

บทที่ 2

ความเป็นมาและบทบาทของการจ้างเหมาค่าแรงในระบบการจ้างงาน

1. แนวคิดพื้นฐานของการจ้างเหมาค่าแรง

1.1 แนวคิดพื้นฐานของการจ้างเหมาค่าแรงในต่างประเทศ

ในสภาวะที่เศรษฐกิจมีการขยายตัวอย่างต่อเนื่อง อัตราการแข่งขันและความไม่แน่นอนของกลไกตลาดในระบบการค้าเสรียุคใหม่สร้างความแปรปรวนในการดำเนินธุรกิจแก่ผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในด้านการบริหารต้นทุนการผลิตและการจัดการด้านกำลังคนภายในองค์กร ผู้ประกอบการจึงย่อมต้องการรูปแบบการจ้างงานที่สะดวกและสามารถใช้ได้เมื่อมีความต้องการแรงงานที่เร่งด่วน ในอีกทางหนึ่ง หากความต้องการใช้แรงงานหมดไปก็สามารถเลิกใช้ได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมาก ซึ่งรูปแบบการจ้างงานที่จะตอบสนองความต้องการดังกล่าวได้ดีที่สุดก็จะต้องมีลักษณะเป็นการจ้างงานชั่วคราวระยะสั้น จึงได้มีแนวคิดในการสร้างรูปแบบการจ้างงานระยะสั้นรูปแบบใหม่ที่มีลักษณะยืดหยุ่นเพื่อตอบสนองความผันผวนในการดำเนินธุรกิจพร้อมทั้งสามารถลดค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ประกอบการด้วย ด้วยเหตุนี้ รูปแบบการจ้างงานซึ่งผู้ประกอบการไม่ต้องว่าจ้างลูกจ้างด้วยตนเอง แต่เป็นการมอบหมายให้บุคคลภายนอกทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างเพื่อมาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของตน หรือที่เรียกว่าการจ้างเหมาค่าแรง (Temporary Agency Work) จึงได้ถือกำเนิดขึ้น โดยมีแนวคิดหลักคือการสร้างความสมดุลระหว่างอุปสงค์และอุปทานในการจ้างงาน¹

ในต่างประเทศ การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงอยู่บนพื้นฐานของการจ้างงานแบบชั่วคราว (Temporary Basis)² ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส การจ้างเหมา

¹ “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions Temporary agency work and collective bargaining in the EU,” p. 52. Retrieved August 21, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0807019s/tn0807019s.pdf>

² John Bowers and Simon Honeyball, Textbook on Labour Law ed. 6th (London: Blackstone Press Limited, 2000), p. 25.

ค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ โดยบริษัทผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างเพื่อไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเฉพาะภายใต้ระยะเวลาอันมีจำกัด หรือที่เรียกว่า “Mission”³ โดยประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส (French Labor Code) กำหนดให้การดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการจ้างเหมาค่าแรงนี้ มีรูปแบบสัญญาโดยเฉพาะ เรียกว่า สัญญาจ้างงานชั่วคราว (Contrat de Travail Temporaire หรือ CTT) หรือในประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน ค.ศ.1973 (Employment Agency Act 1973) ได้ให้ความหมายของการให้บริการรับเหมาค่าแรงหรือ “Employment Business” ว่าหมายถึง การรับดำเนินการจัดหาลูกจ้างเพื่อจัดส่งเข้าไปทำงานให้แก่บุคคลอื่น โดยที่บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมหรือบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้าง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของการจ้างงานชั่วคราว⁴ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ ถ้อยคำในภาษาอังกฤษที่ใช้เรียกการจ้างเหมาค่าแรงซึ่งเป็นที่เข้าใจตรงกันทั่วไปก็คือ “Temporary Agency Work” อันเป็นถ้อยคำสากลที่ปรากฏในกฎหมายอันเป็นกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรป (EU Directive on the Working Conditions for Temporary Agency Workers) ซึ่งลักษณะอันเป็นการชั่วคราวของการจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงนี้ หมายความว่า ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงครั้งหนึ่งๆอาจมีการกำหนดระยะเวลาไว้สั้นมาก เช่น คิดเป็นชั่วโมง รายวัน หรือรายสัปดาห์ เป็นต้น ไปจนถึงระยะเวลาที่ยาวนานเป็นเดือน เป็นปี หรือมากกว่าหนึ่งปี แต่หลักการพื้นฐานสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงอยู่เสมอก็คือการมีลักษณะอันเป็นการชั่วคราว กล่าวคือ ไม่ว่าจะมีการกำหนดระยะเวลาในการจ้างเหมาค่าแรงไว้นานเท่าใด การจ้างงานรูปแบบนี้ก็ยังคงทำได้ในลักษณะเป็นครั้งคราวเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้ผู้ประกอบการใช้การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนการจ้างลูกจ้างประจำตามสัญญาจ้างปกติ

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่า เมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (Fixed-term Employment Contract) ซึ่งเป็นรูปแบบการจ้างงานระยะสั้น

³ “The temporary employment contract,” Retrieved June 19,2008, from <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/informations-pratiques/fiches-pratiques/contrats-travail/contrat-travail-temporaire.html>

⁴ Employment Agencies Act 1973 and regulations, Retrieved September 25, 2008, from <http://www.netlawman.co.uk/acts/employment-agencies-act-1973-and-regulations.php>

เช่นเดียวกันกับการจ้างเหมาค่าแรง โดยตามกฎหมายของสหภาพยุโรปเรื่อง สัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (EU Directive on Fixed-term Employment Contract) นั้น มีการกำหนดเงื่อนไขในการควบคุมการทำสัญญาจ้างดังกล่าว โดยการจำกัดจำนวนครั้งในการทำสัญญาต่อเนื่อง หากมีการฝ่าฝืนก็จะถือว่าลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนนั้น กลายเป็นลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน แต่ในส่วนของกฎหมายของสหภาพยุโรปเรื่อง การจ้างเหมาค่าแรง (EU Directive on Temporary Agency Work) ซึ่งใช้บังคับสำหรับการจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรง กลับไม่มีการกำหนดมาตรการในลักษณะดังกล่าว⁵ ทั้งนี้ เนื่องจากแนวคิดพื้นฐานของการจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงนั้นถือว่าการจ้างงานในระบบนี้ควรเป็นรูปแบบการจ้างงานที่สามารถใช้ได้อย่างชั่วคราวเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในการทำงานประจำหรืองานที่บริษัทต้องทำอย่างต่อเนื่องในการดำเนินกิจการ ด้วยเหตุนี้ จึงส่งผลแตกต่างจากหลักการของสัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน คือ ไม่ว่าจะมีการจ้างเหมาค่าแรงโดยใช้ลูกจ้างรายเดิมติดต่อกันกี่ครั้ง หรือเป็นระยะเวลาสั้นเท่าใด ก็ไม่อาจทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกลายเป็นลูกจ้างประจำของผู้ประกอบกิจการไปได้ เว้นเสียแต่จะมีการตกลงทำสัญญาฉบับใหม่ภายหลังจากที่การทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้เสร็จสิ้นลง

ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้ ไม่เพียงแต่ทำให้ฝ่ายผู้ประกอบการเท่านั้นที่ได้รับประโยชน์จากการจ้างงานรูปแบบดังกล่าว แต่ขณะเดียวกัน ความยืดหยุ่นของการจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงก็เป็นประโยชน์แก่แรงงานบางกลุ่ม อาทิ แรงงานในวัยหนุ่มสาว ซึ่งความยืดหยุ่นของการจ้างงานรูปแบบนี้ช่วยให้พวกเขามีอิสระในการเลือกนายจ้าง เพราะลูกจ้างเหล่านี้มักมีอัตราการเปลี่ยนงานค่อนข้างบ่อย จึงมีโอกาสได้ทำงานในหลายองค์กรและได้เรียนรู้งานที่หลากหลาย⁶ ดังนั้น ระบบการจ้างเหมาค่าแรงจึงสามารถช่วยพัฒนาทักษะและเพิ่มประสบการณ์ในการทำงาน อันจะเป็นรากฐานให้สามารถมีโอกาสได้รับงานที่มั่นคงมากขึ้นในอนาคต⁷ นอกจากนี้

⁵ Malcolm Sargeant and David Lewis, *Employment Law*, ed. 4th (England: Prentice Hall/Financial Times, 2008), p. 56.

⁶ Commission of the European Communities, "Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers," p. 6.

⁷ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *supra note 1*, p. 52.

ระบบการจ้างเหมาค่าแรงยังสามารถเป็นช่องทางในการเข้าสู่ตลาดแรงงานแก่ผู้ที่ขาดโอกาสในการทำงานอีกด้วย

1.2 แนวคิดพื้นฐานของการจ้างเหมาค่าแรงในประเทศไทย

การใช้แรงงานมนุษย์เพื่อแลกกับค่าตอบแทนหรือสินจ้าง ในสมัยที่ยังไม่มีกฎหมายแรงงานนั้น มิได้มีการแบ่งแยกลักษณะของสัญญาว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของอย่างเช่นในปัจจุบัน แต่มีลักษณะเป็นสัญญาเช่าประเภทที่มีวัตถุประสงค์หนึ่งเป็นแรงงานมนุษย์ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ตกลงกันให้บุคคลหนึ่งออกคำสั่งให้อีกบุคคลหนึ่งใช้แรงงานตามที่ได้รับมอบหมายหรือคำสั่ง โดยมีวัตถุประสงค์หนึ่งเป็นแรงงานมนุษย์ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาเช่าตามกฎหมายโรมันที่แบ่งสัญญาเช่าเป็น 2 ลักษณะ คือ ตามรากศัพท์กฎหมายเดิมที่ว่า “สัญญาเช่าบริการ (Hire of Service)” หรือที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเรียกว่า “สัญญาจ้างแรงงาน” กับ “สัญญาเช่างาน (Hire of Work)” หรือที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเรียกว่า “สัญญาจ้างทำของ”⁸ สัญญาจ้างแรงงาน คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งที่เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างแก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ และสัญญาจ้างทำของ คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงรับจะทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น ซึ่งสามารถเปรียบเทียบลักษณะที่สำคัญของทั้งสองสัญญาดังกล่าวจากนิยามข้างต้นได้ ดังนี้

สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ก่อนนี้ให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยฝ่ายลูกจ้างมีหน้าที่จะต้องทำงานให้แก่นายจ้าง และนายจ้างมีหน้าที่จะต้องจ่ายสินจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงาน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในการจ่ายสินจ้างนั้นสัญญาจ้างแรงงานถือตามระยะเวลาที่ทำงานเป็นสำคัญ ดังนั้น นายจ้างจึงต้องจ่ายสินจ้างให้ตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ ส่วนสัญญาจ้างทำของนั้น ผู้รับจ้างจะต้องทำงานอย่างหนึ่งอย่างใดจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างต้องให้สินจ้างเพื่อผลงานนั้น กล่าวคือ ถือความสำเร็จของการทำงานเป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายสินจ้างตามความสำเร็จของการทำงานที่ตกลงกัน อีกประการหนึ่งสัญญาจ้างแรงงานนั้น ลูกจ้างจะต้องเข้าไปทำงานในสถานประกอบการของนายจ้างหรือในสถานที่ที่นายจ้างกำหนด และ

⁸ นิคม จันทรวิฑูร, แรงงานและกฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2526), น. 33.

ลูกจ้างต้องทำงานตามคำสั่งของนายจ้างหรือตามระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานในสถานประกอบการของนายจ้าง จึงเป็นเรื่องที่นายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาได้ แต่ในส่วนของสัญญาจ้างทำของนั้น ผู้รับจ้างไม่ต้องทำงานตามคำสั่ง เพียงแต่ทำงานให้สำเร็จตามสัญญาเท่านั้น และไม่จำเป็นต้องทำงานในสถานประกอบการของผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด นอกจากนี้ สัญญาจ้างแรงงานนั้น ลูกจ้างไม่ต้องจัดหาเครื่องมือหรือสัมภาระในการทำงาน เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นพิเศษ เพราะนายจ้างต้องการแต่เฉพาะแรงงานของลูกจ้างเท่านั้น ส่วนสัญญาจ้างทำของนั้นผู้รับจ้างจะต้องเป็นผู้จัดหาเครื่องมือสำหรับใช้ในการทำงานและบางครั้งก็ต้องจัดหาสัมภาระด้วย

สำหรับการจ้างเหมาค่าแรงนั้น เป็นการให้บริการแรงงานจากภายนอก (Outsource) ไม่ใช่การทำงานโดยลูกจ้างของตนเอง ในทางกฎหมาย การจ้างเหมาค่าแรงจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับการจ้างทำของ (Hire of Work) การรับขน (Carriage) การรับเหมาช่วง (Sub-contract) หรือการตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้า (Distributor) เป็นต้น โดยแนวคิดหลักของการจ้างเหมาค่าแรงเริ่มต้นขึ้นจากการพัฒนาศักยภาพและลดต้นทุนคงที่ของหน่วยธุรกิจ ซึ่งการลดต้นทุนของธุรกิจมีอยู่หลายวิธีด้วยกัน การให้บริการแรงงานจากภายนอกเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้บริษัทสามารถลดภาระงานที่ไม่จำเป็นหรือไม่ถนัดลงได้ การดำเนินงานทางธุรกิจในลักษณะดังกล่าวเป็นการนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ตามทฤษฎีการได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ (Comparative Advantage) มาประยุกต์ใช้ คือ หน่วยธุรกิจแต่ละหน่วยจะเลือกผลิตสินค้าที่เมื่อเปรียบเทียบกับสินค้าอื่นแล้ว ตนเองสามารถผลิตได้ด้วยต้นทุนต่ำสุด ด้วยเหตุนี้ การให้บริการแรงงานจากภายนอกจึงทำให้บริษัทไม่ต้องลงทุนและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานที่มากเกินไป ความจำเป็น ในขณะเดียวกัน ก็สามารถทุ่มเทกำลังเงินและเวลาเพื่อสร้างความเชี่ยวชาญให้กับธุรกิจของบริษัทได้อย่างเต็มที่⁹

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การจ้างเหมาค่าแรงมีแนวคิดพื้นฐานคล้ายกับสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ลักษณะของการจ้างเหมาค่าแรงนั้น เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการไปว่าจ้างให้บุคคลภายนอกคือผู้รับเหมาค่าแรง ทำงานสิ่งหนึ่งสิ่งใดให้เพื่อจุดมุ่งหมายทางด้านธุรกิจ คือการจัดหาลูกจ้างเข้ามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของผู้ประกอบการ และให้ผู้รับเหมาค่าแรงนั้นเป็นผู้รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างเหล่านั้น ดังนั้น จะเห็นวาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้รับเหมาค่าแรงนั้น มีลักษณะความสัมพันธ์เหมือนกับผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างกันนั่นเอง

⁹ กิตติวิทย์ นิภาพันธ์, ธีรพรกรรณ์ นิภาพันธ์, “outsource ผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการจ้างแรงงาน,” วารสารข่าวกฎหมายใหม่ (16 พฤษภาคม 2548), น. 34.

