทำงานตามรูปแบบดังกล่าวมีลักษณะที่ผู้ว่าจ้างมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาเหนืออีกฝ่ายซึ่งเป็นผู้รับจ้างหรือพนักงาน หรืออาจมีสิทธิในการกำหนดให้การทำงานเป็นไปตามที่ตนประสงค์ได้ หรือในกรณีที่ผู้ว่าจ้างต้องการลดขั้นตอนในการเลือกหาพนักงานด้วยตนเอง จึงมอบหมายให้บุคคลภายนอกที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับการจัดหาพนักงาน ดำเนินการจัดหาพนักงานมาทำงานให้แก่ตนเองแทน เช่น การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency) ซึ่งบุคคลภายนอกดังกล่าวก็จะได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าบริการในการจัดหาคนงานหรือพนักงานนั้นๆ หรือในกรณีที่เป็นการจ้างงานของผู้รับจ้างอิสระ (freelance) ตามสัญญาจ้างทำของแต่ความสัมพันธ์ที่ใกล้เคียงกับสัญญาจ้างแรงงาน โดยคู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่ปรากฏว่า ผู้รับจ้างอิสระตกลงทำงานให้กับผู้ว่าจ้างมาเป็นระยะเวลาที่นานหลายปี และทำเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้างตลอดมา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม รูปแบบการทำงานใหม่ๆ ดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้บุคคลภายนอกจัดหาคนงานมาทำงานให้แก่ตน หรือการทำงานตามสัญญาจ้างทำของที่มีระยะเวลาทำงานยาวนานนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากเหตุผลที่ผู้ว่าจ้างหรือผู้ประกอบการต้องการลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจของตน การเลือกว่าจ้างพนักงานโดยอาศัยการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ดังกล่าว ทำให้เกิดความสะดวกในการบริหารจัดการบุคคลได้ง่ายขึ้น ลดภาระค่าใช้จ่ายในการคัดเลือกหรือจัดหาลูกจ้างมาทำงาน ไม่ประสงค์จะดูแลคนงานในฐานะเป็นลูกจ้างซึ่งกฎหมายแรงงานกำหนดให้นายจ้างต้องมีสวัสดิการและต้องปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองการจ้างงานให้เป็นธรรมแก่ลูกจ้างมากที่สุด เช่นนี้เมื่อมีรูปแบบการทำงานที่สามารถตอบโจทย์ความต้องการของผู้ประกอบการที่ต้องการบริหารกิจการให้มีกำไรเพิ่มขึ้น และยังเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานได้มากยิ่งขึ้นด้วย ทำให้ในปัจจุบันรูปแบบการทำงานแบบใหม่ในลักษณะดังกล่าวข้างต้นจึงได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย แม้ว่าในบาง

กรณีจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการจ้างงานแก่คนงานที่ต้องผูกพันตนตามสัญญาหรือรูปแบบการทำงานใหม่ๆ เหล่านั้นขึ้นก็ตาม

ด้วยเหตุนี้ เมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดเป็นรูปแบบการจ้างงานที่แตกต่างไปจากความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานโดยแท้ขึ้น ดังนั้น ความหมายของการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ที่ผู้เขียนมุ่งศึกษาในงานเขียนฉบับนี้ กล่าวโดยสรุปแล้ว คือ สัญญาจ้างทำงานอย่างหนึ่งที่มีชื่อเรียกเป็นอย่างอื่น ซึ่งมีทั้งรูปแบบที่มีบุคคลที่เกี่ยวข้องสองฝ่าย ได้แก่ ผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้างทำงาน หรือมีสามฝ่าย ได้แก่ ผู้ว่าจ้าง บุคคลภายนอกที่ทำหน้าที่จัดหาคนงาน และผู้รับจ้างทำงาน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประเภทของรูปแบบการทำงาน โดยผู้ว่าจ้างอาจมีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับจ้างด้วยตนเอง หรือมอบหมายให้บุคคลอื่นควบคุมดูแลการทำงานของผู้รับจ้างตามที่ผู้ว่าจ้างกำหนดก็ได้ ซึ่งผู้รับจ้างจะได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานดังกล่าว โดยอาจจะได้รับจากผู้ว่าจ้างหรือบุคคลอื่นที่มีหน้าที่จ่ายค่าตอบแทนก็ได้เช่นกัน

จากความหมายดังกล่าวทำให้สามารถพิจารณาลักษณะการทำงานในรูปแบบใหม่ๆ ได้ดังนี้

(1) เป็นสัญญามีชื่ออย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของบุคคล โดยมีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ว่าจ้างให้ทำงาน และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ทำงานโดยได้รับค่าตอบแทนจากการทำงาน ทั้งนี้ บางประเภทอาจมีฝ่ายที่สามทำหน้าที่เป็นคนจัดหาผู้ว่าจ้างมาทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง โดยฝ่ายที่สามก็จะได้รับค่าตอบแทนจากการดำเนินการจัดหาคนงานด้วย

(2) ในกรณีที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย คู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้าง ในกรณีที่มีสามฝ่าย คู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจัดหาคนงาน และผู้รับจ้าง

(3) ผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาหรือควบคุมการทำงานของผู้รับจ้างได้ ซึ่งเป็นอำนาจในลักษณะที่ใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ของนายจ้างลูกจ้าง

(4) การจ่ายค่าตอบแทนการทำงานให้แก่ผู้รับจ้าง จะจ่ายตามจำนวนที่ได้ตกลงกัน โดยอาจคำนวณตามผลงานที่ทำได้ หรือตามระยะเวลาที่ทำงานก็ได้ ซึ่งผู้รับจ้างอาจได้รับค่าตอบแทนจากผู้ว่าจ้างโดยตรงหรือจากผู้รับจัดหาคนงานก็ได้ และในกรณีที่ผู้รับจัดหาคนงาน ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนให้ผู้รับจัดหาคนงานสำหรับการดำเนินการจัดหาคนงานด้วย

(5) ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานในสถานที่ทำงานหรือสถานประกอบการของผู้ว่าจ้าง หรือที่อื่นใดอันเป็นไปตามที่ผู้ว่าจ้างกำหนด สำหรับหน้าที่ในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์หรือเครื่องมือในการทำงานนั้นเป็นความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจัดหาคนงานตามแต่ประเภทของรูปแบบการทำงานนั้นๆ

3.5.2 ประเภทของการทำงาน

ประเภทของการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน นั้น อาจจัดแบ่งได้ตามลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องและตามรูปแบบการทำงานได้ดังนี้

3.5.2.1 การจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Services)

บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) เป็นบุคคลที่ทำหน้าที่จัดหาคนงานหรือพนักงานไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง (end user) ซึ่งได้แก่ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือ

ภาคเอกชนต่างๆ ทั้งนี้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรและผู้ว่าจ้างจะผูกพันกันตามสัญญาที่กำหนดว่าจ้างกันขึ้น โดยบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะรับเงินค่าบริการตามสัญญาจากผู้ว่าจ้างมาจ่ายเป็นค่าจ้างให้แก่พนักงานอีกทอดหนึ่ง เรียกว่า การจ้างเหมาบริการ ทั้งนี้ คนงานหรือพนักงาน (worker) จะเป็นลูกจ้างโดยตรงของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร¹⁰⁷ การใช้บริการของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะเป็นลักษณะการจัดจ้างพนักงานภายนอกเข้ามาทำงานให้กับองค์กรผู้ว่าจ้าง เช่น บริษัท เอ จ้างแม่บ้านจากบริษัททำความสะอาดมาทำงานในสำนักงานของตน สัญญาจ้างมีกำหนดเวลา 3 เดือน โดยบริษัททำความสะอาดจะส่งพนักงานคนใดก็ได้มาทำงานทุกวัน แม่บ้านได้รับค่าจ้างจากบริษัททำความสะอาด บริษัท เอ รับผิดชอบจ่ายเพียงค่าบริการให้แก่บริษัททำความสะอาดเท่านั้น เป็นต้น ซึ่งงานที่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรมีให้บริการ ได้แก่ งานรักษาความปลอดภัย งานทำความสะอาดหรือจัดหาแม่บ้าน งานจัดหาพนักงานขับรถ งานธุรการในสำนักงาน งานขนส่ง (Messenger) งานด้านบัญชี งานด้านเทคนิคต่างๆ เช่น งานดูแลระบบคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ซึ่งข้อดีของการจัดจ้างพนักงานในระบบจ้างเหมาบริการนี้ ทำให้องค์กรผู้ว่าจ้างสามารถควบคุมค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจ้างพนักงานปฏิบัติหน้าที่ในส่วนองงานสนับสนุนได้ เป็นผลให้สามารถลดต้นทุนในการดูแลลูกจ้างในงานส่วนดังกล่าวได้ และยังเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานให้ดีขึ้นเพราะพนักงานของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะได้รับการฝึกอบรมให้มีทักษะในการทำงานเฉพาะด้านดังกล่าวเป็นอย่างดี ซึ่งเป็นผลให้การปฏิบัติงานของพนักงานมีประสิทธิภาพ¹⁰⁸

รูปแบบการทำงานของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร ในการจัดหาพนักงานมาทำงานในระบบการจ้างเหมาบริการ นั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรกับพนักงาน (worker) มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรมีหน้าที่จ่ายค่าจ้าง ดูแลสวัสดิการต่างๆ ของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานทุกประการ และมีสิทธิในการควบคุมบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานได้อย่างเต็มที่ เช่น การออกระเบียบหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน สิทธิในการลงโทษและเลิกจ้างลูกจ้าง แม้ว่าพนักงานจะถูกส่งไปทำงานในสถานที่อื่นซึ่งเป็นสถานประกอบการขององค์กรผู้ว่าจ้าง (end user) ก็ตาม แต่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะส่งตัวแทนไปทำหน้าที่ควบคุมการทำงานของพนักงาน (พนักงาน onsite) หรือมีทีมผู้ดูแลประสานงานเพื่อวัดความพึงพอใจและรับข้อร้องเรียนจากองค์กรผู้ว่าจ้างทำให้บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรสามารถควบคุมการทำงานของพนักงานได้ตลอดเวลาที่ปฏิบัติงานให้แก่องค์กรผู้ว่าจ้าง ดังนี้ จึงเป็นกรณีที่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Services) ทำสัญญาจ้างแรงงานกับพนักงาน พนักงานจึงเป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยหน้าที่ของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร คือ ทำสัญญาให้บริการกับลูกค้าผู้ว่าจ้าง แล้วส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง และรับเงินค่าบริการมาจ่ายเป็นเงินค่าจ้างให้แก่

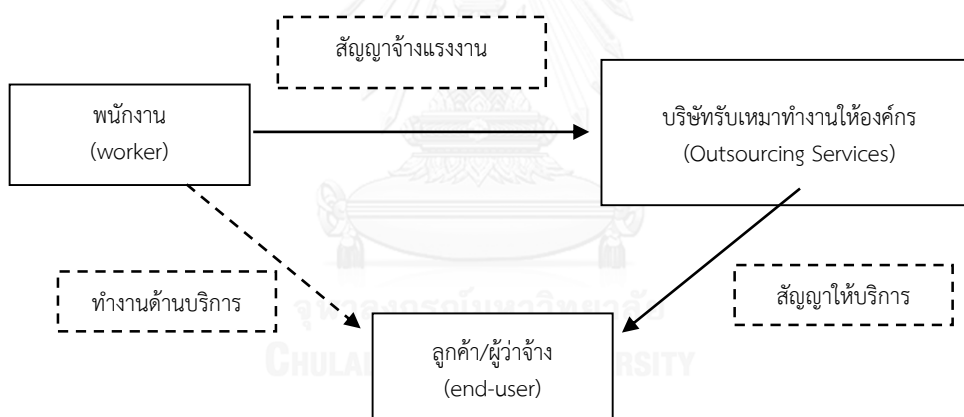
¹⁰⁷ ดร. กิ่งพร ทองใบ, “รูปแบบการประกอบธุรกิจจัดหางานเพื่อตอบสนองกลยุทธ์จ้างงานภายนอก,” วารสารการการจัดการสมัยใหม่ 10, ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2555): 33-34.

¹⁰⁸ บริษัท สยามราชธานี จำกัด. บริการของเรา[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.siamrajathanee.com/html/page-ourservice-th.php?id=4> [18 มกราคม 2557]

พนักงานตามสัญญาจ้างแรงงานอีกทอดหนึ่ง ดูแลสวัสดิการต่างๆ ตามกฎหมายแรงงานให้แก่พนักงานทุกคน ไม่ว่าจะเป็นประกันสังคม กองทุนสำรองเลี้ยงชีพ กองทุนเงินทดแทน ประกันชีวิต ประกันอุบัติเหตุ โบนัสตามผลประกอบการบริษัท อบรมความรู้เกี่ยวกับการทำงานให้แก่ลูกจ้าง ดูแลช่วยเหลือแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำงานของพนักงาน จัดหาพนักงานไปทำงานทดแทนพนักงานที่ขาดงานหรือลางาน เพื่อมิให้ลูกค้าผู้ใช้บริการ (end user) ต้องขาดแรงงานในการทำงาน¹⁰⁹ ส่วนพนักงานมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร โดยการไปทำงานให้กับบุคคลอื่นตามที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง และปฏิบัติตามระเบียบหรือข้อบังคับของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร นอกจากนี้ยังต้องทำงานภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ว่าจ้าง รวมทั้งปฏิบัติตามระเบียบของผู้ว่าจ้างด้วยถ้ามี ในขณะที่ลูกจ้างผู้ว่าจ้างซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือหน่วยงานภาครัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือบริษัทห้างร้านภาคเอกชนก็ได้ มีหน้าที่ในการจ่ายค่าบริการหรือค่าจ้างให้แก่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรตามสัญญาให้บริการเท่านั้น ไม่ต้องดูแลค่าใช้จ่ายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับพนักงานอีก

ดังนั้น รูปแบบความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการจ้างพนักงานของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรนั้น มีสัญญาที่เกี่ยวข้องสองสัญญา ได้แก่ สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาให้บริการ



ภาพประกอบภาพที่ 1 รูปแบบการทำงานของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร (Outsourcing Services) ในประเทศไทย

จากแผนภาพ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร หรือ Outsourcing Services กับพนักงาน (worker) เป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรมีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายและพนักงานมีฐานะเป็นลูกจ้าง

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร หรือ Outsourcing Services กับลูกค้าหรือผู้ว่าจ้าง (end-user) เป็นสัญญาให้บริการ โดยบริษัทรับเหมา

¹⁰⁹ บริษัท อเด็คโก้ คอนซัลติง จำกัด. บริการของอเด็คโก้[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.adecco.co.th/services/Temporary-Outsource-Services-TH.html> [20 มกราคม 2557]

ทำงานในองค์กรมีฐานะเป็นผู้ให้บริการและลูกค้ามีฐานะเป็นผู้รับบริการ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง เพราะผู้ว่าจ้างจ้างให้บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรทำงานด้านบริการให้โดยประสงค์ผลสำเร็จของงาน

อย่างไรก็ตาม การจ้างเหมาบริการที่ผู้เขียนมุ่งศึกษานี้ เป็นการจัดจ้างพนักงานจากภายนอกเข้าไปทำงานในส่วนงานสนับสนุนขององค์กร เช่น งานทำความสะอาด งานดูแลสวนและต้นไม้ งานรักษาความปลอดภัย งานธุรการ เป็นต้น จึงไม่ใช่งานในสายงานการผลิตทั้งหมดหรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของกระบวนการผลิตอันเป็นการประกอบธุรกิจหลักขององค์กรผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด กรณีนี้องค์กรผู้ว่าจ้างจึงไม่ใช่ผู้ประกอบการตามที่กฎหมายกำหนดให้มีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานที่ผู้รับเหมาช่วงส่งมาทำงานตามมาตรา 11/1¹¹⁰ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แต่อย่างใด ดังนั้น ลูกค้าผู้ว่าจ้าง (end user) จึงไม่ใช่ นายจ้างของพนักงาน และไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ กับพนักงานนั่นเอง

จะเห็นได้ว่า กรณีการจ้างพนักงานของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรมาทำงานให้ นั้น เป็นการทำงานในลักษณะนายจ้างใช้ให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นซึ่งเป็นงานที่นายจ้างไปรับจ้างมา ถือเป็นงานตามคำสั่งของนายจ้างและค่าตอบแทนที่นายจ้างได้รับก็เป็นเงินค่าจ้างที่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะต้องนำมาจ่ายให้กับพนักงานอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ การทำงานของพนักงานก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรืออยู่ในความดูแลของผู้ว่าจ้างด้วย เพราะเป็นการทำงานในสถานที่ของผู้ว่าจ้างผู้ว่าจ้างจึงมีสิทธิในการออกคำสั่งกำหนดให้พนักงานทำงานตามที่ตนประสงค์ได้ จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า การที่พนักงานต้องทำงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างด้วยนั้น ถือว่า ผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานในลักษณะเดียวกันกับนายจ้างด้วยหรือไม่ หากในระหว่างที่พนักงานกำลังปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง พนักงานได้ทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก กรณีนี้บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรหรือผู้ว่าจ้าง ใครจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดบ้าง จึงเป็นประเด็นที่จะได้ศึกษาหาแนวทางในการแก้ปัญหาในบทต่อๆ ไป

3.5.2.2 การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency)

บริษัทตัวแทน หรือที่เรียกว่า Agency เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายแพ่งในรูปแบบบริษัท โดยมีวัตถุประสงค์เป็นตัวกลางในการจัดหาบุคคลที่เป็นคนงาน (worker) ไปทำงานให้กับอีกบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นลูกค้าของตนและผู้ว่าจ้างให้ทำงานดังกล่าว ทั้งนี้ บริษัทตัวแทนจะได้รับประโยชน์เป็นค่าตอบแทนจากการดำเนินการจัดหาบุคคลไปทำงานตามที่ตกลงกับผู้ว่าจ้าง เรียกค่าบำเหน็จหรือค่าป่วยการหรือค่าบริการ (commission) ทั้งนี้ รูปแบบการทำงานของการจ้างงาน

¹¹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11/1 บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

ผ่านบริษัทตัวแทนที่ผู้เขียนศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้แก่ บริษัทจัดหางาน (Recruitment Services) และบริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) หรือบริษัทโมเดลลิ่ง

(1) บริษัทจัดหางาน (Recruitment Services)

บริษัทจัดหางานหรือสำนักงานจัดหางานเป็นรูปแบบการทำธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการจัดหางาน โดยบริษัทจัดหางานจะทำหน้าที่เป็นคนกลางในกระบวนการจ้างงานระหว่างคนหางาน (worker) กับองค์กรผู้ว่าจ้าง (end user) ซึ่งบริษัทจัดหางานจะดำเนินการสรรหาบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ให้เข้ามาทำงานในองค์กรที่เลือกใช้บริการดังกล่าว แทนที่องค์กรจะต้องดำเนินการสรรหาคนเข้ามาทำงานเอง งานที่บริษัทจัดหางานมีให้บริการแก่ผู้ว่าจ้างมีมากมายหลายลักษณะ เช่น รับงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่หรือพนักงานในระดับปฏิบัติการ ผู้บริหารระดับต้น ผู้บริหารระดับกลางและผู้บริหารระดับสูง¹¹¹ หรือแม้แต่ให้บริการกับผู้ว่าจ้างที่เป็นบุคคลธรรมดา เช่น งานแม่บ้าน งานพี่เลี้ยงดูแลเด็กผู้สูงอายุ เป็นต้น ดังนั้น การจ้างงานผ่านบริษัทจัดหางานจึงเข้าลักษณะเป็นบริษัทจัดหางาน (recruitment service) ตามพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 มาตรา 4 แล้ว เพราะลักษณะการประกอบกิจการของบริษัทจัดหางานมีความหมายอย่างเดียวกับนิยามความหมายของคำว่า จัดหางานตามพระราชบัญญัติดังกล่าวว่า “จัดหางาน หมายความว่า ประกอบธุรกิจจัดหางานให้แก่คนหางาน หรือหาลูกจ้างให้แก่ นายจ้าง โดยจะเรียกหรือรับค่าบริการตอบแทนหรือไม่ก็ตามและให้หมายรวมถึงการเรียกเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อจัดหางานให้คนหางาน” ซึ่งบริษัทจัดหางานจะต้องดำเนินการจัดหาคนงานให้ได้เข้าทำสัญญาจ้างงานกับผู้ว่าจ้างเท่านั้น จึงจะได้รับค่าบริการตอบแทนในฐานะเป็นนายหน้า ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบการทำงานของบริษัทเอเจนซีอีกรูปแบบหนึ่ง คือ บริษัทโมเดลลิ่งที่ไม่อยู่ในความหมายของการจัดหางาน เพราะบริษัทโมเดลลิ่งเป็นผู้หางานให้แก่ศิลปินไปทำงานด้านการแสดงตามสัญญาจ้างทำของ และบริษัทโมเดลลิ่งจะได้รับค่าคอมมิชชั่นจากส่วนแบ่งรายได้ของศิลปินซึ่งจะมีมาเรื่อยๆ ตามจำนวนงานที่บริษัทโมเดลลิ่งส่งศิลปินไปทำงานนั่นเอง

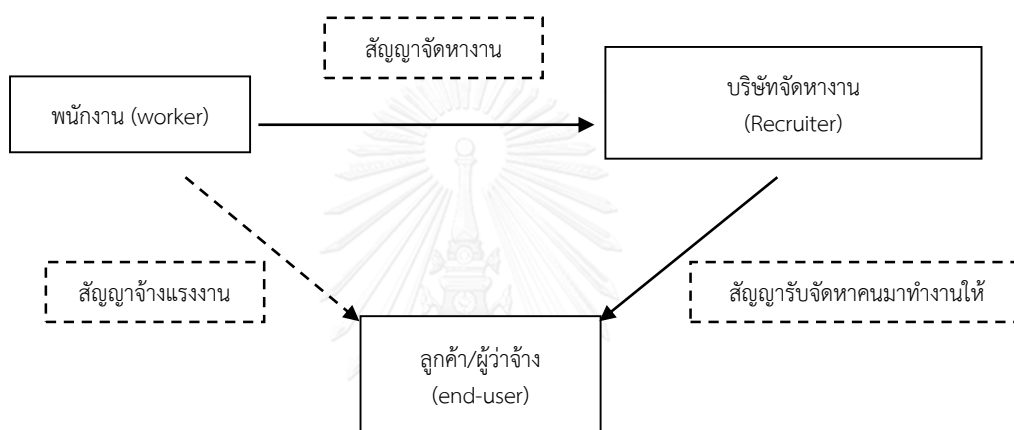
รูปแบบการทำงานของบริษัทจัดหางานในการจัดหาพนักงานเพื่อส่งไปทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง นั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทจัดหางานกับพนักงานเป็นไปตามสัญญาจ้างงาน ไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน โดยผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้กำหนดคุณสมบัติของพนักงานที่ต้องการแล้วแจ้งให้บริษัทจัดหางานดำเนินการสรรหาพนักงานให้ ซึ่งบริษัทรับจัดหางานก็จะมีหน้าที่พิจารณาคุณสมบัติของพนักงานว่ามีความเหมาะสมกับตำแหน่งงานที่ได้รับว่าจ้างให้จัดหาตามที่ผู้ว่าจ้างกำหนด แล้วนำเสนอข้อมูลคุณสมบัติและประวัติที่เกี่ยวข้องกับพนักงานให้ผู้ว่าจ้างคัดเลือกพิจารณาจ้างงานอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ บริษัทจัดหางานจะคิดค่าบริการจากผู้ว่าจ้างหลังจากมีการตกลงจ้างงานกับพนักงานที่ส่งไปให้แล้วเท่านั้น¹¹² ไม่มีการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายหรือค่าบริการจากพนักงานแต่อย่างใด ดังนั้น บริษัทจัดหางานจึงเป็นเพียงคนกลางในการจัดหาคนมาทำงานให้ผู้ว่าจ้างทำเท่านั้น

¹¹¹ ดร. กิ่งพร ทองใบ, “รูปแบบการประกอบธุรกิจจัดหางานเพื่อตอบสนองกลยุทธ์จ้างงานภายนอก,” วารสารการศึกษาระดับปริญญาโท 10, ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2555): 32-33.

¹¹² เรื่องเดียวกัน

หน้าที่ของบริษัทจัดหางาน คือ หางานให้พนักงานที่มีสัญญาจัดหางานกับตนไปทำงานให้กับบุคคลภายนอกซึ่งเป็นลูกค้าที่มาติดต่อว่าจ้างให้บริษัทจัดหางานจัดหาคนมาทำงานให้เท่านั้น โดยที่บริษัทจัดหางานได้รับค่าตอบแทนจากการดำเนินการจัดหาคนงานเป็นค่าบริการหรือค่าคอมมิชชั่น (commission) ส่วนพนักงานมีหน้าที่ไปทำงานกับผู้ว่าจ้างและอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายสินจ้างให้แก่พนักงานโดยตรงและดูแลสวัสดิการเกี่ยวกับการทำงานต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดในฐานะนายจ้างตลอดเวลาที่พนักงานทำงานให้ต่อไป

ดังนั้น รูปแบบความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการจ้างพนักงานผ่านบริษัทจัดหางานนั้น มีสัญญาที่เกี่ยวข้อง 3 สัญญา ได้แก่ สัญญาจัดหางาน สัญญารับจัดหาคนมาทำงานให้ และสัญญาจ้างแรงงาน



ภาพประกอบภาพที่ 2 รูปแบบการทำงานของบริษัทจัดหางาน (Recruitment Services) ในประเทศไทย

จากแผนภาพ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทจัดหางานกับพนักงาน (worker) เป็นสัญญาจัดหางาน¹¹³ โดยบริษัทจัดหางานมีฐานะเป็นผู้จัดหางานให้พนักงานทำ มิได้เป็นนายจ้างตามกฎหมาย และพนักงานมีฐานะเป็นผู้รับทำงานตามที่บริษัทจัดหางานให้และผู้ว่าจ้างได้ตกลงเลือกจ้างงานพนักงานคนดังกล่าว พนักงานจึงมิได้เป็นลูกจ้างของบริษัทจัดหางานแต่อย่างใด ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทจัดหางานกับลูกค้าหรือผู้ว่าจ้าง (end user) เป็นสัญญารับจัดหาคนมาทำงานให้ ซึ่งถือเป็นสัญญาให้บริการอย่างหนึ่ง หากผู้ว่าจ้างตกลงจ้างงานพนักงานตามที่บริษัทจัดหางานเสนอ บริษัทจัดหางานก็จะได้รับค่าบริการตอบแทนการดำเนินการของตน โดยบริษัทจัดหางานมีฐานะเป็นผู้ให้บริการจัดหาคนมาทำงานให้และผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นผู้รับบริการ เมื่อมีการตกลงจ้างงานกันแล้วหน้าที่ของบริษัทจัดหางานก็สิ้นสุดลง

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานกับผู้ว่าจ้างที่ตกลงจ้างพนักงานผ่านการดำเนินการสรรหาของบริษัทจัดหางานนั้น พนักงานจะเข้าทำสัญญาจ้างแรงงานกับผู้ว่าจ้าง

¹¹³ พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 มาตรา 23 บัญญัติว่า “ในการจัดหางาน ผู้รับอนุญาตจัดหางานในประเทศต้องทำสัญญาจัดหางานกับคนหางาน สัญญาจัดหางานตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบที่อธิบดีกำหนด”

โดยตรง ผู้ว่าจ้างจึงมีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงาน มีหน้าที่ต้องจ่ายสินจ้างและดูแลสวัสดิการต่างๆ ของลูกจ้างต่อไป

จะเห็นได้ว่า กรณีที่การจ้างพนักงานโดยผ่านบริษัทจัดหางานนั้น พนักงานมีฐานะเป็นลูกจ้างโดยตรงกับผู้ว่าจ้าง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานของบุคคลทั้งสองฝ่ายเกิดขึ้นจากการดำเนินการของบริษัทตัวแทนที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางประสานให้ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน คือ การจัดหาพนักงานของบริษัทจัดหางาน ซึ่งมีการดำเนินการคัดเลือกพนักงานมาเสนอให้ผู้ว่าจ้างพิจารณา โดยมีกระบวนการจัดระบบข้อมูลคุณสมบัติของพนักงาน มีการฝึกอบรมทักษะความรู้ความสามารถเฉพาะด้านที่เกี่ยวข้องกับการทำงานให้แก่พนักงาน เช่น กรณีเป็นบริษัทจัดหาแม่บ้านก็มีการฝึกอบรมวิธีการทำความสะอาดบ้าน การทำอาหาร เป็นต้น ประกอบกับบริษัทจัดหางานได้รับประโยชน์ตอบแทนหากพนักงานที่ตนเสนอให้ผู้ว่าจ้างพิจารณาได้รับการว่าจ้างทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง หากบริษัทจัดหางานช่วยอบรมสั่งสอนให้พนักงานมีทักษะความสามารถมากขึ้นเท่าใด ก็จะส่งผลกับอัตราเงินค่าจ้างรายเดือนของพนักงานให้เพิ่มสูงมากยิ่งขึ้น และเป็นผลดีต่อบริษัทจัดหางานที่จะได้รับค่าบริการในอัตราที่สูงขึ้นตามจำนวนเงินเดือนที่พนักงานได้รับจากผู้ว่าจ้างไปด้วย จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า การที่บริษัทจัดหางานได้รับประโยชน์จากการจัดหาพนักงานไปทำงานให้ผู้ว่าจ้าง ทั้งยังเป็นผู้จัดหาคัดเลือกพนักงานและรับรองคุณสมบัติของพนักงานว่าเป็นไปตามที่ผู้ว่าจ้างต้องการด้วยนั้น จะถือว่า บริษัทจัดหางานมีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานในลักษณะเดียวกันกับนายจ้างด้วยหรือไม่ หากในระหว่างที่พนักงานกำลังปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง พนักงานได้ทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก กรณีนี้บริษัทจัดหางานหรือผู้ว่าจ้าง ใครจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดบ้าง จึงเป็นประเด็นที่จะได้ศึกษาหาแนวทางในการแก้ปัญหาในบทต่อไป

(2) บริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) หรือบริษัทโมเดลลิ่ง

เป็นรูปแบบการทำงานที่บริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) จะจัดหาศิลปินนักแสดง นายแบบ นางแบบ นักร้อง พิธีกร (pretty) เอ็มซี (MC) ตัวประกอบ พิธีกร เพื่อทำงานร่วมกับบริษัทผลิตรายการภาพยนตร์โฆษณา บริษัทจัดกิจกรรมพิเศษ บริษัทผลิตภาพยนตร์ผลิตละคร บริษัทผลิตรายการโทรทัศน์ ค่ายเพลง เป็นต้น¹¹⁴ (end user) โดยทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงาน เพราะศิลปินไม่ได้ตกลงจะทำงานให้กับบริษัทโมเดลลิ่งเพื่อรับสินจ้าง ส่วนบริษัทโมเดลลิ่งก็ไม่ได้ตกลงที่จะจ่ายสินจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานของศิลปิน ดังนี้ ศิลปินที่บริษัทโมเดลลิ่งจัดหางานให้ทำนั้นจึงมิได้เป็นลูกจ้างของบริษัทโมเดลลิ่งแต่อย่างใด แต่เป็นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายตกลงผูกพันกันตามสัญญามีชื่ออย่างหนึ่ง เรียกว่า สัญญารับทำงานให้หรือสัญญาสังกัดโมเดลลิ่ง โดยบริษัทโมเดลลิ่งเป็นเพียงคนกลางในการจัดหาคนมาทำงานให้บริษัทผู้ว่าจ้างเท่านั้น ซึ่งเป็นงานในวงการบันเทิง และเป็นการตกลงทำงานให้กับบริษัทโมเดลลิ่งนั้นๆ เป็นระยะเวลาหนึ่ง เรียกรูปแบบ

¹¹⁴ บัญญิง พูลทรัพย์, “โครงการจัดตั้งบริษัทจัดหาศิลปิน : โมเดลลิ่ง,” (โครงการทางวัฒนธรรมศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร สาขาวิชาการงานบริหารงานวัฒนธรรม สาขาวิชาการงานบริหารงานวัฒนธรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 6.

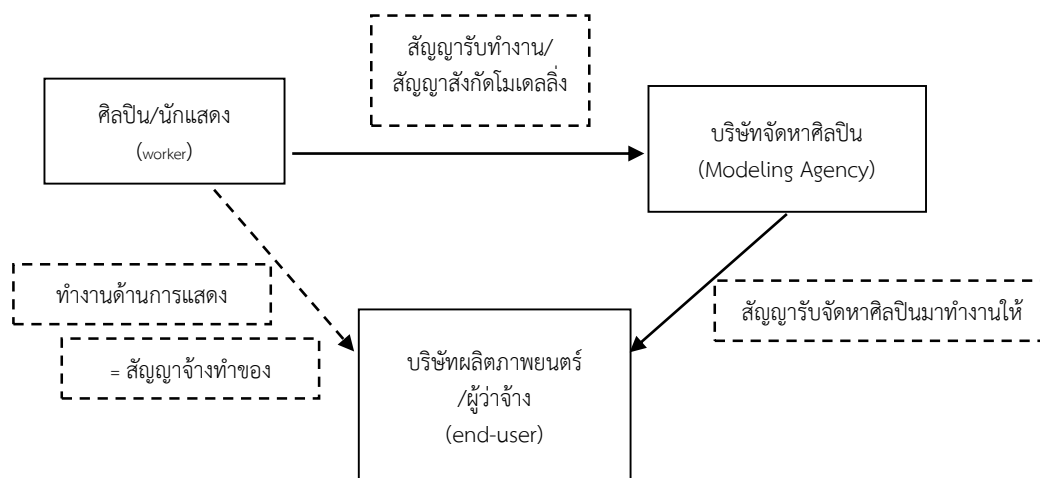
การทำงานลักษณะนี้ว่า การสังกัดบริษัทจัดหาศิลปินหรือบริษัทโมเดลลิ่ง ทั้งนี้ บริษัทโมเดลลิ่งมีหน้าที่ทางงานด้านการแสดงให้กับศิลปินในสังกัด โดยที่บริษัทโมเดลลิ่งจะได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานของศิลปินเป็นส่วนแบ่งจากรายได้หรือค่าจ้างของศิลปินเป็นค่านายหน้า¹¹⁵ ในลักษณะทำนองเดียวกับค่าคอมมิชชั่น (commission) ส่วนศิลปินมีหน้าที่ไปทำงานกับบริษัทการแสดงหรือผู้ว่าจ้างตามที่ได้รับว่าจ้างมาและอยู่ทำงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ในขณะที่ศิลปินทำงานนั้นบริษัทด้านการแสดงในฐานะเป็นผู้ว่าจ้างก็มีอำนาจควบคุมดูแลสั่งการให้ศิลปินทำงานตามความประสงค์ของตนได้ตลอดเวลา เช่น สถานที่ทำงาน วิธีการ หรือลักษณะงานที่ทำ เป็นต้น

ดังนั้น หากมีงานที่เหมาะสมกับศิลปินในสังกัดคนใด บริษัทโมเดลลิ่งก็จะส่งศิลปินไปให้ลูกค้า (end user) คือ บริษัทผู้ผลิตรายการหรือภาพยนตร์ต่างๆ ทำการทดสอบว่ามีคุณสมบัติตรงตามงานที่ต้องการว่าจ้างหรือไม่ เพียงใด ถ้าศิลปินได้งานจากการจัดหาก็ต้องแบ่งส่วนแบ่งรายได้ให้กับบริษัทโมเดลลิ่งตามข้อตกลงระหว่างศิลปินกับบริษัทโมเดลลิ่ง ทั้งนี้ บางครั้งบริษัทโมเดลลิ่งก็จะช่วยดูแลส่งเสริมและฝึกฝนความสามารถทางด้านต่างๆ ที่เกี่ยวกับการทำงานในวงการบันเทิงให้กับศิลปินในสังกัดด้วย ทั้งยังมีการอบรมสั่งสอนและควบคุมการทำงานของศิลปินในสังกัดอย่างใกล้ชิด เพราะกระบวนการในการจัดหาศิลปินโดยผ่านบริษัทโมเดลลิ่งนั้น บริษัทโมเดลลิ่งจะต้องใช้ความรู้และประสบการณ์ในการจัดหา โดยพิจารณาจากบุคลิกลักษณะและความสามารถเพื่อให้ได้ศิลปินที่เหมาะสมกับงานมากที่สุด¹¹⁶ ไปทำงานต่อไป นอกจากนี้ บริษัทโมเดลลิ่งอาจมีอำนาจที่จะควบคุมสั่งการการทำงานของศิลปินในสังกัดของตนได้โดยตรง รวมถึงการทำให้ศิลปินได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์หรือได้รับโอกาสหรือเสียโอกาสในการรับงานในวงการบันเทิงได้ เพราะการรับงานของศิลปินในสังกัดจะต้องรับงานผ่านทางบริษัทโมเดลลิ่งเท่านั้น โดยมีกำหนดเวลาเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาสังกัดโมเดลลิ่ง ศิลปินจะไปรับงานเป็นส่วนตัวโดยตรงกับบริษัทผลิตภาพยนตร์ฯ ไม่ได้ เพราะศิลปินจะผิดสัญญารับทำงานหรือสัญญาสังกัดโมเดลลิ่งที่ทำไว้ต่อบริษัทนั่นเอง

รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามจากการทำงานเป็นศิลปินในสังกัดของบริษัทโมเดลลิ่ง (Modeling Agency) นี้ มีสัญญาที่เกี่ยวข้องสองสัญญา ได้แก่ สัญญารับทำงาน และสัญญารับจัดหาคนมาทำงานให้

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.



ภาพประกอบภาพที่ 3 รูปแบบการทำงานของบริษัทโมเดลลิ่ง (Modeling Agency) ในประเทศไทย

จากแผนภาพ ความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับบริษัทโมเดลลิ่ง (Modeling Agency) เป็นสัญญาจ้างทำงาน โดยบริษัทโมเดลลิ่งไม่ได้มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงาน และบริษัทโมเดลลิ่งก็ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาหรือควบคุมการทำงานของศิลปินได้ เพราะมีหน้าที่เพียงติดต่อประสานงานระหว่างศิลปินกับบริษัทผู้ว่าจ้าง ซึ่งบริษัทโมเดลลิ่งตกลงจะจัดหางานให้ศิลปินไปทำงานในวงการบันเทิงตามความเหมาะสมและตามความต้องการของบริษัทผลิตภาพยนตร์ฯ ผู้ว่าจ้าง (end-user) เท่านั้น และศิลปินเองก็ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทโมเดลลิ่งเช่นกัน เพราะต้องไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างและต้องทำตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทโมเดลลิ่งกับบริษัทผลิตภาพยนตร์ฯ หรือผู้ว่าจ้าง (end-user) เป็นสัญญาว่าจ้างศิลปินมาทำงานให้ โดยบริษัทผลิตภาพยนตร์ฯ มีฐานะเป็นผู้ว่าจ้างและบริษัทจัดหาศิลปินมีฐานะเป็นผู้รับจัดหาคณะมาทำงานให้

จะเห็นได้ว่า กรณีที่การว่าจ้างศิลปินที่สังกัดบริษัทโมเดลลิ่งนั้น ศิลปินไม่ได้มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทโมเดลลิ่ง แต่เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับบริษัทโมเดลลิ่งตามสัญญาจ้างรับทำงานนั้น มีผลบังคับให้ศิลปินต้องรับงานที่บริษัทโมเดลลิ่งจัดหามาให้เท่านั้น จะไปรับงานเองโดยตรงกับผู้ว่าจ้างไม่ได้ ศิลปินจะต้องปฏิบัติตามให้เหมาะสมตามคำแนะนำของบริษัทโมเดลลิ่ง มิเช่นนั้นอาจถูกลงโทษโดยการพักงานไม่ให้รับงานแสดงเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง เป็นต้น กรณีเช่นนี้จะถือได้หรือไม่ว่า บริษัทโมเดลลิ่งมีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานในลักษณะเดียวกันกับนายจ้างแล้ว หรือเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับผู้ว่าจ้างแล้ว พบว่า วัตถุประสงค์ของผู้ว่าจ้างในการจ้างงานก็เพื่อให้ศิลปินมาทำงานด้านการแสดงให้แก่ตน ศิลปินต้องทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างจนสำเร็จ จึงจะได้รับค่าจ้าง ในขณะที่ทำงานศิลปินก็มีอิสระในการทำงานโดยใช้ทักษะความรู้ความสามารถของตน แม้ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนจะสามารถกำกับให้ศิลปินทำการแสดงได้ก็ตาม ค่าจ้างที่ศิลปินจะได้รับก็คำนวณตามงานที่สำเร็จหรือเฉพาะวันที่ศิลปินมาทำงาน โดยที่ศิลปินไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับใดๆ ของผู้ว่าจ้าง และยังไม่มียกเว้นได้รับสวัสดิการใดๆ ตามกฎหมายแรงงานจากผู้ว่าจ้างทั้งสิ้น ทำให้ลักษณะการทำงานของศิลปินเป็นไปตามสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน แต่

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศิลปินซึ่งสังกัดบริษัทโมเดลลิ่งต้องทำงานให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างบริษัทเดิมแทบทุกงานของบริษัทดังกล่าวตลอดมาเป็นระยะเวลาหลายปี จนบริษัทผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งการให้ศิลปินทำงานในเวลาใด และสถานที่ใดก็ได้ กรณีเช่นนี้ จึงน่าจะเข้าลักษณะที่ผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวศิลปินแล้ว ดังนั้น จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า หากในระหว่างที่ศิลปินกำลังปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง ศิลปินได้ทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก กรณีนี้บริษัทโมเดลลิ่งหรือผู้ว่าจ้าง ใครจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับศิลปินผู้ทำละเมิดด้วยหรือไม่ จึงเป็นประเด็นที่จะได้ศึกษาหาแนวทางในการแก้ปัญหาในบทต่อไป

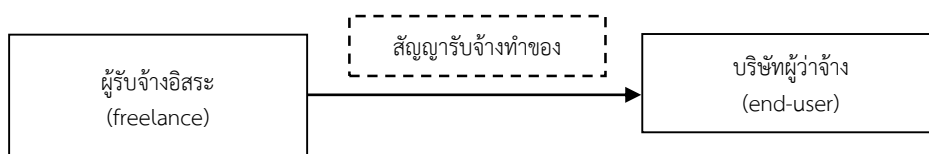
3.5.2.3 ผู้รับจ้างอิสระ (Freelance)

โดยทั่วไปแล้ว ผู้รับจ้างอิสระ คือ ผู้ที่มีอาชีพรับจ้างทำงานให้แก่บุคคลอื่นตามสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 ซึ่งผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) มีลักษณะการทำงานโดยอิสระ ไม่ต้องสังกัดหรือขึ้นตรงต่อหน่วยงาน หรือองค์กร หรือบริษัทใดๆ มีสิทธิเลือกกำหนดวิธีการทำงาน เวลาหรือสถานที่ทำงานได้ตามความต้องการหรือสะดวกของตน การรับค่าตอบแทนการทำงานจากบริษัทผู้ว่าจ้างจะเป็นลักษณะใดก็ได้แล้วแต่คู่สัญญาจะตกลงกัน แต่บริษัทผู้ว่าจ้างไม่ต้องดูแลค่าใช้จ่ายอื่นใดอีกนอกเหนือไปจากค่าจ้างตามที่ได้ตกลงกัน ไม่ว่าจะ เป็นสวัสดิการต่างๆ หรือเงินอื่นๆ ตามกฎหมายแรงงานแต่อย่างใด โดยการทำงานแบบรับจ้างอิสระ หรือ freelance ได้แก่ การทำงานแทบทุกอาชีพที่อาศัยทักษะความสามารถทางวิชาชีพหรือความสามารถเฉพาะทาง โดยไม่ได้ทำงานในฐานะเป็นลูกจ้างหรือพนักงานให้ของบริษัทใดบริษัทหนึ่ง ทั้งนี้ การทำงานแบบรับจ้างอิสระนั้น อาจเกิดขึ้นมาจากการที่ผู้รับจ้างอิสระประสงค์ที่จะรับงานอย่างอิสระด้วยตนเองเพราะไม่ต้องการอยู่ภายใต้กฎระเบียบที่เคร่งครัดของนายจ้าง หรืออาจเป็นเพราะผู้ว่าจ้างไม่ต้องการรับภาระในการจ้างลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานซึ่งต้องมีค่าใช้จ่ายเป็นต้นทุนจำนวนมาก จึงเลือกจ้างพนักงานในลักษณะของผู้รับจ้างอิสระหรือ freelance แทน ยกตัวอย่างอาชีพที่มักมีการทำงานในรูปแบบของการรับจ้างทำงานอิสระ เช่น นักแปลอิสระ นักเขียนอิสระ ช่างภาพอิสระ นักเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์อิสระ นักข่าวอิสระ นักออกแบบอิสระ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในขณะที่ปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างทำของจะไม่ปรากฏอำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างที่มีอยู่เหนือตัวผู้รับจ้างอิสระได้อย่างชัดเจน แต่ในกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระต้องทำงานเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้างรายเดิมเป็นระยะเวลาหลายปี เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างจะถือเอาแต่ประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระเท่านั้นไม่ได้ เมื่อผู้ว่าจ้างได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระมาเป็นเวลานาน จึงควรต้องรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระในการงานที่ตนได้มอบหมายให้ทำด้วย ยกตัวอย่างเช่น บริษัทแห่งหนึ่งประกอบธุรกิจจัดทำรายการโทรทัศน์เพื่อออกอากาศในช่องเคเบิลทีวีต่างๆ ซึ่งมีทั้งรายการโทรทัศน์ที่บริษัทผลิตขึ้นเอง และรายการโทรทัศน์ที่ซื้อลิขสิทธิ์มาจากต่างประเทศ ดังนั้น บริษัทจึงต้องมีพนักงานหรือลูกจ้างที่ทำหน้าที่แปลบทโทรทัศน์ภาษาอังกฤษเพื่อทำเป็นคำบรรยายภาษาไทยในรายการโทรทัศน์ของต่างประเทศดังกล่าว ปรากฏว่า บริษัทจ้างพนักงานเป็นนักแปลประจำบริษัทเพียงแค่ 5 คนเท่านั้น ส่วนพนักงานที่เหลือบริษัทจะจ้างในลักษณะเป็นผู้รับจ้างอิสระมาทำงานแทน โดยให้ไปทำงานแปลมาจากที่บ้านแล้วส่งงานเป็นรายชิ้น ค่าจ้างก็คิดตามจำนวนงานที่แปลได้ แต่พนักงานที่เป็นฟรีแลนซ์

ดังกล่าวต่างก็ทำงานให้กับบริษัทนี้มาเป็นระยะเวลาหลายปี บางคนทำงานเป็นเวลา 5-6 ปี โดยบริษัทก็ส่งงานแปลให้ทำต่อเนื่องตลอดมา จะเห็นว่า มีข้อเท็จจริงเรื่องระยะเวลาทำงานของผู้รับจ้างอิสระเพิ่มขึ้นมาซึ่งแตกต่างจากรูปแบบการจ้างทำของปกติที่จะจ้างงานกันเพียงชั่วคราว ไม่ต่อเนื่องยาวนานเป็นหลายปีดังตัวอย่าง

รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามรูปแบบการทำงานของเป็นผู้รับจ้างอิสระ หรือ freelance นี้ มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง



ภาพประกอบภาพที่ 4 รูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) ในประเทศไทย

จากแผนภาพ เป็นสัญญาจ้างทำงานระหว่างผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) กับบริษัทผู้ว่าจ้าง โดยบริษัทผู้ว่าจ้างมิได้มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายของผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) เนื่องจากไม่ได้มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง โดยเป็นการจ้างให้ผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างตามงานที่ตกลงกัน และผู้รับจ้างอิสระเองก็ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้างเช่นกัน

จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระ หรือ freelance ต้องทำงานให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างโดยมีลักษณะการทำงานแบบเดียวกันหรือคล้ายกันกับงานที่ลูกจ้างของบริษัทต้องทำ แต่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับจ้างอิสระกับบริษัท และแม้ว่าบริษัทผู้ว่าจ้างจะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาควบคุมการทำงานของผู้รับจ้างอิสระได้อย่างชัดเจนเหมือนอย่างที่มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างทั่วไปของบริษัท แต่เมื่อผู้รับจ้างอิสระต้องทำงานเพื่อประโยชน์ของบริษัทมาโดยตลอดเป็นระยะเวลาหลายปี ซึ่งถือว่าเป็นความสัมพันธ์ในการทำงานที่ยาวนานหากเทียบกับการทำงานตามสัญญาจ้างทำของโดยทั่วไป จึงเห็นได้ว่า ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา บริษัทผู้ว่าจ้างได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระมาโดยตลอด เช่นนี้ จึงเกิดประเด็นปัญหาว่า ผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) ซึ่งทำงานเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทรายหนึ่งเป็นระยะเวลาหลายปีไป ทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกในขณะที่ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลภายนอกดังกล่าว บริษัทผู้ว่าจ้างที่มีความผูกพันกับการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ และยังได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างคนดังกล่าวด้วย แม้จะไม่ได้เป็นนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดดังกล่าวด้วยหรือไม่ จึงเป็นประเด็นที่จะได้ศึกษาหาแนวทางในการแก้ปัญหาในบทต่อไป

บทที่ 4

หลักความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ

4.1 ประเทศอังกฤษ

4.1.1 แนวคิดทางกฎหมายในเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของ ลูกจ้าง (Vicarious Liability)

เนื่องจากความรับผิดของนายจ้างในการกระทำของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง (Vicarious Liability) จะพิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์นายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น ดังนั้น นายจ้างจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อมีลักษณะความเป็นนายจ้างลูกจ้างกันเท่านั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานในประเทศอังกฤษว่ามีลักษณะอย่างไรเพื่อจะได้นำไปสู่การวินิจฉัยความรับผิดของนายจ้างตามหลัก Vicarious Liability ได้ ทั้งนี้ศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักเกณฑ์ที่จะนำมาวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานไว้ดังนี้

4.1.1.1 อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง (Control test)

หลักทั่วไป คือ “ลูกจ้างทำงานอยู่ภายใต้การควบคุมของบุคคลอื่นไม่เพียงแต่ควบคุมว่าลูกจ้างจะต้องทำงานอะไร แต่รวมถึงทำงานอย่างไรและทำงานเมื่อไรด้วย”¹

หลักวินิจฉัยนี้วางอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่านายจ้างเป็นทั้งผู้จัดการและช่างผู้ชำนาญงาน นายจ้างจะถูกคาดหวังให้เป็นผู้แนะนำลูกจ้างในด้านทักษะและความรู้ในการทำงาน² และหลักวินิจฉัยนี้มีความชัดเจนขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1880 ในคดี Yewens v Noakes³ ซึ่งศาลอังกฤษโดยท่านผู้พิพากษา Bramwell ได้ให้ความหมายของลูกจ้างว่า คือ “บุคคลที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้างในการทำงาน”⁴

อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างแบ่งได้เป็นสองระดับ คือ

(1) อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างตามความเป็นจริง (Control in Fact)

¹ B.A. Hepple, *Hepple & O'Higgins Employment Law*, 4th ed.(London: Sweet & Maxwell, 1981), p. 65.

² วินัย สุวิโรจน์, *หลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน* (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีเอทีพี คอร์เนอร์ จำกัด, 2546), หน้า 34.

³ คดี Yewens v Noakes [1880] 6 QBD 530.

⁴ วินัย สุวิโรจน์, *หลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน*, หน้า 35.

ในยุคแรกศาลคอมอังกฤษได้กำหนดหลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานโดยการพิจารณาว่านายจ้างมีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาเหนือลูกจ้างตามความเป็นจริงหรือไม่ มีอำนาจสั่งการให้ลูกจ้างทำงานอะไร อย่างไรและทำงานเมื่อไรหรือไม่⁵ ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ คือ เมื่อปี ค.ศ. 1910 ศาลอังกฤษได้ตัดสินคดี *Simmons v Health Laundry Co.*⁶ โดยผู้พิพากษา *Flecher Moulton* ได้เน้นถึงความสำคัญของอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างว่า “ยิ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีการควบคุมโดยตรงเหนือผู้ที่ทำงานได้มากเท่าใด ก็ยิ่งเป็นเหตุผลที่จะวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานมากขึ้นเท่านั้น และเช่นเดียวกันผู้ที่ทำงานให้ยังมีอิสระจากการควบคุมมากเท่าใด ก็ยิ่งมีโอกาสที่จะเป็นการทำงานของผู้รับจ้างอิสระและสัญญานั้นก็ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงานมากขึ้นเท่านั้น”

(2) สิทธิในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง (Right to Control)

ในระบบอุตสาหกรรมยุคใหม่ที่มีการจ้างลูกจ้างที่มีความรู้ความสามารถและรู้วิชาการเทคนิคมาก ก็เป็นการยากที่จะชี้ชัดว่านายจ้างสามารถแนะนำคนงานถึงวิธีการทำงานได้นอกจากนี้อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาในการทำงานจริงๆ เป็นของหัวหน้างาน (foreman) หรือผู้จัดการ (manager) ซึ่งก็เป็นลูกจ้างเหมือนกัน นายจ้างซึ่งบางครั้งเป็นบริษัทขนาดใหญ่ก็ไม่อาจใช้อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาได้โดยตรง แต่จะใช้ผ่านลูกจ้างที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลลูกจ้างอื่นอีกต่อหนึ่ง⁷

นักกฎหมายเปรียบเทียบด้านกฎหมายแรงงาน ศาสตราจารย์ Kahn-Freund ชี้ว่า “กรณีของกัปตันเรือเดินทะเล นักบิน คนขับรถไฟ คนขับรถหรือควบคุมรถเครน จะถือว่าถูกนายจ้างควบคุมบังคับบัญชาการทำงานด้วย ก็น่าจะเป็นเรื่องที่ขัดต่อความเป็นจริง” เพราะเห็นได้ชัดว่านายจ้างอาจไม่อยู่ในฐานะที่จะให้คำแนะนำในวิธีการทำงานของลูกจ้างที่เป็นผู้เชี่ยวชาญพิเศษได้ ศาลอังกฤษจึงพยายามแก้ไขปัญหานี้ โดยในช่วงแรกได้มีการตีความขยายขอบเขตอำนาจการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างให้ครอบคลุมไปถึงการควบคุมในลักษณะที่สามารถกำหนดทิศทางการทำงานของลูกจ้างว่าจะให้ดำเนินไปในทางที่ควรจะเป็นมากกว่าจะพิจารณาว่าต้องเป็นการควบคุมบังคับบัญชาโดยชัดแจ้งโดยตรงว่าจะให้คนงานทำอะไร⁸ และต่อมาได้วินิจฉัยคดีโดยตีความขยายเป็นหลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญา โดยพิจารณาถึงสิทธิในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง (Right to control) ขึ้น⁹

กล่าวโดยสรุป ศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานจากการพิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างตามความเป็นจริง¹⁰ คือ

- (1) นายจ้างมีอำนาจควบคุมให้ลูกจ้างทำงานอะไรได้หรือไม่
- (2) นายจ้างมีอำนาจควบคุมให้ลูกจ้างทำงานอย่างไร ใช้วิธีการใดได้หรือไม่

⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁶ คดี *Simmons v Health Laundry Co.* [1910] 1 KB 543.

⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁸ B.A. Hepple, *Hepple & O'Higgins Employment Law*, p. 66.

⁹ วินัย สุวิโรจน์, หลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน, หน้า 37.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

(3) นายจ้างมีอำนาจควบคุมให้ลูกจ้างทำงานเมื่อใดได้หรือไม่

(4) นายจ้างมีสิทธิขั้นสุดท้ายในการควบคุมลูกจ้างให้กระทำการตามข้อ (1) – (3) ได้หรือไม่ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลอังกฤษได้ขยายขอบเขตของอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างออกเป็นอีกกรณีหนึ่ง

4.1.1.2 งานที่ทำถือได้ว่าถูกรับเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการผลิตขององค์กร

(Integration of Organization Test)

หลักทั่วไป คือ “งานที่ลูกจ้างทำถือได้ว่าเป็นส่วนประกอบที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับองค์กร หรือเป็นเพียงส่วนเสริมหรือช่วยองค์กรเท่านั้น”¹¹

หลักวินิจฉัยนี้ มีที่มาจากหลักการพิจารณาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) โดยเฉพาะกรณีความรับผิดชอบของโรงพยาบาลต่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์หรือพยาบาลที่โรงพยาบาลว่าจ้างให้มาทำงานเป็นผู้รับจ้างอิสระ โดยพิจารณาว่าการรักษาของแพทย์หรือการดูแลของพยาบาลไม่ว่าในฐานะลูกจ้างหรือในฐานะผู้รับจ้างอิสระเป็นงานของโรงพยาบาล โรงพยาบาลจึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ต้องได้รับความเสียหายในการกระทำของแพทย์หรือพยาบาล¹² ซึ่งหลักวินิจฉัยดังกล่าวศาลอังกฤษได้นำไปประยุกต์ใช้กับกิจการประเภทอื่นๆ ด้วย โดยกำหนดเป็นหลักวินิจฉัยที่พิจารณาถึงลักษณะการทำงานของลูกจ้างว่างานที่ลูกจ้างทำถือเป็นส่วนประกอบอันหนึ่งอันเดียวกันกับองค์กร หรือเป็นเพียงส่วนเสริมหรือช่วยองค์กรเท่านั้น¹³

แต่อย่างไรก็ตาม การนำหลักการงานที่ได้เข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งในองค์กร (Integration of Organization Test) ก็ยังมีข้อจำกัด เนื่องจากไม่อาจนำไปใช้ได้กับทุกสภาพการณ์ โดยเฉพาะในกรณีการจ้างแรงงานที่ลูกจ้างเป็นผู้จัดหาเครื่องมือเครื่องใช้มาเอง หรือกรณีการจ้างแรงงานที่มีลักษณะการทำงานที่คำนวณค่าจ้างตามผลงาน ในกรณีเช่นนี้ ในภายหลังศาลอังกฤษมักจะใช้หลักวินิจฉัยที่ยืดหยุ่นขึ้นโดยอาศัยสามัญสำนึกของบุคคลทั่วไปมาพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามความเข้าใจของวิญญูชนหรือไม่¹⁴

4.1.1.3 ข้อเท็จจริงอื่นๆ ทั้งหมดที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน

(Multiples Test)

หลักทั่วไปคือ “สัญญานั้นเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามความหมายที่บุคคลธรรมดาทั่วไปจะพึงพิจารณาหรือไม่”¹⁵

ศาลอังกฤษจะนำเอาข้อเท็จจริงทุกประการของสัญญาหรือที่ปรากฏตามความเป็นจริงที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่

¹¹ Michael Whincup, *Modern Employment Law*, 3rd ed. (London: Heineman, 1980), p. 7.

¹² วินัย ลูวิโรจน์, *หลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน*, หน้า 42.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

¹⁵ Michael Whincup, *Modern Employment Law*, p. 7.

เช่น อำนาจของนายจ้างในการคัดเลือก รับ หรือเลิกจ้างลูกจ้าง แบบและวิธีการจ้าง ค่าจ้าง หรือสิทธิของนายจ้างในการควบคุมบังคับบัญชาในวิธีการทำงานของลูกจ้าง¹⁶ เป็นต้น

ทั้งนี้ ศาลอังกฤษจะกำหนดหลักวินัยโดยพิจารณาข้อเท็จจริงในสองระดับ¹⁷ คือ

(1) มีการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง ซึ่งรวมทั้งสิทธิในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้างด้วยหรือไม่ ซึ่งหลักวินัยนี้ยังเป็นหลักวินัยพื้นฐานที่สำคัญ แม้ว่าอาจจะไม่ใช่หลักวินัยที่ได้ผลเต็มที่ในทุกสภาพการณ์ก็ตาม ถ้าหากนายจ้างมีสิทธิในการกำหนดทิศทางที่การทำงานควรจะเป็นได้มาก ก็ยิ่งทำให้เข้าลักษณะสัญญาจ้างแรงงานได้มากขึ้น

(2) มีข้อกำหนดหรือธรรมเนียมปฏิบัติในสัญญาที่มี “ลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน” หรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่ง คือ มีสิ่งบ่งชี้อะไรบ้างว่าคนงานไม่ได้เป็นผู้รับจ้างอิสระแต่เป็นลูกจ้าง ตัวอย่างเช่น คนงานเป็นผู้ลงทุนในเครื่องมือเครื่องใช้และต้องเข้าเสี่ยงภัยในผลกำไรหรือขาดทุนเองหรือไม่ เป็นต้น ถ้าคนงานไม่ต้องจัดหาเครื่องมือในการทำงาน เพียงแต่มาทำงานโดยใช้เครื่องมือของผู้จ้าง และรับค่าตอบแทนจากการทำงานตามจำนวนที่ตกลงกันโดยไม่ขึ้นอยู่กับผลกำไรหรือขาดทุนของงานที่เกิดขึ้น เช่นนี้ คนงานจึงเข้าลักษณะเป็นลูกจ้างของผู้ว่าจ้างนั่นเอง

4.1.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบ

ในกฎหมายอังกฤษ นายจ้างต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้นในทางการที่จ้างในกรณีที่ลูกจ้างผู้กระทำละเมิดได้ปฏิบัติการเช่นลูกจ้าง คือ ลูกจ้างได้กระทำละเมิดในขณะที่ทำบางสิ่งซึ่งลูกจ้างได้รับจ้างให้กระทำหรือเมื่อลูกจ้างได้กระทำผิด อันเป็นการกระทำซึ่งเกิดขึ้นในขอบเขตอำนาจของลูกจ้างโดยชัดแจ้ง และอยู่ในทางการที่จ้างของนายจ้าง หรือนายจ้างได้ให้สัตยาบันในเวลาต่อมาโดยรับเอาผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของลูกจ้าง¹⁸ ซึ่งความรับผิดของนายจ้างตามหลัก Vicarious Liability นี้เป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นและเป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานไม่ต้องการความผิด หรือเรียกว่า ความรับผิดแบบเด็ดขาด (strict liability)

กฎหมายอังกฤษได้กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบ แม้นายจ้างจะไม่มี ความผิดแต่อย่างใด หากข้อเท็จจริงปรากฏแจ้งชัดว่า มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันและเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง ซึ่งนายจ้างไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดโดยการอ้างว่าตนไม่ได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อได้เลย อย่างไรก็ตาม หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแต่การกระทำของลูกจ้างนั้นไม่ถือเป็นละเมิดและไม่มี ความผิด นายจ้างก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบร่วมด้วย เพราะความรับผิดของนายจ้างกรณีลูกจ้างกระทำละเมิดนั้น ต้องมีการกระทำที่เป็นละเมิดของลูกจ้างนั้นเสียก่อน

ความรับผิดของนายจ้างกรณีลูกจ้างกระทำละเมิดของประเทศอังกฤษนี้ ประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ (1) ระหว่างจำเลยและผู้กระทำผิดต้องเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน และ (2) การกระทำของลูกจ้างนั้นต้องเป็นการกระทำซึ่งอยู่ในทางการที่จ้าง

¹⁶ วินัย ลูว์โรจน์, หลักวินัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน, หน้า 44-45.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

¹⁸ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 65.

4.1.2.1 ลักษณะความเป็นนายจ้างลูกจ้าง

เงื่อนไขประการแรกของความรับผิดนายจ้างคือ จะต้องเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน ลูกจ้างในที่นี้คือบุคคลผู้ซึ่งถูกจ้างจากบุคคลอื่นให้ทำงาน โดยลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและคำสั่งของนายจ้าง¹⁹ ซึ่งในอดีตศาลอังกฤษจะพิจารณาความรับผิดของนายจ้างว่าจะต้องเป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน คือ มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน โดยอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาการทำงานนั้น ถือได้ว่าเป็นเครื่องชี้บอกที่เป็นหลักของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง แต่ในปัจจุบันศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักวินิจฉัยไปอย่างกว้างขวางมาก โดยได้กำหนดหลักวินิจฉัยและลักษณะสำคัญของความเป็นสัญญาจ้างแรงงานไว้ 3 ประการ

ประการแรก คือ หลักในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา หรือหลักเรื่องอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของนายจ้าง โดยพัฒนาจากเดิมที่การควบคุมดูแลจะพิจารณาตามความเป็นจริงว่ามีอำนาจสั่งการโดยตรงให้ลูกจ้างทำงาน เปลี่ยนไปเป็นอำนาจในการขึ้นหรือสั่งการในทิศทางของงานที่ควรจะเป็น ซึ่งทำให้ขอบเขตของสัญญาจ้างแรงงานกว้างมากขึ้น และสามารถปรับใช้ได้กับสภาพการจ้างในยุคอุตสาหกรรมใหม่²⁰ เช่น กรณีที่บริษัทนายจ้างประกอบกิจการโรงงาน มีการจ้างหัวหน้างานมาควบคุมการทำงานของลูกจ้างอีกทอดหนึ่ง

ประการที่สอง คือ การทำงานที่ได้เข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งในองค์กร (Integration of Organization Test) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อศาลอังกฤษเห็นว่าการทำงานของผู้มีวิชาชีพบางอย่างนั้น นายจ้างไม่มีแม้แต่สิทธิในการควบคุมการทำงานหรือเกี่ยวข้องกับการทำงาน ศาลจึงได้พัฒนาหลักเกณฑ์อื่นขึ้นมาปรับใช้แทนโดยลดความสำคัญของเรื่องอำนาจบังคับบัญชาลง ซึ่งเป็นหลักที่จะนำมาใช้พิจารณากับวิชาชีพเฉพาะอย่างที่ต้องอาศัยความชำนาญ เช่น แพทย์ วิศวกร เนื่องจากวิชาชีพดังกล่าวหลักอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างไม่สามารถวินิจฉัยได้²¹ กรณีนี้ศาลอังกฤษจะไม่เน้นหลักเรื่องอำนาจบังคับบัญชา แต่จะสามารถพิจารณาถึงลักษณะของงานที่ทำ และลักษณะการให้บริการขององค์กรเป็นสำคัญ²²

ประการที่สาม คือ หลักข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน เป็นกรณีที่ศาลอังกฤษจะพยายามหาหลักของระบบอื่นมาปรับใช้ โดยจะนำเอาข้อเท็จจริงทุกประการของสัญญาที่แสดงว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานและพฤติการณ์ของคู่สัญญาที่ปรากฏมาพิจารณาประกอบวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ เช่น อำนาจของนายจ้างในการคัดเลือก รับ หรือเลิกจ้างลูกจ้าง แบบและวิธีการจ่ายหรือสิทธิของนายจ้างในการควบคุมบังคับบัญชาวิธีการทำงานของลูกจ้าง เป็นต้น²³

¹⁹ R.F.V. Heuston and R.A.Buckley, *Salmond and Heuston on the law of torts* 21st ed. (London: sweet & Maxwell, 1996), p. 434.

²⁰ B.A. Hepple, *Hepple & O'Higgins Employment Law*, p. 66.

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

²² E.I. Sykes, *Sykes and Yerberry Labour Law in Australia*, 2nd ed. (London: Butterworth, 1980), p. 7.

²³ วินัย สุวิโรจน์, *หลักวินิจฉัยลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน*, หน้า 44-45.

ดังนี้ แสดงให้เห็นว่าในปัจจุบันการใช้อำนาจควบคุมการทำงานอย่างเข้มงวดไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน เนื่องจากลักษณะการทำงานของลูกจ้างนั้นมีความซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งมีบางคดีที่ศาลได้มีการพิจารณาความสัมพันธ์ของสัญญาจ้างแรงงานโดยดูจากปัจจัยหลายๆ อย่างประกอบกัน มิใช่ดูจากข้อเท็จจริงเพียงอย่างเดียว แต่อย่างไรก็ตาม โดยหลักแล้ว “การควบคุม” นั้นจะต้องนำมาพิจารณาเสมอ²⁴

โดยสรุป คือ กฎหมายอังกฤษนั้นให้พิจารณาหลักเกณฑ์ต่างๆ ประกอบกันว่านายจ้างคนใดเป็นผู้จ่ายสินจ้าง ใครเป็นผู้มีอำนาจไล่ลูกจ้างออกได้ ตลอดจนให้พิจารณาถึงระยะเวลาที่ลูกจ้างไปทำงานให้ และการใช้เครื่องจักรต่างๆ ด้วย อย่างไรก็ดีตามหลักเกณฑ์ที่ศาลอังกฤษยึดถือเป็นหลักพิจารณาที่สำคัญยิ่งก็คือ ในขณะที่เกิดเหตุใครเป็นผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้าง อำนาจนี้มีความหมายไม่เพียงเฉพาะแต่ว่าจะสั่งให้ลูกจ้างทำงานอะไรเท่านั้น แต่ยังรวมถึงอำนาจควบคุมให้ลูกจ้างปฏิบัติงานอย่างใดอีกด้วย

4.1.2.2 ขอบเขตทางการที่จ้าง

เงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ การกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้นต้องเป็นการกระทำซึ่งอยู่ในทางการที่จ้างโดยสามารถแยกได้เป็นสองส่วน ส่วนแรก คือ ลูกจ้างนั้นต้องเป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำที่เป็นการละเมิดขึ้น และต้องมีความรับผิดชอบของลูกจ้างจากการละเมิดนั้นเกิดขึ้นก่อน และส่วนที่สอง คือ การกระทำของลูกจ้างนั้นต้องเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง ซึ่งไม่เพียงแต่หมายถึงการกระทำที่นายจ้างได้มอบอำนาจให้ลูกจ้างกระทำการเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการกระทำใดๆ ที่เป็นการปฏิบัติไปในทางที่เกี่ยวข้องกับการที่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำนั้นอีกด้วย นายจ้างจึงจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง ซึ่งการนำไปปรับใช้ในทางปฏิบัตินั้นค่อนข้างเป็นเรื่องที่พิจารณาได้ยาก เนื่องจากต้องดูข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป²⁵ ทั้งนี้ ในปัจจุบันได้มีกฎหมายซึ่งมีที่มาจากคำพิพากษาของศาลและกลายเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาตัดสินคดีต่อๆ มาในภายหลัง โดยศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ว่า นายจ้างจะต้องรับผิดชอบสำหรับสิ่งที่เป็นการกระทำของลูกจ้างซึ่งใกล้ชิดติดต่อกันกับการที่จ้างอีกด้วย²⁶ เช่น ในคดี *Jefferson v Derbyshire Farmers Ltd.*²⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าลูกจ้างของผู้เช่าอู่ซ่อมรถมีหน้าที่ในการเติมน้ำมันใส่ถังบรรจุ ได้จุดบุหรี่และโยนไม้ขีดไฟลงบนพื้นโดยปราศจากความระมัดระวัง ทำให้เกิดเพลิงไหม้อู่ซ่อมรถเสียหายทั้งหมด ศาลอังกฤษตัดสินให้นายจ้างรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของลูกจ้าง หรือในกรณีที่ลูกจ้างกระทำละเมิดไปโดยสำคัญผิดว่าตนมีหน้าที่หรือได้รับมอบหมายจากนายจ้างให้กระทำ นายจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย โดยถือว่าอยู่ในทางการที่จ้างของนายจ้าง นอกจากนี้ ในกรณีที่ลูกจ้างกระทำโดยทุจริตในขณะที่ทำงานให้นายจ้าง (Fraud of servant) แม้ลูกจ้างจะทำเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของนายจ้างก็ตาม แต่นายจ้างก็อาจต้องร่วมรับผิดชอบด้วย ถ้าการมอบหมายการงานที่ให้ลูกจ้างไปทำนั้นมีความเสี่ยงสูงที่ลูกจ้างจะทำการทุจริตได้ เพราะการทุจริตของลูกจ้างนั้นก็เนื่องมาจากการได้รับมอบหมายหน้าที่

²⁴ คดี *Market Investigations V Minister of Social Security* [1969] 2 QB 173.

²⁵ R.F.V. Heuston and R.C. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, p. 443.

²⁶ Cees Van Dam, *European Tort Law* (Oxford: University Press, 2006), p. 455.

²⁷ คดี *Jefferson v Derbyshire Farmers Ltd* [1921] 2 K.B. 281.

นั้นโดยชัดแจ้ง เช่น ในคดี *Lloyd v Grace, Smith & Co.*²⁸ โดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่เสมือนนายความของสำนักงานนายความ ซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการนิติกรรมโอนทรัพย์สินให้แก่ลูกความ ได้กระทำการโดยทุจริตหลอกให้ลูกความลงชื่อในเอกสารที่จะโอนกรรมสิทธิ์บ้านให้แก่ตนเอง โดยอ้างว่าเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการโอนขายบ้านตามความประสงค์ของลูกความ และต่อมาเสมือนนายคนดังกล่าวก็โอนขายบ้านเพื่อนำเงินมาเป็นประโยชน์ของตนเอง ศาลสูงอังกฤษตัดสินว่า สำนักงานนายความต้องรับผิดชอบด้วย เพราะเสมือนนายคนนั้นได้ทำการฉ้อโกงในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้มีอำนาจทำนิติกรรมในนามของนายจ้าง ดังนั้น เมื่อนายจ้างได้มอบความไว้วางใจให้แก่ลูกจ้างที่ไม่สุจริตเองแล้ว นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบในผลของการฉ้อโกงที่ลูกจ้างได้กระทำขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างเองหรือของนายจ้างก็ตาม²⁹

ส่วนกรณีที่แม้ว่าจะจะเป็นช่วงเวลาที่อยู่ระหว่างที่ต้องปฏิบัติงานให้นายจ้าง แต่ถ้าการกระทำของลูกจ้างนั้นเป็นการที่อยู่นอกเหนือจากการที่จ้างของนายจ้างแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของทางการที่จ้าง นายจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดชอบ เช่น ลูกจ้างกระทำละเมิดโดยจงใจใช้ออกสแก๊สแค้นส่วนตัวของลูกจ้างหรือแก่บุคคลอื่น ถ้าลูกจ้างกระทำไปเพื่อประโยชน์ตนเองโดยมีเหตุจงใจเป็นส่วนตัวโดยแท้ ไม่เกี่ยวกับผลประโยชน์นายจ้าง นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามในคดี *Keppel Bus Co. v Sa'ad bin Ahmad*³⁰ มีข้อเท็จจริงว่า คนเก็บค่าโดยสารบนรถประจำทางทำร้ายร่างกายผู้โดยสารเนื่องจากมีความขัดแย้งกันอยู่ก่อนหน้านั้นแล้ว และมีการด่าทอกันด้วยคำที่ไม่สุภาพ ศาลอังกฤษตัดสินว่า บริษัทรถประจำทางซึ่งเป็นนายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบร่วมด้วย³¹ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม กรณีเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมนายจ้างก็ยังคงร่วมรับผิดชอบด้วย เช่น ลูกจ้างไม่เชื่อฟังคำสั่งของนายจ้าง ในกรณีที่นายจ้างมีคำสั่งห้ามไม่ให้ลูกจ้างกระทำการใดอย่างชัดแจ้งแล้วลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งนั้น การที่ลูกจ้างไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้าง ไม่เป็นเหตุให้กิจการที่ลูกจ้างปฏิบัติกลายเป็นอยู่นอกทางการที่จ้างไปอันจะทำให้ นายจ้างพ้นจากความรับผิดชอบ ดังนั้น นายจ้างจึงยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างหากการกระทำนั้นอยู่ในลักษณะงานของลูกจ้างที่ลูกจ้างสมควรที่จะกระทำการเช่นนั้นเพื่อให้งานสำเร็จ เช่น ในคดี *Limpus v London General Omnibus Co.*³² ซึ่งบริษัทเจ้าของรถจะต้องร่วมรับผิดชอบที่ลูกจ้างคนขับรถได้ขับรถไปชนขวางรถของผู้เสียหาย แม้ว่าบริษัทนายจ้างจะมีคำสั่งห้ามการขับรถแข่งหรือแข่งรถคันอื่นก็ตาม³³ แต่ถ้าหากผู้เสียหายหรือบุคคลภายนอกได้ทราบถึงคำสั่งหรือระเบียบที่ห้ามไว้ นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบโดยถือว่าการกระทำของลูกจ้างอยู่นอกขอบเขตทางการที่จ้าง เช่น ในคดี

²⁸ คดี *Lloyd v Grace, Smith & Co.* [1912] A.C. 716.

²⁹ R.F.V. Heuston and R.C. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, p.447-448.

³⁰ คดี *Keppel Bus Co. v Sa'ad bin Ahmad* [1974] 1 WLR 1082.

³¹ Richard Kidner, *Casebook on Torts*, 3rd ed. (London: Blackstone, 1994), p. 278.

³² คดี *Limpus v London General Omnibus Co.* [1862] 1 H & C 526.

³³ W.V.H. Roger, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 9th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1971), p. 538.

