

บทที่ 3

สัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

1. สัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจตามกฎหมายระหว่างประเทศ

นับแต่ได้ถือกำเนิดขึ้นเป็นครั้งแรกในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ระบบการจ้างเหมาค่าแรงก็ได้แผ่ขยายอย่างรวดเร็วในเกือบทุกประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงยี่สิบปีที่ผ่านมา ระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้หยั่งรากลึกในกลุ่มลูกจ้างระดับไร้ทักษะฝีมือซึ่งเป็นกลุ่มผู้ใช้แรงงานส่วนใหญ่ของตลาดแรงงาน¹ และมักจะมีลักษณะของการเอาัดเอาเปรียบแรงงานในระบบดังกล่าวมากขึ้นในแต่ละประเทศ ดังนี้ จึงมีการพยายามกำหนดมาตรฐานระดับระหว่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรง เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน แม้แต่ในประเทศที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกัน เช่น กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในแต่ละประเทศก็มีความเคร่งครัดแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับนโยบายด้านแรงงานของแต่ละประเทศ รวมถึงบทบาทและความเป็นมาของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในอดีต² โดยมาตรฐานเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในระดับระหว่างประเทศที่สำคัญซึ่งผู้เขียนได้นำมาเป็นวัตถุแห่งการศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้ ได้แก่ อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 181 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 (Private Employment Agencies Convention, C181,1997) และข้อแนะนำตามอนุสัญญาดังกล่าวคือ ข้อแนะนำฉบับที่ 188 ว่าด้วย สำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 (Private Employment Agencies Recommendation, R188,1997) รวมถึง

¹ 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. 1.

² Nicola Countouris, The Changing Law of the Employment Relationship: comparative analyses in the European context, (Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2007), p. 94.

กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง (Directive of the European Parliament and of the Council on temporary agency work)

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Standards) เป็นหลักอ้างอิงสากลที่กำหนดหลักการขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของนายจ้างและแรงงาน รวมถึงวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย พื้นที่ในการปฏิบัติการหรือให้การขึ้นด้านวิธีการและขั้นตอนที่จะนำไปปฏิบัติ มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศได้สร้างขึ้นมาเพื่อส่งเสริมการทำงานที่มีคุณค่าสำหรับแรงงานทุกสัญชาติในโลก ซึ่งในเชิงกฎหมายนั้น มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศจะปรากฏในรูปแบบของ

(ก) อนุสัญญา (Conventions) คือสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมายซึ่งประเทศสมาชิกสามารถให้สัตยาบันได้ เป็นเครื่องมือที่บัญญัติหลักการพื้นฐานซึ่งประเทศที่ให้สัตยาบันจะต้องนำไปปฏิบัติ

(ข) ข้อเสนอแนะ (Recommendations) คือแนวปฏิบัติที่ไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมายแต่ทรงอำนาจและไม่จำเป็นต้องให้สัตยาบัน เครื่องมือนี้จะมีผลใช้บังคับเมื่อที่ประชุมแรงงานระหว่างประเทศให้การรับรอง

ข้อแตกต่างของอนุสัญญาและข้อเสนอแนะคือ อนุสัญญาเป็นเครื่องมือที่บัญญัติมาตรฐานขั้นต่ำซึ่งได้ผ่านการเจรจาแล้วอย่างกว้างขวาง และเป็นผลของการตกลงกันระหว่างรัฐบาลของประเทศสมาชิกองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization หรือ ILO) กับองค์กรนายจ้างและองค์กรแรงงานจากประเทศสมาชิก ส่วนข้อเสนอแนะเป็นเครื่องมือที่ให้การขึ้นที่เฉพาะเจาะจงต่อวิถีปฏิบัติทางกฎหมายและการดำเนินการของประเทศต่างๆ และการรณรงค์ในระดับนานาชาติ โดยปกติข้อเสนอแนะจะกำหนดมาพร้อมกับอนุสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งเพื่อเป็นบทเสริมสำหรับอนุสัญญานั้น แต่ก็มีข้อเสนอแนะบางฉบับได้บัญญัติออกมาเป็นฉบับเดียวโดยไม่ได้อิงกับอนุสัญญาฉบับใด

ในโลกปัจจุบัน บทบาทของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศก็คือให้การขึ้นอย่างเป็นทางการในเรื่องต่างๆที่เกี่ยวกับการทำงาน เพื่อให้ภารกิจสามารถบรรลุเป้าหมายที่จะนำผู้คนหลุดพ้นจากความยากจน แต่ก็ให้พื้นที่กับประเทศต่างๆที่จะทำการปรับเปลี่ยนอันจำเป็นเพื่อเพิ่มผลิตภาพและยกระดับรายได้ด้วย³ โดยในส่วนของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการ

³ สำนักงานแรงงานระหว่างประเทศ, มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิแรงงานข้ามชาติ, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2552, จาก www.ilo.org/public/english/region/asro/bangkok/library/download/pub08-01.pdf

จ้างเหมาค่าแรงก็ได้แก่ อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 181 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 (Private Employment Agencies Convention,c181, 1997) และข้อแนะนำตามอนุสัญญาดังกล่าวคือ ข้อแนะนำฉบับที่ 188 ว่าด้วย สำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 (Private Employment Agencies Recommendation, R188,1997)

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 เกิดขึ้นเพราะความเปลี่ยนแปลงของสภาพแวดล้อมในการดำเนินกิจการของสำนักงานจัดหางานเอกชนในปัจจุบัน ซึ่งบทบัญญัติของอนุสัญญาที่ได้มีการรับรองแล้วคืออนุสัญญาว่าด้วยสำนักงานจัดหางานที่คิดค่าบริการ (แก้ไขเพิ่มเติม) ค.ศ.1949 อาจจะไม่ครอบคลุมสภาพแวดล้อมในการดำเนินกิจการของสำนักงานจัดหางานเอกชนเท่าใดนัก องค์การแรงงานระหว่างประเทศจึงได้ตัดสินใจที่จะรับข้อเสนอเกี่ยวกับการแก้ไขอนุสัญญาว่าด้วยสำนักงานจัดหางานที่คิดค่าบริการ (แก้ไขเพิ่มเติม) ค.ศ.1949 และได้กำหนดที่จะให้ข้อเสนอนี้มีรูปแบบเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศ เรียกว่า อนุสัญญาว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 (Private Employment Agencies Convention,c181,1997)⁴ ซึ่งวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของอนุสัญญาว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 นี้ ก็เพื่อคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจากการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง และกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้หลักประกันว่ามีความคุ้มครองอย่างเพียงพอแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ทั้งนี้ เนื่องจากแนวคิดของการจ้างเหมาค่าแรงซึ่งมีรากฐานความคิดมาจากการใช้แรงงานจากภายนอก ส่งผลให้ผู้ประกอบกิจการขาดความสำนึกในความรับผิดชอบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยมักคิดว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นไม่ใช่ลูกจ้างของตน แต่เป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง ด้วยเหตุนี้ จึงมีการเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างทั่วไปของผู้ประกอบกิจการ เพียงเพราะเหตุว่าลูกจ้างนั้นมีฐานะเป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรง อันขัดต่อแนวคิดพื้นฐานในการขจัด การเลือกปฏิบัติอันถือเป็นหลักการสำคัญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งคำนึงถึงความยุติธรรมทางสังคมและการเคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานของคนงานอันเป็นไปตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในเรื่องโอกาสและการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (Equality of Opportunity and Treatment)

ในส่วนของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการสร้างกระแสและทิศทางการเมือง ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมระดับโลก รวมถึงเป็นตัวอย่างของความร่วมมือด้านกฎหมายในระดับภูมิภาคเพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยมีกฎเกณฑ์ที่เป็นแนว

⁴ ฝ่ายวิชาการอุตสาหกรรมไฟฟ้า, มาตรฐานแรงงานไทยกับ 10 อนุสัญญาแรงงาน, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์อุตสาหกรรม, 2548), น. 82.

ปฏิบัติเพื่อใช้บังคับร่วมกันภายในภูมิภาค ซึ่งปรากฏในรูปแบบของระเบียบสหภาพยุโรป (Regulation) หรือกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรป (Directive) ในการตรากฎหมายของสหภาพยุโรป นั้นมีองค์หลักที่เกี่ยวข้องซึ่งมีอำนาจตัดสินใจให้มีการตรากฎหมายอยู่ 3 องค์กร ได้แก่ คณะกรรมาธิการประชาคมยุโรป (Commission of the European Communities) รัฐสภายุโรป (European Parliament) และคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) โดยอำนาจในการริเริ่มให้มีกฎหมายของสหภาพยุโรปโดยปกติเป็นอำนาจของคณะกรรมาธิการประชาคมยุโรปในการเสนอร่างกฎหมายในรูปแบบของข้อเสนอ (Proposal) ไปยังคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปและรัฐสภายุโรป จากนั้นรัฐสภายุโรปจะทำความเข้าใจกับคณะมนตรีพิจารณา คณะมนตรีจะพิจารณาร่างกฎหมายและความเห็นของรัฐสภายุโรป จากนั้นก็จะส่งกลับไปให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สอง ซึ่งหากรัฐสภามีมติแก้ไขเพิ่มเติม คณะกรรมาธิการประชาคมยุโรปก็ต้องนำเรื่องกลับไปพิจารณาอีกครั้ง⁵

ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่แพร่กระจายอย่างกว้างขวางในทุกภูมิภาค รวมถึงในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปด้วย ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ได้รับความนิยมและแพร่หลายในภูมิภาคนี้มาหลายสิบปีแล้ว⁶ จากการสำรวจพบว่าในปี ค.ศ.1999 สหภาพยุโรปมีคนงานรับเหมาค่าแรงรวมกันถึงประมาณ 2.1 ล้านคน หรือคิดเป็นร้อยละ 1.4 ของจำนวนลูกจ้างทั้งหมดในตลาดแรงงาน⁷ ซึ่งแม้จะเป็นสัดส่วนที่ยังน้อยมาก แต่ด้วยอัตราการขยายตัวที่เพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็ว คือ โดยเฉลี่ยทั้งภูมิภาคประมาณร้อยละ 10 ในช่วงปี ค.ศ.1991 ถึง ค.ศ.1998⁸ และมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จึงถือว่าเป็นรูปแบบการจ้างงานที่มีบทบาทมากพอสมควรในตลาดแรงงานสมัยใหม่ของยุโรป

ดังนั้น ในปี ค.ศ.1995 คณะกรรมาธิการประชาคมยุโรป (Commission of the European Communities) จึงได้นำเสนอร่างกฎหมายเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ในเรื่องเกี่ยวกับความ

⁵ Klaus-Dieter Borchardt, The ABC of Community Law, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000), pp.74-79.

⁶ 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.

⁷ *Ibid.* p.28.

⁸ Commission of the European Communities, "Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers," p. 2.

ยืดหยุ่นในเรื่องเวลาทำงานและความมั่นคงของลูกจ้าง ซึ่งครอบคลุมรูปแบบการจ้างงานแบบพิเศษ 3 ประเภทด้วยกัน คือ การจ้างงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-time Work) การจ้างงานแบบมีกำหนดระยะเวลา (Fixed-term Employment) และการจ้างเหมาค่าแรง (Temporary Agency Work) โดยร่างกฎหมายในเรื่องการจ้างงานแบบไม่เต็มเวลาและการจ้างงานแบบมีกำหนดระยะเวลามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้วในปี ค.ศ.1997 และ ปี ค.ศ.1999 ตามลำดับ แต่ในส่วนของร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง คือ ข้อเสนอกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยสภาพการจ้างสำหรับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers) นั้น ยังไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตัดสินใจสูงสุด จึงถูกส่งไปยังรัฐสภาเพื่อพิจารณาในวาระที่สอง และในเดือนพฤศจิกายนปี ค.ศ. 2002 ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติม⁹ และกลับมาสู่ขั้นตอนการพิจารณาอีกครั้งของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป¹⁰

อุปสรรคสำคัญที่ทำให้ร่างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงยังไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปนั้นก็คือ ท่าทีของรัฐสมาชิกโดยเฉพาะประเทศอังกฤษซึ่งไม่เห็นด้วยกับหลักการของร่างดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่มีการประชุมตกลงระหว่างฝ่ายรัฐบาลอังกฤษ สมาพันธ์ธุรกิจและอุตสาหกรรมแห่งอังกฤษ (Confederation of British Industry (CBI)) และสหภาพแรงงานอังกฤษ (Trades Union Congress (TUC)) เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามหลักการของร่างกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป และมีการออกเป็นแถลงการณ์ร่วมสามฝ่าย (Temporary Agency Worker: Joint Declaration by Government, the CBI and the TUC) เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ.2008 ทำให้ประเทศอังกฤษมีท่าทีเปลี่ยนแปลงไปและนำมาสู่

⁹ ร่างที่แก้ไขแล้วในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2002 คือ Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on temporary work

¹⁰ Commission of the European Communities, "Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working condition for temporary workers," p. 2.

ความสามารถในการตกลงยอมรับร่างกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสมาชิกในเดือนตุลาคม ค.ศ.2008 ที่ผ่านมา¹¹

1.1 ความหมายและลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

1.1.1 อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 กำหนดว่า สำนักจัดหาเอกชน (Private Employment Agency) หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เป็นอิสระจากเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งให้บริการเกี่ยวกับตลาดแรงงานอย่างใดอย่างหนึ่งหรือมากกว่าดังต่อไปนี้

1. บริการจับคู่การเสนอจ้างงานและการสมัครงาน โดยที่สำนักจัดหางานเอกชนดังกล่าวจะไม่กลายเป็นคู่กรณีในความสัมพันธ์ด้านการจ้างงานที่อาจเกิดขึ้นจากบริการนั้น¹²

2. บริการที่ประกอบด้วยการว่าจ้างคนงานไว้สำหรับให้แก่ฝ่ายที่สามซึ่งเรียกว่ากิจการที่ใช้แรงงาน (User Enterprise) ที่อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ซึ่งมอบหมายภารกิจให้ และกำกับดูแลการปฏิบัติภารกิจเหล่านี้¹³

3. บริการอื่นๆเกี่ยวกับการหางานที่กำหนดโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจหลังจากปรึกษากับองค์การที่มีลักษณะเป็นตัวแทนมากที่สุดของนายจ้าง และลูกจ้าง เช่น การให้ข่าวสาร แต่มิได้ดำเนินการจับคู่การเสนอจ้างงานและการสมัครงานรายใดเป็นการเฉพาะ¹⁴

จะเห็นว่า การให้บริการของสำนักจัดหางานเอกชนตามมาตรา 1 วรรค 1(b) หรือตามข้อ 2 ข้างต้น ได้แก่ การที่สำนักจัดหางานเอกชนได้ดำเนินการว่าจ้างลูกจ้างไว้สำหรับให้แก่บุคคลฝ่ายที่สามตามที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะเป็นกิจการที่ใช้บริการจากแรงงานของลูกจ้างอย่างแท้จริง การดำเนินการในลักษณะนี้ก็คือการให้บริการรับเหมาค่าแรงนั่นเอง ฉะนั้น การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งอนุสัญญาฉบับนี้จึงหมายถึงรูปแบบการจ้างงาน

¹¹ Nicola Countouris and Rachel Horton, "The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?," *Industrial Law Journal* 38(3), p. 329 (September 2009)

¹² Private Employment Agencies Convention, c181,1997,article 1 (1)(a).

¹³ Private Employment Agencies Convention, c181,1997,article 1 (1)(b).

¹⁴ Private Employment Agencies Convention, c181,1997,article 1 (1)(c).

ซึ่งลูกจ้างได้ถูกว่าจ้างโดยผู้รับเหมาค่าแรง ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะให้บริการโดยการนำลูกจ้างนั้นออกให้เข้าเพื่อทำงานและภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ให้บริการ¹⁵

1.1.2 กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง

กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง (Directive of the European Parliament and of the Council on temporary agency work) มีการกำหนดบทนิยามศัพท์เกี่ยวกับ ผู้รับเหมาค่าแรง (Temporary work agency) ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (Temporary agency worker) และผู้ประกอบการ (User undertaking) ไว้ ดังนี้

“ผู้รับเหมาค่าแรง” หมายถึง¹⁶ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ผู้ซึ่งได้มีสัญญาจ้างแรงงานหรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะการจ้างแรงงานกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง เพื่อที่จะได้ทำการจัดส่งลูกจ้างดังกล่าวไปทำงานอันเป็นการชั่วคราวให้แก่ผู้ประกอบการ ภายใต้การควบคุมดูแลและการบังคับบัญชาของผู้ประกอบการ

“ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง” หมายถึง¹⁷ คนงานซึ่งได้มีสัญญาจ้างแรงงานหรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะการจ้างแรงงานกับผู้รับเหมาค่าแรง โดยมีเจตนาที่ว่าจะได้เข้าไปทำงานอันเป็นการชั่วคราวให้แก่ผู้ประกอบการ ภายใต้การควบคุมดูแลและการบังคับบัญชาของผู้ประกอบการ

“ผู้ประกอบการ” หมายถึง¹⁸ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ผู้ซึ่งมีอำนาจควบคุมดูแลและบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นการชั่วคราว

¹⁵ International Labour Office, Sectoral Activities Programme. Private employment agencies, temporary agency workers and their contribution to the labour market: Issue paper for discussion at the Workshop to promote ratification of the Private Employment Agencies Convention, 1997 (No.181), (Geneva: the International Labour Office, 2009), p. 1.

¹⁶ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 3 (1)(b).

¹⁷ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 3 (1)(c).

¹⁸ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 3 (1)(d).

จากบทนิยามศัพท์ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นว่า ในบริบทของกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงนั้น มีการยอมรับว่าระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ประกอบด้วยบุคคลที่เกี่ยวข้องสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ โดยบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันในลักษณะพิเศษซึ่งแตกต่างจากการจ้างงานตามปกติทั่วไป จนนำมาสู่การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้เป็นการเฉพาะ ซึ่งพอสรุปได้ว่า กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงนี้ มุ่งใช้บังคับกับคนงานที่มีสัญญาจ้างหรือมีนิติสัมพันธ์ในลักษณะจ้างแรงงานกับผู้รับเหมาค่าแรง ซึ่งผู้รับเหมาค่าแรงจะได้ทำการส่งคนงานนั้นเข้าไปทำงานอันเป็นการชั่วคราวให้แก่ผู้ประกอบการ ภายใต้การควบคุมดูแลและการบังคับบัญชาของผู้ประกอบการอีกทอดหนึ่ง¹⁹

1.2 สถานะทางกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

1.2.1 อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

ตามนัยแห่งอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 นี้ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ได้แก่ ลูกจ้างทุกคนซึ่งได้ถูกว่าจ้างโดยผู้รับเหมาค่าแรงในการรับจัดการงานให้แก่ลูกจ้างดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการว่าจ้างกันโดยทำเป็นสัญญาจ้างทำของ (Contract for service) หรือสัญญาจ้างแรงงาน (Contract of employment) ก็ตาม²⁰ โดยความผูกพันตามสัญญาระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างนั้นอาจมีการกำหนดเป็นช่วงเวลาอันมีกำหนดแน่นอน หรืออาจไม่ได้กำหนดเป็นช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งโดยเฉพาะ แต่มีลักษณะที่สามารถเข้าใจได้ว่าไม่ใช่ความสัมพันธ์อันมีลักษณะที่ต่อเนื่องยาวนาน²¹

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างกับผู้ให้บริการนั้น หากได้มีนิติสัมพันธ์ในลักษณะของการจ้างแรงงานระหว่างกันแต่อย่างใดไม่ แม้ว่าผู้ให้บริการอาจต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อลูกจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยใน

¹⁹ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 1 (1),3 (1)(b),3 (1)(c) and 3 (1)(d).

²⁰ International Labour Office, Sectoral Activities Programme, *supra note* 15, p. 2.

²¹ *Ibid.* p. 1.

การทำงานของลูกจ้างดังกล่าวก็ตาม ผู้ใช้บริการมีหน้าที่เพียงจ่ายค่าบริการตามที่ตกลงกันให้แก่ผู้รับเหมาค่าแรง เพื่อที่จะให้ผู้รับเหมาค่าแรงได้จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่ง อนึ่ง แม้ว่าผู้ให้บริการจะยังมีได้ชำระค่าบริการแก่ผู้รับเหมาค่าแรง ก็มีข้อข้ออ้างที่ผู้รับเหมาค่าแรงจะบายเบี่ยงไม่ยอมจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างได้²² นอกจากนี้ ผู้ใช้บริการยังมีสิทธิที่จะเลิกใช้บริการดังกล่าวเมื่อใดก็ได้ ทั้งนี้ เป็นหน้าที่ของผู้รับเหมาค่าแรงที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม หรือค่าชดเชยจากการเลิกจ้างแก่ลูกจ้างดังกล่าวเอง²³

1.2.2 กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามกฎหมายเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงนั้น หมายถึง คนงานซึ่งได้มีสัญญาจ้างแรงงานหรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะการจ้างแรงงานกับผู้รับเหมาค่าแรง โดยมีเจตนารมณ์ที่จะได้เข้าไปทำงานอันเป็นการชั่วคราวให้แก่ผู้ประกอบการ ภายใต้อการควบคุมดูแลและการบังคับบัญชาของผู้ประกอบการ โดยคำว่า “คนงาน” นี้ ก็ได้มีการกำหนดไว้ในบทนิยามศัพท์แห่งกฎหมายของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงด้วยว่า หมายถึง บุคคลใดๆ ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานในฐานะคนงาน²⁴ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยืนยันว่า กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงนี้ มุ่งใช้บังคับอย่างทั่วถึงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทุกคน ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่มีสัญญาจ้างแรงงานโดยชัดแจ้งระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับบุคคลดังกล่าวหรือไม่ และไม่ว่าผู้รับเหมาค่าแรงจะเรียกบุคคลดังกล่าวว่าเป็นลูกจ้าง (Employee) หรือไม่ก็ตาม²⁵

นอกจากนี้ จากการศึกษาหลักการของกฎหมายของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงนี้พบว่า มีวัตถุประสงค์สำคัญคือการให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง พร้อมทั้งปรับปรุงคุณภาพของการจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรง ใน

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.* p.2.

²⁴ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 3 (1) (a).

²⁵ Commission of the European Communities, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on working conditions for temporary agency workers-regulatory impact assessment,” p. 2.

ขณะเดียวกัน ก็มุ่งที่จะสร้างแนวปฏิบัติที่เหมาะสมในการใช้ระบบจ้างเหมาค่าแรงเพื่อให้เป็นรูปแบบการจ้างงานทางเลือกและพัฒนาาระบบการจ้างงานที่มีความยืดหยุ่น ทั้งนี้ โดยมีการบัญญัติหลักการให้ความคุ้มครองที่ชัดเจนด้วยการรับรองให้มีการกำหนดหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (Principle of Equal Treatment) ต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ดังที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 5 และกำหนดรับรองไว้ชัดเจนเช่นเดียวกันว่าให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง²⁶

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าในบริบทของกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงนี้ มีการยอมรับอย่างชัดเจนว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง ไม่ว่าจะปรากฏว่าได้มีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างกันหรือไม่ก็ตาม

1.3 มาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

1.3.1 อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 มิได้มีการกำหนดมาตรการในเรื่องเกี่ยวกับการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงแต่อย่างใด ปรากฏเพียงมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงของสำนักจัดหางานเอกชนเท่านั้น โดยกำหนดให้การดำเนินการในลักษณะอันเป็นการให้บริการจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งอนุสัญญานี้ ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดเงื่อนไขที่ควบคุมการดำเนินงานของสำนักจัดหางานเอกชนตามระบบการออกใบอนุญาตหรือการออกใบรับรอง²⁷ กล่าวคือ มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศได้กำหนดมาตรการเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงไว้คือ ประเทศสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้แล้ว จะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการของสำนักจัดหางานเอกชนในการให้บริการรับเหมาค่าแรงตามมาตรา 1 วรรค 1(b) หากสำนักจัดหางานเอกชนไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการดังกล่าวแล้วก็จะไม่สามารถให้บริการรับเหมาค่าแรงได้ มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของสำนักจัดหางานเอกชนตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศดังกล่าวมานี้ จะทำให้รัฐสามารถกำกับดูแลและควบคุมการดำเนินธุรกิจรับเหมาค่าแรงได้มากขึ้น กล่าวคือ บุคคลที่ประสงค์จะ

²⁶ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 2.

²⁷ Private Employment Agencies Convention, c181, 1997, article 3 (2).

ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล จำเป็นต้องดำเนินการขอ อนุญาตประกอบกิจการจากรัฐเสียก่อน ไม่ใช่สามารถประกอบกิจการรับเหมาค่าแรงได้อย่างเสรี และรัฐยังสามารถตรวจสอบและทราบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบการรับเหมาค่าแรงแต่ละรายได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงอันมีลักษณะเป็นการเอาัดเอาเปรียบ ลูกจ้าง

อย่างไรก็ตาม องค์การแรงงานระหว่างประเทศยังได้กำหนดข้อเสนอแนะเพื่อเสริม ข้อบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 เรียกว่า ข้อเสนอฉบับที่ 188 ว่า ด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 โดยในส่วนของที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างในระบบจ้างเหมา ค่าแรงตามข้อเสนอฉบับดังกล่าว บางส่วนมีเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นการควบคุมการทำสัญญาจ้าง เหมาค่าแรง โดยการกำหนดเป็นมาตรฐานการดำเนินการแก่สำนักจัดหางานเอกชน กล่าวคือ ใน กรณีที่เหมาะสม ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงซึ่งได้ถูกว่าจ้างโดยสำนักจัดหางานเอกชนตามที่ได้ให้คำ จำกัดความในมาตรา 1 วรรค 1(b) ของอนุสัญญาฉบับที่ 181 นั้น ควรจะมีสัญญาจ้างงานเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งระบุเงื่อนไขและสภาพของการจ้างงาน ซึ่งอย่างน้อยลูกจ้างเหล่านี้ควรได้รับแจ้งให้ ทราบถึงสภาพการจ้างก่อนที่จะเริ่มการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง²⁸ และเป็นข้อจำกัด ทั่วไปว่า สำนักจัดหางานเอกชนไม่ควรจัดหาคนงานให้แก่กิจการซึ่งมีความประสงค์ที่จะใช้ลูกจ้าง รับเหมาค่าแรงเพื่อทำงานทดแทนลูกจ้างประจำของตนที่กำลังนัดหยุดงานเพื่อเรียกร้องสิทธิตาม กฎหมายแรงงาน²⁹ อีกทั้งไม่ควรชักชวน บรรจุคนงาน หรือจ้างงานคนงานสำหรับงานที่มีอันตราย หรือความเสี่ยงที่ไม่อาจยอมรับได้ หรือในกรณีที่คนงานอาจต้องเผชิญกับการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง หรือการเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด³⁰ และเพื่อเป็นการส่งเสริมโอกาสในการทำงานประจำของ ลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรง สำนักจัดหางานเอกชนที่ได้ให้บริการรับเหมาค่าแรงจะต้องไม่ ชัดขวางมิให้กิจการที่ใช้บริการว่าจ้างลูกจ้างที่มอบหมายให้ไปทำงานกับกิจการนั้น³¹ หรือจำกัด

²⁸ Private Employment Agencies Recommendation, R188, 1997, paragraph 5.

²⁹ Private Employment Agencies Recommendation, R188, 1997, paragraph 6.

³⁰ Private Employment Agencies Recommendation, R188, 1997, paragraph 8(a)

³¹ Private Employment Agencies Recommendation, R188, 1997, paragraph 15(a).

การเปลี่ยนงานของลูกจ้าง³² รวมถึงการกำหนดมาตรการลงโทษลูกจ้างที่รับภารกิจงานจากกิจการอื่น³³

1.3.2 กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง

มาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงตามกฎหมายของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง ปรากฏในรูปแบบของข้อจำกัดและข้อห้ามในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง โดยกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงได้กำหนดหลักการในเรื่องข้อจำกัดและข้อห้ามในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไว้ว่า ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นจะต้องถูกกำหนดขึ้นบนพื้นฐานของการมุ่งคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง หรือเพื่อกำหนดบทบาทที่เหมาะสมของตลาดแรงงานและเพื่อป้องกันการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงในทางที่ผิด³⁴

หลักการดังกล่าวนี้เป็นผลสะท้อนมาจากกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกนั่นเอง ดังเช่น ตามประมวลกฎหมายแรงงานของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งกำหนดให้สัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้สามารถทำได้ในสถานการณ์ที่ถูกจำกัดโดยเฉพาะตามกฎหมายเท่านั้น ตัวอย่างเช่น เพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน หรือกรณีที่กำลังการผลิตเพิ่มขึ้นเป็นการชั่วคราว หรือเพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วมว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้ เป็นต้น³⁵ และเนื่องจากการที่ประเทศสมาชิกหลายประเทศได้มีการให้สัตยาบันตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 การกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงตามกฎหมายของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง จึงได้รับอิทธิพลของหลักการตามอนุสัญญาฉบับดังกล่าว อาทิเช่น ตามมาตรา 2 (4)(a) ซึ่งกำหนดให้

³² Private Employment Agencies Recommendation, R188, 1997, paragraph 15(b).

³³ Private Employment Agencies Recommendation, R188, 1997, paragraph 15(c).

³⁴ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 4.

³⁵ French Labor Code, article L.1251-6.

ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดข้อห้ามเพื่อมิให้สำนักจัดหางานเอกชน(ผู้รับเหมาค่าแรง)ดำเนินกิจการในลักษณะที่เป็นการให้บริการแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในงานประเภทหนึ่งประเภทใดเป็นการเฉพาะ หรือเป็นงานสาขาใดสาขาหนึ่งของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ นอกจากนี้ หลักการตามข้อ 6 ในข้อแนะนำฉบับที่ 188 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ.1997 ซึ่งเป็นข้อแนะนำของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว ได้กำหนดแนวปฏิบัติแก่สำนักจัดหางานเอกชนในการดำเนินกิจการว่า สำนักจัดหางานเอกชนจะต้องไม่ดำเนินการจัดหาลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้แก่ผู้ประกอบการซึ่งมีความประสงค์จะใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างประจำตามสัญญาจ้างโดยตรงที่กำลังหยุดงานประท้วง ซึ่งหลักการนี้ได้ปรากฏในส่วนอารัมภบทของกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงด้วย³⁶ กล่าวคือ ในเรื่องข้อห้ามหรือข้อจำกัดของการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามกฎหมายฉบับนี้ จะประกอบด้วยหลักการทั่วไปคือ การห้ามมิให้ใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างประจำซึ่งกำลังอยู่ระหว่างการหยุดงานประท้วง³⁷

นอกเหนือจากการกำหนดมาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในรูปแบบของการกำหนดข้อห้ามและข้อจำกัดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยตรงแล้ว กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงยังได้กำหนดหลักการสำคัญอันมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ในขณะเดียวกันก็เป็นการปรับปรุงคุณภาพของระบบการจ้างเหมาค่าแรงให้เป็นรูปแบบการจ้างงานทางเลือกเพื่อไปสู่การระบบการจ้างงานประจำตามปกติต่อไป³⁸ กล่าวคือ กำหนดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องได้รับการแจ้งเกี่ยวกับตำแหน่งงานว่างในสถานประกอบการของผู้ใช้บริการซึ่งลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นเข้าไปทำงาน ทั้งนี้ เพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับโอกาสที่เท่าเทียมในการได้ทำงานประจำ โดยการแจ้งข้อมูลดังกล่าวอาจทำโดยการตีประกาศไว้ในที่ที่เหมาะสมภายในสถานประกอบการนั่นเอง³⁹ นอกจากนี้ ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องไม่ผูกมัดลูกจ้างรับเหมาค่าแรงโดยการกำหนดข้อห้ามใดๆซึ่งมีผลเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ใช้บริการทำสัญญาจ้างแรงงานโดยตรง

³⁶ Nicola Countouris and Rachel Horton, *supra note* 11, p. 336.

³⁷ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, recital 20.

³⁸ Nicola Countouris and Rachel Horton, *supra note* 11, p. 336.

³⁹ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 6 (1).

กับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ภายหลังจากการทำงานในฐานะลูกจ้างรับเหมาค่าแรงแก่ผู้ใช้บริการรายนั้นได้สิ้นสุดลง⁴⁰ และผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องไม่มีการเก็บค่าธรรมเนียมใดๆจากลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในการดำเนินการอันเกี่ยวเนื่องกับการจัดสรรให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้าไปทำงานแก่ผู้ใช้บริการ หรือในกรณีที่มีการทำสัญญาจ้างแรงงานหรือการเปลี่ยนสถานะจากลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไปเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานโดยตรงของผู้ใช้บริการ ภายหลังจากการทำงานในฐานะลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้สิ้นสุดลง⁴¹

1.4 มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

1.4.1 อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

ในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้น อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 กำหนดให้ ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการที่จำเป็นเพื่อให้หลักประกันว่ามีความคุ้มครองอย่างเพียงพอแก่คนงานที่จ้างงานโดยสำนักจัดหางานเอกชน ตามวิธีที่กล่าวถึงในมาตรา 1 วรรค 1(b) ในประเด็นต่อไปนี้⁴²

- 1) เสรีภาพในการสมาคม
- 2) การต่อรองร่วม
- 3) ค่าจ้างขั้นต่ำ
- 4) เวลาทำงานและสภาพการทำงานอื่นๆ
- 5) สิทธิประโยชน์ด้านประกันสังคมที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย
- 6) การเข้าถึงการฝึกอบรม
- 7) ความปลอดภัยในการทำงานและอาชีวอนามัย
- 8) การจ่ายทดแทนในกรณีประสบอุบัติเหตุหรือป่วยจากการทำงาน
- 9) การจ่ายทดแทนในกรณีนายจ้างล้มละลาย และการคุ้มครองการอ้างสิทธิของคนงาน

⁴⁰ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 6 (2).

⁴¹ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 6 (3).

⁴² Private Employment Agencies Convention, c181, 1 997, article 11.

- 10) การคุ้มครองและสิทธิประโยชน์สำหรับคนงานหญิงที่มีบุตร และการคุ้มครอง
และสิทธิประโยชน์สำหรับคนงานที่มีบุตร

นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกต้องกำหนด และแบ่งสรรความรับผิดชอบของสำนักจัดหางานเอกชนที่ให้บริการตามวิธีที่กล่าวถึงในมาตรา 1 วรรค 1(b) และของกิจการที่ใช้บริการแรงงาน (User Enterprises) ในประเด็นต่อไปนี้⁴³

- 1) การต่อรองร่วม
- 2) ค่าจ้างขั้นต่ำ
- 3) เวลาทำงานและสภาพการทำงานอื่นๆ
- 4) สิทธิประโยชน์ด้านประกันสังคมที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย
- 5) การเข้าถึงการฝึกอบรม
- 6) ความคุ้มครองในด้านความปลอดภัยในการทำงานและอาชีวอนามัย
- 7) การจ่ายทดแทนในกรณีประสบอุบัติเหตุหรือป่วยจากการทำงาน
- 8) การจ่ายทดแทนในกรณีนายจ้างล้มละลาย และการคุ้มครองการอ้างสิทธิของคนงาน
- 9) การคุ้มครองและสิทธิประโยชน์สำหรับคนงานหญิงที่มีบุตร และการคุ้มครอง
และสิทธิประโยชน์สำหรับคนงานที่มีบุตร

กล่าวโดยสรุปคือ อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงซึ่งมีอยู่อย่างแพร่หลาย ให้ได้รับการคุ้มครองสิทธิด้านแรงงานอย่างเหมาะสมเพียงพอในเรื่องต่างๆดังกล่าวข้างต้น อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ลูกจ้างควรได้รับ และในส่วนของบุคคลที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดให้มีความคุ้มครองดังกล่าวแก่ลูกจ้างก็ได้แก่ สำนักจัดหางานเอกชนซึ่งถือเป็นนายจ้างโดยตรงของลูกจ้าง และกิจการที่ใช้บริการในฐานะที่เป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากแรงงานของลูกจ้าง จึงสมควรต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกจ้างร่วมกับสำนักงานจัดหางานเอกชนด้วย

1.4.2 กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง

การคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ถือเป็นมาตรการสำคัญตามกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมการขจัด การเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง อันเป็นไปตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (Principle

⁴³ Private Employment Agencies Convention, c181, 1997, article 12.

of Equal Treatment) โดยในช่วงแรก (Directive of the European Parliament and of the Council of 20 March 2002 on working conditions for temporary workers) หลักการดังกล่าว ตามกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปมีเนื้อหาสำคัญคือ ลูกจ้างรับเหมา ค่าแรงจะต้องได้รับเงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐานเช่นเดียวกันกับลูกจ้างประจำที่ทำงาน เดียวกันหรือทำงานที่มีลักษณะคล้ายกันในสถานประกอบการซึ่งลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้าไป ปฏิบัติงาน⁴⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในช่วงแรกนี้จะเป็นการเปรียบเทียบ ระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างประจำซึ่งทำงานลักษณะเดียวกันหรือคล้ายกันในสถาน ประกอบกิจการที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้าไปทำงาน หรือที่เรียกว่า “ลูกจ้างที่อาจเปรียบเทียบได้ (Comparable Worker)”⁴⁵ โดยอาศัยปัจจัยการเปรียบเทียบจากลักษณะที่เหมือนกันหรือคล้ายกัน ของงาน ตำแหน่งงาน คุณสมบัติ และระดับทักษะฝีมือ⁴⁶

เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของข้อเสนอกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง ตั้งแต่ปี ค.ศ.2002 เป็นต้นมา จนมาเป็นกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่า ด้วยการจ้างเหมาค่าแรงซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ.2008 ที่ผ่านมา หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมก็ มีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ กำหนดให้เงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐานของลูกจ้างรับเหมา ค่าแรงที่จะพึงได้รับในระหว่างที่เข้าไปทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในสถานประกอบการ ของผู้ประกอบการนั้น จะต้องไม่น้อยกว่าอัตราที่ลูกจ้างดังกล่าวจะพึงได้รับจากผู้ประกอบ กิจการ ในกรณีที่เข้าเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงในตำแหน่งงานเดียวกันนั้น⁴⁷ จะเห็นได้ว่า ไม่มีการเปรียบเทียบกับ “ลูกจ้างที่อาจเปรียบเทียบได้ (Comparable Worker)” อีกต่อไป ดังนั้น ในกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงที่ใช้บังคับใน ปัจจุบัน (Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work) จึงไม่มีการนิยามศัพท์ในส่วนของ “ลูกจ้างที่อาจเปรียบเทียบได้”

⁴⁴ Directive of the European Parliament and the Council of 20 March 2002 on working conditions for temporary workers, article 5 (1).

⁴⁵ Directive of the European Parliament and the Council of 20 March 2002 on working conditions for temporary workers, article 3 (1)(b).

⁴⁶ Directive of the European Parliament and the Council of 20 March 2002 on working conditions for temporary workers, recital 15, article 3 (1)(b) and 5 (1).

⁴⁷ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary work, recital 14 and article 5 (1).

อีกต่อไป กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การไม่เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามหลักการใหม่นี้ ไม่ใช่การเปรียบเทียบกับลูกจ้างประจำที่ทำงานลักษณะเดียวกันหรือคล้ายกันในสถานประกอบกิจการที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้าไปทำงานอีกต่อไป แต่เป็นการเปรียบเทียบโดยอาศัยตำแหน่งงานนั้นเป็นเกณฑ์ คือ หากผู้ประกอบการจัดให้มีสภาพการจ้างแก่ลูกจ้างประจำตามสัญญาจ้างโดยตรงในตำแหน่งงานนั้นอย่างไร ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่เข้ามาทำงานในตำแหน่งเดียวกันนั้นก็ชอบที่จะได้รับสภาพการจ้างเช่นเดียวกัน ดังนี้ จึงไม่ต้องคำนึงถึงว่าในงานลักษณะเดียวกันหรือคล้ายกันนั้น ในสถานประกอบกิจการเดียวกันจะมีลูกจ้างประจำที่สามารถเปรียบเทียบได้หรือไม่ เพราะเป็นการเปรียบเทียบกับตำแหน่งงานในสถานการณ์ที่หากลูกจ้างถูกจ้างโดยสัญญาจ้างโดยตรง หากใช้การเปรียบเทียบกับตัวบุคคลไม่ ซึ่งการเปรียบเทียบลักษณะนี้ถือเป็นการสมมุติขึ้น เพื่อให้มีวัตถุประสงค์แห่งการเปรียบเทียบในลักษณะที่ตั้งอยู่บนสมมุติฐาน (Hypothetical Comparator)⁴⁸

สำหรับเงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐาน (Basic Working and Employment Conditions) ซึ่งลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องได้รับระหว่างที่ทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้น ได้แก่ เงื่อนไขและสภาพการจ้างที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ข้อบังคับในการทำงาน ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่เกิดจากการเจรจาต่อรองร่วม รวมถึงข้อกำหนดอื่นๆที่ใช้บังคับในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเวลาในการทำงาน ได้แก่ เวลาการทำงาน การทำงานล่วงเวลา ช่วงเวลาพัก การทำงานในเวลากลางคืน วันหยุดและวันหยุดราชการ และในเรื่องเกี่ยวกับค่าจ้าง⁴⁹

หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนี้ แม้จะเป็นมาตรการสำคัญซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ตาม อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงกำหนดให้เป็นข้อจำกัดในการใช้หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม กล่าวคือ หลักการนี้จะไม่ใช่บังคับในกรณีที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีสัญญาจ้างแรงงานแบบประจำกับผู้รับเหมาค่าแรง ซึ่งถือเป็นการรับรองว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะได้รับค่าจ้างตลอดเวลาตามสัญญา แม้ว่าจะไม่มีการส่งเข้าไปปฏิบัติงาน

⁴⁸ Nicola Countouris and Rachel Horton, *supra* note 11, p. 333.

⁴⁹ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary work, article 3 (1)(f).

ให้แก่ผู้ประกอบการก็ตาม⁵⁰ และอีกกรณีหนึ่งก็คือ กรณีที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (Collective Agreement) ที่เหมาะสม อันเกิดจากการตกลงร่วมของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมด⁵¹ โดยเนื้อหาของข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างอาจกำหนดมาตรฐานที่แตกต่างจากหลักการไม่เลือกปฏิบัติตามแนวบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ได้ ทั้งนี้ ต้องปรากฏว่าเกิดจากการร่วมเจรจาตกลง โดยผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างแท้จริง

นอกจากนี้ ตามหลักการของร่างฯเดิมที่เสนอในปี ค.ศ.2002 นั้น หลักการไม่เลือกปฏิบัติตามกฎหมายเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง จะไม่ใช้บังคับกับการจ้างเหมาค่าแรงที่มีระยะเวลาการทำงานหรือโดยลักษณะของงานที่อาจสำเร็จได้ภายในระยะเวลาไม่เกิน 6 สัปดาห์⁵² เพราะถือเป็นระยะเวลาที่สั้นมาก ดังนี้ จึงกลายเป็นช่องทางให้ประเทศสมาชิกที่ไม่เห็นด้วยกับหลักการของร่างฯดังกล่าว ใช้เป็นช่องทางในการยกเว้นการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ตัวอย่างเช่น แนวทางปฏิบัติในประเทศอังกฤษซึ่งลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะไม่ได้รับเงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐานเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบการ จนกว่าการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจะได้ล่วงพ้นไปแล้ว 6 สัปดาห์ ส่งผลให้ในขณะนั้นบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากว่า การกำหนดลักษณะดังกล่าวนั้นเป็นการเหมาะสมหรือไม่ อีกทั้งประเทศสมาชิกหลายประเทศก็เรียกร้องให้ยกเลิกการกำหนดช่วงเวลาลักษณะดังกล่าว

เมื่อมีการเสนอหลักการของร่างกฎหมายของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง จึงได้ตัดเนื้อหาในส่วนดังกล่าวนี้ออกไปเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างมาตรฐานอันเป็นกฎหมายของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปกับกฎหมายภายในของสมาชิกบางประเทศซึ่งมีความเคร่งครัดในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยการรับรองให้หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ได้ทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในสถาน

⁵⁰ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 5 (2).

⁵¹ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 5 (3).

⁵² Directive of the European Parliament and the Council of 20 March 2002 on working conditions for temporary workers, article 5 (4).

ประกอบการ⁵³ อย่างไรก็ตาม หลักการของกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงที่ใช้บังคับในปัจจุบันในมาตรา 5(4) ซึ่งได้กำหนดให้รัฐสมาชิกสามารถ กำหนดข้อตกลงอันเป็นมาตรฐานที่เกิดจากความตกลงของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ในเรื่องเกี่ยวกับ เงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐานซึ่งมีเนื้อหาแตกต่างจากหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้าง รับเหมาค่าแรงดังที่บัญญัติในมาตรา 5(1) ของกฎเกณฑ์ฉบับนี้ได้ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนด ข้อตกลงร่วมในเรื่องช่วงเวลาการชะลอการบังคับใช้หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (Qualifying Period) เป็นต้น⁵⁴ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้กลับเป็นประโยชน์แก่ประเทศอังกฤษซึ่งเดิมไม่เห็นด้วยกับ ช่วงเวลาในการชะลอการบังคับใช้หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมตามร่างฯเดิมคือ 6 สัปดาห์ เนื่องจากเห็นว่าเป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไป และการไม่ระบุกำหนดระยะเวลาไว้ชัดเจนนี้ส่งผลให้ ประเทศอังกฤษใช้เป็นช่องทางในการยกเว้นการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมตาม กฎเกณฑ์ฯ โดยในหัวข้อการประจุมร่วมสามฝ่ายระหว่างรัฐบาล สมาพันธ์ธุรกิจและอุตสาหกรรม แห่งอังกฤษ และสหภาพแรงงานอังกฤษนั้น ได้ตกลงในแถลงการณ์ร่วมโดยกำหนดช่วงเวลา การชะลอการบังคับใช้หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (Qualifying Period) เป็นระยะเวลาถึง 12 สัปดาห์⁵⁵ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้มีผลไม่ต่างจากการกำหนดหลักการดังเนื้อหาของร่างฯเดิม

2. สัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจตามกฎหมายต่างประเทศ

การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงได้แพร่กระจายอย่างกว้างขวางไปสู่ทุกภูมิภาค ทั่วโลก ยกตัวอย่างเช่น ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนั้นถือว่าไม่ใช่ ปรากฏการณ์ใหม่ในภูมิภาคนี้ เพราะการจ้างงานแบบเหมาค่าแรงได้ถือกำเนิดขึ้นในยุโรปในฐานะ รูปแบบการจ้างงานระยะสั้นที่มีจุดเด่นในด้านของความยืดหยุ่นตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 แล้ว แต่เพิ่งจะ

⁵³ Trades Union Congress, "The EU Temp Trade: Temporary Agency Work across the European Union," p.8. Retrieved September 5, 2009, from http://www.tuc.org.uk/extras/eu_agency.pdf.

⁵⁴ Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 5 (4).

⁵⁵ Nicola Countouris and Rachel Horton, *supra note* 11, pp. 332-333.

เป็นรูปแบบการจ้างงานที่ได้รับความนิยมและแพร่หลายเมื่อประมาณยี่สิบปีที่ผ่านมานี้⁵⁶ ด้วยอัตราการขยายตัวที่เพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็วนี้ ส่งผลให้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่มีบทบาทมากในตลาดแรงงานสมัยใหม่ของยุโรป โดยมีบทบาทและความสำคัญเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ใกล้เคียงกับรูปแบบการจ้างงานตามสัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (Fixed-term Employment Contract) ซึ่งเป็นที่นิยมในการจ้างแรงงานในระดับวิชาชีพ และการจ้างงานตามฤดูกาล อย่างไรก็ตาม อัตราการขยายตัวของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในตลาดแรงงานก็ยังมีสัดส่วนมากกว่ารูปแบบการจ้างงานดังกล่าว เนื่องจากระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้เป็นที่นิยมกันมากในการว่าจ้างแรงงานในระดับไร้ทักษะฝีมือซึ่งเป็นประชากรแรงงานส่วนมากนั่นเอง⁵⁷ โดยส่วนใหญ่เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาซึ่งความสนใจแก่ผู้เขียนที่ต้องการศึกษาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศในภูมิภาคยุโรป อันได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ เนื่องจากประเทศดังกล่าวเป็นตัวแทนของรูปแบบการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ซึ่งมีการจัดหมวดหมู่ตามระดับความเคร่งครัดของกฎหมายได้เป็น 3 กลุ่ม⁵⁸ นอกจากนี้ จากการศึกษาถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการของระบบการจ้างเหมาค่าแรง พบว่าระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้ได้ถือกำเนิดเป็นครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2⁵⁹ ดังนั้น ในฐานะที่เป็นประเทศต้นกำเนิดของระบบการจ้างงานรูปแบบนี้ แนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเด็นที่น่าทำการศึกษาค้นคว้าเป็นอย่างยิ่งเช่นกัน

⁵⁶ Donald Storrie, "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions," *supra note 6*, p. 1.

⁵⁷ James Arrowsmith, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *supra note 1*, p. 1.

⁵⁸ "Temporary agency work in Europe," Retrieved September 5, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/1999/01/study/tn9901201s.htm>.

⁵⁹ Lars W. Mitlacher, "Temporary Agency Work, the Changing Employment Relationship and its Impact on Human Resource Management," *Management Revue* 16(3), 370-388, p. 370 (2005).