แนวคิดอันมีที่มาจากลักษณะของการจ้างทำของนี้ ส่งผลให้ผู้ประกอบกิจการที่ทำการจ้างเหมาค่าแรง ไม่มีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาการดำเนินงานของผู้รับเหมาค่าแรง เช่นเดียวกับการจ้างทำของ ดังนั้น ในการที่ผู้รับเหมาค่าแรงจะไปดำเนินการว่าจ้างลูกจ้างมาเพื่อทำงานตามที่ได้รับมอบหมายนั้น ย่อมเป็นเรื่องของผู้รับเหมาค่าแรงโดยแท้ ผู้ประกอบกิจการจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงแต่อย่างใด เพราะไม่มีความสัมพันธ์ใดๆต่อกัน ผู้ประกอบกิจการจึงไม่ต้องคำนึงถึงภาระความรับผิดชอบตามกฎหมายแรงงาน เพราะผู้ที่รับภาระในเรื่องดังกล่าวก็คือผู้รับเหมาค่าแรง ผู้ประกอบกิจการจะได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้างทั้งที่ไม่ได้จ้างลูกจ้างดังกล่าวเอง ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดในการโอนความเสี่ยงของผู้ประกอบกิจการ โดยการผลักภาระให้บุคคลภายนอกไปปฏิบัติหน้าที่เป็นนายจ้างแทนตน

การที่ผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใดๆต่อกันนี้ นอกจากจะทำให้ผู้ประกอบกิจการไม่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายในฐานะนายจ้างแล้ว ยังส่งผลให้การบริหารงานบุคคลขององค์กรหรือหน่วยงานมีความคล่องตัวสูง เนื่องจากผู้ประกอบกิจการสามารถตกลงทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นรายปี โดยไม่ต้องมีภาระผูกพันตามกฎหมาย และไม่มีหลักเกณฑ์การเลิกจ้างที่ยุงยากดังเช่นลูกจ้างประจำที่ผู้ประกอบกิจการจ้างเองตามสัญญาจ้างโดยตรง โดยหากไม่ต้องการใช้แรงงานอีกต่อไปก็สามารถเลิกสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับผู้รับเหมาค่าแรงได้ หรือหากคนที่บริษัทผู้รับเหมาค่าแรงส่งมาไม่เป็นที่พอใจก็สามารถเปลี่ยนได้ เพราะแนวคิดที่ได้โอนความเสี่ยงไปสู่ผู้รับเหมาค่าแรงแล้ว จึงถือว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่ใช่ลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการ แต่เป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง

นอกจากนี้ ปัจจัยจากการแข่งขันทางธุรกิจที่รุนแรงของโลกระบบทุนนิยม ซึ่งมักมีการขยายตัวและการเคลื่อนย้ายการลงทุนในทางการค้าระหว่างประเทศ ประเทศไทยในฐานะกลไกหนึ่งของระบบการค้าเสรีจึงต้องทำหน้าที่เปิดประเทศและอำนวยความสะดวกให้กับการเคลื่อนย้ายการลงทุนระหว่างประเทศ จึงนำมาสู่แนวคิดการจ้างแรงงานราคาถูกและมีลักษณะยืดหยุ่น คือ สามารถควบคุมต้นทุนด้านแรงงานให้สามารถยืดหยุ่นตามความต้องการของนายทุนได้¹⁰ ดังนั้น จึงส่งผลให้แนวคิดของการจ้างเหมาค่าแรงสมัยใหม่ในประเทศไทย มุ่งไปสู่การลดต้นทุนการผลิตของกิจการเป็นหลัก โดยการที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลภายนอกมารับเหมาเอางานช่วงใดช่วงหนึ่งหรือตอนใดตอนหนึ่งในกระบวนการผลิตไปทำเอง และทำหน้าที่จัดหาคนงานเข้ามาทำงานในสายการผลิตของโรงงานนั้นๆ หรือโดยการให้บุคคลภายนอกจัดหาลูกจ้างเข้ามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของผู้ประกอบกิจการ โดยที่ผู้รับเหมาค่าแรงทำ

¹⁰ <http://www.workers-voice.org/adtusite/articles/contract3.html>.

สัญญาว่าจ้างคนงานเหล่านั้นโดยตรง เป็นนายจ้างลูกจ้างกัน ผู้รับเหมาค่าแรงจึงเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่จ่ายค่าจ้าง สวัสดิการและสิทธิประโยชน์ รวมถึงความรับผิดชอบในเรื่องประกันสังคม และความเสียหายใดๆตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน จึงทำให้ผู้ประกอบการสามารถลดต้นทุนด้านค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับสวัสดิการพนักงานได้เป็นอันมาก ซึ่งโดยทั่วไปผู้รับเหมาค่าแรงก็มักจะจ่ายค่าจ้างกันตามอัตราขั้นต่ำตามกฎหมายเท่านั้นหรือสูงกว่านั้นเล็กน้อย สวัสดิการและสิทธิประโยชน์ก็แทบจะไม่มี จึงนับว่าเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ก่อให้เกิดสภาพการจ้างที่ด้อยกว่าลูกจ้างในระบบการจ้างงานแบบปกติ

2. วิวัฒนาการของการจ้างเหมาค่าแรง

2.1 วิวัฒนาการของการจ้างเหมาค่าแรงในต่างประเทศ

ระบบการจ้างเหมาค่าแรงถือกำเนิดเป็นครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยเป็นผลมาจากความเปลี่ยนแปลงของภาวะเศรษฐกิจโลกซึ่งมีการแข่งขันระหว่างธุรกิจและอัตราความผันผวนในการดำเนินธุรกิจเพิ่มขึ้นอย่างรุนแรง จึงนำมาสู่ความกดดันแก่ภาคธุรกิจในการมุ่งแสวงกำไรสูงสุดและความต้องการรูปแบบการจ้างงานที่มีความยืดหยุ่น การจ้างงานแบบไม่เป็นทางการหลายรูปแบบจึงได้ถือกำเนิดขึ้น ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้จึงไม่ใช่แนวคิดใหม่แต่อย่างใด แต่เป็นผลผลิตของแนวคิดในการสร้างรูปแบบการจ้างงานใหม่ๆซึ่งแตกต่างจากระบบการจ้างงานประจำตามปกติ โดยอาศัยหลักการโอนหน้าที่บริหารจัดการและความรับผิดชอบต่างๆไปสู่หน่วยงานภายนอก กล่าวคือ มีการก่อตั้งหน่วยธุรกิจรูปแบบใหม่ซึ่งประกอบกิจการในการรับจัดหาลูกจ้างให้แก่บริษัทลูกค้าที่ต้องการลูกจ้างเข้าไปทำงานในกระบวนการผลิต โดยจะทำการว่าจ้างลูกจ้างเอง จากนั้นจึงจัดส่งลูกจ้างเหล่านั้นเพื่อไปทำงานภายในสถานประกอบการและภายใต้การควบคุมการทำงานของบริษัทลูกค้า¹¹

การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงได้แพร่กระจายอย่างกว้างขวางไปสู่ทุกภูมิภาค ยกตัวอย่างเช่น ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่

¹¹ Lars W. Miltacher, "Temporary Agency Work, the Changing Employment Relationship and its Impact on Human Resource Management," *Management Revue* 16(3),370-388,p.370 (2005)

ได้รับความนิยมาหลายสิบปีแล้ว¹² จากการสำรวจพบว่าในปี ค.ศ.1999 สหภาพยุโรปมีคณากรรับเหมาค่าแรงรวมกันถึงประมาณ 2.1 ล้านคน หรือคิดเป็นร้อยละ 1.4 ของจำนวนลูกจ้างทั้งหมดในตลาดแรงงาน¹³ ซึ่งแม้จะเป็นสัดส่วนที่ยังน้อยมาก แต่ด้วยอัตราการขยายตัวที่เพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็ว คือ โดยเฉลี่ยทั้งภูมิภาคประมาณร้อยละ 10 ในช่วงปี ค.ศ.1991 ถึง ค.ศ.1998¹⁴ และมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จึงถือว่าเป็นรูปแบบการจ้างงานที่มีบทบาทมากพอสมควรในตลาดแรงงานสมัยใหม่ของยุโรป โดยเริ่มมีบทบาทและเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายพร้อมๆ กันในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ระบบจ้างเหมาค่าแรงจะได้ถือกำเนิดในช่วงเวลาใกล้เคียงกันในประเทศเหล่านี้ แต่หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในแต่ละประเทศหาได้เหมือนกันไม่ ทั้งนี้ เพราะขึ้นอยู่กับนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศนั่นเอง

ดังนั้น วิทยานิพนธ์นี้จึงได้มุ่งศึกษาถึงระบบการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศต้นกำเนิดของระบบการจ้างเหมาค่าแรง รวมถึงระบบการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป 3 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ เนื่องจากประเทศดังกล่าวเป็นตัวแทนของรูปแบบการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของสหภาพยุโรป ซึ่งมีการจัดหมวดหมู่ตามระดับความเคร่งครัดของกฎหมายได้เป็น 3 กลุ่ม¹⁵ และยังเป็นประเทศที่มีอัตราการจ้างงานด้วยระบบการจ้างเหมาค่าแรงที่ค่อนข้างแพร่หลายเมื่อเทียบกับประเทศอื่นๆ ในภูมิภาคเดียวกัน ส่งผลให้โครงสร้างของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในประเทศเหล่านี้มีความน่าสนใจและสมควรแก่การศึกษาเป็นอย่างยิ่ง

¹² Donald Storrie, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Temporary Agency Work in the European Union*, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2002), p.1.

¹³ *Ibid.* p. 28.

¹⁴ Commission of the European Communities, *supra note 6*, p. 2.

¹⁵ "Temporary agency work in Europe", Retrieved September 5, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/1999/01/study/tn9901201s.htm>.

2.1.1 วิวัฒนาการในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส¹⁶

ตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส การจ้างเหมาค่าแรง (Travail temporaire) หมายถึง รูปแบบของการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคล 3 ฝ่าย ซึ่งบริษัทผู้รับเหมาค่าแรง (Entreprise de travail temporaire) จะทำการจัดหาลูกจ้าง (Salié temporaire) เพื่อเข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ (Entreprise utilisatrice) ดังนี้ เมื่อมองจากแง่มุมของการจ้างงาน ลักษณะทั่วไป การจ้างเหมาค่าแรงจึงถือเป็นรูปแบบการจ้างงานที่แตกต่างจากรูปแบบปกติ กล่าวคือ การจ้างเหมาค่าแรงจะต้องประกอบด้วยความสัมพันธ์ของบุคคลสามฝ่ายเสมอ ซึ่งแตกต่างจากการจ้างงานธรรมดาซึ่งมีบุคคลที่เกี่ยวข้องเพียงแค่สองฝ่ายคือฝ่ายนายจ้างกับลูกจ้างเท่านั้น นอกจากนี้ การจ้างเหมาค่าแรงจะประกอบด้วยสองสัญญาเสมอคือ สัญญาการมอบหมายงาน (Contrat de mission) และสัญญาจ้างแรงงาน (Contrat de travail) ซึ่งมักจะทำเป็นสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (Contrat de travail à durée déterminée) ในขณะที่การจ้างงานปกติมักเป็นสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา (Contrat de travail à durée indéterminée)

การจ้างเหมาค่าแรงนี้ปรากฏครั้งแรกในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 และธุรกิจให้บริการรับเหมาค่าแรงก็เติบโตอย่างมากในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 ในปี ค.ศ.1988 ถึงปี ค.ศ.2000 อัตราส่วนลูกจ้างรับเหมาค่าแรงต่อลูกจ้างทั้งหมดในตลาดแรงงาน เพิ่มขึ้นจากร้อยละ 0.7 เป็นร้อยละ 2.1 และกว่า 20 ปีที่ผ่านมา การจ้างงานรูปแบบนี้ก็ได้รับการพัฒนาไปตามสภาพเศรษฐกิจ สังคม และกฎหมาย โดยในช่วงปี ค.ศ.1950 ถึงปี ค.ศ.1979 การจ้างเหมาค่าแรงถูกใช้เพื่อเยียวยาสภาวะการขาดแคลนแรงงาน เนื่องจากระบบจ้างเหมาค่าแรงเป็นช่องทางที่ดีในการเพิ่มพูนทักษะและประสบการณ์ในการทำงานของลูกจ้าง ลูกจ้างจำนวนมากจึงสมัครใจเข้าสู่ระบบการจ้างเหมาค่าแรง นอกจากนี้ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงยังได้รับค่าจ้างในอัตราที่สูงกว่าลูกจ้างทั่วไปด้วย อย่างไรก็ตาม หลังจากปี ค.ศ.1979 เป็นต้นมา การจ้างเหมาค่าแรงก็ไม่ใช่วิธีทางในการพัฒนาศักยภาพของลูกจ้างอีกต่อไป แต่กลับเป็นทางเลือกสำหรับคนที่หางานประจำไม่ได้ และเป็นการทดลองงานสำหรับลูกจ้างที่อายุน้อย

ในแง่ของกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือเป็นประเทศแรกในยุโรปที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง คือในปี ค.ศ.1972 เนื่องจากเริ่มมี

¹⁶ Christophe Vigneau, (2001, Fall), "Temporary Agency Work in France," *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 23(1), 45-66, pp 46-48. Retrieved October 25, 2008, from Westlaw database.

การจ้างงานด้วยวิธีเหมาค่าแรงอย่างแพร่หลาย และจำนวนลูกจ้างในระบบนี้ก็มีปริมาณเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเพื่อสร้างหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ต่อมาในปี ค.ศ.1981 มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีความเคร่งครัดมากขึ้น โดยได้เพิ่มเติมในเรื่องสิทธิต่างๆ รวมถึงสิทธิในการรวมตัว (Collective Rights) แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ในปี ค.ศ.1982 มีการแก้ไขครั้งสำคัญโดยการจำกัดมูลเหตุและระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง รวมถึงการกำหนดหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (Principle of Equal Treatment) เพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (Collective Agreement) เพื่อปรับปรุงคุณภาพของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย หลังจากนั้นก็มี การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เรื่อยมา จนกระทั่งในปี ค.ศ.1990 มีการกำหนดหลักเกณฑ์สำคัญคือ การจำกัดมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้การจ้างเหมาค่าแรงในงานที่เป็นงานหลักของกิจการ ผู้ประกอบกิจการจึงสามารถใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้เฉพาะในงานที่มีลักษณะเป็นงานชั่วคราวเท่านั้น รวมถึงมีการกำหนดกรณีข้อยกเว้นให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้ และการลดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

2.1.2 วิวัฒนาการในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เริ่มมีการจ้างเหมาค่าแรงครั้งแรกในปี ค.ศ. 1960 และในปี ค.ศ.1969 ก็เริ่มมีธุรกิจที่ให้บริการรับเหมาค่าแรง¹⁷ จนกระทั่งในปี ค.ศ.1972 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจ้างงานชั่วคราวเชิงพาณิชย์ (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972) ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบกิจการ หลักเกณฑ์ตามกฎหมายประกันสังคม รวมถึงการกำหนดข้อห้ามในการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงในกิจการบางประเภท

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีลักษณะค่อนข้างเคร่งครัด แม้ในปี ค.ศ.1982 กฎหมายคุ้มครองแรงงานจะเคยห้ามมิให้มีการจ้างงานในลักษณะนี้ก็ตาม แต่ไม่นานการห้ามดังกล่าวก็ได้ถูกยกเลิกไป ทำให้สามารถทำการจ้างเหมาค่าแรงได้อีกครั้ง ทั้งนี้ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงก็ยังคงมีความเคร่งครัดดังเช่นในอดีต แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการจ้างเหมาค่าแรงแล้ว กล่าวคือ ในอดีตการ

¹⁷ "Temporary agency work and industrial relations; Germany," Retrieved November 12,2008, from www.eurofound.europa.eu/eiro/1999/01/word/de9812183s.doc

ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงสามารถทำได้เพียงไม่เกิน 3 เดือนเท่านั้น เนื่องจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทำงานประจำ¹⁸ ในปี ค.ศ.1985 ซึ่งเกิดภาวะคนตกงานเป็นจำนวนมาก จึงมีการแก้ไขระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็น 6 เดือน เพื่อกระตุ้นให้มีการจ้างงานมากขึ้นโดยใช้การจ้างเหมาค่าแรง หลังจากนั้นก็มีมีการแก้ไขโดยค่อยๆเพิ่มระยะเวลาขึ้นเรื่อยๆ เป็น 9 เดือน ในปี ค.ศ.1994 และเป็น 12 เดือน ในปี ค.ศ.1997 จนกระทั่งสูงสุดเป็น 24 เดือนในปี ค.ศ.2002¹⁹ โดยตามมาตรา 10 (5) AÜG (ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว) ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการรายเดียวกันได้ไม่เกิน 24 เดือน ซึ่งหลังจากผ่านพ้นไปแล้ว 12 เดือน ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงต้องได้รับค่าจ้างและสวัสดิการอื่นๆเทียบเท่ากับลูกจ้างประจำในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการนั้น แต่ในปี ค.ศ.2004 หลักการกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็ได้ถูกยกเลิกไป²⁰

ปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของเยอรมันไม่มีการกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการจ้างเหมาค่าแรง แต่ยังคงมีการจำกัดควบคุมโดยมาตรการอื่นอย่างเคร่งครัด เช่น กรณีที่ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงโดยไม่มีใบอนุญาตประกอบกิจการรับเหมาค่าแรง ซึ่งจะทำให้กลายเป็นการจ้างเหมาค่าแรงที่ผิดกฎหมาย โดยผลของการจ้างเหมาค่าแรงที่ผิดกฎหมายจะทำให้สัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นโมฆะ และในขณะเดียวกันนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็จะเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย²¹ เป็นต้น

¹⁸ “New of Atypical Work in Germany: Recent developments as to fixed-term contracts, temporary and part-time work,” *German Law Journal* No.7,3, (01 July 2002) – Private Law. Retrieved September 24, 2008, from <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=165text50>

¹⁹ Heiner Dribbusch, “Thematic Feature on temporary agency work in an enlarged Europe-case of Germany,” p. 2, Retrieved September 15, 2008, from <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/06/word/de0506203t.doc>

²⁰ Peter Schürent, “Employee leasing in Germany: The hiring out of an employee as a temporary worker,” p.68. Retrieved January 24, 2009, from http://www.law.uiuc.edu/publications/cll&pj/archive/vol_23/issue_1/SchurenArticle23-1.pdf

²¹ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 9 No.1 and 10 (1).