Twine v Bean's Express Ltd.³⁴ ซึ่งนายจ้างได้ห้ามลูกจ้างคนขับรถบรรทุกไม่ให้รับคนอื่นอาศัยโดยสารมาในรถและปิดประกาศห้ามไว้ตรงที่นั่งคนขับ แต่คนขับรถก็ยังฝ่าฝืนรับบุคคลอื่นโดยสารมาด้วย ซึ่งผู้โดยสารนั้นก็ทราบถึงข้อห้ามดังกล่าว เมื่อปรากฏว่า คนขับขับรถโดยประมาททำให้ผู้โดยสารนั้นตาย ศาลอังกฤษจึงตัดสินว่าเป็นการกระทำนอกทางการที่จ้าง นายจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย เช่นเดียวกันกับคดีเกี่ยวกับการที่ลูกจ้างอาศัยโอกาสหน้าที่ของลูกจ้างโดยไม่มีอำนาจไปกระทำละเมิดต่อผู้อื่น (Permission is Not Authority) ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินว่า เพียงแต่เหตุที่ลูกจ้างใช้โอกาสในหน้าที่กระทำละเมิดหรือกระทำผิดอาญา ไม่มีน้ำหนักพอที่จะให้นายจ้างต้องมาร่วมรับผิดชอบได้ เพราะโดยหลักแล้ว นายจ้างจะรับผิดชอบเฉพาะการกระทำของลูกจ้างที่ทำงานให้นายจ้างเท่านั้น นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างที่ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างฝ่ายเดียว ยกตัวอย่างในคดี Heasmans v Clarity Cleaning Co. Ltd³⁵ มีข้อเท็จจริงว่า บริษัทนายจ้างประกอบธุรกิจให้บริการทำความสะอาด ได้ส่งลูกจ้างเข้าไปทำความสะอาดที่สำนักงานของผู้เสียหาย ปรากฏว่า ลูกจ้างได้อาศัยโอกาสในหน้าที่ใช้โทรศัพท์ระหว่างประเทศไปในการส่วนตัว ศาลตัดสินว่า บริษัทนายจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง เพราะการใช้โทรศัพท์ที่ไม่อาจถือได้ว่าได้รับมอบหมายในวิธีการปฏิบัติทำความสะอาด³⁶ ซึ่งแตกต่างกับกรณีที่สำนักกฎหมายมอบหมายให้เสมียนทนายมีอำนาจจัดทำเอกสารให้ลูกความลงนามได้ในคดี Lloyd v Grace, Smith & Co.

4.1.2.3 การใช้สิทธิไล่เบี่ย

ในกรณีที่ผู้เสียหายเลือกฟ้องร้องนายจ้างเนื่องจากลูกจ้างได้กระทำละเมิดในทางการที่จ้าง และนายจ้างได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปแล้ว นายจ้างก็มีสิทธิที่จะไล่เบี่ยเอาจากลูกจ้างคืนได้ หากลูกจ้างนั้นประมาทเลินเล่อโดยอาจตกลงเงินค่าเสียหายนั้นและบังคับเรียกเอาจากลูกจ้างผู้กระทำละเมิดตามบทบัญญัติของ Civil Liability (Contribution) Act 1978 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ถือว่าลูกจ้างเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร และในบางครั้งยังถือว่าการกระทำของลูกจ้างเป็นการกระทำของนายจ้างอีกด้วย ดังนั้น จึงถือได้ว่าทั้งนายจ้างและลูกจ้างเป็นผู้ทำละเมิดร่วมกัน จึงต้องแบ่งกันรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทน³⁷ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินายจ้างจะใช้สิทธิไล่เบี่ยเฉพาะแต่ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำการโดยฉ้อโกง หรือมีเจตนาจงใจกระทำผิดเท่านั้น นอกจากนี้ การที่นายจ้างจะสามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยเอาจากลูกจ้างได้นั้น นายจ้างจะต้องไม่ส่วนรู้เห็นหรือเกี่ยวข้องกับ การกระทำละเมิดของลูกจ้างด้วยแต่อย่างใด หากนายจ้างได้มีส่วนในการกระทำผิดกับลูกจ้างด้วย นายจ้างก็ไม่สามารถเรียกได้เต็มจำนวนที่ตนได้เสียไป แต่ให้เรียกได้บางส่วนเท่านั้น หรืออาจไล่เบี่ยไม่ได้เลย³⁸

³⁴ คดี Twine v Bean's Express Ltd [1946] 1 All ER 202.

³⁵ คดี Heasmans v Clarity Cleaning Co. Ltd [1987] ICR 949.

³⁶ Richard Kidner, *Casebook on Torts*, p. 284.

³⁷ The International Association of Legal Scient, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 11 Torts Chapter 4 chief ed. By Andre tunc, 1978, p. 62.

³⁸ Cees Van Dam, *European Tort Law*, p. 455.

4.1.3 ลักษณะและประเภทของรูปแบบการทำงานแบบใหม่

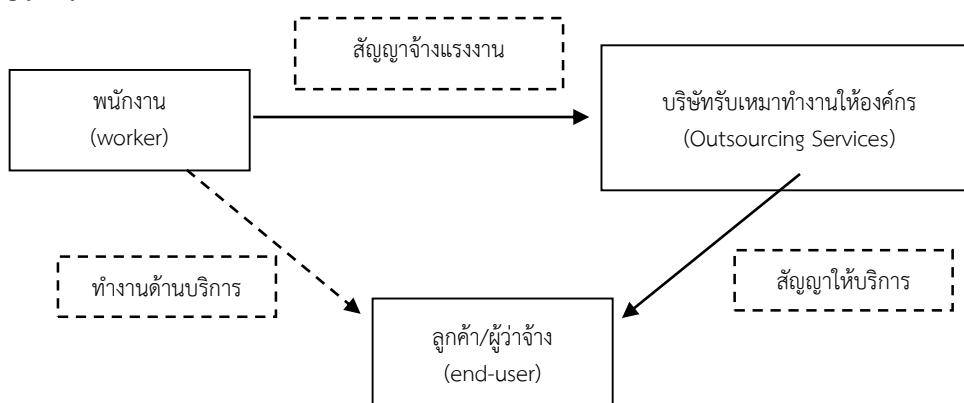
การเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมและเศรษฐกิจในประเทศอังกฤษ ได้ส่งผลให้รูปแบบของการทำงานเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากด้วย การมอบหมายให้บุคคลอื่นทำงานให้แก่ตนโดยที่ตกลงจ่ายค่าตอบแทนการทำงานให้ของบุคคลนั้นเริ่มมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น จนเกิดเป็นรูปแบบการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ในลักษณะที่ไม่ได้เป็นไปตามความสัมพันธ์เหมือนในอดีต โดยมีความหมายและลักษณะรวมถึงประเภทของการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ดังนี้

4.1.3.1 Outsourcing Services

Outsourcing Services คือรูปแบบการทำงานที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่จัดหาคนงานหรือพนักงานไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง (end user) ซึ่งได้แก่ บริษัทหรือหน่วยงานต่างๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน ทั้งนี้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ บริษัท Outsourcing และผู้ว่าจ้างจะผูกพันกันตามสัญญาที่กำหนดว่าจ้างกันขึ้น โดยบริษัท Outsourcing จะรับเงินค่าบริการตามสัญญาจากผู้ว่าจ้างมาจ่ายเป็นค่าจ้างให้แก่พนักงานอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ คนงานหรือพนักงาน (worker) จะเป็นลูกจ้างโดยตรงของบริษัท Outsourcing การใช้บริการของบริษัท Outsourcing จะเป็นลักษณะการจัดจ้างพนักงานภายนอกเข้ามาทำงานให้กับองค์กรผู้ว่าจ้าง ซึ่งงานที่บริษัท Outsourcing ที่มีให้บริการในประเทศอังกฤษ ได้แก่ งานด้านบัญชี งานด้านเทคนิคต่างๆ เช่น งานดูแลระบบคอมพิวเตอร์ หรืองานด้านกฎหมาย เป็นต้น

รูปแบบการทำงานของบริษัท Outsourcing ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับพนักงาน (worker) มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยหน้าที่ของบริษัท Outsourcing คือ ทำสัญญาให้บริการกับลูกค้าผู้ว่าจ้าง แล้วส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง และรับเงินค่าบริการมาจ่ายเป็นเงินค่าจ้างให้แก่พนักงานตามสัญญาจ้างแรงงานอีกทอดหนึ่งส่วนพนักงานมีหน้าที่ไปทำงานให้กับบุคคลอื่นตามที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง ในขณะที่ลูกค้าผู้ว่าจ้าง end-user มีหน้าที่ในการจ่ายค่าบริการหรือค่าจ้างให้แก่บริษัท Outsourcing ตามสัญญาให้บริการเท่านั้น

ดังนั้น รูปแบบความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการจ้างพนักงานของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรนั้น มีสัญญาที่เกี่ยวข้องสองสัญญา ได้แก่ สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาให้บริการ



ภาพประกอบภาพที่ 5 รูปแบบการทำงานของบริษัท Outsourcing Services ในประเทศอังกฤษ

จากแผนภาพ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับพนักงาน (worker) เป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยบริษัท Outsourcing มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมาย และพนักงานมีฐานะเป็นลูกจ้าง

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับลูกค้าหรือผู้ว่าจ้าง (end-user) เป็นสัญญาให้บริการ โดยบริษัท Outsourcing มีฐานะเป็นผู้ให้บริการและลูกค้ามีฐานะเป็นผู้รับบริการ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง เพราะผู้ว่าจ้างจ้างให้บริษัท Outsourcing ทำงานด้านบริการให้โดยประสงค์ผลสำเร็จของงาน

จะเห็นได้ว่า กรณีการจ้างพนักงานของบริษัท Outsourcing มาทำงานให้ นั้น เป็นการทำงานในลักษณะนายจ้างใช้ให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นซึ่งเป็นงานที่นายจ้างไปรับจ้างมา ถือเป็นงานตามคำสั่งของนายจ้างและค่าตอบแทนที่นายจ้างได้รับก็เป็นเงินค่าจ้างที่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะต้องนำมาจ่ายให้กับพนักงานอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ การทำงานของพนักงานก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรืออยู่ในความดูแลของผู้ว่าจ้างด้วย เพราะเป็นการทำงานในสถานที่ของผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างจึงมีสิทธิในการออกคำสั่งกำหนดให้พนักงานทำงานตามที่ตนประสงค์ได้ จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า การที่พนักงานต้องทำงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างด้วยนั้น ถือว่า ผู้ว่าจ้างจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดบ้าง

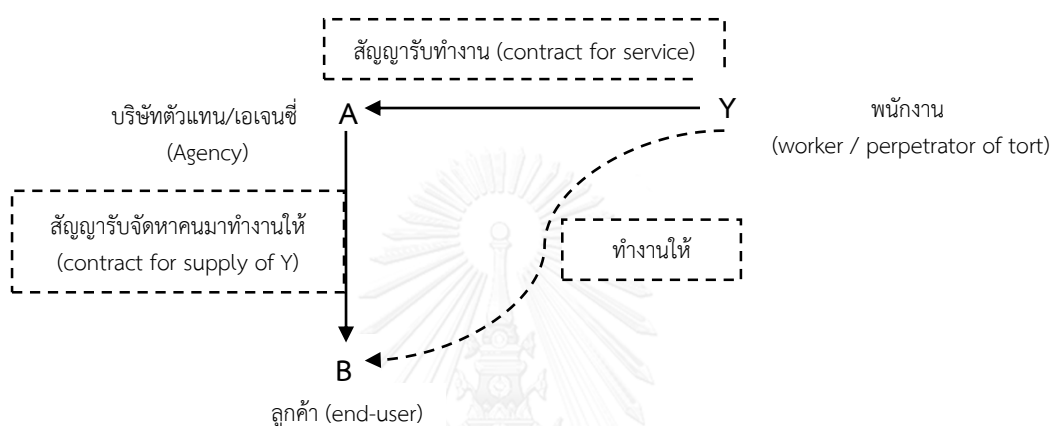
4.1.3.2 Agency Worker

พนักงานของบริษัทตัวแทนหรือพนักงานบริษัทเอเจนซี (Agency Staff) นั้น ถือเป็นพนักงาน (worker) ที่รับทำงานตามคำสั่งที่ได้รับผ่านทางกรจ้างงานของบริษัทตัวแทน (Agency) พนักงานของบริษัทเอเจนซีนี้มีลักษณะคล้ายกับผู้รับเหมาอิสระ³⁹ (independent contractor) แต่ไม่ใช่ลูกจ้าง ซึ่งการขาดสถานะความเป็นลูกจ้างนี้ส่งผลให้ในกรณีที่พนักงานไปทำละเมิดต่อบุคคลอื่นขณะปฏิบัติงาน ผู้เสียหายหรือผู้ถูกทำละเมิดไม่อาจเรียกร้องให้บริษัทตัวแทน (Agency) ซึ่งทำหน้าที่จัดหางานให้พนักงานหรือบริษัทผู้ว่าจ้างซึ่งใช้แรงงานของพนักงาน (end-user) คนใดคนหนึ่ง มารับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานคนดังกล่าวได้ ถึงแม้ว่าปัญหาดังกล่าวไม่ใช่เรื่องใหม่ตามกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากเคยมีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของพนักงานที่รับงานไปทำที่บ้านและพนักงานชั่วคราวในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมแล้วก็ตาม แต่การเปลี่ยนแปลงของความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานในไม่กี่ปีที่ผ่านมาได้ทำให้ลูกจ้างซึ่งเคยถูกจ้างงานให้เป็นลูกจ้างประจำกลายเป็นผู้รับจ้างทำงานในลักษณะที่รับงานมาทำด้วยตนเองมากยิ่งขึ้น ซึ่งการเปลี่ยนแปลงสถานะของลูกจ้างในลักษณะดังกล่าวมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อขอบเขตของหลักความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่นอย่างมาก⁴⁰

³⁹ หมายถึง ผู้รับจ้างทำของ หรือผู้ที่ทำงานภายใต้สัญญาจ้างทำของ เป็นผู้รับจ้างกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้เพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้าง

⁴⁰ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 81-82.

สำหรับรูปแบบของการรับงานผ่านทางบริษัทเอเจนซีก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามหลัก Vicarious Liability กล่าวคือ ศาลอังกฤษควรจะกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของพนักงานที่ถูกจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี คนใดบ้างที่จะต้องมีความรับผิดสำหรับการกระทำละเมิดของพนักงานดั่งนั้น จึงต้องพิจารณารูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นจากการทำงานเป็นพนักงานของบริษัทเอเจนซี (Agency Staff) เสียก่อน ซึ่งในกรณีนี้มีสัญญาที่เกี่ยวข้องสองสัญญา ได้แก่ สัญญารับทำงาน และสัญญาบริหารจัดการคนมาทำงานให้⁴¹



ภาพประกอบภาพที่ 6 รูปแบบการทำงานของบริษัท Agency ในประเทศอังกฤษ

จะเห็นได้ว่า สัญญาที่เกิดขึ้นตามรูปแบบความสัมพันธ์สัญญาแรก คือ สัญญารับทำงานให้ระหว่างบริษัทตัวแทน (agency) กับพนักงาน (worker) โดยบริษัทตัวแทนมีฐานะเป็นผู้จัดหางานให้พนักงานทำมิได้เป็นนายจ้าง และพนักงานมีฐานะเป็นผู้รับทำงานตามที่บริษัทเอเจนซีจัดหามาให้มิได้เป็นลูกจ้างของบริษัทตัวแทนแต่อย่างใด ส่วนสัญญาที่สอง คือ สัญญาให้บริการบริหารจัดการคนมาทำงานให้ระหว่างบริษัทตัวแทนกับลูกค้า (end-user) โดยบริษัทตัวแทนมีฐานะเป็นผู้ให้บริการจัดหาคคนมาทำงานให้และลูกค้ามีฐานะเป็นผู้รับบริการ

จากแผนภาพ พนักงาน (Y) เข้าทำสัญญากับบริษัทตัวแทน (A) และมีการลงนามในสัญญาให้ไว้กับบริษัทตัวแทนด้วย บริษัทตัวแทนจะพยายามหางานให้แก่พนักงาน เมื่อหาได้บริษัทตัวแทนจะเป็นผู้ทำสัญญากับลูกค้า (B) เพื่อจัดให้ (Y) มาทำงานให้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ระหว่าง (Y) และ (B) ไม่มีสัญญาใดๆ ต่อกัน ค่าตอบแทนของ (Y) จะได้รับจาก (A) แม้ว่า (Y) ไม่ได้ทำงานให้กับ (A) ก็ตาม เพราะ (Y) จะทำงานให้กับอีกบุคคลหนึ่ง นั่นคือ (B) แทน ในขณะที่ (B) เองก็ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอย่างอื่นให้แก่ (Y) สำหรับการรับทำงานและใช้ทักษะในการทำงานด้วยตนเองของ (Y) เพื่อผลประโยชน์ของ (B) แต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อพนักงานทำละเมิดขึ้น จึงเป็นการยากที่จะเกิดความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามหลัก Vicarious Liability สำหรับการกระทำของ (Y) ได้ เพราะถึงแม้ว่าการทำงาน

⁴¹ Ibid., p. 93-94.

ดังกล่าวจะเป็นการทำงานให้กับ (B) ซึ่งไม่ได้มีสัญญาจ้างงานต่อกัน แต่ (B) ก็ไม่ได้เป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้แก่ (Y) โดยตรง หรือในอีกทางหนึ่ง แม้ว่า (A) จะเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างและ (Y) ได้ทำสัญญาไว้กับ (A) ก็ตาม แต่ (Y) ไม่ได้ทำละเมิดในขอบเขตทางการที่จ้างของ (A) แต่อย่างใด ซึ่งโดยพื้นฐานแล้ว หลักเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นจึงไม่อาจเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ลักษณะนี้ได้ เพราะความสัมพันธ์ของสัญญาจ้างแรงงานได้กลายมาเป็นความสัมพันธ์ของนายจ้างกับผู้รับงานอิสระมากกว่าจะเป็นแบบนายจ้างลูกจ้างแล้ว⁴²

4.1.3.3 Independent contractor

Independent contractor คือ ผู้รับจ้างทำของซึ่งในประเทศอังกฤษก็มีรูปแบบการทำงานที่เหมือนกับผู้รับจ้างทำของในประเทศไทย โดยเป็นผู้มีอาชีพรับทำงานให้แก่บุคคลอื่นตามสัญญาเช่นกัน ลักษณะการทำงานเป็นอิสระ ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทใด ผู้รับจ้างทำของอาจเรียกชื่อว่า Freelance คือ คนที่ทำงานโดยอิสระก็ได้

ทั้งนี้ รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามรูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ หรือ Independent contractor นี้ มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง



ภาพประกอบภาพที่ 7

รูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) ในประเทศอังกฤษ

จากแผนภาพ เป็นสัญญารับทำงานระหว่างผู้ Independent contractor กับ end-user โดยบริษัทผู้ว่าจ้าง (end-user) มิได้มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายของผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor เนื่องจากไม่ได้มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง โดยเป็นการจ้างให้ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างตามงานที่ตกลงกัน และ Independent contractor เองก็ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้างเช่นกัน

จะเห็นได้ว่า ถ้าเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor .ในประเทศอังกฤษต้องทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาควบคุมการทำงานของบริษัทผู้ว่าจ้าง จึงเห็นได้ว่า การทำงานของผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ไม่มีอิสระในการทำงานอย่างแท้จริงอีกต่อไป ดังนั้น จึงเกิดประเด็นปัญหาว่า ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ซึ่งทำงานตามคำสั่งหรือภายใต้บังคับบัญชาของบริษัทผู้ว่าจ้างไปทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกในขณะที่ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลภายนอก ดังกล่าว บริษัทผู้ว่าจ้างที่มีอำนาจบังคับ

⁴² Ibid., p. 94-95.

ปัญหาการทำงานของผู้ทำละเมิดแม้จะไม่ได้เป็นนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดดังกล่าวด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาตามหลักความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายอังกฤษแล้ว โดยทั่วไปผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้รับจ้าง เช่นเดียวกับกฎหมายไทย เพราะผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของผู้รับจ้าง ความรับผิดของผู้ว่าจ้างจึงอยู่บนพื้นฐานความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตนเอง อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษยอมรับที่จะนำหลักความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นในลักษณะความรับผิดเด็ดขาดทำนองเดียวกันกับหลักความรับผิดของนายจ้าง (Vicarious Liability) มาปรับใช้กับความรับผิดของผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้เงื่อนไขว่า การทำงานตามสัญญาจ้างทำของดังกล่าวจะต้องเป็นงานที่มีความเสี่ยงอันตรายโดยสภาพหรือมีความร้ายแรง เช่น ต้องใช้วัสดุที่เป็นสารเคมีที่อันตรายร้ายแรงในการทำงาน⁴³ เป็นต้น โดยความรับผิดของผู้ว่าจ้างมีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญาในรูปแบบความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นที่อยู่บนพื้นฐานความรับผิดเด็ดขาด⁴⁴

4.1.4 การปรับใช้หลัก Vicarious Liability กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่

หลัก Vicarious Liability ของประเทศอังกฤษนั้น เป็นกรณีการปรับใช้เฉพาะเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง กล่าวคือ ต้องมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงาน เป็นนายจ้างลูกจ้างต่อกันเท่านั้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษปรับใช้หลัก Vicarious Liability โดยยึดติดกับความมีอยู่ของสัญญาจ้างแรงงาน หากไม่มีสัญญาจ้างแรงงานแล้วก็จะไม่ใช่เรื่องหลัก Vicarious Liability แต่อย่างใด แต่อาจจะเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามหลักเกณฑ์ในเรื่องอื่นๆ ดังที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น เช่น ความรับผิดของบิดามารดา ความรับผิดของเจ้าของยานพาหนะ เป็นต้น

สำหรับกรณีการทำงานของพนักงาน (worker) ที่ทำงานให้กับผู้ว่าจ้างโดยที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่เป็นรูปแบบการทำงานอื่นๆ อันมีลักษณะความสัมพันธ์ที่ใกล้เคียงกับสัญญาจ้างแรงงาน นั้น แม้ว่าจะไม่อาจนำหลัก Vicarious Liability มาปรับใช้ได้โดยตรง แต่ศาลอังกฤษก็มีการวางหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดรูปแบบใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบันเพื่อมารองรับรูปแบบของความสัมพันธ์ในการทำงานที่เปลี่ยนแปลงไปได้ด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของพนักงาน (worker) ที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานนั้น ได้แก่ หลักเกณฑ์เรื่อง พนักงานของบริษัทตัวแทน หรือที่เรียกว่า Agency Staff

สำหรับลักษณะการทำงานที่มีการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนั้น เมื่อไม่ได้มีการทำสัญญาจ้างแรงงานกันระหว่างพนักงานกับบริษัทเอเจนซี แต่เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายตามหลักสัญญาใน

⁴³ คดี Honeywill and Stein Ltd v Larkin Brothers Ltd [1934] KB 191

⁴⁴ R.F.V. Heuston and R.A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 465.

รูปแบบอื่นแทน⁴⁵ โดยการทำงานของพนักงานของบริษัทเอเจนซี (Agency Staff) อาจเป็นการทำงานให้แก่ นายจ้างหรือผู้ว่าจ้างหลายคนก็ได้ โดยรับงานผ่านบริษัทเอเจนซี จึงทำให้บริษัทเอเจนซีเป็นผู้เข้าทำสัญญาจ้างงานโดยตรงกับนายจ้าง (end-user) แต่ละคนสำหรับการจัดหาคนมาทำงานให้ ด้วยเหตุนี้ จากความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวทำให้การจัดให้ความสัมพันธ์เหล่านี้ไว้ในรูปแบบสัญญาจ้างแรงงานแบบดั้งเดิมนั้นเป็นไปได้ยาก เพราะเป็นการทำงานที่มีลักษณะคล้ายกับผู้รับเหมาอิสระแต่เป็นกรณีที่ต้องทำงานตามคำสั่งที่ได้รับเสมือนเป็นลูกจ้างด้วย⁴⁶

หลักการเรื่องการจ้างพนักงานผ่านบริษัทเอเจนซีได้ถูกนำมาใช้โดยหน่วยงานของรัฐจำนวนมากและในองค์กรที่มีขนาดใหญ่ เช่น ในเรื่องการทำความสะอาด และการรักษาความปลอดภัย ซึ่งเป็นธรรมดาที่พนักงานของบริษัทเอเจนซี (Agency Staff) สามารถทำงานได้คุ้มค่ามากกว่าพนักงานประจำ ทั้งนี้ พนักงานของบริษัทเอเจนซีอาจจะทำงานให้กับนายจ้างเพียงคนเดียวเป็นเวลาหลายปีก็ได้ ถึงแม้ว่าจะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นพนักงานประจำก็ตาม ซึ่งอาจเป็นเหตุผลเรื่องต้นทุนค่าใช้จ่ายขององค์กรที่จ้างงานที่ไม่ต้องการมีภาระจ้างพนักงานประจำเพิ่มขึ้น ดังนี้ จึงเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาว่า ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นจึงควรขึ้นอยู่กับ การปฏิบัติงานในลักษณะจ้างแรงงานของนายจ้างหรือไม่ หลักการเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นจะช่วยให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า บุคคลที่ใส่ชุดเครื่องแบบของบริษัทจะเป็นพนักงานประจำหรือพนักงานของบริษัทตัวแทนหรือไม่ก็ตามได้หรือไม่⁴⁷ เนื่องจากตามหลักกฎหมายอังกฤษแล้ว ไม่อาจที่จะนำหลัก Vicarious Liability มาปรับใช้ได้ เพราะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างพนักงาน (worker) กับบริษัทเอเจนซี (agency) หรือพนักงาน (worker) กับลูกค้า (end-user) ก็ตาม

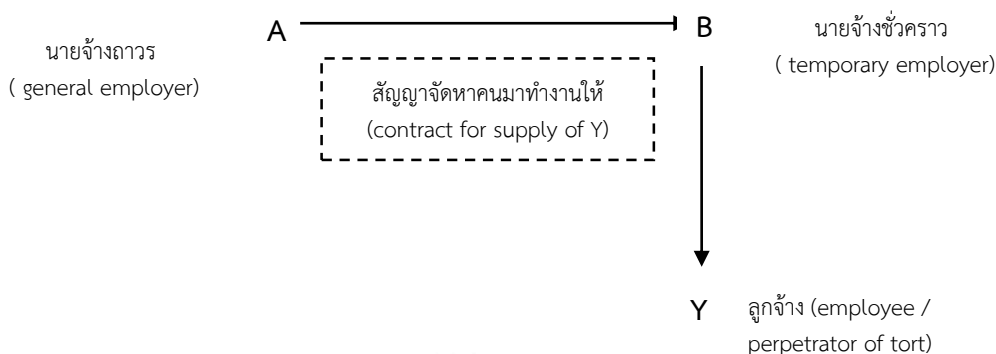
อย่างไรก็ดี นอกจากรูปแบบการจ้างงานโดยผ่านบริษัทเอเจนซีแล้ว ยังมีรูปแบบการทำงานอีกรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะการจ้างงานโดยมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่มีประเด็นข้อพิจารณาว่า ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างนั้นมีใช่ นายจ้างปกติ ซึ่งเป็นคนที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดมา แต่เป็นการให้ลูกจ้างไปทำงานให้กับบุคคลอีกคนหนึ่งโดยให้บุคคลดังกล่าวมีอำนาจบังคับบัญชาให้ลูกจ้างต้องทำงานให้ตามคำสั่งของตนได้ด้วยซึ่งเป็นนายจ้างคนละคนกับนายจ้างปกติ เรียกว่า นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) โดยเป็นกรณีที่นายจ้างส่งตัวลูกจ้างให้ไปทำงานกับบุคคลภายนอก หรือบุคคลอื่นที่มาขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (borrowed servant) ดังนั้น จึงเป็นความสัมพันธ์ที่ลูกจ้างมีนายจ้างสองคนในขณะทำงาน กล่าวคือ นายจ้างถาวร (general employer) ที่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างและลูกจ้างต้องทำงานให้ตามสัญญาจ้างแรงงาน และนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ผู้ขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของนายจ้าง หากลูกจ้างได้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอก

⁴⁵ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 82.

⁴⁶ Ibid., p. 93.

⁴⁷ Ibid., p. 95.

ทั้งนี้ รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นจากการทำงานกรณีที่ถูกคนอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (borrowed servant) นั้น มีลักษณะดังนี้



ภาพประกอบภาพที่ 8 รูปแบบการทำงานของบริษัท Borrowed Servant ในประเทศอังกฤษ

จากแผนภาพ ผู้ทำละเมิด (Y) ซึ่งถูกจ้างโดยนายจ้างถาวร (A) แต่ถูกส่งไปทำงานให้กับนายจ้างชั่วคราว (B) และในขณะที่กำลังทำงานให้ (B) นั้น มีการทำละเมิดเกิดขึ้น ในสถานการณ์นี้โดยทั่วไปแล้ว (A) จะต้องจ่ายเงินเดือนหรือค่าจ้างให้ (Y) ถึงแม้ว่า (Y) จะไปทำงานให้กับ (B) โดยเฉพาะก็ตาม ถ้า (Y) ทำละเมิด ใครจะต้องเป็นผู้ที่รับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้อื่น ระหว่าง (A) หรือ (B) หรือทั้งคู่⁴⁸

เมื่อพิจารณาการปรับใช้หลัก Vicarious Liability แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้จะมีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างถาวรกับลูกจ้าง แต่ยังไม่แน่ชัดว่า การทำงานของลูกจ้างนั้นเป็นการทำงานภายในขอบเขตทางการที่จ้างของนายจ้างถาวรหรือไม่ เพราะขณะที่มีการทำละเมิด ลูกจ้างกำลังทำงานให้กับนายจ้างชั่วคราว นายจ้างถาวรอาจไม่สามารถควบคุมบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างในขณะนั้นได้ แต่ในทางกลับกัน ระหว่างนายจ้างชั่วคราวกับลูกจ้างก็ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน นายจ้างชั่วคราวเองก็อาจจะไม่ได้มีอำนาจควบคุมการทำงานของลูกจ้างเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ลูกจ้างทำงานที่ต้องอาศัยทักษะพิเศษที่นายจ้างชั่วคราวเองก็ไม่สามารถทำงานดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ดังนั้น หากจะพิจารณาตามหลัก Vicarious Liability โดยปกติแล้ว ก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการทำงานในรูปแบบการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (borrowed servant) ได้โดยตรง

4.1.5 แนวทางการแก้ไขปัญหา

เมื่อไม่สามารถปรับใช้หลัก Vicarious Liability กับการทำงานในรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี (agency staff) ซึ่งเป็นการทำงานที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานปรากฏได้ อันเป็นผลมาจากการปรับใช้หลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดของกฎหมายอังกฤษซึ่งยึดติดกับความสัมพันธ์ว่าต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ทำให้พนักงานสูญเสียสิทธิที่จะมีฐานะเป็นลูกจ้าง แต่ต่อมาศาลอังกฤษได้พยายาม

⁴⁸ Ibid., p. 83.

พัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำงานในรูปแบบใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคม โดยเริ่มเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อังกฤษในคดี *Nethermere (St Neots) Ltd v Taverna and Gardiner*⁴⁹ ซึ่งศาลอังกฤษได้ยอมรับปรับใช้วิธีการที่ยืดหยุ่นมากขึ้น กล่าวคือ ศาลอังกฤษยอมรับว่าคนที่รับจ้างทำงานที่บ้าน (home-workers) หรือคนทำงานที่คิดค่าแรงเป็นรายชิ้น (piecework) เป็นเวลา มากกว่าสองปี ก็ให้ถือว่าเป็นลูกจ้างตามความเป็นจริงภายใต้สัญญาจ้างงานที่เกิดขึ้นโดยปริยาย (contract of employment implied by conduct) โดยเหตุผลนี้ยังนำมาใช้กับการทำงานที่บ้าน มากกว่าหนึ่งปีหรือสามารถที่จะทำให้เป็นสัญญาให้บริการที่บังคับได้ กล่าวโดยสรุปคือ หากมีความผูกพันของบริษัทที่ได้จ่ายค่าจ้างสำหรับการทำงานและคนงานก็ยังคงยอมรับและทำงานที่ได้รับมอบหมายนั้น ดังนี้ คนงานก็สามารถที่จะยกความสัมพันธ์ดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างในกรณีที่มีการไล่ออก โดยไม่เป็นธรรมได้⁵⁰

สำหรับการแก้ไขปัญหาระเบิดทางละเมิดจากการทำงานในรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี (agency staff) นั้น ศาลอังกฤษก็ได้ตีความขยายความสัญญาจ้างแรงงานให้กว้างมากขึ้นและนำมาใช้สำหรับพนักงานที่รับจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีในคดี *Brook Street Bureau (UK) Ltd v Dacas*⁵¹ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีที่นาง Dacas ได้ทำงานให้กับสถาบัน Wandsworth ในฐานะพนักงานทำความสะอาดเป็นเวลากว่าสี่ปี ถึงแม้ว่าตลอดเวลาดังกล่าวเป็นการจัดหางานผ่านบริษัท Brook Street Agency แต่นาง Dacas ก็ได้รับค่าจ้างจากบริษัทตัวแทนดังกล่าวตามตารางเวลาที่ได้ทำงานให้กับสถาบันตลอดมา เมื่อนาง Dacas ถูกไล่ออกจึงเกิดปัญหาว่าจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการถูกไล่ออกโดยไม่เป็นธรรมจากใครได้ นาง Dacas ทำงานให้กับสถาบัน Wandsworth หรือบริษัทตัวแทน (agency) หรือเป็นผู้รับจ้างอิสระ (independent contractor) ซึ่งศาลอุทธรณ์ถือว่ากรณีต้องขึ้นอยู่กับพยานหลักฐาน โดยเห็นว่า นาง Dacas เป็นลูกจ้างของสถาบัน Wandsworth โดยเจตนาให้เป็นสัญญาจ้างงานโดยปริยาย (an implied contract of employment) เมื่อพิจารณาการทำงานซึ่งมีระยะเวลาของนางและข้อเท็จจริงที่ว่าเธอสามารถพูดได้ว่าเธอได้รับค่าจ้างจากสถาบันได้โดยอ้อมๆ ดังนั้น สถาบัน Wandsworth จึงต้องมีความรับผิดชอบร่วมกันด้วย⁵² ทั้งนี้ เมื่อศาลอังกฤษพิจารณาว่า มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันโดยตีความขยายขอบเขตของสัญญาจ้างแรงงานให้กว้างออกไป ทำให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นระหว่างนาง Dacas กับสถาบัน Wandsworth ดังนั้น จึงถือได้ว่าสถาบัน Wandsworth มีฐานะเป็นนายจ้าง และต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของนาง Dacas ด้วย หากมีการทำละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่ทำงานให้กับสถาบัน Wandsworth นั่นเอง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แนวทางการแก้ปัญหาของศาลอังกฤษในเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นสำหรับการจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทนซึ่งถือเป็นการทำงานในรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม นั้น ศาลอังกฤษจะพยายามตีความขยายขอบเขตของ

⁴⁹ คดี *Nethermere (St Neots) Ltd v Taverna and Gardiner* [1984] ICR 612.

⁵⁰ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 95.

⁵¹ คดี *Brook Street Bureau (UK) Ltd v Dacas* [2004] EWAC Civ 217.

⁵² Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 96.

สัญญาจ้างแรงงาน และความสัมพันธ์ของการเป็นนายจ้างลูกจ้างให้กว้างออกไป เพื่อให้สามารถปรับใช้ขอบเขตของหลัก Vicarious Liability ได้ครอบคลุมการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ได้มากยิ่งขึ้น เนื่องจากการวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดตามหลัก Vicarious Liability นั้น ยังคงต้องยึดถือความมีอยู่ของสัญญาจ้างแรงงานอย่างเคร่งครัด ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่เป็นการทำงานโดยไม่มีสัญญาจ้างแรงงาน ศาลอังกฤษจะต้องพิจารณาว่า การทำงานดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์ที่จะเกิดสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ ตามหลักวินิจฉัยลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น เช่น หลักเรื่องอำนาจบังคับบัญชา เป็นต้น หากสามารถกำหนดได้ว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นแล้ว แม้จะมีได้เป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยชัดแจ้งก็ตาม ศาลอังกฤษก็สามารถนำหลัก Vicarious Liability มาปรับใช้เพื่อกำหนดให้บุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างหรือพนักงานที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต้องรับผิดร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดได้ต่อไป

นอกจากนี้ สำหรับการทำงานในรูปแบบการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (borrowed servant) นั้น เมื่อนายจ้างให้ลูกจ้างของตนทำงานให้กับบุคคลภายนอก โดยหลักแล้ว ถ้าเกิดความเสียหายขึ้น นายจ้างจะต้องรับผิดด้วย แต่ในกรณีที่นายจ้างได้ให้บุคคลภายนอกดังกล่าวมีอำนาจบังคับบัญชาให้ลูกจ้างทำงานด้วยในลักษณะที่ทำให้ลูกจ้างมีนายจ้างตั้งแต่สองคนขึ้นไปในเวลาเดียวกัน และเกิดเหตุละเมิดขึ้นในระหว่างปฏิบัติงานให้บุคคลภายนอกดังกล่าว จึงเกิดปัญหว่านายจ้างคนใดจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษแล้ว โดยหลัก นายจ้างคนแรก(นายจ้างปกติ) (general employer) จะต้องเป็นผู้รับผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า บุคคลที่ลูกจ้างไปทำงานด้วยหรือนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) นั้น ต้องรับผิด ซึ่งเหตุผลที่นายจ้างปกติจะต้องรับผิดเนื่องจากนายจ้างปกติเป็นผู้คัดเลือกลูกจ้างเข้ามาทำงาน มีอำนาจในการกำหนดระยะเวลาการทำงาน ของลูกจ้าง จ่ายเงินจ้างให้ลูกจ้าง และมีอำนาจไล่ออกลูกจ้างได้ จึงควรต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นตามคำสั่งของนายจ้างปกติ ซึ่งก็เท่ากับเป็นการทำงานให้นายจ้างปกตินั่นเอง การพิสูจน์ว่าตนไม่ต้องรับผิดของนายจ้างปกติ นายจ้างปกติจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ในขณะที่เกิดเหตุละเมิด บุคคลภายนอกดังกล่าวมีอำนาจควบคุมลูกจ้างในการทำงาน จึงจะถือว่าเป็นนายจ้างชั่วคราวที่จะต้องรับผิด⁵³ ทั้งนี้ ในหลายๆ คดีที่เคยมีการตัดสิน ศาลอังกฤษได้สันนิษฐานว่า โดยทั่วไปแล้วนายจ้างถาวรหรือนายจ้างปกติ (general employer) จะยังคงเป็นนายจ้างของลูกจ้างผู้ทำละเมิด แต่นายจ้างถาวรก็พิสูจน์หักล้างได้ว่าเขาไม่ควรจะต้องมีความรับผิดชอบ เพราะได้ส่งมอบอำนาจการบังคับบัญชาให้แก่ นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ไปทั้งหมดแล้ว ซึ่งเป็นภาระที่พิสูจน์ได้ยากลำบากมาก โดยในคดี Mersey Docks and Harbour Board v Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd⁵⁴ ในปี ค.ศ. 1947 ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่า คณะกรรมการท่าเรือได้จ้างรถเครนมาจากภายนอกพร้อมกับคนขับ คือ นาย Newall มาใช้ในบริษัทท่าเรือ โดยในสัญญาจ้างระบุว่า นาย Newall ถือเป็นลูกจ้างของบริษัทที่จ้างไปยกของ ถึงแม้ว่าคณะกรรมการจะเป็นผู้จ่ายค่าจ้างและยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการไล่ออกก็ตาม ปรากฏว่า ในขณะที่กำลังขนถ่ายสินค้าลงเรือ นั้น นาย Newall กระทำโดยประมาททำให้ลูกจ้างคนหนึ่งของบริษัทได้รับบาดเจ็บ และเกิดคำถามขึ้นว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบ

⁵³ R.F.V. Heuston and R.C. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts.*, p. 440-441.

⁵⁴ คดี Mersey Docks and Harbour Board V Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd [1947] AC 1.

การกระทำของเขา ศาลอังกฤษ ถือว่าคณะกรรมการท่าเรือ (ในที่นี้ เป็นนายจ้างถาวร (general employer)) ยังคงต้องรับผิดชอบ ถึงแม้ว่าในขณะที่เกิดเหตุบริษัทจะเป็นผู้ออกคำสั่งให้นาย Newall ทำงานก็ตาม แต่การออกคำสั่งในลักษณะดังกล่าวก็ไม่ได้ควบคุมวิธีการทำงานของนาย Newall ในการขับรถเครน เมื่อมองภาพรวมของสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในคดีนี้แล้ว ความจริงปรากฏว่า คณะกรรมการท่าเรือยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการควบคุมวิธีการขับรถเครนและจ่ายเงินค่าจ้าง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการท่าเรือยังคงเป็นนายจ้างของ Newall⁵⁵ ทั้งนี้ ผู้พิพากษา Lord Simonds อธิบายว่า การทำงานของนาย Newall นั้น เป็นการขับรถเครนซึ่งต้องอาศัยทักษะในการทำงานอย่างสูงและนาย Newall ก็ปฏิบัติงานโดยวิธีการของตนเอง ไม่จำเป็นต้องมีการควบคุมหรือการชี้แนะแนวทางจากบริษัทผู้ว่าจ้างทำงานตลอดเวลา ซึ่งในพฤติการณ์เช่นนี้อำนาจบังคับบัญชาเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่เพิ่มน้ำหนักให้กับปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกันเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของแรงงานไร้ฝีมือนั้น อำนาจบังคับบัญชายังคงต้องเป็นหลักสำคัญที่เกิดขึ้นในการจ้างแรงงานเสมอและบางครั้งก็ไม่ใช่ว่าเรื่องที่น่าประหลาดใจหากในหลายๆ คดี ข้อเสนอพื้นฐานเรื่องอำนาจบังคับบัญชานี้เป็นตัวช่วยของนายจ้างถาวรให้สามารถพิสูจน์หักล้างความผิดได้ เนื่องจากนายจ้างชั่วคราว (general employer) ก็อาจถูกพบว่ามีการชี้แนะแนวทางและควบคุมเหนือตัวแรงงานไร้ฝีมือได้เช่นกัน⁵⁶ หากพิสูจน์ได้ นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ก็ต้องรับผิดชอบตามหลัก Vicarious Liability

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แนวทางการแก้ปัญหาของศาลอังกฤษในเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างสำหรับกรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน นั้น ศาลอังกฤษจะพยายามตีความขยายขอบเขตอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างให้กว้างออกไป เพื่อให้สามารถปรับใช้หลัก Vicarious Liability ได้ครอบคลุมการทำงานลูกจ้างมากยิ่งขึ้น และเพื่อให้เป็นไปตามแนวทางที่ยึดถือความมีอยู่ของสัญญาจ้างแรงงานอย่างเคร่งครัด ด้วยเหตุนี้ ศาลอังกฤษจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ต่างๆ ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องมาประกอบกันว่า นายจ้างคนใดที่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าจ้าง หรือมีอำนาจไล่ลูกจ้างออกได้ตลอดจนพิจารณาระยะเวลาในการทำงานของลูกจ้าง การจัดหาเครื่องจักรในการทำงาน เป็นต้น

สำหรับกรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (หลัก Borrowed Servants) นั้น ศาลอังกฤษจะกำหนดให้นายจ้างคนใดคนหนึ่งเท่านั้นมีความรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่านายจ้างคนใดมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้างขณะที่เกิดเหตุละเมิด ซึ่งโดยหลักแล้ว ในกรณีที่ลูกจ้างเป็นแรงงานที่ทำงานทั่วไปไม่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะทาง นายจ้างถาวร (general employer) จะต้องรับผิดชอบ เว้นแต่นายจ้างถาวรสามารถพิสูจน์ได้ว่า นายจ้างชั่วคราวเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างขณะเกิดละเมิด ไม่ใช่ตนเอง ยกตัวอย่างในคดีคนเฝ้าประตูหน้าสถานบันเทิง (night club) ซึ่งนายจ้างถาวร (general employer) พิสูจน์ได้ว่า นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) สามารถควบคุมดูแลและสั่งการการทำงาน of ลูกจ้างได้ โดยมีข้อเท็จจริงคือ ลูกจ้างที่ผู้จัดการร้านยืมมาจากนายจ้างถาวรนั้น ได้รับมอบหมายให้ทำงานเป็นคนเฝ้าประตูทางเข้าออกหน้าสถานบันเทิง (night club) ปรากฏว่า ลูกจ้างได้ทำละเมิดกับลูกค้าที่มาเที่ยวที่ร้านดังกล่าว กรณีนี้มีผู้จัดการร้านของเจ้าของสถานบันเทิงซึ่งเป็นตัวแทนของ

⁵⁵ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 83-85.

⁵⁶ Ibid., p. 86.

นายจ้างชั่วคราวทำหน้าที่ควบคุมการทำงานของลูกจ้างที่ทำละเมิด จึงทำให้เจ้าของสถานบันเทิงต้องรับผิดชอบในผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากพนักงานภายใต้การควบคุมของผู้จัดการร้าน ศาลจึงตัดสินให้นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) มีความรับผิด⁵⁷ เป็นต้น ส่วนกรณีที่การทำงานของลูกจ้างต้องอาศัยทักษะความชำนาญในการปฏิบัติงาน เช่น ลูกจ้างเป็นคนขับรถบรรทุกคอนเทนเนอร์ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ไม่อาจควบคุมหรือมีคำสั่งหรือชี้แนะวิธีการขับรถบรรทุกให้แก่ลูกจ้างที่ยืมมาใช้งานได้ เพราะเป็นทักษะความสามารถเฉพาะทางของลูกจ้างนั่นเอง กรณีนี้ศาลอังกฤษได้ตัดสินให้นายจ้างถาวร (general employer) เป็นผู้ต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้าง เพราะถือว่าอำนาจบังคับบัญชาอยู่ที่นายจ้างถาวรที่มีหน้าที่จ่ายเงินเดือนให้ลูกจ้างและมีสิทธิไล่ลูกจ้างออกจากงานได้⁵⁸ เป็นต้น

โดยสรุปแล้วศาลอังกฤษจะพิจารณาว่า ในขณะที่เกิดเหตุ นายจ้างผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้าง และหมายรวมถึงมีอำนาจในการควบคุมให้ลูกจ้างปฏิบัติงานด้วย หากสามารถวินิจฉัยได้ว่า ใครเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างขณะเกิดเหตุได้แล้วก็ถือว่ามีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้าง ซึ่งศาลอังกฤษสามารถนำหลัก Vicarious Liability มาปรับใช้เพื่อกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างผู้ทำละเมิดได้ต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม บางครั้งหลักเกณฑ์การควบคุมในขณะที่เกิดเหตุละเมิดก็ไม่อาจใช้เป็นหลักเพียงลำพังในการพิสูจน์ความรับผิดในกรณีนายจ้างหลายคนได้ จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์อื่นๆประกอบด้วย เช่น พิจารณาว่าใครได้ผลประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้าง ใครจ่ายเงินจ้าง ใครมีอำนาจไล่ออก ใครมีอำนาจกำหนดระยะเวลาการทำงาน ใครเป็นคนจัดหาเครื่องมือในการทำงาน ใครสามารถตักเตือนเรื่องการทำงานได้ เป็นต้น⁵⁹ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดี Ready Mixed Concrete (East Midlands) Ltd v Yorkshire Traffic Area Licensing Authority.⁶⁰ นั่นเอง ทั้งนี้ ผู้เขียนขอสรุปหลักเกณฑ์ความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายอังกฤษในกรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (หลัก borrowed servant) เป็นตาราง ดังนี้

ตารางที่ 1 ความรับผิดตามหลัก Borrowed Servants ในกฎหมายอังกฤษ

ลักษณะการทำงานของลูกจ้าง	บุคคลที่ต้องร่วมรับผิดตามหลัก Vicarious Liability	
	นายจ้างถาวร (general employer)	นายจ้างชั่วคราว (temporary employer)
ลูกจ้างเป็นแรงงานที่มีความเชี่ยวชาญ/แรงงานมีฝีมือ	✓	

⁵⁷ คดี Hawley v Luminar Leisure Ltd [2006] EWAC Civ 18, [2006] PIQR P17.

⁵⁸ คดี Mersey Docks and Harbour Board v Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd [1947] AC 1.

⁵⁹ R.F.V. Heuston and R.C.Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*. P. 442.

⁶⁰ Ready Mixed Concrete (East Midlands) Ltd v Yorkshire Traffic Area Licensing Authority [1970] 1 AER 890.

ลูกจ้างเป็นแรงงานไร้ทักษะ/ แรงงานทั่วไป	✓	ข้อยกเว้น หากนายจ้างถาวร สามารถพิสูจน์ได้ว่า นายจ้าง ชั่วคราวมีอำนาจบังคับบัญชา เหนือตัวลูกจ้าง กรณีนี้นายจ้าง ชั่วคราวจะต้องรับผิดชอบ
--	---	--

4.2 ประเทศฝรั่งเศส

หลักความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นั้น มีบทบัญญัติ 3 ลักษณะ คือ ลักษณะที่ 1 บิดามารดารับผิดเนื่องจากการกระทำของบุตร ลักษณะที่ 2 ครูและครูสอนลูกมือฝึกหัดรับผิดเนื่องจากการกระทำของนักเรียนและลูกมือฝึกหัด และลักษณะที่ 3 นายจ้างและผู้บังคับบัญชารับผิดเนื่องจากการกระทำของลูกจ้าง⁶¹

4.2.1 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ใช้ให้ทำงานตามมาตรา 1384

ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างของประเทศฝรั่งเศส บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส Article 1384 (5) “Masters and employers, for the damage caused by their servants and employees in the functions for which they have been employed”⁶² ซึ่งแปลความหมายได้ว่า “นายจ้างและผู้ใช้ให้ทำงานต้องรับผิดในความเสียหายซึ่งลูกจ้างและผู้ทำงานให้ของตนได้ก่อขึ้นในขอบเขตงานที่ให้ทำ”⁶³ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณามาตราดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรานี้มิได้ใช้ถ้อยคำว่า “นายจ้าง-ลูกจ้าง” แต่มีการเลือกใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างกว่า โดยใช้คำว่า *maîtres-commettants* ซึ่งน่าจะแปลว่า นายจ้าง- ผู้ใช้ให้ทำงาน และคำว่า *domestiques-préposés* ซึ่งน่าจะแปลว่า ลูกจ้าง-ผู้ทำงานให้ ซึ่งคำว่า “ผู้ใช้ให้ทำงานและผู้ทำงานให้” นั้น มีความหมายกว้างกว่าคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง⁶⁴ ดังนั้น ตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงน่าจะเป็นเรื่องความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำงานกรณีผู้ทำงานให้กระทำละเมิดนั่นเอง

⁶¹ ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, “ความรับผิดทางละเมิดต่อผู้ป่วยของโรงพยาบาลเอกชนจากการกระทำของแพทย์คู่สัญญาอิสระ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 45.

⁶² Article 1384 (5) “Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés”

⁶³ ท่านศาสตราจารย์ ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้แปลความหมายมาตรา 1384 วรรค 5 ไว้ว่า “นายจ้างและผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดในความเสียหาย ซึ่งลูกจ้างและผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ก่อขึ้นในหน้าที่ที่ได้จ้างมา”

⁶⁴ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 63.

4.2.1.1 แนวคิดและทฤษฎี

ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้ทำการงานว่าตั้งอยู่บนพื้นฐานการกระทำของผู้อื่น (ลักษณะเดียวกับกับหลัก Vicarious Liability ตามกฎหมายอังกฤษ) และแม้ว่าประเทศฝรั่งเศสจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ อันมีพื้นฐานความรับผิดชอบมาจากกฎหมายโรมันซึ่งมีแนวคิดที่ว่า โดยหลักแล้ว ความรับผิดชอบของบุคคลต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิดเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี แต่ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้ทำการงานในการกระทำของผู้ทำการงานให้ นี้ ถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นหลักดังกล่าว โดยกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีความผิดก็ตาม เป็นผลให้ความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้ทำการงาน (commettants) เป็นความรับผิดชอบแบบเด็ดขาดดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น หากผู้ทำการงานให้ได้กระทำการไปในขอบเขตงานที่ให้ทำแล้ว ผู้ใช้ให้ทำการงานต้องรับผิดชอบโดยไม่สามารถพิสูจน์หักล้างได้⁶⁵

เหตุผลที่ประเทศฝรั่งเศสถือว่าผู้ใช้ให้ทำการงานต้องมีความรับผิดชอบเพราะเห็นว่าผู้ใช้ให้ทำการงานเป็นผู้ดูแลรักษา จึงต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบางสิ่งแม้ว่าสิ่งนั้นถูกใช้โดยผู้ทำการงานให้ก็ตาม⁶⁶ และแม้ผู้ใช้ให้ทำการงานจะแสดงให้เห็นว่าตนไม่สามารถป้องกันมิให้ผู้ทำการงานให้กระทำการเช่นนั้นได้ก็ตาม เพราะถือว่าผู้ทำการงานให้นั้นเป็นเพียงเครื่องมือในการปฏิบัติงานของผู้ใช้ให้ทำการงาน⁶⁷ ดังนั้นความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้ทำการงานจึงเกิดจากความผิดของผู้ทำการงานให้ และเป็นความรับผิดชอบที่ปราศจากซึ่งข้อแก้ตัวใดๆ

4.2.1.2 ความหมายของ “ผู้ใช้ให้ทำการงาน” และ “ผู้ทำการงานให้”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรค 5 คำว่า “commettants” แปลความหมายได้ว่า “ผู้ใช้ให้ทำการงาน” เพราะมีความหมายกว้างกว่า “นายจ้าง” (maitres) ในสัญญาจ้างแรงงาน แต่ต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจสั่งการเพื่อประโยชน์ของตน ในสัญญาอื่นๆ หรือฐานะใดๆ เมื่อผู้ใดมีอำนาจสั่งการให้ใครปฏิบัติเพื่อประโยชน์ของตนได้ ผู้นั้นก็เป็นผู้ใช้ให้ทำการงาน ในสัญญาตัวแทน ถ้าตัวการมีอำนาจบังคับบัญชาหรือสั่งการตัวแทนได้ ตัวการก็เป็นผู้ใช้ให้ทำการงานตัวแทนได้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจึงไม่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของตัวการแยกออกมาต่างหาก ดังนั้น คำว่า “ผู้ใช้ให้ทำการงาน” ตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “นายจ้าง” และได้รวมความหมายของคำว่า “นายจ้าง” เอาไว้ด้วย เพราะฐานะที่จะก่ออำนาจสั่งการได้นั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยสัญญาเสมอไป ทั้งมาตรา 1384 วรรค 5 ก็ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายไว้⁶⁸

⁶⁵ The International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, p. 22.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁶⁷ ภัทศศักดิ์ วรรณแสง, “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” *วารสารนิติศาสตร์* 14, 4 (ธันวาคม 2517): 86.

⁶⁸ ไพจิตร ปุญญพันธ์, *คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ*, หน้า 63.

ส่วนคำว่า “préposés” แปลความหมายได้ว่า “ผู้ทำการงานให้” เป็นผู้ที่ผู้ใช้ให้ทำการงานมีสิทธิที่จะออกคำสั่งเพื่อที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาต่อกันหรือมีสินจ้าง แต่ต้องเป็นผู้ที่อาจรับคำสั่งจากผู้ให้ทำการงานได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งต้องมี “การบังคับบัญชา” กัน (subordination) ส่วนคำว่า “ลูกจ้าง” (domestiques) ตามกฎหมายฝรั่งเศส คือ บุคคลที่มีหน้าที่เพื่อผู้อื่น โดยปฏิบัติต่อตัวของผู้อื่นหรือโดยปฏิบัติหน้าที่ภายในกิจการบ้านเรือนของผู้อื่น คำว่า “ผู้ทำการงานให้” จึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ลูกจ้าง” เพราะแม้ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานก็อาจเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาได้⁶⁹ เช่น บุตรผู้เยาว์ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของบิดามารดา ภรรยาผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของสามี หรือคนที่ยินยอมทำงานภายใต้อำนาจของบุคคลอื่น โดยไม่มีสัญญาหรือสินจ้างยอมเป็นผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาตลอดเวลา นอกจากนี้ คำว่า “préposés” ยังหมายถึง ตัวแทนด้วย

การก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในฐานะของผู้ใช้ให้ทำการงานอาจเกิดขึ้นโดยข้อเท็จจริงหรือข้อตกลงในสัญญาก็ได้ และหลักเกณฑ์แห่งความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้ทำการงานและนายจ้างไม่มีข้อแตกต่างกันแต่อย่างใด

4.2.1.3 หลักเกณฑ์ความรับผิด

ประเทศฝรั่งเศส ผู้ใช้ให้ทำการงานจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้ทำการงานให้ทำก็ต่อเมื่อผู้ทำการงานให้เป็นผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตน กล่าวคือ มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างในขณะทำละเมิด และต้องกระทำผิดในขอบเขตงานที่ให้ทำหรือในหน้าที่

(1) ลักษณะงานที่ทำ

ลักษณะของงานที่ผู้ใช้ให้ทำการงานจะมอบหมายให้ผู้ทำงานให้หมายถึงงานหรือหน้าที่ทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการทางธุรกิจของผู้ใช้ให้ทำการงาน หรือเป็นการทำเพื่อผลประโยชน์แก่ผู้ใช้ให้ทำการงานทั้งสิ้นอันเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะเจาะจงตามที่ได้ตกลงกัน ไม่ว่าจะเป็งานที่ผู้ทำการงานให้จะต้องใช้แรงงานกาย เช่น ใช้กำลังแรงงานในการยก แบก หาบ หาม หรือใช้ความคิด มั่นสมอง หรือสติปัญญา อันเป็นความรู้ความสามารถ เช่น งานบริหาร งานการบัญชี หรืองานด้านกฎหมาย เป็นต้น แต่งานหรือหน้าที่ดังกล่าวจะต้องสืบเนื่องมาจากการที่บุคคลทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์กันเป็นนายจ้างลูกจ้าง หรือเป็นผู้ใช้ให้ทำการงานกับผู้ทำการงานให้ ซึ่งอาจจะมีสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน และปรากฏว่า ในระหว่างที่ผู้ทำการงานให้ได้ปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์ของผู้ใช้ให้ทำการงาน ผู้ทำการงานให้ดังกล่าวได้กระทำการบางอย่างที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม โดยเป็นการกระทำละเมิดตามหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 และมาตรา 1383⁷⁰ ทั้งนี้ ผู้ใช้ให้ทำการงานจะต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้ทำการงานให้ได้กระทำไปภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ใช้ให้ทำการงานมีอำนาจบังคับบัญชาหรือควบคุมการปฏิบัติงานของผู้ทำการงาน

⁶⁹ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์อีสานการพิมพ์, 2507), หน้า 32.

⁷⁰ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 30.

ไว้ และอยู่ในขอบเขตทางการที่จ้างหรือที่ได้รับมอบหมายอันเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์ของผู้ใช้ให้ทำงานนั้นเอง

อย่างไรก็ตาม ในกรณีการทำงานที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถเฉพาะทาง ซึ่งบางครั้งผู้ใช้ให้ทำงานหรือนายจ้าง ไม่อาจใช้อำนาจบังคับบัญชาหรือควบคุมชี้แนะแนวทางการทำงานให้แก่ผู้ที่ทำงานให้ได้ เช่น กรณีผู้ที่ทำงานให้หรือลูกจ้างเป็นบุคคลผู้ประกอบการวิชาชีพ เป็นแพทย์ วิศวกร นักกฎหมาย เป็นต้น ตามกฎหมายฝรั่งเศสไม่ถือว่า แพทย์หรือศัลยแพทย์ เป็นผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของโรงพยาบาลที่จ้างแพทย์เข้าทำงาน⁷¹

ในกรณีที่มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน แล้วนายจ้างให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นเป็นการชั่วคราวนั้น ศาลสูงของฝรั่งเศสวางหลักในคำพิพากษาหลายฉบับไว้ว่า ถ้าในชั่วเวลาหนึ่งหรือในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนด นายจ้างได้ทำให้ลูกจ้างของตนอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของบุคคลอื่นเป็นการชั่วคราว ซึ่งบุคคลอื่นนั้นเป็นผู้มีอำนาจและจัดการในขณะที่เกิดการละเมิดก่อความเสียหายให้แก่บุคคลภายนอก กฎหมายถือว่า บุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาต้องรับผิด กล่าวคือ เมื่อนายจ้างให้ลูกจ้างไปอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของบุคคลอื่นอันเป็นการจ้างกันเป็นพิเศษ และบุคคลอื่นนั้นมีอำนาจบังคับบัญชาหรือเป็นผู้ออกคำสั่งให้ลูกจ้างกระทำงานได้ ดังนี้ ความรับผิดของนายจ้างย่อมสิ้นสุดลง โดยบุคคลอื่นที่เป็นนายจ้างชั่วคราวนั้นจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างแทน⁷² เช่น ลูกจ้างได้ขับรถให้บุคคลอื่น และบุคคลนั้นได้สั่งให้ลูกจ้างหยุดรถกะทันหันบนถนน ทำให้ผู้อื่นเสียหาย บุคคลผู้สั่งจะต้องรับผิดในการกระทำนั้น⁷³

(2) อำนาจบังคับบัญชา

ในการวินิจฉัยความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น หลักวินิจฉัยลักษณะความสัมพันธ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งนอกจากสัญญาจ้างแรงงานที่แสดงถึงลักษณะความเป็นนายจ้างลูกจ้างกันคือ หลักอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของผู้ใช้ให้ทำงาน ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่าผู้ที่กระทำความผิดต้องเป็นผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของจำเลยซึ่งเป็นผู้ใช้ให้ทำงาน ในที่นี้คือบุคคลซึ่งปฏิบัติงานเพื่อจำเลย ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชา ดูแล และสั่งการโดยจำเลย ตามหลักการพื้นฐานที่ว่าบุคคลจะต้องรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นตราบเท่าที่พบว่าเขาได้มีอำนาจในการสั่งการบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ของตน⁷⁴ เพราะหลักสำคัญของกฎหมายฝรั่งเศสอยู่ที่การบังคับบัญชา คือการที่ผู้ให้ทำงานให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง

การบังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องมีสัญญาต่อกัน แม้สัญญาจ้างแรงงานที่ทำต่อกันเป็นโมฆะ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีการทำงานให้โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ใช้ให้ทำงาน

⁷¹ W.V.H. Roger, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 9th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1971), p. 577.

⁷² ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 44.

⁷³ Amos and Watton, *Introduction to French Law*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon, 1963), p. 231.

⁷⁴ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, 2nd ed. (Oxford: University Press, 2008), p. 395.

หรือผู้หนึ่งผู้ใดอยู่ในฐานะที่จะมีอำนาจสั่งการได้ เช่นนี้ ถือว่า มีการบังคับบัญชากันแล้ว ซึ่งความสัมพันธ์ในฐานะผู้ใช้ให้ทำงานกับผู้ทำงานให้ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องมีสินจ้างต่อกันเสมอไปเช่นกัน ผู้ใดจะจ่ายสินจ้างให้ผู้ทำงานให้ก็ไม่ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่วินิจฉัยว่ามีความสัมพันธ์ตามกฎหมายต่อกัน แม้นายจ้างจะเป็นผู้จ่ายสินจ้าง แต่หากขณะเกิดเหตุละเมิด นายจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างแต่อย่างใด เพราะลูกจ้างอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของบุคคลอื่นที่ตนได้ให้ลูกจ้างไปทำงานด้วยชั่วคราว นายจ้างก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบ แต่บุคคลอื่นที่มีอำนาจออกคำสั่งให้ลูกจ้างทำงานจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ⁷⁵

(3) ขอบเขตงานที่ให้ทำ

การใช้ให้ทำงานจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้ทำงานให้ในฝรั่งเศสนั้น นอกจากการกระทำของผู้ทำงานให้จะต้องมีการก่อให้เกิดอันตรายขึ้นโดยการกระทำความผิดของเขาเองแล้ว เงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การละเมิดซึ่งผู้ทำงานให้ได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในขอบเขตงานที่ให้ทำหรือในหน้าที่ที่ได้จ้างมา (dans les fonctions auxquelles ils les ont employes) อย่างไรก็ตามกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติคำนิยามของ “ในหน้าที่ที่ได้จ้างมา” ไว้⁷⁶ แต่ก็มีลักษณะคล้ายกับแนวคิดของกฎหมาย Common Law ในเรื่อง Course of Employment หรือ ทางการที่จ้าง เป็นอย่างมาก โดยหลักในการพิจารณาการกระทำว่าอยู่ในขอบเขตงานที่ให้ทำหรือไม่นั้น John Bell ได้แยกตามคำพิพากษาของศาลไว้ 3 ประการ ประการแรก ณ เวลาและสถานที่ที่เกิดเหตุละเมิดขึ้น จะต้องมีความสัมพันธ์กับงานที่ผู้ทำงานให้กระทำ ประการที่สอง ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นประโยชน์แก่ผู้ใช้ให้ทำงานหรือไม่ ประการที่สาม ผู้ทำงานให้ได้กระทำในงานของตนอันถูกกำหนดโดยผู้ใช้ให้ทำงานที่ให้ทำในงานที่จ้างนั้น⁷⁷

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันศาลสูงฝรั่งเศสได้ขยายขอบเขตการกระทำที่ถือว่าอยู่ในขอบเขตงานที่ให้ทำให้กว้างออกไปมากขึ้น เช่น กรณีที่ผู้ทำงานให้ปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งของผู้ใช้ให้ทำงาน แต่ปฏิบัติเกินกว่าที่มีคำสั่งไว้ หรือมีการฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของผู้ใช้ให้ทำงาน แต่เมื่อเป็นการกระทำตามหน้าที่เพื่อประโยชน์ของผู้ใช้ให้ทำงานแล้ว ผู้ใช้ให้ทำงานจะต้องรับผิดชอบเว้นแต่ผู้ได้รับความเสียหายจะรู้หรือควรจะได้รู้ว่า การกระทำของผู้ทำงานให้นั้นเป็นการทำเกินคำสั่งหรือฝ่าฝืนคำสั่ง เช่นนี้ ถือว่าอยู่นอกขอบเขตงานที่ให้ทำ⁷⁸ (มีหลักการเดียวกันกับคดี Twine v Bean's Express Ltd ของประเทศอังกฤษ) หรือในกรณีที่ผู้ใช้ให้ทำงานให้ได้ใช้โอกาสของการปฏิบัติหน้าที่ไปกระทำละเมิดบุคคลภายนอก ผู้ใช้ให้ทำงานต้องรับผิดชอบด้วยถ้าการก่อให้เกิดความ

⁷⁵ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 44.

⁷⁶ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 66.

⁷⁷ John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, p. 388-389.

⁷⁸ จิต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด* (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 198.

เสียหายนั้นมีส่วนสัมพันธ์กับการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย⁷⁹ หรือกรณีที่ผู้ที่ทำการงานให้ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยวิธีการของตนเองเพื่อให้บรรลุตามหน้าที่ แม้จะเป็นวิธีการที่ไม่สมควรหรือก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ผู้ใช้ให้ทำการงานก็ต้องรับผิดชอบ หรือกรณีที่ผู้ที่ทำการงานจงใจกระทำละเมิดถ้าการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับหน้าที่แล้ว ผู้ใช้ให้ทำการงานต้องรับผิดชอบ⁸⁰ รวมถึงกรณีที่ผู้ที่ทำการงานให้กระทำการทุจริตหรือฉ้อโกงโดยอาศัยโอกาสการปฏิบัติหน้าที่ด้วย เช่น ธนาคารต้องรับผิดชอบในการที่ลูกจ้างของตนยกยอกเงินของลูกค้าที่ได้ฝากธนาคารไว้⁸¹

ในปัจจุบันศาลสูงฝรั่งเศส (Coue de cassation) ได้ตีความเป็นเอกฉันท์แล้วว่า การกระทำที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำนอกขอบเขตงานที่ให้ทำ มี 3 ประการ ได้แก่ ผู้ทำการงานให้ต้องกระทำการนอกขอบเขตงานที่ผู้ใช้ให้ทำการงานสั่ง หรือกระทำไปโดยปราศจากอำนาจที่ตนเองพึงมีเกี่ยวกับงานที่ให้ทำนั้น หรือประการสุดท้ายคือเป็นการกระทำนอกวัตถุประสงค์ของผู้ใช้ให้ทำการงาน โดยที่ผู้ใช้ให้ทำการงานก็ต้องแสดงให้เห็นด้วยว่าผู้ทำการงานให้ได้กระทำการให้เกิดขึ้นนอกเหนือจากการควบคุมบังคับบัญชาดูแลและสั่งการของตน คือ ไม่มีความเกี่ยวข้องกันระหว่างการกระทำกับงานในหน้าที่⁸²

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า トラバドที่ผู้ทำการงานให้ยังคงทำการภายในขอบเขตของงานที่ให้ทำที่ผู้ใช้ให้ทำการงานได้มอบหมายไว้วางใจให้แล้ว ผู้ใช้ให้ทำการงานก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากละเมิดที่ผู้ทำการงานให้ได้ก่อขึ้นทั้งสิ้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของตัวผู้ทำการงานให้เองหรือผู้ใช้ให้ทำการงานก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่ความผิดนั้นไม่ได้อยู่ในขอบเขตงานที่ให้ทำ กรณีนี้ผู้ใช้ให้ทำการงานก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น แต่ผู้ทำการงานให้ยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน

(4) สิทธิไล่เบียด

แต่เดิมกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ผู้ทำการงานให้จะพ้นจากความรับผิดในการทำละเมิดได้ต่อเมื่อการที่ผู้ทำการงานให้ทำไปนั้นเป็นไปในขอบเขตของงานที่ให้ทำ และจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวศาลได้วางหลักการไว้ว่าผู้เสียหายสามารถเลือกที่จะฟ้องผู้ทำการงานให้เพียงฝ่ายเดียวก็ได้ และเมื่อกรณีเป็นเช่นนั้นผู้ทำการงานให้ก็จะไม่สามารถไปไล่เบียดเอาค่าสินไหมทดแทนไปแก้ผู้ให้ทำการงานได้ แต่ถ้าผู้เสียหายเลือกที่จะฟ้องผู้ใช้ให้ทำการงานแต่เพียงฝ่ายเดียว เมื่อผู้ใช้ให้ทำการงานได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปกฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้ให้ทำการงานสามารถใช้สิทธิไล่เบียดเอาคืนมาจากผู้ทำการงานให้ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่เหมาะสมนัก เนื่องจากความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำการงานเพื่อการกระทำของผู้ทำการงานให้นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดเป็นหนี้ในการชดใช้ซึ่งควรจะเป็นการโอนความรับผิดมาที่ผู้ใช้ให้ทำการงานในกรณีที่มีบุคคลดำเนินการกระทำของ

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 200.

⁸⁰ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของ, หน้า 64.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

⁸² J. Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others* (Kluwer Law International, 2002), p. 94.

ผู้ทำกรงานให้ เพราะการกระทำของผู้ทำกรงานให้ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำของผู้ใช้ให้ทำกรงานเช่นกัน อีกทั้งผู้ใช้ให้ทำกรงานก็เป็นผู้มีฐานะทางการเงินที่มีความสามารถในการจ่ายค่าชดเชยอีกด้วย ดังนั้น ผู้ใช้ให้ทำกรงานจึงควรเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบตั้งแต่ต้นจนจบและผู้ใช้ให้ทำกรงานอาจทำประกันความรับผิดชอบนี้ไว้ได้⁸³ ผู้ใช้ให้ทำกรงานจึงไม่สมควรที่จะโอนความรับผิดชอบนี้มาให้ตกอยู่กับผู้ทำกรงานให้

ต่อมาศาลสูงของฝรั่งเศสก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในส่วนนี้ โดยให้ถือว่าผู้ทำกรงานให้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อกรกระทำซึ่งตนได้กระทำภายในขอบเขตของงานที่ให้ทำซึ่งได้รับมอบหมายโดยผู้ใช้ให้ทำกรงานเอง และศาลสูงก็ยังมีความพยายามที่จะลดทอนสิทธิของผู้ใช้ให้ทำกรงานในการที่จะใช้สิทธิไล่เบี่ยเอาากับผู้ที่ทำกรงานให้อีกด้วย โดยในปี 1999 ศาลสูงได้ตัดสินว่าผู้ใช้ให้ทำกรงานจะสามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยได้ก็เฉพาะในกรณีที่ผู้ทำกรงานให้ได้กระทำผิดเป็นส่วนตัวเท่านั้น และต่อมาในปี 2001 ศาลสูงได้ถือว่าผู้ใช้ให้ทำกรงานจะใช้สิทธิไล่เบี่ยต่อผู้ทำกรงานให้ได้ต่อเมื่อปรากฏว่าผู้ทำกรงานให้มีความรับผิดชอบส่วนตัวเนื่องจากได้เข้ากระทำการละเมิดโดยมีเจตนาที่จะทำผิดเท่านั้น⁸⁴ ทั้งยังยกเว้นไม่ให้ผู้ใช้ให้ทำกรงานใช้สิทธิไล่เบี่ยจากผู้ทำกรงานให้ในกรณีที่ผู้ทำกรงานให้ได้กระทำกรนั้นไปโดยประมาทเล็กน้อย โดยให้ถือเสมือนเป็นกรณีที่ผู้ใช้ให้ทำกรงานต้องรับผิดชอบเองแม้ตนจะไม่มีผิด (Liability without fault) ก็ตาม⁸⁵

4.2.2 ลักษณะและประเภทของรูปแบบการทำงานแบบใหม่

ในประเทศฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกัน เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น ทำให้ความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานก็มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากด้วยเช่นกัน รูปแบบการทำงานมีความสลับซับซ้อน และเกิดเป็นรูปแบบการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ซึ่งมีความหมายและลักษณะ รวมถึงประเภทของการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ดังนี้

4.2.2.1 Outsourcing Services

ความหมายของ Outsourcing Services ของฝรั่งเศสก็เหมือนกับของประเทศอังกฤษ คือ รูปแบบการทำงานที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่จัดหาคนงานหรือพนักงานไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง (end user) ซึ่งได้แก่ บริษัทหรือหน่วยงานต่างๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน เช่นกัน ทั้งนี้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ บริษัท Outsourcing และผู้ว่าจ้างจะผูกพันกันตามสัญญาที่กำหนดว่าจ้างกันขึ้น โดยบริษัท Outsourcing จะรับเงินค่าบริการตามสัญญาจากผู้ว่าจ้างมาจ่ายเป็นค่าจ้างให้แก่พนักงานอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ คนงานหรือพนักงาน (worker) จะเป็นลูกจ้างโดยตรงของบริษัท Outsourcing เป็นลักษณะการจัดจ้างพนักงานภายนอกเข้ามาทำงานให้กับองค์กรผู้ว่าจ้าง ซึ่งงานที่บริษัท Outsourcing

⁸³ The International Association of Legal Scient, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 61.

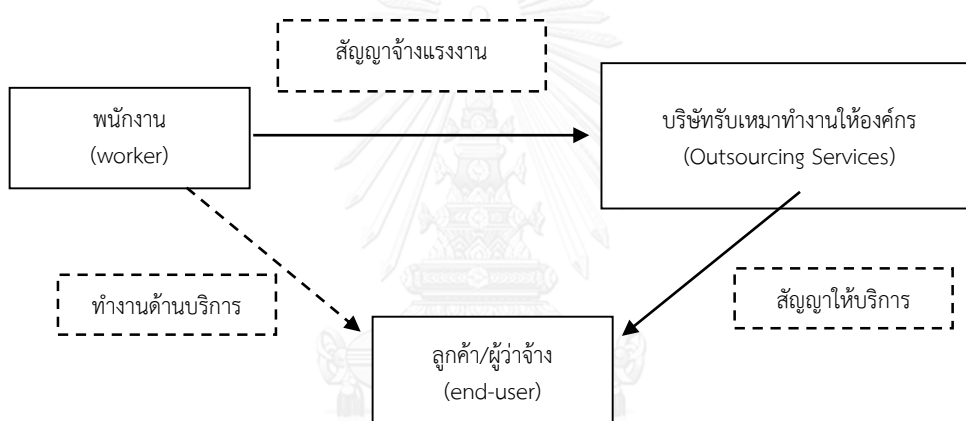
⁸⁴ Cees Van Dam, European Tort Law, p. 453.

⁸⁵ The International Association of Legal Scient, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 61.