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงได้กำหนดแนวทางการศึกษาและเปรียบเทียบหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ตามลำดับ โดยมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

2.1 ความหมายและลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

2.1.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตามกฎหมายแรงงานของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส การจ้างเหมาค่าแรง (Travail temporaire) หมายถึง รูปแบบการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง (Entreprise de travail temporaire) ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (Salié temporaire) และผู้ประกอบการ (Entreprise utilisatrice) โดยบริษัทผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างเพื่อไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเฉพาะภายใต้ระยะเวลาอันมีจำกัดหรือที่เรียกว่า “Mission” ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะสามมิติดังกล่าว ก่อให้เกิดสัญญาสองชนิดประกอบกัน ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบการ และสัญญาจ้างแรงงานที่ผู้รับเหมาค่าแรงทำขึ้นกับลูกจ้าง ดังนี้ จึงกล่าวได้ว่า การจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานแบบไม่เป็นทางการ (Non-standard Form of Employment) ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลสำคัญของประการประการแรกคือ การจ้างเหมาค่าแรงนี้เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะสามมิติ ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบการจ้างงานโดยปกติทั่วไปซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะสองมิติ อีกประการหนึ่งคือ ในการจ้างเหมาค่าแรงนั้น สัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างมักเป็นแบบมีกำหนดเวลา ในขณะที่สัญญาจ้างแรงงานแบบเป็นทางการตามกฎหมายฝรั่งเศสจะต้องเป็นแบบไม่มีกำหนดเวลา⁶⁰

ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส (French Labor Code) กำหนดให้การดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการจ้างเหมาค่าแรงนี้ มีรูปแบบสัญญาโดยเฉพาะเรียกว่า สัญญาจ้างงานชั่วคราว (Contrat de Travail Temporaire หรือ CTT) ซึ่งจะประกอบด้วยสองสัญญาเสมอ คือ สัญญาการมอบหมายงาน (Contrat de mission) ที่ทำขึ้นระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบการ และสัญญาจ้างแรงงาน (Contrat de travail) ระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและผู้รับเหมา

⁶⁰ Christophe Vigneau, (2001, Fall), “Temporary Agency Work in France,” *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 23(1), 45-66, p. 46. Retrieved October 25, 2008, from Westlaw database

ค่าแรง⁶¹ ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้สัญญาจ้างระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนี้จะต้องทำเป็นสัญญาที่มีกำหนดเวลา (Contrat de travail à durée déterminée)⁶² โดยเป็นหน้าที่ของผู้รับเหมาค่าแรงที่จะต้องจัดทำสัญญาทั้งสองนี้และส่งให้แก่ลูกจ้างภายในเวลาอย่างน้อยสองวันนับแต่วันที่เริ่มงานแต่ละครั้ง โดยสัญญาการมอบหมายงานที่สร้างขึ้นระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และมีรายละเอียดอันประกอบด้วย เหตุผลในการใช้การจ้างงานแบบเหมาค่าแรง กำหนดระยะเวลาของงาน สถานที่ปฏิบัติงาน เวลาการทำงาน ตำแหน่งงาน หรือในกรณีที่มีการจ้างลูกจ้างเหมาค่าแรงเพื่อไปทำงานเป็นการชั่วคราวแทนลูกจ้างประจำที่กลางาน จะต้องมีภาระระบุชื่อของลูกจ้างประจำคนดังกล่าวด้วย รวมถึงจะต้องระบุถึงอัตราค่าตอบแทนและเงินเพิ่มอื่นๆที่ลูกจ้างประจำซึ่งทำงานตำแหน่งเดียวกันกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายแรงงานฝรั่งเศสยังห้ามไม่ให้มีข้อกำหนดใดๆในสัญญาอันเป็นการห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเองโดยตรงภายหลังการทำงานแต่ละครั้งสิ้นสุด ซึ่งข้อกำหนดเหล่านี้กฎหมายแรงงานฝรั่งเศสกำหนดให้ระบุไว้ในส่วนของสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย นอกจากนี้ ในสัญญาจ้างแรงงานจะต้องมีรายละเอียดเพิ่มเติมในเรื่องคุณสมบัติและค่าตอบแทนของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ระยะเวลาทดลองงาน และกองทุนเงินสงเคราะห์ที่จัดตั้งโดยผู้รับเหมาค่าแรง เป็นต้น⁶³

โดยทั่วไปสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจะถูกใช้ในภารกิจอันมีเวลาจำกัด เนื่องจากระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้อยู่บนพื้นฐานของการจ้างงานชั่วคราวระยะสั้น กล่าวคือ การจ้างเหมาค่าแรงนี้จะต้องไม่ถูกใช้ในการทำงานประจำซึ่งเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการตามปกติทั่วไปหรือ

⁶¹ French Labor Code, article L.1251-1.

⁶² Isabelle Schömann and Klaus Schömann, "In Search of a New Framework for Flexibility: Reregulation of Nonstandard Employment in the European Union," In *Nonstandard Work in Developed Economies: causes and consequences*, ed. Susan Houseman and Machiko Osawa (Michigan: W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003), p. 362.

⁶³ Christophe Vigneau. *supra note* 60, p. 58.

ในกิจกรรมที่กิจการจะต้องทำอย่างต่อเนื่องเป็นปกติของธุรกิจ⁶⁴ ด้วยเหตุนี้ จึงส่งผลให้ระบบการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีลักษณะที่เคร่งครัดมาก ซึ่งจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดต่อไป

2.1.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁶⁵

การจ้างเหมาค่าแรงในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การให้เช่าลูกจ้าง (Employee Leasing) ซึ่งเป็นรูปแบบจ้างงานแบบไม่เป็นทางการชนิดหนึ่ง โดยตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ลักษณะพื้นฐานของการจ้างเหมาค่าแรงหรือการให้เช่าลูกจ้าง อาศัยหลักการของสัญญาเช่าธรรมดา กล่าวคือ เป็นสัญญาเช่าที่มีคู่สัญญาสามฝ่าย เข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้ให้เช่า (Lessor) ผู้เช่า (Lessee) และลูกจ้างที่ถูกเช่า (Leased Employee) โดยผู้ให้เช่าผูกพันตนที่จะต้องจัดหาลูกจ้างที่เหมาะสมให้แก่ผู้เช่า โดยที่ผู้เช่าไม่ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างที่ถูกเช่า แม้ลูกจ้างดังกล่าวจะทำงานให้แก่ผู้เช่าภายใต้การควบคุมของผู้เช่าเหมือนกับลูกจ้างอื่นๆของผู้เช่าก็ตาม ผู้ให้เช่ายังคงเป็นนายจ้างของลูกจ้างอยู่ตลอดระยะเวลาที่เช่า⁶⁶ และนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าหาใช้สัญญาจ้างแรงงานไม่ เป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายแพ่ง⁶⁷ กล่าวคือ เป็นสัญญาเช่า (Leasing Contract) ชนิดหนึ่งที่เกิดขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้เช่าที่ประสงค์จะได้ลูกจ้างเข้ามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของตน ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องหาลูกจ้างมาให้แก่ผู้เช่าในช่วงเวลาที่ตกลงกัน และผู้เช่าตกลงจะจ่ายค่าเช่าเป็นการตอบแทน และลูกจ้างนั้นก็จำเป็นต้องมีความสามารถและมีความเต็มใจในการปฏิบัติงานอย่างเต็มที่ มิฉะนั้น เขาอาจจะถูกส่งตัวกลับไปเหมือนกับเครื่องจักรที่ชำรุดบกพร่องอย่างไรก็ดี แม้ว่าผู้ให้เช่าจะได้ชื่อว่ามีหน้าที่ความรับผิดชอบต่อผู้เช่าก็ตาม แต่หน้าที่ในการ

⁶⁴ “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Temporary agency work: nation reports,” France, p. 2. Retrieved September 5, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/26/en/1/ef0226en.pdf>

⁶⁵ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงถูกบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ในกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจ้างงานชั่วคราวเชิงพาณิชย์ หรือ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1972

⁶⁶ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 1(1).

⁶⁷ 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/cil&pj/archive/vol_23/issue_1/SchurenArticle23-1.pdf

ปฏิบัติงานให้แก่ผู้เช่านั้นหาใช้หน้าที่ของผู้ให้เช่าไม่ หน้าที่ดังกล่าวเป็นของลูกจ้างเท่านั้น ดังนั้น ลูกจ้างจึงไม่ใช่ตัวแทนของผู้ให้เช่าและผู้ให้เช่าก็ไม่ต้องรับผิดชอบจากการทำงานที่ได้รับประสิทธิภาพของ ลูกจ้าง เว้นแต่ ในกรณีที่ลูกจ้างนั้นไม่สามารถทำงานได้และไม่ประสงค์ที่จะทำงานนั้นอีกต่อไป ความรับผิดชอบของผู้ให้เช่าจึงจะเกิดขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากหน้าที่โดยตรงตามสัญญาของผู้ให้เช่าคือการ จัดหาลูกจ้างที่เหมาะสมในการทำงานให้แก่ผู้เช่าเท่านั้น⁶⁸

หน้าที่ดังกล่าวของผู้ให้เช่ามีลักษณะคล้ายกับหน้าที่ในการเป็นตัวแทนจัดหางาน คือ ตัวแทนจัดหางานมีหน้าที่จัดหาลูกจ้างให้แก่ลูกค้า โดยลูกค้าจะเป็นผู้จ้างลูกจ้างนั่นเอง ตัวแทน จัดหางานจึงไม่ได้มีฐานะเป็นนายจ้าง เพียงแต่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางทำให้เกิดสัญญาจ้างแรงงาน เท่านั้น ฉะนั้น จึงอาจทำให้เกิดความสับสนขึ้นได้ เพราะผู้ประกอบการก็ให้เช่าลูกจ้างก็อาจดำเนิน กิจการเป็นตัวแทนจัดหางานควบคู่ไปด้วย จึงทำให้บางครั้งผู้ประกอบการบางรายใช้บริการ ตัวแทนจัดหางานแต่อ้างว่าเป็นการใช้บริการให้เช่าลูกจ้าง เพื่ออำพรางฐานะการเป็นนายจ้าง โดยตรงของตน โดยเชิดตัวแทนจัดหางานแสดงออกว่าเป็นคนที่ทำหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจ้างงานชั่วคราวเชิงพาณิชย์ ค.ศ. 1972 (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972) ในมาตรา 1 วรรค 2 จึงกำหนดให้สันนิษฐาน ว่าการให้เช่าลูกจ้างรายนั้นเป็นการให้บริการจัดหางาน⁶⁹ ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ประกอบการต้องมี ฐานะเป็นนายจ้างโดยตรง

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงตาม กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีความแตกต่างจากลักษณะของประเทศอื่น กล่าวคือ โดยทั่วไปในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ผู้รับเหมาค่าแรงมักจะทำการจ้างลูกจ้าง รับเหมาค่าแรงแบบมีกำหนดเวลา ซึ่งจะทำให้นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและ ผู้รับเหมาค่าแรงสิ้นสุดลงพร้อมกับความสิ้นสุดของการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง แต่ ในทางตรงกันข้าม ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอยู่บนพื้นฐานของสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลา (Open-ended Contract)⁷⁰ ทั้งนี้ เนื่องจากแนวคิดที่ต้องการคุ้มครองความมั่นคงแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งผลของการที่ สัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นแบบไม่มีกำหนดเวลานี้

⁶⁸ *Ibid.* pp. 74-75.

⁶⁹ *Ibid.* p.69.

⁷⁰ James Arrowsmith, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *supra* note 1, p. 18.

ทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับหลักประกันว่าจะยังคงได้รับค่าจ้างอยู่ แม้ระยะเวลาการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้สิ้นสุดลงไปแล้ว ซึ่งผู้รับเหมาค่าแรงก็คือผู้รับผิดชอบในส่วนของค่าจ้างและระบบประกันสังคมในระหว่างที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่ได้มีการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง⁷¹

ในอีกทางหนึ่ง ผู้รับเหมาค่าแรงย่อมไม่ยินดีต่อความผูกพันลักษณะดังกล่าว เพราะเป็นภาระค่าใช้จ่ายแก่ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นอย่างมากหากไม่อาจทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงต่อเนื่องกันได้ จึงมีความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าว เช่น การว่าจ้างและเลิกจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทุกๆ 3 เดือน เป็นต้น (เนื่องจากในช่วงแรกคือปี ค.ศ.1972-1985 กฎหมายกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไว้เพียง 3 เดือน จึงทำให้ผู้รับเหมาค่าแรงพยายามทำสัญญาจ้างกับลูกจ้างเป็นระยะเวลาสั้นๆเช่นเดียวกัน)

ดังนั้น เพื่อเป็นการเสริมให้มาตรการดังกล่าวมีความเคร่งครัดมากยิ่งขึ้น จึงมีการกำหนดมาตรการสำคัญอีก 2 ประการควบคู่กันไปด้วย

ประการแรกคือ “Ban on Re-employment” ซึ่งมีหลักการคือ ห้ามมิให้ผู้รับเหมาค่าแรงที่ได้เลิกสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลากับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ทำสัญญาจ้างใหม่กับลูกจ้างดังกล่าวภายในระยะเวลา 3 เดือนนับแต่ได้เลิกสัญญาเดิม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการป้องกันมิให้ผู้รับเหมาค่าแรงหลีกเลี่ยงความผูกพันที่ยาวนานและความรับผิดชอบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยการเลิกสัญญาจ้างแล้วตกลงทำสัญญาจ้างกันใหม่กับลูกจ้างรายเดิมนั้น ในทันที ทั้งนี้ ระยะเวลา 3 เดือนนั้นถือเป็นการลงโทษผู้รับเหมาค่าแรงให้ไม่อาจใช้ลูกจ้างรายเดิมต่อเนื่องกันได้ อันเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกิจการของผู้รับเหมาค่าแรง

อีกประการหนึ่งคือ “Ban on Synchronization” ซึ่งมีหลักการคือ ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงครั้งหนึ่งนั้น ความผูกพันของผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามสัญญาจ้างแรงงานจะต้องมีระยะเวลายาวกว่ากำหนดเวลาของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการป้องกันมิให้ความสิ้นสุดของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการมีผลต่อความสิ้นสุดของสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วยนั่นเอง ซึ่งตามแนวคำพิพากษาได้วางบรรทัดฐานว่าผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องมีความผูกพันต่อไปตามสัญญาจ้างแรงงานคิดเป็น

⁷¹ Manfred Antoni and Elke J. Jahn, Do Changes in Regulation Affect Employment Duration in Temporary Work Agencies?, p. 5. Retrieved September 5, 2009, from <http://ftp.iza.org/dp2343.pdf>

ระยะเวลาอย่างน้อยเท่ากับหนึ่งในสี่ของกำหนดเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง อย่างไรก็ตามก็ตีมาตรฐานดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับหากภายหลังจากที่กำหนดเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงครั้งก่อนได้สิ้นสุดลงและมีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงครั้งต่อไปต่อเนื่องกันทันที⁷²

อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจ้างงานชั่วคราวเชิงพาณิชย์ ค.ศ.1972 ก็ได้มีการแก้ไขอย่างต่อเนื่องนับแต่ปี ค.ศ.1985 ถึงปี ค.ศ.2003 โดยมีเจตนากรณีให้เกิดความยืดหยุ่นในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงมากยิ่งขึ้น อันเป็นการกระตุ้นอัตราการขยายตัวของธุรกิจรับเหมาค่าแรง⁷³ โดยในปี ค.ศ.1997 มีการอนุญาตให้ผู้รับเหมาค่าแรงสามารถทำสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลาได้⁷⁴ ส่งผลให้ผู้รับเหมาค่าแรงสามารถกำหนดระยะเวลาของสัญญาจ้างแรงงานให้ขึ้นอยู่กับกำหนดเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ และผู้รับเหมาค่าแรงยังสามารถเลิกจ้างแล้วกลับมาทำสัญญาจ้างกันใหม่กับลูกจ้างรายเดิมภายในเวลาใดๆก็ได้ เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามอีกต่อไป⁷⁵

2.1.3 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษมีการแบ่งแยกการดำเนินกิจการอันมีลักษณะเป็นการจ้างเหมาค่าแรงกับการเป็นตัวแทนจัดหางานอย่างชัดเจน กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน (Employment Agencies Act 1973) ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศอังกฤษ ได้ให้คำจำกัดความของการเป็นตัวแทนจัดหางาน หรือ “Employment Agency” ว่า การเป็นตัวแทนจัดหางาน หมายถึง⁷⁶ การดำเนินธุรกิจให้บริการจัดหาลูกจ้างให้แก่ นายจ้างโดยที่ นายจ้างนั้นจะทำการจ้างลูกจ้างเองโดยตรง ตัวแทนจัดหางานทำหน้าที่เพียงแนะนำลูกจ้างให้แก่ นายจ้างเท่านั้น ส่วนการจ้างเหมาค่าแรง หรือ “Employment Business” นั้น หมายถึง⁷⁷ การรับดำเนินการจัดหาลูกจ้างเพื่อจัดส่งเข้าไปทำงานให้แก่บุคคลอื่น โดยที่บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจ

⁷² *Ibid* .pp. 5-6.

⁷³ Lars W. Mitlacher, *supra note* 59, p. 374.

⁷⁴ Manfred Antoni and Elke J. Jahn, *supra note* 71, p.6.

⁷⁵ Claudia Weinkopf, “The Role of Temporary Agency Work in the German Employment Model,” pp. 10-11 Retrieved September 5, 2009, from http://www.dynamo-project.eu/papers/weinkopf_paper.pdf

⁷⁶ Employment Agencies Act 1973, section 13 (2).

⁷⁷ Employment Agencies Act 1973, section 13 (3).

ในการควบคุมหรือบังคับบัญชาการทำงานของผู้จ้าง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของการจ้างงานชั่วคราว⁷⁸

การจ้างเหมาค่าแรงในประเทศอังกฤษเป็นที่นิยมแพร่หลายมาก ในอดีตเริ่มต้นจากการให้บริการจัดหาเลขานุการชั่วคราวและพนักงานอื่นๆในสำนักงาน ต่อมาได้ขยายไปสู่งานในสาขาอื่นๆอีกมากมาย อาทิ งานในวิชาชีพต่างๆ และผู้จ้างในภาคอุตสาหกรรม โดยสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นสัญญาทางพาณิชย์ (Commercial Contract) ชนิดหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือประกอบด้วยคู่สัญญาสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ผู้จ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ ผู้รับเหมาค่าแรงจะทำการว่าจ้างผู้จ้างด้วยสัญญาจ้างแรงงาน (Contract for Employment หรือ Contract of Service) หรือสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service)⁷⁹ จากนั้นจึงจะจัดส่งผู้จ้างไปให้ผู้ประกอบการซึ่งเป็นลูกค้าที่ใช้บริการ เพื่อปฏิบัติงานอันเป็นการชั่วคราวหรือเพื่อทำงานตามสัญญาจ้างชั่วคราวในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ และภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของผู้ประกอบการ⁸⁰ ด้วยเหตุนี้ ผู้จ้างรับเหมาค่าแรงตามกฎหมายอังกฤษจึงอาจมีฐานะเป็นเพียงผู้รับจ้าง (Self-employed Worker หรือ Independent Contractor) หรืออาจเป็นผู้จ้าง (Employee) ก็ได้ แล้วแต่กรณี จึงทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในเรื่องสถานะของผู้จ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

2.1.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้ถือกำเนิดในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกราวทศวรรษที่ 1940 โดยปรากฏในรูปแบบของการจ้างงานชั่วคราว (Temporary Employment Relationship) ซึ่งเป็นแนวคิดการให้บริการรูปแบบหนึ่งของธุรกิจจัดหางานทั่วไป ลักษณะของหลักการตามแนวคิดดังกล่าวในช่วงแรกที่เพิ่งถือกำเนิดนี้จึงยังมิได้รับการอธิบายอย่างชัดเจนนัก อันเป็นเหตุให้มักมีการเรียกและเข้าใจหลักการของระบบนี้อย่างผิดๆเรื่อยมา ส่วนหนึ่งเป็นเพราะการเรียกว่าเป็นระบบการจ้างงานชั่วคราวซึ่งอาจทำให้เข้าใจผิดเพียงว่า มีลักษณะเป็นระบบ

⁷⁸ Employment Agencies Act 1973 and regulations, Retrieved September 25, 2008, from <http://www.netlawman.co.uk/acts/employment-agencies-act-1973-and-regulations.php>

⁷⁹ Employment Agencies Act 1973, section 13 (1)(a).

⁸⁰ Department of Trade and Industry (DTI), "Guidance on the conduct of employment agencies and employment businesses regulations," 2003, p. 2 Retrieved September 25, 2008, from <http://www.berr.gov.uk/files/file24248.pdf>

การจ้างงานที่มีช่วงระยะเวลาจำกัดเท่านั้น แต่หาได้สื่อความหมายให้เข้าใจได้ถึงหลักการอันเป็นลักษณะเฉพาะของระบบการจ้างงานประเภทนี้ ซึ่งมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ของบุคคลสามฝ่าย คือ ผู้รับเหมาค่าแรง (Temporary Help Firms) ซึ่งได้จัดหาคนงานให้แก่ผู้ใช้บริการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่คนงานดังกล่าวเอง ซึ่งผู้รับเหมาค่าแรงจะคิดค่าตอบแทนจากผู้ให้บริการโดยคำนวณรวมเงินค่าจ้างที่จะต้องจ่ายให้แก่คนงานและเงินค่าธรรมเนียมในการดำเนินการ ดังนี้ ผู้รับเหมาค่าแรงจึงมีสถานะเป็นนายจ้างของคนงานที่ได้จัดหามาทำงาน และมีหน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการมีสถานะเป็นนายจ้างด้วย ส่วนผู้ใช้บริการนั้นมีฐานะเป็นบุคคลภายนอกซึ่งได้ใช้ประโยชน์จากแรงงานของคนงานที่ถูกจัดหามาทำงาน⁸¹

การใช้ระบบการจ้างงานซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย มิใช่แนวคิดใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้น เพราะหลักการของระบบการจ้างเหมาค่าแรง หากแต่ได้มีการแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา มาตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่ระบบคนกลางในตลาดแรงงานได้เข้ามามีบทบาทอย่างกว้างขวาง โดยลักษณะของระบบคนกลางในตลาดแรงงานนี้ กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่พยายามกำหนดให้เป็นกิจการที่เรียกว่านายหน้าจัดหางาน (Employment Agency) ซึ่งทำหน้าที่จัดหาคนงานให้แก่นายจ้างผู้ประกอบการ โดยมักเป็นการช่วยเหลือเป็นตัวแทนหรือให้บริการในรูปแบบอื่นๆ หรือบางครั้งทำหน้าที่รับเป็นบุคคลที่จ่ายค่าจ้างให้แก่คนงานเอง ทั้งนี้ ภายหลังจากที่ได้หักค่าบริการแล้ว อันมีลักษณะทำนองเดียวกับการดำเนินการของผู้รับเหมาค่าแรง อย่างไรก็ตาม แนวคิดการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่ายตามหลักการของระบบการจ้างเหมาค่าแรง (Temporary Help Industry) ที่ได้เกิดขึ้นใหม่ภายหลังนี้ เป็นการปฏิเสธสถานะการเป็นคนกลาง โดยเรียกร้องการมีสถานะเป็นนายจ้างที่แท้จริงของคนงานที่ได้ส่งออกไปทำงาน กล่าวคือ ระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้สร้างแนวปฏิบัติที่แตกต่างจากแนวทางของการเป็นนายหน้าจัดหางาน ซึ่งเดิมเป็นการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเพียงครั้งเดียวสำหรับการดำเนินการบรรจุคนงานเป็นลูกจ้างปกติของบริษัทผู้ใช้บริการครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะนายจ้างลูกจ้างขึ้น โดยตรงระหว่างผู้ใช้บริการกับคนงานที่ถูกจัดหามา ส่งผลให้นายหน้าจัดหางานก้าวพ้นจากหน้าที่และความรับผิดชอบใดๆตามกฎหมาย ในทางตรงกันข้าม ระบบการจ้างเหมาค่าแรงยังคงไว้ซึ่งความผูกพันต่อคนงานที่ถูกจัดหามา โดยผู้รับเหมาค่าแรงจะมีฐานะเป็นนายจ้างของคนงานดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการจัดหาคนงานเพื่อไปทำงานให้แก่ผู้ใช้บริการซึ่งมีกำหนดเวลาเพียงเป็นชั่วโมง เป็น

⁸¹ 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).

สัปดาห์ เป็นเดือน หรือกระทั่งเป็นปี ดังนั้น รูปแบบของผลประโยชน์ที่ถูกรับได้ตามหลักการของระบบนี้จึงคิดคำนวณได้ตลอดช่วงเวลาการทำงานของคนงานที่ถูกรับจ้าง⁸²

หลักการของระบบการจ้างเหมาค่าแรงดังกล่าวมาข้างต้นนี้ มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นการช่วยเหลือผู้ใช้บริการเป็นการชั่วคราว (Temporary Help Formula) กล่าวคือ มีผลเป็นการตัดความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้าง-ลูกจ้างระหว่างคนงานที่ถูกรับจ้างทำงานและผู้ใช้บริการซึ่งเป็นบุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์จากแรงงานของคนงานดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักการนี้ช่วยให้ผู้ใช้บริการสามารถใช้ประโยชน์จากแรงงานของคนงานที่ถูกรับจ้าง โดยที่ปราศจากความรับผิดชอบใดๆตามกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการมีฐานะเป็นนายจ้าง อนึ่ง การที่ผู้ใช้บริการเป็นบุคคลที่มีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานตลอดช่วงเวลาที่คนงานได้ปฏิบัติงาน ถือเป็นผลพลอยได้ของวัตถุประสงค์หลักตามหลักการดังกล่าว⁸³

ปัจจุบัน การจ้างเหมาค่าแรง (Temporary Agency Work) ในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึง ความสัมพันธ์ในลักษณะอันเป็นการจ้างงานชั่วคราวระหว่างผู้รับเหมาค่าแรง (Temporary Work Agency) ซึ่งเป็นนายจ้าง กับลูกจ้าง ซึ่งบุคคลฝ่ายหลังนี้จะถูกส่งให้ไปทำงานและภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของสถานประกอบการอื่น ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์จากการทำงานของคนงานดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (Temporary Agency Worker) นั้นหมายถึง บุคคลที่ผู้รับเหมาค่าแรงว่าจ้างไว้ เพื่อที่จะจัดส่งไปทำงานให้แก่กิจการที่ใช้แรงงาน (User Firm) ต่อไปโดยผ่านสัญญาทางพาณิชย์ โดยการทำงานดังกล่าวต้องกระทำในสถานประกอบการและภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาของกิจการที่ใช้แรงงาน⁸⁴ อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังมีได้มีการกำหนดนิยามที่แน่ชัดของ “การจ้างเหมาค่าแรง” รวมถึง “ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง” แต่อย่างไรก็ตาม มีเพียงความเห็นที่สะท้อนจากบางหน่วยงานของรัฐ ได้แก่ สำนักงานตรวจสอบการทำงานของรัฐแห่งสหรัฐอเมริกา (U.S. Government Accountability Office (GAO)) ซึ่งกล่าวถึงไว้ว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงคือ บุคคลที่ทำงานให้แก่ผู้รับเหมาค่าแรง และซึ่งจะถูกจัดส่งเพื่อไปปฏิบัติงานให้แก่

⁸² *Ibid.* p. 85.

⁸³ *Ibid.* pp. 85-86.