2.1.3 วิวัฒนาการในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษเริ่มมีกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในปี ค.ศ.1973 คือ พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน ค.ศ.1973 (Employment Agencies Act 1973) ต่อมาในปี 1976 ได้มีข้อบังคับอันเป็นแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับพระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน (Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations) เป็นครั้งแรก แต่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงก็ยังไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควร เนื่องจากแนวทางการตีความของศาลตั้งแต่อดีตที่ไม่ได้กำหนดสถานะที่ชัดเจนของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่า มีสถานะเป็นลูกจ้าง (Employee) หรือเป็นเพียงผู้รับจ้าง (Self-employed Worker) เพราะในประเทศอังกฤษ ผู้รับเหมาค่าแรงอาจว่าจ้างลูกจ้างด้วยสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service) หรือสัญญาจ้างแรงงาน (Contract of Service) ก็ได้

ดังนั้น หากนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจึงจะมีฐานะเป็นลูกจ้าง (Employee) ของผู้รับเหมาค่าแรง ซึ่งจะมีสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน (Employment Rights Act 1996)

ในทางตรงกันข้าม หากนิติสัมพันธ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในกรณีนี้จะมีฐานะเป็นเพียงผู้รับจ้าง (Self-employed Worker) เท่านั้น ซึ่งจะไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานเหมือนกับลูกจ้าง

แม้ในบางกรณีซึ่งมีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาจ้างระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่า ลูกจ้างมีฐานะเป็นผู้รับจ้าง (Self-employed Worker) เช่น คดี *McMeechan v Secretary of State for Employment* [1997] IRLR 353 แต่ศาลก็ยังคงมีความเห็นขัดแย้งกันว่ากรณีนี้เป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ โดยฝ่ายที่ได้แย้งว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ ให้เหตุผลว่ากรณีนี้มีการกำหนดในสัญญาโดยชัดแจ้งว่าบุคคลที่ถูกลูกจ้างมีฐานะเป็นผู้รับจ้าง และมีอิสระในการทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างตามหลักการของผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ แต่อีกฝ่ายซึ่งเห็นว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานก็ให้ความเห็นว่า กรณีนี้ผู้รับเหมาค่าแรงมีอำนาจเหนือลูกจ้างในหลายกรณี เช่น มีอำนาจไล่ออกได้หากลูกจ้างกระทำผิด มีอำนาจให้เลิกทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ มีอำนาจกำหนดอัตราค่าจ้าง เป็นต้น อันเป็นข้อเท็จจริงที่แสดงถึงอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง (Employer)²²

โดยหากถือว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีสถานะเป็นลูกจ้าง (Employee) แล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการ ใครเป็นนายจ้างของลูกจ้าง

²² Malcolm Sargeant and David Lewis, *supra* note 5, pp.58-59.

รับเหมาค่าแรง ซึ่งศาลก็มีความเห็นเป็น 2 แนวคือ ในบางกรณี ศาลก็ตัดสินว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการ แม้จะไม่ปรากฏว่ามีการทำสัญญาจ้างแรงงานระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการ แต่โดยพฤติการณ์และปัจจัยแวดล้อม เช่น ในเรื่องอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้าง หรือเรื่องอุปกรณ์เครื่องมือในการทำงาน เป็นต้น ผู้ประกอบกิจการเป็นผู้ซึ่งมีอำนาจควบคุมการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงภายในสถานประกอบการของตน ทั้งยังเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง นอกจากนี้ในการทำงานลูกจ้างก็ต้องใช้อุปกรณ์เครื่องมือต่างๆซึ่งผู้ประกอบกิจการเป็นผู้จัดหาทั้งสิ้น ดังนั้น จึงถือวาระหว่างผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นมีสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย (Implied Contract of Service) ต่อกัน ได้แก่ คดี *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd.* [2004] IRLR 358 ซึ่งแนวคิดนี้ก็ได้รับการรับรองอีกครั้งในคดีต่อมา เช่น ในคดี *Cable & Wireless plc v. Muscat* [2006] IRLR 355 แต่ในบางกรณีศาลก็กลับเห็นว่า บุคคลที่มีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้แก่ผู้รับเหมาค่าแรงเท่านั้น โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะเข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการรายเดียวกันติดต่อกันเป็นเวลานาน และได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับในการทำงานต่างๆเช่นเดียวกับลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการในสถานประกอบการเดียวกัน ก็หาทำให้ผู้ประกอบกิจการมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเสมอไปไม่ กรณีนี้ ได้แก่ คดี *James v. London Borough of Greenwich* [2008] IRLR 302 อย่างไรก็ตาม จะเห็นว่าในช่วงหลังนี้ ศาลอังกฤษมักจะตัดสินว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีสถานะเป็นลูกจ้าง (Employee) ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งฝ่ายผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน (the Employment Rights Act 1996)

2.1.4 วิวัฒนาการในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้ถือกำเนิดเป็นครั้งแรกราวทศวรรษที่ 1940 โดยปรากฏในรูปแบบของการจ้างงานชั่วคราว (Temporary Employment Relationship) ซึ่งเป็นแนวคิดการให้บริการรูปแบบหนึ่งของธุรกิจจัดหางานทั่วไป ลักษณะของหลักการตามแนวคิดดังกล่าวในช่วงแรกที่เพิ่งถือกำเนิดนี้ยังมิได้รับการอธิบายอย่างชัดเจนนัก แต่เป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึงความถึง รูปแบบการจ้างงานซึ่งมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ของบุคคลสามฝ่าย ประกอบด้วย ผู้รับเหมาค่าแรง (Temporary Help Firms) ซึ่งได้จัดหาคนงานให้แก่ผู้ใช้บริการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่คนงานดังกล่าวเอง ซึ่งผู้รับเหมาค่าแรงจะคิดค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการโดยคำนวณรวมเงินค่าจ้างที่จะต้องจ่ายให้แก่คนงานและเงินค่าธรรมเนียมนในการดำเนินการ ดังนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงจึงมีสถานะเป็นนายจ้างของคนงานที่ได้

จัดหามาทำงาน และมีหน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการมีสถานะเป็นนายจ้าง ด้วย ส่วนผู้ใช้บริการนั้นมิฐานะเป็นบุคคลภายนอกซึ่งได้ใช้ประโยชน์จากแรงงานของคนงานที่ถูกจัดหามาทำงาน²³

การใช้ระบบการจ้างงานซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่ายนี้ เป็นผลผลิตจากการพัฒนา รูปแบบของธุรกิจการเป็นนายหน้าจัดหางาน (Employment Agency) ในอดีต ซึ่งทำหน้าที่จัดหาคคนงานให้แก่ นายจ้างผู้ประกอบกิจการ โดยมักเป็นการช่วยเหลือเป็นตัวแทนหรือให้บริการในรูปแบบอื่น ๆ หรือบางครั้งทำหน้าที่รับเป็นบุคคลที่จ่ายค่าจ้างให้แก่คนงานเอง ทั้งนี้ ภายหลังจากที่ได้หักค่าบริการแล้ว แต่แนวคิดการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่ายตามหลักการของระบบการจ้างเหมาค่าแรง (Temporary Help Industry) ที่ได้เกิดขึ้นใหม่นี้ มีเนื้อหาสำคัญคือการวางกรอบแนวคิดการปฏิเสฐสถานะการเป็นคนกลาง โดยเรียกร้องว่าผู้ให้บริการไม่ใช่ นายหน้าจัดหางาน แต่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้ถือเป็นรูปแบบการให้บริการอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ให้บริการจะทำหน้าที่เป็นนายจ้างที่แท้จริงของคนงานที่ถูกจัดหามาทำงานให้แก่ผู้ใช้บริการ ไม่ว่าจะเป็นการจัดหาคคนงานเพื่อไปทำงานให้แก่ผู้ใช้บริการซึ่งมีกำหนดเวลาเพียงเป็นชั่วโมง เป็นสัปดาห์ เป็นเดือน หรือกระทั่งเป็นปี²⁴ โดยหลักการดังกล่าว ถือกำเนิดขึ้นเพื่อเป็นการช่วยเหลือผู้ใช้บริการเป็นการชั่วคราว (Temporary Help Formula) กล่าวคือ มีผลเป็นการตัดความสัมพันธ์ในฐานะ นายจ้าง-ลูกจ้างระหว่างคนงานที่ถูกจัดหามาทำงานและผู้ใช้บริการซึ่งเป็นบุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์จากแรงงานของคนงานดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักการนี้ช่วยให้ผู้ใช้บริการสามารถใช้ประโยชน์จากแรงงานของคนงานที่ถูกจัดหามา โดยที่ปราศจากความรับผิดชอบใดๆตามกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการมีฐานะเป็นนายจ้าง²⁵

อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับสถานะของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในตลาดแรงงาน ก็ยังไม่ได้รับการยอมรับในทันที ดังจะเห็นได้จาก ในช่วงแรกที่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเพิ่งถือกำเนิดขึ้น หน่วยงานผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายยังคงคุ้นเคยอยู่กับหลักการของธุรกิจนายหน้าจัดหางาน จึงมักจะปรากฏข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าผู้รับเหมาค่าแรงเป็นนายหน้าจัดหางาน ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ควบคุมเกี่ยวกับการดำเนินงานของธุรกิจนายหน้าจัดหางาน²⁶ ตัวอย่างเช่น

²³ George Gonos, "The Contest over "Employer" Status in the Postwar United States: The Case of Temporary Help Firms," *Law & Society Review*, 31, pp.84-85 (1997).

²⁴ *Ibid.* p. 85.

²⁵ *Ibid.* pp. 85-86.

²⁶ *Ibid.* p.90.

ศาลในมลรัฐ Nebraska และ New Jersey ได้วินิจฉัยโดยมีความเห็นว่า ระบบการจ้างเหมาค่าแรงถือเป็นการประกอบธุรกิจนายหน้าจัดหางาน ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของมลรัฐซึ่งควบคุมเกี่ยวกับการประกอบกิจการดังกล่าวด้วย และผู้รับเหมาค่าแรงก็มีได้มีฐานะเป็นนายจ้างของพนักงานที่ตนได้จัดส่งให้ไปทำงานแก่ผู้ใช้บริการ โดยเหตุผลของศาลในมลรัฐ Nebraska นี้ เป็นการพิจารณาจากธรรมเนียมการให้บริการโดยทั่วไปของบริษัท Manpower ซึ่งอ้างตนว่าเป็นผู้รับเหมาค่าแรงในคดีนี้ ว่าโดยทั่วไปบริษัทดังกล่าวทำหน้าที่จัดหาตำแหน่งงานให้แก่ผู้หางานหรือช่วยจัดหาคนงานเพื่อบรรจุเข้าเป็นลูกจ้างให้แก่ นายจ้างผู้ประกอบการ ศาลจึงเห็นว่าจัดเป็นกิจการประเภทนายหน้าจัดหางาน ซึ่งมีบทบาทในฐานะเป็นคนกลางในตลาดแรงงาน (คดี Nebraska v. Manpower of Omaha 1955) แต่ในส่วนของศาลในมลรัฐ New Jersey ซึ่งวินิจฉัยทำนองเดียวกัน แต่ได้อาศัยเหตุผลที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลในคดีนี้เห็นว่า กิจการที่บริษัท Manpower รับดำเนินการ แท้จริงแล้วเป็นเพียงการจัดให้ความช่วยเหลือที่แน่นอนอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการชั่วคราว ซึ่งไม่ใช่การรับทำการงานให้เป็นการเฉพาะ กิจการดังกล่าวจึงต้องตกอยู่ในความหมายของการเป็นนายหน้าจัดหางาน ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักคือการช่วยเป็นธุระจัดหาคนงานมาบรรจุเข้าเป็นลูกจ้างของผู้ใช้บริการ นอกจากนี้ ศาลยังอธิบายว่า การที่ผู้ใช้บริการเป็นบุคคลที่มีอำนาจสั่งการและควบคุมดูแลคนงาน มอบหมายงานให้แก่คนงาน รวมถึงกำหนดวิธีการทำงาน กำหนดเวลาการทำงานหรือเวลาพัก ล้วนแสดงให้เห็นว่าคนงานที่ถูกจัดหามาทำงานนี้มีฐานะเช่นเดียวกับลูกจ้างอื่นๆของผู้ใช้บริการ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้อำนาจสั่งการและควบคุมดูแลเช่นเดียวกัน (คดี Manpower, Inc. of New Jersey v. Richman 1957)

แม้ว่าโดยภาพรวมของคำวินิจฉัยดังกล่าวมานี้อาจดูเหมือนส่งผลในทางลบต่อระบบการจ้างเหมาค่าแรง แต่แท้จริงแล้วบริบทของคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์นี้ก็อาจไม่เป็นปัญหาใหญ่ของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในทางปฏิบัติ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงมาตรการที่รบกวนหรือสร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการเป็นผู้รับเหมาค่าแรงเท่านั้น หากได้เป็นอุปสรรคสำคัญต่อความสำเร็จของกิจการแต่อย่างใดไม่ ระบบการจ้างเหมาค่าแรงจะยังคงอยู่รอดและเจริญเติบโตต่อไปได้ แม้ว่าจะต้องเผชิญกับแนวคิดตั้งคำวินิจฉัยดังกล่าว โดยในทางปฏิบัติผู้รับเหมาค่าแรงก็ยังคงสามารถแสดงออกถึงการมีฐานะเป็นนายจ้างได้ ดังจะเห็นได้จาก การที่กรมสรรพากร (Internal Revenue Service (IRS)) ยอมรับให้ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่จัดเก็บภาษีเงินเดือนของคนงานเพื่อจัดส่งให้แก่รัฐ โดยนับแต่ปี ค.ศ. 1951 เป็นต้นมา กรมสรรพากรก็ได้

กำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นนายจ้างของคนงานที่ตนได้จัดหามาให้แก่ผู้ใช้บริการ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์อันเป็นไปตามหลักการหักภาษี ณ ที่จ่าย²⁷

ผลจากความไม่สัมพันธ์กันระหว่างแนวคำวินิจฉัยของศาลในช่วงทศวรรษที่ 1950 และแนวโน้มการแพร่กระจายของแนวคิดที่ยืนยันว่าผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายจ้างในช่วงทศวรรษที่ 1960 ทำให้ฝ่ายผู้ประกอบการกิจการเป็นผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องเร่งดำเนินยุทธศาสตร์ในการเจรจาเพื่อแก้ไขกฎหมายกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง จนกระทั่งได้เริ่มมีการแก้ไขกฎหมายในหลายมลรัฐทั่วประเทศ โดยเริ่มจาก New York (ค.ศ.1958-1960) และ California (ค.ศ.1961-1963) ซึ่งเป็นตลาดใหญ่ที่สุดของระบบการจ้างเหมาค่าแรง และในช่วงเวลาเดียวกันกับใน Oregon (ค.ศ.1961) ด้วย ทั้งสามมลรัฐได้ผ่านกฎหมายที่ยกเว้นให้ผู้รับเหมาค่าแรงไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยการเป็นนายหน้าจัดหางาน และนับจากปี ค.ศ.1965-1971 ในเกือบทุกมลรัฐมีการจัดการเกี่ยวกับสถานะของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในตลาดแรงงาน เหลือเพียงสองมลรัฐคือ New Jersey และ Missouri เท่านั้นที่ยังคงกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายหน้าจัดหางาน²⁸ อย่างไรก็ดี ในที่สุดมลรัฐ New Jersey ก็ได้ผ่านกฎหมายที่ยกเว้นให้ผู้รับเหมาค่าแรงไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยการเป็นนายหน้าจัดหางาน ในปี ค.ศ.1981²⁹

ปัจจุบัน กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังมิได้มีการกำหนดนิยามที่แน่ชัดของ “การจ้างเหมาค่าแรง” รวมถึง “ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง” แต่อย่างไรก็ตาม รวมถึงไม่มีกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นการเฉพาะอีกด้วย ดังนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปซึ่งมักมีกฎหมายกำหนดไปถึงความหมายหรือนิยามของการจ้างเหมาค่าแรง ในขณะที่การประกอบธุรกิจเป็นผู้รับเหมาค่าแรงในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจไม่ต้องเกี่ยวข้องแม้แต่กับกฎหมายควบคุมในการประกอบธุรกิจเอง จึงกล่าวได้ว่า ประเทศในสหภาพยุโรปมีระบบกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงเคร่งครัดกว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา³⁰

²⁷ *Ibid.* p. 92.