ที่มีให้บริการในประเทศฝรั่งเศสก็คล้ายกันกับประเทศอังกฤษ ได้แก่ งานด้านบัญชี งานด้านเทคนิค ต่างๆ เช่น งานดูแลระบบคอมพิวเตอร์ หรืองานด้านกฎหมาย เป็นต้น

รูปแบบการทำงานของบริษัท Outsourcing ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับพนักงาน (worker) มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยหน้าที่ของบริษัท Outsourcing คือ ทำสัญญาให้บริการกับลูกค้าผู้ว่าจ้าง แล้วส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง และรับเงินค่าบริการมาจ่ายเป็นเงินค่าจ้างให้แก่พนักงานตามสัญญาจ้างแรงงานอีกทอดหนึ่งส่วนพนักงานมีหน้าที่ไปทำงานให้กับบุคคลอื่นตามที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง ในขณะที่ลูกค้าผู้ว่าจ้าง end-user มีหน้าที่ในการจ่ายค่าบริการหรือค่าจ้างให้แก่บริษัท Outsourcing ตามสัญญาให้บริการเท่านั้น

ดังนั้น รูปแบบความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการจ้างพนักงานของบริษัท รับเหมาทำงานในองค์กรนั้น มีสัญญาที่เกี่ยวข้องสองสัญญา ได้แก่ สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาให้บริการ เช่นกัน



ภาพประกอบภาพที่ 9 รูปแบบการทำงานของบริษัท Outsourcing Services ในประเทศฝรั่งเศส

จากแผนภาพ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับพนักงาน (worker) เป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยบริษัท Outsourcing มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมาย และพนักงานมีฐานะเป็นลูกจ้าง

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับลูกค้าหรือผู้ว่าจ้าง (end-user) เป็นสัญญาให้บริการ โดยบริษัท Outsourcing มีฐานะเป็นผู้ให้บริการและลูกค้ามีฐานะเป็นผู้รับบริการ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง เพราะผู้ว่าจ้างจ้างให้บริษัท Outsourcing ทำงานด้านบริการให้โดยประสงค์ผลสำเร็จของงาน

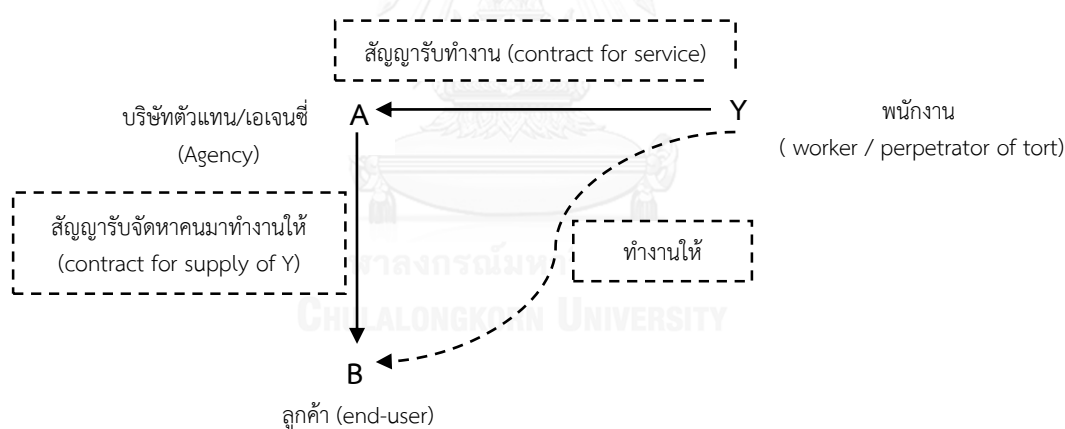
จะเห็นได้ว่า กรณีการจ้างพนักงานของบริษัท Outsourcing มาทำงานให้ นั่น เป็นการทำงานในลักษณะนายจ้างใช้ให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นซึ่งเป็นงานที่นายจ้างไปรับจ้างมา ถือเป็นงานตามคำสั่งของนายจ้างและค่าตอบแทนที่นายจ้างได้รับก็เป็นเงินค่าจ้างที่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรจะต้องนำมาจ่ายให้กับพนักงานอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ การทำงานของพนักงานก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรืออยู่ในความดูแลของผู้ว่าจ้างด้วย เพราะเป็นการทำงานในสถานที่ของผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างจึงมี

สิทธิในการออกคำสั่งกำหนดให้พนักงานทำงานตามที่ตนประสงค์ได้ จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า การที่พนักงานต้องทำงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างด้วยนั้น ถือว่า ผู้ว่าจ้างจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดบ้าง

4.2.2.2 Agency Worker

Agency Worker เป็นรูปแบบการทำงานที่เป็นการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี ซึ่งเป็นการทำงานที่พนักงานไม่ได้มีการทำสัญญาจ้างแรงงานกับบริษัทเอเจนซี แต่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายตามหลักสัญญาในรูปแบบอื่น⁸⁶ โดยการทำงานของพนักงานของบริษัทเอเจนซี (Agency Staff) นั้น อาจเป็นการทำงานให้แก่ นายจ้างหรือผู้ว่าจ้างหลายคนก็ได้ แต่การรับงานจะต้องรับงานผ่านบริษัทเอเจนซี จึงทำให้บริษัทตัวแทนเป็นผู้เข้าทำสัญญาจ้างงานโดยตรงกับนายจ้าง (end-user) แต่ละคนในการจัดหาคนมาทำงานให้ ด้วยเหตุนี้ จากความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวทำให้การจัดให้ความสัมพันธ์เหล่านี้ไว้ในรูปแบบสัญญาจ้างแรงงานแบบดั้งเดิมนั้นเป็นไปได้ยาก เพราะเป็นการทำงานที่มีลักษณะคล้ายกับผู้รับเหมาอิสระ แต่ต้องทำงานตามคำสั่งที่ได้รับเสมือนเป็นลูกจ้างด้วย⁸⁷

ทั้งนี้ รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนี้ มีสัญญาที่เกี่ยวข้องสองสัญญา ได้แก่ สัญญาจ้างทำงาน กับสัญญาจัดหาคนมาทำงานให้ ซึ่งเป็นรูปแบบเดียวกันกับ Agency worker ของประเทศอังกฤษ



ภาพประกอบภาพที่ 10 รูปแบบการทำงานของบริษัท Agency ในประเทศฝรั่งเศส

จากแผนภาพ รูปแบบความสัมพันธ์ก็มีลักษณะเดียวกันกับประเทศอังกฤษ พนักงาน (Y) เข้าทำสัญญากับบริษัทตัวแทน (A) และมีการลงนามในสัญญาให้ไว้กับบริษัทตัวแทนด้วย บริษัทตัวแทนจะพยายามหางานให้แก่พนักงาน เมื่อหาได้บริษัทตัวแทนจะเป็นผู้ทำสัญญากับลูกค้า (B) เพื่อจัดให้ (Y) มาทำงานให้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ระหว่าง (Y) และ (B) ไม่มีสัญญาใดๆ ต่อกัน ค่าตอบแทนของ (Y) จะได้รับจาก (A) แม้ว่า (Y) ไม่ได้ทำงานให้กับ (A) ก็ตาม เพราะ (Y) จะทำงานให้กับอีกบุคคลหนึ่ง

⁸⁶ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 82.

⁸⁷ Ibid., p. 93.

นั่นคือ (B) แทน ในขณะที่ (B) เองก็ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอย่างอื่นให้แก่ (Y) สำหรับการทำงานและใช้ทักษะในการทำงานด้วยตนเองของ (Y) เพื่อผลประโยชน์ของ (B) แต่อย่างไรก็ตาม
 ดังนั้น เมื่อพนักงานทำละเมิดขึ้น ทำให้การกำหนดความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรคห้า สำหรับการกระทำของ (Y) นั้น อาจเกิดขึ้นได้ไม่ง่ายเหมือนกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามปกติ เพราะถึงแม้ว่าการทำงานดังกล่าวจะเป็นการทำงานให้กับ (B) ซึ่งไม่ได้มีสัญญาจ้างงานต่อกัน แต่ (B) ก็ไม่ได้เป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้แก่ (Y) โดยตรง หรือแม้ว่า (A) จะเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างและ (Y) ได้ทำสัญญาไว้กับ (A) ก็ตาม แต่ (Y) ไม่ได้ทำละเมิดในขอบเขตทางการที่จ้างของ (A) แต่อย่างไรก็ตาม ดังนั้น จึงไม่อาจปรับหลักเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นในความสัมพันธ์ลักษณะนี้ได้ เพราะความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเข้าลักษณะเป็นนายจ้างกับผู้รับงานอิสระมากกว่าจะเป็นแบบนายจ้างลูกจ้างแล้ว⁸⁸

4.2.2.3 Independent contractor

Independent contractor คือ ผู้รับจ้างทำของในประเทศฝรั่งเศสที่มีรูปแบบการทำงานที่เหมือนกับผู้รับจ้างทำของในประเทศไทย โดยเป็นผู้มีอาชีพรับทำงานให้แก่บุคคลอื่นตามสัญญาเช่นกัน ลักษณะการทำงานมีอิสระ ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทใด ผู้รับจ้างทำของอาจเรียกชื่อว่า Freelance คือ คนที่ทำงานโดยอิสระก็ได้

รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามรูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ หรือ Independent contractor นี้ มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง



ภาพประกอบภาพที่ 11

รูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) ในประเทศฝรั่งเศส

จากแผนภาพ เป็นสัญญารับทำงานระหว่างผู้ Independent contractor กับ end-user โดยบริษัทผู้ว่าจ้าง (end-user) มิได้มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายของผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor เนื่องจากไม่ได้มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง โดยเป็นการจ้างให้ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างตามงานที่ตกลงกัน และ Independent contractor เองก็ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้างเช่นกัน

จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ในประเทศฝรั่งเศส ต้องทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาควบคุมการทำงานของบริษัทผู้ว่าจ้าง จึงเห็นได้ว่า การ

⁸⁸ Ibid., p. 94-95.

ทำงานของผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ไม่มีอิสระในการทำงานอย่างแท้จริงอีกต่อไป ดังนั้น จึงเกิดประเด็นปัญหาว่า ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ซึ่งทำงานตามคำสั่งหรือภายใต้บังคับบัญชาของบริษัทผู้ว่าจ้างไปทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกในขณะที่ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลภายนอก ดังกล่าว บริษัทผู้ว่าจ้างที่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของผู้ทำละเมิดแม้จะไม่ได้เป็นนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดดังกล่าวด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาตามหลักความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว โดยทั่วไปผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้รับจ้าง ความรับผิดของผู้ว่าจ้างอยู่บนพื้นฐานความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดเพื่อละเมิดมาตรา 1382 และมาตรา 1383 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่ต่อมามีการบัญญัติกฎหมายพิเศษ ได้แก่ กฎหมายพิเศษเกี่ยวกับการประกันภัย (art L. 511-1 Code des assurances) ซึ่งกำหนดให้บริษัทประกันภัยต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนที่ได้กระทำละเมิดขณะปฏิบัติงานตามที่ได้รับมอบหมาย และการตีความหลักกฎหมายเฉพาะ คือ หลักป้องกันความเสียหายแก่เพื่อนบ้าน วางหลักว่า การใช้ที่ดินของเจ้าของที่ดินหากทำให้เพื่อนบ้านเสียหายเจ้าของที่ดินต้องรับผิดชอบด้วย แม้เป็นการกระทำของผู้รับจ้างก็ตาม ซึ่งความรับผิดทั้งสองหลักตั้งอยู่บนพื้นฐานความรับผิดแบบเด็ดขาด และมีการปรับใช้โดยมุ่งหมายให้ครอบคลุมถึงความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำของด้วย อันเป็นความรับผิดจากการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างนั่นเอง⁸⁹

4.2.3 การปรับใช้มาตรา 1384 กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่

ความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำการงานกรณีผู้ทำการงานให้กระทำละเมิดตามมาตรา 1384 นั้น ต้องมีองค์ประกอบความสัมพันธ์เป็นผู้ใช้ให้ทำการงานกับผู้ทำการงานให้เสียก่อน โดยจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีหลักอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของผู้ใช้ให้ทำการงานที่อยู่เหนือตัวผู้ทำการงานให้ เพราะสิ่งสำคัญของกฎหมายฝรั่งเศสอยู่ที่การบังคับบัญชา คือ การที่ผู้ทำการงานให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั่นเอง

สำหรับการทำงานที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นการทำงานในรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคม นั้น ก็มีรูปแบบการทำงานที่เป็นการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีในลักษณะเดียวกับประเทศอังกฤษเช่นกัน ซึ่งเป็นการทำงานที่พนักงานไม่ได้มีการทำสัญญาจ้างแรงงานกับบริษัทเอเจนซี แต่เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายตามหลักสัญญาในรูปแบบอื่น⁹⁰ โดยการทำงานของพนักงานของบริษัทเอเจนซี (Agency Staff) นั้น อาจเป็นการทำงานให้แก่ นายจ้างหรือผู้ว่าจ้างหลายคนก็ได้ โดยรับงานผ่านบริษัทเอเจนซี จึงทำให้บริษัท เอเจนซีเป็นผู้เข้าทำสัญญารับงาน โดยตรงกับนายจ้าง (end-user) แต่ละคนในการจัดหาคนมาทำงานให้ ด้วยเหตุนี้ จากความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวทำให้การจัดให้ความสัมพันธ์เหล่านี้ไว้ในรูปแบบสัญญาจ้างแรงงานแบบดั้งเดิมนั้น

⁸⁹ J. Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others* (London: Kluwer Law International, 2003), p. 98

⁹⁰ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 82.

เป็นไปได้ยาก เพราะเป็นการทำงานที่มีลักษณะคล้ายกับผู้รับเหมาอิสระ แต่เป็นกรณีผู้รับเหมาอิสระที่ต้องทำงานตามคำสั่งที่ได้รับเสมือนเป็นลูกจ้างด้วย⁹¹

เมื่อพิจารณาการปรับใช้มาตรา 1384 กับรูปแบบการทำงานที่เป็นการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีแล้ว จะเห็นได้ว่า ลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลที่เป็นผู้กระทำละเมิดกับบุคคลที่ต้องร่วมรับผิดชอบของการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนั้น มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ของผู้ใช้ให้ทำการงานกับผู้ทำการงานให้อย่างมาก ซึ่งมีการบัญญัติความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำการงานในการทำละเมิดของผู้ทำการงานให้ไว้ในมาตรา 1384 วรรค 5 ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่า รูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนั้น มีองค์ประกอบครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของผู้ใช้ให้ทำการงานหรือไม่ โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ความรับผิดที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

โดยทั่วไปแล้ว ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีความพร้อมมากกว่าที่จะค้นหาความรับผิดของผู้ว่าจ้างเพื่อการกระทำละเมิดของผู้รับจ้าง เนื่องจากหลักเกณฑ์การปรับใช้เรื่องความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีความยืดหยุ่นมากกว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังนั้น สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสที่ปรับใช้หลักทั่วไปตาม เกณฑ์การอยู่ภายใต้บังคับบัญชา ของผู้รับจ้างจึงอาจทำให้การตีความขยายขอบเขตของหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดได้ง่ายมากกว่า และยังสามารถนำมาปรับใช้ในสถานการณ์ของบริษัทเอเจนซีที่จะกำหนดให้ผู้ใช้งานซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างมีความรับผิดภายใต้เงื่อนไขที่เสมือนมีสัญญาผูกพันกันได้ด้วย⁹²

ดังนั้น สำหรับการแก้ไขปัญหาเรื่องความรับผิดทางละเมิดจากการทำงานในรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี (agency staff) นั้น ศาลฝรั่งเศสยังคงยึดหลักเกณฑ์การอยู่ภายใต้บังคับบัญชา (subordination test) แต่ได้ตีความขยายความแบบกว้างมากขึ้น โดยตีความขยายว่า อำนาจในการควบคุมการทำงานของบริษัทเอเจนซีหรือผู้ว่าจ้าง (end-user) นั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นอำนาจที่มาจากสัญญาเท่านั้น อำนาจดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงก็ได้ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานสำหรับการทำงาน ขอเพียงพนักงานที่ทำการงานให้ (worker) ยอมทำงานภายใต้บังคับบัญชาของบริษัทเอเจนซีหรือผู้ว่าจ้าง (end-user) ตามความเป็นจริง และผู้เสียหายจากการทำละเมิดไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าบริษัทเอเจนซีหรือผู้ว่าจ้าง (end-user) มีอำนาจควบคุมเหนือการทำงานของพนักงานเสมอไปแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ แม้ไม่มีสัญญาจ้างระหว่างบริษัทเอเจนซีกับพนักงาน หรือไม่มีสัญญาระหว่างผู้ว่าจ้าง (end-user) กับพนักงานก็ตาม แต่ศาลฝรั่งเศสสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องการอยู่ภายใต้บังคับบัญชา ซึ่งเห็นได้ว่า ผู้ว่าจ้าง (end-user) ถูกถือว่าเป็นนายจ้างภายใต้มาตรา 1384 (5) ในฐานะเป็นผู้ที่สามารถกำหนดและควบคุมเหนือตัวพนักงานหรือลูกจ้างได้ ซึ่งเป็นการย้ำถึงลักษณะของสัญญาระหว่างบริษัทเอเจนซีกับลูกค้าซึ่งเป็นผู้ว่าจ้าง (end-user) ว่า มีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กัน ยกตัวอย่าง ในปี 1985 ศาลยุติธรรมสูงสุดฝรั่งเศสถือว่าการกำหนดองค์ประกอบโดยปราศจากการควบคุมนั้นอยู่ระหว่างขอบเขตของความเพิกเฉยไม่สนใจของลูกค้า ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างงาน (end-user) คือ นายจ้างของคณงาน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ว่าจ้างจะต้องมีความรับผิดภายใต้มาตรา 1384 (5) ด้วย ทั้งข้ออ้างที่มีขึ้นเพื่อรักษาความเป็นรูปแบบของสัญญา

⁹¹ Ibid., p. 93.

⁹² Ibid., p. 97.

ผู้ว่าจ้างที่ทำต่อบริษัทเอเจนซีสำหรับการจัดหาพนักงานที่ไร้ความสามารถนั้น อาจจะต้องถูกกำหนดให้ชดใช้ความเสียหายแก่ผู้เสียหายที่ได้รับความสูญเสีย⁹³ นั่นเอง

นอกจากรูปแบบการจ้างงานโดยผ่านบริษัทเอเจนซีแล้ว ประเทศฝรั่งเศสก็มีรูปแบบการทำงานอีกรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะการจ้างงานโดยมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่มีผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างเป็นอีกบุคคลหนึ่งที่มีนายจ้างปกติที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง คือ มีกรณีที่บุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (borrowed servant) ที่เหมือนกับประเทศอังกฤษด้วยเช่นกัน โดยเป็นความสัมพันธ์ที่ลูกจ้างมีนายจ้างสองคนในขณะทำงาน กล่าวคือ นายจ้างปกติ (general employer) ที่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างและลูกจ้างต้องทำตามสัญญาจ้างแรงงาน และนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) คือ ผู้ขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของนายจ้าง หากลูกจ้างได้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอก เพราะไม่แน่ชัดว่านายจ้างคนใดจะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างบ้าง ซึ่งแนวทางการแก้ปัญหาของศาลฝรั่งเศสในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างสำหรับกรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (borrowed servant) นี้ ศาลฝรั่งเศสจะพิจารณาหาผู้ที่มีอำนาจเหนือตัวลูกจ้างเมื่อละเมิดได้เกิดขึ้น ถึงแม้ว่าอาจจะไม่ใช่อำนาจบังคับบัญชาที่ชัดเจนตามความเห็นของนักวิชาการก็ตาม ศาลฝรั่งเศสจะพิจารณาปัจจัยทั้งหมด ได้แก่ การจัดสรรความรับผิดชอบที่ปรากฏตามสัญญา การพิจารณาเจตนาของผู้สัญญาผู้ซึ่งมีสิทธิที่จะสั่งการลูกจ้างในขณะที่เกิดเหตุ ระยะเวลาของการให้ยืมตัวลูกจ้างและความสามารถของผู้สัญญา ดังนั้น โดยทั่วไปแล้ว นายจ้างปกติจะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตน เว้นเสียแต่ว่า นายจ้างปกติจะแสดงให้เห็นได้ว่า ตนได้ยกเลิกการควบคุมทั้งหมดที่มีอยู่เหนือตัวลูกจ้างแล้ว และมีพฤติการณ์พิเศษบางอย่างที่ศาลเห็นว่า นายจ้างชั่วคราวเป็นผู้มีอำนาจควบคุมเหนือการทำงานทั้งหมดของลูกจ้าง เช่นนี้ แม้จะเป็นเพียงนายจ้างชั่วคราวก็ต้องมีความรับผิดชอบ⁹⁴

วิธีการของศาลฝรั่งเศสในทางปฏิบัติคล้ายกับระบบคอมมอนลอว์ แต่อย่างไรก็ตาม เห็นได้ชัดว่าในกรณีของยานพาหนะที่ถูกยืมไปใช้พร้อมกับคนขับหรือเครื่องมือพร้อมกับคนใช้นั้น ศาลนิยมใช้วิธีการทางเทคนิคในการกำหนดมากกว่า ไม่ว่าจะนายจ้างปกติหรือนายจ้างชั่วคราวจะได้แสดงออกถึงอำนาจที่มีอยู่เหนือตัวลูกจ้างหรือไม่ก็ตาม ยกตัวอย่างในคดี Suteau ปี ค.ศ.1987⁹⁵ มีข้อเท็จจริงว่า Carriers Gaillard ได้ให้ยืมรถแทรกเตอร์และรถลากที่ยกพื้นต่ำพร้อมด้วยคนขับไปทำงานเพื่อที่จะช่วยย้ายเครื่องจักรที่ใช้ชุด ปรากฏว่า ลูกจ้างของนายจ้างถาวร (นาย Suteau) ได้เดินทางไปยังสถานที่ทำงานของนายจ้างชั่วคราว (นาย Sarello) พร้อมกับนายจ้างชั่วคราว แต่ระหว่างทางลูกจ้างได้ตัดสินใจขับรถพ่วงซึ่งมีลักษณะยกพื้นต่ำ (low-platform trailer) ข้ามทางรถไฟทั้งที่บริเวณดังกล่าวมีป้ายสัญญาณเตือนอันตรายสำหรับรถที่ยกพื้นต่ำ ทำให้รถพ่วงติดอยู่ระหว่างรางรถไฟ และถูกรถไฟที่กำลังแล่นผ่านมาชนเข้าอย่างแรง เป็นผลให้มีผู้โดยสารรถไฟได้รับบาดเจ็บหลายราย ศาลฝรั่งเศสตัดสินว่า การควบคุมหรือตัดสินใจของลูกจ้างดังกล่าวเป็นเรื่องทักษะความสามารถเฉพาะทางในการ

⁹³ Ibid., p. 97-98.

⁹⁴ Ibid., p.86-87.

⁹⁵ คดี Crim 20 October 1987 (Suteau) Bull crim 1987 N° 359

ขับรถยกพื้นต่ำ นายจ้างชั่วคราวไม่อาจจะควบคุมหรือสั่งการการขับรถดังกล่าวได้ ดังนั้น นายจ้าง
 ถาวร (general employer) จึงยังคงมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้าง และต้องรับผิดชอบตามมาตรา
 1384 วรรคห้า ซึ่งศาลสูงจำแนกความแตกต่างระหว่างอำนาจควบคุมโดยนายจ้างชั่วคราวใน
 ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป โดยยกตัวอย่าง เช่น ความเร็วของรถ เส้นทางในการวิ่งของรถ
 กำหนดการเดินทางของรถ และการแสดงออกโดยนายจ้างปกติในความสัมพันธ์เกี่ยวกับเทคนิคของ
 การขับขี่ยานพาหนะ ดังนั้น ไม่ว่าจะยานพาหนะสามารถข้ามทางข้ามรถไฟสำเร็จก็เป็นเรื่องทางเทคนิค
 ซึ่งนายจ้างปกติจะต้องรับผิดชอบ ตามหลักพื้นฐานนี้บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบสำหรับลูกจ้างจะขึ้นอยู่กับ
 สิ่งที่ลูกจ้างได้ทำผิด ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานและการขับรถเป็นกรณีที่นายจ้างปกติต้อง
 รับผิดชอบ หรือการใช้ประโยชน์ทั่วไปตามเจตนาการขนส่งเป็นกรณีที่นายจ้างชั่วคราวต้องรับผิดชอบ ซึ่งถือ
 เป็นความแตกต่างที่มีความละเอียดอ่อนมาก⁹⁶

สำหรับกรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (หลัก Borrowed Servants) นั้น ศาลฝรั่งเศสก็จะ
 กำหนดให้นายจ้างคนใดคนหนึ่งเท่านั้นมีความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความ
 เสียหายขึ้น โดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงว่านายจ้างคนใดมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้างขณะที่
 เกิดเหตุละเมิดเช่นเดียวกันกับศาลอังกฤษ ดังนั้น ในกรณีที่เป็นกรณียืมตัวลูกจ้างไปงานในงานที่อาศัย
 แรงงานทั่วไปของลูกจ้าง ศาลฝรั่งเศสตัดสินให้นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ต้องร่วมรับ
 รับผิดกับลูกจ้าง เพราะถือว่ามีความอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้าง และเหตุละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่
 ลูกจ้างกำลังทำงานให้แก่ นายจ้างชั่วคราว โดยเป็นการทำงานตามคำสั่งของนายจ้างชั่วคราวว่าต้อง
 ทำงานอะไร เมื่อใด และโดยวิธีใด⁹⁷ แต่ในกรณีที่เป็นกรณียืมงานลูกจ้างที่มีทักษะการทำงานเฉพาะ
 ทาง เช่น กรณีคนขับรถพ่วงยกพื้นต่ำ (คดี Sutuea) ดังที่ได้อธิบายไปข้างต้น แม้ว่าโดยหลักแล้วใน
 กรณีนี้นายจ้างถาวร (general employer) จะต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างก็ตาม แต่ความรับผิดชอบดังกล่าว
 เป็นความรับผิดชอบตามข้อสันนิษฐานที่กำหนดให้นายจ้างถาวร (general employer) ต้องรับผิดชอบไว้ก่อน
 เว้นแต่ นายจ้างถาวรจะสามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ยกเลิกอำนาจบังคับบัญชาทั้งหมดที่มีอยู่เหนือตัว
 ลูกจ้างแล้ว และมีข้อเท็จจริงที่ศาลเห็นว่า นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) เป็นผู้มีความ
 อำนาจบังคับบัญชาในการทำงานทั้งหมดเหนือตัวลูกจ้างแทน เช่นนี้ นายจ้างชั่วคราว (temporary
 employer) จึงจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบตามมาตรา 1384 วรรคห้า ทั้งนี้ ศาลฝรั่งเศสจะพิจารณาว่าเป็น
 อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ในกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับ
 การใช้งานลูกจ้างโดยทั่วไป เช่น เหตุละเมิดเกิดจากการใช้ความเร็วในการเดินทาง หรือการกำหนด
 เส้นทางในการเดินทาง แต่หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับเทคนิคในการขับรถที่มีลักษณะพิเศษแล้ว กรณีนี้จะถือ
 ว่าเป็นอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างถาวร (general employer) นั่นเอง⁹⁸ โดยผู้เขียนขอสรุป
 หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตรา 1384 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสใน
 กรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งานเป็นตาราง ดังนี้

⁹⁶ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 87.

⁹⁷ Ibid., p. 86.

⁹⁸ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p.87-88.

ตารางที่ 2 ความรับผิดตามหลัก Borrowed Servants ในกฎหมายฝรั่งเศส

ลักษณะการทำงานของลูกจ้าง	บุคคลที่ต้องร่วมรับผิดตามมาตรา 1384 วรรคห้า ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	
	นายจ้างถาวร (general employer)	นายจ้างชั่วคราว (temporary employer)
ลูกจ้างเป็นแรงงานที่มีความเชี่ยวชาญ/แรงงานฝีมือ (เช่น กรณีเช่ายานพาหนะหรือเครื่องจักรพร้อมคนขับหรือคนควบคุมเครื่องจักรนั้นด้วย)	✓	ข้อยกเว้น หากนายจ้างถาวรสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ออนอำนาจบังคับบัญชาทั้งหมดไปให้แก่นายจ้างชั่วคราวแล้ว กรณีนี้ นายจ้างชั่วคราวจะต้องเป็นผู้รับผิด
ลูกจ้างเป็นแรงงานไร้ทักษะ/ แรงงานทั่วไป		✓

4.3 ประเทศเยอรมนี

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้มีการบัญญัติถึงความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างไว้โดยเฉพาะเจาะจงเหมือนอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพราะตามมาตรา 831 เป็นการบัญญัติเกี่ยวกับหลักทั่วไปที่บุคคลจะต้องรับผิดในสิ่งที่ตนได้มอบหมายให้บุคคลอื่น (vicarious agent) ไปทำงานให้แก่ตน แล้วเกิดความเสียหายต่อบุคคลที่สามในระหว่างที่ปฏิบัติงานตามที่ได้รับมอบหมาย⁹⁹

4.3.1 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ใช้บุคคลอื่นให้ทำงานตามมาตรา 831

ความรับผิดของผู้ใช้ให้บุคคลอื่นทำงานกรณีที่ผู้อื่นที่ทำงานให้กระทำละเมิดบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Article 831 BGB “A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not apply if the principal exercises reasonable care when selecting the person deployed and, to the extent that he is to procure devices or equipment or to manage the business activity, in the procurement or management, or if the damage would have

⁹⁹ Gerald Spindler and Oliver Rieckers, *Tort Law in Germany*, (The Netherlands: Kluwer Law International BV., 2011), p.73.

occurred even if this care had been exercised.”¹⁰⁰ ซึ่งแปลความหมายได้ว่า “ผู้ใดใช้ให้บุคคลอื่นทำการงานให้จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ผู้ใช้นั้นได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากการทำงานนั้นต่อบุคคลภายนอก ผู้ใช้ให้ทำการงานนั้นไม่ต้องรับผิดชอบหากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกผู้รับจ้าง หรือกรณีที่ผู้ใช้นั้นมีหน้าที่ต้องจัดหาเครื่องมือให้หรือควบคุมกิจการงานนั้น เขาได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการจัดหาหรือควบคุมแล้ว หรือความเสียหายย่อมจะเกิดขึ้น แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรก็ตาม” อย่างไรก็ตาม ถือได้ว่า ความรับผิดของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 นั้น ครอบคลุมหลักความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างของประเทศเยอรมนีด้วย ทั้งนี้ เช่นเดียวกับกรณีของประเทศฝรั่งเศสที่บทบัญญัติไม่ได้ใช้คำว่า นายจ้างและลูกจ้าง โดยตรง ซึ่งเมื่อพิจารณาถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแล้วมีการใช้คำว่า “Geschäftsherr - Verrichtungsgehilfe” จึงน่าจะแปลว่า “ผู้ใช้ให้ทำการงาน - ผู้ทำการงานให้” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่านายจ้างและลูกจ้าง¹⁰¹ ดังนั้น ในกรณีของกฎหมายเยอรมัน จึงเป็นเรื่องความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำการงานในกรณีผู้ทำการงานให้กระทำละเมิด

4.3.1.1 แนวคิดและทฤษฎี

ประเทศเยอรมันมีแนวความคิดเกี่ยวกับการความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำการงาน ว่าเป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานการกระทำของตนเอง¹⁰² ในที่นี้ก็คือตัวผู้ใช้ให้ทำการงานนั่นเอง

ความเป็นมาของแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดทางละเมิดของประเทศเยอรมนีนั้น ได้มาจากการนำหลักกฎหมายโรมันในเรื่องความรับผิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability based on Fault) มาใช้¹⁰³ ซึ่งถือว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดนั้นต้องหมายถึง การทำให้เสียหาย แก่สิทธิของบุคคลอื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำการงานในการทำละเมิดของผู้ทำการงานให้แก่ตนตามกฎหมายเยอรมันไม่ใช่เป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่น แต่ถือว่าเป็นความรับผิดของตนเองโดยตรง เนื่องจากผู้ใช้ให้ทำการงานต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดขึ้นจากความบกพร่องของตนเองไม่ว่าจะเป็นเพราะการเลือกผู้ทำการงานให้ หรือบกพร่องในการควบคุมบังคับบัญชาผู้ใช้นั้น และเมื่อผู้ใช้ให้ทำการงานชดใช้ความเสียหายไปแล้วผู้ใช้ให้ทำการงานจึงไม่สามารถไล่เบี้ยเอากับผู้ทำการงานให้ได้ เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะความผิดของผู้ใช้ให้ทำการงานเอง¹⁰⁴

¹⁰⁰ § 831 BGB “Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.”

¹⁰¹ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 61.

¹⁰² Gerald Spindler and Oliver Rieckers, *Tort Law in Germany*, p.73.

¹⁰³ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 4.

¹⁰⁴ Cees Van Dam, *European Tort Law*, p. 448.

อย่างไรก็ตาม กฎหมายเยอรมันก็ยังมีบทอ่อนคลายโดยกำหนดหลักการดังกล่าวให้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานความผิดเท่านั้น โดยผู้ใช้ให้ทำการงานสามารถพิสูจน์เพื่อให้พ้นจากความรับผิดได้ ด้วยการพิสูจน์ให้เห็นว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกอบรม หรือควบคุมบังคับบัญชาผู้ทำการงานให้ แต่หากผู้ใช้ให้ทำการงานไม่สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายได้ ผู้ใช้ให้ทำการงานก็ต้องรับผิด แม้การกระทำละเมิดของผู้ทำการงานให้มิได้เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อันทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายหรือไม่ก็ตาม¹⁰⁵

เหตุผลที่ผู้ใช้ให้ทำการงานควรจะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ผู้ทำการงานให้ได้กระทำขึ้น เพราะเป็นความผิดของผู้ใช้ให้ทำการงานเองที่ไม่ใช้ความระมัดระวังในการเลือกผู้ทำการงานให้ที่ดี โดยในกรณีมีสัญญาจ้างแรงงานนายจ้างก็จะมีอำนาจเด็ดขาดเหนือลูกจ้างไม่ว่าอำนาจในการบังคับบัญชาหรือในการใช้ความระมัดระวัง หรือกรณีผู้ใช้ให้ทำการงานก็มีหน้าที่ในการควบคุมดูแลผู้ทำการงานให้ ระบบการทำงาน ตลอดจนการโยกย้ายเปลี่ยนแปลงตัวผู้ทำการงานให้ เพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะของงาน และเพื่อลดความเสี่ยงภัยอันเกิดจากการทำงานได้มากที่สุด โดยที่กฎหมายให้อำนาจในการบังคับบัญชาผู้อื่นที่ทำการงานให้ได้อย่างเต็มที่แล้ว ถ้าผู้ทำการงานให้จงใจขัดคำสั่งหรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งของผู้ใช้ให้ทำการงานอันชอบด้วยกฎหมายหรือทำประการอื่นอันไม่เหมาะสมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ทำการงานให้ลุ่ล่งไปโดยถูกต้องและสุจริต ผู้ใช้ให้ทำการงานก็ควรจะต้องรับผิดร่วมด้วย¹⁰⁶

4.3.1.2 ความหมายของ “ผู้ใช้บุคคลอื่นให้ทำการงาน” และ “ผู้ที่ทำการงานให้”

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 คำว่า “Geschäftsherr” มีความหมายเป็นภาษาอังกฤษว่า “A person who uses another person to perform a task” ซึ่งแปลความหมายได้ว่า “ผู้ใช้ให้ทำการงาน” มีอำนาจในการออกคำสั่งและควบคุม ให้บุคคลที่อยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาทำการงานอย่างใดๆ ให้ได้ จึงมีความหมายกว้างกว่า “นายจ้าง” ที่เป็นคู่สัญญาในความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน และได้หมายความรวมถึง “นายจ้าง” ตามสัญญาจ้างแรงงานด้วย

ส่วนคำว่า “Verrichtungsgehilfe” (vicarious agent) เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 831 แล้ว นำแปลความหมายได้ว่า “ผู้ทำการงานให้” เป็นบุคคลที่ผู้ใช้ให้ทำการงานไว้วางใจให้ปฏิบัติงานให้กับตน แต่จะต้องทำงานตามคำสั่งและภายใต้การควบคุมของผู้ใช้ให้ทำการงาน และเพื่อประโยชน์ของผู้ใช้ให้ทำการงานด้วย จึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ลูกจ้าง” ตามสัญญาจ้างแรงงาน และเมื่อ “ลูกจ้าง” ในสัญญาจ้างแรงงานต้องเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งจะต้องทำงานภายใต้การสั่งการของนายจ้าง ลูกจ้างจึงรวมอยู่ในความหมายของ “Verrichtungsgehilfe” ด้วย

¹⁰⁵ วรพงษ์ นธิทิพย์, “ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของผู้อื่น: ศึกษากรณีนายจ้างและหน่วยงานของรัฐในการขนส่งของโดยรถยนต์.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ,2551), หน้า 19.

¹⁰⁶ ประภาศน์ อวยชัย, “ความรับผิดเพื่อละเมิดในทางการที่จ้าง”, บทบัญญัติ, เล่มที่ 21, ตอนที่ 3 (กรกฎาคม, 2506), หน้า 583.

4.3.1.3 หลักเกณฑ์ความรับผิด

ผู้ใช้ให้ทำงานจะมีความรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้ทำงานให้ เมื่อความเสียหายนั้นที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากบุคคลผู้ซึ่งผู้ใช้ให้ทำงานได้ให้ความไว้วางใจในการปฏิบัติงานให้กับตน โดยระหว่างบุคคลทั้งสองจะต้องมีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ผู้ใช้ให้ทำงานมีอำนาจในการออกคำสั่งและการควบคุม หรือหากเป็นความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานที่ทั้งสองฝ่ายมีลักษณะเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน นายจ้างจะต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างก็ต่อเมื่อต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ ประการแรก นายจ้างจะต้องมอบหมายหน้าที่ที่แน่นอนให้กับลูกจ้าง ประการต่อมาลูกจ้างจะต้องเป็นส่วนหนึ่งในกิจการองค์กรของนายจ้าง และประการสุดท้ายลูกจ้างต้องเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งจะต้องทำงานภายใต้การสั่งการของนายจ้าง นอกจากนี้ยังต้องปรากฏด้วยการกระทำละเมิดของผู้ทำงานให้เป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของงานที่ให้ทำ แต่มีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า กฎหมายเยอรมันเปิดโอกาสให้นายจ้างหรือผู้ใช้ให้ทำงานนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานความผิดได้¹⁰⁷ ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น

(1) ลักษณะงานที่ทำ

ลักษณะของงานที่ผู้ใช้ให้ทำงานจะมอบหมายให้ผู้ทำงานให้ของประเทศเยอรมนีก็มีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ งานหรือหน้าที่ทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการทางธุรกิจของผู้ใช้ให้ทำงาน หรือเป็นการทำเพื่อผลประโยชน์แก่ผู้ใช้ให้ทำงานทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็งานที่มอบหมายหน้าที่โดยทั่วไปหรือหน้าที่อันเฉพาะเจาะจงตามที่ได้ตกลงกัน ซึ่งอาจเป็นงานที่ผู้ทำงานให้จะต้องใช้แรงงานกาย เช่น ใช้กำลังแรงงานในการยก แบก หาบ หาม หรือใช้ความคิด มั่นสมอง หรือสติปัญญา อันเป็นความรู้ความสามารถ เช่น งานบริหาร งานการบัญชี หรืองานด้านกฎหมาย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม งานหรือหน้าที่ดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นจากการที่บุคคลทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์กันเป็นนายจ้างลูกจ้าง หรือในฐานะที่บุคคลหนึ่งหนึ่งมีอำนาจออกคำสั่งให้อีกบุคคลหนึ่งปฏิบัติตามได้ ซึ่งอาจจะมีสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันก็ตาม และปรากฏว่าผู้ทำการให้ได้กระทำการบางอย่างที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกในระหว่างที่ปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์ของผู้ใช้ให้ทำงาน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม การก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดตามหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา 826¹⁰⁸ ทั้งนี้ ผู้ใช้ให้ทำงานจะต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดของผู้ทำงานให้ได้กระทำไป ภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ใช้ให้ทำงานนั้นมีอำนาจบังคับบัญชาหรือควบคุมการปฏิบัติงานของผู้ทำงานให้ และอยู่ในขอบเขตทางการที่จ้างหรือที่ได้รับมอบหมายอันเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์ของผู้ใช้ให้ทำงานนั่นเอง

กรณีที่มีการมอบอำนาจในการควบคุมลูกจ้างให้กับบุคคลอื่นนั้น โดยทั่วไปแล้วผู้ที่จะต้องมีความรับผิดร่วมกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างก็คือ

¹⁰⁷ F.H. Lawson, *Negligence in the Civil Law*, (n.p., 1962), p 72-73.

¹⁰⁸ Markesinis, B.S., *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 10-11.

นายจ้าง ไม่ใช่หัวหน้างานที่นายจ้างจ้างมาดูแลลูกจ้างอีกทอดหนึ่ง แต่ถ้านายจ้างได้มอบหมายให้หัวหน้างานเป็นผู้มีอำนาจทำการแทน ตั้งแต่การคัดเลือกลูกจ้างเข้าทำงานจนกระทั่งเลิกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 วรรคสอง บัญญัติว่า “อนึ่ง บุคคลซึ่งมีสัญญาแก่นายจ้างรับควบคุมกิจการตั้งระบุไว้ในวรรคต้น ย่อมมีความรับผิดชอบเท่าเทียมกัน” หมายความว่า ตามกฎหมายเยอรมันกำหนดให้หัวหน้างานที่มีหน้าที่ควบคุมลูกจ้างดังกล่าวต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างด้วย¹⁰⁹

ในกรณีที่มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน แล้วนายจ้างให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นเป็นการชั่วคราวนั้น เป็นกรณีความผิดเกิดขึ้นในระหว่างการยืมลูกจ้าง ซึ่งศาลเยอรมันได้ใช้แนวทางในคดี *Mersey Docks and Harbour Board v Coggin and Griffith (Liverpool) Ltd* ของศาลอังกฤษในการตัดสิน โดยวางหลักพิจารณาว่า ในเวลาปัจจุบันที่เกิดเหตุละเมิดนายจ้างได้ควบคุมลูกจ้างหรือไม่ อำนาจในการควบคุมดูแลลูกจ้างอยู่ที่ผู้ใด และยังคงต้องพิจารณาด้วยว่าในเวลานั้นเป็นไปได้หรือไม่ที่นายจ้างจะออกคำสั่งให้ลูกจ้างปฏิบัติตามได้ ถ้าอำนาจยังอยู่ที่นายจ้าง นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบ¹¹⁰

(2) อำนาจบังคับบัญชา

ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น หลักวินิจฉัยลักษณะความสัมพันธ์ที่สำคัญคือ หลักอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของผู้ใช้บุคคลอื่นทำการงานให้ โดยนายจ้างมีอำนาจที่จะสามารถสั่งการอย่างใด ๆ ก็ได้ หรือในกรณีที่เป็้นนายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ก็ต้องมีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ว่าลูกจ้างเป็นผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งต้องทำงานภายใต้การสั่งการของนายจ้าง¹¹¹ ผู้ใช้ให้ทำการงานจึงจะมีความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้ทำการงานให้ได้

แม้ว่าในปัจจุบันจะมีรูปแบบของสังคมเศรษฐกิจสมัยใหม่ ที่ทำให้มีข้อจำกัดในการใช้หลักเกณฑ์อำนาจบังคับบัญชามาวินิจฉัย เพราะไม่ได้มีการออกคำสั่งหรือควบคุมการทำงานของผู้อื่นที่ทำการงานให้โดยตรง แต่ศาลเยอรมันก็ได้ขยายหลักการบังคับบัญชาและการควบคุมดูแลให้กว้างมากขึ้น โดยได้วางหลักว่า สิทธิในการบังคับบัญชาและการควบคุมไม่จำเป็นต้องพิจารณารายละเอียดการบังคับบัญชา แต่ให้พิจารณาโครงสร้างของงานทั้งหมดว่านายจ้างมีสิทธิในการจำกัดขอบเขตการทำงานของลูกจ้าง หรือมีสิทธิกำหนดแนวทางในการทำงาน หรือมีสิทธิจำกัดเวลาทำงาน หรือขอบเขตการกระทำของงานได้หรือไม่ โดยลูกจ้างมีสิทธิเลือกวิธีปฏิบัติงานได้เอง¹¹² กล่าวโดยสรุปการที่ผู้ใช้ให้ทำการงานใช้สิทธิในการจำกัดการทำงานหรือกำหนดเวลาการทำงานให้อยู่ในกรอบ ก็ถือว่าเป็นการเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์กันระหว่างผู้ใช้ให้ทำการงานและผู้ทำการงานให้แล้ว

¹⁰⁹ John Federic Clerk, *Clerk & Lindsell on Torts*, 17th ed. (Scotland: Sweet & Maxwell Ltd., 1995), p. 163.

¹¹⁰ Markesinis, B.S., *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, p. 491-292.

¹¹¹ ณัฐินี สถิตานุชิต, “ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง”, หน้า 153 -154.

¹¹² Markesinis, B.S., *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, p. 491-493.

(3) ขอบเขตงานที่ให้ทำ

เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้ให้ทำงานและผู้ทำงานให้เกิดขึ้นแล้ว ผู้ใช้ให้ทำงานจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ทำงานให้ได้ต่อเมื่อการกระทำละเมิดของผู้ทำงานให้นั้นเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตงานที่ให้ทำ หรือ ในการปฏิบัติการทำงานของตน (in the performance of his work) ¹¹³ หมายความว่า ต้องมีความสัมพันธ์กันโดยตรงระหว่างการกระทำของผู้ทำงานให้ตามคำสั่งของผู้ใช้ให้ทำงาน ซึ่งการกระทำนั้นได้ก่อให้เกิดอันตรายขึ้นต่อบุคคลภายนอก

ในกรณีที่ผู้ทำงานให้มีความเจตนากระทำความผิดอาญา หรืองานที่ผู้อื่นที่ทำงานให้ทำนั้นได้ทำให้เกิดโอกาสในการกระทำความผิด ผู้ใช้ให้ทำงานก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะสามารถคาดเห็นได้ว่างานนั้นมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายได้ หรือหากความเสียหายที่ผู้ทำงานให้ได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่ละเมิด ¹¹⁴ แต่เกิดจากการที่ผู้ทำงานให้ทำงานบกพร่องหรือไม่มีประสิทธิภาพในการทำงาน ผู้ใช้ให้ทำงานก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

กรณีที่ผู้ใช้ให้ทำงานได้มีคำสั่งห้ามหรือไม่อนุญาตให้ผู้ทำงานให้กระทำการอย่างใดๆ แล้วผู้ทำงานให้ฝ่าฝืนคำสั่งนั้น ในกฎหมายเยอรมันกำหนดให้ผู้ใช้ให้ทำงานยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ทำงานให้ หากการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นงานของผู้ทำงานให้โดยทั่วไปที่เขาได้รับมอบหมาย แต่หากผู้ทำงานให้หรือลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของนายจ้างที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่นนี้ ผู้ใช้ให้ทำงานหรือนายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะถือได้ว่า นายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการควบคุมดูแลลูกจ้างแล้ว อันถือเป็นข้อต่อสู้ที่นายจ้างสามารถนำสืบหักล้างความผิดของตนเองได้ตามมาตรา 831 BGB ได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ (ในคดี *Limpus v London General Omnibus Co.*) ที่นายจ้างยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ฝ่าฝืนคำสั่งของลูกจ้าง จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายเยอรมันนายจ้างสามารถนำสืบแก้ข้อสันนิษฐานของกฎหมายเพื่อให้ตนเองพ้นความรับผิดได้ โดยต้องพิสูจน์ว่า นายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการคัดเลือกจัดหาและอบรมลูกจ้าง รวมถึงการคัดเลือกจัดหาเครื่องมือ อุปกรณ์ เครื่องใช้ ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว หรือพิสูจน์ว่าความเสียหายนั้นจะต้องเกิดขึ้น แม้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในหน้าที่แล้วก็ตาม ¹¹⁵

การที่ต้องกำหนดความรับผิดตามมาตรา 831 ดังกล่าว เนื่องจากผู้ใช้ให้ทำงานหรือนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเป็นผู้ที่มีความสามารถดีที่สุดในการทำประกันความรับผิด และกระจายมูลค่าหรือต้นทุนค่าใช้จ่ายไปสู่สังคม แต่จะเห็นได้ว่า ความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำงานเป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการพิสูจน์หักล้างหรือโต้แย้งความรับผิดได้ ดังนั้น การบังคับใช้มาตรา 831 ทำให้ผู้ใช้ให้ทำงานหลุดพ้นจากความรับผิดโดย

¹¹³ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 66.

¹¹⁴ Markesinis, B.S., *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, p. 489.

¹¹⁵ Markesinis, B.S., *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, p. 494, 553-554.

อาศัยการนำสืบหักล้างตามมาตรานี้ได้กว้างขวางเกินไป จึงมีการพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการใช้บทบัญญัติในมาตรานี้ ทั้งศาลและนักวิชาการในประเทศเยอรมนีก็ไม่เห็นด้วยกับมาตรา 831 อย่างชัดเจน โดยโต้แย้งว่าไม่ควรให้ผู้ใช้ให้ทำการงานพิสูจน์แม้ว่าเขาจะได้กระทำการด้วยความระมัดระวังในการเลือกหาผู้ทำการงานให้ ในการสั่งการของตน และในการควบคุมดูแลผู้ทำการงานให้ก็ตาม¹¹⁶ ศาลเยอรมันได้พยายามจำกัดขอบเขตที่นายจ้างจะสืบล้างความรับผิดชอบของตนเอง โดยการพัฒนากฎหมายความรับผิดของนายจ้างด้วยการนำบทบัญญัติมาตรา 278 BGB ซึ่งเป็นเรื่องความรับผิดของลูกหนี้เพื่อการกระทำของผู้ที่ตนใช้ให้ชำระหนี้แทน มาใช้ควบคู่กับมาตรา 831 BGB เพื่อมาขยายความรับผิดของนายจ้าง ทำให้เกิดเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่เรียกว่า “หลักสัญญาที่มีผลคุ้มครองบุคคลภายนอก”¹¹⁷ ทำให้การนำสืบพิสูจน์โต้แย้งของนายจ้างเป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น แนวโน้มความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายเยอรมันจึงพัฒนาไปในทางความรับผิดเด็ดขาดมากขึ้นด้วย

(4) สิทธิไล่เบียด

ในประเทศเยอรมนีผู้เสียหายสามารถเลือกที่จะฟ้องผู้อื่นที่ทำการงานให้ หรือผู้ใช้บุคคลอื่นทำการงานให้แต่เพียงผู้เดียวก็ได้ หรือจะฟ้องทั้งสองคนร่วมกันก็ได้ หากผู้เสียหายเลือกฟ้องผู้อื่นที่ทำการงานให้โดยตรงจากการกระทำที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเขาเองนั้นอาจเพราะเกรงว่าผู้ใช้บุคคลอื่นทำการงานให้จะสามารถพิสูจน์ตนเองเพื่อให้ตนพ้นผิดจากข้อกล่าวหาตามที่กฎหมายกำหนด เช่นนี้ ศาลของเยอรมันจึงได้อนุญาตให้ผู้อื่นที่ทำการงานให้สามารถมีสิทธิไล่เบียดเอาผู้ใช้บุคคลอื่นทำการงานให้ได้กรณีที่ได้خذใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลผู้ที่เสียหายจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในขอบเขตงานที่ให้ทำของตนไปแล้วได้ แต่ต้องได้ความว่าผู้อื่นที่ทำการงานให้นั้นไม่ได้กระทำละเมิดโดยเจตนาด้วย¹¹⁸ ส่วนขอบเขตแห่งจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ผู้อื่นที่ทำการงานให้จะสามารถใช้สิทธิไล่เบียดเอาผู้ใช้บุคคลอื่นทำการงานให้ จะต้องพิจารณาในแต่ละกรณีๆ โดยหลักก็จะขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของการกระทำของผู้อื่นที่ทำการงานให้ที่ได้ประมาทเลินเล่อ

ในส่วนของผู้ใช้บุคคลอื่นทำการงานให้ นั้น หากสามารถจะพิสูจน์ตัวเองจนหลุดพ้นจากความรับผิดไปแล้ว ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบอย่างเต็มจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกคือผู้อื่นที่ทำการงานให้ ซึ่งถือได้ว่ามีความรับผิดเนื่องจากการกระทำของตนเองอันถือได้ว่าเป็นการลงโทษที่ผู้ทำการงานให้ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อในระหว่างการทำงาน ซึ่งบางครั้งจะเห็นได้ว่าเป็นการไม่เหมาะสมกับรายได้ของผู้ทำการงานให้โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำงานในกิจการที่น่าจะก่อให้เกิดอันตราย ศาลจึงมักจะอนุญาตให้ผู้ทำการงานให้เรียกร้องให้ผู้ใช้ให้ทำการงานรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามที่ตนได้ชำระให้กับบุคคลภายนอกไปได้ตามหลักในเรื่องสัญญา โดยขอบเขตของค่าสินไหมทดแทนนี้จะนำเรื่องหลักประมาทร่วมในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 254 มาใช้เทียบเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เท่ากับว่าให้ขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของ

¹¹⁶ Cees Van Dam, Cees Van Dam, *European Tort Law*, p.450-451.

¹¹⁷ โวล์ฟกัง ไฟร์แฮร์ ฟอน มาเซล, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมาย,” แปลโดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, วารสารนิติศาสตร์ 26, 1 (มีนาคม, 2539): 140.

¹¹⁸ J. Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, p. 123..

ความรับผิดชอบของผู้ทำางานให้ โดยสามารถแยกเป็น 3 ระดับ กล่าวคือ หากประมาทเลินเล่อเพียงเล็กน้อยก็ให้ชดใช้อย่างเต็มจำนวน หากประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาหรือปานกลางให้แบ่งตามส่วนแห่งความรับผิดชอบ แต่หากประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือกระทำผิดโดยจงใจก็จะไม่ได้รับการชดใช้แต่อย่างใด¹¹⁹ หลักการนี้ถูกพัฒนาขึ้นโดยศาลของประเทศเยอรมัน โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ใช้ให้ทำางานที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ของผู้ทำางานให้ตามจำนวนที่ลูกจ้างได้ชดใช้ให้กับผู้เสียหายไป โดยจะต้องปรากฏว่างานอันผู้ทำางานให้ได้กระทำนั้นเป็นงานซึ่งน่าจะก่อให้เกิดอันตราย และความเสียหายที่เกิดแต่บุคคลภายนอกนั้นเป็นการซึ่งอยู่ในขอบเขตงานที่ให้ทำ แต่จะไม่นำไปปรับใช้กับกรณีที่ผู้ทำางานให้ได้ก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยเหตุผลของหลักการดังกล่าวคือ เป็นเพราะความผิดพลาดอย่างธรรมดาของผู้ทำางานให้ในงานซึ่งน่าจะก่อให้เกิดอันตรายนั้น เป็นเรื่องที่ไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ เนื่องจากโอกาสซึ่งอาจเกิดความผิดพลาดในการทำงานของมนุษย์นั้นย่อมมีขึ้นได้ ฉะนั้น ผู้ใช้ให้ทำางานจึงควรจะต้องแบกรับภาระความเสี่ยงเช่นว่านี้ให้เป็นส่วนหนึ่งในธุรกิจของตน¹²⁰

ในทางกลับกัน หากผู้ใช้ให้ทำางานให้เป็นผู้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปแล้ว ผู้ใช้บุคคลอื่นทำางานให้ก็สามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนที่ตนได้ใช้ไปนั้นคืนมาจากผู้อื่นที่ทำงานให้ได้ แต่ต้องเฉพาะกรณีที่ผู้อื่นที่ทำงานให้ได้กระทำละเมิดไปโดยจงใจหรือเจตนา หรือกระทำไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น¹²¹

โดยสรุปสิทธิไล่เบี่ยของประเทศเยอรมนีนั้น แบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ ขึ้นอยู่กับระดับการกระทำของผู้ทำางานให้ ถ้าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้ทำางานให้ต้องรับผิดชอบ หากเป็นกรณีที่ประมาทเลินเล่อธรรมดา ผู้ทำางานให้ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ใช้ให้ทำางานด้วย หรือประมาทเลินเล่อเล็กน้อย กรณีนี้ผู้ทำางานให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ประมาทเลินเล่อธรรมดากับประมาทเลินเล่อเล็กน้อยนั้น ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาระดับของความรับผิดชอบของผู้ทำางานให้ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมโดยรวม

4.3.2 ลักษณะและประเภทของรูปแบบการทำงานแบบใหม่

ประเทศเยอรมนีก็ประสบกับความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมและเศรษฐกิจเช่นเดียวกันกับประเทศอื่นๆ ซึ่งส่งผลให้ความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานในสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากด้วย เกิดเป็นรูปแบบการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ที่มีความความสัมพันธ์ซับซ้อน โดยมีความหมายและลักษณะ รวมถึงประเภทของการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ดังนี้

¹¹⁹ Christian Von Bar, *The Common European Law of Torts Volume One* (New York: Oxford University Press, 2000), p. 204-205.

¹²⁰ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 675.

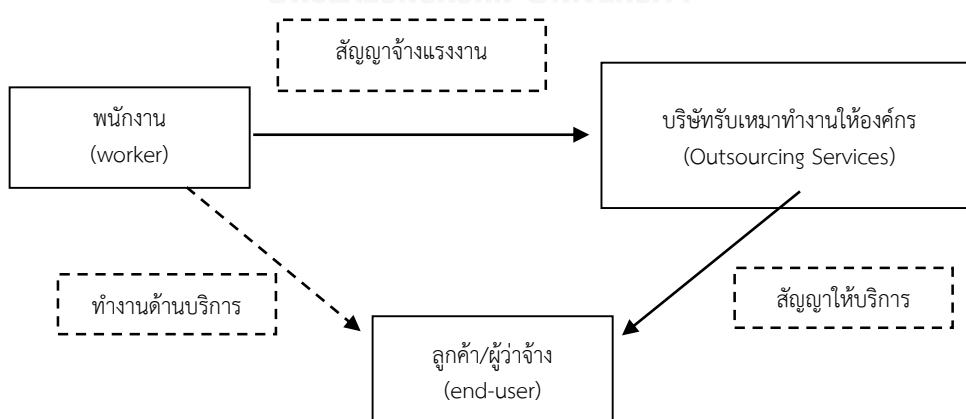
¹²¹ Cees Van Dam, *European Tort Law* (Oxford: University Press, 2006), p. 449.

4.3.2.1 Outsourcing Services

ความหมายของ Outsourcing Services ของประเทศเยอรมนีก็เหมือนกับของประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส คือ รูปแบบการทำงานที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่จัดหาคนงานหรือพนักงานไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง (end user) ซึ่งได้แก่ บริษัทหรือหน่วยงานต่างๆ ทั้งภาครัฐและเอกชนเช่นกัน ทั้งนี้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ บริษัท Outsourcing และผู้ว่าจ้างจะผูกพันกันตามสัญญาที่กำหนดว่าจ้างกันขึ้น โดยบริษัท Outsourcing จะรับเงินค่าบริการตามสัญญาจากผู้ว่าจ้างมาจ่ายเป็นค่าจ้างให้แก่พนักงานอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ คนงานหรือพนักงาน (worker) จะเป็นลูกจ้างโดยตรงของบริษัท Outsourcing เป็นลักษณะการจัดจ้างพนักงานภายนอกเข้ามาทำงานให้กับองค์กรผู้ว่าจ้าง ซึ่งงานที่บริษัท Outsourcing ที่มีให้บริการในประเทศเยอรมนีก็คล้ายกันกับประเทศอังกฤษเช่นกัน ได้แก่ งานด้านบัญชี งานด้านเทคนิคต่างๆ เช่น งานดูแลระบบคอมพิวเตอร์ หรืองานด้านกฎหมาย เป็นต้น

รูปแบบการทำงานของ บริษัท Outsourcing ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับพนักงาน (worker) มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยหน้าที่ของบริษัท Outsourcing คือ ทำสัญญาให้บริการกับลูกค้าผู้ว่าจ้าง แล้วส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง และรับเงินค่าบริการมาจ่ายเป็นเงินค่าจ้างให้แก่พนักงานตามสัญญาจ้างแรงงานอีกทอดหนึ่ง ส่วนพนักงานมีหน้าที่ไปทำงานให้กับบุคคลอื่นตามที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง ในขณะที่ลูกค้าผู้ว่าจ้าง end-user มีหน้าที่ในการจ่ายค่าบริการหรือค่าจ้างให้แก่บริษัท Outsourcing ตามสัญญาให้บริการเท่านั้น

ดังนั้น รูปแบบความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการจ้างพนักงานของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรนั้น มีสัญญาที่เกี่ยวข้องสองสัญญา ได้แก่ สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาให้บริการ เช่นกัน



ภาพประกอบภาพที่ 12 รูปแบบการทำงานของ บริษัท Outsourcing Services ในประเทศเยอรมนี

จากแผนภาพ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับพนักงาน (worker) เป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยบริษัท Outsourcing มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมาย และพนักงานมีฐานะเป็นลูกจ้าง

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Outsourcing กับลูกค้าหรือผู้ว่าจ้าง (end-user) เป็นสัญญาให้บริการ โดยบริษัท Outsourcing มีฐานะเป็นผู้ให้บริการและลูกค้ามีฐานะเป็นผู้รับบริการ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง เพราะผู้ว่าจ้างจ้างให้บริษัท Outsourcing ทำงานด้านบริการให้โดยประสงค์ผลสำเร็จของงาน

จะเห็นได้ว่า กรณีการจ้างพนักงานของบริษัท Outsourcing มาทำงานให้ นั่น เป็นการทำงานในลักษณะนายจ้างใช้ให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นซึ่งเป็นงานที่นายจ้างไปรับจ้างมา ถือเป็นงานตามคำสั่งของนายจ้างและค่าตอบแทนที่นายจ้างได้รับก็เป็นเงินค่าจ้างที่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะต้องนำมาจ่ายให้กับพนักงานอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ การทำงานของพนักงานก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรืออยู่ในความดูแลของผู้ว่าจ้างด้วย เพราะเป็นการทำงานในสถานที่ของผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างจึงมีสิทธิในการออกคำสั่งกำหนดให้พนักงานทำงานตามที่ตนประสงค์ได้ จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า การที่พนักงานต้องทำงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างด้วยนั้น ถือว่า ผู้ว่าจ้างจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดบ้าง

4.3.2.2 Agency Worker

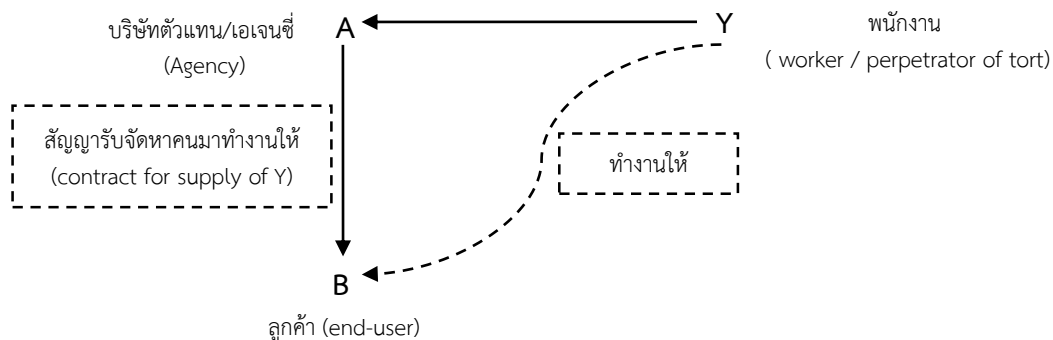
Agency Worker เป็นรูปแบบการทำงานที่เป็นการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี ซึ่งเป็นการทำงานที่พนักงานไม่ได้มีการทำสัญญาจ้างแรงงานกับบริษัทเอเจนซี แต่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายตามหลักสัญญาในรูปแบบอื่น¹²² โดยการทำงานของพนักงานของบริษัทเอเจนซี (Agency Staff) นั้น อาจเป็นการทำงานให้แก่นายจ้างหรือผู้ว่าจ้างหลายคนก็ได้ แต่การรับงานจะต้องรับงานผ่านบริษัทเอเจนซี จึงทำให้บริษัทตัวแทนเป็นผู้เข้าทำสัญญาจ้างงานโดยตรงกับนายจ้าง (end-user) แต่ละคนในการจัดหาคนมาทำงานให้ ด้วยเหตุนี้ จากความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวทำให้การจัดให้ความสัมพันธ์เหล่านี้ไว้ในรูปแบบสัญญาจ้างแรงงานแบบดั้งเดิมนั้นเป็นไปได้ยาก เพราะเป็นการทำงานที่มีลักษณะคล้ายกับผู้รับเหมาอิสระ แต่ต้องทำงานตามคำสั่งที่ได้รับเสมือนเป็นลูกจ้างด้วย¹²³

ทั้งนี้ รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนี้ มีสัญญาที่เกี่ยวข้องสองสัญญา ได้แก่ สัญญาจ้างทำงาน กับสัญญาจัดหาคนมาทำงานให้ ซึ่งเป็นรูปแบบเดียวกันกับ Agency worker ของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส

สัญญาจ้างทำงาน (contract for service)

¹²² Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 82.

¹²³ Ibid., p. 93.



ภาพประกอบภาพที่ 13 รูปแบบการทำงานของบริษัท Agency ในประเทศเยอรมนี

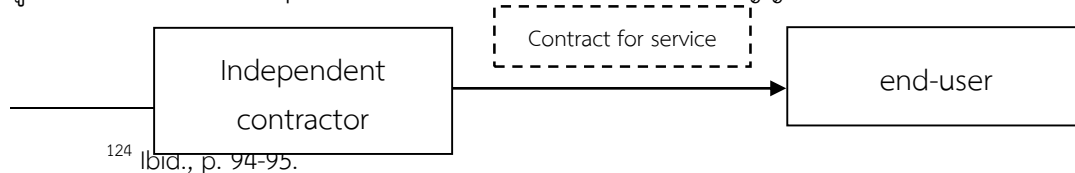
จากแผนภาพ พนักงาน (Y) เข้าทำสัญญากับบริษัทตัวแทน (A) และมีการลงนามในสัญญาให้ไว้กับบริษัทตัวแทนด้วย บริษัทตัวแทนจะพยายามหางานให้แก่พนักงาน เมื่อหาได้บริษัทตัวแทนจะเป็นผู้ทำสัญญากับลูกค้า (B) เพื่อจัดให้ (Y) มาทำงานให้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ระหว่าง (Y) และ (B) ไม่มีสัญญาใดๆ ต่อกัน ค่าตอบแทนของ (Y) จะได้รับจาก (A) แม้ว่า (Y) ไม่ได้ทำงานให้กับ (A) ก็ตาม เพราะ (Y) จะทำงานให้กับอีกบุคคลหนึ่ง นั่นคือ (B) แทน ในขณะที่ (B) เองก็ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอย่างอื่นให้แก่ (Y) สำหรับการทำงานและใช้ทักษะในการทำงานด้วยตนเองของ (Y) เพื่อผลประโยชน์ของ (B) แต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อพนักงานทำละเมิดขึ้น จึงเป็นการยากที่จะเกิดความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 สำหรับการกระทำของ (Y) ได้ เพราะถึงแม้ว่าการทำงานดังกล่าวจะเป็นการทำงานให้กับ (B) ซึ่งไม่ได้มีสัญญาจ้างงานต่อกัน แต่ (B) ก็ไม่ได้เป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้แก่ (Y) โดยตรง หรือแม้ว่า (A) จะเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างและ (Y) ได้ทำสัญญาไว้กับ (A) ก็ตาม แต่ (Y) ไม่ได้ทำละเมิดในขอบเขตทางการที่จ้างของ (A) แต่อย่างใด ดังนั้น จึงไม่อาจปรับ หลักเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นในความสัมพันธ์ลักษณะนี้ได้ เพราะความสัมพันธ์ของสัญญาจ้างแรงงานได้กลายมาเป็นความสัมพันธ์ของนายจ้างกับผู้รับงานอิสระมากกว่าจะเป็นแบบนายจ้างลูกจ้างแล้ว¹²⁴

4.3.2.3 Independent contractor

Independent contractor คือ ผู้รับจ้างทำของในประเทศเยอรมนีก็มีรูปแบบการทำงานที่เหมือนกับผู้รับจ้างทำของในประเทศไทย โดยเป็นผู้มีอาชีพรับทำงานให้แก่บุคคลอื่นตามสัญญาเช่นกัน ลักษณะการทำงานมีอิสระ ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทใด ผู้รับจ้างทำของอาจเรียกชื่อว่า Freelance คือ คนที่ทำงานโดยอิสระก็ได้เช่นกัน

ทั้งนี้ รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามรูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ หรือ Independent contractor นี้ มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง



¹²⁴ Ibid., p. 94-95.

ภาพประกอบภาพที่ 14

รูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) ในประเทศเยอรมนี

จากแผนภาพ เป็นสัญญาจ้างทำงานระหว่างผู้ Independent contractor กับ end-user โดยบริษัทผู้ว่าจ้าง (end-user) มิได้มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายของผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor เนื่องจากไม่ได้มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง โดยเป็นการจ้างให้ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างตามงานที่ตกลงกัน และ Independent contractor เองก็ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้างเช่นกัน

จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ในประเทศเยอรมนี ต้องทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาควบคุมการทำงานของบริษัทผู้ว่าจ้าง จึงเห็นได้ว่า การทำงานของผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ไม่มีอิสระในการทำงานอย่างแท้จริงอีกต่อไป ดังนั้น จึงเกิดประเด็นปัญหาว่า ผู้รับจ้างอิสระ Independent contractor ซึ่งทำงานตามคำสั่งหรือภายใต้บังคับบัญชาของบริษัทผู้ว่าจ้างไปทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกในขณะที่ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลภายนอก ดังกล่าว บริษัทผู้ว่าจ้างที่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของผู้ทำละเมิดแม้จะไม่ได้เป็นนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดดังกล่าว ด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาตามหลักความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามกฎหมายเยอรมันแล้ว โดยทั่วไปผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้รับจ้าง ความรับผิดของผู้ว่าจ้างอยู่บนพื้นฐานความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดเพื่อละเมิดมาตรา 823 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ต่อมาศาลเยอรมันจะตีความกำหนดให้ผู้ว่าจ้างทำของต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับจ้าง โดยการตีความขยายของเขตหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนี้ โดยเป็นความผิดของตัวแทนที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 278 โดยความรับผิดของผู้ว่าจ้างมีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญาในรูปแบบความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นที่อยู่บนพื้นฐานความรับผิดเด็ดขาด เช่น หากผู้จัดการอิสระของโรงแรมทำละเมิด เจ้าของโรงแรมต้องร่วมรับผิดชอบด้วย แม้จะผูกพันตามสัญญาจ้างทำของก็ตาม¹²⁵

4.3.3 การปรับใช้มาตรา 831 กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่

ความรับผิดของผู้ใช้ให้ทำงานกรณีผู้ทำงานให้กระทำละเมิดตามมาตรา 831 นั้น ต้องมีองค์ประกอบความสัมพันธ์เป็นผู้ใช้ให้ทำงานและผู้ทำงานให้เสียก่อน ซึ่งมีความหมายกว้าง

¹²⁵ Gerald Spindler, Oliver Rieckers, Tort Law in German (The Netherlands: Kluwer Law International BV., 2011), p. 80.

กว่านายจ้างและลูกจ้าง โดยจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีหลักอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาของบุคคลอื่นทำการงานให้ที่อยู่เหนือตัวผู้อื่นที่ทำการงานให้เช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งผู้ทำการงานให้จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั่นเอง

สำหรับการทำงานที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานของประเทศเยอรมนี ซึ่งถือเป็นการทำงานในรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคม นั้น ก็มีรูปแบบการทำงานที่เป็นการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีในลักษณะเดียวกับประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสเช่นกัน

เมื่อพิจารณาการปรับใช้มาตรา 831 กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่ๆ ที่เป็นการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีแล้ว จะเห็นได้ว่า ลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลที่เป็นผู้กระทำละเมิดกับบุคคลที่ต้องร่วมรับผิดชอบของการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนั้น มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ของผู้ใช้ให้ทำการงานและผู้ทำการงานให้ตามกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้ทำการงานเพื่อการกระทำละเมิดของผู้ทำการงานให้ไว้ในมาตรา 831 ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่า รูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนั้น มีองค์ประกอบครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ใช้ให้ทำการงานหรือไม่ โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ความรับผิดที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

อย่างที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อกฎหมายฝรั่งเศสว่า ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีความพร้อมมากกว่าที่จะค้นหาความรับผิดของผู้ว่าจ้างเพื่อการกระทำละเมิดของผู้รับจ้าง เพราะในเรื่องการทำงานมิได้จำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ในรูปแบบของนายจ้างลูกจ้างเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากหลักเกณฑ์การปรับใช้เรื่องความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีความยืดหยุ่นมากกว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังนั้น สำหรับกฎหมายเยอรมันที่ปรับใช้หลักทั่วไปตาม เกณฑ์สิทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงาน (the right to give instructions) ของผู้ว่าจ้างจึงอาจทำให้การตีความขยายขอบเขตของหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดสามารถทำได้ง่ายกว่า และยังสามารถนำมาปรับใช้ในสถานการณ์ของบริษัท เอเจนซีที่จะกำหนดให้ผู้ใช้ให้ทำการงานให้ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างมีความรับผิดภายใต้เงื่อนไขที่เสมือนมีสัญญาผูกพันกันได้ด้วย¹²⁶

ดังนั้น สำหรับการแก้ไขปัญหาเรื่องความรับผิดทางละเมิดจากการทำงานในรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี (agency staff) นั้น ศาลเยอรมันยังคงยึดหลัก เกณฑ์สิทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงาน (the right to give instructions) อยู่ แต่ได้ตีความขยายความแบบกว้างมากขึ้น โดยตีความขยายว่า อำนาจในการควบคุมการทำงาน นั้น ไม่ได้หมายความจำกัดว่า ผู้ใช้ให้ทำการงานจะต้องสามารถสั่งให้ผู้ทำการงานให้ทำการงานด้วยวิธีใด ใดๆ เวลาเมื่อไรอีกต่อไป ขอเพียงมีความเป็นไปได้ (possibility) ที่จะสามารถควบคุมการกระทำของผู้ทำการงานให้ได้ก็พอ เพราะสาระสำคัญอยู่ที่ ผู้ใช้ให้ทำการงานนั้นมีสิทธิในการให้คำแนะนำหรือสั่งหรือไม่ ดังนั้น ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามกฎหมายเยอรมันจึงขยายความรวมไปถึงผู้รับจ้างทำของ และผู้ทำงานด้วยกันแบบคู่ค้าหรือหุ้นส่วนด้วย ซึ่งต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ด้วยเหตุนี้ แม้ไม่มีสัญญาจ้างระหว่างบริษัทเอเจนซีกับพนักงาน และไม่มีสัญญาระหว่างผู้ว่าจ้าง (end-user) กับพนักงานก็ตาม แต่ศาลเยอรมันก็สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวภายใต้เกณฑ์สิทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงาน (the right to give instructions) ซึ่งเห็นได้ว่า ตามกฎหมายเยอรมัน ถ้าพนักงานถูกพบว่าได้เข้าทำงาน

¹²⁶ Ibid., p. 97.

อย่างเต็มเวลาเพื่อทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง (fully integrated into the work of the end-user) กรณีนี้ผู้ว่าจ้างถูกถือว่าเป็นนายจ้างตามมาตรา 831 กำหนดไว้ในฐานะเป็นผู้ที่มีสิทธิในการให้คำแนะนำหรือสั่งพนักงานหรือลูกจ้างได้¹²⁷ นั่นเอง

นอกจากรูปแบบการจ้างงานโดยผ่านบริษัทเอเจนซีแล้ว ประเทศเยอรมนีก็มีรูปแบบการทำงานในกรณีที่บุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (borrowed servant) เหมือนกับประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสด้วยเช่นกัน ซึ่งเป็นการทำงานที่มีลักษณะการจ้างงานโดยมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันระหว่างนายจ้างปกติและลูกจ้าง แต่ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างกลับเป็นอีกบุคคลหนึ่งที่มีใช้นายจ้างปกติ ดังนั้น ในกรณีนี้จึงมีนายจ้างสองคนในขณะทำงาน กล่าวคือ นายจ้างปกติ (general employer) ที่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างและลูกจ้างต้องทำตามสัญญาจ้างแรงงาน และนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) คือ ผู้ขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้าง หากลูกจ้างได้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอก เพราะไม่แน่ชัดว่านายจ้างคนใดจะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างบ้าง ซึ่งแนวทางการแก้ปัญหาของศาลเยอรมันในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างสำหรับกรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (borrowed servant) นั้น มีลักษณะตรงข้ามกับศาลฝรั่งเศส กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1995 ซึ่งศาลสูงของเยอรมัน พบว่า ในกรณีที่ลูกจ้างได้แยกตัวออกไปจากนายจ้างอย่างเด็ดขาดแล้ว ในสัญญาที่มีข้อกำหนดการจ้างแรงงานเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับคำสั่งของนายจ้างปกติเฉพาะแต่คำสั่งที่ลูกจ้างได้รับอย่างเคร่งครัดเท่านั้น ดังนั้น การคงไว้ซึ่งสิทธิของนายจ้างที่จะยกเลิกคำสั่งได้ทุกเวลาและสามารถสั่งการได้จากทุกที่ ก็ถือว่าเป็นความผูกพันที่เคร่งครัดเพียงพอแล้ว ด้วยเหตุนี้ เมื่อลูกจ้างได้เข้าไปทำงานกับองค์กรอื่นที่ลูกจ้างยอมรับที่จะทำงานให้ องค์กรดังกล่าวก็จะถูกพิจารณาให้ มีฐานะเป็นนายจ้างชั่วคราว ถ้ามีการแยกตัวออกจากนายจ้างปกติที่ยังไม่สมบูรณ์ ผู้เสียหายก็สามารถเรียกร้องให้นายจ้างทั้งคู่เป็นนายจ้างตามความหมายของมาตรา 831 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ ซึ่งศาสตราจารย์ Viney และ Jourdain ได้สนับสนุนว่า นายจ้างปกติควรจะต้องมีความรับผิดชอบ เว้นแต่ลูกจ้างอาจจะเข้าเป็นส่วนหนึ่งของบริษัทผู้ว่าจ้างสำหรับช่วงเวลาที่เหมาะสมอย่างหนึ่งอย่างแท้จริง ความรับผิดชอบที่จะต้องโอนไปยังนายจ้างชั่วคราวที่มีอำนาจควบคุมลูกจ้างได้อย่างสมบูรณ์ด้วย ซึ่งในพฤติการณ์นี้นายจ้างโดยทั่วไปไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะเข้าถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นในการแสดงออกของลูกจ้าง ดังนั้น นายจ้างปกติจึงไม่ควรให้ต้องมีความรับผิดชอบ¹²⁸

สำหรับกรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน (หลัก Borrowed Servants) นั้น โดยหลักแล้ว ในกรณีที่ลูกจ้างต้องไปทำงานในสถานที่ของบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่สถานที่ของนายจ้างถาวร หรือต้องแยกตัวไปทำงานอยู่ห่างจากนายจ้างถาวร ศาลเยอรมันจะกำหนดให้นายจ้างถาวรต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นเฉพาะแต่กรณีที่ลูกจ้างปฏิบัติตามคำสั่งที่เคร่งครัดของนายจ้างถาวรเท่านั้น และสันนิษฐานไว้ก่อนว่า นายจ้างถาวรยังคงมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาการทำงานของ

¹²⁷ Ibid., p. 97.