⁸⁴ Sean Sweeney, “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Temporary Agency Work in the United States,” p.1 Retrieved March 10, 2010, from http://www.ilr.cornell.edu/international/news/upload/BERLIN_Temp_Agency_Workers_Report-USfinal.pdf

บริษัทอื่นอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการทดแทนลูกจ้างประจำของบริษัทซึ่งหยุดงานหรือเพื่อทำงานในโครงการเฉพาะ⁸⁵ นอกจากนี้ สมาคมผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการแรงงานแห่งชาติอเมริกา (American Staffing Association) ยังได้กำหนดถึงลักษณะของธุรกิจให้บริการแรงงานซึ่งมีอยู่อย่างแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา ว่าหมายถึงธุรกิจการให้บริการซึ่งโดยธรรมชาติประกอบด้วย การสรรหาและการว่าจ้างลูกจ้างเอง แล้วจึงส่งลูกจ้างของตนนั้นออกไปทำงานให้แก่องค์กรอื่น หรือเพื่อเพิ่มกำลังแรงงาน หรือเพื่อให้ความช่วยเหลือในสถานการณ์พิเศษ เช่น กรณีที่ลูกจ้างหยุดงาน การขาดแคลนแรงงานที่มีความเชี่ยวชาญ การมีปริมาณงานเพิ่มขึ้นตามฤดูกาล หรือกรณีที่เป็นการทำงานในโครงการเฉพาะ โดยที่ลูกจ้างเหล่านี้จะถูกส่งให้ไปทำงานในองค์กรอื่นๆ ได้ต่อไปเมื่อการทำงานแต่ละครั้งได้สิ้นสุดลง⁸⁶

2.2 สถานะทางกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ปัญหาพื้นฐานสำคัญของระบบการจ้างเหมาค่าแรงซึ่งปรากฏให้เห็นบ่อยครั้งในเกือบทุกประเทศได้แก่ ประเด็นเรื่องสถานะทางกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ปัญหาว่าใครคือนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั่นเอง ซึ่งในประเด็นดังกล่าวสามารถพิจารณาได้จากนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ผู้รับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ กล่าวคือ ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงมีหน้าที่ต้องดำเนินการจัดหาลูกจ้างเพื่อเข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ และในการดำเนินการดังกล่าวทำให้ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องไปก่อกำเนิดสัมพันธ์กับลูกจ้าง ซึ่งจะมีรูปแบบเป็นลักษณะใดนั้นก็ขึ้นอยู่กับแนวคิดและนโยบายทางกฎหมายของแต่ละประเทศ โดยทั่วไปผู้รับเหมาค่าแรงมักจะไปตกลงว่าจ้างลูกจ้างโดยทำเป็นสัญญาจ้างแรงงาน จึงมีผลให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายจ้างโดยตรงของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง อย่างไรก็ตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของแต่ละประเทศ มีประเด็นที่น่าศึกษาเกี่ยวกับเรื่องสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ดังนี้

⁸⁵ United States Government Accountability Office (GAO), "Employment Arrangements: Improved Outreach Could Help Ensure Proper Worker Classification." Report Submitted to the Ranking Minority Member, Committee on Health, Education, Labor, and Pensions, U.S. Senate, July 11, 2006, p. 6.

⁸⁶ Sean Sweeney, *supra* note 84, pp. 1-2.

2.2.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ลักษณะสำคัญของการจ้างเหมาค่าแรงซึ่งเป็นความสัมพันธ์แบบสามมิติ ได้ก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นสองด้านแก่ลูกจ้าง ได้แก่ ความผูกพันกับผู้รับเหมาค่าแรงทางหนึ่ง และอีกทางหนึ่งคือความผูกพันกับผู้ประกอบกิจการ โดยฝ่ายผู้รับเหมาค่าแรงนั้นชัดเจนอยู่แล้วว่ามีฐานะทางกฎหมายเป็นนายจ้างของลูกจ้าง เนื่องจากมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานนั่นเอง ดังนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงจึงเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามกฎหมายแรงงานทุกประการ ในขณะที่ผู้ประกอบกิจการนั้นเป็นบุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้าง ซึ่งแม้ว่าระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการจะไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางสัญญาต่อกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วการที่ลูกจ้างได้ไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ และในการทำงานนั้นผู้ประกอบกิจการก็เป็นบุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาและควบคุมการทำงานของลูกจ้างในแต่ละวัน ดังนี้ จึงสมควรต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ได้เข้ามาปฏิบัติงานให้ตนด้วย

ดังนั้น กฎหมายแรงงานฝรั่งเศสจึงได้มีแนวความคิดการพัฒนาในเรื่องสถานะทางกฎหมายรูปแบบใหม่ของผู้ประกอบกิจการนี้ โดยให้มีลักษณะเฉพาะตัวแตกต่างจากฐานะนายจ้างโดยทั่วไปตามปกติ กล่าวคือ มีฐานะเป็นนายจ้างผู้ใช้ประโยชน์ซึ่งเป็นสถานะที่ถูกกำหนดขึ้นโดยเฉพาะตามกฎหมายแรงงานนี้เท่านั้น โดยหลักแล้วผู้ประกอบกิจการต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับสภาพการจ้างและความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในระหว่างที่ลูกจ้างดังกล่าวเข้ามาปฏิบัติงานภายในสถานประกอบการของตน รวมถึงความรับผิดชอบทั้งในทางแพ่งและทางอาญาในกรณีที่เกิดความเสียหายใดๆต่อตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในระหว่างที่ได้ปฏิบัติงาน ซึ่งความเสียหายนี้หมายถึงความเสียหายทางร่างกายและความเสียหายในทางทรัพย์สินของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย นอกจากนี้ ผู้ประกอบกิจการจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไปก่อความเสียหายต่อบุคคลภายนอกอีกด้วย⁸⁷

2.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ความผูกพันระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นเป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งในอดีตกฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัดว่า สัญญาจ้างระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องทำเป็นสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลา ส่งผลให้ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในฐานะนายจ้าง ทั้งในช่วงเวลาที่ลูกจ้างได้เข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการและในระหว่างที่

⁸⁷ Christophe Vigneau, *supra note* 60, pp. 57-60.

ลูกจ้างไม่ได้ทำงาน ดังนี้ บรรดาสิทธิทั้งหลายของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน ผู้รับเหมาค่าแรงจึงต้องเป็นผู้รับผิดชอบอย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ได้รับการผ่อนคลายนปัจจุบัน โดยกฎหมายอนุญาตให้ผู้รับเหมาค่าแรงสามารถตกลงทำเป็นสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลากับลูกจ้างได้ ในส่วนของผู้ประกอบการนั้น แม้ว่าจะไม่ได้มีความผูกพันโดยตรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ตาม แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นได้เข้ามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบการภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบการด้วย ดังนั้น จึงก่อให้เกิดเป็นความสัมพันธ์กึ่งสัญญา⁸⁸ เพื่อให้ผู้ประกอบการมีความรับผิดชอบในฐานะเช่นเดียวกับนายจ้างด้วย ซึ่งโดยทั่วไปผู้ประกอบการก็ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้าง เป็นต้น นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้รับเหมาค่าแรงได้ดำเนินการให้บริการรับเหมาค่าแรงโดยไม่มีใบอนุญาต ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของเยอรมันกำหนดให้สัญญาจ้างเหมาค่าแรงกลายเป็นโมฆะ และส่งผลให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงขึ้นแทน กรณีเช่นนี้ผู้ประกอบการจึงต้องมีฐานะเป็นนายจ้างโดยตรงของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และมีหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามกฎหมายแรงงาน⁸⁹

2.2.3 ประเทศอังกฤษ

แนวคิดในเรื่องสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในประเทศอังกฤษยังคงมีความไม่ชัดเจน เนื่องจากไม่มีกฎหมายที่ให้คำจำกัดความของการจ้างเหมาค่าแรงและลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไว้เป็นการเฉพาะ อีกทั้งการที่พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน ค.ศ. 1973 ได้จำแนกความแตกต่างระหว่างการเป็นตัวแทนจัดหางาน หรือ “Employment agency” ว่าเป็นการดำเนินธุรกิจให้บริการจัดหาลูกจ้างให้แก่ นายจ้าง โดยที่นายจ้างนั้นจะทำการจ้างลูกจ้างเองโดยตรง และการจ้างเหมาค่าแรง หรือ “Employment business” ว่าเป็นการรับดำเนินการจัดหาลูกจ้างเพื่อจัดส่งเข้าไปทำงานให้แก่บุคคลอื่น โดยที่บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมหรือบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้าง

ดังนั้น จะเห็นว่า คำว่า “Employment” มีความหมายค่อนข้างกว้าง โดยหมายถึงความผูกพันในลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน (Contract of Service) และในขณะเดียวกันก็หมายรวมถึงความผูกพันตามสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service) ด้วย ซึ่งโดยทั่วไปธุรกิจรับเหมา

⁸⁸ Peter Schürent, *supra note* 67, p. 70.

⁸⁹ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 9 No.1 and section

ค่าแรงส่วนใหญ่ในประเทศอังกฤษนิยมผูกพันกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในลักษณะของสัญญาจ้างทำของ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในเรื่องสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามมา กล่าวคือ หากนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจึงจะมีฐานะเป็นลูกจ้าง (Employee) ของผู้รับเหมาค่าแรง ซึ่งจะมีสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน (Employment Rights Act 1996) ในทางตรงกันข้าม หากนิติสัมพันธ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในกรณีนี้จะมีฐานะเป็นเพียงผู้รับจ้าง (Self-employed Worker หรือ Independent Contractor) เท่านั้น ซึ่งจะไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานเหมือนกับลูกจ้าง แนวคิดที่ยังไม่ชัดเจนว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นลูกจ้าง (Employee) หรือเป็นเพียงผู้รับจ้าง (Self-employed Worker) นี้ ก่อให้เกิดความซับซ้อนอันนำไปสู่ความสับสนในการตีความของศาลในคดีเกี่ยวกับเรื่องสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นอย่างมาก

ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นเสมอเมื่อมีการเรียกร้องสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามกฎหมายแรงงานของประเทศอังกฤษ คือ ผู้เรียกร้องนั้นมีฐานะเป็นลูกจ้าง (Employee) ของใครกันแน่ ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการ ซึ่งที่ผ่านมาลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีการเรียกร้องสิทธิในฐานะลูกจ้างต่อทั้งผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการ แต่ศาล (Court of Appeal)⁹⁰ ก็ได้วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันเป็น 2 แนว คือ

แนวทางแรก ศาลจะตัดสินว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการ แม้จะไม่ปรากฏว่ามีการทำสัญญาจ้างแรงงานระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบกิจการ แต่โดยพฤติการณ์และปัจจัยแวดล้อม เช่น ในเรื่องอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้าง หรือเรื่องอุปกรณ์เครื่องมือในการทำงาน เป็นต้น ผู้ประกอบกิจการเป็นผู้ซึ่งมีอำนาจควบคุมการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงภายในสถานประกอบการของตน ทั้งยังเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง นอกจากนี้ ในการทำงานลูกจ้างก็ต้องใช้อุปกรณ์เครื่องมือต่างๆซึ่งผู้ประกอบกิจการเป็นผู้จัดหาทั้งสิ้น ดังนี้ จึงถือวาระหว่างผู้ประกอบ

⁹⁰ การพิจารณาคดีแรงงานในประเทศอังกฤษก่อนที่คดีจะขึ้นสู่การพิจารณาของศาล (Court of Appeal) จะมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นในเบื้องต้นก่อน คือ เริ่มต้นที่คณะตุลาการชั้นต้น (Employment Tribunal) ซึ่งจะทำหน้าที่เหมือนศาลชั้นต้น หากคู่กรณีไม่พอใจคำตัดสินสามารถอุทธรณ์ต่อไปยังคณะตุลาการชั้นอุทธรณ์ (Employment Appeal Tribunal) ซึ่งการตัดสินของคณะตุลาการชั้นอุทธรณ์มีฐานะเสมือนคำพิพากษาของศาล

กิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นมีสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย (Implied Contract of Service) ต่อกัน⁹¹ ตัวอย่างเช่น

คดี Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd. [2004] IRLR 358

ข้อเท็จจริงมีว่า นาง Dacas ซึ่งทำงานเป็นพนักงานทำความสะอาดที่สถานฟื้นฟูสุขภาพจิตในเขต West Drive ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้การดูแลของ Wandsworth Borough Council (the Council) ตั้งแต่ปี ค.ศ.1996 ถึงเดือนเมษายน ค.ศ.2000 โดยในการทำงานตามปกติของนาง Dacas นั้น the Council โดยผ่านทางสาขา West Drive เป็นผู้มีอำนาจควบคุมการทำงานและอุปกรณ์ที่ใช้ในการทำงานก็เป็นของ the Council ทั้งนี้ นาง Dacas เข้าไปทำงานในสถานฟื้นฟูสุขภาพจิตดังกล่าวในฐานะลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยผ่านทางบริษัทจัดหางานชื่อ Brook Street Bureau (UK) Ltd. ซึ่งได้ว่าจ้างนาง Dacas ด้วยสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service) จากการรวบรวมข้อเท็จจริงทำให้คณะตุลาการชั้นต้นลงความเห็นที่ ทั้ง Brook Street Bureau และ the Council ไม่ใช่ นายจ้างของนาง Dacas แต่เมื่อเรื่องมาสู่การพิจารณาของคณะตุลาการชั้นอุทธรณ์ คณะตุลาการชั้นอุทธรณ์กลับมีความเห็นแตกต่างจากคณะตุลาการชั้นต้นโดยให้ความเห็นว่ากรณีที่ถือว่าไม่มีใครมีฐานะเป็นนายจ้างของนาง Dacas เลยย่อมเป็นไปได้ และ

⁹¹ Malcolm Sargeant and David Lewis, Employment Law, ed. 4th, (Harlow, England: Prentice Hall/Financial Times, 2008), p. 59.

ในที่สุด the Court of Appeal ได้วินิจฉัยว่า the Council (ผู้ประกอบกิจการ) มีฐานะเป็นนายจ้างของนาง Dacas โดยใช้หลักการของสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย⁹²

ส่วนอีกแนวทางหนึ่ง ซึ่งข้อเท็จจริงมีลักษณะคล้ายกันมาก แต่ศาลกลับวินิจฉัยในทางตรงกันข้าม คือ บุคคลที่มีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้แก่ผู้รับเหมาค่าแรง โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะเข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการรายเดียวกันติดต่อกันเป็นเวลานาน และได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับในการทำงานต่างๆเช่นเดียวกับลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการในสถานประกอบการเดียวกัน ก็ทำให้ผู้ประกอบกิจการมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเสมอไปไม่ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและปัจจัยแวดล้อมในแต่ละกรณี ตัวอย่างเช่น

⁹² ประเทศอังกฤษไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติความหมายของ “ลูกจ้าง” หรือ “สัญญาจ้างแรงงาน” ไว้เป็นการทั่วไป ดังนั้น การพิจารณาว่าสัญญาที่คู่กรณีกระทำต่อกันเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ หรือลูกจ้างเป็นลูกจ้างตามความหมายในการจ้างแรงงานหรือไม่ ก็จะพิจารณาจากคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีของศาลที่เรียกว่า Case Law ซึ่งจะชี้ขาดคดีที่เกิดขึ้นโดยวางบรรทัดฐานเป็นหลักกฎหมายอันถือว่าเป็นหลักกฎหมาย Common Law แม้ในปัจจุบันจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราออกบังคับใช้ ได้แก่ Employment Rights Act 1996 ซึ่งในมาตรา 230 (1) ได้อธิบายถึงลักษณะของ “ลูกจ้าง (Employee)” ว่าเป็น บุคคลธรรมดาผู้ซึ่งทำงานภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน และมาตรา 230 (2) ก็ได้อธิบายลักษณะของ “สัญญาจ้างแรงงาน” ว่า อาจมีลักษณะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และในกรณีสัญญาโดยชัดแจ้งอาจเป็นการตกลงด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ อย่างไรก็ตาม ก็ยังไม่ใช่การให้คำจำกัดความ เพราะกฎหมายดังกล่าวถือเป็นกฎหมายพิเศษไม่ใช่หลักกฎหมายทั่วไป ดังนี้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างแรงงานคืออะไร ซึ่งหลักการที่ศาลอังกฤษใช้ในการวินิจฉัยในเรื่องสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในคดีนี้ แสดงให้เห็นว่าตามหลักกฎหมายอังกฤษ สัญญาจ้างแรงงานอาจเกิดจากการตกลงกันกำหนดโดยชัดแจ้งว่าเป็นการจ้างแรงงาน หรือในกรณีที่ไม่มีกำหนดกันว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน แต่พฤติการณ์แวดล้อมและเงื่อนไขอื่น ๆ ในสัญญา ทำให้สามารถอนุมานได้ว่านิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน กรณีเช่นนี้ ก็อาจเรียกได้ว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยาย (Implied Contract of Service) ได้เช่นเดียวกัน เพราะศาลคอมมอนลอว์จะไม่คำนึงถึงคำประกาศ การแสดงออกของคู่สัญญา หรือข้อความในสัญญาที่แสดงออกว่าเป็นสัญญาประเภทใดมากไปกว่าธรรมชาติที่แท้จริงของสัญญา เพราะคู่สัญญาอาจทำสัญญารขึ้นเพื่อปกปิดความจริงหรือปฏิเสธนิติสัมพันธ์ความเป็นนายจ้าง-ลูกจ้างก็ได้

คดี James v. London Borough of Greenwich [2008] IRLR 302

ข้อเท็จจริงมีว่า นางสาว James เคยทำงานเป็นลูกจ้าง (Employee) ของ the Greenwich Council จนถึงปี ค.ศ.1997 ต่อมาจึงได้ลาออกไป ภายหลังจึงได้กลับเข้ามาทำงานใน the Greenwich Council อีกในปี ค.ศ.2001 โดยผ่านทางบริษัทรับเหมาค่าแรงคือ Greenwich Social Care Staff ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ.2003 นางสาว James ได้ย้ายไปทำสัญญากับบริษัทรับเหมาค่าแรงรายใหม่คือ BS Project Services Limited อนึ่ง สัญญาที่ทำขึ้นนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service) โดยบริษัทดังกล่าวได้ส่งนางสาว James ให้เข้าไปทำงานใน the Greenwich Council เช่นเดิม ต่อมาราวปี ค.ศ.2004 นางสาว James เกิดป่วย จึงได้ขอลางานเป็นระยะเวลาหนึ่ง แต่เมื่อหายดีแล้วและกลับเข้าทำงานตามเดิม ทาง the Greenwich Council ก็ได้ปฏิเสธไม่ให้กลับเข้าทำงาน เนื่องจากในระหว่างที่นางสาว James ลาป่วยนั้น ทางบริษัทผู้รับเหมาค่าแรงก็ได้จัดส่งลูกจ้างรับเหมาค่าแรงคนอื่นเข้ามาทำงานแทนแล้ว นางสาว James จึงได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการขึ้นต้นว่า คำสั่งที่ไม่ให้กลับเข้าทำงานดังกล่าวของ the Greenwich Council เป็นการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม (Unfair Dismissal) แต่ the Greenwich Council ก็ได้แย้งว่า กรณีดังกล่าวไม่ใช่การเลิกจ้างไม่เป็นธรรม เพราะนางสาว James ไม่ใช่ลูกจ้างของ the Greenwich Council แต่เป็นลูกจ้างของบริษัทรับเหมาค่าแรง

โดยคณะกรรมการขึ้นต้นและคณะกรรมการชั้นอุทธรณ์ต่างเห็นตรงกันว่า กรณีนี้ไม่ถือว่ามีสัญญาจ้างแรงงานโดยปริยายระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยให้เหตุผลว่า “จากการสอบสวนข้อเท็จจริงพบว่าเงื่อนไขการลาป่วยเป็นข้อตกลงระหว่างนางสาว James กับบริษัทผู้รับเหมาค่าแรง เมื่อมีการลาป่วยตามหลักเกณฑ์การจ่ายค่าตอบแทนเมื่อลาป่วยตามที่ตกลงกัน นางสาว James ก็ต้องยื่นใบรับรองแพทย์แก่บริษัทผู้รับเหมาค่าแรง หากผู้ประกอบการไม่ และในระหว่างที่ป่วยนั้นก็เป็นที่ของบริษัทรับเหมาค่าแรงที่ต้องส่งลูกจ้างคนอื่นเข้าไปทำงานแทน อันเป็นไปตามหลักการจ้างเหมาค่าแรงโดยทั่วไปที่ผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบการสามารถตกลงกันได้ว่า จะส่งลูกจ้างคนใดเข้ามาทำงานก็ได้ หรือจะเปลี่ยนตัวลูกจ้างคนอื่นเข้ามาทำงานแทนก็ได้ ในทำนองเดียวกัน นางสาว James ก็สามารถถูกเปลี่ยนตัวให้ไปทำงานยังสถานประกอบการของลูกจ้างรายอื่นๆได้เช่นกัน”

ต่อมานางสาว James จึงได้ยื่นอุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าวต่อศาล (Court of Appeal) และศาลก็วินิจฉัยว่านางสาว James ไม่ใช่ลูกจ้างของผู้ประกอบการ ซึ่งศาลในคดีนี้ก็ปฏิเสธที่จะให้บรรทัดฐานในการตีความเรื่องสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยกล่าวเพียงว่า แต่ละกรณีจะต้องตัดสินโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการขึ้นต้นและชั้นอุทธรณ์

กล่าวโดยสรุปคือ ตามกฎหมายอังกฤษยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง แต่ในปัจจุบันศาลได้พยายามคิดค้นปัจจัยการพิจารณาหลายกรณีเพื่อกำหนดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีความผูกพันกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นผู้รับเหมาค่าแรงหรือผู้ประกอบการ เพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเข้าถึงสิทธิในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม ในบริบทของกฎหมายที่กำหนดในเรื่องสิทธิของลูกจ้าง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (Temporary Agency Worker) มักจะถูกกำหนดให้มีสถานะเป็นเพียง “คนงาน” ไม่ใช่ “ลูกจ้าง” ทั้งนี้ เนื่องจาก นิยามของลูกจ้าง (Employee) ตามกฎหมายอังกฤษนั้น ไม่รวมถึงลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย⁹³ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจึงไม่อาจได้รับสิทธิต่างๆที่ขึ้นอยู่กับสถานะลูกจ้างตามกฎหมาย เช่น สิทธิได้รับค่าจ้างในวันลาป่วย สิทธิได้รับค่าชดเชย หรือสิทธิได้รับการคุ้มครองจากการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม เป็นต้น

ด้วยความตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว บทบัญญัติบางเรื่องที่ใช้บังคับในช่วงหลังนี้จึงมีการนิยามถึงบุคคลที่สามารถเข้าถึงสิทธิในเรื่องนั้นๆได้ โดยใช้คำว่า “Workers” แทนคำว่า “Employees” เพื่อเป็นการขยายความคุ้มครองไปสู่บุคคลที่ไม่ได้มีความผูกพันตามสัญญาจ้างแรงงานทั้งหลายด้วย ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติค่าแรงขั้นต่ำแห่งชาติ ค.ศ. 1998 (National Minimum Wage Act 1998) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าปัญหาเกี่ยวกับสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะได้รับการแก้ไขไปในทิศทางใด ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจำนวนมากก็ไม่อาจเข้าถึงสิทธิประเภทที่ขึ้นอยู่กับความต่อเนื่องหรือความยาวของระยะเวลาการทำงานได้ เนื่องจากลูกจ้างเหล่านี้มักจะถูกจ้างด้วยระยะเวลาเพียงสั้นๆเท่านั้น⁹⁴

2.2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้ถือกำเนิดขึ้นจากการพัฒนา รูปแบบของธุรกิจการเป็นนายหน้าจัดหางานในอดีต สถานะของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในตลาดแรงงานได้ถูกกำหนดโดยแนวคิดที่ผ่านการพัฒนากลับกรองแรมปี โดยมีเนื้อหาสำคัญคือการวางกรอบแนวคิดว่าผู้ให้บริการไม่ใช่ นายหน้าจัดหางาน แต่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้ถือเป็น

⁹³ James Arrowsmith, “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions,” *supra* note 1, p. 18.

⁹⁴ “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Temporary agency work: nation reports. United Kingdom,” p. 6. Retrieved September 5, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/36/en/1/ef0236en.pdf>

รูปแบบการให้บริการอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ให้บริการจะทำหน้าที่เป็นนายจ้างที่แท้จริงของคนงานที่ถูกจัดมาทำงานให้แก่ผู้ใช้บริการ แนวคิดดังกล่าวนี้ ส่งผลให้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงจะต้องผ่านการต่อสู้กับข้อโต้แย้งในสองประเด็น คือ การพยายามหลีกเลี่ยงมิให้อยู่ในขอบข่ายของการเป็นนายหน้าจัดหางาน ซึ่งจะช่วยให้การดำเนินธุรกิจรับเหมาค่าแรงไม่ต้องเผชิญกับภาระตามกฎหมายดังเช่นกรณีการเป็นนายหน้าจัดหางาน และในขณะเดียวกัน ก็จะต้องจัดการแต่งตั้งตัวเองเป็นนายจ้างที่แท้จริงของคนงานที่ถูกจัดมาทำงาน เพื่อให้ผู้ใช้บริการเชื่อมั่นได้ว่าสามารถใช้บริการแรงงานได้โดยปราศจากความรับผิดชอบตามกฎหมาย ทั้งนี้ แม้ว่าประเด็นแรกจะมีความสำคัญ แต่ประเด็นในส่วนหลังนี้ก็มีความจำเป็นเช่นเดียวกัน เพราะหากในทางปฏิบัติผู้รับเหมาค่าแรงไม่อาจมีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายแล้ว วัตถุประสงค์หลักในการเป็นระบบที่ช่วยเหลือผู้ใช้บริการเป็นการชั่วคราว (Temporary Help Formula) ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้⁹⁵

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดสถานะความเป็นนายจ้างแล้ว ข้ออ้างที่ผู้รับเหมาค่าแรงจะรับว่าเป็นนายจ้างของคนงานที่ถูกจัดมาทำงานนั้น อาจก่อให้เกิดข้อโต้แย้งได้ในหลายประเด็น ดังนี้⁹⁶

ประการแรกคือ ผู้รับเหมาค่าแรงหาได้มีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของคนงานแต่อย่างใด บุคคลที่มีอำนาจดังกล่าวโดยตรงได้แก่ผู้ใช้บริการ ซึ่งโดยทั่วไปการทำงานของคนงานก็จะกระทำในสถานประกอบการของผู้ใช้บริการ และภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของผู้ใช้บริการแต่เพียงผู้เดียว

ประการที่สองคือ ในเรื่องการจ้างงานนั้น โดยทั่วไปคนงานจะถูกจ้างเพื่อให้งานในสถานประกอบการของผู้ใช้บริการ และจะได้รับค่าจ้างเฉพาะในช่วงเวลาที่ได้มีการปฏิบัติงานให้แก่ผู้ใช้บริการเท่านั้น และในส่วนของค่าจ้างนั้น แม้ว่าตามหลักการของระบบการจ้างเหมาค่าแรง ผู้ใช้บริการไม่มีสิทธิเลิกจ้างคนงานที่ถูกจัดมาทำงาน แต่สามารถยกเลิกการปฏิบัติงานของคนงานได้ อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปก็มักจะส่งผลให้ผู้รับเหมาค่าแรงต้องเลิกจ้างคนงานดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ใช้บริการทงไว้ซึ่งสิทธิที่จะสามารถเปลี่ยนตัวคนงานที่ผู้รับเหมาค่าแรงได้จัดมาให้

ประการที่สามคือ โดยทั่วไปผู้รับเหมาค่าแรงไม่ได้เป็นผู้จัดหาวัตถุดิบหรืออุปกรณ์ใดๆ แก่คนงาน อีกทั้งไม่ต้องรับรองหรือรับผิดชอบในผลสำเร็จของงานหรือบริการดังเช่นกรณีของการรับจ้างทำของ นอกจากนี้ ผู้รับเหมาค่าแรงไม่จำเป็นต้องมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในงานอย่าง

⁹⁵ George Gonos, *supra note* 81, pp. 89-90.