²⁸ *Ibid.* pp. 94-95.

²⁹ *Ibid.* p. 100.

³⁰ Sean Sweeney, “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Temporary Agency Work in the United States,” pp.3-4. Retrieved March 10, 2010, from http://www.ilr.cornell.edu/international/news/upload/BERLIN_Temp_Agency_Workers_Report-USfinal.pdf

2.2 วิวัฒนาการของการจ้างเหมาค่าแรงในประเทศไทย

ปัญหาสำคัญของผู้ใช้แรงงานในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันคือ ปัญหาเกี่ยวกับการจ้างงาน โดยเฉพาะปัญหาการจ้างงานชั่วคราวระยะสั้น ซึ่งเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ทำให้ลูกจ้างขาดความมั่นคงในการทำงาน โดยรูปแบบของสัญญาจ้างงานชั่วคราวระยะสั้นที่เป็นปัญหาและทำให้ลูกจ้างตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบฝ่ายนายจ้างมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ ได้แก่ การจ้างแบบทดลองงาน การจ้างโดยมีกำหนดระยะเวลาจ้างแน่นอน และการจ้างงานแบบชั่วคราว เป็นต้น³¹ ปัญหาเกี่ยวกับการจ้างงานที่ปรากฏขึ้นในอดีต มีมูลเหตุมาจากการที่นายจ้างอาศัยช่องว่างของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจ้าง ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ดังนั้น ภาครัฐจึงได้อาศัยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 ที่ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยสามารถออกเป็นประกาศกระทรวงมหาดไทยสำหรับการคุ้มครองแรงงานได้ กระทรวงมหาดไทยจึงได้ออกประกาศกระทรวงมหาดไทยขึ้นหลายฉบับ ซึ่งฉบับที่สำคัญได้แก่ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงานฉบับแรก ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 และประกาศกระทรวงมหาดไทย (ฉบับที่ 11) ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2532

ในอดีต ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ได้กำหนดให้มีนิยามของลูกจ้างเป็น 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ “ลูกจ้างชั่วคราว” และ “ลูกจ้างประจำ” ส่งผลให้เกิดแนวคิดในการแบ่งแยกความรับผิดชอบของนายจ้างต่อลูกจ้างประจำและลูกจ้างชั่วคราว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องค่าชดเชยเมื่อมีการเลิกจ้าง กล่าวคือ ลูกจ้างชั่วคราวซึ่งหมายถึง ลูกจ้างซึ่งนายจ้างตกลงจ้างไว้ไม่เป็นการประจำเพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล โดยลูกจ้างประเภทดังกล่าวนี้จะได้รับค่าชดเชยต่อเมื่อได้ทำงานติดต่อกันมาแล้วอย่างน้อย 240 วัน³²

ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้ประกอบการทำสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวเพื่อมาทำงานในลักษณะประจำมากขึ้น โดยกำหนดให้มีการทำสัญญาจ้างเป็นหลายช่วงซึ่งแต่ละช่วงมีระยะเวลา

³¹ เสาวลักษณ์ ชายทวีป, มุลินธิอรอมณ์ พงศ์พ้งัน, การจ้างงานชั่วคราวระยะสั้นและรูปแบบการจ้างงานหลังประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายวิชาการ มุลินธิอรอมณ์ พงศ์พ้งัน, 2534), น. 11.

³² คำพิพากษาฎีกาที่ 1650/2525 และประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน ข้อ 46 (เดิม) และข้อ 75 (เดิม)

สั้นๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างเมื่อเลิกจ้าง³³ หรืออีกกรณีหนึ่ง แม้ระบุว่าเป็น การจ้างลูกจ้างประจำแต่ก็ได้อาศัยแนวคิดลักษณะดังกล่าว โดยกำหนดให้เป็นการจ้างลูกจ้างตาม สัญญาซึ่งมีวันเริ่มต้นและวันสิ้นสุดการจ้าง เพื่อทำงานไม่ว่าประเภทใดๆซึ่งแม้เป็นงานประจำที่มี ลักษณะต่อเนื่องตลอดปีก็ตาม นายจ้างจะทำสัญญาจ้างเป็นช่วงๆที่ช่วงก็ได้ จะต่อสัญญาก็ฉบับ จะไม่มีการเว้นระยะการจ้างก็ได้ โดยกำหนดให้สัญญาจ้างแต่ละฉบับมีระยะเวลาสั้นๆหรือยาว เพียงใดก็ได้ซึ่งถ้าเลิกจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างฉบับสุดท้ายแล้วจะทำให้ให้นายจ้างไม่ต้องจ่าย ค่าชดเชยและไม่ต้องจ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า³⁴

เมื่อสภาพสังคมอุตสาหกรรมเจริญขึ้นในเวลาต่อมา คือในช่วงปี 2530-2532 การจ้าง งานแบบชั่วคราวระยะสั้นในลักษณะต่างๆ ได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในสถานประกอบการ โดยในช่วงนี้มีการเอาเปรียบแรงงานจนเกิดเป็นปัญหาแรงงานอย่างกว้างขวาง จึงทำให้บรรดาผู้ใช้ แรงงาน องค์กรแรงงาน ตลอดจนองค์กรพัฒนาเอกชนทางด้านแรงงานต่างๆ ร่วมกันเคลื่อนไหว เรียกร้องให้รัฐบาลแก้ไขกฎหมายการจ้างงาน และแก้ปัญหาการจ้างงานระยะสั้นทั้งหลาย

รัฐบาลจึงต้องลดกระแสการกดดันของผู้ใช้แรงงาน โดยการออกประกาศ กระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 11) ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2532 ซึ่ง สาระสำคัญประการหนึ่งของประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับดังกล่าวก็คือ การยกเลิกนิยาม ความหมายของ “ลูกจ้างชั่วคราว” และ “ลูกจ้างประจำ” ตามกฎหมายเดิม ให้คงเหลือแต่เพียง ประเภทเดียวคือ “ลูกจ้าง” ซึ่งหมายถึง ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้แก่นายจ้างเพื่อรับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเป็นผู้รับค่าจ้างด้วยตนเองหรือไม่ก็ตาม แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้าน

กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ถ้านายจ้างตกลงว่าจ้างผู้ใดเข้ามาเป็นลูกจ้างแล้ว บุคคลผู้นั้นจะ มีฐานะเป็น “ลูกจ้างประจำ” ตามความหมายของกฎหมายเดิมทันทีไม่ว่าจะเรียกลูกจ้างดังกล่าว ว่าเป็น ลูกจ้างชั่วคราวหรือลูกจ้างอะไรก็ตาม ดังนี้ “ลูกจ้างชั่วคราว” จึงไม่มีอีกต่อไปนับแต่ ประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองลูกจ้างซึ่งไม่ว่าจะ นายจ้างจะ เรียกชื่อว่าเป็นลูกจ้างชั่วคราวหรือเรียกชื่ออะไรก็ตาม ก็ไม่เป็นผลตามใจของนายจ้างเพราะลูกจ้าง

³³ กองบรรณาธิการเอกสารภาษีอากร บริษัท ธรรมนิติการบัญชีและภาษีอากร จำกัด ปัญหาและผลกระทบของการจ้างแรงงานตามกฎหมายฉบับใหม่ ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไข, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธรรมนิติการบัญชีและภาษีอากร จำกัด, 2533), น. 15.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4370/2530

มีเหลืออยู่ประเภทเดียวเท่านั้นคือ “ลูกจ้างประจำ”³⁵ เป็นผลให้ลูกจ้างทุกคนได้รับการว่าจ้างบนพื้นฐานของการจ้างงานประจำหรือการจ้างงานระยะยาว อันเป็นหลักประกันความมั่นคงในการดำรงชีพของลูกจ้างและครอบครัว และหากถูกเลิกจ้างเมื่อทำงานครบ 120 วัน ไม่ว่าจะเป็ นลูกจ้างประเภทใดก็มีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามกฎหมายเสมอ อย่างไรก็ตาม แม้ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 11) จะได้กำหนดให้มีลูกจ้างเพียงประเภทเดียวก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันความหมายของ “ลูกจ้าง” ตามนัยแห่งประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับดังกล่าว ก็สามารถแยกได้เป็น 2 ชนิดคือ

(ก) ลูกจ้างชนิดไม่มีระยะเวลาในการจ้าง ได้แก่ ลูกจ้างทุกคนที่นายจ้างได้ตกลงจ้างเข้ามาทำงาน โดยไม่กำหนดวันเริ่มต้นและวันสิ้นสุดการจ้างไว้แน่นอน และให้หมายรวมถึงลูกจ้างทดลองงาน ลูกจ้างที่นายจ้างตกลงว่าจ้างโดยมิได้ทำเป็นหนังสือ ตลอดจนลูกจ้างที่นายจ้างตกลงจ้างโดยทำเป็นหนังสือสัญญาจ้างเพื่อทำงานที่มีลักษณะเป็นการประจำ มีช่างานที่มีลักษณะเป็นครั้งคราว มีช่างานจร มีช่างานตามฤดูกาลและมีช่างานตามโครงการ และ

(ข) ลูกจ้างชนิดมีระยะเวลาการจ้างที่แน่นอน ได้แก่ ลูกจ้างทุกคนที่นายจ้างได้ตกลงว่าจ้างเข้ามาทำงานโดยทำเป็นหนังสือ มีการกำหนดวันเริ่มต้นและวันสิ้นสุดการจ้างไว้แน่นอน และเป็นการจ้างเพื่อทำงานในลักษณะงานที่เป็นครั้งคราวหรือเป็นการจรหรือเป็นไปตามฤดูกาลหรือเป็นงานตามโครงการ

การจำแนกลูกจ้างออกเป็น 2 ชนิดนี้ เป็นผลจากความในข้อ 46 วรรคท้าย ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับดังกล่าวนั่นเอง ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายระบุยกเว้นให้นายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยในกรณีที่เป็นการเลิกจ้างลูกจ้างที่นายจ้างได้ตกลงว่าจ้างเข้ามาทำงานโดยทำเป็นหนังสือ มีการกำหนดวันเริ่มต้นและวันสิ้นสุดการจ้างไว้แน่นอน และเป็นการจ้างเพื่อทำงานในลักษณะงานที่เป็นครั้งคราว หรือเป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล หรือเป็นงานตามโครงการ โดยกฎหมายไม่ได้ระบุว่าจะต้องทำสัญญาจ้างฉบับหนึ่งๆยาวหรือสั้นเพียงใด หรือจะตกลงจ้างกันเป็นเวลานานเท่าไร แต่เมื่อสิ้นสุดเวลาตามสัญญาที่ระบุไว้แล้ว หากงานยังไม่แล้วเสร็จก็สามารถต่อสัญญาได้อีกโดยไม่จำกัดจำนวนครั้งในการต่อสัญญา เพียงแต่ระยะเวลารวมทั้งสิ้นในสัญญาฉบับหลังทุกฉบับรวมกันแล้วจะต้องไม่เกินระยะเวลาการจ้างตามที่ระบุไว้ในสัญญาจ้างฉบับแรก³⁶

³⁵ กองบรรณาธิการเอกสารภาษีอากร, บริษัท ธรรมนิติการบัญชีและภาษีอากร จำกัด, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 25 , น. 7-11.

³⁶ เพิ่งอ้าง, น.10.

ประเด็นเรื่องข้อยกเว้นที่นายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยในกรณีเป็นการเลิกจ้างลูกจ้างชนิดที่มีระยะเวลาการจ้างที่แน่นอนนี้ เป็นแนวคิดสำคัญที่ผู้ประกอบการใช้ในการจ้างงานชั่วคราวระยะสั้นในเวลาต่อมา โดยปรากฏว่ามีการนำเอางานประจำมาทำสัญญาจ้างเป็นช่วงๆ ซึ่งแต่ละช่วงมีระยะเวลาสั้นๆ เพื่อจะได้ไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยตามกฎหมายแก่ลูกจ้างเมื่อมีการเลิกจ้าง ฉะนั้น ในปี พ.ศ.2541 เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 จึงมีการแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมในการจ้างงานชั่วคราวระยะสั้น อาทิ การจ้างงานตามสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน โดยกำหนดให้การจ้างงานที่มีกำหนดระยะเวลาจะกระทำได้สำหรับการจ้างงานในโครงการเฉพาะที่มีใช้งานปกติของธุรกิจหรือการค้าของนายจ้างซึ่งต้องมีระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของงานที่แน่นอน หรือในงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราวที่มีกำหนดการสิ้นสุดหรือความสำเร็จของงาน หรือในงานที่เป็นไปตามฤดูกาลและได้จ้างในช่วงเวลาของฤดูกาลนั้น ซึ่งงานนั้นจะต้องแล้วเสร็จภายในเวลาไม่เกินสองปี โดยนายจ้างและลูกจ้างได้ทำสัญญาเป็นหนังสือไว้ตั้งแต่เมื่อเริ่มจ้าง³⁷

ดังนั้น จึงทำให้การจ้างงานชั่วคราวระยะสั้นโดยการทำสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาถูกควบคุมมากขึ้น เพราะนายจ้างจะไม่สามารถทำสัญญาจ้างพนักงานแบบมีกำหนดระยะเวลาได้ด้วยตนเอง หากงานนั้นเป็นงานในปกติของธุรกิจหรือการค้าของนายจ้าง หรือเป็นงานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้าของนายจ้าง³⁸ ด้วยเหตุนี้ การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงโดยผ่านนายหน้ารับเหมาค่าแรงหรือบริษัทรับเหมาค่าแรงจึงเริ่มมีบทบาทมากขึ้นนับแต่นั้น โดยหากบริษัทผู้ว่าจ้างไม่ต้องการจ้างพนักงานในรูปแบบของลูกจ้างประจำ ก็จะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับบริษัทรับเหมาค่าแรงในการจัดหาพนักงานมาทำงานให้ โดยที่พนักงานมีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาค่าแรง และมีสัญญาการจ้างงานแบบมีกำหนดระยะเวลา ซึ่งบริษัทรับเหมาค่าแรงสามารถกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมายแต่อย่างใด เพราะงานที่ลูกจ้างทำนั้น ไม่ใช่งานปกติในธุรกิจของบริษัทรับเหมาค่าแรง ซึ่งเมื่อครบกำหนดเวลาในสัญญาจ้างแล้ว บริษัทรับเหมาค่าแรงก็สามารถเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า และไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างด้วย ทั้งนี้ บริษัทรับเหมาค่าแรงจะไม่เลิกจ้างจนกว่าจะสิ้นสุดวันทำงานที่ได้กำหนดไว้ หากมีการเลิกจ้างก่อนกำหนดเวลาที่ตกลงกัน บริษัทรับเหมาค่าแรงจะต้องจ่ายค่าชดเชยและค่าสินไหมทดแทนในฐานะผู้ผิดสัญญาจ้าง และในกรณีที่ครบกำหนดสัญญา

³⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 118 วรรคสี่

³⁸ พงษ์รัตน์ เกรือกลืน, คำอธิบายกฎหมายแรงงานเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552), น. 481-482.