¹²⁸ Ibid., p. 88-89.

ลูกจ้างได้อยู่ และต้องรับผิดชอบในผลละเมิดที่ลูกจ้างกระทำตามมาตรา 831¹²⁹ เช่น เมื่อ ปี ค.ศ. 1995 ในคดีที่คนงานถูกส่งให้ไปช่วยโจทก์ในการรื้อถอนหลังคาของสนามกีฬา แต่ปรากฏว่าคนงานไม่ได้เชื่อฟังคำแนะนำหรือคำสั่งของหัวหน้างานของโจทก์และทำให้เกิดความเสียหายกับเสาค้ำหลังคา เป็นผลให้สามวันหลังจากนั้นหลังคาของสนามกีฬาได้พังทลายลงมาและทำให้เกิดความเสียหายแก่สนามกีฬา ศาลเยอรมันได้ตัดสินให้นายจ้างถาวร (general employer) ซึ่งเป็นผู้ส่งคนงานไปทำงานเป็นผู้รับผิดชอบตามมาตรา 831 เนื่องจากนายจ้างถาวรยังคงมีอำนาจที่จะสั่งยกเลิกการทำงานของคนงานได้ตลอดเวลา หรือสามารถที่จะสั่งการจากที่ใดๆ ให้คนงานทำการป้องกันความเสียหายได้¹³⁰

อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันได้นำหลักการเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร (หลัก integrated into the hirer's organization) มาใช้พิจารณาอำนาจบังคับบัญชาที่มีอยู่เหนือตัวลูกจ้างเพื่อกำหนดความรับผิดชอบของนายจ้างในกรณีที่มีการส่งลูกจ้างไปทำงานกับบุคคลอื่นด้วย โดยศาลเยอรมันวางหลัก ดังนี้

กรณีแรก หากลูกจ้างยังไม่แยกตัวออกจากอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างถาวรอย่างสมบูรณ์ และไม่ปรากฏชัดเจนว่า นายจ้างคนใดมีอำนาจเหนือตัวลูกจ้างผู้ทำละเมิดขณะเกิดเหตุละเมิด กรณีนี้ ศาลเยอรมันจะตัดสินให้นายจ้างทั้งคู่มีฐานะเป็น ผู้ให้ทำการงาน (Geschäftsherrn) ซึ่งจะต้องร่วมกันรับผิดชอบตามมาตรา 831

กรณีที่สอง หากลูกจ้างได้ถูกยอมรับเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของนายจ้างชั่วคราวในช่วงเวลาหนึ่งอย่างสมบูรณ์ (fully integrated) ซึ่งนายจ้างถาวรไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ ลูกจ้างได้อีก ก็ถือว่าอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างทั้งหมดโอนมาที่นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) แล้ว กรณีนี้ ศาลเยอรมันจะตัดสินให้นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) เป็นผู้รับผิดชอบตามมาตรา 831¹³¹

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอสรุปหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในกรณีการขอยืมลูกจ้างไปใช้งานเป็นตาราง ดังนี้

ตารางที่ 3 ความรับผิดชอบหลัก Borrowed Servants ในกฎหมายเยอรมัน

¹²⁹ Ibid., p. 88.

¹³⁰ คดี BGH 26 January 1995 NJW-RR 1995, 659.

¹³¹ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p.88-89.

ลักษณะความสัมพันธ์ในการ ทำงานของลูกจ้าง	บุคคลที่ต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 831 ประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน	
	นายจ้างถาวร (general employer)	นายจ้างชั่วคราว (temporary employer)
ลูกจ้างทำงานกับนายจ้าง ชั่วคราวโดยที่นายจ้างถาวรยัง สามารถยกเลิกคำสั่งหรือสั่ง การจากที่อื่นได้	✓	
ลูกจ้างทำงานกับนายจ้าง ชั่วคราวโดยถูกยอมรับว่าเข้า ร่วมเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ของนายจ้างชั่วคราวอย่าง สมบูรณ์ในช่วงระยะเวลา แน่นอนช่วงหนึ่ง (หลัก integrated into the hirer's organization)		✓

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5.1 ปัญหาของมาตรา 425 ในการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 บัญญัติว่า “นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบ
ลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างในกระทำให้ไปในทางการที่จ้างนั้น” ซึ่งหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของ
นายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างประกอบด้วยสองส่วน ส่วนแรกคือ มีความสัมพันธ์กันเป็น
นายจ้างและลูกจ้าง และส่วนที่สองคือ การกระทำละเมิดดังกล่าวของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้างของ
นายจ้าง ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น เกิดจากการเลือกใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง มาบัญญัติไว้
ในมาตรา 425 ทำให้การตีความปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต้องถูกจำกัดกับความหมาย
ของคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ตลอดมา จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาและวิเคราะห์ว่า เหตุใดประเทศ
ไทยจึงเลือกใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง

5.1.1 พิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ข้อ 2.2.1.2 เกี่ยวกับที่มาของหลักกฎหมายที่นายจ้างจะต้อง
ร่วมรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างตามกฎหมายไทยแล้วว่า เดิมในสมัยโบราณนั้น ประเทศไทยมี
ความสัมพันธ์ในรูปแบบของนายจ้างกับลูกจ้าง แต่เรียกว่า นายเงินกับทาส ซึ่งนับตั้งแต่สมัยกรุงศรี
อยุธยา ก็มีกฎหมายตราสามดวงบัญญัติให้นายเงินซึ่งมีฐานะเป็นเจ้านายต้องรับผิดชอบกับทาสของตนที่ได้
ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางสัญญาหรือเรื่องละเมิดก็ตาม เช่น หาก
นายเงินรู้ว่าทาสของตนไปกู้ยืมเงินผู้อื่นมาหรือไปยืมทรัพย์สินของผู้อื่นมา นายเงินก็ต้องร่วมรับผิดชอบ
ทาสด้วย (ตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จและกฎหมายลักษณะภูหนี่) หรือในกรณีที่ทาสไปทำผิด
ละเมิดผู้อื่น หรือลักขโมยทรัพย์สินผู้อื่น นายเงินก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับทาสเช่นกัน (ตามกฎหมายลักษณะ
วิวาทและกฎหมายลักษณะทาส) เป็นต้น จะเห็นได้ว่า นายเงินหรือนายจ้างตามกฎหมายเก่าของไทย
มีความรับผิดชอบในขอบเขตที่กว้างกว่าความรับผิดชอบของนายจ้างในสมัยปัจจุบัน และหลักกฎหมายเรื่อง
ความรับผิดชอบของนายเงินดังกล่าวต่างบัญญัติไว้กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ มีลักษณะไม่
เป็นระบบ ทั้งยังไม่มีหลักวินิจฉัยความรับผิดชอบที่แน่นอน ขึ้นอยู่กับ การพิจารณาข้อเท็จจริงกับ
องค์ประกอบความผิดเป็นเรื่องๆ ไป

สมัยต่อมาก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย
กฎหมายอังกฤษเริ่มเข้ามามีอิทธิพลต่อกฎหมายไทยมากขึ้น เพราะมีนักกฎหมายไทยสำเร็จการศึกษา
จากประเทศอังกฤษหลายคน และมีการนำหลักกฎหมายของอังกฤษเข้ามาใช้ในการตัดสินคดีใน
ประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ซึ่งเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดจาก

ของไทยแต่เดิมมายอมรับแนวความคิดตามกฎหมายยุโรปมาใช้ สำหรับความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น เริ่มแรกประเทศไทยก็ได้นำเอาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) มาใช้ โดยการนำทฤษฎีทางการที่จ้างมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี ซึ่งทำให้ได้หลักวินิจฉัยความรับผิดชอบของนายจ้างที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของทาสหรือบ่าว หากการกระทำนั้นอยู่ในหน้าที่ของบ่าว เมื่อเป็นการกระทำในหน้าที่และเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบ

หลังจากมีการนำหลักกฎหมายกฎหมายอังกฤษมาใช้ ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งขณะนั้นเป็นยุคล่าอาณานิคมของชาวตะวันตก ประเทศไทยมีความจำเป็นจะต้องปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้เป็นที่ยอมรับของชาวตะวันตก รัชกาลที่ 5 จึงได้โปรดเกล้าฯ ให้จัดระบบกฎหมายเสียใหม่ จนมีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น

การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ใช้เวลาในการจัดทำและตรวจแก้โดยคณะกรรมการหลายชุด โดยเป็นการร่างกฎหมายในบรรพ 1 และบรรพ 2 ก่อน ซึ่งจัดทำกฎหมายขึ้นจากการรวบรวมบทกฎหมายเก่าเข้าเป็นหมวดหมู่และเพิ่มเติมบทกฎหมายใหม่ซึ่งอาศัยหลักกฎหมายของต่างประเทศให้มีเนื้อหาครบถ้วนทุกเรื่อง แล้วจัดทำเป็นรูปแบบของประมวลกฎหมายตามแบบอย่างของชาวตะวันตก ทั้งนี้ เริ่มแรกมีนักกฎหมายจากประเทศฝรั่งเศสเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 6 การร่างประมวลกฎหมายของกรรมการร่างกฎหมายชุดแรกยังไม่มีความสำเร็จ จึงได้มีการแต่งตั้งกรรมการร่างกฎหมายชุดใหม่ขึ้น ซึ่งต่อมามีพระยามานวราชเสวีได้จัดทำคำแปลของร่างประมวลกฎหมายไว้ โดยความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างนั้น มีการนำแนวคิดเรื่องขอบเขตทางการที่จ้างตามแบบอย่างกฎหมายยุโรปมาใช้โดยบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ตามร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วย พันธะธรรม มาตรา 1-1128 พ.ศ. 2464 บัญญัติอยู่ในภาค 1 กำเนิดแห่งพันธะ แผนก 4 การกระทำผิด หมวด 1 ว่าด้วยความรับผิดชอบแห่งการกระทำผิด (มาตรา 120-126) ปรากฏในมาตรา 122 และมาตรา 123¹

มาตรา 122 ซึ่งบัญญัติว่า “ท่านว่าลูกจ้างกับผู้จ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผลแห่งการกระทำผิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในเขตการงาน”

มาตรา 123 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้จ้างคนใดได้เสียค่าทดแทนให้แก่คนที่สาม เพราะลูกจ้างกระทำผิดนั้น มีสิทธิไล่เบียดเอาแก่ลูกจ้างได้”

จะเห็นได้ว่า เริ่มแรกที่มีการจัดทำร่างประมวลกฎหมาย ในบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบละเมิดของนายจ้างแต่เดิมนั้น ประเทศไทยใช้ถ้อยคำว่า ลูกจ้างกับผู้จ้าง ต่อมาได้มีการตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับดังกล่าวอีกหลายครั้งเป็นลำดับดังนี้

การตรวจแก้ครั้งที่ 1² ได้มีการแก้ไขชื่อภาค ชื่อแผนก และชื่อหมวด รวมทั้งแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติของมาตรา 122 และมาตรา 123 ด้วย กล่าวคือ ความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งละเมิด

¹ คำแปลกรรมการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพว่าด้วยพันธะธรรม มาตรา 1-1128 เริ่มตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2463 แล้วเสร็จวันที่ 21 เมษายน 2464 ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทำข้างวังหน้า กรุงเทพฯ หน้า 51.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วย พันธะธรรม (มาตรา 1-387) ต้นฉบับตรวจแก้ครั้งที่ 1 ตั้งแต่วันที่ 9 มิถุนายน 2463 ถึงวันที่ 26 พฤษภาคม 2464 หน้า 53-54.

ของลูกจ้างนั้น ตามร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วย พันธะธรรม (มาตรา 1-387) บัญญัติอยู่ในภาค 1 กำเนิดแห่งพันธะธรรม แผนก 4 มิฉฉากรรม หมวด 1 ความรับผิดชอบในมิฉฉากรรม (มาตรา 120-126) โดยยังคงบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างไว้อยู่ในมาตรา 122 และมาตรา 123 แต่มีการแก้ไขถ้อยคำที่บัญญัติจากเดิมเป็นดังนี้

มาตรา 122 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใช้ต้องรับผิดชอบรวมกันกับผู้รับใช้ในผลแห่งมิฉฉากรรม ซึ่งผู้ใช้ได้กระทำไปในเขตการงานที่รับใช้นั้น”

มาตรา 123 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใช้ซึ่งได้เสียค่าทดแทนให้แก่คนที่สาม มีสิทธิจะได้รับจ่ายคืนจากผู้รับใช้ เพราะผู้ใช้ได้กระทำมิฉฉากรรมนั้น”

การตรวจแก้ครั้งที่ 2³ ตามร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วย พันธะธรรม (มาตรา 1-387) ยังคงบัญญัติอยู่ในภาค 1 กำเนิดแห่งพันธะธรรม แผนก 4 มิฉฉากรรม หมวด 1 ความรับผิดชอบในมิฉฉากรรม (มาตรา 120-126) เช่นเดิม แต่มีการแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติในมาตรา 122 และมาตรา 123 อีกเล็กน้อย คือ

มาตรา 122 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใช้ต้องรับผิดชอบรวมกันกับผู้รับใช้ในผลแห่งมิฉฉากรรม ซึ่งผู้ใช้ได้กระทำไปในเขตการงานที่รับใช้นั้น”

มาตรา 123 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใช้ซึ่งได้เสียค่าทดแทนให้แก่คนที่สาม ในการที่ผู้ใช้ได้กระทำมิฉฉากรรมนั้น มีสิทธิจะได้รับจ่ายคืนจากผู้รับใช้”

ต่อมาเมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2464 กองกรรมการชำระประมวลกฎหมายได้จัดทำคำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วยพันธะธรรม ซึ่งในส่วนของความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ไม่ได้มีการแก้ไขถ้อยคำใดๆ ยังคงใช้ถ้อยคำเหมือนเดิม⁴

จะเห็นได้ว่า จากการตรวจแก้ต้นฉบับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของกรมร่างกฎหมายข้างต้น ทั้งครั้งที่ 1 ครั้งที่ 2 และเมื่อเดือนกันยายน 2464 นั้น ปรากฏว่า มาตรา 122 และมาตรา 123 ได้มีการแก้ไขถ้อยคำใหม่ทั้งมาตรา โดยไม่ได้เลือกใช้คำว่า ผู้จ้างกับลูกจ้างเหมือนกับร่างกฎหมายฉบับแรก แต่กลับมีการใช้ถ้อยคำว่า ผู้ใช้กับผู้รับใช้ แทน

นอกจากนี้ การจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น เดิมมีการใช้รูปแบบการจัดทำประมวลของประเทศฝรั่งเศส แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขรูปแบบการจัดทำประมวลกฎหมายใหม่ ซึ่งคณะกรรมการผู้ร่างกฎหมายเห็นควรว่า ควรเปลี่ยนมาใช้รูปแบบการจัดทำประมวลโดยใช้เค้าโครงแบบประเทศเยอรมนี โดยใช้วิธีการเลียนแบบวิธีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น ที่ประเทศญี่ปุ่นได้รับแบบอย่างมาโดยการคัดลอกตัวบทกฎหมายจากประมวลกฎหมายประเทศเยอรมนีอีกทอดหนึ่ง จึงถือได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยดำเนินรูปแบบตาม

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วย พันธะธรรม (มาตรา 1-387) ต้นฉบับตรวจแก้ครั้งที่ 2 ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม 2464 ถึงวันที่ 18 สิงหาคม 2464 หน้า 50-51.

⁴ คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วยพันธะธรรม กันยายน 2464 กองกรรมการชำระประมวลกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทำข้างวังหน้า กรุงเทพมหานคร หน้า 40.

กฎหมายแพ่งเยอรมันด้วย⁵ จึงทำให้มีการแก้ไขการแบ่งโครงสร้างของประมวลกฎหมายใหม่ และเป็นผลให้หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างจากเดิมที่บัญญัติไว้ในมาตรา 122 และ 123 เปลี่ยนแปลงไปตามร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ซึ่งความรับผิดชอบของนายจ้างดังกล่าวไปปรากฏอยู่ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ภาค 1 มูลแห่งหนี้ ลักษณะ 4 ลเมิด หมวด 1 ความจะต้องใหม่เพราะลเมิด (มาตรา 186-192) โดยมีการเปลี่ยนแปลงเลขมาตราด้วย ทำให้ความรับผิดชอบของนายจ้างและสิทธิไต่เบี่ยของนายจ้างถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 189 และมาตรา 190⁶ แทน

มาตรา 189 บัญญัติว่า “ผู้จ้างกับลูกจ้างจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในผลแห่งลเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น”

มาตรา 190 “ผู้จ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปเพราะลเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น”

จะเห็นได้ว่า ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ข้างต้น มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในบทบัญญัติจากคำว่า ผู้ใช้กับผู้รับใช้ ที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไป กลับมาใช้คำว่า ผู้จ้างกับลูกจ้าง ดังเดิมอีกครั้งหนึ่ง

จนกระทั่งเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2466 ซึ่งได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับแรกของไทยขึ้นนั้น บทบัญญัติเรื่องละเมิดบัญญัติอยู่ใน บรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ภาค 1 มูลแห่งหนี้ ลักษณะ 4 ลเมิด หมวด 1 ความจะต้องใหม่เพราะลเมิด (มาตรา 186-203) โดยความรับผิดชอบของนายจ้างและสิทธิไต่เบี่ยของนายจ้าง ปรากฏอยู่ในมาตรา 189 และมาตรา 190 เหมือนเดิม แต่มีการแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายด้วย คือ

มาตรา 189 บัญญัติว่า “นายจ้างกับลูกจ้างจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในผลแห่งลเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น”

มาตรา 190 “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปเพราะลเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น”

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ประกาศใช้เป็นฉบับแรกเมื่อปี พ.ศ. 2466 นั้น มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในบทบัญญัติจากคำว่า ผู้จ้างกับลูกจ้าง มาเป็นนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งเป็นการใช้คำว่า นายจ้างกับลูกจ้างเป็นครั้งแรกแล้วก็ใช้มาตลอดจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ หากพิจารณาในแง่ประวัติศาสตร์ซึ่งเป็นที่มาของการบัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของนายจ้างในเรื่องนี้ พบว่า บทบัญญัติที่เป็นต้นแบบหรือที่มาของมาตรา 189 ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่ง

⁵ มานวราชเสวี, พระยา, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี, โดยภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2557), หน้า 21-23.

⁶ คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทำข้างวังหน้า กรุงเทพมหานคร หน้า 62-63.

เยอรมัน มาตรา 831 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 715 ส่วนมาตรา 190 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 715 วรรค 3 และประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 55 วรรค 2⁷

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการระบุว่า มาตรา 189 มาจากหลักกฎหมายละเมิดของเยอรมัน แต่หากพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 831 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่า การตีความปรับใช้กรณีความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามกฎหมายเยอรมันนั้น เป็นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายให้นายจ้างมีความผิด โดยถือเป็นความผิดของนายจ้างเองที่ลูกจ้างได้กระทำละเมิดขึ้น เพราะนายจ้างบกพร่องในการคัดเลือกลูกจ้าง หรือบกพร่องในการควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้าง จึงไม่ใช่ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ในขณะที่กฎหมายไทยตีความว่าลูกจ้างเป็นผู้ทำผิด แต่นายจ้างต้องร่วมรับผิดแม้ไม่มีความผิด ทั้งการบัญญัติใช้ถ้อยคำในกฎหมายก็แตกต่างกัน โดยกฎหมายเยอรมันบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเลยว่า หากลูกจ้างกระทำละเมิด นายจ้างมีความผิดของตนเองอย่างไรบ้าง แต่นายจ้างสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายได้ ในทางตรงกันข้าม ความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายไทยเป็นความรับผิดแบบเด็ดขาดที่นายจ้างไม่สามารถพิสูจน์ว่าตนมีเหตุไม่ต้องรับผิดได้ นอกจากนี้ เมื่อมาพิจารณาสีทธิการไล่เบี้ยของนายจ้างที่ได้خذใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้เสียหายไปก่อนแล้วมาเรียกคืนจากลูกจ้างได้ตามมาตรา 190 นั้น จะเห็นได้ว่า ประเทศเยอรมนีไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการใช้สิทธิไล่เบี้ยของนายจ้าง เพราะเมื่อถือว่าเป็นความผิดของนายจ้างเองที่ลูกจ้างได้ทำละเมิดขึ้น จึงไม่อาจไปไล่เบี้ยลูกจ้างได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 189 ประกอบมาตรา 190 แล้ว จะเห็นได้ว่า มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นของประเทศอังกฤษ (Vicarious Liability) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในขณะที่มีการร่างกฎหมายนั้น กฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลอย่างมากในการปรับใช้และตีความกฎหมายของศาล เพราะก่อนหน้าที่ประเทศไทยจะจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีการนำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษมาใช้ในศาลมาโดยตลอด เช่นนี้ จึงเป็นไปได้ว่า มาตรา 189 และมาตรา 190 น่าจะมีที่มาจากหลักความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นตามกฎหมายอังกฤษมากกว่ามาตรา 831 ประมวลกฎหมายเยอรมัน

หลังจากประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 เมื่อปี พ.ศ. 2466 แล้ว ปรากฏว่า ประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าวยังไม่มีคุณสมบัติ จึงได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาตรวจชำระบทบัญญัติในบรรพ 1 และ 2 อีกครั้ง เมื่อปี พ.ศ. 2468 โดยบทบัญญัติเรื่องละเมิดถูกบัญญัติอยู่ใน บรรพ 2 นี้ ลักษณะ 5 ละเมิด หมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิด (มาตรา 420-452) ซึ่งความรับผิดของนายจ้างและสิทธิไล่เบี้ยของนายจ้าง ปรากฏอยู่ในมาตรา 425 และมาตรา 426 คือ⁸

มาตรา 425 บัญญัติว่า “นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น”

⁷ มานวราชเสวี, พระยา, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานเสวี, INDEX OF CIVIL CODE ดรชชนที่มาจากบทกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5, หน้า 163.

⁸ การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 กรมการร่างกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทำข้างวังหน้า กรุงเทพมหานคร หน้า 303-311.

มาตรา 426 “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อลเมิตอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น”

Section 425 “An employer is jointly liable with his employee for the consequences of a wrongful act committed by such employee in the course of his employment.”

Section 426 “The employer who had made compensation to a third person for a wrongful act committed by his employee is entitled to reimbursement from such employee”

จะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับใหม่ ปี พ.ศ. 2468 นี้ ได้มีการแก้ไขข้อบรรพ ข้อหมวด และมีการเปลี่ยนแปลงเลขมาตราบทบัญญัติเรื่องความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างจากมาตรา 189-190 มาเป็นมาตรา 425-426 ด้วย และเป็นบทบัญญัติที่ใช้มาจนถึงปัจจุบันโดยได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำใดๆอีก ดังนั้น ท้ายที่สุดแล้ว ประเทศไทยก็ได้เลือกใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายที่ต้องร่วมรับผิดทางละเมิดด้วยกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 ซึ่งมีการระบุว่าเป็นที่มาของมาตรา 189 (มาตราเดิม) หรือมาตรา 425 (มาตราปัจจุบัน) แล้ว จะเห็นว่า มีการใช้ถ้อยคำมาบัญญัติเป็นบทกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยประเทศไทยเลือกใช้คำว่า “นายจ้างและลูกจ้าง” ในขณะที่กฎหมายเยอรมันใช้คำถ้อยว่า “Geschäftsherr” ซึ่งมีความหมายเป็นภาษาอังกฤษว่า “A person who uses another person to perform a task” แปลความหมายได้ว่า “ผู้ใช้ให้บุคคลอื่นทำการงาน” และใช้คำว่า “Verrichtungsgehilfe” ซึ่งแปลความหมายได้ว่า “ผู้อื่นที่ทำการงานให้” ดังนั้น ถ้อยคำที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติไว้จึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “นายจ้างและลูกจ้าง” ตามสัญญาจ้างแรงงาน และยังหมายรวมถึง “นายจ้างและลูกจ้าง” ตามสัญญาจ้างแรงงานด้วย

จากการสืบค้นบทบัญญัติต้นร่างของมาตรา 425 และ 426 ไม่พบว่ามีกรณีหรือได้เถียงกันของกรรมการผู้ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกใช้ถ้อยคำในสองมาตรานี้ ว่าเหตุใดจึงใช้คำว่า นายจ้างกับลูกจ้าง แต่เมื่อพิจารณาว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบัน จะเห็นว่า มีการเลือกใช้ถ้อยคำเปลี่ยนแปลงมาเป็นลำดับ จากเริ่มแรกที่ปรากฏความรับผิดของนายจ้างเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ใช้คำว่า ลูกจ้างกับผู้จ้าง ต่อมาเปลี่ยนเป็น ผู้ใช้กับผู้รับใช้ และท้ายที่สุดเปลี่ยนเป็น นายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า แม้จะระบุว่ามีที่มาจากมาตรา 831 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่กลับไม่เลือกใช้ถ้อยคำตามกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้ คำว่า นายจ้างและลูกจ้าง เป็นถ้อยคำที่ปรากฏตามกฎหมายอังกฤษ มาจากคำว่า Master-servant แปลว่า นายกับบ่าว และปัจจุบันความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นตามกฎหมายอังกฤษก็ใช้คำว่า employer-employee ซึ่งมีความหมายตรงตัวว่า นายจ้างกับลูกจ้างนั่นเอง ประกอบกับขั้นตอนวิธีจัดทำประมวลกฎหมายของไทยนั้น อาศัยการคัดลอกเลียนแบบประมวลมาจากประเทศญี่ปุ่นและประเทศเยอรมนี โดยจะแปลบทบัญญัติของทั้งสองประเทศมาเป็นบทบัญญัติภาษาอังกฤษเสียก่อน จากนั้นจึงแปลมาเป็นภาษาไทยอีกครั้งหนึ่ง จึงเป็นไปได้ว่า ในขณะที่ผู้ร่างกฎหมายแปลบทบัญญัติมาตรา 715 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและมาตรา 831 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นภาษาอังกฤษนั้น ได้มีการเลือกใช้คำในภาษาอังกฤษ

แทนบุคคลทั้งสองฝ่ายว่า Master-servant เพราะเป็นความสัมพันธ์ของผู้ทำงานกับผู้จ้างงานเช่นเดียวกัน และผู้ร่างกฎหมายคงมีเจตนาเพียงจะแยกความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างลูกจ้างออกจากความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้จ้างทำของตามสัญญาจ้างทำของเพื่อความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในสมัยนั้นเท่านั้น นอกจากนี้ โดยหลักการทั่วไปแล้ว การจะบัญญัติกฎหมายที่ดี ผู้ร่างจะต้องเลือกใช้ถ้อยคำที่อ่านแล้วเข้าใจง่าย สั้น กระชับ รัดกุม ที่สุด เมื่อสังคมไทยเองก็มีความสัมพันธ์ของผู้ทำงานกับผู้จ้างงานในรูปแบบของนายกับบ่าวมาก่อน อันมีลักษณะเหมือนกันกับสังคมประเทศอังกฤษ ดังนั้น หากเลือกใช้คำว่า นายจ้างและลูกจ้างตามกฎหมายอังกฤษจึงดูจะสอดคล้องและกลมกลืนกับบริบทของสังคมไทยมากที่สุด พิจารณาได้จากการบังคับใช้บทบัญญัติสองมาตรานี้มาอย่างยาวนานโดยไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำใดๆ จนถึงปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเป็นเหตุผลที่ผู้ร่างกฎหมายเห็นพ้องตรงกันที่จะเลือกใช้คำว่า นายจ้างและลูกจ้าง มาบัญญัติไว้ในมาตรา 425 และ 426 เพราะมีความเหมาะสมดีแล้ว โดยไม่เกิดเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องมาวินิจฉัยถกเถียงกันในชั้นจัดทำประมวลกฎหมายนั่นเอง

5.1.2 พิจารณาผลกระทบจากการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง

หลักเกณฑ์ที่นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 นั้น ประกอบไปด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ 1. มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน 2. ลูกจ้างได้กระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก 3. การกระทำละเมิดอยู่ในขอบเขตทางการที่จ้างของนายจ้าง ต้องครบเงื่อนไขทั้งสามประการดังกล่าวเท่านั้น จึงจะทำให้ นายจ้างมีความรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างได้⁹

ตามมาตรา 425 ซึ่งบัญญัติว่า “นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น” จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยใช้คำว่า นายจ้างและลูกจ้างมาบัญญัติไว้โดยตรง เพื่อแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งถึงความสัมพันธ์แบบเฉพาะเจาะจงที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลหนึ่งต้องมารับผิดร่วมกับอีกบุคคลหนึ่ง แม้ว่าตนจะไม่ได้กระทำผิดก็ตาม จึงจำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า คำว่านายจ้างและลูกจ้างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 425 นี้ หมายถึงบุคคลใดบ้าง เพื่อจะได้สามารถบังคับใช้หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นตามมาตราดังกล่าวได้อย่างถูกต้อง และตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้มากที่สุด

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากบทบัญญัติตามมาตรา 425 แล้ว ยังพบคำว่า นายจ้างและลูกจ้างบัญญัติไว้ในหมวด สัญญาจ้างแรงงาน มาตรา 575 ด้วย ซึ่งบัญญัติว่า “อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า นายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้” ซึ่งคำว่า นายจ้าง หมายถึง ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ ส่วนคำว่าลูกจ้าง หมายถึง ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้แก่ นายจ้างโดยรับค่าจ้างเพื่อตอบแทนการทำงาน ดังนั้น คำว่านายจ้างและลูกจ้างตามมาตรา 425 จึงน่าจะหมายถึง นายจ้างและลูกจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาจ้างแรงงาน เพราะจะพิจารณาความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้างและลูกจ้างได้ต้องไปพิจารณาที่มาของการเกิดความสัมพันธ์ของบุคคลตามที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้น อย่างในกรณีความเป็นนายจ้างและลูกจ้างจึงต้องไปพิจารณา

⁹ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควร์ได้, หน้า 176-177.

ตามสัญญาจ้างแรงงานซึ่งบัญญัติถึงความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างไว้นั้นเอง ประกอบกับเมื่อพิจารณาต้นร่างกฎหมายฉบับภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก่อนที่จะแปลมาเป็นภาษาไทย พบว่า ตัวบทต้นฉบับภาษาอังกฤษ มาตรา 425 และ 426 นั้น คำว่า นายจ้าง-ลูกจ้าง มีการใช้ศัพท์คำว่า employer-employee ซึ่งตรงตามตัวบทลักษณะเอกเทศสัญญา เรื่องจ้างแรงงาน (hire of service) ตามมาตรา 575 และมาตราอื่นๆ ในลักษณะดังกล่าวด้วย¹⁰ ดังนั้น ตำรากฎหมายส่วนใหญ่รวมถึงศาล จึงตีความความหมายของคำว่า นายจ้างและลูกจ้างตามมาตรา 425 ว่า จะต้องเป็นบุคคลเดียวกันกับนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 นั้นเอง

เมื่อประเทศไทยเลือกใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง มาบัญญัติไว้ในหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตาม 425 จึงทำให้การตีความและบังคับใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาว่าบุคคลทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์กันเป็นนายจ้างลูกจ้างต่อกันหรือไม่ ส่งผลให้การหาความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงต้องยึดติดกับสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ไปด้วย ดังนั้น สิ่งที่ต้องพิจารณาในลำดับต่อมา ก็คือ การเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายไทย

หลักเกณฑ์การเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานเป็นไปตามหลักทั่วไปของการเกิดขึ้นของสัญญากล่าวคือ กรณีที่บุคคลหนึ่งซึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงที่จะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง โดยนายจ้างตกลงจะจ่ายสินจ้างให้ตลอดเวลาที่ทำงานเพื่อตอบแทนการทำงานนั้น ซึ่งเมื่อคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องตรงกัน ก็เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานขึ้นทันที การตกลงอาจทำด้วยวาจา หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยปริยายก็ได้ ดังนั้น องค์ประกอบของสัญญาจ้างแรงงานตามบทบัญญัติของกฎหมาย จึงมีเพียง การทำงานและสินจ้าง เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามแนวทางการวินิจฉัยปรับใช้กฎหมายของศาล ไม่ว่าจะเป็นการตัดสินคดีตามกฎหมายเรื่องสัญญาจ้างแรงงานมาตรา 575 หรือกฎหมายละเมิดตามมาตรา 425 ก็ตาม องค์ประกอบสำคัญของการเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานอีกประการหนึ่ง ซึ่งศาลฎีกาถือเป็นหลักพิจารณานอกจากการทำงานและสินจ้าง ได้แก่ อำนาจบังคับบัญชา โดยเป็นองค์ประกอบที่ทำให้สัญญาจ้างแรงงานแตกต่างจากสัญญาจ้างทำของ และเป็นหลักวินิจฉัยการเกิดสัญญาจ้างแรงงานมาโดยตลอดนับแต่มีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นมาใช้ ทั้งนี้ น่าจะเป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดเรื่องการทำงานของคนสมัยโบราณที่มีระบบนายเงินกับทาส ซึ่งนายเงินมีอำนาจสั่งการหรือบังคับบัญชาให้ทาสทำงานอย่างใดก็ได้ จนเกิดเป็นความเคยชินและเป็นรูปแบบการทำงานที่ต้องอยู่ภายใต้คำสั่งของผู้จ้างงานขึ้น และมีอิทธิพลต่อการปรับใช้และตีความกฎหมายมาตรานี้เรื่อยมา ทั้งที่ตามบทบัญญัติมาตรา 575 ไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า นายจ้างจะต้องมีอำนาจบังคับบัญชา แต่อำนาจบังคับบัญชาดังกล่าวอาจเกิดมาจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 583¹¹ ที่กำหนดให้

¹⁰ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ,พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 71.

¹¹ มาตรา 583 บัญญัติว่า “ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรมก็ดี ละทิ้งการงานไปเสียก็ดี กระทำความความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือทำประการอื่นอันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้”

ลูกจ้างต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของนายจ้าง หากขัดขึ้นคำสั่ง นายจ้างมีสิทธิลงโทษโดยการไล่ออกได้นั้นคือ กฎหมายให้อำนาจนายจ้างในการควบคุมดูแลและสั่งการการทำงานของลูกจ้างได้นั่นเอง หรือที่เรียกว่า มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้าง ด้วยเหตุนี้ อำนาจบังคับบัญชาลูกจ้าง จึงเป็นอีกหนึ่งเงื่อนไขที่ใช้พิจารณาวินิจฉัยว่ามีความสัมพันธ์จ้างแรงงานเกิดขึ้นหรือไม่ แม้มีการทำงานและมีการจ่ายสินจ้าง แต่หากไม่มีอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง ย่อมไม่ถือว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อไม่มีสัญญาจ้างแรงงาน ย่อมไม่มีสถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้าง ทำให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพียงลำพังตามมาตรา 420 เพราะไม่เกิดความรับผิดชอบของผู้จ้างงานตามมาตรา 425 ขึ้นนั่นเอง

คำว่า นายจ้างและลูกจ้างที่เกิดตามสัญญาจ้างแรงงานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 575 นั้นหมายถึงบุคคลใดบ้าง ในประเด็นนี้ ผู้เขียนได้อธิบายนิยามของคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.1.1 แล้ว กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 6 จ้างแรงงาน ไม่ได้มีการให้คำนิยามความหมายคำว่า นายจ้างและลูกจ้างไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากตามบทบัญญัติในมาตรา 575 แล้ว อาจนิยามได้ว่า นายจ้าง หมายถึง บุคคลที่ตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงาน โดยจ่ายสินจ้างให้ตลอดเวลาที่ทำงานให้ ส่วนลูกจ้าง หมายถึง บุคคลที่ตกลงทำงานให้นายจ้างเพื่อรับสินจ้างในฐานะลูกจ้าง นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ประเทศไทยยังมีการตราบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายแรงงานขึ้นอีกหลายฉบับ เป็นลักษณะกฎหมายเฉพาะเรื่องที่มีคุ้มครองการจ้างแรงงานให้มีความเป็นธรรมแก่ผู้ใช้แรงงานมากขึ้น เพื่อมิให้สัญญาจ้างแรงงานเป็นเพียงสัญญาที่เกิดขึ้นตามความสมัครใจซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างไรก็ได้ เพราะหากปล่อยให้เป็นเรื่องทางแพ่งตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเพียงประการเดียวแล้ว แน่แน่นอนว่า ลูกจ้างจะต้องเสียเปรียบในการเข้าทำสัญญาจ้างแรงงาน เนื่องจากอำนาจการต่อรองของนายจ้างย่อมมีเหนือกว่าลูกจ้างด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจที่นายจ้างมีสิทธิเลือกลูกจ้างที่ตนพอใจได้นั่นเอง ดังนั้น จึงเป็นเหตุผลให้ประเทศไทยต้องมีบทบัญญัติกฎหมายทางมหาชนที่ให้อำนาจรัฐเข้าไปควบคุมความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างหลังจากเกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นแล้ว ซึ่งกฎหมายแรงงานที่บัญญัติขึ้นเพื่อสนับสนุนการบังคับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานที่สำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับดังกล่าว ได้มีการให้นิยามความหมายของคำว่า นายจ้างและลูกจ้างเอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 5 ของกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งต่างก็ให้นิยามความหมายของคำว่า นายจ้างและลูกจ้างไปในทำนองเดียวกัน กล่าวโดยสรุปได้ว่า

คำว่า นายจ้าง หมายถึง บุคคลดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้
- (2) ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง
- (3) ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล

ส่วนคำว่าลูกจ้าง หมายถึง ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ความหมายของคำว่านายจ้างตามกฎหมายแรงงานทั้งสี่ฉบับในความหมายที่ (1) คือ ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ กับคำว่า นายจ้างและลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 นั้นมีความหมายและลักษณะของบุคคลเป็นอย่างเดียวกัน จึงเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงานด้วย ทำให้นายจ้างมีความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 ด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่านายจ้างตามความหมายในข้อ (2)-(3) ของกฎหมายแรงงานทั้งสี่ฉบับ คือ ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลนั้น เป็นกรณีกฎหมายประสงค์จะให้บุคคลบางคนที่มิใช่ นายจ้างของลูกจ้างมีฐานะเป็นนายจ้างตามพระราชบัญญัติเฉพาะทั้งสี่ฉบับดังกล่าว นายจ้างตามความหมายนี้จึงถือว่าเป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมายไม่ใช่โดยผลของสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 การที่กฎหมายแรงงานกำหนดให้บุคคลเหล่านี้มีฐานะเป็นนายจ้างก็เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองลูกจ้างตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแรงงานได้ดียิ่งขึ้น เพราะส่งผลให้มีผู้รับผิดชอบในเรื่องการจ่ายค่าจ้าง การให้สวัสดิการคุ้มครองแรงงานต่างๆ มีจำนวนมากขึ้น และมีความชัดเจนที่จะบังคับใช้กฎหมายแรงงานได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เมื่อเจตนารมณ์ในการนิยามความหมายของนายจ้างตามความหมายในข้อ (2)-(3) เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายแรงงานซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องเท่านั้น มิได้ประสงค์จะก่อให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานกับลูกจ้าง เช่นนี้ ถึงแม้จะถูกจะเรียกว่าเป็นนายจ้าง ก็ไม่ถือว่าเป็นนายจ้างตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 แต่อย่างใด ดังนั้น ความหมายของคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง จึงยังคงจำกัดอยู่ที่ความผูกพันกันตามสัญญาจ้างแรงงานเช่นเดิม หากไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ย่อมไม่มีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน ส่งผลให้นายจ้างที่ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างตามมาตรา 425

นอกจากนายจ้างตามความหมายในข้อ (1)-(3) ข้างต้นแล้ว ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11/1¹² และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 35 วรรคหนึ่ง¹³ ยังมีการบัญญัติเพิ่มเติมนิยามของคำว่านายจ้างอีกหนึ่งความหมาย โดยกำหนดให้ถือว่า ผู้ประกอบกิจการที่ว่าจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรง เป็นนายจ้างของลูกจ้างผู้รับเหมาค่าแรงด้วย ซึ่งถือเป็น

¹² พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11/1 บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

¹³ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 35 บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการได้ว่าจ้างโดยวิธีเหมาค่าแรง มอบให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดรับช่วงไปควบคุมดูแลการทำงานและรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่งก็ดี มอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางานก็ดี โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจซึ่งกระทำในสถานประกอบกิจการหรือสถานที่ทำงานของผู้ประกอบกิจการและเครื่องมือที่สำคัญสำหรับใช้ทำงานนั้นผู้ประกอบกิจการเป็นผู้จัดหา กรณีเช่นว่านี้ผู้ประกอบกิจการย่อมอยู่ในฐานะนายจ้างซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้”

การขยายขอบเขตนิยามของคำว่า นายจ้าง ให้มีความหมายกว้างมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การเพิ่มเติมความหมายของนายจ้างตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว เป็นการกำหนดว่าบุคคลใดบ้างที่จะต้องทำหน้าที่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายแรงงานทั้งสองฉบับนั้น และหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะมีความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงขยายเพียงแต่ความหมายของนายจ้าง แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานขึ้นแต่อย่างใด ในกรณีนี้ผู้ประกอบการที่ถูกกำหนดให้ถือเป็นนายจ้างตามกฎหมายแรงงานนั้น มิได้ตกลงจะรับลูกจ้างเข้าทำงาน จึงไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้าง แต่เป็นผู้รับเหมาค่าแรงต่างหากที่เป็นนายจ้างของลูกจ้างโดยตรงที่ส่งลูกจ้างเข้ามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบการเท่านั้น ดังนี้ ผู้ประกอบการซึ่งถือว่าเป็นนายจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11/1 และตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 35 วรรคหนึ่ง จึงไม่ใช่ นายจ้างตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 และไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 ด้วย เช่นนี้ แม้จะมีการบัญญัติเพิ่มความหมายของนายจ้างในกฎหมายแรงงานแล้ว แต่ความหมายของคำว่า นายจ้างและลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังคงจำกัดอยู่ที่ความผูกพันกันตามสัญญาจ้างแรงงานเช่นเดิม โดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่า หากไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ย่อมไม่มีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน จึงไม่เป็นนายจ้างที่จะต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างตามมาตรา 425 นั้นเอง

เพื่อให้เห็นผลกระทบที่เกิดจากการเลือกใช้ถ้อยคำที่คับแคบมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตามมาตรา 425 ผู้เขียนขอยกแนววินิจฉัยของศาลฎีกาไทย ซึ่งได้ตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง โดยขอแยกพิจารณาตามประเด็น ดังนี้

แนววินิจฉัยของศาลฎีกาที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า หากไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันแล้ว ย่อมไม่เกิดเป็นความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1982/2522 จำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของรถคันเกิดเหตุ ได้ว่าจ้าง พ. ไปยัตรถคันดังกล่าวคืนมา ซึ่ง พ. ได้ไปว่าจ้างจำเลยที่ 2 ดำเนินการยัตรถคันดังกล่าวอีกต่อหนึ่ง เมื่อยัตรถได้แล้วจำเลยที่ 2 ขับรถยนต์คันดังกล่าวมาเพื่อส่งมอบให้ พ. ระหว่างทางจำเลยที่ 2 ขับรถโดยประมาทชนรถยนต์ของโจทก์เสียหาย ดังนี้ การที่จำเลยที่ 1 จ้าง พ. ไปยัตรถยนต์เป็นการจ้างทำของมิใช่จ้างแรงงาน เพราะเป็นการถือเอาความสำเร็จของงานเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา มิใช่สัญญาระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง เมื่อ พ. จ้างจำเลยที่ 2 ไปยัตรถอีกต่อหนึ่ง จำเลยที่ 1 ซึ่งมีได้อยู่ในฐานะนายจ้าง และไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ กับจำเลยที่ 2 จึงไม่ต้องรับผิดต่อโจทก์ในการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 2

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาจ้างทำของมิใช่สัญญาจ้างแรงงาน ระหว่างจำเลยที่ 1 กับ พ. และจำเลยที่ 2 ไม่ได้มีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามมาตรา 575 แม้จำเลยที่ 2 จะทำเพื่อประโยชน์ของจำเลยที่ 1 เจ้าของรถก็ตาม ดังนั้น จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 2

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2542 จำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ ทำการผ่าตัดหน้าอกโจทก์ที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กลงในโรงพยาบาลจำเลยที่ 1 หลังผ่าตัดแล้วจำเลยที่ 2 นัดให้โจทก์ไปทำการผ่าตัดแก้ไขที่คลินิกจำเลยที่ 2 อีก 3 ครั้ง แต่อาการไม่ดีขึ้น โจทก์จึงให้แพทย์อื่นทำการรักษาต่อ แม้ตั้งโจทก์และนายแพทย์ ด. ผู้ทำการรักษาโจทก์ต่อจากจำเลยที่ 2 จะไม่ถนัดให้เห็นว่าจำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดและรักษาพยาบาลโจทก์อย่างไร แต่เมื่อจำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้าน

ศัลยกรรมด้านเลเซอร์ผ่าตัด จำเลยที่ 2 มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ การที่นายแพทย์ ด. ต้องทำการผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้ง แสดงว่าจำเลยที่ 2 ผ่าตัดมามีข้อบกพร่องจึงต้องแก้ไขแสดงว่าจำเลยที่ 2 ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัด และไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบ ถึงขั้นตอนการรักษา ระยะเวลา และกรรมวิธีในการดำเนินการรักษา จนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย นับว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 2 ถู้อได้ว่าจำเลยที่ 2 กระทำละเมิดต่อโจทก์ แต่พฤติการณ์ที่โจทก์ติดต่อรักษากับจำเลยที่ 2 ที่คลินิกของจำเลยที่ 2 และตกลงให้โจทก์เข้าผ่าตัดในโรงพยาบาลจำเลยที่ 1 โดยโจทก์จ่ายเงินให้จำเลยที่ 2 จำนวน 70,000 บาท และจ่ายให้จำเลยที่ 1 จำนวน 30,000 บาท นั้น ยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นนายจ้างของจำเลยที่ 2 หรือเป็นตัวการมอบหมายให้จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนทำการผ่าตัดให้โจทก์ ดังนั้น จำเลยที่ 1 จึงหาต้องร่วมรับผิดชอบจำเลยที่ 2 ด้วยไม่

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 เพราะเป็นกรณีที่จำเลยที่ 2 เพียงแต่ไปใช้สถานที่ของจำเลยที่ 1 ดำเนินการผ่าตัดให้แก่โจทก์เท่านั้น ก่อนหน้าทำการผ่าตัดโจทก์ก็ติดต่อกับจำเลยที่ 2 ที่คลินิกของจำเลยที่ 2 มาตลอด ไม่ได้เกี่ยวข้องกับจำเลยที่ 1 แต่อย่างใด ข้อเท็จจริงจึงไม่อาจรับฟังได้ว่า จำเลยที่ 1 เป็นนายจ้างหรือตัวการที่มอบหมายให้จำเลยที่ 2 ทำการผ่าตัดโจทก์แทน นอกจากนี้ การทำการผ่าตัดเป็นงานที่ต้องอาศัยความสามารถทางวิชาชีพ โรงพยาบาลจำเลยที่ 1 ไม่อาจมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของจำเลยที่ 2 ในฐานะแพทย์ผู้เชี่ยวชาญได้ จึงไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อระหว่างจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ไม่ได้มีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามมาตรา 575 ดังนั้น จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในการทำละเมิดของจำเลยที่ 2

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4473/2541 โจทก์ฟ้องอ้างว่า จำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างกระทำการละเมิดต่อโจทก์ในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นนายจ้าง แต่ตามคำเบิกความของ ส.พยานโจทก์ไม่ได้ความว่าทราบความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 ตามที่เบิกความมาในทางใด เป็นเพียงแต่เบิกความลอย ๆ ไม่มีพยานอื่นสนับสนุน ดังนั้น ข้อนำสืบของโจทก์จึงรับฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างและได้กระทำการในทางที่จ้างของจำเลยที่ 2 แม้จำเลยที่ 1 และที่ 2 ขาดนัดยื่นคำให้การและขาดนัดพิจารณา แต่เมื่อโจทก์นำสืบไม่สมฟ้องจึงไม่อาจชนะคดีได้ จำเลยที่ 2 ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบโจทก์ตามมาตรา 425 แต่อย่างใด

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์จะต้องนำสืบให้เห็นความสัมพันธ์ว่า จำเลยทั้งสองเป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน มาตรา 575 เมื่อโจทก์ไม่อาจนำสืบให้เห็นข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ แม้จำเลยทั้งสองจะไม่ได้เข้าสู่คดีเลยก็ตาม เช่นนี้ ศาลฎีกาเห็นว่า ไม่มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันและไม่เป็นการทำละเมิดในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2 ดังนั้น เมื่อจำเลยที่ 1 ทำละเมิด จำเลยที่ 2 ก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดด้วยแต่อย่างใด

ประกอบกับแนววินิจฉัยของศาลฎีกาที่แสดงให้เห็นว่า เมื่อมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันแล้ว แม้การกระทำละเมิดของลูกจ้างอาจจะเป็นการทำให้ประโยชน์ของลูกจ้างเอง หรือทำไปโดยฝ่าฝืนคำสั่งของนายจ้างก็ตาม เมื่อมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามมาตรา 575 และยังถือว่าอยู่ในทางการที่จ้างด้วยแล้ว นายจ้างย่อมต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างเสมอตามมาตรา 425 ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3153/2525 จำเลยที่ 2 ลูกจ้าง ขับรถไปส่งจำเลยที่ 1 นายจ้าง ในทาง การที่จ้าง ในระหว่างรอรับจำเลยที่ 1 กลับบ้าน จำเลยที่ 2 ได้ลอบขับรถไปทำธุระส่วนตัว แล้วขับรถ ไปชนโจทก์ได้รับบาดเจ็บ ก็ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ยังอยู่ในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ในทางการที่จ้างนั้น เพราะจำเลยที่ 2 จะพ้นหน้าที่ขับรถให้จำเลยที่ 1 ก็ต่อเมื่อได้รับจำเลยที่ 1 ส่งกลับบ้าน และนำรถเข้า ที่เก็บเรียบร้อยแล้วเป็นปกติเช่นที่เคยปฏิบัติทุกวันนี้แล้ว เห็นว่า ขณะที่จำเลยที่ 2 ยังอยู่ในหน้าที่ขับรถ จำเลยที่ 1 ขอบที่จะควบคุมดูแลจำเลยที่ 2 ให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ แต่จำเลยที่ 1 จะอ้างว่า จำเลยที่ 2 ฝ่าฝืนคำสั่งของตนโดยการนำรถออกไปใช้ผลการมาใช้ชนโจทก์ผู้เสียหายเพื่อปฏิเสธความ รับผิดชอบไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องระหว่างจำเลยทั้งสองในฐานะนายจ้างลูกจ้างกันไม่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก ดังนั้น เมื่อจำเลยที่ 2 ทำละเมิด จำเลยที่ 1 ในฐานะนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 ด้วย

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แล้ว แม้ลูกจ้างจะทำละเมิดในขณะที่ทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวก็ตาม แต่เมื่อยังอยู่ในเวลาปฏิบัติงาน ให้แก่นายจ้าง ถือว่ายังอยู่ในทางการที่จ้าง นายจ้างจึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้นด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3370/2535 จำเลยที่ 1 บริษัทจำหน่ายรถยนต์และเป็นเจ้าของรถคันเกิด เหตุ จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ของจำเลยที่ 1 และยังเป็นผู้ว่าจ้างให้จำเลยที่ 3 ทำการ ขับรถขนส่ง จำเลยที่ 3 จึงมีหน้าที่ขับรถยนต์ตามคำสั่งของจำเลยที่ 2 โดยจำเลยที่ 2 จะสั่งให้จำเลยที่ 3 ขับรถยนต์จากที่ทำการของจำเลยที่ 1 ไปส่งยังที่ทำการของจำเลยที่ 2 เพื่อนำไปขายเดือนละ ประมาณ 10 คัน ขนส่งคันละเที่ยว ซึ่งจำเลยที่ 2 จะจ่ายค่าจ้างให้เที่ยวละ 550 บาท ทั้งนี้ ระหว่าง ปฏิบัติงานอยู่กับจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 3 จะไปขับรถยนต์ที่อื่นไม่ได้ จึงเป็นกรณีที่จำเลยที่ 3 ทำงาน ให้แก่นายจ้าง และอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของจำเลยที่ 2 แม้ว่าจำเลยที่ 2 จะจ่ายสินจ้างให้แก่นายจ้าง ที่ 3 เป็นรายเที่ยว ก็เป็นเพียงวิธีการคำนวณสินจ้างและกำหนดการจ่ายเงินเมื่องานที่ทำแล้วเสร็จ เท่านั้น เห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยที่ 2 และที่ 3 เป็นการจ้างแรงงานตามมาตรา 575 เมื่อ จำเลยที่ 3 ขับรถยนต์ไปในทางการที่จ้างและได้ทำละเมิดต่อโจทก์ จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบ กับจำเลยที่ 3 ตามมาตรา 425 ด้วย

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อจำเลยที่ 3 จะไปขับรถที่ อื่นไม่ได้ในระหว่างที่จำเลยที่ 3 ปฏิบัติงานอยู่กับจำเลยที่ 2 ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 มีอำนาจบังคับบัญชา จำเลยที่ 3 แล้ว เมื่อเป็นการทำงานที่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา จึงต้องด้วยลักษณะการจ้าง แรงงานตามมาตรา 575 เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานขึ้น จำเลยที่ 2 จึงมีฐานะเป็นนายจ้างของจำเลยที่ 3 เมื่อจำเลยที่ 3 ปฏิบัติงานในทางการที่จ้างและได้ทำละเมิดต่อโจทก์ จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบ ในความเสียหายร่วมกับจำเลยที่ 3 ด้วยตามมาตรา 425

จะเห็นได้ว่า เมื่อประเทศไทยเลือกใช้คำว่า นายจ้างและลูกจ้างมาบัญญัติไว้ในความรับผิด ตามมาตรา 425 ทำให้การปรับใช้กฎหมายต้องอิงว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นเสียก่อน จึงจะเป็น นายจ้างลูกจ้างกัน อันจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ซึ่งมีลักษณะเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดและเป็น เหตุให้บุคคลอื่นมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดได้ หากมิได้เป็นนายจ้างลูกจ้างกันเสียแล้ว ก็ไม่มีประเด็น ให้ต้องพิจารณาต่อไปว่า มีการทำละเมิดในทางการที่จ้างกันหรือไม่ และนายจ้างจะต้องมาร่วมรับผิดชอบ ด้วยหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของต่างประเทศ เช่น ประเทศ เยอรมนีหรือประเทศฝรั่งเศส แล้ว จะพบว่า ทั้งสองประเทศดังกล่าวไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและ

ลูกจ้าง แต่ใช้ถ้อยคำในลักษณะว่า เป็นผู้ใช้ให้ทำงานกับผู้ทำงานให้¹⁴ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ให้ทำงานให้จะต้องมีอำนาจบังคับบัญชาผู้ที่ทำงานให้เท่านั้น ไม่จำเป็นต้องอาศัยสัญญาจ้างแรงงานเสมอไป ซึ่งทำให้มีความหมายกว้างกว่าคำว่านายจ้างและลูกจ้างตามกฎหมายไทย ด้วยเหตุนี้ในกฎหมายไทยนั้น ตัวบุคคลที่จะรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดจึงแคบกว่าในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส เพราะเกิดจากนิติกรรมซึ่งหมายถึงสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น¹⁵ อีกทั้งการใช้ถ้อยคำของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสในลักษณะว่า เป็นผู้ใช้ให้ทำงานกับผู้ทำงานให้ยังสามารถยืดหยุ่นนำไปปรับใช้ให้ครอบคลุมทุกความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานได้โดยง่าย ไม่เกิดช่องว่างของกฎหมาย ในขณะที่ประเทศไทยเลือกใช้คำว่า นายจ้างและลูกจ้าง จึงเป็นการจำกัดการบังคับใช้กฎหมายตั้งแต่เริ่มต้นแล้ว ดังนั้น การใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง จึงส่งผลกระทบทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีข้อจำกัดต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ทำให้ไม่อาจครอบคลุมรูปแบบการทำงานในปัจจุบัน ซึ่งการทำงานไม่ได้มีเฉพาะแต่ความสัมพันธ์ที่มีสถานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันเท่านั้น การทำงานบางประเภทอาจไม่มีการทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน หรือไม่อาจถือโดยปริยายได้ว่ามีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่การทำงานดังกล่าวอาจมีความสัมพันธ์ในลักษณะเฉพาะบางประการที่เป็นรูปแบบใหม่ในสังคมปัจจุบัน เช่น กรณีการทำงานที่ผู้ทำงานจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาหรือถูกควบคุมดูแลโดยบุคคลหนึ่งที่ไม่มีความสัมพันธ์ตามกฎหมายต่อกัน ได้แก่ การจ้างพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing service) หรือการทำงานโดยการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีซึ่งบริษัทเอเจนซีจะทำหน้าที่จัดหาคนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง โดยได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าคอมมิชชั่น ซึ่งแม้บริษัทเอเจนซีจะไม่ได้เป็นนายจ้างของคนงานแต่บริษัทเอเจนซีก็ได้รับประโยชน์จากการทำงานของคนงานด้วยเช่นกัน หรือกรณีการทำงานในลักษณะรับจ้างอิสระ แต่ผู้รับจ้างทำงานเหมือนเป็นพนักงานบริษัทโดยตรง เรียกว่า ผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) เช่นนี้ เมื่อไม่มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้น มีเพียงความสัมพันธ์ตามลักษณะเฉพาะดังกล่าวข้างต้น จึงถือไม่ได้ว่า ผู้ว่าจ้างหรือบริษัทเอเจนซีเป็นนายจ้างของลูกจ้างที่จะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างกระทำไปในขณะที่ทำงาน ซึ่งอาจก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้หยิบยกอธิบายไปแล้วข้างต้นได้

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะพยายามออกกฎหมายแรงงานฉบับอื่นๆ มาขยายเพิ่มเติมนิยามของคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ให้กว้างขึ้นเพื่อความชัดเจนในการตีความปรับใช้กฎหมาย แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมความสัมพันธ์ของบุคคลที่ทำงานตามข้อเท็จจริงในยุคปัจจุบันเช่นเดิม เนื่องจาก

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรคห้า บัญญัติว่า “นายจ้างและผู้ใช้ให้ทำงานต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ซึ่งลูกจ้างและผู้ทำงานให้ของตนได้ก่อขึ้นในขอบเขตงานที่ให้ทำ”

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้ให้บุคคลอื่นทำงานให้จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ผู้นั้นได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากการทำงานนั้นต่อบุคคลภายนอก ผู้ใช้ให้บุคคลอื่นทำงานนั้นไม่ต้องรับผิดชอบหากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกผู้รับจ้าง หรือกรณีที่ผู้นั้นมีหน้าที่ต้องจัดหาเครื่องมือให้หรือควบคุมกิจการงานนั้น เขาได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการจัดหาหรือควบคุมแล้ว หรือความเสียหายย่อมจะมีขึ้น แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรก็ตาม”

¹⁵ ไพจิตร ปุณณพินธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 63-64.

เจตนารมณ์ในการนิยามความหมายคำว่า นายจ้างและลูกจ้างของกฎหมายแรงงานนั้นเป็นการบัญญัติเพื่อก่อให้เกิดฐานะของนายจ้างตามกฎหมายแรงงานเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายให้คุ้มครองลูกจ้างมากขึ้น ไม่ใช่เพื่อก่อให้เกิดสถานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงานในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อไม่ได้เป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามมาตรา 575 หากเกิดการกระทำละเมิดขึ้นโดยผู้ทำงานซึ่งต้องทำตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง หรือเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้าง แต่ผู้ทำงานกับผู้ว่าจ้างไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันตามสัญญาจ้างแรงงาน ส่งผลให้ไม่อาจปรับใช้มาตรา 425 ได้ เช่นนี้ จึงเป็นผลกระทบจากการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง และเป็นปัญหาว่าผู้ว่าจ้างทำงานหรือบุคคลอื่นใดบ้างจะต้องมาร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้ทำงานด้วยหรือไม่อย่างไร หรือจะปล่อยให้เป็นเรื่องความเสี่ยงภัยของผู้เสียหายที่จะต้องรับภาระในความสามารถในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดเพียงผู้เดียวเท่านั้น เกี่ยวกับประเด็นนี้ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยรายละเอียดในหัวข้อ 5.4 ต่อไป

5.2 ข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรา 425

ความรับผิดทางละเมิดเป็นความรับผิดที่เกิดจากการที่บุคคลหนึ่งได้กระทำต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะกระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม เมื่อได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกบุคคลนั้นแล้ว บุคคลผู้ทำละเมิดย่อมต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่อีกบุคคลหนึ่งนั้น¹⁶ ดังนี้ บทบาทของกฎหมายละเมิดจึงเป็นเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการเยียวยาหรือชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ที่ถูกทำละเมิดให้อยู่ในสถานะเสมือนว่าความเสียหายที่ได้รับจากการทำละเมิดนั้นไม่เคยเกิดขึ้น ซึ่งวิธีการชดเชยเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายละเมิดคือการที่กฎหมายละเมิดให้สิทธิผู้ถูกทำละเมิดฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายเป็นตัวเงินจากผู้ทำละเมิดเพื่อชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติทั้งหมดของกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในลักษณะ 5 หมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิดแล้ว จะเห็นได้ว่า นอกจากกฎหมายละเมิดจะมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ถูกทำละเมิดแล้ว ยังมีบทบาทหรือวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการอื่นอยู่ด้วย ได้แก่ การป้องกันอุบัติเหตุอุบัติภัยในสังคมให้ลดน้อยลง (Prevention of Loss) และการก่อให้เกิดผลในทางยับยั้งการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือเป็นพฤติกรรมอันตรายไม่ให้เกิดขึ้นด้วย (Deterrent Effects against Unlawful or Dangerous Conducts)¹⁷ ซึ่งบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงมาตรการป้องกันอันตรายตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่น ในกรณีที่บุคคลอาจต้องได้รับความเสียหายอันจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้อื่น

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

¹⁷ วารีนาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ล่ามมิควรรู้ได้, หน้า 19.

เช่นนี้ กฎหมายให้สิทธิบุคคลดังกล่าวที่จะเรียกร้องให้เจ้าของโรงเรียนจัดการนั้นจัดการป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแก่ตนได้¹⁸ เป็นต้น

ความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายไทย โดยหลักเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง คือ ผู้ใดทำละเมิดผู้นั้นย่อมต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดนั้น แต่ในบางกรณีซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดทางละเมิดทั่วไป กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น แม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดเองก็ตาม เรียก ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น เช่น ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 ความรับผิดของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนตามมาตรา 427 หรือความรับผิดทางละเมิดของบิดามารดาในการกระทำละเมิดของบุตรตามมาตรา 430 เป็นต้น ซึ่งหลักความรับผิดทางละเมิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นดังกล่าวนี้ เป็นผลมาจากในกรณีที่ผู้ทำละเมิดไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะชดใช้ความเสียหายให้กับผู้ถูกทำละเมิดได้ ทำให้ผู้ถูกทำละเมิดไม่ได้รับการเยียวยา จึงเกิดความคิดที่จะกำหนดให้บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้ทำละเมิดมาร่วมรับผิดหรือรับผิดแทนผู้ทำละเมิดขึ้น ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของหลักความรับผิดนี้ ก็เพื่อให้ผู้ถูกทำละเมิดได้รับชดใช้เยียวยาความเสียหายให้อยู่ในสถานะเสมือนความเสียหายมิได้เกิดขึ้นมากที่สุด ไม่ว่าจะได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากใครก็ตาม จึงเป็นการให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ถูกทำละเมิดนั่นเอง

ความรับผิดของนายจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปตามมาตรา 425 นั้น เป็นหลักความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นกรณีหนึ่ง ซึ่งเป็นความรับผิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ของบุคคลสองฝ่ายที่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน ถือเป็นความสัมพันธ์บางประการที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมาร่วมรับผิด ทั้งนี้ เมื่อปรากฏว่า บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวมีการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งมีความหมายอย่างแคบมาบัญญัติไว้เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ทำละเมิดกับผู้ต้องร่วมรับผิด จึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้มาตรา 425 ขึ้น ตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไปแล้วในข้อที่ 5.1 และส่งผลให้เป็นข้อจำกัดในการบังคับใช้ตามมาตรา 425 ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

5.2.1 พิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

สืบเนื่องจากในสมัยรัชกาลที่ 5 ประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงกฎหมายให้เป็นที่ยอมรับของชาวตะวันตก โดยในสมัยนั้นมีชาวต่างชาติเข้ามาอยู่ในประเทศไทยจำนวนมากขึ้น และเมื่อชาวต่างชาติกระทำผิดก็ไม่ยอมขึ้นศาลไทย เพราะดูถูกว่ากฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น ล้าสมัย จึงไม่ยอมรับให้ศาลไทยตัดสินความผิดของตน รัชกาลที่ 5 จึงโปรดเกล้าฯ ให้มีการจัดระบบกฎหมายเสียใหม่ และมีความเห็นให้จัดทำกฎหมายในระบบประมวลกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้ในประเทศไทย จนมีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายต่างๆขึ้นหลายชุด ซึ่งรวมถึงการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ทั้งนี้ ขั้นตอนในการจัดทำประมวลกฎหมายนั้น

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 435 บัญญัติว่า บุคคลใดจะประสบความเสียหายอันพึงเกิดจากโรงเรียนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นของผู้อื่น บุคคลนั้นชอบที่จะเรียกให้จัดการตามที่จำเป็นเพื่อบำบัดปิดป้องภัยอันตรายนั้นเสียได้

คณะกรรมการร่างได้รวบรวมกฎหมายเก่าและจัดทำให้เป็นระบบหมวดหมู่ สำหรับหลักกฎหมายที่ประเทศไทยยังไม่เคยมีมาก่อนและคณะกรรมการร่างเห็นสมควรจะต้องมีไว้เพื่อให้ประมวลกฎหมายมีเนื้อหาครบถ้วน ก็จะเพิ่มเติมหลักกฎหมายดังกล่าวโดยการนำกฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนั้น สำหรับความรับผิดของนายจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ก็เช่นเดียวกัน ก็เป็นบทบัญญัติที่ประเทศไทยนำแนวคิดมาจากหลักกฎหมายของต่างประเทศตามผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในข้อ 5.1.1

การบัญญัติกฎหมายเรื่องความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 นั้น เนื่องจากคณะกรรมการร่างกฎหมายในขณะนั้นมีความจำเป็นต้องเร่งรัดจัดทำประมวลกฎหมายให้แล้วเสร็จโดยเร็วที่สุด จึงทำให้ต้องคัดลอกนำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นซึ่งได้คัดลอกหลักกฎหมายมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาอีกทอดหนึ่ง มาใช้บัญญัติเป็นหลักกฎหมายของไทยหลายมาตรา ซึ่งรวมถึงบทบัญญัติตามมาตรา 425 ด้วย เมื่อต้นแบบของบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศได้บัญญัติแยกความรับผิดของนายจ้างเป็นความรับผิดเฉพาะเรื่อง ประเทศไทยจึงบัญญัติความรับผิดของนายจ้างออกมาเป็นบทบัญญัติเฉพาะเรื่องเช่นกัน ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเป็นบทเฉพาะเรื่องเช่นนี้ ทำให้เห็นความแตกต่างจากความรับผิดตามหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์บุคคลประเภทอื่นได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

เมื่อพิจารณาเหตุผลที่ประเทศไทยต้องมีหลักความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างนั้น สามารถแยกอธิบายได้ดังนี้¹⁹

ประการแรก เนื่องจากนายจ้างเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการที่ลูกจ้างทำ จึงต้องเป็นผู้รับผลที่ตามมาจากการกระทำของลูกจ้าง ซึ่งรวมถึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้างด้วย ดังนั้นนายจ้างจึงต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างในความเสียหายนั้นด้วย ซึ่งเป็นการพิจารณาตามหลักเกณฑ์การได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้าง

ประการที่สอง เนื่องจากนายจ้างเป็นผู้ควบคุมดูแลและกำหนดแนวทางการทำงานของลูกจ้าง หรือเรียกว่า มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้าง ดังนั้น นายจ้างจึงต้องยอมรับความเสี่ยงภัยที่มาจากความผิดพลาดของลูกจ้าง เพราะถือได้ว่า นายจ้างควบคุมดูแลลูกจ้างไม่ตี จนทำให้ลูกจ้างไปทำละเมิดได้ แม้วานายจ้างจะไม่ได้เป็นผู้ลงมือกระทำละเมิดด้วยตนเองโดยตรงก็ตาม ซึ่งเป็นการพิจารณาตามหลักเกณฑ์อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง

ประการที่สาม ตามหลักการช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างแล้ว นายจ้างกับลูกจ้างมีความสัมพันธ์ที่จะต้องพึ่งพาอาศัยกัน เพราะนายจ้างทำการทำงานของตนได้สำเร็จเพราะมีลูกจ้างช่วยเหลือ ในขณะที่ลูกจ้างเองดำรงชีพได้ก็เพราะนายจ้างให้ทำงานและจ่ายค่าจ้างตอบแทน ดังนั้น เมื่อลูกจ้างไปทำละเมิดเพราะได้ทำงานให้กับนายจ้าง นายจ้างจึงควรต้องช่วยเหลือด้วยการร่วมรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปก่อน แล้วค่อยมาเรียกคืนจากลูกจ้างในภายหลังต่อไป

ประการสุดท้าย เนื่องจากในสายตาของกฎหมายแล้ว นายจ้างเป็นผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าลูกจ้าง จึงอยู่ในฐานะที่จะรับภาระในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายได้ดีกว่าลูกจ้าง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้เสียหายว่ามีโอกาสจะได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายอย่างแน่นอน

¹⁹ ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, หน้า 181-182.