⁹⁶ *Ibid.* pp. 87-88.

หนึ่งอย่างใด แต่เป็นการให้บริการคนงานเพื่อไปทำงานในหลายส่วนและในงานหลากหลายด้าน
ดังนี้ จึงมีลักษณะเป็นการเหมาเฉพาะแรงงานเท่านั้น

ประการที่สี่คือ การปฏิบัติงานของคนงานที่ถูกจัดหามา นั้น มิได้เกี่ยวข้องกับผู้รับเหมา
ค่าแรง แต่เป็นการทำงานในส่วนหนึ่งส่วนใดของธุรกิจของผู้ให้บริการหรือก่อให้เกิดผลประโยชน์
โดยตรงแก่ผู้ให้บริการ นอกจากนี้ อัตราค่าจ้างและสภาพการจ้างอื่น ๆ ยังถูกกำหนดโดยอ้างอิงกับ
สถานประกอบการของผู้ให้บริการอีกด้วย

ข้อพิจารณาทั้งหลายดังกล่าวมานี้ ล้วนแสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องระหว่าง
หลักเกณฑ์ในการกำหนดสถานะความเป็นนายจ้างโดยทั่วไปกับข้ออ้างในการกำหนดสถานะความ
เป็นนายจ้างตามกฎหมายของผู้รับเหมาค่าแรง ซึ่งส่งผลให้ดูเหมือนว่าลักษณะการดำเนินงานของ
ผู้รับเหมาค่าแรงนั้นไม่เข้าข่ายการมีสถานะเป็นนายจ้าง แต่กลับมีลักษณะเป็นเพียงคนกลางใน
ตลาดแรงงานหรือที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าเป็นนายหน้าจัดหางานซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย
ในหลายมลรัฐ ดังนั้น หากพิจารณาตามแนวทางดังกล่าวมานี้ แม้ว่าการดำเนินการทั้งหลายของ
ผู้รับเหมาค่าแรงไม่ว่าจะเป็นการทำหน้าที่จัดเก็บภาษีจากเงินได้ของคนงาน การปฏิบัติตาม
กฎหมายในการกำหนดเกณฑ์ค่าแรงขั้นต่ำ การรับภาระตามกฎหมายประกันสังคม ตลอดจนการ
ทำหน้าที่เป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้แก่คนงานเอง เป็นต้น ล้วนเป็นเพียงการดำเนินการที่ไม่สลักสำคัญ
และไม่อาจใช้เป็นตัวบ่งชี้ถึงการมีสถานะเป็นนายจ้างได้⁹⁷

ท่ามกลางข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นมากมายเกี่ยวกับข้ออ้างที่กำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงมี
สถานะเป็นนายจ้าง การกำหนดความหมายของคำว่า “นายจ้าง” และ “ลูกจ้าง” ในบริบทของ
กฎหมายสหรัฐอเมริกา ก็ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนตายตัวพอที่จะชี้แยกแยะและชี้ชัดในประเด็น
ดังกล่าวได้ ส่งผลให้มีการตีความสถานะของผู้รับเหมาค่าแรงแตกต่างกันไปตามหลักเกณฑ์ของ
บทบัญญัติในเรื่องต่างๆ ซึ่งสะท้อนให้เห็นได้อย่างกว้างขวางจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลใน
ช่วงเวลาหลังจากที่แนวคิดดังกล่าวได้ถือกำเนิดขึ้น ตลอดจนคำวินิจฉัยของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
ในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งกระทบต่อหลักการของระบบการจ้างเหมาค่าแรง⁹⁸

แนวคิดเกี่ยวกับสถานะของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในตลาดแรงงาน เริ่มปรากฏเป็น
ประเด็นในศาลระดับมลรัฐเมื่อเข้าสู่ช่วงปลายทศวรรษที่ 1950 ยกตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1956 มี
คำวินิจฉัยของศาลในมลรัฐ Florida ซึ่งมีความเห็นทำนองเดียวกับข้อเรียกร้องของระบบการจ้าง
เหมาค่าแรง กล่าวคือ เห็นว่าผู้รับเหมาค่าแรงไม่ใช่หน้าจัดหางาน แต่มีลักษณะเป็นผู้รับจ้าง

⁹⁷ *Ibid.* p. 88.

⁹⁸ *Ibid.* pp. 88-89.

(Independent Contractor) เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้รับเหมาค่าแรงได้ว่าจ้างลูกจ้างเอง แล้วจึงส่งลูกจ้างของตนเพื่อเข้าไปให้บริการแก่ผู้ใช้บริการ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ใช้บริการกับผู้รับเหมาค่าแรงจึงไม่ใช่สัญญาอันมีวัตถุประสงค์เป็นการได้ใช้แรงงานเสียทีเดียว หากแต่เป็นการตกลงเพื่อให้บริการเป็นการทั่วไปเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า ศาลในมลรัฐ Florida เห็นว่าระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้มีลักษณะเป็นการให้บริการรูปแบบใหม่ (คดี Florida Industrial Commission v. Manpower, Inc. of Miami 1956) อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้ก็ไม่ได้ให้เหตุผลที่สนับสนุนถึงความเห็นที่ว่า คนงานที่ถูกจัดหามาเพื่อทำงานให้แก่ผู้ใช้บริการนั้นมีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง นอกจากนี้ ความเห็นที่ว่าระบบการจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะเป็นการให้บริการรูปแบบใหม่ ศาลก็ไม่ได้อธิบายว่าการให้บริการในที่นี้คืออะไร หรือรูปแบบของบริการใหม่นี้เป็นอย่างไร⁹⁹

อย่างไรก็ตาม ศาลในมลรัฐ Nebraska และ New Jersey ได้วินิจฉัยโดยมีความเห็นที่แตกต่างจากความเห็นของศาลในมลรัฐ Florida กล่าวคือ เห็นว่าระบบการจ้างเหมาค่าแรงถือเป็นการประกอบธุรกิจนายหน้าจัดหางาน ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของมลรัฐซึ่งควบคุมเกี่ยวกับการประกอบกิจการดังกล่าวด้วย และผู้รับเหมาค่าแรงก็มิได้มีฐานะเป็นนายจ้างของคนงานที่ตนได้จัดส่งให้ไปทำงานแก่ผู้ใช้บริการ อย่างไรก็ตาม ความเห็นของศาลในมลรัฐ Nebraska ซึ่งวินิจฉัยว่าลักษณะการประกอบธุรกิจของบริษัท Manpower ซึ่งอ้างตนว่าเป็นผู้รับเหมาค่าแรงในคดีนี้ แน่ชัดอยู่แล้วว่าจัดเป็นกิจการประเภทนายหน้าจัดหางาน ซึ่งมีบทบาทในฐานะเป็นคนกลางในตลาดแรงงาน โดยทำหน้าที่จัดหาตำแหน่งงานให้แก่ผู้หางานหรือช่วยจัดหาคนงานเพื่อบรรจุเข้าเป็นลูกจ้างให้แก่ นายจ้างผู้ประกอบการ จะเห็นว่า กรณีนี้เป็นการพิจารณาจากธรรมเนียมการให้บริการโดยทั่วไปของบริษัท Manpower เท่านั้น (คดี Nebraska v. Manpower of Omaha 1955) ในส่วนของคำวินิจฉัยของศาลในมลรัฐ New Jersey นั้น ได้มีการวิพากษ์ถึงสถานะของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในบริบทของกฎหมายสหรัฐอเมริกาขณะนั้นได้อย่างเป็นเหตุเป็นผล ซึ่งถือเป็นการหักล้างแนวทางการตีความที่คลุมเครือตามความเห็นของศาลในมลรัฐ Florida กล่าวคือ ศาลในคดีนี้เห็นว่า กิจการที่บริษัท Manpower รับดำเนินการ แท้จริงแล้วเป็นเพียงการจัดให้มีการช่วยเหลือที่แน่นอนอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการชั่วคราว ซึ่งไม่ใช่การรับทำางานให้เป็นการเฉพาะ กิจการดังกล่าวจึงต้องตกอยู่ในความหมายของการเป็นนายหน้าจัดหางาน ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักคือการช่วยเป็นธุระจัดหาคนงานมาบรรจุเข้าเป็นลูกจ้างของผู้ใช้บริการ นอกจากนี้ ศาลยังอธิบายว่า การที่ผู้ใช้บริการเป็นบุคคลที่มีอำนาจสั่งการและควบคุมดูแลคนงานมอบหมายงานให้แก่คนงาน รวมถึงกำหนดวิธีการทำงาน กำหนดเวลาการทำงานหรือเวลาพัก

⁹⁹ *Ibid.* p. 91.

ล้วนแสดงให้เห็นว่าคนงานที่ถูกจัดหามาทำงานนี้มีฐานะเช่นเดียวกับลูกจ้างอื่นๆของผู้ให้บริการ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้อำนาจสั่งการและควบคุมดูแลเช่นเดียวกัน (คดี Manpower, Inc. of New Jersey v. Richman 1957)

แม้ว่าโดยภาพรวมของคำวินิจฉัยดังกล่าวมานี้อาจดูเหมือนส่งผลในทางลบต่อระบบการจ้างเหมาค่าแรง แต่แท้จริงแล้วบริบทของคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิบัติก็อาจไม่เป็นปัญหาใหญ่ของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในทางปฏิบัติ กล่าวคือ คำวินิจฉัยของศาล Nebraska และ New Jersey หมายความว่าผู้ประกอบการเป็นผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยการขออนุญาตประกอบกิจการ และกฎหมายอื่นๆบรรดาที่เกี่ยวข้องด้วยการเป็นนายหน้าจัดหางาน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็อาจเป็นเพียงมาตรการที่รบกวนหรือสร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการเป็นผู้รับเหมาค่าแรงเท่านั้น หากได้เป็นอุปสรรคสำคัญต่อความสำเร็จของกิจการแต่อย่างใดไม่ ระบบการจ้างเหมาค่าแรงจะยังคงอยู่รอดและเจริญเติบโตต่อไปได้ แม้ว่าจะต้องเผชิญกับแนวคิดดังกล่าว โดยในทางปฏิบัติผู้รับเหมาค่าแรงก็ยังคงสามารถแสดงออกถึงการมีฐานะเป็นนายจ้างได้ ดังตัวอย่างสำคัญคือ การที่กรมสรรพากร (Internal Revenue Service (IRS)) ยอมรับให้ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่จัดเก็บภาษีเงินเดือนของคนงานเพื่อจัดส่งให้แก่รัฐ โดยนับแต่ปี ค.ศ. 1951 เป็นต้นมา กรมสรรพากรก็ได้กำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นนายจ้างของคนงานที่ตนได้จัดหามาให้แก่ผู้ใช้บริการ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์อันเป็นไปตามหลักการหักภาษี ณ ที่จ่าย¹⁰⁰

เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาล New Jersey ซึ่งในขณะนั้นก็ได้แสดงให้เห็นถึงนโยบายที่ไม่สัมพันธ์กันระหว่างหน่วยงานของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับระบบการจ้างเหมาค่าแรง กล่าวคือ ในการที่จะต้องวินิจฉัยให้ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นนายหน้าจัดหางาน และไม่มีฐานะเป็นนายจ้างของคนงานที่ถูกจัดหามาทำงานนั้น ศาล New Jersey เองก็ได้มีการกล่าวอ้างว่า แม้จะต้องเผชิญกับนโยบายของรัฐที่ยอมรับให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายจ้างเพื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายภาษีอากร แต่คำวินิจฉัยของศาลซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจเป็นผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติอันเกี่ยวข้องด้วยการเป็นนายหน้าจัดหางาน ก็จะต้องเกิดขึ้นท่ามกลางนโยบายการตีความที่แตกต่างกับระบบการจัดเก็บภาษี ซึ่งนั่นหมายความว่า สถานะการเป็นนายจ้างอาจมีการตีความที่แตกต่างกันไปตามบริบทของกฎหมายแต่ละเรื่อง

การตีความที่ไม่ลงรอยกันโดยแต่ละหน่วยงานของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับสถานะของผู้รับเหมาค่าแรง ก็มีพื้นฐานมาจากความแตกต่างในการกำหนดนิยามของนายจ้างและลูกจ้าง

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 92.

ซึ่งยังคงเป็นปัญหาทั่วไปในปัจจุบัน การที่รัฐอนุญาตให้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงสามารถเข้ามาแผ่ขยายหลักการให้ความช่วยเหลือชั่วคราวแก่นายจ้างผู้ให้บริการ โดยที่ไม่คำนึงถึงแนวทางการวินิจฉัยของศาลซึ่งไม่ยอมรับข้ออ้างที่ว่าผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายของคณงานที่ถูกจัดหามาทำงาน หรือในบางกรณีถึงกับระบุชัดเจนว่านโยบายด้านการจัดเก็บภาษีมีความสำคัญเหนือกว่าการมุ่งควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง และจนถึงบัดนี้ หลักเกณฑ์ของกรมสรรพากรซึ่งกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่จัดเก็บภาษีเงินเดือนของคณงานเพื่อจัดส่งให้แก่รัฐ ก็ยังไม่เคยมีการโต้แย้งแต่อย่างใด ดังนั้น จึงส่งผลให้ผู้รับเหมาค่าแรงยังคงแสดงออกว่าตนมีฐานะเป็นนายจ้างของคณงานที่ได้จัดส่งไปทำงานให้แก่ผู้ให้บริการ และไม่ตั้งใจตอบทบทวนปัญญัตติอันเกี่ยวข้องด้วยการเป็นนายหน้าจัดหางาน รวมถึงยังคงสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ท่ามกลางความกำกวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังเช่นในปัจจุบัน¹⁰¹

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายจ้างตามกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ผู้รับเหมาค่าแรงจะทำหน้าที่ตั้งแต่การสรรหา สัมภาษณ์ ทดสอบ คัดเลือก จนกระทั่งว่าจ้างลูกจ้างนั่นเอง ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการแรงงานของลูกจ้างดังกล่าวแก่ผู้ให้บริการ หรือที่เรียกว่ากิจการที่ใช้แรงงาน ในส่วนวัตถุประสงค์ของกฎหมายภาษีนั้น ถือว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งได้ว่าจ้างลูกจ้างดังกล่าว ดังนี้ โดยทั่วไปผู้รับเหมาค่าแรงจึงต้องรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้าง การหักภาษี ณ ที่จ่าย รวมถึงการนำเงินที่หักได้ดังกล่าวส่งให้แก่รัฐ ซึ่งเรียกเงินดังกล่าวว่าเป็นภาษีเงินเดือน (Payroll Taxes) เพื่อใช้สำหรับจัดสรรในระบบประกันการว่างงาน นอกจากนี้ ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องรับผิดชอบในการจ่ายเงินสงเคราะห์การว่างงานและการเรียกร้องในเรื่องค่าชดเชยของลูกจ้าง อย่างไรก็ตาม ในระหว่างระยะเวลาที่ได้ปฏิบัติงานให้แก่กิจการที่ใช้แรงงานนั้น ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องเรียกร้องต่อและอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของกิจการที่ใช้แรงงาน¹⁰²

2.3 มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง

2.3.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส การดำเนินกิจการเกี่ยวกับการรับเหมาค่าแรงไม่ใช่ธุรกิจที่สามารถกระทำได้อย่างเสรี แต่ผู้ที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจทางด้านนี้จะต้อง

¹⁰¹ *Ibid.* pp. 92-93.

¹⁰² Sean Sweeney, *supra* note 84, p. 2.

ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งต้องการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกทางหนึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐและต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขหลักสำคัญ 3 ประการ¹⁰³ ดังต่อไปนี้

ประการแรกคือ การดำเนินการตามหลักการดำเนินกิจการเฉพาะ (Exclusive Activity) กล่าวคือ

ผู้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงจะไม่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจการประเภทอื่น ๆ นอกเหนือจากการรับเหมาค่าแรง และบริษัทอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงก็ไม่อาจดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงได้เช่นเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กิจการรับเหมาค่าแรงเป็นกิจการที่ผูกขาดให้ทำได้เฉพาะบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงเท่านั้น หากผู้ใดฝ่าฝืนก็อาจมีโทษในทางอาญา ซึ่งศาลฝรั่งเศสมักจะกำหนดโทษที่ค่อนข้างรุนแรงต่อผู้ที่ฝ่าฝืนหลักการดำเนินกิจการเฉพาะนี้ นอกจากนี้ ยังห้ามมิให้บริษัทใดๆที่ไม่ใช่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงดำเนินการรับเหมาค่าแรงโดยแสดงออกว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service) อีกด้วย

ประการที่สองคือ การดำเนินการตามหลักการรับรองสถานะทางการเงิน (Financial Guarantee) กล่าวคือ

หลักการนี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา L.1251-49 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส ระบุว่า ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องให้การรับรองในเวลาใดๆเพื่อยืนยันความมั่นคงทางการเงิน ว่าในกรณีที่ธุรกิจประสบกับภาวะล้มละลาย ลูกจ้างจะยังสามารถได้รับค่าจ้าง ค่าชดเชย เงินประกันสังคม เป็นต้น¹⁰⁴ โดยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับรองสถานะทางการเงินที่สำคัญ ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องส่งเอกสารแสดงการรับรองสถานะทางการเงินโดยสถาบันการเงิน รวมถึงจะต้องรายงานการเปลี่ยนแปลงใดๆเกี่ยวกับการรับรองสถานะทางการเงินต่อกระทรวงแรงงานด้วย นอกจากนี้ ในเอกสารทุกชนิดของผู้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง ไม่ว่าจะ เป็น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการ ก็จะต้องระบุอ้างถึงชื่อและที่อยู่ของธนาคารหรือสถาบันการเงินที่ได้รับรองสถานะทางการเงินของตนด้วย เป็นต้น

¹⁰³ Christophe Vigneau, *supra* note 60, pp. 48-50.

¹⁰⁴ French Labor Code, article L.1251-49.

หลักการรับรองสถานะทางการเงินนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในเรื่องการจ่ายค่าจ้าง ในกรณีที่ผู้รับเหมาค่าแรงประสบกับภาวะล้มละลาย กล่าวคือ เอกสารแสดงการรับรองสถานะทางการเงินนี้จะแสดงให้เห็นถึงสถานะทางการเงินที่แท้จริงของผู้รับเหมาค่าแรง โดยหากสถานะทางการเงินตามเอกสารดังกล่าวไม่เพียงพอกับมูลค่าของหนี้สินเมื่อใดแล้วกรณีเช่นนี้ความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการก็จะเกิดขึ้น ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นผู้ให้บริการรับเหมาค่าแรงก็ต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในเรื่องค่าจ้างแทนผู้รับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบกิจการก็ไม่อาจทำการตกลงเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบนี้ได้ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเรียกร้องให้ผู้ประกอบกิจการจ่ายค่าจ้างแทนได้ หากปรากฏว่าสถานะทางการเงินตามเอกสารรับรองสถานะทางการเงินไม่ครอบคลุมมูลค่าหนี้สินทั้งหมดของผู้รับเหมาค่าแรง โดยผู้ประกอบกิจการที่ได้จ่ายค่าจ้างไปแทนนั้น มีสิทธิไต่เบี่ยเอาจากผู้รับเหมาค่าแรงเช่นเดียวกัน

ประการที่สุดท้ายคือ การดำเนินการตามหลักการแถลงเบื้องต้น (Preliminary Declaration) กล่าวคือ

หลักการแถลงเบื้องต้นนี้ถูกสร้างขึ้นโดยกระทรวงแรงงาน เพื่อเป็นกระบวนการควบคุมการดำเนินกิจการของธุรกิจรับเหมาค่าแรงทั้งหลาย โดยใช้หลักการรายงานข้อมูลเป็นระยะๆต่อกระทรวงแรงงาน ซึ่งทุกๆเดือนผู้รับเหมาค่าแรงมีหน้าที่จะต้องแถลงข้อมูลเกี่ยวกับกิจการของตนและกิจการของผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นลูกจ้างต่อพนักงานตรวจแรงงาน (Labor Inspector) ในเขตพื้นที่ที่ตนประกอบธุรกิจอยู่ สำหรับกระบวนการในการแถลงก็กำหนดเพียงจะต้องมีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงในเรื่องต่างๆ เช่น ชื่อและที่ตั้งของบริษัทรวมถึงสำนักงานสาขาด้วย (ถ้ามี) ชื่อกรรมการ และจำนวนพนักงานประจำ และจะต้องส่งเอกสารแจ้งยอดเงินและการเบิกถอนจากธนาคาร (Monthly Statement) อันเกี่ยวเนื่องจากการดำเนินการรับเหมาค่าแรง นอกจากนี้ ในกรณีที่หยุดดำเนินกิจการชั่วคราวหรือปิดกิจการก็จะต้องมีการแจ้งด้วยเช่นกัน¹⁰⁵

2.3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ตามกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บริษัทที่ประสงค์จะดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงจะต้องขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ¹⁰⁶ โดยหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาออกใบอนุญาตได้แก่ สำนักงานตัวแทนการจ้างงานแห่ง

¹⁰⁵ French Labor Code, article L.1251-45.

¹⁰⁶ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 1 (1).

สหพันธ์รัฐ (Bundesagentur für Arbeit (BA)) ซึ่งมีภารกิจหลักอันเกี่ยวเนื่องกับการจ้างเหมา
ค่าแรง ดังนี้

1) หน้าที่พิจารณาออกใบอนุญาต

ในการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตประกอบกิจการรับเหมาค่าแรงนั้น หากปรากฏว่า
ผู้ขออนุญาตประกอบกิจการเคยมีประวัติในการกระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง
หรือมีการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงานและการประกันสังคม สำนักงานจ้างงานแห่ง
สหพันธ์รัฐมีอำนาจออกคำสั่งไม่ออกใบอนุญาตประกอบกิจการให้ได้ แต่ในกรณีที่ได้ออก
ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการแล้ว สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธ์รัฐก็ยังมีอำนาจเพิกถอนได้ หากผู้
ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยการอนุญาตนี้มีลักษณะเป็นการชั่วคราว คือ
ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการที่ออกให้ครั้งแรกจะสามารถใช้ได้จำกัดเพียงหนึ่งปี หากยังดำเนิน
กิจการอยู่เกินกว่าหนึ่งปีก็ต้องไปขออนุญาตใหม่เป็นรายปี โดยหากมีการขออนุญาตประกอบ
กิจการชั่วคราวติดต่อกันรวมสามครั้งแล้วการขออนุญาตครั้งต่อไปจึงจะกลายเป็นการอนุญาต
แบบไม่จำกัดระยะเวลา อย่างไรก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดก็สามารถถูกเพิกถอน
ใบอนุญาตได้เช่นกัน¹⁰⁷

กรณีที่ผู้รับเหมาค่าแรงดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงโดยฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องการขอ
อนุญาตประกอบกิจการรับเหมาค่าแรง คือ การดำเนินกิจการโดยไม่มีใบอนุญาตประกอบกิจการ
ตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าการดำเนินการลักษณะดังกล่าวเป็นการ
จ้างเหมาค่าแรงที่ผิดกฎหมาย (Illegal Employee Leasing) ซึ่งผลของการจ้างเหมาค่าแรงที่ผิด
กฎหมายจะทำให้สัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นโมฆะ
และในขณะเดียวกันนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็จะเกิดขึ้นโดย
ผลของกฎหมาย¹⁰⁸ กล่าวคือ ทำให้ผู้ประกอบการมีฐานะเป็นนายจ้างโดยตรงของลูกจ้าง
รับเหมาค่าแรง ซึ่งผู้ประกอบการมีความผูกพันที่จะต้องจ่ายค่าจ้าง และสิทธิประโยชน์ด้าน
ประกันสังคมแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามอัตราปกติในสถานประกอบการของตน ความรับผิดชอบ
ผู้ประกอบการต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้น จะเกิดขึ้นนับแต่วันที่ลูกจ้างเริ่มทำงานในสถาน
ประกอบการของผู้ประกอบการ ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจทำข้อตกลงใดๆ เพื่อยกเว้นความรับผิดใน
ส่วนนี้ได้ เพราะนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่ได้เกิดขึ้นด้วย

¹⁰⁷ Peter Schürent, *supra* note 67, p.75.