แล้ว หากลูกจ้างต้องการทำงานต่ออีก ก็ต้องทำการต่อสัญญาจ้างเป็นช่วงๆต่อไปเรื่อยๆโดยไม่นับอายุงานต่อเนื่อง และบริษัทผู้ว่าจ้างก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบใดๆ³⁹ จึงอาจกล่าวได้ว่า ระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้รับโอนเอาแนวคิดการจ้างงานชั่วคราวระยะสั้นในงานปกติของธุรกิจหรือการค้าหรืองานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้าของนายจ้าง มาจากระบบการจ้างงานตามสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลานั้นเอง

นับแต่ปี 2544 เป็นต้นมา การจ้างเหมาค่าแรงเริ่มเป็นที่นิยมมากขึ้น เพราะช่วยให้สถานประกอบการประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลาในการสรรหาและคัดเลือกลูกจ้าง รวมทั้งไม่ต้องรับผิดชอบต่อค่าชดเชยในกรณีที่พนักงานมีอายุการทำงานเพิ่มขึ้น เพราะมักจะทำสัญญาจ้างแบบมีกำหนดระยะเวลา ซึ่งอาจจะเป็น 3 เดือน 6 เดือน หรือ 1 ปี แล้วแต่กรณีโดยทั่วไปการจ้างงานผ่านบริษัทรับเหมาค่าแรงนั้น บริษัทผู้ว่าจ้างจะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับบริษัทผู้รับเหมาค่าแรง ซึ่งบริษัทดังกล่าวจะจัดส่งพนักงานไปทำงานให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้าง โดยสถานประกอบการต่างๆนิยมจ้างพนักงานประเภทนี้เป็นจำนวนมาก เพื่อหลีกเลี่ยงการจัดสวัสดิการและการรับผิดชอบต่อ นายจ้างจึงใช้การจ้างงานในรูปแบบนี้แทนการจ้างพนักงานประจำเพื่อลดต้นทุนและลดการจัดสวัสดิการ ทำให้พนักงานไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานอย่างทั่วถึง ซึ่งพนักงานก็ไม่มีทางเลือกจำเป็นต้องทนยอมรับการเอาเปรียบของนายจ้างตลอดมา ซึ่งการจ้างงานในรูปแบบนี้ในช่วงแรกมักพบเห็นกันในงานด้านการรักษาความปลอดภัย งานแม่บ้าน และงานฝ่ายผลิต เป็นต้น ซึ่งพนักงานส่วนใหญ่จะเป็นพนักงานระดับล่างที่ทำงานในโรงงานอุตสาหกรรม เป็นผู้มีการศึกษาน้อย จึงมักถูกนายจ้างเอาเปรียบโดยการจ่ายค่าแรงต่ำกว่าอัตราค่าแรงขั้นต่ำ และไม่มีการจัดสวัสดิการแรงงาน รวมทั้งสิทธิประโยชน์ต่างๆอันพึงมีพึงได้ให้อีกด้วย

บทบาทและความหลากหลายของการจ้างเหมาค่าแรง นับวันยังมีอิทธิพลและได้รับความนิยมนอกจากองค์กรเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ปัจจุบันพบว่า การจ้างงานโดยผ่านบริษัทรับเหมาค่าแรงได้มีการแพร่กระจายไปสู่พนักงานระดับสูงที่ทำงานในสำนักงานกันอย่างแพร่หลาย ไม่ได้จำกัดอยู่ในวงแคบแค่งานแม่บ้าน งานรักษาความปลอดภัย หรือแรงงานระดับไร้ทักษะฝีมือในโรงงานอุตสาหกรรมดังเช่นในอดีต แต่ได้ขยายขอบข่ายงานกว้างออกไปสู่ลักษณะงานในสายอาชีพ หรือ Core Business มากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น พนักงานดูแลระบบไอทีในองค์กร วิศวกร พนักงานสำรวจตลาด ประชาสัมพันธ์ งานทางด้านบัญชี ธุรกิจ เป็นต้น รวมถึงลักษณะโครงสร้างและรูปแบบของการบริหารงานในยุคปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของรูปแบบโครงสร้างองค์กรที่มีลำดับชั้นของสาย

³⁹ เสาวลักษณ์ ชายทวีป, มูลนิธิธรรมาภรณ์ พงศ์พจน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่* 31, น. 11-13.

งานที่สั้นลง หรือการที่ลักษณะการทำงานขององค์กรหลายๆแห่งจะทำงานที่มีลักษณะเป็นงานโครงการมากขึ้น ซึ่งหลายๆโครงการต้องการเพียงแค่ผู้ชำนาญการหรือที่งานเฉพาะกิจเข้าทำงานในช่วงเวลาหนึ่ง เมื่อจบงานความต้องการใช้คนก็หมดไป และยังลดภาระเรื่องการจัดหาพนักงานเอง หรือบางองค์กรมีนโยบายไม่อนุญาตให้รับพนักงานประจำเพิ่ม เพราะต้องการควบคุมค่าใช้จ่าย แต่เมื่อมีปริมาณงานเข้ามาเพิ่ม ก็จะเล็งใช้พนักงานจ้างเหมาค่าแรงแทนเป็นกรณีไป จึงมีบริษัทรับเหมาค่าแรงจำนวนมากที่เน้นรับงานเฉพาะด้าน เช่น งานทางด้านบัญชี งานทางด้านลูกค้าสัมพันธ์ งานทางด้านสต็อกสินค้า เป็นต้น ซึ่งพนักงานที่ทำงานในนั้นส่วนใหญ่มีการศึกษาถึงระดับปริญญาตรีหรือสูงกว่า รวมทั้งมีประสบการณ์การทำงานและได้รับค่าจ้างในอัตราสูง

3. ลักษณะทั่วไปของสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

3.1 ลักษณะนิติสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญา

3.1.1 ผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ในระบบการจ้างเหมาค่าแรงนั้น ผู้รับเหมาค่าแรง หมายถึง ผู้ที่รับมอบหมายจากผู้ประกอบกิจการให้เป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ และผู้รับเหมาค่าแรงเป็นผู้ควบคุมดูแลในการจ่ายค่าจ้างแก่ลูกจ้างดังกล่าวด้วย โดยผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องดำเนินการตั้งแต่ขั้นตอนการสรรหา การคัดเลือก ตลอดจนจนถึงการจ้างงานเอง แล้วจึงจัดส่งลูกจ้างเข้าไปทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ ดังนี้ ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจึงย่อมมีความสัมพันธ์กันตามสัญญา

โดยทั่วไปผู้รับเหมาค่าแรงมักจะจ้างลูกจ้างโดยทำเป็นสัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน ซึ่งอาจกำหนดจากระยะเวลาที่ต้องทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการ ทั้งนี้เนื่องจากลักษณะของงานที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายนั้นอาจเป็นงานชั่วคราว งานที่เกิดขึ้นบางช่วงเวลาหรืองานตามฤดูกาล หรือเพราะยอดสั่งซื้อสินค้าเพิ่มมากขึ้นจากปกติเป็นการชั่วคราวก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สัญญาระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอาจทำเป็นสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาได้เช่นกัน⁴⁰ ดังนี้ ผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจึงมีนิติสัมพันธ์ลักษณะนายจ้าง-ลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานที่ได้ตกลงทำระหว่างกัน หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็น

⁴⁰ Donald Storrie, *supra note* 12, p.8.

นายจ้างโดยตรงหรือนายจ้างที่แท้จริงของลูกจ้างนั่นเอง อย่างไรก็ตาม สำหรับบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ซึ่งนโยบายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะยืดหยุ่น จึงอาจปรากฏนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในลักษณะที่เป็นสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service) หรือสัญญาจ้างแรงงาน (Contract of Service) ก็ได้ ขึ้นอยู่กับภารกิจที่ได้รับมอบหมายโดยผู้ประกอบกิจการตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ทำขึ้นระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการ หากสัญญาระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็จะมีนิติสัมพันธ์ในลักษณะ นายจ้าง-ลูกจ้าง ในทางตรงกันข้าม หากสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ กรณีนี้ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะมีฐานะเป็นเพียงผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างเท่านั้น

3.1.2 ผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการ

ในระบบการจ้างเหมาค่าแรงนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงมีหน้าที่สำคัญในการทำงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้สำเร็จแก่ผู้ประกอบกิจการ ซึ่งก็คือการจัดหาลูกจ้างเข้ามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการ และรับค่าตอบแทนตามผลสำเร็จของงานนั้น ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการจึงมีลักษณะคล้ายกับสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service) อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ดังกล่าวก็มีลักษณะแตกต่างจากการจ้างทำของทั่วไป ทั้งนี้ เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของนั้นเป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลงของคู่สัญญาสองฝ่าย คือ บุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่อีกบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น⁴¹ โดยในการทำการงานให้แก่ผู้ว่าจ้างนั้น ผู้รับจ้างอาจจะต้องไปจ้างบุคคลอื่นให้มาทำงานให้ในลักษณะที่เป็นลูกจ้างของตนเองหรือจ้างให้บุคคลอื่นทำงานให้อีกทอดหนึ่งหรือไม่ก็ได้ แต่สำหรับการจ้างเหมาค่าแรงนั้น เป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้ประกอบกิจการ ผู้รับเหมาค่าแรง และลูกจ้างรับเหมาค่าแรง เนื่องจากสาระสำคัญของการจ้างเหมาค่าแรงนั้นก็คือ การที่ผู้ประกอบกิจการต้องการใช้แรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของผู้ประกอบกิจการ แต่ผู้ประกอบกิจการไม่ต้องการจ้างลูกจ้างเหล่านั้นเองโดยตรง จึงให้ผู้รับเหมาค่าแรงจ้างลูกจ้างแทน ดังนั้น การงานที่ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องทำแก่ผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างนั้นจึงได้แก่ การจัดหาลูกจ้างเพื่อเข้าไปทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจตามที่ผู้ประกอบกิจการต้องการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงไม่ต้องควบคุมดูแลการทำงานเอง เพียงแต่รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างแก่ลูกจ้างเหล่านั้นเท่านั้น

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587

ในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ ถือว่า ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการเพื่อดำเนินการในลักษณะ ดังกล่าว เป็นสัญญาทางพาณิชย์ (Commercial Contract) ชนิดหนึ่ง⁴² จึงอาจกล่าวได้ว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการหรือที่เรียกว่าสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้น เป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง⁴³ ผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการหาได้ผูกพันกันตามสัญญา จ้างทำของแต่อย่างใดไม่

ในทางปฏิบัติ ผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการมักจะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง กันเป็นหนังสือ โดยมีการกำหนดข้อตกลงในเรื่องต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการจัดสวัสดิการ แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง เช่น ในส่วนของการจัดสวัสดิการตามที่กฎหมายกำหนดผู้รับเหมาค่าแรง จะเป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมด รวมถึงการจัดเงินสมทบกองทุนประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทน ให้แก่ลูกจ้างตามกฎหมายด้วย และในส่วนของสวัสดิการนอกเหนือที่กฎหมายกำหนด เช่น เงิน โบนัส บริการรถรับ-ส่ง เครื่องแบบพนักงาน เป็นต้น ให้ผู้ประกอบกิจการเป็นผู้รับผิดชอบ โดยยึด รูปแบบการจัดสวัสดิการของผู้ประกอบกิจการแต่ละราย นอกจากนี้ ฝ่ายผู้รับเหมาค่าแรงมักจะ นำเสนอผลประโยชน์อื่นๆ เพื่อจูงใจให้ผู้ประกอบกิจการเลือกใช้บริการรับเหมาค่าแรงของบริษัทตน เช่น ไม่ต้องจ่ายเงินชดเชยหรือค่าเสียหายใดๆจากการเลิกจ้าง ผู้ประกอบกิจการไม่ต้องจ่าย สวัสดิการตามข้อตกลงสภาพการจ้างหรือที่เกิดจากข้อเรียกร้องของลูกจ้าง เป็นต้น⁴⁴

3.1.3 ผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

โดยทั่วไปในระบบการจ้างเหมาค่าแรง ผู้รับเหมาค่าแรงจะรับหน้าที่ดำเนินงานในทุก ขั้นตอนตั้งแต่การสรรหา การคัดเลือก การจ้างงาน รวมทั้งการจัดสวัสดิการและผลตอบแทนใน ด้านต่างๆ ให้แก่พนักงาน และจัดส่งพนักงานไปทำงานให้บริการแก่ผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นผู้

⁴² Nicola Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship: comparative analyses in the European context* (Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2007), p. 95.

⁴³ Peter Schürent, *supra note* 20, p. 68.

⁴⁴ ชฤทธิ มีสิทธิ์, “รูปแบบการจ้างงานในกระแสโลกาภิวัตน์: ผลกระทบต่อกฎหมาย เกี่ยวกับแรงงานและสิทธิมนุษยชน”, เอกสารประกอบการเสวนาในวันที่ 7 เมษายน 2547 ณ โรงแรมเอเชีย กรุงเทพมหานคร, อ้างถึงใน รายงานการศึกษาเรื่อง การละเมิดสิทธิแรงงานในระบบ จ้างเหมาค่าแรงในอุตสาหกรรมเครื่องใช้ไฟฟ้า อิเลคทรอนิกส์ ยานยนต์ และโลหะ, โดย มนต์รี ปานแดง และ สุภาพร นาจันทัต, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โปรโตไทป์ จำกัด, 2549)

ว่าจ้าง และหากผลงานไม่เป็นที่พอใจผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการมีสิทธิขอเปลี่ยนแปลงลูกจ้างจากผู้รับเหมาค่าแรงได้ตลอดระยะเวลาของข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการกับผู้รับเหมาค่าแรง โดยในการดำเนินการดังกล่าว ผู้รับเหมาค่าแรงจะทำสัญญาจ้างแรงงานกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและเป็นผู้รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างดังกล่าว ดังนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงจึงมีฐานะเป็นนายจ้างโดยตรงของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ส่วนผู้ประกอบการนั้น ในทางความเป็นจริงไม่ได้มีความสัมพันธ์ใดๆกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเลย ทั้งยังไม่ได้มีการทำสัญญาใดๆต่อกัน แม้ว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องเข้ามาทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ และภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาหรือข้อบังคับในการทำงานของสถานประกอบการของผู้ประกอบการก็ตาม ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดแนวคิดในการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่เข้าไปทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ โดยการกำหนดให้ผู้ประกอบการมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุผลสำคัญที่ผู้ประกอบการเป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง จึงสมควรต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่เข้ามาทำงานให้แก่ตนด้วย ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทย ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่เข้ามาทำงานให้แก่ตนด้วย หากงานที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้ผู้รับเหมาค่าแรงจัดหาลูกจ้างเข้ามาทำงานให้แก่ตนนั้น เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของผู้ประกอบการ ดังนี้ แม้ว่าจะระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะไม่ได้มีความสัมพันธ์กันตามสัญญาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่ผู้ประกอบการก็ไม่อาจปฏิเสธความเป็นนายจ้างนี้ได้ เพราะเป็นความสัมพันธ์ที่กฎหมายกำหนดขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ประกอบการมีฐานะเป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมายนั่นเอง

3.2 ความผูกพันตามสัญญา

ในระบบการจ้างเหมาค่าแรงนั้น สาระสำคัญของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ทำขึ้นระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบการคือ ผู้รับเหมาค่าแรงมีหน้าที่หลักในการสรรหาและคัดเลือกพนักงานเพื่อจัดส่งเข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ และในการดำเนินการดังกล่าว ผู้รับเหมาค่าแรงก็จะเป็นผู้ที่ทำการว่าจ้างลูกจ้างเอง ดังนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงจึงมีฐานะเป็น

นายจ้างและมีความรับผิดชอบตามกฎหมายแรงงาน⁴⁵ โดยในการรับมอบหมายดำเนินงานดังกล่าว ผู้รับเหมาค่าแรงจะได้รับค่าตอบแทนจากผู้ประกอบกิจการ ซึ่งคำนวณจากจำนวนลูกจ้างที่ส่งไปทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ จนมีการกล่าวกันว่า การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงนี้เป็นการเอาเปรียบผู้ใช้แรงงาน เพราะมีลักษณะเป็นการหักหัวคิวจากค่าแรงของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง นอกจากนี้ ผู้รับเหมาค่าแรงยังต้องรับผิดชอบในการจัดหาลูกจ้างมาทดแทนในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการต้องการเปลี่ยนตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ผู้รับเหมาค่าแรงจัดส่งไปให้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม⁴⁶ เพราะถือว่าผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายจ้างโดยตรงของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ในส่วนของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นก็ยังมีหน้าที่หลักเช่นเดียวกับลูกจ้างทั่วไปคือ ความผูกพันในการปฏิบัติงานให้แก่นายจ้างตามที่ได้ตกลงกัน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการทำงานในสถานประกอบการของนายจ้างเองหรือในสถานที่ที่นายจ้างกำหนด ซึ่งในระบบการจ้างเหมาค่าแรง แม้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องไปปฏิบัติงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการซึ่งไม่ใช่ นายจ้างโดยตรงของตน และภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของผู้ประกอบกิจการ แต่ก็หาทำให้สาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำกับผู้รับเหมาค่าแรงเปลี่ยนแปลงไปไม่ ผู้รับเหมาค่าแรงยังคงมีฐานะเป็นนายจ้างโดยตรงของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และเป็น ผู้รับผิดชอบในการจ่ายค่าตอบแทนการทำงานให้แก่ลูกจ้างด้วย ในขณะที่ผู้ประกอบกิจการมีหน้าที่และความรับผิดชอบเพียงเท่าที่ได้ตกลงกับผู้รับเหมาค่าแรงตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเท่านั้น

3.3 ความสิ้นสุดของสัญญา

สัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นสัญญาชนิดหนึ่งตามกฎหมายแพ่ง⁴⁷ ซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการ บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา คู่สัญญาสามารถตกลงกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอย่างไรก็ได้ ตราบใดที่เงื่อนไขดังกล่าวไม่เป็นการ

⁴⁵ Nicola Countouris, *supra note 42*, p. 95.

⁴⁶ Alex De Ruyter, "Temporary agency work in the EU: an overview," In *International Perspectives on Temporary Agency Work*, ed. John Burgess and Julia Connell (London: Routledge, 2004), p. 42.

⁴⁷ Peter Schürent, *supra note 20*, pp.74-75.

ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ในเรื่องความสิ้นสุดของสัญญาที่ย่อมเป็นไปตามความตกลงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการนั่นเอง โดยทั่วไป ผู้ประกอบกิจการมักทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับผู้รับเหมาค่าแรงแบบมีกำหนดเวลา ส่งผลให้ผู้รับเหมาค่าแรงต้องไปทำสัญญาจ้างแรงงานแบบมีกำหนดระยะเวลากับลูกจ้างด้วย ซึ่งมักจะกำหนดเป็นช่วงเวลาสั้นๆ เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา หากผู้ประกอบกิจการต้องการให้ลูกจ้างนั้นทำงานต่อในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ ผู้รับเหมาค่าแรงก็จะทำสัญญาจ้างแรงงานแบบมีกำหนดระยะเวลากับลูกจ้างนั้นไปเรื่อยๆ ในทางกลับกัน หากผู้ประกอบกิจการไม่ประสงค์จะให้ลูกจ้างนั้นทำงานต่อไปเมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ผู้รับเหมาค่าแรงก็จะไม่ทำการต่อสัญญากับลูกจ้างนั้นอีก

ในต่างประเทศ มีการตระหนักอยู่เสมอว่า แนวคิดของการจ้างเหมาค่าแรงจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการจ้างงานแบบชั่วคราว⁴⁸ การจ้างเหมาค่าแรงจึงถูกใช้ในลักษณะเป็นสัญญาจ้างงานระยะสั้น เช่น มีกำหนดระยะเวลาสั้นมากตั้งแต่น้อยกว่าสัปดาห์ 1 สัปดาห์ 1 เดือน 3 เดือน 6 เดือน 1 ปี จนกระทั่งมากกว่าหนึ่งปี เป็นต้น ทั้งนี้ ไม่เกินกว่าระยะเวลาสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด (ถ้ามี) แต่โดยมากมักมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 3 เดือน เช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศอังกฤษ ซึ่งการจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงนี้เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลาย⁴⁹ นอกจากนี้ ในบางประเทศซึ่งมีการควบคุมเกี่ยวกับการจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงที่เคร่งครัด เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้ง โดยห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในงานตำแหน่งเดิมทันที แต่จะต้องรอให้ผ่านพ้นระยะเวลาคิดเป็นหนึ่งในสามของกำหนดระยะเวลาตามสัญญาเดิม เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนการจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ในการทำงานปกติหรืองานประจำที่กิจการจะต้องทำอย่างต่อเนื่อง⁵⁰ ทั้งนี้

⁴⁸ John Bowers & Simon Honeyball, *supra* note 2, p. 25.

⁴⁹ James Arrowsmith, "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions," *Temporary agency work in an enlarged European Union*, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2006), p. 9.

⁵⁰ "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Temporary agency work: nation reports". France, pp.2-3. Retrieved September 5, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/26/en/1/ef0226en.pdf>

เนื่องจากแนวคิดที่ห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในงานปกติหรืองานประจำของบริษัทผู้ประกอบกิจการ⁵¹

นอกจากนี้ สัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็อาจสิ้นสุดลงก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในกรณีที่ระหว่างระยะเวลาตามสัญญา หากผู้ประกอบกิจการไม่ประสงค์จะให้ลูกจ้างนั้นทำงานต่อไปไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม ผู้ประกอบกิจการมีสิทธิขอให้ผู้รับเหมาค่าแรงเปลี่ยนตัวลูกจ้างที่มาทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการได้⁵² ซึ่งในทางปฏิบัติ ผู้รับเหมาค่าแรงมักจะกำหนดไว้ในข้อตกลงของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงว่า ให้ผู้ประกอบกิจการมีสิทธิขอให้เปลี่ยนตัวลูกจ้างนั้นได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ทั้งนี้ อาจมีการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างอื่นประกอบด้วย เช่น หากลูกจ้างนั้นทำงานไม่เต็มทำให้ผู้ประกอบกิจการต้องเสียหาย ผู้ประกอบกิจการจะต้องมีการตักเตือนลูกจ้างนั้นก่อน หากลูกจ้างยังไม่ปรับปรุงตัว จึงจะสามารถขอให้ผู้รับเหมาค่าแรงเปลี่ยนตัวลูกจ้างคนอื่นให้มาทำงานแทนได้ เป็นต้น ซึ่งหากผู้ประกอบกิจการได้ใช้สิทธิขอเปลี่ยนตัวลูกจ้างดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมมีผลทำให้สัญญาจ้างระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและลูกจ้างคนนั้นสิ้นสุดลงด้วย ดังนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า การทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นขึ้นอยู่กับความพอใจของผู้ประกอบกิจการ

4. ความสำคัญของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ

ในอดีต แนวคิดหลักของการจ้างเหมาค่าแรงเป็นเพียงเพื่อพัฒนาศักยภาพและลดต้นทุนคงที่ของหน่วยธุรกิจ แต่ปัจจุบันแนวคิดในเรื่องการจ้างเหมาค่าแรงได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม การขึ้นเงินเดือนประจำปี โบนัส การรักษาพยาบาล ทำให้หน่วยธุรกิจต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นทุกๆปี เป็นผลให้ต้นทุนของหน่วยธุรกิจเพิ่มมากขึ้นด้วย ส่งผลให้กำไรของหน่วยธุรกิจลดลง หน่วยธุรกิจต่างๆจึงพยายามที่จะผลักดันประเภทนี้ออกไป ก่อให้เกิดหน่วยธุรกิจใหม่ขึ้นมารองรับ คือธุรกิจบริการประเภทรับเหมาค่าแรง การจ้างเหมาค่าแรงทำให้สามารถลดค่าใช้จ่ายและทำให้ผลกำไรเพิ่มขึ้น แม้กระทั่งระบบราชการในปัจจุบันก็ยังมีการใช้บริการระบบนี้ เนื่องจากไม่จำเป็นต้องดูแลในด้านสวัสดิการของพนักงานหรือสามารถลดสวัสดิการของพนักงาน

⁵¹ James Arrowsmith, "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions," *supra note* 49, p. 24.

⁵² Alex De Ruyter, *supra note* 46, p. 42.

ลงเพื่อที่จะทำให้รายจ่ายลดลง ได้แก่ การจ้างบริษัทรักษาความปลอดภัย บริษัทรักษาความสะอาด บริษัทรถเช่า และบริษัทรับจ้างถ่ายเอกสาร เป็นต้น⁵³

ความสำคัญของการจ้างเหมาค่าแรงในสถานประกอบการต่างๆมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ โดยเริ่มจากการที่สถานประกอบการทั้งที่ประกอบกิจการอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมเป็นจำนวนมากได้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงในงานหลายส่วน โดยงานที่จ้างเหมาค่าแรงในระยะแรกมักจะเป็นงานที่สามารถแยกจากงานอื่นๆในสถานประกอบการนั้นได้อย่างเด็ดขาดชัดเจน เช่น งานรักษาความปลอดภัยในสถานที่ งานทำความสะอาดสถานที่ งานขับรถรับส่งบุคคลหรือสินค้า งานขนวัสดุที่มีเส้นทางหรือเขตการทำงานที่แน่นอน งานผลิตชิ้นส่วนแต่ละชิ้นของผลิตภัณฑ์ งานประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดของยานพาหนะ งานรับส่งหนังสือหรือเอกสาร งานพิมพ์ดีด เป็นต้น⁵⁴ แต่ปัจจุบันการจ้างเหมาค่าแรงได้ขยายตัวออกไปสู่งานตำแหน่งอื่นๆอีกมากมายในการดำเนินกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของกิจการ ดังนี้ การจ้างเหมาค่าแรงจึงสามารถทำได้อย่างกว้างขวางและแพร่หลาย โดยไม่จำกัดลักษณะหรือขนาดของธุรกิจ จึงสามารถกล่าวได้ว่ากิจการใดสามารถมอบหมายให้ผู้อื่นกระทำแทนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กิจการนั้นย่อมสามารถที่จะทำการจ้างเหมาค่าแรงได้ ทั้งนี้ ย่อมสุดแล้วแต่ความประสงค์ของผู้ว่าจ้างที่ประสงค์จะให้เกิดการจ้างเหมาค่าแรงในงานลักษณะใด⁵⁵

4.1 มูลเหตุจูงใจในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ

4.1.1 มูลเหตุจูงใจของฝ่ายผู้ประกอบการ

การจ้างเหมาค่าแรง เป็นรูปแบบการจ้างงานที่สามารถอำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการในหลายด้านด้วยกัน กล่าวคือ⁵⁶

⁵³ กิตติวิทย์ นิภาพันธ์, รัฐปกรณ นิภาพันธ์, อ่างแล้ว เชียงอรรถที่ 9, น. 35-36.

⁵⁴ เกษมสันต์ วิลาวรรณ, “การจ้างเหมา”, รพีสาร, ปีที่ 3, ฉบับที่ 8, (กรกฎาคม-กันยายน 2537), น.18-19.

⁵⁵ ทรงชัย ทิพยลาผลกุล, “การรับผิดชอบของผู้รับเหมาช่วงตาม พ.ร.บ. ประกันสังคม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), น.12.

⁵⁶ เกรียงไกร เจียมบุญศรี, “ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ยิ่งแก้ยิ่งยุ่ง”, วารสารกฎหมายใหม่, ปีที่ 6, ฉบับที่ 94, (เมษายน 2551), น. 45.

1) ด้านการบริหารงานบุคคล

การจ้างเหมาค่าแรงเป็นการตัดภาระของผู้ประกอบกิจการในการเสาะหาแรงงาน การบริหารงานบุคคล หรือการควบคุมแรงงาน ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาหนักของนายจ้าง ทั้งนี้ เนื่องจากค่อนข้างมีความยุ่งยากสลับซับซ้อน ประกอบกับผู้เป็นนายจ้างต้องปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายประกันสังคม กฎหมายกองทุนเงินทดแทน โดยภาระหน้าที่เหล่านี้จะไปตกแก่บริษัทผู้รับเหมาค่าแรงแทน ซึ่งผู้ประกอบกิจการเพียงจ่ายค่าตอบแทนการดำเนินงานแก่บริษัทรับเหมาค่าแรงตามสัญญาที่ตกลงกันเท่านั้น นอกจากนี้ ยังทำให้ประหยัดเวลาของเจ้าหน้าที่บุคคลของบริษัทลงไป และสามารถมอบหมายให้ทำงานด้านอื่นเพิ่มขึ้นได้

2) ด้านภาระค่าใช้จ่ายของกิจการ

การจ้างเหมาค่าแรงเป็นการลดค่าใช้จ่ายหรือลดต้นทุนในด้านแรงงานของบริษัท เนื่องจากการจ้างเหมาค่าแรงเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า และสามารถแข่งขันกับธุรกิจอุตสาหกรรมอื่นได้ กล่าวคือ ผู้ประกอบการไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการสรรหาพนักงาน และค่าใช้จ่ายอื่นๆที่อาจจะมีขึ้นได้ เช่น ค่าใช้จ่ายด้านค่าจ้างและสวัสดิการพนักงาน ค่าชดเชยในกรณีเลิกจ้าง เป็นต้น

3) ด้านการจัดการความต้องการแรงงานของกิจการ

การจ้างเหมาค่าแรงทำให้บริษัทสามารถเพิ่มกำลังคนหรือลดกำลังคนได้อย่างยืดหยุ่น สอดคล้องกับการขยายตัวหรือหดตัวของยอดขาย และไม่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับการเลิกจ้าง โดยหน้าที่นี้จะไปตกแก่บริษัทผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นผู้จัดหาคนมาให้ นอกจากนี้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม บริษัทสามารถเปลี่ยนตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่บริษัทผู้รับเหมาจัดหามาให้ได้

4) ด้านการแรงงานสัมพันธ์

การจ้างเหมาค่าแรงเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาทางแรงงานสัมพันธ์ ในเรื่องการเรียกร้อง การนัดหยุดงาน การก่อตั้งสหภาพแรงงาน เป็นต้น เนื่องจากกฎหมายแรงงานสัมพันธ์มักจะทำให้สิทธิลูกจ้างในการรวมตัวกันเพื่อเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใดๆจากนายจ้างได้ ซึ่งมักจะทำให้ปัญหาแก่นายจ้างว่าจะต้องจัดคนมาดูแลในเรื่องนี้ และต้องเสียเวลาในการเจรจาหากมีข้อเรียกร้องจากสหภาพแรงงาน

ดังนั้น ระบบการจ้างเหมาค่าแรงจึงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่สร้างความดึงดูดใจแก่กิจการทั้งหลายได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสามารถในการช่วยลดต้นทุนให้แก่กิจการในส่วนของการจ่ายค่าจ้างอันเกี่ยวกับสวัสดิการของพนักงาน ซึ่งค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายจำนวนมากเมื่อคำนวณในระยะยาว หากองค์กรสามารถตัดค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ได้ ก็หมายถึงผลกำไรที่มากขึ้นด้วยเช่นกัน ดังนั้น จึงนำมาซึ่งแนวโน้มในการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรง

เพื่อทดแทนการจ้างลูกจ้างประจำ หรือการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในงานที่เป็นงานหลักในกระบวนการผลิตของธุรกิจหรืองานที่ต้องทำเป็นประจำ เป็นต้น นอกจากนี้ ความยืดหยุ่นในการปรับลดกำลังคนได้ตามความต้องการของกิจการก็เป็นเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกอบการมีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในงานหลายส่วนอย่างแพร่หลาย อย่างไรก็ตาม ควรคำนึงถึงความจำเป็นในการดำเนินธุรกิจเป็นหลัก ตัวอย่างเช่น ในสภาวะที่ธุรกิจมียอดขายลดลงสินค้าเพิ่มขึ้นมากกว่าปกติ จนกำลังคนที่มีอยู่ในหน่วยงานเองไม่เพียงพอต่อการดำเนินงาน ผู้ประกอบธุรกิจจึงต้องเร่งหาแรงงานจากภายนอกมาเพื่อช่วยเสริมกำลังการผลิตที่เพิ่มมากขึ้นเป็นการชั่วคราวนี้ หรือในงานที่เป็นโครงการเฉพาะหรืองานที่ต้องการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีความถนัดหรือไม่ใช่งานโดยปกติที่ผู้ประกอบการอยู่เป็นประจำ เป็นต้น สภาวะการณ์เช่นนี้จึงจะเหมาะสมที่องค์กรจะทำการจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรงได้ เนื่องจากมีความจำเป็นอันเป็นการชั่วคราวโดยแท้

4.1.2 มูลเหตุจูงใจของฝ่ายลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ลักษณะเด่นประการสำคัญของระบบการจ้างเหมาค่าแรงคือ เป็นรูปแบบการจ้างงานที่มีความยืดหยุ่นสูง สามารถตอบสนองภาวะความต้องการแรงงานในสถานประกอบการซึ่งขึ้นอยู่กับความผันผวนของสภาพเศรษฐกิจได้เป็นอย่างดี ในอีกทางหนึ่ง การจ้างเหมาค่าแรงจึงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ทำลายระบบความมั่นคงในการทำงานของลูกจ้างลงอย่างสิ้นเชิง อย่างไรก็ตามในระบบแรงงานยังคงมีลูกจ้างบางส่วนที่ยอมตนเข้าเป็นลูกจ้างในระบบนี้ ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลในด้านของความยืดหยุ่นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในกลุ่มผู้ใช้แรงงานวัยหนุ่มสาวซึ่งเพิ่งจบการศึกษาและต้องการหาประสบการณ์ที่หลากหลายจากการทำงาน ความมั่นคงในการทำงานอาจจะไม่มีความจำเป็นมากนักในชีวิตการทำงานช่วงเริ่มต้นนี้ ระบบการจ้างเหมาค่าแรงซึ่งมีการกำหนดระยะเวลาในการทำงานไว้แน่นอน เมื่อการทำงานในองค์กรหนึ่งเสร็จสิ้นลงตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ ผู้รับเหมาค่าแรงก็จะจัดหางานที่เหมาะสมแก่ลูกจ้างในองค์กรอื่นๆต่อไป จึงทำให้ลูกจ้างได้เข้าปฏิบัติงานในหลากหลายองค์กร นั่นหมายถึงการได้เรียนรู้งานใหม่ๆซึ่งสร้างความท้าทายและทักษะในงานหลายด้านแก่ตัวลูกจ้างนั้น อันอาจเป็นประโยชน์ต่อการทำงานในอนาคต

นอกจากนี้ การทำงานเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงอาจสร้างโอกาสในการเข้าทำงานประจำในองค์กรได้อีกด้วย กล่าวคือ หากลูกจ้างนั้นปฏิบัติงานโดยมีผลงานที่โดดเด่น มีความขยันหมั่นเพียร และมีประสบการณ์การทำงานพอสมควรแล้ว อันเนื่องมาจากการทำงานที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้เคยปฏิบัติงานในหลายองค์กรหรือได้ฝึกฝนงานในองค์กรนั้นจนมีความเชี่ยวชาญ โดยช่วงเวลาที่ได้เข้าทำงานเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้นอาจถือเป็นช่วงของการทดลองงาน เป็นต้น ดังนี้ ผู้ประกอบกิจการอาจพิจารณาว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นเข้า

ทำงานเป็นลูกจ้างประจำซึ่งผู้ประกอบการเป็นผู้ว่าจ้างเองก็เป็นได้ ทั้งนี้ โดยขึ้นอยู่กับนโยบายด้านแรงงานภายในองค์กรนั้นๆ ด้วยเหตุนี้ โครงสร้างตลาดของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในหลายประเทศจึงมีสัดส่วนของแรงงานวัยหนุ่มสาวเป็นจำนวนมาก⁵⁷

นอกเหนือจากกรณีดังกล่าวข้างต้น ระบบการจ้างเหมาค่าแรงยังเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ขาดโอกาสในการทำงานหรือผู้ที่ว่างงานทั้งหลายในการเป็นช่องทางเพื่อเข้าสู่ตลาดแรงงาน กล่าวคือ กลุ่มผู้ใช้แรงงานส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้ที่ขาดโอกาสในการศึกษาหรือขาดประสบการณ์การทำงาน โอกาสในการเข้าสู่ตลาดแรงงานโดยการเป็นลูกจ้างประจำในสถานประกอบการจึงอาจเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสภาวะที่เศรษฐกิจตกต่ำดังเช่นปัจจุบัน ทำให้หลายองค์กรมีนโยบายไม่รับลูกจ้างเพิ่ม ดังนี้ การเข้าเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจึงเป็นทางเลือกและทางรอดสำหรับผู้ใช้แรงงานดังกล่าวเพื่อให้หลุดพ้นจากภาวะการไม่มีงานทำและเป็นช่องทางสู่การเป็นลูกจ้างประจำต่อไป⁵⁸ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ปรากฏว่าสัดส่วนของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงส่วนใหญ่อยู่ในงานระดับไร้ทักษะฝีมือ ปัจจุบันแนวคิดในการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นช่องทางแก่ผู้ที่ขาดโอกาสในการทำงานเพื่อเข้าสู่ตลาดแรงงานนี้ ปรากฏเป็นนโยบายในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในหลายประเทศซึ่งต้องการส่งเสริมระบบการจ้างเหมาค่าแรงที่เป็นธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่มีคุณภาพและเป็นที่ยึดดูใจแก่ทั้งฝ่ายผู้ประกอบการและฝ่ายลูกจ้าง⁵⁹

⁵⁷ “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions,” *supra note 1*, p.8.

⁵⁸ “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Temporary agency work: nation reports,” Germany”, p.32. Retrieved September 5, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/27/en/1/ef0227en.pdf>

⁵⁹ “Temporary work is a well-regulated industry across Europe”, p.2. Retrieved September 5, 2009, from http://www.euro-ciett.org/fileadmin/templates/euro-ciett/docs/press_releases/Eurociett_Press_Release_on_EIRO_survey_-_23-03-06.pdf

4.2 ความแพร่หลายของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในปัจจุบัน

การจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่เป็นที่นิยมและมีบทบาทมากในแทบทุกองค์กร โดยงานที่ใช้การจ้างเหมาค่าแรงในระยะแรกมักจะเป็นงานที่สามารถแยกจากงานอื่นๆ ในสถานประกอบการนั้นได้อย่างเด็ดขาดชัดเจน แต่ปัจจุบันการจ้างเหมาค่าแรงได้แพร่กระจายไปสู่งานในตำแหน่งต่างๆ ภายในองค์กรอย่างไม่จำกัดและเป็นงานวิชาชีพเฉพาะที่ต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ความสามารถ ไม่จำกัดเพียงงานไร้ทักษะฝีมือหรืองานที่ไม่ต้องอาศัยความรู้และประสบการณ์ดังเช่นแต่ก่อน โดยความหลากหลายของลักษณะงานที่มักมีการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในปัจจุบัน สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภทคือ

4.2.1 งานหลักในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ

โดยทั่วไป อำนาจในการดำเนินกิจการของแต่ละกิจการย่อมถูกกำหนดโดยวัตถุประสงค์ของกิจการนั้นๆ กล่าวคือ ผู้ประกอบกิจการที่เป็นนิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เท่าที่ถูกต้องจำกัดโดยวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ดังปรากฏตามตราสารจัดตั้งหรือข้อบังคับของนิติบุคคลนั้นๆ ซึ่งวัตถุประสงค์นี้หมายถึง ความมุ่งหมายที่จะกระทำกิจการของนิติบุคคลนั้น⁶⁰ โดยสาเหตุที่แต่ละกิจการต้องมีวัตถุประสงค์ คือ เพื่อกำหนดว่ากิจการนั้นมีอำนาจในการดำเนินกิจการอย่างไร ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการควบคุมและจำกัดอำนาจที่กิจการจะพึงกระทำได้และเพื่อมิให้กิจการมีอำนาจในการดำเนินงานทุกอย่างอย่างกว้างขวางมากเกินไป ทั้งนี้ วัตถุประสงค์อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ วัตถุประสงค์หลัก คือวัตถุประสงค์สำคัญที่สุดที่นิติบุคคลนั้นจะมุ่งดำเนินกิจการ โดยปกติแล้วมักจะหมายถึงวัตถุประสงค์ข้อแรกของกิจการนั้นๆ และวัตถุประสงค์รองหรือวัตถุประสงค์ควบ คือ วัตถุประสงค์ที่กิจการนั้นเห็นว่าจำเป็นจะต้องทำควบคู่ไปกับวัตถุประสงค์หลัก เพื่อให้การดำเนินกิจการต่างๆ บรรลุผลตามวัตถุประสงค์หลัก⁶¹

ดังนั้น การที่จะทราบได้ว่างานใดเป็นงานหลักของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของแต่ละกิจการ ก็ย่อมดูได้จากวัตถุประสงค์ของกิจการนั้นๆ ว่ามีความมุ่งหมายที่จะกระทำกิจการในเรื่องใดเป็นหลัก เช่น ธนาคารพาณิชย์ ย่อมมีวัตถุประสงค์หลักคือการให้บริการด้านการเงิน

⁶⁰ นิเวศน์ มนตรีสุวัฒน์, “ความรับผิดชอบจากการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท (ศึกษาในผลต่อบุคคลภายนอก),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 4.

⁶¹ เพิ่งอ้าง, น. 5.

โรงพยาบาล ย่อมมีวัตถุประสงค์หลักคือการให้บริการด้านสุขภาพ ห้างสรรพสินค้า ย่อมมีวัตถุประสงค์หลักคือการจำหน่ายสินค้าแก่ประชาชน มหาวิทยาลัย ย่อมมีวัตถุประสงค์หลักคือการให้บริการด้านการศึกษา เป็นต้น

ปัจจุบัน ผู้ประกอบกิจการทั้งหลายนิยมใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในงานส่วนต่างๆ อย่างไม่จำกัด แม้แต่ในงานซึ่งเป็นงานหลักของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ซึ่งน่าจะเป็นงานส่วนที่ผู้ประกอบกิจการให้ความสำคัญเป็นพิเศษ เพราะเป็นงานส่วนที่ต้องทำเป็นประจำอย่างต่อเนื่อง โดยลักษณะของการจ้างเหมาค่าแรงในงานที่เป็นงานหลักของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ยกตัวอย่างเช่น กรณีบริษัทผลิตรถยนต์ งานในส่วนการผลิตรถยนต์และงานบรรจุชิ้นส่วนรถยนต์ รวมกลุ่มเป็น CKD (Complete Knocked Down) เพื่อส่งออก ย่อมเป็นงานหลักในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของบริษัทผลิตรถยนต์ หากบริษัทผลิตรถยนต์ว่าจ้างให้บริษัทภายนอกจัดส่งคนงานมาทำงานในกระบวนการผลิตรถยนต์ร่วมกับลูกจ้างของบริษัทผลิตรถยนต์ โดยให้คนงานเหล่านี้รับค่าจ้างจากผู้รับเหมาค่าแรง หรือกรณีที่บริษัทผลิตรถยนต์จ้างให้บริษัทภายนอกจัดส่งคนงานมาทำงานบรรจุชิ้นส่วนรถยนต์รวมกลุ่มเป็น CKD (Complete Knocked Down) เพื่อส่งออกโดยใช้เครื่องมือของบริษัทผลิตรถยนต์เอง กรณีเช่นนี้ ย่อมถือเป็นการจ้างเหมาค่าแรงในงานที่เป็นงานหลักในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของบริษัทผลิตรถยนต์

มีข้อสังเกตว่า ในต่างประเทศ เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการกำหนดห้ามมิให้ทำการจ้างเหมาค่าแรงในงานหลักของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ กล่าวคือ การจ้างงานด้วยวิธีการจ้างเหมาค่าแรงนี้ จะต้องไม่ใช่การจ้างเพื่อไปทำงานในกิจการอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของบริษัทหรือในงานทั่วไปและงานที่บริษัทต้องทำเป็นประจำ⁶² บริษัทผู้ประกอบกิจการจะใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้ในงานอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นการชั่วคราว (Specific Task and Temporary) เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบกิจการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อไปทำงานประจำในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของบริษัท ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงควรจะต้องถูกใช้อย่างจำกัด เฉพาะในงานที่เกิดขึ้นบางครั้งบางคราวหรือเป็นงานชั่วคราวในบริษัทของผู้ประกอบกิจการ

4.2.2 งานที่ไม่ใช่งานหลักในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ

สำหรับลักษณะของงานที่ไม่ใช่งานหลักในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ก็สามารถพิจารณาเปรียบเทียบได้จากลักษณะของงานหลักในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ กล่าวคือ เมื่องานหลักของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจคือการดำเนินการตามวัตถุประสงค์หลักของกิจการ ดังนั้น งานที่ไม่ใช่งานหลักในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ จึงย่อมหมายถึง การดำเนินการตามวัตถุประสงค์

⁶² French Labor Code, section L.1251-5.

รอง ซึ่งต้องทำควบคู่ไปกับวัตถุประสงค์หลัก เพื่อให้การดำเนินกิจการต่างๆบรรลุผลตาม วัตถุประสงค์หลัก ตัวอย่างของการจ้างเหมาค่าแรงในงานที่ไม่ใช่งานหลักในกระบวนการผลิตหรือ ธุรกิจ เช่น หากผู้ประกอบการเป็นงานการผลิตหรือการขายเพื่อหารายได้ กรณีเช่นนี้ ฝ่ายผลิต หรือฝ่ายขาย ย่อมเป็นงานหลักในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจที่ขาดไม่ได้อย่างแน่นอน ขณะเดียวกัน งานฝ่ายบัญชี การเงิน ฝ่ายบุคคล ฝ่ายคอมพิวเตอร์ ฝ่ายซ่อมบำรุง ฝ่ายจัดซื้อ งาน ธุรกิจ เป็นต้น ก็เป็นส่วนงานสำคัญรองลงมาที่ขาดไม่ได้เช่นกัน ซึ่งงานเหล่านี้ไม่ใช่กิจการตาม วัตถุประสงค์หลักของกิจการ แต่เป็นงานที่สนับสนุนกิจการตามวัตถุประสงค์หลักโดยตรง ปัจจุบัน ผู้ประกอบการหลายรายนิยมใช้วิธีการจ้างเหมาค่าแรงในงานส่วนนี้ ซึ่งเป็นงานที่ไม่จำเป็นต้อง อาศัยทักษะ ความรู้ และประสบการณ์การทำงานมากนัก เนื่องจากผู้ประกอบการต้องการ ทุ่มเทกำลังเงินไปกับการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์หลักมากกว่า ดังนั้น ในงานส่วนหลังที่เป็น เพียงงานสนับสนุนกิจการตามวัตถุประสงค์หลัก จึงมักใช้การจ้างลูกจ้างแบบเหมาค่าแรง เพื่อ หลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับสวัสดิการของพนักงาน อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่ใช่งานหลักในกระบวนการ ผลิตหรือธุรกิจ ก็มีได้หมายความว่า งานนั้นจะไม่ใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ เพราะงานส่วนหลังหรืองานสนับสนุนนี้ ช่วยให้การดำเนินกิจการต่างๆสามารถบรรลุผลตาม วัตถุประสงค์หลักของกิจการได้ ซึ่งหากขาดงานส่วนนี้กระบวนการผลิตหรือธุรกิจก็ไม่อาจสำเร็จ สมบูรณ์ได้เช่นเดียวกัน

4.3 ประโยชน์และผลกระทบของการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือ ธุรกิจ

4.3.1 ประโยชน์ของการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

ประโยชน์ของการจ้างเหมาค่าแรงที่เด่นชัดที่สุดคือ เรื่องของความยืดหยุ่น การจ้าง งานในระบบนี้อำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการในการสรรหาแรงงานเพื่อมาทำงานใน กระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ในขณะเดียวกันหากผู้ประกอบการไม่ต้องการใช้แรงงานแล้ว ก็ สามารถเลิกจ้างได้ง่ายและไม่ต้องมีค่าใช้จ่ายต่างๆเหมือนกับกรณีการเลิกจ้างลูกจ้างประจำ เพราะลูกจ้างประจำนั้นมีกฎหมายคุ้มครองอยู่ โดยสาเหตุที่ผู้ประกอบการทั้งหลายต้องการ ระบบการจ้างงานที่ยืดหยุ่นก็เพราะกระแสของระบบตลาดเสรี ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องแสวง ประโยชน์ในรูปของผลกำไรให้มากที่สุด หรืออย่างน้อยต้องให้กิจการสามารถดำเนินอยู่ได้ใน สภาวะที่มีการแข่งขันอย่างเข้มข้น อีกทั้งสภาวะทางเศรษฐกิจที่ผันผวนอยู่ตลอดเวลา ทำให้ผู้ ประกอบกิจการต้องประสบกับความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ ระบบการจ้างงานที่ยืดหยุ่นตาม สภาวะความผันผวนในการดำเนินธุรกิจ จึงเป็นทางเลือกสำหรับกิจการในปัจจุบัน อันเป็นการโอน

ภาวะความเสี่ยงไปสู่ลูกจ้าง โดยหากผู้ประกอบการมีกำลังการผลิตเพิ่มมากขึ้นก็อาจมีความต้องการใช้แรงงานมากขึ้น ในทางตรงกันข้าม หากกำลังการผลิตลดลงจนอาจนำไปสู่ภาวะคนล้นงาน ซึ่งเมื่อถึงตอนนั้นผู้ประกอบการอาจจะรับภาระไม่ไหว กรณีเช่นนี้ การปลดลูกจ้างออกเมื่อกำลังการผลิตลดลงจึงเป็นหนทางแก้ปัญหาที่สะดวกที่สุดแก่ผู้ประกอบการ และหากในสถานประกอบการเดียวกันมีลูกจ้างหลายประเภท ทั้งลูกจ้างประจำและลูกจ้างเหมาค่าแรง ผู้ประกอบการย่อมพิจารณาปลดคนงานรับเหมาค่าแรงก่อนเป็นลำดับแรก เพราะเป็นสิทธิของผู้ประกอบการที่จะเลิกจ้างหรือเลิกจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอยู่แล้ว โดยในการเลิกจ้างก็ไม่ได้มีเงื่อนไขซับซ้อนและค่าใช้จ่ายอันเนื่องมาจากการเลิกจ้างแก่ผู้ประกอบการ

การจ้างงานในระบบเหมาค่าแรงนั้น ไม่เพียงแต่ก่อประโยชน์ในด้านของความยืดหยุ่นแก่ผู้ประกอบการเท่านั้น แต่ฝ่ายลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็อาจได้รับประโยชน์จากความยืดหยุ่นของการจ้างงานในระบบนี้เช่นเดียวกัน โดยลูกจ้างรับเหมาค่าแรงซึ่งส่วนใหญ่เป็นแรงงานในวัยหนุ่มสาว หรือแรงงานที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญน้อย จึงมักพึงพอใจในการเป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรง เนื่องจากความยืดหยุ่นการจ้างงานรูปแบบนี้ช่วยให้พวกเขามีอิสระในการเลือกนายจ้าง และสามารถเปลี่ยนงานได้บ่อย จึงมีโอกาสทำงานที่หลากหลาย ซึ่งช่วยเพิ่มประสบการณ์ในการทำงาน อันจะเป็นรากฐานให้สามารถมีโอกาสได้รับงานที่ดียิ่งขึ้นในอนาคต ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ยากหากเข้าเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง เพราะมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกจ้างที่ค่อนข้างซับซ้อนและมักมีปัญหาในทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ การเป็นลูกจ้างแบบเหมาค่าแรงจึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกับความต้องการของแรงงานเหล่านี้

นอกจากนี้ แนวคิดของระบบการจ้างเหมาค่าแรงก็มีประโยชน์ต่อระบบแรงงานโดยรวมอยู่บ้าง ดังจะเห็นได้จากเมื่อเกิดวิกฤตเศรษฐกิจในปี พ.ศ.2540 การจ้างเหมาค่าแรงเริ่มเป็นที่รู้จักและแผ่ขยายไปทั่ว เนื่องจากในขณะนั้นผู้ประกอบการซึ่งได้รับผลกระทบจากวิกฤตเศรษฐกิจต่างพากันหาแนวทางเพื่อพยามให้ธุรกิจสามารถดำรงอยู่ได้ท่ามกลางสภาวะทางเศรษฐกิจที่ย่ำแย่ บรรดาผู้ประกอบการทั้งหลายจึงเลือกใช้การจ้างเหมาค่าแรงซึ่งมีจุดเด่นที่สำคัญคือความยืดหยุ่น เมื่อกำลังการผลิตเพิ่มขึ้นผู้ประกอบการสามารถเรียกใช้บริการลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้อย่างง่ายดาย ในขณะที่เดียวกัน หากกำลังการผลิตลดลง ผู้ประกอบการก็สามารถเลิกจ้างได้ง่ายเช่นเดียวกัน เพราะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองการเลิกจ้างเหมือนกับลูกจ้างประจำ นอกจากนี้ การจ้างเหมาค่าแรงยังทำให้นายจ้างลดต้นทุนการผลิตลงไปได้อย่างมาก เพราะสามารถจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงต่ำกว่าลูกจ้างประจำได้ และไม่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับสวัสดิการต่างๆ ดังนี้ เมื่อกิจการของนายจ้างอยู่ได้ ก็ส่งผลให้ลูกจ้างไม่ต้องตกงาน การจ้างเหมาค่าแรงจึงเป็นระบบที่กระตุ้นให้มีอัตราการจ้างงานมากขึ้นในระบบ

แรงงาน ในสภาวะที่เศรษฐกิจตกต่ำ การที่ลูกจ้างยังคงมีงานทำนั้นหมายถึงยังคงมีรายได้เพื่อซื้อหาปัจจัยในการดำรงชีวิต แม้ว่าจะเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ไม่มีความมั่นคง แต่ก็ย่อมดีกว่าการไม่มีงานทำ ด้วยเหตุนี้ ลูกจ้างซึ่งส่วนใหญ่เป็นแรงงานในระดับไร้ทักษะฝีมือ และขาดโอกาสในการทำงาน จึงต้องยอมทนรับสภาพการเป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และเมื่อมองจากมุมมองของนักลงทุนต่างชาติ การที่ระบบแรงงานของประเทศใดมีต้นทุนด้านแรงงานที่ต่ำ ย่อมเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนและใช้เป็นฐานการผลิตมากยิ่งขึ้น

4.3.2 ผลกระทบของการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

ระบบการจ้างเหมาค่าแรงไม่เพียงก่อประโยชน์ด้านเดียวต่อผู้ประกอบการดังได้กล่าวมาแล้ว ในขณะเดียวกัน การที่ผู้ประกอบการเลือกใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็อาจส่งผลกระทบต่อกิจการได้เช่นเดียวกัน เพราะจะทำให้มีลูกจ้างสองประเภทในสถานประกอบการเดียวกัน คือ ลูกจ้างประจำ และลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งอาจทำให้เกิดการแบ่งแยกชนชั้นของลูกจ้าง นำไปสู่การขาดเอกภาพของลูกจ้างในสถานประกอบการ อีกทั้งลักษณะของการจ้างซึ่งเป็นการชั่วคราว ทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่มีความผูกพันกับสถานประกอบการ อันส่งผลในเรื่องความร่วมมือและความจงรักภักดีต่อองค์กร และอาจต้องสูญเสียค่าใช้จ่ายเกินความจำเป็น เช่น ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรม เป็นต้น⁶³ เพราะลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงมักมีการเปลี่ยนงานบ่อยครั้ง จึงทำให้ลูกจ้างขาดความเชี่ยวชาญในการทำงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเทศไทยซึ่งนิยมใช้การจ้างเหมาค่าแรงในแรงงานระดับไร้ทักษะฝีมือ

ในอีกทางหนึ่ง การจ้างงานระบบนี้ยังส่งผลกระทบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความมั่นคงในการทำงาน กล่าวคือ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็เช่นเดียวกันกับลูกจ้างอื่นๆทั่วไป ซึ่งต้องการมีความมั่นคงในชีวิตและคุณภาพชีวิตที่ดี การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงอันอยู่บนพื้นฐานของการจ้างงานชั่วคราว ทำให้ลูกจ้างขาดหลักประกันทางเศรษฐกิจในการมีรายได้เพื่อไปซื้อปัจจัยในการดำรงชีพ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่อาจทราบได้ว่าเมื่อการทำงานตามที่ได้จ้างเหมาค่าแรงกันเสร็จสิ้นแล้วตนเองจะมีงานทำหรือไม่ โอกาสในการทำงานของลูกจ้างจึงขึ้นอยู่กับการจัดหางานของผู้รับเหมาค่าแรงและความต้องการแรงงานของผู้ประกอบการ

ผลกระทบประการสำคัญของการจ้างเหมาค่าแรงอีกกรณีหนึ่งคือ การทำลายสิทธิในการมีส่วนร่วม กล่าวคือ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมักจะไม่สามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบการได้ เนื่องจากการทำงานในระยะเวลายันสั้น

⁶³ Donald Storrie, *supra note* 12, p. 41.

หรืออาจเกรงว่าจะต้องถูกเปลี่ยนตัวหรือไม่ได้รับโอกาสให้ทำงานต่อ หากเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน โดยผู้รับเหมาค่าแรงบางรายก็มีเงื่อนไขห้ามมิให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกระทำการดังกล่าว รวมถึงอาจถูกกีดกันโดยสหภาพแรงงานเอง เพราะเห็นว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะมาแย่งงานลูกจ้างประจำ เป็นต้น ซึ่งทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่อาจได้รับประโยชน์จากข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่เกิดจากการเจรจาต่อรอง หรือนำไปสู่การลดความเข้มแข็งของสหภาพแรงงานและทำให้อำนาจการต่อรองของคนงานลดน้อยลง ปัจจุบันพบว่ามี การขยายตัวอย่างรวดเร็วของการจ้างเหมาค่าแรง โดยสาเหตุประการหนึ่งอาจจะมีมาจากแนวคิดในการแบ่งแยกคนงานของผู้ประกอบการ โดยอาศัยข้อบกพร่องของระบบการจ้างเหมาค่าแรงดังกล่าวข้างต้น ทำให้ลูกจ้างประจำและลูกจ้างรับเหมาค่าแรงแยกออกจากกันอย่างชัดเจนเพื่อไม่ให้มีการรวมตัวซึ่งจะเป็นอันตรายต่อระบบแรงงานเป็นอย่างมาก หากลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีจำนวนมากกว่าลูกจ้างประจำในสถานประกอบการ เพราะจะทำให้สหภาพแรงงานทั้งหลายอ่อนแอ โดยทั่วไปเวลาที่ยื่นข้อเรียกร้อง หากนายจ้างไม่ยอมตกลงตามข้อเรียกร้อง ลูกจ้างก็อาจกดดันด้วยการหยุดงานประท้วง แต่ในกรณีที่มีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจำนวนมากกว่าลูกจ้างประจำ แม้ลูกจ้างจะใช้สิทธิหยุดงานประท้วง ก็ยังมีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ยังทำงานอยู่ งานของนายจ้างก็ยังสามารถดำเนินต่อไปได้ ทำให้สหภาพแรงงานหมดอำนาจต่อรอง อันเป็นการทำลายสิทธิของลูกจ้างตามระบบแรงงานสัมพันธ์

จากที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐาน วิวัฒนาการ รวมถึงลักษณะทั่วไปของระบบการจ้างเหมาค่าแรงดังได้กล่าวมาแล้ว พบว่าในต่างประเทศการจ้างงานรูปแบบนี้เริ่มต้นขึ้นด้วยมูลเหตุจูงใจที่ดีหลายประการ อาทิ ความต้องการสร้างรูปแบบการจ้างงานที่ยืดหยุ่น เพื่อให้เหมาะกับการดำเนินธุรกิจที่มักประสบกับภาวะความผันผวน ในขณะเดียวกันก็ช่วยให้เป็นช่องทางในการเข้าสู่ตลาดแรงงานและส่งเสริมการเพิ่มพูนทักษะและประสบการณ์แก่ผู้ที่ขาดโอกาสในการทำงาน นอกจากนี้ ผลพลอยได้จากการใช้บริการแรงงานจากภายนอกยังทำให้บริษัทสามารถประหยัดรายจ่ายด้านการสรรหาและสวัสดิการต่างๆของพนักงานอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การดำเนินการใดๆ จะต้องอยู่ภายใต้แนวคิดสำคัญคือ ความจำเป็นอันเป็นการชั่วคราวเท่านั้น ดังนี้ จึงทำให้การจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานชั่วคราวซึ่งไม่ถือเป็นการเอาัดเอาเปรียบผู้ใช้แรงงานมากนัก อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมเปลี่ยนแปลงไป บรรดาธุรกิจทั้งหลายต่างมุ่งหวังสร้างสมผลกำไรและแสวงประโยชน์จากการดำเนินธุรกิจอย่างสูงสุด อันเนื่องมาจากแนวคิดการแข่งขันที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรี ซึ่งในช่วงนี้เองที่แนวคิดของการจ้างเหมาค่าแรงเริ่มวิวัฒนาการไปสู่การเอาัดเอาเปรียบผู้ใช้แรงงาน โดยอาศัยข้อดีของ

ระบบการจ้างเหมาค่าแรงในด้านของความยืดหยุ่น และความสามารถในการประหยัดต้นทุนด้านการพนักงาน ผู้ประกอบกิจการจึงได้บิดเบือนแนวคิดไปสู่การโอนความเสี่ยงไปยังบุคคลภายนอก อันได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง และลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และมุ่งมั่นต่อการลดต้นทุนการผลิตอย่างสูงสุดโดยไม่ตระหนักถึงความรับผิดชอบต่อสังคม

สำหรับในประเทศไทยซึ่งเพิ่งได้รับเอาระบบการจ้างเหมาค่าแรงมาใช้เมื่อไม่นานมานี้ อันเป็นช่วงเวลาที่แนวคิดของการจ้างเหมาค่าแรงได้เปลี่ยนแปลงมาสู่การโอนความเสี่ยงไปยังบุคคลภายนอก และการมุ่งลดต้นทุนการผลิตของกิจการอย่างสูงสุด ส่งผลให้การจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ถูกละเลยหรือมองว่ามีความเลวร้าย หรือเป็นระบบที่เอื้อประโยชน์แก่ผู้ประกอบกิจการเพียงฝ่ายเดียว อีกทั้งจากการศึกษาสถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงในยุคนี้นี้พบว่า ผู้ประกอบกิจการมักนิยมจ้างงานโดยวิธีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงแทนการว่าจ้างลูกจ้างด้วยตนเองโดยตรงตามสัญญาจ้างแรงงาน และได้แผ่ขยายไปในงานทุกส่วนของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของกิจการ ทั้งงานที่เป็นงานหลักของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจและงานที่ไม่ใช่งานหลักของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ส่งผลให้มีจำนวนลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่มีเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ในระบบแรงงาน ซึ่งลูกจ้างเหล่านี้ถูกเอารัดเอาเปรียบโดยการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากผู้ประกอบกิจการ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้อาจไม่ใช่รูปแบบการจ้างงานที่เลวร้ายเสียทีเดียว ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การจ้างเหมาค่าแรงถูกคิดค้นขึ้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจ โดยมีแนวคิดในการอำนวยความสะดวกในด้านของความยืดหยุ่นในการจ้างงานแก่ทุกฝ่ายด้วย ในขณะเดียวกัน การจ้างงานรูปแบบนี้ก็อาจส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรงได้หากปราศจากมาตรการควบคุมที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งนั่นหมายความว่า การจ้างเหมาค่าแรงจะเป็นระบบการจ้างงานที่เอื้อประโยชน์แก่ทุกฝ่ายอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ว่ามีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสมกับสถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงด้วยหรือไม่เช่นเดียวกัน

โดยในส่วนต่อไป ผู้เขียนจะอธิบายถึงกฎหมายและหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่บังคับใช้ในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงศึกษาจากกฎเกณฑ์ตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ และมาตรฐานระดับภูมิภาคอันได้แก่ สหภาพยุโรป เพื่อวิเคราะห์ถึงประสิทธิภาพและความเหมาะสมของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ใช้บังคับในต่างประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงตามกฎหมายไทยต่อไป