

# ผลกระทบจากการใช้สื่อสังคมออนไลน์ ของลูกจ้างในประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

## The Impact of Employees' Social Media Use in the U.S and the Relevant Laws

- ผู้ช่วยศาสตราจารย์ พัชรีย์ พิษณุเขาก
- Assistant Professor Patcharee Pichanusakorn
- อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์
- มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
- E-mail: pat21280@hotmail.com
- 



## บทคัดย่อ

การใช้สื่อสังคมออนไลน์กลายเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของผู้คนในปัจจุบันการที่ลูกจ้างใช้สื่อออนไลน์แล้วเกิดความผิดพลาดหรือแสดงความคิดเห็นในเชิงลบอาจส่งผลเสียต่อธุรกิจของนายจ้างได้ ดังนั้น องค์กรธุรกิจหลายแห่งจึงออกนโยบายการใช้สื่อสังคมออนไลน์เพื่อลดความเสี่ยงจากการใช้สื่อออนไลน์โดยมิชอบของลูกจ้าง อย่างไรก็ตาม หากนโยบายของนายจ้างนั้นมีเนื้อหาที่กว้างจนเกินไปก็อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้างได้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีกฎหมายหลายฉบับให้ความสำคัญคุ้มครองลูกจ้างในส่วนนี้ โดยในบทความนี้ได้วิเคราะห์ถึงขอบเขตและลักษณะของกฎหมายที่สำคัญแต่ละฉบับ ตลอดจนแนวทางการตีความของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ที่มีบทบาทสำคัญต่อการออกแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับนโยบายการใช้สื่อสังคมออนไลน์เพื่อให้องค์กรธุรกิจได้ปฏิบัติตามกฎหมายสำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับเรื่องนี้เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างจึงต้องอาศัยกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้เป็นกรณีไป ดังนั้น เพื่อป้องกันการถูกดำเนินคดีจากการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม นายจ้างควรจัดทำคู่มือหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานสำหรับการใช้สื่อสังคมออนไลน์เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันและควบคุมการเข้าถึงสื่อสังคมออนไลน์อย่างถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้ ยังเป็นเครื่องมือสำคัญให้แก่นายจ้างในการป้องกันการถูกดำเนินคดีทางกฎหมาย

**คำสำคัญ:** นโยบายสื่อสังคมออนไลน์ หลักการจ้างงานตามหลักการแสดงเจตนา การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม

## Abstract

Social media has become a part of our daily lives. In fact, workplaces are no exceptions as employees' misuse of social media has intentionally or unintentionally affected employers' interest. Many organizations, therefore, have adopted social media policies to mitigate these risks. However, an excessively broad social media policy can create an unfair treatment toward employees in a workplace. In the United States, there are a number of laws that offer a series of protection to employees. In this article, it will discuss on the nature and the extent of each law, including a legal interpretation by the National Labor Relations Board. This federal agency has an important role to issue its guidance on social media policies for the employers to ensure their compliance with the law. As for Thai law, there is no specific legislation regulating the issue of social media policies in workplaces. Thus, the existing laws would be adopted to solve the issue on case-by-case basis. In order to prevent the claim of unfair dismissal, an employer should adopt a sound social media policy to ensure mutual understanding of company's policy and control access to social media among employees. Moreover, it will be a best practice for employers to prevent unnecessary lawsuits.

**Keywords:** Social Media Policy, Employment-at-will Doctrine, Unfair Dismissal

## บทนำ

ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะด้านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) ทำให้สื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) เข้ามามีอิทธิพลอย่างรวดเร็วในการใช้ชีวิตประจำวัน ไม่เพียงแต่จะเป็นแหล่งข้อมูลข่าวสารที่สามารถเข้าถึงได้ทุกช่วงเวลาแล้วยังเป็นเครื่องมือสื่อสารสำคัญที่ทำให้เกิดการติดต่อเชื่อมโยงตลอดจนแลกเปลี่ยนข่าวสารระหว่างกันได้อย่างรวดเร็ว

ปัจจุบันมีผู้ใช้เครือข่ายสังคมออนไลน์ทั่วโลกมีเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นใช้ผ่านทาง Facebook, Twitter, Instagram, Skype, WhatsApp, Line หรือ LinkedIn เป็นต้น จากข้อมูลในเดือนกันยายนปี พ.ศ. 2558 ของผู้ให้บริการเครือข่าย Facebook และ Twitter พบว่าในแต่ละวันจะมีจำนวนผู้ใช้บริการ Facebook สูงถึงกว่าพันล้านคน และในจำนวนผู้ใช้ในแต่ละวันพบว่ามากกว่าร้อยละ 83.5 อาศัยอยู่นอกสหรัฐอเมริกาและแคนาดา<sup>1</sup> นอกจากนี้ ยังพบว่า มีจำนวนผู้ใช้ twitter สูงถึงเดือนละกว่า 320 ล้านคน (Active users)<sup>2</sup> และมีภาพถ่ายที่ถูกนำลงระบบ Instagram ในแต่ละวันมากกว่า 80 ล้านภาพทั่วโลก

ดังนั้น สื่อสังคมออนไลน์จึงมีศักยภาพในการสร้างความได้เปรียบให้แก่ธุรกิจเป็นอย่างมาก เพราะเป็นเครื่องมือที่ทรงพลังเนื่องจากช่วยให้ธุรกิจมีต้นทุนต่ำ เข้าถึงสาธารณชนได้ในวงกว้าง และมีความยั่งยืน<sup>3</sup> ธุรกิจต่าง ๆ จึงได้หันมาใช้ช่องทางทางการสื่อสารออนไลน์เพื่อติดต่อลูกค้าหรือประชาสัมพันธ์ทางการตลาด ประชุมงาน หรือแม้กระทั่งจัดสรรหาพนักงานเข้าสู่องค์กร จากผลการสำรวจข้อมูลทั่วโลกเกี่ยวกับการใช้สื่อสังคมออนไลน์ในที่ทำงานพบว่า เกือบร้อยละ 90 ของธุรกิจในปัจจุบันหันมาใช้ประโยชน์จากสื่อสังคมออนไลน์เพื่อจุดประสงค์ทางธุรกิจ<sup>4</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยคุณสมบัติดังที่กล่าวมาก็อาจทำให้เกิดผลกระทบในเชิงลบแก่ธุรกิจได้อย่างมากเช่นกัน ทั้งนี้เพราะคุณสมบัติของข้อมูลข่าวสารบนโลกออนไลน์ที่สามารถแพร่กระจายได้อย่างรวดเร็วและเข้าถึงสาธารณชนได้ในวงกว้างเมื่อมีการเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจ การแก้ไขเยียวยาหรือควบคุมมิให้ข้อมูลนั้นแพร่กระจายต่อไปอาจกระทำได้ค่อนข้างยาก เพราะถึงแม้ว่าข้อมูลต้นฉบับจะถูกลบไปแล้ว หากมีการทำสำเนาข้อมูลดังกล่าว ข้อมูลเหล่านั้น

<sup>1</sup> Stats, Facebook Company Info, (Online) Available at <http://newsroom.fb.com/company-info/> Accessed (December 22, 2015).

<sup>2</sup> Twitter Usage/Company Facts, (Online) Available at <https://about.twitter.com/company> Accessed (December 22, 2015).

<sup>3</sup> Elizabeth Allen, You can't say that on Facebook: The NLRA's Opprobriousness Standard and Social Media, Washington University Journal of Law & Policy 2014, Vol. 45(1): p. 195.

<sup>4</sup> Proskauer, Social Media in the Workplace around the World 3.0 (2013/14 Survey), April 2014, (Online) Available at <http://www.proskauer.com/files/uploads/social-media-in-the-workplace-2014.pdf> Accessed (December 22, 2015).

ก็ยังคงอยู่บนระบบออนไลน์และสามารถถูกส่งต่อไปได้โดยไม่มีที่สิ้นสุด

ด้วยเหตุผลดังกล่าว การเข้าใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างในองค์กรธุรกิจจึงอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อนายจ้างอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากหากลูกจ้างใช้สื่อออนไลน์ในทางที่ไม่ชอบ (Social Media Misuse) นอกจากจะทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือภาพลักษณ์ขององค์กรธุรกิจแล้วก็อาจก่อให้เกิดผลเสียในด้านอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่น การเปิดเผยข้อมูลความลับของบริษัท หรือข้อมูลสำคัญของลูกค้า เป็นต้น

นโยบายการใช้สื่อสังคมออนไลน์ (Social Media Policy) จึงเป็นเครื่องมือหนึ่งของนายจ้างเพื่อช่วยลดความเสี่ยงหรือควบคุมการเข้าใช้สื่อออนไลน์ของลูกจ้างเพื่อไม่ให้กระทบต่อหน้าที่การทำงานหรือผลประโยชน์ของบริษัทอย่างไรก็ตามหากนโยบายการใช้สื่อสังคมออนไลน์ของนายจ้างมีลักษณะเป็นการควบคุมหรือจำกัดสิทธิของลูกจ้างมากเกินไปก็ย่อมทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือเกิดปัญหาอื่น ๆ ตามมา เช่น การล่วงละเมิดข้อมูลส่วนตัวของลูกจ้าง เป็นต้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีนายจ้างเป็นจำนวนมากทำการตรวจสอบภูมิหลังของผู้สมัครงานหรือลูกจ้างจากข้อมูลของ The US Consumer Data Industry Association ประเมินการว่าร้อยละ 88 ของนายจ้างได้ทำการตรวจสอบภูมิหลัง<sup>5</sup>

ตลอดจนควบคุมตรวจสอบการเข้าใช้สื่อออนไลน์ของลูกจ้างเพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่อาจเกิดกับองค์กร และหากพบการกระทำที่นายจ้างเห็นว่าไม่สมควรหรือแม้แต่ไม่เป็นที่พอใจ นายจ้างก็จะไม่จ้างผู้สมัครงานนั้น หรือนายจ้างก็อาจลงโทษหรือเลิกจ้างลูกจ้างได้สำหรับการกระทำที่นายจ้างเห็นว่าไม่เหมาะสม ในบางกรณีกิจกรรมส่วนตัวของลูกจ้างที่นำเสนอในสื่อสังคมออนไลน์ก็อาจทำให้ถูกเลิกจ้างได้ด้วยเหตุผลเพียงเพราะนายจ้างไม่พอใจหรือเห็นว่าไม่เหมาะสม

หลักกฎหมายที่สำคัญที่ให้สิทธิแก่นายจ้างคือ หลักการจ้างงานตามหลักการแสดงเจตนา (Employment-at-will Doctrine) กล่าวคือ การเกิดและสิ้นสุดของสัญญาจ้างแรงงานตั้งอยู่บนพื้นฐานการแสดงเจตนาของนายจ้าง ดังนั้นนายจ้างจึงมีสิทธิที่จะจ้างหรือเลิกจ้างลูกจ้างด้วยเหตุผลใดก็ได้ หรือนายจ้างไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลแห่งการเลิกจ้างนั้นเลยก็ได้ถ้าไม่มีสัญญาจ้างงานระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจง หรือมีสัญญาตามสหภาพแรงงาน (Union Agreements) กำหนดไว้<sup>6</sup>

ทั้งนี้เนื่องมาจากแนวคิดข้อสมมติฐานที่ว่าลูกจ้างนั้นเป็นเพียงผู้สนองความต้องการด้านแรงงานเท่านั้นไม่ได้มีส่วนได้เสียในธุรกิจ สิทธิที่ลูกจ้างจะพึงมีก็เพียงแต่ได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานเท่านั้น นายจ้างซึ่งเป็นเจ้าของธุรกิจย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจะตัดสินใจดำเนิน

<sup>5</sup> Suzanne Home, Paul Hastings, an International Perspective on Background Checks, Employment & Industrial Relations Law 2011, Vol. 21(2): pp. 27-28.

<sup>6</sup> Charles J. Muhl, The Employment-at-will doctrine: three major exceptions, Monthly Labor Review, January (2001): p. 3.

การใด ๆ เกี่ยวกับธุรกิจซึ่งรวมไปถึงพิจารณาตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานของลูกจ้าง<sup>7</sup>ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายแรงงานในหลาย ๆ ประเทศที่ให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้าง ยกตัวอย่างเช่น การเลิกจ้างนั้นจะต้องไม่เป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมหรือจะต้องเลิกจ้างโดยมีเหตุผลอันสมควร

ดังนั้น จากแนวคิดของหลักกฎหมายดังกล่าวทำให้นายจ้างในสหรัฐอเมริกาค่อนข้างอิสระในการใช้ดุลยพินิจในการเลิกจ้างงาน อย่างไรก็ตามการที่นายจ้างทำการตรวจสอบหรือเข้าแทรกแซงการใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างนั้นอาจแบ่งวัตถุประสงค์ของการเข้าควบคุมการใช้สื่อสังคมออนไลน์ ดังนี้

## วัตถุประสงค์ของการเข้าควบคุมการใช้สื่อสังคมออนไลน์

1. เพื่อป้องกันความรับผิดทางกฎหมายของนายจ้าง

กฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดหน้าที่ความรับผิดให้แก่นายจ้างสำหรับการกระทำ ความผิดที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้น เช่น ความรับผิดฐานไม่เอาใจใส่ในการจ้างงาน (Negligence hiring) ความรับผิดจากการที่ลูกจ้างกระทำการอันมีลักษณะเป็นการคุกคามในที่ทำงาน (Harassment in Workplace) หรือความรับผิดจากการโฆษณาอันเป็นเท็จ (False Advertising) เป็นต้น

ความรับผิดจากความไม่เอาใจใส่ในการจ้างงาน (The Doctrine of Negligent Hiring) ศาลได้นำหลักดังกล่าวนี้มาปรับใช้ในกรณีที่มีการทำละเมิดของพนักงานลูกจ้างต่อบุคคลอื่นโดยวางหลักให้นายจ้างจะต้องเอาใจใส่ตรวจสอบผู้สมัครงานอย่างเหมาะสมเพื่อป้องกันการจ้างบุคคลที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่น ดังนั้น หากนายจ้างไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการตรวจสอบประวัติผู้สมัครงานและในภายหลังพนักงานดังกล่าวทำความเสียหายต่อบุคคลอื่น นายจ้างจะต้องรับผิดโดยตรงจากการไม่เอาใจใส่ในการจ้างงานต่อผู้ถูกทำละเมิดนั้น<sup>8</sup>

เช่น ในคดี Estate of Danielle Jennings v. TGM Ashley Lakes นายจ้างต้องรับผิดในการชดเชยค่าเสียหายสูงถึง 15 ล้านดอลลาร์เนื่องจากคณะลูกขุนเห็นว่านายจ้างไม่ได้ใช้ความเอาใจใส่ในการตรวจสอบภูมิหลังของผู้สมัครงานอย่างเพียงพอจนทำให้ผู้สมัครงานนั้นในภายหลังได้ฆาตกรรมหญิงผู้พักอาศัยในอพาร์ทเมนต์ที่เป็นกิจการของนายจ้าง หากนายจ้างได้ตรวจสอบประวัติอย่างเพียงพอจะพบว่า ผู้สมัครงานดังกล่าวได้ก่ออาชญากรรมมาแล้วหลายครั้ง

นอกจากนี้ นายจ้างอาจมีความรับผิดได้หากพบว่าลูกจ้างได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นการคุกคามในสถานที่ทำงาน (Harassment in Workplace) เพราะนายจ้างในสหรัฐอเมริกา

<sup>7</sup> Clyde W. Summers, Employment at will in the United States: The Divine Right of Employers, U.P.A. Journal of Labor and Employment Law 2000, Vol. 3(1): p. 65.

<sup>8</sup> Rodolfo A. Camacho, How to avoid negligent hiring litigation, Whittier Law Review 1993, Vol. 14: p. 789.

หน้าที่ตามกฎหมายจะต้องส่งเสริมให้สภาพแวดล้อมในการทำงานปราศจากการคุกคาม (A Harassment-free Work Environment) เช่น ในคดี *Vance v. Ball State University*, 133 S. Ct. 2434 (2013) ศาลสูงสุดได้วางหลักให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในสถานะที่ไม่เอาใจใส่ในการป้องกันมิให้เกิดการคุกคาม หากลูกจ้างที่มีหัวหน้างานนั้นได้กระทำการคุกคามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วมีผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมในการทำงาน ทั้งนี้สิ่งที่ศาลนำมาวินิจฉัยคือ พิจารณานายจ้างได้ทำการสอดส่องดูแลสภาพแวดล้อมในที่ทำงานหรือไม่ หรือได้ตอบสนองเมื่อมีการร้องทุกข์หรือไม่ หรือจัดให้มีระบบการรับเรื่องร้องเรียนหรือไม่ ทั้งนี้ หากนายจ้างรู้หรือควรรู้ได้ว่าการคุกคามอันกระทบต่อสภาพแวดล้อมในการทำงานแต่ไม่ได้ทำการป้องกันหรือระมัดระวังตามสมควร นายจ้างก็จะต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว ทั้งนี้เพราะการใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างในปัจจุบันก็อาจก่อให้เกิดปัญหาการคุกคามในที่ทำงานได้ในหลาย ๆ รูปแบบ เช่น ในเรื่องทางเชื้อชาติ เพศ ศาสนา เป็นต้น ดังนั้น หากนายจ้างหรือหัวหน้างานที่เป็นเพื่อนออนไลน์ (Friending) กับลูกจ้างหรือผู้ใต้บังคับบัญชาในสายงานพบว่ามีกรกระทำที่คุกคามในที่ทำงานหรือแม้กระทำนอกสถานที่ทำงานแต่กระทบต่อสภาพแวดล้อมในการทำงานและนายจ้างรู้หรือควรรู้ได้ถึงกรกระทำดังกล่าวแต่ไม่กระทำการเพื่อป้องกันก็อาจมีความรับผิดชอบตามกฎหมายได้

นายจ้างอาจต้องรับผิดชอบในฐานะโฆษณาอันเป็นเท็จได้ (False Advertising) เนื่องจากในปัจจุบัน ธุรกิจหันมาใช้ช่องทางสื่อออนไลน์เพื่อประชาสัมพันธ์ทางการตลาดในสินค้าหรือบริการของตนมากขึ้น ดังนั้น การโฆษณาประชาสัมพันธ์จึงอาจทำได้ในหลายรูปแบบเพื่อให้เข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคและสร้างความน่าเชื่อถือในสินค้า ในปัจจุบัน คณะกรรมการ Federal Trade Commission (FTC) พบว่าผู้บริโภคมักเชื่อถือบันทึกออนไลน์ (Blog) มากกว่าการโฆษณาในแบบดั้งเดิม<sup>9</sup> คณะกรรมการ FTC จึงได้วางกฎระเบียบให้ลูกจ้างที่สนับสนุนสินค้าหรือบริการของนายจ้างผ่านช่องทางออนไลน์มีหน้าที่ต้องเปิดเผยให้ผู้อื่นทราบถึงความสัมพันธ์ระหว่างตนกับนายจ้าง หากฝ่าฝืน นายจ้างอาจต้องรับผิดชอบจากการโฆษณา ดังกล่าวได้ถึงแม้ว่าการแสดงความคิดเห็นหรือการสนับสนุนในสินค้าหรือบริการนั้น จะไม่ได้รับความยินยอมจากนายจ้างหรือนายจ้างไม่ได้มีส่วนรู้เห็นด้วยก็ตาม ดังนั้น นายจ้างจึงจำเป็นต้องควบคุมตรวจสอบการเข้าใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างเพราะอาจจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบตามกฎหมายได้

2. เพื่อปกป้องผลประโยชน์หรือชื่อเสียงขององค์กร

ลูกจ้างอาจใช้สื่อสังคมออนไลน์โดยไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ขององค์กรอย่างสำคัญ ยกตัวอย่างเช่น นำข้อมูลความลับทางการค้า ข้อมูลเกี่ยวกับแผนการตลาด

<sup>9</sup> Scott J. Slavick, Online False Advertising, A Publication of the American Bar Association, Best of ABA Sections, March 2011, V. 28(2), (Online) Available at [http://www.americanbar.org/publications/gp\\_solo/2011/march/online\\_false\\_advertising\\_risks.html](http://www.americanbar.org/publications/gp_solo/2011/march/online_false_advertising_risks.html) Accessed (December 23,2015).

