

บทที่ 2

องค์ประกอบความรับผิดของนายจ้างและตัวการ

นายจ้างจะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำแก่ทางราชการที่
จ้าง และตัวการต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ตัวแทนได้กระทำไปภายใต้ขอบ
อำนาจแห่งรัฐแก่ตัวแทน เมื่อเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1. ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง - ลูกจ้างและตัวการ - ตัวแทน

1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง - ลูกจ้าง

ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ที่จะต้องรับผิดและผู้กระทำ

ความผิดมีความสัมพันธ์กันในฐานะนายจ้างและลูกจ้างนี้ อาจจะมีความสัมพันธ์กัน
ทางครอบครัวอยู่ด้วยก็ได้ เช่น กรณีที่สมาชิกคนหนึ่งเนครอบครัวเป็นลูกจ้างของ
สมาชิกอีกคนหนึ่งเนครอบครัวเดียวกัน กฎหมายของสวิสและอิตาลีถือว่าเนกรณี
เช่นนี้ก็ต้องมีความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น โดยที่ถือว่าสมาชิกเนครอบครัว
คนหนึ่งที่ทำงานให้เขานั้นมีฐานะเป็นลูกจ้าง (servant)¹ ส่วนประเทศเนกลุ่ม
สแกนดิเนเวียและเดนมาร์ค มีกฎหมายให้ญาติผู้ปกครองจะต้องมีความรับผิดใน
ผลแห่งละเมิดถ้าเด็กเนปกครองได้ทำงานให้เขาเหล่านั้น² ในหลักกฎหมาย

¹ Gyula Eorsi, *Private and Governmental Liability for the Torts of Employees and Organs*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1975, p.36.

² Ibid, p.37.

ฝรั่งเศส ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นมีความสัมพันธ์กันในฐานะ "ผู้บังคับบัญชา" (commettant) กับ "ผู้ใต้บังคับบัญชา" (préposé.) ความหมายของผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชานี้ นอกจากจะหมายถึงนายจ้างและลูกจ้างแล้ว ยังรวมความถึงบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นต่อกันด้วย³ เช่น สามเณร-ภรรยา บิดา-มารดา-บุตร และเพื่อน วัตถุประสงค์ซึ่งสามเณรอาจมีฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของภรรยาหรือภรรยาอาจมีฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของสามเณร และเด็กอาจเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของบิดา หากว่าเขาได้พอบที่จะทำกร่างงานให้บิดาได้แล้ว ความเป็นผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชามีลักษณะที่สำคัญคือ 1. ผู้บังคับบัญชามีอำนาจบังคับบัญชา และ 2. ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องทำกิจการเพื่อประโยชน์ของผู้บังคับบัญชา วัตถุประสงค์ซึ่งความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชานี้ไม่จำเป็นต้องมีสัญญาหรือสินจ้างแก่กัน มีเพียงบุคคลคนหนึ่งยอมทำงานภายใต้อำนาจของบุคคลอีกคนหนึ่ง เท่านั้น

การเป็นนายจ้าง-ลูกจ้าง ตามความหมายในมาตรา 425 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนี้ หมายถึงคู่สัญญาซึ่งมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 575 ถึง 586 วัตถุประสงค์ซึ่งคู่สัญญาจ้างแรงงานไว้ตามมาตรา 575 ความเป็นนายจ้าง-ลูกจ้างนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้าง

³Amos & Walton's, *Introduction to French Law*, 3rd ed. (Oxford : the Clarendon Press, 1979), p.229.

ตลอดเวลาที่ทำงานให้" และเจตณีย์แห่งมาตรา 583 ที่ว่า "ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่ง เช่นว่านั้น เป็นอาชญากรรม ละทิ้งการงานไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือหาประการอื่น อันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วง ไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะ เลื่อนออกโดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้า หรือให้สินไหมทดแทนก็ได้" ตามบทบัญญัติเหล่านี้แสดงว่าสัญญาจ้างแรงงานของไทยนั้น นายจ้างจะต้องจ่ายสินจ้าง และลูกจ้างต้องปฏิบัติตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายของนายจ้างเสมอ แต่ต้องเป็นคำสั่งที่เกี่ยวกับการงานที่จ้าง การเป็นนายจ้าง-ลูกจ้างนี้ไม่หมายรวมถึง ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง ในสัญญาจ้างหาของที่บัญญัติไว้ในมาตรา 587 โดยหลักในมาตรา 428 ผู้ว่าจ้างหาของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้าง ได้ก่อขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำงานที่จ้าง

ส่วนลูกจ้างนั้น ในบางครั้งอาจมีฐานะ เป็นตัวแทนด้วย ในการติดต่อกับบุคคลที่สามในนามของนายจ้าง แต่ลักษณะที่สำคัญของการเป็นลูกจ้างคือ นายจ้างมีอำนาจในการบังคับบัญชาควบคุมดูแลลูกจ้าง ไม่เพียงแต่ออกคำสั่งให้ทำงานอะไร เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการออกคำสั่ง เกี่ยวกับวิธีการทำงานตามที่นายจ้างต้องการอีกด้วย ลูกจ้าง เป็นบุคคลซึ่งทำงานภายใต้การควบคุมดูแลและคำสั่งชี้ขาดของนายจ้าง หลักดังกล่าวนี้ เหมาะสมสำหรับกรณีที่นายจ้างประกอบอุตสาหกรรม โดยที่วางกฎเกณฑ์ระเบียบการปฏิบัติงานของตนงาน และใช้เทคนิคการทำงานตามที่นายจ้างกำหนดไว้ แต่สำหรับในการจ้างงานทางภาคเกษตรกรรม หรืออุตสาหกรรมขนาดเล็ก นายจ้างและลูกจ้างก็มักจะมีความรู้และประสบการณ์ในการทำงานเท่าๆกัน นายจ้างจึง ไม่มีความสามารถในการกำหนดวิธีการทำงานของลูกจ้าง ได้ หรือในงานบางอย่างนายจ้าง ไม่มีความรู้ความชำนาญเท่าลูก

จ้าง เช่น จ้างลูกจ้างมาขับรถ แต่นายจ้างขับรถไม่เป็น หรือลูกจ้างมีความรู้เรื่อง เครื่องจักรกลแต่นายจ้างไม่มีความรู้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ปัจจุบัน ลูกจ้างจะเป็นบุคคลซึ่งมีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้านสำหรับการประกอบวิชาชีพใดวิชาหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น พวกช่างฝีมือต่างๆ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง-ลูกจ้างจึงได้แปรเปลี่ยนไปบ้าง แม้ว่านายจ้างจะไม่สามารถออกคำสั่งแก่ลูกจ้างให้ทำตามวิธีของตน ก็ยังถือว่าเป็นนายจ้างลูกจ้างกันตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยที่ในการพิจารณาว่านายจ้างเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมลูกจ้างหรือไม่นั้น อาจต้องอาศัยองค์ประกอบประการอื่นช่วยในการพิจารณาด้วย กล่าวคือ

1. นายจ้างต้องเป็นผู้มีอำนาจในการคัดเลือกลูกจ้างเข้าทำงาน
2. นายจ้างเป็นผู้จ่ายเงินเดือนหรือค่าตอบแทนอย่างอื่นว่า ให้ลูกจ้าง
3. นายจ้างมีสิทธิในการควบคุมวิธีการทำงานของลูกจ้าง
4. นายจ้างมีสิทธิในการสั่งพักงานหรือ เลื่อนอก ⁴

อย่างไรก็ตาม การจะวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง-ลูกจ้างนี้จะพิจารณาแต่อำนาจของนายจ้างในแง่ของการควบคุมอย่างเดียวยังไม่เพียงพอ จึงได้มีแนวความคิดในการเพิ่มหลักเกณฑ์การพิจารณา เพื่อหาความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างแรงงาน(contract of service) กับสัญญาจ้างทำของ(con-

⁴John Federic Clerk, Clerk & Lindsell on torts

15th ed. (Scotland: Sweet & Maxwell Ltd., 1982), P.159.

ความเห็น Lord Thankerton ในคดี Short V. J & W. Henderson Ltd. (1946)

tract for service) คือ ถ้าหากเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ลูกจ้างจะถูกจ้างเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในองค์ธุรกิจของนายจ้าง และงานที่ลูกจ้างทำก็จะต้องเป็นส่วนประกอบส่วนหนึ่งในธุรกิจของนายจ้างเช่นเดียวกัน แต่ถ้าหากเป็นสัญญาจ้างทำของแล้ว งานที่รับจ้างทำนั้นจะเป็นเพียงส่วนเพิ่มเติมหรือเสริมธุรกิจของผู้ว่าจ้างเท่านั้น⁵ เช่น นายเรือ คนงานขับรถ และ นักข่าวของหนังสือ เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่คนนำร่องเรือ คนขับแท็กซี่ และผู้เขียนบทความส่งหนังสือพิมพ์ เป็นผู้รับจ้างทำของตามสัญญาจ้างทำของ

ผู้รับจ้างทำของ (independent contractor) เป็นผู้ที่จะทำตามหน้าที่เพื่อผลสำเร็จของงาน โดยที่ขณะปฏิบัติงานนั้นผู้รับจ้างไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้คำสั่ง หรือการควบคุมดูแลของบุคคลซึ่งมอบหมายให้ตนทำงาน ทั้งนี้ผู้รับจ้างสามารถใช้ความคิดวินิจฉัยของตนเองในการปฏิบัติงานนั้นให้ลุล่วง โดยใช้วิธีการและกฎเกณฑ์ในการทำงานของตนเอง ผู้รับจ้างไม่ผูกพันที่จะต้องทำตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง เพียงแต่ผูกพันตามสัญญาการจ้างเพื่อผลสำเร็จของงานเท่านั้น แต่ในบางกิจการผู้รับจ้างอาจต้องกระทำการในฐานะตัวแทนของผู้ว่าจ้าง ตามสัญญาตัวแทนอีกส่วนหนึ่งต่างหาก ซึ่งก็จะมีผลให้ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกในฐานะตัวการ อย่างไรก็ตามในบางครั้ง การพิจารณาว่าคู่สัญญามีความสัมพันธ์กันในลักษณะใดนั้นเป็นการยากอย่างยิ่ง เช่น

คดี Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. v.

⁵ John G. Fleming, The Law of Torts, P.342.

ความเห็น Lord Denning ในคดี Stevenson, Jordan & Harrison Ltd v. Macdonald & Evan (1952)

Minister of Pensions and National Insurance (1968) เป็นคดี
 ซึ่งบริษัทปูนซีเมนต์แห่งหนึ่งได้ทำสัญญาตกลงกับเจ้าของรถบรรทุกว่า จะจ่ายเงิน
 เป็นจำนวนแน่นอนให้กับการขนส่งปูนซีเมนต์นั้น ทัศนัยสัญญาระบุว่า เจ้าของรถ
 บรรทุกเป็นผู้รับจ้างหาของ และ เขามีหน้าที่ดูแลรักษารถให้อยู่ในสภาพที่ดีโดยจะ
 ต้องเสียค่าใช้จ่ายเอง และผู้คนที่จะต้องจัดเตรียมมาให้ใช้การได้ในเวลาที่บริษัท
 ต้องการใช้ โดยจะต้องหาสิรถเป็นสิรถของบริษัทและพนักงานใส่เครื่องแบบของ
 บริษัท นอกจากนั้นบริษัทยังเป็นผู้วางเงื่อนไขกำหนดวิธีการไว้โดยเฉพาะ เกี่ยว
 กับการยื่นแสดงบัญชีค่าใช้จ่าย จากข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้ยากแก่การวินิจฉัย
 ว่า เจ้าของรถบรรทุกนั้นเป็นผู้รับจ้างหาของหรือเป็นลูกจ้างกันแน่ ในคดีนี้
 ผู้พิพากษา Mackenna J. ตัดสินไว้ว่าเป็นการจ้างหาของ 6 ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วย
 เพราะสาระสำคัญของสัญญาคือ การจ้างเพื่อขนส่งของ ทัศนัยว่าจ้าง ไม่มีอำนาจ
 ออกคำสั่งหรือควบคุมวิธีการขนส่งแต่อย่างใด เป็นเรื่องของเจ้าของรถบรรทุก
 ต้องดำเนินการเอง ส่วนเงื่อนไขอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการหาสิรถการใส่เครื่อง
 แบบ หรือแม้กระทั่งวิธีการในการยื่นแสดงบัญชี เป็นแต่เพียงเงื่อนไขข้อตกลง
 ส่วนหนึ่งของสัญญาซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงกันได้โดยไม่ว่าให้มีความสัมพันธ์กันในฐานะ
 นายจ้าง-ลูกจ้าง

ในบางกรณี บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพอย่างหนึ่งอาจมีฐานะ เป็นลูกจ้าง
 ผู้รับจ้างหาของหรือตัวแทนก็ได้ ซึ่งมีผลให้ผู้ที่มีมอบหมายงานให้บุคคลนั้นหาต้องมี
 ความรับผิดชอบในลักษณะที่แตกต่างกันไปแล้วแต่ลักษณะของงานที่มอบหมาย เช่น

หมายความว่า ถ้าหากทำงานประจำในสำนักงาน บริษัทห้างร้าน หรือหน่วยงานอื่น หมายความว่าก็มีฐานะ เป็นลูกจ้าง แม้ว่าในการทำงานนั้นจะต้องอาศัยความรู้ ความสามารถ เฉพาะทางก็ตาม แต่ถ้าหากนายความรับว่าความโดยรับผิดชอบ คดีที่มีลูกความมาติดต่อปรึกษา หมายความว่าก็มีฐานะ เป็นผู้รับจ้างทำของ โดยที่ ในบางกรณีอาจต้องกลายเป็นตัวแทนของลูกความก็ได้ และถ้าหากนายความนั้น สัญญาที่จะเขียนตำรากฎหมายให้กับสำนักพิมพ์ 7 หมายความว่า เป็นผู้รับจ้างทำของ ไม่ใช่ตัวแทนของบรรณาธิการสำนักพิมพ์ ดังที่ได้กล่าวถึงลักษณะของนายจ้าง-ลูกจ้าง ผู้ว่าจ้างทำของ-ผู้รับจ้างทำของ และตัวการ-ตัวแทนมาโดยสังเขป แล้วนั้น ต่อไปจะได้พิจารณาถึงตัวอย่างกรณีที่อาจมีความสับสน หรือยากแก่การชี้ขาดว่า คู่สัญญาดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันอย่างไร

1.1.1 กรณีที่มีการมอบอำนาจในการควบคุมให้บุคคลอื่น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่านายจ้างจะต้องมีอำนาจในการออกคำสั่ง และควบคุมการทำงานของลูกจ้าง ทั้งนี้อาจจะพิจารณาจากการที่นายจ้างสามารถ เลือกรับคนเข้าทำงาน ควบคุมการปฏิบัติงาน และเลิกจ้าง เลื่อนอก ถ้าหาก ลูกจ้างนั้นไม่เชื่อฟัง หรือฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับในการทำงาน อาจอ้างว่าดัง ที่กล่าวมานั้น ถ้านายจ้างได้มอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีอำนาจทำการแทน ซึ่ง บุคคลนั้นอาจจะมีตำแหน่ง เป็นหัวหน้างานในกิจการของนายจ้าง ดังนั้นการที่หัวหน้า งานมีอำนาจตั้งแต่การคัดเลือกเข้าทำงานจนกระทั่งเลิกจ้าง ก็ไม่ทำให้หัวหน้า

⁷Edward J. Kionka, Torts in a Nutshell, (St. Paul Minn : West publishing co, 1977), p.275.

งานนั้นมีฐานะ เป็นนายจ้าง เป็นแต่เพียงตัวแทนของนายจ้างในกิจการนั้นเท่านั้น⁸ การจ่ายเงินค่าตอบแทนให้ลูกจ้างก็เป็นการจ่ายด้วยเงินของนายจ้าง. ดังนั้น ตัวนายจ้างซึ่งเป็นเจ้าของกิจการและมอบอำนาจให้บุคคลอื่น ยังคงมีฐานะ เป็นนายจ้างอยู่ ผู้ที่จะต้องมีความรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างกระทำไปในทางการที่จ้าง ก็คือนายจ้างไม่ใช่หัวหน้างาน แต่มีกฎหมายบางประเทศบัญญัติให้หัวหน้างานต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 715 วรรค 2 บัญญัติว่า "ผู้ที่ควบคุมดูแลกิจการแทนนายจ้างย่อมต้องรับผิดชอบต่องานที่บัญญัติไว้ในวรรคแรกเช่นกัน" (วรรคแรกคือ นายจ้างต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างต่อบุคคลภายนอก) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 วรรค 2 บัญญัติว่า "อนึ่งบุคคลซึ่งมีสัญญาแก่นายจ้าง รับผิดชอบต่อกิจการงานตั้งระบุไว้ในวรรคต้นย่อมมีความรับผิดชอบตนเอง เดียวกัน"

ในบางครั้งนายจ้างจ้างลูกจ้างมาทำงาน โดยให้ลูกจ้างหาคนมาช่วยงานได้ โดยลูกจ้างต้องออกค่าใช้จ่ายเอง ดังนั้นนายจ้างมีฐานะเป็นนายจ้างของคนมาช่วยงานด้วย เช่น ฎีกาที่ 1628-1630/2494 เจ้าของรถจ้างคนให้ขับรถและจัดการกับรถยนต์ของตน โดยบุคคลรับจ้างนั้นต้องเก็บเงินค่าบรรทุกและค่าโดยสารส่งเจ้าของ เจ้าของดูแลการเก็บเงินและแก้ไขข้อบกพร่องได้ และออกค่าใช้จ่ายในการเดินรถ และมีข้อสัญญาว่าผู้รับจ้างจ้างคนมาช่วยได้ เสียค่าใช้จ่ายของผู้รับจ้าง ถ้าผู้ที่จ้างมานั้นก่อความเสียหายผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบ เป็นสัญญาจ้างแรงงาน เพราะต้องปฏิบัติงานในความควบคุมตามคำสั่งของเจ้าของ คนที่ผู้รับจ้างจ้างมานั้นเป็นลูกจ้างเจ้าของรถด้วย

⁸ John Federic Clerk, Clerk & Lindsell on Torts, p.163.

1.1.2 กรณีความรับผิดของโรงพยาบาลในการกระทำละเมิด

ของแพทย์และเจ้าหน้าที่อื่น ๆ

แต่ก่อนนี้มีแนวความคิดว่า โรงพยาบาลไม่ต้องมีความรับผิดในการกระทำละเมิดของแพทย์และบุคคลากรอื่นที่ประกอบวิชาชีพทางเวชกรรม⁹ ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะมีความรู้และประสบการณ์ สำหรับการประกอบวิชาชีพนั้นๆ เพียงใด ถ้าหากว่าการละเมิดนั้นเกิดขึ้นจากการผ่าตัดหรือเย็บยารักษาโดยประการอื่น ซึ่งต้องใช้ประสบการณ์ ความชำนาญ และความรู้ในทางวิชาชีพเวชกรรมโดยเฉพาะ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี Hillyer v. St. Bartholomew's Hospital (1909)¹⁰ ซึ่งศาลตัดสินว่าโรงพยาบาลไม่ต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อของบุคคลากรผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งได้กระทำละเมิดในขณะที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถในวิชาชีพเวชกรรมนั้น ทั้งนี้เพราะเหตุผลที่ว่าโรงพยาบาลไม่สามารถควบคุมวิธีการทำงานของบุคคลดังกล่าวได้ แต่ต่อมาได้เปลี่ยนความคิดไปว่าโรงพยาบาลจะต้องมีความรับผิดในผลแห่งการละเมิดของบุคคลากรในโรงพยาบาล แต่เหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดนี้กลับเป็นว่าเพราะโรงพยาบาลมีความรับผิดเป็นส่วนตัวที่เลือกหาคนทำงานมาไม่ดี เช่น คดี Broom v. Margom

⁹ วิชาชีพเวชกรรมหมายความว่า วิชาชีพเกี่ยวกับการตรวจโรค การป้องกันโรค การบำบัดโรคหรือการผดุงครรภ์ด้วยวิธีการที่กระทำโดยตรงต่อร่างกายของบุคคลอื่นตามหลักวิทยาศาสตร์ และหมายความถึงการกระทำโดยตรงต่อร่างกายของบุคคลอื่นด้วยการผ่าตัด ฉีดยา ฉีดสารเข้าในร่างกายเพื่อการเสริมสวย (จากพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 มาตรา 4)

¹⁰Salmond and Houston, Law of Torts, p.432.

(1953) ,Conway V. Wimpey (1951) และ Smith V.Moss (1940) ¹¹ ปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าว ได้ถูกล้มเลิกไปแล้ว วัตถุประสงค์ที่โรงพยาบาลยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลากรในโรงพยาบาลอยู่แต่เป็นเพราะเหตุว่า ถือว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล ตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบริการสาธารณสุขแห่งชาติ ค.ศ. 1946 (National Health Service Act 1946) ของประเทศอังกฤษ ถือว่าโรงพยาบาลมีหน้าที่ที่จะให้การรักษามีค่าใช้จ่ายเพียงแต่จัดประสานงานเตรียมการรักษา วัตถุประสงค์ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้รับความเสี่ยงเอง หน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่ไม่สามารถจะมอบหมายได้ ถึงแม้ว่าขอบเขตของหน้าที่จะยังเป็นปัญหาอยู่ก็ตาม แต่ผู้ที่ประกอบวิชาชีพในการรักษาก็ได้กระทำไปในฐานะตัวแทนของโรงพยาบาล เว้นแต่ว่าพวกเขาเหล่านั้นจะได้รับเลือกและว่าจ้างจากคนไข้เอง เป็นการส่วนตัว¹² ศาลพิพากษาให้โรงพยาบาลต้องรับผิดชอบต่อคนไข้ วัตถุประสงค์ว่าไม่จำเป็นต้องระบุว่ายันตรายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อของใคร ถึงอย่างไรโรงพยาบาลก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ระดับไหน ประเภทใด โรงพยาบาลต้องมีความรับผิดชอบในการให้บริการของเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาล เช่น radiographer เจ้าหน้าที่การแพทย์ และศัลยแพทย์ (ในคดี Gold V. Essex c.c(1942) , คดี Collins V.Hertfordshire c.c(1947) , คดี

¹¹C.D.Baker, Tort, 4th ed, (London: Sweet & Maxwell, 1986), p. 264.

¹²Salmond and Houston, Law of Torts, p.433.

Cassidy v. Ministry of Health (1951)) 13

อย่างไรก็ตาม ยังไม่เป็นการแน่นอนว่า ถ้าบุคคลผู้กระทำละเมิด
 ได้มาทำงานที่โรงพยาบาลเฉพาะช่วงเวลา หรือมาปฏิบัติงานเป็นการชั่วคราว
 โรงพยาบาลจะต้องมีความรับผิดชอบหรือไม่ แต่ก็ได้เริ่มมีคดี Roe v. Minister of
 Health (1954) ซึ่งศาลได้พิพากษาให้โรงพยาบาลต้องมีความรับผิดชอบในการ
 ละเมิดของวิสัญญีแพทย์ ซึ่งมาทำงานล่วงเวลาที่โรงพยาบาล

ดังนั้นจะ เห็นได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในโรงพยาบาลนั้น
 แม้จะทำการรักษาคนไข้โดยอาศัยความรู้ความสามารถส่วนตัวก็ตาม เมื่อพบ
 ความเสียหายต่อบุคคลภายนอกในการปฏิบัติหน้าที่ โรงพยาบาลซึ่งเป็นนายจ้าง
 ต้องร่วมรับผิดชอบในกรณีที่นายจ้าง ไม่อาจออกคำสั่งแก่ลูกจ้างให้ทำตามวิธีของคน
 ก็ยังถือเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน ดังนั้นที่ว่าลูกจ้างทำงานภายใต้คำสั่งและการควบคุม
 คุมของนายจ้าง หมายความว่าถึงเมื่อพิจารณาจากลักษณะงานที่จ้าง หรืออาชีพ
 แพทย์ นายจ้างจะส่งรักษาใครก็ได้ภายในขอบเขตของนายจ้าง แต่นายจ้าง ไม่
 อาจออกคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการรักษาคนไข้ ดังนั้นก็ยังถือว่าเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน
 อยู่นั่นเอง¹⁴ แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ทำงานในโรงพยาบาล

¹³ Ibid. P. 432

¹⁴ ศ. เพจิตร บุญพันธ์ุ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า
 ด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง. (อุบลราชธานี : โรงพิมพ์อีสานการ
 พิมพ์, 2507), หน้า 30.

รัฐบาล เพราะบุคคลเหล่านั้นเป็นข้าราชการ ไม่ถือว่าเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล ดังนั้นจึงพอสรุปเป็นหลักในเบื้องต้นได้ว่า การที่โรงพยาบาลจะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลากรประจำโรงพยาบาลหรือไม่นั้น จะต้องดูความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาลกับบุคคลากรนั้น และบุคคลภายนอก เป็นกรณีว่าโรงพยาบาลอาจต้องรับผิดชอบในฐานะที่เป็นนายจ้างของลูกจ้าง หรือตัวการของตัวแทน หรือโดยสัญญาที่มีต่อผู้มาใช้บริการในโรงพยาบาลเป็นพิเศษก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า กฎหมายฝรั่งเศสไม่ถือว่าแพทย์หรือศิษย์แพทย์เป็นผู้ได้บังคับบัญชาของโรงพยาบาลที่จ้างเขาเหล่านั้น ¹⁵

1.1.3 กรณีนายจ้างให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่นเป็นการชั่วคราว

กรณีที่นายจ้างให้ลูกจ้างไปทำงานให้บุคคลอื่น หรือบางครั้งเรียกว่าการให้ยืมลูกจ้างนั้น ถ้าหากลูกจ้างไปหาความเสียหายแก่บุคคลภายนอกโดยเกี่ยวเนื่องกับงานที่ทำงานนั้น มีหลักในเบื้องต้นว่านายจ้างคนแรกจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ เว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่า บุคคลผู้ที่ลูกจ้างไปทำงานให้ควรจะต้องรับผิดชอบ ¹⁶ เหตุผลสำคัญสำหรับหลักดังกล่าวนี้ก็คือ เห็นกันว่านายจ้างคนแรกนี้เป็นผู้คัดเลือก

¹⁵W.V.H.Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, p.577.

Amos & walton's, Introduction to French Law, 3rd ed, (Oxford : The Clarendon Press, 1979), p.230.

¹⁶John G. Fleming, The Law of Torts, p.346.

Francis Trindade, The Law of Torts in Australia 1st published, (Melbourne : Oxford University press, 1985), p.598.

ลูกจ้างเข้ามาทำงาน จึงควรต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ลูกจ้างกระทำไปในการปฏิบัติ
 งานการที่ลูกจ้างไปทำงานให้คนอื่นก็เท่ากับเป็นการทำงานให้นายจ้างนั่นเอง อีก
 ทั้งลักษณะของงานที่หากมีก็จะ เป็นประ เภทของงานที่นายจ้างทำอยู่ วิธีการทำงาน
 ตลอดจนเครื่องมืออุปกรณ์ต่าง ๆ ก็มักจะ เป็นของนายจ้าง เมื่อเกิดอุบัติเหตุขึ้นจาก
 การทำงานนายจ้างก็จะต้อง เป็นผู้ค่าใช้จ่ายหรือจะต้อง เป็นผู้เอาประกันภัยไว้ นาย
 จ้างจึงควรต้องเสี่ยงภัยจากการกระทำของลูกจ้างด้วย ตัวอย่างในคดี Mersey
 Dock & Harbour Board V. Coggins & Griffith (Liverpool) LTD.
 (1947) ¹⁷ เป็นคดีที่เรือท่าได้รับความเสียหายเพราะปั้นจั่น (crane) ที่ควบคุม
 รับผิดชอบงานของบริษัทหนึ่ง แต่ได้รับมอบหมายให้ไปทำงานให้กับอีกบริษัทหนึ่ง ภัย
 ที่มีข้อสัญญาว่าให้ถือว่าคนงานผู้ควบคุมปั้นจั่นนั้นเป็นลูกจ้างของบริษัทหลัง ภัยที่
 เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว ตัวลูกจ้างผู้ควบคุมปั้นจั่นได้มา เป็นพยานเบิกความ
 ต่อศาลว่า การทำงานของตนไม่มีใคร เป็นผู้ออกคำสั่ง เกี่ยวกับการควบคุมปั้นจั่น
 ในการทำงาน เขาใช้ความรู้ความชำนาญของตัวเอง คดีนี้ศาลสูงของอังกฤษ
 พิพากษาว่า ในขณะที่เกิดอุบัติเหตุขึ้นนั้น คนงานผู้ควบคุมปั้นจั่นอยู่ในระหว่างการ
 จ้างงานของบริษัทแรก ส่วนบริษัทที่สองไม่ได้เป็นผู้ควบคุมหรือออกคำสั่ง ดังนั้น
 ถือว่าบริษัทแรกเป็นนายจ้างซึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบด้วย ซึ่งแตกต่างกับคดี
 McDonald V. The commonwealth (1945) ¹⁸ นายจ้างคนแรกที่จ้างลูก-

¹⁷ Tony Weir, A Casebook on Tort, 4th ed, London :
 Sweet & Maxwell, 1979), p.216.

¹⁸ Francis Trindade, The Law of Torts in Australia, p.599.

จ้างมานั้น ไม่ได้เกี่ยวข้องกับภาระงานของลูกจ้างแต่อย่างใดเลย ลูกจ้าง
 ทำงานอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของนายจ้างพิเศษ นายจ้างพิเศษจะเป็นผู้สั่งให้ไป
 ทำงานอะไร ที่ไหน และทำอย่างไร ดังนี้ตามพฤติการณ์ถือว่านายจ้างพิเศษ
 ควรจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง

ดังนั้นจากหลักเบื้องต้นและคดีตั้งที่กล่าวมา จะเห็นว่า "ใครจะ
 เป็นผู้ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น ต้องพิจารณาว่าใครเป็นผู้มี
 อำนาจบังคับบัญชาลูกจ้าง อำนาจบังคับบัญชาที่ว่าเป็นคือ การออกคำสั่งและควบคุม
 ให้งานเป็นประการสำคัญ นอกจากนั้นอาจพิจารณาว่า ใครเป็นผู้เลือกลูกจ้าง
 เข้าทำงาน ผู้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ลูกจ้าง ทั้งอาจมีอำนาจหน้าที่ในหลายๆ
 ประการประกอบกัน หรือเพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง จะต้องเปรียบเทียบพิจารณา
 ว่าใครมีอำนาจหน้าที่มากกว่า ฝ่ายนั้นก็ควรเป็นผู้ต้องรับผิดชอบ

ในกฎหมายฝรั่งเศส เมื่อลูกจ้างอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของ
 บุคคลภายนอกชั่วคราว ศาลสูงของฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาหลาย
 ฉบับว่า "ถ้าหากในเวลาหนึ่ง หรือในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กา
 หนด นายจ้างได้กระทำให้ลูกจ้างตามปกติของตนตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา
 ของบุคคลอื่น ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจและการจัดการในขณะที่เกิดการละเมิด ก่อความ
 เสียหายให้แก่บุคคลภายนอกแล้ว บุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาต้องรับผิดชอบ" กล่าว
 คือ เมื่อนายจ้างให้ลูกจ้างไปอยู่ในการจัดการดูแลบังคับบัญชาของบุคคลอีกคนหนึ่ง
 อันเป็นการจ้างกันเป็นพิเศษ และบุคคลนั้นมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้างนั้น
 และเป็นผู้ออกคำสั่ง ความรับผิดชอบของนายจ้างย่อมสิ้นสุดลง และตกอยู่กับนายจ้าง

ชั่วคราวนั้น 19

สำหรับกฎหมายไทยนั้น มาตรา 425 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า นายจ้างจะต้องรับผิดชอบแต่ก็น่าจะแปลความได้เช่นเดียวกับหลักกฎหมายของฝรั่งเศส คือถือว่านายจ้างยังมีสิทธิในตัวลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน และยังมีโอกาสจะบังคับบัญชาลูกจ้างได้อีก แต่นายจ้างได้มอบอำนาจให้บุคคลอื่นทำการบังคับบัญชาแทนตนชั่วคราว เมื่อทำงานให้แก่ผู้ใด ผู้นั้นย่อมได้ประโยชน์จึงควรเป็นผู้รับผิดชอบในการละเมิดของลูกจ้าง 20 ตัวอย่างคำพิพากษาเรื่องนี้ของไทย ได้แก่

ฎีกา 767/2485 จำเลยที่ 1 เป็นผู้เช่าโดยเฉพาะ มีอำนาจที่จะใช้เรือนได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา มิได้เป็นผู้แทนเจ้าของเรือหรือเป็นนายจ้างของจำเลยที่ 2 เพราะเจ้าของเรือเป็นผู้ออกเงินค่าจ้าง และเป็นผู้แต่งตั้งคนเรือเอง จำเลยที่ 2 จึงเป็นลูกจ้างของเจ้าของเรือ

ฎีกา 316-318/2500 เจ้าของเรือให้เช่าเรือ แพทก เรล กงูญเตยมีข้อสัญญา กับผู้เช่าว่าให้ผู้เช่าใช้คนเรือที่ผู้ให้เช่าคือเจ้าของเรือจัดหามา ผู้เช่าจ่ายเงินเดือนคนเรือและมีอำนาจบังคับบัญชาคนเรือ แม้ผู้ให้เช่ายอมรับความเสียหายที่คนเรือต้องรับผิดชอบ แต่คนเรือก็ยังเป็นลูกจ้างผู้เช่า

ทั้งสองฎีกาที่กล่าวมานี้แตกต่างกันตรงที่ ฎีกาแรกผู้เช่าเรือไม่

19 ศ. เพจิตร บุญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า

ด้วยควมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 44.

20 เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

ใช้นายจ้าง เพราะไม่มีอำนาจควบคุมเรือหรือลูกเรือ แต่ฎีกาที่ 2 ผู้เช่าเรือเป็น
นายจ้าง เพราะมีอำนาจสั่งให้เรือไปท่าอะไรก็ได้ และมีอำนาจบังคับบัญชาลูกเรือ

ถ้านายจ้างเข้าร่วมกิจการกับบุคคลอื่น ถือว่าบุคคลนั้นเป็นนาย
จ้างเพิ่มขึ้น ต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้าง เช่นเดียวกับนายจ้างเดิม

1.1.4 กรณีลูกจ้างให้บุคคลภายนอกมาทำงานแทน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 577 วรรค 2
บัญญัติว่า "ลูกจ้างจะให้บุคคลภายนอกทำงานแทนตนก็ได้ เมื่อนายจ้างยินยอมพร้อม
ใจด้วย" ดังนั้นลูกจ้างอาจจะให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ลูกจ้างด้วยกันมาทำงานแทนตน
ได้โดยมีเงื่อนไขอยู่ว่า นายจ้างต้องยินยอมพร้อมใจด้วย การที่ลูกจ้างให้บุคคล
อื่นมาทำงานแทนนี้ ไม่ใช่การโอนสิทธิหน้าที่หรือความผูกพันตามสัญญาให้แก่บุคคล
อื่น เพราะสัญญาจ้างแรงงานต้องอาศัยคุณลักษณะส่วนตัวของลูกจ้าง ถึงแม้จะให้
คนอื่นมาทำงานแทน ตัวลูกจ้าง เองก็ยังคง เป็นคู่สัญญาผูกพันอยู่กับนายจ้างตาม
สัญญาจ้างแรงงาน uly ไม่จำกัดว่าบุคคลที่มาทำงานแทนนั้นจะทำแทนชั่วคราวหรือ
ตลอดไป อย่างไรก็ตามการให้ความยินยอมของนายจ้างนี้จะให้ความยินยอมก่อน
หรือหลังลูกจ้างเอาบุคคลอื่นมาทำงานแทนก็ได้ เพราะถ้านายจ้างจะไม่ยินยอม
กฎหมายให้สิทธิ ในการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 577 วรรค 3 ที่ว่า "ถ้าคู่สัญญา
ฝ่ายใดทำการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จะบอกเลิกสัญญา เสียก็ได้" ดังนั้น
ในระหว่างที่นายจ้างยังไม่ได้บอกเลิกสัญญา นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำ
ของบุคคลภายนอกที่มาทำงานแทนลูกจ้าง เสมือนหนึ่ง เป็นการทำงานของลูกจ้าง
เอง จะอ้างว่าไม่ใช่ลูกจ้างมาแต่เดิมไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้ แต่ศาลฎีกามีได้วินิจฉัย
ว่าคนที่มาทำงานแทนนั้นเป็นลูกจ้างของนายจ้าง ซึ่งนายจ้างจะต้องรับผิดชอบตรง

แต่วินิจฉัยไปในทางว่า ลูกจ้างมีหน้าที่ควบคุมรับผิดชอบในการที่คนอื่นมากระทำหน้าที่แทนตน เพราะ เป็นงานที่ตนต้องทำเอง มอบหมายให้คนอื่นทำแทนไม่ได้ นายจ้าง เขาจ้างตนเพราะความไว้วางใจหรือทดสอบความสามารถแล้ว เมื่อคนไปมอบหมายให้คนอื่นทำแทน ตนก็ต้องควบคุมใกล้ชิด ไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้น เมื่อไม่ได้ควบคุม ก็ถือว่าตัวลูกจ้างเองประมาทเลินเล่อต่อการทำงานในหน้าที่ ผลของการที่ลูกจ้างประมาททำให้เกิดความเสียหาย และความเสียหายนั้นเกิดขึ้นในขณะปฏิบัติงานที่จ้าง นายจ้างจึงต้องรับผิดชอบอีกทอดหนึ่ง จะปฏิเสธความรับผิดชอบอ้างว่า ผู้ก่อความเสียหายไม่ได้เป็นลูกจ้างของตนหาได้ไม่ 21

ฎีกา 852/2495 ขณะเกิดเหตุนายส่งำผู้ขับรถเมล์แดงนั่งมาในรถด้วยอาศัยยอมให้นายตรวจตัวเป็นผู้ขับแทน นายตรวจตัวขับรถโดยสารชนรถยนต์แดงก็ จำเลยที่ยอมให้คนอื่นซึ่งไม่มีใบอนุญาตขับรถ เป็นการขาดความระมัดระวังตามปกติวิสัยของปกติชน เมื่อนายตรวจขับรถชนโดยประมาทต้องถือว่านายส่งำหาละเมิด และ เมื่ออยู่ในระหว่างขับรถรับส่งคนโดยสารก็ถือเป็นทางการที่จ้าง จำเลยต้องรับผิดชอบ

ข้อที่นำพิจารณาต่อไปก็คือ "ในกรณีที่นายจ้างมีคำสั่ง เว้อย่างชัดแจ้งว่า ห้ามลูกจ้างให้บุคคลอื่นมาทำงานแทนตน แต่ลูกจ้างฝ่าฝืนนำคนอื่นมาทำงานและเกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้นนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วยหรือไม่ การที่

21 พจนี ปุชปาตม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2523), หน้า 242.

ลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งนายจ้าง เช่นนี้ นอกจากนายจ้างจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตาม
 มาตรา 577 วรรค 3 แล้ว ยังถือว่าลูกจ้างจงใจหรือละเลยต่อคำสั่งอันชอบ
 ด้วยกฎหมาย นายจ้างมีสิทธิไล่ออกจกขมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้า หรือให้คำสั
 นโหมทดแทนได้ตามมาตรา 583 แต่ในส่วนของความเสียหายแก่บุคคลภายนอกที่
 เกิดขึ้นก่อนการบอกเลิกสัญญานี้ นายจ้างไม่สามารถจะปิดความรับผิดชอบได้ ยัง
 คงต้องรับผิดชอบอยู่เพราะถือเป็นความผิดของลูกจ้าง ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้
 เอง เช่น ในคดี *Ilkiw v. Samuels* (1963) ลูกจ้างรับจ้างขับรถบรรทุก
 โดยที่นายจ้างมีคำสั่งห้ามอนุญาตให้บุคคลอื่นขึ้นมาขับรถ แม้ว่าในกรณีนี้ ก่อน
 เกิดเหตุรถบรรทุกก็จอดวางทางรถอื่น ๆ จำเป็นต้องขับรถบรรทุกออกไปเห็นหน้า
 ลูกจ้างอนุญาตให้บุคคลอื่นขึ้นขับรถบรรทุกแทน และบุคคลดังกล่าวทำให้เจตน์ได้รับ
 ความเสียหาย ในกรณีเช่นนี้แม้ลูกจ้างจะฝ่าฝืนคำสั่งของนายจ้าง นายจ้างก็
 ต้องรับผิดชอบเพราะความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างในการให้บุคคลอื่นขับรถ 22

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการ-ตัวแทน

ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง-ลูกจ้าง (employer-employee) กับ
 ตัวการ-ตัวแทน (principal-agent) นั้น มีลักษณะใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง ความ
 เป็นตัวการ-ตัวแทนนั้น ในบางครั้งอาจมีความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้าง-ลูกจ้าง
 อยู่ด้วย ความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาตัวการตัวแทนมีอยู่บ้าง
 ที่สำคัญคือสัญญาจ้างแรงงานนั้นเป็นสัญญาที่มุ่งให้เกิดผล คือการงานที่ลูกจ้างได้ทำ

²²Paul L. Bradbury, *Cases & Statutes on Tort*,

3rd ed., (London : Sweet & Maxwell, 1984), p.102.

ให้นายจ้างโดยมี "สินจ้าง" เป็นค่าตอบแทน ส่วนสัญญาตัวการตัวแทนมุ่งหมายถึง การทำการกับบุคคลภายนอกแทนตัวการ ซึ่งโดยปกติไม่มีการรับบำเหน็จสินจ้าง การเป็นตัวแทน²³ ข้อแตกต่างที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการเป็นตัวการ-ตัวแทน ก็คือส่วนใหญ่นั้นแล้วตัวการจะมอบหมายให้ตัวแทน กระทำการกับบุคคลที่สามในนาม ของตัวการหรือแทนตัวการ²⁴ ดังนั้นลูกจ้างอาจอยู่ในฐานะตัวแทนด้วยได้ ถ้ามีข้อเท็จจริงว่า มีการมอบหมายให้ทำการอย่างใดอย่างหนึ่งกับคนภายนอก แทนนายจ้าง หรือมีการทำเพื่อประโยชน์ของนายจ้างและนายจ้างให้สัตยาบัน

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายไทยบางท่านเห็นว่า กิจกรรมที่ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนทำนี้ ไม่จำเป็นต้อง เป็นกิจกรรมที่หาแทนตัวการต่อบุคคลที่สาม ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า การรับใช้หรือรับวานโดยชั่วคราวให้บุคคลอื่นนั้น ไม่ใช่ตัวแทน เพราะ ไม่ใช่กิจกรรมที่หาแทนตัวการต่อบุคคลที่สาม ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 427 (ฎีกาที่ 1980/2505 , 619/2507 , 528/2523) แต่ขัดกับฎีกาที่ 1133/2516 ซึ่งวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และฎีกาที่ 2977/2523 ซึ่งวินิจฉัยไว้ว่า กิจกรรมที่ตัวแทนหาแทนตัวการแม้มิได้หาต่อบุคคลที่สาม ก็อยู่ในบังคับของมาตรา 427 เช่นเดียวกัน ²⁵

²³ สุขุม ศุภนิษฐ์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ ละเมิด , (กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2532), หน้า 99.

²⁴ Harry treet , The Law of Torts , 7 th ed , (London: Butterworths, 1983), p.392.

²⁵ ศักดิ์ สมองชาติ , คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด , (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2527) หน้า 62.

ปัญหาที่น่าพิจารณา สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนคือตัว
การตัวแทนซึ่งเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย แต่ความจริงแล้วไม่ได้มีการแต่งตั้งกัน
เลย ที่เรียกว่าตัวแทนเขื่อนั้นตัวการจะต้องมีความรับผิดชอบในการละเมิดของตัวแทน
ประเภทนี้ด้วยหรือไม่ ปัญหานี้ได้มีความเห็นของนักนิติศาสตร์เป็น 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรกเห็นว่าในกรณีของตัวแทนเข็ดตามมาตรา 821 นี้เนื่องจาก
ความเป็นตัวการ-ตัวแทน เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายโดยไม่มี การแต่งตั้ง จึงมีข้อ
โต้แย้งว่าเป็นการขาดองค์ประกอบสำคัญ ในแง่ของการตกลงให้ทำการแทน
ตัวการจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ของการเป็นตัวการ-ตัวแทนกัน²⁶ กฎหมายน่าจะมุ่ง
คุ้มครองบุคคลภายนอกภัยพิบัติปาก ไม่ให้ตัวการที่ได้ประโยชน์จากการที่ตัวแทนเข็ด
นั้นทำการกับบุคคลภายนอก ปฏิเสธความรับผิดชอบตามกฎหมาย เมื่อไม่ใช้สภาพแห่งตัว
การ-ตัวแทนแล้ว หากเห็นาคิดว่า ตัวการ-ตัวแทน ตามมาตรา 821 นี้ น่าจะอยู่
นอกวัตถุประสงค์ของมาตรา 427 และหากจะพยายามตีความมาตรา 427 ให้สอดคล้อง
คลึงกับมาตรา 425 ให้มากที่สุด นั้นคือต้องมีการตกลงมอบหมายให้ทำการแทน
ถ้าไม่ใช้การตกลงก็อาจมีการยอมรับโดยสัตยาบันภายหลัง นอกจากนั้นไม่ใช้สัญญา
ตัวแทน

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้ตัวการต้องร่วมรับผิดชอบแห่ง
ละเมิดซึ่งตัวแทนกระทำไปแนวทางที่ทำการแทนนั้น ก็เพราะต้องการให้ผู้เสียหาย
ได้รับการชดเชยเยียวยา และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นตัวการยอมอยู่ในฐานะที่จะ

26 ประสิทธิ์ ใจวิไลกุล , ความรับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้อื่น " ตัวแทน-
ตัวการ" , วารสารกฎหมาย 1 (ม.ค. - เม.ย. 2520) : หน้า 63.

รับผิดชอบได้ ถ้าหากปรากฏว่าเป็นความเสียหายที่ตัวแทนก่อนขึ้น ในขณะที่ทำการ
แทนตัวการ เพื่อประโยชน์ของตัวการ— เพราะฉะนั้นในระหว่างตัวการตัวแทนข้อ
เท็จจริงจะเป็นอย่างไร ผู้เสียหายย่อมไม่มีโอกาสทราบได้ ถ้าจะอ้างว่ามีได้มี
สัญญาแต่งตั้งมอบหมายให้ทำการแทน ตัวการจึงไม่อยู่ในฐานะตัวการผู้ต้องร่วมรับ
ผิดในความเสียหาย ก็จะไม่ยุติธรรมต่อผู้เสียหาย จึงเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นตัวแทน
ชนิดใดควรราบไต่ที่ทำการแทนตัวการแล้ว หรือแม้ขณะทำการจะทวนอกขอบอำนาจ
แต่ภายหลังมีการยอมรับรองโดยการใช้สัตยาบัน ตัวการก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย
ที่ตัวแทนก่อนขึ้นทั้งสิ้น ไม่มีข้อยกเว้นว่าจะต้องเป็นตัวการตัวแทนกันอย่างชัด
แจ้ง เท่านั้น ตามมาตรา 427 ไม่ได้จำกัดว่าใช้ เฉพาะตัวการตัวแทนที่มีสัญญาต่อกัน
ฉะนั้นจึงควรให้ตัวการต้องรับผิดชอบผลแห่งละเมิดที่ตัวแทนเซ็ดหาด้วย 27
ซึ่งผู้เขียนเอง เห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายนี้

แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาไว้ในทางที่คุ้มครอง
บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย แม้ผู้กระทำละเมิดจะเป็นเพียงตัวแทนเซ็ด ตัวการ
ก็ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

ฎีกาที่ 243/2530 จำเลยที่ 3 ยอมให้รถยนต์ แท็กซี่ คันเกิดเหตุ
ออกแล่นรับคนโดยสารในนามของบริษัทจำเลยที่ 3 รับผิดชอบและจำเลยที่ 3
ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้ตราบริษัทจำเลยที่ 3 คิติดอยู่ที่ข้าง
รถ บุคคลทั่วไปยอมเข้าใจว่า จำเลยที่ 3 เป็นผู้ประกอบการเดินรถยนต์รับจ้าง
โดยสารในกิจการของจำเลยที่ 3 เอง ดังนั้นได้ชื่อว่าจำเลยที่ 3 เซ็ดจำเลยที่ 1

27 ศ. เพลจิตร บุญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า
ด้วยความรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 109.

ผู้ขับรถแท็กซี่คันเกิดเหตุเป็นตัวแทน จึงต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกผู้สุจริต เสมือน
จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของตน (ตัดสินตามฎีกาที่ 3116/2523)

ได้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง- ลูกจ้างและตัวการ- ตัวแทน
มาพอสมควรแล้ว จะ ได้พิจารณาถึงหัวข้อต่อไปขององค์ประกอบความรับผิดของนาย
จ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้าง ได้กระทำไปในทางการที่จ้างคือจะต้องมีการกระทำ
อันก่อให้เกิดความเสียหาย

2. มีการกระทำก่อให้เกิดความเสียหาย

ความรับผิดของนายจ้าง ในการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา
425 นี้ ในส่วนของการกระทำละเมิดของลูกจ้างต้องอาศัยหลักทั่วไปในมาตรา
420 ว่าด้วยความรับผิดในการกระทำของตนเป็นเกณฑ์วินิจฉัยคือ ลูกจ้างต้อง
กระทำผิด ถ้าหากมิได้กระทำละเมิด แม้จะเป็นในทางการที่จ้าง นายจ้างก็ไม่
ต้องรับผิด เช่น ถ้าผู้เสียหายรู้เห็นยินยอมในการกระทำผิดนั้น ลูกจ้างก็ไม่ต้อง
รับผิด ตามหลักความยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้เกิดเป็นการละเมิดขึ้น

การละเมิดตามมาตรา 420 หมายถึง การจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ
ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด การกระทำโดยจงใจหมายถึง รู้สำนึกถึง
ผลเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหาย
แก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อย
เพียงใดไม่สำคัญ แม้ว่าผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากกว่าที่เข้าใจ ถ้าหาโดยที่เข้าใจ
ว่ามีผลเสียหายอยู่บ้างแล้ว แม้จะเล็กน้อยเพียงใด ก็เป็นการกระทำความ
เสียหายโดยจงใจอยู่นั่นเอง ถ้าหากเป็นการกระทำโดยสุจริต แต่เข้าใจผิดในข้อ-

เท็จจริงหรือการกระทำโดยผิดหลังปลั่งพลาดไม่เป็นการกระทำโดยจงใจ เพราะ
 ไม่ได้รู้ถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้น 28 ดังนั้นการกระทำโดยจงใจในทางละเมิดนี้
 จึงมีความหมายกว้างกว่าการกระทำโดยเจตนาในทางอาญา เพราะการกระทำ
 " โดยเจตนา " นั้น ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลของการ
 กระทำนั้น ส่วน " จงใจ " ไม่ต้องมุ่งหมายต่อผลอันใดโดยเฉพาะ เพียงแต่รู้ว่าจะ
 เกิดความเสียหายแก่เขาเท่านั้นก็พอ²⁹ เช่น ก. กับ ข. นั่งกินข้าวอยู่ด้วยกันริม
 น้ำ แล้วเกิดทะเลาะกัน ก. ต่อย ข. ตกน้ำ บังเอิญ ข. ว่ายน้ำไม่เป็นจึงจมน้ำ
 ตาย ดังนั้น แม้ว่า ก. จะไม่ได้ประสงค์ต่อความตายของ ข. ซึ่งทำให้ ก. มี
 ความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 290
 แต่การกระทำของ ก. ก็เป็นการกระทำละเมิดต่อ ข. โดยจงใจ เพราะ ก. รู้
 สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน แม้จะไม่ทราบว่าจะเกิดความ
 เสียหายถึงเพียงนั้นก็ตาม ดังนั้นการกระทำโดยเจตนาจึงเป็นการจงใจ แต่การ
 กระทำโดยจงใจอาจไม่เป็นการกระทำโดยเจตนาเสมอไป

อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับการกระทำโดยอาจเล็งเห็นผลนั้น ทาน
 ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ในคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ว่า
 " การกระทำโดยจงใจในเรื่องละเมิด เป็นการกระทำที่ต้องมีผลเสียหายเกิดขึ้น
 ต่างหากจากการกระทำ ถ้ามีแต่เพียงการกระทำไม่มีความเสียหาย ย่อมไม่เป็น
 ละเมิด การกระทำโดยจงใจหมายความถึงการกระทำโดยประสงค์ต่อผลคือความ

28 ศ. จิตติ ดิงศภัทย์, มูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร:
 เรือนแก้วการพิมพ์, 2526) หน้า 178.

29 เรื่องเดียวกัน, หน้า 179.

เสียหายแก่ผู้อื่น ถ้าไม่ประสงค์ต่อผลคือความเสียหายเช่นนั้นแล้ว แม้จะเล็งเห็นผลก็ไม่เชิงใจอาจเป็นเพียงประมาทเลินเล่อได้อีกส่วนหนึ่ง แต่เมื่อผู้กระทำประสงค์ให้เกิดความเสียหายก็เป็นจงใจกระทำแล้ว แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยกว่าที่ประสงค์เพียงใดก็เป็นกรกระทำละเมิดโดยจงใจ ความเสียหายที่เกิดขึ้นนอกเหนือความประสงค์ เป็นปัญหาเพียงค่าเสียหายที่ต้องใช้มากน้อยเพียงใดเท่านั้น 30

ท่านอาจารย์ พจน์ ปุษปาคม เห็นว่า " จงใจในทางแพ่ง " ไม่ต่างกับเจตนาในทางอาญา เพราะต้องประกอบด้วยกรกระทำโดยประสงค์ต่อผลคือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน เป็นแต่ว่าการเล็งเห็นผลเท่านั้นจะ เชียดกับประมาทได้ ถ้าการเล็งเห็นนั้นเห็นอยู่แน่ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้น ก็เป็นจงใจ ถ้าไม่แน่ว่าความเสียหายจะ เกิดหรือไม่ก็เป็นประมาทเลินเล่อ แต่การเชียดกันระหว่างจงใจกับประมาทเลินเล่อ มิได้เปลี่ยนแปลงความรับผิดชอบประการใดเลย แม้ว่าความเสียหายจะได้เกิดขึ้นโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อจาเลย ก็ต้องรับผิด 31

ส่วนความประมาทเลินเล่อ หมายถึงกรกระทำโดยไม่จงใจแต่ไม่เชียด

30. ศ. จิตติ ตึงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน ที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย เนติบัณฑิตยสภา, 2521) หน้า 206-207.

31. พจน์ ปุษปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด, หน้า 104-105.

ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ รวมถึงการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อันเป็นการกระทำโดยไม่มีเจตนา แต่หากได้ใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อย ความเสียหายนั้นก็อาจจะไม่เกิด ความระมัดระวังที่ว่านี้ เทียบกับระดับแห่งความระมัดระวังของบุคคลที่มีความระมัดระวังตามปกติการณ์ และตามฐานะในสังคม เช่นเดียวกับผู้กระทำ ความเสียหาย โดยคำนึงถึงปกติการณ์แวดล้อมในขณะเกิดเหตุประกอบด้วย ความระมัดระวังจึงอาจแตกต่างกันไปตามปกติการณ์แห่งตัวบุคคล ไม่นั่นอนคงที่เหมือนกรณีความรับผิดทางสัญญา ซึ่งได้กำหนดระดับความระมัดระวัง ไว้ในระดับของวิญญูชน 32

การ" กระทำ" ของลูกจ้างนี้ นอกจากจะ เป็นการกระทำ" ที่เกิดความเสียหายแล้วยังรวมถึงการละเว้น การงดเว้น³³ ไม่กระทำหน้าที่ที่จะต้องกระทำด้วย หากการกระทำ การละเว้น และการงดเว้นนั้นอยู่ในทางการที่จ้างแล้วนายจ้างก็ต้องรับผิดด้วย เช่น ฎีกา 1559-1560/2504 การที่จำเลยที่1 ซึ่งมีหน้าที่

32 ศ. ไพจิตร บุญพันธ์ุ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่6, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2529) หน้า. 10-11.

33 การงดเว้นกระทำ ตามปกติไม่เป็นการกระทำ และไม่ต้องรับผิด กฎหมายจะถือว่าการงดเว้นเป็นการกระทำและจะต้องรับผิด เมื่อการงดเว้นนั้นสามารถก่อให้เกิดผลเสียหายขึ้น หากว่าไม่งดเว้นความเสียหายนั้นก็อาจจะไม่เกิดขึ้น หน้าที่ของการงดเว้นนั้น เป็นหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดผล ส่วนการกระทำโดยละ เว้นนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้กระทำในเรื่องที่วางไว้ มิใช่บังคับให้กระทำโดยเฉพาะ เจาะจง เพื่อป้องกัน มิให้เกิดผลขึ้น

ปิดกั้นถนน เมื่อให้ยานอื่นผ่านไปก่อนที่รถไฟจะผ่าน นอนหลับเสีย ไม่กระทำการ
 ปิดกั้นถนนเมื่อรถไฟจะผ่าน เป็นการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องกระทำเป็น
 ประจำ เป็นเหตุให้รถไฟชนกับรถยนต์ที่จอดอยู่กับพวกนั่งมานั้น เป็นการละเมิด
 ต่อโจทก์ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นั้น มี
 ความหมายรวมทั้งการกระทำ และการละเว้นการกระทำ อันบุคคลนั้นจะต้อง
 กระทำด้วย และคำว่า "กระทำ" ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 425 ซึ่งให้นายจ้าง
 ร่วมรับผิดชอบลูกจ้าง ก็หมายถึงการกระทำหรือละเว้นการกระทำตามนัยที่กล่าว
 ในเมื่อการกระทำหรือละเว้นนั้นเป็นไปในทางการที่จ้าง นายจ้างต้องรับผิดชอบ

ฎีกา 1640/2506 (ประชุมใหญ่) การละเมิดนั้นหมายความรวมทั้ง
 การกระทำและการละเว้น ในเมื่อมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลเสียหายด้วย
 ฉะนั้นเมื่อลูกจ้างของจำเลยผู้ดำเนินกิจการรถไฟ มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องป้องกัน
 ภัยในการที่จะเดินรถไฟผ่านข้ามถนน นอนหลับเสีย ไม่ปิดแผงกั้นถนนขณะ
 รถไฟผ่าน เป็นเหตุให้รถไฟของจำเลยชนรถยนต์โจทก์เสียหาย ก็ต้องถือว่าเป็น
 การกระทำละเมิดในทางการที่จ้าง ซึ่งจำเลยผู้เป็นนายจ้างต้องรับผิดชอบด้วย จะ
 อ้างว่าการนอนหลับไม่เป็นการกระทำละเมิด และไม่เป็นการกระทำในทางการ
 ที่จ้างหาได้ไม่

ความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตรา 425 นี้ เป็นความรับผิดชอบที่นายจ้าง
 ไม่ได้มีส่วนในการจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ หรือมีส่วนผิดในการกระทำละเมิด
 หรือแม้แต่รู้เห็นเป็นใจด้วยเพียงแต่ได้ความว่าเป็นนายจ้างลูกจ้างกัน และลูกจ้าง
 ได้กระทำละเมิดในทางการที่จ้างนายจ้างก็ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย แต่ถ้าปรากฏว่า
 นายจ้างเป็นผู้สั่งให้ลูกจ้างไปกระทำละเมิด นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำ

ของตนเองตามมาตรา 420 มาใช้ 425 และถ้าหากนายจ้าง ได้จงใจหรือประ-
 มาทเลินเล่อ ก็ย่อมถือว่านายจ้าง ได้ก่อความเสียหายให้แก่ผู้อื่นนั้นโดยตรงแม้จะ
 มีลูกจ้าง เข้ามาเกี่ยวข้องกับตัวก็ถือเป็นความผิดส่วนตัว เช่น เห็นว่าลูกจ้างกำลัง
 เมาอยู่ เห็นได้ว่าอาจ เบียดความเสียหายให้บุคคลอื่น นายจ้างก็ยังไม่ให้ลูกจ้าง
 ชำบรถ ดังนั้นหากเกิดความเสียหายขึ้น นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน
 เองตามมาตรา 420 มีฎีกาที่อาจเทียบเคียง ได้คือฎีกา 1980/2505 การลา
 หรือว่าบุคคลที่มีใช้ลูกจ้างให้ชำบรถยนต์ ไปในธุรกิจของผู้ใช้เอง โดยผู้ถูกใช้ เป็น
 ผู้ชำบรถยนต์ได้และ เคยขับให้ผู้ใช้มาก่อนแล้วนั้น หากผู้ถูกใช้ชำบรถยนต์ ไปชนบุคคล
 อื่นอันเป็นการละเมิดขึ้น ผู้ใช้หากจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วย ไม่เพราะมิได้ประมาท
 เลินเล่อในการลาให้หรือว่า

แต่ถ้าหากนายจ้าง ได้ร่วมกับลูกจ้างกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น ก็เป็น
 เรื่องที่นายจ้าง จะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างตามมาตรา 432

อย่างไรก็ตาม ที่ว่าการกระทำละเมิดของลูกจ้างตามมาตรา 425 นี้
 ต้องอาศัยหลักทั่วไปของความรับผิดในมาตรา 420 นั้น นำพิจารณาต่อว่า
 ความรับผิดทางละเมิดที่ ไม่ต้องอาศัยการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ตามมาตรา
 420 แต่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของความรับผิดเกิดขาดต่างวานั้น ถ้าหากลูกจ้าง
 จะต้องมี ความรับผิดตามนั้น และเป็นไปในทางการที่จ้างแล้วนายจ้างจะต้องร่วม
 รับผิดชอบด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ตามที่ ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในเรื่องของพื้นฐานความรับ
 ผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 ของ ไทย

ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นองค์ประกอบในส่วนของการกระทำ ซึ่งก่อให้

เกิดความเสียหายของลูกจ้าง ซึ่งนายจ้างจะต้องรับผิดชอบแห่งการกระทำนั้น หลักดังกล่าวนี้ นำมาใช้ในเรื่องความรับผิดของตัวการ ในการกระทำของตัวแทน เช่นเดียวกัน

3. กระทำต่อบุคคลอื่น

องค์ประกอบประการหนึ่งของความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 ก็คือ การละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำไปนั้น ต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก มิใช่ลูกจ้างกระทำละเมิดก่อความเสียหายแก่ตัวนายจ้าง ซึ่งลูกจ้างต้องรับผิดชอบต่อนายจ้างเป็นส่วนตัว และถ้าหากตัวลูกจ้างนั้นเองได้รับความเสียหาย เนื่องจากการทำงานให้นายจ้าง ก็เป็นกรณีที่นายจ้างจะต้องชดเชยให้ลูกจ้างตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายแรงงาน

แต่ในกรณีที่ลูกจ้างโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำความเสียหายต่อลูกจ้างด้วยกันแล้ว นายจ้างจะต้องมีความรับผิดชอบร่วมด้วย เช่น

คดี *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* [1957] ลูกจ้างและบิดาต่างก็เป็นลูกจ้างของนายจ้างคนเดียวกัน ระหว่างทำงาน บุตรชายซึ่งเป็นคนขับรถบรรทุกพาให้รถคว่ำ บิดาซึ่งเป็นลูกจ้างด้วยได้รับบาดเจ็บ นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างโดยชดเชยค่าเสียหายให้แก่ลูกจ้างซึ่งได้รับบาดเจ็บ แต่สามารถใช้สิทธิไล่เบี้ยเรียกค่าเสียหายคืนได้จากลูกจ้างผู้กระทำละเมิด 34

³⁴Paul L. Bradbury, *Cases & Statutes on Tort*, 3rd ed., [London : Sweet & Maxwell, 1984], p.96.

คดี Harvey V. O'Dell Ltd. [1958] โจทก์และผู้ตายเป็นลูกจ้าง
ของนายจ้างด้วยกัน โจทก์ ได้ซื้อหลักทรัพย์จากรายชื่ช่นต์ของผู้ตายเพื่อไปทำงาน
ยังอีกเมืองหนึ่งโดยความรู้เห็นยินยอมของนายจ้าง หลังจากทำงานบางส่วนแล้ว
ทั้งผู้ตายและโจทก์กลับมาเอาเครื่องมือเพิ่มเติมบางส่วน และในระหว่างทางพา
กลับ ด้วยความประมาทเลินเล่อของผู้ตาย ทำให้เกิดอุบัติเหตุโจทก์ได้รับบาดเจ็บ
และผู้ตายเสียชีวิต ดังนั้นนายจ้างจะต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อของ
ผู้ตายซึ่งเป็นลูกจ้าง เพราะการเดินทางนั้นผู้ตายได้กระทำไปในทางการที่จ้าง 35

ความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนี้ตามกฎหมาย
อังกฤษ ในบางกรณีแม้จะปรากฏว่าลูกจ้างผู้กระทำไม่ควรถูกรับผิด นายจ้างก็ยังคง
ต้องมีความรับผิดชอบอยู่ เช่น ตามหลักกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ
มีพระราชบัญญัติสามีภริยา ค.ศ. 1962 [Husband and wife Act 1962] บัญญัติ
ห้ามสามีภริยาฟ้องร้องซึ่งกันและกันในคดีละเมิด ในคดี Broom v. Morgan [1953]
โจทก์และสามีเป็นลูกจ้างของนายจ้างด้วยกัน โจทก์ได้รับบาดเจ็บเพราะความ
ประมาทเลินเล่อของสามี โจทก์ฟ้องให้นายจ้างรับผิด โดยอ้างว่านายจ้างจะต้อง
รับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง นายจ้างยกข้อต่อสู้ว่าในกรณีนี้กฎหมายบัญญัติห้าม
สามีภริยาฟ้องร้องซึ่งกันและกันในคดีละเมิด เมื่อลูกจ้างซึ่งเป็นสามีของโจทก์ไม่
ต้องรับผิด นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดด้วย แต่ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้นายจ้าง
ต้องรับผิดต่อโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า ลูกจ้างซึ่งเป็นสามีของโจทก์นั้นไม่ต้อง
รับผิดตามกฎหมาย เพราะมีความคุ้มกันในฐานะที่เป็นสามีภริยากัน แต่ยังคง
มีความผิดในการกระทำละเมิดอยู่ ดังนั้นนายจ้างยังคงต้องรับผิดด้วย ซึ่งศาล

ก็ได้ให้เหตุผลทางอนึ่งเดียวกันนี้ในคดี Smith V. Mass [1940] 36 อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยไม่มีพระราชบัญญัติทางอนึ่งนี้ ดังนั้นในกฎหมายไทยจึงไม่มีกรณีที่ นายจ้างจะต้องรับผิดโดยที่ลูกจ้างไม่ต้องรับผิด

องค์ประกอบในส่วนการกระทำต่อบุคคลอื่นนี้ ความรับผิดของตัวการในการกระทำละเมิดของตัวแทนก็ใช้หลักเดียวกันดังกล่าวนี

4. ในทางการที่จ้างและในทางการที่เป็นตัวแทน

4.1 ในทางการที่จ้าง

เมื่อบุคคลมีความสัมพันธ์กันในฐานะนายจ้าง-ลูกจ้าง และผู้ที่เป็นลูกจ้างได้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันเป็นการครบองค์ประกอบตามที่กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นแล้วนั้น การกระทำของลูกจ้างจะต้องเป็นไปตามองค์ประกอบประการสุดท้ายนี้ด้วย คือ การกระทำละเมิดต้องเป็นไปในทางการที่จ้าง ความรับผิดของนายจ้างในผลแห่งการกระทำละเมิดของลูกจ้างนี้ แตกต่างจากความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นประเภทอื่น ๆ เช่น บิดามารดาต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ ญาติที่บิดามารดาจะต้องรับผิดในการละเมิดทุกอย่าง ตลอดเวลา แต่นายจ้างจะต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้างเฉพาะในทางการที่จ้างเท่านั้น ฉะนั้นการพิจารณาถึงความหมายของ "ในทางการที่จ้าง" จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นหลักเกณฑ์ที่จำกัดขอบเขตของความรับผิดของนายจ้างเพียงประการเดียว การที่นายจ้างจะต้องรับผิดเพื่อการละเมิดซึ่งลูกจ้างได้ไปกระทำมาหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการตีความว่าการกระทำ

36 R.W.M. Dias and B.S Markesinis, Tort Law, p.306.

ของลูกจ้างนั้นอยู่ในทางการที่จ้างหรือไม่นั่นเอง . หากเป็นการกระทำในทางการที่จ้างแล้ว นายจ้างจะต้องรับผิดชอบด้วย โดยนายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการละเมิดทุกชนิดซึ่งลูกจ้างได้ก่อขึ้นในทางการที่จ้าง ไม่ว่าการละเมิดนั้น จะเกิดขึ้นในลักษณะใด จะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ จงใจ หรือเจตนาชั่วร้ายอย่างเร็กซ์ตาม หากเป็นการกระทำในทางการที่จ้างแล้ว นายจ้างจะต้องรับผิดชอบด้วยเสมอ นายจ้างจะต่อสู้ให้ตัวเองพ้นความรับผิดชอบโดยอ้างว่า ลูกจ้างกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ ทั้งที่ตนสั่งให้กระทำโดยระมัดระวังแล้ว หรือลูกจ้างกระทำการหลอกลวง ฉ้อฉล ทั้งที่นายจ้างให้กระทำโดยสุจริต หรือลูกจ้างกระทำการโดยผิดพลาด ทั้งที่นายจ้างสั่งให้กระทำโดยถูกต้องแล้ว ไม่ได้ นายจ้างจะต้องมีความรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อ การหลอกลวง และความผิดพลาดของลูกจ้าง 37 นายจ้างจะอ้างว่าลูกจ้างไม่มีอำนาจทะเลาะเมิด หรือคนไม่ได้มอบอำนาจให้ทะเลาะเมิด เพื่อให้เห็นพ้นผิดก็ไม่ได้ แม้ลูกจ้างจะได้กระทำผิดทางอาญา ก็ไม่ทำให้นายจ้างพ้นผิดทางละเมิด ถ้าหากการกระทำดังกล่าวอยู่ในทางการที่จ้าง ดังนั้นปัญหาจึงอยู่ที่ว่า อย่างไรเป็น "ในทางการที่จ้าง"

เป็นการยากที่จะแยกว่า อย่างไรการกระทำของลูกจ้างเป็นในทางการที่จ้าง และอย่างไรจึงเป็นการกระทำโดยส่วนตัว เพราะคดีต่างๆที่เคยมีการระบุว่า การกระทำอยู่ในทางการที่จ้างหรือไม่ ก็ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะอันเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย ที่จะสามารถแบ่งแยกได้ชัดเจน อย่างนี้เป็นวิทยาศาสตร์ [scientific classification] ดังนั้นวิธีที่ดีที่สุดที่สามารถทำได้ ก็คือการ

สรุปเป็นกฎเกณฑ์ย่อย³⁸ เป็นกรณีทั่วไป ซึ่งสามารถใช้ได้ เฉพาะในข้อเท็จจริงที่
เหมือนกันเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ได้พยายามอธิบายถึงขอบเขตของ "ใน
ทางการที่จ้าง" ไว้หลายประการ พอสรุปรวมความได้ว่า

"ในทางการที่จ้าง" คือการกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับงานที่ลูกจ้างได้รับจ้างมา
เคยหลักทั่วไปแล้ว ลูกจ้างจะต้องทำงานให้แก่นายจ้างตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา
จ้างแรงงาน หากไม่มีข้อตกลงโดยชัดแจ้ง การปฏิบัติงานก็ต้องเป็นไปตาม
ประเพณีท้องถิ่น หากไม่มีประเพณีท้องถิ่นลูกจ้างก็ต้องปฏิบัติงานตามพฤติการณ์ที่
ชอบด้วยเหตุผลแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ต้องพิจารณาว่าลูกจ้างรับจ้างทำงานประเภทใด
ลักษณะใด เพราะขอบเขตของอำนาจย่อมรู้ หรือสื่อให้เห็นได้จากลักษณะของงาน
นั้น³⁹ ถ้าหากเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของงานที่จ้างแล้วนายจ้างก็ต้อง
รับผิดชอบด้วย เช่น จ้างคนงานไว้ทำสวน ถ้าหากคนสวนขับรถของนายจ้างไป
ซื้อของ ย่อมเป็นนอกทางการที่จ้าง ยกเว้นแต่นายจ้างได้สั่งหรือยินยอมเป็นกรณี
พิเศษ การกระทำอันเกี่ยวข้องกับงานที่รับจ้างนี้ ลูกจ้างจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของ
ตนเพื่อนายจ้าง ไม่ว่านายจ้างจะมอบหมายหรือสั่งให้กระทำโดยตรงหรือไม่
และแม้ว่าลูกจ้างจะ ได้กระทำการใดไปโดยผิดวิธีหรือขัดคำสั่งของนายจ้าง แต่ถ้า
ลูกจ้างได้ปฏิบัติไปโดยมีความมุ่งหมายจะรักษาประโยชน์ของนายจ้างแล้ว ถึงแม้

38 W. V. H. Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, p. 580.

39 ศ. เจริญ ปลอดภัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า

ด้วยความรับผิดชอบแห่งการละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 59.

วิธีการนั้นจะ เป็นการละเมิดและ ไม่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำ ก็ยังถือว่าเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง เกี่ยวกับการได้รับมอบอำนาจของลูกจ้างนี้ มีความแตกต่างระหว่างอำนาจที่ได้รับมอบโดยนัย กับอำนาจที่ได้รับมอบโดยชัดแจ้ง การกระทำของลูกจ้างอาจเป็นการกระทำที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งจะหาให้นายจ้างต้องมีความรับผิดชอบร่วมด้วย แม้ว่าจะ เป็นการกระทำเพื่อจุดมุ่งหมายของลูกจ้าง เองก็ตาม ถ้าการกระทำนั้นสามารถบ่งบอก ได้ว่าได้รับการอนุญาตจากนายจ้างโดยนัย แต่ในบางกรณีสภาพการณ์ที่ปรากฏอาจบ่งชี้ว่าเป็นอำนาจที่ได้รับมอบโดยชัดแจ้ง หากเขาเห็นว่าทรัพย์สินนั้นอาจตกอยู่ในอันตราย⁴⁰ เช่นลูกจ้างชายของ"ในร้าน เห็นเพหมาใกล้ร้านของนายจ้าง จึงชนของของนายจ้างออกนอกร้าน แล้วไปเหยียบข้าวของของคนอื่นเสียหาย ดังนั้นถือว่าลูกจ้างกระทำในทางการที่จ้าง

ความรับผิดชอบของนายจ้างจะมีอยู่ เฉพาะ เมื่อลูกจ้าง ได้กระทำการอันเป็นความเสียหายระหว่างที่ตนกำลังปฏิบัติการตามหน้าที่ เพื่อให้งานที่รับจ้างมาลุล่วงไปโดยเหตุที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานนั้น อาจไม่ได้เกิดขึ้นในระหว่างเวลาทำงานตามปกติของลูกจ้างก็ได้ แต่การกระทำของลูกจ้างจะถือว่าอยู่"ในทางการที่จ้าง เฉพาะ เมื่อ การกระทำนั้นเกิดขึ้นในช่วง เวลาที่ลูกจ้าง ได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติงาน หรือในช่วง เวลาที่เกี่ยวข้องกับเวลาที่ได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติงาน⁴¹ เช่น ลูกจ้างซึ่งเลิกงาน 16.00น. แต่อยู่ทำงานต่อเพื่อให้งานที่ทำอยู่นั้นเสร็จลง การทำงานล่วงเวลาของลูกจ้าง เป็นการกระทำในทางการที่จ้าง แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึง

⁴⁰ Salmond and Heuston, Law of torts, P.440.

⁴¹ Harry Street, The Law of Torts, P.427.

ลูกจ้างที่เข้ามายังสถานที่ทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายจ้าง ในช่วงวันหยุด การได้รับอนุญาตจากนายจ้าง จะมีผลให้การกระทำของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้าง เช่นในคดี *Ruddiman & Co V. Smith* [1889] ของอังกฤษจำเลยอนุญาตให้ เสมียนใช้ห้องน้ำของตนได้ หลังจากเลิกงานเสมียนได้เตรียมตัวกลับบ้านและใช้ ห้องน้ำของนายจ้าง แล้วลืมปิดก๊อกน้ำ ทำให้น้ำรั่วซึมลงมายังห้องของเจทท์ซึ่งอยู่ ชั้นล่างของที่ทำงานของจำเลย ดังนั้นจำเลยซึ่งเป็นนายจ้างต้องรับผิดชอบในความเสียหายของเจทท์ที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้างซึ่งถือเป็นการที่จ้าง⁴² มี ข้อสังเกตว่า ในคดีนี้นายจ้างอนุญาตให้ลูกจ้างใช้ห้องน้ำของตนซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ดังนั้นถ้าหากนายจ้างไม่ได้อนุญาต แต่ลูกจ้างได้เข้าไปใช้ ห้องน้ำดังกล่าวเอง แล้วประมาทเลินเล่อทำให้บุคคลอื่นต้องเสียหาย ดังนั้นนายจ้าง ไม่ต้องรับผิดชอบด้วย เช่นในคดี *Stevens V. Woodward* [1881] เสมียน ทนายความทำให้น้ำรั่วซึมมายังห้องข้างล่าง เพราะลืมปิดก๊อกน้ำในห้องน้ำของนายจ้าง ซึ่งได้เข้าไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต นายจ้างไม่ต้องรับผิดเพราะ ไม่ถือว่า ได้กระทำไปในทางการที่จ้าง⁴³ แต่ในกรณีที่นายจ้างอนุญาตให้ลูกจ้างใช้ทรัพย์สิน ของตนไม่จำเป็นต้องอยู่ในทางการที่จ้างเสมอไป ลูกจ้างอาจใช้ทรัพย์สินของนายจ้าง เพื่อตนเอง ไม่เกี่ยวกับงานที่จ้างก็ได้ นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบด้วย

⁴² Ibid. p. 427.

⁴³ Philip S. James, General Principles of The Law of Torts,

ตามปกติแล้วลูกจ้างควรจะปฏิบัติหน้าที่ ตามที่ได้รับอนุญาตจากนายจ้าง ถ้าหากลูกจ้างกระทำการใดโดยฝ่าฝืนข้อห้ามของนายจ้าง จะต้องพิจารณาก่อนว่า ข้อห้ามดังกล่าว เป็นข้อห้ามที่กำหนดขอบเขตของการจ้าง หรือ เป็นข้อห้ามซึ่งเกี่ยวข้องกับวิธีการทำงานภายในขอบเขตของการจ้างโดยเฉพาะเท่านั้น การฝ่าฝืนข้อห้ามที่กำหนดขอบเขตของการจ้างจะทำให้การกระทำอยู่นอกทางการที่จ้าง ตัวอย่าง เช่นคดี 2 คดีของอังกฤษ คดีแรกคือ *Limpus v. General Omnibus Co.* [1862] จำเลยซึ่งเป็นนายจ้าง ห้ามลูกจ้างซึ่งเป็นคนขับรถโดยสาร ขับรถแข่งกับคนอื่นบนท้องถนน แต่ปรากฏว่าลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งและทำให้บุคคลอื่นเสียหาย คดีนี้ศาลตัดสินว่าการกระทำละเมิดของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้าง ส่วนอีกคดีหนึ่งคือ *Conway v. George Wimpey & Co. Ltd.* [1951] นายจ้างจัดรถรับส่งพนักงานของบริษัท และมีคำสั่งห้ามบุคคลภายนอกขึ้นรถ แต่คนขับรถฝ่าฝืนคำสั่งรับบุคคลภายนอกขึ้นรถ แล้วบุคคลภายนอกนั้นได้รับบาดเจ็บจากการขับรถโดยสารประมาทของคนขับ ศาลพิพากษาให้นายจ้างหลุดพ้นจากความรับผิด เพราะถือว่าลูกจ้างกระทำการนอกทางการที่จ้าง เหตุผลที่ทำให้ศาลตัดสินใน 2 คดีนี้ต่างกันคือ คดีแรกนั้น ลูกจ้างยังทำงานอยู่ในขอบเขตของงานที่ได้รับจ้างคือขับรถโดยสาร แต่ฝ่าฝืนคำสั่งที่ห้ามแข่งรถ เป็นเพียงการปฏิบัติงานด้วยวิธีที่ผิด แต่ในคดีหลัง ลูกจ้างรับจ้างมาขับรถรับส่งพนักงานของบริษัท การที่ทำให้บุคคลภายนอกขึ้นรถ จึงถือว่าไม่ได้ทำงานที่รับจ้าง เป็นการกระทำนอกทางการที่จ้าง อย่างไรก็ตามจากตัวอย่างของ 2 คดีที่กล่าวมานี้ *Asquith L.J.* แสดงความคิดเห็นว่าการกระทำของลูกจ้างในคดีแรก น่าจะเป็นการกระทำนอกทางการที่จ้างเช่นเดียวกัน ผลของคดีทั้งสองนี้ไม่ควรจะแตกต่างกัน 44

ในคดี *Limpus V. London General Omnibus Co.* [1862] นั้นศาลตัดสินว่าการกระทำของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้าง ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะว่ามีผลประโยชน์ของนายจ้างเข้ามาเกี่ยวข้อง เนื่องจากการที่คนขับรถลูกจ้างของจำเลยขับรถแข่งกับรถโจทก์ แล้วชนบาดเจ็บ ทำให้รถของโจทก์ไม่สามารถแล่นได้โดยสะดวกนั้น มาร์ติน บี ประธานคณะลูกขุน เห็นว่าหากคนขับรถกระทำการดังกล่าว ภัยเป็นส่วนหนึ่งของการจ้าง และเพื่อประโยชน์แก่นายจ้างโดยชัดขวางคู่แข่งทางธุรกิจ นายจ้างจะมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของคนขับ แต่หากคนขับกระทำไปเพื่อประโยชน์แก่ตนเอง นายจ้างจะไม่ต้องรับผิดชอบ คนขับไม่เพียงแต่รับจ้างเพื่อขับรถโดยสารเท่านั้น แต่เพื่อหารายได้ให้นายจ้างให้มากที่สุดด้วย ภัยทำการเป็นคู่แข่งกับรถโดยสารอื่นบนท้องถนน การขับรถของเขาไม่ถือว่าไม่สอดคล้องกับการจ้าง เนื่องจากเขาต้องการแย่งไปก่อนรถอีกคันหนึ่ง 45 ดังนั้น นายจ้างย่อมมีความรับผิดชอบต่อความผิดทุกประการ ที่ลูกจ้างหรือตัวแทนได้กระทำในระหว่างการรับจ้าง และได้กระทำเพื่อผลประโยชน์ของนายจ้าง แม้ว่านายจ้างจะไม่ได้สั่งการหรือสนับสนุนการกระทำนั้น จากหลักดังกล่าวมีปัญหาตรงคำว่า " เพื่อประโยชน์ของนายจ้าง " การกระทำของลูกจ้างไม่ถือว่า อยู่ในขอบเขตทางการที่จ้าง ถ้าการกระทำนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อนายจ้าง เป็นการกระทำไปโดยมิได้มีเจตนาให้เป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของบริการที่ได้รับจ้างให้ทำ 46 นายจ้างจะต้องรับผิดชอบ ถ้าเป็นการกระทำที่ปฏิบัติไปเพื่อ

45 P.A. Landon, *Pollock's Law of Torts*, P.76.

46 Warren, A Seavey, *Cases and Materials on the Law of Torts*, 2nd ed, [St. Paul, Minn: West publishing Co., 1964], p.47.

ประโยชน์ของนายจ้าง มีใช้เพื่อประโยชน์หรือความมุ่งหมายของลูกจ้าง แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงว่า ประโยชน์ที่แท้จริงได้เกิดแก่นายจ้างแต่ที่เป็นปัญหาคือ ไม่อาจชี้ชัดได้ว่า ในกรณีใดบ้างที่ลูกจ้างมีเจตนาทำเพื่อประโยชน์ของนายจ้างซึ่งในหลายกรณีลูกจ้างไม่ได้เจตนาทำเพื่อนายจ้าง ลูกจ้างอาจใช้อำนาจของตนไปในทางมิชอบเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว แต่นายจ้างต้องรับผิดชอบด้วย วัตถุประสงค์แห่งความรับผิดชอบของนายจ้างคือ การแสดงอำนาจอย่างชัดแจ้ง [ostensible or apparent authority] ซึ่งทำให้บุคคลภายนอกมีความไว้วางใจ นายจ้างจึงต้องรับผิดชอบในกลฉ้อฉลของลูกจ้าง ที่ได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ แต่มีพฤติการณ์ที่ทำให้บุคคลภายนอกเชื่อว่า เป็นการกระทำในทางการที่จ้างซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 3

อย่างไรก็ตามนอกจากกลฉ้อฉลของลูกจ้างแล้ว ความรับผิดชอบของนายจ้างยังครอบคลุมถึงกรณีที่ลูกจ้างกระทำความผิดทางอาญา เช่น การทำร้ายร่างกาย การวางเพลิง หรือการฉ้อโกง และการกระทำความผิดอื่น ๆ โดยเจตนา เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์⁴⁷ และข้อเท็จจริงที่ว่าลูกจ้างกระทำไปด้วยความพยายาม ความประสงค์ร้าย หรือความขุ่นเคืองส่วนตัว หรือด้วยความสนุกค่อนงอไม่เป็นข้อจำกัด ที่จะทำให้นายจ้างพ้นจากความรับผิดชอบเสมอไป ถ้าหากการกระทำนั้นอยู่ในทางการที่จ้าง แต่เงื่อนไขเหล่านี้ เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้ศาลทั้งศาลไทยและศาลต่างประเทศต่างก็ แสดงความลังเลอย่างเห็นได้ชัด ที่จะตัดสินว่านายจ้างมีความรับผิดชอบต่อความรุนแรงต่างๆ ที่ลูกจ้างได้กระทำ แม้ว่ากรกระทำเหล่านั้น

⁴⁷ Salmond and Heuston, Law of Torts, P.441.

จะ เกิดจากการอ้างก็ตาม⁴⁸

อย่างไรก็ตาม คำจำกัดความของ "ในทางการที่อ้าง" เท่าที่กล่าวมาแล้วนี้ ยังไม่อาจถือเป็นความหมายที่สมบูรณ์ได้ ในกฎหมายแต่ละระบบแต่ละประเทศ ก็มีการให้ความหมายของ "ในทางการที่อ้าง" แตกต่างกันอย่าง 49 ถึงแม้ "ในทางการที่อ้าง" จะเป็นองค์ประกอบพื้นฐานส่วนที่สำคัญที่สุดของความรับผิดของนายจ้าง ในการกระทำของลูกจ้าง "ในทางการที่อ้าง" ก็ไม่อาจจะมีคำจำกัดความที่แน่นอนตายตัวลงไปได้ "ในทางการที่อ้าง" นี้เป็นการผสมผสานระหว่างนโยบายทางสังคมซึ่งให้นายจ้างต้องรับผิดชอบ ในการกระทำของลูกจ้างซึ่งทำให้บุคคลภายนอก ต้องได้รับความเสียหาย อันเนื่องมาจากธุรกิจของนายจ้าง กับความรู้สึกไม่เป็นธรรมถ้าหากนายจ้างจะต้องมีความรับผิด ในการกระทำทุกอย่างซึ่งสุดแล้วแต่ใจ ลูกจ้างจะหาขึ้น 50 "ในทางการที่อ้าง" จึงเป็นการขยายความอย่างกว้างๆ ซึ่งช่วยในการกำหนดขอบเขตของนโยบายดังกล่าว และถึงแม้จะมีตัวอย่างคดีอยู่มากมาย เราก็ไม่สามารถจะระบุขอบเขตของ "ในทางการที่อ้าง" ให้แน่ชัด จนถึงขนาดเป็นกฎเกณฑ์ที่สามารถอธิบายและแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในทุกกรณีได้ และถ้าหากจะกำหนดความหมายที่แน่นอนตายตัวลงไป ก็จะทำให้เกิดความแข็งกระด้างของหลักเรื่องในทางการที่อ้าง ซึ่งจะกลายเป็นจุดด้อยไปในขณะเดียวกัน ในการศึกษา

⁴⁸ Ibid. P.442.

⁴⁹ Gyula Eorsi, International Encyclopedia of Comparative Law. p.39.

⁵⁰ John G. Fleming, The law of Torts, p.348

ถึงขอบเขตของ "ในทางที่จ้าง" จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากตัวอย่างคดีและกรณีต่าง ๆ เพื่อสรุปหลักเกณฑ์ซึ่งจะเป็นประโยชน์สำหรับคดี หรือกรณีที่มีข้อเท็จจริงที่สอดคล้องต้องกัน

ขอบเขตของ "ในทางที่จ้าง" ครอบคลุมถึงสิ่ง เช่น ศึกษาจากกรณีต่าง ๆ แบ่งตามระดับของ เจตนา ได้ดังนี้

1. การละเมิดอันเป็นผลธรรมดาจากการปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้าง
2. การละเมิดโดยประมาทเลินเล่อขณะทำงานหรือปฏิบัติภารกิจ ในขอบเขตของงานที่จ้าง

3. การละเมิดอันเป็นการกระทำเกิน หรือเข้าใจผิดในการปฏิบัติตามอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย

4. การละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง
5. การละเมิดโดยจงใจ

1. การละเมิดอันเป็นผลธรรมดาจากการปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้าง

นายจ้างต้องรับผิดชอบในการละเมิดอันเป็นผลธรรมดา [natural consequence] จากสิ่งที่ลูกจ้างได้กระทำไปด้วยความระมัดระวังตามปกติ ในการปฏิบัติตามคำสั่งโดยเฉพาะของนายจ้าง ถึงแม้ว่านายจ้างประสงค์จะหลีกเลี่ยงและต้องการให้ลูกจ้างหลีกเลี่ยงด้วยก็ตาม⁵¹ แต่ทั้งนี้คำสั่งของนายจ้างจะต้องไม่ถึงขนาดกลายเป็นความผิดส่วนตัวของนายจ้างตามมาตรา 420 เช่น นายจ้างสั่ง

⁵¹ P. A. Landon, Pollock's Law of Torts, P. 69

ให้ลูกจ้างก่อสร้าง ทำหลังคาบ้านรुकกล้าเข้าไปในที่ผู้อื่นที่ดินติดต่อกัน อันเป็นการละเมิด ถ้าน้ำฝนไหลจากหลังคาที่ยื่นเข้าไปนั้น ुकสิ่งของในที่ของเขาสีหาย นายจ้างต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวนี้ด้วย เพราะเป็นผลธรรมดาอันเกิดจากคำสั่งของนายจ้าง แม้นายจ้างจะ ได้สั่งให้ลูกจ้างจัดการป้องกันมิให้น้ำฝนไหล ไปुकสิ่งของของ เขา แต่ไม่อาจป้องกันได้ หรือแม้ลูกจ้างจะ ได้ละเลย ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้างในการจัดการป้องกันก็ตาม สิ่งเหล่านี้ นายจ้างจะนำมาแก้ตัวให้พ้นผิดไม่ได้ เพราะการทำหลังคา รุกกล้าเข้าไปในที่ดินของเขา นั้นเป็นการละเมิด การที่น้ำฝนตกลง ไปुकสิ่งของเสียหายก็เป็นผลธรรมดาอันเกิดจากการที่ลูกจ้างปฏิบัติตามคำสั่ง ที่ให้ทำหลังคา รุกกล้าเข้าไปในที่ของ เขา นั้นเอง ฉะนั้นนายจ้างจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย 52 เช่น ในคดี Gregory V. Piper นายจ้างสั่งให้คนงานขนขยะ ไปกีดขวางทางเอาเว้ โดยสั่งคนงานไม่ให้เหยยะ ไปกีดก่าแพงของผู้อื่น คนงานก็ได้ปฏิบัติตามคำสั่งโดยได้เหยยะให้ห่างก่าแพงระยะหนึ่ง แต่ปรากฏว่าขยะ ได้หลุด หลงไปกีดก่าแพงโดยไม่อาจหลีกเลี่ยง ได้ นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างซึ่งเป็นผลธรรมดา (natural consequence) จากการปฏิบัติตามคำสั่งของนายจ้าง 53

2. การละเมิดโดยประมาท เลินเล่อขณะทำงานหรือปฏิบัติการกิจใน

ขอบเขตของงานที่จ้าง

52 ศ. เภจิตร บุญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 75.

53 P.A. Landon, Pollock's Law of Torts, p.69.

การละเมิดโดยประมาทเส้นเลือดของงานหรือปฏิบัติการกิจ ซึ่งอยู่ในขอบเขตของงานที่จ้างนั้น เป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้มากกว่าการละเมิดในกรณีอื่น ๆ แต่การพิจารณาว่าการกระทำของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้างหรือไม่ บางครั้งก็ยากในการวินิจฉัย เพราะคดีแต่ละคดีก็อาจมีรายละเอียดของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งก็มีผลให้คำพิพากษาแตกต่างกันไปด้วย ในที่นี้จะได้แยกพิจารณาเป็นแต่ละหัวเรื่องไป

2.1 การปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย

การละเมิดที่เกิดจากความประมาทเส้นเลือดของลูกจ้าง ในการปฏิบัติตามหน้าที่ ย่อมถือว่าอยู่ในทางการที่จ้าง เช่น

ฎีกา 1206/2500 นายจ้างจ้างลูกจ้างเฝ้าแพชง ลูกจ้างประมาทเส้นเลือด เป็นเหตุให้แพชงขาดหลุดลอยไปตามกระแสน้ำ ถือว่าการที่ลูกจ้างมีหน้าที่เฝ้าดูแลรักษาแพนั้น เป็นการกระทำงานให้นายจ้าง

การกระทำละเมิดโดยประมาทเส้นเลือดของลูกจ้างนั้น นอกจากการกระทำแล้ว ยังรวมถึงการละเว้นโดยประมาทเส้นเลือดด้วย เช่น ในฎีกา 1559-1560/2504 ดังที่กล่าวมาแล้วในส่วนขององค์ประกอบเรื่องการกระทำให้เกิดความเสียหาย และในการปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายนี้ ไม่จำกัดเฉพาะหน้าที่เท่าที่ตกลงจ้างกันเท่านั้น หรือลูกจ้างปฏิบัติงานเกินหน้าที่ และนายจ้างก็ยอมให้กระทำ ย่อมถือเป็นงานของนายจ้างที่ได้รับมอบหมายให้กระทำเช่นกัน เช่น

ฎีกา 506/2498 จำเลยที่ 1 ลูกจ้าง เป็นคนท้ายรถ แม่เข้คนขับ แต่บางครั้งก็ทำหน้าที่เป็นคนขับด้วย และนายจ้างยังใช้ให้ลูกจ้างขับรถบรรทุกข้าว

ถือว่าลูกจ้างขับรถไปในทางการที่จ้าง คือลูกจ้างกำลังกระทำกิจการให้นายจ้าง

การที่ลูกจ้างปฏิบัติงานตามคำสั่งนั้น อาจเป็นการทำงานในวันหยุดก็ได้ ดังนั้นการละเมิดโดยความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างที่เกิดขึ้นในวันหยุด จึงไม่อาจเป็นข้อโต้แย้งของนายจ้างว่า ลูกจ้างกระทำการนอกทางการที่จ้างได้ เช่น

ฎีกา 677/2501 ลูกจ้างขับรถยนต์ของกรมตามคำสั่งหัวหน้า เปรียบข้าราชการกลับจากไปราชการต่างประเทศ เป็นการกระทำในทางการที่จ้าง แม้วันนั้นจะเป็นวันหยุดราชการ

ต่อมามีฎีกา 1169/2501 วินิจฉัยในแนวเดียวกัน

ถ้าหากแทนที่ลูกจ้างจะกระทำการตามที่ได้รับมอบหมายมา ลูกจ้างกลับทำการบางอย่างที่นอกเหนือจากการจ้าง เป็นการละเมิดที่นายจ้างไม่ได้มอบอำนาจ หรือสั่งให้กระทำ แต่เป็นการกระทำโดยส่วนตัวของลูกจ้างเอง นายจ้างไม่ต้องรับผิด ถือว่าลูกจ้างไม่ได้กระทำในทางการที่จ้าง เช่น ในคดีของอังกฤษ Croft v. Alison (1821) คนขับรถตีม้าคนอื่นเล่น นายจ้างไม่ต้องรับผิด แต่ถ้าลูกจ้างตั้งใจจะปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อนายจ้าง ได้ตีม้าของคนอื่นโดยไม่ได้พิจารณาให้รอบคอบ และเพื่อให้ตนเองปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ลำบาก ดังนั้น นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของลูกจ้าง 54

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย ที่วินิจฉัยว่าการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ไม่อยู่ในทางการที่จ้าง เช่น

ฎีกา 801/2521 ลูกจ้างบ่มน้ำมันของจำเลยมีหน้าที่เติมน้ำมัน ล้างรถ คมรถยนต์ เข้าออกในบ่ม ไม่มีหน้าที่ซ่อมรถยนต์ การที่ลูกจ้างรับซ่อมเครื่อง แล้วนำรถออกเบี่ยงลองเครื่อง ไม่เป็นในทางการที่จ้าง

ฎีกา 2060/2524 บุตรเจทก์มิได้ถึงแก่ความตายเพราะจำเลยที่ 1 ขับรถยนต์ชน "ขณะกระทำการในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2 แต่ตายเพราะว่าเมื่อชนแล้ว จำเลยที่ 1 โดยเจตนาฆ่าบุตรเจทก์เพื่อปกปิดความผิด ได้ฆ่าบุตรเจทก์ เบื้องต้นในคืนที่เริ่มถนน เพื่อให้จมน้ำตาย การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นคนละตอนกับที่จำเลยที่ 1 ขับรถยนต์ชนบุตรเจทก์ และเห็นได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของจำเลยที่ 1 โดยเฉพาะ ไม่เป็นในทางการที่จ้าง

คดีนี้ เวรที่ลูกจ้างฆ่าบุตรเจทก์ เพื่อปกปิดการกระทำละเมิดของตน ได้เกิดขึ้นขณะ ลูกจ้างปฏิบัติงานให้นายจ้างยังไม่เสร็จ การละเมิดเกิดขึ้นในระหว่างงานที่จ้าง แต่ที่ศาลฎีกาไม่ให้นายจ้างต้องรับผิด โดยถือว่าเป็นคนละเรื่องคนละตอนกับการขับรถยนต์ชนบุตรเจทก์ และเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นพิเศษ คือปกปิดให้พ้นความผิดทางอาญา ไม่เกี่ยวกับการที่นายจ้างจ้างจำเลยกระทำ การฆ่าบุตรเจทก์จึงไม่เป็นการกระทำในทางการที่จ้าง หากแต่เป็นการละเมิดโดยจงใจของลูกจ้าง เพื่อความมุ่งหมายส่วนตัวหรือมีเจตนาชั่ว (malice) นายจ้างไม่ต้องรับผิด เพราะเป็นมูลเหตุส่วนตัวโดยแท้ (purely personal motive) ของลูกจ้าง 55

55 ยี่งศ์ศักดิ์ กฤษณจินดา, "ในทางการที่จ้าง," ศิลปภาพ

2.2 การกระทำต่อเนื่องกันกับงานในหน้าที่หรืองานที่ได้รับมอบหมาย

การปฏิบัติงานของลูกจ้างที่จะถือว่าเป็นในทางการที่จ้าง อันนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วยนั้น ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเหตุที่เกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ลูกจ้างกำลังปฏิบัติงานที่จ้างอยู่เท่านั้น แม้ว่าเหตุนั้นเกิดขึ้นในระหว่างที่ลูกจ้างปฏิบัติงานอย่างอื่น แต่กระทำให้เพื่อให้งานที่ได้รับมอบหมายหรือปฏิบัติล่วงไป หรือเป็นการต่อเนื่องกันกับงานในหน้าที่ นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบด้วย เช่น

ฎีกา 574/2515 ลูกจ้างทำหน้าที่ขับรถของกรมทางหลวง ได้ขับรถของกรมทางหลวง เบลอง เครื่องยนต์ ตั้งแต่เวลา 15 นาฬิกา อันเป็นเวลาราชการ รถยนต์เกิดน้ำมันตัน ต้องแก้เครื่องอยู่จนเวลา 19 นาฬิกา แล้วขับต่อมา จนชนคนตายโดยประมาท ถือได้ว่าลูกจ้างกระทำการในทางการที่จ้างของกรมทางหลวง (วินิจฉัยตามแนวฎีกา 1344/2503 และ 1217/2508)

2.3 วิธีการปฏิบัติงานของลูกจ้าง

ในการกระทำกิจการใด ๆ ย่อมมีวิธีการที่จะปฏิบัติงานให้ล่วงไป เพื่อประโยชน์ของนายจ้าง ได้แตกต่างกันหลายวิธี ในการสั่งงานนายจ้างอาจไม่ได้แจกแจงรายละเอียดให้ลูกจ้างปฏิบัติตาม ลูกจ้างอาจใช้วิธีการตามที่เห็นสมควร เพื่อให้กิจการนั้นล่วงไป และสมประโยชน์ของนายจ้าง แม้จะเป็นวิธีการอันไม่สมควรก็ตาม เช่น ลูกจ้างมีหน้าที่เป็นยาม ดูแลไม่ให้คนขโมยของในห้างสรรพสินค้า แทนที่ลูกจ้างจะถือไม้กระบองไล่ตามจับคนขโมยของ กลับยิงปืนขึ้นฟ้าท่ามกลางฝูงชน เป็นเหตุให้ลูกค้าตกใจเป็นลมล้มลง ได้รับบาดเจ็บ ดังนั้น นายจ้างจะต้องรับผิดชอบกับลูกจ้าง แม้การยิงปืนจะเป็นวิธีการที่ไม่สมควรก็ตาม อย่างไรก็ตาม ระเบียบวิธีปฏิบัติของลูกจ้างนี้ แม้นายจ้างจะมีคำสั่ง

อย่างแน่ชัดแล้ว แต่ลูกจ้างก็ยังฝ่าฝืน นายจ้างก็ต้องมีความรับผิดชอบร่วมด้วย ถ้าหากคำสั่งนั้นเป็นการกำหนดวิธีการทำงาน ไม่ใช่กำหนดขอบเขตของการจ้าง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้น แต่การฝ่าฝืนคำสั่งอันกำหนดวิธีการปฏิบัติงานนี้ ลูกจ้างจะต้องทำ เพื่อให้งานที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้างลุล่วงไป ไม่ใช่ทำ เพื่อวัตถุประสงค์ของลูกจ้างเอง เช่น ยามานห้างสรรพสินค้าซึ่งมีหน้าที่ดูแล ความเรียบร้อย กลับใช้อาวุธไปขู่กรรโชกทรัพย์เอาจากลูกค้า ดังนี้ไม่ใช่วิธีการในการทำงาน อันนายจ้างจะต้องรับผิดชอบ เพราะไม่ใช่วิธีการปฏิบัติ หน้าที่เพื่อให้งานลุล่วง ไปเพื่อนายจ้าง

ส่วนวิธีการทำงานของลูกจ้าง ที่นายจ้างได้กำหนดไว้เป็นระเบียบนั้น ไม่อาจจะนำมาอ้าง เพื่อให้พ้นจากความรับผิดไปได้ ทัศนคติถือ ว่าเป็นระเบียบภายใน ซึ่งไม่สามารถนำมาเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ เช่น

ฎีกา 1169/2509 โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายในการที่จำเลยที่ 1 ขับ รถชนสามีโจทก์ตาย โดยความประมาทในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2 จำเลย ที่ 2 สู้คดีข้อหนึ่งว่า การเอารถออกไปลองเครื่องนอกโรงงาน ต้องขออนุญาต ผู้จัดการเสียก่อน จำเลยที่ 1 ไม่ได้ขออนุญาต จึงไม่มีอำนาจเอารถไปขับ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ข้อนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยมากมายหลายเรื่องแล้วว่า การที่ นายจ้างจ้างลูกจ้างทำงานให้ตน หากลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งหรือระเบียบ แต่ยัง ปฏิบัติงานของนายจ้างอยู่ นายจ้างอ้างคำสั่งหรือระเบียบภายในมาเป็นข้อ ต่อสู้บุคคลภายนอกหาได้ไม่ เรื่องนี้แม้จะไม่ได้รับอนุญาตให้เอารถออกนอกโรง งาน แต่งานที่ทำเป็นงานลองเครื่องยนต์ ซึ่งเป็นงานของนายจ้าง นายจ้าง จึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลละเมิด ที่เกิดในการทำงานให้นายจ้าง"

2.4 ลูกจ้างกระทำอضرارส่วนตัวในขณะเดียวกัน

ถ้าลูกจ้างทำอضرارส่วนตัวซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ เช่น การละเมิดที่
เกิดในระหว่างที่ลูกจ้างกำลังพักผ่อน ไม่เป็นเหตุที่เกี่ยวกับงานในหน้าที่ เช่น
ผู้ทำป่าไม้ไม่ต้องรับผิดชอบในเพลิงไหม้ อันเกิดจากความประมาทเลินเล่อของคน
งาน ในการหุงต้มอาหารในเวลาอาหาร วิทยุที่คนงานไม่ได้ยู่ในที่ทำงานเพื่อ
ดูแลอยู่เรื่อย หรือทำงานเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง⁵⁶ แต่ถ้าการทําอาหารของลูก
จ้าง มีผลประโยชน์ของนายจ้างเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย นายจ้างก็ต้องรับผิด
โดยถือว่าเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง เช่น ในคดี Bugge v. Brown
(1979) นายจ้างจ้างลูกจ้างมาตัดไม้ และแสดงความไม่พอใจที่ลูกจ้างกลับเป
ระกอบอาหารกลางวันยังบ้านพัก ซึ่งอยู่ไกลจากสถานที่ทำงาน เพื่อประหยัด
เวลาลูกจ้างจึงนำเครื่องครัวมาทําอาหาร วิทยุจุดไฟในเตาเก่าซึ่งอยู่แนวริเวณที่
ทำงาน และด้วยความประมาทเลินเล่อ ลูกจ้างไม่สามารถควบคุมไฟไว้ได้
ทำให้เกิดไฟไหม้ทรัพย์สินของเพื่อนบ้านข้างเคียง ดังนั้นนายจ้างต้องมีความรับผิด
เพราะการอนุญาตให้ประกอบอาหารในบริเวณนั้นก็เพื่อประโยชน์ของนายจ้าง⁵⁷

ดังนั้นการทําอضرارส่วนตัวของลูกจ้าง หากเกี่ยวข้องกับงานที่ทําแล้ว
ก็ถือเป็นการกระทำในทางการที่จ้างได้ สำหรับความเกี่ยวข้องกับงานที่ทํานั้น
ได้มีนักนิติศาสตร์เห็นว่า น่าจะคำนึงถึงสภาพการปฏิบัติงานทั้งหมด เช่น จ้างมา

⁵⁶ ศ. ไพจิตร บุณยพันธ์ุ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 65.

⁵⁷ John G. Fleming, The law of Torts, p. 350.

ขับรถ มีใช้มีหน้าที่เพียงขับอย่างเดียว ย่อมรวมทั้งดูแลรักษารถด้วย และสภาพของคนขับปฏิบัติงาน ต้องกินต้องถ่าย มิฉะนั้นทำงานไม่ได้ การขับรถไปกินข้าว เป็นความจำเป็นของคนที่จะทำงานต่อไป นายจ้างใช้ให้ขับรถไปทำงานในที่ห่างไกล จะเดินไปกินก็ไม่ไหว จะทิ้งรถไว้ก็อาจเกิดความเสียหาย สิ่งเหล่านี้ควรจะพิจารณารวมอยู่ในทางการที่จ้างด้วย 58 เช่น

ฎีกาที่ 970/2512 ลูกจ้างของบริษัทจำเลย ทำหน้าที่ขับรถขนดินชนหิน ขณะหยุดพักงานตอนเที่ยงวัน ได้ขับรถยนต์บรรทุกของจำเลยออกไปจากเส้นทางที่ก่อสร้าง เพื่อไปรับประทานอาหาร รถยนต์ชนรถจักรยานยนต์ซึ่งจอดทิ้งซ้อนท้ายมาโดยประมาทเส้นเลือด ในการที่ลูกจ้างเอารถของจำเลยขับไปนั้น แม้จะเป็นการฝ่าฝืนระเบียบของบริษัทที่จำเลยวางไว้ แต่ก็อยู่ระหว่างเวลาที่ลูกจ้างประจำทำงานตามทางการที่จ้าง ทั่วแก่บริษัทจำเลยตลอดทั้งวัน ย่อมเป็นการละเมิดต่อโรคภัยในทางการที่จ้างของจำเลย บริษัทจำเลยต้องรับผิดชอบ

ที่กล่าวมาแล้วเป็นการทำธุระส่วนตัวของลูกจ้าง ซึ่งมีความจำเป็นตามธรรมชาติของมนุษย์ที่จะต้องกินต้องถ่าย เพื่อให้สามารถทำงานต่อไปได้ แต่ถ้าเป็นธุระส่วนตัวของลูกจ้าง ซึ่งไม่ใช่ความจำเป็นในการดำรงชีวิต แต่ได้กระทำในขณะที่ปฏิบัติงานของนายจ้างแล้ว หากการละเมิดเกิดขึ้นเพราะเหตุนี้ ก็ยังถือว่าลูกจ้างกระทำไปในทางการที่จ้าง นายจ้างต้องรับผิดชอบด้วย เช่น ในคดี Century Insurance Co.v.Northern Ireland Road Transport

58 พจน์ บุษปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 302.

Board. (1942) คนขับรถบรรทุกน้ำมัน ในขณะที่กำลังถ่ายน้ำมันจากรถไปยังถังเก็บน้ำมัน ได้ขีดไม้ขีดจุดบุหรี่สูบ แล้วโยนก้านไว้บนพื้น เป็นการขาดความระมัดระวังที่จะต้องมีเป็นพิเศษ ทำให้เกิดไฟและเกิดระเบิดขึ้น ก่อความเสียหายขนาดหนัก ศาลพิพากษาให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อนี้ เพราะเป็นความประมาทเลินเล่อ ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ของลูกจ้างคือเป็นคนขับรถ ถึงแม้ว่าการจุดบุหรี่สูบ จะ ได้กระทำเพื่อความสะดวกสบายของลูกจ้างเอง แต่ลักษณะการกระทำที่เดบปฏิบัติ เป็นไปโดยบริสุทธิ์ใจ และไม่เป็นการประมาทเลินเล่อ จึงเป็นวิธีการปฏิบัติงานที่ประมาทเลินเล่อ 59 จากคดีนี้จะเห็นว่า แม้การสูบบุหรี่ของลูกจ้าง ก็อาจไม่สามารถแยกออกจากหน้าที่ที่ปฏิบัติได้ ความประมาทเลินเล่อจำเป็นต้องพิจารณา โดยคำนึงถึงเวลาและสภาพการณ์ ที่มีการจุดไม้ขีดและโยน ไม้ขีด ซึ่งทำให้เข้าข่ายการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อ 60

สำหรับคำพิพากษาฎีกาของไทย เคยปรากฏเรื่องของลูกจ้างจุดบุหรี่สูบนใน ฎีกาที่ 1089/2519 ขณะจำเลยที่ 1 ลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ขนบับหน่อไม้จากฉางของจำเลยที่ 2 บรรทุกใส่รถยนต์ตามคำสั่งของจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 1 จุด ไม้ขีด เพจุดบุหรี่ หัวไม้ขีดไฟที่กำลังติดไฟกระเด็น ไปถูกบุนุ่นและบอในฉาง ทำให้เกิดเพลิงไหม้ฉาง แล้วลุกลามไหม้บ้านและบ้านราษฎร จำเลยที่ 1 ทำให้เกิดเพลิงไหม้โดยประมาทระหว่างขนบับหน่อ ไม้จากฉางตามคำสั่งของจำเลยที่ 2 ผู้เป็นนายจ้าง ความสัมพันธ์นายจ้างและลูกจ้างมีอยู่ขณะมีการละเมิดเกิดขึ้นแล้ว

59 Paul L. Bradbury, Cases and Statutes on Tort, p. 101.

60 W. V. H. Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, p. 581.

ว่าการละเมิดเกิดขึ้นขณะจำเลยที่ 1 ลูกจ้างปฏิบัติงานในทางการที่จ้างความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของลูกจ้างไม่ไกลกว่าเหตุ จำเลยที่ 2 ต้องร่วมรับผิด จะอ้างว่าไม่ได้จ้างจำเลยที่ 1 มาจุดไม้ขีดไฟจุดบุหรี่หาได้ไม่ เพราะถ้าจำเลยที่ 2 จ้างคนที่ไม่สูบบุหรี่ การละเมิดคงจะไม่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตามคำพิพากษากฎีกานี้มีผู้มีความเห็นว่า การที่ลูกจ้างจุดไม้ขีดไฟจุดบุหรี่เพื่อจะสูบ เป็นเรื่องส่วนตัวของลูกจ้างโดยแท้ หากใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่จ้างล่องไปไม่ แม้จะอยู่ในระหว่างปฏิบัติงาน ผลที่เกิดขึ้นก็มีใช่ผลของการปฏิบัติงาน ไม่น่าจะถือว่าอยู่ในทางการที่จ้าง ⁶¹

2.5 การหันเหและไปเที่ยวสนุกสนานของลูกจ้าง [detour and frolic]

การที่ลูกจ้างหันเหจากการปฏิบัติหน้าที่โดยเคร่งครัด เมื่ทำให้นายจ้างหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้ ถ้าหากลูกจ้างยังคงปฏิบัติหน้าที่เพื่อนายจ้างอยู่ เช่น การขับรถเบี่ยงเบนออกนอกเส้นทางของลูกจ้าง แม้จะเป็นการขัดคำสั่งของนายจ้าง - แต่ถ้าหากลูกจ้างยังขับรถไปเพื่อปฏิบัติงานให้นายจ้าง - นายจ้างก็ยังคงต้องรับผิด⁶² เช่น ในฎีกาที่ 501-502/2517 จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นลูกจ้างขับรถของจำเลยที่ 1 ได้ขับรถบรรทุกน้ำมัน ไปส่งตามคำสั่งของจำเลยที่ 1 โดยใช่

⁶¹ ตักศิ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, (กรุงเทพ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2527), หน้า 53.

⁶² ความเห็นของ Parke, 8 ซึ่งวางหลักไว้ในคดี Joel v. Morrison [1834] 1 Harry Street, The Law of Torts, P. 427-428.

เส้นทางสายหนึ่ง แต่หลังจากส่งน้ำมันเสร็จจากลับ จำเลยที่ 2 ไม่ใช้เส้นทางเดิมอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งและระเบียบของจำเลยที่ 1 แล้วเกิดเหตุชนกับรถอื่น แม้จำเลยที่ 2 จะขับออกนอกเส้นทาง ก็ยังถือได้ว่าการปฏิบัติงานของจำเลยที่ 2 ที่ได้กระทำไปนั้น อยู่ในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 1 ผู้เป็นนายจ้าง

ถ้าการหันเหของลูกจ้าง เป็นการเอาเวลาไปหาธุระส่วนตัวเสียทั้งหมด [frolic of his own] ไม่เกี่ยวกับงานของนายจ้างเลย นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ ถ้าหากมีเจตนาทำเพื่อนายจ้างด้วยทำให้ตนเองด้วยถือว่าการกระทำบนทางการที่จ้าง แต่ในทางการพิจารณาข้อเท็จจริงมักเกิดปัญหายุ่งยากว่าเมื่อใดจะถือว่าการละทิ้งงานอย่างสิ้นเชิง เมื่อใดจะถือว่ายังทำงานให้นายจ้าง และเมื่อใดเป็นการกลับเข้าทำงานที่จ้าง ในกรณีที่ลูกจ้างขับรถไปผิดเส้นทางจากที่นายจ้างกำหนดไว้และไปเกิดอุบัติเหตุบนเส้นทางที่ผิดนั้น ถ้าการผิดเส้นทางนั้นเป็นการเดินทาง [journey] ที่ไม่ได้รับมอบอำนาจ จะถือว่าลูกจ้างกระทำด้วยความสนุกตะนองส่วนตัว แต่ถ้าการไปผิดเส้นทางนั้นเป็นเพียงการไปตาม "ทาง" [route] ที่ไม่ได้รับมอบอำนาจให้ไป จะต้องมีการพิจารณาข้อเท็จจริงว่า การไปผิดเส้นทางนั้นสมควรจะอยู่ในหรือนอกทางการที่จ้าง⁶³ โดยดูจากทิศทางหรือลักษณะการใช้รถที่เบี่ยงเบนไป ซึ่งไม่มีภูมิลำเนาช่วยให้สามารถตัดสินได้โดยแน่ชัด⁶⁴ ตัวอย่างในคดี Storey v. Ashton [1869] จำเลยซึ่งค้าขายไวน์ ได้ใช้ให้ลูกจ้างซึ่งเป็นคนขับรถและเสมียน

⁶³ Salmond and Heuston, Law of Torts, P.441.

⁶⁴ W.V.H. Roger, Winfield and Jolowicz on Tort, p.581.

ขับรถไปส่งเจนนีและเก็บขวดเปล่ากลับมา ในระหว่างทางที่จะกลับมาถึงร้านของ นายจ้าง คนขับรถได้เปลี่ยนเส้นทางใหม่ เพื่อที่จะไปแวะเอาของที่บ้านของ เสมียน เมื่อกลับจากบ้านของ เสมียน รถจึงได้ไปทับรั้วเหล็ก โดยความประมาท เลินเล่อของคนขับรถ ศาลพิพากษาว่า จำเลยคือนายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบความ ประมาทเลินเล่อของคนขับรถ ซึ่งได้เดินทาง[journey] โดยเส้นทางใหม่โดย ไม่ได้รับมอบอำนาจจากนายจ้างอย่างสิ้นเชิง ⁶⁵ ในกรณีนี้ผู้พิพากษา Lush ได้ กล่าวไว้ว่า "เป็นการเดินทางใหม่โดยอิสระอย่างสิ้นเชิง ซึ่งไม่มีอะไรเลยที่ลูก จ้างจะปฏิบัติตามสัญญาจ้างอันเป็นหน้าที่ของคุณ ⁶⁶ และ Cockburn C.J. กล่าว ว่า "ทุกก้าวที่ขับรถออกไป เป็นการไปจากหน้าที่ของลูกจ้าง" ⁶⁷

คำพิพากษาฎีกาของไทย ในตอนต้นๆ ตัดสินว่าเมื่อลูกจ้างหันเหไป ทาธุระของลูกจ้างเอง นายจ้างไม่ต้องรับผิด เช่น

ฎีกาที่ 768/2484 นายจ้างใช้ให้ลูกจ้างไปส่งหนังสือที่กรมศิลปากร ลูกจ้างขับรถมาถึงกรมศิลปากรแล้ว เห็นประตูปิด เพื่อนที่อาศัยมาในรถจึงชวน ลูกจ้างไปเหย้ากันเสีย ระหว่างขับรถไปเหย้าก็เกิดชนกับรถของผู้เสียหาย

⁶⁵ Paul L. Bradbury, Cases & Statutes on Tort, p.103.

⁶⁶ It was an entirely new and independent journey, which had nothing at all to do with employment.

P.A. Landon, Pollock's Law of Tort, P.71.

⁶⁷ Every step he drove was away from his duty.

Ibid, P.71.

ศาลฎีกาว่าแม้จะ เกิดชนกันขณะที่ได้มากรรมศิลปะแล้ว หาใช่ เป็นการกระทำ
 เพื่อนายจ้างไม่ แต่เพื่อประโยชน์ของลูกจ้างและเพื่อน จึงถือได้ว่าการกระทำ
 ของลูกจ้างนอกทางการที่จ้าง นายจ้าง ไม่ต้องรับผิดชอบ

ฎีกาที่ 1329/2496 ลูกจ้างขับรถยนต์ไปส่งนายจ้างลงรับประทานอาหาร
 แล้วลูกจ้างขับรถยนต์นั้นไปซื้อผลไม้โดยพลการ มิได้รับความยินยอมจาก
 นายจ้าง แล้วไปชนคนตาย ดังนั้นนายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างด้วย

แต่ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกาเอาผิดกับนายจ้าง ถึงแม้ลูกจ้างจะหันเห
 ไปทำธุระส่วนตัว แต่ในขณะที่เกิดเหตุลูกจ้างได้กลับเข้าทำงานให้นายจ้างแล้วคือ

ฎีกาที่ 1805/2497 ลูกจ้างขับรถของนายจ้าง ขนอิฐมาตามหน้าที่
 เสร็จแล้วแวะทำธุระส่วนตัว แล้วนำรถไปเก็บตามหน้าที่ ไปชนรถผู้อื่นเสียหาย
 ภัยประมาทเลินเล่อในระหว่างนำรถไปเก็บนี้ นายจ้างต้องรับผิดชอบด้วย ศาล
 ฎีกาวินิจฉัยว่า แม้ว่าจะก่อนเกิดเหตุลูกจ้างจะนำรถไปเพื่อกิจส่วนตัวก็ตาม แต่
 ขณะที่เกิดเหตุ เป็นเวลาจะนำรถไปเก็บตามหน้าที่ของลูกจ้างแล้ว หาใช่
 ระหว่างไปทำกิจธุระส่วนตัวไม่ คำพิพากษาฎีกาที่ 768/2484 ที่จำเลยอ้าง
 มาสนับสนุนนั้น ข้อเท็จจริงหาเหมือนกับคดีนี้ไม่ เพราะคดีนั้นคนขับรถรับเพื่อน
 ไปเพื่อจะพาไปหาเพื่อนอีกคนหนึ่ง แล้วรถจึงเกิดไปชนกันขึ้น หาใช่ เกิดขณะ
 จะไปปฏิบัติงานตามหน้าที่ไม่

ข้อเท็จจริงของคำพิพากษาฎีกาที่ 1805/2497 นั้นแตกต่างกับคำ
 พิพากษาฎีกาที่ 768/2484 ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้แล้ว แต่หากจะ เปรียบ
 เทียบกับคดี Storey v. Ashton [1869] ของอังกฤษแล้ว จะเห็นได้ว่ามี
 ข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง ภัยการละเมิดได้เกิดขึ้นหลังจากที่ลูกจ้างทำ

ธุระส่วนตัวเสร็จแล้ว และกำลังจะเดินทางกลับมาปฏิบัติหน้าที่ แต่ในคดี Storey v. Ashton [1869] นั้น ศาลอังกฤษเห็นว่าเป็นการกระทำนอกทางการที่จ้างแล้ว ดังนั้นหากจะตีความขณะที่ลูกจ้างกำลังหันเหออกนอกเส้นทางเพื่อไปหาธุระส่วนตัวนั้น จะต้องเป็นการกระทำนอกทางการที่จ้างก็น่าจะเป็นการถูกต้อง แต่กลับปรากฏว่า ศาลไทยตีความในทางการที่จ้างเป็นไปในทางเอาผิดกับนายจ้างมากขึ้น ตั้งแต่ปี 2503

ฎีกาที่ 1716-1717/2503 (ประชุมใหญ่) นายจ้างใช้ลูกจ้างซึ่งเป็นคนขับรถไปรับหัวหน้าคณงาน ที่ถนนลาดพร้าวมาปฏิบัติงานที่บริษัทถนนราชวิถี ลูกจ้างขับรถออกไป แล้วได้เอารถไปเอากางเกงที่ตัดไว้ที่ตลาดบางแคเสียก่อน ระหว่างทางไปชนคนตายและบาดเจ็บครั้งนี้ ก็ยังถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ลูกจ้างได้กระทำไปนทางการของนายจ้าง นายจ้างจึงต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้าง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกระทำใดของลูกจ้างจะเป็นการกระทำนทางการที่จ้าง อันนายจ้างจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 425 หรือไม่นั้น ย่อมเป็นที่รู้กันในระหว่างนายจ้างลูกจ้าง หากที่คนภายนอกจะทราบได้ ตามสภาพความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง การกระทำของลูกจ้างหากอยู่ในวงการที่จ้างแล้ว ก็พึงพึงไว้ก่อนว่าเป็นการกระทำนทางการที่จ้าง เว้นแต่จะปรากฏเหตุผลเป็นอย่างอื่น จะเห็นได้ว่าศาลไทยมุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอกเป็นอย่างมาก แต่ในคดีนี้นั้นด้วยความเคารพต่อศาล ผู้เขียนเห็นว่าข้อเท็จจริงมีความชัดเจนเพียงพอที่จะถือว่า การกระทำละเมิดของลูกจ้างซึ่งเกิดขณะไปหาธุระส่วนตัว เป็นการกระทำนอกทางการที่จ้าง ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าการกระทำของลูกจ้างหากอยู่ในวงการที่จ้างแล้ว ก็พึงพึงไว้ก่อนว่าเป็นการกระทำนทางการที่จ้างนั้น ไม่น่าจะใช้ได้กับคดีนี้

ต่อมาได้มีฎีกาที่ 970/2512 ลูกจ้างของบริษัทจำเลยทำหน้าที่ขับรถยนต์ขนดิน ขนหิน ขณะหยุดพักงานตอนเที่ยงวัน ได้ขับรถยนต์บรรทุกของจำเลยออกไปจากเส้นทางที่ก่อสร้าง เพื่อไปรับประทานอาหาร รถยนต์ชนรถจักรยานยนต์ซึ่งจอดกั้นช่องท้ายมาโดยประมาทเส้นเลือด ในการที่ลูกจ้างเอารถของจำเลยขับไปนั้น แม้จะเป็นการฝ่าฝืนระเบียบของบริษัทจำเลยที่วางไว้ แต่ก็อยู่ในระหว่างเวลา ที่ลูกจ้างประจำทำงานตามทางการที่จ้างให้แก่บริษัทจำเลยตลอดทั้งวัน ย่อมเป็นการละเมิดต่อจรรยาบรรณในทางการที่จ้างของจำเลย บริษัทจำเลยต้องรับผิดชอบ

ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้รวบรวมแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการวินิจฉัย การกระทำในทางการที่จ้างไว้เป็นข้อสังเกตท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 970/2512 ดังนี้ 68

"ความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตรา 425 ขึ้นอยู่กับการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ลูกจ้างอาจทาละเมิดได้ในเหตุการณ์หลายขณะดังต่อไปนี้

1. ขณะปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาที่จ้าง เช่น จ้างมาขับรถและขับรถชนคนอื่น หรือจ้างมาขับเรือยนต์ และขับชนเรือผู้อื่น
2. ขณะปฏิบัติหน้าที่อื่นได้รับมอบหมาย เช่น จ้างมาทำหน้าที่นายท้ายรถ แต่นายจ้างให้ช่วยขับรถด้วย จนขับรถชนผู้อื่น
3. ขณะปฏิบัติหน้าที่อื่นแต่เป็นไปเพื่อให้งานตนสว่างด้วยดี เช่น จ้างมาขับรถแต่รถเบรคแตกต้องขับ เบรคช่อม ขณะขับไปช่อมนั้น ได้ชนผู้อื่น

68 ธานินทร์ กรัยวิเชียร, วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 1 ตอน 3

4. ขณะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวข้างต้น แต่ความประพฤติหรือวิธีปฏิบัตินั้น ผ่าฝืนคำสั่งหรือเกินคำสั่ง เช่น นายจ้างออกกระเบียบว่าการเอารถออกไปลองเครื่องต้องขออนุญาตคนก่อน แต่ลูกจ้างเอารถออกลองเครื่องโดยไม่ขออนุญาต จนชนผู้อื่นบาดเจ็บ

5. ขณะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวข้างต้น แต่หันเหไปทำธุระส่วนตัวโดยไม่ถึงขนาดเป็นการละเมิดต่อนายจ้าง เช่น ขับรถไปทำธุระให้นายจ้าง แต่ขับออกนอกเส้นทางไปทำธุระส่วนตัว จนชนผู้อื่นในขณะที่ทำธุระส่วนตัวเข้า

6. ขณะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวข้างต้น แต่หันเหไปทำธุระส่วนตัวโดยถึงขนาดเป็นละเมิดต่อนายจ้าง เช่น ขับรถไปทำธุระให้นายจ้างแต่เปลี่ยนใจขับรถไปเที่ยว ซึ่งถ้านายจ้างทราบคงตำหนิ หรือไม่อนุญาตเป็นแน่ ขณะขับรถไปเที่ยวนั้นลูกจ้างขับรถชนผู้อื่นบาดเจ็บ

7. ขณะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวข้างต้น แต่ได้ทำธุระส่วนตัวด้วย ภัยไม่ถึงขั้นหันเหออกนอกงาน เช่น จ้างขับรถ แต่ลูกจ้างหยุดพักรับประทานอาหาร ค่อมิน้ำ ขับถ่ายตามปกติวิสัย

8. มิใช่ในขณะปฏิบัติหน้าที่ เช่น ขับรถชนคนในขณะกำลังเร่งจะไปปฏิบัติงานให้ทันเวลาเข้าทำงานตอนเช้า

สำหรับกรณีที่ 1 ถึง กรณีที่ 4 นั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกายุติแล้วว่า เป็น "ทางการที่จ้าง" ซึ่งนายจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างผู้ทำละเมิด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 594/2485, 506/2498, 1217/2508, 1169/2509)

ส่วนกรณีที่ 5 นั้น เดิมถือกันว่าเป็นเรื่องนอกทางการที่จ้าง เพราะเป็นเรื่องยากแก่การวินิจฉัยว่าขนาดไหนจึงจะเป็นละเมิดต่อนายจ้าง ต่อมาเมื่อ

พิพากษาศาลฎีกาที่ 1716-1717/2503 วินิจฉัยว่า ถ้า "ตามสภาพความสัมพันธ์
ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง การกระทำของลูกจ้างหากอยู่ในวงการที่จ้างแล้ว
ก็พึงพึงไว้ก่อนว่าเป็นการกระทำในทางราชการที่จ้าง" การพิจารณาข้อเท็จจริงตาม
กรณีที่ 5 จึงต้องพิจารณากรณีที่ 6 ประกอบด้วยเสมอ (คำพิพากษาศาลฎีกา
ที่ 768/2484, 80/2488, 1729/2496, 603/2510, 1772/2512) เพราะ
ถ้าพึงได้ว่า ลูกจ้างทะเลาะเมิตต่อนายจ้างโดยตรงหรือ การหันเหไปทำธุระ
ส่วนตัวนั้น หากนายจ้างทราบเข้าคงต้องตักเตือนหรือไล่ออกแน่ กรณีก็จะเข้าข้อ 6
1716-1717/2503 จึงเป็นเรื่องนอกทางการที่จ้าง นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ

สำหรับกรณีที่ 8 นั้น นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะเป็นเรื่อง "นอก
ทางการที่จ้าง" โดยแท้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 603/2510, 1772/2512

ปัญหาคงมีเฉพาะกรณีที่ 7 นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ธุระส่วนตัวเป็น
เรื่องนอกทางการที่จ้าง เพราะเป็นเรื่องส่วนตัวของลูกจ้างโดยเฉพาะ จึงไม่
อาจนำมาปะปนกับกิจที่จ้างได้ แต่ศาลไทยก็ยังถือหลักเดียวกันกับศาลอังกฤษว่า
แม้การทำธุระส่วนตัวนั้นถึงขั้นหันเหออกนอกงาน ศาลฎีกาก็ยังวินิจฉัยว่าเป็น
ทางการที่จ้าง โดยมีข้อแม้อยู่เพียงว่า อย่าให้ถึงขนาดเป็นทะเลาะเมิตต่อนายจ้าง
เท่านั้น"

ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยตีความ "ในทางการที่จ้าง" ในทางเอาผิดแก่นาย
จ้าง มากกว่าศาลอังกฤษ เพราะได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินในทางเองเดียวกับ
ฎีกาที่ 1716-1717/2503. โดยศาลฎีกาได้ยืนยันหลักนี้ ใน

ฎีกาที่ 1811-1812/2516 จำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างของกรมทางหลวง
แผ่นดินจำเลยที่ 2 หาหน้าที่เกี่ยวกับการวิเคราะห์วิจัยดิน หิน กรวด อยู่ภายใต้

บังคับบัญชาของ จ. ช่างตริกกองวิเคราะหฺ์วิจัย จ. นารยณต์ซึ่ง เป็นรถสำหรับใช้
 ในกิจธุระของกองทาง ไปใช้ แล้วใช้ให้จำเลยที่ 1 นารถไปล้างจำเลยที่ 1
 นารถไปล้างเสร็จแล้วได้ขับกลับที่ห้ก ระหว่างทางได้แวะไปเอาของที่บ้านที่สาว
 จึงเกิดเหตุเบกกระแทกกับรถยณต์ที่บุตรจกหนึ่งมา เป็นเหตุให้บุตรจกถึงแก่
 ความตาย แม้จำเลยที่ 1 ไม่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการขับรถยณต์ แต่การที่นำ
 รถยณต์ไปล้างก็ทำเปรายผู้บังคับบัญชาใช้ให้ไป และการล้างรถก็เป็นกิจการของ
 จำเลยที่ 2 ย่อมถือได้ว่า จำเลยที่ 1 ได้กระทำละเมิดในทางการที่จ้าง
 ของจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบแห่งการละเมิดที่จำเลยที่ 1
 ได้กระทำไป

ต่อมาได้มีคำพิพากษาทานองเดียวกันในฎีกาที่ 3153/2525 และ
 341/2526

2.6 กรณีที่นายจ้างมีคำสั่งห้ามและลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่ง

กรณีที่นายจ้างมีคำสั่งห้ามการกระทำละเมิดไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะ
 เป็นข้อห้ามในเรื่องของเวลา เรื่องสถานที่ หากข้อห้ามนั้นเป็นระเบียบปฏิบัติ
 ภายในแล้ว ย่อมไม่เป็นข้อต่อสู้ของนายจ้างที่จะพ้นความรับผิดชอบได้ แม้ลูกจ้าง
 จะปฏิบัติงานโดยฝ่าฝืนระเบียบ ก็เพียงแต่เป็นการปฏิบัติโดยผิดวิธีเท่านั้น แต่
 อย่างไรก็ตาม มีคำสั่งหรือข้อห้ามบางประการที่ถือเป็นการกำหนดขอบเขตของ
 ทางการที่จ้าง ซึ่งถ้าหากลูกจ้างฝ่าฝืนยอมเป็นการกระทำนอกทางการที่จ้าง
 นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ นอกจากตัวอย่างในคดี *Limpus V London General
 Omnibus Co.* [1862] และ คดี *Conway V. George Wimpey & Co. Ltd.*
 [1951] ดังที่กล่าวมาในตอนต้นแล้วนั้นในคดี *Canadian Pacific Ry. Co.*

V. Lockhart [1942] นายจ้างมีคำสั่งห้ามพนักงาน ขับรถที่ไม่มีประกันเบ
 "ใช้ในธุรกิจของบริษัท ลูกจ้างฝ่าฝืนคำสั่งขับรถที่ไม่มีประกันออกไป และอาศัย
 ประมาทเลินเล่อ ทำให้เจตก์ได้รับบาดเจ็บ ในขณะที่ทำงานเพื่อธุรกิจของ
 นายจ้าง ดังนั้นศาลตัดสินว่า ข้อห้ามดังกล่าวเป็นระเบียบภายใน ซึ่งนายจ้างจะ
 ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิด ไม่ได้ 69

ส่วนในคดี Rand V. Craig [1919] เป็นตัวอย่างของการกำหนด
 ขอบเขตของทางการที่จ้าง คือ เจตก์จ้างลูกจ้างมาเพื่อขนขยะจากที่แห่งหนึ่ง
 (x) ไปยังที่อีกแห่งหนึ่งซึ่งมีจุดหมายกำหนดไว้แน่นอน (y) แต่ลูกจ้างกลับขนเอา
 ขยะบางส่วนไปที่อื่นที่อื่นของเจตก์ ดังนั้นนายจ้าง ไม่ต้องรับผิดในการละเมิด
 ของลูกจ้าง เพราะลูกจ้างถูกจ้างให้มาขนขยะจาก x ไป y แม้จะเห็นขยะ เบที่ใด
 ก็ได้เมื่อลูกจ้าง ไม่ปฏิบัติตามที่จ้างมา จึงถือว่าเป็นการกระทำนอกทางการที่จ้าง 70
 อย่างไรก็ตามคดีนี้เกิดขึ้นนานมาแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตามกฎหมายไทย
 นายจ้างน่าจะต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้าง เพราะศาลไทยคงจะตีความ
 ว่าอยู่ในทางการที่จ้าง

คำพิพากษาอีกคำของไทย ซึ่งแสดงถึงคำสั่งที่เป็นระเบียบบังคับภายใน
 เช่น ฎีกาที่ 2794-2795/2522 จำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างขับรถยนต์ประจำทาง
 ให้แก่บริษัทจำเลยที่ 2 คอนเกิดเหตุรถชนกันจำเลยที่ 1 ได้ขับรถเบส่งพนักงาน
 ของบริษัทจำเลยที่ 2 ตามบ้าน แม้มีระเบียบของบริษัทว่าเมื่อพนักงานขับรถ

69 Harry Street, The Law of Torts, P. 429.

70 Ibid. P. 429.

รถเข้ามาในบริษัทนำลูกกุญแจไปแขวนไว้แล้ว จะนำรถออกไปอีก ต้องได้รับอนุญาตจากผู้จัดการก่อน ระเบียบดังกล่าวเป็นระเบียบปฏิบัติภายใน จะนำมาใช้บังคับบุคคลภายนอกไม่ได้ ทั้งระเบียบที่ว่านี้ก็มีได้ปฏิบัติเคร่งครัด ถือได้ว่าการนำรถออกไปส่งพนักงานของบริษัท อยู่ในระหว่างปฏิบัติงานในทางการที่จ้างของจำเลยที่ 2

เกี่ยวกับคำสั่งห้ามของนายจ้างนี้ มีข้อนำพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ การรู้ข้อเท็จจริงของบุคคลภายนอก จะทำให้นายจ้างมีความรับผิดชอบแตกต่างไปหรือไม่ เช่น บุคคลภายนอกทราบอยู่แล้วว่า นายจ้างมีคำสั่งห้ามลูกจ้างรับบุคคลภายนอกขึ้นรถ แต่เมื่อลูกจ้างอนุญาตตนก็ยังขึ้นไป ถ้าบุคคลภายนอกนั้นได้รับบาดเจ็บเพราะการขับรถของลูกจ้าง นายจ้างจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ในกรณีนี้เห็นว่า ถ้าหากข้อห้ามดังกล่าวเป็นข้อห้ามที่กำหนดขอบเขตของทางการที่จ้าง การที่บุคคลภายนอกจะรู้หรือไม่ ไม่เป็นข้อสำคัญ หากเกิดการละเมิดขึ้น นายจ้างย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด แต่ถ้าข้อห้ามนั้นเป็นระเบียบปฏิบัติ หรือลูกจ้างได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งให้เชิญบุคคลภายนอกขึ้นรถได้ หากบุคคลภายนอกไม่รู้ถึงข้อห้ามดังกล่าว นายจ้างจะต้องรับผิดชอบหากเกิดการละเมิดขึ้น 71 เช่น

คดี Twin V. Bean's Express Ltd. [1946] นายจ้างทำสัญญาเป็นรถรับจ้างกับนายพรหมิย์ นายจ้างได้มีคำสั่งห้ามลูกจ้างมิให้รับคนอื่นโดยสารมาในรถ และปิดประกาศห้ามไว้หน้ารถที่คนขับรถ คนขับรถฝ่าฝืนให้คนอื่นโดยสารมาด้วย ผู้อาศัยก็ทราบถึงคำสั่งห้าม แม้คนขับรถจะประมาททำให้ผู้โดยสารคน

นั้นถึงแก่ความตาย นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

“ในกฎหมายฝรั่งเศส ความรับผิดชอบของนายจ้างย่อมสิ้นสุดลง เมื่อบุคคลภายนอกผู้เสียหายอันเนื่องจากการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ได้รู้หรือควรรู้ว่า ลูกจ้างได้กระทำไปเป็นนามของตนโดยเฉพาะ และไม่ได้กระทำแทนนายจ้างแต่ประการใด กล่าวคือลูกจ้างไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนอีกต่อไป เช่น ลูกจ้างขับรถบรรทุกปฏิบัติหน้าที่ของตน ผู้เสียหายได้ขอขึ้นมานรถ เมื่อเกิดเหตุละเมิดขึ้น นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบ “ในกรณีที่ลูกจ้างใช้หน้าที่ของตนในทางที่ผิด (abus des fonctions) ถ้าหากบุคคลภายนอกผู้เสียหายนั้น เป็นการใช้หน้าที่ในทางที่ผิด นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบด้วย” 72

2.7 ลูกจ้าง เบียดบังประโยชน์ของนายจ้าง

แม้ลูกจ้างจะกระทำการ อันเป็นการเบียดบังประโยชน์ของนายจ้าง แต่ถ้าหากพิจารณาจากสภาพของการทำงาน และตามทางปฏิบัติที่เคยเป็นมาแล้ว ทำให้เข้าใจว่าการทำงานของลูกจ้างยังอยู่ในลักษณะของงานที่จ้าง ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นทางการที่จ้าง นายจ้างต้องรับผิดชอบด้วย เช่น

ฎีกาที่ 594/2485 นายจ้างเป็นเจ้าของรถบรรทุก ผู้ว่าจ้างจะจ้างกับนายจ้างหรือลูกจ้างก็ได้ เมื่อลูกจ้างนำรถของนายจ้างไปรับจ้างบรรทุก ก็

72 A. Colin et H. Capitant, Traite de Droit Civil, 1959 pp. 665-666 (จาก ศ. ไพจิตร บุณยพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยความรับผิดแทนละเมิดของลูกจ้าง, หน้า 73.)

ต้องถือว่าเป็นกิจการอยู่ในหน้าที่ของลูกจ้างที่นายจ้างมอบหมายให้กระทำ เมื่อ
 รถคว่ำคว่ำเห็ดคนตาย นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบ ข้อที่เมื่อผู้จ้างจ้างแล้วลูกจ้าง ไม่
 บอกให้นายจ้างหรือภรรยา นายจ้างทราบก็ดี หรือลูกจ้างจะคิดเอาค่าจ้าง เสีย
 เองก็ดี เป็นกิจการระหว่างผู้จ้างกับลูกจ้างจะพึงปฏิบัติต่อกันเท่านั้น ไม่เป็น
 การนอกทางการที่จ้างแต่ประการใด

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าลูกจ้างรับจ้างโดยไม่บอก
 นายจ้าง และคิดจะเอาค่าจ้าง เสียเองนี้ เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว
 ของลูกจ้าง แม้ว่าจะใช้ทรัพย์สินของนายจ้างก็ไม่ใช่การกระทำในกิจการเพื่อ
 ประโยชน์ของนายจ้าง จึงน่าจะเป็นการกระทำนอกทางการที่จ้าง แต่เคย
 พิจารณาที่ได้ปฏิบัติกันมาแต่ก่อน คือการที่ผู้ว่าจ้างจะจ้างกับนายจ้างหรือลูกจ้าง
 ก็ได้นั้น แสดงว่านายจ้างมอบอำนาจการจัดการรถให้แก่ลูกจ้าง เป็น
 ที่ปรากฏแก่บุคคลภายนอก จึงทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่า ลูกจ้างกระทำการ
 ในกิจการของนายจ้าง จึงถือว่าการกระทำของลูกจ้างอยู่ในทางการที่จ้าง

2.8 การใช้ทรัพย์สินของนายจ้าง

ถ้านายจ้างอนุญาตให้ลูกจ้างนำทรัพย์สินของนายจ้างไปใช้ ให้ลูกจ้าง
 เช่าหรือยืมทรัพย์สินไปใช้ เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของลูกจ้างหรือผู้อื่นหากเกิดการ
 ละเมิดขึ้นเนื่องจากการนำทรัพย์สินไปใช้ นายจ้างไม่ต้องรับผิด เช่น นายจ้าง
 อนุญาตให้ลูกจ้างขับรถของนายจ้าง ไปเยี่ยมญาติได้ ในระหว่างนั้นลูกจ้างขับรถไป
 ชนผู้อื่น ดังนี้ นายจ้างไม่ต้องรับผิด นายจ้างจะต้องรับผิดเฉพาะสิ่งที่นายจ้าง
 ให้นำไปใช้เพื่อประโยชน์ของ นายจ้าง ไม่ใช่สิ่งที่นายจ้างอนุญาตให้กระทำเพื่อประโยชน์ของ

ลูกจ้าง 73 หรือเกินตามที่ลูกจ้างสมัครใจทำให้ เช่น

ฎีกา 603/2510 ลูกจ้างซึ่งมีหน้าที่ขับรถขนค้บรรทุกของนายจ้าง ได้ขับรถขนค้บรรทุกของบุคคลอื่นที่ฝากนายจ้างไว้ เพื่อไปเที่ยวงานวัดในตอนกลางคืน แม้นายจ้างจะรู้เห็นยินยอมด้วยก็หาใช่เป็นเรื่องขับรถไปในทางการที่จ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ไม่

การที่นายจ้างมอบทรัพย์สินให้ลูกจ้าง ไปใช้ ทั้งเพื่อธุรกิจของนายจ้าง และ เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของลูกจ้างเอง หากการใช้ทรัพย์สินนั้นก่อให้เกิดการละเมิดขึ้น แม้ว่าขณะที่เกิดการละเมิด ลูกจ้างจะได้ใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ส่วนตัว นายจ้างก็ต้องรับผิด เช่น นายจ้างมอบรถยนต์ประจำตำแหน่งให้ลูกจ้าง ไปใช้ เช่น

ฎีกาที่ 553/2502 (ประชุมใหญ่) ฟ้องบรรยายว่า บริษัทซึ่งเป็นนายจ้างและเจ้าของรถยนต์ ได้มอบรถยนต์ให้ลูกจ้างในตำแหน่งหัวหน้าช่างเครื่องยนต์ของบริษัทไปใช้ในตำแหน่งหน้าที่ และในวันเกิดเหตุลูกจ้างได้ขับรถยนต์โดยประมาท เลินเล่อชนรถยนต์ของโจทก์เสียหายนั้น ย่อมเป็นการเพียงพอที่จะเข้าใจได้แล้วว่า เป็นการกระทำในทางการที่จ้างของบริษัทผู้เป็นนายจ้าง

ต่อมามีฎีกา 1001/2514 วินิจฉัยในแนวเดียวกัน

กรณีที่ลูกจ้างเอาทรัพย์สินของนายจ้าง ไปใช้โดยมิชอบ เช่น ลูกจ้างขามยบ้นนายจ้าง ไปยังผู้อื่น ดังนั้นนายจ้าง ไม่ต้องรับผิด เพราะลูกจ้างไม่ต้

กระทำนอกระบบการที่จ้าง แต่ถ้าวุฒิจ้างนำทรัพย์สินของนายจ้างหรือของผู้อื่นซึ่ง
 อยู่ในความดูแลของนายจ้าง ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต แต่ไม่ถึงกับเป็นการลัก
 ทรัพย์ เช่น ลูกจ้างอยู่ซ่อมรถ นารถที่มีผู้นำมาให้นายจ้างซ่อม ไปใช้เพื่อประโยชน์
 หรือความสนุกคะนองส่วนตัว แล้วเกิดชนกับรถจักรยานยนต์ของผู้อื่นด้วยความ
 ประมาทเลินเล่อของลูกจ้าง ดังนั้นความเสียหายที่เกิดกับเจ้าของรถจักรยานยนต์
 นายจ้างไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย เพราะการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ
 ของลูกจ้างนั้น ไม่เกี่ยวกับการทำงานให้นายจ้าง ไม่อยู่ในทางกำรที่จ้าง เนื่อง
 จากลูกจ้างนำทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลของนายจ้าง ไปใช้ เพื่อประโยชน์ส่วนตน
 นอกเหนืออำนาจที่ได้รับมอบหมาย แต่ความเสียหายที่เกิดกับเจ้าของรถยนต์นั้น
 นายจ้างต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย นายจ้างจะอ้างว่าลูกจ้างนำไปใช้ประโยชน์
 ส่วนตัว ไม่เกี่ยวกับนายจ้าง ไม่ได้ เพราะการที่นายจ้างรับรถยนต์ไว้ซ่อม นาย
 จ้างมีหน้าที่ต้องดูแลรักษา และรับประกันในความปลอดภัยของรถยนต์ด้วย 74
 ดังนั้นนายจ้างจะต้องรับผิดชอบ ต่อความเสียหายที่เกิดกับรถที่อยู่ในความดูแลของ
 ตนกรณีตัวอย่างที่กล่าวมานี้ในประ เทศอังกฤษ ก่อนปี ค.ศ. 1912 ศาลพิพากษาว่า
 การนำรถ ไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของลูกจ้าง แล้วทำให้รถเสียหาย ให้นาย
 จ้างไม่ได้รู้เห็นด้วยเป็นการกระทำนอกระบบการที่จ้าง นายจ้างไม่ต้องรับผิด เช่น
 ในคดี Sanderson V. Collins [1904] 75 แต่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1912 เป็นต้นมา
 ศาลอังกฤษ ได้พิพากษาโดยถือหลักว่า แม้ลูกจ้างจะนำรถไปใช้ส่วนตัว นายจ้าง

74 John G. Fleming, The Law of Torts, P.352.

75 Tony Weir, A Case Book on Tort, P.224.

ก็ต้องรับผิดในความเสียหายของรถคันนั้น เสมือนลูกจ้าง ได้กระทำไปในทางที่จ้าง เพราะนายจ้างมีหน้าที่รับผิดชอบในความปลอดภัยของรถ ซึ่งมีผู้นำมามอบไว้ในความดูแล แต่ความเสียหายของรถจักรยานยนต์นั้น นายจ้าง ไม่ต้องรับผิด เพราะ ไม่อยู่ในทางการที่จ้าง เช่น ในคดี *Aitchison V. Page Motor* [1935] และ คดี *United Africa Co. Ltd V. Sake Owoade* [1935] 76

3. การละเมิดอันเป็นการกระทำเกินหรือเข้าใจผิด ในการปฏิบัติ ตามอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย

การละเมิดของลูกจ้างในกรณีนี้ ไม่ใช่การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งหรือข้อห้ามของนายจ้าง แต่เป็นกรณีที่ลูกจ้างปฏิบัติตามอำนาจอันชอบด้วยกฎหมายจนเกินกว่าเหตุ หรือเข้าใจผิดว่า สิ่งของตนได้ปฏิบัติ นั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมาย การที่จะให้นายจ้างต้องรับผิดด้วยนั้น ผู้เสียหายต้องแสดงให้เห็นว่า ลูกจ้างได้ตั้งใจจะกระทำการ ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากนายจ้างถ้าหากได้กระทำการโดยวิธีการที่สมควร หรือภายใต้พฤติการณ์ที่ลูกจ้าง ได้เข้าใจอย่างผิดพลาดว่ามีอยู่ การกระทำนั้นอาจชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือต้องเป็นการกระทำประเภทที่ลูกจ้างได้รับมอบอำนาจ แต่ได้กระทำละเมิด เพราะเหตุที่ได้กระทำเกินหรือเข้าใจผิด ถ้าหากเป็นการกระทำประเภทที่นายจ้าง ไม่ได้ให้อำนาจหรืออนุญาตให้ทำแล้ว แม้ว่าวิธีการจะ ได้ปฏิบัติเกินขอบหรือไม่ นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิด 77

76. Ibid., P. 230.

77. P. A. Landon, Pollock's Law of Torts, P. 72

เคยทัว เบแล้วมีหลักอยู่ว่า ลูกจ้างย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะป้องกันทรัพย์สินของนายจ้างในกรณีฉุกเฉินได้ตามสมควร ถ้าเห็นมีเหตุอันสมควรคิดว่าทรัพย์สินของนายจ้างอยู่ในอันตราย เช่น ลูกจ้างมีสิทธิป้องกันไม่ให้ใครมาขโมยของของนายจ้าง ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาของไทยคือ

ฎีกาที่ 2499/2524 จำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ทำหน้าที่เป็นยามรักษาทรัพย์สินของเหมืองแร่ โดยจำเลยที่ 2 กับจำเลยที่ 3 ร่วมกันเข้าหุ้นค่าเงินกิจการของเหมืองแร่นั้น จำเลยที่ 1 จึงเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 3 ด้วย การที่จำเลยที่ 3 มอบอาวุธปืนให้จำเลยที่ 1 ไปใช้ในการอยู่ยามเพื่อรักษาทรัพย์สินของจำเลยที่ 2 และ 3 การที่จำเลยที่ 1 ใช้ปืนนั้นลอบเบยิงเจตก ในขณะที่ยังจำเลยที่ 1 ปฏิบัติหน้าที่ยามเพื่อรักษาทรัพย์สินของจำเลยที่ 2 และ 3 ซึ่งอยู่ในเหมือง ถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่จำ

ตัวอย่างคดีของอังกฤษ ที่วางหลักในเรื่องนี้คือคดี *Poland v. Parr* [1927] ลูกจ้างของจำเลย ในขณะที่กำลังกลับบ้านเพื่อทานอาหารเย็น เกิดสงสัยด้วยความเข้าใจผิดแต่มีอันสมควรว่า เด็กคนหนึ่งกำลังขโมยน้ำตาลจากรถของนายจ้างซึ่งผ่านมา ลูกจ้างได้ใช้มือหุดันคอเด็กปรากฏว่า เด็กล้มลงและขาถูกล้อรถคันนั้นทับ ถึงแม้ว่าลูกจ้างจะป้องกันทรัพย์สินของนายจ้างเกินสมควรบ้าง ก็ยังไม่ทำให้การกระทำของลูกจ้างอยู่นอกหนทางที่จำ 78

การปฏิบัติหน้าที่เกินกว่าเหตุ หรือเข้าใจผิดของลูกจ้างนั้นแยกจากเพื่อป้องกันทรัพย์สินของนายจ้างแล้ว ยังอาจมีกรณีอื่นได้อีกเช่น

ในคดี Seymour V. Greenwood [1861] ผู้ดูแลรถโดยสาร (guard) ได้ใช้กำลังลากผู้โดยสารคนหนึ่งลงมาจากรถ เพราะคิดว่าผู้โดยสารคนนั้นเมา และอาจสร้างความรำคาญขึ้นได้แก่ผู้โดยสารอื่น ๆ แต่ความจริงผู้โดยสารคนนั้นไม่ได้เมา การเข้าใจผิดและปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้องนี้ ศาลพิพากษาว่า เจ้าของรถต้องรับผิดชอบ แม้คนดูแลรถจะ ได้สำนึกผิด เกี่ยวกับความประหลาดใจและอาการของผู้โดยสาร การที่นายจ้างให้อำนาจแก่ผู้ดูแลรถจัดการเอาผู้โดยสารที่ทำความเดือดร้อนออกจากรถ ย่อมถือว่าเจ้าของจำเป็นต้องให้อำนาจแก่ผู้ดูแลรถ ที่จะชี้ขาดเอาเองว่า ผู้โดยสารคนใดประพฤติตนในทางมิชอบ 79

คดี Bayley V. Manchester, Sheffield and Lincolnshire Ry. [1873] ผู้เฝ้าประตูซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทรถไฟ กระจกเงาหักซึ่งเป็นผู้โดยสารลงมาจากรถไฟ เพราะคิดว่ากระจกขึ้นรถไฟผิดขบวน ทั้งๆที่กระจกขึ้นรถแล้ว บริษัทรถไฟต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง เพราะลูกจ้าง ได้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้อำนาจทั่วไปของตน คือดูแลว่าผู้โดยสารขึ้นรถผิดหรือไม่ และจัดการให้ผู้โดยสารรถที่ถูกต้อง การหลงผิดและปฏิบัติการณ์เกินขอบเขตของลูกจ้าง ยังอยู่ในแนวทางที่จ้าง ไม่ทำให้นายจ้างพ้นความรับผิดชอบได้ 80

ถ้าการกระทำเกินกว่าเหตุหรือเข้าใจผิดของลูกจ้าง เป็นการกระทำที่เกินกว่าความจำเป็นที่จะต้องกระทำสำหรับเหตุฉุกเฉินที่เกิดขึ้น คือ ไม่พอสมควร

79 P.A. Landon, Pollock's Law of Torts, pp.73-74.

80 W.V.H. Roger, Winfield and Jolowicz on Tort, p.581.

แก่เหตุ เช่น การกระทำเกินกว่าความจำเป็นจะต้องกระทำเพื่อป้องกัน การ
 กระทำนั้นอาจรุนแรงจนออกนอกอำนาจที่ลูกจ้าง ได้รับมอบหมาย เช่น ลูกจ้างคิดว่า
 เด็กชายทรพีสันของนายจ้าง ลูกจ้างใช้ปืนยิงเด็กนั้น แม้การยิงจะกระทำเพื่อ
 ประโยชน์ของนายจ้าง การยิงนั้นก็ ไม่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจที่ลูกจ้าง ได้รับมอบ
 หมาย ⁸¹ ดังนั้นนายจ้าง ไม่ต้องรับผิดชอบ ถ้าลูกจ้างกระทำการซึ่งนายจ้าง ไม่ได้มอบ
 อำนาจให้กระทำ หรือการกระทำซึ่งนายจ้าง เองก็ ไม่มีสิทธิกระทำ ⁸² แม้จะ
 กระทำโดยสุจริตและ เพื่อประโยชน์ของนายจ้าง และมีข้อเท็จจริงอย่างที่ลูกจ้าง
 คิด เช่น ลูกจ้าง ไม่มีอำนาจจะจับบุคคลที่ตนสงสัยว่าพยายามลักทรัพย์ของนาย
 จ้าง ภายหลังจากความพยายามนั้น ได้สิ้นสุดลงแล้ว เพราะการจับบุคคลอื่นนั้น ไม่ได้
 กระทำไปเพื่อป้องกันทรัพย์สันของนายจ้าง แต่ถือว่าเป็นการแก้แค้นเท่านั้น
 เพราะการจะ จับกุมใครต้องเป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมาย เช่น ในคดี
 Abraham v. Deakin [1891]⁸³ และตัวอย่างของการกระทำของลูกจ้าง ที่
 นายจ้างเองก็ ไม่มีอำนาจกระทำคือ

คดี Charleston v. London Tramways Co. [1888]
 เจ้าหน้าที่คนขายตั๋วรถรางซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยจับ เพราะใช้เงินปลอม แต่
 ตามพระราชบัญญัติรถราง ค.ศ. 1870 จำเลยมีอำนาจเพียงจับคนที่ ไม่จ่ายเงิน

⁸¹ Harry Street, The Law of Torts, P.430.

⁸² John Federic Clerk, Clerk & Lindsell on Torts,
 PP.175-176.

⁸³ Salmond and Heuston, Law of Torts, P.440.

เท่านั้น ไม่ใช้จับคนใช้เงินปลอม ดังนั้นจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำ
ของลูกจ้าง 84

4. การละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

กรณีที่ลูกจ้างกระทำละเมิด ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง
คือไม่ถึงกับมีเจตนาจงใจกระทำละเมิด แต่ขาดความระมัดระวัง ชนิดที่ว่าถ้า
มีความระมัดระวังเพียงเล็กน้อย ก็จะไม่เกิดความเสียหายขึ้น โดยเทียบระดับ
ความระมัดระวังของคนธรรมดาซึ่งอยู่ในฐานะผู้กระทำ และพฤติการณ์อื่นประกอบ
กัน ท่านศาสตราจารย์จิติ ติงศภัทย์เรียกการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนี้ว่า
ประมาทโดยจงใจ เพราะเป็นการคาดเห็นอยู่แล้วว่าอาจเกิดผลเสียหายขึ้นได้
หากการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกจ้างนี้ อยู่ใน
ขอบเขตของงานซึ่งกระทำเพือนายจ้าง นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบด้วยถือว่าอยู่
ในทางการที่จ้าง กรณีตัวอย่าง เช่น เหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นประมาทเดือนมีนาคม
พ.ศ. 2532 นี้ กรณีเรือบรรทุกน้ำมัน ชื่อ Exxon Valdez ล่มที่ปากอ่าว
Alaska ทำให้เกิดความเสียหายอย่างหนักต่อสภาพแวดล้อมในบริเวณใกล้เคียง
อย่างกว้างขวางซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า เรือล่มเพราะกัปตันผู้ควบคุมเรือเมา
สุราหลับขณะนำเรือออก กัปตันมือรองเป็นผู้นำเรือออกแทน ทั้งที่มีระเบียบ
ปฏิบัติอยู่ว่า การนำเรือออกในบริเวณดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของ
กัปตันมือหนึ่ง เท่านั้น เนื่องจากมีความยากลำบากต้องอาศัยความรู้ความชำนาญ

84 John Federic Clerk, Clerk & Lindsell on Torts,

เป็นอย่างมาก ดังนั้นถือว่ากับต้นเรือมีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ขาดความระมัดระวังตามวิสัยของบุคคลในฐานะ เช่นนั้นจะพึงมี และการละเมิดของลูกจ้างก็อยู่ในระหว่างการทำงานให้นายจ้าง ย่อมอยู่ในทางการที่จ้าง ซึ่งนายจ้างสมควรต้องรับผิดชอบในละเมิดดังกล่าว

5. การละเมิดโดยจงใจ [Wilful Wrongdoing]

การกระทำละเมิดโดยจงใจของลูกจ้าง คือ ลูกจ้างได้กระทำละเมิดโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายในการกระทำของตน โดยไม่จำกัดถึงขนาดมีเจตนาในทางอาญา โดยปกติแล้วในการประกอบกิจการของนายจ้าง ส่วนมากลูกจ้างจะกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้บุคคลอื่นเสียหาย เพราะการขาดความระมัดระวังรอบคอบอาจเกิดขึ้นได้เสมอ ตามลักษณะและอุปนิสัยของลูกจ้าง ส่วนการกระทำละเมิดโดยจงใจนั้น ปรากฏให้เห็นเป็นจำนวนไม่มากนัก ดังนั้นหลักกฎหมายและแนวทางของคำพิพากษาในเรื่องนี้จึงยังไม่ชัดเจน ในต่างประเทศบางประเทศ กฎหมายได้บัญญัติไว้แล้วว่า นายจ้างไม่มีความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดโดยจงใจของลูกจ้าง และในบางประเทศก็ได้จำกัดความรับผิดชอบของนายจ้างในกรณีลูกจ้างจงใจกระทำละเมิดไว้อย่างแคบมาก จึงจะได้พิจารณาค่าตอบแทนว่า นายจ้างควรมีความรับผิดชอบอย่างไรในการกระทำละเมิดโดยจงใจของลูกจ้าง ซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า อย่างไรเป็นการปฏิบัติงานเพื่อนายจ้าง อย่างไรเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของลูกจ้าง และในกรณีใดบ้างที่นายจ้างจึงจะต้องมีความรับผิดชอบร่วมอยู่ด้วย ซึ่งจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในบทต่อไป

4.2 ในทางการที่เป็นตัวแทน

ขอบเขตความรับผิดชอบของตัวการ คือ ตัวแทนต้องกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกในทางการที่เป็นตัวแทน ซึ่งการกระทำในทางการที่เป็นตัวแทนนี้ จะต้องเป็นการกระทำภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทนด้วย (within the scope of his authority by virtue of his agency) ถ้าตัวแทนทำเกินขอบอำนาจของตัวแทนหรือตัวแทนไม่ได้รับอำนาจจากตัวการ รวมทั้งตัวแทนทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตัวแทนเองแล้ว ตัวการไม่ต้องรับผิดชอบ⁸⁵ ดังนั้นการจะพิจารณาว่าตัวแทนกระทำไปในทางการที่เป็นตัวแทนหรือไม่ ก็ต้องย้อนกลับมาดูว่าขอบอำนาจของตัวแทน หรือเป็นตัวการตัวแทนกันหรือไม่อย่างไรนั่นเอง ทั้งนี้เพราะการเป็นตัวแทนนั้นมีทั้งการแสดงออกชัดๆโดยสัญญา โดยปริยายหรืออาศัยการให้สัตยาบัน ตลอดไปจนถึงโดยชัดๆผู้อื่นหรือผู้อื่นชัดๆตัวเอง ถ้าเป็นการตั้งตัวแทนโดยสัญญา ก็จะมีขอบอำนาจในการทำหน้าที่ชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปหรือตัวแทนเฉพาะการ เช่น ตัวแทนทั่วไปย่อมทำกิจการใดก็ตามทางจัดการแทนตัวการได้ทุกอย่าง นอกจากจะเข้าข้อยกเว้นในมาตรา 801 ส่วนตัวแทนเฉพาะการย่อมมีอำนาจทำการใดอันจำเป็น เพื่อให้กิจการอันตัวการได้มอบหมายแก่ตนสำเร็จลุล่วงไป และทั้งตัวแทนทั่วไปและตัวแทนเฉพาะการในเหตุฉุกเฉินเพื่อจะป้องกันมิให้ตัวการต้องเสียหายย่อมสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ตัวแทนจะทำการใด ๆ เช่นอย่างวิญญูชนจะพึงกระทำ ก็ย่อมมีอำนาจจะทำได้ทั้งสิ้น ตามมาตรา 802 อำนาจของตัวแทนที่ได้รับมอบดังกล่าว ย่อมเป็นสิ่งที่กำหนดขอบเขต

⁸⁵ ประสิทธิ์ เวทีโลกุล, ความรับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้อื่น

อำนาจของตัวแทนว่ามีเพียงใด ถ้าหากตัวแทนทำนอกขอบอำนาจ ในเบื้องต้นก็
ต้องถือว่าไม่ผูกพันตัวการให้ต้องรับผิดชอบ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบทางสัญญาหรือ
ละเมิด เว้นแต่ตัวการจะเข้ารับเอาการกระทำนั้นว่าเป็นการกระทำของตนเอง
โดยการให้สัตยาบันการกระทำนั้นกับคนภายนอก ซึ่งย่อมมีผลให้การกระทำนั้น
เป็นไปในฐานะตัวแทน ถ้าตัวการให้สัตยาบันหรือยินยอมในการกระทำนั้น ตัวการ
ก็ต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับได้มอบอำนาจไว้ก่อน 86.87 ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยคือ
กรณีตัวแทนชัด ซึ่ง ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตัวการ-ตัวแทน

ตัวอย่างคำพิพากษามีกาของ ไทย เรื่องในทางการที่เป็นตัวแทนเช่น
มีกา 1047/2505 มารดาเป็นเจ้าของรถโดยสาร ได้มอบหมายให้
บุตร เป็นตัวแทนในการรับขนส่งผู้โดยสาร เก็บผลประโยชน์ให้แก่มารดา แม้
มารดาจะมีหมายจ้างของบุตร แต่เมื่อบุตรขับรถโดยสารประมาททำให้รถคว่ำ และผู้
โดยสารบาดเจ็บ ก็เป็นการทำละเมิดในทางการที่เป็นตัวแทนของมารดา มารดา
จึงต้องรับผิดชอบร่วมด้วย ตาม บพพ. มาตรา 427

ต่อมามีมีกาที่ 2057/2524 บริษัทจำเลยที่ 3 เป็นตัวแทน

86 เพจิตร บุณยพันธ์ุ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ว่าด้วยความรับผิดในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง หน้า 107.

87 เกี่ยวกับการให้สัตยาบันนี้ รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ เจริญกุล
เห็นว่า ตัวการไม่อาจจะให้สัตยาบันแก่การกระทำละเมิดของตัวแทน ซึ่งเกินขอบ
อำนาจของตัวแทนได้ เพราะการให้สัตยาบันจะใช้เกี่ยวกับนิติกรรม จะนำมาตรา
823 มาใช้กับละเมิดไม่ได้

เรือบลูเพิร์ล เกี่ยวกับ พิธีการนำเรือเข้าออกจากท่ากรุงเทพ และจัดการจ่าย
 ของที่บรรทุกมาในเรือให้แก่ผู้รับในประเทศไทยทั้งหาผู้ส่งสินค้าลงเรือ แม้มีสิทธิ
 ได้รับค่าตอบแทน ก็มีได้มีบทบัญญัติของกฎหมายให้จำเลยที่ 3 ต้องรับผิดชอบ
 ละเมิดที่เรือบลูเพิร์ลชนเรือจัทก์ ก็กานี้เป็นกรณีที่จำเลยได้รับมอบอำนาจให้
 ทำการแทนเฉพาะเรือเข้าออกจากท่ากรุงเทพ และจัดการจ่ายของที่บรรทุกมาใน
 เรือให้แก่ผู้รับในประเทศ และหากผู้ส่งสินค้าลงเรือไม่ได้มอบอำนาจให้ขับเรือ
 หรือนำเรือไปรับจ้าง ดังนั้นจึงไม่เป็นตัวแทนในการขับเรือ เมื่อเหตุละเมิดเกิด
 ขึ้นเพราะเรือเบนเรือจัทก์เสียหาย จึงเรียกร้องให้จำเลยในคดีนี้รับผิดชอบไม่ได้

ส่วนคดีในต่างประเทศนั้น เจ้าของรถต้องมีความรับผิดชอบความ
 ประมาทเลินเล่อของบุคคลซึ่งตนอนุญาตให้ขับรถไปเพื่อกิจการอันหนึ่งอันตน ได้มอบ
 หมายให้ เช่น คดีของอังกฤษ คือ Ormrod v. Crosville Motor
 Services Ltd. (1953) จำเลยต้องการจะไปแข่งรถที่ Monte Carlo
 Rally จึงชักชวนให้เพื่อนขับรถของตนจาก Birkenhead ไป Monte Carlo
 เพื่อไปพบกันที่ Monte Carlo และเข้าแข่ง Rally ที่นั่น อดยเพื่อนจะเป็นผู้นำ
 เครื่องเดินทางใส่รถไปให้ด้วย และกะกันว่าเมื่อแข่งขันเสร็จก็จะขับรถไปเที่ยว
 ด้วยกัน เมื่อตกลงกันแล้ว เพื่อนก็เริ่มขับรถออกเดินทาง แต่ก่อนที่จะถึง Dover
 ด้วยความประมาทเลินเล่อของเพื่อนซึ่งเป็นคนขับรถ ทำให้รถเบนชนกับรถ巴士ทำให้
 ได้รับความเสียหาย ศาลพิพากษาให้เจ้าของรถต้องรับผิดชอบในการกระทำของเพื่อน
 ที่ขับรถไปเพื่อวัตถุประสงค์ของเจ้าของรถนั้น