เพราะหากกฎหมายไม่กำหนดให้นายจ้างต้องมาร่วมรับผิดชอบด้วย ในกรณีที่ลูกจ้างผู้ทำละเมิดไม่สามารถชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ส่งผลให้ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับการเยียวยาไปด้วย ดังนี้ เพื่อมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับการชดใช้เยียวยา จึงจำเป็นต้องกำหนดให้นายจ้างมาร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างด้วย

จะเห็นได้ว่า เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ในฐานะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน ไม่ว่าจะ เป็น ผลประโยชน์ที่นายจ้างได้รับจากการทำงานของลูกจ้าง หรือลูกจ้างต้องทำงานตามคำสั่งของนายจ้าง รวมถึงฐานะทางการเงินของนายจ้างที่สามารถรับภาระชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ดีกว่าตัวลูกจ้าง ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างที่ทำให้แตกต่างจากความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับการทำงานประเภทอื่น เช่น ความสัมพันธ์ตัวการและตัวแทน ความสัมพันธ์ของผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันที่สภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ทำให้เกิดการจ้างงานรูปแบบใหม่ๆ ขึ้นมากมาย เช่น การจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร การจ้างงานผ่านบริษัทจัดหางาน การสังกัดบริษัทโมเดลลิง การรับจ้างทำงานอิสระหรือพนักงานฟรีแลนซ์บางประเภท เป็นต้น ซึ่งอาจไม่สามารถแยกประเภทได้อย่างชัดเจนว่า เป็นการทำงานให้แก่กันตามสัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ หรือสัญญารับขน เมื่อรูปแบบการทำงานแบบใหม่ในปัจจุบันไม่อาจจัดอยู่ในประเภทของความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของได้โดยตรง ทำให้ผู้ใช้ให้ทำงานอาจไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดได้จากการทำงานของผู้ที่ทำงานให้ได้ ซึ่งหากพิจารณาข้อเท็จจริงตามความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานตามรูปแบบใหม่แล้ว จะเห็นว่า มีข้อเท็จจริงบางประการที่เหมือนกับข้อเท็จจริงตามความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างและข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างด้วย ยกตัวอย่างเช่น

ข้อเท็จจริงเรื่องนี้นายจ้างได้รับประโยชน์จากลูกจ้างที่ทำงาน ตามความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทโมเดลลิงกับนักแสดงในสังกัดตามรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี จะเห็นว่า บริษัทโมเดลลิงก็เป็นบุคคลได้รับประโยชน์จากนักแสดงที่ทำงานซึ่งมีความความสัมพันธ์ในลักษณะกับนายจ้างและลูกจ้างเช่นกัน เพราะบริษัทโมเดลลิงได้รับค่าตอบแทนที่ส่งนักแสดงในสังกัดไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นเงินส่วนแบ่งหรือค่าคอมมิชชั่นจากรายได้ของนักแสดงในครั้งนั้นๆ ดังนี้ แม้บริษัทโมเดลลิงกับนักแสดงจะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่หากพิจารณาความสัมพันธ์ตามหลักเกณฑ์นี้แล้ว ถือได้ว่ามีข้อเท็จจริงที่บริษัทโมเดลลิงได้รับประโยชน์จากการทำงานของนักแสดงแล้ว ซึ่งอาจเป็นเหตุผลที่จะทำให้บริษัทโมเดลลิงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดซึ่งนักแสดงในสังกัดได้ทำไปด้วย แต่ปรากฏว่า ความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ไม่อาจนำมาปรับใช้กับรูปแบบการทำงานลักษณะนี้ได้ ซึ่งเป็นผลมาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งบังคับเฉพาะความสัมพันธ์นายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น

ข้อเท็จจริงเรื่องนี้นายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างให้ทำงานตามคำสั่งของตนตามความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างอิสระหรือฟรีแลนซ์ จะเห็นว่า ในบางกรณีบริษัทผู้ว่าจ้างก็มีอำนาจบังคับบัญชาให้ผู้รับจ้างอิสระทำการงานภายใต้คำสั่งของตนได้ ทั้งที่หากเป็นการจ้างงานตามสัญญาจ้างทำของโดยแท้แล้ว ผู้รับจ้างอิสระมีสิทธิในการทำงานที่ตนรับจ้างมาได้โดยอิสระไม่ต้องฟังหรือปฏิบัติตามคำสั่งของผู้

ว่าจ้างแต่อย่างใด ดังนั้น ในกรณีที่ผู้รับจ้างต้องทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง ย่อมเป็นความสัมพันธ์กันในลักษณะเดียวกับนายจ้างและลูกจ้างเช่นกัน ดังนี้ แม้บริษัทผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างอิสระจะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่หากพิจารณาความสัมพันธ์ตามหลักเกณฑ์นี้แล้ว ถือได้ว่ามีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับจ้างอิสระได้เสมือนว่าเป็นลูกจ้างของตน ซึ่งอาจเป็นเหตุผลที่ทำให้บริษัทผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดซึ่งผู้รับจ้างอิสระได้ทำไปด้วย แต่ปรากฏว่า ความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ไม่อาจนำมาปรับใช้กับรูปแบบการทำงานลักษณะนี้ได้ ซึ่งเป็นผลมาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งบังคับเฉพาะความสัมพันธ์นายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น

ในข้อเท็จจริงที่กฎหมายถือว่านายจ้างเป็นผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าลูกจ้าง จึงอยู่ในฐานะที่จะรับภาระในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายได้ดีกว่าลูกจ้างนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความสัมพันธ์ของบุคคลตามการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีและการรับจ้างทำงานของผู้รับจ้างอิสระที่ต้องทำงานเสมือนมีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้ว่าจ้างแล้ว จะเห็นว่า บริษัทเอเจนซีและบริษัทผู้ว่าจ้างนั้นน่าจะเป็นผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าพนักงานและผู้รับจ้าง เนื่องจากเป็นผู้ประกอบกิจการหรือธุรกิจ จึงถือได้ว่ามีข้อเท็จจริงที่อาจเป็นเหตุผลที่จะทำให้ที่บริษัทเอเจนซีและบริษัทผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดซึ่งพนักงานหรือผู้รับจ้างได้ทำไปด้วย แต่ปรากฏว่า ความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ไม่อาจนำมาปรับใช้กับรูปแบบการทำงานลักษณะนี้ได้ ซึ่งเป็นผลมาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งบังคับเฉพาะความสัมพันธ์นายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรา 425 เมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า เริ่มแรกที่มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ผู้ร่างกฎหมายมีความประสงค์ที่จะแยกความรับผิดชอบของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานกับความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างทำของออกจากกัน เพราะเป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานเหมือนกัน จึงมีการบัญญัติหลักความรับผิดชอบแยกเป็นคนละมาตราเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย แต่ปรากฏว่า ความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานนั้นไม่ครอบคลุมลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกิดขึ้นจากรูปแบบการทำงานในปัจจุบัน ซึ่งไม่ได้มีเพียงความสัมพันธ์กันในฐานะเป็นนายจ้างกับลูกจ้างเท่านั้น ทั้งที่เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างแล้ว จะเห็นว่า ความสัมพันธ์ของบุคคลตามรูปแบบการทำงานแบบใหม่นั้น ก็มีข้อเท็จจริงบางประการที่เป็นเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างด้วยเช่นเดียวกัน เช่น เกณฑ์อำนาจบังคับบัญชา หรือเกณฑ์การได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้ทำงาน เป็นต้น ดังนั้น เมื่อเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 425 มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งบังคับกับกรณีความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น จึงทำให้เกิดปัญหาในกรณีที่มีการทำงานของบุคคลที่ไม่ได้มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน แต่มีข้อเท็จจริงบางประการที่เป็นลักษณะความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างแล้ว ไม่อาจนำหลักความรับผิดชอบตามมาตรา 425 มาบังคับใช้เพื่อให้ผู้ว่าจ้างให้ทำงานมาร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดซึ่งผู้ทำงานได้กระทำไปในระหว่างปฏิบัติงานได้ ซึ่งเป็นข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรา 425 ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง

5.2.2 พิจารณาจากการปรับใช้กฎหมายของศาล

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยตามมาตรา 425 นั้นเป็นเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ซึ่งลูกจ้างได้กระทำลงไปในทางการที่จ้างของนายจ้าง ซึ่งคดีที่ศาลฎีกาไทยตัดสินตามหลักมาตรา 425 ดังกล่าว มีทั้งประเด็นเรื่องความเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานกับอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง การกระทำที่ถือว่าอยู่ในทางการที่จ้างของนายจ้าง และกรณีใดบ้างที่นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกา และวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาของศาล โดยแยกพิจารณาเป็นประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้

ประเด็นเรื่องความเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามมาตรา 425 นั้น ในกรณีที่คู่สัญญาไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ประเด็นปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์กรณีนี้ย่อมหมดไป เมื่อลูกจ้างได้กระทำละเมิดไปในทางการที่จ้างแล้ว นายจ้างย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างด้วย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3100/2553 ลูกค้าผู้ใช้บริการนำรถยนต์ไปจอดที่ห้างสรรพสินค้า เพื่อใช้บริการซื้อของ หลังจากซื้อสินค้าเสร็จ กลับมายังที่จอดรถ พบว่ารถยนต์ได้ถูกลักไปแล้ว โดยมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า คนร้ายได้ขับรถยนต์ของผู้เสียหายออกไปโดยไม่คืนบัตรจอดรถแก่พนักงานรักษาความปลอดภัย ศาลฎีกาตัดสินว่า การที่ห้างสรรพสินค้าจัดให้มีลานจอดรถสำหรับลูกค้าที่มาซื้อสินค้า โดยมีการแจกบัตรจอดรถเพื่อให้ตรวจก่อนนำรถออกจากลานจอด ย่อมทำให้ลูกค้าเข้าใจได้ว่าห้างสรรพสินค้าได้จัดบริการรักษาความปลอดภัยสำหรับรถยนต์ลูกค้าแล้ว ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องดูแลรักษาความปลอดภัยของรถยนต์ลูกค้า เมื่อคนร้ายขับรถยนต์ลูกค้าผ่านจุดตรวจแล้วไม่คืนบัตรจอดรถ ซึ่งพนักงานรักษาความปลอดภัยก็เพิกเฉยไม่ได้แจ้งวิทยุสื่อสารให้สกัดรถคันดังกล่าวไว้ เพราะแบตเตอรี่วิทยุสื่อสารหมด แสดงให้เห็นว่า พนักงานรักษาความปลอดภัยซึ่งลูกจ้างของห้างสรรพสินค้า ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังป้องกันความปลอดภัยให้แก่รถยนต์ของลูกค้าอย่างเต็มที่ เป็นความประมาทเลินเล่อ ห้างสรรพสินค้าต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานรักษาความปลอดภัยในฐานะที่ตนเป็นนายจ้างตาม ม. 425 ด้วย

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า พฤติการณ์ที่ห้างสรรพสินค้ามีพนักงานรักษาความปลอดภัยดูแลการเข้าออกของรถยนต์ที่นำมาจอดที่ลานจอดรถ โดยมีการออกบัตรจอดรถไว้ให้เพื่อใช้ยืนยันความเป็นเจ้าของรถซึ่งต้องยื่นคืนต่อพนักงานรักษาความปลอดภัยก่อนนำรถออกจากลานจอดรถได้ ถือเป็นกรก่อให้เกิดหน้าที่ที่ห้างสรรพสินค้าจะต้องดูแลรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินของลูกค้า เมื่อลูกจ้างกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้รถยนต์ของลูกค้าถูกลักไป ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ตามทางการที่จ้าง ดังนั้น ห้างสรรพสินค้าจึงต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามมาตรา 425 กับพนักงานรักษาความปลอดภัยผู้ทำละเมิดด้วย จะเห็นได้ว่าตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ คู่สัญญาไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ศาลจึงสามารถบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามตัวบทโดยตรงได้

แต่อย่างไรก็ตาม มีบางคดีที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเดียวกันกับคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสามฉบับดังกล่าว ผู้ว่าจ้างผู้อื่นที่ส่งลูกจ้างมาทำงานให้ผู้ว่าจ้างนั้น ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างผู้ทำละเมิด ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 5206/2552 โรงแรมจ้างบริษัทรับทำความสะอาดมาทำความสะอาดอาคารของโรงแรม ปรากฏว่า พนักงานทำความสะอาดซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัททำละเมิดให้ลูกค้าได้รับบาดเจ็บ ซึ่งศาลชั้นต้นตัดสินว่า แม้โรงแรมจะไม่ใช่นายจ้างของพนักงานทำความสะอาด แต่โรงแรมเป็นผู้ให้บริการลูกค้า ถือว่ามีความประมาทเลินเล่อร่วมกับพนักงานทำความสะอาดด้วย จึงต้องร่วมรับผิดชอบลูกค้า แต่ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย เพราะข้อเท็จจริงฟังได้ว่า โรงแรมไม่ใช่นายจ้างของผู้ทำละเมิด เมื่อโจทก์บรรยายฟ้องให้โรงแรมรับผิดชอบเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของลูกค้าเท่านั้น ไม่ได้รับผิดเพราะการกระทำละเมิดของโรงแรมเอง ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยให้โรงแรมต้องรับผิดชอบ เป็นการพิพากษานอกฟ้องนอกประเด็น พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกฟ้องโรงแรม

จากคำพิพากษาฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยชัดเจนแล้วว่า โรงแรมไม่ใช่นายจ้างของแม่บ้าน เมื่อไม่ใช่นายจ้างลูกจ้างกัน จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับแม่บ้านด้วย ในคดีนี้ ศาลฎีกาได้นำหลักเรื่องกฎหมายตัวแทนมาปรับใช้เพื่อพิพากษาให้โรงแรมต้องร่วมรับผิดชอบกับแม่บ้านแต่อย่างไร ทั้งที่รูปแบบการทำงานของทั้งสองคดีเหมือนกัน ดังนั้น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการทำงานในรูปแบบใหม่ๆ จะนำหลักการเรื่องตัวแทนมาปรับใช้ประกอบด้วยเพื่อให้ผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบเสมอไปหรือไม่ หรือจะหลักกฎหมายเรื่องอื่นมาปรับใช้ประกอบอีกหรือไม่ ยังไม่มีทิศทาง การปรับใช้กฎหมายของศาลที่ชัดเจนแน่นอนในเรื่องนี้ คงต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป

สำหรับกรณีที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน หรือมีสัญญาแต่เป็นชื่อเรียกอื่นที่ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน จะเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่นั้น ศาลฎีกาจะใช้หลักเรื่องอำนาจบังคับบัญชามาเป็นเกณฑ์พิจารณา เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 722/2524 จำเลยเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างตึกแถว จ้าง ส. ให้ก่อสร้างตึกแถวที่เหมามา โดยจ่ายเฉพาะค่าแรง คิดค่าแรงให้ห้องละ 22,000 บาท การจ่ายเงินให้ ส. นั้น จำเลยที่ 2 จ่ายให้เป็นงวด ๆ แสดงให้เห็นว่า หนี้ซึ่ง ส. จะต้องชำระคือแรงงานที่จะต้องปฏิบัติงานให้จำเลยซึ่งเป็นนายจ้าง และต้องปฏิบัติตามคำสั่งของจำเลยซึ่งเป็นนายจ้างด้วย งานก่อสร้างที่ ส. ทำขึ้นนั้นย่อมเป็นงานของจำเลย โดยจำเลยซึ่งเป็นนายจ้างเป็นผู้รับผลของงานก่อสร้างนั้น กรณีจึงเป็นจ้างแรงงานเมื่อคนงานของ ส. ทำละเมิดก็อยู่ในทางการที่จำเลยว่าจ้างแรงงาน ส. นั้นเอง จำเลยซึ่งเป็นนายจ้างจึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้นด้วย

จากคำพิพากษาฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน เนื่องจากเป็นการทำงานที่มีสินจ้างและผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของผู้รับจ้างได้ ดังนั้น ทั้งสองฝ่ายจึงเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน เมื่อคนงานของลูกจ้างทำละเมิด ผู้รับเหมาในฐานะนายจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 ด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 440/2530 จำเลยจ้างโจทก์ทั้งหมดให้สอนหนังสือนักเรียน โดยจ่ายค่าจ้างเป็นรายเดือน และจำเลยมีอำนาจออกระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน รวมทั้งกำหนดวันเวลาสอนหนังสือให้โจทก์ทั้งหมดปฏิบัติได้ หากโจทก์ฝ่าฝืน จำเลยมีอำนาจลงโทษถึงขั้นเลิกจ้างได้ ทั้งจำเลยก็ได้มุ่งหวังผลสำเร็จของการสอนหนังสือแต่อย่างใด ดังนั้น สัญญาจ้างระหว่างโจทก์ทั้งหมดกับจำเลยจึงเป็นสัญญาจ้างแรงงาน

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยมีอำนาจออกกระเปียบข้อบังคับและมีสิทธิลงโทษถึงขั้นไล่ออกได้ แสดงว่าจำเลยมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวโจทก์ทั้งหมด จึงเป็นสัญญาจ้างแรงงาน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3305/2545 โจทก์ตกลงทำงานด้วยการร้องเพลงในห้องอาหารของโรงแรมจำเลยตามเวลาที่จำเลยกำหนดวันละ 7 ชั่วโมง และจำเลยตกลงจ่ายค่าจ้างเดือนละ 18,630 บาทให้แก่โจทก์ ทั้งโจทก์ต้องปฏิบัติตามคำสั่งและระเบียบของจำเลย ต้องตอบบัตรเข้างาน ต้องร้องเพลงตามที่จำเลยกำหนด ต้องอยู่ในบริเวณโรงแรมในช่วงเวลาทำงาน หากจะหยุดงานต้องยื่นใบลา ถือได้ว่า โจทก์อยู่ในบังคับบัญชาของจำเลย โจทก์จึงมีฐานะเป็นลูกจ้างของจำเลย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานและไม่มีอำนาจบังคับบัญชา บางครั้งศาลฎีกาก็ตีความขยายความหมายของคำว่า นายจ้างลูกจ้าง ให้กว้างขึ้น เพื่อให้บุคคลที่ไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้ทำละเมิดต้องมาร่วมรับผิดชอบ ด้วยส่วนใหญ่มักเกี่ยวกับการประกอบกิจการขนส่งซึ่งมีการเข้าร่วมกิจการกัน หรือมีสัมปทานเส้นทางเดินรถ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 225/2521 จำเลยที่ 1 เช่าซื้อรถยนต์มาจากจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 1 นำรถมารับขนน้ำมันในนามจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 1 เป็นผู้จ่ายค่าจ้างแก่คนขับรถคันนี้ ปรากฏว่า เกิดเหตุละเมิดระหว่างกลับจากบรรทุกส่งน้ำมัน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 3 ได้รับประโยชน์ในการส่งน้ำมันอันเป็นกิจการของจำเลยที่ 3 ถือเป็นนายจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับคนขับรถด้วย

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า แม้ระหว่างคนขับรถซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 3 เจ้าของธุรกิจจะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานโดยตรง แต่ถ้ามีการประกอบธุรกิจในนามของบุคคลอื่นและมีการจ้างลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ในธุรกิจนั้น ศาลก็ถือว่าจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นเจ้าของธุรกิจเป็นนายจ้างด้วยเช่นกัน แม้จะไม่ใช้ผู้จ้างลูกจ้างโดยตรงก็ตาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 746-750/2538 จำเลยที่ 1 ได้ขับรถโดยสารรับส่งคนโดยสารไปในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2 เมื่อถึงบริเวณที่เกิดเหตุ จำเลยที่ 1 ได้ขับรถโดยสารชนรถสามล้อโจทก์จนทำให้สามล้อโจทก์ถึงแก่ความตาย โดยการในการขับรถของจำเลยที่ 1 เป็นกรณีที่จำเลยที่ 2 นายจ้างจะต้องเสียค่าบริการให้แก่จำเลยที่ 3 เป็นเงิน 40 บาทต่อวันเพื่อตอบแทนการนำรถเข้าร่วมแล่นกับจำเลยที่ 3 การเดินรถคันเกิดเหตุจึงเป็นกิจการร่วมกันระหว่างจำเลยที่ 2 และที่ 3 ฉะนั้น การที่จำเลยที่ 1 ขับรถโดยสารคันเกิดเหตุโดยรับจ้างจำเลยที่ 2 จึงเป็นการกระทำของลูกจ้างในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2 และถือเป็นการกระทำของลูกจ้างในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 3 ด้วย จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 3 จึงต้องรับผิดชอบร่วมกับจำเลยที่ 1 ตามมาตรา 425 ด้วย

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า แม้จำเลยที่ 1 จะไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับจำเลยที่ 3 โดยตรง แต่การขับรถรับส่งคนโดยสารเป็นการประกอบกิจการปกติของจำเลยที่ 3 เมื่อจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นนายจ้างของจำเลยที่ 1 ได้เข้าร่วมกิจการขับรถรับส่งคนโดยสารกับจำเลยที่ 3 จึงถือได้ว่า จำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 3 ด้วย เพราะถือว่าจำเลยที่ 2 และที่ 3 มีผลประโยชน์ในการเดินรถร่วมกัน ทั้งนี้ เป็นกรณีที่ศาลฎีกาได้ตีความขยายความหมายของคำว่าลูกจ้าง ให้ลูกจ้างของนายจ้างเป็นลูกจ้างของตนที่นายจ้างไปร่วมทำกิจการด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 965/2538 จำเลยที่ 2 เป็นบริษัทในเครือบริษัท ค. และตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการจดทะเบียนประกอบกิจการขนส่งให้แก่ลูกค้าที่ซื้อรถยนต์บรรทุกจากบริษัท ค. ในกรณีที่

ลูกค้าอยู่ต่างจังหวัดไม่มีใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่งก็สามารถใช้ชื่อของห้างจำเลยที่ 2 ประกอบกิจการขนส่งได้ โดยจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกค้าได้ซื้อรถยนต์บรรทุกจากบริษัท ค. จำนวน 2 คัน แต่เนื่องจากจำเลยที่ 1 ไม่มีใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่ง จึงได้ใช้ชื่อของห้างจำเลยที่ 2 ทำการขนส่งรถยนต์บรรทุกที่ตนสั่งซื้อทั้งสองคันดังกล่าว ในวันเกิดเหตุ ระหว่างที่ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ขับรถยนต์บรรทุกทั้งสองคันจากบริษัท ค. เพื่อนำไปยังที่ทำการของจำเลยที่ 1 ปรากฏว่า ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ขับรถโดยประมาทชนกับรถบรรทุกของโจทก์เสียหายและเป็นเหตุให้คนที่โดยสารมากับรถคันที่ถูกชนดังกล่าวกระเด็นตกจากรถและถูกรถยนต์คันอื่นทับตาย เห็นว่า การที่จำเลยที่ 2 มีวัตถุประสงค์รับจ้างขนส่งรถยนต์บรรทุกให้แก่ลูกค้าของบริษัท ค. และยินยอมให้จำเลยที่ 1 ประกอบกิจการขนส่งในนามของห้างจำเลยที่ 2 ได้ พฤติการณ์ของจำเลยที่ 2 ดังกล่าวถือว่าได้รับประโยชน์ร่วมกับบริษัท ค. และจำเลยที่ 1 เมื่อจำเลยที่ 1 นำรถยนต์บรรทุกดังกล่าวไปประกอบการขนส่ง โดยมีลูกจ้างของจำเลยที่ 1 เป็นคนขับรถยนต์บรรทุกของจำเลยที่ 1 ไปในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 1 โดยประมาท กรณีนี้ถือได้ว่าคนขับรถซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ด้วย ดังนั้น จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ได้ทำขึ้นตามมาตรา 425

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยที่ 2 มีวัตถุประสงค์โดยเฉพาะที่จะประกอบกิจการขนส่งให้แก่ลูกค้าของบริษัท ค. และยินยอมให้จำเลยที่ 1 ใช้ชื่อของห้างจำเลยที่ 2 ทำการขนส่งรถยนต์บรรทุกที่ซื้อไป เป็นพฤติการณ์ที่ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยที่ 2 ได้มีผลประโยชน์ร่วมกับกับบริษัท ค. และจำเลยที่ 1 ด้วย ดังนั้น จึงถือได้ว่า ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 จึงเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ด้วยนั่นเอง ทั้งนี้ เป็นกรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยตีความขยายความหมายของคำว่าลูกจ้าง โดยใช้หลักเกณฑ์การได้รับผลประโยชน์ร่วมกันกับนายจ้างของผู้ทำละเมิดเช่นกัน

นอกจากนี้ โดยเฉพาะในกรณีการประกอบกิจการสัมปทานเส้นทางเดินรถโดยสาร และมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเกี่ยวกับเงื่อนไขในการเข้าร่วมกิจการเดินรถที่มีรูปแบบแสดงให้เห็นความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันระหว่างคนขับรถ เจ้าของรถ และเจ้าของสัมปทานเส้นทางเดินรถอย่างชัดเจนมากขึ้น เช่น มีการพนสีข้างตัวรถโดยสารให้มีชื่อ ลวดลาย หรือหมายเลขตัวรถ ทำให้ทราบว่าเป็นของบริษัทหรือเจ้าของกิจการรายใด เป็นต้น จะเห็นได้ว่า ในกรณีดังกล่าว ศาลฎีกามีแนววินิจฉัยว่า เจ้าของสัมปทานเส้นทางเดินรถโดยสารถือว่าเป็นนายจ้างของคนขับรถโดยสารที่มีบุคคลอื่นนำรถเข้ามาร่วมกิจการด้วยยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 650/2545 จำเลยที่ 1 จดทะเบียนเป็นผู้ประกอบการขนส่ง มีรถบรรทุกประกอบการถึง 30 คัน โดยไม่ใช้รถบรรทุกของจำเลยที่ 1 เลย แสดงว่าจำเลยที่ 1 มีรายได้และผลประโยชน์มาจากรถบรรทุกที่เข้าร่วมประกอบการขนส่ง ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 ยอมให้จำเลยที่ 4 จดทะเบียนเข้าร่วมประกอบการขนส่งกับจำเลยที่ 1 และด้านข้างรถก็พนสีระบุชื่อจำเลยที่ 1 ไว้ด้วย จึงถือว่าจำเลยที่ 1 ยอมผูกพันตนเข้าร่วมกิจการและรับผลประโยชน์ร่วมกันกับจำเลยที่ 4 เมื่อจำเลยที่ 5 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 4 ขับรถบรรทุกคันดังกล่าวในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 4 โดยประมาท ถือได้ว่าจำเลยที่ 5 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ด้วย จำเลยที่ 1 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 4 ในผลแห่งละเมิดนั้น ส่วนจำเลยที่ 6 เป็นเพียงเจ้าของกรรมสิทธิ์รถยนต์บรรทุกคันเกิดเหตุซึ่งได้ให้จำเลยที่ 4 เช่าซื้อไป จำเลยที่ 4 จึงเป็นผู้ครอบครองรถสามารถนำไปจดทะเบียนประกอบการขนส่ง

ร่วมกับจำเลยที่ 1 ได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากจำเลยที่ 6 ไม่อาจถือได้ว่าจำเลยที่ 6 ร่วมประกอบกรณชนสงกับจำเลยที่ 1 และที่ 4 จำเลยที่ 6 จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดต่อโจทก์

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยที่ 1 ยินยอมให้จำเลยที่ 4 เข้าร่วมกิจการขนส่งและให้พาสีระบุชื่อของจำเลยที่ 1 ไว้ข้างตัวรถคันดังกล่าว เป็นพฤติการณ์ที่ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยที่ 1 ยอมผูกพันเข้าร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 4 ดังนั้น จึงถือได้ว่า จำเลยที่ 5 ซึ่งเป็นคนขับรถลูกจ้างของจำเลยที่ 4 จึงเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ด้วยนั่นเอง จำเลยที่ 1 จึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดร่วมกับจำเลยที่ 4 และจำเลยที่ 5 ด้วยตามมาตรา 425 ทั้งนี้ เป็นกรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยตีความขยายความหมายของคำว่าลูกจ้าง โดยใช้หลักเกณฑ์การได้รับผลประโยชน์ร่วมกันกับนายจ้างของผู้ทำละเมิดนั่นเอง ส่วนเจ้าของรถผู้ให้เช่าซื้อ เมื่อมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือได้รับประโยชน์จากการเข้าร่วมกิจการขนส่ง จึงไม่ใช่คนจ้างของรถคนขับรถ ไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งศาลฎีกาก็ได้ใช้หลักวินิจฉัยดังกล่าวนี้ในคดีอื่นๆ ที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันนี้อีกหลายคดี เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 247/2538, 8203/2538, 1340/2541 และ 5014/2541 เป็นต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 247/2538 จำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างขับรถยนต์โดยสารของจำเลยที่ 2 ซึ่งจำเลยที่ 2 ได้นำรถคันดังกล่าวเข้าร่วมกิจการเดินรถร่วมกับจำเลยที่ 3 โดยได้ให้ประโยชน์แก่จำเลยที่ 3 เป็นรายเที่ยวและให้ค่าต่อสัญญาเป็นรายปี ถือได้ว่าจำเลยที่ 3 และที่ 2 ร่วมกันเป็นนายจ้างของจำเลยที่ 1 ดังนั้น เมื่อจำเลยที่ 1 ทำละเมิดในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 3 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ตามมาตรา 425 ด้วย หากจำต้องมีการแบ่งผลประโยชน์ในการประกอบกิจการไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8203/2538 จำเลยที่ 2 นำรถยนต์โดยสารคันเกิดเหตุไปร่วมกิจการเดินรถกับจำเลยที่ 3 ในเส้นทางที่ได้รับสัมปทานจากราชการ โดยจำเลยที่ 3 ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากจำเลยที่ 2 ในอัตราร้อยละ 13 ของยอดรายได้ที่ยังไม่หักค่าใช้จ่าย และยอมให้จำเลยที่ 3 นำรถยนต์โดยสารคันเกิดเหตุไปทำสัญญาประกันภัยไว้กับจำเลยที่ 4 ได้ ก็ยอมให้จำเลยที่ 3 พาสีชื่อบริษัทจำเลยที่ 3 ไว้ที่ข้างรถ พฤติการณ์ดังกล่าวจึงถือได้ว่าจำเลยที่ 2 และที่ 3 เป็นหุ้นส่วนประกอบกิจการรับขนคนโดยสารด้วยกันในลักษณะหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน เมื่อจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ในทางการที่จ้างของห้างหุ้นส่วนดังกล่าว จำเลยที่ 3 จึงต้องรับผิดชอบร่วมกับจำเลยที่ 2 ในผลแห่งการละเมิดของจำเลยที่ 1 ตามมาตรา 425 ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1340/2541 เมื่อจำเลยที่ 1 นำรถยนต์โดยสารคันเกิดเหตุไปร่วมกิจการเดินรถกับจำเลยที่ 3 ในเส้นทางที่ได้รับสัมปทานจากราชการเพื่อประโยชน์ของตน ดังนี้ แม้จำเลยที่ 1 จะให้จำเลยที่ 2 เช่าซื้อไปก็เป็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในรถเท่านั้น การที่จำเลยที่ 1 มอบรถยนต์โดยสารคันเกิดเหตุให้จำเลยที่ 2 นำไปวิ่งส่งผู้โดยสารในเส้นทางสัมปทานของจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 1 ยังไม่เปลี่ยนชื่อผู้ร่วมเดินรถกับจำเลยที่ 3 แล้วจำเลยที่ 2 ให้ ว. ลูกจ้างเป็นผู้ขับรถยนต์โดยสารคันดังกล่าว เมื่อเกิดเหตุชนกันจำเลยที่ 1 เป็นผู้ไปเจรจาค่าเสียหายกับผู้บาดเจ็บ ต้องถือว่าจำเลยที่ 1 เป็นนายจ้างของ ว. ด้วย ดังนั้น จำเลยที่ 1 และที่ 2 จึงเป็นนายจ้างของ ว. ซึ่งทำละเมิดต่อโจทก์ในทางการที่จ้าง ต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อโจทก์ตามมาตรา 425 ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5014/2541 จำเลยที่ 2 นำรถยนต์โดยสารคันเกิดเหตุเข้าร่วมกิจการเดินรถกับจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 3 ได้รับผลประโยชน์เป็นเงินเท่ากับค่าโดยสารที่เก็บจากผู้โดยสารในอัตราหนึ่งต่อหนึ่งเที่ยว ส่วนเงินค่าโดยสารที่เก็บได้จากผู้โดยสารทั้งหมดเมื่อหักค่าบริการออกแล้วให้ผู้ให้สัญญาส่งมอบให้แก่ผู้รับสัญญาต่อไป ประกอบกับจำเลยที่ 2 ยอมให้จำเลยที่ 3 นำรถยนต์โดยสารคันเกิดเหตุไปทำสัญญาประกันภัยไว้กับจำเลยที่ 4 ก็ยอมให้จำเลยที่ 3 พนสีตัวถึงตราของจำเลยที่ 3 หมายเลขประจำรถ และซื้อเส้นทางก่อนส่งมอบรถให้ พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าจำเลยที่ 2 และที่ 3 ประกอบกิจการรับขนคนโดยสารร่วมกันในลักษณะที่แบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกัน ดังนั้น เมื่อจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 3 จึงต้องรับผิดชอบร่วมกับจำเลยที่ 2 ในผลแห่งละเมิดของจำเลยที่ 1 ตามมาตรา 425 ด้วย

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาข้างต้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของคนขับรถโดยสารซึ่งเป็นลูกจ้างเจ้าของรถโดยสารซึ่งเป็นนายจ้าง และเจ้าของกิจการเดินรถโดยสาร นั้น จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตีความขยายความหมายของคำว่าลูกจ้างหรือนายจ้าง ให้เจ้าของกิจการเดินรถโดยสารซึ่งได้รับสัมปทานเส้นทางเดินรถจากราชการต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่คนขับรถได้ก่อให้เกิดขึ้นด้วย แม้เจ้าของกิจการเดินรถจะมีได้มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานโดยตรงกับคนขับรถเลยก็ตาม เป็นกรณีที่ศาลฎีกาตีความถ้อยคำคำว่า นายจ้างและลูกจ้างตามบทบัญญัติในมาตรา 425 ให้กว้างขึ้น โดยใช้หลักเกณฑ์การได้รับผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างเจ้าของกิจการเดินรถกับนายจ้างของคนขับรถผู้ทำละเมิดนั่นเอง

สำหรับประเด็นเรื่องทางการที่จ้างของนายจ้างนั้น ได้มีผู้เขียนท่านอื่นวิเคราะห์ไว้โดยละเอียดแล้ว ซึ่งกล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับการวินิจฉัยขอบเขตทางการที่จ้างของศาลได้ว่า ศาลฎีกาไทยค่อนข้างวินิจฉัยขอบเขตทางการที่จ้างไว้อย่างกว้างขวางมาก โดยมุ่งจะคุ้มครองผู้ถูกทำละเมิดที่ได้รับความเสียหายเป็นหลัก ทำให้เป็นการผลักภาระความรับผิดชอบให้แก่นายจ้างที่จะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างมากเกินไป การที่ศาลฎีกาตีความขยายขอบเขตทางการที่จ้างกว้างไปมากจนไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าแท้จริงแล้วคำว่าทางการที่จ้างนั้น ควรจะครอบคลุมหรือขอบเขตเพียงใด ซึ่งผู้เขียนคนดังกล่าวได้เสนอความเห็นเกี่ยวกับการจำกัดขอบเขตทางการที่จ้างไว้ โดยศาลจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำของลูกจ้างว่า ผลแห่งละเมิดได้เกิดจากการกระทำอันเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจส่วนตัวของลูกจ้างเองหรือทำเพื่อประโยชน์ในส่วนของตัวเองแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำในทางการที่จ้างของนายจ้างอีกต่อไปซึ่งนายจ้างก็ไม่ควรจะต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำดังกล่าว²⁰ ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีการตีความขยายขอบเขตทางการที่จ้างกว้างขวางเกินไป เช่น ลูกจ้างขับรถบรรทุกของนายจ้างแล้วไปรับคนโดยสารมาด้วย ปรากฏว่า เกิดเหตุรถคว่ำเพราะลูกจ้างประมาท คนโดยสารมาด้วยเสียหาย เช่นนี้ นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบด้วย²¹ ลูกจ้างขับรถออกไปทำงานของนายจ้างตามปกติ แต่ระหว่างทางแวะทำธุระส่วนตัวแล้วก่อให้เกิดละเมิดขึ้น ทั้งนี้ไม่ว่านายจ้างจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม แม้ว่าละเมิดจะเกิดขึ้นเพราะการกระทำอันเป็นเรื่องส่วนตัวของลูกจ้างและนอกเวลาทำงานของ

²⁰ ญัตินี้ สหิตานุชิต, “ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง”, หน้า 190-201.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1656-1659/2498.

นายจ้างก็ตาม ศาลฎีกาก็ยังถือว่าอยู่ในทางการที่จ้าง โดยให้เหตุผลว่า ตราบิตที่ลูกจ้างยังไม่ได้นำรถเข้าเก็บให้เรียบร้อยในที่ทำงาน ก็ยังต้องถือว่าอยู่ในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ตามทางการที่จ้างนั่นเอง²²

จะเห็นได้ว่า แม้ศาลฎีกาจะพยายามตีความขยายขอบเขตทางการที่จ้างของนายจ้างให้ครอบคลุมข้อเท็จจริงในคดีให้กว้างมากขึ้นแล้วก็ตาม แต่หากขาดเงื่อนไขแรกที่ว่าผู้ร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดจะต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันเสียก่อนตามมาตรา 575 แล้ว แนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกาที่ตีความขยายขอบเขตทางการที่จ้างให้กว้างขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองเยียวยาผู้เสียหายย่อมไม่เกิดผลแต่อย่างใด ทั้งที่ในความเป็นจริง สภาพของสังคมในปัจจุบันมีรูปแบบการทำงานในลักษณะความสัมพันธ์ใหม่ๆ เพิ่มมากยิ่งขึ้น โดยอาจเป็นเพราะรูปแบบความสัมพันธ์ของการทำงานในยุคปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปตามโลกาภิวัตน์ เช่น รูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีให้มารักษาความปลอดภัยหรือมาทำงานทำความสะอาด หรือในกรณีที่ผู้เป็นนายจ้างตั้งใจที่จะหลีกเลี่ยงไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน เพื่อปิดความรับผิดชอบในหน้าที่ที่จะตามมาในฐานะเป็นนายจ้างของผู้ทำงานตามกฎหมาย โดยประสงค์จะลดต้นทุนค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับลูกจ้างและเพิ่มกำไรในการประกอบธุรกิจของตนให้มากขึ้น จึงจงใจทำนิติสัมพันธ์กันในรูปแบบสัญญาจ้างทำของ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการทำงานของผู้รับจ้างตามสัญญาดังกล่าวกลับแตกต่างจากรูปแบบของสัญญาจ้างทำของดั้งเดิม เช่น การจ้างพนักงาน freelance บางประเภทที่ต้องทำงานเสมือนเป็นลูกจ้างของผู้ว่าจ้าง ดังนี้ การตีความเพื่อขยายเพียงขอบเขตทางการที่จ้างของนายจ้างตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้ยกมาข้างต้น อาจไม่เพียงพอที่จะรองรับสภาพของรูปแบบการทำงานเปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ แนววินิจฉัยของศาลฎีกาได้พยายามที่จะขยายขอบเขตความหมายของคำว่า นายจ้าง ลูกจ้าง ให้กว้างมากขึ้น เพื่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามสัญญาจ้างแรงงานเพิ่มขึ้น อันจะนำไปสู่หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ได้ แต่เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกมาวิเคราะห์ข้างต้น ทำให้เห็นว่า การปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกายังไม่มีทิศทางที่ปรับใช้กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเท่าที่ควร เนื่องจากการวินิจฉัยของศาลฎีกาขึ้นอยู่กับ การนำสืบข้อเท็จจริงของคู่ความในคดีและการรับฟังข้อเท็จจริงของศาลเป็นกรณีๆ ไปเท่านั้น ทำให้ไม่อาจทราบได้แน่ชัดว่าเมื่อไม่มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งแล้ว จะมีกรณีใดบ้างที่ควรจะถือว่า มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้างต่อกัน หรือเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานขึ้นแล้ว

5.2.3 พิจารณากับหลักความรับผิดทางละเมิดของตัวการตามมาตรา 427

อย่างที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 3 ว่า ในกรณีที่ความสัมพันธ์ของผู้ทำงานกับผู้ให้ทำงานไม่เข้าลักษณะความสัมพันธ์ในฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน ศาลจึงจำเป็นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ทำละเมิดกับบุคคลอื่นซึ่งต้องร่วมรับผิดชอบนั้น เข้าองค์ประกอบความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นหรือไม่ หากไม่ปรากฏว่าเข้าหลักเกณฑ์ตามลักษณะความสัมพันธ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนี้ ผู้ทำละเมิดย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเองตามมาตรา 420 แต่เพียงผู้เดียว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแนวทางการปรับใช้กฎหมายของ

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2115/2517

ศาลไทยแล้ว พบว่า ศาลไทยมักจะนำหลักความรับผิดทางละเมิดของตัวการตามมาตรา 427 มา กำหนดความรับผิดให้ผู้ที่ใช้ให้ผู้อื่นทำการงานให้ตนต้องร่วมรับผิดในกรณีที่ผู้ถูกใช้งานทำละเมิดขึ้น ด้วย เนื่องจากรูปแบบความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนนั้นมีลักษณะกว้าง สามารถตีความให้เกิด สถานะเป็นตัวการตัวแทนได้ง่ายกว่ารูปแบบความสัมพันธ์ประเภทอื่น ศาลไทยจึงสามารถปรับใช้หลัก ตัวการตัวแทนกับหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดได้อย่างกว้างขวาง

ความรับผิดทางละเมิดของตัวการตามกฎหมายไทยนั้น บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 427 ความว่า “บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้น ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการ และตัวแทนด้วยโดยอนุโลม” โดยกฎหมายให้นำบทบัญญัติมาตรา 425 และ 426 ซึ่งเป็นกรณีที่ นายจ้างต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง และเมื่อ นายจ้างใช้คำสั่งใหม่ทดแทนไปแล้ว ก็มีสิทธิไล่เบี้ยให้ลูกจ้างชดเชยคืนได้ มาอนุโลมใช้กับความรับผิด ทางละเมิดของตัวการ นั้น เป็นผลมาจากความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนมีความใกล้ชิดกับ ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง แม้ว่าสิทธิหน้าที่ของนายจ้างลูกจ้างกับของตัวการตัวแทนจะ เกิดขึ้นจากเอกเทศสัญญาคนละลักษณะกัน แต่ความรับผิดในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้างและ ตัวแทนที่ทำต่อสิทธิของบุคคลภายนอกก็เป็นอย่างเดียวกัน โดยสามารถแยกพิจารณาหลักเกณฑ์ความ รับผิดทางละเมิดของตัวการได้ดังนี้

5.2.3.1 การเกิดขึ้นของตัวแทนตามมาตรา 427

ตัวแทนตามมาตรา 427 เป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นตามสัญญาตัวแทน มาตรา 797 ซึ่ง บทบัญญัติดังกล่าวได้วางหลักการเกิดตัวแทนได้ 2 กรณี คือ เกิดขึ้นโดยตกลงกันอย่างชัดแจ้ง และโดย ตกลงกันโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ตาม ตัวแทนก็อาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลสอง ฝ่ายมีความสัมพันธ์เป็นตัวการตัวแทนกันเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่สุจริตและเข้ามา เกี่ยวข้องด้วย ดังนั้น ตัวแทนจึงอาจเกิดขึ้นได้ตามกรณีต่อไปนี้

ก. เกิดขึ้นโดยความตกลงกันอย่างชัดแจ้ง กับโดยความตกลงโดยปริยาย ซึ่งการเกิด สัญญาตัวแทนขึ้นโดยการตกลงชัดแจ้งนั้น ย่อมไม่มีปัญหาในการตีความว่าเป็นตัวการตัวแทนกัน หรือไม่ เพราะคู่สัญญาได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งที่จะเข้าผูกพันตนตามสัญญาว่าใครเป็นตัวการตัวแทน และมอบหมายให้ทำกิจการงานใดบ้าง ซึ่งองค์ประกอบการเกิดสัญญาตัวแทนโดยชัดแจ้งนี้ ก็ต้อง เป็นไปตามหลักเรื่องนิติกรรมสัญญา ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประสงค์ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นตัวแทนทำ กิจการแทนตน และคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นตัวแทนนั้นก็ตกลงรับทราบเจตนาและยอมรับเข้าจัดการกิจการ นั้นให้ เช่นนี้ ถือได้ว่า สัญญาเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว เช่น ผู้กู้ทำหนังสือมอบอำนาจให้บุคคลอื่นรับเงิน ที่กู้จากผู้ให้กู้ ถือว่าผู้รับมอบอำนาจเป็นตัวแทนของผู้กู้ ผู้กู้ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของผู้รับ มอบอำนาจซึ่งทำไปภายในขอบอำนาจ เมื่อผู้รับมอบอำนาจได้เงินไปแต่ไม่นำไปส่งมอบให้ผู้กู้ สัญญาผู้ เงินก็ยังคงสมบูรณ์ ผู้ให้กู้มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้กู้ชำระหนี้เงินกู้ได้²³ กรณีนี้หนังสือมอบอำนาจแสดงให้เห็นว่ามีการตกลงทำสัญญาตัวแทนกันอย่างชัดแจ้งนั่นเอง

ความเป็นตัวแทนโดยชัดแจ้งทำให้สามารถปรับใช้หลักความรับผิดทางละเมิดของ ตัวการตามมาตรา 427 ได้โดยสะดวก เช่น จำเลยทำสัญญารับเหมาก่อสร้างจากกรมทางหลวง ตาม

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2523/2514

สัญญาจำเลยจะนำไปทำสัญญาจ้างเหมาช่วงไม่ได้ แต่จำเลยผิดสัญญานำไปให้บริษัท บ. รับเหมาช่วง อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบสุดท้ายต่อกรมทางหลวงยังอยู่ที่จำเลยซึ่งเป็นคู่สัญญาโดยตรง เพราะตามสัญญาข้อ 9 จำเลยรับว่า ผู้รับจ้างช่วงเป็นตัวแทนของจำเลย บริษัท บ. จึงเป็นตัวแทนจำเลยในการทำงานโดยมีจำเลยเป็นตัวการ เมื่อบริษัท บ. ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในฐานะตัวการ ตามมาตรา 427²⁴ จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการระบุไว้ในสัญญาจ้างเหมาช่วงก่อสร้างระหว่างจำเลยผู้รับเหมากับ บริษัท บ. อย่างชัดเจนแล้วว่า การดำเนินงานของ บ. กระทำไปในฐานะผู้รับจ้างช่วงและตัวแทนของจำเลยด้วย ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ตัวแทนได้ก่อขึ้น

ข. ส่วนกรณีความตกลงโดยปริยาย อาจเกิดปัญหาในการตีความกฎหมายได้ เนื่องจากไม่ปรากฏการแสดงเจตนาออกมาอย่างชัดเจนว่าคู่สัญญาประสงค์จะเข้าทำสัญญาตัวแทนกัน แต่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงจากการแสดงออกของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากทำให้เข้าใจได้ว่าตัวการประสงค์จะให้ตัวแทนทำกิจการแทนตน และตัวแทนก็ตกลงยินยอมเข้าทำกิจการนั้นแทนตัวการ และเพื่อประโยชน์ของตัวการ ก็อาจเกิดเป็นสัญญาตัวแทนโดยปริยายได้ ทั้งนี้ การเกิดตัวแทนโดยปริยายสามารถตีความได้ค่อนข้างกว้างมาก ไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ชัดเจนตายตัว ขึ้นอยู่กับการพิจารณาข้อเท็จจริงของศาลซึ่งเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายเป็นกรณีๆ ไป เช่น ส เป็นพนักงานขายสินค้าของโจทก์ มีหน้าที่นำสินค้าไปเสนอขายให้แก่ลูกค้า การที่ ส เสนอขายสินค้าของโจทก์ให้แก่จำเลย ย่อมถือได้ว่าทำการเป็นตัวแทนของโจทก์โดยปริยาย เมื่อ ส ให้คำรับรองกับจำเลยว่า ถ้าสินค้าที่จำเลยซื้อจากโจทก์ไปไม่สามารถใช้งานได้ จะยอมให้คืนสินค้า และยอมคืนเช็คค่าสินค้าให้แก่จำเลย คำรับรองที่ ส ได้ทำไปดังกล่าวจึงผูกพันโจทก์ด้วยตามมาตรา 820²⁵ จะเห็นได้ว่า ตามประเพณีการค้าแล้ว พนักงานขายย่อมเป็นตัวแทนของบริษัทขายสินค้า เมื่อได้ตกลงหรือให้คำรับรองใดๆ เกี่ยวกับสินค้า ย่อมต้องผูกพันบริษัทซึ่งเป็นตัวการด้วยนั่นเอง ดังนั้น การเกิดขึ้นของตัวแทนโดยปริยายจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นประกอบกัน ว่ามีพฤติการณ์ที่คู่สัญญาแสดงเจตนาเข้าผูกพันกันตามสัญญาตัวแทนหรือไม่ โดยอาจเป็นกรณีตามประเพณีของคู่สัญญาที่ปฏิบัติต่อกันมา หรือเป็นวิธีการค้าอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาความเป็นตัวแทนโดยปริยายกับหลักความรับผิดชอบละเมิดของตัวการตามมาตรา 427 แล้ว จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่ห้างสรรพสินค้าให้บริการที่จอดรถแก่ลูกค้า และจ้างบริษัทรักษาความปลอดภัยให้ส่งพนักงานมาทำหน้าที่รักษาความปลอดภัยให้แก่ห้างสรรพสินค้า ซึ่งกรณีนี้ห้างสรรพสินค้าไม่ได้เป็นนายจ้างของพนักงานรักษาความปลอดภัยที่มาทำงานให้ เพราะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่ศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยให้ห้างสรรพสินคาร่วมรับผิดชอบกับพนักงานรักษาความปลอดภัยและบริษัทรักษาความปลอดภัยด้วย เมื่อเกิดเหตุรถยนต์ของลูกค้าสูญหาย โดยนำมาตรา 427 มาปรับใช้ ให้ถือว่า กิจการรักษาความปลอดภัยของห้างสรรพสินค้านั้นห้างสรรพสินค้าได้มอบหมายหน้าที่ให้บริษัทรักษาความปลอดภัยเป็นผู้ทำการแทนในฐานะตัวแทนของตน เช่น

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 562/2553

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1688/2539

คำพิพากษาฎีกาที่ 4223/2542 เจ้าของบริษัทที่ประกอบกิจการห้างสรรพสินค้ามีพฤติการณ์แสดงให้เห็นผู้ใช้บริการเข้าใจว่าเป็นเจ้าของหรือได้ร่วมกับเจ้าของอาคารศูนย์การค้ามอบหมายให้บริษัทรักษาความปลอดภัยรวมทั้ง พนักงานรักษาความปลอดภัยของบริษัท เป็นตัวแทนดูแลรักษาความปลอดภัยให้แก่ลูกค้าผู้ใช้บริการ ดังนั้น การที่พนักงานรักษาความปลอดภัยไม่ระมัดระวังตรวจบัตรจอดรถโดยเคร่งครัด อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกันการโจรกรรมรถ ทำให้รถยนต์ของลูกค้าสูญหาย เป็นการประมาทเลินเล่อ และกระทำละเมิดลูกค้า ซึ่งเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง บริษัทรักษาความปลอดภัย ในฐานะนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง มาตรา 425 และบริษัทผู้ประกอบกิจการห้างสรรพสินค้าก็เป็นตัวการที่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของตัวแทนตามมาตรา 427

คำพิพากษาฎีกาที่ 5800/2553 การที่ห้างสรรพสินค้าจัดให้มีลานจอดรถสำหรับลูกค้าที่มาซื้อสินค้า แม้ไม่มีการเก็บค่าที่จอดรถก็ตาม แต่เมื่อมีการแจกบัตรจอดรถเพื่อให้ตรวจก่อนนำรถออกจากลานจอด ห้างสรรพสินค้าจึงมีหน้าที่ดูแลรักษาความปลอดภัยของทรัพย์สินของลูกค้าด้วย เมื่อพนักงานรักษาความปลอดภัยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการออกบัตรจอดรถและตรวจบัตรจอดรถโดยเคร่งครัด เป็นเหตุให้รถยนต์ของลูกค้าถูกลักไป จึงเป็นการทำละเมิดตามมาตรา 420 บริษัทรักษาความปลอดภัยเป็นนายจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 และห้างสรรพสินค้าต้องรับผิดชอบในฐานะตัวการที่ว่าจ้างให้บริษัทรักษาความปลอดภัยเป็นตัวแทนซึ่งทำละเมิดในกิจการที่ทำแทนตามมาตรา 427 ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4845/2555 พฤติการณ์ที่ห้างสรรพสินค้ากำหนดให้ลูกค้าต้องรับบัตรจอดรถจากพนักงานรักษาความปลอดภัยเสียก่อนนำรถเข้าจอด และจะต้องคืนบัตรจอดรถก่อนนำรถออกจากที่จอดรถ ย่อมทำให้ลูกค้าเข้าใจได้ว่า ห้างสรรพสินค้าได้จัดให้มีบริการดูแลรักษาความปลอดภัยของรถยนต์ของลูกค้าแล้ว โดยการดูแลดังกล่าว ห้างสรรพสินค้าได้มอบหมายให้บริษัทรักษาความปลอดภัยและพนักงานรักษาความปลอดภัยเป็นตัวแทนรับดูแลรักษาความปลอดภัย เมื่อปรากฏว่า พนักงานรักษาความปลอดภัยกระทำละเมิดโดยปล่อยปละละเลยให้คนร้ายลักทรัพย์ของลูกค้าไปได้ ห้างสรรพสินค้าจึงต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะตัวการด้วยตามมาตรา 427

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสามฉบับข้างต้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ในกรณีที่ห้างสรรพสินค้าได้ว่าจ้างบริษัทรักษาความปลอดภัยมาทำหน้าที่รักษาความปลอดภัยของห้าง ซึ่งบริษัทรักษาความปลอดภัยก็จะส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนมาทำหน้าที่รักษาความปลอดภัย ดังที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3100/2553 ว่าการรักษาความปลอดภัยของทรัพย์สินของลูกค้าที่มาใช้บริการห้างสรรพสินค้านั้น เป็นหน้าที่ที่ห้างสรรพสินค้าจักต้องกระทำต่อลูกค้า ดังนั้น เมื่อพนักงานรักษาความปลอดภัยทำละเมิดเป็นเหตุให้รถยนต์ของลูกค้าถูกลักไปแน่นอนว่า พนักงานผู้ทำละเมิดย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเองตามมาตรา 420 ส่วนบริษัทรักษาความปลอดภัยซึ่งเป็นนายจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างตามมาตรา 425 แต่ประเด็นที่น่าพิจารณาตามคำพิพากษาฎีกาทั้งสามฉบับนี้ คือ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยให้ห้างสรรพสินค้าซึ่งไม่ใช่ นายจ้างของพนักงานรักษาความปลอดภัยต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดและบริษัทรักษาความปลอดภัยด้วย โดยศาลฎีกาถือว่า หน้าที่ในการรักษาความปลอดภัยนั้น ห้างสรรพสินค้าได้มอบหมายให้บริษัทรักษาความปลอดภัยเป็นตัวแทนดำเนินการแทนตน ห้างสรรพสินค้าจึงมีฐานะเป็นตัวการต้องร่วมรับผิดชอบกับตัวแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาตรา 425 ประกอบมาตรา 427 จะเห็นได้ว่า

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างห้างสรรพสินค้ากับพนักงานรักษาความปลอดภัยแล้ว พบว่า ห้างสรรพสินค้าไม่ได้เป็นนายจ้างของพนักงานรักษาความปลอดภัย และไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน เลย ดังนั้น จึงไม่อาจนำมาตรา 425 มาปรับใช้เพื่อให้ห้างสรรพสินค้าต้องมาร่วมรับผิดชอบได้ กรณีนี้ศาลฎีกาจึงได้นำหลักกฎหมายเรื่องตัวแทนมาปรับใช้ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าว เพราะข้อเท็จจริงเข้าลักษณะเป็นตัวแทนแล้ว โดยการตีความความสัมพันธ์ระหว่างห้างสรรพสินค้ากับผู้ทำละเมิดตามหลักกฎหมายตัวแทนนั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุที่ศาลฎีกานำหลักเรื่องตัวแทนมาปรับใช้กับคดี โดยให้ถือว่าเกิดสัญญาตัวแทนขึ้นโดยปริยาย เพราะปรากฏว่าข้อเท็จจริงเข้าลักษณะเป็นตัวแทนกันแล้ว แม้พื้นฐานจะเป็นการทำงานตามสัญญาจ้างทำของก็ตาม ก็เพื่อประสงค์จะมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับการเยียวยาชดเชยอย่างเต็มที่ ประกอบกับเป็นการป้องปรามไม่ให้ห้างสรรพสินค้าปิดความรับผิดชอบต่อลูกค้า และหันมาให้ความสำคัญในการดูแลป้องกันทรัพย์สินของลูกค้าให้มากขึ้น ซึ่งหากการต้องกระทำการป้องกันดังกล่าวทำให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายของห้างสรรพสินค้าเพิ่มขึ้น ห้างสรรพสินค้าก็สามารถผลักภาระค่าใช้จ่ายนี้ไปยังลูกค้าผู้ใช้บริการได้โดยการเรียกเก็บค่าจอดรถ หรืออาจไปทำประกันภัยสำหรับคุ้มครองความปลอดภัยในทรัพย์สินทั้งของห้างสรรพสินค้าเองและของลูกค้าได้อีกเช่นกัน หรือในกรณีอื่นที่ศาลฎีกานำมาตรา 427 มาปรับใช้ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2116/2553 จำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของโครงการอาคารชุด ได้จ้างเหมาจำเลยที่ 2 ติดตั้งระบบป้องกันอัคคีภัย เมื่อระบบดังกล่าวไม่สามารถใช้งานได้สมบูรณ์ จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบแก้ไข การที่จำเลยที่ 2 มอบหมายให้พนักงานของตนตรวจสอบแก้ไขระบบดังกล่าว และพนักงานของจำเลยที่ 2 เชื่อมต่อสายไฟฟ้าเข้าระบบผิดทำให้กระแสไฟฟ้าลัดวงจร เกิดความเสียหายต่อระบบป้องกันอัคคีภัย จำเลยที่ 2 ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างตามมาตรา 425 และจำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นตัวแทนได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้นด้วยตามมาตรา 427 ประกอบมาตรา 425²⁶

นอกจากนี้ กรณีเรื่องการขับรถให้ตามที่ใช้หรือวานนั้น บางครั้งศาลฎีกาก็ตัดสินให้คนขับรถเป็นตัวแทนของเจ้าของรถ ถ้าคนขับทำละเมิด เจ้าของรถก็ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2516 การที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นพลธิการกองพลทหารม้าสั่งให้จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นพลขับและสังกัดอยู่ในกองพลเดียวกัน ขับรถยนต์ของทางราชการกองพลทหารม้าไปชนปูนซีเมนต์ให้วัดซึ่งจำเลยที่ 2 เป็นกรรมการวัดอยู่ด้วย กิจกรรมดังกล่าวมิใช่ราชการของกองทัพบกจำเลยที่ 3 ทั้งมิได้เกี่ยวกับตัวจำเลยที่ 1 แต่ประการใด ย่อมถือได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวการ และจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 ในกิจการนี้โดยปริยาย เมื่อจำเลยที่ 1 ขับรถยนต์กลับกองพลทหารม้าได้ชนรถยนต์โจทก์เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ทำละเมิดภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทนจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นตัวการย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นตัวแทนในผลแห่งละเมิดที่

²⁶ สำหรับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ ไม่เห็นพ้องด้วย โดยเห็นว่า ความรับผิดชอบของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนนั้น จะต้องเป็นกรณีที่ตัวแทนเป็นผู้ทำละเมิดด้วยตนเอง ไม่ใช่กรณีที่ตัวแทนถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องมีความรับผิดชอบ อีกทั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างห้างสรรพสินค้ากับบริษัทรักษาความสะอาดเป็นสัญญาจ้างทำของไม่ใช่สัญญาตัวแทน ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไปในแนวทางดังกล่าวเป็นการตีความปรับใช้กฎหมายที่เกินกว่ากรณีที่ถูกกฎหมายกำหนด

จำเลยที่ 1 ทำไปนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 ประกอบด้วยมาตรา 820 (วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 32/2515)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 981/2532 จำเลยใช้ให้ ย. ขับรถยนต์ไปทำธุรกิจให้จำเลยโดยมีจำเลยนั่งไปด้วย ย่อมถือได้ว่าจำเลยเป็นตัวการ และ ย. เป็นตัวแทนของจำเลยในกิจการนี้โดยปริยาย เมื่อ ย. ขับรถยนต์โดยประมาทชนรถยนต์ที่โจทก์รับประกันภัยไว้เสียหาย ถือได้ว่า ย. กระทำละเมิดภายในขอบอำนาจแห่งฐานะตัวแทนจำเลยซึ่งเป็นตัวการจึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดที่ ย. ได้กระทำไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 427 ประกอบด้วย มาตรา 420

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 260/2535 จำเลยที่ 1 เป็นพลทหารเกณฑ์อยู่ได้บังคับบัญชาของสามีจำเลยที่ 2 ก่อนเกิดเหตุสามีจำเลยที่ 2 ให้จำเลยที่ 1 ไปช่วยงานศพบิดาจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 ใช้ให้จำเลยที่ 1 ขับรถยนต์ของจำเลยที่ 2 ไปในกิจการของจำเลยที่ 2 ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 ในกิจการนั้น จำเลยที่ 2 ต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ในผลแห่งละเมิดที่จำเลยที่ 1 ขับรถยนต์โดยประมาทชนรถยนต์ของโจทก์เสียหาย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสามฉบับข้างต้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ในกรณีที่เจ้าของรถใช้ให้บุคคลอื่นขับรถไปทำกิจการงานอันเป็นธุระของตน ถือได้ว่า มอบหมายให้เป็นตัวแทนขับรถโดยปริยายแล้ว เมื่อตัวแทนทำละเมิดจึงต้องร่วมรับผิดชอบด้วยในฐานะตัวการตามมาตรา 427

ดังนั้น หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนซึ่งเกิดขึ้นโดยปริยายนั้น จะต้องพิจารณาให้ได้ว่า ตัวการได้มอบหมายกิจการของตนเองให้ตัวแทนกระทำการแทน ซึ่งตัวแทนก็ตกลงทำการดังกล่าวให้ โดยเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของตัวการ ตัวแทนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการงานดังกล่าวโดยส่วนตัวแต่อย่างใด เมื่อเกิดเป็นตัวแทนโดยปริยายแล้ว ตัวการจึงต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา 427 หากตัวแทนโดยปริยายดังกล่าวได้ทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกในขณะที่ทำการเป็นตัวแทนของตน

ค. นอกจากสัญญาตัวแทนจะเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญาแล้ว ยังอาจเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมาย ซึ่งได้กำหนดองค์ประกอบของข้อเท็จจริงที่กฎหมายให้ถือว่าเป็นตัวการตัวแทนกัน แม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้มีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์กันในลักษณะตัวแทนต่อกัน ในขณะที่เกิดสัญญาตัวแทนดังกล่าวก็ตาม ได้แก่ กรณีตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 ซึ่งตัวแทนเชิดคือ การที่บุคคลหนึ่งแสดงออกด้วยวาจา ท่าทาง ทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจไปว่าตนได้มอบอำนาจให้อีกคนหนึ่งเป็นตัวแทน ซึ่งความจริงมิได้มีการมอบอำนาจให้เป็นตัวแทนกันเลย และบุคคลภายนอกเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นตัวแทนกัน ก็เลยเข้าทำสัญญากับตัวแทน โดยหวังว่ากิจการนั้นจะผูกพันตัวการผ่านทางตัวแทน²⁷ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริตไม่ได้รับความเสียหายจากการที่ตัวการปฏิเสธไม่ยอมรับอำนาจของตัวแทนที่ตนได้มีพฤติการณ์เชิดให้บุคคลอื่นเข้าใจผิด กฎหมายปิดปากไม่ให้แก้ตัวว่าไม่มีความสัมพันธ์เป็นตัวการตัวแทนกันนั่นเอง จะเห็นได้ว่าเป็นตัวแทนเชิดได้ จะต้องมามีพฤติการณ์ที่ตัวการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกบางประการ ที่ทำให้เข้าใจไปได้ว่า บุคคลดังกล่าวเป็นตัวแทนของตัวการ ซึ่งต้องอาศัยพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็น

²⁷ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทน ตัวแทนค้าต่าง นายหน้า จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2553), หน้า 32.

กรณีๆ ไป เช่น ชื่อ โอเชียนวิว เป็นชื่อทางการค้าของบริษัทจำเลย ซึ่งมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่โรงแรม โอเชียนวิว จำเลยให้ผู้อื่นเช่าโรงแรมโอเชียนวิว และบังคับให้ผู้เช่าใช้ชื่อเดิมจนเป็นที่รู้กันทั่วไปว่า โรงแรมโอเชียนวิวเป็นกิจการของจำเลย ดังนั้น เป็นพฤติการณ์ที่บริษัทจำเลยแสดงออกแก่โจทก์ และบุคคลทั่วไปว่า เป็นการดำเนินกิจการของจำเลยเอง จึงเป็นการเชิดผู้เช่าว่าเป็นตัวแทนของจำเลย ดังนั้น เมื่อผู้เช่าโรงแรมส่งสินค้าจากโจทก์ และไม่ชำระราคา บริษัทจำเลยจะยกเหตุว่ามีสัญญาเช่าระหว่างกันเองมาเป็นเหตุปฏิเสธความรับผิดชอบต่อโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต ไม่ได้²⁸ จะเห็นได้ว่า บริษัทจำเลยมีพฤติการณ์แสดงออกให้เห็นว่า เชิดผู้เช่าโรงแรมเป็นตัวแทนของตน โดยการให้ใช้ชื่อ โอเชียนวิว ดำเนินกิจการต่างๆ ของผู้เช่า ศาลจึงตัดสินให้มีฐานะเป็นตัวแทนที่ต้องผูกพันในกิจการที่ตัวแทนได้กระทำไปตามมาตรา 821

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาความเป็นตัวแทนเชิดกับหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของ ตัวการตามมาตรา 427 แล้ว จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายละเมิดนั้น ศาลพยายามตีความคำว่าตัวแทน ให้กว้างขึ้น โดยยกพฤติการณ์บางประการที่แสดงให้เห็นว่า ตัวการได้แสดงออกต่อบุคคลทั่วไปว่า ตัวแทนเป็นตัวแทนของตน มาเป็นองค์ประกอบให้เกิดความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทนที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย และเป็นผลให้ต้องมีความรับผิดชอบต่อกันตัวแทนเชิดดังกล่าวกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น ซึ่ง พฤติการณ์ที่ศาลฎีกาถือว่า มีลักษณะเป็นการเชิดให้บุคคลทั่วไปเข้าใจโดยสุจริตได้ว่ามีความสัมพันธ์ เป็นตัวการตัวแทนกัน ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 872/2546 จำเลยที่ 2 นำรถยนต์บรรทุกคันเกิดเหตุเข้าร่วม กิจการรับจ้าง ขนส่งกับจำเลยที่ 3 ซึ่งขณะเกิดเหตุรถชนคดีนี้ รถยนต์บรรทุกคันเกิดเหตุติดป้ายชื่อ จำเลยที่ 3 ระบุหมายเลข 116 ไว้บนหลังคาด้านหลังรถ อันเป็นการแสดงให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็น กิจการรับจ้างของจำเลยที่ 3 ถือได้ว่าจำเลยที่ 3 ได้เชิดจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของตน เมื่อจำเลยที่ 1 ขับรถยนต์บรรทุกคันเกิดเหตุโดยประมาทชนรถยนต์เก๋งคันเกิดเหตุ อันเป็นการกระทำละเมิด จำเลย ที่ 3 ในฐานะตั้งการจึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 และที่ 2 ในผลแห่งละเมิดของจำเลยที่ 1 ตาม มาตรา 427 ด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 402/2555 ขณะเกิดเหตุบริเวณข้างรถยนต์บรรทุกปรากฏตรา และชื่อของจำเลยที่ 3 อยู่อย่างเห็นได้ชัดเจน คนทั่วไปที่ได้พบเห็นรถยนต์บรรทุกคันดังกล่าวจะต้อง เข้าใจว่า เป็นรถยนต์บรรทุกของจำเลยที่ 3 การที่จำเลยที่ 3 ยอมให้จำเลยที่ 1 นำรถคันดังกล่าว ออก ขนส่งของในนามของจำเลยที่ 3 โดยเปิดเผย ทั้งจำเลยที่ 3 ได้รับผลประโยชน์ด้วยการจัดเก็บ ค่าธรรมเนียม พฤติการณ์ดังกล่าวเท่ากับจำเลยที่ 3 เชิดให้จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 3 ใน การรับบรรทุกขนส่ง จำเลยที่ 3 จึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ผู้สุจริต เสมือนว่าจำเลยที่ 1 เป็น ตัวแทนของตน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 และต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำ ละเมิดของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับข้างต้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ในกรณีนี้เจ้าของ รถบรรทุกนำรถเข้าร่วมกิจการกับบริษัทเจ้าของสัมปทานหรือได้รับอนุญาตให้ขนส่ง โดยมีป้ายหรือ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่แสดงให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า เป็นรถที่วิ่งในกิจการของบริษัทดังกล่าว และ

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 403/2531

บริษัทเจ้าของสัมปทานก็ได้รับประโยชน์จากการนำรถเข้าร่วมวิ่งด้วย เช่นนี้ ถือได้ว่า บริษัทเจ้าของสัมปทานเป็นตัวการที่เชิดให้คนขับรถเป็นตัวแทนของตนแล้ว ถ้าเกิดละเมิด บริษัทเจ้าของสัมปทานต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะตัวแทนตามมาตรา 427 ด้วย

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 อีก คือ กรณีคนขับรถแท็กซี่ทำละเมิดขณะขับรถ ซึ่งรถคันเกิดเหตุมีชื่อและตราของสหกรณ์แท็กซี่อยู่ที่ประตูรถทั้งสองด้าน การที่เจ้าของรถแท็กซี่หรือเจ้าของอู่หรือสหกรณ์แท็กซี่ ยินยอมให้คนขับรถนำรถออกวิ่งรับคนโดยสารในนามของตนเองโดยเปิดเผย ถือเป็นการเชิดให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นการรับขนคนโดยสารในกิจการของเจ้าของสหกรณ์แท็กซี่ จึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่คนขับรถก่อขึ้นตามมาตรา 427 ในฐานะตัวการ²⁹ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 243/2530 การที่บริษัทจำเลยที่ 3 ยอมให้จำเลยที่ 1 นำรถยนต์แท็กซี่ออกแล่นรับคนโดยสารในนามของจำเลยที่ 3 โดยเปิดเผยและเป็นที่ยอมรับได้ว่าจำเลยที่ 3 จะต้องได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้ตราบริษัทจำเลยที่ 3 ติดอยู่ที่ข้างรถดังกล่าวยอมทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่า จำเลยที่ 3 เป็นผู้ประกอบการเดินรถยนต์รับจ้างนั้นในกิจการของจำเลยที่ 3 เองการกระทำของจำเลยที่ 3 เป็นการเชิดจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนจำเลยที่ 3 จึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตที่ได้รับความเสียหายจากผลแห่งการละเมิดของจำเลยที่ 1 เสมือนจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของตน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2544 รถแท็กซี่คันเกิดเหตุมีชื่อจำเลยที่ 2 และหมายเลขโทรศัพท์ของจำเลยที่ 2 ปรากฏอยู่ข้างรถ การที่จำเลยที่ 1 นำรถคันดังกล่าวออกมาขับรับผู้โดยสารยอมเป็นการแสดงออกต่อโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้สุจริตว่า จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนเชิดของจำเลยที่ 2 เจ้าของรถในการรับจ้างบรรทุกผู้โดยสาร จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 และมาตรา 821

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7673/2550 รถแท็กซี่คันเกิดเหตุเป็นของจำเลยที่ 2 มีชื่อและตราของจำเลยที่ 2 ติดอยู่ที่ประตูรถทั้งสองด้าน คนทั่วไปที่ได้พบเห็นจะต้องเข้าใจว่าเป็นรถของจำเลยที่ 2 การที่จำเลยที่ 2 ยอมให้จำเลยที่ 1 นำรถออกวิ่งรับคนโดยสารในนามของจำเลยที่ 2 โดยเปิดเผยโดยจำเลยที่ 2 ได้รับผลประโยชน์ด้วย เท่ากับจำเลยที่ 2 เชิดให้จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 ในการรับบรรทุกทุกคนโดยสาร จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 และต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ ตามมาตรา 427 ประกอบมาตรา 425 จำเลยที่ 3 และที่ 4 เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบของจำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

ความรับผิดชอบของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนกรณีเป็นตัวแทนเชิดนั้น อาจเกิดขึ้นได้ยากกว่ากรณีอื่นๆ เนื่องจากจะต้องมีพฤติการณ์ที่แสดงออกให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า มีบุคคลอื่นเป็นตัวแทนของตน ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วตัวการไม่ได้ประสงค์จะทำสัญญาตัวแทนขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งพฤติการณ์ที่แสดงออกว่าเป็นการเชิดให้เป็นตัวแทนนั้น จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็น

²⁹ มีคำพิพากษาศาลฎีกาคดีอื่นๆ อีก ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อเท็จจริงและผลทางกฎหมายไปในทำนองเดียวกันนี้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3116/2523 , 1071/2527 , 694/2531 และ 4771/2553 เป็นต้น

กรณีๆ ไป เบื้องต้นมีหลักเกณฑ์ว่า ต้องมีพฤติการณ์แสดงออกว่ามอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นตัวแทน และตัวการได้รับประโยชน์จากการทำงานของตัวแทนด้วย

อย่างไรก็ตาม ความเป็นตัวแทนโดยผลของกฎหมายนั้น นอกจากจะเกิดขึ้นในกรณีตัวแทนชัดตามมาตรา 821 แล้ว ก็ยังมีกรณีสัญญาตัวแทนที่เกิดขึ้นในกรณีฉ้อฉลหรือเรียกว่าตัวแทนจำเป็นตามมาตรา 802³⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่คู่สัญญามีความสัมพันธ์เป็นตัวการตัวแทนกันอยู่ก่อนแล้ว แต่ปรากฏว่ามีเหตุฉ้อฉลจำเป็นที่ตัวแทนไม่อาจติดต่อกับตัวการได้ทันท่วงที จึงทำให้ตัวแทนต้องเข้าจัดการบางอย่างเพื่อรักษาทรัพย์สินของตัวการไม่ให้เกิดความเสียหาย เป็นการที่กฎหมายให้อำนาจตัวแทนทำการแทนตัวการได้ในเหตุฉ้อฉล โดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากตัวการ³¹ และในกรณีเกิดสัญญาตัวแทนโดยการให้สัตยาบันตามมาตรา 823³² ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งรับรองหรือถือเอาประโยชน์ในภายหลังจากกิจการ หรือการกระทำของอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งมีเจตนาและได้แสดงออกให้บุคคลอื่นเห็นว่าเข้าทำกิจการนั้นให้แทน ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลทั้งสองจะเคยมีความสัมพันธ์เป็นตัวแทนตัวแทนกันมาก่อนหรือไม่ก็ตาม โดยผลของการรับรองหรือถือเอาประโยชน์ในภายหลังนี้ มีผลเสมือนว่ากิจการนั้นผู้กระทำได้รับมอบหมายให้กระทำแทนมาตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งกรณีตัวแทนฉ้อฉลและกรณีตัวแทนโดยการให้สัตยาบัน หากมีสถานะเป็นตัวแทนแล้ว การกระทำต่างๆ ของตัวการที่อยู่ในขอบอำนาจ ย่อมมีผลผูกพันตัวการทั้งสิ้น รวมทั้งผลร้ายจากการกระทำละเมิดด้วย ดังนั้น แม้จะเป็นตัวแทนโดยผลของกฎหมาย ไม่ได้เกิดจากการตกลงใจทำสัญญาตัวแทนก็ตาม หากตัวแทนทำละเมิดไปในทางการที่รับมอบอำนาจให้ทำการแทน ดังการที่ย่อมต้องรับผิดชอบตามมาตรา 427 ด้วย เพราะได้รับประโยชน์จากการกระทำแทนของตัวเอง

5.2.3.2 ขอบเขตในทางการที่ตัวแทน

แม้ว่ามาตรา 427 จะมีได้บัญญัติว่า ความเสียหายหรือการทำละเมิดที่ตัวแทนได้กระทำนั้น จะต้องเกิดขึ้นในทางการที่ตัวแทนหรือในฐานะที่ทำการแทนตัวการ ก็ต้องหมายความถึงความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากตัวแทนได้กระทำในหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วย³³ เพราะกฎหมายบัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบกับความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างมาอนุโลมใช้ ซึ่งเมื่อเทียบเคียงแล้ว การกระทำละเมิดของตัวแทนก็ต้องอยู่ทางการที่ทำการแทนตัวการด้วยนั่นเอง

สำหรับเรื่องขอบเขตของกิจการที่ตัวแทนนั้น มีประเด็นปัญหาว่า กิจการที่ตัวแทนต้องไปทำการแทนตัวการนั้น จะต้องเป็นกิจการที่ตัวแทนต้องไปติดต่อสร้างนิติสัมพันธ์กับ

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 802 บัญญัติว่า ในเหตุฉ้อฉล เพื่อจะป้องกันมิให้ตัวการเสียหาย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าตัวแทนจะทำการใดๆ เช่นอย่างวิญญูชนพึงกระทำ ก็ย่อมมีอำนาจจะทำได้ทั้งสิ้น

³¹ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทน ตัวแทนคำต่าง นายหน้า จ้างทำของ รับขน, หน้า 28.

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 บัญญัติว่า ถ้าตัวแทนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยปราศจากอำนาจก็ดี หรือทำนอกเหนือขอบอำนาจก็ดี ท่านว่าย่อมไม่ผูกพันตัวการ เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบันแก่การนั้น

³³ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์ุ, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, หน้า 69.

บุคคลภายนอกหรือไม่ นั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 797 แล้ว จะเห็นว่า ไม่มีการระบุถึงบุคคลภายนอกไว้ในตัวบทกฎหมายในลักษณะที่เป็นองค์ประกอบหรือเงื่อนไขการเกิดขึ้นของสัญญาตัวแทนแต่อย่างใด จึงมีความเห็นของนักกฎหมายหลายฝ่ายเกี่ยวกับเรื่องกิจการที่ให้ทำแทนกันนี้ โดยฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาตัวแทนแล้ว พบว่า สัญญาตัวแทนมีขึ้นเพื่อให้ตัวแทนไปติดต่อหรือเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกให้แก่ตัวการ โดยตัวแทนจะรับมอบอำนาจจากตัวการให้ทำการแทนในเรื่องที่มีผลเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของตัวการกับบุคคลภายนอก ไม่ใช่การทำให้แทนทุกเรื่องจะเป็นเรื่องตัวแทนทั้งหมด ไม่ควรตีความลักษณะทำแทนในความหมายอย่างกว้าง ส่วนอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า กิจการที่มอบหมายให้ตัวแทนนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะในเรื่องนิติกรรมสัญญาเท่านั้น แต่หมายรวมถึงกิจการอื่นๆ ทุกชนิดที่สามารถทำแทนกันได้ แม้จะไม่ใช่นิติกรรมก็ตาม ซึ่งศาลฎีกาเองก็มีคำวินิจฉัยออกมาเป็น 2 แนวเช่นกัน แนวที่หนึ่ง การวานหรือใช้ให้คนอื่นขับรถให้ ไม่ใช่ตัวแทน เพราะไม่ใช่กิจการที่ทำแทนตัวการต่อบุคคลภายนอก ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 427 แนวที่สอง กิจการที่ตัวแทนทำแทนตัวการนั้น ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อบุคคลภายนอกก็ได้ ถือว่าอยู่ในบังคับของมาตรา 427 แล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ตัวแทนตามมาตรา 797 จะต้องเป็นตัวแทนที่ไปทำการติดต่อสร้างนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอก เพราะสิ่งที่ตัวแทนไปทำแทนนั้นจะต้องส่งผลทางกฎหมายต่อตัวการ และหากแปลความหมายของตัวการตัวแทนกว้างเกินไปอาจทำให้ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเรื่องสัญญาตัวการตัวแทนได้ และยังส่งผลให้บุคคลที่ไม่ได้มีฐานะเป็นตัวการต้องมีความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 427 ไปด้วย

ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 นั้น หากพิจารณาแล้ว ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 425 ก็ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบละเมิดของตัวการตามมาตรา 427 ได้หรือไม่ โดยต้องพิจารณาว่า เกิดเป็นสัญญาตัวแทนแบบใดได้บ้าง เพื่อจะได้นำมาตรา 427 มาบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะใช้บทบัญญัติมาตรา 425 หรือมาตรา 427 ผลทางกฎหมายย่อมเหมือนกัน คือสามารถเรียกให้บุคคลที่มีฐานะเป็นตัวการมารับผิดร่วมกับผู้ทำละเมิดได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงไม่ปรากฏสัญญาจ้างแรงงาน และไม่อาจเกิดเป็นสัญญาตัวแทนขึ้นได้ แต่มีพฤติการณ์หรือความสัมพันธ์บางประการในลักษณะที่ใกล้เคียงกับสัญญาจ้างแรงงาน เช่นนี้ จะดำเนินการอย่างไรได้บ้าง หรือเป็นเรื่องที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไปโดยลำพัง จึงเป็นประเด็นที่ต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อในหัวข้อต่อไป

5.3 ปัญหาการเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย

หากความสัมพันธ์ของคู่สัญญาปรากฏสัญญาจ้างแรงงานที่แสดงถึงสถานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้างแล้ว ย่อมทำให้การบังคับตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นไปโดยเรียบร้อย แต่เมื่อปรากฏว่า การทำงานของบุคคลในสังคมมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการทำงานไปอย่างมาก ทำให้ลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานเปลี่ยนแปลงไปด้วย จนบางครั้งอาจเกิดข้อสงสัยว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในการทำงานนั้นยังถือว่าเป็นความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ หรือเป็นสัญญารูปแบบอื่นๆ ไป หรือสัญญาจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นโดยปริยายอาจเกิดมีขึ้นได้ ทั้งนี้ หากไม่

สามารถแยกแยะได้ว่า สัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ ก็ไม่อาจบังคับใช้กฎหมายอื่นๆ ที่มุ่งคุ้มครองการทำงานของลูกจ้างได้อย่างมีประสิทธิภาพได้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาวิเคราะห์ว่า สัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายมีลักษณะอย่างไร เกิดขึ้นได้อย่างไร แล้วประเทศไทยมีสัญญาจ้างแรงงานในรูปแบบนี้ด้วยหรือไม่ ในรูปแบบใด

5.3.1 ความหมายและลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย

สัญญาจ้างแรงงาน เป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งในกฎหมายแพ่ง ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง เป็นกรณีที่บุคคลหนึ่ง เรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง เรียกว่า นายจ้าง เพื่อค่าตอบแทนจากการทำงานดังกล่าว ส่วนรายละเอียดว่าสัญญาจ้างแรงงานจะต้องมีเงื่อนไขอย่างไรประกอบเพิ่มเติมขึ้นอีกหรือไม่นั้น ก็ขึ้นอยู่กับแนวความคิดและความเป็นมาของกฎหมายแรงงานในแต่ละประเทศ ซึ่งอาจจะเหมือนกันหรือแตกต่างกันไปบ้าง แต่โดยทั่วไปแล้ว สัญญาจ้างแรงงานมีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลขึ้น หากมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ย่อมเป็นผลดีแก่คู่สัญญาที่จะบังคับตามสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อกันได้ถูกต้องและเป็นธรรมได้

เบื้องต้นผู้เขียนขอยกความหมายของสัญญาจ้างแรงงานของแต่ละประเทศที่ศึกษามาให้ทราบเพื่อให้เข้าใจพื้นฐานความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างของแต่ละประเทศได้มากขึ้น โดยสัญญาจ้างแรงงาน ภาษาอังกฤษ ใช้คำว่า Contract of employment ซึ่งสัญญาจ้างแรงงานของประเทศไทยนั้น แม้จะไม่มีบทบัญญัติให้ความหมายของสัญญาจ้างแรงงานไว้เป็นการเฉพาะเหมือนประเทศในระบบซีวิลลอว์ แต่นักกฎหมายอังกฤษก็ได้สรุปความหมายของสัญญาจ้างแรงงานตามคำพิพากษาของศาลไว้ว่า หมายถึง สัญญาที่บุคคลหนึ่ง เรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงทำงานให้เพื่อค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่มีค่าอื่นๆ ตามคำสั่งของบุคคลอื่น เรียกว่า นายจ้าง ซึ่งเป็นผู้ตกลงว่าจ้างลูกจ้าง³⁴ ทั้งนี้สัญญาจ้างแรงงานอาจอยู่ในรูปแบบของสัญญาให้บริการ หรือเป็นการจ้างแรงงานระหว่างการฝึกงานก็ได้ แต่สัญญาดังกล่าวศาลอังกฤษตัดสินว่า จะต้องสามารถแสดงให้เห็นหรือตีความได้ว่ามีการจ้างแรงงานกัน กล่าวคือ บุคคลหนึ่งตกลงจะทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง โดยยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา และทำเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่งนั้นแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญาด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยจะมีกำหนดระยะเวลาการทำงานหรือไม่กำหนดเวลาก็ได้ แม้ว่าจะเป็นการทำงานในช่วงทดลองงานก็ถือเป็นสัญญาจ้างแรงงานได้ทั้งสิ้น³⁵

สัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1780 ให้ความหมายของคำว่า สัญญาจ้างแรงงานไว้ คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผูกพันตนเองที่จะทำงานบางสิ่งบางอย่างให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ได้ค่าจ้างตามที่ตกลงกันไว้ในระหว่างคู่สัญญา³⁶ ซึ่ง

³⁴ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 23.

³⁵ คดี Yewens v Noakes (1880) 6 QBD 530.

³⁶ Article 1780 One person may engage his services only for a time, or for a specified undertaking.

สัญญาจ้างแรงงานของประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือไว้ต่อกัน ดังนั้น จึงสามารถทำด้วยวาจาได้

ส่วนสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายเยอรมัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 611 ได้ให้ความหมายของคำว่า สัญญาจ้างแรงงานไว้ คือ สัญญาที่บุคคลผู้สัญญาว่าจะทำงานให้ถูกผูกพันให้ทำงานตามสัญญาที่ให้ไว้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งถูกผูกพันที่จะจ่ายค่าตอบแทนตามที่ได้ตกลงกันไว้ การทำงานทุกชนิดอาจถือเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างแรงงานได้ ทั้งนี้ อาจเป็นสัญญาจ้างแรงงานแบบทำงานเต็มเวลาหรือทำงานเป็นกะ อาจมีกำหนดระยะเวลาทำงานสั้นหรือยาวก็ได้ และหมายรวมถึง การทดลองงานและการจ้างงานแบบวิชาชีพก็ถือเป็นสัญญาจ้างแรงงานได้เช่นกัน³⁷

เมื่อพิจารณาความหมายของสัญญาจ้างแรงงานของแต่ละประเทศข้างต้นแล้ว จะเห็นลักษณะสำคัญร่วมกันของสัญญาจ้างแรงงานได้ว่า เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากความตกลงกันของผู้สัญญาทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะตกลงกันด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีวัตถุประสงค์ของสัญญาคือแรงงานของลูกจ้างที่จะทำงานให้แก่นายจ้าง และนายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนให้ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนกัน และมีลักษณะเฉพาะที่เป็นเอกลักษณ์คือ อำนาจบังคับบัญชาที่นายจ้างมีต่อลูกจ้าง อันทำให้สามารถแยกสัญญาจ้างแรงงานออกจากสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการทำงานประเภทอื่นๆ ได้ เช่น สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น ทั้งนี้ ในปัจจุบัน นอกจากสัญญาจ้างแรงงานจะมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว บางประเทศยังมีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานอื่นๆ เพื่อใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเพิ่มเติมด้วย เช่น ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น เพราะทุกประเทศต่างเล็งเห็นว่า ความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างและกฎหมายแรงงานมีความสำคัญอย่างมากในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ประกอบกับที่ผ่านมา ลูกจ้างมักโดนนายจ้างเอารัดเอาเปรียบ จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองลูกจ้างให้ได้รับความเป็นธรรมในการทำงานมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างหรือผู้ทำงานจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายแรงงานได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่า มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นแล้ว จึงจะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาของผู้สัญญา และสามารถบังคับใช้กฎหมายแรงงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานอันเป็นผลดีแก่ลูกจ้างได้ การพิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างหรือผู้ทำงานกับผู้ว่าจ้างว่ามีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันหรือไม่นั้น จึงเป็นเรื่องที่สำคัญที่ส่งผลต่อการบังคับใช้สิทธิของผู้สัญญา หากเป็นกรณีการจ้างงานที่มีการทำสัญญาจ้างแรงงานกันเป็นหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษร ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่า มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นแล้วโดยมีเนื้อความแน่นอนตามสัญญาดังกล่าว หรือหากมีการตกลงกันด้วยวาจาอย่างชัดเจนว่าฝ่ายหนึ่งตกลงจะทำงานให้อีกฝ่ายโดยจะได้รับค่าจ้างเป็นการตอบแทนการทำงานของตน เช่นนี้ สัญญาจ้างแรงงานก็มีผลสมบูรณ์สามารถบังคับคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ได้ หรือมีพฤติการณ์อื่นใดที่เท่าทำให้เข้าใจได้โดยปริยายว่า มีการตกลงทำสัญญาจ้าง

³⁷ BGB Section 611

(1) By means of a service contract, a person who promises service is obliged to perform the services promised, and the other party is obliged to grant the agreed remuneration.

(2) Services of any type may be the subject matter of service contracts.

แรงงานต่อกัน เช่น ทำสัญญาต่อกัน ชื่อว่า “สัญญาจ้างเฝ้ารักษา” มีข้อสัญญาว่าผู้รับจ้างยอมรับเฝ้ารักษาไม้ของกลาง โดยคิดอัตราค่าจ้างเป็นรายท่อนต่อเดือนนับแต่วันทำสัญญา ถ้าไม่ซึ่งรับจ้างเฝ้าขาดหายหรือเป็นอันตราย ผู้รับจ้างยอมให้ปรับไหมรายท่อนตามจำนวนที่สูญหายหรือเป็นอันตราย ระหว่างเวลาที่ผู้รับจ้างรับผิดชอบเฝ้ารักษา ซึ่งลักษณะดังกล่าวถือเป็นลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานตามบทบัญญัติของกฎหมาย

ดังนั้น ในบางกรณีที่คู่สัญญาในการทำงานไม่ได้ตกลงกันไว้อย่างชัดเจนว่ามีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงาน กล่าวคือ ไม่ได้มีการตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา ว่าได้ตกลงจ้างแรงงานกัน หรือไม่อาจอนุมานได้โดยปริยายว่ามีพฤติการณ์อื่นใดที่พอจะทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการทำงานที่บุคคลหนึ่งตกลงจะทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง โดยที่บุคคลฝ่ายที่สองตกลงจะจ่ายค่าตอบแทนให้ ทำให้เกิดประเด็นพิจารณาว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น แม่บ้านทำความสะอาดจากบริษัทตัวแทนรับทำความสะอาดทำงานที่บริษัทแห่งหนึ่งมาเป็นระยะเวลาหลายปี โดยได้รับค่าจ้างจากบริษัทตัวแทนที่ส่งตนเองไปทำงาน แต่ต้องทำงานทำความสะอาดให้บริษัทอื่น จะเห็นได้ว่า ไม่ได้มีการตกลงเป็นนายจ้างลูกจ้างกันระหว่างแม่บ้านกับบริษัทที่ว่าจ้างทำความสะอาด เช่นนี้ หากแม่บ้านคนดังกล่าวถูกไล่ออกอย่างไม่เป็นธรรม จะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากใครได้บ้าง

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายอังกฤษ กรณีดังกล่าวมีคำพิพากษาในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยศาลอังกฤษได้ตัดสินว่า แม่บ้านคนดังกล่าวเป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้างทำความสะอาดโดยมีเจตนาให้เป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย ศาลอังกฤษได้ตีความขยายขอบเขตของสัญญาจ้างแรงงานให้กว้างมากขึ้นเพื่อนำมาปรับใช้กับกรณีพนักงานที่รับจ้างทำงานผ่านบริษัทตัวแทนในคดี Brook Street Bureau (UK) Ltd. V Dacas³⁸ โดยศาลอังกฤษพิจารณาว่า นาง Dacas ได้ทำงานเป็นแม่บ้านของสถาบัน Wandsworth มาตลอด 4 ปี โดยเป็นการจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทนหรือบริษัทเอเจนซี ชื่อ Brook Street Agency แม้การทำงานของนาง Dacas จะไม่มีการทำสัญญาจ้างแรงงานไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อดูพฤติการณ์อื่นๆประกอบแล้ว จะเห็นได้ว่า บริษัทเอเจนซีจ่ายเงินค่าจ้างให้กับนาง Dacas ตามตารางเวลาทำงานที่ได้ทำงานให้กับสถาบัน จึงถือได้ว่า นาง Dacas ได้รับเงินค่าจ้างจากสถาบันได้โดยอ้อมๆ ประกอบกับนาง Dacas ทำงานที่สถาบันมาเป็นเวลานานกว่า 4 ปี จนเข้าใจได้ว่า นาง Dacas เป็นลูกจ้างของสถาบันโดยมีเจตนาให้เป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย (an implied contract of employment) หากนาง Dacas ไปทำละเมิดในขณะที่ทำงานให้กับสถาบัน สถาบันในฐานะนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบด้วย³⁹ ดังนั้น ประเทศอังกฤษจึงมีสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามกฎหมายฝรั่งเศส หลักกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย และศาลฝรั่งเศสก็ไม่ใช้วิธีการตีความกฎหมายให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายเหมือนศาลอังกฤษ โดยศาลฝรั่งเศสจะตีความลักษณะการเกิดสัญญาจ้างแรงงานของประเทศฝรั่งเศสว่าผู้จ้างงานต้องมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวผู้ทำงาน⁴⁰ ดังนั้น แม้ระหว่างผู้จ้างงานกับผู้

³⁸ คดี Brook Street Bureau (UK) Ltd V Dacas [2004] EWCA Civ 217.

³⁹ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 96

⁴⁰ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 97

ทำงานไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันอย่างชัดเจน ว่ามีการตกลงเข้าทำงานให้โดยจะได้รับค่าตอบแทน แต่หากบริษัทผู้ว่าจ้างมีอำนาจในการบังคับบัญชาเหนือตัวแม่บ้านผู้ทำงานแล้ว เช่นนี้ ก็อาจถือได้ว่ามีสัญญาจ้างแรงงานขึ้นได้ ซึ่งเป็นการตีความขยายขอบเขตอำนาจบังคับบัญชาให้กว้างขึ้น ดังนี้ เมื่อเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานขึ้นแล้ว หากแม่บ้านไปทำละเมิด บริษัทผู้ว่าจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะนายจ้างด้วย เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี ที่หลักกฎหมายเรื่องสัญญาจ้างแรงงานมีความยืดหยุ่นในถ้อยคำที่ใช้มากกว่าประเทศในระบบคอมมอนลอว์ และให้ความสำคัญกับอำนาจบังคับบัญชาของผู้จ้างงานเช่นกัน⁴¹ ศาลเยอรมันจึงสามารถปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ได้ ไม่จำเป็นต้องตีความให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างบริษัทเอเจนซีกับแม่บ้าน หรือระหว่างบริษัทผู้ว่าจ้างกับแม่บ้าน แต่การทำงานของแม่บ้านต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของบริษัทผู้ว่าจ้างตลอดเวลา และเป็นการทำงานเพื่อประโยชน์ของบริษัทผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ จึงเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานเหมือนอย่างประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า มีเพียงในกฎหมายอังกฤษเท่านั้นที่เกิดรูปแบบการจ้างแรงงานโดยปริยายได้ตามคำพิพากษาของศาล ในขณะที่ตามกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบสัญญาจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นโดยปริยาย เนื่องจากศาลของทั้งสองประเทศสามารถตีความขยายขอบเขตอำนาจบังคับบัญชาให้กว้างจนสามารถครอบคลุมความสัมพันธ์ที่ไม่ชัดเจน และเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานขึ้นได้

ดังนั้น หากจะให้อธิบายว่าสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายมีความหมายและลักษณะอย่างไร คงต้องพิจารณาจากคดีที่ศาลอังกฤษตัดสินไว้ดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น เพราะสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายมีเฉพาะแต่ในระบบกฎหมายอังกฤษ โดยจะได้แนวคิดว่า สัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย คือกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาจะผูกพันกันตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่มีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์บางประการที่ทำให้เข้าใจได้ว่า มีลักษณะความสัมพันธ์ที่บุคคลหนึ่งจะต้องทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของอีกบุคคลหนึ่ง โดยได้รับค่าตอบแทนการที่ตนทำงานให้กับผู้ว่าจ้างรายนั้น ไม่ว่าจะบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นจะเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนเองหรือไม่ก็ตาม และเป็นการจ่ายสินค้าตามตารางเวลาทำงานที่แม่บ้านทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง โดยเฉพาะในกรณีที่ความสัมพันธ์ทำงานให้แก่อันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานยังมีแนวโน้มทำให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายได้มากยิ่งขึ้น

5.3.2 หลักเกณฑ์ของการเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย

จากการศึกษาและวิเคราะห์ความหมายและลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายในข้อ 5.3.1 ข้างต้นแล้ว จะเห็นว่า สัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายเกิดขึ้นตามกฎหมายอังกฤษเพียงประเทศเดียวและเกิดขึ้นได้ยากมาก เพราะหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษได้มาจากการตัดสินคดีของศาล ซึ่งแต่ละคดีก็มีข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องไป อย่างเช่น คดี Brook Street Bureau (UK) Ltd. v Dacas ที่ศาลอังกฤษตัดสินว่า เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายขึ้นระหว่างนาง Dacas ในฐานะลูกจ้างกับสถาบัน Wandsworth ในฐานะนายจ้าง นั้น หากพิจารณาโดยละเอียดของข้อเท็จจริงในคดีแล้ว พบว่า เมื่อไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างกัน จะต้องมีการตีความพิเศษที่สำคัญที่แสดงให้เห็น

⁴¹ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 97.

เห็นว่า การทำงานของนาง Dacas ไม่ได้เป็นเพียงการทำงานตามสัญญาจ้างทำของทั่วไปเท่านั้น แต่มีเงื่อนไขอื่นๆ ที่เด่นชัดขึ้นมาประกอบกันจนทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า นาง Dacas มีเจตนาทำงานให้กับสถาบัน Wandsworth ในฐานะเป็นลูกจ้างหรือพนักงานของสถาบัน Wandsworth ด้วย ซึ่งข้อเท็จจริงที่ศาลอังกฤษพบแล้วนำมาเป็นเหตุผลที่ตัดสินให้สถาบัน Wandsworth เป็นนายจ้างของนาง Dacas ได้แก่ นาง Dacas ทำงานให้แก่สถาบันดังกล่าวที่เดียวเป็นระยะเวลาอันยาวนานกว่า 4 ปี ซึ่งถือว่าเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และค่าจ้างที่นาง Dacas จะได้รับจากบริษัทตัวแทนนั้นก็คิดคำนวณตามตารางเวลาที่ได้ทำงานให้แก่สถาบันตลอดมา จนอาจพูดได้ว่า นาง Dacas ได้รับค่าจ้างจากสถาบันได้โดยอ้อมๆ เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษดังกล่าวแล้ว จึงจะถือได้ว่า เป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายระหว่างนาง Dacas กับสถาบันผู้ว่าจ้างตามกฎหมายอังกฤษ ส่วนบริษัทเอเจนซี่ศาลอังกฤษไม่ได้วินิจฉัยว่ามีความสัมพันธ์กับผู้ทำงานตามสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายด้วยแต่อย่างใด ดังนั้น หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นขาดพฤติการณ์พิเศษในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานได้นั่นเอง

ดังนั้น หลักเกณฑ์การการเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายตามกฎหมายอังกฤษ จะต้องพิจารณาคว่ามีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะถือได้หรือไม่ว่าเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายขึ้นแล้ว โดยอาจพิจารณาตามคดีที่ศาลอังกฤษได้ตัดสินไว้ คือ

1. ระยะเวลาการทำงานของผู้ทำงาน เช่น จะต้องเป็นเวลานานเพียงพอที่จะทำให้ผู้ทำงานเข้าใจได้ว่า ตนได้เป็นลูกจ้างและเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรผู้ว่าจ้างแล้ว
2. การบังคับบัญชาผู้ทำงานขณะปฏิบัติงาน ผู้ทำงานจะต้องทำงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง
3. การจ่ายค่าจ้างหรือสินจ้าง ต้องพิจารณาได้ว่า ค่าจ้างที่คนงานได้รับสัมพันธ์กับระยะเวลาที่คนงานมาทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง ซึ่งถือเป็นการจ่ายค่าจ้างตอบแทนการทำงานตามระยะเวลาที่ทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างแล้ว

ด้วยเหตุนี้ การเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานของแต่ละประเทศหรือแต่ละระบบกฎหมายนั้นย่อมมีความแตกต่างกัน บางประเทศรูปแบบสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายอาจเกิดขึ้นได้ เช่น ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดและที่มารวมถึงนิติวิธีในการใช้กฎหมายแตกต่างกัน เมื่อกฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการตัดสินคดีของศาลเป็นเรื่องๆ (case) ย่อมรับฟังข้อเท็จจริงและคิดค้นพัฒนาหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับความเป็นไปของสภาพเศรษฐกิจและสังคมได้มากกว่าประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่บัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเป็นการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลักษณะทั่วไป ทำให้ต้องพิจารณาหลักกฎหมายตามบทบัญญัติและอาศัยการตีความถ้อยคำในตัวเองเพื่อให้ปรับใช้ได้มากยิ่งขึ้น

5.3.3 การเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายตามกฎหมายไทย

สำหรับประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ได้ให้นิยามคำว่าสัญญาจ้างแรงงานไว้ คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ และตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 ให้ความหมายไว้ว่า สัญญาจ้างแรงงาน คือ สัญญาไม่ว่าเป็น

หนังสือหรือด้วยวาจาระบุชัดเจนหรือเป็นที่เข้าใจโดยปริยายซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ลูกจ้างตกลงทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่งเรียกว่า นายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้ค่าจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า สัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายไทยเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ เพียงตกลงกันด้วยวาจาก็มีผลก่อให้เกิดคู่สัญญาสองฝ่ายขึ้นแล้ว ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด

สัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ไม่มีการบัญญัติถึงรูปแบบของสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายไว้แต่อย่างใด มีเพียงสัญญาจ้างแรงงานที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบตามมาตรา 575 เท่านั้น และจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาก็ไม่ปรากฏว่าศาลฎีกาเคยตัดสินว่าสัญญาจ้างแรงงานในลักษณะใดที่เป็นสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายไทยบ้าง คงมีเพียงการวินิจฉัยว่าเข้าลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานแล้วหรือไม่ หรือเป็นสัญญาอย่างอื่น เช่น สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายของประเทศอังกฤษแล้ว แม้ไม่ปรากฏว่ามีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่หากคนงานยอมทำงานภายใต้บังคับบัญชา และผู้ว่าจ้างจ่ายเงินค่าจ้างแม้จะจ่ายผ่านอีกบุคคลหนึ่ง ก็ถือว่าเข้าลักษณะสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 แล้ว คนงานกับผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานของไทย มีนักวิชาการของไทยบางท่าน คือ ท่านศาสตราจารย์ ดร. วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ได้แบ่งลักษณะการเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานไว้⁴² ดังนี้ สัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายไทยอาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ มีคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามหลักนิติกรรมสัญญา ว่าลูกจ้างตกลงที่จะทำงานให้แก่ นายจ้าง และนายจ้างตกลงที่จะจ่ายค่าจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ การตกลงโดยชัดแจ้งนี้อาจแสดงออกโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือตกลงด้วยวาจาก็ได้ หรืออาจเกิดโดยปริยายก็ได้เช่นกัน โดยจะเกิดขึ้นในกรณีที่มีการทำงานให้แก่ นายจ้าง ซึ่งพฤติการณ์ที่มีบุคคลทำงานให้แก่ นายจ้างนั้น ไม่อาจคาดหมายได้ว่างานนั้นเป็นงานที่ทำให้เปล่าหรือโดยไม่มีค่าตอบแทน ต้องถือว่านายจ้างมีคำมั่นจะให้สินจ้างหรือค่าจ้าง อันเป็นไปตามมาตรา 576 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าตามพฤติการณ์ไม่อาจจะคาดหมายได้ว่างานนั้นจะพึงทำให้เปล่าไซ้ ท่านย่อมถือเอาโดยปริยายว่ามีคำมั่นจะให้สินจ้าง” นอกจากนี้ สัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายไทยยังอาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายได้อีกด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่มีการทำสัญญาจ้างแรงงานโดยมีกำหนดระยะเวลาการจ้างแน่นอน เมื่อครบกำหนดเวลาดังกล่าว โดยหลักแล้วต้องถือว่าสัญญามีผลสิ้นสุดไป แต่ปรากฏว่า ลูกจ้างยังคงทำงานอยู่ต่อไปโดยที่นายจ้างรู้แต่ไม่ทักท้วง กฎหมายให้ถือว่า มีสัญญาจ้างแรงงานสัญญาใหม่เกิดขึ้นโดยความตกลงเหมือนสัญญาเดิม แต่กลายเป็นสัญญาจ้างแรงงานแบบไม่มีกำหนดระยะเวลาการจ้างแน่นอน อันเป็นไปตามมาตรา 581 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าระยะเวลาที่ได้ตกลงว่าจ้างกันนั้นสิ้นสุดสิ้นลงแล้วลูกจ้างยังคงทำงานอยู่ต่อไปอีก และนายจ้างรู้ดังนั้นก็มิทักท้วงไซ้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่สัญญาเป็นอันได้ทำสัญญาจ้างกันใหม่โดยความอย่างเดียวกันกับสัญญาเดิม แต่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะเลิกสัญญาเสียได้ด้วยการบอกกล่าวตามความในมาตราต่อไปนี้”

⁴² วิจิตรา(ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 65.

จากลักษณะการเกิดสัญญาจ้างแรงงานตามความเห็นของท่านอาจารย์วิจิตรฯข้างต้น ทำให้เกิดข้อพิพาทว่ามาตรา 576 นั้นจะถือเป็นการเกิดขึ้นของสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายของไทยได้หรือไม่ ทั้งนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 576 ดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีการทำงานที่ไม่อาจล่วงรู้ได้ว่าการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกันไว้หรือไม่ แต่กฎหมายจะดูลักษณะของการทำงานนั้นๆ ว่า โดยพฤติการณ์ตามวิญญูชนทั่วไปแล้ว การทำงานเช่นนั้นไม่น่าจะเป็นการทำงานให้แก่กันโดยไม่มีค่าตอบแทน เมื่อเป็นการทำงานที่น่าจะต้องมีค่าตอบแทน กฎหมายก็จะถือว่า มีค้ำมันของนายจ้างที่จะให้สินจ้าง เมื่อต้องมีการให้สินจ้างต่อกันแล้ว จึงกลายเป็นการทำงานโดยมีค่าตอบแทนอันเข้าลักษณะหนึ่งของสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น บทบัญญัติมาตรา 576 นี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเพียงบทบัญญัติที่มาขยายการตกลงเรื่องสินจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ว่าหากไม่มีการตกลงกันอย่างชัดแจ้ง ก็ให้ถือว่ามีการตกลงโดยปริยายว่าจะให้สินจ้างกันเท่านั้น ซึ่งศาลยังต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นๆ ด้วย เช่น อำนาจบังคับบัญชาที่มีต่อผู้ทำงาน เป็นต้น ศาลจึงจะวินิจฉัยได้ว่า เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานขึ้นแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นเป็นรูปธรรมเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายไทยที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น จึงขอยกคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรา 576 เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1311-1312/2517 จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นผู้ได้รับสัมปทานเดินรถประจำทางในเส้นทางสาย อำเภอเมืองภูเก็ตกับท่าฉัตรไชย ยินยอมให้จำเลยที่ 4 นำรถยนต์ที่เช่าซื้อซึ่งมีจำเลยที่ 5 เป็นคนขับเข้ามาเดินรถร่วมกับจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 3 ได้รับผลประโยชน์ตอบแทน ถือได้ว่าจำเลยที่ 3 มีและใช้รถคันดังกล่าวในกิจการของจำเลยที่ 3 แล้ว แม้ตรงที่จำเลยที่ 5 ขับรถไปเกิดเหตุจะเป็นเส้นทางนอกสัมปทานของจำเลยที่ 3 แต่ก็ปรากฏว่าเป็นเส้นทางที่จำเลยที่ 3 ยินยอมให้รถคันดังกล่าววิ่งรับส่งคนโดยสารร่วมกับจำเลยที่ 3 ตลอดมา จำเลยที่ 3 จะอ้างว่ารถนั้นมิได้ร่วมกิจการเดินรถกับจำเลยที่ 3 หาได้ไม่ จำเลยที่ 5 เป็นบุตรของจำเลยที่ 4 ได้ขับรถของจำเลยที่ 4 เข้าร่วมกิจการเดินรถกับจำเลยที่ 3 รับขนส่งคนโดยสารเก็บเงินค่าโดยสารตลอดมา อันเป็นการกระทำกิจการในทางหาประโยชน์ให้แก่จำเลยที่ 3 และที่ 4 โดยจำเลยที่ 4 ใช้ให้กระทำ ลักษณะการกระทำของจำเลยที่ 5 ดังกล่าว ไม่มีเหตุจะคาดหมายได้ว่าจำเลยที่ 5 ขับรถของจำเลยที่ 4 ออกรับจ้างด้วยกระทำให้เปล่า ย่อมถือเอาโดยปริยายว่ามีค้ำมันจะให้สินจ้าง พฤติการณ์ฟังได้ว่าจำเลยที่ 5 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 4 การที่จำเลยที่ 4 นำรถเข้าร่วมกิจการเดินรถกับจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 3 ได้รับประโยชน์ในการนี้จากจำเลยที่ 4 ย่อมถือได้ว่าจำเลยที่ 5 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 3 ด้วย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยที่ 4 กับจำเลยที่ 5 ศาลฎีกาใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 576 มาพิจารณาว่า พฤติการณ์ของจำเลยที่ 5 ถือได้โดยปริยายว่ามีค้ำมันจะให้สินจ้างแก่จำเลยที่ 4 และตัดสินว่า เกิดสัญญาจ้างแรงงานตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้วระหว่างจำเลยที่ 4 และจำเลยที่ 5 ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยที่ 3 กับจำเลยที่ 5 ศาลฎีกาใช้หลักเกณฑ์เรื่องหุ้นส่วนการทำงานมาพิจารณาว่า เมื่อจำเลยที่ 3 ได้รับประโยชน์จากการทำงานของจำเลยที่ 5 แล้ว แม้จะไม่มีข้อตกลงกันทำสัญญาจ้างแรงงานก็ตาม ย่อมถือได้ว่าเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานระหว่างจำเลยที่ 3 กับจำเลยที่ 5 เช่นกัน ซึ่งคดีนี้ศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายแต่อย่างใด เพียงแต่ที่ศาลตัดสินให้ต้องรับผิด ก็เพราะมีข้อเท็จจริงปรากฏแล้วว่า ความสัมพันธ์ของจำเลยทุกคนเข้าลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 แล้ว โดยเป็นกรณีนี้

ในขณะที่ปฏิบัติงาน จำเลยเป็นลูกจ้างซึ่งมีนายจ้างหลายคน โดยนายจ้างทุกคนเป็นหุ้นส่วนในธุรกิจกัน ถือว่าหุ้นส่วนทุกคนเป็นนายจ้างของลูกจ้างและต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1653/2500 จำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของร้านซ่อมเบาะรถ ได้รับรถยนต์ไว้ในความครอบครองเพื่อทำเบาะและได้ฝากรถยนต์นั้นไว้ที่อู่ฝากรถ วันเกิดเหตุจำเลยที่ 1 ไปรับรถแล้วขับมาเองคันหนึ่ง ส่วนจำเลยที่ 2 ซึ่งตามไปอู่ฝากรถด้วยกันกับจำเลยที่ 1 ขับตามมาอีกคันหนึ่ง พุทธิการณ์เพียงเท่านั้นแสดงอยู่แล้วว่าจำเลยที่ 1 ได้ใช้จำเลยที่ 2 ให้ขับรถนั้นมา หรือให้จำเลยที่ 2 ขับรถมาด้วยความรู้เห็นยินยอมของจำเลยที่ 1 เพราะก่อนหน้านี้จำเลยที่ 1 ก็เคยพาลูกจ้างคนอื่นไปช่วยขับรถที่ฝากไว้ที่อู่ฝากรถมาก่อน จำเลยที่ 1 จะมาอ้างว่าจำเลยที่ 2 ไม่ใช่ลูกจ้างของตนไม่ได้ รูปคดีฟังได้แล้วว่าจำเลยที่ 2 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 เมื่อจำเลยที่ 2 ได้ประมาทขับรถยนต์นั้นไปชนผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัส เป็นกรณีที่ลูกจ้างกระทำการให้นายจ้างในกิจการที่จ้าง ในกิจการซึ่งเห็นได้ว่ามิได้ทำให้อันตรายแก่ผู้อื่น ถือเอาเป็นปรีชาญาณว่ามีคำมั่นให้สินจ้าง ลูกจ้างทำละเมิด นายจ้างต้องรับผิดชอบ

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เห็นได้ว่า ตามฎีกานี้เป็นเรื่องละเมิดที่ศาลฎีกาตัดสินให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างด้วย โดยศาลฎีกาใช้หลักเกณฑ์พิจารณาตามมาตรา 576 เมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า การทำงานของจำเลยที่ 2 ที่ได้ทำงานให้แก่จำเลยที่ 1 นั้นจะเป็นการกระทำที่เปล่านั้น จึงให้ถือว่าจำเลยที่ 1 มีคำมั่นว่าจะให้สินจ้าง ซึ่งเป็นองค์ประกอบการเกิดสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 และถือว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นแล้วระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 เพราะเป็นการในการทำงานในกิจการปกติของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นนายจ้าง และลูกจ้างต้องทำตามคำสั่งนายจ้างขณะทำงานด้วยนั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1135-1141/2524 การที่ อ. ขับรถยนต์บรรทุกน้ำมันให้จำเลยซึ่งรับทำการขนส่งน้ำมันขององค์การเชื้อเพลิงขณะเกิดเหตุ ถือได้โดยปริยายอันเป็นงานที่ทำกันโดยมีสินจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 576 อ. ย่อมเป็นลูกจ้างของจำเลย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่าง อ. กับจำเลย ศาลฎีกาใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 576 มาพิจารณาว่า พุทธิการณ์ของ อ. ที่ขับรถขนส่งน้ำมันให้แก่จำเลยซึ่งเป็นไปในกิจการปกติของจำเลย โดยทั่วไปแล้ว ไม่อาจคาดหมายได้ว่า อ. จะทำให้เปล่านั้น จึงถือได้โดยปริยายว่าจำเลยมีคำมั่นจะให้สินจ้างแก่ อ. และเมื่อมีสินจ้างตอบแทนการทำงานจึงเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2526 ชาวโหดที่บรรทุกและรถยนต์บรรทุกเป็นของจำเลยที่ 2 ซึ่ง บ. ขับจากต่างจังหวัดมายังกรุงเทพฯ โดยจำเลยที่ 2 ใช้ให้กระทำ บ. มิได้กระทำที่เปล่านั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 576 ย่อมถือเอาโดยปริยายว่ามีคำมั่นจะให้สินจ้าง เมื่อ บ. ขับไปชนรถยนต์ของโจทก์ จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับ บ. ลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่ง บ. ได้กระทำไปในทางการที่จ้างด้วย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เห็นได้ว่า ตามฎีกานี้เป็นกรณีที่ศาลฎีกาตัดสินให้จำเลยที่ 2 ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ บ. ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างด้วย โดยศาลฎีกาใช้หลักเกณฑ์พิจารณาตามมาตรา 576 เมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า การทำงานของ บ. โดยการขับรถขนส่งชาวโหดจากต่างจังหวัดเข้ามาในกรุงเทพฯ ให้แก่จำเลยที่ 2 นั้นจะเป็นการกระทำที่เปล่านั้น จึงให้ถือว่าจำเลยที่ 2 มีคำมั่นว่าจะให้สินจ้างแก่ บ. และเมื่อมีสินจ้างตอบแทนการทำงานจึงถือว่ามีสัญญาจ้างแรงงาน

เกิดขึ้นระหว่างจำเลยที่ 2 กับ บ. เพราะเป็นการในการทำงานในกิจการปกติของจำเลยที่ 2 นั้นเอง ซึ่งคดีนี้ก็เช่นเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 696/2486 จำเลยจ้างโจทก์เป็นลูกจ้าง คิดค่าจ้างเป็นรายปี โจทก์ทำงานให้จำเลยแล้วป่วยเสีย เมื่อหายป่วย โจทก์เป็นคนพิการทำงานไม่ได้เต็มที่ดังเดิม แต่ก็ยังคงทำงานให้แก่จำเลยต่อมาอีก แม้จะเห็นว่าจำเลยคงไม่ได้เลิกจ้างโจทก์ โดยถือตามสัญญาเดิม ก็ต้องถือว่าเป็นกรณีที่มีคำมั่นจะให้สินจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 576

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เห็นได้ว่า เดิมโจทก์เคยทำงานให้แก่จำเลยมาก่อน แต่ต่อมากจะพิการก็ยังมาทำงานต่อให้กับจำเลยตลอดมา ไม่อาจคาดหมายได้ว่าโจทก์จะทำงานต่อไปได้ จึงถือได้โดยปริยายว่าจำเลยมีคำมั่นจะให้สินจ้างแก่โจทก์ตามมาตรา 576 และเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งคดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า มาตรา 576 เป็นเพียงการถือเอาโดยปริยายในเรื่องค่าจ้างว่าจะต้องมีการจ่ายค่าจ้างเท่านั้นเหมือนกับสองคดีข้างต้นนั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาแล้ว จะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นไม่มีสัญญาจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นโดยปริยายในลักษณะเดียวกันกับคดีที่ศาลอังกฤษได้ตัดสินไว้ กฎหมายไทยมีเพียงรูปแบบการแสดงเจตนาที่เกิดโดยปริยายว่า คู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น ทั้งคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นที่ผู้เขียนยกขึ้นมาพิจารณาทั้งหมดซึ่งเกี่ยวข้องกับตามมาตรา 576 ที่ศาลฎีกาตัดสินว่าเกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นนั้น ล้วนเป็นเพียงรูปแบบการแสดงเจตนาที่เกิดขึ้นโดยปริยายตามพฤติการณ์แห่งคดีว่า คู่สัญญาได้มีการตกลงจ้างแรงงานกันทั้งสิ้น โดยเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 ที่เกิดจากข้อสันนิษฐานว่ามีคำมั่นจะให้สินจ้างแก่ผู้ทำงานตามมาตรา 576 นั้นเอง ทั้งนี้ เมื่อเกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นแล้ว หากลูกจ้างทำละเมิดในทางการที่จ้าง นายจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างด้วยตามมาตรา 425

5.4 การปรับใช้มาตรา 425 กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่ๆ

เมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดรูปแบบการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ขึ้น ความสัมพันธ์ของบุคคลซึ่งเป็นผู้สัญญาในการจ้างแรงงานก็เปลี่ยนแปลงไป มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น มิได้เป็นเพียงรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น ยังมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำงานเพิ่มเติมขึ้นด้วย เช่น การจ้างงานหรือหาคนงานโดยมีบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนเข้าดำเนินการติดต่อให้เกิดการจ้างงานขึ้น ได้แก่ การจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี หรือกรณีที่รูปแบบการจ้างงานแบบสัญญาจ้างของ แต่ผู้รับจ้างต้องทำงานอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาผู้ว่าจ้างเสมือนเป็นลูกจ้าง เนื่องจากผู้ว่าจ้างต้องการหลีกเลี่ยงไม่ทำสัญญาจ้างแรงงานกับผู้รับจ้าง เพราะไม่ประสงค์แบกรับภาระที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาจ้างแรงงาน ได้แก่ การทำงานของผู้รับจ้างอิสระบางประเภท อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดรูปแบบการทำงานที่แตกต่างไปจากลักษณะของความสัมพันธ์ดั้งเดิมที่กฎหมายได้เคยบัญญัติรองรับไว้ ทำให้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะสามารถนำมาบังคับใช้กับรูปแบบการทำงานแบบใหม่ๆ ได้โดยตรง จึงกลายเป็นหน้าที่ของศาลไทยที่จะต้องปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่เข้ากับ

ข้อเท็จจริง คือ รูปแบบการทำงานแบบใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นให้ได้ ทั้งนี้ อาจแยกพิจารณาแนวทางการปรับใช้กฎหมายมาตรา 425 กับรูปแบบการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ได้เป็น 3 ลักษณะ คือ การจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Services) การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency) และการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

5.4.1 การทำงานในรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Services)

บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) เป็นบุคคลที่ทำหน้าที่จัดหาคนงานหรือพนักงานไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง (end user) ซึ่งได้แก่ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือภาคเอกชนต่างๆ ทั้งนี้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรและผู้ว่าจ้างจะผูกพันกันตามสัญญาที่กำหนดว่าจ้างกันขึ้น โดยบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะรับเงินค่าบริการตามสัญญาจากผู้ว่าจ้างมาจ่ายเป็นค่าจ้างให้แก่พนักงานอีกทอดหนึ่ง เรียกว่า การจ้างเหมาบริการ ทั้งนี้ คนงานหรือพนักงาน (worker) จะเป็นลูกจ้างโดยตรงของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร⁴³ เช่น งานรักษาความปลอดภัย งานทำความสะอาดหรือจัดหาแม่บ้าน งานจัดหาพนักงานขับรถ งานธุรการในสำนักงาน งานขนส่ง (Messenger) งานด้านบัญชี งานด้านเทคนิคต่างๆ เป็นต้น ซึ่งจากลักษณะของการทำงานในรูปแบบ จะเห็นได้ว่า พนักงาน (worker) ที่ถูกส่งไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง (end-user) นั้นจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง (end-user) ในสถานที่ของผู้ว่าจ้าง และเป็นงานในกิจการหรือผลประโยชน์ของผู้ว่าจ้าง (end-user) โดยตรง ทั้งนี้ บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) จะได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้างหรือค่าบริการการจัดส่งคนมาทำงานให้จากผู้ว่าจ้าง (end-user) นั้นเอง

ลักษณะการทำงานในรูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) นั้น บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) จะทำสัญญาจ้างแรงงานกับพนักงาน (worker) โดยตรง บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรและพนักงานมีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน ในส่วนความสัมพันธ์กับลูกจ้างผู้ว่าจ้าง บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรจะทำสัญญาให้บริการกับลูกจ้างผู้ว่าจ้าง (end-user) แล้วส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้ บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) จะเป็นผู้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่พนักงานตามสัญญาจ้างแรงงาน ดูแลสวัสดิการต่างๆ ตามกฎหมายแรงงานให้แก่พนักงานทุกคน ไม่ว่าจะเป็นประกันสังคม กองทุนเงินทดแทน เป็นต้น หรือโบนัสตามผลประกอบการบริษัท จัดอบรมความรู้เกี่ยวกับการทำงานให้แก่ลูกจ้าง ดูแลช่วยเหลือแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำงานของพนักงาน เช่น จัดหาพนักงานไปทำงานทดแทนพนักงานที่ขาดงานหรือลางาน เพื่อมิให้ลูกจ้าง

⁴³ ดร. กิ่งพร ทองใบ, “รูปแบบการประกอบธุรกิจจัดหางานเพื่อตอบสนองกลยุทธ์จ้างงานภายนอก,” วารสารการจัการสมัยใหม่ 10, ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2555): 33-34.

ผู้ใช้บริการ (end-user) ต้องขาดแรงงานในการทำงาน ส่วนพนักงานมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร โดยการไปทำงานให้กับบุคคลอื่นตามที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง และปฏิบัติตามระเบียบหรือข้อบังคับของบริษัท นอกจากนี้เมื่อออกไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง ก็ต้องทำงานภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ว่าจ้าง รวมทั้งปฏิบัติตามระเบียบของผู้ว่าจ้างด้วยถ้ามี ในขณะที่ลูกจ้างผู้ว่าจ้างซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัทห้างร้านก็ได้ มีเพียงหน้าที่ในการจ่ายค่าบริการหรือค่าจ้างให้แก่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรตามสัญญาให้บริการเท่านั้น ไม่ต้องดูแลค่าใช้จ่ายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับพนักงานอีก

การจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรตามภาพประกอบภาพที่ 1 (หน้า 80) รูปแบบการทำงานของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร (Outsourcing Services) นั้น จะเห็นได้ว่า มีสัญญาจ้างแรงงานต่อระหว่างบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรกับพนักงาน หากพนักงานได้กระทำละเมิดในขณะที่กำลังทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง ในกรณีนี้ แน่แน่นอนว่าพนักงานจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 420 และบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรจะต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามมาตรา 425 ด้วย แต่เมื่อไม่ปรากฏนิติสัมพันธ์ใดๆ ขึ้นระหว่างลูกจ้างผู้ว่าจ้างกับพนักงาน ทำให้เกิดปัญหาว่า หากเหตุละเมิดดังกล่าวเกิดขึ้นในขณะที่ผู้ว่าจ้างมีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของพนักงานอยู่ด้วย เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วยหรือไม่ ตามหลักเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น เนื่องจากพนักงานต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างเช่นกัน ซึ่งแนวทางในการวิเคราะห์นั้น เนื่องจากความสัมพันธ์ตามการจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรดังกล่าวทำให้เกิดลักษณะการทำงานที่ลูกจ้างเสมือนมีนายจ้างสองคน คือ บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร และลูกจ้างผู้ว่าจ้างไปทำงาน ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับกรณีที่มีการขอยืมลูกจ้างของบุคคลอื่นไปใช้งานตามหลักกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจะนำหลักเกณฑ์รูปแบบการทำงานของต่างประเทศในเรื่องการยืมลูกจ้างของบุคคลอื่นไปใช้งาน (borrowed servants) มาพิจารณาดูว่าจะเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ปัญหาที่มาตรา 425 มีขอบเขตการใช้จำกัได้อย่างไรในกรณีนี้ได้หรือไม่

5.4.1.1 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบริษัท Outsourcing และพนักงานผู้ทำงาน

ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรกับพนักงานนั้น มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันอย่างชัดเจนตามสัญญาจ้างแรงงานที่คู่สัญญาได้ตกลงแสดงออกอย่างชัดแจ้ง และสามารถบังคับสิทธิหน้าที่ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายแรงงานฉบับอื่นๆ โดยอาศัยสัญญาจ้างแรงงานดังกล่าว นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ พบว่า เมื่อมีการทำสัญญาจ้างแรงงานระหว่างบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรกับพนักงานอย่างชัดแจ้งดังกล่าว หลักกฎหมายทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน ต่างก็สามารถนำหลักความรับผิดชอบของนายจ้างตามกฎหมายของ

ประเทศตนมาปรับใช้ได้โดยไม่มีปัญหา เพราะมีหลักกฎหมายรองรับหลักความรับผิดของนายจ้างไว้แล้ว เช่น ความรับผิดของผู้ให้ทำงานในกรณีที่ผู้ทำการให้ทำละเมิดในขอบเขตงานที่ให้ทำตาม มาตรา 1384 วรรคห้า เป็นต้น

5.4.1.2 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของลูกค้า (end-user) และพนักงานผู้ทำงาน

เนื่องจากพนักงานมีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) ซึ่งผู้ว่าจ้างจะติดต่อจ้างงานกับบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) ให้จัดหาคนมาทำงานให้แก่ตนเท่านั้น ขึ้นอยู่กับว่าบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) จะส่งพนักงานหรือลูกจ้างคนใดมาทำงานให้ ผู้ว่าจ้างไม่มีส่วนตกลงหรือตัดสินใจรับพนักงานคนใดทั้งสิ้น ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้าหรือผู้ว่าจ้างกับพนักงานจึงไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกันเลย แม้พนักงานจะไปทำงานให้กับลูกค้าก็ตาม ซึ่งการทำงานของพนักงานก็เป็นการทำงานตามคำสั่งของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing) โดยถือว่างานดังกล่าวเป็นงานของนายจ้างที่รับจ้างทำให้แก่ผู้อื่น ซึ่งนายจ้างมีสิทธิจะส่งให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นการทำงานให้แก่ตัวนายจ้างเท่านั้น ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับพนักงานเป็นเพียงการทำงานตามข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่มีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ลูกค้าจะไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ กับพนักงาน แต่ในความเป็นจริงแล้ว ขณะที่พนักงานกำลังปฏิบัติงานให้ลูกค้านั้น ลูกค้าย่อมมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการให้พนักงานทำงานตามที่ตนประสงค์ได้ตลอดเวลาที่พนักงานทำงาน เพราะพนักงานต้องทำงานในสถานที่ของผู้ว่าจ้าง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากพนักงานทำละเมิดในขณะที่ทำงานให้ผู้ว่าจ้าง แน่แน่นอนว่าบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรมีหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบแห่งละเมิดดังกล่าวด้วยอยู่แล้วตามมาตรา 425 ในฐานะเป็นนายจ้างผู้มีหน้าที่จ่ายเงินและรับผิดชอบดูแลการกระทำของพนักงานทุกคนตามกฎหมาย แต่การที่จะกำหนดให้ลูกค้าผู้ว่าจ้างต้องมาร่วมรับผิดชอบแห่งละเมิดกับพนักงานด้วยอีกคนหนึ่งทั้งๆ ที่มีได้มีนิติสัมพันธ์ใดๆ โดยตรงกับพนักงานเลยนั้น ตามกฎหมายไทยไม่อาจนำมาตรา 425 มาปรับใช้ได้ เพราะความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานกับลูกค้าผู้ว่าจ้าง มิได้เป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ พบว่า ปัญหาดังกล่าว นั้นเทียบเคียงได้กับลักษณะความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการที่บุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน ซึ่งเป็นกรณีที่นายจ้างส่งลูกจ้างของตนไปทำงานให้แก่บุคคลอื่นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (หลัก borrowed servants) โดยหากพิจารณาตามหลักกฎหมายอังกฤษเรื่อง Vicarious Liability แล้ว พบว่า เมื่อไม่มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นระหว่างลูกค้ากับพนักงาน ก็ถือว่าบุคคลทั้งสองฝ่ายไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน เพราะพนักงานจึงไม่ใช่ลูกจ้างของลูกค้าแต่เป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร จึงไม่อาจนำหลักความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง Vicarious Liability มาบังคับใช้กับกรณีความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับพนักงานได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรค 5 เห็นว่า แม้ไม่มีการตกลงจ้างแรงงานกันอย่างชัดแจ้งระหว่างลูกค้ำกับพนักงาน แต่ในระหว่างที่พนักงานมาทำงานให้ลูกค้ำ ลูกค้ำมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการให้พนักงานทำงานอย่างไรก็ได้ตามความเป็นจริง เช่นนี้ จึงถือได้ว่า ลูกค้ำมีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานด้วย เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าลูกค้ำมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวพนักงาน และมีสิทธิที่จะให้คำแนะนำแก่พนักงานในการทำงานได้ ดังนี้ ก็ถือได้ว่าลูกค้ำเป็นนายจ้างของพนักงานด้วยเช่นกัน ดังนั้น เมื่อมีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันแล้ว ทั้งศาลฝรั่งเศสและศาลเยอรมันก็สามารถนำหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตราข้างต้นมาปรับใช้ในกรณีพนักงานกระทำละเมิดได้

กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมายไทย ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของลูกค้ำผู้ว่าจ้างและพนักงานผู้ทำงานนั้นไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน แม้ว่าตามความเป็นจริงลูกค้ำผู้ว่าจ้างอาจมีอำนาจสั่งการให้พนักงานทำงานได้ก็ตาม แต่อำนาจดังกล่าวก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการเป็นคู่สัญญา กับนายจ้างของพนักงานนั่นเอง ไม่ใช่อำนาจบังคับบัญชาที่แท้จริงในลักษณะเดียวกันกับนายจ้างแต่อย่างใด เพราะเป็นเพียงอำนาจสั่งการให้ทำงานเท่านั้น ผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิออกกระเปียบข้อบังคับให้พนักงานปฏิบัติตาม ไม่มีอำนาจลงโทษพนักงานหากกระทำผิดหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง และไม่มีหน้าที่จะต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่พนักงาน หรือรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่กฎหมายแรงงานกำหนดให้กระทำในฐานะที่เป็นนายจ้างของพนักงาน ผู้ว่าจ้างมีเพียงสิทธิสั่งการให้พนักงานทำงานอันเป็นการแจ้งให้พนักงานทราบว่าต้องทำงานใดบ้างตามหน้าที่ในฐานะเป็นลูกจ้างของคู่สัญญาของผู้ว่าจ้างเท่านั้น จึงถือไม่ได้ว่าอำนาจสั่งการของผู้ว่าจ้างเป็นอำนาจบังคับบัญชาในฐานะนายจ้างของพนักงานนั่นเอง เพียงแต่เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างให้บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างมาทำงานให้แก่ตนเท่านั้น จึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันระหว่างลูกค้ำผู้ว่าจ้างกับพนักงาน

5.4.1.3 วิเคราะห์สิทธิในการเรียกค่าเสียหายของบุคคลผู้ถูกทำละเมิด

ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 นั้น อยู่บนเงื่อนไขว่าคู่สัญญาต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน ดังนั้น หากไม่ปรากฏว่ามีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แม้จะเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานย่อมไม่มีความรับผิดชอบร่วมกับผู้ทำละเมิดก็ตาม ทั้งนี้เมื่อพิจารณาตามความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแล้ว บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร มีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานตามสัญญาจ้างแรงงานโดยตรง ดังนั้น หากพนักงานไปทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก ผู้ถูกทำละเมิดย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากพนักงานผู้กระทำละเมิดได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และยังมีสิทธิเรียกร้องให้บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรร่วมรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยในฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานตามมาตรา 425 ได้

แต่เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานกับลูกค้ำผู้ว่าจ้างแล้ว จะเห็นว่า ทั้งสองฝ่ายไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ดังนั้น หากพนักงานทำละเมิดศาล

จึงไม่สามารถนำมาตรา 425 มาปรับใช้เพื่อให้ลูกจ้างร่วมรับผิดชอบร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดได้ ผู้ถูกทำละเมิดมาฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากลูกจ้างไม่ได้ เพราะลูกจ้างไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานดังที่ได้วิเคราะห์ไปข้างต้น แม้ว่าศาลฎีกาจะเคยวินิจฉัยให้ลูกจ้างว่าจ้างต้องมีความรับผิดชอบในกรณีซึ่งพนักงานของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรทำละเมิดด้วยก็ตาม ยกตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5800/2553 แต่คดีดังกล่าวเป็นความรับผิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างว่าจ้างกับบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าเข้าลักษณะหลักกฎหมายเรื่องตัวการตัวแทน โดยวินิจฉัยว่า เมื่อบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรซึ่งมีฐานะเป็นตัวแทนของลูกจ้างในหน้าที่รักษาความปลอดภัยให้กับห้างสรรพสินค้ามีความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้าง เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างในฐานะตัวการที่มอบหมายหน้าที่ดังกล่าวให้กับบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร จึงต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ประกอบมาตรา 427 ด้วย จึงเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างผู้ว่าจ้างกับบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างได้ในกรณีดังกล่าว ไม่ใช่นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับพนักงานผู้ทำละเมิดแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายตัวแทนในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับพนักงานแล้ว พบว่า แม้ว่าพนักงานจะทำงานเพื่อประโยชน์และในกิจการของผู้ว่าจ้างก็ตาม แต่ก็เป็นการทำงานตามคำสั่งที่บริษัทผู้รับเหมาทำงานในองค์กรซึ่งเป็นนายจ้างได้มอบหมายให้ทำ หากจะเกิดสัญญาตั้งตัวแทนในเรื่องการทำงานขึ้นตามหลักกฎหมายและตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ย่อมเป็นสัญญาตัวแทนที่เกิดขึ้นระหว่างลูกจ้างว่าจ้างที่เป็นตัวการมอบหมายให้บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรเป็นตัวแทนทำกิจการงานของตนแทนตนเท่านั้น ไม่อาจเกิดสัญญาตัวแทนระหว่างลูกจ้างว่าจ้างกับพนักงานได้ เพราะลูกจ้างว่าจ้างมิได้ตกลงมอบหมายให้พนักงานทำงานแทนตนแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เสียหายซึ่งถูกทำละเมิดจึงไม่อาจเรียกร้องให้ลูกจ้างว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานได้ตามมาตรา 427 เพราะลูกจ้างว่าจ้างไม่ได้มีฐานะเป็นตัวการมอบหมายให้พนักงานผู้ทำละเมิดทำงานของตนในฐานะเป็นตัวแทนนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับกรณีปัญหา พบว่า ในกรณีที่มีการส่งตัวลูกจ้างไปทำงานให้แก่บุคคลภายนอกนั้น ทำให้ลูกจ้างต้องทำตามคำสั่งของนายจ้างหลายคน คือ นายจ้างเดิมคนหนึ่ง และบุคคลภายนอกที่นายจ้างเดิมส่งลูกจ้างไปทำงานให้อีกคนหนึ่ง โดยศาลฎีกาจะพิจารณาว่าการส่งลูกจ้างไปทำงานให้กับบุคคลภายนอกนั้น มีการโอนอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างไปให้นายจ้างคนใหม่ที่เป็นบุคคลภายนอกด้วยหรือไม่ และใครมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้แก่ นายจ้างคนใหม่ ซึ่งศาลฎีกาได้วางแนวตัดสินใจไว้ว่า หากเป็นกรณีที่นายจ้างเพียงแต่ส่งลูกจ้างไปทำงานให้แก่บุคคลภายนอกตามสัญญาอื่นๆ เช่น สัญญาเช่ายานพาหนะพร้อมคนขับ⁴⁴ โดยที่นายจ้างไม่ได้โอน

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8174/2557 กรณีที่ผู้เช่าทำสัญญาเช่าเหมาเรือเพื่อขนส่งสินค้า เกิดละเมิดขึ้นในระหว่างขนส่ง ศาลฎีกาตัดสินว่า วัตถุประสงค์ในการเช่ามุ่งผลสำเร็จในการขนส่งเป็นสำคัญ การเดินเรือหรือการ

อำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกค้าจ้างไปให้ด้วย ซึ่งนายจ้างยังคงมีสิทธิออกคำสั่งให้ลูกจ้างทำงาน อย่างไม่ใด ในเวลาและสถานที่ใดก็ได้ มีอำนาจในการลงโทษลูกจ้างที่ไปทำงานกับบุคคลภายนอก หรือ ลูกจ้างยังคงต้องปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับของนายจ้าง เช่น ต้องแต่งกายตามชุดฟอร์มของนายจ้าง ทั้งนายจ้างเดิมยังมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างหรือสินจ้างให้แก่ลูกจ้างดังเดิม บุคคลภายนอกมีหน้าที่เพียงชำระ ค่าเช่าหรือค่าจ้างหรือค่าบริการให้แก่นายจ้างเท่านั้น เช่นนี้ บุคคลภายนอกที่นายจ้างได้ใช้ให้ลูกจ้าง ไปทำการงานให้ดังกล่าวไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของลูกค้าจ้างที่ไปทำงานให้ โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บุคคลภายนอกคนนั้นไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของลูกค้าจ้างได้ แม้ว่าในความเป็นจริง บุคคลภายนอกอาจสามารถสั่งการให้ลูกจ้างทำงานได้เพราะลูกจ้างทำงานในสถานที่ของ บุคคลภายนอกก็ตาม เพราะอำนาจในการสั่งงานดังกล่าวเป็นเพียงประโยชน์ที่สืบเนื่องมาจากการที่ บุคคลภายนอกมีฐานะเป็นผู้รับผลงานตามสัญญาเช่าหรือสัญญาว่าจ้างระหว่างนายจ้างกับ บุคคลภายนอกเท่านั้น ไม่ถือเป็นอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างที่สามารถบังคับให้ลูกจ้างทำงาน ให้แก่ตนได้ ถ้าลูกจ้างไม่ทำตามคำสั่ง บุคคลภายนอกก็ไม่มีสิทธิลงโทษลูกจ้างได้ มีเพียงสิทธิบอกเลิก สัญญากับนายจ้างเท่านั้น⁴⁵

แต่ในทางกลับกัน หากนายจ้างเดิมส่งตัวลูกจ้างไปทำงานให้กับบุคคลภายนอก โดย ได้โอนสิทธิในการบังคับบัญชาลูกจ้างไปยังบุคคลภายนอก และลูกจ้างต้องรับเงินค่าจ้างจากบุคคล ดังกล่าว แม้จะเป็นการทำงานเพียงระยะเวลาหนึ่งหรือเพียงชั่วคราว ก็เข้าลักษณะการตกลงเปลี่ยนตัว นายจ้างจากนายจ้างคนเดิมเป็นนายจ้างคนใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 577 วรรคแรก⁴⁶ แล้ว ดังนี้ การที่ลูกจ้างยินยอมไปทำงานให้แก่นายจ้างคนใหม่ ถือว่าสัญญาจ้างแรงงาน ระหว่างนายจ้างคนเดิมกับลูกจ้างสิ้นสุดลง นายจ้างคน ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างอีก ต่อไป และเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานกับบุคคลภายนอกซึ่งเป็นนายจ้างคนใหม่ขึ้น ทั้งนี้ หากครบ ระยะเวลาตามที่ตกลงทำงานกันแล้ว ปรากฏว่า ลูกจ้างกลับมาทำงานกับนายจ้างคนเดิมอีกก็เท่ากับ เป็นการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานฉบับใหม่ขึ้นเป็นอีกฉบับหนึ่ง โดยถือเป็นการตกลงว่าจ้างกันใหม่

จัดการเกี่ยวกับลูกเรือหรือเรือนั้น เป็นอำนาจเด็ดขาดของเจ้าของเรือ กัปตันนายเรือ หรือเจ้าหน้าที่เดินเรือ ที่จะ พิจารณาหรือตัดสินใจเกี่ยวกับการเดินเรือให้ปลอดภัย ผู้เช่าไม่มีอำนาจยุ่งเกี่ยวในการจัดการเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด หากผู้เช่าไม่พอใจลูกเรือคนใดก็ไม่มีอำนาจไล่ออกหรือสั่งให้หยุดงานหรือเปลี่ยนตัวลูกเรือคนนั้นได้ ไม่มีอำนาจสั่ง การว่าให้เดินเรืออย่างไร ประกอบกับในสัญญาเช่าเหมาเรือระบุว่าเจ้าของเรือมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างและจัดหาเสบียง อาหารให้แก่ลูกเรือด้วยตนเอง ผู้เช่ามีหน้าที่จ่ายเงินค่าเช่าหรือค่าเรือเท่านั้น ดังนั้น ผู้เช่าจึงไม่ใช่ นายจ้างของลูกเรือ เมื่อลูกเรือของเรือลำดังกล่าวทำละเมิด ผู้เช่าไม่ต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425

⁴⁵ เพิ่ง เพิ่งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดชอบทางละเมิดของ เจ้าหน้าที่และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2556), หน้า 140.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 577 วรรคแรก บัญญัติว่า “นายจ้างจะโอนสิทธิของตนให้แก่ บุคคลภายนอกก็ได้ เมื่อลูกจ้างยินยอมพร้อมใจด้วย”

ระหว่างนายจ้างคนเดิมกับลูกจ้างนั่นเอง เมื่อมีการเปลี่ยนตัวนายจ้างแล้ว หากลูกจ้างทำละเมิดในระหว่างทำงานให้นายจ้างคนใหม่ ศาลจะตัดสินให้นายจ้างคนใหม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 425⁴⁷

จากแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลไทยข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่มีการส่งตัวลูกจ้างไปทำงานให้กับบุคคลภายนอก ศาลฎีกาจะกำหนดให้นายจ้างคนใดคนหนึ่งเท่านั้นมีความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่า นายจ้างคนใดมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้างและมีหน้าที่จ่ายสินจ้างให้แก่ลูกจ้างในขณะที่เกิดเหตุละเมิด ด้วยเหตุนี้ เมื่อนำแนวคำพิพากษาของศาลมาพิจารณาเปรียบเทียบกับรูปแบบการทำงาน กรณีการจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้ จะเห็นได้ว่า การจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรนั้น เป็นกรณีที่นายจ้างส่งลูกจ้างไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นบุคคลภายนอกโดยไม่ได้โอนอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวพนักงานไปให้ด้วยแต่อย่างใด เพราะพนักงานต้องอยู่ภายใต้ระเบียบข้อบังคับการทำงานของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรทุกประการแม้จะไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างก็ตาม หากพนักงานจะลางานก็ต้องยื่นใบลา กับบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร เพื่อที่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรจะได้จัดส่งพนักงานคนอื่นไปทำงานแทนต่อไป นอกจากนี้ บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรยังคงมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างตอบแทนการทำงานของพนักงาน ดูแลสิทธิและสวัสดิการที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดให้แก่พนักงานเหมือนเดิม เช่นนี้ อำนาจบังคับบัญชาจึงยังคงอยู่ที่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรดังเดิม ดังนั้น นายจ้างที่จะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของพนักงาน หากพนักงานทำละเมิดในระหว่างที่ทำงานให้กับผู้ว่าจ้างก็คือ บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรนั่นเอง ส่วนผู้ว่าจ้างแม้จะมีอำนาจสั่งการให้ลูกจ้างทำงานได้ แต่ก็ยังเป็นเพียงอำนาจที่ได้รับมาจากความผู้พันตามสัญญาที่ทำไว้กับบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรซึ่งเป็นนายจ้างที่พนักงาน จึงไม่ใช่อำนาจบังคับบัญชาที่แท้จริง จึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างที่จะต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ บุคคลผู้ถูกทำละเมิดมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้จากพนักงานซึ่งเป็นผู้ทำละเมิดตามมาตรา 420 และมีสิทธิฟ้องเรียกร้องจากบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรได้ด้วยในฐานะเป็นนายจ้างของผู้ทำละเมิดตามมาตรา 425 แต่ไม่มีสิทธิเรียกให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้างร่วมรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยได้ ซึ่งในกรณีนี้ ลูกจ้างผู้ว่าจ้างจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดแต่อย่างใด แม้ว่าในความเป็นจริงผู้ว่าจ้างจะมีอำนาจสั่งการให้พนักงานปฏิบัติงานก็ตาม เพราะอำนาจสั่งการหรือควบคุมการทำงานของพนักงานของผู้ว่าจ้างนั้น ไม่ใช่อำนาจบังคับบัญชาที่เคร่งครัดที่เป็นลักษณะเดียวกับกับอำนาจของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรผู้เป็นนายจ้างนั่นเอง

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 316-318/2500 เจ้าของเรือยนต์ให้บุคคลอื่นเช่าเรือไปใช้ลากจูงพร้อมกับลูกเรือ โดยมีข้อสัญญาให้ผู้เช่าใช้ลูกเรือที่ผู้ให้เช่าจัดหา มา แต่ให้ลูกเรือรับเงินเดือนจากผู้เช่า และผู้เช่ามีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการคนเรือได้ ดังนี้ เจ้าของเรือไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกเรือในระหว่างที่โอนสิทธิดังกล่าวไปนั้น

5.4.1.4 แนวทางการแก้ไข้ปัญหา

เนื่องจากหลักเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 ถูกจำกัดว่า คู่สัญญาจะต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงานมาตรา 575 เท่านั้น ดังนั้น หากไม่ปรากฏว่ามีสัญญาจ้างแรงงาน แม้จะเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของผู้ทำละเมิดก็ตาม ก็ไม่อาจมีความรับผิดชอบร่วมกับผู้ทำละเมิดได้ เมื่อปรากฏว่า การทำงานในรูปแบบ Outsourcing Services มีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานหลายฝ่าย ซึ่งแต่ละฝ่ายก็มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายแตกต่างกัน เช่น แม้ว่าจะเกิดละเมิดในระหว่างที่พนักงานปฏิบัติงานให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างเองก็มีอำนาจควบคุมดูแลพนักงานในการทำงานด้วยก็ตาม แต่เมื่ออำนาจดังกล่าวไม่ใช่อำนาจบังคับบัญชาที่แท้จริงในฐานะของนายจ้าง ผู้ว่าจ้างจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานด้วย เนื่องจากไม่มีสัญญาแรงงานที่เป็นเงื่อนไขความสัมพันธ์กับผู้ทำละเมิดนั่นเอง ดังนั้น แนวทางการแก้ไข้ปัญหากรณีการจ้างพนักงานบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร (Outsourcing Services) นั้น จะต้องพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้น คือ กรณีที่พนักงานของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร ซึ่งถูกส่งไปทำงานกับผู้ว่าจ้างได้ทำละเมิดในขณะที่ทำงานให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้าง แต่ปรากฏว่าตามมาตรา 425 ลูกจ้างหรือผู้ว่าจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดดังกล่าวด้วย เพราะมิได้เป็นนายจ้างของพนักงานผู้ทำละเมิด ทั้งที่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในระหว่างที่พนักงานทำงานให้ลูกจ้างนั้น พบว่า ลูกจ้างมีอำนาจในการบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานได้ เช่น สามารถสั่งการให้พนักงานปฏิบัติงานใด อย่่างไรก็ได้ ภายในขอบเขตงานที่ได้ตกลงว่าจ้างกันกับบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร ดังนี้ จะเห็นได้ว่า การทำงานของพนักงานให้กับลูกจ้างดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่พนักงานต้องทำงานอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลทั้งจากบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรง และยังต้องปฏิบัติตามคำสั่งของลูกจ้าง ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างอีกด้วยนั้น จึงมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ที่พนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างเสมือนว่ามีนายจ้างหลายคน คือ ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้างที่ส่งไปทำงานกับบุคคลอื่นและของบุคคลอื่นที่ตนได้ไปทำงานให้ด้วยนั่นเอง จากลักษณะความสัมพันธ์ดังกล่าว หากพนักงานได้ทำละเมิดในขณะที่ทำงานให้กับลูกจ้างและลูกจ้างที่มีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของพนักงาน เช่นนี้จะสามารถกำหนดให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้างต้องมาร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน พบว่า รูปแบบการทำงานดังกล่าวเทียบเคียงได้กับหลักกฎหมายเรื่อง borrowed servant ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่นายจ้างให้ลูกจ้างไปทำงานกับบุคคลคนภายนอก หรือมีบุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน โดยเป็นกรณีที่ผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างไม่ใช่ตัวนายจ้างคนเดิม แต่เป็นบุคคลอื่นที่ลูกจ้างต้องไปทำงานให้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งบุคคลดังกล่าวมีอำนาจบังคับบัญชาให้ลูกจ้างต้องทำงานให้ตามคำสั่งของตนด้วย บุคคลภายนอกนั้นเป็นคนละคนกับนายจ้างที่ลูกจ้างตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานไว้โดยมีฐานะเป็นนายจ้างชั่วคราว ดังนั้น ในระหว่างที่ลูกจ้างต้องไปทำงานให้กับนายจ้างชั่วคราว ความสัมพันธ์ในการทำงานจึงเป็นกรณีที่ลูกจ้างมีนายจ้าง

สองคนในขณะที่ทำงาน คือ นายจ้างปกติหรือนายจ้างถาวร (general employer) ซึ่งมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างและลูกจ้างต้องทำงานให้ตามสัญญาจ้างแรงงาน กับนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ซึ่งเป็นผู้ขอยืมลูกจ้างไปใช้งานในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือเป็นบุคคลที่นายจ้างส่งลูกจ้างไปทำงานให้ซึ่งมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการให้ลูกจ้างทำงานได้เสมือนเป็นนายจ้างของลูกจ้างโดยตรง⁴⁸ ทั้งนี้ เมื่อการทำงานมีลักษณะความสัมพันธ์เป็นกรณีที่ลูกจ้างมีนายจ้างสองคน ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างขึ้นว่า หากลูกจ้างไปทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในระหว่างที่ทำงาน นายจ้างคนใดจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างผู้ทำละเมิดด้วยตามหลักความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของลูกจ้าง

ความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายเรื่อง borrowed servant ตามกฎหมายอังกฤษนั้น แม้จะมีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างลูกจ้างกับนายจ้างถาวร (general employer) แต่ยังไม่แน่ชัดว่า การทำงานของลูกจ้างนั้นเป็นการทำงานภายในขอบเขตทางการที่จ้างของนายจ้างถาวรหรือไม่ เพราะขณะเกิดเหตุละเมิดลูกจ้างทำงานให้กับนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ซึ่งในขณะนั้น นายจ้างถาวรอาจไม่สามารถควบคุมการทำงานของลูกจ้างได้ แต่ในทางกลับกันระหว่างนายจ้างชั่วคราวกับลูกจ้างเองก็ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน และนายจ้างชั่วคราวก็อาจจะไม่ได้มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างที่มาทำงานให้แก่ตน โดยเฉพาะในกรณีงานที่ลูกจ้างต้องทำนั้นต้องอาศัยความสามารถในการทำงานที่ใช้ทักษะพิเศษที่นายจ้างชั่วคราวเองก็ไม่สามารถทำงานดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ดังนั้น เดิมศาลอังกฤษก็ประสบปัญหาที่ไม่อาจนำหลัก Vicarious Liability มาปรับใช้กับกรณีรูปแบบการทำงานข้างต้นได้ เพราะการทำละเมิดของลูกจ้างอาจไม่อยู่ในทางการที่จ้างของนายจ้างถาวร หรือเพราะระหว่างนายจ้างชั่วคราวกับลูกจ้างไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษได้แก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยพยายามตีความขยายขอบเขตอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างให้กว้างออกไป ไม่จำเป็นว่าอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างจะต้องเป็นอำนาจบังคับบัญชาโดยตรงซึ่งลูกจ้างจะต้องทำงานให้แก่ นายจ้างถาวรเท่านั้น แต่นายจ้างถาวรอาจมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างได้แม้ลูกจ้างต้องไปทำงานให้กับบุคคลอื่นก็ตาม⁴⁹ ทั้งนี้ ศาลอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบในกรณี borrowed servant ไว้ กล่าวคือ โดยหลักแล้ว ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า นายจ้างคนแรก (นายจ้างถาวร) (general employer) จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ในขณะที่เกิดเหตุละเมิดบุคคลที่จ้างลูกจ้างไปทำงานด้วยนั้น (นายจ้างชั่วคราว) (temporary employer) มีอำนาจควบคุมลูกจ้างในการทำงาน นายจ้างถาวรจึงจะพ้นความรับผิดชอบไปได้ เพราะกฎหมายสันนิษฐานว่า โดยทั่วไปแล้วนายจ้างถาวร (general employer) จะยังคงเป็นนายจ้างของลูกจ้างผู้ทำละเมิด แต่นายจ้างถาวรมีสิทธิพิสูจน์หักล้างได้ว่าตนไม่ควรต้องรับผิดชอบ เพราะได้ส่งมอบอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้าง

⁴⁸ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 83.

⁴⁹ Ibid., p. 84.

ให้แก่ นายจ้างชั่วคราวไปหมดแล้วได้ แต่หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ นายจ้างถาวรก็ยังคงต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างผู้ทำละเมิด⁵⁰

ดังนั้น ศาลอังกฤษจะต้องพิจารณาให้ได้ว่า ในขณะที่เกิดเหตุละเมิดนายจ้างคนใดที่มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้าง เพราะศาลจะกำหนดให้นายจ้างเพียงคนเดียวเท่านั้นที่จะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง หากศาลตัดสินให้นายจ้างถาวรต้องรับผิดชอบแล้ว นายจ้างชั่วคราวก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วยอีกแต่อย่างใด ซึ่งขอบเขตความรับผิดชอบของนายจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่การทำงานของลูกจ้างต้องอาศัยทักษะความชำนาญที่นายจ้างชั่วคราวเองไม่อาจทำงานได้ด้วยตนเอง เช่นนี้ การที่นายจ้างถาวรจะพิสูจน์ว่าได้โอนอำนาจบังคับบัญชาทั้งหมดไปยังนายจ้างชั่วคราวแล้วนั้นย่อมทำได้ยาก เช่น คดีที่ลูกจ้างเป็นคนขับรถซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญ นายจ้างชั่วคราวไม่อาจควบคุมสั่งการลูกจ้างให้ทำงานได้ ศาลก็จะตัดสินให้นายจ้างถาวรเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับลูกจ้าง⁵¹ หรือหากลูกจ้างเป็นแรงงานไร้ฝีมือ บางกรณีนายจ้างชั่วคราวก็อาจมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้างได้ แต่จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า นายจ้างถาวรไม่มีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างได้เลย เช่น คดีที่ลูกจ้างเป็นคนเฝ้าประตูสถานบันเทิง ปรากฏว่า ลูกจ้างทำละเมิดต่อลูกค้าที่มาใช้บริการ ศาลก็จะตัดสินให้นายจ้างชั่วคราวต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้าง⁵² เป็นต้น หากพิจารณาได้ว่านายจ้างคนใดเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือพนักงานขณะทำละเมิด ศาลก็สามารถนำหลัก Vicarious Liability มาปรับใช้ให้นายจ้างคนนั้นรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายร่วมกับลูกจ้างผู้ทำละเมิดได้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณารูปแบบการทำงานโดยการจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรกับแนวคำตัดสินของศาลอังกฤษแล้ว จะเห็นว่า บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรมีฐานะเป็นนายจ้างถาวร (general employer) ที่ส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างซึ่งมีฐานะเป็นนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) นั้น ยังคงมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานได้ตลอดเวลา เพราะลูกจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบที่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรกำหนดและการลางานหรือถูกลงโทษของพนักงานก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร และไม่ปรากฏว่าผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาอย่างเคร่งครัดเหนือตัวพนักงานในลักษณะเดียวกับนายจ้างแต่อย่างใด ดังนั้น หากพนักงานทำละเมิดในระหว่างที่ทำงานให้นายจ้างชั่วคราว กรณีนี้ศาลอังกฤษจะยึดหลักทั่วไปของกรณี borrowed servant ที่ตัดสินบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรในฐานะนายจ้างถาวร (general employer) ต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย เพราะถือเป็นนายจ้างที่มีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานตามหลัก Vicarious Liability นั่นเอง

⁵⁰ R.F.V.Heuston and R.C.Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, p. 440-441

⁵¹ คดี *Mersey Docks and Harbour Board v Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd.* [1947]

⁵² คดี *Hawley V Lumina Leisure Ltd* [2006] EWAC Civ 18, [2006] PIQR P17

ความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายเรื่อง borrowed servant ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรคหน้านั้น ศาลฝรั่งเศสจะพิจารณาหาผู้ที่มีอำนาจเหนือตัวลูกจ้างขณะที่เกิดละเมิดขึ้น ถึงแม้ว่าจะไม่ใช่อำนาจบังคับบัญชาโดยชัดแจ้งก็ตาม ซึ่งโดยหลักแล้ว ศาลจะตัดสินให้นายจ้างถาวร (general employer) ต้องรับผิดชอบสำหรับการทำละเมิดของลูกจ้างของตน เว้นแต่นายจ้างถาวรจะแสดงให้เห็นได้ว่า ตนเองได้ยกเลิกการควบคุมทั้งหมดที่มีอยู่เหนือตัวลูกจ้างแล้ว และมีพฤติการณ์พิเศษบางอย่างที่ศาลเห็นว่า นายจ้างชั่วคราวเป็นผู้ควบคุมเหนือการทำงานทั้งหมดของลูกจ้าง หากพิสูจน์ได้และมีข้อเท็จจริงดังกล่าวปรากฏ ศาลฝรั่งเศสก็จะตัดสินให้นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้าง แม้จะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างกันก็ตาม โดยศาลจะตัดสินให้นายจ้างเพียงคนเดียวเท่านั้นที่จะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง หากศาลตัดสินให้นายจ้างถาวรต้องรับผิดชอบแล้ว นายจ้างชั่วคราวก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วยอีกแต่อย่างใด นอกจากนี้ ศาลยังนำการกระทำที่ลูกจ้างได้ทำผิดหรือทำละเมิดมาพิจารณากำหนดว่านายจ้างคนใดที่จะต้องมาร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดนั้น เช่น ถ้าสิ่งที่ลูกจ้างกระทำเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้เครื่องมือเครื่องจักรหรือต้องขับรถที่ใช้ทักษะเฉพาะทางจะถือเป็นกรณีที่นายจ้างถาวร (general employer) ต้องรับผิดชอบ⁵³ เพราะนายจ้างชั่วคราวไม่อาจสั่งการหรือควบคุมดูแลการทำงานในการใช้เครื่องจักรดังกล่าวได้ แต่ถ้าเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์ทั่วไปตามเจตนาของการจ้างงานในครั้งนั้น เช่น การเลือกเส้นทางในการขับรถที่จ้างมา เช่นนี้ ก็จะเป็นกรณีที่นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ต้องรับผิดชอบ⁵⁴ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณารูปแบบการทำงานโดยการจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรกับแนวคำตัดสินของศาลฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นว่าบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรมีฐานะเป็นนายจ้างถาวร (general employer) ที่ส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างซึ่งมีฐานะเป็นนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) นั้น ยังคงมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานได้ตลอดเวลา เพราะลูกจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบที่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรกำหนดและการจะลางานหรือถูกลงโทษของพนักงานก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร และไม่ปรากฏว่าผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวพนักงานในลักษณะเดียวกับนายจ้างแต่อย่างใด ดังนั้น หากพนักงานทำละเมิดในระหว่างที่ทำงานให้นายจ้างชั่วคราว กรณีนี้ศาลฝรั่งเศสจะยึดหลักทั่วไปของกรณี borrowed servant ที่ตัดสินบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรในฐานะนายจ้างถาวร (general employer) ต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย เพราะถือเป็นนายจ้างที่มีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานตามมาตรา 1384 วรรคหน้าในลักษณะเดียวกับกับศาลอังกฤษนั่นเอง

⁵³ คดี Crim 20 October 1987 (Suteau) Bull crim 1987 N° 359

⁵⁴ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 86-87.

ส่วนความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายเรื่อง borrowed servant ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 นั้น ศาลเยอรมันจะพิจารณาว่า โดยหลักแล้ว ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า นายจ้างคนแรก(นายจ้างถาวร) (general employer) จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ⁵⁵ เว้นแต่นายจ้างถาวรจะพิสูจน์ได้ว่า ลูกจ้างได้เข้าทำงานเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) นั้นอย่างสมบูรณ์แล้วในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (fully integrated into the heir's organization) ประกอบกับในช่วงระยะเวลานั้นนายจ้างถาวรเองไม่มีอำนาจสั่งการหรือบังคับบัญชาใดๆ หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะควบคุมการทำงานของลูกจ้างได้เลย กรณีนี้จึงจะเข้าข้อยกเว้นที่ศาลจะพิจารณาว่านายจ้างชั่วคราวเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวพนักงานในขณะที่เกิดละเมิดและตัดสินใจให้นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้าง ทั้งนี้ ขอบเขตความรับผิดชอบของนายจ้างถาวร (general employer) ในกรณีที่ลูกจ้างแยกตัวออกไปทำงานให้กับบุคคลอื่นนั้น นายจ้างถาวรจะมีความรับผิดชอบแต่คำสั่งที่ได้ให้ไว้โดยตรงกับลูกจ้างเท่านั้น กล่าวคือ หากในระหว่างที่ลูกจ้างไปทำงานให้นายจ้างชั่วคราว นายจ้างถาวรยังคงไว้ซึ่งสิทธิในการยกเลิกคำสั่งที่ให้ไว้แก่ลูกจ้างได้ตลอดเวลา หรือสามารถออกคำสั่งให้ลูกจ้างปฏิบัติได้จากที่อื่น ก็ถือเป็นความผูกพันที่เคร่งครัดเพียงพอแล้วที่ถือว่าเป็นคำสั่งที่ได้ให้ไว้โดยตรงแก่ลูกจ้าง และศาลจะตัดสินใจให้นายจ้างถาวร (general employer) จะต้องร่วมรับผิดชอบหากลูกจ้างได้กระทำละเมิด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ลูกจ้างได้เข้าทำงานเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) แล้วแต่ยังไม่สมบูรณ์ถึงขนาดตัดอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างถาวรได้ทั้งหมด โดยลูกจ้างยังคงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของนายจ้างด้วย เช่นนี้ หากเกิดลูกจ้างกระทำละเมิดและไม่ปรากฏอย่างชัดแจ้งว่าในขณะที่นั้นนายจ้างถาวรหรือนายจ้างชั่วคราว นายจ้างคนใดที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้างที่แท้จริง ศาลเยอรมันจะตัดสินใจให้นายจ้างทั้งคู่มีฐานะเป็นนายจ้างที่จะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างตามมาตรา 831⁵⁶ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณารูปแบบการทำงานโดยการจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรกับแนวคำตัดสินของศาลเยอรมันแล้ว จะเห็นว่า บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรก็มีฐานะเป็นนายจ้างถาวร (general employer) ที่ส่งพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างซึ่งมีฐานะเป็นนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) นั้น แม้ลูกจ้างจะไปทำงานในสถานที่ของผู้ว่าจ้าง แต่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรยังคงไว้ซึ่งสิทธิที่จะยกเลิกคำสั่งที่ได้ให้ไว้แก่พนักงานได้ตลอดเวลา สามารถเปลี่ยนตัวพนักงาน หรือมีคำสั่งอื่นใดถึงพนักงานได้ และไม่ปรากฏว่าในช่วงระยะเวลาที่พนักงานไปทำงานกับผู้ว่าจ้าง พนักงานได้เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรผู้ว่าจ้างถึงขนาดที่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรไม่มีสิทธิควบคุมการทำงานของพนักงานได้แต่อย่างใด เช่น ในกรณีพนักงานประสงค์จะลางาน ก็ต้องแจ้งให้บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรทราบ เพื่อจัดหาพนักงานคน

⁵⁵ คดี BGH 26 January 1995 NJW-RR 1995, 659.

⁵⁶ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 88-89.

อื่นมาทำงานแทนตน ดังนั้น หากพนักงานทำละเมิดในระหว่างที่ทำงานให้นายจ้างชั่วคราว กรณีนี้ศาลเยอรมันจะยึดหลักทั่วไปของกรณี borrowed servant ที่ตัดสินบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรในฐานะนายจ้างถาวร (general employer) ต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย เพราะถือเป็นนายจ้างที่มีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานตามมาตรา 831 นั่นเอง

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหามาจากต่างประเทศแล้ว จะเห็นว่าในกรณีการจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรนั้น เทียบได้กับรูปแบบการทำงานตามหลักเรื่อง borrowed servant คือ กรณีที่บุคคลอื่นขอยืมลูกจ้างไปใช้งาน ซึ่งทั้งศาลอังกฤษ, ศาลฝรั่งเศสและศาลเยอรมันต่างก็มีแนวคิดไปในทางเดียวกัน โดยจะตัดสินให้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบกับลูกจ้างผู้ทำละเมิดคือ นายจ้างถาวร (general employer) เพียงคนเดียว นายจ้างชั่วคราว (temporary employer) ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย เพราะถือว่านายจ้างถาวรมีอำนาจบังคับบัญชาที่แท้จริงเหนือลูกจ้างซึ่งถูกส่งไปทำงานกับนายจ้างชั่วคราว แม้ว่านายจ้างชั่วคราวก็จะมีอำนาจควบคุมการทำงานของลูกจ้างในขณะที่ทำงานด้วยก็ตาม ซึ่งแนวตัดสินของศาลต่างประเทศก็สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทยในเรื่อง borrowed servant ด้วย เพราะศาลไทยเองก็ตัดสินให้บุคคลที่เป็นนายจ้างเดิมหรือนายจ้างถาวร (general employer) ต้องรับผิดชอบกับลูกจ้างที่ทำละเมิดเพียงคนเดียวเช่นกัน โดยศาลไทยวินิจฉัยว่า นายจ้างถาวรยังคงมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือการทำงานของลูกจ้าง และยังมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างตามเดิม จึงควรต้องเป็นนายจ้างที่ร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างก่อให้เกิดขึ้น แม้ว่าลูกจ้างจะไปทำงานเพื่อประโยชน์หรือในกิจการของนายจ้างชั่วคราวก็ตาม ด้วยเหตุนี้ แนวทางในการแก้ไขปัญหาค่าจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรของไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรพิจารณาตามแนวทางการตัดสินคดีของศาลต่างประเทศที่ได้ศึกษามาและตามแนวทางในการตัดสินเรื่องอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างของไทยที่วินิจฉัยให้ บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรในฐานะเป็นนายจ้างถาวร (general employer) ต้องรับผิดชอบร่วมกับพนักงานที่ถูกส่งไปทำงาน เพราะบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรมีความผูกพันตามสัญญาจ้างแรงงานกับพนักงาน มีอำนาจบังคับบัญชาควบคุมการทำงานเหนือตัวพนักงานแม้พนักงานจะไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างก็ตาม และยังมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างและรับผิดชอบในสวัสดิการต่างๆ ตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไปแล้วข้างต้น ทั้งยังสอดคล้องกับหลักกฎหมายต่างประเทศและเป็นไปตามแนวทางที่ศาลไทยได้เคยตัดสินตลอดมา ด้วย ส่วนความรับผิดชอบของลูกจ้างผู้ว่าจ้างซึ่งอาจถูกถือว่าเป็นนายจ้างชั่วคราว (temporary employer) เพราะมีอำนาจสั่งการและควบคุมการทำงานของพนักงานขณะที่พนักงานทำงานอยู่กับตนได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ลูกจ้างผู้ว่าจ้าง (end-user) กับพนักงาน (worker) ไม่มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้างกัน และไม่มีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นตัวการตัวแทนกันด้วย จึงไม่สามารถนำมาตรา 425 และมาตรา 427 มาปรับใช้ได้ และประการสำคัญ คือ อำนาจบังคับบัญชาที่ผู้ว่าจ้างมีเหนือพนักงานนั้น ไม่ใช่ อำนาจบังคับบัญชาที่แท้จริงในลักษณะเดียวกันกับของบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร ผู้ว่าจ้าง (end-

user) มีสิทธิเพียงสั่งการหรือมอบหมายให้พนักงานทำงานภายในขอบเขตที่ได้ตกลงกันไว้กับบริษัท รับเหมาทำงานในองค์กรซึ่งเป็นนายจ้างเท่านั้น⁵⁷ อันเป็นการแจ้งหน้าที่ที่พนักงานจะต้องทำ เพื่อให้การทำงานของพนักงานเป็นไปโดยเรียบร้อย โดยไม่มีอำนาจลงโทษหากพนักงานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของตน ไม่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานของพนักงาน เพียงแต่จ่ายค่าบริการหรือค่าจ้างให้กับบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรเท่านั้น จึงไม่ถือว่ามีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานอันจะก่อให้เกิดความรับผิดของนายจ้างในกรณีที่ถูกจ้างทำละเมิดตามมาตรา 425 ได้

ด้วยเหตุนี้ ในกรณีการจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่พนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างเสมือนว่ามีนายจ้างหลายคน คือ ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้างที่ส่งไปทำงานกับบุคคลอื่นและของบุคคลอื่นที่ตนได้ไปทำงานให้ด้วยนั้น หากพนักงานได้ทำละเมิดในขณะที่ทำงานให้กับลูกจ้างและลูกจ้างที่มีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของพนักงาน เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ไม่อาจกำหนดให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้าง (end-user) ต้องมาร่วมรับผิดกับพนักงานผู้ทำละเมิดด้วยได้ตามเหตุผลที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วข้างต้น แม้ผู้ว่าจ้างซึ่งมีอำนาจสั่งการให้พนักงานทำงานตามที่ตนประสงค์ได้จะไม่ต้องร่วมรับผิดตามมาตรา 425 ก็ตาม ก็ไม่ทำให้บุคคลผู้ถูกทำละเมิดต้องได้รับผลกระทบเสียหาย เพราะถึงอย่างไรบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรก็ต้องร่วมรับผิดกับพนักงานผู้ทำละเมิดด้วยอยู่แล้ว ประกอบกับหลักความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยทั่วไปที่บุคคลจะต้องรับผิดเพื่อการกระทำของตนเองเท่านั้น หากจะกำหนดให้ผู้ว่าจ้าง (end-user) ซึ่งอาจจะมีอำนาจควบคุมการทำงานของพนักงานในบางเรื่องเท่านั้นต้องมาร่วมรับผิดตามมาตรา 425 ย่อมจะไม่เป็นธรรมแก่ผู้ว่าจ้าง นอกจากนี้ บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรย่อมสามารถป้องกันความเสียหายต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของพนักงานลูกจ้างได้ โดยการรับประกันภัยความเสียหายสำหรับกรณีลูกจ้างทำละเมิดไว้ล่วงหน้ากับบริษัทรับประกันได้ซึ่งเป็นที่นิยมกันอย่างแพร่หลายในต่างประเทศ⁵⁸ ดังนั้น การกำหนดให้พนักงานต้องรับผิดในละเมิดที่ได้กระทำตามมาตรา 420 และให้เฉพาะแต่บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรต้องร่วมรับผิดกับพนักงานด้วยตามมาตรา 425 โดยที่ผู้ว่าจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดด้วย จึงเป็นธรรมกับบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแล้ว

5.4.2 การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency)

บริษัทตัวแทน หรือที่เรียกว่า Agency คือ บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการจัดหาคนงาน (worker) ไปทำงานให้กับอีกบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นลูกจ้าง (end-user) ของตนและเป็นผู้ว่าจ้างให้จัดหาคนมาทำงานดังกล่าว ทั้งนี้ บริษัทตัวแทนจะได้รับประโยชน์เป็นค่าตอบแทนจากการดำเนินการจัดหา

⁵⁷ เพิ่ง เพิ่งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2556), หน้า 140.

⁵⁸ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 89.

บุคคลไปทำงานตามที่ตกลงกับผู้ว่าจ้าง เรียกค่าบำเหน็จหรือค่าป่วยการหรือค่าบริการ (commission) ซึ่งรูปแบบการทำงานของการทำงานผ่านบริษัทตัวแทน (agency) ที่ผู้เขียนศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้แก่ บริษัทจัดหางาน (Recruitment Services) และบริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) หรือบริษัทโมเดลลิ่ง โดยรูปแบบความสัมพันธ์ของบริษัทเอเจนซีทั้งสองกรณีมีความแตกต่างกันในผลทางกฎหมาย กล่าวคือ กรณีบริษัทจัดหางานจะเป็นคนกลางจัดให้คนงาน (worker) กับผู้ว่าจ้าง (end-user) ได้มาตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ส่วนบริษัทโมเดลลิ่งจะเป็นคนกลางจัดให้ศิลปิน (worker) กับลูกค้าผู้ว่าจ้าง (end-user) ได้มาตกลงทำสัญญาจ้างทำการแสดงหรือสัญญาจ้างทำของต่อกัน โดยผู้เขียนจะแยกพิจารณารูปแบบความสัมพันธ์ของบริษัทเอเจนซีทั้งสองกรณี ดังนี้

5.4.2.1 บริษัทจัดหางาน (Recruitment Services)

บริษัทจัดหางานหรือสำนักงานจัดหางาน (Recruitment Services) เป็นรูปแบบการทำธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการจัดหางาน โดยบริษัทจัดหางานจะทำหน้าที่เป็นคนกลางในกระบวนการจ้างงานระหว่างคนงาน (worker) กับองค์กรผู้ว่าจ้าง (end user) ซึ่งบริษัทจัดหางานจะดำเนินการสรรหาบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ให้เข้ามาทำงานในองค์กรที่เลือกใช้บริการดังกล่าวแทนที่องค์กรจะต้องดำเนินการสรรหาคนเข้ามาทำงานเอง งานที่บริษัทจัดหางานมีให้บริการแก่ผู้ว่าจ้างมีมากมายหลายลักษณะ เช่น รับหางานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่หรือพนักงานในระดับปฏิบัติการ ผู้บริหารระดับต้น ผู้บริหารระดับกลางและผู้บริหารระดับสูง⁵⁹ หรือแม้แต่ให้บริการกับผู้ว่าจ้างที่เป็นบุคคลธรรมดา เช่น งานแม่บ้าน งานพี่เลี้ยงดูแลเด็กผู้สูงอายุ เป็นต้น

ลักษณะการทำงานในรูปแบบการทำงานของบริษัทจัดหางานในการจัดหาพนักงานเพื่อส่งไปทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง (end-user) นั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทจัดหางาน (Recruitment Services) กับพนักงาน (worker) เป็นไปตามสัญญาจัดหางาน ไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน โดยผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้กำหนดคุณสมบัติของพนักงานที่ต้องการแล้วแจ้งให้บริษัทจัดหางานดำเนินการสรรหาพนักงานให้ ซึ่งบริษัทรับจัดหางานก็จะมีหน้าที่พิจารณาคุณสมบัติของพนักงานว่ามีความเหมาะสมกับตำแหน่งงานที่ได้รับว่าจ้างให้จัดหาตามที่ผู้ว่าจ้างกำหนด แล้วนำเสนอข้อมูลคุณสมบัติและประวัติที่เกี่ยวข้องกับพนักงานให้ผู้ว่าจ้าง (end-user) คัดเลือกพิจารณาจ้างงานอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้บริษัทจัดหางานจะคิดค่าบริการจากผู้ว่าจ้างหลังจากมีการตกลงจ้างงานกับพนักงานที่ส่งไปให้แล้วเท่านั้น⁶⁰ บริษัทจัดหางาน (Recruitment Services) จึงมีฐานะเป็นเพียงคนกลางในการจัดหาคน (worker) มาทำงานให้ผู้ว่าจ้างเท่านั้นและได้รับค่าตอบแทนจากการดำเนินการจัดหาคนงานเป็น

⁵⁹ ดร. กิ่งพร ทองใบ, “รูปแบบการประกอบธุรกิจจัดหางานเพื่อตอบสนองกลยุทธ์จ้างงานภายนอก,” วารสารการจัการสมัยใหม่ 10, ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2555): 32-33.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

ค่าบริการหรือค่าคอมมิชชั่น (commission) ส่วนพนักงาน (worker) มีหน้าที่ไปทำงานกับผู้ว่าจ้าง และอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง โดยผู้ว่าจ้าง (end-user) มีหน้าที่จ่ายเงินจ้างให้แก่พนักงาน

จะเห็นได้ว่า ตามภาพประกอบภาพที่ 2 (หน้า 83) รูปแบบการทำงานของการทำงานผ่านบริษัทจัดหางานนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทจัดหางานกับพนักงาน (worker) เป็นสัญญาจัดหางาน⁶¹ โดยบริษัทจัดหางานมีฐานะเป็นผู้จัดหางานให้พนักงานทำ มิได้เป็นนายจ้างตามกฎหมาย และพนักงานมีฐานะเป็นผู้รับทำงานตามที่บริษัทจัดหางานให้ พนักงานจึงมิได้เป็นลูกจ้างของบริษัทจัดหางานแต่อย่างใด ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทจัดหางานกับลูกค้าหรือผู้ว่าจ้าง (end user) เป็นสัญญาบริหารจัดการคนมาทำงานให้ ซึ่งถือเป็นสัญญาให้บริการอย่างหนึ่ง หากผู้ว่าจ้างตกลงจ้างงานพนักงานตามที่บริษัทจัดหางานเสนอ บริษัทจัดหางานก็จะได้รับค่าบริการตอบแทนการดำเนินการของตน โดยบริษัทจัดหางานมีฐานะเป็นผู้ให้บริการจัดหาคนมาทำงานให้และผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นผู้รับบริการ เมื่อมีการตกลงจ้างงานกันแล้วหน้าที่ของบริษัทจัดหางานก็สิ้นสุดลง พนักงานก็ไปทำงานกับผู้ว่าจ้างและได้รับค่าจ้างจากผู้ว่าจ้าง ส่วนบริษัทจัดหางานกับพนักงานนั้น แม้ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานผูกพันต่อกัน ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานและไม่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่พนักงาน แต่บริษัทจัดหางานก็ได้รับประโยชน์จากการดำเนินการให้พนักงานได้ทำงานกับผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ ตามหลักเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ผู้ว่าจ้างซึ่งพนักงานไปทำงานให้และบริษัทจัดหางานผู้ได้รับประโยชน์ต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดด้วยหรือไม่ เนื่องจากรูปแบบการทำงานของพนักงานต้องทำงานอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างได้รับเงินค่าจ้างจากผู้ว่าจ้าง ส่วนบริษัทจัดหางานก็ได้รับประโยชน์จากการทำงานของพนักงานที่ตนจัดหาไปให้ผู้ว่าจ้างด้วย ซึ่งแนวทางในการวิเคราะห์นั้น เนื่องจากการทำงานของพนักงานเป็นการจ้างงานที่ผ่านการจัดหาของบริษัทจัดหางานซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับกรณีการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีตามหลักกฎหมายต่างประเทศ ที่ผู้ว่าจ้างจะติดต่อให้บริษัทเอเจนซีหาคนงานไปทำงานให้แก่ตน โดยจ่ายค่าตอบแทนในการดำเนินการให้แก่บริษัทเอเจนซี และคนงานก็จะไปทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง ดังนั้น ผู้เขียนจะนำหลักเกณฑ์รูปแบบการทำงานของต่างประเทศในเรื่องพนักงานบริษัทตัวแทน (Agency Model) มาพิจารณาดูว่าจะเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ปัญหาที่มาตรา 425 มีขอบเขตการใช้้อย่างจำกัดอย่างไรในกรณีนี้ได้หรือไม่

(1) วิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบริษัทจัดหางาน (Recruitment Services) และพนักงานผู้ทำงาน (worker)

⁶¹ พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 มาตรา 23 บัญญัติว่า “ ในการจัดหางาน ผู้รับอนุญาตจัดหางานในประเทศต้องทำสัญญาจัดหางานกับคนหางาน สัญญาจัดหางานตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบที่อธิบดีกำหนด ”

ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทจัดหางานกับพนักงานเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างจัดหางานระหว่างพนักงานกับบริษัทจัดหางาน โดยบริษัทจัดหางานจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการจัดหาคนไปทำงานให้ลูกค้าเป็นค่าคอมมิชชั่น แต่ความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างจัดหาดังกล่าวนั้น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ที่จะบังคับให้มีความผูกพันกันเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันได้ คงมีเพียงสิทธิที่จะบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น กล่าวคือพนักงานมีสิทธิเรียกร้องให้บริษัทจัดหางานหางานให้แก่ตนได้ และพนักงานก็ต้องไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างตามที่บริษัทจัดหางานได้กำหนดเช่นกัน เพื่อที่บริษัทจัดหางานจะได้รับค่าบริการจากผู้ว่าจ้างเป็นการตอบแทน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ของคู่สัญญาระหว่างบริษัทจัดหางานกับพนักงานตามหลักตัวการตัวแทนแล้ว ปรากฏว่า บริษัทจัดหางานทำหน้าที่เป็นเพียงผู้จัดหางานให้แก่พนักงานเท่านั้น ไม่ใช่กรณีที่บริษัทจัดหางานมอบหมายให้พนักงานเป็นตัวแทนของตนไปทำงานให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด การทำงานของพนักงานก็ทำเพื่อประโยชน์และเป็นกิจการของลูกค้าผู้ว่าจ้าง ไม่ใช่กิจการของบริษัทจัดหางาน ดังนั้น แม้บริษัทจัดหางานจะได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการจัดหางานให้พนักงาน แต่ผลประโยชน์ดังกล่าวก็ไม่อาจทำให้เกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนขึ้นระหว่างบริษัทจัดหางานกับพนักงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ได้ เพราะไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัทจัดหางานได้ตกลงหรือมีพฤติการณ์แสดงออกว่าพนักงานเป็นตัวแทนของตนตามหลักการเกิดขึ้นของสัญญาตัวแทนแต่อย่างใด บริษัทจัดหางานจึงไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกับพนักงานในฐานะเป็นตัวการตามมาตรา 427 ด้วย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ การจ้างงานพนักงานจัดหางานนั้น ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ศาลอังกฤษถือว่าพนักงานมีลักษณะคล้ายกับผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) แต่ไม่ใช่ลูกจ้าง เพราะบริษัทเอเจนซีไม่ได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานกับพนักงาน แต่ผูกพันกันตามสัญญาจ้างรับทำงาน (contract for service) เท่านั้น ซึ่งกรณีนี้บริษัทเอเจนซีจะมีหน้าที่ส่งพนักงานไปทำงานกับจ่ายค่าจ้างให้พนักงาน พนักงานเพียงแต่รับทำงานตามคำสั่งที่ได้รับผ่านทางบริษัทจัดหางาน จะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทเอเจนซีกับพนักงาน ไม่มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน ศาลอังกฤษจึงไม่อาจนำหลักกฎหมายเรื่อง Vicarious Liability ซึ่งยึดติดอย่างเคร่งครัดว่าต้องมีความผูกพันเป็นนายจ้างลูกจ้างกันเสียก่อนจึงจะมีความรับผิดชอบบังคับใช้ได้แต่อย่างใด⁶²

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแล้ว บุคคลสองฝ่ายจะมีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน (commettants-préposés) ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรค 5 ได้นั้น ศาลฝรั่งเศสวางหลักว่า ผู้ทำการให้จะต้องอยู่ภายใต้บังคับ

⁶² Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 93.

บัญชาของผู้ให้ทำการงาน (subordination)⁶³ ดังนั้น ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส บริษัทจัดหางานจึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงาน เพราะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานได้ มีเพียงหน้าที่ส่งพนักงานไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างเท่านั้น โดยการทำงานของพนักงานจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ว่าจ้าง บริษัทจัดหางานจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานด้วยแต่อย่างใด

ส่วนกฎหมายเยอรมันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 นั้น บุคคลทั้งสองฝ่ายจะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันได้ (Geschäftsherr-Verrichtungsgehilfe) ศาลเยอรมันวางหลักว่า ผู้รับเข้าทำงานต้องมีอำนาจบังคับบัญชาเช่นกันแต่เป็นอำนาจบังคับบัญชาในความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ ขอเพียงผู้รับเข้าทำงานมีสิทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงานก็เพียงพอแล้วที่จะก่อให้เกิดอำนาจบังคับบัญชา (the right to give instruction) และทำให้ผู้รับเข้าทำงานมีฐานะเป็นนายจ้างได้ ดังนั้น ตามหลักกฎหมายเยอรมันจึงหมายถึงรวมถึง ความเป็นไปได้ที่จะควบคุมการทำงานของผู้รับจ้างทำของหรือหุ้นส่วนทางธุรกิจกันด้วย⁶⁴ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีสิทธิตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้รับเข้าทำงานก็ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของพนักงานด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 ดังนี้ เมื่อบริษัทจัดหางานไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานหรือแม้แต่สิทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงานแก่พนักงานก็ไม่ปรากฏ บริษัทจัดหางานเพียงแต่ทำหน้าที่จัดหางานและส่งพนักงานไปทำงานกับผู้ว่าจ้างเท่านั้น ดังนี้ บริษัทจัดหางานจึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างและไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานด้วยแต่อย่างใด

ดังนั้น โดยสรุปตามกฎหมายไทย ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบริษัทจัดหางานและพนักงานผู้ทำงาน บริษัทจัดหางานไม่ได้เป็นนายจ้างของพนักงานผู้ทำงานแต่อย่างใด เพราะไม่มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงาน บริษัทจัดหางานไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงาน ไม่ได้จ่ายค่าจ้างให้แก่พนักงาน และพนักงานก็ไม่ได้ทำงานให้กับบริษัทจัดหางานด้วย จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 425 ที่ศาลจะตัดสินให้บริษัทจัดหางานต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานได้

(2) วิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของลูกค้า (end-user) และพนักงานผู้ทำงาน

กรณีลูกค้าหรือผู้ว่าจ้างจ้างให้บริษัทจัดหางานจัดหาคนมาทำงานให้แก่ตน กรณีนี้ถือว่าบริษัทจัดหางานทำหน้าที่เป็นคนกลางติดต่อจัดหาให้พนักงานมาทำงานภายใต้บังคับบัญชาของลูกค้าผู้ว่าจ้างโดยตรง โดยที่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรได้รับค่าตอบแทนจากการดำเนินการ

⁶³ The International Association of Legal Scient, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 22.

⁶⁴ Giliker, Paula, Vicarious liability in tort : a comparative perspective, p. 58.

จัดหาคนมาทำงานดังกล่าวเป็นค่าคอมมิชชั่น ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ำกับพนักงานย่อมมีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน เพราะเข้าลักษณะการจ้างแรงงานตามมาตรา 575 แล้ว โดยลูกค้ำตกลงเลือกจ้างพนักงานมาทำงานตามที่บริษัทจัดหางานเสนอหามาให้ และตกลงจะจ่ายค่าจ้างให้แก่พนักงานตลอดเวลาที่พนักงานทำงานให้แก่ตนเพื่อตอบแทนการทำงานของพนักงาน ส่วนพนักงานก็ตกลงที่จะทำงานกับลูกค้ำภายใต้การบังคับบัญชาของลูกค้ำผู้ว่าจ้าง รับเงินเดือนจากผู้ว่าจ้าง ปฏิบัติตามระเบียบหรือข้อบังคับที่ผู้ว่าจ้างกำหนดด้วย ทั้งนี้ การจ้างพนักงานผ่านบริษัทจัดหางานนั้นจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานรวม 3 ฝ่าย ได้แก่ พนักงาน บริษัทจัดหางาน และผู้ว่าจ้าง ซึ่งแตกต่างกับการตกลงจ้างแรงงานกันตามสัญญาจ้างแรงงานปกติที่จะมีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ก็เข้าลักษณะความสัมพันธ์ที่ผู้ว่าจ้างตกลงรับพนักงานเข้าทำงานและจ่ายค่าจ้างให้พนักงาน โดยที่พนักงานก็ยินยอมทำงานตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ก่อให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายระหว่างลูกค้ำกับพนักงานขึ้นนั่นเอง เพียงแต่ผู้ว่าจ้างไม่ได้เริ่มต้นจัดหาพนักงานด้วยตนเอง แต่ใช้บริการให้บริษัทจัดหางานดำเนินการคัดเลือกพนักงานให้แทนเท่านั้น ดังนี้ เมื่อผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานตามสัญญาจ้างแรงงานแล้ว หากพนักงานไปทำละเมิดในทางการที่จ้างลูกค้ำผู้ว่าจ้างย่อมต้องมีความรับผิดชอบกับพนักงานตามมาตรา 425 ด้วย

(3) วิเคราะห์สิทธิในการเรียกค่าเสียหายของบุคคลผู้ถูกทำละเมิด

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 นั้น อยู่บนเงื่อนไขว่าคู่สัญญาต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน มิเช่นนั้นก็ไม่อาจเกิดความรับผิดชอบของนายจ้างขึ้นได้ สำหรับการจ้างงานผ่านบริษัทจัดหางานนั้น หากพนักงานทำละเมิด ผู้ถูกทำละเมื่อย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกร้องเอาค่ากับพนักงานผู้ทำละเมิดให้รับผิดชอบในการกระทำของตนเองได้ตามมาตรา 420 แต่ไม่อาจฟ้องเรียกร้องให้บริษัทจัดหางานร่วมรับผิดชอบกับพนักงานตามมาตรา 425 ด้วยได้ เพราะบริษัทจัดหางานทำหน้าที่เป็นเพียงตัวแทนในการจัดหางานให้พนักงานไปทำงานกับลูกค้ำเท่านั้น หลังจากที่พนักงานกับผู้ว่าจ้างตกลงจ้างงานกันแล้ว หน้าที่ของบริษัทจัดหางานก็สิ้นสุดลง บริษัทจัดหางานไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานในระหว่างที่ไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างได้ ไม่มีหน้าที่จ่ายเงินค่าจ้างให้กับพนักงาน มีเพียงสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากการจัดหางานเท่านั้น แม้ว่าบริษัทจัดหางานจะได้รับประโยชน์จากการทำงานของพนักงานก็ตาม ก็ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ในฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานได้แต่อย่างใด ดังนี้ บริษัทจัดหางานจึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานแต่อย่างใด ดังนั้น โดยหลักแล้ว หากพนักงานทำละเมิด ศาลจึงไม่สามารถนำมาตรา 425 มาปรับใช้เพื่อให้บริษัทจัดหางานร่วมรับผิดชอบร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดได้ ผู้ถูกทำละเมิดจึงฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทจัดหางานไม่ได้นั่นเอง

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานกับลูกค้ำผู้ว่าจ้างในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ลูกค้ำกับพนักงานมีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานต่อกันโดยตรงตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้ว

ข้างต้น เพราะทั้งสองฝ่ายมีเจตนาตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานไว้ต่อกัน ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายค่าจ้าง และพนักงานต้องทำงานภายใต้บังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ ลูกจ้างผู้ว่าจ้างจึงมีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงาน ดังนั้น หากพนักงานไปทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก ผู้ถูกทำละเมิดย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากพนักงานผู้กระทำละเมิดได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และยังมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้างร่วมรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยในฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานตามมาตรา 425 ได้ด้วย

ด้วยเหตุนี้ ในกรณีการจ้างพนักงานบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรประเภทที่สองซึ่งพนักงานเป็นเพียงคู่สัญญารับทำงานกับให้กับบุคคลอื่นตามที่บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรเป็นผู้จัดหางานมาให้นั้น บุคคลผู้ถูกทำละเมิดมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้จากพนักงานผู้ทำละเมิดตามมาตรา 420 และยังมีสิทธิฟ้องเรียกร้องจากลูกจ้างผู้ว่าจ้างให้ร่วมรับผิดชอบได้ด้วยในฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานผู้ทำละเมิดตามมาตรา 425 แต่ไม่อาจเรียกร้องให้บริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรร่วมรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยได้ เนื่องจากบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กรไม่มีฐานะเป็นนายจ้างหรือตัวการของผู้ทำละเมิดแต่อย่างใด จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 425 และมาตรา 427 นั่นเอง

(4) แนวทางการแก้ไขปัญหา

จากที่ได้วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทุกฝ่ายไปในหัวข้อ (1) และ (2) แล้ว จะเห็นได้ว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นของการจ้างพนักงานผ่านบริษัทจัดหางานนั้น คือ ในกรณีที่พนักงานทำละเมิดในขณะที่ทำการงานให้ลูกจ้าง บริษัทจัดหางานไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดดังกล่าวด้วย เพราะมิได้เป็นนายจ้างของพนักงานผู้ทำละเมิด และไม่ได้เป็นตัวการที่มอบหมายให้พนักงานทำการงานแทนแต่อย่างใด เพียงแต่ทั้งสองฝ่ายมีความผูกพันกันตามสัญญาที่มีชื่ออย่างหนึ่งเรียกว่า สัญญาจัดหางาน เท่านั้น ซึ่งในการดำเนินการจัดหาพนักงานไปทำงานให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้างนั้น บริษัทจัดหางานจะได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการทำงานของพนักงานเป็นค่าคอมมิชชั่นด้วย ดังนี้ จะเห็นได้ว่า สัญญาจัดหางานซึ่งพนักงานทำไว้กับบริษัทจัดหางานนั้น เป็นนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกันระหว่างบริษัทจัดหางานกับพนักงาน ซึ่งบริษัทจัดหางานจะต้องจัดหางานให้พนักงาน และพนักงานต้องไปทำงานดังกล่าวกับบุคคลภายนอกซึ่งตกลงจ่ายค่าคอมมิชชั่นให้แก่บริษัทจัดหางานเพื่อตอบแทนการดำเนินการจัดหาคนงานให้ ทั้งนี้ค่าบริการหรือค่าตอบแทนดังกล่าวบริษัทจัดหางานจะได้รับจากผู้ว่าจ้าง และเมื่อพนักงานไปทำงาน การทำงานของพนักงานจะต้องทำงานอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของลูกจ้างผู้ว่าจ้าง เนื่องจากบริษัทจัดหางานจะเป็นคนกลางติดต่อให้ผู้ว่าจ้างกับพนักงานได้มาตกลงจ้างงานกันตามสัญญาจ้างแรงงานปกติ เพียงแต่มีบริษัทจัดหางานเป็นบุคคลที่สามที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการจ้างงานดังกล่าวเพิ่มขึ้นอีกฝ่ายหนึ่งด้วย หากปรากฏว่าผู้ว่าจ้างตกลงจ้างงานพนักงานตามที่บริษัทจัดหางานหามาให้ บริษัทจัดหางานก็จะได้รับค่าบริการ

ตอบแทนการดำเนินการของตน เพราะความสัมพันธ์ของพนักงานกับผู้ว่าจ้างเข้าลักษณะสัญญาจ้างแรงงานที่ผู้ว่าจ้างในฐานะนายจ้างตกลงรับพนักงานเข้ามาทำงานให้แก่ตน และตกลงจ่ายค่าจ้างตอบแทนการทำงาน ส่วนพนักงานในฐานะลูกจ้างก็ตกลงทำงานเพื่อประโยชน์หรือในกิจการของผู้ว่าจ้าง ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง โดยรับค่าจ้างจากผู้ว่าจ้างนั่นเอง

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน พบว่า รูปแบบการทำงานดังกล่าวเทียบเคียงได้กับหลักกฎหมายเรื่องการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี (agency staff) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่พนักงานรับทำงานตามคำสั่งที่ได้รับผ่านทางกรรมการหางานของบริษัทตัวแทนหรือบริษัทเอเจนซี พนักงานจึงมีลักษณะคล้ายกับผู้รับเหมาอิสระหรือผู้รับจ้างทำของ⁶⁵ แต่ไม่ใช่ลูกจ้างของบริษัทเอเจนซี เพราะพนักงานไม่ได้ตกลงทำสัญญาจะทำงานให้กับบริษัทเอเจนซี และบริษัทเอเจนซีก็ไม่ได้ตกลงจ่ายค่าจ้างให้พนักงาน พนักงานอาจเป็นการทำงานให้แก่นายจ้างหรือผู้ว่าจ้างหลายคนก็ได้ โดยรับงานผ่านบริษัทเอเจนซี บริษัทเอเจนซีจะเป็นผู้เข้าทำสัญญาจ้างงานโดยตรงกับลูกจ้างสำหรับการจัดหาคนมาทำงานให้ แล้วก็ส่งพนักงานไปทำงานให้แก่ลูกจ้างตามสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ ในระหว่างที่ทำงานให้กับลูกจ้าง ลูกจ้างมีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของพนักงานได้ ทำให้การทำงานของพนักงานแม้จะมีลักษณะคล้ายกับผู้รับจ้างแต่ก็ต้องทำงานตามคำสั่งที่ได้รับเสมือนเป็นลูกจ้างด้วยนั่นเอง⁶⁶

ตามหลักกฎหมายความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามกฎหมายอังกฤษ คือ หลัก Vicarious Liability แล้ว จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายเรื่องการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนั้น ไม่อาจนำหลักความรับผิด Vicarious Liability มาปรับใช้ได้ เพราะความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทเอเจนซีกับพนักงานตามหลักกฎหมายอังกฤษเป็นสัญญาจ้างรับทำงาน ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน ส่วนลูกจ้างผู้ว่าจ้างก็ไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ กับพนักงาน จึงไม่มีใครมีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานเพราะไม่มีใครมีความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานกับพนักงาน เนื่องจากลูกจ้างผู้ว่าจ้างและบริษัทเอเจนซีไม่ได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานกับพนักงาน แต่ผูกพันกันตามสัญญาจ้างรับทำงาน (contract for service) กับสัญญาจ้างจัดหาคนมาทำงานให้ (contract for supply of worker) ซึ่งบริษัทเอเจนซีมีหน้าที่ส่งพนักงานไปทำงานกับจ่ายค่าจ้างให้พนักงาน พนักงานเพียงแต่รับทำงานตามคำสั่งที่ได้รับผ่านทางกรรมการจ้างงานของบริษัทจัดหางาน ส่วนผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายค่าบริการให้แก่บริษัทเอเจนซี ไม่ต้องรับผิดชอค่าใช้จ่ายใดๆ เกี่ยวกับพนักงานอีก⁶⁷ จะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้น ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทเอเจนซีกับพนักงานและระหว่างผู้ว่าจ้างกับพนักงาน ไม่มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน ศาลอังกฤษจึงไม่อาจนำหลักกฎหมายเรื่อง

⁶⁵ Ibid.,p. 81-82.

⁶⁶ Ibid., p. 93.

⁶⁷ Ibid., p. 94.

Vicarious Liability ด้วยเหตุนี้ ศาลอังกฤษจึงแก้ปัญหาโดยพยายามตีความขยายขอบเขตของสัญญาจ้างแรงงานและความสัมพันธ์ที่เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันให้กว้างออกไป โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี หากมีข้อเท็จจริงบางประการที่แสดงให้เห็นได้ว่าพนักงานได้ทำงานให้กับลูกค้ำมาเป็นระยะเวลาานาน หรือพนักงานสามารถพูดได้ว่า ตนได้รับค่าจ้างจากลูกค้ำผู้ว่าจ้างได้โดยอ้อมๆ ผ่านการจ่ายค่าจ้างของบริษัทเอเจนซี ซึ่งเป็นลักษณะการทำงานเสมือนมีฐานะเป็นลูกจ้างของลูกค้ำแล้ว เช่นนี้ ศาลอังกฤษถือว่าพนักงานเป็นลูกจ้างของลูกค้ำผู้ว่าจ้างโดยเจตนาให้เป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย (an implied contract of employment) โดยเป็นการตีความขยายขอบเขตสัญญาจ้างแรงงานให้กว้างออกไป ทำให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานขึ้นระหว่างพนักงานกับลูกค้ำผู้ว่าจ้าง ลูกค้ำจึงมีฐานะเป็นนายจ้าง และต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานตามหลักความรับผิดชอบ Vicarious Liability ด้วย หากมีการทำละเมิดเกิดขึ้นในขณะที่ทำงานให้ลูกค้ำ⁶⁸

อย่างไรก็ตาม การเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายในลักษณะดังกล่าว เป็นไปได้ยากมาก เพราะศาลอังกฤษมักจะยึดติดกับรูปแบบแบบดั้งเดิมที่เคยตัดสินมาตลอดว่า จะต้องมีการเกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นเท่านั้น จึงจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามหลัก Vicarious Liability ได้ ซึ่งการจะเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายตามคำพิพากษาของศาลอังกฤษที่เคยได้ตัดสินไว้ในคดี Brook Street⁶⁹ ได้นั้น จะต้องมมีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี que แสดงให้เห็นว่าน่าจะมี ความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานต่อกันจริงๆ เกิดขึ้นด้วย เช่น พนักงานต้องทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง เป็นระยะเวลาานานหลายปีจนพนักงานสามารถพูดได้ว่าตนเป็นลูกจ้างของผู้ว่าจ้าง และยังได้รับค่าจ้าง จากผู้ว่าจ้างด้วยแม้จะเป็นโดยอ้อมก็ตาม ส่วนความรับผิดชอบของบริษัทเอเจนซีผู้จัดหางานให้พนักงาน ผู้ทำละเมิดนั้น ศาลอังกฤษไม่ได้วางหลักความรับผิดชอบในกรณีนี้ไว้ จึงไม่น่าจะต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงาน ด้วย เพราะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างบริษัทเอเจนซีกับพนักงานเช่นกัน นอกจากนี้ยังไม่มี ข้อเท็จจริงเฉพาะบางประการดังที่ได้อีกตัวอย่างไปข้างต้นที่ศาลจะถือได้ว่าเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงาน โดยปริยายขึ้นด้วย ดังนั้น กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมายอังกฤษแล้ว ศาลอังกฤษจะตีความขยาย ขอบเขตการเกิดสัญญาจ้างแรงงานให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายขึ้น และกำหนดให้ในกรณีที่ พนักงานทำละเมิด ผู้ว่าจ้างซึ่งพนักงานไปทำงานให้ที่ผ่านการจ้างงานจากบริษัทเอเจนซีเพียงผู้เดียว จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิดตามหลัก Vicarious Liability บริษัทเอเจนซีไม่ต้อง ร่วมรับผิดชอบด้วย

ตามหลักกฎหมายความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตาม ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรคห้าแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลฝรั่งเศสสามารถปรับใช้ มาตรา 1384 วรรคห้า กับความสัมพันธ์ตามรูปแบบการทำงานโดยการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีได้

⁶⁸ Ibid., p. 96.

⁶⁹ คดี Brook Street Bureau (UK) Ltd V Dacas [2004] EWCA Civ 217.

เนื่องจากการบัญญัติบุคคลที่ต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดไว้โดยใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง ไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างเท่านั้น แต่ใช้ถ้อยคำว่า ผู้ให้ทำการงานกับผู้ทำการงานให้ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่า บุคคลที่จะต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำงานอาจจะไม่ใช่ นายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่อาจเป็นบุคคลอื่นที่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของผู้ทำงานให้ก็ได้ (subordination test) นอกจากนี้ อำนาจบังคับบัญชาซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญดังกล่าว ศาลฝรั่งเศสก็สามารถตีความขยายขอบเขตของอำนาจบังคับบัญชาให้กว้างออกไปได้ โดยวางหลักว่า อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างไม่จำเป็นต้องมาจากสัญญาเท่านั้น อาจเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ อาจไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ขอเพียงพนักงานยอมทำงานภายใต้บังคับบัญชาของบุคคลนั้นตามความเป็นจริงก็เพียงพอ⁷⁰ ดังนี้ เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับพนักงานแล้ว ปรากฏว่า ในระหว่างที่ลูกจ้างทำงานนั้นต้องทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง จึงถือได้ว่า ลูกจ้างผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นผู้ใช้ให้ทำการงาน (commettant) ของพนักงานแล้ว และต้องมีความรับผิดชอบร่วมกับพนักงานตามมาตรา 1384 วรรคห้าด้วย หากพนักงานได้กระทำละเมิดในระหว่างทำงานให้ลูกจ้าง⁷¹ ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานกับบริษัทเอเจนซีนั้น ศาลฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า บริษัทเอเจนซีสามารถสั่งการหรือควบคุมการทำงานของพนักงานได้ บริษัทเอเจนซีจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานด้วยแต่อย่างใด ดังนั้น กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว ศาลฝรั่งเศสการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องการอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของนายจ้าง (subordination test) มาพิจารณาความสัมพันธ์ของพนักงานกับผู้ว่าจ้าง (end-user) ได้ และเห็นว่าผู้ว่าจ้างเป็นผู้ที่มีอำนาจสั่งการและควบคุมดูแลการทำงานเหนือตัวพนักงานได้ (direction and control) ดังนั้น ศาลฝรั่งเศสจึงตัดสินให้ ผู้ว่าจ้าง (end-user) เพียงผู้เดียวมีฐานะเป็นผู้ใช้ให้ทำการงาน (commettant) และจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานตามมาตรา 1384 วรรคห้า ส่วนบริษัทเอเจนซีไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

ในทำนองเดียวกัน ตามหลักกฎหมายความรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 นั้น จะเห็นได้ว่า เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายเยอรมันก็ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายอย่างกว้างมากำหนดบุคคลที่ต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดในลักษณะเดียวกับกับกฎหมายฝรั่งเศส จึงทำให้ศาลเยอรมันสามารถปรับใช้มาตรา 831 กับความสัมพันธ์ตามรูปแบบการทำงานโดยการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีได้เช่นกัน บุคคลที่จะต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำงานไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นนายจ้างเท่านั้น แต่ใช้ถ้อยคำว่า ผู้ให้ทำการงานกับผู้ทำการงานให้ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่า อาจจะไม่ใช่ นายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่อาจเป็นบุคคลอื่นที่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของผู้ทำงานให้ก็ได้ (control test) ทั้งนี้ ศาลเยอรมันจะพิจารณาเรื่อง

⁷⁰ คดี Crim 15 January 1985 Bull crim N° 24 p.59.

⁷¹ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p.97-98.

อำนาจบังคับบัญชาเป็นสำคัญเช่นเดียวกับศาลฝรั่งเศสด้วย แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นอำนาจบังคับบัญชาที่เกิดขึ้นอย่างเคร่งครัดเหมือนอย่างกฎหมายฝรั่งเศส ขอเพียงมีความเป็นไปได้ที่บริษัทเอเจนซีหรือลูกจ้างว่าจ้างจะสามารถควบคุมการกระทำของพนักงานได้ก็พอ เรียก เกณฑ์สิทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงาน (the right to give instruction)⁷² ดังนั้น จึงทำให้มาตรา 831 อาจขยายความรวมถึงการทำงานของผู้รับจ้างทำของ หรือหุ้นส่วนทางธุรกิจกันด้วย โดยลักษณะที่จะถือได้ว่าเป็นเข้าเกณฑ์สิทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงานที่ศาลเยอรมันเคยตัดสินไว้ เช่น ถ้าพนักงานหรือลูกจ้างได้เข้าทำงานอย่างเต็มเวลาเพื่อทำงานให้ลูกจ้างว่าจ้าง (fully integrated into the work of the end-user)⁷³ เป็นต้น เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับพนักงานแล้ว ปรากฏว่า ในขณะที่ลูกจ้างทำงานให้แก่ลูกค้านั้น ลูกจ้างว่าจ้างมีสิทธิที่จะกำหนดกะเกณฑ์การทำงานของพนักงานได้ และสามารถกำหนดแนวทางการทำงาน หรือผลสุดท้ายของงานได้ ซึ่งศาลเยอรมันจะตัดสินให้ ผู้ว่าจ้าง (end-user) เพียงคนเดียวมีฐานะเป็นผู้ใช้ให้ทำการงาน (Geschäftsherrn) และจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานตามมาตรา 831 ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานกับบริษัทเอเจนซีนั้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า การทำงานของพนักงานเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในงานของบริษัทเอเจนซี หรือบริษัทเอเจนซีมีอำนาจจะเกณฑ์การทำงานของพนักงานได้ บริษัทเอเจนซีเป็นเพียงตัวแทนจัดหางานให้เท่านั้น ดังนั้น บริษัทเอเจนซีจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของพนักงานด้วยแต่อย่างใด⁷⁴

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหามาจากต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีแล้ว จะเห็นว่า กรณีการจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับจัดหางานนั้น เทียบได้กับรูปแบบการทำงานหลักกฎหมายเรื่องการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซี (agency staff) ซึ่งตามคำตัดสินของศาลทั้ง 3 ประเทศนั้นได้ตัดสินให้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดคือ ลูกจ้างว่าจ้าง เพียงคนเดียวเท่านั้นเหมือนกัน โดยศาลแต่ละประเทศก็จะมีวิธีการปรับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น จะต้องมีการแจ้งเฉพาะบางประการที่ทำให้เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายขึ้น หรือผู้ร่วมรับผิดชอบจะต้องมีการพิจารณาอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวพนักงานในขณะทำละเมิด เป็นต้น ส่วนบริษัทเอเจนซีที่เป็นตัวแทนจัดหางานให้พนักงานไปทำนั้น ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานด้วยแต่อย่างใด ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีปรับใช้กฎหมายของศาลไทยในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานผ่านบริษัทจัดหางานแล้ว ศาลไทยไม่เคยตัดสินให้บริษัทจัดหางานต้องมาร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่พนักงานที่ตนส่งไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างมาก่อน เพราะบริษัทจัดหางานไม่มีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายที่จะต้องร่วมรับผิดชอบทางละเมิดกับพนักงานด้วย เป็นเพียงตัวแทนดำเนินการให้พนักงานกับผู้ว่าจ้างได้จ้างงานกันเท่านั้น

⁷² Ibid., p. 97.

⁷³ คดี 23 December 1994 NJW-RR 1995, 1430.

⁷⁴ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p.97.

ประกอบกับในกรณีนี้ มีบุคคลที่กฎหมายได้กำหนดให้ต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานแล้วในฐานะนายจ้าง ตามมาตรา 425 แล้ว ซึ่งได้แก่ ผู้ว่าจ้าง นั่นเอง เพราะพนักงานกับผู้ว่าจ้างได้ตกลงทำสัญญาจ้าง แรงงานต่อกัน โดยผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายค่าจ้าง และพนักงานตกลงทำงานภายใต้บังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง ซึ่งเข้าลักษณะการเกิดสัญญาจ้างแรงงานตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วข้างต้น

กล่าวโดยสรุป ลูกจ้างผู้ว่าจ้างกับพนักงานจึงมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและ ลูกจ้างกัน เพราะได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกันโดยตรง โดยลูกจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาพนักงาน ให้ทำงานตามที่ตนสั่งได้ จึงเข้าหลักเกณฑ์ความเป็นนายจ้างทั้งตามสัญญาจ้างแรงงานและตาม ความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงด้วย ซึ่งเป็นผลให้ หากพนักงานทำละเมิดในขณะที่ทำงานให้แก่ลูกจ้าง ลูกจ้างผู้ว่าจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดตามมาตรา 425 ด้วย ส่วนบริษัทจัดหางานแม้ว่า จะได้รับผลประโยชน์จากการทำงานของพนักงานเป็นค่าคอมมิชชั่นก็ตาม แต่ก็ไม่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้าง ให้พนักงาน ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงาน ไม่ได้ตกลงรับพนักงานเข้าทำงานให้แก่ ตน จึงไม่มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานกับพนักงาน นอกจากนี้ บริษัทจัดหางานยังไม่มี ความสัมพันธ์เป็นตัวการตัวแทนกันตามสัญญาตั้งตัวแทนอีกด้วยเพราะความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงที่ ปรากฏไม่เข้าลักษณะการเป็นตัวการตัวแทนกัน ดังนี้ บริษัทจัดหางานจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงาน ตามมาตรา 425 และมาตรา 427 ซึ่งผลทางกฎหมายดังกล่าวก็สอดคล้องกับคำตัดสินคดีของศาลต่าง ประเทศที่ได้ศึกษามาข้างต้นด้วย ศาลจึงไม่สามารถนำมาตรา 425 และมาตรา 427 มาปรับใช้เพื่อให้ บริษัทจัดหางานมาร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การที่บริษัทจัดหางานไม่ ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 425 ก็เป็นไปตามความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และถือว่าเป็นธรรมแก่ผู้ ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของพนักงานทุกฝ่ายรวมถึงผู้เสียหายแล้ว เพราะบริษัทจัดหางานทำหน้าที่ เป็นเพียงตัวแทนจัดหาคนไปทำงานให้กับลูกจ้างเท่านั้น โดยได้รับค่าคอมมิชชั่นตอบแทนการ ดำเนินการของตน ไม่ได้มีหน้าที่ควบคุมดูแลการทำงานของพนักงาน หรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับการ ทำงานซึ่งเป็นกิจการและประโยชน์ของลูกจ้างแต่อย่างใด หากจะมากำหนดให้ต้องร่วมรับผิดชอบ เป็นนายจ้างของพนักงานที่ตนจัดหางานให้ด้วยนั้น ย่อมไม่เป็นธรรมแก่บริษัทจัดหางาน เนื่องจากการ ปฏิบัติงานใดๆ โดยวิธีการอย่างไรของพนักงานเป็นเรื่องระหว่างพนักงานกับลูกจ้างผู้ว่าจ้าง หาก พนักงานทำละเมิดในขณะที่ปฏิบัติงาน จึงต้องเป็นหน้าที่รับผิดชอบของลูกจ้างซึ่งมีฐานะเป็นนายจ้างของ พนักงานที่จะต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานอยู่แล้วตามมาตรา 425 ดังนั้น ถึงแม้ว่าบริษัทจัดหางานจะไม่ ต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดด้วย แต่ผู้เสียหายก็ยังคงสามารถเรียกร้องให้พนักงานผู้ทำ ละเมิดรับผิดชอบตามมาตรา 420 และให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้างร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 ได้นั่นเอง ซึ่งผู้เขียนเห็น ว่าน่าจะเพียงพอแล้วที่จะช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ผู้ถูกทำละเมิดอันเป็นผลจากการ กระทำละเมิดของพนักงานได้

5.4.2.2 บริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) หรือบริษัทโมเดลลิ่ง

บริษัทจัดหาศิลปินหรือบริษัทโมเดลลิ่งเป็นรูปแบบการทำงานที่บริษัทจัดหาศิลปิน (Modeling Agency) จะจัดหาศิลปินนักแสดง นายแบบ นางแบบ นักร้อง เป็นต้น เพื่อทำงานร่วมกับบริษัทผลิตรายการภาพยนตร์โฆษณา บริษัทจัดกิจกรรมพิเศษ บริษัทผลิตภาพยนตร์ผลิตละคร บริษัทผลิตรายการโทรทัศน์ หรือค่ายเพลง⁷⁵ (end user) โดยทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงาน แต่ตกลงผูกพันกันตามสัญญาที่มีชื่ออย่างหนึ่ง เรียกว่า สัญญารับทำงานให้หรือสัญญาสังกัดโมเดลลิ่ง⁷⁶

ลักษณะการทำงานและสถานะของศิลปินที่อยู่ในสังกัดบริษัทจัดหาศิลปินหรือบริษัทโมเดลลิ่ง (Modeling Agency) มีปัญหาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของศิลปิน เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทโมเดลลิ่งกับศิลปินอยู่ในสังกัดนั้น มิได้มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน เพราะศิลปินไม่ได้ตกลงจะทำงานให้กับบริษัทโมเดลลิ่งเพื่อรับสินจ้าง ส่วนบริษัทโมเดลลิ่งก็ไม่ได้ตกลงที่จะจ่ายสินจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานของศิลปิน แต่เป็นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายตกลงผูกพันกันตามสัญญาที่มีชื่ออย่างหนึ่ง เรียกว่า สัญญารับทำงานให้ โดยบริษัทโมเดลลิ่งเป็นเพียงคนกลางในการจัดหาคนมาทำงานให้บริษัทผู้ว่าจ้างเท่านั้น ซึ่งเป็นงานในวงการบินเหิง เรียกรูปแบบการทำงานลักษณะนี้ว่า การสังกัดบริษัทจัดหาศิลปินหรือบริษัทโมเดลลิ่ง ทั้งนี้บริษัทโมเดลลิ่งมีหน้าที่ทางด้านการศึกษาให้กับศิลปินในสังกัด โดยที่บริษัทโมเดลลิ่งจะได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานของศิลปินเป็นค่าคอมมิชชั่น (commission)

จะเห็นได้ว่า ตามภาพประกอบภาพที่ 3 (หน้า 86) รูปแบบการทำงานของศิลปินที่อยู่ในสังกัดโมเดลลิ่งนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับบริษัทโมเดลลิ่ง (Modeling Agency) เป็นสัญญารับทำงาน โดยบริษัทโมเดลลิ่งตกลงจะจัดหางานให้ศิลปินไปทำงานในวงการบินเหิงตามความเหมาะสมและตามความต้องการของบริษัทผลิตรายการฯ (end-user) ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทโมเดลลิ่งกับบริษัทผลิตรายการฯ หรือผู้ว่าจ้าง (end-user) เป็นสัญญารับจัดหาศิลปินมาทำงานให้ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง โดยบริษัทผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นผู้ว่าจ้างและบริษัทจัดหาศิลปินมีฐานะเป็นผู้รับจัดหาคนมาทำงานให้ ดังนี้ จึงเกิดเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาว่า หากศิลปินได้ทำละเมิดในขณะที่ทำงานที่บริษัทโมเดลลิ่งจัดหาให้โดยเป็นการทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง (end-user) เช่นนี้ จะต้องมีการร่วมรับผิดชอบกับศิลปินด้วยหรือไม่ ซึ่งแนวทางในการวิเคราะห์นั้นจะนำหลักเกณฑ์รูปแบบการทำงานของแต่ละประเทศในเรื่องพนักงานบริษัทตัวแทน (Agency Model) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะมีการจ้างพนักงานไปทำงานให้ โดยผ่านคนกลางที่เป็นบริษัทตัวแทน

⁷⁵ บัญยง พูลทรัพย์, “โครงการจัดตั้งบริษัทจัดหาศิลปิน : โมเดลลิ่ง,” (โครงการทางวัฒนธรรมศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร สาขาวิชาการงานบริหารงานวัฒนธรรม สาขาวิชาการงานบริหารงานวัฒนธรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 6.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

ดำเนินการจัดหามาให้เช่นเดียวกันกับการสังกัดโมเดลลิ่งนั่นเอง โดยนำมาพิจารณาดูว่าจะเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาในเรื่องนี้ได้หรือไม่

(1) วิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบริษัทโมเดลลิ่ง (Modeling Agency) และศิลปิน

ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทโมเดลลิ่งกับศิลปินไม่ต้องด้วยลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน แต่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์กันตามสัญญารับทำงานหรือสัญญาสังกัดโมเดลลิ่งซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่งที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย⁷⁷ คู่สัญญาไม่มีการตกลงจ้างแรงงานกัน ศิลปินไม่ได้ทำงานให้แก่บริษัทโมเดลลิ่ง แต่เป็นการทำงานให้กับลูกค้าผู้ว่าจ้างเมื่อมีการว่าจ้าง ในระหว่างที่ศิลปินทำงานด้านการแสดง บริษัทโมเดลลิ่งก็ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของศิลปิน ทั้งยังไม่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ศิลปินด้วย⁷⁸ โดยศิลปินตกลงให้บริษัทโมเดลลิ่งจัดหางานด้านการแสดงให้แก่ตน ซึ่งบริษัทโมเดลลิ่งก็ได้รับประโยชน์จากการที่ศิลปินหรือนักแสดงไปทำงานตามที่ตนจัดทำให้เป็นค่าคอมมิชชั่นตอบแทนการดำเนินการดังกล่าว แต่ความสัมพันธ์ตามสัญญารับทำงานให้ นั้น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ที่จะทำให้มีความผูกพันกันเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันได้ เพราะขณะที่ศิลปินไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง บริษัทโมเดลลิ่งไม่มีอำนาจสั่งการหรือควบคุมการทำงานของศิลปินได้เลย มีเพียงสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับค่าคอมมิชชั่นจากผู้ว่าจ้างหรือส่วนแบ่งรายได้จากศิลปินเท่านั้น นอกจากนี้เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ตามหลักตัวการตัวแทน พบว่า ศิลปินทำงานเพื่อประโยชน์และเป็นกิจการของผู้ว่าจ้าง ไม่ได้ทำงานซึ่งเป็นกิจการของบริษัทโมเดลลิ่ง และบริษัทโมเดลลิ่งก็ไม่ได้แต่งตั้งให้ศิลปินเป็นตัวแทนของตนในการทำการแสดงให้กับผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด บริษัทโมเดลลิ่งเป็นเพียงคนกลางประสานให้ผู้ว่าจ้างกับศิลปินได้ตกลงทำงานร่วมกันเท่านั้น ดังนั้น ศิลปินกับบริษัทโมเดลลิ่งจึงไม่มีความสัมพันธ์เป็นตัวแทนตัวแทนเช่นกัน ทั้งสองฝ่ายคงมีเพียงสิทธิที่จะบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญารับทำงานที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น คือ บริษัทโมเดลลิ่งมีสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทนการจัดหางาน ส่วนศิลปินก็มีสิทธิเรียกร้องให้บริษัทโมเดลลิ่งจัดหางานให้ตน ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวตามหลักกฎหมายอังกฤษในเรื่อง Agency worker นั้น ถือว่าศิลปิน

⁷⁷ คำวินิจฉัยของอธิบดีผู้พิพากษาศาลแรงงานกลางที่ 22/2536 จำเลยทำสัญญาเป็นนักแสดงในสังกัดของโจทก์เป็นเวลา 3 ปี มีข้อตกลงว่าในระหว่างที่อยู่กับโจทก์ จำเลยจะไม่รับแสดงงานด้านศิลปะให้แก่บุคคลอื่น เว้นแต่โจทก์จะยินยอม โดยโจทก์จะหางานด้านการแสดงให้แก่จำเลย เมื่อได้เงินจากลูกค้าที่ว่าจ้างแล้ว โจทก์จะให้ส่วนแบ่งจากการแสดงให้แก่จำเลยตามอัตราที่ตกลงกัน หากจำเลยผิดสัญญาจำเลยยอมรับผิดชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ปรากฏว่า จำเลยผิดสัญญาไม่มาปฏิบัติงาน โจทก์จึงบอกเลิกสัญญาและฟ้องเรียกร้องค่าเสียหาย อธิบดีผู้พิพากษาศาลแรงงานกลางวินิจฉัยว่า คดีระหว่างโจทก์กับจำเลยไม่มีลักษณะเป็นคดีแรงงาน เพราะเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทั่วไป ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน

⁷⁸ พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น, คำอธิบายกฎหมายแรงงานเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557), หน้า 29-30.

มีลักษณะการทำงานคล้ายกับผู้รับจ้างอิสระ (Independent contractor) แต่ไม่ใช่ลูกจ้าง เพียงแต่รับทำงานตามคำสั่งที่ได้รับผ่านทางกรรมการจ้างงานของบริษัทโมเดลลิงเท่านั้น จึงไม่มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน และไม่อาจนำหลักกฎหมายอังกฤษเรื่อง Vicarious Liability มาบังคับใช้ได้แต่อย่างใด⁷⁹

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมนีตามที่ได้กล่าวหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบไปข้างต้นแล้วว่า หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายเรื่อง Agency worker นั้น คือ อำนาจบังคับบัญชา (subordination test)⁸⁰ ดังนั้นเมื่อปรากฏว่าบริษัทโมเดลลิงไม่มีอำนาจบังคับบัญชา ศาลฝรั่งเศสจึงตัดสินว่าบริษัทโมเดลลิงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของศิลปินตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรคห้า เพราะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของศิลปินได้ ส่วนกฎหมายเยอรมันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 จะพิจารณาสัทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงาน (the right to give instruction)⁸¹ ลักษณะการจัดการดูแลการทำงานของศิลปินดังกล่าว ศาลฝรั่งเศสจึงตัดสินว่าบริษัทโมเดลลิงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของศิลปินตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรคห้า เพราะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของศิลปินได้ ถือว่าบริษัทโมเดลลิงเป็นนายจ้างของศิลปินตามกฎหมายเยอรมันแล้ว และต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของศิลปินด้วย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทโมเดลลิงกับศิลปินมีเพียงสัญญาจ้างทำงานให้กับบริษัทโมเดลลิงหรือสัญญาสังกัดโมเดลลิงซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่งเท่านั้น ไม่ได้เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันแต่อย่างใด เพราะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน และไม่มีความสัมพันธ์กันตามหลักกฎหมายตัวการตัวแทนด้วย ดังนั้น ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบริษัทโมเดลลิงกับศิลปินจึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 425 และมาตรา 427

(2) วิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของลูกค้า (end-user) และศิลปิน
การจ้างศิลปินผ่านบริษัทโมเดลลิงนั้น จะเห็นได้ว่า บริษัทโมเดลลิงเป็นคนกลางติดต่อจัดหาศิลปินไปทำงานให้กับลูกค้าหรือผู้ว่าจ้าง และดำเนินการให้ศิลปินไปทำงานตามที่ได้รับว่าจ้างดังกล่าว โดยที่บริษัทโมเดลลิงได้รับค่าตอบแทนจากการดำเนินการจัดหาศิลปินเป็นค่าคอมมิชชั่น ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับพนักงานจึงไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ โดยตรงต่อกันเลย บริษัทโมเดลลิงเป็นผู้เข้าทำสัญญาในการจัดหาศิลปินกับลูกค้าโดยตรง และส่งศิลปินในสังกัดไปทำงานให้เท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาลักษณะการทำงานของศิลปินแล้ว พบว่า คล้ายกับผู้รับจ้างทำของ

⁷⁹ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 93.

⁸⁰ Ibid., p. 96.

⁸¹ Ibid., p.97

ตามสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 เพราะเป็นการทำงานที่คู่สัญญาคาดหวังผลสำเร็จของงาน โดยที่ศิลปินมีอิสระในการทำงาน ส่วนผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวศิลปินแต่อย่างใด ทั้งนี้ แม้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ำกับศิลปินจะเข้าลักษณะจ้างทำของก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้ว ในบางกรณีขณะที่ศิลปินกำลังทำงานให้ลูกค้ำนั้น ลูกค้ำอาจมีอำนาจสั่งการให้ศิลปินทำงานตามที่ตนประสงค์ได้ กรณีเช่นนี้ หากศิลปินทำละเมิด ลูกค้ำผู้ว่าจ้างต้องมาร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของศิลปินตามมาตรา 425 ด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ ตามหลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องการจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (Agency Model) แล้วถือว่าระหว่างลูกค้ำผู้ว่าจ้างกับศิลปิน ไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน เพราะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้น ศิลปินจึงไม่ใช่ลูกจ้างของลูกค้ำผู้ว่าจ้าง จึงไม่อาจนำหลักกฎหมายเรื่อง Vicarious Liability มาบังคับใช้กับกรณีความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ำกับศิลปินได้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรค 5 เห็นว่า แม้ไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างลูกค้ำกับศิลปิน แต่ความสัมพันธ์ที่ศิลปินต้องทำงานให้ลูกค้ำนั้น เข้าลักษณะเป็นการจ้างงานตามสัญญาจ้างทำของที่มีการจ้างงานผ่านการจัดหาของบริษัทเอเจนซี โดยศิลปินมีฐานะเป็นผู้รับจ้าง ส่วนบริษัทลูกค้ำมีฐานะเป็นผู้ว่าจ้าง แต่เป็นสัญญาจ้างทำของที่ในระหว่างการทำงานลูกค้ำผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการ (subordination test) ให้ศิลปินทำงานอย่างไรก็ได้ตามความเป็นจริง ก็ถือได้ว่า ลูกค้ำผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นผู้ใช้ให้ทำการงานของศิลปินตามมาตรา 1384 ด้วย⁸² เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าลูกค้ำผู้ว่าจ้างสามารถจะให้คำแนะนำแก่ศิลปินในการทำงาน ชี้แนะหรือกำหนดวิธีการทำงานได้ ถือได้ว่าผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะให้คำแนะนำในการทำงาน (the right to give instruction) แก่ศิลปินแล้ว ดังนี้ แม้ว่าจะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้ว่าจ้างกับศิลปิน ก็ถือได้ว่าลูกค้ำผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นผู้ใช้ให้ทำการงานของศิลปิน⁸³ ด้วยแล้วเช่นกัน ดังนั้น ทั้งศาลฝรั่งเศสและศาลเยอรมันก็สามารถนำหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างตามบทบัญญัติข้างต้นมากำหนดให้ลูกค้ำผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในกรณีศิลปินกระทำละเมิดได้

ด้วยเหตุนี้ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของลูกค้ำผู้ว่าจ้างและศิลปินผู้ทำงานตามกฎหมายไทยนั้น ลูกค้ำผู้ว่าจ้างไม่ได้เป็นนายจ้างของศิลปินตามสัญญาจ้างแรงงาน แม้ว่าผู้ว่าจ้างจะมีอำนาจสั่งให้ศิลปินทำงานตามคำสั่งของตนได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับผู้ว่าจ้าง แม้ไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงาน แต่ก็เข้าลักษณะเป็นการจ้างทำของตามมาตรา 587 แล้ว จึงอาจนำหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างทำของตามมาตรา 428 มากำหนดความรับผิดชอบของลูกค้ำผู้

⁸² Ibid., p. 96.

⁸³ Ibid., p. 97.

ว่าจ้างได้ ซึ่งโดยทั่วไปลูกจ้างไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ศิลปินก่อขึ้นนั่นเอง เว้นแต่จะเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดว่าต้องร่วมรับผิดชอบ

(3) วิเคราะห์สิทธิในการเรียกค่าเสียหายของบุคคลผู้ถูกทำละเมิด

หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 นั้น คู่สัญญาต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน หากไม่ปรากฏว่ามีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน เช่นนี้ แม้จะเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานก็ย่อมไม่มีความรับผิดร่วมกับผู้ทำละเมิดด้วย ศิลปินที่สังกัดบริษัทโมเดลลิงก็เช่นกัน เมื่อไม่มีสัญญาจ้างแรงงานกับบริษัทโมเดลลิง มีเพียงสัญญารับทำงานให้เท่านั้น โดยบริษัทโมเดลลิงทำหน้าที่เป็นเพียงตัวแทนในการจัดหางานให้ศิลปินไปทำงานกับลูกจ้าง ไม่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้ศิลปิน ส่วนศิลปินเองก็ไม่ได้ทำงานในกิจการของบริษัทโมเดลลิงแต่ไปทำงานให้กับลูกจ้างผู้ว่าจ้าง ดังนั้น บริษัทโมเดลลิงจึงไม่ใช่ นายจ้างของศิลปิน หากศิลปินทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกในระหว่างทำงานให้ผู้ว่าจ้าง ศาลไทยก็ไม่สามารถนำมาตรา 425 มาปรับใช้เพื่อให้บริษัทโมเดลลิงร่วมรับผิดร่วมกับศิลปินผู้ทำละเมิดได้เช่นกัน นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับบริษัทผู้ว่าจ้างซึ่งไม่มีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน เข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ เพราะงานที่ศิลปินทำนั้นเป็นงานในกิจการหรือเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างผู้ว่าจ้างนั้น และเป็นกรณีที่คาดหวังผลสำเร็จของงาน ไม่ใช่ต้องการใช้เพียงแค่แรงงานของศิลปินมาทำงานให้แก่ตนเท่านั้น ซึ่งโดยหลักแล้วตามหลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 428 ลูกจ้างผู้ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ศิลปินในฐานะผู้รับจ้างได้ก่อขึ้น เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในงานที่สั่งให้พนักงานทำ หรือในคำสั่งที่ให้ไว้แก่พนักงานผู้ทำละเมิด ผู้ว่าจ้างจึงจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้รับจ้างด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในการทำงานของศิลปิน ผู้ว่าจ้างจะมีอำนาจสั่งการให้ทำงานได้ก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่า การทำงานของศิลปินจะต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างอย่างเคร่งครัด หรือศิลปินมีสิทธิลาหยุดพักผ่อนประจำปี ลาป่วย หรือลาหยุดโดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างแรงงานโดยทั่วไปแต่อย่างใด ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับลูกจ้างผู้ว่าจ้างจึงยังคงเป็นสัญญาจ้างทำของ ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน⁸⁴ หากเกิดละเมิดขึ้นใน

⁸⁴ เทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 4644/2540 จำเลยจ้างโจทก์ร้องเพลงประจำร้านอาหาร โจทก์ต้องมาร้องเพลงวันละ 1 ชั่วโมง ระหว่างเวลาประมาณ 22 ถึง 23 นาฬิกา และจะต้องตอกบัตรลงเวลาเข้าทำงาน หวานใดไม่มาทำงานตามกำหนดต้องหาบุคคลอื่นมาร้องเพลงแทน หากหาไม่ได้ต้องถูกตัดค่าตอบแทนในส่วนนี้ลงตามส่วน เมื่อปรากฏตามสัญญาว่าโจทก์ตกลงจะรับทำงานร้องเพลงแก่จำเลยวันละ 1 ชั่วโมงโดยประมาณเป็นสำคัญ โดยโจทก์จะร้องเพลงเองหรือจัดให้บุคคลอื่นมาร้องเพลงแทนก็ได้โดยต้องจ่ายเงินให้นักร้องเอง และไม่ปรากฏว่าโจทก์ต้องทำงานตามคำสั่งหรืออยู่ในความควบคุมของจำเลย อีกทั้งการทำงานโจทก์ไม่มีการหยุดพักผ่อนประจำปี ไม่มีการลาป่วยหรือลาหยุดในกรณีอื่นเช่นเดียวกับสัญญาจ้างแรงงานทั่วไป แม้โจทก์ต้องตอกบัตรเข้าทำงานก็เป็นเพียงเพื่อแสดงว่าโจทก์มาทำงานครบเวลาประมาณวันละ 1 ชั่วโมงเท่านั้น สัญญาจ้างระหว่างโจทก์และจำเลยจึงไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน หากแต่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ

ระหว่างที่ศิลปินทำงานให้แก่ลูกค้าผู้ว่าจ้าง ความรับผิดชอบของลูกค้าผู้ว่าจ้างก็จะเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 428 นั้นเอง

ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่า ในกรณีการทำงานของศิลปินในสังกัดบริษัทโมเดลลิ่งนั้น บุคคลผู้ถูกทำละเมิดมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้จากศิลปินซึ่งเป็นผู้ทำละเมิดตามมาตรา 420 เพียงผู้เดียวเท่านั้น ไม่อาจเรียกร้องให้บริษัทโมเดลลิ่งและลูกค้าผู้ว่าจ้างร่วมรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยได้ เว้นแต่ มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ลูกค้าผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิดในงานที่สั่งให้ศิลปินทำ หรือในคำสั่งที่ให้ไว้แก่ศิลปินผู้ทำละเมิด เช่นนี้ ลูกค้าผู้ว่าจ้างจึงจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดด้วยตามมาตรา 428 การที่ศิลปินผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดตามมาตรา 420 เพียงผู้เดียว ทั้งที่เป็นการทำงานให้แก่ลูกค้าผู้ว่าจ้างภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของลูกค้าผู้ว่าจ้างนั้น น่าจะไม่เป็นธรรมสำหรับผู้เสียหาย เพราะอาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับชดเชยเยียวยาความเสียหายได้เต็มที่

(4) แนวทางการแก้ไขปัญหา

จากที่ได้วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทุกฝ่ายในหัวข้อที่ (1) และ (2) แล้ว จะเห็นได้ว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นของการจ้างศิลปินสังกัดโมเดลลิ่งมาทำงานนั้น คือ ไม่ปรากฏว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายใดเลย ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทโมเดลลิ่งกับศิลปินนั้น เป็นไปตามสัญญาจ้างรับทำงานให้ ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน และไม่เข้าหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทน แต่บริษัทโมเดลลิ่งได้รับประโยชน์จากการทำงานของศิลปินเป็นค่าคอมมิชชั่น ส่วนศิลปินกับลูกค้าผู้ว่าจ้างก็ไม่นับเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน โดยการทำงานของศิลปินเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 587 แต่ปรากฏว่า ในระหว่างที่ศิลปินกำลังทำงานให้ลูกค้าผู้ว่าจ้างนั้น ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนของผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการให้ศิลปินทำงานตามที่ตนประสงค์ได้เสมือนมีอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานด้วย เมื่อปรากฏว่า ตามกฎหมายไทยไม่สามารถปรับใช้มาตรา 425 กับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของศิลปินที่สังกัดบริษัทโมเดลลิ่งได้ จึงต้องศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหากฎหมายต่างประเทศว่ามีหรือไม่ อย่างไร

ตามที่ได้เขียนไว้วิเคราะห์ไปข้างต้นแล้วว่า ตามกฎหมายไทย นิติสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับบริษัทโมเดลลิ่งนั้น เป็นไปตามสัญญาจ้างรับทำงานที่ศิลปินทำไว้ต่อบริษัทโมเดลลิ่ง ซึ่งในการดำเนินการจัดหาศิลปินไปทำงานให้แก่ลูกค้านั้น บริษัทโมเดลลิ่งจะได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการทำงานของพนักงานเป็นส่วนแบ่งของรายได้หรือค่าคอมมิชชั่น อันเป็นนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกันระหว่างคู่สัญญาซึ่งบริษัทโมเดลลิ่งจะต้องจัดหางานทางด้านการแสดงให้ศิลปิน และศิลปินต้องไปทำงานดังกล่าวกับบุคคลภายนอกโดยตกลงจ่ายค่าคอมมิชชั่นหรือแบ่งรายได้ให้แก่บริษัทโมเดลลิ่งตามที่ตกลงกันเพื่อตอบแทนการจัดหางานให้ แต่ความสัมพันธ์ดังกล่าวก็ไม่อาจก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานระหว่างศิลปินกับบริษัทโมเดลลิ่งได้

เพราะบริษัทโมเดลลิงไม่มีอำนาจควบคุมการทำงานของศิลปิน ไม่มีหน้าที่จ่ายค่าจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานให้แก่ศิลปิน ศิลปินไม่ได้ทำงานให้กับบริษัทโมเดลลิงแต่ไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้าง ทั้งยังไม่มี ความผูกพันกันตามสัญญาตัวแทนอีกด้วย บริษัทโมเดลลิงกับศิลปินจึงไม่ใช่ นายจ้างลูกจ้างกันและไม่ใช่ ตัวการตัวแทนกัน เมื่อไม่มีนิติสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมาร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 และ มาตรา 427 เช่นนี้ บริษัทโมเดลลิงจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับศิลปินผู้ทำละเมิด

ส่วนกรณีความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับลูกค้ายู่อว่าจ้างนั้น แม้บางกรณี ลูกค้ายู่อจะมีบังคับบัญชาการทำงานของศิลปินด้วย แต่การควบคุมหรือมีคำสั่งใดๆ ในการทำงานแก่ ศิลปินดังกล่าวไม่อาจทำให้เกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นได้ เพราะการทำงานของศิลปินหรือนักแสดงมี ลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ เป็นเรื่องเฉพาะตัวของศิลปินที่ศิลปินจะต้องทำงานด้วยตนเอง เป็นการ ทำงานที่คาดหวังผลสำเร็จของงาน โดยที่ศิลปินมีอิสระในการทำงาน ยู่อว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับ บัญชาเหนือตัวศิลปินแต่อย่างใด ดังนี้แล้ว โดยทั่วไปลูกค้ายู่อว่าจ้างจึงไม่อาจบังคับบัญชาการทำงาน ของศิลปินได้ เมื่อลักษณะการทำงานของศิลปินคล้ายกับผู้รับจ้างทำของ แต่เป็นการจ้างทำของผ่าน บริษัทโมเดลลิงผู้จัดหางานให้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับลูกค้ายู่อ ว่าจ้างตามหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างทำของด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้ทั้งสองฝ่ายจะมีได้ตกลงทำสัญญา จ้างทำของกันโดยตรง แต่เมื่อพิจารณาลักษณะการจ้างงานแล้ว ศิลปินได้มีพฤติการณ์ตกลงมอบหมาย ให้บริษัทโมเดลลิงเป็นตัวแทนของตนในการทำสัญญาจ้างงานแสดงกับลูกค้ายู่อว่าจ้าง เมื่อบริษัทโมเดลลิง ตกลงรับงานแล้ว ศิลปินก็แสดงเจตนายินยอมรับผลของสัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าวโดยการไปทำงาน ให้แก่ลูกค้ายู่อว่าจ้างรายนั้น จะเห็นว่า เกิดเป็นสัญญาจ้างทำของขึ้นระหว่างลูกค้ายู่อว่าจ้างในฐานะเป็น ผู้ว่าจ้างทำของกับศิลปินในฐานะเป็นผู้รับจ้างทำของแล้ว โดยเป็นการตกลงทำสัญญาจ้างทำของกับ บริษัทผู้ว่าจ้างผ่านตัวแทนของศิลปิน คือ บริษัทโมเดลลิง ตามสัญญาจัดหาศิลปินมาทำงานให้ นั้นเอง ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ายู่อว่าจ้างและศิลปินจึงผูกพันกันตามสัญญาจ้างทำของ เช่นนี้ หลักความรับผิดชอบของลูกค้ายู่อว่าจ้างจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 428 นั้นเอง

อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ศิลปินซึ่งสังกัดบริษัทโมเดลลิงนั้น ต้องทำงานให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างรายเดิมแทบทุกงานของบริษัทดังกล่าวตลอดมาเป็นระยะเวลา นานหลายปี บริษัทผู้ว่าจ้างสามารถสั่งการให้ศิลปินต้องทำงานวันใดบ้างในแต่ละเดือน เป็นเวลาที่เดือน ติดต่อกัน หรือตั้งแต่ช่วงเวลาหนึ่งไปจนถึงอีกช่วงเวลาหนึ่ง จนเสมือนบริษัทผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับ บัญชาให้ศิลปินทำงานได้ กรณีเช่นนี้ จึงน่าพิจารณาว่าจะเข้าลักษณะของอำนาจบังคับบัญชาของผู้ ว่าจ้างมีอยู่เหนือตัวศิลปินแล้วหรือไม่

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมาย ฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน พบว่า รูปแบบการทำงานของศิลปิน พบว่า รูปแบบการทำงานของ ศิลปินสังกัดบริษัทโมเดลลิงดังกล่าวก็เทียบเคียงได้กับหลักกฎหมายเรื่องการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจน

ซี (agency staff) เช่นเดียวกันกับการจ้างพนักงานโดยผ่านบริษัทจัดหางาน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่พนักงานรับทำงานตามคำสั่งที่ได้รับผ่านทางบริษัทจัดหางานของบริษัทตัวแทนหรือบริษัทเอเจนซี โดยพนักงานมีลักษณะคล้ายกับผู้รับเหมาอิสระหรือผู้รับจ้างทำของ⁸⁵ ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์รูปแบบและผลทางกฎหมายของการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีตามหลักกฎหมายอังกฤษ กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมันไปโดยละเอียดแล้วในหัวข้อที่ 5.4.2.1 (4) นั้น ในบทนี้จะขอสรุปเพียงหลักการสำคัญของหลักกฎหมายแต่ละประเทศที่ศึกษา ดังนี้

รูปแบบการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีตามกฎหมายอังกฤษนั้น ศาลอังกฤษได้ตัดสินให้ผู้ว่าจ้างเพียงผู้เดียวต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดตามหลัก Vicarious Liability โดยศาลอังกฤษได้ตีความขยายขอบเขตสัญญาจ้างแรงงานให้เกิดขึ้นโดยปริยาย (an implied contract of employment) ได้ด้วย ส่วนบริษัทเอเจนซีไม่ต้องร่วมรับผิดชอบ⁸⁶ และตามกฎหมายฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสก็ตัดสินให้ผู้ว่าจ้างเพียงผู้เดียวต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่พนักงานได้ก่อให้เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 วรรคห้า โดยศาลฝรั่งเศสได้ตีความขยายขอบเขตของความรับผิดชอบไม่จำเป็นต้องมาจากสัญญาจ้างแรงงานก็ได้ ขอเพียงพนักงานยอมทำงานภายใต้บังคับบัญชา (subordination test) ของผู้ว่าจ้างตามความเป็นจริงก็เพียงพอแล้ว ก็ถือว่าผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานที่ต้องร่วมรับผิดชอบในละเมิดด้วย ส่วนบริษัทเอเจนซีไม่ต้องร่วมรับผิดชอบเช่นกันเดียวกับที่ศาลอังกฤษตัดสิน⁸⁷ ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับกฎหมายเยอรมัน ศาลเยอรมันก็ตัดสินให้ผู้ว่าจ้างเพียงผู้เดียวต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดเช่นกันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 โดยศาลเยอรมันได้วางหลักว่า ขอเพียงมีความเป็นไปได้ที่ผู้ว่าจ้างจะสามารถควบคุมการทำงานโดยกำหนดแนวทางหรือชี้แนะการทำงานของพนักงานได้ (the right to give instruction) ก็เพียงพอแล้วที่จะกำหนดให้ผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นนายจ้างและต้องร่วมรับผิดชอบกับพนักงานด้วย ส่วนบริษัทเอเจนซีไม่ต้องร่วมรับผิดชอบแต่อย่างใด⁸⁸ จะเห็นได้ว่า ศาลฝรั่งเศสและศาลเยอรมันต่างพิจารณาอำนาจบังคับบัญชาที่ผู้ว่าจ้างมีอยู่เหนือตัวพนักงาน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเลยว่าการทำงานดังกล่าวจะมีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นหรือไม่ ขอเพียงมีการทำงานเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้าง พนักงานได้รับค่าจ้าง และต้องทำงานภายใต้บังคับบัญชาผู้ว่าจ้างก็พอ ทั้งนี้ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีได้อธิบายขยายความแตกต่างกันไปว่าหลักเกณฑ์อำนาจบังคับบัญชาของประเทศตนเป็นอย่างไร

⁸⁵ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p. 81-82.

⁸⁶ คดี Brook Street Bureau (UK) Ltd V Dacas [2004] EWCA Civ 217.

⁸⁷ คดี Crim 15 January 1985 Bull crim N^o 24 p.59.

⁸⁸ Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p.97.

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหของต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีแล้ว จะเห็นว่า กรณีการจ้างศิลปินที่สังกัด บริษัทโมเดลลิ่งนั้น ตามคำตัดสินของศาลทั้ง 3 ประเทศนั้น ได้ตัดสินให้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบกับพนักงาน ผู้ทำละเมิดคือ ลูกจ้างผู้ว่าจ้าง เพียงคนเดียวเท่านั้นเหมือนกัน ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ การปรับใช้กฎหมายของศาลไทยในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการจ้างศิลปินที่ สังกัดบริษัทจัดหางานแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับบริษัทโมเดลลิ่ง ศาลไทยเคยตัดสินว่า เป็น ความสัมพันธ์ตามสัญญาต่างตอบแทน ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน⁸⁹ ดังนี้ หากศิลปินทำละเมิดในขณะที่ ไปทำงานให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้าง บริษัทโมเดลลิ่งก็ไม่ต้องร่วมรับผิดในฐานะนายจ้างตามมาตรา 425 ส่วน ความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับลูกจ้างผู้ว่าจ้าง ศาลไทยเคยตัดสินว่า ในกรณีที่การทำงานของผู้รับจ้าง ต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างอย่างเคร่งครัด ได้รับค่าจ้างเป็นเงินเดือน ต้องปฏิบัติ ตามคำสั่งและกฎระเบียบของผู้ว่าจ้าง หากจะหยุดงานต้องยื่นใบลา ผู้รับจ้างไม่มีอิสระในการทำงาน ถือว่าเข้าลักษณะเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน แม้ว่าลักษณะงานจะคล้ายกับการจ้างทำ ของก็ตาม เช่น โจทก์ตกลงทำงานด้วยการร้องเพลงในโรงแรมและห้องอาหารให้แก่กิจการของจำเลย ตามเวลาที่จำเลยกำหนดวันละ 7 ชั่วโมง และจำเลยตกลงจ่ายค่าจ้างเป็นเงินเดือนๆ ละ 18,630 บาท ให้แก่โจทก์ ทั้งโจทก์ต้องปฏิบัติตามคำสั่งและระเบียบของจำเลยโดยจะต้องตอกบัตรลงเวลาเข้า ทำงานและเลิกงานทุกวัน ต้องมาทำงานตรงตามกำหนดเวลาทำงาน หากจะหยุดงานต้องยื่นใบลา ต้องร้องเพลงตามที่หัวหน้าวงดนตรีกำหนด ต้องอยู่ในบริเวณโรงแรมในช่วงเวลาทำงาน ซึ่งถือว่าโจทก์ อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของจำเลย โจทก์จึงมีฐานะเป็นลูกจ้างของจำเลย⁹⁰ เป็นต้น ดังนี้ หากศิลปิน ทำละเมิดในขณะที่ไปทำงานให้ลูกจ้างผู้ว่าจ้าง ลูกจ้างผู้ว่าจ้างจึงต้องร่วมรับผิดในฐานะนายจ้างตาม มาตรา 425 ด้วย

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า การรับจ้างร้องเพลงนั้น เป็นงานด้านการแสดง อย่างหนึ่งที่ผู้ว่าจ้างจะจ้างศิลปินไปทำงานให้ การที่ศาลไทยจะพิจารณาว่าผู้ว่าจ้างมีอำนาจบังคับ บัญชาเหนือตัวศิลปินและกำหนดให้ผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดของพนักงานได้ จะต้อง ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการควบคุมดูแลและมีอำนาจสั่งการศิลปินได้ โดยศิลปินจะต้องปฏิบัติตามคำสั่ง อย่างเคร่งครัดเหมือนอย่างที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ได้แก่ การทำงานของผู้รับจ้างไม่ เป็นอิสระต้องถูกควบคุมตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างเป็นผู้กำหนดเวลาการทำงานและสถานที่ ทำงานซึ่งผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามระเบียบเกี่ยวกับการลา หยุด เป็นต้น แต่เมื่อปรากฏว่า รูปแบบการจ้างศิลปินที่สังกัดโมเดลลิ่งนั้น ลูกจ้างผู้ว่าจ้างอาจไม่มี อำนาจบังคับบัญชาศิลปินในระหว่างที่ทำงานให้แก่ตนได้ถึงขนาดมีข้อเท็จจริงเข้าลักษณะเป็นสัญญา

⁸⁹ คำวินิจฉัยของอธิบดีผู้พิพากษาศาลแรงงานกลางที่ 22/2536.

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3305/2545.

จ้างแรงงานได้ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลข้างต้น ผู้ว่าจ้างอาจมีเพียงอำนาจสั่งการให้ลูกจ้างทำงานอย่างใดเท่านั้น ผู้ว่าจ้างจึงไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของศิลปินที่จะต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 ได้ กรณีปัญหาที่เกิดขึ้น จึงเป็นกรณีศิลปินผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 แต่เพียงผู้เดียว ไม่มีบุคคลอื่นมาร่วมรับผิดชอบกับศิลปินด้วยแต่อย่างใด ดังนั้น เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นและสอดคล้องกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ศึกษามา ผู้เขียนเห็นว่า ต้องนำแนวทางแก้ไขปัญหาของต่างประเทศมาพิจารณาเพื่อกำหนดให้มีบุคคลอื่นมาร่วมรับผิดชอบกับศิลปินผู้ทำละเมิดด้วย ซึ่งจะเป็นการประกันสิทธิของผู้ถูกทำละเมิดว่าจะได้รับการชดเชยเยียวยาอย่างเต็มที่ที่สุด โดยผู้เขียนเห็นว่า ความรับผิดชอบตามมาตรา 425 นั้น ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นเสียก่อน ในทำนองเดียวกับหลักความรับผิดชอบทางละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันที่ไม่ยึดติดกับสัญญาจ้างแรงงาน ขอเพียงมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวศิลปินก็พอ เพราะถึงอย่างไรงานที่ศิลปินทำก็เป็นงานของผู้ว่าจ้างทำเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้างทั้งสิ้น ดังนั้น ขอเพียงแค่ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างไม่ว่าจะคำนวณตามผลสำเร็จของงานหรือไม่ก็ตาม มีอำนาจที่จะกำหนดกะเกณฑ์การทำงานของศิลปินได้ หากศิลปินไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง เหนือนี้ก็จะเพียงพอที่จะผูกพันให้ผู้ว่าจ้างมีฐานะเป็นนายจ้างและต้องมาร่วมรับผิดชอบกับศิลปินตามมาตรา 425 ได้ ซึ่งเป็นการตีความขยายขอบเขตอำนาจบังคับบัญชาให้กว้างออกไปมากขึ้นตามแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลต่างประเทศที่ได้ศึกษามาข้างต้น (ศาลฝรั่งเศสและศาลเยอรมัน) เพื่อกำหนดให้ผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบด้วยในฐานะเป็นนายจ้าง โดยพิจารณาว่าผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวศิลปินในขณะที่ที่มาทำงานและเกิดเหตุละเมิดขึ้นนั่นเอง ส่วนบริษัทโมเดลลิ่งนั้น ไม่ปรากฏว่า มีอำนาจบังคับบัญชาในลักษณะดังกล่าวข้างต้นเหมือนกับลูกค้ำผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด จึงไม่อาจกำหนดให้บริษัทโมเดลลิ่งต้องมาร่วมรับผิดชอบกับศิลปินด้วยได้

กล่าวโดยสรุป โดยทั่วไปแล้ว ลูกค้ำผู้ว่าจ้างกับศิลปินไม่มีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน เพราะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ศิลปินทำงานโดยอิสระ ผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาได้ แต่ในกรณีที่ ศิลปินต้องทำงานให้กับผู้ว่าจ้างรายเดิมเป็นระยะเวลาอันนาน จนเหมือนว่าผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งการให้ศิลปินทำงานได้ จากการวิเคราะห์ ผู้เขียนเห็นว่า หากความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ก็อาจปรับใช้ความรับผิดชอบตามบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้บริษัทผู้ว่าจ้างซึ่งศิลปินไปทำงานให้เป็นเวลานานนั้น ร่วมรับผิดชอบกับศิลปินผู้ทำละเมิดด้วยได้ เนื่องจากมีพฤติการณ์แสดงให้เห็นว่า ศิลปินทำงานเพื่อประโยชน์ของลูกค้ำผู้ว่าจ้างมานานมาก หากเกิดละเมิดขึ้นจากการทำงาน ผู้ว่าจ้างก็น่าจะต้องรับผิดชอบด้วย เพราะตนเป็นคนจ่ายค่าจ้าง และเป็นคนสั่งให้ศิลปินทำงานที่ก่อให้เกิดละเมิดดังกล่าวขึ้นนั่นเอง จะมารับเอาแต่ผลประโยชน์จากการทำงานของศิลปินไม่ได้ ต้องรับเอาผลเสียหายที่เกิดขึ้นไปด้วย ส่วนบริษัทโมเดลลิ่งซึ่งมีฐานะเป็นเพียงตัวแทนจัดหาศิลปินไปทำงานให้กับผู้ว่าจ้างและได้รับค่าคอมมิชชั่นตอบแทนเท่านั้น ไม่มีอำนาจสั่งการหรือควบคุมการทำงานของศิลปินในขณะที่ทำงานให้ผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด ไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของศิลปิน

ดังนั้น จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับศิลปินตามมาตรา 425 ด้วย หากศิลปินทำละเมิดขึ้น ดังนี้ จะเห็นว่า ผลทางกฎหมายดังกล่าวก็สอดคล้องกับคำตัดสินคดีของศาลต่างประเทศที่ได้ศึกษามาข้างต้นด้วย ศาลจึงไม่สามารถนำมาตรา 425 และมาตรา 427 มาปรับใช้เพื่อให้บริษัทโมเดลลิงมาร่วมรับผิดชอบกับพนักงานผู้ทำละเมิดได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การที่บริษัทโมเดลลิงไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 425 ก็เป็นไปตามความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพราะบริษัทโมเดลลิงทำหน้าที่เป็นเพียงตัวแทนจัดหาศิลปินไปทำงานให้กับลูกค้าเท่านั้น โดยได้รับค่าคอมมิชชั่นตอบแทนการดำเนินการของตน ไม่ได้มีหน้าที่ควบคุมดูแลการทำงานของศิลปินแต่อย่างใด หากจะมากำหนดให้ต้องร่วมรับผิดชอบเหมือนเป็นนายจ้างของศิลปินในสังกัดของตนด้วยนั้น ย่อมไม่เป็นธรรมแก่บริษัทโมเดลลิง ดังนั้น ถึงแม้ว่าบริษัทโมเดลลิงจะไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับศิลปินผู้ทำละเมิดด้วย แต่ผู้เสียหายก็ยังคงสามารถเรียกร้องให้ศิลปินผู้ทำละเมิดรับผิดชอบตามมาตรา 420 และเรียกร้องให้ลูกค้าผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 ได้นั่นเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเพียงพอแล้วที่จะช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ผู้ถูกทำละเมิด อันเป็นผลจากการกระทำละเมิดของศิลปินได้

5.4.3 การทำงานในรูปแบบของผู้รับจ้างอิสระ (Freelance)

โดยทั่วไปแล้ว ผู้รับจ้างอิสระ คือ ผู้ที่มีอาชีพรับจ้างทำงานให้แก่บุคคลอื่นตามสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 ซึ่งผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) มีลักษณะการทำงานโดยอิสระ ไม่ต้องสังกัดหรือขึ้นตรงต่อหน่วยงานหรือองค์กรหรือบริษัทใดๆ มีสิทธิเลือกกำหนดวิธีการทำงาน เวลาหรือสถานที่ทำงานได้ตามความต้องการหรือสะดวกของตน การรับค่าตอบแทนการทำงานจากบริษัทผู้ว่าจ้างจะเป็นลักษณะใดก็ได้แล้วแต่คู่สัญญาจะตกลงกัน แต่บริษัทผู้ว่าจ้างไม่ต้องดูแลค่าใช้จ่ายอื่นใดอีกนอกเหนือไปจากค่าจ้างตามที่ได้ตกลงกัน ไม่ว่าจะเป็นสวัสดิการต่างๆ หรือเงินอื่นๆ ตามกฎหมายแรงงานแต่อย่างใด โดยการทำงานแบบรับจ้างอิสระ หรือ freelance ได้แก่ การทำงานแทบทุกอาชีพที่อาศัยทักษะความสามารถทางวิชาชีพหรือความสามารถเฉพาะทาง โดยไม่ได้ทำงานในฐานะเป็นลูกจ้างหรือพนักงานให้ของบริษัทใดบริษัทหนึ่ง ยกตัวอย่างอาชีพที่มักมีการทำงานในรูปแบบของการรับจ้างทำงานอิสระ เช่น นักแปลอิสระ นักเขียนอิสระ ช่างภาพอิสระ นักเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์อิสระ นักข่าวอิสระ นักออกแบบอิสระ เป็นต้น

ดังนั้น การทำงานในรูปแบบของผู้รับจ้างอิสระ (freelance) จึงเป็นกรณีที่พนักงานมิได้เป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้าง แต่ตกลงรับทำการทำงานตามที่บริษัทว่าจ้างเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การทำงานแบบรับจ้างอิสระนั้น อาจเกิดขึ้นมาจากการที่ผู้รับจ้างอิสระประสงค์ที่จะรับงานอย่างอิสระเอง หรืออาจเป็นเพราะบริษัทผู้ว่าจ้างไม่ต้องการรับภาระในการจ้างลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานซึ่งต้องมีค่าใช้จ่ายเป็นต้นทุน จึงเลือกจ้างพนักงานในลักษณะของผู้รับจ้างอิสระหรือ freelance แทน

ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นตามรูปแบบการทำงานของผู้รับจ้างอิสระ มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของอย่างหนึ่ง โดยเป็นสัญญาจ้างทำงานระหว่างผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) กับบริษัทผู้ว่าจ้าง ซึ่งบริษัทผู้ว่าจ้างมิได้มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายของผู้รับจ้างอิสระ เนื่องจากไม่ได้มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ผู้รับจ้างอิสระเพียงแต่รับทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างโดยหวังผลสำเร็จของงานตามที่ตกลงกัน ซึ่งจะเห็นว่า ตามภาพประกอบภาพที่ 4 (หน้า 88) สัญญาผูกพันระหว่างคู่สัญญาเป็นสัญญาจ้างทำงาน โดยบริษัทผู้ว่าจ้างมิได้มีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายของผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) เนื่องจากไม่ได้มีการตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ โดยเป็นการจ้างให้ผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) ทำงานให้กับบริษัทผู้ว่าจ้างตามงานที่ตกลงกัน และผู้รับจ้างอิสระเองก็ไม่มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้างเช่นกัน

5.4.3.1 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หากพิจารณาตามนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญาประสงค์จะแสดงออกแก่บุคคลภายนอก ซึ่งได้แก่ สัญญาจ้างทำของนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 กำหนดลักษณะความสัมพันธ์ของคู่สัญญาไว้ คือ ผู้รับจ้างตกลงรับทำการงานอย่างใดอย่างหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจ่ายสินจ้างเป็นการตอบแทน โดยในระหว่างที่รับจ้างทำงานที่ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิไปควบคุมดูแลการทำงานของผู้รับจ้างได้ เพราะผู้รับจ้างมีอิสระในการทำงานที่รับจ้างนั่นเอง ดังนั้น หากเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของตามที่คู่สัญญามุ่งประสงค์แสดงออกต่อบุคคลภายนอก ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ว่าจ้างย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 ซึ่งวางหลักว่า ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง จะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างทำของนั้น เป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง ไม่ใช่ความรับผิดชอบการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ดังนั้น โดยหลักแล้ว ในขณะที่ทำการงานตามการจ้างทำของ ผู้รับจ้างไปทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ผู้ว่าจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดชอบ ผู้เสียหายต้องไปฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับจ้างซึ่งเป็นผู้ทำละเมิดเพียงลำพังตามมาตรา 420 แต่มีข้อยกเว้นว่า หากผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดในงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือคัดเลือกลูกจ้างไม่ดีมาทำงาน เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างอาจต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับจ้างได้ตามมาตรา 428⁹¹ ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ว่าจ้างทำของนั้น ประกอบด้วย ความสัมพันธ์เป็นผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างกันตามสัญญาจ้างทำของ โดยผู้รับจ้างได้ทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในระหว่างที่ทำงานที่ว่าจ้าง และความ

⁹¹ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3382/2554 จำเลยที่ 1 ว่าจ้างจำเลยที่ 2 ก่อสร้างบ้าน โดยจำเลยที่ 2 ได้ไปว่าจ้างบริษัท ป. ทำการงานในส่วนตอกเสาเข็ม จำเลยที่ 1 เป็นผู้กำหนดวิธีในการตอกเสาเข็มโดยไม่ใช้แผ่นเหล็กซิลโพลีเพื่อจะได้เสียสินจ้างน้อยกว่าวิธีใช้เสาเข็มเจาะ จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นกรรมการผู้มีอำนาจของจำเลยที่ 2 จึงกำหนดให้บริษัท ป. ใช้วิธีตอกเสาเข็มตามประสงค์ของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 และที่ 3 จึงเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 428

เสียหายนั้นต้องเกิดจากการที่ผู้ว่าจ้างมีความผิดในงานที่สั่งให้ทำ ผิดในคำสั่งที่ผู้ว่าจ้างได้ให้ไว้ หรือผิดในการคัดเลือกผู้รับจ้างเข้าทำงานด้วย ซึ่งเป็นความผิดของผู้ว่าจ้างเอง หากขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่ง ย่อมไม่อาจเกิดความรับผิดของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 428 ได้

อย่างไรก็ตาม หากกรณีเป็นความสัมพันธ์ตามรูปแบบของสัญญาจ้างทำของปกติแน่นอนว่า ความรับผิดทางละเมิดของผู้ว่าจ้างย่อมต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 428 ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น แต่มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นว่า แม้ว่าในขณะที่ปฏิบัติงานของผู้รับจ้างอิสระ จะไม่ปรากฏอำนาจบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างที่มีอยู่เหนือตัวผู้รับจ้างอิสระได้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระต้องทำงานเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้างรายเดิมเป็นระยะเวลานานหลายปี เช่นนี้ผู้ว่าจ้างจะถือเอาแต่ประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระเท่านั้นไม่ได้ เมื่อเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระมาเป็นเวลานาน จึงควรต้องรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระในการงานที่ตนได้มอบหมายให้ทำด้วยหรือไม่

5.4.3.2 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ตามกฎหมายแรงงาน

สัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 นั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ ลูกจ้าง ต้องตกลงทำงานให้อีกฝ่ายหนึ่ง คือ นายจ้าง และนายจ้างตกลงจ่ายสินจ้างให้ลูกจ้างเพื่อตอบแทนการทำงาน แต่มีองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการ คือ การทำงานของลูกจ้างต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของนายจ้างด้วย แม้ว่าการทำงานของผู้รับจ้างอิสระคู่สัญญาจะตกลงกันผูกนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของ แต่เมื่อพิจารณาลักษณะความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงปรากฏว่า เป็นรูปแบบความสัมพันธ์ต้องด้วยลักษณะสัญญาจ้างแรงงาน เพราะตามความเป็นจริงแล้ว ผู้ว่าจ้างมีอำนาจในการบังคับบัญชาผู้รับจ้างในการทำงานเสมือนว่าผู้รับจ้างเป็นลูกจ้างของตนด้วย จึงถือได้ว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 แล้ว

หากพิจารณาความสัมพันธ์ตามระหว่างผู้รับจ้างอิสระโดยทั่วไป ย่อมไม่ใช่ความผูกพันในฐานะนายจ้างและลูกจ้าง จึงไม่ต้องผูกพันตามกฎหมายแรงงานฉบับอื่นๆ ด้วยแต่อย่างใด ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ตามกฎหมายไทย ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบริษัทผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างอิสระในกรณีทั่วไป บริษัทผู้ว่าจ้างไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้รับจ้างอิสระตามสัญญาจ้างแรงงาน

5.4.3.3 การปรับใช้มาตรา 425 กับแนวทางการแก้ไขปัญหา

เมื่อบริษัทผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างไม่มีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามมาตรา 575 ศาลไทยก็ไม่สามารถนำมาตรา 425 เรื่องความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างมาบังคับใช้ได้ แต่ต้องไปพิจารณาหลักความรับผิดตามมาตรา 428 แทน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าตามความสัมพันธ์ของสัญญาจ้างทำของ ในขณะที่ปฏิบัติงานผู้ว่าจ้างจะมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของผู้รับจ้างอิสระได้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ในกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระต้องทำงานเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้างรายเดิมเป็นระยะเวลานานหลายปี เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างจะถือเอาแต่ประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระเท่านั้นไม่ได้ เมื่อเป็นผู้

ได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระมาเป็นเวลานาน จึงควรต้องรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระในการงานที่ตนได้มอบหมายให้ทำด้วย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ ตามหลักกฎหมายอังกฤษแล้ว เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างอิสระไม่มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้น ผู้รับจ้างอิสระจึงไม่ใช่ลูกจ้างของบริษัทผู้ว่าจ้าง จึงไม่อาจนำหลักกฎหมายเรื่อง Vicarious Liability มาบังคับใช้กับกรณีความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับจ้างอิสระกับบริษัทผู้ว่าจ้างได้ เพราะตามหลักกฎหมายอังกฤษแล้ว ศาลอังกฤษพิจารณาความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานมาเป็นเกณฑ์ความรับผิดชอบของนายจ้างอย่างเคร่งครัด⁹² จะต้องมีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นเท่านั้นจึงจะกำหนดให้ผู้ว่าจ้างรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างอิสระได้ เว้นแต่จะเป็นการทำงานตามสัญญาจ้างทำของที่เป็นงานที่มีความเสี่ยงอันตรายโดยสภาพหรือมีความร้ายแรง เช่น ต้องใช้วัสดุที่เป็นสารเคมีที่อันตรายร้ายแรงในการทำงาน⁹³ เป็นต้น โดยความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างมีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญาในรูปแบบความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นที่อยู่บนพื้นฐานความรับผิดชอบเด็ดขาด

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1384 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องความรับผิดการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น เห็นว่า ความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างอยู่บนพื้นฐานความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดเพื่อละเมิดมาตรา 1382 และมาตรา 1383 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า เป็นการทำงานเพื่อประโยชน์ของคนอื่น เพื่อให้ได้ค่าจ้าง โดยทำงานมาเป็นระยะเวลาที่นานมาแล้ว ซึ่งผิดลักษณะของการจ้างทำของโดยทั่วไปที่ส่วนใหญ่จะทำงานร่วมกันเพียงครั้งคราว ประกอบการทำงานให้กันมานาน จนผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งการให้ผู้รับจ้างอิสระทำการงานให้ได้ เช่นนี้ ก็เข้าลักษณะมีพฤติการณ์ตามหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นตามมาตรา 1384 วรรคห้า ซึ่งศาลฝรั่งเศสได้วางหลักเกณฑ์พิจารณาสถานะของบุคคลผู้ต้องร่วมรับผิดกับผู้ทำละเมิดตามมาตรา 1384 วรรคห้า ว่า ผู้ทำงานต้องยอมทำงานภายใต้บังคับบัญชา (subordination test) ของผู้ใช้ให้ทำงาน ซึ่งเป็นอำนาจบังคับบัญชาที่มีอยู่เหนือตัวผู้ทำงานแล้ว จึงจะกำหนดให้ผู้ใช้ให้ทำการงานร่วมรับผิดด้วยได้⁹⁴ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 :ที่ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดของผู้รับจ้าง ความรับผิดของผู้ว่าจ้างอยู่บนพื้นฐานความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง แต่ต่อมาศาลเยอรมันจะตีความกำหนดให้ผู้ว่าจ้างทำของต้องรับผิดในการกระทำของผู้รับจ้าง โดยการตีความขยายของเขตหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนี้ โดยเป็นความผิดของตัวแทนที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 278 แต่ความรับผิดดังกล่าวมีลักษณะเป็นความ

⁹² Giliker, Paula, *Vicarious liability in tort : a comparative perspective*, p.93.

⁹³ คดี Honeywill and Stein Ltd v Larkin Brothers Ltd [1934] KB 191

⁹⁴ Ibid., p.96.

รับผิดชอบทางสัญญาในรูปแบบความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นที่อยู่บนพื้นฐานความรับผิดชอบเด็ดขาด นอกจากนี้ ศาลเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์พิจารณาบุคคลที่จะต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดตามมาตรา 831 ด้วยว่า ขอเพียงผู้ใช้ให้ทำการงานมีสิทธิที่จะกำหนดคณะกรรมการทำงานหรือให้คำแนะนำในการทำงานแก่ผู้ทำงานได้ (the right to give instruction) ศาลก็สามารถตัดสินให้ผู้ใช้ให้ทำการงานร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดด้วยได้เช่นกัน⁹⁵ ทั้งนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัทผู้ว่าจ้างที่มีอำนาจควบคุมการทำงานและกำหนดคณะกรรมการทำงานของผู้รับจ้างอิสระได้ ดังนี้ แม้ว่าระหว่างบริษัทผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างอิสระจะมีสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของ ซึ่งไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงานก็ตาม ก็ถือได้ว่าบริษัทผู้ว่าจ้างเป็นนายจ้างของผู้รับจ้างอิสระตามกฎหมายเยอรมันแล้ว ทั้งศาลฝรั่งเศสและศาลเยอรมันก็สามารถนำหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตราข้างต้นมาปรับใช้ในกรณีผู้รับจ้างอิสระกระทำละเมิดได้นั่นเอง

ดังนั้น จากการปรับใช้กฎหมายของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับกรณีการจ้างงานผู้รับจ้างอิสระ (Freelance) นั้น จากการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่า หากกำหนดความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ก็อาจปรับใช้ความรับผิดชอบตามบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้บริษัทผู้ว่าจ้างซึ่งศิลปินไปทำงานให้เป็นเวลานานนั้น ร่วมรับผิดชอบกับศิลปินผู้ทำละเมิดด้วยได้ เช่นเดียวกับการจ้างศิลปินสังกัดบริษัทโมเดลลิ่งนั่นเอง เนื่องจากมีพฤติการณ์ทำงานเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้างรายเดิมเป็นระยะเวลานานหลายปี เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างจะถือเอาแต่ประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระเท่านั้นไม่ได้ เมื่อเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระมาเป็นเวลานาน จึงควรต้องรับผิดชอบที่เกื้อหนุนขึ้นจากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระในการงานที่ตนได้มอบหมายให้ทำด้วย จึงจะเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย

⁹⁵ Ibid., p.97.

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ความรับผิดทางละเมิดเป็นความรับผิดทางแพ่งประการหนึ่งของบุคคล ซึ่งกฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดในการกระทำที่ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยหลักแล้วบุคคลจะต้องรับผิดเพราะการกระทำของตนเองไม่ว่าจะทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม บุคคลผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้ เพื่อเยียวยาความเสียหายให้บุคคลผู้เสียหายมีฐานะเสมือนว่าไม่ได้มีละเมิดเกิดขึ้น อันเป็นวัตถุประสงค์หรือภาระหน้าที่ของกฎหมายละเมิด ดังนั้น บุคคลจะมีความรับผิดก็ต่อเมื่อมีความผิดอันเกิดจากการกระทำของตนเอง แต่อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ยกเว้นให้บุคคลต้องรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งตนเองมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องบางประการตามที่กฎหมายกำหนดกับบุคคลผู้ทำละเมิดนั้น ดังนี้ แม้จะไม่ได้เป็นผู้ทำละเมิดด้วยตนเองก็ตาม แต่หากเข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องร่วมรับผิดกับผู้ทำละเมิดแล้ว บุคคลดังกล่าวย่อมมีความรับผิดทางละเมิดในการกระทำของบุคคลอื่นด้วย เช่น ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 เป็นต้น ซึ่งเป็นกรณีที่นายจ้างไม่ได้ทำละเมิด แต่ลูกจ้างของนายจ้างได้ทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย เมื่อการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในขอบเขตทางการที่จ้าง นายจ้างก็ต้องมีความรับผิดร่วมกับลูกจ้างที่จะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายด้วย

ความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้างตามมาตรา 425 นั้น เป็นหลักความรับผิดทางละเมิดในการกระทำของบุคคลอื่นที่เป็นที่ยอมรับและมีการบังคับใช้ทั้งประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ด้วย ซึ่งแต่ละประเทศก็มีแนวคิดทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังหลักความรับผิดที่แตกต่างกัน อันเป็นผลมาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์หรือวิวัฒนาการของกฎหมายในระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน จากการศึกษาพบว่า แนวคิดทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งรวมถึงความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างด้วย นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ความรับผิดแบบเด็ดขาด (Strict liability) คือ ความรับผิดที่เมื่อลูกจ้างทำละเมิดในทางการที่จ้างของนายจ้างแล้ว นายจ้างมีความรับผิดเสมอโดยไม่อาจพิสูจน์หักล้างความรับผิดของตนได้ และความรับผิดที่อยู่บนข้อสันนิษฐานความผิด (Presumptions of Fault) คือ กฎหมายมองว่า เหตุที่ลูกจ้างได้ทำละเมิดขึ้นนั้น เป็นเพราะนายจ้างมีความผิดที่ไม่ควบคุมดูแลลูกจ้างให้ดี เป็นความบกพร่องของนายจ้างเอง จึงกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิด แต่ในกรณีนี้ นายจ้างสามารถพิสูจน์หักล้างว่าตนไม่มีความผิดได้ โดยการพิสูจน์ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลหรือควบคุมลูกจ้างแล้ว จึงจะไม่ต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้าง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 บัญญัติว่า “นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น” มีการระบุว่านำหลักการมา

จากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 715 เพราะขณะร่างกฎหมายนั้น ประเทศไทยได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นโดยใช้วิธีการคัดลอกมาจากกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งได้จัดทำประมวลกฎหมายตามแบบอย่างของประเทศเยอรมันมาอีกทอดหนึ่ง ทำให้บทบัญญัติต่างๆ หลายมาตราของกฎหมายไทย เกิดขึ้นจากการคัดลอกหลักกฎหมายของต่างประเทศมาบัญญัติไว้ ซึ่งรวมถึงบทบัญญัติเรื่องความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 นี้ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเทียบเคียงบทบัญญัติมาตรา 425 ของไทยกับบทบัญญัติของกฎหมายเยอรมัน มาตรา 831 และของกฎหมายญี่ปุ่น มาตรา 715 แล้ว พบว่า มาตรา 425 ของไทยไม่ได้ใช้ถ้อยคำในลักษณะเดียวกันกับทั้งสองประเทศดังกล่าว ซึ่งใช้ถ้อยคำของกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่น จะกำหนดความสัมพันธ์ของผู้ทำละเมิดกับผู้ต้องร่วมรับผิดไว้แบบกว้างๆ และศาลวางหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจบังคับบัญชาเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ดังกล่าวขึ้น ซึ่งรวมถึงความสัมพันธ์ที่เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันด้วย ในขณะที่ความรับผิดของกฎหมายไทยกลับบัญญัติไว้เฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นความสัมพันธ์ในฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 เท่านั้น ซึ่งทำให้ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายของไทยจึงแคบกว่ากฎหมายของต่างประเทศที่เป็นต้นแบบความรับผิดดังกล่าว

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาพื้นฐานแนวคิดของหลักความรับผิด พบว่า ความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่น อยู่บนพื้นฐานข้อสันนิษฐานความรับผิดที่นายจ้างสามารถนำสืบหักล้างความรับผิดของตนได้ แต่ความรับผิดของนายจ้างตามกฎหมายไทยอยู่บนพื้นฐานความรับผิดแบบเด็ดขาดที่นายจ้างไม่อาจโต้แย้งความรับผิดได้ จึงน่าจะเชื่อว่า ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 อาจจะได้มีที่มาจากมาตรา 831 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและมาตรา 715 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ตามที่มีการกล่าวอ้างไว้แต่อย่างใด แต่น่าจะมีที่มาจากหลักกฎหมายความรับผิดของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามกฎหมายอังกฤษ คือ หลัก Vicarious liability มากกว่า

องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 425 ซึ่งนายจ้างจะต้องมาร่วมรับผิดกับลูกจ้างประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก ต้องมีความสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามมาตรา 575 เท่านั้น คือ มีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นโดยการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งลูกจ้างตกลงว่าจะทำงานให้แก่นายจ้าง และนายจ้างตกลงว่าจะจ่ายสินจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ การตกลงทำสัญญาดังกล่าวอาจตกลงด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือก็ได้ แต่นายจ้างต้องมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้าง และลูกจ้างต้องทำงานภายใต้คำสั่งของนายจ้างด้วย

ประการที่สอง ลูกจ้างได้ทำละเมิดครบหลักเกณฑ์ตามมาตรา 420 ซึ่งเป็นผลให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย โดยที่นายจ้างไม่มีส่วนในการทำละเมิดดังกล่าวด้วยแต่อย่างใด

ประการสุดท้าย ลูกจ้างได้ทำละเมิดไปในขอบเขตทางการที่จ้างของนายจ้าง โดยเป็นการปฏิบัติงานตามคำสั่งของนายจ้างหรือที่ได้รับมอบหมายให้สำเร็จลุล่วงไป แม้อาจจะใช้วิธีการที่แตกต่างไปจากที่นายจ้างกำหนด หรือฝ่าฝืนคำสั่งของนายจ้าง แต่หากได้กระทำโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของนายจ้างแล้ว ก็ถือว่า อยู่ในทางการที่จ้าง ซึ่งนายจ้างจะต้องมาร่วมรับผิดด้วย

ความรับผิดของนายจ้างจะเกิดขึ้นตามมาตรา 425 ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงครบหลักเกณฑ์ทั้งสามประการข้างต้น หากหากข้อใดข้อหนึ่งไป นายจ้างย่อมไม่อาจมีความรับผิดทางละเมิดร่วมกับลูกจ้างได้ ลูกจ้างต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำละเมิดของตนแต่เพียงผู้เดียวตามมาตรา 420

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 425 แล้ว พบว่า ความสัมพันธ์ที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่ต้องร่วมรับผิดกับผู้ทำละเมิดนั้นมีการบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายอย่างแคบ คือ คำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งทำให้นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ทำละเมิดกับผู้ต้องร่วมรับผิดถูกจำกัดให้ต้องเป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงานซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 575 เท่านั้น ซึ่งกฎหมายของต่างประเทศเองก็มีทั้งประเทศที่มีข้อจำกัดในลักษณะเช่นนี้เหมือนกัน เช่น ประเทศอังกฤษ แต่ในบางประเทศความรับผิดของนายจ้างไม่จำต้องยึดติดกับสัญญาจ้างแรงงาน แม้ไม่มีสัญญาต่อกันแต่หากมีข้อเท็จจริงว่ามีอำนาจบังคับบัญชา นายจ้างก็ต้องรับผิดแล้ว เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน เป็นต้น

ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายเรื่องความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 จึงต้องพิจารณาความหมายของคำว่านายจ้างและลูกจ้าง และนิติสัมพันธ์ที่เรียกว่า สัญญาจ้างแรงงาน ว่ามีขอบเขตเพียงใด เมื่อปรากฏว่า สภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากแตกต่างจากตอนที่มีการร่างบทบัญญัติในเรื่องนี้ขึ้นมา โดยในปัจจุบัน การทำงานของคนในสังคมมีรูปแบบที่ซับซ้อนมากยิ่งขึ้น มิได้เป็นเพียงความผูกพันแบบเรียบง่ายระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างสองฝ่ายโดยตรงอีกต่อไป แต่มีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งจำนวนมากขึ้น อาจมีความสัมพันธ์ตามสัญญาอื่นๆ ซึ่งไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงานโดยตรงตามรูปแบบความสัมพันธ์ดั้งเดิม แต่ยังคงเกี่ยวข้องกับการทำงานให้แก่กันในลักษณะทำนองเดียวกันกับสัญญาจ้างแรงงาน ปรากฏเพิ่มมากขึ้น ซึ่งการทำงานตามรูปแบบใหม่ๆ นี้ เช่น การจ้างพนักงานบริษัทรับเหมาทำงานให้องค์กร หรือการจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน ได้แก่ การจ้างงานผ่านบริษัทจัดหางานหรือการสังกัดบริษัทโมเดลลิงของศิลปินนักแสดง และการทำงานของผู้รับจ้างอิสระบางกรณี ทั้งนี้ รูปแบบการทำงานในลักษณะดังกล่าวได้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสังคมปัจจุบัน ซึ่งเป็นธรรมดาที่การทำงานทุกอย่างย่อมมีความผิดพลาดเกิดขึ้นบ้าง การทำงานในรูปแบบใหม่ก็เช่นกัน ที่บางครั้งผู้ทำงานได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกจนเกิดเป็นความรับผิดทางละเมิดขึ้น เมื่อพิจารณาในแง่ของกฎหมายละเมิดแล้ว ความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานตามการทำงานรูปแบบใหม่ๆ ดังกล่าว จะถือว่าเป็นความสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ให้ผู้อื่นทำงานต้องมาร่วมรับผิดกับผู้ทำงานด้วยได้หรือไม่ จะนำมาตรา 425 มาปรับใช้กับการทำงานตามรูปแบบสมัยใหม่นี้ได้หรือไม่เพียงใด จึงจำเป็นต้องศึกษาขอบเขตการบังคับใช้ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 เพื่อตอบปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว

จากการศึกษา พบว่า มีปัญหาที่น่าพิจารณาซึ่งเกิดจากการปรับใช้ความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 หลายประการ ทั้งที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายอย่างแคบ และเกิดจากการตีความปรับใช้กฎหมายของศาลไทยในบางกรณีที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกฎหมาย โดยอาจแบ่งวิเคราะห์ปัญหาขอบเขตความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 เป็นประเด็นแยกย่อย ได้แก่ ปัญหาในการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ปัญหาข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรา 425 ปัญหาการเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย ปัญหาการปรับใช้

มาตรา 425 กับการทำงานรูปแบบใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมในปัจจุบัน และปัญหาเรื่องโครงสร้างความรับผิดชอบของบุคคลอื่นตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ ดังนี้

1. ปัญหาในการใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง นั้น เกิดจากการเลือกใช้ถ้อยคำ คำว่า นายจ้างและลูกจ้าง มาบัญญัติไว้ในมาตรา 425 ทำให้การตีความปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต้องถูกจำกัดกับความหมายของคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ด้วย โดยส่งผลให้ความรับผิดชอบเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่ปรากฏสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของประเทศเยอรมนีหรือประเทศฝรั่งเศส แล้ว จะพบว่า ทั้งสองประเทศดังกล่าวไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง แต่ใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ว่า เป็นผู้ใช้ให้ทำการงานกับผู้ทำการงานให้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ให้ทำการงานให้จะต้องมีอำนาจบังคับบัญชาผู้ที่ทำงานให้เท่านั้น ไม่จำเป็นต้องอาศัยสัญญาจ้างแรงงานเสมอไป จึงทำให้มีความหมายกว้างกว่าคำว่านายจ้างและลูกจ้างตามกฎหมายไทย และยังสามารถนำไปปรับใช้กับรูปแบบการทำงานอื่นๆ ได้โดยไม่เกิดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น การที่มาตรา 425 ใช้คำ นายจ้างและลูกจ้าง ทำให้ไม่อาจครอบคลุมกรณีรูปแบบการทำงานในปัจจุบันที่ไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันตามสัญญาจ้างแรงงาน ส่งผลให้ไม่อาจนำมาตราดังกล่าวมาปรับใช้ได้

2. ปัญหาข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรา 425 นั้น เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาและวิเคราะห์เจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย พบว่า เหตุผลที่กฎหมายต้องกำหนดให้นายจ้างมาร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ในฐานะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นนายจ้างและลูกจ้างกัน ไม่ว่าจะเพราะนายจ้างได้รับผลประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างหรือลูกจ้างต้องทำงานตามคำสั่งของนายจ้าง รวมถึงฐานะทางการเงินของนายจ้างที่สามารถรับภาระชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ดีกว่าตัวลูกจ้าง ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ของตามสัญญาจ้างแรงงาน เห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวมุ่งจำกัดเฉพาะกรณีคู่สัญญาตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น ทั้งที่ในปัจจุบันมีความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการทำงานรูปแบบอื่นๆ ขึ้นมากมาย และบางรูปแบบก็ไม่มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ซึ่งการทำงานดังกล่าวมีก็ข้อเท็จจริงบางประการที่เป็นเหตุผลเดียวกับที่กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องมาร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างด้วย แต่ศาลไทยไม่อาจนำมาตรา 425 มาบังคับใช้ได้ เพราะไม่มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันนั่นเอง อย่างไรก็ตามจากการศึกษาคำพิพากษาฎีกาไทย ยังพบว่า ศาลไทยก็พยายามตีความขยายขอบเขตความรับผิดชอบนายจ้างตามมาตรา 425 ให้กว้างขึ้นเรื่อยๆ แต่ก็ยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แน่นอน หรือบางครั้งการปรับใช้หลักความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลกรณีที่ความสัมพันธ์ไม่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 425 แต่เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้ว หากปรากฏว่ามีนิติสัมพันธ์อย่างอื่นที่ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน เช่น สัญญาตัวแทน กรณีนี้ศาลก็จะปรับใช้กฎหมายตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น เมื่อข้อเท็จจริงเข้าลักษณะสัญญาตัวแทน จึงต้องนำหลักความรับผิดชอบในเรื่องเรื่องตัวการตัวแทนตามมาตรา 427 มาปรับใช้กับกรณี เป็นต้น ดังนี้ ยิ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนเรื่องข้อจำกัดของมาตรา 425 มากขึ้น

3. ปัญหาการปรับใช้มาตรา 425 กับการทำงานรูปแบบใหม่นั้น เกิดจากการทำงานที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น คู่สัญญามีได้มีเพียงรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น แต่ยังมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำงานเพิ่มเติมขึ้นด้วย เช่น มีบริษัทตัวแทน (agency)

เข้ามาทำหน้าที่จัดหาบุคคลให้ไปทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง จึงก่อให้เกิดรูปแบบการทำงานแบบใหม่ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

3.1) การจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร (Outsourcing Services) คือความสัมพันธ์ที่บริษัท Outsourcing ส่งตัวลูกจ้างของตนเองไปทำงานให้กับบุคคลอื่นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยบริษัท Outsourcing จะโอนอำนาจบังคับบัญชาบางส่วนไปให้บุคคลอื่นนั้นด้วย เพื่อที่บุคคลดังกล่าวจะได้มีอำนาจสั่งการให้ลูกจ้างทำงานได้ จากการศึกษา พบว่า การจ้างพนักงานผ่านบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรนั้น เป็นกรณีที่ปรากฏสัญญาจ้างแรงงานระหว่างพนักงานกับบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรอยู่แล้ว เพียงแต่การทำงานของพนักงานต้องทำตามคำสั่งของบุคคลหลายคน คือ บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กร และผู้ว่าจ้างที่พนักงานต้องไปทำงานให้ เกิดปัญหาว่านายจ้างคนใดที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดร่วมกับพนักงานผู้ทำละเมิด เพราะบริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรยังมีฐานะเป็นนายจ้าง จ่ายค่าจ้าง และมีอำนาจสั่งการทำงานของพนักงานซึ่งเป็นลูกจ้างของตนได้ แม้ไปทำงานให้กับคนอื่นก็ตาม ส่วนผู้ว่าจ้าง แม้ไม่ได้เป็นนายจ้าง แต่ในขณะที่พนักงานปฏิบัติงานอยู่กับตน ก็มีอำนาจสั่งการให้พนักงานทำงานได้เช่นกัน จากการศึกษาพบว่า บริษัทรับเหมาทำงานในองค์กรต้องเป็นผู้ร่วมรับผิดชอบกับพนักงานตามมาตรา 425 เพียงผู้เดียว ส่วนผู้ว่าจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย เพราะไม่ถือว่ามีอำนาจในการสั่งการให้พนักงานทำงานให้แก่ตนได้นั้น เป็นอำนาจบังคับบัญชาการทำงานในฐานะเป็นนายจ้างนั่นเอง

3.2) การจ้างงานผ่านบริษัทตัวแทน (agency) โดยให้บริษัทเอเจนซี่เข้ามาทำหน้าที่จัดหาบุคคลให้ไปทำงานให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง ได้แก่ กรณีบริษัทจัดหางานและกรณีบริษัทโมเดลลิง โดยบริษัทเอเจนซี่จะได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างเป็นค่าคอมมิชชั่น แม้ไม่ได้เป็นนายจ้างของพนักงานก็ตาม จากการศึกษา พบว่า ผู้ว่าจ้างที่จ้างพนักงานผ่านบริษัทจัดหางาน (Recruitment Services) นั้น จะมีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงาน เพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับพนักงานเข้าลักษณะการจ้างแรงงานที่พนักงานตกลงทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างเพื่อได้รับสินจ้าง และผู้ว่าจ้างก็ตกลงจ่ายค่าจ้างและมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของพนักงานได้ ดังนั้น จึงเข้าหลักเกณฑ์การเกิดสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ผู้ว่าจ้างในกรณีนี้จึงมีฐานะเป็นนายจ้างและหากพนักงานทำละเมิด ก็ต้องร่วมรับผิดชอบตามมาตรา 425 ด้วย ส่วนบริษัทจัดหางานไม่ต้องร่วมรับผิดชอบเพราะเป็นเพียงตัวแทนจัดหางานเท่านั้น ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานหรือต้องจ่ายสินจ้างให้แก่พนักงานเพื่อตอบแทนการทำงานแต่อย่างใด

ส่วนการจ้างศิลปินที่สังกัดบริษัทโมเดลลิง (Modeling) ไปทำงานด้านการแสดงนั้น จากการศึกษา พบว่า การจ้างศิลปินที่สังกัดบริษัทโมเดลลิงไปทำงานด้านการแสดงนั้น เป็นกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างคู่สัญญาฝ่ายใดเกิดขึ้นเลย เพราะลักษณะการทำงานของศิลปินจะเป็นไปตามสัญญาจ้างทำของ คือ เป็นการทำงานที่คาดหวังผลสำเร็จของงาน โดยที่ศิลปินมีอิสระในการทำงาน ผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวศิลปินแต่อย่างใด ดังนั้น โดยหลักแล้ว ผู้ว่าจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ศิลปินก่อขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศิลปินซึ่งสังกัดบริษัทโมเดลลิงต้องทำงานให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างรายเดิมแทบทุกงานของบริษัทดังกล่าวเป็นระยะเวลานานหลายปี จนบริษัทผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งการให้ศิลปินทำงานได้ จึงน่าจะเข้าลักษณะของอำนาจบังคับบัญชาที่มีอยู่เหนือตัวศิลปินคนนั้นของผู้ว่าจ้างแล้ว จากการศึกษาพบว่า ผู้เขียนเห็นว่า หากความรับผิด

ตามมาตรา 425 ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน กรณีดังกล่าวจะสามารถปรับใช้ได้ ส่งผลให้บริษัทผู้ว่าจ้างซึ่งศิลปินไปทำงานให้เป็นเวลานานนั้น ต้องร่วมรับผิดชอบกับศิลปินผู้ทำละเมิดตามมาตรา 425 ด้วย ส่วนบริษัทโมเดลลิ่งไม่ต้องรับผิดชอบเพราะเป็นเพียงตัวแทนจัดหางานเท่านั้น ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาพนักงานหรือต้องจ่ายสินจ้างให้แก่พนักงานเพื่อตอบแทนการทำงานแต่อย่างใด

3.3) การทำงานของผู้รับจ้างอิสระ (freelance) เป็นกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างอิสระ เพราะเป็นลักษณะการทำงานตามสัญญาจ้างทำของ คือ เป็นการทำงานที่คาดหวังผลสำเร็จของงาน โดยผู้รับจ้างอิสระมีอิสระในการทำงาน ส่วนผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจควบคุมการทำงานของผู้รับจ้างอิสระได้ ดังนั้น โดยหลักแล้วผู้ว่าจ้างจึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ผู้รับจ้างอิสระก่อขึ้นตามมาตรา 425 อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในขณะที่ปฏิบัติงาน ผู้ว่าจ้างจะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวผู้รับจ้างอิสระอย่างชัดเจน แต่ในกรณีที่ผู้รับจ้างอิสระต้องทำงานเพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้างรายเดิมเป็นระยะเวลาหลายปี จนผู้ว่าจ้างมีอำนาจในการสั่งการหรือกำหนดกะเกณฑ์ชี้แนะแนวทางการทำงานของผู้รับจ้างอิสระได้ กรณีเช่นนี้ ผู้ว่าจ้างจะถือเอาแต่ประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระเท่านั้นไม่ได้ เมื่อได้รับประโยชน์จากการทำงานของผู้รับจ้างอิสระมาเป็นเวลานาน จึงควรต้องรับผิดชอบเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำงานดังกล่าวของผู้รับจ้างอิสระด้วย จากการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่า หากกำหนดให้ความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน ก็อาจปรับใช้ความรับผิดชอบตามบทบัญญัติดังกล่าวมากำหนดให้บริษัทผู้ว่าจ้างซึ่งผู้รับจ้างอิสระได้ทำงานให้เป็นเวลานานนั้น ร่วมรับผิดชอบกับผู้รับจ้างอิสระผู้ทำละเมิดด้วยได้ เช่นเดียวกับกรณีของการจ้างศิลปินสังกัดบริษัทโมเดลลิ่งนั่นเอง

เมื่อพิจารณาแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับกรณีการจ้างงานผ่านบริษัทเอเจนซีนั้น ศาลอังกฤษจะพยายามขยายขอบเขตของสัญญาจ้างแรงงานให้กว้างขึ้น ในลักษณะที่เกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย ในขณะที่ศาลฝรั่งเศสและศาลเยอรมันจะพยายามตีความขยายขอบเขตอำนาจบังคับบัญชาให้บริษัทเอเจนซีและลูกค้าผู้ว่าจ้างอยู่ในฐานะเป็นบุคคลตามหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งแนวทางการปรับใช้ทั้งหมดดังกล่าวทำให้การบังคับใช้หลักความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกค้าจ้างของต่างประเทศสามารถครอบคลุมกรณีการทำงานตามรูปแบบใหม่ๆ ในปัจจุบันได้

จากการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวทั้งหมด พบว่า ความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัด โดยผู้เขียนเห็นว่า เป็นผลมาจากการเจตนากรณีในการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดโดยมุ่งใช้บังคับกับกรณีความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น ดังนั้น ทำให้ไม่อาจบังคับใช้ให้ครอบคลุมกรณีความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการทำงานในรูปแบบใหม่ในสังคมปัจจุบันได้ ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดโดยตรงตามมาตรา 420 ได้ แต่หากผู้ทำละเมิดมีรายได้ต่ำหรือมีฐานะยากจน ไม่สามารถชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายได้ เช่นนี้ ผู้เสียหายย่อมไม่ได้รับการเยียวยา ทั้งที่มีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานและมีอำนาจสั่งการให้ผู้ทำงานทำงานต่างๆ ให้แก่ตนได้ซึ่งคล้ายกับความสัมพันธ์ของนายจ้างและลูกจ้างก็ตาม ซึ่งควรจะต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดด้วย มิเช่นนั้น ท้ายที่สุดแล้วการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 425 ก็ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดที่มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นบุคคลภายนอกได้นั่นเอง

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างในการกระทำของลูกจ้างตามมาตรา 425 ดังที่ผู้เขียนได้เสนอไปโดยทำการวิเคราะห์สภาพปัญหาในแต่ละเรื่องทั้งหมดข้างต้นนั้น ทำให้เห็นข้อจำกัดของการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าว โดยเฉพาะในกรณีที่ต้องปรับใช้กับการทำงานรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากเจตนารมณ์ของมาตรา 425 แท้จริงแล้วประสงค์ใช้บังคับสำหรับความสัมพันธ์ของนายจ้างลูกจ้างเท่านั้น คือ ต้องเป็นลูกจ้างนายจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน จึงจะมีความรับผิดชอบตามมาตรานี้ได้ ทำให้การบังคับใช้มาตรา 425 จึงถูกจำกัดให้มีขอบเขตที่แคบ ไม่อาจปรับใช้กับการทำงานรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในสังคมได้

เมื่อพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหาของต่างประเทศ พบว่า หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยกฎหมายอังกฤษจะเกิดความรับผิดชอบตามหลัก Vicarious Liability ได้ก็ต่อเมื่อมีสัญญาจ้างแรงงานปรากฏเท่านั้น ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหารูปแบบความสัมพันธ์ของการทำงานที่แตกต่างไปจากอดีต ทำให้การปรับใช้กฎหมายมีขอบเขตแคบเกินไป การทำงานบางกรณีที่ไม่ปรากฏสัญญาจ้างแรงงาน และคู่สัญญาไม่มีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน ไม่อาจปรับใช้หลักความรับผิดชอบดังกล่าวได้ กรณีนี้ ศาลอังกฤษจึงได้สร้างหลักการเกิดสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายขึ้น (an implied contract of employment) เพื่อกำหนดให้คู่สัญญามีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน และสามารถปรับใช้ หลัก Vicarious Liability ได้ ส่วนความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตามกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมัน มิได้ระบุชัดแจ้งว่าจะต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันแต่อย่างใด ขอเพียงมีการทำงานเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นที่มิใช่ตนเอง โดยได้รับค่าจ้างตอบแทนการทำงานดังกล่าว และเป็นการทำงานภายใต้บังคับบัญชาของอีกฝ่าย จึงทำให้กฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันสามารถปรับใช้กับการทำงานที่มีสัญญาจ้างแรงงานได้ และยังสามารถนำหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นที่มีอยู่มาปรับใช้กับความสัมพันธ์ของการทำงานตามรูปแบบใหม่ได้ด้วยเช่นกัน

จากผลการศึกษาปัญหาและแนวทางการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิด โดยทั่วไปที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเองเท่านั้น ดังนั้น การที่จะกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำงานตามรูปแบบใหม่ต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดด้วยนั้น จึงควรต้องมีเหตุผลที่เพียงพอ ไม่ควรตีความขยายขอบเขตความรับผิดของบุคคลซึ่งมิใช่ผู้ทำละเมิดให้กว้างจนเกินไป และต้องกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนว่า ใครจะต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดบ้าง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 425 ให้สามารถปรับใช้ได้ครอบคลุมรูปแบบความสัมพันธ์ในการทำงานแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในสังคมได้มากยิ่งขึ้น ในการนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรตัดถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง ออกจากบทบัญญัติมาตรา 425 และใช้ถ้อยคำว่า ผู้ใช้ให้ทำการงานกับผู้ทำการทำงาน แทน เพื่อไม่ให้มาตรา 425 ต้องถูกจำกัดให้ใช้บังคับเฉพาะกับสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 เท่านั้นอีกต่อไป โดยพิจารณาเทียบเคียงกับหลักเกณฑ์ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นตามกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันบทบัญญัติมาตรา 425 ของกฎหมายไทย จะ

พบว่า ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงาน ขอเพียงมีการทำงานเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่ง โดยได้รับสินจ้างและอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของบุคคลดังกล่าวแล้ว หากเกิดละเมิดขึ้นในระหว่างทำงานให้แก่ผู้จ้าง ผู้จ้างงานย่อมต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดด้วย จึงควรกำหนดสาระสำคัญหรือหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของมาตรา 425 ใหม่ ว่าประกอบด้วย การทำงานเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น มีสินจ้าง และมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงาน ทั้งนี้ อำนาจบังคับบัญชาดังกล่าวก็สามารถพิจารณาตามแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยได้ เนื่องจากศาลไทยตีความของเขตอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างไว้อย่างกว้าง หากมีอำนาจสั่งการให้ทำงานอย่างใดก็ได้ และผู้ทำงานต้องปฏิบัติตาม เช่นนี้ ก็ถือว่ามีอำนาจบังคับบัญชาแล้ว หากผู้ทำงานทำละเมิดขึ้น ผู้ใช้อำนาจดังกล่าวจึงต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดด้วย

ดังนั้น หลักเกณฑ์และแนวทางความรับผิดชอบของมาตรา 425 ใหม่ที่ผู้เขียนจะเสนอ คือ ในกรณีที่มีบุคคลหนึ่งคือ ผู้ทำการงาน ทำงานเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่ง คือ ผู้ใช้ให้ทำการงาน โดยเป็นการทำงานเพื่อให้ได้รับค่าตอบแทน ซึ่งอาจไม่จำเป็นต้องมีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่ผู้ใช้ให้ทำการงานต้องมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวผู้ทำงานในขณะปฏิบัติงานได้ (subordination) ทั้งนี้ ขอบเขตของอำนาจบังคับบัญชาก็เป็นอำนาจควบคุมการทำงานของผู้ทำงานตามความเป็นจริง เช่น ต้องทำงานตามคำสั่งที่ได้รับ เป็นต้น หรือหากไม่ปรากฏอำนาจบังคับบัญชาอย่างชัดเจน ก็ต้องพิจารณาว่าผู้ทำการงานนั้นทำงานเพื่อประโยชน์ของผู้ใช้ให้ทำการงานมาเป็นระยะเวลาานานมาแล้วหรือไม่ เช่น ทำงานให้ผู้จ้างรายเดิมทุกๆ เดือนมาเป็นเวลาหลายปี เป็นต้น ถ้ามีระยะเวลาานาน กรณีนี้ผู้ใช้ให้ทำการงานก็ควรต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งความเสียหายที่ผู้ทำการงานให้ได้กระทำขึ้นในกิจการเพื่อผลประโยชน์ของผู้ใช้ให้ทำการงานเองตลอดมาด้วย หากเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้ใช้ให้ทำการงานจึงควรต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดด้วย ซึ่งการกำหนดให้บุคคลที่เป็นผู้ใช้ให้ทำการงานต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดด้วย ก็มีได้เป็นการสร้างภาระความรับผิดชอบให้แก่ผู้ใช้ให้ทำการงานมากจนเกินไป เพราะความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ดังกล่าว เป็นความรับผิดชอบในลักษณะความรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้ต้องร่วมรับผิดชอบต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไปก่อน เพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย ให้ได้รับการเยียวยาได้อย่างเต็มที่เท่านั้น ซึ่งผู้ต้องร่วมรับผิดชอบสามารถมาไล่เบี้ยค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวคืนจากผู้ทำละเมิดได้ในภายหลังต่อไป

ผู้เขียนขอเสนอว่า จึงควรบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของนายจ้างตามมาตรา 425 ใหม่ โดยไม่ใช่ถ้อยคำว่า นายจ้างและลูกจ้าง แต่ให้ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างกว่า เช่น คำว่า ผู้ใช้ให้ทำการงาน กับผู้ทำการงาน เพื่อจะได้ไม่ต้องถูกจำกัดว่าต้องเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน เท่านั้นจึงจะเกิดความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ขึ้นได้ โดยจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบที่ชัดเจนเพื่อให้สามารถปรับใช้ความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ได้กว้างขึ้น และครอบคลุมการทำงานรูปแบบใหม่ได้มากขึ้นต่อไป

จะเห็นได้ว่า การกำหนดให้หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ไม่จำเป็นต้องเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานนั้น ก็ไม่กระทบกับเจตนารมณ์ที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์ให้มาตรา 425 บังคับใช้กับกรณีของนายจ้างและลูกจ้าง เพราะความสัมพันธ์กันเป็นนายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานก็ยังคงอยู่ในบังคับของมาตรา 425 ดังเดิมนั่นเอง เพียงแต่เป็นการขยายขอบเขตบังคับใช้มาตรา 425 ให้กว้างมากขึ้น ครอบคลุมทั้งความสัมพันธ์ที่สัญญาจ้างแรงงาน และไม่มีสัญญาจ้าง

แรงงานแต่มีข้อเท็จจริงว่าผู้จ้างได้ประโยชน์จากการทำงานและมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานได้เพิ่มขึ้นด้วย ทั้งนี้ เมื่อเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาในลักษณะดังกล่าว ก็จะทำให้การปรับใช้หลักความรับผิดชอบตามมาตรา 425 ไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาว่าเกิดสัญญาจ้างแรงงานกันแล้วหรือไม่ หรือเป็นความสัมพันธ์ที่เรียกว่าอะไร ขอเพียงเข้าหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบที่ผู้เขียนกำหนดข้างต้น ผู้จ้างก็ต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิด แต่หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้จ้างก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา 425 นั่นเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีบุคคลต้องมาร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องยึดถือความมีอยู่ของสัญญาจ้างอีกต่อไป น่าจะเป็นธรรมผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ทั้งฝ่ายผู้เสียหาย ผู้ทำละเมิด และผู้ต้องมาร่วมรับผิดชอบแล้ว และยังสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย



รายการอ้างอิง

- Amos and Watton. Introduction to French Law. 2nd ed. Oxford: Clarendon, 1963.
- Baker, C. D. Torts. 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Bar, C. V. The Common European Law of Torts Volume One. New York: Oxford University Press, 2000.
- Bell, J., Boyron, S., and Whittaker, S. Principles of French Law. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Buckland, W. W. The Roman Law of Slavery. New York: The Cambridge University Press, 1908.
- Clerk, J. F. Clerk & Lindsell on Torts. 17th ed. Scotland: Sweet & Maxwell Ltd., 1995.
- Dam, C. V. European Tort Law. Oxford: University Press, 2006.
- David, R. English Law and French Law. London: Stevens & Son, Calcutta Eastern Law House, 1980.
- Dittmar, W. R. Insanity Laws. New York: Oceana Publishing, 1952.
- Eorsi, G. Private and Government Liability for the Torts of Employees and Organ. International Encyclopedia of Comparative Law (1975).
- Gall, J.-P. L. Liability for Persons under Supervision. International Encyclopedia of Comparative Law xi (1978).
- Giliker, P. Vicarious Liability in Tort : A Comparative Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Hepple, B. A. Hepple & O'higgins Employment Law. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1981.
- Heuston, R. F. V., and Buckley, R. C. Salmond and Heuston on the Law of Torts. 21st ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- The International Association of Legal Scient., International Encyclopedia of Comparative Law 11 Torts, Chapter 4 chief ed. By Andre tunc, (1978): 62.
- Kidner, R. Casebook on Torts. 3rd ed. London: Blackstone, 1994.
- Lawson, F. H. Negligence in the Civil Law. n.p., 1962.

- Lawson, F. H., Anton, A. E., and Neville Brown, L. Amos and Walton's Introduction to French Law. Oxford: The Clarendon Press, 1967.
- Limpens, J., and Kruithof, R. M., and Anne Meinertzhagen-Limpens, . Liability for One's Own Act. International Encyclopedia of Comparative Law xi Torts (1979): 36.
- Markesinis, B. S. A Comparative Introduction to the German Law of Torts. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Roger , W. V. H. Winfield and Jolowicz on Tort. 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1971.
- Ryan, K. W. An Introduction to the Civil Law. Australia: The Law Book Co. of Australia PTY LTD., 1962.
- Scott, S. P., and A.M. The Civil Law(Volume 1). New York Cincinnati The Central Trust Compan, 1973.
- Sherman, C. P. Roman Law in the Modern World. Edited by ii., V. 2nd ed. New York: Baker, Voorhis & Co., 1924.
- Spindler, G., and Rieckers, O. Tort Law in German. The Netherlands: Kluwer Law International BV., 2011.
- Street, H. The Law of Torts. 7th ed. London: Butterworths, 1983.
- Sykes, E. I. Sykes and Yerberry Labour Law in Australia. 2nd ed. London: Butterworth,, 1980.
- Whincup, M. Modern Employment Law. 3rd ed. London: Heineman, 1980.
- Wood, J. C. Cooper's Outlines of Industrial Law. 6th ed. London: Butterworths, 1972.
- Yaunson, F. Employment Law Handbook. Blackmore press, 1987.
- Youngs, R. English, French and German Comparative Law. London Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1998.
- Zweigert, K., and Kotz, Hein. Introduction to Comparative Law. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1992.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวพรรณนิษา สุขพันธ์ เกิดวันที่ 9 กรกฎาคม 2529 ที่จังหวัดตรัง สำเร็จการศึกษา
ระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนบูรณะรำลึก จังหวัดตรัง สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปีการศึกษา 2552 สอบไล่ได้เนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 62 จากสำนักศึกษาอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ รุ่นที่ 31 ปัจจุบันทำงานเป็นทนายความประจำสำนักกฎหมายจำเริญ วราภรณ์ และเพื่อน