ฐานข้อมูลลูกค้า ความลับของลูกค้า หรือแผนการฟื้นฟูกิจการของบริษัทออกเปิดเผยต่อสาธารณชน ซึ่งข้อมูลเหล่านี้อาจกระทบต่อผลประโยชน์ของบริษัทเป็นอย่างมากเพราะถือเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าหรือสถานะความน่าเชื่อถือทางการเงินของบริษัท ตลอดจนอาจกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับบริษัทและอาจทำให้บริษัทต้องรับมือต่อลูกค้าของบริษัทจากการกระทำของลูกค้าได้

นอกจากนี้ ก่อนที่จะเกิดกระแสความนิยมในการใช้สื่อสังคมออนไลน์ เช่น Facebook หรือ Twitter เมื่อลูกค้ามีปัญหาเกี่ยวกับการทำงานช่องทางที่สำคัญ คือ การปรึกษาเพื่อนร่วมงานหรือทำเรื่องร้องเรียนตามกระบวนการประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจึงค่อนข้างรับรู้กันในวงจำกัด แต่เมื่อการใช้สื่อสังคมออนไลน์ได้รับความนิยมมากขึ้นลูกค้าสามารถใช้ช่องทางดังกล่าวเพื่อร้องเรียนหรือแสดงออกได้ตลอดเวลาและสะดวกมากขึ้นทั้งจากอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ที่นายจ้างจัดสรรให้หรือแม้กระทั่งผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ของลูกค้าเอง ดังนั้น การใช้คำไม่สุภาพว่ากล่าวพาดพิง เสียดสีหรือใช้ข้อความที่รุนแรง ตลอดจนวิจารณ์เพื่อนร่วมงาน หัวหน้างานหรือนายจ้าง นอกจากจะกระทบต่อบรรยากาศการอยู่ร่วมกันในที่ทำงานและอำนาจควบคุมบังคับบัญชาระหว่างนายจ้างลูกจ้างแล้วก็ยังกระทบต่อภาพลักษณ์หรือชื่อเสียงของนายจ้างในวงกว้างขึ้นด้วยเพราะไม่เพียงแต่บุคคลภายในองค์กรที่จะสามารถรับรู้ได้เท่านั้นแต่ยังรวมถึงบุคคลภายนอกที่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้อีกด้วย

นอกจากนี้ ในบางองค์กร ภาพลักษณ์ของ

พนักงานก็มีผลสำคัญต่อความน่าเชื่อถือขององค์กร เช่น สถาบันการศึกษา สถาบันการเงิน ที่ต้องอาศัยความไว้วางใจเชื่อถือจากประชาชน หากพนักงานมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมแม้เป็นพฤติกรรมส่วนตัวไม่เกี่ยวกับการทำงาน แต่ก็อาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือขององค์กรได้ ดังนั้น การตรวจสอบการใช้สื่อออนไลน์จึงเป็นเครื่องมือสำคัญของนายจ้างเพื่อลดการก่อปัญหาดังกล่าว

3. เพื่อให้ได้ผู้สมัครงานหรือลูกจ้างที่มีคุณสมบัติตามที่ต้องการและป้องกันพฤติกรรมที่มีผลกระทบต่อการทำงาน

ดังที่กล่าวไว้ตอนต้น การที่นายจ้างเข้าตรวจสอบประวัติผู้สมัครงานโดยตรวจสอบจากสื่อออนไลน์ที่ผู้สมัครงานได้ใช้งานเป็นประจำหรือเคยแสดงความคิดเห็นไว้ย่อมช่วยให้นายจ้างสามารถคัดกรองให้ได้ผู้สมัครงานที่มีคุณสมบัติตามที่นายจ้างต้องการ เช่น ประวัติการใช้ยาเสพติด ประวัติทางการเงิน เป็นต้น ในบางกรณีการที่ลูกจ้างแสดงความคิดเห็นของตนหรือนำเสนอภาพของตนเกี่ยวกับการใช้ชีวิตส่วนตัว (Lifestyle) เช่น ความชื่นชอบในกีฬาผาดโผน หรือกิจกรรมที่เสี่ยงภัย หรือผิดกฎหมาย นายจ้างอาจนำข้อมูลเหล่านั้นมาตัดสินใจในการเลิกจ้างเพราะพฤติกรรมเหล่านั้นอาจมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการทำงาน นอกจากนี้ นายจ้างบางรายก็อาจเข้าตรวจสอบสื่อออนไลน์ของลูกค้าเพื่อควบคุมอัตราการขาดงาน (Absenteeism) ยกตัวอย่างเช่น การที่ลูกจ้างลาป่วย นายจ้างอาจเข้าตรวจสอบสื่อสังคมออนไลน์ อย่างเช่น Facebook ของลูกจ้างว่าการที่ลูกจ้างได้ลาออกไปนั้นได้ลาออกไปอย่างถูกต้องเหมาะสมหรือไม่



อย่างไรก็ตาม การที่นายจ้างได้ทำการตรวจสอบการใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้างไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตามดังที่กล่าวไว้ตอนต้น บางกรณีก็กระทำไปโดยเกินขอบเขตอันสมควรและนำมาซึ่งผลกระทบต่อลูกจ้างอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่น การละเมิดต่อข้อมูลอันเป็นความลับหรือข้อมูลความเป็นส่วนตัวของลูกจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่การงานซึ่งกระทำนอกเหนือเวลางานตลอดจนนอกสถานที่ที่ประกอบธุรกิจของนายจ้าง (Off duty) เช่น รสนิยมทางเพศ กิจกรรมกีฬาผาดโผน แต่นายจ้างก็นำข้อมูลนั้นมาลงโทษหรือใช้ในการตัดสินใจเลิกจ้าง เป็นต้น

ปัจจุบัน ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายหลายฉบับที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างอันเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวของนายจ้าง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

## กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิลูกจ้างเกี่ยวกับการใช้สื่อสังคมออนไลน์

### 1. First Amendment Protection

ตามบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 (First Amendment) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ลูกจ้างของภาครัฐมีอิสระเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการพูด (Freedom of Speech) ในฐานะประชาชนคนหนึ่ง ดังนั้น การที่ลูกจ้างรัฐแสดงความคิดเห็นผ่านสื่อสังคมออนไลน์ แล้วถูกนายจ้างลงโทษหรือเลิกจ้าง หรือเรียกได้ว่าลูกจ้างได้รับการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการ

จ้างงาน (Adverse Employment Action) นั้น หากลูกจ้างรัฐนั้นต้องการได้รับความคุ้มครองจากการกระทำของนายจ้างดังกล่าว ลูกจ้างจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นหรือผ่านเงื่อนไขที่เรียกว่า “The Pickering Balancing Test” กล่าวคือ ประเด็นที่หนึ่งลูกจ้างรัฐจะต้องแสดงให้เห็นว่า เรื่องที่ตนได้แสดงความคิดเห็นนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะ (Matter of Public Concern) ที่ตนได้แสดงออกในฐานะประชาชนคนหนึ่ง มิใช่ในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐ (Official’s Duties) ผลประโยชน์สาธารณะอาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเมือง สังคม หรือผลประโยชน์ที่เกี่ยวกับชุมชน

ประเด็นที่สอง ลูกจ้างรัฐจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าเมื่อคำนึงถึงความสมดุลของประโยชน์ที่เกิดจากเสรีภาพในการพูดนั้นจะมีมากกว่าผลประโยชน์อันเกิดจากประสิทธิภาพในการจัดการหรือดำเนินกิจการของนายจ้าง<sup>10</sup> กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาความสมดุลในประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการแสดงออกหรือเสรีภาพในการพูดนั้นกับประโยชน์อันเกิดจากประสิทธิภาพในการจัดการของนายจ้างว่าประโยชน์ใดจะมีมากกว่ากัน หากศาลเห็นว่าการแสดงออกทางความเห็นของลูกจ้างนั้นจะเกิดประโยชน์ต่อสาธารณชนมากกว่า ลูกจ้างก็จะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำของนายจ้าง

ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *In Bland v. Roberts* ศาล the Fourth Circuit ตัดสินให้การกด “Liking” ในหน้า Facebook ถือเป็น การแสดงออกเทียบเท่ากับเสรีภาพในการพูดที่ได้รับการคุ้มครอง ในคดีนี้ลูกจ้างรัฐถูกไล่ออกเพราะแสดงความคิดเห็น

<sup>10</sup> โปรดดู Pickering v. Board of Education, 391 U.S. 347 (1976).

ด้วยการกด “Like” ในหน้า Facebook ของผู้สมัครทางการเมืองฝั่งตรงข้าม ทำให้ผู้บังคับบัญชาไม่พอใจและไล่ออก ศาลในคดีนี้ตัดสินว่า ด้วยหน้าที่การงานของโจทก์ไม่ได้เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกบฏวางแผนนโยบาย (Policy-making) อันจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ประสิทธิภาพในการจัดการของนายจ้าง ดังนั้น การแสดงความคิดเห็นทางการเมือง ความชื่นชมส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 แห่งรัฐธรรมนูญ และการกด “Like” ก็เป็นการแสดงออกเทียบเท่าได้กับการพูดและถือเป็นการแสดงออกทางสัญลักษณ์อย่างหนึ่ง<sup>11</sup>

โดยสรุป รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการควบคุมลูกจ้างของตนในการแสดงออกทางความคิดเห็นได้ หากการแสดงออกนั้นกระทบต่อสภาพแวดล้อมในการทำงานหรือหน้าที่การงานของตน แต่อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างภาครัฐอาจได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการพูดของตน หากการพูดนั้นได้กระทำในฐานะประชาชนคนหนึ่งและเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ ส่วนลูกจ้างภาคเอกชนจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 (First Amendment) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เนื่องจากมีผลใช้บังคับต่อรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ และนายจ้างในภาคเอกชนย่อมมีสิทธิลงโทษหรือเลิกจ้างได้หากแสดงความคิดเห็นของลูกจ้างนั้นกระทบต่อการทำงานหรือการจัดการของนายจ้างอันเป็นไปตามหลัก Employment at Will ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

## 2. National Labor Relations Act Protection (NLRA)

ถึงแม้ว่านายจ้างในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังมีสิทธิพื้นฐานตามหลักการแสดงเจตนาในการจ้างงาน (At Will) แต่ก็ยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหลายฉบับที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างมิให้ถูกเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน เช่น the Civil Rights Act of 1964 (Title VII) ที่ห้ามเลือกปฏิบัติในการจ้างงานเพราะเหตุความแตกต่างด้านเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา, The Americans With Disabilities Act ที่ห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ, the Age Discrimination in Employment Act ที่ห้ามเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างด้านอายุ

สำหรับพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติ (NLRA) เป็นหนึ่งในข้อยกเว้นของหลัก Employment at Will กล่าวคือ นายจ้างจะไม่สามารถลงโทษหรือเลิกจ้างเพราะเหตุแห่งการใช้สิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ของลูกจ้าง ในปัจจุบันนี้กฎหมายฉบับนี้เป็นหนึ่งในเครื่องมือสำคัญของลูกจ้างเอกชนในการฟ้องร้องนายจ้างจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายฉบับนี้เพราะกฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองทั้งลูกจ้างเอกชนทั้งที่เป็นสมาชิกสหภาพแรงงานหรือไม่ได้เป็นสมาชิกต่างก็ได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้โดยอาศัยสิทธิตามมาตรา 7 ที่ให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างที่จะมีสิทธิในกิจกรรมการรวมกลุ่ม (Concerted Activities) เพื่อประโยชน์ในการเจรจาต่อรองร่วม หรือการได้รับความช่วยเหลือหรือปกป้องคุ้มครองร่วมกัน<sup>12</sup>

<sup>11</sup> โปรดดู (Online) Available at <https://acluva.org/wp-content/uploads/2012/08/20120807LikeSpeechamicus.pdf> Accessed (December 24, 2015)

<sup>12</sup> 29 U.S.C. § 157.

*“Employee shall have to right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations to bargain collectively through representatives of their own choosing and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection...”*

ดังนั้น หากนายจ้างลงโทษลูกจ้างหรือเลิกจ้างเพราะการกระทำของลูกจ้างในการแสดงความคิดเห็นหรือแสดงออกผ่านสื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้าง หากเกี่ยวข้องกับหน้าที่การงาน (Work-related) แล้ว นายจ้างอาจกระทำผิดกฎหมายฉบับนี้โดยมาตรา 8 จะถือว่าการกระทำที่ฝ่าฝืนสิทธิของลูกจ้างตามมาตรา 7 ถือเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม (Unfair Labor Practices)

อย่างไรก็ตาม การกระทำใดของลูกจ้างที่จะถือว่าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้ประการแรก คือ การกระทำของลูกจ้างจะต้องมีลักษณะเป็นการรวมกลุ่มหรือเพื่อรวมกลุ่ม (Concerted Activity) ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ให้คำนิยามไว้ แต่คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติ (National Labor Relations Board: NLRB) ได้ให้คำนิยามไว้ว่าการรวมกลุ่มตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมกันกระทำการเพื่อได้รับการช่วยเหลือหรือปกป้องคุ้มครองร่วมกันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขและสภาพ

การจ้างงาน อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างเพียงคนเดียวก็อาจได้รับความคุ้มครองหากการกระทำนั้นได้กระทำในนามของลูกจ้างรายอื่น หรือ เพื่อนำเรื่องร้องเรียนกลุ่ม (Group Complaints) ไปสู่นายจ้าง หรือเพื่อริเริ่มให้เกิดหรือเตรียมการเพื่อให้เกิดการกระทำของกลุ่ม (Group Action)<sup>13</sup>

นอกจากนี้ แม้เพียงแค่กด “Like” ใน Facebook ก็ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้โดยคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ และศาลได้เห็นตรงกันในคดี *Three D, LLC v. NLRB*<sup>14</sup> ที่ลูกจ้างรายหนึ่งแสดงข้อความในหน้าพื้นที่ Facebook ส่วนตัวของตนโดยกล่าวหาว่านายจ้างหักภาษี ณ ที่จ่ายของตนโดยไม่ชอบและหลังจากนั้นเพื่อนร่วมงานหลายคนก็เข้ามาแสดงความคิดเห็นไปในทำนองเดียวกัน ลูกจ้างสองคนถูกไล่ออก รวมถึงลูกจ้างที่กด “Like” ในข้อความต้นเรื่องดังกล่าว กรณีนี้ศาลเห็นว่าเนื้อหาที่ลูกจ้างแสดงความคิดเห็นหรือแสดงออกถึงความกังวลร่วมกันเป็นเรื่องเกี่ยวกับเงื่อนไขและสภาพการจ้างงาน และการกด “Like” ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งการรวมกลุ่ม “Concerted Activities” ที่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้

ประการที่สอง ข้อความที่ลูกจ้างแสดงความคิดเห็นหรือแสดงออกผ่านสื่อออนไลน์นั้นจะต้องเกี่ยวกับข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการจ้างงาน (Terms and Conditions of Employment) ยกตัวอย่างเช่น การที่ลูกจ้างร่วมกันแสดงความคิดเห็นบนสื่อออนไลน์เกี่ยวกับการกระทำของหัวหน้า

<sup>13</sup> Kathleen Carlson, Social Media and The Workplace: How I Learned to Stop Worrying and Love Privacy Settings and the NLRB, Florida Law Review 2014, Vol. 66(1): p. 487.

<sup>14</sup> โปรดดูคำวินิจฉัยของศาล <http://hr.cch.com/ELD/TriplePlayNLRB102115.pdf>.

งาน หรือสภาพการทำงาน วันหยุดวันลา เงินค่าตอบแทน ค่าชดเชยในการทำงาน เป็นต้น

ประการที่สาม การกระทำที่ลูกจ้างแสดงออกนั้นจะต้องไม่ใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตน เช่น ในคดี *Meyers Industries, Inc*<sup>15</sup> คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์วินิจฉัยว่า การที่คนขับรถบรรทุกถูกเลิกจ้างเนื่องจากคนขับรถบรรทุกดังกล่าวประสบอุบัติเหตุการกลไกระบบเบรกของรถบรรทุกขัดข้องและต่อมาได้ปฏิเสธที่จะไม่ขับรถบรรทุกดังกล่าว การกระทำของนายจ้างดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากไม่มีลักษณะที่กระทำร่วมกับหรือในนามของลูกจ้างรายอื่น แต่มีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนถึงแม้ว่าสิ่งที่ลูกจ้างกล่าวอ้างนั้นจะเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขและสภาพการจ้างงานก็ตาม

นอกจากนี้ การปนในเรื่องส่วนตัวโดยแท้<sup>16</sup> เช่น ในกรณีของ *Skinsmart Dermatology* ที่ลูกจ้างได้แสดงความคิดเห็นบนสื่อออนไลน์ Facebook โดยกล่าววิจารณ์หัวหน้างานในทางที่ทำให้เสื่อมเสีย (Derogatory Comment) และปรากฏว่าไม่มีลูกจ้างคนอื่นได้ร่วมแสดงความคิดเห็นดังกล่าว นอกจากนี้ ยังไม่ปรากฏว่า การแสดงออกบนสื่อออนไลน์นั้นมีจุดประสงค์เพื่อกระตุ้นให้เกิดการรวมตัวหรือเพื่อให้ได้รับการปกป้องร่วมกัน ภายหลังมีลูกจ้างรายอื่นนำข้อความดังกล่าวไปแสดงแก่นายจ้างและเป็นผลให้ลูกจ้าง

ที่แสดงความคิดเห็นดังกล่าวถูกเลิกจ้างในที่สุด คดีนี้คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ได้วินิจฉัยว่าการกระทำของนายจ้างไม่ถือว่าเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมเพราะการแสดงความคิดเห็นบนสื่อออนไลน์ของลูกจ้างนั้นเป็นเพียงบ่นเรื่องส่วนตัวโดยแท้และไม่มีลักษณะที่จะทำให้เกิดความหวงกักร่วมกันระหว่างลูกจ้างในส่วนที่เกี่ยวกับข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการจ้างงาน (Shared Employee Concerns Over Terms and Conditions of Employment)<sup>17</sup> ดังนั้น จึงไม่ถือว่าเข้าลักษณะเป็นการรวมกลุ่มในกิจกรรมด้านแรงงานสัมพันธ์ (Concerted Activities)

ประการที่สี่การกระทำของลูกจ้างจะต้องไม่เป็นพฤติกรรมที่หยาบคาย (Opprobrious Conduct) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวถือเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้ประเด็นนี้เป็นประเด็นสำคัญขององค์การธุรกิจในปัจจุบัน เพราะเมื่อระบบออนไลน์สามารถเข้าถึงได้ตลอดเวลา การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับที่ทำงาน หรือหัวหน้างานในหน้า Facebook หรือ Twitter ส่วนตัวของลูกจ้างจึงกระทำได้ค่อนข้างอิสระ ลูกจ้างหลายจึงอาจใช้คำพูดที่ไม่สุภาพหรือหยาบคายในหน้าพื้นที่ส่วนตัวของตนและนำไปสู่ข้อโต้แย้งระหว่างกัน นายจ้างหลายรายในสหรัฐอเมริกาลงโทษหรือเลิกจ้างลูกจ้างเนื่องจากการใช้สื่อสังคมออนไลน์ในหน้า

<sup>15</sup> *Meyers Indus., Inc. (Meyers I)*, 268 N.L.R.B. 493, 497 (1984).

<sup>16</sup> Jordan M.Odo, *OMG! Social Media's Impact on the Workplace*, Hawaii Bar Journal 2015, Vol. 19(3): p. 11.

<sup>17</sup> โปรดดูคำวินิจฉัยของ NLRB (Online) Available at <https://www.nlr.gov/case/04-CA-094222> Accessed (December 24, 2015).

พื้นที่ส่วนตัวของตน<sup>18</sup> โดยเฉพาะการใช้คำพูดที่ไม่สุภาพ หยาดคาย

เช่น ในคดี *Atlantic Steel Co.*,<sup>19</sup> ลูกจ้างได้โต้เถียงกับหัวหน้างานเกี่ยวกับการแบ่งการทำงานล่วงเวลาถึงแม้ว่าจะเป็นการโต้เถียงเกี่ยวกับการจ้างงาน แต่การกระทำของลูกจ้างที่มีพฤติกรรมที่หยาดคายไม่สมควรที่จะได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้ คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ในคดีนี้ยังได้วางหลักไว้ 4 ประการเพื่อพิจารณาว่าลูกจ้างจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ในกรณีที่ลูกจ้างใช้คำพูดที่หยาดคายหรือมีการกระทำที่ไม่สุภาพร่วมด้วย ดังนี้ ประการที่หนึ่ง สถานที่เกิดการโต้เถียงกัน (The place of the Discussion) ประการที่สอง ประเด็นหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน (The Subject Matter of the Discussion) ประการที่สาม ลักษณะการใช้อารมณ์ของลูกจ้าง (The Nature of the Employee's Outburst) และ ประการสุดท้ายคือ การใช้อารมณ์ของลูกจ้างนั้นมาจากการกระทำอันไม่เป็นธรรมของนายจ้างหรือไม่ (Whether the Putburst Was Provoked by the Employer's Unfair Labor Practices)

อย่างไรก็ตาม หากการใช้คำหยาดคายนั้นเกิดขึ้นในห้องส่วนตัว ถกเถียงประเด็นอันเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขและสภาพการจ้างงานและการใช้อารมณ์ต่อนายจ้างนั้นเกิดจากการกระทำอันไม่เป็นธรรมของนายจ้างแล้วก็อาจได้รับความคุ้มครองเช่นกรณี

การเลิกจ้างในคดี *Plaza Auto Center, Inc.*,<sup>20</sup> ลูกจ้างเป็นพนักงานขายรถได้ใช้คำพูดและการกระทำที่หยาดคายแก่เจ้าของกิจการ แต่ประเด็นที่ถกเถียงกัน คือ การเรียกร้องเวลาพักระหว่างการทำงาน การจ่ายค่าตอบแทนจากการขายซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำงานที่ลูกจ้างเชื่อว่าเค้าได้รับการปฏิบัติจากนายจ้างอย่างไม่เป็นธรรม จากข้อเท็จจริงลูกจ้างรายนี้ได้ยกประเด็นนี้ขึ้นพูดกับเพื่อนร่วมงานและต่อหัวหน้างานหลายครั้งแต่ไม่ได้รับการตอบสนอง และเมื่อได้ถกเถียงกับเจ้าของกิจการ คณะกรรมการพบว่า การที่ลูกจ้างได้ใช้อารมณ์และคำพูดที่ก้าวร้าวแก่เจ้าของกิจการนั้นเกิดจากการยั่วยุโดยนายจ้างที่ข่มขู่เกี่ยวกับการเลิกจ้าง นอกจากนี้ การปะทะอารมณ์กันนั้นเกิดขึ้นในห้องปฏิบัติงานของนายจ้างมีไซต่อหน้าพนักงานคนอื่น ๆ อันจะทำให้นายจ้างสูญเสียการปกครองหรือความเคารพนับถือ ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามหลักสี่ประการในคดี *Atlantic Steel Co* แล้วการกระทำเพียงแค่นี้ใช้คำหยาดคายและการกระทำที่ไม่เคารพต่อนายจ้างแล้วยังมีน้ำหนักน้อยกว่าองค์ประกอบอื่น ๆ ทั้งสามประการทำให้ลูกจ้างยังได้รับความคุ้มครองอยู่

อีกตัวอย่างที่สำคัญที่คณะกรรมการได้วินิจฉัยในปี 2015 คือ คดี *Pier Sixty LLC*,<sup>21</sup> ที่ลูกจ้างใช้คำพูดที่หยาดคายโพสต์หรือแสดงข้อความลงหน้าพื้นที่ Facebook ส่วนตัวของตน

<sup>18</sup> Elizabeth Allen, You can't say that on Facebook: The NLRB's Opprobriousness Standard and Social Media, p. 203.

<sup>19</sup> *Atlantic Steel*, 245 NLRB 814, 816 (1979).

<sup>20</sup> *Plaza Auto Center, Inc.*, 360 NLRB No. 117 (2014).

<sup>21</sup> *Pier Sixty LLC*, 362 NLRB No. 59 (2015).



โดยใช้คำสภทต่อหัวหน้างานเพราะลูกจ้างหลายรายได้รับการปฏิบัติที่ไม่ดีจากหัวหน้างานคนดังกล่าวและแสดงข้อความเกี่ยวกับการจะขอใช้สิทธิเลือกตั้งแรงงานสัมพันธ์เพื่อเยียวยาการที่ตนและลูกจ้างคนอื่นได้รับการปฏิบัติที่ไม่ดีจากหัวหน้างาน กรณีนี้คณะกรรมการฯ เห็นว่าแม้จะใช้คำหยาบคายไม่สุภาพแต่ก็ยังได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

ข้อยกเว้นอีกประการ คือ การแสดงออกบนสื่อออนไลน์นั้นจะต้องไม่ใช่การแสดงออกถึงความไม่ซื่อสัตย์ ขาดความระมัดระวังหรือไม่ไตร่ตรองให้ถี่ หรือการแสดงออกถึงการอาฆาตมาดร้ายหรือเป็นเท็จ<sup>22</sup> เช่น ในคดี *NLRB v. Local Union No.1229, International Brotherhood of Electric Workers*<sup>23</sup> กรณีนี้ลูกจ้างไม่ได้รับความคุ้มครองเพราะถึงแม้จะมีประเด็นถกเถียงกับนายจ้างเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานก็ตาม แต่ต่อมากลุ่มลูกจ้างก็ได้ทำใบปลิวกล่าวโจมตีใส่ร้ายต่อคุณภาพสินค้าและบริการของนายจ้างทำให้สินค้าและบริการของนายจ้างขาดความน่าเชื่อถือ โดยลูกจ้างกลุ่มนี้ได้แจกใบปลิวใกล้กับสถานประกอบการและแจกจ่ายต่อสาธารณชนซึ่งการกระทำดังกล่าว ศาลเห็นว่านอกจากจะไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วยังไม่เกี่ยวข้องกับข้อโต้แย้งที่มีอยู่ระหว่างนายจ้างลูกจ้างและเป็นการกระทำที่แสดงถึงความไม่จงรักภักดีทำให้นายจ้างต้องเสียหายสูญเสียรายได้จากการกระทำดังกล่าว

ดังนั้น จากหลักทั้งหลายที่กล่าวมา ลูกจ้างเอกชนค่อนข้างได้รับประโยชน์จากแนวทางการตีความของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ที่ขยายความคุ้มครองให้แก่ลูกจ้างจากการใช้สื่อสังคมออนไลน์ในปัจจุบันมิให้นายจ้างในสหรัฐอเมริกา ลงโทษหรือเลิกจ้างจากการวิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็นผ่านสื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างหากเป็นไปเพื่อการรวมกลุ่ม เพราะแม้เพียงการกด “Like” ข้อความใน Facebook หรือการใช้คำพูดที่หยาบคายก็อาจได้รับความคุ้มครองหากเป็นประเด็นที่ถกเถียงหรือแสดงความคิดเห็นในเรื่องที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและสภาพการจ้างงานและการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นไปเพื่อให้เกิดการรวมกลุ่มเพื่อประโยชน์ในการเจรจาต่อรองร่วมหรือการได้รับความช่วยเหลือหรือปกป้องคุ้มครองร่วมกัน

อย่างไรก็ตาม เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวการออกนโยบายด้านการใช้สื่อสังคมออนไลน์ในที่ทำงานเพื่อให้ลูกจ้างปฏิบัติตามก็เป็นช่องทางหนึ่งที่จะช่วยให้นายจ้างลดความเสี่ยงจากการกระทำของลูกจ้าง แต่ทั้งนี้การออกนโยบายของนายจ้างเพื่อควบคุมการใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างก็ควรจะต้องมีเนื้อหาสอดคล้องเป็นไปตามแนวทาง (Guidelines) ของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ที่ได้ให้ไว้เพื่อป้องกันไม่ให้นโยบายดังกล่าวของนายจ้างขัดต่อพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติ กล่าวคือ จะต้องไม่มีลักษณะในการควบคุม

<sup>22</sup> Cara Magatelli, Facebook is not your friend: Protecting a Private Employee’s Expectation of Privacy in Social Networking Content in the Twenty-First Century Workplace, *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 2012, Vol. 6(1): p. 112.

<sup>23</sup> *Labor Board v. Electrical Workers*, 346 U.S. 464 (1953).

หรือขัดต่อการใช้สิทธิของลูกจ้างภายใต้กฎหมายฉบับนี้

### 3. Invasion of Privacy Tort Action

การใช้หลักเรื่องละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวเพื่อเรียกร้องความรับผิดชอบจากนายจ้างในกรณีที่มีการล่วงละเมิดข้อมูลออนไลน์ส่วนตัวของลูกจ้างนั้นก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งที่ลูกจ้างมักใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาล แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะเป็นการรบกวนความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น (Intrusion Upon Seclusion)<sup>24</sup> นั้นโจทก์หรือลูกจ้างจะต้องพิสูจน์ให้ครบสามองค์ประกอบ คือ ประการที่หนึ่ง ความตั้งใจที่จะละเมิดความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น ประการที่สอง คือ การล่วงละเมิดในสิ่งที่โจทก์มีสิทธิที่จะรักษาไว้เป็นส่วนตัว ประการที่สาม คือ การล่วงละเมิดนั้นจะต้องก้าวล่วงอย่างมากในระดับวิญญูชน กล่าวคือ วิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นการก้าวล่วงที่กระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวอย่างมาก<sup>25</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ลูกจ้างเป็นผู้เปิดเผยข้อมูลออนไลน์โดยตัวของลูกจ้างเอง เช่น ในหน้า Facebook ของตนและหน้า Facebook ของตนนั้นสามารถเข้าถึงได้โดยบุคคลทั่วไป กรณีนี้อาจไม่ถึงว่าลูกจ้างต้องการรักษาหรือคาดหวังความเป็นส่วนตัวของตนไว้ (Expectation of Privacy) แต่

หากลูกจ้างได้พยายามรักษาความเป็นส่วนตัวของตนโดยการจำกัดขอบเขตการเข้าถึงเนื้อหาใน Facebook ของตน เช่น กำหนดให้เฉพาะผู้ที่เพื่อนใน Facebook เท่านั้นที่สามารถอ่านข้อความหรือรูปที่ลูกจ้างโพสต์ได้ กรณีนี้ก็อาจถือได้ว่าลูกจ้างได้คาดหวังความเป็นส่วนตัวไว้

เช่น ในคดี Ehling v. Monmouth-Ocean Hospital Service Corp., ลูกจ้างถูกเลิกจ้างจากการที่ตนได้แสดงความเห็นที่เกี่ยวกับการงานใน Facebook ของตน ทั้งที่ลูกจ้างดังกล่าวได้จำกัดการเข้าถึงด้วยการใช้ระบบรักษาความเป็นส่วนตัว (Privacy Setting) โดยอนุญาตให้เฉพาะเพื่อนเท่านั้นที่สามารถเห็นข้อความของตนได้ ต่อมาข้อความดังกล่าวถูกเพื่อนร่วมงานที่เป็นหนึ่งในเพื่อนที่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงข้อความใน Facebook ทำสำเนาและส่งต่อให้แก่หัวหน้างาน หลังจากนั้น ลูกจ้างดังกล่าวจึงถูกเลิกจ้าง ศาลในคดีนี้ให้ความเห็นว่าลูกจ้างจะถือไม่ได้ว่าตนคาดหวังความเป็นส่วนตัว หากข้อมูลนั้นได้เปิดเผยในเว็บไซต์ที่ไม่ได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยที่ไม่ว่าใครก็สามารถเข้าถึงได้ แต่ในทางตรงกันข้าม หากการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะเข้าถึงได้ต่อเมื่อต้องใช้รหัสลับในการเข้าถึงระบบสื่อสารออนไลน์ การดังกล่าวนั้นก็อาจถือได้ว่าผู้ผู้นั้นมีความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวได้

<sup>24</sup> The Restatement (Second) of Torts Sections § 652 B. Intrusion upon seclusion “One who intentionally intrudes, physically or otherwise, upon the solitude or seclusion of another or his private affairs or concerns, is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the intrusion would be highly offensive to a reasonable person.”.

<sup>25</sup> Justin Lee, The reasonable expectation of invasion, Scitech e-Merging News, Vol. 1(2), (Online) Available at [https://www.americanbar.org/content/newsletter/publications/scitech\\_e\\_merging\\_news\\_home/privacy.html](https://www.americanbar.org/content/newsletter/publications/scitech_e_merging_news_home/privacy.html) Accessed (January 24, 2016).

นอกจากนี้ หากนายจ้างไม่ได้บังคับขู่เข็ญให้ลูกจ้างต้องมอบรหัสลับในการเข้าถึงข้อมูลหรือกระทำการใดๆ ให้ลูกจ้างต้องยอมให้นายจ้างเข้าถึงข้อมูลได้ และต่อมานายจ้างได้ข้อมูลดังกล่าว เช่น เพื่อนร่วมงานของลูกจ้างที่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลออนไลน์ของลูกจ้างได้ทำสำเนาหรือข้อความออนไลน์ของลูกจ้างแล้วส่งต่อให้แก่ นายจ้างโดยสมัครใจไม่ได้ถูกบังคับขู่เข็ญ กรณีนี้ นายจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบการล่วงละเมิดความเป็น ส่วนตัวของลูกจ้างเช่นกัน

ดังนั้น จากที่ลูกจ้างจะอาศัยกฎหมายพื้นฐานในเรื่องละเมิดความเป็นส่วนตัวนี้ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากนายจ้าง ประการหนึ่งที่สำคัญคือ ข้อความดังกล่าวนั้นจะต้องไม่สามารถเข้าถึงได้ง่ายโดยสาธารณชน และลูกจ้างจะต้องพิสูจน์ถึงความคาดหวังถึงความเป็นส่วนตัวของตนได้อย่างชัดเจน เช่น การพิสูจน์ว่าตนได้จำกัดการเข้าถึงด้วยการใช้ระบบการรักษาความเป็นส่วนตัวแล้ว เพื่อให้บุคคลเฉพาะบางกลุ่มเท่านั้นที่สามารถเข้าถึงได้ เป็นต้น

#### 4. Off-Duty Conduct Statues

สำหรับกิจกรรมออนไลน์ของลูกจ้างนั้น หากมีเนื้อหาเกี่ยวกับการทำงานหรือเพื่อเรียกร้องสิทธิในการทำงาน อาจได้รับความคุ้มครองจากการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมของนายจ้างโดยอาศัยกฎหมายของรัฐบาลกลาง คือ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติที่ได้กล่าวไว้ แต่สำหรับกิจกรรมออนไลน์ของลูกจ้างที่มีเนื้อหาที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงานและได้กระทำนอกเหนือจากการงาน ลูกจ้างจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่นั้น หากการกระทำ

ดังกล่าวไม่ต้องด้วยรัฐบัญญัติอื่น ๆ ของสหรัฐ เช่น The Americans with Disabilities Act of 1990, the Age Discrimination in Employment Act of 1967, and Title VII of the Civil Rights Act of 1964 ลูกจ้างก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองเนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal Law) ให้ความคุ้มครองโดยตรง ในส่วนนี้ ลูกจ้างจะต้องอาศัยความคุ้มครองจากกฎหมายในระดับมลรัฐ (State Law) แต่ทั้งนี้ก็มีเพียงบางรัฐเท่านั้นที่ให้ความคุ้มครองกิจกรรมที่นอกเหนือจากการทำงานของลูกจ้าง หรือที่เรียกว่า “Off-duty Statutes”

กิจกรรมที่นอกเหนือจากการทำงานของลูกจ้าง เช่น การทำงานพิเศษเพิ่มเติม รมนียมการใช้ชีวิต การสูบบุหรี่ การดื่ม การใช้สินค้าหรือผลิตภัณฑ์บางอย่างที่ชอบด้วยกฎหมาย งานอดิเรก แม้จะเป็นการกระทำนอกเวลางานหรือไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน หรือเรียกได้ว่าเป็นพฤติกรรมส่วนตัวของลูกจ้าง แต่นายจ้างหลายรายก็อาจนำข้อมูลดังกล่าวมาพิจารณาเลิกจ้างลูกจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันที่นายจ้างสามารถเข้าถึงข้อมูลออนไลน์ของลูกจ้างได้ง่ายกว่าเดิม เช่น การที่ลูกจ้างแสดงภาพหรือข้อความในเว็บไซต์ที่แสดงถึงความชื่นชอบด้านกีฬาที่ผาดโผน การใช้ข้อความหยาบคายวิจารณ์ถึงเรื่องบางอย่างที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ทั้งนี้ เนื่องจากนายจ้างบางรายเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวของลูกจ้างนั้นมีผลกระทบต่อการทำงานหรือธุรกิจของนายจ้างได้ โดยอาศัยหลักการจ้างงานตามหลักการแสดงเจตนา (Employment at Will) ดังนั้น การใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างนั้นจะถือว่าเป็นกิจกรรมนอก



เหนือจากการทำงานที่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ นั่นจึงต้องอาศัยการตีความของศาลในแต่ละรัฐที่มีกฎหมายดังกล่าวบังคับใช้อยู่ อย่างไรก็ตาม ขอบเขตการให้ความคุ้มครอง ลักษณะของกิจกรรมย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ ยกตัวอย่างเช่น

#### 4.1 รัฐแคลิฟอร์เนีย

กฎหมายแรงงานของรัฐแคลิฟอร์เนียให้อำนาจคณะกรรมการแรงงานที่จะดำเนินการแทนลูกจ้างเพราะสูญเสียค่าจ้างจากการพักงานหรือเลิกจ้างจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและเกิดขึ้นนอกเหนือสถานที่และนอกเวลางานของนายจ้าง<sup>26</sup>

*“Claims for Loss of Wages as the Result of Demotion, Suspension, or Discharge from Employment for Lawful Conduct Occurring During Nonworking Hours Away from the Employer’s Premises.”*

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวศาลค่อนข้างจำกัดขอบเขตการใช้ กล่าวคือ การที่ลูกจ้างจะอ้างสิทธิตามมาตราดังกล่าวได้ สิทธิดังกล่าวจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยเฉพาะตามกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อกฎหมายในรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้ให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะเกี่ยวกับพฤติกรรมส่วนตัวออนไลน์ของลูกจ้างที่นอกเหนือเวลาการทำงาน การกระทำดังกล่าวจึงยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง เช่น คดี Barbee v. Household Automotive Finance Corp., ลูกจ้าง

ถูกเลิกจ้างเพราะคบหาทางชู้สาวกับผู้ใต้บังคับบัญชาอันเป็นการฝ่าฝืนนโยบายของนายจ้างต่อมาลูกจ้างจึงฟ้องนายจ้างโดยกล่าวหาว่าละเมิดนโยบายสาธารณะตามกฎหมายแรงงานมาตรา 96 (k) อย่างไรก็ตาม ศาลตัดสินว่า มาตราดังกล่าวไม่ได้ให้สิทธิโดยเฉพาะในการให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้าง และกฎหมายแรงงานก็ไม่ได้ให้ความคุ้มครองเรื่องดังกล่าวโดยตรงแก่ลูกจ้าง ดังนั้น มาตราดังกล่าวจึงไม่ได้ห้ามนายจ้างจากการลงโทษหรือเลิกจ้างลูกจ้างสำหรับการโพสต์ข้อมูลออนไลน์ที่ไม่เกี่ยวกับการทำงาน

#### 4.2 รัฐโคโลราโด

กฎหมายของรัฐโคโลราโดห้ามนายจ้างลงโทษหรือเลิกจ้างลูกจ้างจากการกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นกิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นนอกสถานที่ทำงานและนอกเวลางานของนายจ้างตามกฎหมาย Colorado Revised Statutes 24-34-402.5

*“(1) It Shall be a Discriminatory or Unfair Employment Practice for an Employer to Terminate the Employment of any Employee Due to That Employee’s Engaging in any Lawful Activity off the Premises of the Employer During Nonworking Hours Unless Such a Restriction...”*

อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้มีความชัดเจนเกี่ยวกับกิจกรรมออนไลน์ของลูกจ้าง โดยจะถือว่าเป็นกรณีที่ได้รับคุ้มครองตาม

<sup>26</sup> Labor Code Section 96 (k).



กฎหมายฉบับนี้หรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีข้อยกเว้นสองประการที่ทำให้นายจ้างยังสามารถลงโทษหรือเลิกจ้างลูกจ้างได้ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เข้าลักษณะกระทบต่อคุณสมบัติในวิชาชีพ (Bona Fide Occupational Requirement) โดยศาลได้ตีความให้ลูกจ้างเกิดหน้าที่ในการจงรักภักดี (Duty of Loyalty) ต่อนายจ้างโดยปริยาย เช่น ในคดี Marsh v. Delta Air Lines กรณีนี้ ลูกจ้างถูกเลิกจ้างเนื่องจากเขียนจดหมายถึงสำนักพิมพ์หนึ่ง โดยวิจารณ์เกี่ยวกับนโยบายของบริษัทเกี่ยวกับการจ้างงาน และศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าหน้าที่จงรักภักดีถือเป็นคุณสมบัติทางวิชาชีพที่ลูกจ้างจะต้องมี และถือเป็นข้อยกเว้นหนึ่งตามกฎหมายฉบับนี้หรือกรณีที่เกิดผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest)<sup>27</sup> ก็เป็นข้อยกเว้นหนึ่งที่นายจ้างสามารถลงโทษหรือเลิกจ้างลูกจ้างได้โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายฉบับนี้

### 4.3 นิวยอร์ก

สำหรับนิวยอร์กมีกฎหมายคุ้มครองการกระทำของลูกจ้างที่นอกเวลาและสถานที่การทำงานไว้เช่นกัน แต่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวกับการเมือง (Political Activities) และ กิจกรรมนันทนาการ (Recreational Activities) ที่จะต้องชอบด้วยกฎหมายและลูกจ้างได้กระทำนอกเวลางาน และนอกสถานที่ของนายจ้างโดยที่ลูกจ้างจะต้องไม่ใช่เครื่องมืออุปกรณ์หรือทรัพย์สินอย่างอื่นของนายจ้าง<sup>28</sup>

*“Recreational Activities” Shall Mean any Lawful, Leisure-time activity, for Which the Employee Receives no Compensation and Which is Generally Engaged in for Recreational Purposes, Including But Not Limited to Sports, Games, Hobbies, Exercise, Reading and the Viewing of Television, Movies and Similar Material;*

ทั้งนี้กิจกรรมที่ลูกจ้างจะได้รับความคุ้มครองนั้น ลูกจ้างจะต้องไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือค่าชดเชยและเป็นกิจกรรมที่มีจุดประสงค์เพื่อนันทนาการเท่านั้น โดยกฎหมายได้ยกตัวอย่างของกิจกรรมนันทนาการบางประการ เช่น การเล่นเกม กีฬา การออกกำลังกาย งานอดิเรกการอ่าน การชมภาพยนตร์หรือทีวีหรือกิจกรรมในทำนองเดียวกัน

ดังนั้น กิจกรรมอย่างใดจะเป็นกิจกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ ยกตัวอย่างเช่น การนัดหมายเพื่อสานความสัมพันธ์ (Dating) จะถือเป็นกิจกรรมนันทนาการอันนายจ้างไม่สามารถกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการจ้างงาน (Adverse Employment Action) ได้หรือไม่ จะต้องอาศัยการตีความของศาลดังเช่นคดี New York v. Wal-Mart Stores, Inc ลูกจ้างได้ฝ่าฝืนนโยบายของนายจ้างที่ห้ามการออกเดทหรือนัดหมายเพื่อสานความสัมพันธ์กับเพื่อนร่วมงานที่แต่งงานแล้ว ลูกจ้างจึงถูกเลิกจ้างโดยคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่าการออกเดทหรือนัดหมายเพื่อสานความสัมพันธ์ไม่ถือว่าเป็นกิจกรรมนันทนาการ เนื่องจาก

<sup>27</sup> Colorado Revised Statutes 24-34-402.5(1)(a).

<sup>28</sup> New York Labor Code, Article 7 § 201-D.

มีลักษณะที่แตกต่างจากกิจกรรมนันทนาการอย่างชัดเจน นอกจากนี้ กิจกรรมที่กฎหมายฉบับนี้ได้ยกตัวอย่างไว้ก็เท่ากับเป็นการแสดงให้เห็นว่าต้องการที่จะจำกัดขอบเขตของกิจกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้

#### 4.4 นอร์ทดาโคตา

รัฐนอร์ทดาโคตาเป็นรัฐที่ใช้หลักการจ้างงานตามหลักการแสดงเจตนาของนายจ้าง กล่าวคือนายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างได้ตลอดเวลาโดยไม่ต้องอาศัยเหตุผลในการเลิกจ้าง<sup>29</sup> แต่ก็มีข้อยกเว้นบางประการที่ห้ามนายจ้างกระทำการใด ๆ อันเป็นปฏิปักษ์ต่อการจ้างงาน เช่น กิจกรรมของลูกจ้างที่นอกเหนือเวลางานและนอกสถานที่ของนายจ้าง ซึ่งปรากฏอยู่ใน North Dakota Cent. Code § 14-02/4-03 โดยกฎหมายกำหนดให้กิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful Activities) ของลูกจ้างที่ได้กระทำนอกสถานที่ของนายจ้างและนอกเวลางานจะได้รับความคุ้มครองแต่กิจกรรมดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อผลประโยชน์โดยตรงทางธุรกิจที่สำคัญของนายจ้าง

*“It is a Discriminatory Practice for an Employer to Fail or Refuse to Hire an Individual; to Discharge an Employee; or to Accord Adverse or Unequal Treatment to an Individual or Employee With Respect to Application, Hiring, Training, Apprenticeship, Tenure, Promotion, Upgrading, Compensation, Layoff, or a Term, Privilege, or Condition*

*of Employment, Because of Race, Color, Religion, Sex, National Origin, Age, Physical or Mental Disability, Status With Respect to Marriage or Public Assistance, or Participation in Lawful Activity Off the Employer’s Premises During Nonworking Hours Which is Not in Direct Conflict with the Essential Business-related Interests of the Employer.”*

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย ถือได้ว่ากฎหมายของรัฐนอร์ทดาโคตามีขอบเขตค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ กิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful Activities) อะไรก็ตามที่กระทำนอกเหนือสถานที่ของนายจ้างและนอกเวลางาน ตราบใดที่ไม่ได้กระทบหรือขัดต่อผลประโยชน์โดยตรงทางธุรกิจของนายจ้างย่อมได้รับความคุ้มครองสำหรับกิจกรรมออนไลน์ของลูกจ้างจึงอาจถือว่าเป็นกิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ หากการแสดงข้อความออนไลน์ของลูกจ้างนั้นไม่กระทบหรือขัดแย้งผลประโยชน์ทางธุรกิจของนายจ้างโดยตรง

เมื่อพิจารณากฎหมายระดับมลรัฐของทั้งสี่รัฐดังกล่าวจะเห็นว่า กิจกรรมการใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างจะถือว่าได้รับความคุ้มครองมิให้นายจ้างเลือกปฏิบัติหรือกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ในการจ้างงานต่อลูกจ้างหรือไม่ จึงต้องอาศัยการตีความของศาลเพราะกฎหมายยังไม่ได้บัญญัติขยายความไปถึงเรื่องดังกล่าวโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม กิจกรรมที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้

<sup>29</sup> North Dakota Cent. Code § 34-03-01.



กฎหมายของรัฐนอร์ทดาโคตาและโคโลราโดน่าจะ สามารถตีความครอบคลุมไปถึงกิจกรรมออนไลน์ ของลูกจ้างได้มากกว่าบทบัญญัติของรัฐอื่น เนื่องจากมิได้ถูกจำกัดขอบเขตของการตีความจาก ศาลเช่นกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียหรือจำกัด เฉพาะกิจกรรมนั้นหนทางการตามบทบัญญัติของรัฐ นิวเจอร์ซีย์

## สรุป

นายจ้างในสหรัฐอเมริกาค่อนข้างมีอิสระ ในการจ้างงานหรือเลิกจ้างลูกจ้างได้จากหลักการ จ้างงานตามหลักการแสดงเจตนาดังที่กล่าวไว้ ตอนต้น ดังนั้น หากลูกจ้างใช้สื่อสังคมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้ในที่ทำงานหรือนอกสถานที่ ทำงานและไม่ว่าเนื้อหาที่ลูกจ้างได้แสดงความ คิดเห็นในระบบออนไลน์จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการ ทำงานหรือไม่ นายจ้างสามารถใช้ดุลยพินิจลงโทษ หรือเลิกจ้างได้ อย่างไรก็ตาม เพื่อไม่ให้นายจ้างใช้ อำนาจบังคับบัญชาจนเกินขอบเขตหรือก้าวล่วง ความเป็นส่วนตัวของลูกจ้าง กฎหมายหลายฉบับ ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงถูกนำมาปรับใช้เพื่อ ให้ทันกับสถานการณ์ทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อย่างรวดเร็ว ตลอดจนอาศัยการตีความของ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องและศาลเพื่อให้ความเป็น ธรรมแก่ลูกจ้างและสร้างความสมดุลระหว่างการ รักษาผลประโยชน์ของนายจ้างและการรักษาสิทธิ ของลูกจ้าง ดังเช่น การที่คณะกรรมการแรงงาน สัมพันธ์ของสหรัฐอเมริกาได้ออกแนวทางในการใช้ สื่อสังคมออนไลน์ในที่ทำงานเพื่อให้เกิดความเข้าใจ ร่วมกันระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง และหน่วยงาน

ดังนั้น ในปัจจุบัน นายจ้างในสหรัฐอเมริกา จึงต้องพึงระวังการใช้อำนาจบังคับบัญชาในการ ลงโทษหรือเลิกจ้างจากพฤติกรรมการใช้สื่อสังคม ออนไลน์ของลูกจ้างอยู่สองประการหลัก คือ หาก การแสดงข้อความออนไลน์ของลูกจ้างนั้นเกี่ยวข้อง กับการทำงานและเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการ รวมกลุ่มเพื่อเจรจาต่อรองหรือเรียกร้องสิทธิด้าน แรงงาน นายจ้างอาจจะถูกดำเนินคดีโดยคณะ กรรมการแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติซึ่งมีแนวโน้มใน การตีความช่วยเหลือลูกจ้าง แต่หากเป็นพฤติกรรม ออนไลน์ของลูกจ้างที่กระทำนอกเหนือการทำงาน และนอกเวลางาน และรัฐที่นายจ้างประกอบการ นั้นไม่มีกฎหมายระดับมลรัฐให้ความคุ้มครองใน เรื่องดังกล่าวไว้ นายจ้างก็อาจลงโทษหรือเลิกจ้าง ลูกจ้างได้โดยอาศัยหลักการจ้างงานตามหลักการ แสดงเจตนา

## ข้อเสนอแนะสำหรับนายจ้างในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะ ที่กำหนดขอบเขตและสิทธิของนายจ้าง ลูกจ้างใน เรื่องเกี่ยวกับการใช้สื่อสังคมออนไลน์เช่นเดียวกัน และยังไม่มีกฎระเบียบหรือแนวทางของส่วนราชการ ที่เกี่ยวข้องออกมาเพื่อควบคุมการออกนโยบาย การใช้สื่อสังคมออนไลน์ในที่ทำงานของนายจ้างดัง เช่นในสหรัฐอเมริกา ในปัจจุบันมีเพียงส่วนราชการ ไทยเท่านั้นที่มีการออกจดหมาย<sup>30</sup>จากอธิบดีกรม การปกครองไปถึงผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัด เพื่อกำหนดแนวทางการใช้คอมพิวเตอร์และ เครื่องมือสื่อสารของทางราชการโดยมีใจความ สำคัญ คือ ห้ามบุคลากรของกรมการปกครองใช้

<sup>30</sup> จดหมายที่ มท. 0304/ว1515 ลงวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2558.

คอมพิวเตอร์หรือเครื่องมือสื่อสารของทางราชการ ไปใช้ในทางส่วนตัวที่ใช้โปรแกรม Social Media เช่น Facebook และ Line หรือการส่งอีเมลที่เข้าข่ายความผิดอาญาหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นรวมถึงการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยเด็ดขาดและให้ผู้บังคับบัญชาควบคุมดูแลการใช้ดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

ด้วยเหตุผลดังกล่าว การบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้สื่อสังคมออนไลน์ของลูกจ้างจึงต้องอาศัยกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้เป็นการไป ยกตัวอย่างเช่น หากลูกจ้างใช้ข้อความในสื่อสังคมออนไลน์ที่มีเนื้อหาบิดเบือนหรือให้ร้ายทำให้นายจ้างเสียหายหรือเปิดเผยข้อมูลความลับของบริษัท นายจ้างก็อาจดำเนินคดีอาญาต่อลูกจ้างในความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือความผิดฐานเปิดเผยความลับ หรือฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งในคดีละเมิดได้

แต่ในส่วนของกฎหมายแรงงานนั้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้อาศัยหลักการตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 158 โดยวางหลักเกี่ยวกับการเลิกจ้าง คือ ห้ามนายจ้างเลิกจ้างโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และลูกจ้างจะต้องได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการเลิกจ้างและมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจากการเลิกจ้าง เว้นเสียแต่ลูกจ้างจะ

กระทำผิดร้ายแรง หรือต้องด้วยบทบัญญัติตามมาตรา 119 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ทั้งนี้ นายจ้างยังต้องพึงระวัง หากการเลิกจ้างนั้นเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 นายจ้างก็อาจจะต้องรับลูกจ้างกลับเข้าทำงานหรือชดใช้ค่าเสียหายจากการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมให้แก่ลูกจ้าง

ดังนั้น นายจ้างจะมีสิทธิควบคุมหรือลงโทษตลอดจนเลิกจ้างลูกจ้างได้มากน้อยเพียงไรจึงขึ้นอยู่กับกิจกรรมออนไลน์ของลูกจ้างนั้นว่ามีเนื้อหาหรือการกระทำที่กระทบต่อการทำงานหรือทำให้เกิดความเสียหายต่อนายจ้างมากน้อยเพียงไรยกตัวอย่างเช่น หากลูกจ้างใช้เวลาทำงานของนายจ้างเข้าใช้สื่อสังคมออนไลน์โดยมีเนื้อหาหรือลักษณะการใช้ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการทำงานหรือเป็นเรื่องส่วนตัวของลูกจ้าง ย่อมเป็นการกระทำที่ทำให้ นายจ้างเสียหาย นายจ้างย่อมมีสิทธิเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าและไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการเลิกจ้างโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 583<sup>31</sup>

ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2564/2557 ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานตัดสินว่า ลูกจ้างใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ของนายจ้างเล่นอินเทอร์เน็ตพูดคุยในเรื่องส่วนตัวเป็นประจำ ถือเป็นกรกระทำประการอื่นที่ไม่สมควรแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วง

<sup>31</sup> “มาตรา 583 ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรมก็ดี ละทิ้งการทำงานไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือกระทำการประการอื่นอันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้”.

ไปโดยถูกต้องและสุจริต นายจ้างชอบที่จะเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าและไม่ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 583 ประกอบพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานมาตรา 17 วรรคท้าย ถือเป็นการเลิกจ้างที่มีเหตุอันสมควร ไม่เป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมและไม่ต้องจ่ายค่าเสียหายจากการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม หากลูกจ้างใช้สื่อสังคมออนไลน์นอกเวลางานและได้กระทำนอกสถานที่ของนายจ้าง สิ่งที่จะต้องพิจารณา คือ เนื้อหาที่ลูกจ้างแสดงความคิดเห็นหรือลักษณะกิจกรรมออนไลน์นั้นทำให้นายจ้างเสียหายโดยตรงหรือไม่ เช่น เนื้อหาที่ลูกจ้างได้แสดงความคิดเห็นนั้นทำให้เกิดความเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงขององค์กร นายจ้างก็ย่อมอาศัยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดำเนินคดีแก่ลูกจ้างได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือถ้าต้องด้วยบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานมาตรา 119 นายจ้างก็สามารถเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย

แต่ทั้งนี้ หากเนื้อหาที่ลูกจ้างแสดงความคิดเห็นหรือกิจกรรมออนไลน์ของลูกจ้างนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับการทำงาน เป็นเรื่องส่วนตัวเพียงแต่นายจ้างเห็นว่าพฤติกรรมของลูกจ้างนั้นอาจสุ่มเสี่ยงหรือมีผลกระทบต่อการทำงานของลูกจ้างหรือการบริหารจัดการภายในบริษัท ในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากนายจ้างไม่ได้มีกฎระเบียบข้อบังคับในการทำงานไว้เพื่อควบคุมการใช้สื่อออนไลน์ของลูกจ้าง

มิให้กระทบต่อธุรกิจของนายจ้างอยู่ก่อนแล้ว การเลิกจ้างด้วยเหตุผลดังกล่าว อาจทำให้นายจ้างถูกลูกจ้างฟ้องร้องดำเนินคดีในฐานะเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49 นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ให้คำนิยามไว้ว่าการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมมีความหมายว่าอย่างไร ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลว่า นายจ้างมีเหตุอันสมควรในการเลิกจ้างหรือไม่

ด้วยเหตุผลดังกล่าว นายจ้างจึงไม่สามารถเอากิจกรรมส่วนตัวของลูกจ้างที่กระทำนอกเวลางานและไม่เกี่ยวข้องกับการงานมาใช้เป็นหลักในการตัดสินใจเลิกจ้างได้ เพราะกฎหมายแรงงานของไทยยังให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ลูกจ้างพอสมควร ในส่วนของการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้ลูกจ้างใช้สื่อสังคมออนไลน์โดยไม่ถูกต้อง นายจ้างจึงควรจัดทำคู่มือในการปฏิบัติงานหรือจัดทำข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานในส่วนของ การใช้สื่อสังคมออนไลน์ขึ้น เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันระหว่างนายจ้างลูกจ้างเพื่อให้ลูกจ้างได้รู้ขอบเขตและสิทธิในการใช้สื่อออนไลน์ของตน ตลอดจนทำให้ลูกจ้างระมัดระวังในการเข้าใช้สื่อสังคมออนไลน์มากขึ้น ทั้งนี้เมื่อลูกจ้างฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน นายจ้างจึงย่อมลงโทษหรือเลิกจ้างได้โดยอาศัยระเบียบหรือข้อตกลงระหว่างกันดังกล่าวและเป็นการช่วยลดความเสี่ยงให้แก่ นายจ้างจากการถูกฟ้องในส่วนของการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม

## บรรณานุกรม

- Allen, E. You can't say that on Facebook: The NLRA's Opprobriousness Standard and Social Media. *Washington University Journal of Law & Policy* 45, 1(2014): 195-220.
- Camacho, Rodolfo A. How to avoid negligent hiring litigation, *Whittier Law Review*, 14(1993): 787-792.
- Carlson, K. Social Media and The Workplace: How I Learned to Stop Worrying and Love Privacy Settings and the NLRB. *Florida Law Review* 66, 1(2014): 479-509.
- Esposito, F. Employers' Ongoing Challenge: Managing Employees' Social Media Use. *New Jersey Lawyer, the Magazine* 291, (2014): 72-75.
- Horne, S., and Hastings, P. An International Perspective on Background Checks. *Employment & Industrial Relations Law* 21, 2(2011).
- Magatelli, C. Facebook is not your friend: Protecting a Private Employee's Expectation of Privacy in Social Networking Content in the Twenty-First Century Workplace. *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 6, 1(2012): 103-129.
- McNelis, K. Off-duty Statutes and Social Media: The Need for Protection Regardless of Whether Speech is Concerted. *Review of Litigation* 33, (2014): 219-248.
- Muhl, Charles J. The Employment-at-will doctrine: three major exceptions. *Monthly Labor Review*. (2001).
- Odo, Jordan M. OMG! Social Media's Impact on the Workplace. *Hawaii Bar Journal* 19, 3(2015): 6-13.
- Robson, R. Friending the NLRB: The Connection between Social Media, Concerted Activities and Employer Interests. *Hofstra Labor and Employment Law Journal* 31, (2013): 81-124.
- Slavick, Scott J. Online False Advertising. A Publication of the American Bar Association, *Best of ABA Sections* 28, 2(2011).
- Summers, Clyde W. Employment at will in the United States: The Divine Right of Employers. *U.P.A. Journal of Labor and Employment Law* 3, 1 (2000): 65-86.