¹⁰⁸ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 9 No.1 and section

สัญญา แต่เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย¹⁰⁹ อย่างไรก็ตาม ผู้รับเหมาค่าแรงก็หาได้พ้นภาระความรับผิดชอบลูกจ้างไม่ ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงยังคงมีความผูกพันกันอยู่ตามสัญญา แม้ว่าสัญญาจ้างแรงงานดังกล่าวจะเป็นโมฆะไปแล้ว และทำให้ไม่มีความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้างลูกจ้างก็ตาม แต่กฎหมายก็กำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นคู่สัญญาโดยตรงยังคงต้องรับผิดชอบในส่วน of ค่าจ้างและสิทธิประโยชน์ด้านประกันสังคมที่ค้างชำระโดยผู้ประกอบการ ซึ่งความรับผิดชอบดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้ยังคงมีอยู่ตลอดระยะเวลาที่ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ผิดกฎหมาย

2) หน้าที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง

นอกจากหน้าที่ในการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตประกอบกิจการรับเหมาค่าแรงแล้ว สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธรัฐยังมีหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การกำกับดูแลการดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ซึ่งหากมีการดำเนินกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมาย สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธรัฐก็ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการเพิกถอนการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องนั้น รวมถึงอำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการด้วย โดยทั่วไปสำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธรัฐสามารถรับทราบความเคลื่อนไหวและการดำเนินการต่างๆของผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงได้จากเอกสารรายงานที่ผู้ประกอบการรับเหมาค่าแรงจะต้องส่งให้แก่สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธรัฐปีละสองครั้ง คือรายงานการดำเนินการในช่วงแรกจะต้องส่งในวันที่ 1 กันยายน ของปีนั้น และช่วงที่สองคือในวันที่ 1 มีนาคม ของปีถัดไป โดยรายละเอียดของรายงานการดำเนินการจะเกี่ยวข้องกับสามส่วนเป็นหลักคือ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง สัญญาจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการที่ใช้บริการรับเหมาค่าแรง¹¹⁰

2.3.3 ประเทศอังกฤษ

ในอดีต กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศอังกฤษก็เคยมีการกำหนดมาตรการควบคุมการดำเนินธุรกิจรับเหมาค่าแรงโดยระบบการจดทะเบียน เช่นเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ก็ได้เพิกถอนระบบดังกล่าวไปเมื่อปี ค.ศ. 1995¹¹¹ อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีหลักเกณฑ์ควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง แต่กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (Department of Trade and Industry) ก็ได้

¹⁰⁹ Peter Schürent, *supra note* 67, p.78.

¹¹⁰ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 8.

¹¹¹ James Arrowsmith, "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions," *supra note* 1, p. 19.

ตั้งหน่วยงานเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงให้เป็นที่ไปตามมาตรฐานเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจรับเหมาค่าแรง¹¹² ได้แก่ สำนักงานมาตรฐานการจ้างเหมาค่าแรง (Employment Agency Standards Office (EASO)) ซึ่งจะมีอำนาจตรวจสอบและควบคุมคุณภาพการดำเนินงานของผู้รับเหมาค่าแรงให้เป็นที่ไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้โดยข้อบังคับและมีอำนาจไต่สวนคำร้องทุกข์อื่นเกี่ยวกับการดำเนินกิจการดังกล่าวด้วย¹¹³ นอกจากนี้ ในมาตรา 3A แห่งพระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน (Employment Agencies Act 1973) ยังกำหนดให้คณะกรรมการชั้นต้น (Employment Tribunal) โดยการมอบอำนาจจากรัฐมนตรี มีอำนาจออกคำสั่งห้ามผู้ใดดำเนินธุรกิจหรือดำเนินกิจการอื่นเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงได้เป็นเวลาไม่เกิน 10 ปี ในกรณีที่บุคคลนั้นประพฤติฝ่าฝืนข้อบังคับหรือด้วยเหตุผลอื่นที่เหมาะสม

2.3.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา ระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้ถือกำเนิดขึ้นจากการพัฒนารูปแบบของธุรกิจการเป็นนายหน้าจัดหางานในอดีต ซึ่งโดยทั่วไปเป็นการดำเนินการบรรจุคนงานเป็นลูกจ้างปกติของบริษัทผู้ใช้บริการ หรือได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะนายจ้างลูกจ้างขึ้นโดยตรงระหว่างผู้ใช้บริการกับคนงานที่ถูกจัดหามา แต่แนวคิดของระบบการจ้างเหมาค่าแรงกลับมีเนื้อหาที่แตกต่างจากหลักการของการเป็นนายหน้าจัดหางานเดิม โดยเป็นการวางกรอบแนวคิดว่าผู้ให้บริการไม่ใช่ นายหน้าจัดหางาน แต่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้ถือเป็นรูปแบบการให้บริการอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ให้บริการจะทำหน้าที่เป็นนายจ้างที่แท้จริงของคนงานที่ถูกจัดหามาทำงานให้แก่ผู้ใช้บริการ จะเห็นว่าแนวคิดดังกล่าวนี้เท่ากับเป็นการพยายามหลีกเลี่ยงมิให้การประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงอยู่ในขอบข่ายของการเป็นนายหน้าจัดหางาน ซึ่งจะต้องเผชิญกับภาระตามกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการขออนุญาตประกอบกิจการ หรือเงื่อนไขต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจเป็นนายหน้าจัดหางาน

¹¹² ตาม the Employment Agencies Act 1973 มาตรา 5 กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดข้อบังคับ (Regulations) เพื่อเป็นแนวปฏิบัติอันเกี่ยวกับการเป็นตัวแทนจัดหางานและการรับเหมาค่าแรง (the Conduct of Employment Agencies and Employment Business) อันเป็นมาตรฐานในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจเป็นตัวแทนจัดหางานและการรับเหมาค่าแรง ปัจจุบันได้แก่ the Conduct of Employment Agencies and Employment Business (Amendment) Regulations 2007 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 6 เมษายน ค.ศ.2008

¹¹³ Donald Storrie, "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions," *supra note* 6, p. 6.

แม้ว่าในช่วงแรกที่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้ถือกำเนิดขึ้น หน่วยงานผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายยังคงคุ้นเคยอยู่กับหลักการของธุรกิจนายหน้าจัดหางาน จึงมักจะปรากฏข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าผู้รับเหมาค่าแรงเป็นนายหน้าจัดหางาน ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ควบคุมเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจเป็นนายหน้าจัดหางาน¹¹⁴ อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951 เป็นต้นมา กรมสรรพากร (Internal Revenue Service (IRS)) ได้ยอมรับให้ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่จัดเก็บภาษีเงินเดือนของคนงานเพื่อจัดส่งให้แก่รัฐ โดยกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงเป็นนายจ้างของคนงานที่ตนได้จัดหามาให้แก่ผู้ให้บริการ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์อันเป็นไปตามหลักการหักภาษี ณ ที่จ่าย¹¹⁵

ในเวลาต่อมา เพื่อให้เกิดความชัดเจนในประเด็นนี้มากขึ้น ฝ่ายผู้ประกอบการเป็นผู้รับเหมาค่าแรงจึงได้ดำเนินยุทธศาสตร์ในการเจรจาเพื่อแก้ไขกฎหมายกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และได้เริ่มมีการแก้ไขกฎหมายในหลายมลรัฐทั่วประเทศ 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 เหลือเพียงสองมลรัฐคือ New Jersey และ Missouri เท่านั้นที่ยังคงกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายหน้าจัดหางาน¹¹⁶ อย่างไรก็ตาม ในที่สุดมลรัฐ New Jersey ก็ได้ผ่านกฎหมายที่ยกเว้นให้ผู้รับเหมาค่าแรงไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยการเป็นนายหน้าจัดหางาน ในปี ค.ศ. 1981¹¹⁷ และในส่วนของ การประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงเอง ในปัจจุบันก็ได้ปรากฏบทบัญญัติที่ควบคุมในเรื่องดังกล่าวโดยเฉพาะแต่อย่างใด¹¹⁸

2.4 มาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

ระบบควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ถือกำเนิดขึ้นนับแต่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงเป็นครั้งแรกในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศ

¹¹⁴ George Gonos, *supra* note 81, p. 90.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 92.

¹¹⁶ *Ibid.* pp. 94-95.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 100.

¹¹⁸ Sean Sweeney, *supra* note 84, p. 3.

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงบรรดาประเทศอื่นๆในกลุ่มสหภาพยุโรปด้วย โดยมีแนวคิดหลักเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ระบบจ้างเหมาค่าแรงในการทำงานประจำหรืองานที่บริษัทจะต้องทำอย่างต่อเนื่องเป็นปกติ ซึ่งมีรูปแบบสำคัญอันสามารถจำแนกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

2.4.1 การห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกิจการบางประเภท

โดยทั่วไป ระบบควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยการห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกิจการบางประเภทนั้น มักจะกำหนดห้ามในงานซึ่งมีลักษณะเป็นงานอันตรายหรืองานที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อลูกจ้างได้¹¹⁹ อย่างไรก็ตาม รูปแบบการควบคุมลักษณะนี้ก็ไม่เป็นที่ยอมรับเท่าใดนัก

2.4.1.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือเป็นประเทศหนึ่งที่มีระบบควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเคร่งครัดมาก โดยมีรูปแบบเป็นการควบคุมในด้านมูลเหตุและการควบคุมระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งกำหนดไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกิจการประเภทหนึ่งประเภทใด¹²⁰

2.4.1.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจ้างงานชั่วคราวเชิงพาณิชย์ ค.ศ.1972 มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ.1982 โดยมีการกำหนดหลักการห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกิจการประเภทก่อสร้าง (Construction Industry)¹²¹ โดยกฎหมายมุ่งห้ามเพียงกรณีที่ผู้ประกอบการก่อสร้างเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมันเท่านั้น หากผู้ประกอบการเป็นบริษัทต่างชาติซึ่งดำเนินธุรกิจโดยปกติในกิจการก่อสร้าง หลักการห้ามทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจะไม่นำมาใช้

¹¹⁹ “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Temporary agency work and collective bargaining in the EU” ,p.34. Retrieved August 21,2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0807019s/tn0807019s.pdf>

¹²⁰ James Arrowsmith, “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions”, *supra note 1*, p. 25.

¹²¹ Nicola Countouris, *supra note 2*, p. 96.

บังคับในกรณีนี้¹²² อย่างไรก็ดี เมื่อมีการแก้ไขครั้งล่าสุดในปี ค.ศ.2003 หลักการดังกล่าวก็ไม่ถูกห้ามอีกต่อไป กล่าวคือ นับแต่ปี ค.ศ.2004 เป็นต้นมา กฎหมายอนุญาตให้บริษัทสัญชาติเยอรมันสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกิจการประเภทก่อสร้างได้

2.4.1.3 ประเทศอังกฤษ

การจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ถูกควบคุมน้อยมากตามกฎหมายอังกฤษ ข้อจำกัดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงมีเพียงประการเดียวคือการห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อไปทำงานแทนลูกจ้างที่หยุดงานประท้วงตามกระบวนการแรงงานสัมพันธ์¹²³ ดังนั้น จึงไม่ปรากฏว่ามีการห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกิจการประเภทใด

2.4.1.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ธุรกิจเอกชนสามารถใช้บริการของระบบการจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างเสรี เนื่องจากไม่มีกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงหรือแม้แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงแต่อย่างใด¹²⁴ ดังนั้น จึงไม่ปรากฏว่ามีการห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกิจการประเภทใดเช่นเดียวกัน

2.4.2 การกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและการกำหนดข้อจำกัดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้ง

2.4.2.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในเรื่องระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้ ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสมีการบัญญัติหลักการสำคัญเพื่อควบคุมกำหนดเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้ง ซึ่งประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

¹²² 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>

¹²³ "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions," *supra note* 94, p. 2.

¹²⁴ Sean Sweeney, *supra note* 84, p. 2.

1) หลักการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญา

แนวคิดในการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็เนื่องมาจากตามกฎหมายฝรั่งเศสสัญญาจ้างเหมาค่าแรงมีความเชื่อมโยงอย่างเหนียวแน่นกับสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง คือ ในการจ้างเหมาค่าแรง จะต้องประกอบด้วยสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและสัญญาจ้างแรงงานควบคู่กันเสมอ ซึ่งระหว่างสองสัญญาจะมีความเกี่ยวข้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อันมีผลทำให้กำหนดระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงมีอิทธิพลต่อกำหนดเวลาของสัญญาจ้างแรงงาน หากระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงสิ้นสุดก็จะทำให้ระยะเวลาของสัญญาจ้างแรงงานสิ้นสุดลงไปด้วยเช่นกัน ดังนั้น ระยะเวลาของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจึงควรจะมีอย่างจำกัดและชัดเจน¹²⁵

สาระสำคัญของหลักการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญา คือ ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงแต่ละสัญญา โดยทั่วไปจะต้องมีการระบุถึงระยะเวลาของสัญญาด้วย เพื่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสามารถทราบได้ว่า สัญญาดังกล่าวเริ่มต้นและสิ้นสุดลงเมื่อใด ซึ่งจะตกลงกำหนดได้ไม่เกินระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดในกรณีทั่วไปคือ ไม่เกิน 18 เดือน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดระยะเวลาที่แตกต่างจากนี้ได้ ขึ้นอยู่กับมูลเหตุในการทำสัญญาตามมาตรา L.1251-6 และบางกรณีกฎหมายอาจยกเว้นให้ไม่ต้องมีการกำหนดระยะเวลาของสัญญาก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่อาจกำหนดได้แน่นอน โดยในเรื่องกำหนดระยะเวลาของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้ มีรายละเอียดปรากฏในมาตรา L.1251-12 คือ

โดยหลัก ระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกรณีทั่วไปจะต้องไม่เกินกว่า 18 เดือน ทั้งนี้ โดยรวมถึงกรณีที่มีการต่อสัญญาหลังจากที่ระยะเวลาที่กำหนดตามสัญญาเดิมได้สิ้นสุดลงด้วย กล่าวคือ ไม่ว่าผู้ประกอบการจะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรายเดิมกี่ครั้งก็ตาม ระยะเวลาตามสัญญาเหล่านั้นเมื่อรวมกันทั้งหมดแล้วจะต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในกรณีทั่วไปก็คือ 18 เดือน แต่ในบางกรณีกฎหมายก็อาจกำหนดระยะเวลาสูงสุดไว้สั้นกว่าหรือมากกว่า 18 เดือนก็ได้ ซึ่งได้แก่กรณีดังนี้

(ก) กรณีที่กำหนดระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 9 เดือน

ได้แก่ กรณีที่ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยมีมูลเหตุเพื่อใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานในตำแหน่งที่ว่างลง ในระหว่างที่บริษัทกำลังดำเนินการสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างปกติเพื่อมาทำงานในตำแหน่งนั้น และในกรณีที่ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยมีมูลเหตุเพื่อจัดการ

¹²⁵ Christophe Vigneau, *supra* note 60, p. 55.

อย่างเร่งด่วนกับปริมาณงานหรือภาระงานที่เพิ่มขึ้นมากกว่าปกติ ซึ่งหากไม่เร่งดำเนินการดังกล่าวแล้วอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการได้

(ข) กรณีที่กำหนดระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 24 เดือน

ได้แก่ กรณีที่ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไม่ว่าด้วยมูลเหตุใดๆ ซึ่งลูกจ้างจะต้องไปปฏิบัติงานในต่างประเทศ กรณีทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างในกรณีที่ลูกจ้างที่ทำงานในตำแหน่งนั้นได้ลาออกไปก่อนที่จะมีการยุบหรือยกเลิกตำแหน่งนั้น และกรณีที่บริษัทต้องปลดพนักงานออกเพราะเหตุคนล้นงาน ซึ่งต่อมาต้องเพิ่มกำลังการผลิตเพราะมีภาระงานที่เพิ่มขึ้นมากกว่ากำลังการผลิตโดยปกติของบริษัท อันเกิดจากคำสั่งหรือนโยบายเพื่อการส่งออก ในกรณีนี้ ระยะเวลาของสัญญาจะต้องไม่น้อยกว่า 6 เดือนด้วย

แม้ว่าโดยหลักแล้ว ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจะต้องมีการกำหนดระยะเวลาของการจ้างเหมาค่าแรงอย่างชัดเจนไว้ในสัญญาด้วย ซึ่งอาจเป็นระยะเวลาแตกต่างกันตามที่กฎหมายกำหนด แต่ก็มีข้อยกเว้นในบางกรณีซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องกำหนดระยะเวลาไว้ในสัญญา ในกรณีดังกล่าวนี้ แม้ว่าอาจไม่มีการกำหนดระยะเวลาของการจ้างเหมาค่าแรงไว้ในสัญญาก็ตาม แต่ผู้ประกอบการก็ไม่อาจใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานเกินกว่าระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา L.1251-12 ได้ อย่างไรก็ตาม หากต้องการจะตกลงกำหนดระยะเวลาการจ้างเหมาค่าแรงกันก็ย่อมทำได้ ทั้งนี้ จะต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเช่นเดียวกัน โดยกรณีที่ไม่ว่าจำเป็นต้องมีการกำหนดระยะเวลาของการจ้างเหมาค่าแรงไว้ในสัญญา ได้แก่ กรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา L.1251-11 ดังนี้¹²⁶

(ก) กรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน

(ข) กรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่สัญญาจ้างแรงงานระยะสั้นชั่วคราว

(ค) กรณีเพื่อทำงานในตำแหน่งที่ว่างในระหว่างที่สถานประกอบการกำลังสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลาการทำงานในตำแหน่งดังกล่าว

(ง) กรณีเพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้

(จ) กรณีเพื่อทดแทนบุคคลในตำแหน่งระดับผู้บริหารในภาคธุรกิจหรือผู้จัดการในฟาร์ม กิจการเกี่ยวกับการเกษตร กิจการป่าไม้ และกิจการประมงและเรือเดินทะเล

สาเหตุที่การจ้างเหมาค่าแรงตามมูลเหตุในกรณีข้างต้น ไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดระยะเวลาของการจ้างเหมาค่าแรงไว้ในสัญญา เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่ว่ากำหนด

¹²⁶ French Labor Code, section L.1251-11.

ระยะเวลาได้แน่นอน เช่น ในกรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน การจ้างเหมาค่าแรงก็ย่อมจะต้องสิ้นสุดลงเมื่อลูกจ้างนั้นกลับเข้ามาทำงานตามปกติ ในกรณีเพื่อทำงานในตำแหน่งที่ว่างในระหว่างที่สถานประกอบการกำลังสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลาการทำงานในตำแหน่งดังกล่าว การจ้างเหมาค่าแรงก็สิ้นสุดเมื่อได้ลูกจ้างเข้ามาทำงานในตำแหน่งนั้นแล้ว หรือในกรณีที่ทำงานตามฤดูกาล การจ้างเหมาค่าแรงก็ย่อมจะสิ้นสุดเมื่อหมดฤดูกาล เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ทุกรณีก็จะต้องอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องระยะเวลาสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด

2) หลักการจำกัดการต่อสัญญา

ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสมีการกำหนดมาตรการอีกประการหนึ่งซึ่งเชื่อมโยงกับการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง นั่นคือ ในเรื่องการต่อสัญญาและเงื่อนไขในการต่อสัญญา ทั้งนี้ เพื่อควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงให้สามารถทำได้ อย่างจำกัดมากขึ้น เพราะมาตรการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงนานเกินความจำเป็น สำหรับมาตรการกำหนดข้อจำกัดและเงื่อนไขในการต่อสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้น จะช่วยป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้วิธีการจ้างเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรายเดี๋ยวดัดต่อกันหลายครั้ง ซึ่งหากไม่มีมาตรการในเรื่องหลังนี้ การกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็ย่อมไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ เพราะผู้ประกอบกิจการสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยกำหนดระยะเวลาไม่เกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วก็ยังสามารถต่อสัญญาใหม่ได้อีกไปเรื่อยๆ

ดังนั้น ตามมาตรา L.1251-35 จึงอนุญาตให้สามารถต่อสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นระยะเวลายาวนานต่อเนื่องกันไปเรื่อยๆ โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่¹²⁷

(ก) ระยะเวลาของสัญญาที่ต่อในภายหลังนี้ เมื่อรวมกับระยะเวลาตามสัญญาเดิมจะต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาสูงสุดที่กฎหมายกำหนด

(ข) มูลเหตุในการทำสัญญาครั้งหลังนี้จะต้องมีลักษณะเดียวกันกับมูลเหตุตามสัญญาเดิม

(ค) ห้ามมิให้มีการต่อสัญญา ในกรณีที่ระยะเวลาตามสัญญาเดิมได้สิ้นสุดลงและจะต้องผูกพันกันใหม่ตามสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่มีกำหนดเวลา กล่าวคือ ในกรณีที่ระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิมได้สิ้นสุดลงและผู้ประกอบกิจการยังคงให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงาน

¹²⁷ Christophe Vigneau, *supra note* 60, p.56.

ต่อไป โดยไม่มีการต่อสัญญาหรือทำสัญญากันใหม่ กฎหมายกำหนดให้ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีความผูกพันกันตามสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา¹²⁸ ดังนี้ จึงไม่อาจทำการต่อสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ เพราะระหว่างผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องผูกพันกันโดยตรงตามสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาเสียแล้ว

3) หลักการเว้นระยะเวลาในการทำสัญญาใหม่

มาตรการที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง และการจำกัดการต่อสัญญา ล้วนเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงคนเดียวต่อเนื่องเป็นเวลายาวนานเกินความจำเป็น จึงอาจมีกรณีที่ผู้ประกอบกิจการจ้างเหมาค่าแรงในตำแหน่งงานเดียวกันโดยเปลี่ยนตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไปเรื่อยๆ เพื่อป้องกันมิให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยการปฏิบัติลักษณะดังกล่าว ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสจึงได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนานในตำแหน่งงานเดียวกัน เพราะผู้ประกอบกิจการอาจจะหลีกเลี่ยงการจ้างลูกจ้างแบบประจำโดยใช้การจ้างเหมาค่าแรงในตำแหน่งงานนั้นต่อเนื่องเป็นเวลายาวนาน ซึ่งก็จะมีผลเหมือนกับการจ้างลูกจ้างแบบประจำ และเป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานของการจ้างเหมาค่าแรงซึ่งต้องใช้เพื่องานอันมีลักษณะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น โดยมาตรการป้องกันมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนานในตำแหน่งงานเดียวกันนี้ ปรากฏในมาตรา L.1251-36 ซึ่งมีหลักเกณฑ์คือ

เมื่อระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิมได้สิ้นสุดลง ห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงหรือสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนในงานตำแหน่งเดียวกันนั้น ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวบุคคลที่เป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในตำแหน่งนั้นหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เว้นแต่จะผ่านพ้นช่วงเวลาซึ่งคิดเป็นหนึ่งในสามของระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิม ในกรณีที่สัญญาซึ่งจะทำใหม่นั้นมีกำหนดเวลาตั้งแต่สิบสี่วันขึ้นไป หรือหนึ่งในสองของระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิม ในกรณีที่สัญญาซึ่งจะทำใหม่นั้นมีกำหนดเวลาน้อยกว่าสิบสี่วัน ซึ่งในการคำนวณดังกล่าว ให้นับเฉพาะวันที่เป็นวันทำงานตามปกติของสถานประกอบการนั้น

ดังนั้น ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงใหม่แต่ละครั้งผู้ประกอบกิจการจะต้องคำนึงถึงเสมอว่า หากเป็นการจ้างเหมาค่าแรงในงานตำแหน่งเดียวกัน จะต้องเว้นระยะเวลา

¹²⁸ French Labor Code, section L.1251-39.

ระหว่างสัญญาทั้งสองตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ประกอบกิจการไม่อาจทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงซ้ำในงานตำแหน่งเดียวกัน โดยไม่รอให้ผ่านพ้นช่วงเวลาที่กฎหมายกำหนดไปก่อน แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ตาม

อย่างไรก็ดี หลักการเว้นระยะเวลาจะไม่ใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้¹²⁹

(ก) กรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน หรือในกรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่สัญญาจ้างแรงงานระงับลงชั่วคราว

(ข) กรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อปฏิบัติงานที่มีปริมาณเพิ่มมากขึ้นกว่าปกติอย่างเร่งด่วน

(ค) กรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้

(ง) กรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนบุคคลในตำแหน่งระดับผู้บริหารในภาคธุรกิจหรือผู้จัดการในฟาร์ม กิจการเกี่ยวกับการเกษตร กิจการป่าไม้ และกิจการประมงและเรือเดินทะเล

(จ) กรณีเป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทำงานตามที่กำหนดไว้ในมาตรา L.5134-82

(ฉ) กรณีที่ลูกจ้างตกลงใจที่จะเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา

(ช) กรณีที่ลูกจ้างปฏิเสธที่จะต่อสัญญาในช่วงเวลาที่ไม่อาจจะทำการต่อสัญญาได้

2.4.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ระบบควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เป็นหลักการที่เคยปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจ้างงานชั่วคราวเชิงพาณิชย์ (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972) ซึ่งเป็นเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวคือ นับตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ในปี ค.ศ.1972 ก็ได้มีการแก้ไขหลักการต่างๆ เรื่อยมา รวมถึงในเรื่องระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงด้วย โดยในอดีตการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงสามารถทำได้เพียงไม่เกิน 3 เดือนเท่านั้น เนื่องจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้การ

¹²⁹ French Labor Code, section L.1251-37.

จ้างเหมาค่าแรงในการทำงานประจำ¹³⁰ ในปี ค.ศ.1985 ซึ่งเกิดภาวะคนตกงานเป็นจำนวนมาก จึงมีการแก้ไขระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็น 6 เดือน เพื่อกระตุ้นให้มีการจ้างงานมากขึ้นโดยใช้การจ้างเหมาค่าแรง หลังจากนั้นก็มีแก้ไขโดยค่อยๆเพิ่มระยะเวลาขึ้นเรื่อยๆ เป็น 9 เดือน ในปี ค.ศ.1994 และเป็น 12 เดือน ในปี ค.ศ.1997 จนกระทั่งสูงสุดเป็น 24 เดือนในปี ค.ศ. 2002¹³¹ โดยตามมาตรา 10 (5) AÜG (ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว) ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถทำงานให้แก่ผู้ประกอบการรายเดียวกันได้ไม่เกิน 24 เดือน ซึ่งหลังจากผ่านพ้นไปแล้ว 12 เดือน ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงต้องได้รับค่าจ้างและสวัสดิการอื่นๆ เทียบเท่ากับลูกจ้างประจำในสถานประกอบการของผู้ประกอบการนั้น อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ.2004 หลักการกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็ได้ถูกยกเลิกไป¹³² เพื่อให้บทบัญญัติในเรื่องการจ้างเหมาค่าแรงมีความยืดหยุ่นมากขึ้น อันจะช่วยกระตุ้นอัตราการขยายตัวของธุรกิจรับเหมาค่าแรงด้วย¹³³ ดังนั้น ในปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงไม่มีการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

สาเหตุสำคัญที่กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะต้องมีการปรับตัวให้มีความยืดหยุ่นมากยิ่งขึ้น เนื่องจากในอดีตระบบการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความเคร่งครัดมาก โดยมีแนวคิดอยู่บนหลักของการจ้างงานแบบถาวร ทั้งนี้ เพื่อมุ่งคุ้มครองความมั่นคงแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ส่งผลให้ลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความแตกต่างจากลักษณะของประเทศอื่น กล่าวคือ โดยทั่วไปในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงผู้รับเหมาค่าแรงมักจะทำการจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงแบบมีกำหนดเวลา ซึ่งจะทำให้นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและผู้รับเหมาค่าแรงสิ้นสุดลงพร้อมกับความสิ้นสุดของการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงด้วย แต่ในทางตรงกันข้าม ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอยู่บนพื้นฐานของสัญญาจ้างที่ไม่มี

¹³⁰ “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>

¹³¹ Heiner Dribbusch, *supra* note 122, p. 2.

¹³² Peter Schürent, *supra* note 67, p. 68.

¹³³ Lars W. Mitlacher, *supra* note 59, p. 374.

กำหนดเวลา (Open-ended Contract)¹³⁴ ซึ่งผลของการที่สัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นแบบไม่มีกำหนดเวลานี้ ทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับหลักประกันว่าจะยังคงได้รับค่าจ้างตลอดเวลาแม้ในระหว่างที่ไม่ได้มีการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็ตาม ซึ่งบุคคลที่ต้องรับผิดชอบก็คือผู้รับเหมาค่าแรง¹³⁵

นอกจากนี้ ตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีมาตรการพิเศษซึ่งเป็นการเสริมให้หลักการที่ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องผูกพันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลาที่มีความเคร่งครัดมากขึ้น คือมาตรการที่เรียกว่า “Ban on Synchronization” ซึ่งมีหลักการคือ ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงครั้งหนึ่งนั้น ความผูกพันของผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามสัญญาจ้างแรงงานจะต้องมีระยะเวลายาวกว่ากำหนดเวลาของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการป้องกันมิให้ความสิ้นสุดของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการมีผลต่อความสิ้นสุดของสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วยนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดภาวะความผูกพันที่เคร่งครัดและยาวนานแก่ผู้รับเหมาค่าแรง หากไม่สามารถจัดการให้ลูกจ้างทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงอย่างต่อเนื่องกันไปได้ ดังนี้ การที่กฎหมายกำหนดให้สามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นระยะเวลาสั้นเพียงใด ก็เท่ากับสร้างภาระแก่ผู้รับเหมาค่าแรงมากเพียงนั้น การขยายระยะเวลาดังกล่าวจึงเท่ากับเป็นการผ่อนคลายความรับผิดชอบของผู้รับเหมาค่าแรงลงอีกทางหนึ่ง อันเป็นการส่งเสริมให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีการว่าจ้างลูกจ้างเพื่อเข้าสู่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงมากขึ้น ซึ่งส่งผลไปถึงการเพิ่มช่องทางเข้าสู่ตลาดแรงงานของผู้ที่ขาดโอกาสในการทำงานด้วย กล่าวคือ

เนื่องจากที่ผ่านมาบริษัทผู้รับเหมาค่าแรงในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมักไม่ค่อยว่าจ้างลูกจ้างเป็นจำนวนมาก อันเป็นผลจากมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องผูกพันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลา ทำให้บริษัทผู้รับเหมาค่าแรงไม่อาจโอนความเสี่ยงไปยังลูกจ้างได้ในภาวะที่ไม่มีการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง อีกทั้งระบบควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ไม่มีข้อกำหนดให้กิจการที่จดทะเบียนจะต้องดำเนินธุรกิจรับเหมาค่าแรงเพียงอย่างเดียวดังกรณีตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ส่งผลให้ลักษณะของบริษัทรับเหมาค่าแรง

¹³⁴ James Arrowsmith, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *supra* note 1, p. 18.

¹³⁵ Manfred Antoni and Elke J. Jahn, *supra* note 71, p. 5.

ส่วนใหญ่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีรูปแบบเป็นการดำเนินกิจการแบบผสม (Mixed Companies) คือ เป็นบริษัทที่ประกอบธุรกิจอย่างอื่นในขณะเดียวกันก็จดทะเบียนเป็นบริษัทรับเหมาค่าแรงด้วย โดยมุ่งประโยชน์ในการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อเป็นกิจการรองของบริษัท ซึ่งบริษัทเหล่านี้มักจะแสวงประโยชน์จากการจดทะเบียนเป็นบริษัทรับเหมาค่าแรงเพียงเพื่อให้สามารถส่งลูกจ้างของตนเข้าไปทำงานในบริษัทอื่นด้วยการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ ในกรณีที่บริษัทของตนไม่มีงานให้ลูกจ้างทำ¹³⁶ ดังนั้น การที่กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีแนวคิดในการผ่อนคลายความรับผิดชอบของผู้รับเหมาค่าแรง ก็เท่ากับเป็นการกระตุ้นให้โครงสร้างของธุรกิจรับเหมาค่าแรงเปลี่ยนแปลงไปจากรูปแบบที่เคยดำเนินมา อย่างไรก็ดี ไม่เพียงแต่ระบบการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเท่านั้นที่ถูกยกเลิกไป นับแต่ปี ค.ศ.1997 เป็นต้นมา ก็มีการอนุญาตให้ผู้รับเหมาค่าแรงสามารถทำสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลาได้¹³⁷ ส่งผลให้ผู้รับเหมาค่าแรงสามารถกำหนดระยะเวลาของสัญญาจ้างแรงงานให้ขึ้นอยู่กับกำหนดเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการยกเลิกมาตรการที่เรียกว่า “Ban on Synchronization” ไปพร้อมกับการลดความเคร่งครัดของหลักการที่กำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงต้องผูกพันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลานั้นเอง

2.4.2.3 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน ค.ศ.1973 (Employment Agencies Act 1973) กำหนดเพียงลักษณะของการประกอบกิจการจ้างเหมาค่าแรง หรือ “Employment Business” ดังที่ปรากฏในมาตรา 13(3) ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเท่านั้น ส่วนในเรื่องระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้แต่อย่างใด

2.4.2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีบทบัญญัติที่ควบคุมในเรื่องระยะเวลาที่กิจการสามารถใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้¹³⁸ โดยในเรื่องระยะเวลาในการว่าจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ไม่มีแนวคิดในการควบคุมในเรื่องดังกล่าว ส่วนหนึ่งอาจเนื่องมาจากหลักการเฉพาะในเรื่องการจ้างงานโดยทั่วไปของประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ซึ่งได้ถือกำเนิดนับแต่ช่วงกลาง

¹³⁶ Claudia Weinkopf, *supra* note 75, p. 6.

¹³⁷ Manfred Antoni and Elke J. Jahn, *supra* note 71, p. 6.

¹³⁸ Sean Sweeney, *supra* note 84, p. 4.

ศตวรรษที่ 19 เรียกว่า “Employment-at-will Doctrine” โดยเนื้อหาสำคัญของหลักการนี้เป็นการวางแนวคิดว่า ในกรณีที่มีได้มีสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรและการว่าจ้างรายนั้นมีลักษณะเป็นการจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลาแน่นอน นายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างรายนั้นไม่ว่าโดยมีเหตุผลอันสมควร หรือไม่สมควร หรือไม่มีการให้เหตุผลก็ได้¹³⁹ หลักการดังกล่าวนี้ถือเป็นการสะท้อนถึงแนวคิดพื้นฐานของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ บุคคลจะต้องถูกผูกพันด้วยสัญญาจ้างอย่างมีระยะเวลาจำกัด และหากเป็นการจ้างงานโดยไม่มีสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษร ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดใดๆตามกฎหมายทั้งแก่ฝ่ายนายจ้างและลูกจ้าง ดังนี้ ลูกจ้างจึงย่อมมีอิสระที่จะลาออกจากตำแหน่งงานที่ตนไม่ประสงค์จะทำงานอีกต่อไปเมื่อใดก็ได้ ในขณะที่เดียวกัน ฝ่ายนายจ้างเองก็มีสิทธิที่จะเลิกจ้างลูกจ้างเมื่อใดก็ได้เช่นเดียวกัน¹⁴⁰

จากแนวคิดพื้นฐานดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกา แสดงให้เห็นว่า แม้กรณีที่เป็นกรจ้างงานตามปกติซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสองฝ่ายคือผู้ประกอบการที่เป็นนายจ้าง และลูกจ้างซึ่งกิจการได้จ้างเองโดยตรง ลูกจ้างในระบบดังกล่าวก็ยังมีได้รับการรับรองในเรื่องความมั่นคงในการทำงานเท่าที่ควร ดังนี้ ก็เป็นธรรมดาที่การจ้างงานโดยระบบการจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งฝ่ายผู้ประกอบการที่ได้ใช้แรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง มิได้มีความสัมพันธ์ใดๆกับลูกจ้างดังกล่าว จะมีได้มีแนวคิดในการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยระบบการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

2.4.3 การกำหนดมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

2.4.3.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

กฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคิดในการควบคุมการจ้างเหมาค่าแรงอย่างเคร่งครัด การจ้างเหมาค่าแรงจึงสามารถทำได้ในบางโอกาสหรือบางสถานการณ์อย่างมีข้อจำกัด และภายใต้มูลเหตุและความจำเป็นชั่วคราวเท่านั้น ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนในมาตรา L.1251-7 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส นอกจากนี้ หลักการพื้นฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การจ้างงานด้วยสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้จะต้องไม่ใช่การจ้างเพื่อไปทำงานในกิจการอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของบริษัทหรือในงานทั่วไปและงานที่บริษัทต้องทำเป็นประจำ¹⁴¹ และบริษัท

¹³⁹ Charles J. Muhl, “The employment-at-will doctrine: three major exceptions,” *Monthly Labor Review*, 3-11, p. 3 (January 2001).

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ French Labor Code, section L.1251-5.

ผู้ประกอบการจะใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้ในงานอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นการชั่วคราว (Specific Task and Temporary) หรือที่เรียกว่า “Mission” เท่านั้น ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะของการจ้างงานในรูปแบบนี้ ดังนั้น บรรดาบริษัทผู้ประกอบการจึงไม่สามารถใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างเสรีในสถานการณ์ใดๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อไปทำงานประจำในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของบริษัท ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงควรจะต้องถูกใช้อย่างจำกัดเฉพาะในงานที่เกิดขึ้นบางครั้งบางคราวหรือเป็นงานชั่วคราวในบริษัทของผู้ประกอบการ

เพื่อให้หลักการที่กล่าวมาข้างต้นบรรลุผลเป็นรูปธรรม และจะต้องมีเหตุผลอันสมควรสำหรับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสจึงได้กำหนดมาตรการเพื่อกำหนดมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง โดยสามารถจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

1) สถานการณ์ที่อนุญาตให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้

สำหรับสถานการณ์ที่อนุญาตให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้นี้ มีการกำหนดรายละเอียดไว้ในมาตรา L.1251-6 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส ดังนี้

(ก) เพื่อทดแทนลูกจ้างของสถานประกอบการ¹⁴²

ตามกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส ลูกจ้างโดยทั่วไปจะถูกจ้างด้วยสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลา ส่วนการจ้างแบบมีกำหนดเวลานั้นถือเป็นข้อยกเว้นซึ่งสามารถทำได้ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมาย รวมถึงการจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรงนี้ด้วย¹⁴³ ดังนี้ ลูกจ้างตามปกติของสถานประกอบการจึงหมายถึงลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลา

การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างของสถานประกอบการนี้ สามารถทำได้ในกรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน หรือเพื่อทดแทนลูกจ้างที่สัญญาจ้างแรงงานระงับลงชั่วคราว หรือเพื่อทดแทนในกรณีที่ลูกจ้างที่ทำงานในตำแหน่งนั้นได้ลาออกไปก่อนที่จะมีการยุบหรือยกเลิกตำแหน่งนั้น ซึ่งบริษัทจะต้องยุบหรือยกเลิกตำแหน่งดังกล่าวภายใน 24 เดือนนับแต่วันที่ลูกจ้างได้ลาออกไป นั้นหมายความว่า สถานประกอบการสามารถใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างในกรณีเพื่อรอการยุบเลิกตำแหน่งนั้นได้ไม่เกิน 24 เดือน ทั้งนี้ จะต้องมีการปรึกษากับคณะกรรมการแรงงานหรือตัวแทนสหภาพแรงงานด้วย นอกจากนี้ ในกรณีที่ตำแหน่งงานใดว่างลง

¹⁴² French Labor Code, section L.1251-6-1.

¹⁴³ พัชรินทร์ บรรเทา, “สัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 130-135.

กฎหมายก็อนุญาตให้สามารถจ้างลูกจ้างเหมาค่าแรงมาทำงานในตำแหน่งดังกล่าวในระหว่างที่สถานประกอบการกำลังสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลารายใหม่มาทำงานในตำแหน่งนั้น

(ข) กรณีที่สถานประกอบการมีกำลังการผลิตเพิ่มขึ้นเป็นการชั่วคราว¹⁴⁴

กล่าวคือ เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อมาทำงานที่เพิ่มขึ้นมากกว่าปกติ อันเป็นความจำเป็นเร่งด่วนที่สถานประกอบการจะต้องเพิ่มกำลังการผลิตเป็นการชั่วคราว กรณีนี้ถือว่าเป็นมูลเหตุประการสำคัญที่สถานประกอบการใช้เป็นเหตุผลในการใช้บริการจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งครอบคลุมสาเหตุทุกประการที่จะต้องเพิ่มกำลังการผลิต นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีที่สถานประกอบการมีภาระงานที่เพิ่มขึ้นเกินกว่าปกติ ซึ่งงานดังกล่าวมิใช่งานหลักหรืองานที่สถานประกอบการดำเนินอยู่โดยปกติ ตัวอย่างเช่น การฝึกอบรมพนักงาน การติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ การติดตั้งอุปกรณ์รักษาความปลอดภัย หรือการตรวจสอบบัญชี เป็นต้น กรณีเช่นนี้ สถานประกอบการก็สามารถใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้เช่นเดียวกัน

(ค) เพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้¹⁴⁵

หมายถึง การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อมาทำงานใดๆที่มีเฉพาะตามฤดูกาล จึงไม่อาจจ้างลูกจ้างปกติได้ ซึ่งอาจเป็นลักษณะของงานที่มีตามฤดูกาลโดยธรรมชาติ อาทิ งานในภาคเกษตรกรรม ธุรกิจเกี่ยวกับการเกษตรหรืออาหาร และธุรกิจท่องเที่ยว เป็นต้น หรือลักษณะของงานที่มีตามฤดูกาลในทางการบริหารแรงงาน เช่น งานที่บริษัทต้องทำทุกๆปีในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ตามวันที่กำหนดแน่นอนหรือตามช่วงฤดูกาล ส่วนงานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้ นั้น ตัวอย่างเช่น งานพิเศษในโรงแรมหรือภัตตาคาร เป็นต้น¹⁴⁶

(ง) เพื่อทดแทนตำแหน่งในระดับผู้บริหาร¹⁴⁷

¹⁴⁴ French Labor Code, section L.1251-6-2.

¹⁴⁵ French Labor Code, section L.1251-6-3.

¹⁴⁶ "The temporary employment contract," Retrieved September 25, 2008, from <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/informations-pratiques/fiches-ratiques/contrats-travail/contrat-travail-temporaire.html>

¹⁴⁷ French Labor Code, section L.1251-6-4.

บุคคลในตำแหน่งระดับบริหาร ได้แก่ ตำแหน่งผู้จัดการ หรือกรรมการใหญ่ เป็นต้น เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่ได้มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทด้วย โดยทั่วไปในการดำเนินธุรกิจหลายบริษัทมักจะว่าจ้างบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญ หรือบริษัทที่มีความเชี่ยวชาญในการบริหารองค์กรเป็นการเฉพาะ เพื่อมาทำงานในตำแหน่งระดับผู้บริหาร ดังนี้ กฎหมายจึงอนุญาตให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้เป็นกรณีพิเศษ

(จ) เพื่อทดแทนผู้จัดการในฟาร์มและกิจการที่ระบุในข้อ 1-4 ตามมาตรา L.722-1 แห่ง Rural Code¹⁴⁸

กิจการตามที่ระบุดังกล่าว ได้แก่ ฟาร์ม กิจการเกี่ยวกับการเกษตร กิจการป่าไม้ และกิจการประมงและเรือเดินทะเล

ดังนั้น จะเห็นว่าจากกรณีข้างต้น แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสที่มุ่งจำกัดมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการสำคัญสองประการคือ ห้ามมิให้จ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อมาทำงานอันเป็นงานประจำของบริษัทผู้ประกอบการ และการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจะได้รับอนุญาตเฉพาะเพียงกรณีที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

2) สถานการณ์ที่ห้ามมิให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรง

นอกเหนือจากการกำหนดสถานการณ์ที่อนุญาตให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้แล้ว กฎหมายฝรั่งเศสยังได้กำหนดมาตรการจำกัดมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยการห้ามมิให้ทำการจ้างเหมาค่าแรงในบางสถานการณ์หรือในงานบางลักษณะเป็นการเฉพาะ ซึ่งประกอบด้วย 4 กรณี ดังนี้

(ก) ห้ามมิให้จ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างซึ่งสัญญาจ้างระงับลงชั่วคราว เพราะข้อพิพาทแรงงาน¹⁴⁹

กรณีที่ลูกจ้างไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการแรงงานสัมพันธ์ ได้แก่ การหยุดงานเพื่อเรียกร้องให้ผู้ประกอบการซึ่งเป็นนายจ้างยอมตกลงตามข้อเรียกร้องของลูกจ้างหรือสหภาพแรงงาน ในการเจรจาตกลงร่วมเพื่อกำหนดหรือแก้ไขสภาพการจ้าง อันเป็นเสรีภาพอย่างหนึ่งของลูกจ้าง ดังนั้น นายจ้างจะไปทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้ามาทำงานแทนลูกจ้างที่นัดหยุดงานไม่ได้ เพราะจะกระทบต่อกระบวนการเจรจาต่อรองร่วมระหว่างฝ่ายนายจ้างและลูกจ้าง โดยหากกฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามในกรณีนี้แล้ว นายจ้างก็จะสามารถไปจ้าง

¹⁴⁸ French Labor Code, section L.1251-6-5.

¹⁴⁹ French Labor Code, section L.1251-10-1.

บุคคลอื่นมาทำงานแทนในระหว่างที่ลูกจ้างนัดหยุดงาน กิจการของนายจ้างก็ยังคงสามารถดำเนินไปได้ตามปกติ นายจ้างจึงไม่ได้รับผลกระทบจากการนัดหยุดงานของลูกจ้างแต่อย่างใด เป็นผลให้กระบวนการเจรจาต่อรองร่วมไม่อาจบรรลุผลได้ อย่างไรก็ตาม นายจ้างก็พยายามหาทางหลีกเลี่ยงหลักการดังกล่าว โดยนายจ้างอาจจะไปทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก่อนที่ลูกจ้างจะนัดหยุดงาน¹⁵⁰

(ข) ห้ามมิให้จ้างเหมาค่าแรงในงานอันตราย¹⁵¹

ลักษณะของงานอันตรายนี้ จะถูกกำหนดโดยพระราชกำหนด

(ค) ห้ามมิให้จ้างเหมาค่าแรงในวิชาชีพแพทย์¹⁵²

เนื่องจากวิชาชีพแพทย์เกี่ยวข้องกับการให้บริการสุขภาพแก่ประชาชน ซึ่งในการให้บริการก็ต้องอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์เฉพาะ จึงไม่สมควรที่จะจ้างบุคคลอื่นมาทำงานแทนด้วยวิธีการจ้างเหมาค่าแรงในระหว่างที่หยุดงาน

(ง) ห้ามมิให้จ้างเหมาค่าแรงภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่ได้มีการปลดพนักงานเพราะเหตุคนล้นงาน¹⁵³

ในกรณีที่บริษัทประสบปัญหาทางเศรษฐกิจจนต้องมีการปลดพนักงานออก เพราะมีคำสั่งซื้อน้อยจึงต้องลดกำลังการผลิตลง หากต่อมาภายในระยะเวลา 6 เดือนนับจากวันที่ได้ปลดพนักงานออก บริษัทมีภาระงานเพิ่มขึ้นหรือมีคำสั่งซื้อเพิ่มขึ้น กรณีเช่นนี้ กฎหมายก็ห้ามมิให้บริษัทเพิ่มกำลังการผลิตโดยใช้การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อมาทดแทนลูกจ้างในตำแหน่งนั้นๆ ที่ถูกปลดออกไป แต่มีข้อยกเว้นให้ทำได้สองกรณี คือ ในกรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงระยะสั้นๆ ซึ่งมีกำหนดเวลาไม่เกิน 3 เดือน และในกรณีที่ภาระงานซึ่งเพิ่มขึ้นนั้นเกิดจากคำสั่งหรือนโยบายเพื่อการส่งออกซึ่งมากเกินกว่ากำลังการผลิตโดยปกติของบริษัท อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวมุ่งหมายที่จะห้ามเพียงการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างในตำแหน่งที่ได้ปลดออกไปเท่านั้น บริษัทซึ่งได้ปลดพนักงานออกเพราะเหตุคนล้นงานจึงยังคงใช้การจ้างเหมาค่าแรงในตำแหน่งอื่นหรือกรณีอื่นได้

2.4.3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่ได้มีการกำหนดสถานการณ์ที่อนุญาตให้สามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ดังเช่นตาม

¹⁵⁰ Christophe Vigneau, *supra* note 60, p. 54.

¹⁵¹ French Labor Code, section L.1251-10-2.

¹⁵² French Labor Code, section L.1251-10-3.

¹⁵³ French Labor Code, section L.1251-9.

กฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เนื่องจากเมื่อพิจารณาระบบควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน จะเห็นว่าเป็นมาตรการในด้านของฐานเวลาเป็นส่วนใหญ่ คือ เกี่ยวข้องกับเรื่องระยะเวลาในการทำสัญญาและเงื่อนไขเกี่ยวกับการต่อสัญญา เป็นต้น¹⁵⁴ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่บริษัทผู้ประกอบการกำลังประสบกับการเรียกร้องหรือการประท้วงตามข้อพิพาทเกี่ยวกับแรงงาน กฎหมายก็ให้สิทธิลูกจ้างที่จะปฏิเสธการทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบการได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้รับเหมาค่าแรงมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้ทราบถึงสิทธิดังกล่าว¹⁵⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้กำหนดห้ามกรณีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างที่กำลังหยุดงานประท้วง แต่หากผู้ประกอบการได้ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในขณะที่ประสบกับภาวะดังกล่าว ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ได้จ้างเข้าไปทำงานนั้นก็มิมีสิทธิตามกฎหมายที่จะไม่ทำงานให้แก่ผู้ประกอบการได้¹⁵⁶ เช่นนี้แล้ว การทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงย่อมจะไม่เกิดประโยชน์แก่ผู้ประกอบการ จึงทำให้ผู้ประกอบการไม่ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในขณะที่ประสบกับภาวะที่มีการเรียกร้องหรือการประท้วงตามข้อพิพาทเกี่ยวกับแรงงานไปโดยปริยาย

2.4.3.3 ประเทศอังกฤษ

ปัญหาหลักของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในประเทศอังกฤษคือเรื่องความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งส่งผลถึงโอกาสในการได้รับสิทธิและความคุ้มครองตามกฎหมายด้วย ดังนั้นระบบควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจึงเป็นประเด็นที่ไม่ได้รับความสนใจนัก เป็นเหตุให้กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศอังกฤษไม่มีการกำหนดข้อจำกัดในเรื่องมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงรวมถึงการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงด้วย อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดเพียงประการเดียวที่กฎหมายอังกฤษกำหนดห้ามไว้ได้แก่ กรณีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างประจำที่กำลังหยุดงานประท้วง โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้รับเหมาค่าแรงจัดส่งลูกจ้างไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการเพื่อทดแทนลูกจ้างประจำซึ่งกำลังหยุดงานประท้วง รวมถึงในกรณีเพื่อ

¹⁵⁴ “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Temporary agency work: national reports Germany,” Retrieved September 5, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/27/en/1/ef0227en.pdf>

¹⁵⁵ Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 11 (5).

¹⁵⁶ “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions,” *supra* note 119, p. 35.

ทำงานแทนลูกจ้างประจำซึ่งได้โยกย้ายไปปฏิบัติงานแทนลูกจ้างอีกคนหนึ่งที่กำลังหยุดงานประท้วงด้วย¹⁵⁷ อย่างไรก็ตาม มาตรการนี้จะใช้บังคับเฉพาะกรณีที่กระบวนการนัดหยุดงานของลูกจ้างเป็นการชอบด้วยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น¹⁵⁸ เช่น เป็นการนัดหยุดงานซึ่งเกิดขึ้นโดยสภาพแรงงานโดยความยินยอมของสมาชิกในอัตราส่วนตามที่กฎหมายกำหนด และได้มีการบอกกล่าวแก่ผู้ประกอบการแล้ว

2.4.3.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ระบบการจ้างเหมาค่าแรงในประเทศสหรัฐอเมริกาถูกคิดค้นขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการเป็นระบบการจ้างงานที่ช่วยเหลือนายจ้างเป็นการชั่วคราว (Temporary Help Formula) หนึ่ง การให้ความช่วยเหลือในที่นี้ได้แก่ การช่วยให้ไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะนายจ้างลูกจ้างขึ้นระหว่างกิจการที่ใช้แรงงานกับคนงานที่ถูกจัดหามาทำงานนั่นเอง นโยบายที่มุ่งให้ความช่วยเหลืออย่างเข้มข้นในการส่งผ่านภาระความรับผิดชอบตามกฎหมายในฐานะนายจ้างจากกิจการที่ใช้แรงงานมาสู่ผู้รับเหมาค่าแรง จึงส่งผลให้การดำเนินการของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายใดๆ ทั้งในเรื่องที่เกี่ยวข้องตั้งแต่ขั้นตอนในการเริ่มประกอบธุรกิจ การดำเนินการโดยทั่วไป รวมถึงในเรื่องการควบคุมเกี่ยวกับมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้ด้วย จึงกล่าวได้ว่า การใช้บริการระบบการจ้างเหมาค่าแรงในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถทำได้อย่างเสรี และแม้แต่ในกรณีที่ลูกจ้างของสถานประกอบการกำลังอยู่ระหว่างการนัดหยุดงานประท้วง ก็หาได้มีกฎหมายห้ามมิให้ผู้รับเหมาค่าแรงจัดหาคนงานเพื่อมาทำงานแทนในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด¹⁵⁹

2.5 มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

2.5.1 หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการของกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็นระบบของฐานในด้านมูลเหตุและกำหนดเวลาในการทำสัญญาดังเช่นประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ระบบ

¹⁵⁷ Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003, regulation 7(1).

¹⁵⁸ Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003, regulation 7(2).

¹⁵⁹ Sean Sweeney, *supra* note 84, p. 34.

ที่กำหนดเฉพาะในด้านของฐานเวลาดังเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือแม้แต่วาระบอบอิสระดังเช่นประเทศอังกฤษ ไม่เพียงแต่ในเรื่องของมาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเท่านั้นที่กฎหมายจะต้องคำนึงถึง แต่มาตรการสำคัญซึ่งทุกประเทศจะต้องกำหนดไว้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงหรือแนวปฏิบัติภายในประเทศเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงก็คือ มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างประจำของผู้ประกอบกิจการ อันเป็นหลักการสำคัญของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศซึ่งมุ่งจัดการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างในกระบวนการจ้างงานทั้งหลาย โดยแต่ละประเทศได้มีการยอมรับหลักการดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.5.1.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมนี้เป็น การเปรียบเทียบระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานในสถานประกอบการเดียวกันนั้น ดังนี้ สิทธิของลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการก็คือตัวบ่งชี้ถึงสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสนั้นให้ความสำคัญกับความเป็นเอกภาพภายในสถานประกอบการมากกว่าสถานะทางกฎหมายของลูกจ้างในสถานประกอบการ จึงมีการกำหนดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีสิทธิเช่นเดียวกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงในสถานประกอบการเดียวกันในเรื่องค่าตอบแทนและสภาพการจ้างทั้งหลาย

ในเรื่องค่าตอบแทนนั้น มาตรา L.1251-18 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส กำหนดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องได้รับค่าตอบแทนไม่น้อยกว่าลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานลักษณะเดียวกัน ซึ่งค่าตอบแทนนี้ มาตรา L.3221-3 บัญญัติว่าหมายรวมถึงค่าจ้าง เงินเดือน เงินโบนัส เงินช่วยเหลือ และเงินสวัสดิการอื่นๆไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม และไม่ว่าจะจ่ายเป็นเงินหรือการตอบแทนในลักษณะอื่นที่นายจ้างพึงจ่ายให้แก่ลูกจ้างเพราะเหตุที่ได้ใช้แรงงานจากฝ่ายลูกจ้าง โดยในการคิดคำนวณค่าตอบแทนของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง จะต้องเทียบกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่มีคุณสมบัติเหมือนกันและทำงานลักษณะเดียวกันภายในสถานประกอบการเดียวกันนั้น

ในส่วนของสภาพการจ้างอื่นๆ ผู้ประกอบกิจการก็ต้องปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมเช่นเดียวกัน ซึ่งสภาพการจ้างนี้ หมายถึง เวลาทำงาน การทำงานในเวลากลางคืน วันหยุดประจำสัปดาห์และวันหยุดประจำปี สุขภาพและความปลอดภัยในการทำงาน การใช้

แรงงานสตรี เด็ก และคนงานที่อายุน้อย¹⁶⁰ นอกจากนี้ ยังรวมถึงบริการอื่นๆที่ลูกจ้างประจำพึงได้รับด้วย เช่น บริการรถรับส่ง โรงอาหาร อุปกรณ์กีฬา ห้องอาบน้ำ ห้องสุขา ห้องสมุด และห้องพยาบาล เป็นต้น โดยหากผู้ประกอบการรายใดดำเนินการฝ่าฝืนหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมนี้ ก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาด้วย¹⁶¹

2.5.1.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สาระสำคัญของหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือ ในระหว่างที่ทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างของผู้ประกอบการในสถานประกอบการเดียวกัน ในเรื่องสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆที่ลูกจ้างได้รับอันเนื่องมาจากการทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ กล่าวคือ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆเหมือนกับลูกจ้างอื่นๆของผู้ประกอบการ ซึ่งทำงานในสถานประกอบการเดียวกัน โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีหน้าที่สำคัญที่จะต้องรับรองว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะได้รับค่าจ้างและสภาพการจ้างเช่นเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง โดยระหว่างที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีสิทธิได้รับค่าจ้างในอัตราที่ไม่น้อยกว่าลูกจ้างที่ทำงานเดียวกันในบริษัทผู้ประกอบการได้รับ¹⁶² รวมถึงมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆเช่นเดียวกันกับลูกจ้างที่ทำงานเดียวกันในบริษัทผู้ประกอบการด้วย อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะได้รับการคุ้มครองตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมนี้เมื่อการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ผ่านพ้นไปแล้ว 12 สัปดาห์ แต่เมื่อมีการแก้ไขพระราชบัญญัติควบคุมการจ้างงานชั่วคราวซึ่งพาดพิงในปี ค.ศ.2003 หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ได้ถูกกำหนดให้ใช้บังคับนับแต่วันแรกที่ลูกจ้างได้เข้าทำงานในสถานประกอบการ เว้นแต่เป็นกรณีการเข้าสู่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเป็นครั้งแรกของลูกจ้างซึ่งเดิมเคยตกงานมาก่อน กรณีนี้ผู้รับเหมาค่าแรงอาจ

¹⁶⁰ French Labor Code, section L.1251-21.

¹⁶¹ Christophe Vigneau, *supra* note 60, p. 60.

¹⁶² Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 3(1) No.3 and section 9 No.2.

ไม่ต้องจัดการให้ลูกจ้างดังกล่าวได้รับค่าจ้างและสภาพการจ้างตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมก็ได้ แต่ต้องเป็นระยะเวลาไม่เกินกว่า 6 เดือน¹⁶³

2.5.1.3 ประเทศอังกฤษ

พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน ค.ศ.1973 (Employment Agencies Act 1973) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศอังกฤษ ไม่ได้มีการกำหนดรับรองในเรื่องของสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเอาไว้ จึงทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงส่วนใหญ่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ อาทิ ในเรื่องค่าจ้าง สิทธิประโยชน์ และสวัสดิการต่างๆ เป็นต้น ดังนี้ จึงมีความพยายามที่จะเสนอมาตรการเพื่อช่วยคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงซึ่งต้องเข้าไปปฏิบัติงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ ซึ่งมีได้มีความสัมพันธ์ใดๆกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง จึงสมควรมีการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอันเนื่องมาจากการเข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการ อันเป็นการป้องกันมิให้มีการเอาัดเอาเปรียบลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยมีการเสนอแนวคิดการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตาม “Temporary and Agency Workers (Equal Treatment) Bill 2008” สาระสำคัญของกฎหมายนี้คือ ผู้รับเหมาค่าแรงหรือผู้ประกอบกิจการจะต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในเรื่องการทำงานและสภาพการจ้างพื้นฐาน ในระดับที่ไม่น้อยกว่าลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่อาจเปรียบเทียบได้¹⁶⁴ ซึ่งลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่อาจเปรียบเทียบได้ (Comparable Direct Workers) นี้หมายถึง ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงในบริษัทผู้ประกอบกิจการ ซึ่งทำงานลักษณะเดียวกัน มีระยะเวลาในการทำงาน คุณสมบัติ และทักษะเช่นเดียวกันกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ในเวลาที่มีการกล่าวอ้างว่ามีการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเกิดขึ้น¹⁶⁵

อย่างไรก็ตาม หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมนี้ ถูกคัดค้านโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจ้างเหมาค่าแรง คือ สมาพันธ์ธุรกิจและอุตสาหกรรมของอังกฤษ (Confederation of British Industry) และสหภาพแรงงานอังกฤษ (Trades Union Congress) เนื่องจากแนวคิดที่ต้องการให้การจ้างเหมาค่าแรงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่มีลักษณะยืดหยุ่น พร้อมทั้งจะ

¹⁶³ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *supra note* 119, p. 42.

¹⁶⁴ Temporary and Agency Workers (Equal Treatment) Bill, section 1(1)

¹⁶⁵ Temporary and Agency Workers (Equal Treatment) Bill, section 2

สนับสนุนการตลาดในระบบเสรีอย่างเต็มที่ จึงได้ออกแถลงการณ์ร่วมเกี่ยวกับเรื่องการจัดหางานค่าแรง (Temporary Agency Workers-Joint Declaration by the Government, the CBI and the TUC) โดยมีสาระสำคัญเพื่อเสนอการปฏิบัติที่เหมาะสมต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง อันจะไม่กระทบต่อความยืดหยุ่นของการจ้างงานในระบบนี้ ซึ่งเป็นประโยชน์ทั้งต่อฝ่ายนายจ้างและลูกจ้าง โดยการเสนอให้เลื่อนระยะเวลาที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะได้รับการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (Principle of Equal Treatment) ออกไป กล่าวคือ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะได้รับการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมหลังจากทำงานมาแล้ว 12 สัปดาห์ โดยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในที่นี้ หมายถึง การได้รับสภาพการจ้างพื้นฐานและข้อตกลงตามสัญญาจ้างซึ่งเทียบเท่ากับที่ลูกจ้างควรได้รับหากเข้าทำงานตามสัญญาจ้างโดยตรงในตำแหน่งงานเดียวกันนั้น¹⁶⁶

2.5.1.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าจะมิได้มีการกำหนดนิยามของการจ้างเหมาค่าแรงไว้อย่างแน่ชัด หรือมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเป็นการเฉพาะ แต่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงรวมถึงลูกจ้างทุกประเภทในประเทศสหรัฐอเมริกา ย่อมได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติในเรื่องต่างๆภายใต้บทบัญญัติของ Title VII of the Civil Rights Act of 1964 ซึ่งกำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานบนพื้นฐานของสัญชาติ เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด สีผิว ศาสนา และเพศ¹⁶⁷ ดังนี้ ภายใต้กฎหมายดังกล่าว ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ย่อมต้องมีสิทธิเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ในการได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติภายในสถานประกอบการอันเนื่องมาจากปัจจัยดังกล่าวมาข้างต้นด้วย¹⁶⁸ ในเรื่องเกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัตินี้ บุคคลที่มีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าว อาจไม่ใช่

¹⁶⁶ Temporary Agency Workers-Joint Declaration by the Government, the CBI and the TUC, Retrieved November 18, 2008, from <http://www.berr.gov.uk/files/file47072.pdf>

¹⁶⁷ 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17 (2000)

¹⁶⁸ Katherine V.W. Stone. (2006). Legal Protection for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers, *Berkley Journal of Employment and Labor Law*, 27, 251-286, p.262. Retrieved March 10, 2010, from Westlaw database

ผู้รับเหมาค่าแรงเพียงลำพัง แต่หมายถึงบุคคลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมดูแลการทำงานของผู้จ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งก็ได้แก่เจ้าของสถานประกอบการที่ผู้จ้างได้เข้าไปทำงานนั่นเอง¹⁶⁹

ในเรื่องเกี่ยวกับสภาพการจ้างของผู้จ้างรับเหมาค่าแรง แน่แน่นอนว่าในทางอุดมคติ ผู้จ้างรับเหมาค่าแรงย่อมต้องการได้รับสภาพการจ้างในลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้จ้างทั่วไปของสถานประกอบการที่ตนได้เข้าไปทำงาน เพราะผู้จ้างเหล่านี้ก็ไม่ได้แตกต่างอะไรจากผู้จ้างทั่วไปของสถานประกอบการ เพียงแต่มีที่มาจากกรคัดเลือกและว่าจ้างโดยผ่านทางผู้รับเหมาค่าแรงเท่านั้น และโดยที่ค่าจ้างของพวกเขาจะถูกหักภาษีเงินเดือนและเงินประกันสังคมในลักษณะเดียวกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี จะต้องตระหนักถึงข้อเท็จจริงประการสำคัญที่ว่า ระบบการจ้างงานในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น แนวคิดเรื่อง “Employment-at-will Doctrine” เข้ามามีอิทธิพลต่อระบบความมั่นคงในการจ้างงานทั่วไปเป็นอย่างมาก ผู้จ้างทั่วไปส่วนใหญ่จึงมักถูกว่าจ้างภายใต้แนวคิดดังกล่าว

กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในระบบการจ้างงานทั่วไปเอง แม้สถานประกอบการจะจ้างผู้จ้างโดยตรง แต่ส่วนมากมักเป็นการจ้างโดยมิได้มีการทำสัญญาจ้างกันเป็นลายลักษณ์อักษร และไม่มีการกำหนดระยะเวลาในการจ้างกันไว้ ส่งผลให้ผู้จ้างโดยตรงส่วนใหญ่ของสถานประกอบการต้องอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ปราศจากความมั่นคงในการทำงาน คือไม่ได้รับการคุ้มครองในเรื่องสภาพการจ้างที่แน่นอนรวมถึงอาจถูกปลดออกโดยไม่ต้องมีเหตุผลก็ได้¹⁷⁰ ซึ่งผู้จ้างจะไม่ตกอยู่ในสภาพดังกล่าวหากเป็นการจ้างโดยมีสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นผู้จ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงซึ่งก็มีได้มีสัญญาจ้างกับสถานประกอบการที่ตนได้เข้าไปทำงานเช่นเดียวกัน ก็ย่อมไม่อาจได้รับการคุ้มครองในเรื่องสภาพการจ้างดีไปกว่าผู้จ้างโดยตรงส่วนมากของสถานประกอบการ เรื่องที่จะได้รับสภาพการจ้างและมีความมั่นคงในการทำงานเช่นเดียวกับผู้จ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงจึงย่อมไม่อาจเป็นไปได้ ด้วยเหตุนี้ ระบบการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงต้องคำนึงถึงบริบทของแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังระบบการจ้างงานทั่วไปที่ปราศจากความมั่นคงด้วย¹⁷¹

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Sean Sweeney, *supra* note 84, p. 7.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 8.

2.5.2 ข้อยกเว้นของหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

2.5.2.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ระบบกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีลักษณะเคร่งครัดมาก ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง หรือมาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงซึ่งมีทั้งการควบคุมเกี่ยวกับมูลเหตุในการทำสัญญาและการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญา ในส่วนของมาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัตินี้ก็เช่นเดียวกัน ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสได้กำหนดไว้ชัดเจนแล้วว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องอยู่ภายใต้มาตรการและข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างที่ทำงานในสถานประกอบการนั้น¹⁷² ดังนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบการในฐานะผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบให้มีการปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าว จึงต้องดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสภาพการจ้างอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงอย่างเคร่งครัด จึงไม่ปรากฏว่ามี การกำหนดข้อยกเว้นการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

2.5.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อมีการแก้ไขพระราชบัญญัติควบคุมการจ้างงานชั่วคราวเชิงพาณิชย์ในปี ค.ศ.2002 หลักการปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานลักษณะเดียวกันในสถานประกอบการได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายเป็นครั้งแรก อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ได้รับการผ่อนคลายนลงเมื่อมีการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ.2003¹⁷³ โดยอาศัยหลักการเจรจาต่อรองร่วม กล่าวคือ ในระหว่างที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงต้องเข้าไปทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ผู้รับเหมาค่าแรงสามารถจัดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับค่าจ้างหรือสภาพการจ้างต่ำกว่าลูกจ้างที่ทำงานลักษณะเดียวกันในบริษัทผู้ประกอบการได้ หากมีข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างระหว่างฝ่ายผู้รับเหมาค่าแรงและฝ่ายลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และเนื้อหาของข้อตกลงดังกล่าวกำหนดให้สามารถกระทำเช่นนั้นได้ ทั้งนี้ จะต้องปรากฏว่าเป็นการเจรจาต่อรองร่วมระหว่างสมาคมนายจ้าง (Employer's Association) และตัวแทนฝ่ายลูกจ้างคือ สหภาพแรงงานต่างๆ เพื่อกำหนดเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (Collective Agreement) ของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะ

¹⁷² "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions", *supra note* 119, p. 43.

¹⁷³ Manfred Antoni and Elke J. Jahn, *supra note* 71, p. 7.

ได้รับประโยชน์จากข้อตกลงดังกล่าวก็ต่อเมื่อผู้รับเหมาค่าแรงเป็นสมาชิกของสมาคมนายจ้างและลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเองก็เป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานที่ร่วมเจรจาตกลงนั้น¹⁷⁴

2.5.2.3 ประเทศอังกฤษ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ตามแถลงการณ์ร่วมเกี่ยวกับเรื่องการจ้างเหมาค่าแรง (Temporary Agency Workers-Joint Declaration by the Government, the CBI and the TUC) ภายหลังจากทำงานมาแล้ว 12 สัปดาห์ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะได้รับสภาพการจ้างพื้นฐานและข้อตกลงตามสัญญาจ้างซึ่งเทียบเท่ากับที่ลูกจ้างควรได้รับหากเข้าทำงานตามสัญญาจ้างโดยตรงในตำแหน่งงานเดียวกันนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในช่วงเวลาก่อนจะครบกำหนด 12 สัปดาห์นี้ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมนั่นเอง

2.5.2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจ้างเหมาค่าแรงเป็นการเฉพาะ จึงไม่มีการกำหนดถึงหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไว้โดยตรง ดังนั้น จึงไม่ปรากฏหลักการที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวนี้ เช่นเดียวกัน

2.6 มาตรการชดเชยความไม่มั่นคงในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

2.6.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

นอกเหนือจากปัญหาเกี่ยวกับการถูกปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการแล้ว ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงยังต้องประสบกับปัญหาความไม่มั่นคงในการทำงาน อันเนื่องมาจากลักษณะสำคัญของระบบการจ้างเหมาค่าแรงเองซึ่งมีลักษณะเป็นการจ้างงานชั่วคราวระยะสั้น ดังนั้น ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสจึงได้กำหนดให้มีมาตรการเพื่อเยียวยาความไม่มั่นคงในการทำงานแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง กล่าวคือ เมื่อการจ้างงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงแต่ละครั้งสิ้นสุดลง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทุกคนมีสิทธิได้รับเงินพิเศษนอกเหนือจากค่าตอบแทนที่ได้รับจากการทำงานตามปกติ โดยคำนวณตามระยะเวลาในการทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง¹⁷⁵ แต่จะต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 ของค่าตอบแทนทั้งหมดที่ลูกจ้างได้รับในระหว่างที่ทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เพื่อเป็นการชดเชยความไม่

¹⁷⁴ Heiner Dribbusch, *supra note* 122, p. 2.

¹⁷⁵ French Labor Code, section L.1251-19

มั่นคงในการทำงานของลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรง เว้นแต่เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงแล้ว ผู้ประกอบกิจการได้ว่าจ้างลูกจ้างดังกล่าวเองโดยตรงเป็นสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา¹⁷⁶ กรณีเช่นนี้ ผู้รับเหมาค่าแรงจึงจะไม่ต้องจ่ายเงินพิเศษดังกล่าวแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

2.6.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีการกำหนดมาตรการอื่นเกี่ยวกับการชดเชยความไม่มั่นคงในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง เนื่องจากนโยบายด้านแรงงานในยุคหลังนี้มีลักษณะเป็นการกระตุ้นการขยายตัวของธุรกิจรับเหมาค่าแรง เพื่อให้เป็นรูปแบบการจ้างงานทางเลือกแก่ผู้ที่ขาดโอกาสในการทำงานทั้งหลายในการเข้าสู่ตลาดแรงงาน และเป็นช่องทางไปสู่การจ้างงานในระบบที่มีความมั่นคงในอนาคต ดังจะเห็นได้จากเหตุผลในการแก้ไขพระราชบัญญัติควบคุมการจ้างงานชั่วคราวเชิงพาณิชย์นับแต่ปี ค.ศ. 1985 เป็นต้นมาจนถึงปี ค.ศ. 2003 ในครั้งล่าสุด ล้วนแล้วแต่เป็นไปเพื่อเพิ่มความยืดหยุ่นของการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงทั้งสิ้น

2.6.3 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ระบบการจ้างเหมาค่าแรงถือเป็นรูปแบบการจ้างงานที่ถูกควบคุมโดยมาตรการทางกฎหมายน้อยมาก ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดมาตรการชดเชยความไม่มั่นคงในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงแต่อย่างใด

2.6.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ปรากฏมาตรการในเรื่องการชดเชยความไม่มั่นคงในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเช่นเดียวกัน

จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาถึงกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของต่างประเทศ พบว่าลักษณะพื้นฐานทั่วไปของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงคือ สัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคล 3 ฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบกิจการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงมีความผูกพันที่จะต้องจัดหาลูกจ้างเพื่อเข้าไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการ ภายใต้การควบคุมและภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ แม้ว่าลักษณะพื้นฐานนี้จะเป็นที่เข้าใจตรงกันในทุกประเทศ แต่ตามกฎหมายและแนวปฏิบัติภายในแต่ละประเทศเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงย่อมมีความแตกต่างกัน ในบางประเทศเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและ

¹⁷⁶ French Labor Code, section L.1251-32

หลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงอาจจะมีเคร่งครัด แต่ในบางประเทศ หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวอาจมีลักษณะยืดหยุ่น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับนโยบายทาง เศรษฐกิจและแรงงานของแต่ละประเทศ โดยจากการศึกษาหลักเกณฑ์การจ้างเหมาค่าแรงของ ประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป 3 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ พบว่าแต่ละประเทศมีบทบัญญัติอันเป็นมาตรการ เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงที่มีระดับความเคร่งครัดแตกต่างกัน โดยสามารถจำแนกออกได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

1) ประเทศที่ไม่มีการให้คำจำกัดความของการจ้างเหมาค่าแรง รวมถึงไม่มีบทบัญญัติ ในเรื่องการจ้างเหมาค่าแรงเป็นการเฉพาะ ซึ่งถือว่ามีหลักเกณฑ์ในเรื่องการจ้างเหมาค่าแรงใน ระดับที่มีความยืดหยุ่น ได้แก่ ประเทศอังกฤษ

2) ประเทศที่มีการให้คำจำกัดความของการจ้างเหมาค่าแรง และมีบทบัญญัติในเรื่อง การจ้างเหมาค่าแรงโดยเฉพาะ โดยเนื้อหาส่วนใหญ่ของบทบัญญัติครอบคลุมความสัมพันธ์ ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ ซึ่งถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่มี ระดับค่อนข้างเคร่งครัด ได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3) ประเทศที่มีการให้คำจำกัดความของการจ้างเหมาค่าแรง และมีบทบัญญัติในเรื่อง การจ้างเหมาค่าแรงโดยเฉพาะ โดยมีเนื้อหาของบทบัญญัติซึ่งครอบคลุมไม่เพียงแต่ความสัมพันธ์ ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ เท่านั้น แต่ยังมีกำหนด ชัดเจนถึงเรื่องสถานะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง รวมถึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมเกี่ยวกับการ ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงอีกด้วย ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ที่มีระดับเคร่งครัดมาก ได้แก่ ประเทศ สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศต้นกำเนิดของแนวคิดการจ้างเหมา ค่าแรงเอง กลับปรากฏว่า ไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงเองโดยเฉพาะ หรือ แม้กระทั่งไม่มีการกำหนดความหมายที่ชัดเจนของการจ้างเหมาค่าแรง โดยปล่อยให้มีความเป็น การตีความไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละเรื่อง ดังนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในกลุ่ม สหภาพยุโรปซึ่งอย่างน้อยที่สุดมักมีกฎหมายกำหนดถึงความหมายหรือนิยามของการจ้างเหมา ค่าแรง จึงกล่าวได้ว่า ประเทศในสหภาพยุโรปมีระบบกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการจ้างเหมา ค่าแรงเคร่งครัดกว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก¹⁷⁷

¹⁷⁷ Sean Sweeney, *supra* note 84, pp. 3-4.

โดยในบทต่อไป ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมา
ค่าแรงของไทย โดยอธิบายหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เพื่อเปรียบเทียบกับ
หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงตามกฎหมายต่างประเทศดังที่อธิบายแล้วข้างต้น อัน
นำไปสู่การหาแนวทางที่เหมาะสมในการใช้กฎหมาย ตลอดจนการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่ใช้
บังคับอยู่ให้สอดคล้องกับสถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทยในปัจจุบัน